

 İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

Temmuz - Aralık 2017 Cilt: 8 Sayı: 2 July - December 2017 Vol.: 8 No: 2  
ISSN: 2146-1082



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ Dergisi



# Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

Inönü Üniversitesi Basımevi

Cilt: 8  
Sayı: 2  
2017



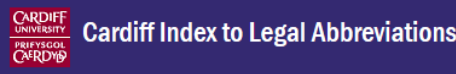
ISSN: 2146-1082



**İnönü Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi İnÜHFD**  
**Inonu University Law Review InULR**

**Cilt: 8 – Sayı: 2**  
**Temmuz – Aralık 2017**

**Vol.: 8 – No: 2**  
**July – December 2017**



2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren **HEINONLINE** tarafından taranan dergiler arasındadır.

**EBSCOhost** tarafından taranan dergiler arasındadır.

**INDEX COPERNICUS** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **Cardiff Index to Legal Abbreviations** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **Directory of Research Journals Indexing** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **ERIHPLUS** tarafından indekslenmeye başlamıştır.

2015-16 yılından geçerli olmak üzere ile **International Scientific Journal** tarafından indekslenmeye başlamıştır.

2010 yılından itibaren **Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung WZB** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **ASOS Academia Social Science Index** tarafından taranan dergiler arasındadır.

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

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

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası

**İLETİŞİM ADRESİ:**

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

Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

[www.inonu.edu.tr/hukukdergi](http://www.inonu.edu.tr/hukukdergi)

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



*Sahibi - Owner*

**Prof. Dr. Ahmet KIZILAY**

**Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Editörler-Editors**

Doç. Dr. Tamer BUDAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Yrd. Doç. Dr. Elif ÇELİK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Editör Yardımcılar- Co-Editors**

Arş. Grv. Volkan MAVİŞ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Grv. Uğur AŞKIN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Genel Yayın Kurulu - General Editors**

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

## Danışma Kurulu / Advisory Board

|                                  |   |
|----------------------------------|---|
| Prof. Dr. Arslan KAYA            | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi         |
| Prof. Dr. Aydın GÜLAN            | İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi         |
| Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU           | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi            |
| Prof. Dr. Bilge ÖZTAN            | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR          | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR      | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi        |
| Prof. Dr. Erol ULUSOY            | İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.  |
| Prof. Dr. Fatih UŞAN             | Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi |
| Prof. Dr. Fırat ÖZTAN            | Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU  | Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi        |
| Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU  | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. İsmail KIRCA           | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA       | Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi       |
| Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK          | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. Mehmet DEMİR           | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. Mertol CAN             | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Prof. Dr. Muharrem ÖZEN          | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL       | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Prof. Dr. Süha TANRIVER          | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. Şahin AKINCI           | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. Talat CANPOLAT         | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Prof. Dr. Vahit DOĞAN            | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Prof. Dr. Vedat BUZ              | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR        | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Prof. Dr. Yener ÜNVER            | Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Prof. Dr. Zariife ŞENOCAK        | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi           |
| Doç. Dr. İbrahim ERMENEK         | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Doç. Dr. İpek SAĞLAM             | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Doç. Dr. Murat TOPUZ             | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Doç. Dr. Müslüm AKINCI           | Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi          |
| Doç. Dr. Oğuz S. AYDOS           | Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi             |
| Doç. Dr. Serkan AYAN             | Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi      |
| Yrd. Doç. Dr. İbrahim DURHAN     | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi            |
| Yrd. Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi            |

## İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.  
Ayrıca yazılar, [hukukdergi@inonu.edu.tr](mailto:hukukdergi@inonu.edu.tr) adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.  
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:  
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayımlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

## PUBLICATION RULES

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

## İÇİNDEKİLER

|  |         |
|--|---------|
| <b>Necla ÖZTÜRK - Güven YARAR - Şule ARSLAN</b>  |         |
| Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 sayılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birlikte Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk, Yetkili Mahkeme ve Tanıma-Tenfiz Meseleleri ..... | 1-20    |
| <b>Mehmet AKSOY – Emine Ebru AKSOY</b>   | 21-52   |
| Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetim .....  |         |
| <b>Kürşat GÖKTÜRK</b>  | 53-78   |
| Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı .....   |         |
| <b>Salim IŞIK</b>  | 79-98   |
| J.J. Rousseau ve Egemenlik Anlayışı Üzerine .....  |         |
| <b>Hakan KARAKEHYA – Asuman İNCE TUNÇER</b>  | 99-136  |
| İstinaf Yargılanmasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemde Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler .....   |         |
| <b>Tuba BİRİNCİ UZUN</b>   | 137-158 |
| Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK md. 347 f.1).....                    |         |
| <b>Anıl ÇAMYAMAÇ</b>   | 159-186 |
| Dünya Turizm Örgütü .....  |         |
| <b>Ayşe Aslı YÜCESOY</b>   | 187-216 |
| Şûrây-ı Devlet (1868-1876) .....   |         |
| <b>Osman Levent ÖZAY – Feride DEMİRBAŞ</b>   | 217-248 |
| 6306 Sayılı Kanun Bakımından Kentsel Dönüşüm Süreci ve Tapu Sicil İşlemleri Bakımından Değerlendirilmesi .....   |         |
| <b>Şafak PARLAK BÖRÜ</b>   | 249-296 |
| Esra Kararı Işığında Bir Hassas Denge Değerlendirmesi: Kişilik Haklarının Korunması vs. Sanat Özgürlüğü .....  |         |
| <b>Tamer BUDAK</b>   | 297-330 |
| Uluslararası Vergi Rejiminin Dönüşümü: Dijital Ekonomi .....   |         |
| <b>Salim ORHAN</b>   | 331-362 |
| Dil Politikaları ve Dil Hakları Üzerine Teorik Çerçeve .....   |         |
| <b>Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN</b>  | 363-392 |
| Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazların Tenkisi .....  |         |
| <b>Tunay YÜCE</b>  | 393-422 |
| Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu .....  |         |
| <b>Fevzi Rifat ORTAÇ – Elif YILMAZ FURTUNA</b>   | 423-452 |
| Pişmanlıkla Verilen Beyannamenin İhtirazı Kayıtlı Verilebilmesi Üzerine Bir Değerlendirme .....  |         |

|   |         |
|---|---------|
| <b>Salih POLATER</b>  |         |
| İsviçre Medeni Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Emeklilikten Doğan Hakların Paylaştırılması ..... | 453-478 |
| <b>Ozan CAN</b>   |         |
| Şirkete Borçlanma Yasağının İhlâli, Şirket Alacaklılarına Şirketten Bilgi Alma Hakkı Bahşeder mi? .....           | 479-492 |
| <b>Fatih AYDIN</b>  |         |
| Anonim Şirketin Kuruluşta Fesih Davası ile Sermaye Artırımının Geçersizliği Arasındaki İlişki .....               | 493-514 |
| <b>Nurten İNCE</b>  |         |
| Alman Hukukunda Veteriner Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü .....  | 515-550 |
| <b>İlyas Fırat CENGİZ</b>   |         |
| Avrupa Anayasalcılığı ve Brexit Sonrası Geleceği ! .....  | 551-572 |
| <b>Ahmet BOZDAĞ – Kader SARIUSTA</b>  |         |
| Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri .....   | 573-602 |
| <b>Namık Hüseyinli – Hatice ASLAN ATABAY</b>  |         |
| Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri .....  | 603-636 |
| <b>ÇEVİRİ</b>   |         |
| <b>Chang-fa Lo – Winnie Jo-Mei Ma (Necla ÖZTÜRK – Güven YARAR)</b>  |         |
| Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı .....               | 639-652 |

## CONTENTS

|   |                |
|---|----------------|
| <b>Necla ÖZTÜRK - Güven YARAR - Şule ARSLAN</b><br>Registered Partnership Couples' Applicable Law of Matrimonial Property,<br>Jurisdiction and Recognition and Enforcement Questions Under the Regulation of the<br>Council of the European Union No:216/1104 ..... | <b>1-20</b>    |
| <b>Mehmet AKSOY – Emine Ebru AKSOY</b><br>Independent Audit in Capital Companies Within the Context of the Turkish<br>Commercial Code .....   | <b>21-52</b>   |
| <b>Kürşat GÖKTÜRK</b><br>Objection Precondition for Using Shareholder Rights in Joint-Stock Companies .....   | <b>53-78</b>   |
| <b>Salim IŞIK</b><br>On J. J. Rousseau and his Perception of Sovereignty .....  | <b>79-98</b>   |
| <b>Hakan KARAKEHYA – Asuman İNCE TUNÇER</b><br>Thoughts on Whether the Interrogation of Defendant Is Compulsory in Appeal Court<br>and Usage of Segbis in This Process .....  | <b>99-136</b>  |
| <b>Tuba BİRİNCİ UZUN</b><br>The Extension of Time for Ten Years in the Termination of Lease Contracts of<br>Residential and Commercial Premises by the Lessor by Giving Notice .....  | <b>137-158</b> |
| <b>Anıl ÇAMYAMAÇ</b><br>World Tourism Organization .....  | <b>159-186</b> |
| <b>Ayşe Aşlı YÜCESOY</b><br>Council of State (1886-1876) .....  | <b>187-216</b> |
| <b>Osman Levent ÖZAY – Feride DEMİRBAŞ</b><br>Urban Transformation Process From the Standpoint of Law No.6306 and Evaluation<br>of Land Registry Transactions in Regard to Law No.6306 .....  | <b>217-248</b> |
| <b>Şafak PARLAK BÖRÜ</b><br>A Delicate Balance Analysis in the Light of the Esra Case: Protection of Personality<br>Rights etc. Artistic Freedom .....  | <b>249-296</b> |
| <b>Tamer BUDAK</b><br>The Transformation of International Tax Regime: Digital Economy .....   | <b>297-330</b> |
| <b>Salim ORHAN</b><br>The Theoretical Framework on Language Policies and Language Rights .....  | <b>331-362</b> |
| <b>Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN</b><br>Reduction of the Immovables Subject to Inter Vivos Disposition .....   | <b>363-392</b> |
| <b>Tunay YÜCE</b><br>The Liability of Animal Holder for the Damage Caused by Animal in Roman and<br>Turkish Law .....   | <b>393-422</b> |

|  |                |
|--|----------------|
| <b>Fevzi Rifat ORTAÇ – Elif YILMAZ FURTUNA</b>   | <b>423-452</b> |
| An Evaluation on Giving the Declaration Submitted With Repentance With Mental Reservation .....  |                |
| <b>Salih POLATER</b>   | <b>453-478</b> |
| Share the Rights From Retirement in Turkish Law .....  |                |
| <b>Ozan CAN</b>  | <b>479-492</b> |
| Does Violation of the Obligation Ban to Company Grant the Right to Company Debtors to Demand Information From The Joint Stock Company? ..... |                |
| <b>Fatih AYDIN</b>   | <b>493-514</b> |
| The Relationship Between Suit for Annulment in Establishment of Corporation and Invalidity of the Capital Increase .....                     |                |
| <b>Nurten İNCE</b>   | <b>515-550</b> |
| The Obligation of the Veterinarian to Inform the Customer in the German Legal System .....   |                |
| <b>İlyas Fırat CENGİZ</b>  | <b>551-572</b> |
| European Constitutionalism and its Future After Brexit ! .....   |                |
| <b>Ahmet BOZDAĞ – Kader SARIUSTA</b>   | <b>573-602</b> |
| Victim’s Testimony and Evidence Value in Criminal Procedure Law .....  |                |
| <b>Namık Hüseyinli – Hatice ASLAN ATABAY</b>   | <b>603-636</b> |
| The Place of Psychological Harassment in Practice in Consideration of Case Law .....   |                |
| <b>TRANSLATION</b>   |                |
| <b>Chang-fa Lo – Winnie Jo-Mei Ma (Necla ÖZTÜRK – Güven YARAR)</b>   | <b>639-652</b> |
| Convention on Cross-Border Enforcement of International Mediated Settlement Agreements .....   |                |



**AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ 2016/1104 SAYILI TÜZÜK  
HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KAYITLI BİRLİKTELİK  
KURMUŞ ÇİFTLERİN MALVARLIĞINA UYGULANACAK  
HUKUK, YETKİLİ MAHKEME ve TANIMA-TENFİZ  
MESELELERİ**

**REGISTERED PARTNERSHIP COUPLES'APPLICABLE LAW OF  
MATRIMONIAL PROPERTY, JURISDICTION AND RECOGNITION  
AND ENFORCEMENT QUESTIONS UNDER THE REGULATION OF  
THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION NO: 2016/1104**

DOI: 10.21492/inuhfd.337638

**Necla ÖZTÜRK\***  
**Güven YARAR\*\***  
**Şule ARSLAN\*\*\***

**Özet**

Avrupa Birliği Konseyi 24 Haziran 2016 tarihinde sınır ötesi evlilik ve kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar konusunda iki düzenleme kabul etmiştir. Bu düzenlemeler 2016/1103 sayılı Evli Eşlerin Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Gelişmiş İşbirliği Uygulamasına Dair Tüzük ile 2016/1104 sayılı Kayıtlı Birlikteliklerin Malvarlığına İlişkin Hususlarda Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Tanıma - Tenfiz Hakkında Gelişmiş İşbirliği Uygulamasına Dair Tüzüktür. Bu Tüzüklerde, evli eşlerin mal rejimleri ile kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve mahkemelerin yargı yetkisi meseleleri düzenlemekte; bu konularda verilmiş kararların tanınması ve tenfizi kolaylaştırılmaktadır.

Evlilikle kıyaslandığında kayıtlı birliktelik müessesesi pek çok devletin millî hukuk düzenlemesinde yer almayan ve esas itibarıyla pek bilinmeyen bir müessese olduğu için, bu çalışmada, kayıtlı birliktelikler konusundaki 2016/1104 sayılı Tüzük hükümleri ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle Avrupa Birliği Konseyinin evlilik dışı beraberlikler ve kayıtlı birliktelikler konusunda 1980'li yıllarda başlayıp günümüze dek süren çalışmalarının kısa tarihçesinden bahsedilecek; daha sonra Tüzüğün kapsamı, Tüzük hükümleri çerçevesinde kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme ve bu tür uyuşmazlıklar konusunda verilen kararların tanınması ve tenfizi konuları incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 sayılı Tüzük, kayıtlı birliktelik, mal rejimi, uygulanacak hukuk, mahkemenin yetkisi, tanıma-tenfiz.

---

\* Doç. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD Başkanı, (ozturknecla@akdeniz.edu.tr).

\*\* Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD. (guvenyarar@akdeniz.edu.tr);

\*\*\* Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD. (sulearslan@akdeniz.edu.tr)

### Abstract

On 24 June 2016, the Council of the European Union adopted two new Regulations about property law for couples who enter into a marriage or registered partnership of a cross-border nature. These Regulations are No: 2016/1103 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes and No: 2016/1104 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Property Consequences of Registered Partnerships. These Regulations deal with applicable law and jurisdiction for decisions in the area of the property regimes of international couples, covering both marriages and registered partnerships; which facilitate the recognition and enforcement of decisions regarding these matters.

When compared with marriage, registered partnership is not adopted in many countries legal system and it is basically unknown; because of that, in this paper we will examine the provisions of Regulation 2016/1104. In this context, we will first mention the short history of the Council of Europe's work on nonmarital relations and registered partnership which began in the 1980s and continued till today; then the scope of the Regulation, the applicable law of disputes concerning the property of couples who have registered under the Regulations provisions, jurisdiction and recognition and enforcement of the decisions of these matters.

**Keywords:** The Council of European Union Regulation No 2016/1104, registered partnership, property regime, applicable law, jurisdiction, recognition and enforcement.

### GİRİŞ

Son yıllarda Avrupa Birliği üyesi ülkelerde sınır ötesi beraberlik yaşayan yaklaşık 16 milyon çiftin bulunduğu tahmin edilmektedir<sup>1</sup>. Bu gerçekten yola çıkan Avrupa Birliği Konseyi<sup>2</sup>, 24 Haziran 2016 tarihinde, sınır ötesi evlilik ve kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin meseleleri çözüme kavuşturmak amacıyla iki düzenleme kabul etmiştir: Bu düzenlemeler 2016/1103 sayılı Evli Eşlerin Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Gelişmiş İşbirliği Uygulamasına Dair Tüzük<sup>3</sup> ile Kayıtlı Birlikteliklerin Malvarlığına İlişkin Konularda Yetki,

---

<sup>1</sup> <http://www.europarl.europa.eu/ireland/en/news-press/clear-rules-for-16-million-international-couples> (Erişim Tarihi: 11.08.2017):

<https://europeanciviljustice.wordpress.com/2016/03/02/towards-enhanced-cooperation-in-property-regimes-of-international-couples/> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>2</sup> *The Council of Europe*, Konseyin resmî internet sitesi için bkz.: <http://www.coe.int/en/> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>3</sup> OJ: 08.07.2016, *Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes*: <http://eur-lex.europa.eu/legal->

Uygulanacak Hukuk ve Tanıma - Tenfiz Hakkında Gelişmiş İşbirliği Uygulamasına Dair 2016/1104 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğüdür<sup>4</sup>. Bu Tüzükler, sınır ötesi evliliklerde mal rejimleri ile kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve mahkemelerin yargı yetkisini düzenlemekte; bu konularda verilmiş kararların tanınması ve tenfiz edilmesini kolaylaştırmaktadır<sup>5</sup>.

Kabul edilen bu düzenlemeler ile Birliğin milletlerarası özel hukuk alanında önemli bir eksikliği giderilerek; milletlerarası aile hukuku ve bu alanda özellikle miras ve boşanma konularını ele alan diğer Birlik düzenlemelerinin daha işlevsel hale getirilmesi, farklı üye devletlerde paralel ve muhtemelen çelişkili kararlara son verilmesi amaçlanmaktadır<sup>6</sup>. Düzenlemeler, üye devletlerin millî kanunlarında kabul edilmiş olan evlilik ve kayıtlı birliktelik müesseselerine dokunmamakta<sup>7</sup>; hatta millî hukuk sistemlerine saygı amacıyla bazı önlemler getirmektedir. Örneğin, millî hukuk düzenlemelerinde kayıtlı birliktelik müessesesine yer

content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\_2016.183.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2016:183:T  
OC (Erişim Tarihi: 09.08.2017).

<sup>4</sup> OJ: 08.07.2016, *Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of the Property Consequences of Registered Partnerships*: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1104&from=EN> (Erişim Tarihi: 05.05.2017). Bundan böyle '2016/1104 sayılı Tüzük' ya da sadece 'Tüzük' olarak anılacaktır.

<sup>5</sup> <http://www.eubelius.com/en/spotlight/new-european-regulations-marital-property-law-and-registered-partnerships> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>6</sup> MARINO, Silvia: "Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: The Patrimonial Effects of Family Relationships - Verso il rafforzamento della cooperazione giudiziară civile nell'Unione Europea: gli effetti patrimoniali delle relazioni familiari", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, 9, No 1, s. 267.

<sup>7</sup> Bu Tüzükler Avrupa Birliği Anlaşmasının (TEU) 20. maddesi ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Anlaşmanın (TFEU) 326 ilâ 334. maddeleri uyarınca, geliştirilmiş işbirliğinin özel rejimi kapsamında kabul edilmiştir. Bunun anlamı, Tüzüklerin, geliştirilmiş işbirliğine katılmak istediğini beyan eden AB üye devletler için bağlayıcı olacağı, diğerlerinin milletlerarası özel hukuk kuralları da dâhil olmak üzere, kendi millî kanunlarını uygulamaya devam edebileceğidir. Zira gelişmiş işbirliği eylemleri, aday ülkeler tarafından Birliğe üyelik için kabul edilmesi gereken müktesebatın bir parçası olarak görülmektedir: <http://www.lisbon-treaty.org/wcm/the-lisbon-treaty/treaty-on-european-union-and-comments/title-4-provisions-on-enhanced-cooperation/99-article-20.html>; <https://assets.hcch.net/docs/e2533a3e-5a10-4524-a03b-a783ff4ccc3d.pdf>; <http://www.lisbon-treaty.org/wcm/the-lisbon-treaty/treaty-on-the-functioning-of-the-european-union-and-comments/part-6-institutional-and-financial-provisions/title-3-enhanced-cooperation/646-article-280a.html> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

vermemiş üye devlet, bu müesseseyi kabul etme konusunda zorlanmamaktadır<sup>8</sup>. Nitekim Türk hukukunda da kayıtlı birliktelik müessesesi düzenlenmemiştir. Ancak bu müessesenin düzenlenmemiş olması Türk mahkemelerinin milletlerarası unsurlu kayıtlı birlikteliklerle karşılaşmayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle kayıtlı birlikteliklere ilişkin Tüzük hükümleri hem zaman içinde kayıtlı birlikteliklere ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı duyabilecek olan kanun koyucuya hem mahkemelere yol göstermesi açısından önem taşımaktadır.

Bu makalenin konusu esas itibarıyla kayıtlı birlikteliklerin malvarlığına ilişkin meseleleri düzenleyen 2016/1104 sayılı Tüzük hükümleri olup<sup>9</sup>, evlilikte mal rejimine ilişkin 2016/1103 sayılı Tüzük makalenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira kayıtlı birliktelik müessesesi pek çok devletin millî hukuk düzenlemesinde yer almayan ve esasen pek bilinmeyen bir müessesedir ve bu husus bile milletlerarası özel hukukta başlı başına bir sorun teşkil etmektedir. Ayrıca 18 Avrupa Birliği üyesi devlet<sup>10</sup> tarafından onaylanan Tüzüklerin hazırlık aşamasında, bazı sorunlara yanıt bulmak amacıyla *La Haye* Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından bir anket yapılmış; bu anket sonucunda, Avrupa Birliği üyesi devletlerin ortak görüşünün, sadece kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığı sorunlarına odaklanmak olduğu da görülmüştür<sup>11</sup>. Dolayısıyla makalenin amacı, kayıtlı birliktelikleri düzenleyen 2016/1104 sayılı Tüzük hükümleri çerçevesinde, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyumsuzluklarda

<sup>8</sup>MARINO, s. 266-267: <https://europeanciviljustice.wordpress.com/2016/06/23/eu-parliament-approves-regulations-on-property-regimes/> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>9</sup> 2016/1103 sayılı Tüzük genel olarak değerlendirildiğinde birkaç hüküm dışında 2016/1104 sayılı Tüzükle paralel hükümler içerdiği görülmektedir: <http://conflictflaws.net/2017/conference-report-property-regimes-of-international-couples-and-the-law-of-succession> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>10</sup> Tüzüklerin içeriği konusunda üye devletler arasında oy birliği olmadığı için, üye devletlere Tüzük hükümlerine katılma ya da katılmama hakkı tanınmıştır. Almanya, Belçika, Fransa, İtalya, Hollanda, İspanya, Yunanistan, Lüksemburg, Malta, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Hırvatistan, Avusturya, Portekiz, Slovenya, Finlandiya ve İsveç Tüzükleri onaylamış, Estonya, Birliğe kabul edilmesinden sonra adı geçen Tüzüklere katılma niyetini açıklamıştır. Diğer üye devletler ise, Tüzüklere istedikleri zaman katılabilir: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/06/09-property-regimes-for-international-couples/>; <http://www.eubelius.com/en/spotlight/new-european-regulations-marital-property-law-and-registered-partnerships> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>11</sup> Bilgi için bkz.: <https://assets.hcch.net/docs/e2533a3e-5a10-4524-a03b-a783ff4ccc3d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

uygulanacak hukuk, bu tür uyuşmazlıklarda hangi mahkemelerin yetkili olacağı ve son olarak bu konularda verilmiş mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümleri ele almak ve değerlendirmektir.

## I. KONUYA İLİŞKİN AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ ÇALIŞMALARININ TARİHÇESİ

Aile hukuku alanındaki çalışmaları eskiye dayanan Avrupa Birliği Konseyi, evlilik benzeri yaşam modelleri olarak adlandırılabilir modellerden, özellikle kayıtlı birliktelik ve uzun süreli birlikte yaşama modeline ilişkin hukukî sorunları incelemek amacıyla, başlangıçta iki uluslararası konferans düzenlemiştir. Bu konferanslardan ilki, 1981 yılında İtalya’da gerçekleştirilen, 11. Avrupa Birliği Hukuku Kollokyumu olup<sup>12</sup>; toplantıda, birlikte yaşama konusundaki sorunlar tartışılmıştır. Avrupa Birliği Konseyinin 1999 yılında Hollanda Adalet Bakanlığı ile *La Haye*’de düzenlediği ikinci konferans ise, Aile Hukuku Avrupa 5. Konferansı olup<sup>13</sup>; bu konferansta yasal olarak düzenlenmiş birlikte yaşama modelleri ayrıntılı şekilde ele alınmıştır<sup>14</sup>. Konuya ilişkin ilk önemli adımın bu Konferans olduğunu söylemek yerinde olacaktır<sup>15</sup>. Nitekim Konferansta, konu ile ilgili özel bir düzenlemeye sahip olan ya da düzenleme yapmayı plânlayan Avrupa ülkelerindeki maddî hukukun durumu, kayıtlı birliktelik gibi yeni bir müessesenin kabulünün hukukî sonuçları, milletlerarası özel hukukta bu modellerin düzenleme ihtiyacının ivediliği, milletlerarası işbirliği ihtimali ve Avrupa İnsan Hakları

---

<sup>12</sup> Evlilik Dışı Çiftler Konusundaki Hukukî Sorunlar Konulu, 11. Avrupa Hukuku Kollokyumu (*Legal Problems Concerning Unmarried Couples, 11. Colloquium on European Law*) hakkında bkz.: DEVERS, Alain: “Private International Law Aspect of Non-Marital Unions: Some French Reflections On The Applicable Law”, *Y. B. Int’l L.*, 2003, 5, s. 196

<sup>13</sup> Evlilik Dışı Beraberlikler ve Kayıtlı Birlikteliklerin Hukukî Türleri, Kayıtlı Birlikteliklerin Medenî Hukuk Boyutu Konularında 5. Avrupa Aile Hukuku Konferansı (*Civil Law Aspects of Emerging Forms of Registered Partnership. Legally Regulated Forms of Non-Marital Cohabitation and Registered Partnership, 5. European Conference on Family Law*) hakkında bkz.: DEVERS, s. 196.

<sup>14</sup> DEVERS, s. 196; BOELE WOELKI, Katharina: “Private International Law Aspects of Registered Partnerships and Other Forms of Non-Marital Cohabitation in Europe”, *La. L. Rev.*, 1999-2000, 60 (4), s. 1054; CURRY SUMNER, Ian: All’s Well That Ends Registered?, *The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Partnerships in Europe*, Antwerp-Oxford, Intersentia 2005, s. 527.

<sup>15</sup> BOELE WOELKI, s. 1058.

Sözleşmesinin<sup>16</sup> 8. ve 14. maddeleri çerçevesinde<sup>17</sup> konunun insan hakları açısından önemi gibi konular ele alınmıştır.

Avrupa Birliği Konseyi, konunun maddî hukuk boyutuna ilişkin çalışmalarının yanı sıra, özellikle kayıtlı birlikteliklerin milletlerarası özel hukuk sorunlarını çözme konusunda da istekli olmuştur. Ancak, konunun hassasiyeti ve tartışılması gereken kuralların son derece teknik olması gibi nedenlerle, bu soruların çözümünün güç olduğunu da fark etmiştir<sup>18</sup>. Bu nedenle, Konseyin, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına etkisini düzenleyen Tüzük Tasarısını<sup>19</sup> yayımlaması zaman almıştır. Nitekim sonuncusu 1999 yılında düzenlenen bu konferanslardan sonra 30 Kasım 2000 tarihinde kabul edilen hukukî ve ticarî konularda kararların karşılıklı tanınmasına ilişkin önlem programında, evlilikte mal rejimi ve evli olmayan çiftlerin ayrılması durumunda malvarlıklarının durumuna ilişkin bir belgenin hazırlanması gereğine dikkat çekilmiştir. Daha sonra 4-5 Kasım 2004 tarihinde Brüksel'de yapılan Avrupa Birliği Konsey toplantısında (*La Haye Programı*) “Avrupa Birliğinde özgürlük, güvenlik ve adaletin güçlendirilmesi” adlı yeni bir program kabul edilmiş; bu programda Konsey, evlilikte mal rejimine ilişkin konularda kanunlar ihtilâfına ilişkin Yeşil Kitap hazırlanmasını talep etmiştir. Bu talep 17 Temmuz 2006 tarihinde yerine getirilmiş ve kayıtlı birliktelikler de dâhil olmak üzere evlilik dışı beraberliklerde Avrupa'daki çiftlerin karşılaştığı

<sup>16</sup> Sözleşme metni için bkz.: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 09.08.2017).

<sup>17</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi, özel hayatın ve aile hayatının korunmasını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, *herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmesi olmak koşuluyla söz konusu olabilir.* Sözleşmenin 14. maddesi ise ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, *bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanmalıdır.*

<sup>18</sup> CURRY SUMNER, s. 327.

<sup>19</sup> *Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions Regarding the Property Consequences of Registered Partnerships-COM 2011/127 final-2001/0060 CNS:* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0127> (Erişim Tarihi: 09.08.2017).

ortak güçlüklerin giderilmesi, bu konudaki milletlerarası özel hukuk sorunlarının çözümü gibi meseleler hazırlanan bu Kitapta ele alınmıştır.

Sonuncusu 1999 yılında düzenlenen konferanslardan sonra Avrupa Birliği Konseyinin, evli eşlerin mal rejimi uyumsuzlukları ile kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin birlikteliklerinin malvarlığına etkisi meselesinin düzenleme altına alınması gereğini belirtmesi, 2010 yılında Konsey tarafından yayımlanan *Stokholm* Programı ile mümkün olmuştur. *Stokholm* Programında, üye devletlerarasında özellikle çiftlerin ayrılmasının evlilik malları bakımından sonuçlarının tanınması meselesinin kolaylaştırılması gereği ifade edilmiştir<sup>20</sup>.

Yeşil Kitabın kabulünden dört yıl sonra, 2010 yılında yayımlanan *Stokholm* Programının<sup>21</sup> yanı sıra Avrupa Birliği Vatandaşlık Raporu<sup>22</sup>; evli eşlerin mal rejimi uyumsuzlukları ile kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin birlikteliklerinin malvarlığına etkisi meselelerindeki belirsizliğe vurgu yaparak düzenleme yapma ihtiyacını ortaya koymuş ve bu çalışmalar 2016/1104 sayılı Tüzüğün kabulünde etkili olmuştur. Böylelikle hem Evli Eşlerin Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Birliği Konseyi Tüzük Tasarısı<sup>23</sup>, hem de Kayıtlı Birlikteliğin Çiftlerin Malvarlığına Etkilerine İlişkin Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük Tasarısı<sup>24</sup> 16 Mart 2011 tarihinde -aynı gün- yayımlanmıştır.

<sup>20</sup> 2016/1104 Sayılı Tüzük Giriş Kısmı m. 7.

<sup>21</sup> *Stockholm* Programı için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF> (Erişim Tarihi: 10.08.2017).

<sup>22</sup> Rapor metni için bkz.: [http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com\\_2010\\_603\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com_2010_603_en.pdf) (Erişim Tarihi: 10.08.2017).

<sup>23</sup> *Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes* - COM 2011/126 final-2011/0059 CNS: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CE-LEX%3A52011PC0126> Erişim Tarihi: 09.08.2017). Ayrıca evlilikte mal rejimleri Tüzük Tasarısı hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERSEN PERÇİN, Gizem: Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, Uygulanacak Hukuk-Milletlerarası Yetki-Tanıma ve Tenfiz, On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2014, s. 125 vd.

<sup>24</sup> *Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions Regarding the Property Consequences of Registered Partnerships* - COM 2011/127 final-2011/0060 CNS, Tüzük Tasarı için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0127>. (Erişim Tarihi: 09.08.2017).

Yayımlanan Tasarıların üye devletlerin imzasına açılarak kabulü ise 24 Haziran 2016 tarihinde mümkün olabilmiştir. Böylelikle Konseyin 1981 yılında başlattığı süreç 2016 yılında kabul edilen Tüzüklerle sonuçlanmıştır<sup>25</sup>.

## II. TÜZÜĞÜN KAPSAMI ve UYGULANMASI

### A. Kapsam

Tüzük, yabancı unsur içeren kayıtlı birlikteliklerin sona ermesi veya geçersizliği ya da çiftlerden birinin ölümü hâlinde ortaya çıkacak malvarlığına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde hangi hukukunun uygulanacağını; potansiyel olarak birden fazla devleti ilgilendiren bu tür uyuşmazlıklarda hangi devlet mahkemesinin yetkili olacağını; bir üye devletin malvarlığına ilişkin verdiği kararın diğer üye devlette tanınması ve tenfizini düzenlemektedir.

Bunun yanı sıra Tüzükte kayıtlı birlikteliğin genel bir tanımına<sup>26</sup> da yer verilmiştir. Tanımlar başlığını taşıyan 3. maddenin 1. fıkrasının (a)

<sup>25</sup> 2016/1103 sayılı Tüzük 498'e 58, 2016/1104 sayılı Tüzük ise 490'a 68 oyla kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere her iki Tüzüğün kabul sayıları birbirine oldukça yakındır ve bu durum Avrupa Birliğinin kayıtlı birliktelik kurumuna, evlilik kurumu kadar önem verdiği şeklinde yorumlanabilir: <https://europeanciviljustice.wordpress.com/2016/06/23/eu-parliament-approves-regulations-on-property-regimes/> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>26</sup> Esasen kayıtlı birliktelik müessesesinin işlevi, kapsamı, kuruluşu için gerekli unsurlar ve doğurduğu hukuki sonuçlar ülkeden ülkeye farklılık gösterdiği için tanımını yapmak kolay değildir. Bu nedenle, yabancı doktrinde ve konu hakkındaki milletlerarası sözleşmelerde farklı tanımlara yer verilmiştir. Örneğin, yabancı doktrinde kayıtlı birliktelik en basit şekliyle şöyle tanımlanmaktadır; evliliğin bir basamak altı, birlikte yaşamın bir basamak üstünde yer alan modeldir: O'BRIEN, C. Raymond: "Domestic Partnership: Recognition and Responsibility", San Diego L. Rev., 1995, Vol. 32, s. 165. Bir başka tanıma göre ise kayıtlı birliktelik, geleneksel evliliğin şekil koşulları yerine, yetkili bir makam tarafından tescil veya kayıt gibi koşulları gerçekleştirerek kurulan ve çiftlerin belli koşulları sağladığı birlikte yaşama modelidir: ZIELINSKI, Debbie: "Domestic Partnership Benefits: Why not Offer Them to Same-Sex Partners and Unmarried Opposite Sex Partners?", Journal of Law and Health, 1998-1999, Vol. 13, s. 288; GOOSSENS, Elise: "Different Regulatory Regimes for Registered Partnership And Marriage: Out-Dated or Indispensable, A European Perspective on the Belgian Model", s. 634: <https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/352571/2/Goossens+LA+Pintens.pdf> (Erişim Tarihi: 09.08.2017). Bunun yanı sıra, Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu (*International Commission on Civil Status-ICCS-La Commission Internationale de l'État Civil CIEC*) tarafından hazırlanan ve 05.09.2007 tarihinde Münih'te imzaya açılan Kayıtlı Birlikteliklerin Tanınmasına Dair Sözleşmenin 1. maddesi de kayıtlı birliktelik tanımına yer vermiş ve kayıtlı birlikteliği, evlilik hariç olmak üzere, resmî bir makam önünde tescile yol açan farklı ya da aynı cinsiyetten iki



bendinde; ‘kayıtlı birliktelik, iki kişinin hukuken tanınan, kaydı zorunlu olan ve kurulması için resmî şekil usullerinin yerine getirilmesini gerektiren hayat birlikteliği’ olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere bu tanım, kayıtlı birlikteliği kuracak çiftlerin cinsiyetleri (aynı veya farklı cinsiyetten olma) konusunda herhangi bir ifade içermemektedir. Benzer şekilde, Tüzükte kayıtlı birlikteliğin kurulma koşulları, usulü, kayıtlı birlikteliğin sona ermesi hâlinde çiftlerin sahip olduğu haklar gibi maddî hukuka ilişkin meseleler de düzenlenmeyerek kapsam dışı bırakılmıştır<sup>27</sup>. Ayrıca, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin sahip olacağı medenî statüye ilişkin herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu mesele her üye devletin millî hukuku tarafından idare edilmeye devam edecektir. Nitekim Tüzük, farklı üye devletlerin hukukî geleneklerini dikkate alarak uygun bir koruma sağlamak istemiş ve başka bir üye devlette kurulan kayıtlı birliktelik müessesesinin kabulü koşulunu da getirmemiştir<sup>28</sup>.

## B. Uygulanma

Tüzüğün uygulanmasına ilişkin 70. maddede hem tarih hem ülke açısından bir sınırlama getirmiştir. Bu maddeye göre, Tüzük hükümleri ancak 29 Ocak 2019 tarihinden sonra akdedilen kayıtlı birliktelikler için ve Tüzüğü onaylayan üye devletler tarafından uygulanacaktır<sup>29</sup>.

---

kişi arasındaki ortak yaşam taahhüdüdür şeklinde tanımlamıştır: *Convention on the Recognition of Registered Partnerships*; Sözleşme metni için bkz.: [https://web.archive.org/web/20120320051432/http://www.ciec1.org/Conventions/Conv3\\_2Ang.pdf](https://web.archive.org/web/20120320051432/http://www.ciec1.org/Conventions/Conv3_2Ang.pdf) (Erişim Tarihi: 18.08.2017). Sözleşme hükümleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YASAN, Candan: Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 244 vd. Bu Sözleşme dışında 29.04.2004 tarihli AB 2004/38 Direktifinde (*Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of The Council of 29 April 2004, OJ. L 158/77*) de kayıtlı birliktelik terimi kullanılmış; ancak tanım yapılmamıştır. Direktifin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:en:PDF> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>27</sup> Kayıtlı birlikteliklerin unsurları, koşulları, sona ermesi, hukukî niteliği ve ispatı ile dünyada kayıtlı birliktelikleri düzenleyen ülke örnekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTÜRK, Necla: Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 71 vd.

<sup>28</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: <https://assets.hcch.net/docs/e2533a3e-5a10-4524-a03b-a783ff4ccc3d.pdf> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

<sup>29</sup> <http://www.eubelius.com/en/spotlight/new-european-regulations-marital-property-law-and-registered-partnerships> (Erişim Tarihi: 11.08.2017).

### III. KAYITLI BİRLİKTELİK KURMUŞ ÇİFTLERİN MALVARLIĞINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK

#### A. Genel Olarak

2016/1104 sayılı Tüzük, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku seçme olanağı tanımaktadır. Tüzüğün 22. maddesinde düzenlenen bu olanak sınırsız olmayıp, kısmî bir hukuk seçimi söz konusudur. Çiftlerin uygulanacak hukuku seçmediği hâllerde ise, uygulanacak hukuk Tüzüğün 26. maddesinde objektif olarak belirlenmiştir. Ayrıca Tüzüğün 20. maddesi, Tüzük hükümleri uyarınca uygulanacak hukuk olarak tespit edilen hukukun, üye bir devletin hukuku olmasa da uygulanacağına vurgu yapmaktadır.

Bunun yanı sıra, Tüzüğün 21. maddesinde “uygulanacak hukukta birlik - malların birliği ilkesi” kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığı ilişkilerine uygulanacak hukuk, malların bulunduğu yer dikkate alınmaksızın tüm malvarlığı hakkında uygulanır. Böylelikle tek bir hukukun uygulanması sağlanmak istenmiştir.

#### B. Uygulanacak Hukuk

##### 1. Subjektif Kriter

##### a. Kısmî Hukuk Seçimi ve Hukuk Seçiminin Zamanı

Tüzüğün 22. maddesi, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin mallarının yönetimini kolaylaştırmak için, malların cinsinden ya da malın bulunduğu yerden bağımsız olarak, çiftlere, kayıtlı birlikteliğin malvarlığı sonuçlarına uygulanacak hukuku seçme olanağı tanımıştır. Bu seçim kısmî bir seçim olup; çiftlerin veya çiftlerden birinin hukuk seçimi sözleşmesinin akdedildiği andaki mutad mesken (*habitual residence*) hukuku, çiftlerden birinin ya da müstakbel çiftlerin sözleşmenin akdedildiği anda vatandaşı olduğu ülke hukuku ya da kayıtlı birlikteliğin kurulduğu ülke hukuku olabilir. Böylelikle statü değişikliği önlenmek istenmiş; bağlama noktaları hukuk seçiminin yapıldığı an olarak belirlenmiştir<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Doktrinde bir görüşe göre, bağlama noktalarının sözleşmenin akdedildiği an olarak sabitlenmesi ve böylelikle statü değişikliğinin engellenmesinin nedeni, belirlenen bu bağlama noktalarının hukukî işlemle en sıkı ilişkili hukuk olduğunun kabul edilmesidir: PERÇİN, s. 138.

Çiftler, malvarlıklarına uygulanacak hukuku, kayıtlı birlikteliğin tescilinden önce, tescil sırasında ya da kayıtlı birliktelik süresince her zaman seçebilir.

Yine aynı maddeye göre, kayıtlı birliktelik süresince akdedilen ve uygulanacak hukuku değiştiren sözleşmeler, çiftler aksini kararlaştırmadığı sürece, geleceğe etkilidir. Bu bakımdan çiftlere, kayıtlı birlikteliğin başından itibaren edinilen tüm mallara uygulanacak hukuku seçme imkânı verilmiştir. Ancak yapılan bu geriye etkili değişiklik 3. kişilerin haklarına hâle getirmeyecektir.

### **b. Hukuk Seçimi Sözleşmesinin Şekli Geçerliliği ve Geleceğe Yönelik Etkisi**

Kayıtlı birliktelik kurmuş çiftler, malvarlıklarına uygulanacak hukuk seçimi konusunda bir sözleşme akdetmek durumundadır. Tüzüğün 23. maddesi çiftlerin malvarlığına uygulanacak hukuk seçimi sözleşmesinin şekil koşullarını düzenlemektedir. Buna göre, hukuk seçimine ilişkin sözleşme yazılı olmalı, çiftlerin imzasını ve sözleşmenin akdedildiği tarihi içermelidir. Bunun yanı sıra, elektronik ortamda, herhangi bir iletişim aracıyla, kalıcı kayıt şeklinde akdedilen sözleşmeler de yazılı olma koşulunu gerçekleştirmiş sayılır.

Sözleşmenin akdedildiği anda, çiftin mutad mesken hukukunun bazı resmî şekil koşulları içermesi hâlinde, bu koşulların da yerine getirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin akdedildiği anda, çiftler farklı üye devletlerde mutad meskene sahipse ve bu devlet hukukları farklı resmî şekil koşulları öngörmekteyse; bu hâlde, çiftlerin akdettiği malvarlığı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, bu hukuklardan birinin koşullarını yerine getirmesi yeterli olacaktır. Sözleşmenin akdedildiği anda, çiftlerden sadece biri üye devlette mutad meskene sahipse; bu hâlde bu devlet hukukunun öngördüğü koşulların yerine getirilmesi gerekecektir.

### **2. Objektif Kriter**

Kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığı uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuku seçmemiş olması hâlinde hangi hukukun uygulanacağı meselesi Tüzüğün 26. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kayıtlı birlikteliğin kurulduğu ülke hukuku yani “kuruluş yeri hukuku” kayıtlı birlikteliklerin malvarlığına uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir. Davanın görüldüğu sırada çiftlerden biri, mahkemeden, uygulanacak hukuk olarak uzun süredir birlikte yaşadıkları

müşterek mutad mesken hukukunun veya her iki tarafın da malvarlığı ilişkilerini düzenlediği veya malvarlığını planladığı devlet hukukunun uygulanmasını talep edebilir.

#### **IV. KAYITLI BİRLİKTELİK KURMUŞ ÇİFTLERİN MALVARLIĞINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YETKİLİ MAHKEME**

##### **A. Genel Olarak**

Tüzüğün II. Bölümü, yetki meselesine ayrılmış ve konu ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bölümün ilk maddesi olan 4. maddesinde kayıtlı birliktelik kurmuş taraflardan birinin ölümü halinde; 5. maddesinde kayıtlı birlikteliğin feshi veya iptali durumunda; 6. maddesinde ise diğer hallerde yetki konusu düzenlenmiştir. Tüzüğün 7. maddesi tarafların yetki sözleşmesi akdederek yetkili mahkemeyi seçebilmelerinin koşullarını düzenlemektedir. Bu Bölümün 8 ilâ 19. maddeleri arasında ise yetkiye ilişkin bazı milletlerarası usul hukuku prensiplerine ve düzenlemelerine yer verilmiştir. Bu başlık altında bahsi geçen bu hükümler incelenecektir.

##### **B. Yetkili Mahkeme**

###### **1. Çiftlerden Birinin Ölümü, Kayıtlı Birlikteliğin İptali veya Sona Ermesi Hâlinde Yetki**

Tüzüğün 4. maddesi uyarınca, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerden birinin ölümü halinde, çiftlerin malvarlığı uyuşmazlıklarında yargı yetkisine sahip mahkeme, 650/2012 Sayılı Mirasa İlişkin Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Yabancı Kararların Tanınması- Tenfizi, Resmî Belgelerin Kabulü ve İcrası ile Avrupa Veraset İlamının Oluşturulmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü<sup>31</sup> 4. maddesi kapsamında yargı yetkisine sahip olan mahkeme ile aynıdır. 650/2012 Sayılı Tüzüğün 4. maddesine göre, murisin ölüm anında mutad meskenin bulunduğu üye devlet mahkemesi, miras konusundaki bütün konularda yargı yetkisine sahiptir.

---

<sup>31</sup> OJ. L. 201-27.07.2012 - *Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succession and on the Creation of European Certificate of Succession*: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R0650> (Erişim Tarihi: 09.08.2017). Bu Tüzük bazı kaynaklarda Roma V Tüzüğü olarak da anılmaktadır: KRVAVAC, Marija / BELOVIĆ, Jelena: "Communitarisation of Private International Law Rules on Party Autonomy in European Union", *International Journal of Business Humanities and Technology*, 4/3, 2014, s. 66.

Tüzüğün 5. maddesine göre, malvarlığı uyuşmazlıklarında yetkili olan mahkeme, kayıtlı birlikteliğın iptali veya sona ermesi hakkında da yetkilidir.

## 2. Diğer Hâllerde Yetki

Kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin mal rejimini değiştirmesi gibi diğer hâllerde ise yetkili mahkeme Tüzüğün 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede mahkemelerin yetkisi konusunda basamaklı bir sistem tercih edilmiş; kayıtlı birliktelik kurmuş çiftin müşterek mutad mesken mahkemesi, bulunmaması durumunda davalının mutad meskeni mahkemesi, bunun da bulunmaması halinde çiftlerin müşterek millî hukukunun olduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.

## 3. Tamamlayıcı Yetki – İkincil Yetki – *Forum Necessitatis* (İstisnaî Yetki)

Tüzüğün 9, 10 ve 11. maddelerinde, taraflarca başvurulacak yetkili mahkemenin bulunmaması veya başvuru mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi halinde yetki kuralları düzenlenmektedir.

Tamamlayıcı Yetki başlığını taşıyan Tüzüğün 9. maddesine göre, 4, 5 ve 6. maddelere göre tespit edilen üye devlet mahkemesi kanunları yargılama yetkisini reddedebilir, kendisini yetkili görmeyebilir. Bu halde çiftler Tüzüğün 7. maddesi uyarınca başka bir üye devletin mahkemesine yetki tanıyabilir. Çiftlerin başka bir üye devlet mahkemesini yetkili kılması halinde, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığı ilişkileri yetkili kılınan bu mahkemede görülecektir.

Bir üye devlet mahkemesinin Tüzüğün 4 ilâ 8. madde hükümlerine göre yargı yetkisine sahip olmadığı durumlarda veya Tüzüğün 9. maddesine göre yetkisizlik kararı verildiği durumlarda, çiftlerden birinin ya da her ikisinin taşınmaz malları bakımından hangi mahkemenin yetkili olacağı Tüzüğün 10. maddesinde İkincil Yetki başlığı altında düzenlenmiş ve taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.

*Forum necessitatis* (istisnaî yetki)<sup>32</sup> başlığını taşıyan Tüzüğün 11. maddesi ise taşınmaz mal dışındaki mallarla ilgili olarak Tüzüğün ilgili

---

<sup>32</sup> Bazı ülke hukukları, tarafların mücbir sebep ya da imkansızlık nedeniyle yetkili bir mahkemeye müracaat edememesi halinde kendi mahkemelerini yetkili kılmaktadır. *Forum necessitatis* olarak adlandırılan bu ilkenin amacı, davacıyı hak arama özgürlüğü açısından korumak ve bu olanağın tamamen bertaraf edilmesini engellemektir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FIGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 34-365.

maddelerine göre davanın üye devlet mahkemesinde açılmaması veya yetkili görülen mahkemenin kendisini yetkisiz görmesi gibi hallerde üye devlet mahkemelerine *forum necessitatis* ilkesi gereğince istisnâ yetki tanınacağını düzenlemektedir. Bu şekilde üye devlet mahkemesinin yetkili olabilmesi için davanın davaya bakmakta olan üye devlet mahkemesi ile yeterli bağlantıya sahip olması gerekmektedir.

#### 4. Yetki Sözleşmesi ve Sözleşmenin Şekli

Tüzüğün 7. maddesi, hukukî kesinlik, öngörülebilirlik ve çiftlerin irade muhtariyetine verilen önem gibi nedenlerle, 6. maddenin kapsamına giren hususlarda, çiftlere yetkili mahkemeyi belirleyebilme, bu konuda yetki sözleşmesi yapabilme olanağı tanımaktadır. Buna göre, çiftler, Tüzüğün 22 veya 26. maddesindeki kriterler uyarınca uygulanacak hukuk olarak tespit edilen ya da kayıtlı birlikteliğin kurulduğu üye devlet mahkemesini yetkili mahkeme olarak belirleyebilir. Görüldüğü üzere Tüzüğün 7. maddesi yetkili hukuk ile yetkili mahkemeyi birleştirmektedir. Bunun yanı sıra, bu madde uyarınca çiftlerin yetki sözleşmesi ile yetkili kıldıkları mahkeme, uyuşmazlığın görülmesi konusunda tek yetkili mahkeme olup, tarafların başka bir mahkemeye müracaatı engellenmiştir.

Yetki sözleşmesinin şekli konusu da Tüzüğün 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yetki sözleşmesi -uygulanacak hukuka ilişkin sözleşmede olduğu gibi- yazılı olmalı, sözleşmede tarih bulunmalı ve çiftler tarafından imzalanmalıdır. Sözleşmenin kalıcı olarak kaydını sağlayan herhangi bir elektronik haberleşme aracılığıyla akdedilmesi de mümkündür.

## V. KAYITLI BİRLİKTELİK KURMUŞ ÇİFTLERİN MALVARLIĞI UYUŞMAZLIKLARINA İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI ve TENFİZİ

### A. Tanıma

#### 1. Genel Olarak

Tüzüğün “Tanıma” başlıklı 36. maddesi bir üye devlette verilmiş kararın özel bir usule tabî olmaksızın diğer üye devlette tanınacağını düzenlemektedir. Başka bir anlatımla, bir üye devlette verilen mahkeme kararının diğer bir üye devlette kendiliğinden (*ipso iure*) tanınması düzenlenerek<sup>33</sup>, hızlı ve basit bir usûl öngörülmüştür<sup>34</sup>. Ayrıca, yabancı

---

<sup>33</sup> Özel bir usûle tabî olmaksızın tanıma konusunda doktrindeki görüşler için bkz.: SÜRAL, Ceyda: Avrupa Birliği’nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007, s. 80 vd.

mahkeme kararının tanınması hukukî yararı olan herkes tarafından talep edilebilir.

Tanınmanın konusu olan mahkeme karardan ne anlaşılması gerektiği Tüzüğün “Tanımlar” başlığını taşıyan 3. maddenin (e) bendinde açıklanmıştır. Buna göre, adı ne olursa olsun, üye devlet mahkemeleri tarafından verilen ve kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin sonuçları konu alan kararlar bu kapsamda değerlendirilir<sup>35</sup>.

Mahkeme kararının yanı sıra, resmî belgelerin tanınması da mümkündür. Nitekim, Tüzüğün 58. maddesi bir üye devlette düzenlenen resmî belgenin diğer bir üye devlette delil niteliğine sahip olduğu düzenlenmekte; ancak söz konusu resmî belgenin delil niteliği kazanabilmesi için ilgili devletin kamu düzenine açıkça aykırı olmaması gerektiği belirtilmektedir. İlgililer resmî belgenin geçerliliği konusunda menşei üye devlet mahkemesine itiraz edebilir<sup>36</sup>; itiraz sonuçlanana kadar belgenin delil niteliği bulunmamaktadır.

<sup>34</sup> 2016/1104 sayılı Tüzükte kabul edilen tanıma ile ilgili kural, Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında 2001/44 Sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün (OJ L 012- 16.01.2001) 33. maddesi ile paralellik içermektedir. AB Konsey Tüzüğü hakkında detaylı bilgi için bkz.: SAKMAR, Ata / EKŞİ, Nuray: “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 2002, 22 (2), s. 729; SÜRAL, s. 69 vd.; Tüzük metni için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1502312216080&uri=CELEX:32001R0044> (Erişim Tarihi: 10.08.2017)

<sup>35</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki, bir ülkede kayıtlı birliktelik statüsü kazanan çiftlerin bu statülerinin diğer ülkelerde de korunması için kayıtlı birliktelik statüsünün tanınması gerekmektedir. Böylelikle çiftler mevcut statülerini sadece kayıt yaptırdukları ülkede değil, diğer ülkelerde de korumuş olacaktır. Statünün tanınması olarak adlandırılacak bu hususun milletlerarası özel hukuktaki tanıma ve tenfiz ile karıştırılmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZTÜRK, s. 291 vd.

<sup>36</sup> Tüzüğün 58. maddesinin 3. fıkrası belgenin içeriğine yapılan itirazı düzenlemektedir. Buna göre, “resmî bir belgede kayıt altına alınan hukuki işlemler veya hukuki ilişkiler ile ilgili herhangi bir itiraz bu Tüzüğe göre yargı yetkisine sahip mahkeme önünde yapılmalıdır ve Bölüm III uyarınca uygulanacak hukuka göre karar verilmelidir. İtiraz edilen resmî bir belge, itiraz yetkili mahkemede sonuçlandırılmadığı sürece itiraz edilen bir husus olarak menşei üye devletten başka bir üye devlette delil etkisine sahip değildir”.

## 2. Tanımın Reddedileceği Haller ve Esastan İnceleme Yasası

2016/1104 sayılı Tüzükte, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda verilen kararların tanınmasının reddi nedenleri 37. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; yabancı mahkeme tarafından verilen kararın sonuçları tanımının talep edildiği üye devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, davalıya savunma hakkı tanınmamışsa, tanıma talep edilen veya başka bir üye devlette ya da üçüncü bir devlette tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan bir davada çelişkili karar verilmişse tanıma talebi reddedilecektir. Tüzüğün 38. maddesi tanımının reddi nedenlerinin uygulanması sırasında mahkemelerin gözetmesi gereken hususları düzenlemektedir. Bu maddeye göre, üye devlet mahkemeleri ve diğer yetkili makamlar Tüzüğün tanıdığı temel hak ve ilkeleri gözetmek, ayrımcılık yasası ile 21. maddeye<sup>37</sup> uymak durumundadır.

Mahkeme kararının esastan incelenme (revizyon) yasası ise Tüzüğün 40. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, üye devlette verilen karar hiç bir koşulda esastan incelenemez.

### B. TENFİZ

#### 1. Mahkeme Kararının Tenfizi

“Tenfiz” başlığını taşıyan Tüzüğün 42. maddesi, bir üye devlette verilen ve icrası mümkün kararların<sup>38</sup>, ilgilinin başvurusu üzerine tenfiz edilebileceğini düzenlemektedir. Mahkeme kararlarının tenfizinde tanımadan farklı olarak izlenecek usûl, üye devlet hukukuna göndermede bulunularak düzenlenmiştir. Tüzüğün 42. maddesine göre; bir üye devlette verilen ve bu devlette icra edilebilir olan kararlar, ilgili tarafların başvurusu üzerine 44 ilâ 57. maddelerinde<sup>39</sup> öngörülen usule uygun olarak tenfiz edildiğinde başka bir üye devlette de icra kabiliyeti kazanacaktır.

<sup>37</sup> “Uygulanacak Hukukun Birliği” başlığını taşıyan bu maddeye göre, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığı ilişkilerine uygulanacak hukuk, malların bulunduğu yer dikkate alınmaksızın tüm malvarlığı hakkında uygulanır.

<sup>38</sup> Tüzüğün 3. maddesinin (e) bendinde “karar”; *adı ne olursa olsun, üye devlet mahkemeleri tarafından verilen ve kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin sonuçları konu alan kararlar* şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>39</sup> Bu maddeler usul meselesini ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Buna göre, tenfiz başvurusu, üye devlet mahkemesi veya yetkili makam tarafından Komisyona bildirilir ve başvuru prosedürü, üye devlet kanunlarına tabîdir. Başvuruda tenfizi istenen kararın bir nüshası ve Tüzükte öngörülen tavsiye usulüne uygun olarak menşei üye devletin mahkeme veya yetkili makamı tarafından verilen tasdik ibraz edilecektir.



Bu bağlamda kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin verilen tenfiz kararları tüm üye devletlerde icra edilebilir.

Tenfizde tarafların izleyeceği başvuru usulü Tüzüğün 45. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, başvuru usulü de kural olarak üye devletin hukukuna göre yürütülecektir.

## **2. Resmî Belgelerin ve Mahkeme İçi Sulh Kararlarının Tenfizi**

2016/1104 sayılı Tüzük üye devletlerde verilen mahkeme kararlarının yanı sıra resmî belgelerin ve mahkeme içi sulh kararlarının tenfizini de düzenlemektedir.

Tüzüğün 59. maddesi resmî belgelerin icra kabiliyetine ilişkindir. Menşei ülkesinde icra kabiliyeti olan bir resmî belge, 44 ilâ 57. maddelerinde öngörülen usule uygun olarak, ilgili kişilerin başvurusu üzerine bir diğer üye devlette icra kabiliyeti kazanır.

Kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin bir uyuşmazlığın üye devlette dava sırasında sulh ile sonuçlanması da mümkündür. Bu halde verilen mahkeme içi sulh kararlarının tenfizi Tüzüğün 60. maddesinde düzenlenmektedir. Bu madde, resmî belgelerde olduğu gibi, mahkeme içi sulh kararlarının da ilgilinin başvurusu üzerine, Tüzüğün 44 ilâ 57. maddelerinde öngörülen usule uygun olarak icra kabiliyeti kazanacağını ifade etmektedir.

## **3. Tenfiz Kararına Karşı Kanun Yolları**

Tüzüğün 51. maddesine göre, tenfize ilişkin karar temyiz edilebilir. Temyiz başvurusu yapılan mahkeme, kararı ancak Tüzüğün 37. maddesinde düzenlenmiş olan tanıma talebinin reddi nedenlerinden birine dayanarak reddedebilir veya iptal edebilir.

Temyiz başvurusuna ilişkin usul ise Tüzüğün 49. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, temyiz talebinde bulunan tarafların başvurabileceği mahkeme Tüzüğün 64. maddesinde Komisyona bildirilen mahkemedir<sup>40</sup>. Temyiz başvurusu kural olarak tenfiz kararının tebliğinden

---

<sup>40</sup> Tüzüğün 64. maddesi üye devletlerin Komisyona bildirim yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre üye devletler 29 Nisan 2018 tarihine kadar tenfiz ile yetkili mahkemeleri, itirazları incelemekle yetkili mahkeme ve makamları, itiraz etme usulünü ve bu konulardaki müteakip değişiklikler konusunda Komisyonu bilgilendirecektir.

itibaren 30 gün içinde; kendisine karşı tenfiz kararı alınan taraf başka bir devlette ikamet ediyorsa 60 gün içinde yapılır.

Tüzük taraflara temyiz kararına karşı itiraz yolunu da düzenlemektedir. Tüzüğün 50. maddesine göre, itiraz, 64. madde uyarınca Komisyona bildirilen usule uygun olarak yapılacaktır.

## SONUÇ

Kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin belirlenmesi ile bu konuda verilmiş kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 2016/1104 sayılı Tüzük, esasen milletlerarası arenada bu konuda hissedilen eksikliği gidermesi bakımından önemlidir. Bunun yanı sıra, kayıtlı birliktelik kurmayı tercih eden kişilerin sayısının giderek artış göstermesi ve bu çiftlerin sıklıkla sınır ötesi ülkelere seyahat etmesi gibi hususlar dikkate alındığında Tüzüğün yerinde bir düzenleme olduğu şüphesizdir. Ancak, Tüzük kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin sadece malvarlığına ilişkin sonuçları düzenlemesi bakımından eleştiriye açıktır. Nitekim kayıtlı birliktelik kurma ehliyeti ve şartları ile şekle uygulanacak hukuk gibi meseleler Tüzüğün kapsamı dışında bırakılmış; sadece kayıtlı birlikteliklerin genel hükümlerinden biri olarak kabul edilen malvarlığına ilişkin mesele düzenleme konusu yapılmıştır. Elbette kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin sorunlara sıklıkla rastlanmakta ve bu husus özel bir önemi haiz bulunmaktadır; ancak meselenin, velayet, nafaka, soybağı, evlat edinme gibi sonuçlarının da olduğu göz ardı edilmemelidir.

Sonuç olarak Tüzük, kayıtlı birliktelik kurmuş çiftlerin malvarlığına ilişkin milletlerarası özel hukuk sorunlarını yanıtlaması açısından önemli bir ihtiyacı karşılamakla birlikte yeterli değildir. Esasen, konuyu tüm boyutları ile ele alan bir düzenlemenin kaleme alınmasının yerinde olacağı kanısındayız.

## KAYNAKÇA

- BOELE WOELKI, Katharina : “Private International Law Aspects of Registration Partnership and Other Forms of Non-Marital Cohabitation in Europe”, La. L. Rev., 1999-2000, 60 (4), s. 1052-1059.
- CURRY SUMNER, Ian : All’s Well That Ends Registered?, The Substantive and Private International Law Aspects of Non- Marital Registered Partnerships in Europe, Antwerp-Oxford, Intersentia 2005.

- DEVERS, Alain : “Private International Law Aspect of Non-Marital Unions: Some French Reflections on the Applicable Law”, Y. B. Int'l L, 2003, 5, s. 191-221.
- ERSEN PERÇİN, Gizem: Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, Uygulanacak Hukuk- Milletlerarası Yetki-Tanıma ve Tenfiz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- GOOSSENS, Elise : “Different Regulatory Regimes for Registered Partnership and Marriage: Out-Dated or Indispensable, A European Perspective on the Belgian Model”, Insentia 2012, s. 633-650: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2156131](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2156131).
- KRVAVAC, Marija / BELOVIĆ, Jelena : “Communitarisation of Private International Law Rules on Party Autonomy in European Union”, International Journal of Business Humanities and Technology, 2014, 4/3, s. 54-68.
- MARINO, Silvia : “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: The Patrimonial Effects of Family Relationships”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2017, 9, No 1, s. 265-284.
- O'BRIEN, C. Raymond : “Domestic Partnership: Recognition and Responsibility”, San Diego L. Rev., 1995, 32, s. 161-220.
- ÖZTÜRK, Necla : Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- SAKMAR, Ata / EKŞİ, Nuray : “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 2002, 22 (2), s. 721-743.
- SÜRAL, Ceyda: Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2007.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2016.
- YASAN, Candan: Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ZIELINSKI, Debbie : “Domestic Partnership Benefits: Why not Offer Them to Same-Sex Partners and Unmarried Opposite Sex Partners?”, Journal of Law and Health, 1998-1999, 13, s. 281-374.

## İNTERNET KAYNAKLARI

- 2016/1103 ve 2016/1104 sayılı Tüzük karşılaştırması için bkz.: <http://conflictoflaws.net/2017/conference-report-property-regimes-of-international-couples-and-the-law-of-succession>
- 2016/1104 sayılı Evli Eşlerin Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Birliği Konseyi Tüzük Tasarısı için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0126>
- AB 2004/38 Direktif metni için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:158:0077:0123:en:PDF>

- Avrupa Birliği Vatandaşlık Rapor metni için bkz  
[http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com\\_2010\\_603\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/com_2010_603_en.pdf)
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için bkz.:  
[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)  
<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/06/09-property-regimes-for-international-couples/>  
<http://www.eubelius.com/en/spotlight/new-european-regulations-marital-property-law-and-registered-partnerships>  
<http://www.lisbon-treaty.org/wcm/the-lisbon-treaty/treaty-on-european-union-and-comments/title-4-provisions-on-enhanced-cooperation/99-article-20.html>  
<https://assets.hcch.net/docs/e2533a3e-5a10-4524-a03b-a783ff4ccc3d.pdf>  
<https://europeanciviljustice.wordpress.com/2016/03/02/towards-enhanced-cooperation-in-property-regimes-of-international-couples/>  
<https://europeanciviljustice.wordpress.com/2016/06/23/eu-parliament-approves-regulations-on-property-regimes/>  
<https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/352571/2/Goossens+LA+Pintens.pdf>
- Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfiz Hakkında AB Konsey Tüzüğü metni için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1502312216080&uri=CELEX:32001R0044>
- Kayıtlı Birlikteliğin Çiftlerin Malvarlığına Etkilerine İlişkin Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfiz Hakkında Tüzük Tasarısı için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0127>
- Kayıtlı Birlikteliklerin Malvarlığına İlişkin Konularda Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Tanıma - Tenfiz Hakkında Gelişmiş İşbirliği Uygulamasına Dair 2016/1104 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1104&from=EN>
- Kayıtlı Birlikteliklerin Tanınmasına Dair Konvansiyon için bkz.: <https://web.archive.org/web/20120320051432/http://www.ciec1.org/Conventions/Conv32Ang.pdf>
- Laying Down the Rules and General Principles Concerning Mechanisms for Control by Member States of the Commission's Exercise of Implementing Powers* metni için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0182&from=EN>
- Stockholm* Programı için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:en:PDF>
- The Council of Europe*, Konseyin resmî internet sayfası için bkz.: <http://www.coe.int/en/>

# TİCARET KANUNU KAPSAMINDA SERMAYE ŞİRKETLERİNDE BAĞIMSIZ DENETİM\*

## INDEPENDENT AUDIT IN CAPITAL COMPANIES WITHIN THE CONTEXT OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE

DOI: 10.21492/inuhfd.333812

**Mehmet Ali AKSOY\*\***  
**Emine Ebru AKSOY\*\*\***

### Özet

6102 sayılı TTK ile sermaye şirketleri için uzmanlığa dayalı olmayan iç denetleme sistemi terk edilmiş, bunun yerine bağımsız dış denetim kabul edilmiştir. Böylece şirketlerin denetimi muhasebe denetimine dönüşmüştür. İlgili çalışmada sermaye şirketlerinin denetimi, denetleyecek kuruluş ve denetime tabi şirketler açısından incelenmiştir. Sermaye şirketleri bağımsız denetime tabi olanlar ve denetçi denetimine tabi olanlar şeklinde tasnif edilmektedir. Bu kapsamda bağımsız denetçi ancak, bağımsız denetçiler ya da bağımsız denetim kuruluşları olabilir. Bağımsız denetime tabi şirketlerden bir kısmı için Türkiye Muhasebe Standartları (TMS) uygulanması zorunlu tutulmuşken bir kısmı için TMS uygulanması şirketin ihtiyarına bırakılmıştır. TMS uygulama zorunluluğu bulunmayan şirketler, isterse TMS uygulayabilecek, isterse tek düzen muhasebe sistemi uygulamaya devam edebilecektir. Denetçi, denetimin sonucunu görüş yazısında açıklar. Görüş yazıları olumlu, sınırlandırılmış olumlu, görüş vermekten kaçınma şeklinde olabilir veya olumsuz görüş verilebilir. Denetimden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler 660 Sayılı KHK’de ve denetim yönetmeliğinde yer almaktadır. Ayrıca denetçilerin sır saklamadan doğan sorumluluğu TTK’de özel olarak düzenlenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** sermaye şirketlerinin denetimi, bağımsız denetim, denetçi, denetim kuruluşu, TMS uygulama zorunluluğu,

### Abstract

With the Turkish Commercial Code No. 6102 (6102 TCC), internal auditing system, which is not based on expertise, has been abolished and the external auditing system has been adopted for capital companies. Thus, audit of a company has turned into accounting control. In this study, the auditing of the capital companies was examined within the scope of the auditing organisations and the companies subject to the audit. Capital companies are classified as those subject to independent audit and those subject to auditor audit. In this context, the independent auditor may only be an independent auditor or an independent auditing company. The implementation of TMS (Turkish Accounting Standards) is compulsory for some of the companies, which are subject to independent auditing, whereas it has been left at the discretion of the company for the others.

---

\* İlgili çalışma 12 Ekim 2017 tarihinde, 14. Uluslararası Muhasebe Konferansı, Tiran’da sunulan aynı konulu sunumun geliştirilerek genişletilmiş halidir.

\*\*Gazi Üniversitesi TKYO Ticaret Hukuku Bilim Dalı öğretim Görevlisi Dr. aliaksoy@gazi.edu.tr (Sorumlu Yazar)

\*\*\* Gazi Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Öğretim Üyesi, Doç. Dr. eeakin@gazi.edu.tr

Companies that do not have an obligation to implement the TMS will be able to apply TMS or continue to implement a uniform accounting system. The auditor explains the result of the audit in the opinion letter. Opinion letters can be positive, limited positive and refraining from giving an opinion or negative opinion. Provisions related to the liability arising from the audit are included in the Decree Law numbered 660 and in the audit regulation. In addition, the responsibility of the auditors arising from the confidentiality obligation has been particularly regulated in the TCC.

**Keywords:** audit of the capital companies, independent audit, auditor, auditing company, obligation to implement the TMS.

## 1. GİRİŞ

6102 sayılı TTK ile uzmanlığa dayalı olmayan iç denetleme sistemi terk edilmiş, bunun yerine sermaye şirketlerinin bağımsız dış denetim kabul edilmiştir<sup>1</sup>. Bağımsız denetim sisteminde anonim şirketlerin finansal tablolarını denetimden geçirmesi zorunlu olmakla birlikte denetim, şirket içerisinde oluşturulan bir organ tarafından<sup>2</sup> değil bağımsız denetim vasıtasıyla yerine getirilir. Ayrıca bu sistemde denetçiler muhasebe kayıtlarına iç denetçilere göre daha fazla bağlıdır. Örneğin yönetim kurulunun faaliyet raporu denetim kapsamında olmakla birlikte; denetim, raporda yer alan finansal bilgilerle sınırlıdır. İç denetçiler ise daha çok danışmanlık yapmaktadır<sup>3</sup> ve yetkileri finansal tabloların denetimi ile sınırlı da değildir. Genellikle faaliyet denetimi ve uygunluk denetimi şeklinde gerçekleştirilir<sup>4</sup>.

### 1.1. Denetçinin Organ Niteliği

6102 Sayılı TTK'nin gerekçesinde denetçinin organ niteliği taşıyıp taşımadığı konusunda tereddüt bulunduğu belirtilmektedir<sup>5</sup>. Ancak denetçi, şirket yönetimini değil; şirketin hesaplarının denetimini yapmaktadır<sup>6</sup>. Denetçinin bildirmesi ile riskin erken saptanması komitesinin kurulmasında (TTK m 378) olduğu gibi şirketin işleyişine

---

<sup>1</sup>KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Basım, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s 287.

<sup>2</sup>TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2013, s. 418; ÖZKORKUT, Korkut, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, 2. Tıpkı Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.s. 36. (Daha sonraki atıflar, ÖZKORKUT, Bağımsız Denetim).

<sup>3</sup>ULUSOY, Yasin: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim, Seçkin, Ankara 2007, s. 104.

<sup>4</sup>ÇELİK, Aytekin: Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2005, s. 36.

<sup>5</sup>TTK m 399/1 Gerekçesi, TTK m 437/2 Gerekçesi.

<sup>6</sup>KIRCA, İsmail / ŞEHRİALİ, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: Şirketler Hukuku, C. I, BTHAE, Ankara 2016, s. 393.

yönelik müdahaleleri söz konusu olmakla birlikte, denetçilerin tipik bir idari görevi bulunmamaktadır<sup>7</sup>. Bu nedenle doktrinde genel kanaat denetçilerin organ niteliği taşımadığı yönündedir<sup>8</sup>. Denetçinin şirketin kurumsal yapısının bir parçası olmaması<sup>9</sup>, tarafsız ve bağımsız olma yükümlülüğü ve şirketle çıkar ilişkisinin bulunmaması<sup>10</sup> organsal yetkilerinin kaldırılması yanında denetçinin bulunmamasının şirketin feshi nedeni olarak görülmemesi de denetimin bir organ niteliği bulunmadığını göstermektedir<sup>11</sup>. Denetçinin zorunlu organ olarak düzenlenmemesi ihtiyari bir organ veya komite şeklinde iç denetim sistemi oluşturulmasına engel değildir<sup>12</sup>.

### 1.2. Bağımsız Denetim Sözleşmesi

Bağımsız denetim faaliyeti, bağımsız denetim şirketi ile denetlenen şirket arasında yapılan, sözleşme kapsamında yürütülür. Buna rağmen alacaklılar ve ortaklar da bilgi kullanıcısı konularından dolayı raporun muhatabı olarak kabul edilmiş ve denetçiye organ niteliği verilmemesine rağmen söz konusu kişiler özel bir sorumluluk rejimi ile korunmuştur<sup>13</sup>. Bu şekilde, özel hukuk ilişkisine dayanan ilişkide tarafların sözleşme özgürlüğü geniş ölçüde sınırlandırılmıştır.

## 2. DENETİM FAALİYETİ

Bağımsız denetim şirketi tarafından gerçekleştirilen denetim faaliyeti, denetimin konusu ve defter tutma sistemi açısından değerlendirilmelidir.

<sup>7</sup> KIRCA/ ŞEHRİALİ/ MANAVGAT, s. 393.

<sup>8</sup> 6102 Sayılı TTK Genel Gerekçesi nr 129; KÖKSAL, Aytaç: Bağımsız Denetim Sözleşmesi, 1. Bası, Beta, İstanbul 2009 (KÖKSAL, Bağımsız Denetim); KÖKSAL, Aytaç: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 397 ila 406. Maddeleri Arasında düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Organı Olup Olmadığı Sorunu, Prof Dr. Fırat Öztan'a Armağan C I, ARKAN, Sabih (Edit) Turhan, Ankara 2010.

<sup>9</sup> KIRCA/ ŞEHRİALİ/ MANAVGAT, s.391; KÖKSAL, (Fırat Öztan'a Armağan) s. 1396.

<sup>10</sup> KIRCA/ ŞEHRİALİ/ MANAVGAT, s.391, 393.

<sup>11</sup> PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Bası, Adalet, Ankara 2015, s. 1194.

<sup>12</sup> ARI, Zekeriya: Şirketler Hukuku, KARAHAN, Sami (Edit.): Konya, Mimoza, 2013, s. 480; BİLGİLİ Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku: 6335 ve Sayılı Kanunla Değişik 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, 9. Bası, Dora, Bursa 2013, s. 414.

<sup>13</sup> ÇELİK s. 61,62; KIRCA/ ŞEHRİALİ/ MANAVGAT, organ sıfatı verilmemesi nedeniyle denetçilerin, özel sorumluluk rejimine' tabi tutulmaması, sorumluluklarının denetim sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. KIRCA/ ŞEHRİALİ/ MANAVGAT, s. 394.

## 2.1. Denetimin Konusu

Denetimin konusu; denetim kuruluşları ve denetçiler tarafından TTK, 660 Sayılı KHK, Sermaye Piyasası Kanunu<sup>14</sup> (SerPK) ve Bankacılık Kanunu<sup>15</sup> (BanKan) gibi ilgili mevzuatta<sup>16</sup> belirtilen hususların, doğrudan veya dolaylı olarak denetlenmesi, incelenmesi veya değerlendirilmesidir (660 sayılı KHK m 6). İlgili çalışmada denetim TTK ve 660 Sayılı KHK çerçevesinde ele alınmıştır. Bu kapsamda denetimin konusunu

- Şirketin finansal tablolarının<sup>17</sup>
- Şirketin envanterinin ve muhasebesinin,
- Riskin erken saptanması komitesi raporlarının,
- Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporlarının<sup>18</sup> denetimi oluşturmaktadır.

<sup>14</sup> SerPK kapsamında yürütülecek bağımsız denetim çalışmaları, KGK tarafından belirlenen bağımsız denetim standartları çerçevesinde yürütülür (SerPK m. 14, 36). (oysa Mülga SerPK’de bağımsız denetime ilişkin standart ilke ve kuralları düzenleme yetkisi SPK’ye verilmekteydi (Mülga SerPK m. 16, 22). Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKORKUT, Bağımsız Denetim s 99).

<sup>15</sup> Bankaların genel kurullarına sunacağı yıllık finansal raporların bağımsız denetim kuruluşlarınca onaylanması şarttır. (BanKan m. 39), Söz konusu denetim kuruluşları BDDK tarafından yetkilendirilir (BanKan m 15).

<sup>16</sup> Enerji piyasasında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetlerini bağımsız denetim kuruluşlarına denetletmesi zorunludur. (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun m 5/7/j; 9/2/e). Sigortacılık Kanunu (SK) (m. 18/2), 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu (BEK. m. 21) gibi diğer kanunlarda yer alan hükümler 660 sayılı KHK’ya aykırılık teşkil etmediği sürece uygulanır (660 sayılı KHK geçici madde ½). Bu kapsamda, SPK tarafından Seri:X, No: 28 “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ” (BDST), 6362 sayılı Kanun ve KGK düzenlemeleri ile uyumlu hale getirilmiştir. Ancak BDST’nin UDS ile uyumlu 2- 34. kısımları, KGK tarafından TDS’nin yayımı tamamlanmadığı için yürürlükten kaldırılmamıştır. Ancak ilgili standartların yayımının çok kısa bir sürede tamamlanması beklenmektedir. Bu çerçevede, SPK tarafından “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Yükümlülüğüne İlişkin Esaslar Tebliği Taslağı” ve “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Faaliyeti Hakkında Tebliğ Taslağı” hazırlanmıştır. İlgili tebliğlerle sermaye piyasasında bağımsız denetim yapabilecek kuruluşlara ilave şartlar belirlenmesi de amaçlanmaktadır. **Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ Taslakları Hakkında Duyuru**, Erişim: [www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20140411&subid=0&ct=c](http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20140411&subid=0&ct=c)

<sup>17</sup> Tms 1’e göre şirketlerin hazırlamaları gereken finansal tablolar; bilanço (finansal durum tablosu,) gelir tablosu, nakit akımı tablosu, özkaynak değişim tablosundan oluşmaktadır. Ayrıca mali tablo niteliği taşımayan, yalnızca mali tablolarda yer alan bilgileri açıklamaya yönelik “önemli muhasebe politikalarını özetleyen dipnotlar ve diğer açıklayıcı notlar”da TMS 1’e göre finansal tablolar seti içerisinde yer almaktadır (TMS 1 p 8).



Anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları, denetçi tarafından, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca (KKG) yayımlanan Uluslararası Denetim Standartları'yla (UDS) uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına (TDS) göre denetlenir (TTK m. 397). Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporları da denetimin konusunu oluşturmakla birlikte denetim yetkisi, raporda yer alan finansal bilgilerin denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığıyla ve gerçeği yansıtır yansıtmadığıyla sınırlıdır (TTK m. 397)<sup>19</sup>.

TTK kapsamında denetim, daha çok şirket muhasebesinin denetimini kapsamakla birlikte TDS'nin öngördüğü ölçüde iç denetim de denetimin konusunu oluşturmaktadır (TTK m 398). Bu kapsamda denetim yetkisi ayrıca TMS'ye, kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolara ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığının incelenmesini de kapsar (TTK m. 398).

## 2.2. Defter Tutma Sistemi İle İlişkisi

Tacirler, münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken KKG tarafından yayımlanan; TMS'ye, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen uymak ve bunları uygulamakla yükümlü tutulmuşlardır (TTK m. 88). TTK'nin ilk halinde defterlerin tutulması için yer alan söz konusu yükümlülük, 6335 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, finansal tabloların düzenlenmesine hasredilmiştir. Kanunda VUK ve ilgili mevzuat hükümlerine yollama yapılmasının<sup>20</sup> sonucu olarak da 6762 sayılı kanun döneminde olduğu gibi, muhasebe ağırlıklı defter tutma sisteminden vergi ağırlıklı defter tutma sistemine dönmüştür<sup>21</sup>. TTK'de vergi odaklı defter tutma sistemi kabul edilmesine ve TMS uygulama yükümlülüğü münferit

<sup>18</sup>Yıllık faaliyet raporunun hazırlanması yönetim kurulunun vazgeçilemez yetkilerindedir (TTK m 375/1). Yönetim organı tarafından düzenlenecek yıllık faaliyet raporunun asgari içeriğini belirlemek amacıyla Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (GTB) Tarafından, Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır. RG, T, 28.08.2012, S. 28395.

<sup>19</sup>ŞENER, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku: Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2015, s. 445.

<sup>20</sup>KENDİGELEN, değişiklikler yenilikler 2012, s. 88. Tacirin, VUK'de yer alan yükümlülükleri de dikkate almak zorunda olduğu 6335 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle (TTK m 64/5) kabul edilmiş ve TDİT m 1'de düzenlenmiştir.

<sup>21</sup>ÖZKORKUT, Korkut, "Ticari Defterler Yönünden Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Çatışması" Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Sempozyumu (15-16 Mayıs 2014), Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gazimağusa, KKTC, 2014, (s. 121-139), s. 122, 123.

ve konsolide finansal tabloların düzenlenmesine hasredilmesine rağmen denetim sistemi TMS üzerine kurulmuştur.

### **3. DENETİM SİSTEMİ**

TTK sisteminde, tüm sermaye şirketleri bağımsız denetime tabi tutulmamış, bağımsız denetime tabi tutulacak şirketlerin Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Söz konusu şirketler dışındaki şirketler ise TTK m. 397/5'de belirtilen şekilde denetime tabi tutulmuştur.

#### **3.1. Bağımsız Denetime Tabi Şirketler**

Bakanlar kurulu tarafından belirlenen şirketlerin finansal tabloları bağımsız denetime tabidir(TTK m. 397/4). Bu kapsamda bağımsız denetçi ancak, bağımsız denetim yetkisine sahip bağımsız denetçiler ya da bağımsız denetim kuruluşları olabilir<sup>22</sup>. Bu kapsamda Bakanlar Kurulu Kararı kapsamına giren limited ve paylı komandit şirketler de söz konusu hükümler uyarınca bağımsız denetime tabi tutulmaktadır.

Denetimin esasları KGK tarafından belirlenmiştir (TTK m 398). Denetim, KGK tarafından yayımlanan TDS'ye göre gerçekleştirilir (TTK m 397). Ayrıca bir sermaye şirketinin bağımsız denetime tabi olması, TMS'ye tabi olacağı anlamına gelmemektedir. KGK kararı ile söz konusu şirketlerin yalnızca belirli bir kısmı TMS'ye tabi tutulmuş; bunlar dışında kalanların TMS uygulamalarının ihtiyari olduğu belirtilmiştir<sup>23</sup>.

#### **3.1.1. Yalnızca Bağımsız Denetime Tabi Şirketler**

Bağımsız denetime tabi şirketler 2012/4213 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı<sup>24</sup> ile belirlenmiştir. Bir şirketin bağımsız denetime tabi olması için Bakanlar Kurulu Kararına eklenen üç listeden birine girmesi gerekmektedir. Buna göre;

Halka açık şirketler, bankalar, sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri, factoring şirketleri, finansman şirketleri, finansal kiralama şirketleri, varlık yönetim şirketleri, emeklilik fonları, ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları faaliyet alanları itibariyle kamu yararını ilgilendiren kuruluş olarak nitelendirilmiş (660 Sayılı KHK m 2/1/ğ) ve söz konusu şirketler, işlem hacimleri, istihdam ettikleri personel sayısı gibi hiçbir ölçüt aranmaksızın, faaliyet bazında, bağımsız denetime tabi

---

<sup>22</sup> Denetçi, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve KGK tarafından yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilir (TTK m. 400)

<sup>23</sup> KGK'nin 75935942-050.01.04 – [01/26] Sayılı Kararı TG, T, 26.08.2014, S, 29100. Bkz. Aşağıda 3.1.2. TMS Uygulamakla Yükümlü Şirketler

<sup>24</sup> 2012/4213 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG T, 23/01/2013 S,i 28537.

tutulmuştur. Söz konusu kuruluşlar sınırlı sayıda belirtilmemiştir. Bu nedenle düzenlemede yer alan kuruluşlar dışındaki kuruluşlar da kamu yararını ilgilendiren kuruluş olarak kabul edilebilecek ve KGK tarafından bağımsız denetime tabi tutulabilecektir<sup>25</sup>. SPK'nin düzenleme ve denetimine tabi şirketler, sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim şirketler, nitelikli yatırımcılara satılmak üzere, pay hariç sermaye piyasası aracı ihraç eden anonim şirketler<sup>26</sup>; BanKan uyarınca BDDK'nin düzenleme ve denetimine tabi şirketler, sigortacılık, portföy yönetim şirketleri, gibi ilgili kararın Ekli I listesinde yayınlanan şirketler<sup>27</sup>; bu kapsamda, hiçbir ölçüt aranmaksızın bağımsız denetime tabi tutulmuştur<sup>28</sup>.

Kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar dışında kalan diğer kuruluşlar ise; faaliyet alanları, işlem hacimleri, istihdam ettikleri çalışan sayısı ve benzeri ölçütlere tabi tutulmak suretiyle<sup>29</sup>, Ek II sayılı listede yer alan sınırlamalar dikkate alınarak bağımsız denetime tabi tutulmaktadır. “Eşiklerin aşılması” ölçütü olarak adlandırılan<sup>30</sup> söz konusu ölçüte göre; sermayesinin en az % 25'i kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına, sendikalara, derneklere, vakıflara, kooperatiflere ve bunların üst kuruluşlarına, doğrudan veya dolaylı olarak ait olan şirketler; yurt çapında günlük olarak gazete yayımlayan şirketler, kaynak tahsisi içermeyen yetkilendirme sahibi şirketler ile çağrı merkezi şirketleri hariç olmak üzere, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu denetimine tabi olan (TTK m 1525) şirketler, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu düzenlemelerine tabi olarak faaliyet gösteren lisans, sertifika veya yetki

<sup>25</sup> BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 9. Bası Beta, İstanbul 2015, s. 253.

<sup>26</sup> Söz konusu şirketler; Ek I sayılı listede yatırım kuruluşları, kolektif yatırım kuruluşları, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, varlık kiralama şirketleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları, veri depolama kuruluşları, derecelendirme kuruluşları, değerlendirme kuruluşları, sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim şirketler, nitelikli yatırımcılara satılmak üzere pay hariç sermaye piyasası aracı ihraç eden anonim şirketler olarak belirlenmiştir.

<sup>27</sup> Söz konusu şirketler; Ek I sayılı listede bankalar, derecelendirme kuruluşları, finansal holding şirketleri, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, finansman şirketleri, varlık yönetim şirketleri, finansal holding şirketleri üzerinde BanKan'da tanımlandığı şekliyle nitelikli paya sahip olan şirketler şeklinde düzenlenmiştir.

<sup>28</sup> ALTAŞ, Soner: Şirket Denetimi: Denetçi ve Özel Denetçi, 6. Bası, Seçkin, Ankara 2015, s. 178.

<sup>29</sup> ALTAŞ, s. 179.

<sup>30</sup> ARI/KARAHAN, s. 460.

belgesi sahibi şirketler<sup>31</sup>, halka açık sayılan şirketler<sup>32</sup>, TMSF'nin iştirakleri ile TMSF tarafından denetimi ve yönetimi devralınan şirketlerden bazıları<sup>33</sup> ve 233 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Kurulu ve Görevleri Hakkında KHK kapsamında faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT) ve bağlı ortaklıkları ile sermayesinin en az % 50'si belediyelere ait olan şirketler

- On beş milyon ve üstü Türk Lirası aktif toplama sahip olma;
- Yirmi milyon ve üstü Türk Lirası Yıllık net satış hasılatına sahip olma;
- Elli ve üstü çalışan sayısına sahip olma

Ölçütlerinden en az ikisini sağlamaları durumunda bağımsız denetime tabi olur.

### 3.1.2. TMS Uygulamakla Yükümlü Şirketler

Bağımsız denetime tabi şirketlerden bir kısmı için TMS uygulanması zorunlu tutulmuşken bir kısmı için TMS uygulanması şirketin ihtiyarına bırakılmıştır. TMS uygulama zorunluluğu bulunmayan şirketler, isterse; kurul tarafından belirleme yapılıncaya kadar<sup>34</sup>, TMS

<sup>31</sup> İlgili düzenlemede söz konusu şirketler; 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümlerine tabi KİT'ler hariç olmak üzere 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun uyarınca Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu düzenlemelerine tabi olarak faaliyet gösteren lisans, sertifika veya yetki belgesi sahibi şirketler, şeklinde belirtilmiştir.

<sup>32</sup> İlgili düzenlemede söz konusu şirketler; sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen ancak SerPK kapsamında halka açık sayılan şirketler, şeklinde belirtilmiştir.

<sup>33</sup> İlgili düzenlemede söz konusu şirketler; gayri faal olan veya faaliyetleri geçici olarak durdurulan veya (gerekli ana sözleşme değişiklikleri ve benzeri prosedür işlemleri henüz gerçekleştirilmemiş olanlar dahil) iptal edilen iştirak ve şirketler hariç olmak üzere, TMSF'nin iştirakleri ile mülga 4389 sayılı BanKan ve 5411 sayılı BanKan kapsamında Fon tarafından denetimi ve yönetimi devralınan şirketler, şeklinde belirtilmiştir.

<sup>34</sup> Bu amaçla Yerel Finansal Raporlama Çerçevesi (YFRÇ), taslağı hazırlanmıştır. YFRÇ, bağımsız denetime tabi olup tam set TMS uygulamayan işletmelerin finansal tablolarında uygulayacakları finansal raporlama çerçevesidir. YFRÇ'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte bağımsız denetime tabi olup TMS uygulamayan işletmelerin genel kurullarına sundukları finansal tablolar açısından tek düzen muhasebe sisteminin yerini alacaktır. Erişim, [http://www.kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/5151/Yerel-Finansal-Raporlama-C%CC%A7erc%CC%A7evesi-\(YFRC%CC%A7\)](http://www.kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/5151/Yerel-Finansal-Raporlama-C%CC%A7erc%CC%A7evesi-(YFRC%CC%A7)); YFRÇ Bilgi Notu, <http://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/YFR%C3%87%20Bilgi%20Notu.pdf>.

uygulayabilecek; isterse tek düzen muhasebe sistemi<sup>35</sup> uygulamaya devam edebilecektir<sup>36</sup>. Tek düzen muhasebe sistemi uygulayan şirketler için ise KGK tarafından ek hususlar aranmış; bu amaçla “TMS’leri Uygulamayan Şirketlerin Finansal Tablolarının Hazırlanmasında Uygulanacak İlave Hususlar” yayımlanmıştır<sup>37</sup>.

Belirtilen düzenleme, TMS uygulama zorunluluğu bulunmadığı halde bağımsız denetime tabi olan şirketleri ortaya çıkarmak suretiyle, bağımsız denetime tabi olma ile TMS uygulanma yükümlülüğü arasındaki ayrılmaz bağı kopardığı yönünde eleştiriye maruz kalmaktadır<sup>38</sup>. Ayrıca TTK m. 88 ile şirketlerin finansal tabloların düzenlenmesinde, KGK tarafından hazırlanan ve uluslararası standartlara uyumlu, TMS’ye uyma yükümlülüğü yüklenmektedir. Bu nedenle KGK’nin, ilgili şirketler açısından TMS’ye uyma zorunluluğunu kaldırarak uygulanacak finansal raporlama çerçevesini belirlemesi eleştiriye açık bir konudur.

TMS uygulaması zorunlu şirketler KGK tarafından belirlenmiştir<sup>39</sup>. Buna göre;

BanKan uyarınca BDDK’nin düzenleme ve denetimine tabi işletmelerden; bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktöring şirketleri, finansman şirketleri, varlık yönetim şirketleri, derecelendirme kuruluşları, finansal holding şirketleri, finansal holding şirketleri üzerinde BanKan’nin tanımlandığı şekliyle nitelikli paya sahip olan şirketler, ödeme kuruluşları ve elektronik para kuruluşları; Sigortacılık Kanunu (SK) ile Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu (BEK) kapsamında faaliyet göstermekte olan sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri, Borsa İstanbul Piyasalarında faaliyet göstermesine izin verilen; yetkili müesseseler, kıymetli madenler aracı kurumları, kıymetli maden üretimi veya ticareti ile iştigal eden anonim şirketler, her hangi bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın TMS uygulamakla yükümlü tutulmuşlardır. Aynı şekilde SerPK. uyarınca SPK’nin düzenleme ve denetimine tabi işletmelerden; sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim şirketler,

<sup>35</sup> Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği ve ekinde yayımlanmıştır. RG, T. 26.12.1992, S. 21447 1. Mükerrer.

<sup>36</sup> KGK’nin 21/8/2014 Tarihli ve 75935942-050.01.04 – [01/26] Sayılı Kararı, RG T. 26.08.2014, S. 29100.

<sup>37</sup> RG, T. 30.12.2014; S. 29221.

<sup>38</sup> ALTAŞ, s 133.

<sup>39</sup> S. 75935942-050.01.04 – [01/26] Sayılı KGK Kararı T. 21/8/2014.

yatırım kuruluşları, kolektif yatırım kuruluşları, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları, varlık kiralama şirketleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları, veri depolama kuruluşları, her hangi bir değerlendirmeye tabi tutulmaksızın TMS uygulamakla yükümlü tutulmuşlardır. Ayrıca sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görmeyen; ancak SPKan. kapsamında halka açık sayılan şirketler

- On beş milyon ve üzeri Türk Lirası Aktif toplama sahip olma,
- Yirmi milyon ve üstü Türk Lirası yıllık net satış hasılatına sahip olma
- Elli ve üzeri çalışana sahip olma

Ölçütlerinden en az ikisini sağlaması şartıyla TMS uygulamakla yükümlü tutulmuşlardır.

### 3.2. Bağımsız Denetime Tabi Olmayan Şirketler

Bağımsız denetime tabi şirketler kapsamına girmeyen anonim şirketler, kooperatifler ve bunların üst kuruluşları<sup>40</sup> denetçi denetimine tâbidir<sup>41</sup> (TTK m 397/5). Söz konusu düzenleme, denetime ilişkin usul ve esasların GTB’ce hazırlanan ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükmünü içermektedir<sup>42</sup>. Söz konusu yönetmelik halihazırda çıkartılmadığı için denetim de fiilen hayata geçirilememiştir<sup>43</sup>. Uygulamada Bakanlar Kurulunun bağımsız denetime ilişkin ölçütlerini taşımayan bazı şirketlerce KGK tarafından yetkilendirilen kişiler denetçi olarak seçilmiş ve denetçilerin ticaret siciline tescil edilmesi talep edilmiştir. GTB İç Ticaret Genel Müdürlüğü

<sup>40</sup>4572 Sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları (TTK m. 397/5).

<sup>41</sup>ARI/KARAHAN, söz konusu denetimin bağımsız denetim olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. ARI/KARAHAN, s. 443; TEKİNALP ise denetçinin ortaklıkla organik bağı bulunmadığı için söz konusu denetimin de bağımsız denetim niteliği taşıdığını belirtmektedir. TEKİNALP, s. 418.

<sup>42</sup>Düzenlemede ayrıca, denetçilerin uyacakları etik ilkelere, niteliklerine, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir (TTK m. 397).

<sup>43</sup>ARSLAN, Özkan, “Bağımsız Denetime Tabi Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarınca Denetçi Seçilmesi Mümkün Müdür?” Mali Çözüm, Mayıs Haziran 2016, s 133-140, s. 134.

ise bağımsız denetime tabi olmayan anonim şirketlerin isteseler dahi KGK tarafından yetkilendirilen kişileri genel kurullarında denetçi olarak seçemeyeceği yönünde görüş bildirmiştir<sup>44</sup>. Bu nedenle ilgili şirketler de fiilen denetim dışı kalmaktadır.

Bağımsız denetime tabi şirketlerde denetçinin sorumluluğuna ilişkin TTK hükümleri, denetçi denetimine tabi şirketlere de kıyasen uygulanır (TTK m. 397/5). Düzenleme ile paylı komandit şirketler de söz konusu denetim kapsamına alınmışken (TTK m. 565) limited şirketler denetim kapsamı dışında tutulmuştur. Yani limited şirketler bakanlar kurulu kararı kapsamında bağımsız denetime tabi ise anonim şirket hükümler uyarınca denetlenecek, söz konusu karar kapsamı dışında kalan limited şirketler ise denetime tabi olmayacaktır (TTK m. 635). Limited şirketlerin belirtilen şekilde denetimden yoksun bırakılması bir boşluk oluşturmaktadır ve söz konusu boşluğun bir düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir<sup>45</sup>.

## **4. DENETİM KURULUŞU VE DENETÇİLER**

### **4.1. Denetçi Seçilebilecek Kişiler**

TTK kapsamında denetçi, bağımsız denetim yapmak üzere, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve KGK tarafından yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilir (TTK m 400/1).

#### **4.1.1. Denetçi Seçimi**

Bağımsız denetçi seçimi konusunda ana kural, genel kurul tarafından atanma olmakla birlikte istisnai yöntemler de bulunmaktadır.

##### **4.1.1.1. Genel Kurul Tarafından Seçilme**

6762 sayılı TTK döneminde iç denetim sistemi uygulanmakta ve bağımsız denetim Sermaye Piyasası Mevzuatı kapsamında söz konusu olmaktadır. Sistem olarak ise, bağımsız denetim kuruluşu, şirket yönetim

<sup>44</sup> İstanbul Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün Bakanlık Görüşü istenmesi üzerine, GTB tarafından, TSY m 28'de sicile yapılacak tescillerin kanun ve yönetmelik hükümlerine göre yapılacağı belirtilmesi ve TTK m. 397 düzenlemesinde söz konusu hususun yönetmeliğe bırakılması karşısında, ilgili şirketlerin isteseler de KGK tarafından seçilen kişileri denetçi olarak atayamayacakları yönünde görüş bildirilmiştir. GTB, İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün 50035491-3360 nolu yazısı. Erişim : <http://www.ticaretkanunu.net/bakanlik-gorusu-bagimsiz-denetime-tabi-bulunmayan-anonim-sirketlerin-genel-kurullarinda-denetci-secilemeyecegi/> Tarihi 20.01.2017. Aksi görüş için bakınız ARSLAN, s. 137.

<sup>45</sup> AKSOY, Mehmet Ali (2016), "Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü", **Hacettepe HFD**, C. 6, S. 2, s 166.

kurulunca belirlenmekte, sözleşme kurulması için gerekli görüşmeler yapılmakta ve şirket genel kurulunca onaylanmaktaydı<sup>46</sup>. Bunlar bağımsız denetim sözleşmesinin icap aşamasında gerçekleştirilmekte; denetim sözleşmesi ise genel kurulun onayından sonra yetkili kurullar tarafından denetim sözleşmesinin imzalanmasıyla kurulmaktaydı. Bağımsız denetim kuruluşu, icap niteliğindeki beyanı kabul edip etmemekte tamamen serbestti<sup>47</sup>.

TTK'de bağımsız denetçi seçim yetkisi şirket genel kuruluna verilmiş (TTK m. 399/1) ve bu yetkinin, genel kurulun devredilemez yetkilerinden olduğu belirtilmiştir (TTK m. 408/2/c). Muhasebe, finans denetimi için gerekli düzenin kurulması ise yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında sayılmıştır (TTK m. 375/1/c). Düzenlemede, yönetim kuruluna, denetçiyi belirleme konusunda her hangi bir görev yüklenmemektedir. Bu nedenle düzenleme ile denetçiyi onaylama yanında belirleme yetkisinin de genel kurula verildiği söylenebilir. Ancak genel kurul, sürekli toplanan bir organ olmaması ve bir sözleşmenin hazırlık aşamasını yerine getirmek üzere yeterli enstrümana sahip olmaması nedeniyle, denetçi belirlemeye uygun bir organ değildir. Bu konuda, yönetim kurulunca bir hazırlık yapılması ve bağlayıcı olmamakla birlikte birkaç alternatif belirlenmesi, bir çözüm olarak kabul edilebilir.

Denetçi seçimi genel kurul tarafından yapılmakla birlikte bağımsız denetim sözleşmesi yönetim kurulu tarafından yapılır. Denetim şirketinin söz konusu icabı kabul etmesi zorunlu değildir. Denetçinin görevi reddetmesi durumunda denetçi mahkeme tarafından atanır (TTK m 399/6). Doktrinde bu durumda bir önlem olarak genel kurulun birden fazla alternatif belirleyebileceği yönünde görüşler ileri sürülmektedir<sup>48</sup>.

Denetçi, şirket genel kurulunca; şirketler topluluğunda, topluluk denetçisi, ana şirket genel kurulunca seçilir (TTK m 399). Seçim kararı olağan yeter sayısı ile alınır<sup>49</sup>. Ayrıca anonim şirketlerde, denetçi seçimi sırasında, oyda imtiyazlar etkisiz hale gelmektedir (TTK m 618/3/a). Limited şirketlerde ise denetçi seçiminde oyda imtiyazlar etkisiz hale gelmez.

Her faaliyet dönemi için yeni bir denetçi seçilir. Denetçinin, seçim yapılmadan görevine devam etmesi durumunda verdiği raporlar yok

---

<sup>46</sup> ALTAŞ, s. 113

<sup>47</sup> ÇELİK, s. 63.

<sup>48</sup> ARI/KARAHAN, s. 473.

<sup>49</sup> BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 424.



hükümündedir<sup>50</sup>. Denetçinin her hâlde görevini yerine getireceği faaliyet dönemi bitmeden seçilmesi şarttır(TTK m 399/1)<sup>51</sup>. İlgili düzenlemeden, her ne kadar denetçinin faaliyet döneminin son günü dahi seçilebileceği anlamı çıksa da, TTK m 399/6 düzenlemesinden<sup>52</sup> kanun koyucunun denetçinin faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar atanmasını istediği anlaşılmaktadır<sup>53</sup>. Denetçinin faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar seçilmemesi durumunda, her yönetim kurulu üyesinin ve pay sahibinin mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır. Seçimden sonra, yönetim kurulu, gecikmeksizin denetleme görevini hangi denetçiye verdiğini ticaret siciline tescil ettirir; Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi (TSG) ve şirketin internet sitesinde ilan eder(TTK m 399/1).

#### 4.1.1.2. Esas Sözleşme ile Atama

Anonim şirketlerde ilk denetçiler, faaliyet döneminde olduğu gibi, genel kurul tarafından seçilir<sup>54</sup>. Limited ortaklıklarda ise ilk denetçiler, esas sözleşme ile atanır (TTK m 586/2/c 587/1/i).

#### 4.1.1.3. Mahkemece Atanma

Denetçinin genel kurul tarafından atanması asıl olmakla birlikte denetçi, şahsına ilişkin kuşuların bulunması durumunda “görevden alma ve yeni denetçi atama” davası sonucunda mahkemece atanabilir. Bunun yanında denetçinin mahkeme tarafından atanacağı diğer haller TTK m 399/6’da düzenlenmiştir. Buna göre, denetçinin faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar seçilememesi, seçilen denetçinin görevi reddetmesi veya sözleşmeyi feshetmesi, görevlendirme kararının iptali, butlanı veya denetçinin kanuni sebeplerle veya diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi veya görevini yapmaktan engellenmesi hâllerinde, denetçinin mahkeme tarafından atanması mümkündür (TTK m 399/6). Düzenlemede yer alan denetçinin “görevini yapmaktan engellenmesi” halinin aynı zamanda denetim sözleşmesinin haklı sebeple feshi sebebi teşkil edeceği, haklı olarak, belirtilmektedir<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> TEKİNALP, s. 425.

<sup>51</sup> MOROĞLU, düzenlemede yer alan “bitmeden” ibaresinin başlamadan şeklinde algılanması gerektiği görüşündedir. MOROĞLU, Edoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları: Değerlendirme ve Öneriler, Vedat, İstanbul 2009, s. 199, BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s 425.

<sup>52</sup> ARI/KARAHAN’a göre, TTK m 399/6 hükmü, butlan gibi durumlarında uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle denetçi son gün dahi seçilebilir. ARI/KARAHAN, s. 470.

<sup>53</sup> ÖZKORKUT, Bağımsız Denetim s. 272.

<sup>54</sup> TEKİNALP, s. 425.

<sup>55</sup> KÖKSAL, Bağımsız Denetim, s. 123.

Denetçinin mahkeme tarafından atanmasını talep etmeye yönetim kurulu, yönetim kurulu üyelerinden her biri ve her bir pay sahibi yetkilidir. Bu durumda denetçi şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından atanır. Mahkeme kararı kesindir (TTK m 399/6)<sup>56</sup>. Ancak mahkeme tarafından atanan denetçinin de görevi kabule kabul etmek zorunda olmadığı belirtilmektedir<sup>57</sup>.

#### **4.1.1.4. Yönetim Kurulu Tarafından Seçilme**

Denetçi, TTK m 399/6 uyarınca fesih ihbarında bulunduğu takdirde, yönetim kurulu hemen, geçici bir denetçi seçer ve fesih ihbarını genel kurulun bilgisine, seçtiği denetçiyi de aynı kurulun onayına sunar (TTK m 399/9). Söz konusu düzenleme ile denetçinin fesih ihbarından sonra boşalmanın önüne geçilmesi amaçlanmaktadır<sup>58</sup>. Ancak aynı tehlikenin düzenlemede yer alan fesih ihbarı dışında görevlendirme kararının iptali, butlanı veya denetçinin kanuni sebeplerle veya diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hallerinde de söz konusu olacağına kuşku bulunmamaktadır. Zira söz konusu durumlarda geçici bir denetçinin mahkeme tarafından atanacağına ilişkin bir düzenleme TTK'de yer almamaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu tarafından atanma, yalnızca feshi ihbara hasredilmemeli, yönetim kuruluna atama yetkisi, denetçinin TTK m 399/6 uyarınca mahkemece atanacağı tüm haller için verilmelidir.

#### **4.1.1.5. Bakan veya TMSF Kurulu Tarafından Atanma**

Kayımlık görevi TMSF tarafından yürütülen şirketlerde, denetçinin faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar seçilememesi durumunda, denetçi, şirket yönetim kurulunun teklifi üzerine TMSF'nin ilişkili olduğu Bakan tarafından atanır. Bakan denetçi atama yetkisini TMSF Kuruluna devredebilir (TTK m 399/6).

#### **4.1.2. Denetim Görevinin Sona Ermesi**

Denetim görevi, sürenin sonunda genel kurul tarafından başka denetçi seçilmesiyle sona erecektir. Bunun haricinde denetim

---

<sup>56</sup> Denetçinin mahkeme tarafından atanması durumunda, emsal dikkate alınarak, ücreti ile muhtemel giderler için mahkeme veznesine yatırılması gereken ön ödeme mahkemece belirlenir. Bunlara üç iş günü içinde itiraz edilebilir. Mahkeme kararı kesindir (TTK m 399/7).

<sup>57</sup> ÖZKORKUT, Korkut, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli mali Müşavirler" BATİDER 2005 CXXI, S 2 s 42; KÖKSAL, Bağımsız Denetim, s. 131.

<sup>58</sup> BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s. 426.

sözleşmesinin tarafların anlaşması ile sona erdirilmesi mümkün değildir<sup>59</sup>. Şirketin denetçiyi görevden alması veya denetim sözleşmesinin denetçi tarafından sona erdirilmesi kanunda özel olarak düzenlenmiştir ve denetim sözleşmesi ancak kanunda öngörülen sebeplerle sonlandırılabilir.

#### **4.1.2.1. Denetçinin Görevden Alınması ve Denetçi Teminatı**

Denetçi, şirket tarafından görevden alınmaz. Görevden alma, “görevden alma ve yeni denetçi atama” davası yoluyla mahkeme tarafından ve başka bir denetçi atamak suretiyle gerçekleştirilir(TTK m 399/2). Görevden alma ve yeni denetçi atama davasının, denetçinin seçiminin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilanından itibaren üç hafta içinde açılması gerekir (TTK m 399/5)<sup>60</sup>.

Seçilmiş denetçinin, tarafsız davranmadığından şüphelenilmesi gibi, şahsına ilişkin haklı bir sebebin varlığı hâlinde, (TTK m 399/2) denetçi, mahkemece görevden alınabilir ve yerine başka bir denetçi atanabilir. Mahkemeden yeni bir denetçi atanmasını talep etmeye yönetim kurulu, sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahipleri yetkilidir<sup>61</sup>. Yönetim kurulu üyelerinin ve pay sahiplerinin ise denetçinin görevden alınmasını ve başka bir denetçinin atanmasını talep hakkı bulunmamaktadır. Denetçi atamaya şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi yetkilidir. Mahkeme karar vermeden önce ilgilileri ve seçilmiş denetçiyi dinler (TTK m 399/4). Özkorkut’a göre TTK m 399’un amacından hareketle, görevden alma ve yeni denetçi atama davasında verilen hükmün de denetçinin TTK m 399/6 hükmü uyarınca mahkeme kararı ile atanmasında olduğu gibi, kesin olması gerekir<sup>62</sup>.

#### **4.1.2.2. Sözleşmenin Denetçi Tarafından Feshi**

Denetçi, denetleme sözleşmesini, yalnızca haklı sebeplerle veya kendisine karşı görevden alınma davası açılmışsa feshedebilir. Görüş yazısının içeriğine ilişkin fikir ayrılıkları, denetlemenin şirketçe sınırlandırılması veya görüş yazısı vermektan kaçınma haklı sebep teşkil etmez (TTK m 399/8). Denetçinin fesih ihbarında bulunması durumunda,

<sup>59</sup> ÖZKORKUT, Bağımsız Denetim s. 278; BAHTİYAR, s. 258.

<sup>60</sup> Azınlık haklarına getirilen üç haftalık hak düşürücü sürenin aşırı bir sınırlama niteliği taşıdığı yönünde Bkz. ŞENER, s. 443.

<sup>61</sup> Azlığın bu davayı açabilmesi için, denetçinin seçimine genel kurulda karşı oy kullanmış, karşı oyunu tutanağa geçirtmiş ve seçimin yapıldığı genel kurul toplantısı tarihinden itibaren geriye doğru en az üç aydan beri, şirketin pay sahibi sıfatını taşıması gerekir (TTK m 399/5).

<sup>62</sup> ÖZKORKUT, Bağımsız Denetim s. 284, 285

yönetim kurulu tarafından fesih ihbarı derhal genel kurulun bilgisine sunulur, geçici bir denetçi seçilir ve seçilen denetçi genel kurulun onayına sunulur (TTK m. 399/9). Denetçinin sözleşmeyi feshi yazılı ve gerekçeli olmalıdır. Ayrıca denetçi, fesih tarihine kadar elde ettiği sonuçları denetim raporu şeklinde genel kurula sunmakla yükümlüdür (TTK m. 399/8; BDY m.37/1/ç). Denetçinin raporunu sunacağı genel kurul; TTK m 399/9 uyarınca toplanması gereken genel kuruldur.

Sözleşmenin feshi için bağımsızlığı zedeleyen sebeplerin varlığı hariç herhangi bir kurumun veya mahkemenin onayına ihtiyaç duyulmamaktadır. Sözleşme, fesih beyanının şirkete ulaştığı anda sona erer<sup>63</sup>. Bağımsızlığı zedeleyen hallerin ortaya çıkması haklı sebep teşkil etmekle birlikte denetim sözleşmesinin denetçi tarafından bağımsızlığı zedeleyen sebeplerle feshi için KGK'nın onayının alınması gerekir<sup>64</sup>.

#### 4.2. Denetçinin Tarafsızlığı ve Denetçi Olma Yasası

Denetim kuruluşları ve denetçiler, denetim çalışmalarında denetlenen kuruluştan esasen ve şeklen<sup>65</sup> bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır. Bu nedenle denetçiler ve denetim kuruluşları hiçbir şekilde denetlenen kuruluşların karar alma mekanizmalarına katılamazlar. Ayrıca gerçek anlamda bağımsızlığın sağlanması için denetim kuruluşları ve denetçilerin bağımsızlıklarını ortadan kaldıracabilecek özel durumlarının da bulunmaması gerekir (BDY m 22/2). Şirketi denetleyecek kişinin tarafsızlığını etkileyen sebepler ve bu nedenle denetçi olma yasakları TTK m 400'de belirtilmiştir. Söz konusu nitelikler denetçide, denetçinin sermaye şirketi olması durumunda ortaklarında, yanında çalışanlarda, anılan kişilerin mesleği birlikte yaptıkları kişi veya kişilerde aranmaktadır(TTK m 400/1). Söz konusu düzenlemede yer alan

<sup>63</sup> ARI/KARAHAN, s. 489; TEKİNALP ise mahkeme kararına bağlı bir durum söz konusu olduğu için denetçinin fesihle boşalmayacağı görüşündedir. TEKİNALP, s. 429. Ancak TTK m. 399/6 ile söz konusu durumda yönetim kuruluna denetçi atama yetkisi verilmesi, denetim sözleşmesinin feshi ihbarın şirkete ulaştığı anda sonra ereceğini göstermektedir.

<sup>64</sup> Bağımsızlığın zedelendiği veya ortadan kalktığı haller KGK'ye bildirilir ve KGK'den onay alınmak suretiyle ilgili denetim sözleşmesi sonlandırılır (BDY (Bağımsız Denetim Yönetmeliği RG, T 26.12.2012, S 28509) m. 22/4).

<sup>65</sup> Esasta bağımsızlık; denetçinin dürüstlük, tarafsızlık ve mesleki şüphecilik içinde hareket etmesini teminen, mesleki muhakemesini olumsuz etkileyebilecek tesirlerden arı olarak görüş açıklamasıdır. Şekilde bağımsızlık ise; denetim kuruluşunun, denetçinin veya bir denetim ekibi üyesinin; konuya ilişkin tüm durum ve gerçekleri değerlendiren makul ve bilgi sahibi üçüncü kişilerde, dürüstlük, tarafsızlık ve mesleki şüphecilikten ödün verdiği intibamı oluşturabilecek durum ve davranışlardan sakınmasıdır (BDY m. 22/1).

bağımsızlığı etkileyen hususlar ve seçilme engelleri aşağıdaki şekilde belirtilmiştir.

- i.** Denetim kuruluşları ve denetçilerin, denetlenecek şirkette pay sahibi olması,
- ii.** Denetim kuruluşları ve denetçilerin, denetlenecek şirketin yöneticisi veya çalışanı olması,  
Denetim kuruluşları ve denetçilerin yalnızca halihazırda denetlenecek şirketin yöneticisi veya çalışanı olması değil, denetçi olarak atanmasından önceki üç yıl içinde bu sıfatı taşıması da yasak kapsamında, değerlendirilmektedir.
- iii.** Denetim kuruluşları ve denetçilerin, denetlenecek şirketle bağlantısı bulunan bir tüzel kişi veya işletme ile veya denetlenecek şirketin yöneticileri ile bağlantısının bulunması, Denetçinin; denetlenecek şirketle bağlantısı bulunan bir tüzel kişinin, bir ticaret şirketinin veya bir ticari işletmenin kanuni temsilcisi veya temsilcisi, yönetim kurulu üyesi, yöneticisi veya sahibi ya da bunlarda yüzde yirmiden fazla pay sahibi olması, yahut denetlenecek şirketin yönetim kurulu üyesinin veya bir yöneticisinin alt veya üst soyundan biri, eşi veya üçüncü derece dâhil, üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlı olması; aynı şekilde denetlenecek şirketle bağlantı hâlinde bulunan veya böyle bir şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip olan bir işletmede çalışması veya denetçisi olacağı şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip bir gerçek kişinin yanında herhangi bir şekilde hizmet verilmesi; son beş yıl içinde denetçiliğe ilişkin meslekî faaliyetinden kaynaklanan gelirinin tamamının yüzde otuzundan fazlasını, denetlenecek şirkete veya ona yüzde yirmiden fazla pay ile iştirak etmiş bulunan şirketlere verilen denetleme ve danışmanlık faaliyetinden elde etmesi ve bunu cari yılda da elde etmesinin beklenmesi, seçilme engeli olarak kabul edilmektedir.
- iv.** Denetim kuruluşları ve denetçilerin, denetlenecek şirketle, bağlantısı bulunan bir tüzel kişi veya işletme ile veya denetlenecek şirketin yöneticileri ile borç ve alacak ilişkisine girmesi,  
BDY ile TTK'de borç ve alacak ilişkileri de seçilme engeli olarak belirtilmektedir. Denetçiler ile denetim kuruluşunun ortakları, kilit yöneticileri, denetçileri ve bunların boşanmış

olsalar dahi eşleri ile üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımları veya denetim kuruluşları tarafından denetlenen işletme veya denetlenen işletme ile ilgili olanlarla doğrudan veya dolaylı olarak menfaat, ortaklık, kilit yönetici sıfatıyla iş, olağan ekonomik ilişkiler dışında **borç veya alacak ilişkilerine girilmiş olması**; denetçinin veya denetim kuruluşunun geçmiş yıllara ilişkin denetim ücretinin, geçerli bir nedene dayanmaksızın, denetlenen işletme tarafından ödenmemesi, bağımsızlığı etkileyen haller kapsamında belirtilmiştir (BDY m 22/3).

- v. Denetim kuruluşları ve denetçilerin, denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının düzenlenmesinde denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunması,
- vi. Denetim kuruluşları ve denetçilerin, seçilme engeli bulunan bir denetçi veya denetim şirketi ile bağlantısının bulunması, Denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının çıkarılmasında denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunduğu için (Bkz TTK m 400/1/e) denetçi olamayacak bir gerçek veya tüzel kişinin veya onun ortaklarından birinin kanuni temsilcisi, temsilcisi, çalışanı, yönetim kurulu üyesi, ortağı, sahibi denetçi olarak seçilemeyecektir.
- vii. Rotasyon yükümlülüğü,  
On yıl içinde aynı şirket için toplam yedi yıl denetçi olarak seçilen denetçi, son yedi yıl içinde beş yıl denetim üstlenen bağımsız denetçiler ile bunların yanında ve denetim kuruluşlarında çalışan denetçiler, denetim çalışması yürüttükleri işletmelerde üç yıl geçmedikçe, yeniden denetçi olarak seçilemez<sup>66</sup>. Söz konusu sürelerin hesabında aynı denetim ağı içinde bulunan kuruluşlar ile ilişkili denetim kuruluşları tarafından yapılan denetimlerde geçen süreler topluca dikkate alınır. Ayrıca çalıştığı denetim kuruluşuna

---

<sup>66</sup>TTK düzenlemesi, on yıl içinde aynı şirket için toplam yedi yıl denetçi olarak seçilen denetçi üç yıl geçmedikçe, yeniden denetçi olarak seçilemez hükmü içermektedir. Aynı düzenleme ile KGG'ya söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme ve bu fıkra da belirtilen süreleri kısaltma yetkisi vermektedir (TTK m 400/2). Yönetmelik ile söz konusu süreler belirtilen şekilde düzenlenmiştir (BDY, 26/1/ç).

bakılmaksızın, denetçinin aynı denetlenen işletmede geçirdiği sürelerin birlikte dikkate alınması gerer (BDY m 26/2). Denetim hizmetinin azami süresi ve kısıtlamaları hususundaki söz konusu hükümler, sermaye piyasası mevzuatı kapsamında da uygulama alanı bulacaktır (Seri X no 22 sayılı tebliğ 3. Kısım m 6/4).

Denetçiler, denetçilik görevinden ayrılmalarından itibaren iki yıl geçmedikçe son iki yılda denetiminde bulunduğu işletmelerde ve bağlı ortaklıklarında kilit yönetici olarak da görev alamazlar (BDY m 26/3).

**viii. Başka hizmet verme (yasağı<sup>67</sup>)**

Denetçi, denetleme yaptığı şirkete, vergi danışmanlığı ve vergi denetimi dışında, doğrudan veya bir yavru şirketi aracılığıyla danışmanlık yapamaz veya hizmet veremez (TTK m 400/3).

BDY’de ise söz konusu hususlara ilave olarak;

- i.** Sözleşme kabul süreçlerine ilişkin KGGK düzenlemelerine aykırı denetimler yapılması (BDY m 26/1/d).
- ii.** Denetim kuruluşunun veya denetçinin mevcut iş yükü sebebiyle, denetimin sağlıklı bir şekilde yürütülmesinin mümkün olmaması (BDY m 26/1/e).

Kısıtlama sebebi olarak düzenlenmiştir. Düzenlemede bağımsızlığı zedeleyen hallerin genel bir kısıtlama sebebi olarak kabulü karşısında (BDY m 26) sayılan hallerin sınırlayıcı olarak belirtilmediğinin kabulü gerekir. Bu nedenle söz konusu haller dışında bir durum veya ilişkinin de bağımsızlığı zedelen hal olarak kabul edilmesi mümkündür.

## **5. DENETİM SONUCU VE DENETİM RAPORU**

Denetçi, denetim sonucunu raporlar vasıtasıyla açıklar. Bu kapsamda kanunda çeşitli raporların düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

### **5.1. Hazırlanacak Raporlar ve İçeriği**

Denetçi tarafından denetim raporu yanında yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu ile ilgili ayrı bir rapor ve görüş yazısı sunulur.

#### **5.1.1. Denetim Raporu**

Denetçi tarafından, yapılan denetimin türü, kapsamı, niteliği ve sonuçları hakkında finansal tabloları konu alan bir rapor düzenlenir.

<sup>67</sup>TEKİNALP, s. 424.

Raporun gereken açıklıkta, anlaşılır, basit bir dille yazılması ve geçmiş yıllarla karşılaştırmalı olarak hazırlanması gerekir (TTK m 402/1). Defter tutma düzeninin, finansal tabloların ve topluluk finansal tablolarının, kanun hükümlerine ve esas sözleşmenin finansal raporlamaya ilişkin hükümlerine uygun olup olmadığı, denetçi tarafından denetim kapsamında istenen açıklamaların yönetim kurulunca yapıp yapmadığı ve belgelerin verilir vermediği hususları, denetim raporunun esas bölümünde, açıkça ifade edilir (TTK m 402/4). Ayrıca finansal tablolar ile bunların dayanağı olan defterlerin öngörülen hesap planına uygun tutulup tutulmadığı, TMS çerçevesinde, şirketin malvarlığı, finansal ve kârlılık durumunun resmini gerçeğe uygun olarak ve dürüst bir şekilde yansıtıp yansıtmadığı hususları da raporda belirtilir (TTK m 402/5).

TTK uyarınca yapılan denetimlerde; denetim raporlarının, denetimi yapılan finansal tabloların ait olduğu hesap dönemine ilişkin olağan genel kurul toplantısından en az 20 gün önce ve her durumda olağan genel kurul toplantıları için öngörülen azami sürenin sonuna kadar, denetlenen işletmenin yönetim organına teslim edilmesi zorunludur (BDY m. 30/3).

### **5.1.2. Yönetim Kurulunun Faaliyet Raporunun Denetimi**

Bilindiği üzere şirket yönetim kurulu, şirketin veya topluluğun durumu hakkında yıllık faaliyet raporu düzenler. Raporda finansal durum, finansal tablolara göre değerlendirilir<sup>68</sup>. Yönetim kurulunca yıllık faaliyet raporunda irdelenen hususların, denetçi tarafından, finansal tablolar ile tutarlılığı ve gerçeğe uygunluğu açısından ayrı bir rapor hâlinde değerlendirilmesi gerekir (TTK m 402/2). Değerlendirmede şirketin finansal tabloları esas alınır ve raporda öncelikle, şirketin ve topluluğun

---

<sup>68</sup> Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, şirketin, o yıla ait faaliyetlerinin akışını, her yönüyle finansal durumunu, doğru, eksiksiz, dolambaçsız, gerçeğe uygun ve dürüst bir şekilde yansıtır. Raporda ayrıca, şirketin gelişmesine ve karşılaşması muhtemel risklere, açıkça işaret edilmesi ve bu konulara ilişkin yönetim kurulunun değerlendirmesine yer verilmesi de gerekir. Yönetim kurulunun faaliyet raporu ayrıca, faaliyet yılının sona ermesinden sonra şirkette meydana gelen ve özel önem taşıyan olayları, şirketin araştırma ve geliştirme çalışmalarını, yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilere ödenen ücret, prim, ikramiye gibi mali menfaatleri, ödenekler, yolculuk, konaklama ve temsil giderlerini, ayni ve nakdî imkânları, sigortalar ve benzeri teminatları içermesi gerekir (TTK m 516). Şirketler topluluğunun yıllık faaliyet raporu, ana şirket yönetim kurulu tarafından düzenlenir (TTK m 518). Ayrıca şirketler topluluğu kapsamında konsolide finansal tabloları hazırlamakla yükümlü işletmeler ile konsolidasyon kapsamına giren işletmelerin belirlenmesinde ve ilgili diğer konularda TMS geçerlidir (TTK m 517). Bu konuda Bkz. Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik, RG, T 28.08.2012, S, 28395.



finansal durumuna dair yönetim kurulunun değerlendirmesi hakkında görüş açıklanır (TTK m 402/3). Şirketin ve ana şirketin finansal tablolarının denetimi bağlamında, şirketin ve topluluğun varlığını sürdürebilmesine ve gelecekteki gelişmesine ilişkin analiz yanında, şirket yönetim kurulunun raporu ile topluluk yıllık faaliyet raporu ve bu belgelerin verdiği olanak ölçüsünde şirketin finansal durumu irdelenir (TTK m 402/3).

### 5.1.3. Risk Yönetimi Raporu

TTK'de riskin erken saptanması komitesinin kurulması, borsa şirketleri açısından zorunlu olarak düzenlenmiştir. Borsa şirketleri dışındaki şirketler açısından ise kurul, denetçinin gerekli görerek durumu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulur (TTK m 378/1)<sup>69</sup>. Komitenin, denetçinin talebi ile kurulmasının zorunlu olması nedeniyle komite, esas olarak muhasebe denetimi ile görevli denetçinin şirketin iç işleyişine müdahale edebileceği sınırlı alanlardan biri olarak belirtilmektedir<sup>70</sup>.

Riskin erken saptanması komitesi ilk raporunu, kurulmasını izleyen ilk ayın sonunda verir (TTK m 378/1)<sup>71</sup>. Denetçiler de riskin erken saptanması komitesi kurulup kurulmadığını; böyle bir sistem varsa yapısı ile komitenin uygulamalarını açıklayan, ayrı bir rapor düzenleyerek, denetim raporuyla birlikte, yönetim kuruluna sunar (TTK m 398/4). Denetçi tarafından risk yönetimi kapsamında bir değerlendirme yapılması durumunda, değerlendirme sonucun ayrı bir raporda gösterilmesi gerekir (TTK m 402/6).

### 5.2. Görüş Yazıları

Denetçi, denetimin sonucunu “görüş yazısı”nda açıklar. Denetim sonucuna ilişkin değerlendirmelerini de içeren görüş yazıları denetim raporundan farklıdır<sup>72</sup>. Düzenleme, denetçinin ayrı bir yazı vererek sonuç açıklamasını amaçlar. TTK Gerekçesinde "Rapor" terimi yerine "Yazı" teriminin tercih edilme sebebi olarak, TTK m, 402'deki denetçi raporuyla karıştırılmasının hatta onun bir sonucu olarak görülmesinin engellenmesi

<sup>69</sup> AKSOY, Mehmet Ali, (2013) “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1-2, s 45-76, s 67.

<sup>70</sup> KIRCA/ ŞEHRİALİ/ MANAVGAT, s. 393, 394.

<sup>71</sup> AKSOY, Mehmet Ali, (2013), s 67.

<sup>72</sup> ALTAŞ, s. 205.

gösterilmektedir<sup>73</sup>. Ancak Finansal Tablolara İlişkin Görüş Oluşturma ve Raporlara Tebliğ’de<sup>74</sup>, kanuna aykırı olarak, denetim raporunun görüş başlıklı bir bölüm içereceği belirtilmiştir<sup>75</sup>.

Görüş yazısı, KGK’nın belirlediği esaslar çerçevesinde, denetimin konusu, türü, niteliği ve kapsamı yanında denetçinin değerlendirmelerini de içerir(TTK m 403/1). Ayrıca yönetim kurulunun finansal tablolara ilişkin konularda sorumluluğunu gerektirecek bir sebebin bulunup bulunmadığı görüş yazısında belirtilir<sup>76</sup>.

Denetçi, görüş yazısında, olumlu görüş bildirebileceği gibi görüş vermekten kaçınabilir (TTK m 403/4), çekincelerinin olması durumunda olumlu görüş yazısını sınırlandırabilir veya olumsuz görüş verebilir (TTK m 403/3). BDY ile görüş yazılarına ilişkin TTK hükümlerinin kapsamı değiştirilmiş ve yumuşatılmıştır. Her ne kadar BDY ile yapılan değişikliklerin içerik bakımından yerinde olduğu söylenebilirse de normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil ettiği açıktır.

### 5.2.1. Olumlu Görüş

Denetim konusunda, ayrı ayrı veya toplu olarak denetim kıstasına göre önemli sayılabilecek herhangi bir uyumsuzluk veya aykırılık bulunmaması durumunda olumlu görüş yazısı verilir (BDY m 30/2).

Denetçi, olumlu görüş verdiği takdirde, yazısında, öncelikle TTK m 398 ve TDS uyarınca yapılan denetimde, TMS ve diğer gereklilikler bakımından (önemli sayılacak) herhangi bir aykırılığa rastlanmadığını belirtir. Kanunun ifadesinde “her hangi bir aykırılığa rastlanılmaması” aranırken BDY’de önemli sayılmayacak aykırılıklar, olumlu görüş verilmesine engel olarak görülmemiştir.

Hukukumuzda şirketlerin yalnızca bir kısmı TMS uygulamakla yükümlü tutulmuştur<sup>77</sup>. Kanunen TMS uygulamakla yükümlü tutulmayan şirketlerin TMS açısından değerlendirilmemesi gerekir. Bu nedenle TTK m. 403/1’de yer alan “TMS ve... bakımından her hangi bir aykırılığa rastlanmadığı” ifadesinin “uygulanabilir finansal raporlama çerçevesinde”

<sup>73</sup> TTK m 403Gerekçesi

<sup>74</sup> Finansal Tablolara İlişkin Görüş Oluşturma ve Raporlama (Bds 700) Hakkında Tebliğ - TDS Tebliği No: 30 RG, 18.03.2014 T, 28945 S. Ayrıca Bkz. Bağımsız Denetçi Raporunda Olumlu Görüş Dışında Bir Görüş Verilmesi (Bds 705) Hakkında Tebliğ - TDS Tebliği NO: 31, RG, 18.03.2014 T, 28945 S.

<sup>75</sup> ALTAŞ, s 206.

<sup>76</sup> Düzenlemede ayrıca görüşün KGK’nın belirlediği şekilde ve herkesin anlayabileceği bir dille yazılması gerektiği belirtilmektedir (TTK m 403/2).

<sup>77</sup> Bkz. Yukarıda 3.1.2. TMS Uygulamakla Yükümlü Şirketler

bir aykırılığa rastlanmadığı şeklinde algılanması gerekir. Raporla ayrıca denetim sırasında elde edilen bilgilere göre, şirketin veya topluluğun finansal tablolarının doğru olduğu, malvarlığı ile finansal duruma ve kârlılığa ilişkin resmin gerçeğe uygun olduğu ve tabloların bunu dürüst bir şekilde yansıttığı hususlarına yer verilir (TTK m 403/1).

Olumlu görüş yazısı, kâr dağıtımına, yönetim kurulunun ibrasına ve diğer genel kurul kararlarına dayanak oluşturur<sup>78</sup>. Söz konusu yazı her ne kadar genel kurulda alınacak kararların dayanağını oluştursa da olumlu görüş yazısına dayanarak yönetim kurulunun ibrası zorunluluk arz etmez<sup>79</sup>.

### 5.2.2. Sınırlandırılmış Olumlu Görüş

Şartlı görüş de denilen<sup>80</sup> sınırlandırılmış olumlu görüş yazısı, finansal tabloların şirketin yetkili kurullarınca düzeltilebilecek aykırılıklar içermesi ve söz konusu aykırılıkların tablolarda açıklanan sonuca etkilerinin kapsamlı ve büyük olmaması durumunda verilir (TTK m 403/3). Kapsamlı ve büyük olmamadan kasıt; söz konusu aykırılıkların denetim konusunun genelini etkilememesidir. Zira ilgili yönetmelikte sınırlı olumlu görüşün, denetim konusunda, ayrı ayrı veya toplu olarak denetim kıstasına göre önemli uyumsuzluklar veya aykırılıklar bulunmaması ya da yeterli ve uygun denetim kanıtı toplanamamasına rağmen, söz konusu hususların denetim konusunun genelini etkilememesi durumunda bildirileceği belirtilmektedir (BDY m 30/2). Söz konusu durumda da denetim kanıtı elde edilmiştir (veya elde edilemeyen hususlar denetimin genelini etkilememektedir). Denetim sonucu elde edilen bulgular ise, bireysel veya toplu olarak önemlidir ancak ya genele yayılmamıştır ya da yaygın değildir<sup>81</sup>.

Yönetmelikte TTK'nin sınırlandırılmış olumlu görüş belirtmek için aradığı kıstaslardan yalnızca “aykırılıkların tablolarda açıklanan sonuca etkilerinin kapsamlı ve büyük olmaması” unsuruna yer verilmiş; ancak söz konusu unsurla aynı anda aranan “finansal tabloların şirketin yetkili kurullarınca düzeltilebilecek aykırılıklar içermesi” unsuruna yer vermemiştir. Oysa, TTK sisteminde sınırlandırılmış olumlu görüş

<sup>78</sup> ARI/KARAHAN, s. 493.

<sup>79</sup> BİLGİLİ / DEMİRKAPI, s 439.

<sup>80</sup> SERMAYE PİYASASI KURULU (SPK), Bağımsız Denetim Faaliyeti, <http://www.spk.gov.tr/indexcont.aspx?action=showpage&menuid=6&pid=9&subid=1&submenuheader=null>

<sup>81</sup> SPK, Bağımsız Denetim Faaliyeti.

verilmesi durumunda sınırlamanın konusu, kapsamı ve düzeltmenin nasıl yapılabileceğinin görüş yazısında açıkça gösterilmesi, denetçiye bir görev olarak yüklenmekte (TTK m 403/3) ayrıca bu durumda düzeltmeleri karara bağlama yetkisi genel kurula verilmektedir (TTK m 403/5). Söz konusu düzenlemeyle, sınırlandırılmış olumlu görüşün kapsamının kanuna aykırı olarak genişletilmesi eleştiriye açık bir husustur.

Sınırlı olumlu görüş verilen hâllerde genel kurul, gerekli önlemleri ve düzeltmeleri de karara bağlar (TTK m 403/5). Görüş vermekten kaçınma ve olumsuz görüşten farklı olarak; sınırlı olumlu görüş verilmesi durumunda yönetim kurulunun güven tazelemesine veya genel kurul toplantısı yapılmasına ilişkin bir düzenleme TTK’de yer almamaktadır. Aynı düzenlemede yer almasına rağmen yönetim kurulunun güven tazelemesine ilişkin dört günlük ve yeni finansal tabloların hazırlanmasına ilişkin altı aylık sürelerin sınırlı olumlu görüşe teşmil edilmesine olanak bulunmamaktadır. Yani sınırlı olumlu görüş yazısının süresi içerisinde (olağan genel kurul toplantısından yirmi gün önce (BDY m. 30/3)) genel kurula sunulması ve önlemlerin de olağan genel kurulda karara bağlanması gerekir. Bu durumda TTK m 403/5 hükmünün uyulama kabiliyetinin veya etkinliğinin sınırlı olduğu söylenebilir.

### **5.2.3. Görüş Vermekten Kaçınma ve Olumsuz Görüş Verme**

Denetçiler tarafından olumsuz görüş verilebilir veya görüş vermekten kaçınılabılır. Kaçınma olumsuz görüşün sonuçlarını doğurur.

Şirket defterlerinde, denetlemenin TTK Hükümlerine uygun bir şekilde yapılmasına ve sonuçlara varılmasına olanak vermeyen ölçüde belirsizliklerin bulunması veya şirket tarafından denetlenecek hususlarda önemli kısıtlamaların yapılması hâlinde denetçi görüş vermekten kaçınabilir. Bunun için denetçinin söz konusu hususları ispatlayacak delillere<sup>82</sup> sahip olması gerekmemekle birlikte gerekçelerini açıklaması gerekir. Sınırlandırılmış olumlu görüşten farklı olarak görüş vermekten kaçınmada belirsizlikler söz konusudur ve bu belirsizlikler denetim konusunun genelini etkileyen önemli hususlara ilişkindir. Denetim görüşüne dayanak olacak yeterli ve uygun denetim kanıtının elde edilememesi veya yeterli kanıtın toplanmasına rağmen görüş oluşturmayı engelleyen hususların sonradan ortaya çıkması durumunda da

---

<sup>82</sup> MOROĞLU, söz konusu ibarenin “neden göstermek zorunda olmaması” şeklinde algılanması gerektiği görüşündedir. MOROĞLU, s 205.

sınırlandırılmış olumlu görüş yazısı verilir (BDY m 30/2). Görüş oluşturmayı engelleyen hususlar, çalışma alanı sınırlaması olarak adlandırılmaktadır. Bağımsız denetçinin atama zamanı nedeniyle fiziki stok sayımı gözlemlememesi, işletmenin muhasebe kayıtlarının yetersiz olması veya gerekli olduğuna inanılan bir bağımsız denetim tekniğinin uygulanamaması gibi nedenler çalışma alanı sınırlamasına örnek olarak gösterilmektedir<sup>83</sup>.

Yeterli ve uygun denetim kanıtı elde edildikten sonra tespit edilen uyumsuzlukların veya aykırılıkların, ayrı ayrı veya toplu olarak önemli olması ve denetim konusunun genelini etkilemesi durumunda olumsuz görüş verilir (BDY m 30/2). Ağır sonuçları nedeniyle olumsuz görüş verilmesi için nesnel bir değerlendirme yapılması ve yeterli ve uygun denetim kanıtının varlığı, bir unsur olarak aranmaktadır. Yani olumsuz görüş verilmesi için denetçi tarafından yeterli ve uygun denetim kanıtının elde edilmesi ve bir belirsizliğin söz konusu olmaması gerekir. Ancak şartları taşınması durumunda olumsuz görüş yazısı verilmesi, denetçinin takdirindeki bir konu değil, bir yükümlülüğüdür<sup>84</sup>.

Denetçi, olumsuz görüş vererek yönetim kurulunun güven tazelemesi veya değiştirilmesine neden olabilir (TTK m 403). Olumsuz görüş yazılan veya görüş vermektan kaçınılan hallerde<sup>85</sup> yönetim kurulu, görüş yazısının kendisine teslimi tarihinden itibaren dört iş günü içinde, genel kurulu toplantıya çağırır ve genel kurul tarafından yeni bir yönetim kurulu seçilir. Esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, eski yönetim kurulu üyeleri yeniden seçilebilir. Söz konusu düzenleme ile mevcut yönetimin güven tazelemesi zorunlu hale getirilmiştir<sup>86</sup>. Yeni yönetim kurulu altı ay içinde, kanuna, esas sözleşmeye ve standartlara uygun finansal tablolar hazırlar ve bunları denetleme raporu ile birlikte genel kurula sunar (TTK m 403/5). Bu durumda altı ay içerisinde yeni finansal tablolar hazırlanması ve denetleme raporu ile birlikte genel kurula sunulması zorunluluğu karşısında kar veya zararlar ilgili olarak genel kurulda bir karar alınmaması gerekir<sup>87</sup>. Gerekçeye göre olumsuz görüş yazısının

<sup>83</sup> SPK, Bağımsız Denetim Faaliyeti,

<sup>84</sup> ALTAŞ, s. 211.

<sup>85</sup> Görüş vermektan kaçınma, olumsuz görüşün sonuçlarını doğuracağı için, söz konusu prosedürün görüş vermektan kaçınma durumunda da yerine getirilmesi gerekir. ALTAŞ, s. 212.

<sup>86</sup> KENDİGELEN, s. 301.

<sup>87</sup> KENDİGELEN, s. 301.

iptali ile olumlu görüş yazısı verilmesinin karara bağlanması mahkemeden istenebilir<sup>88</sup>.

#### **5.2.4. Şirket İle Denetçi Arasındaki Görüş Ayrılıkları**

Denetçi, bağımsız denetim sırasında, finansal tablolarda tespit edilen eksiklik veya yanlışlıkları öncelikle işletme yönetimine iletilir. Yönetim, bağımsız denetçinin tespitine katılırsa ve ilgili yanlışlıklar düzeltilebilecek nitelikte ise düzeltilir. Şirket denetçinin söz konusu tespitlerine katılmayabilir ve şirket ile denetçi, seçilen bazı muhasebe politikaları, bunların uygulanması ve dipnotların yeterliliği gibi konularda işletme yönetimiyle görüş ayrılığına düşebilir. Bu durumda ilgili tablolar, bağımsız denetçiye göre eksik veya hatalı olacağı için denetçinin görüşü olumlu olmayacaktır<sup>89</sup>. Kanun koyucu bu durumu engellemek maksadıyla bir düzenlemeye gitmiştir. Şirket ile denetçi arasında, şirketin ve topluluğun yılsonu hesaplarına, finansal tablolarına ve yönetim kurulunun faaliyet raporuna ilişkin, ilgili kanunun, idari tasarruf veya esas sözleşme hükümlerinin yorumu veya uygulanması konusunda doğan görüş ayrılıkları hakkında, yönetim kurulunun veya denetçinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, dosya üzerinden karar verir. Verilen karar kesindir (TTK m 405/1). Tespit davası niteliği taşıyan söz konusu dava, yorum davası olarak isimlendirilmekte ve hukukumuz açısından yeni bir kurum olduğu belirtilmektedir<sup>90</sup>.

### **6. DENETİMDEN DOĞAN SORUMLULUK**

Denetimden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler 660 Sayılı KHK'de ve BDY'de yer almaktadır. Ayrıca denetçilerin sır saklamadan doğan sorumluluğu TTK'de özel olarak düzenlenmiştir. Sorumluluk için bağımsız denetimin varlığı tek başına yeterli değildir. Sözleşmeden veya kanundan doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi gerekir<sup>91</sup>. Bu nedenle kanuna uygun bir denetimin varlığı durumunda sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.

#### **6.1. Denetim Kuruluşları ve Denetçilerin Sorumluluğu**

Bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler; denetledikleri finansal tablo, bilgi ve raporlara ilişkin olarak hazırladıkları bağımsız denetim raporlarının, denetim standartlarına aykırı olması ile bu raporlardaki yanlış, eksik ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle

---

<sup>88</sup> TTK m 403 Gereğçesi.

<sup>89</sup> SPK, Bağımsız Denetim Faaliyeti.

<sup>90</sup> KENDİGELEN, s. 303.

<sup>91</sup> ÇELİK, s. 158.

doğabilecek zararlardan hukuken sorumludur (660 Sayılı KHK m 24). BDY'nin sorumluluğun müteselsil olmadığı izlenimi uyandıran düzenleme tarzına rağmen TTK m 554, 557 uyarınca sorumluluk müteselsildir<sup>92</sup>. Söz konusu sorumluluğun kasten veya ihmalle gerçekleştirilmesi önem taşımayacağı gibi sorumluluk, belirli bir miktarla da sınırlandırılmamıştır<sup>93</sup>.

Bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler, verdikleri hizmetlerden doğabilecek zararları karşılamak amacıyla genel şartları Hazine Müsteşarlığınca belirlenen sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır<sup>94</sup>.

## 6.2. Denetçilerin Sır Saklamadan Doğan Sorumluluğu

Denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür (TTK m 404/1). Denetçinin bağımsız denetim yapmak üzere yetkilendirilen bir sermaye şirketi olması hâlinde, sır saklama yükümü bu kurumun yönetim kurulunu ve üyelerini ve çalışanlarını da kapsar (TTK m 404/3). Söz konusu hüküm, denetçilerin hangi makam ve kurumlara, hangi tür bilgileri verebileceğine ilişkin bir düzenleme içermemektedir.

Denetçiler, faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili iş ve işletme sırlarını, izinsiz olarak kullanamazlar. Söz konusu yükümlülüğü kasten ihlal edenler, şirkete karşı zararın tümünden sorumludurlar. Ayrıca tazminat yükümlülüğüne ilişkin söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Bu nedenle tazminat yükümlülüğü sözleşme ile kaldırılmaz veya daraltılamaz(TTK m 404/4).

Zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluk müteselsildir (TTK m 404/1). Zarar verenlerin birden fazla kişi olması durumunda denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğunun müteselsil olduğunu düzenleyen TTK m 404/1 hükmünde müteselsil sorumluluk, denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılmamasına da teşmil edilmiştir. Zararın ihmalle verilmesi durumunda ise hükmedilecek tazminatın üst limiti yüz bin Türk

<sup>92</sup> Denetim raporlarının TDS'ye aykırı olması ile bu raporlardaki bilgi ve kanaatlerin yanlış, eksik ve yanıltıcı olması nedeniyle doğabilecek zararlardan, denetim kuruluşları ve denetçiler ayrı ayrı hukuken sorumludurlar (BDY m 44/1).

<sup>93</sup> TTK m 404 düzenlemesinde yalnızca denetçinin sır saklama yükümlülüğüne ihmalle aykırı davranması durumunda sorumluluğu belirli bir miktarla sınırlandırılmıştır.

<sup>94</sup> Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının görüşü alınarak KGK tarafından belirlenir (660 Sayılı KHK m 24).

Lirasıyla, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ise üç yüz bin Türk Lirası ile (TTK m 404/2) sınırlandırılmıştır. Söz konusu sınırlama, denetime birden çok kişinin katılması veya birden çok sorumluluk sebebinin bulunması hâlinde uygulama alanı bulacağı gibi eyleme katılanlardan bazılarının kasıtlı hareket etmesi halinde, ihmalle hareket edenler arasında da uygulama alanı bulur (TTK m 404/2).

Denetçinin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmasından doğan sorumluluğuna ilişkin istemler rapor tarihinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrar. Ancak fiilin, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi bir suç oluşturması durumunda, tazminat davasına daha uzun olan ceza zamanaşımı süresi uygulanır (TTK m 404/5).

### 6.3. İbra

Denetçilerin organ sıfatı kabul edilmemesine rağmen<sup>95</sup>, denetçinin sorumluluğu denetim sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemiş; bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının (kararda aksi belirtilmediği takdirde) denetçilerin ibrası sonucu doğuracağı (TTK m 424) düzenlenmiştir<sup>96</sup>.

## SONUÇ

6102 sayılı TTK ile uzmanlığa dayalı olmayan iç denetleme sistemi terk edilmiş, yerine bağımsız dış denetim kabul edilmiştir. Bağımsız denetim sisteminde anonim şirketlerin finansal tablolarını denetimden geçirmesi zorunlu olmakla birlikte denetim, şirket içerisinden oluşturulan bir organ tarafından değil bağımsız dış denetim vasıtasıyla yerine getirilir. Dış denetim muhasebe kayıtlarına bağlı olarak yapılır. TTK ve 660 Sayılı KHK çerçevesinde denetimin konusunu şirketin finansal tablolarının, şirketin envanterinin ve muhasebesinin, riskin erken saptanması komitesi raporlarının, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporlarının denetimi oluşturmaktadır. Denetçiler yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporlarını da finansal bilgiler açısından denetler. Bu durumda denetimin konusunu raporun tümü değil raporda yer alan finansal bilgilerin denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı oluşturur.

---

<sup>95</sup> Aynı yönde bkz. TTK m 559

<sup>96</sup> Söz konusu düzenlemenin eleştirisi için bkz. KIRCA/ ŞEHİRALİ/ MANAVGAT, s. 394.



TTK sisteminde şirketlerin bir kısmı bağımsız denetime tabi tutulmuş, söz konusu şirketler haricindeki şirketler ise denetimden yoksun bırakılmak amacıyla denetçi denetimine tabi tutulmuştur. Buna göre Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen şirketlerin finansal tabloları bağımsız denetime tabidir. Bu kapsamda bağımsız denetçi ancak, bağımsız denetim yetkisine sahip bağımsız denetçiler ya da bağımsız denetim kuruluşları olabilir. Bağımsız denetime tabi şirketler 2012/4213 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenmiştir. Bir şirketin bağımsız denetime tabi olması için bakanlar kurulu kararına eklenen üç listeden birine girmesi gerekmektedir. Bağımsız denetime tabi şirketlerden bir kısmı için TMS uygulanması zorunlu tutulmuş iken bir kısmı için TMS uygulanması şirketin ihtiyarına bırakılmıştır. TMS uygulamak zorunluluğu bulunmayan şirketler, isterse TMS uygulayabilecek isterse tek düzen muhasebe sistemi uygulamaya devam edebilecektir. Söz konusu düzenleme TMS uygulama zorunluluğu bulunmadığı halde bağımsız denetime tabi olan şirketleri ortaya çıkarmak suretiyle bağımsız denetime tabi olma ile TMS uygulanma yükümlülüğü arasındaki ayrılmaz bağı kopardığı eleştirisine maruz kalmaktadır.

Bağımsız denetime tabi şirketler kapsamına girmeyen anonim şirketler, kooperatifler ve bunların üst kuruluşları denetçi denetimine tâbidir. Söz konusu düzenleme, denetime ilişkin usul ve esasların GTB’ce hazırlanan ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükmünü içermektedir. İlgili yönetmelik hâlihazırda çıkartılmadığı için söz konusu denetim de fiilen hayata geçirilememiştir. Bağımsız denetime tabi şirketlerde denetçinin sorumluluğuna ilişkin TTK hükümleri, denetçi tarafından denetim yapacak denetçilere de kıyasen uygulanır (TTK m. 397/5). Paylı komandit şirketler söz konusu denetim kapsamında olmakla birlikte (TTK m. 565) limited şirketler, belirtilen denetim kapsamı dışında tutulmuştur. Yani bakanlar kurulu kararı kapsamındaki limited şirketler, anonim şirket hükümlerine göre bağımsız denetime tabi olacak, belirtilenler dışında kalan limited şirketler ise denetime tabi olmayacaktır.

Denetçi, her faaliyet dönemi için şirket genel kurulunca seçilir. Anonim şirketlerde ilk denetçilerin de genel kurul tarafından seçilmesi gerekir. Limited ortaklıklarda ise ilk denetçiler esas sözleşme ile atanır. Asıl olan denetçinin genel kurul tarafından seçilmesi olmakla birlikte denetçinin mahkeme; Bakan veya TMSF Kurulu tarafından atandığı (TTK

m. 399/6), veya yönetim kurulu tarafından (TTK m. 399/9) seçildiği arızı durumlar da bulunmaktadır.

Denetim sözleşmesi tarafların anlaşması ile sona erdirilmesi mümkün değildir. Şirketin denetçiyi görevden alması veya denetim sözleşmesinin denetçi tarafından sona erdirilmesi kanunda özel olarak düzenlenmiştir. Denetim sözleşmesi ancak kanunda öngörülen sebeplerle sonlandırılabilir. Denetim kuruluşları ve denetçiler, denetim çalışmalarında, denetlenen kuruluştan bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır. Bu nedenle denetçiler ve denetim kuruluşları hiçbir şekilde denetlenen kuruluşların karar alma mekanizmalarına katılamazlar. Ayrıca gerçek anlamda bağımsızlığın sağlanması için denetim kuruluşları ve denetçilerin bağımsızlıklarını ortadan kaldıracabilecek özel durumlarının da bulunmaması gerekir (BDY m 22/2).

Denetçi, denetim sonuçlarını raporlar vasıtasıyla açıklar. Denetçi tarafından, yapılan denetimin türü, kapsamı, niteliği ve sonuçları hakkında, gereken açıklıkta, anlaşılır, basit bir dille yazılmış ve geçmiş yılla karşılaştırmalı olarak hazırlanmış, finansal tabloları konu alan bir denetim raporu düzenlenir (TTK m 402/1). Riskin erken saptanması komitesi kurulup kurulmadığı; böyle bir sistem varsa bunun yapısı ve komitenin uygulamalarını açıklayan, ayrı bir rapor düzenlenerek, denetim raporuyla birlikte, yönetim kuruluna sunulur. Ayrıca denetçi, yönetim kurulunun faaliyet raporunu, finansal tablolar ile tutarlılığı ve gerçeğe uygunluğu açısından ayrı bir rapor hâlinde değerlendirir.

Görüş yazıları olumlu, sınırlandırılmış olumlu, görüş vermektan kaçınma ve olumsuz görüş verme şeklinde olabilir. Hukukumuzda tüm sermaye şirketlerinin TMS uygulamakla yükümlü tutulmaması karşısında TTK m. 403/1’de yer alan “TMS ve ... bakımından her hangi bir aykırılığa rastlanmadığı” ifadesinin “uygulanabilir finansal raporlama çerçevesinde” bir aykırılığa rastlanmadığı şeklinde algılanması gerekir. Ayrıca sınırlandırılmış olumlu görüş verilmesi durumunda düzeltmeleri karara bağlama yetkisi genel kurula verilmektedir (TTK m 403/5). Genel kurulun bu yetkisini olağan genel kurul toplantısında kullanması gerekir. Söz konusu hükmün ise gerekli düzeltmeleri geciktireceği açıktır.

Denetim raporları açısından BDY, TTK hükümlerine aykırılıklar içermektedir. Örneğin, BDY’de TTK’nin sınırlandırılmış olumlu görüş belirtmek için aradığı kıstaslardan yalnızca “aykırılıkların tablolarda açıklanan sonuca etkilerinin kapsamlı ve büyük olmaması” unsuruna yer

verilmiş “finansal tabloların şirketin yetkili kurullarınca düzeltilebilecek aykırılıklar içermesi” unsuruna ise yer vermemiştir.

Denetimden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler 660 Sayılı KHK’de ve BDY’de yer almaktadır. Ayrıca denetçilerin sır saklamadan doğan sorumluluğu TTK’de özel olarak düzenlenmiştir.

#### KAYNAKÇA

- AKSOY, Mehmet Ali, “Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü”, Hacettepe HFD, C 6 S 2 2016, s 135–168.
- AKSOY, Mehmet Ali, (2013) “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1-2, s 45-76
- ARI, Zekeriya: Anonim Şirkette Denetçi Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Yetkin, Ankara 2012.
- ARI, Zekeriya: Şirketler Hukuku, KARAHAN, Sami (Edit.): Konya, Mimoza, 2013.
- ARSLAN, Özkan, “**Bağımsız Denetime Tabi Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarınca Denetçi Seçilmesi Mümkün Müdür?**” Mali Çözüm, Mayıs Haziran 2016, s 133-140.
- ALTAŞ, Soner: Şirket Denetimi: Denetçi ve Özel Denetçi, 6. Bası, Seçkin, Ankara 2015.
- BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 9. Bası Beta, İstanbul 2015.
- BİLGİLİ Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku : 6335 ve Sayılı Kanunla Değişik 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre, 9. Bası, Dora, Bursa 2013.
- ÇELİK, Aytekin: Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu, Seçkin, Ankara 2005.
- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Basım, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012
- KIRCA, İsmail / ŞEHRİALİ, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: Şirketler Hukuku, C. I, BTHAE, Ankara 2016.
- KÖKSAL, Aytaç: Bağımsız Denetim Sözleşmesi: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Sermaye Piyasası Mevzuatı, Bankacılık Mevzuatı Açısından Ve Karşılaştırmalı Olarak, 1. Bası, Beta, İstanbul 2009.
- KÖKSAL, Aytaç: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 397 ila 406. Maddeleri Arasında düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Organı Olup Olmadığı Sorunu, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan C I, ARKAN, Sabih (Edit) Turhan, Ankara 2010.
- MOROĞLU, Erdoğan, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları: Değerlendirme ve Öneriler, Vedat, İstanbul 2009.
- ÖZKORKUT, Korkut, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, 2. Tıpkı Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.
- ÖZKORKUT, Korkut: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Ve Yeminli Mali Müşavirler” BATİDER, 2005 C XXI, S 2.

- ÖZKORKUT, Korkut, “Ticari Defterler Yönünden Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Çatışması” Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Sempozyumu (15-16 Mayıs 2014), Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gazimağusa, KKTC, 2014, (s. 121-139).
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, 2. Bası, Adalet, Ankara 2015.
- SERMAYE PİYASASI KURULU (SPK), Bağımsız Denetim Faaliyeti, <http://www.spk.gov.tr/indexcont.aspx?action=showpage&menuid=6&pid=9&subid=1&submenuheader=null>
- SERMAYE PİYASASI KURULU (SPK) , Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ Taslakları Hakkında Duyuru, <http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20140411&subid=0&ct=c>
- ŞENER, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku: Ders Kitabı, Seçkin, Ankara 2015.
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul, Vedat, 2013.
- ULUSOY, Yasin: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim, Seçkin, Ankara 2007.

**ANONİM ŞİRKET PAY SAHİPLİĞİ HAKLARININ  
KULLANILMASINDA MUHALEFET ŞARTI\***

**OBJECTION PRECONDITION FOR USING SHAREHOLDER  
RIGHTS IN JOINT-STOCK COMPANIES**

DOI: 10.21492/inuhfd.338779

**Kürşat GÖKTÜRK\*\***

**Özet**

Anonim şirket ortakları, yönetime ilişkin temel pay sahipliği haklarını şirket genel kurulunda kullanırlar. Genel kurulun almış olduğu kararlarda çoğunluk prensibi geçerlidir. Yani yasanın aradığı çoğunluk, şirket iradesinin oluşumunda belirleyicidir. Azınlıkta kalanlar bu prensibin uygulanacağını bilerek ortaklık ilişkisine dahil olmuştur. Ancak çoğunluk prensibi, çoğunluğun mutlak hakimiyeti anlamına gelmez. Başka bir deyişle, şirket genel kurul kararının hukuka uygun olması gerekir. Karar hukuka uygun değilse, iptali talep edilebilecektir. Ancak pay sahiplerinin genel kurul kararının iptalini talep edebilmeleri için, kural olarak, karara muhalif kalmaları gereklidir. Yani, pay sahipliği hakkının kullanılması bir şarta bağlıdır. Çalışmada bu şarta ilişkin bazı değerlendirmeler yer verilmiştir. Öte yandan muhalefet şartı, sadece genel kurul kararının iptalinde değil, diğer bazı pay sahipliği haklarının kullanımında da aranılan bir şarttır. Muhalefet koşulunun arandığı bu hallerin, bir sistem çerçevesinde açıklanıp açıklanamayacağı, incelemeyi gerektirmektedir. Çalışmada belirtilen konulara odaklanılarak değerlendirmeler yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Türk Ticaret Kanunu, anonim şirket, genel kurul, genel kurul kararı iptali, muhalefet şartı

**Abstract**

Shareholders use the main shareholding rights for the management in the general assembly of the company. The principle of majority rule is applied for decisions taken by general assembly. It means, the majority determined the company's will. However, the majority principle does not mean the absolute dominance of the majority. In other words, the decision of the company's general assembly must be in lawfull. If the decision is not lawfull, annulment may be actioned. However, as a rule, it is necessary for the shareholders to oppose the decision in order to action for an annulment. That is, the use of shareholder rights depends on a precondition. In this essay, some appreciations have been made on this precondition. On the other hand, this precondition is required not only for annulment of the decision of the General Assembly but also for the use of some other shareholder rights. It's discussable, whether these situations could be explained in a systematical framework. In this essay, it's focussed on the mentioned situations.

**Keywords:** Turkish Commercial Code, joint-stock company, general assembly, annulment action for general assembly decisions, opposition precondition

---

\* Bu eser Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 22.05.2017 tarihinde gerçekleştirilen "Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları Sempozyumu III"te sunulan tebliğin özgün katkılar yapılarak geliştirilmiş halidir.

\*\* Doç. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## GİRİŞ

Anonim şirket tüzel kişilik yapısında ortakların organ statüsü içinde bulunduğu farzedilerek kuruluşun itibaren durumu tetkik edildiğinde, genel kurul, şirket işletmesi için gerekli olan mal varlığını taahhüt edip getiren (TTK<sup>2011</sup>\*\*\* m. 335, 342,344), işletmeyi idare edecek kişileri seçen (TTK<sup>2011</sup> m. 359), tabi olacakları ana çerçeveyi çizen (TTK<sup>2011</sup> m. 339), idarecilerin faaliyetleri bakımından hesap soran ve faaliyetleri uygun bulan (TTK<sup>2011</sup> m. 424), faaliyetleri haricen tetkik edecek kişiyi belirleyen (TTK<sup>2011</sup> m. 399), elde edilen kâr üzerinde tasarrufta bulunan (TTK<sup>2011</sup> m. 408, 519 vd.), kural olarak idari faaliyetlere müdahil olmayan organ iken; yönetim kurulu, şirket amacının elde edilmesi için işletmeyi idare edip (TTK<sup>2011</sup> m. 365 vd), hesap veren (TTK<sup>2011</sup> m. 514 vd.) organ konumundadır.

Genel hatlarıyla yukarıdaki şekilde özetlenebilecek şirket yetki ve görev dağılımı yapılanmasında, pay sahipleri kanunun kendisine tanıdığı hakları, yine kanunun kendisine tanıdığı sınırlar dâhilinde kullanabilmektedir. Belirtilen sınırlar bakımından muhalefet şartının özel bir önemi vardır. Belirtilen şart, esas itibarıyla genel kurul kararlarının iptali davasında aranmakla birlikte, başkaca bazı hallerde de bir koşul olarak karşımıza çıkabilmektedir. Çalışmamızda, genel kurul kararlarının iptali esas alınmakla birlikte, şartın arandığı diğer bazı örnek haller de tetkik edilecektir.

Muhalefet şartına ilişkin olarak aşağıda yer verilen kavramsal, niteliksel, dogmatik ve sistematik açıklamalar, mülga ticaret kanunları nazara alınarak yapılmıştır. Teorik temeller ortaya konulduktan sonra, yürürlükteki kanunla ilgili daha sağlıklı değerlendirme yapılabileceği kanaatini taşımaktayız. Belirtilen nedenle, yürürlükteki kanun, kendisine mahsus başlık altında incelenmiş olup, diğer başlıklar altında, ayrıca özel olarak zikredilmediği takdirde değerlendirmelere esas alınmamıştır.

### I. MUHALEFET ŞARTI KAVRAMI

İşlevler ayrılığı prensibine göre şekillenen anonim şirket yapılanmasında, ortağın kural olarak genel kurulda kullandığı pay sahipliği hakları marifetiyle şirket mukadderatına etkide bulunma imkânı vardır. Ancak bu imkân kural olarak mutlak değil, nispi şekilde ortaya

---

\*\*\* Çalışmada Türk hukukunda yürürlükten kaldırılanlar da dahil birden fazla ticaret kanunundan yararlanıldığından, kanunların kısaltılmış halinin sonunda, ilgili kanunun kabul tarihi verilmek suretiyle ortaya çıkabilecek karışıklık engellenmeye çalışılmıştır.

çıkarak. Çünkü anonim şirket şeklindeki bir yapılanmaya usulüne uygun şekilde dâhil olan pay sahibi, kural olarak, yaptığı katkı nispetinde pay sahipliği haklarından istifade edeceğini de peşinen kabul etmiş olur. Çoğunluk prensibi olarak isimlendirilen ilke uyarınca pay sahibi, özellikle sözleşmeler hukukunda geçerli olan ahde vefa prensibinin askıya alındığı ve çoğunluğun iradesinin şirket mukadderatının belirlenmesi açısından belirleyici olduğu bilinci ve peşin kabulüyle şirket ilişkisine dâhil olmaktadır (bkz. TTK<sup>2011</sup> m. 418, 421, 423).

Çoğunluk prensibi, azınlıkta kalanların veya münferit pay sahibinin, çoğunluk iradesine kati surette tabi olmasını hedeflememekte; özellikle çok sayıda pay sahibinin bir arada bulunduğu şirketlerde oybirliğinin her zaman sağlanmasının imkân dışı olması nedeniyle, maslahata uygunluğun gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Çoğunluk tarafından alınan genel kurul kararlarının, karara katılmayan pay sahibi açısından da bağlayıcı olması (TTK<sup>2011</sup> m. 423), yani bireysel irade bulunmadan etkili hukuki sonucun doğabilmesi, pay sahibi açısından sonuca katlanma yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir. Fakat katlanma yükümlülüğü, maslahata uygunluğun bir gereği olarak ortaya çıktığından, pay sahibini, çoğunluğun hukuka aykırı ve keyfi kararları karşısında hukuki açıdan himaye edecek bir mekanizmaya ihtiyaç vardır. Pay sahibine tanınan hukuka aykırı genel kurul kararının iptalini talep edebilme yetkisi, bahsi geçen ihtiyacı karşılamakta ve çoğunluk prensibinin işleyişini hukuki çerçeveye sınırlandırmaktadır. Ancak pay sahibinin bu davayı açabilmesi için, karara muhalif kalınması koşuluna Türk hukukunda yer verilmiştir (TK<sup>1926</sup> m. 381; TTK<sup>1956</sup> m. 381; TTK<sup>2011</sup> m. 446/1,a).

Muhalefet şartı, esas itibarıyla pay sahibinin usulüne uygun olarak karara muhalif kalması şeklindeki aktif davranışın gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bununla birlikte, öyle bazı durumlar olabilir ki, kendisinin bir dahli olmaksızın, pay sahibinin istenilen muhalif davranışı gerçekleştirmesi mümkün olmayabilir. Özellikle pay sahibinin riziko sahasını ilgilendirmeyen genel kurula davetle ilgili aksaklıklar, pay sahibinin kendisine tanınan dava hakkını kullanabilmesi için lüzumlu addedilen muhalefet şartının yerine getirilmesini engellemiş olabilir. Böyle bir durumda farazi olarak muhalefetin yapıldığını ve dava hakkının kullanılabileceğini kabul etmek, menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır (bkz. TK<sup>1926</sup> m. 381; TTK<sup>1956</sup> m. 381). Bu olgu dikkate alınarak, çalışmamızda muhalefet şartı, belirtilen bu son ihtimale de teşmil olunacak şekilde incelenecektir.

Ortağın sahip olduğu hakkı kullanmasında muhalefet koşulu, genel kurul kararlarının iptali dışında, başka bazı hallerde de aranmaktadır. Örnek olarak topluluk hukukundan doğan bazı hakları kullanabilme, haklı sebeple denetçinin görevine son verilmesini talep etme ve yapısal değişikliğin iptalini talep bakımından, ilgili karara muhalif kalma, mevzuatımızda bir koşul olarak aranmaktadır (bkz. TTK<sup>2011</sup> m. 192, 202, 399). Muhalefet şartı esas itibariyle genel kurul kararlarının iptali bakımından önem taşımakla birlikte, belirtilen bu gibi haller de kanun koyucunun konu ile ilgili bir sistem oluşturma hedefinin mevcut olup olmadığını ortaya koymak bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle örnek kabilinden seçilen bu hallerin de çalışmada incelenmesinde fayda bulunmaktadır<sup>1</sup>.

## II. HUKUKİ NİTELİĞİ VE DOGMATİK TEMELİ

Muhalefet, esas itibariyle, kanunen tanınan bir hakkın kullanımına tekaddüm eden ve ancak varlığı halinde yasada öngörülen hakkın kullanımına olanak sağlayan bir *irade açıklamasıdır*. Yasanın muhalefet koşuluyla müsaade ettiği hakkın kullanımı bakımından, muhalefet yanında bu muhalefetin tutanağa da geçirilmesi gerekmektedir. Muhalefet şerhi tutanağa doğrudan geçirilebileceği gibi, yazılı şekilde muhalefet şerhinin arz edilerek, buna tutanakta işaret edilmesi de ilgili yönetmelik hükmü uyarınca mümkündür. (bkz. GKY<sup>2</sup> m. 26/4). Bahsi geçen yönetmelik hükmü, özellikle yazılı muhalefet şerhine ilişkin kısmı dikkate alındığında, muhalefetin sanki gerekçeli olarak şerh edileceği yönünde bir kanaat uyandırmakla birlikte, buna lüzum yoktur<sup>3</sup>.

Şerh, karara muhalif kalındığını gösteren şekli bir vasıttır. Bu bakımdan şerh edilmiş muhalefeti, hakkın kullanımına tekaddüm eden usuli bir koşul olarak değerlendirilmek gerekir<sup>4</sup>. Öyle ki, bu koşulun bulunmadığı durumlarda dava açılmayacak, açılrsa bile davanın esasına girilmeksizin reddi cihetine gidilecektir. Bu yönüyle muhalefet şartı, usuli

---

<sup>1</sup> Konu hakkında aşağıda V numaralı başlık altındaki açıklamalara bakınız.

<sup>2</sup> Kısaltmayla “Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik” kastolunmaktadır. RG. 28.11.2012 t. ve 28481 sa.

<sup>3</sup> Muhalefet gerekçesine yer verilmesinin gerekli olmadığı hakkında çoğu yerine bkz. **Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul, 2012, s. 241 vd.

<sup>4</sup> Geniş anlamıyla düşünüldüğünde, bir hakkın kullanımında bu koşulun arandığı durumlarda, koşulun gerçekleşmesine üçüncü şahıslar tarafından engel olunması da kapsama girmektedir.



açısından *dava şartı* niteliğindedir. Maddi hukuk açısından ise, *külfet* niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir.

Muhalefet şartının hangi dogmatik temele dayalı olarak açıklanabileceği konusunda, toplantıya katılma, muhalif kalma ve muhalefeti tutanağa geçirtme şeklinde teselsül eden sürecin, bir bütün olarak değil de münferit parçalar itibariyle değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

Pay sahibinin iptal davası açabilmesi açısından ilk yapması gereken ve hatta TTK<sup>2011</sup> m. 446 lafzı itibariyle mutlak surette yapılması gereken husus, toplantıya katılmaktır. Hukukumuzda pay sahiplerinin toplantıya katılması zorunluluğunu öngören doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat toplantıya katılma bazı dolaylı sonuçlar bağlanmak suretiyle, toplantıya iştirak tazyik edilebilmektedir. Bunlardan biri de iptal davası açma hakkının kullanımı bakımından karşımıza çıkmaktadır. Pay sahibinin iptal davası açabilmesi için toplantıya ve karara menfi surette katılım zorunluluğu öngören düzenleme (TTK m. 446/1,a), dürüstlük kuralının değil, *affectio societatis* nitelikli bir hali olarak değerlendirilmek gerekir.

Kanaatimizce dürüstlük kuralı, sadece karar lehine oy kullanan pay sahibinin dava hakkını engelleyebilir, çünkü bahsi geçen kişi çelişkili davranmış olur. Buna karşın dürüstlük kuralı, mesela, kendisine isnat edilebilir bir kusur olmaksızın toplantıya veya çekimser kalmak suretiyle karara katılmayan pay sahiplerine ise dava hakkının tanınmasını gerektirir<sup>5</sup>. Zira bu son sayılanların davranışlarında çelişkili olan bir yön yoktur. Bunlar karar lehine oy kullanmamakla birlikte, hukuki statüleri lehe oy kullanandan farklı değildir; dava hakları bulunmamaktadır. Dava hakkı, sadece kararın oluşumuna menfi surette aktif katılım koşuluna bağlıdır. Bu nedenle muhalefet şartı, esas itibariyle *affectio societatis* dogmatik temeline dayalı olarak izah edilebilir; yani bu ilkenin somut bir görünümüdür.

Pasif muhalefet ya da muhalefet varsayımı<sup>6</sup> bakımından da durum farklı değildir. Kanun koyucu bu konuda ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından da tercihini açık şekilde ortaya koymuş ve toplantıya katılmama/katılamama halinde *kusur* esasına değil, prensip itibariyle *riziko alanı* esasına göre iptal davası açma hakkını tanımıştır.

<sup>5</sup> Bkz. ve krş. **Kırca**, İsmail, in **Kırca**, İsmail/Şehirli Çelik, Ferzan Hayal/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Ankara, 2016 s. 181.

<sup>6</sup> Kavramlar için aşağıda III numaralı başlık altında yer alan açıklamalara bakınız.

Yani, yasada esas itibariyle gerçekleşmesi şirketin riziko alanını ilgilendiren hususların vukuu halinde (bkz. TK<sup>1926</sup> m. 381/I,2; TTK<sup>1956</sup> m. 381/I,1), aktif muhalefet şartı tahakkuk etmiş olmasa bile, pay sahiplerinin iptal davası açma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Toplantıya davetin usulü dairesinde gerçekleşmesi, gündemin gereği gibi ilan ve tebliğinin sağlanması, oy hakkının kullanımının sağlanması, şirketin riziko alanını ilgilendiren hususlardır. Bu koşullar bulunmamasına rağmen, pay sahibinin oy hakkını kendisine isnat edilebilir bir kusur olmaksızın kullanamaması söz konusu olabilir. Ancak bu ihtimalde, kararın iptalini talep hakkı –kural olarak- kendisine tanınmamaktadır. Aynı şekilde belirtilen aksaklıklar bakımından şirketin bir kusurunun bulunup bulunmaması da sonuca etkili değildir. Neticede kanun koyucu dava hakkını, kararın oluşumu bakımından menfi surette aktif olan (veya öyle olduğunu farzettığı) pay sahiplerine tanımakta, diğer pay sahipleri açısından bu imkânı, prensip olarak reddetmektedir. Sonuç olarak kararın iptalini talep etmek için aranılan muhalefet şartı, sadece dürüstlük kuralıyla izah edilememekte, daha kapsamlı bir dogmatik dayanağa ihtiyaç duyulmaktadır ki, bunun da *affectio societatis* olduğunu kabul etmek gerekir.

Benimsenen dogmatik dayanağın ne olduğunun, netice açısından bir ehemmiyetinin bulunmadığı, zira dava hakkı bulunanların çerçevesini dogmatik temelin değil, pozitif hukukun çizdiği yönünde bir düşünce hasıl olabilir. Dava hakkı bulunanların belirlenmesi bakımından çerçeveyi pozitif hukukun çizdiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, bu çerçevenin hangi teorik temele dayalı olduğunun ortaya konulması, hem konu hakkında müstakbel yasal düzenlemelerin, hem de yargı uygulamasının şekillenmesi bakımından önem taşımaktadır.

### III. HAKLARIN KULLANIMINDA BENİMSENEN SİSTEMLER VE MADDİ HUKUKA ETKİSİ

Yukarıda yapılan açıklamalarda, özellikle genel kurul kararlarının iptali bakımından aranılan muhalefet şartının, sadece karara muhalif kalınmasına yönelik aktif davranış ve bunun şekli gereklilikleri ile sınırlı olmadığı vurgulanmıştı. Zira ilgili TTK<sup>1956</sup> düzenlemesi (m. 381) nazara alındığında, karara muhalif kalmanın engellenmesi halinde de muhalefet şartının gerçekleştiği varsayımından hareket edildiği anlaşılmaktadır (bkz. ayrıca TK<sup>1926</sup> m. 381). Başka bir ifadeyle, pay sahibinin iptalini istediği karara muhalif kalması engellenmiş ise, kanun koyucu sanki karara

muhalif kalınmış gibi (*muhalefet varsayımı-pasif muhalefet*), kararın iptalini dava edebilme hakkını ilgili pay sahibine tanımaktadır.

Türk Ticaret Kanunu aktif ya da pasif muhalefeti, iptal davası açılabilmesi bakımından bir koşul olarak aramakla birlikte, öncelikli olarak böyle bir koşulun zorunlu olarak aranmasının gerekli olup olmadığı sorgulanmalıdır.

Karşılaştırmalı hukuk açısından sorun ele alındığında, Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin büyük çoğunluğuna mehz teşkil eden Alman ve İsviçre hukuklarında iki farklı yaklaşımla meselenin halledildiği tespiti yapmak mümkündür. Bahsi geçen iki farklı yaklaşımın, iki ayrı sistem olarak telakki edilmesi ve bu sistemlerin sırasıyla *sınırlama (ya da işlem güvenliği) sistemi* ve *tabii sistem* olarak isimlendirilmesi mümkündür<sup>7</sup>. Münferit işlemlerdeki hukuki aksaklıklardan ötürü ilk sistemde piyasa (dış ilişki) menfaatleri ön planda tutulmakta ve pay sahibinin doğal olarak sahip olması gereken iptali talep hakkı sınırlanmakta; ikinci sistemde ise aksaklığın pay sahibi menfaatlerini ilgilendirmesi nedeniyle, pay sahibine tanınan dava hakkının, ilave koşullarla sınırlandırılması yolu tercih edilmemektedir. Benimsenecek sistem, toplantıya katılanlar bakımından da sonuçları havi olmakla birlikte, daha ziyade toplantıya katılmayan pay sahiplerinin dava hakkı bakımından pratik etkisini göstermektedir.

Genel kurul kararlarının iptalini talep hakkı bakımından, İsviçre hukukunda *tabii sistem* benimsenmiştir. Sistem uyarınca pay sahiplerinden her biri, toplantıya katılsın<sup>8</sup> ya da katılmasın, kararın iptalini dava edebilecektir (Art. 706 OR). Konuyla ilgili yasal dayanakta, kararın iptalini dava edebilecek pay sahibi çevresi açısından bir sınırlama

<sup>7</sup> Sistemlerin, tasnifte esas alınan kriter değiştirilerek, farklı isimlerle nitelendirilmesi mümkündür. Mesela düzenlemenin ön planda tuttuğu menfaat grubu nazara alınarak, piyasa koruma veya yatırımcının (ortaklar kastolunmaktadır) korunması sistemleri şeklinde ifade edilmesi de mümkündür.

<sup>8</sup> Toplantıya katılanlar için karara muhalif kalınması şartı, İsviçre Borçlar Kanunu'nda aranmamaktadır. Ancak öğretilerde, toplantıya katılıp da karar lehine oy verenlerin, dürüstlük kuralı uyarınca dava açamayacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan öğretinin yaklaşımının, Türk hukukuyla uyumlu olduğu söylenilebilir. Fakat böyle bir tespit kısmen isabetlidir. Zira İsviçre hukukunda toplantıya katılanlardan, sadece karar lehine oy kullananların iptal davası açma hakkı bulunmadığı kabul edilip, karar aleyhine oy kullananlar yanında, çekimser kalanların da iptal davası hakkı bulunduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise (bkz. **Moroğlu**, s.238), bu sonucuların dava hakkının bulunmadığı, sadece karar aleyhine oy kullananların dava hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.

yapılmamakta, gerekli maddi koşullar bulunan kararın iptali bakımından her bir pay sahibinin, toplantıya katılmış olup olmaması, olumsuz oy kullanıp kullanmaması<sup>9</sup> arasında bir ayırım yapılmaksızın, talep hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.

Alman hukukunda ise *sınırlama sistemi* esas alınmak suretiyle iptali talep edebilecek kişi çevresi belirlenmektedir. Sistem uyarınca iptale ilişkin maddi koşulların bulunması durumunda tüm pay sahipleri değil, sadece toplantıya katılıp karara karşı aktif muhalefette bulunan ya da muhalefet etmesi engellenmiş olan pay sahipleri dava açabilecektir (bkz. AktG § 245; AktG<sup>1937</sup> § 198; HGB § 271 III a.F, ADHGB Art. 190a, 222 ). Bu sistemin benimsenmesi, farklı gerekçelerle izah edilmektedir. Bunların başında şirketin itibarının korunması ya da -daha genel bir ifadeyle- işlem güvenliği yer almaktadır. Zira yapılan işlemin kanuna aykırılık tehdidi altında olması, şirketin itibarına ciddi şekilde zarar verebilecektir<sup>10</sup>. Bir diğer gerekçe, pay sahibine tanınan hakkın, herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaması halinde, suiistimali tehlikesinin doğmasıdır<sup>11</sup>. Sistemin hareket noktası işlem güvenliği veya kötüye kullanımları engelleme olmakla birlikte, doğurduğu sonuç, dava açabilecek pay sahibinin, karar bakımından aktif menfi katılımı zorunluluğudur. Çünkü toplantıya katılan pay sahibi, muhalefette bulunmamakla kararı onamış; toplantıya katılmayan pay sahibi ise, verilen karara tabi olacağını peşinen kabul etmiş ve dava hakkından feragat etmiş varsayılmaktadır<sup>12</sup>. Bu son halde, şirketin riziko alanına giren davranışlarla toplantıya katılımın engellenmiş olması halini bir istisna olarak kabul etmek gerekmektedir. Netice olarak Alman sınırlama sistemi, basitçe bir ifadeyle şu şekilde özetlenebilir: “Ya toplantıya katılıp muhalif kal ya da muhalif kalman şirket tarafından engellensin ki, iptal davası açma hakkın bulunsun.”

İptal davası açma hakkı bakımından benimsenecek sistem usul hukuku bakımından *dava şartı* yanında, *ispat yükü* hususunda da etkiye sahiptir. Zira özellikle karara muhalefet şartının arandığı durumlarda, bu

---

<sup>9</sup> Olumlu oy kullananlar kastedilmemektedir. Olumsuz oy kullananlar, çekimser kalanlar gibi, karar lehine oy kullanmayanlar, teknik ifadeyle toplantıya katılıp da muhalif kalmayanlar kastolunmaktadır.

<sup>10</sup> **Alexander**, Edmund: Die Sonderrechte der Aktionäre, Berlin, 1892, s. 51;

<sup>11</sup> **Hoeland**, Ernst: Organe der Aktiengesellschaften, Jena, 1886, s. 65

<sup>12</sup> Bkz. **Kayser**, Paul: Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, Berlin, 1884, s. 36; Aynı yönde **Alexander**, s. 50; **Lehmann**, Karl: Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. 2, Berlin, 1904, s. 212 f.

şartın yerine getirildiğini iddia edenin ispatı gerekirken; bu koşulun aranmadığı hallerde, davacının karar lehine oy kullandığının ve dürüstlük kuralına dayalı olarak dava hakkının bulunmadığının iddia edildiği durumlarda, ispat yükü davalı şirkete aittir.

Benimsenen sistem, sadece usul hukukuna ilişkin değil; aynı zamanda *maddi hukuka* ilişkin sonuçlar da doğurmaktadır. Zira talep hakkı bulunanlar açısından sınırlama yapıldığı takdirde, maddi hukuk açısından, hukuka aykırılık hali de relativleştirilmektedir. Başka bir ifadeyle, karar kanuna aykırı olmasına ve iptali pay sahibi tarafından talep edilmesine rağmen, bahsi geçen kişilerin dava hakkının bulunmadığı mülahazasıyla, kanun koyucu aslında hukuka aykırı olan kararı ve sonuçlarını himaye etmektedir.

#### IV. TÜRK HUKUKUNDA İPTAL DAVASI BAKIMINDAN ARANILAN MUHALEFET ŞARTININ TARİHİ GELİŞİMİ

Türk hukukunda genel kurul kararlarının iptali için aranılan aktif muhalefet şartı, tarihi gelişim süreci içerisinde istikrar arz edecek tarzda düzenlenmiştir. Bu bakımdan özellik arz etmez. Ancak pasif muhalefet açısından, her bir ticaret kanununda farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu nedenle meselenin özellikle pasif muhalefet açısından değerlendirilmesi gerekir.

##### A. 1926 Tarihli Ticaret Kanunu Dönemi

865 sayılı ve 1926 tarihli Ticaret Kanunu, toplantıya katılmayanlara prensip itibarıyla iptal davası açma hakkı tanımamış, sadece bazı sebeplerden ötürü toplantıya katılması engellenilen pay sahiplerine dava hakkı tanımıştır (TK<sup>1926</sup> m. 381). Toplantıya katılmamakla birlikte<sup>13</sup>: (1) Kanuna aykırı olarak oyunu kullanmasına müsaade edilmeyen, (2) toplantıya davetin usulü dairesinde gerçekleşmediğini iddia eden ve (3) gündemin usulü dairesinde ilan veya tebliğ edilmediğini iddia eden, pay sahipleri, kararın iptalini dava edebilecektir.

Madde Alman hukukundan iktibas edilmiştir<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Kanun lafzında bu grubun toplantıya katılmış olması ya da olmaması konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle toplantıya katılın ya da katılmasın, belirtilen grubun muhalefet şartı olmaksızın dava hakkının bulunduğu yönünde bir değerlendirme yapılabilir. Ancak yukarıda belirtilen sistemler nazara alındığında, kanunun Alman sistemini benimsediğinde tereddüt etmemek gerekir. Bu durumda, belirtilen gruba girmekle birlikte, toplantıya katılan pay sahipleri bakımından muhalefet şartının yerine getirilmesinin zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir.

<sup>14</sup> Bkz. ADHGB Art. 190a, 222; HGB § 271 III a.F

Toplantıya katılmayanların iptali dava hakkı kural olarak reddedilmekle birlikte, sınırlı bir gruba dava hakkı tanınmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere<sup>15</sup>, bu grup belirlenirken, kanun koyucu kusur prensibinden değil, riziko alanı prensibinden hareket etmiştir. Başka bir ifadeyle, toplantıya katılmayan pay sahibinin bu durumu, kendi kusurundan kaynaklanmasa bile, pozitif hukuk bu hususiyeti nazara almamakta; esas itibarıyla şirketin gerçekleştirmesi gereken bazı işlem veya davranışların gerçekleşmemesi olgusuna dayalı olarak dava hakkı tanınmaktadır. Şirketin riziko alanına giren bu hallerin doğumunda, şirketin bir kusurunun bulunup bulunmaması bakımından da bir ayırım yapılmamaktadır.

Madde münhasıran dava şartını düzenlediğinden, iptali gerektiren sebebin, yani genel bir ifadeyle kanuna aykırılık halinin (bkz. TK<sup>1926</sup> m. 381/I), toplantıya katılmayan davacı tarafça ayrıca ileri sürülmesi gerekmektedir. Burada dava şartlarına riayet edilmemesinin, tek başına iptali gerektiren bir sebep olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Zira dava şartı olarak sayılan haller, aynı zamanda bir kanuna aykırılık halidir. Bu soruya verilebilecek makul cevap; belirtilen hallerin tek başına iptal sebebi teşkil etmeyeceği, ancak ilave bazı koşullarla birlikte, mesela bu koşulların gerçekleşmesinin aynı zamanda neticeye etkili olduğunun ileri sürülüp ispatlanması suretiyle, iptal sebebinin ortaya çıkabileceğidir. Çünkü kanun koyucunun bahsi geçen hükümdeki amacı, özel bir iptal sebebi sevk etmek değildir. İptal davası açılabilmesi için aktif ve pasif muhalefete ilişkin madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun iki grup pay sahibine dava açma hakkı tanımayı hedeflediği sonucuna varılmaktadır. Bunlar toplantıya katılıp muhalif kalan pay sahipleri ve toplantıya (veya alınan karara) katılması engellenmiş olan pay sahipleridir. Nasıl ki karara muhalif kalınması tek başına iptali gerektiren bir sebep değil ise, toplantıya katılımın engellenmiş olması da tek başına iptali gerektiren bir sebep değildir; dava açmanın usuli koşuludur. Toplantıya katılmayan pay sahipleri, alınan karar kanuna aykırı olsa bile, ancak toplantıya katılımları şirketin riziko alanına girip, kanunda sayılan hallerden ötürü engellenmişse iptal davası açma hakkına sahip olabilecekler; bu nedenlerin bulunmaması halinde, karar kanuna aykırı olsa bile, kararın iptalini talep edemeyeceklerdir.

---

<sup>15</sup> Yukarıda II numaralı başlık altında yapılan açıklamalara bakınız.

## B. 1956 Tarihli Türk Ticaret Kanunu Dönemi

6762 sayılı ve 1956 Türk Ticaret Kanunu döneminde de, mülga 1926 tarihli kanunda yer alan hükümler prensip olarak muhafaza edilmekle birlikte, iptali talep edebilecek grubun genişlediği tespit edilmektedir.

Konuyla ilgili yasal düzenleme lafzı dikkate alındığında, genişlemenin, toplantıya katılan ya da katılmayan pay sahiplerinin her ikisini de ilgilendirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, ister toplantıya katılsın, isterse katılmasın, kanun koyucu yeni bir grup pay sahibi bakımından dava hakkı tanımaktadır. Bu yeni grup, “*toplantıya katılma yetkisi olmamakla birlikte, karara iştirak etmiş olan pay sahiplerinin bulunduğu iddia eden*” pay sahipleridir. (TTK<sup>1956</sup> m. 361/III, 381/I,1).

İptal davası için gerekli dava şartının, bu grup bakımından varlığının kabul edilmesinde, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1936 değişikliği ile yürürlüğe giren ve halen yürürlükte bulunan 691’inci maddesi etkili olmuştur<sup>16</sup>. Anılan madde lafzı, TTK<sup>1956</sup> m. 361 ile uyumludur.

Yukarıda belirtildiği üzere, İsviçre ve Alman hukuklarında pay sahiplerinin iptal davası hakkı bakımından iki ayrı sistem benimsenmiştir. Türk hukukunda sınırlandırılmış dava hakkı prensibiyle şekillenen Alman sistemi esas alındığından, farklı sistemi esas alan İsviçre hukuku düzenlemesinin Türk hukukuna aktarılması, kaçınılmaz olarak uyum sorununu gündeme getirmiştir. Nitekim bu halde ortaya çıkan *ilk sorun*, TTK<sup>1956</sup> m. 361’de dava hakkı bulunduğu zikredilen kişilerin, iptal davası açma hakkı bulunan ve TTK<sup>1956</sup> m. 381/I,1’de belirtilen şahıslar arasına ne surette ekleneceğidir. TTK<sup>1926</sup> m. 381, iptali talep edecekleri, toplantıya katılıp muhalefetini tutanağa geçiren ve şirketin riziko alanına giren sebeplere binaen toplantıya katılmayan pay sahipleri olarak iki gruba ayırmış idi. TTK<sup>1956</sup> m. 361/III lafzı dikkate alındığında, kanaatimizce

<sup>16</sup> İsviçre hukukunda genel kurul kararının iptali bakımından, herhangi bir koşula bağlı olmaksızın tüm pay sahiplerine iptal davası açma hakkı veren bir sistem benimsenmesine rağmen, neden bu iptal sebebinin özel olarak düzenlendiği, bir soru olarak akla gelmektedir. Değişikliğin yapıldığı İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı Gerekeşi’nde de de vurgulandığı üzere (bkz. s. 247), pay sahibinin oy hakkının, sermayenin % 20’si ile sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak oy hakkına ilişkin diğer kanuni sınırlamaların aşılmasına yönelik uygulamalardan da endişe edilmiştir. Bu nedenle kanuni sınırlamaları aşma girişiminin, özel olarak vurgulanmak suretiyle yaptırım altına alınması yolu tercih edilmiştir (Bkz. **Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, Schulthess, 2009, § 12, Rn. 492 ).

sorun hakkındaki en isabetli çözüm tarzı, bu grubun iptali talep edebilecekler arasına müstakil bir grup olarak eklenmesi idi. Ancak kanun koyucunun tercihi, bu grubu toplantıya katılmamasına rağmen, iptali talep hakkı bulunan (pasif muhalif) gruba dahil etmek yönünde olmuştur (bkz. TTK<sup>1956</sup> m. 381/I,1). Bu tercih, TTK<sup>1956</sup> m. 361/III lafzı ile çeliştiğinden, öğretide haklı olarak toplantıya katılan pay sahiplerinin de dava hakkının bulunduğu kabul edilmiştir<sup>17</sup>. Neticede toplantıya katılın ya da katılmasın, bu yeni grup kapsamında olan pay sahiplerinin iptali talep edebileceği sonucuna varılmıştır. Düzenlemenin doğurduğu *ikinci sorun*, kendisine iptali talep yetkisi verilen bu yeni grup kapsamında bulunan pay sahiplerinin, toplantıya katılmış olması ihtimalinde, karara muhalif kalmasının gerekli olup olmadığı idi. Zira kanun koyucu, toplantıya katılan pay sahipleri bakımından karara muhalif kalma ve muhalefeti tutanağa geçirtme koşulu aramaktadır (bkz. TTK<sup>1956</sup> m. 381/I,1). Ancak TTK<sup>1956</sup> m. 361/III lafzı, bu koşulla uyumlu değildir. Anılan madde, önceden itiraz edilmiş olmasa bile, iptal davasının açılabilirliğini öngörmektedir. Bu durumda toplantıya katılan pay sahibi, karara henüz alınmadan önce itiraz etmiş bulunsun ve hatta karara muhalif kalmasa bile, toplantıya katılma yetkisi bulunmayan kişilerin karara iştirak etmiş olduğu gerekçesine dayalı olarak kararın iptalini talep edebilecektir<sup>18</sup>. Sonuçta, “bu gerekçeye dayanan” pay sahiplerinin, toplantıya katılmış olsun ya da olmasın, toplantıya katıldığı takdirde karara muhalif kalsın ya da kalmassın, kararın iptalini talep edebileceği öğretide ve uygulamada kabul edilmiştir<sup>19</sup>. Düzenlemenin doğurduğu *üçüncü sorun* –temel sorun-, İsviçre hukukundan aktarılan hükmün (TTK<sup>1956</sup> m. 361/III), münferit iptal sebebi öngörmesinden kaynaklanmaktadır<sup>20</sup>. Başka bir ifadeyle, anılan hüküm, kararın iptalini gerektiren sebep olan kanuna aykırılığın (bkz. TTK<sup>1956</sup> m. 381/I; TTK<sup>2011</sup> m. 445), somut bir görünümünden ibarettir. TTK<sup>1956</sup> m. 361/III’de zikredilen şahısların, iptali talep hakkı bulunan kişileri düzenleyen TTK<sup>1956</sup> m. 381/I,1 hükmüne ayrıca dahil edilmesinin belki de yegane sebebi, iptali talep edebilecek şahıs kategorisinde eksikliğin bulunmasını, bu surette tatbik edilecek hükümlerde boşluk

---

<sup>17</sup> Bkz. **Moroğlu**, s. 247 vd.

<sup>18</sup> Bkz. **Dekker**, Stephan: in: Aktienrecht Kommentar, Hrsg. Jeannette Wibmer, Zürich, 2016, Art. 216 OR, Rn. 6

<sup>19</sup> Bkz. **Moroğlu**, s. 248

<sup>20</sup> Bkz. **Böckli**, § 12, Rn. 488, 505; BGE 122 III 279 E.2



doğmasını engellemek olabilir; yoksa Alman sistemini esas alarak dava şartı sevk etmek değil<sup>21</sup>.

Tabii sisteme göre şekillenen İsviçre hukukunun bu müessesesi, TTK<sup>1956</sup> m. 361 vasıtasıyla Türk hukukuna aktarılmakla, belirtilen sistem ve o sisteme ait anlayışın Türk hukukuna nüfuz etme tehlikesi<sup>22</sup> doğmuştur<sup>23</sup>. Nitekim TTK<sup>1956</sup> m. 381'in Alman hukukundan iktibas edildiği ve sadece TTK m. 361 dolayısıyla İsviçre hukukundan etkilendiği hususunda tereddüt bulunmamakla birlikte, öğretilerde Türk hukukunun en çok İsviçre sistemine benzediği yönünde değerlendirmeler yapılmıştır<sup>24</sup>. Türk hukukunun İsviçre sistemine benzetilmesi, mehzaz yerine, bu hukuk çevresinde benimsenen esnek yaklaşımın etkili olması potansiyelini gündeme getirmektedir. Nitekim Alman hukukunda, çağrı veya gündemdeki aksaklığa rağmen, toplantıya katılan pay sahibinin iptal davası açma hakkı, muhalefette bulunma koşuluna tabi tutulmuştur (bkz. AktG § 245 I). TTK<sup>1956</sup> m. 381 hükmü de, esas itibarıyla Alman mehzazlı olmasına rağmen, Türk hukukunda sırf lafızdaki belirsiz eksikliğe dayalı olarak, bu tür aksaklığın bulunduğu durumlarda karara muhalif kalmanın şart olmadığı yönünde görüşler serdedilmiş ve uygulama da bu görüşe uygun tarzda şekillenmiştir<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> TTK<sup>1956</sup> 361/III uyarınca, şirket toplantıya katılmaya yetkili olmayan kişilerin karara katılmasının, neticeye etkili olmadığını ispat hakkına sahiptir (TTK<sup>1956</sup> m. 361/III). Bu durumda açılan iptal davası başarıya ulaşamayacaktır. TTK<sup>1956</sup> m. 381'de ayrıca zikredilmiş olsa da, TTK<sup>1956</sup> m. 361'de dava şartı değil, özel bir iptal sebebi öngörüldüğünden, bu sebebin neticeye etkili olmadığı durumlarda iptal kararı verilmemesi doğaldır.

<sup>22</sup> Bir sistemin veya diğer sistemin benimsenmesi, ya da benimsenen bir sistemin diğer sistemden alınan unsurlarla modifiye edilmesi, elbette ki bir tehlike olarak nitelendirilemez. Tehlikeden maksadımız, iktibas edilen sistemin temel felsefesinin bir kenara bırakılarak, bu felsefeyle uyumlu olmayan bir sistem anlayışına dayalı olarak normun yorumlanması ve ileriye etkili sonuçlar doğurması olasılığıdır.

<sup>23</sup> Bu hükme dayalı Türk uygulamasının hatalı olduğu yönündeki haklı eleştiriler için bkz. **Kırca**, s. 202 vd.

<sup>24</sup> Bkz. **Poroy**, Reha, in: **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2003, kn. 719

<sup>25</sup> Bkz. **Poroy**/**Tekinalp**/**Çamoğlu**, kn. 738; 11 HD 1997/1583-3686 E.K.; Aynı dairenin TTK<sup>1956</sup> m. 381 hükmüne benzer şekilde kaleme alınan Kooperatifler Kanunu'nun 53'üncü maddesi hakkındaki aksi yöndeki uygulaması için bkz. 11 HD. 2001/8423 E., 2002/760 K. sayılı kararı. Uygulamaya hâkim olan görüşten farklı olarak **İmregün**, gündem ilanı, çağrı usulü gibi yasa da zikredilen aksaklıklara rağmen toplantıya katılan pay sahiplerinin, iptal davası açabilmeleri için karara muhalif kalmaları gerektiğini haklı olarak savunmuştur. Bkz. **İmregün**, Oğuz: Anonim Şirketlerde Münferit Pay Sahibinin

### C. Yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nun Yaklaşımı

6102 sayılı ve 2011 tarihli yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu'nda iptal sebepleri ve iptali talep edebilecek olanlar iki ayrı maddede (TTK<sup>2011</sup> m. 445,446) düzenlenmiştir.

İptali talep edebilecek kişiler hakkındaki düzenlemenin, konumuzu ilgilendiren kısmı aynen aşağıdaki gibidir (TTK<sup>2011</sup> m. 446/1);

- “a) Toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçiren,  
b) Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri,  
...iptal davası açabilir.”

Meri düzenlemede, toplantıya katılan pay sahiplerinin dava açabilmesi bakımından muhalefet şartı aranmakla birlikte; (b) bendinde sayılan grupta yer alan pay sahiplerinin toplantıya katılıp katılmaması, olumsuz oyunun ya da muhalefetinin bulunup bulunmaması ayrımını gözetilmeksizin, iptali talep edebilecekleri, ilaveten bu gruptakilerin dava açabilmesi bakımından neticeye etkililik şartının<sup>26</sup> varlığı öngörülmüştür.

Maddenin hükümet tasarısındaki şekli, bir ölçüde mülga TTK<sup>1956</sup> m. 381 ile uyumluysen, alt komisyon tarafından yapılan müdahalenin Adalet Komisyonu tarafından da benimsenmesiyle, yukarıdaki paragrafta belirtilen temel farklılıklar ortaya çıkmış ve maddenin kaleme alınış tarzı

---

Umumi Heyet Kararları Aleyhine İptal Davası Açma Hakkı, BATİDER, 1961, C I, (s. 149-175 ), s. 168

<sup>26</sup> Bu çalışmada etkililik şartı, münhasıran sayısal çoğunluk bağlamında değerlendirilmiştir. Kapsamın bu çoğunluğun dışına çıkarılması halinde, iptal sebebinin bulunduğu durumlara ilişkin değerlendirmeler, usule ilişkin gerekliliklere dair değerlendirmeler içerisinde kaybolacağından, meselenin açık şekilde ortaya konulabilmesi bakımından özel bir güçlüğü beraberinde getirecektir. Kapsam dışında tutulan konu hakkında kapsamlı ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca**, s. 112 vd., özellikle s. 151 vd.

nedeniyle, yorum bakımından önemli bazı sorunlar gündeme gelmiştir<sup>27</sup>. Bu kapsamda maddenin (b) bendinde yer alan “ve” bağlacına verilecek anlam, maddenin yorumu bakımından büyük öneme sahiptir.

Hukuk kuralı, toplumda yerleşik ve kabul gören ve teknik nitelik taşımayan kavramların anlamını değiştirme amacı taşımayıp, böyle bir etkiyi de haiz olamayacağından, maddede geçen bağlacın ilk olarak günlük dildeki genel kullanım şekliyle değerlendirilmesi mümkündür. Bu durumda davetin usulsüz olması, yetkisiz kişilerin katılması gibi kanunda sayılan durumların varlığı halinde, bu haller kararın iptali için tek başına yeterli değildir. İptal için aynı zamanda bu hallerin kararın alınmasına etkili olması gerekir<sup>28</sup>. Karara etkililikten doğrudan çıkan anlam, sayısal eksiklik nedeniyle kararın değişebilecek olmasıdır<sup>29</sup>. Ancak bağlaç bu şekilde anlamlandırılacak olur ise, kaçınılmaz olarak üç kabulü de beraberinde getirecektir. İlk olarak, neticeye etki doğurmayacak aksaklıklar, kararın iptali açısından yeterli olmayacaktır. İkinci ve daha önemli olanı ise, artık hüküm dava şartından ziyade, özel bir kanuna aykırılık halini düzenlemiş sayılacaktır. Yani etkililik şartıyla birlikte hüküm artık, TTK<sup>2011</sup> m. 445’de zikredilen kanuna aykırılık halinin özel bir görünümünden ibaret kalmaktadır. Baskın olan bu özelliği nazara alındığında, hükmün 445’inci madde içerisinde düzenlenmesi daha isabetli bir çözüm tarzı olacak idi. Nerede düzenlendiği nazara alınmasa bile, etkililik şartıyla birlikte özel iptal sebebine dönüşen hüküm<sup>30</sup>, önceki kanun döneminde kendisine dava hakkı tanınan bazı pay sahiplerinin, artık dava hakkının bulunmadığı yönündeki üçüncü kabulü de beraberinde getirmektedir. Somut bir örnek olarak, çağrı usulüne uygun olarak yapılmadığı için toplantıdan haberdar olmayan ve toplantıya katılmayan, şirkette düşük oranda sermayesi bulunan bir pay sahibi ele alınabilir. Toplantıda şirketin ihtiyacı bulunmamasına rağmen, özellikle bazı pay sahiplerinin iştiraktan kaçınacağı düşüncesiyle sermaye artırımı yoluna gidilmiştir. Belirtilen pay sahibi, yürürlükten kaldırılan 1956 tarihli kanun döneminde kararın iptalini talep hakkına sahip idi. İptalin sebebinin ise dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktaydı (TTK<sup>1956</sup> m. 381/I). Ancak bu

<sup>27</sup> Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Tutanak Dergisi, D.23, YY 2, s. 498

<sup>28</sup> Bu yönde bkz. **Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013, kn. 15-06, 15-08

<sup>29</sup> Bkz. **Kırca**, s. 152

<sup>30</sup> Aynı yönde bkz. **Kırca**, s. 146; **Yıldırım**, Ali Haydar: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 7, Sa. 2, (s. 383-430), s. 420 vd.

sebebe anılan kanun uyarınca iptali talep edebilmek için yeterli olmayıp, aynı zamanda kendisine dava hakkı veren düzenleme uyarınca pay sahibinin dava hakkının bulunması, yani dava şartının gerçekleşmesi gerekliydi. TTK<sup>1956</sup> m. 381/I,1 anılan ihtiyacı karşılamaktaydı ve bahsi geçen pay sahibi, kararın iptalini dava edebilecek, iptal davası başarıya ulaşacaktı. Buna karşın aynı pay sahibine yürürlükteki kanun dava hakkı tanımamaktadır. Zira çağrının usulüne uygun olarak yapılmaması yanında, “ve” bağlacına verilen anlam nedeniyle, ilave olarak etkililik koşulu aranmaktadır. Toplantıya katılmayan pay sahibinin karara etkili olabileceği durumlarda, elbette ki bu durum tek başına kanuna aykırılık teşkil eder ve kararın iptali için dürüstlük kuralına aykırılık gibi ilave bir sebebe ihtiyaç yoktur; etkililik şartı zaten “kanuna aykırılık” kavramında mündemiçtir. Bu anlamıyla etkililik, dava şartı değil, sebebidir. Kanun koyucu, iptal sebebini (etkililik şartını), dava şartları arasına eklediğinden ve nihayetinde özel bir kanuna aykırılık halini müstakilen zikretme yolunu tercih ettiğinden, mesela çağrının usulüne uygun yapılmadığını ileri süren bir pay sahibi, neticeye etkili değil ise, dürüstlük kuralına aykırı olan bu kararın iptalini dava edemeyecektir. Zira TTK<sup>2011</sup> m. 446’da, TTK<sup>1956</sup> m. 381/I,1 hükmünden farklı olarak, bu pay sahibine dava hakkı tanınmamıştır<sup>31</sup>. Böyle bir yorumda, kanun koyucunun iptal davası bakımından yaklaşımı, çağrı usulüne uygun şekilde yapılmasa da pay sahibinin her halde durumdan haberdar olması gerektiği (bu surette toplantıya katılıp muhalif kalabilecektir) ya da karara etkili olmasıdır. İlk ihtimal, şirketin riziko alanına giren bir aksaklık bakımından, pay sahibine bilgi sahibi olma zorunluluğu getirmesi nedeniyle himaye edilemez; ikinci ihtimal ise, iptal sebebini dava şartıyla birleştirilmesi nedeniyle, zaten çoğunluk prensibi karşısında sınırlı bir koruma imkanına sahip olan pay sahibi hakkını, aşırı derecede sınırlandırması nedeniyle.

Muhtemelen yukarıda belirtilen ihtimali dikkate alan öğretici, haklı olarak TTK<sup>2011</sup> m. 446/1,b hükmünde geçen “ve” bağlacının, günlük dilde kullanılan anlamından farklı biçimde “veya” şeklinde anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>32</sup>. Böyle bir ihtimalde, şirketin riziko alanına

---

<sup>31</sup> Aynı yönde **Kırca**, s. 148

<sup>32</sup> Bkz. **Kendigelen**, Abuzer: Türk Ticaret Kanunu, Kasım 2012, Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul, s. 234, dn. 90. Esasında vardığımız sonuç, “ve” bağlacının “veya” şeklinde anlaşılmasından kaynaklanmamakla birlikte, ulaştığımız netice bağlaca bu ikinci anlamın verilmesinden farklı değildir. Zira yasa lafzına, içerisindeki “ve” bağlacı değiştirilmeden farklı bir açıdan bakıldığında, “veya” bağlacı ile ulaşılmak istenilen sonuç doğal olarak çıkmaktadır. Şöyle ki, TTK m. 446/1,b hükmü uyarınca dava hakkı olanlar “...oy

giren aksaklıkların bulunması durumunda pay sahipleri, yasada zikredilen bir sebebe dayalı olarak iptali talep edebilecek; bunun yanında, maddede belirtilen aksaklıkların karara etkili olduğunu ileri süren pay sahibi de iptali dava edebilecektir. Kanaatimizce bu yorum tarzı, menfaatler dengesinin kurulabilmesi bakımından amaca daha fazla hizmet etmektedir. Ancak bu durumda, kanunun esas aldığı sistemle uyum bakımından önemli sorunlar gündeme gelecektir. Zira 1956 tarihli TTK döneminde, İsviçre sisteminden alınan TTK<sup>1956</sup> m. 361/III hükmü, TTK sistemine ciddi şekilde etkide bulunmuş ve bu müdahalenin isabeti, yürürlükteki kanun döneminde kabul edilmiş olacaktır. Mesele somutlaştırılacak olur ise, toplantıya katılanların iptal davası açabilmesi için katı şekilde muhalefet şartının varlığını arayan bir kanun (TTK<sup>2011</sup> m. 446/1,a); neden usulüne uymadan yapılan çağrıdan haberdar olup, toplantıya katılan ve karara muhalif kalmayan, hatta olumsuz oy dahi kullanmayan (TTK<sup>2011</sup> m. 446/1,b) bir pay sahibine dava hakkı tanımaktadır? Sorun sistem üzerinden yinelenen olur ise, işlem güvenliği, suiistimal tehlikesi gibi mülhazalarla, pay sahibinin iptal davası açabilmesi için, aktif ve muhalif şekilde kararın oluşumuna katılması zorunluluğunu öngören bir sistem, neden engellemelere rağmen toplantıya katılmış bir pay sahibi açısından olumsuz oy kullanma koşulunu dahi aramaksızın iptal davası açma hakkı tanımakta ve İsviçre tabii sistemine dönmektedir? Özellikle TTK<sup>2011</sup> m. 446/1,b lafzında yer alan “*olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın*” ibaresine, olumlu oy kullananların da dava açabileceği gibi bir anlam, yorum yoluyla yüklenen olur ise<sup>33</sup>, yasal düzenlemenin, sistematik, dogmatik ve teleolojik açıdan makul şekilde izahı mümkün olmayacaktır. Halihazırda da benzer sorun bulunmaktadır. Toplantıya katılmakla birlikte, net muhalif iradesini ortaya koymayan pay sahibine, “ama zaten çağrı da usulsüzdü” gerekçesine dayalı olarak dava hakkı verilmesi, Alman hukukunu esas alan yasal bir sistemle uyumlu değildir. Zira, çağrıdaki usulsüzlük, toplantıya katılmayı engelleyememiş, farazi muhalefet

---

*kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini...ileri süren pay sahipleri” ve “...yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olmadığını ileri süren pay sahipleri”dir. Yani yasada zikredilen her bir sebebin, “ileri süren pay sahipleri” tabiri ile ayrı ayrı birleştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla yorumumuz, pratik açıdan öğretilerdeki bu görüş ile uyumludur.*

<sup>33</sup> Lafzi yorumdan bu anlam çıkmaktadır. Nitekim hükmün sadece lafzı itibarıyla yorumlandığında bu anlamın çıktığı yönündeki değerlendirme için bkz. **Yıldırım**, Ali Haydar, s. 421

varsayımını kabul için varlığı gerekli olan illiyet ilişkisi doğmamıştır. Hüküm bir başka açıdan değerlendirildiğinde ise, muhalefet şartının gerekliliği de sorgulanır hale gelmiştir. Ancak tüm bu sorunlara rağmen, madde yer alan bağlacın “veya” şeklinde yorumlanması, en azından mülga kanunda şirketin riziko alanına giren nedenlerden ötürü kendisine dava hakkı tanınan grubun, yürürlükteki kanun çerçevesinde de dava hakkının himayesini sağlayacaktır.

Netice olarak maddenin kaleme alınış tarzı, çözümü güç bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Uygulamanın mevcut lafız karşısında belirli bir sisteme dayalı ilkesel çözüm getirmesi mümkün görülmemektedir. Konuyla ilgili ilkesel çözüm, ancak kanun lafzının değişmesi suretiyle, yani maddenin (b) bendinin, münhasıran toplantıya katılmayan pay sahipleri açısından düzenlenmesi ve etkililik koşulunun kaldırılmasıyla mümkün olabilecektir<sup>34</sup>. Kanaatimizce daha isabetli olanı ise, iptal davasında talep hakkı bulunanlar bakımından İsviçre tabii sisteminin benimsenmesidir.

## V. ÖZEL BAZI PAY SAHİPLİĞİ HAKLARININ KULLANIMINDA MUHALEFET ŞARTINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Yukarıda, ilgili madde lafzının günlük konuşma dilindeki ilk anlamı çerçevesinde yapılan tespitten, kanun koyucunun münhasıran toplantıya katılıp muhalif kalan pay sahipleri bakımından korunmaya değer bir menfaatin varlığını kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Bu sonuca iştirak etmediğimizi yukarıda izah etmeye çalışmıştık. Ancak kanunun, hakkın kullanımı bakımından muhalefet şartı aradığı diğer düzenlemelerin tetkikinin, sistematik bir hedefin olup olmadığını ortaya koymak bakımından önem taşıdığını düşünmekteyiz. Aşağıda kanunun pay sahibi hakları bakımından muhalefet şartı aradığı bazı düzenlemelerde öngördüğü yöntemi tetkik etmeye çalışacağız.

### A. Yapısal Değişiklik Kararlarının İptali Bakımından

TTK<sup>2011</sup> m. 192’de birleşme, bölünme, tür değiştirme kararları bakımından özel bir iptal sebebi ve usulüne yer verilmiştir<sup>35</sup>. Bu tür kararlar bakımından, kanunun öngördüğü hükümlerin ihlali gerekçesine

<sup>34</sup> Benzer yönde bkz. **Kırca**, s. 299; **Yıldırım**, s. 420

<sup>35</sup> Bahsi geçen dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Narbay**, Şafak/**Kesici**, Buğra: Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine “Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, C 1, Sa. 2, Y. 2015, (s.107-160), s. 108 vd.

dayalı iptal davaları, bu *karara olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirtmiş* olan pay sahipleri tarafından, kararın TSG'de yayımlanmasından itibaren 2 ay içerisinde açılacaktır.

Madde, genel kurul kararının iptaline ilişkin genel hükümlere nazaran önemli farklılıkları ihtiva etmektedir. Bu bağlamda iptal sebebi, ilgili kanun hükümlerine aykırılıkla sınırlandırılmıştır. İkinci olarak iptal davası için, üç ay yerine iki aylık hak düşümü süresine yer verilmiştir. Üçüncü olarak iptali talep edebilecekler, karara olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirtmiş pay sahipleri ile sınırlandırılmıştır.

Madde, esas itibariyle İsviçre Birleşme Kanunu'nun (FusG) 106'ncı maddesine dayanmaktadır. Anılan madde, birleşme taraflarının *karara katılmayan ortaklarının*, bu kanunun ihlaline dayalı olarak Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilandan itibaren iki ay içerisinde dava açabileceğini öngörmektedir.

Türk hukukundaki düzenlemenin, mehzayıyla birlikte değerlendirilmesi, kanun koyucunun konuya yaklaşımını ortaya koymak bakımından önemlidir. Bu bağlamda konumuzla ilgili olmamakla birlikte, iptal davası bakımından İsviçre'deki her iki kanunda da iki aylık hak düşümü süresine yer verilmesi dikkat çekmektedir. İsviçre hukukunda genel kurul kararlarının iptaline ilişkin genel hükümde (Art. 706 OR), hak düşümü süresi olarak iki aylık süreye yer verildiğinden, yapısal değişiklik kararlarının iptalinde de aynı süreye yer verilmesini (Art. 106 FusG), doğal karşılamak gerekir. Ancak Türk hukukunda genel iptal davası açma süresi üç ay iken (bkz. TTK<sup>2011</sup> m. 445), yapısal değişikliğe ilişkin iptal davasında iki aylık bir süreye yer verilmiştir. Madde gerekçesinde farklı süre öngörülmesine ilişkin bir açıklamaya rastlanılmadığından, hükmün İsviçre'deki halinin Türk hukukuna –genel hükümle uyumuna dikkat edilmeden- aktarılması nedeniyle, iptal davasındaki üç aylık hak düşümü süresine nazaran farklılık ortaya çıkmıştır.

Yukarıdaki paragrafta inceleme konumuzla doğrudan ilgili olmayan hak düşümü süresi, incelediğimiz konu açısından yapılacak değerlendirmelerde önem taşıdığı için tetkik edilmiştir. Zira incelediğimiz konu açısından her iki kanunda önemli bir yaklaşım farkı bulunmaktadır. İsviçre hukukunda karara katılmayan pay sahiplerine iptali dava edebilme hakkı tanınmıştır (Art. 106 FusG). Karara katılmayan pay sahibi, en genel tanımlamayla, toplantı esnasında hazır bulunup, karar lehine oy kullanan pay sahibi dışındaki bütün pay sahiplerini kapsamaktadır. Bunlar toplantıda hazır bulunup karar aleyhine oy kullanan, oyunu kullanmayan,



çekimser kalan<sup>36</sup> ya da toplantıya hiç katılmamış pay sahipleri olabilir. Genel kurul kararlarının iptaline ilişkin genel düzenlemede böyle bir sınırlama bulunmamasına rağmen (bkz. Art. 706 OR), yapısal değişiklik kararlarında, karara olumlu oy vermemiş pay sahiplerinin dava hakkı bulunduğu düzenlenmiştir. Bu durumun sebebi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 706'ncı maddesinde iptali talebe yetkili olanlar hakkında her hangi bir sınırlama yapılmış olmasa da, dürüstlük kuralına dayalı olarak uygulamanın, karara katılanlara iptali talep hakkı tanınamasıdır<sup>37</sup>. Başka bir ifadeyle İsviçre sistemi (Art. 706 OR), iptali talep etmeyi pay sahibinin doğal bir hakkı kabul edip, herhangi bir sınırlamaya tabi tutmasa da; karar lehine oy kullanan pay sahiplerinin, kararın iptalini talep etmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu, öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir. Nasıl ki iptali talep edebilme pay sahibinin tabii bir hakkı ise, bu hakkı dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanması da o derece doğal karşılanmaktadır. Bu bakımdan İsviçre Birleşme Kanunu'nun 106'ncı maddesindeki düzenleme, İsviçre'deki genel iptal hükmünün tatbikiyle de uyumlu olup, sistemden bir sapma olarak nitelendirilemez. Türk hukukunda ise, karara olumlu oy vermemiş pay sahiplerinin iptali dava edebileceği aynen İsviçre hukukundaki gibi öngörülmekle birlikte, ilave bir koşula daha yer verilmiştir. Bu koşul, pay sahibinin olumlu oy vermediğini tutanağa geçirtmesidir (TTK<sup>2011</sup> m. 192/1). Sair ihtimaller bir tarafa bırakılacak olur ve hüküm lafzen yorumlanılır ise, bu koşulla birlikte, muhalefetini tutanağa geçirtmeyen, yani toplantıya katılmayan pay sahipleri iptali talep edemeyeceklerdir. Üstelik bu katılmama hali, şirketin riziko alanına giren bir nedenden ötürü gerçekleşmiş olsa bile netice değişmeyecektir. Dolayısıyla yapısal değişiklik kararlarının iptalini talep bakımından, mutlak aktif katılım esasından hareket edildiğini söylemek mümkündür<sup>38</sup>.

### **B. Görevden Alma Davası Bakımından**

Anonim şirketin dışarıdan bağımsız ve tarafsız denetçiler vasıtasıyla denetlenmesi esasını öngören 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, genel kurul çoğunluğu tarafından seçilen denetçinin, azlığın haklı sebeplere dayalı müdahalesiyle görevden alınabilmesine imkan sağlayan bir davaya yer vermiştir (bkz. TTK<sup>2011</sup> m. 399).

---

<sup>36</sup> Türk hukuku bakımından bu pay sahiplerinin dava hakkı bulunduğu hususunda çoğu yerine bkz. **Narbay/Kesici**, s. 110 vd.

<sup>37</sup> Bkz. FusG Art. 105 gerekçesi. BBl 2000 4489, özellikle dn. 175'de zikredilen karar

<sup>38</sup> Konu hakkında öğretilerdeki görüşler için bkz. **Narbay/Kesici**, s. 118



Bu davanın açılabilmesi için, yasada azlığın belirli nitelikleri taşımasına ilişkin bazı esaslara yer verildikten başka, azlığın genel kuruldaki seçim kararına muhalif kalması ve muhalefeti tutanağa geçirtmesi koşuluna yer verilmiştir (TTK<sup>2011</sup> m. 399/5).

Azlığın açık şekilde muhalefetinin varlığını gerektiren düzenleme, yukarıda incelenen yapısal değişiklik kararının iptalini talep hakkı verilen pay sahibi grubundan farklı bir gruba dava hakkı vermektedir. İsviçre hukukundan iktibas edilen yapısal değişik kararna ilişkin iptal talebi bakımından, karara katılmamış olan pay sahiplerine iptal hakkı tanınırken, görevden alma davasında açık şekilde karara muhalif kalan pay sahiplerinin dava açabileceği kabul edilmiştir. Bu son halde, karar lehine oy kullanmayan veya çekimser kalan pay sahiplerinin dava hakları bulunmamaktadır.

Her iki davayı açabilecek pay sahibi grubuna ilişkin yaklaşım farklılığının sebebi, denetlemeye ilişkin düzenlemede İsviçre hukukunun değil, Alman hukukunun esas alınmasıyla izah edilebilir. Nitekim Alman Ticaret Kanunu'nda da azlığın davayı açabilmesi için karara muhalif kalması koşuluna açıkça yer verilmiştir (Bkz. HGB § 318 III).

Türk hukukunda, işlem güvenliği prensibine göre şekillenen Alman kanununun esas alınması, görevden alma davası bakımından pay sahibinin sadece aktif muhalefeti halinde dava açabileceği prensibine yer vermektedir. Dolayısıyla ilgili madde lafzı itibariyle, bu koşulu ispat edemeyen, başka bir deyişle, şirketin riziko alanını ilgilendiren nedenlerle toplantıya katılmayan pay sahipleri, bu davayı açma hakkına sahip değildir.

### **C. Topluluk Hukukuna İlişkin Bazı Hakların Kullanımı Bakımından**

Pay sahibinin kendisine tanınan hakkı kullanabilmesi için muhalefet koşulunun arandığı bir diğer hal, kanunun şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri arasında yer almaktadır. TTK<sup>2011</sup> m. 202/2 uyarınca, yasada örnek kabilinden sayılan ve bağlı şirketi ilgilendiren birleşme, bölünme gibi işlemlerin gerçekleşmesi durumunda, pay sahibi bu önemli nitelikteki işlemlerden ötürü uğradığı zararın giderilmesini veya paylarının satın alınmasını hakim teşebbüsten talep edebilecektir. Ancak pay sahibinin bahsi geçen talep haklarını kullanılabilmesi için, ilgili genel kurul toplantısında alınan karara red oyu verip, bunu tutanağa geçirtmesi gerekmektedir (TTK<sup>2011</sup> m. 202/2).

TTK<sup>2011</sup> m. 202’de mehaz Alman hukukunda yer almayan bir dava hakkına yer verilmiştir. Başka bir ifadeyle herhangi bir mehaza dayalı olmaksızın, pay sahibine özgün bir dava hakkı bahşedilmektedir. Yasada bu hakkın kullanımı bakımından, açık şekilde pay sahibinin karara aktif menfi katılımı esas alınmış, toplantıya katılmayan pay sahiplerine, ki bu durum şirketin riziko alanına giren bir nedenden kaynaklanmış olsa bile, talep hakkı verilmemiştir.

#### **D. Münferit Davalarda Aranan Muhalefet Koşuluna İlişkin Genel Değerlendirme**

Yukarıda örnek olarak incelenen müstakil haller bir arada değerlendirildiğinde, kanun koyucunun farklı sistemleri benimseyen mehaz kanunlardan hareket etsin ya da etmesin, pay sahibinin karara katılmamasını, çoğu durumda olumsuz oy vermesini ve bunu toplantı tutanağına geçirtmesini, ilgili hakkın kullanımı bakımından bir koşul olarak aradığı anlaşılmaktadır.

Belirtilen hallerin tamamında, toplantıya katılmayan pay sahiplerine dava hakkı tanınmamıştır. Öyle ki, bu katılmama hali şirketin riziko alanına giren çağrı veya gündem ilanı gibi bir aksaklıktan kaynaklanmış olsa bile, toplantıya katılmayan pay sahibinin dava hakkı bulunmamaktadır. TTK<sup>2011</sup> m. 446 hükmü nazara alındığında, kanun koyucunun bu tarz ihtimalleri gözden kaçırdığı söylenemez; aynı kanunda yer alan bir maddede (m. 446), belirtilen aksaklıklar açık şekilde dikkate alınmıştır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla bilinçli bir sistem tercihi bulunmamakla birlikte, bahsi geçen münferit davalar bakımından müşterek bir yaklaşım etkili olmuştur; dava hakkı aktif katılımı bulunan pay sahibine aittir ve katılmama hali pay sahibinin riziko alanında kalmaktadır. Bu yaklaşım, Alman hukukunun işlem güvenliği sistemini esas alması nedeniyle, sistematik açıdan bu isim altında sınıflandırılmalıdır. Ancak Alman sisteminden daha güçlü şekilde pay sahibi menfaatlerini işlem güvenliği uğruna ihlal ettiğinden, “güçlendirilmiş” ya da “mutlak işlem güvenliği sistemi” alt başlığıyla tasnif edilmesi daha isabetli olacaktır. Netice olarak Alman sistemi, nispi; Türk sistemi mutlak işlem güvenliği sistemi adlarıyla, işlem güvenliği sisteminin alt gruplarını oluşturmaktadır.

Korunmak istenilen menfaat nazara alındığında, lafza dayalı olarak yukarıda yapılan yoruma iştirak etmek mümkün görülmemektedir. Zira lafzi yorum, şirketin riziko alanını ilgilendiren hususlardan, pay

sahiplerini sorumlu tutmak gibi çelişkili bir sonucu gündeme getirmektedir. Fakat yasa lafzının açık olduğu durumlarda, gayi yorum adı altında yasa lafzının değiştirilmesi, hem öğretinin yorum, hem yargının subsumsiyon faaliyetinin sınırlarını aşmaktadır. Sorunun, gayi yorumla olmasa da, başka yorum teknikleri<sup>39</sup> sayesinde, sınırlı da olsa çözümlenebilmesi, ihtimal dahilindedir. Olması gereken hukuk bakımından ise, muhalefet şartının arandığı diğer düzenlemelerde, şirketin riziko alanını ilgilendiren hususların, pay sahiplerinin haklarını kısıtlayan etkisinin yasa değişikliği marifetiyle giderilmesi gerekmektedir.

## SONUÇ

Muhalefet şartı, bazı pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından yasanın varlığını aradığı, pay sahibi açısından *külfet* niteliği taşıyan dava şartıdır. Şartın yerine getirilmemesi, maddi hukuk açısından “kanuna (esas sözleşmeye-dürüstlük kuralına) aykırılık” kavramını *nispileştirmekte*; kanuna aykırı hukuki sonuç himaye edilmektedir.

Genel kurul kararlarının iptalini talep bakımından bu şart, bazen *aktif muhalefette* bulunulması suretiyle, bazen de aktif muhalefet bulunmaksızın bir *muhalefet varsayımına* (pasif muhalefet) dayalı olarak gerçekleşebilir. Pasif muhalefet şartı bakımından kusur prensibi değil, *riziko alanı prensibi* benimsenmiştir; yani yasada şirketin riziko alanına giren bazı hallerin gerçekleşmiş olması, muhalefetin yapıldığını varsaymak için yeterlidir.

Aktif ya da pasif muhalefet şartının dogmatik kaynağını, çelişkili davranma yasağı (dürüstlük kuralı) değil, *affectio societatis* oluşturmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu’nun şirketler hukukuna ilişkin düzenlemelerine büyük ölçüde mehzaz teşkil eden Alman ve İsviçre hukuklarında, genel kurul kararlarının pay sahipleri tarafından iptalinin talep edilebilmesi bakımından iki ayrı sistem benimsenmektedir. Bunlar sırasıyla “*sınırlama sistemi*” ve “*tabii sistem*” olarak isimlendirilebilir. Tabii sistem, pay sahibinin genel kurul kararının iptalini talep hakkının

<sup>39</sup> Bu çalışmada muhalefet şartı bakımından kanunumuzun çeşitli hükümleri tetkik edilerek, hükümler arasında sistematik açıdan amaç bütünlüğünün bulunup bulunmadığının tespiti de hedeflendiğinden, başkaca teknikler çerçevesinde yapılabilecek yorumlar, hem kapsamı oldukça genişletecek hem de sistem tespitine yönelik hedefi gölgede bırakabileceğinden, çalışma kapsamına dahil edilmemiştir.

varlığını doğal olarak kabul etmekte ve pozitif hukukta bu konuyla ilgili bir sınırlamaya yer vermemektedir. Alman sınırlama sistemi ise, daha ziyade işlem güvenliğini esas almakta ve pay sahibinin iptali talep hakkını bazı koşullara bağlamak suretiyle sınırlandırmaktadır.

Türk hukukunda iptal davası bakımından tarihi gelişim süreci içerisinde, Alman sınırlama sistemi esas alınmak suretiyle düzenleme yapma yolu tercih edilmiştir. Fakat özellikle 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu döneminde, gerek bilimsel ve yargısal içtihatlarda mehz Alman sistemiyle uyumlu olmayan bir yaklaşımın hakim olması, gerekse İsviçre hukukundan Türk hukukuna aktarılan ve “etkililik koşulunu” içeren özel bir iptal sebebi (TTK<sup>1956</sup> m. 361), yürürlükteki kanunun şekillendirilmesinde büyük rol oynamıştır.

Yürürlükteki kanun, pay sahibinin genel kurul kararlarının iptalini talep yetkisi bakımından Alman sınırlama sistemini esas almakla birlikte, özellikle çağrı ve gündemin ilanındaki aksaklık gibi yasada zikredilen ve şirketin riziko alanına giren hallerin mevcut olması durumunda (TTK<sup>2011</sup> m. 446/1,b), iki ayrı anlama gelecek şekilde yorumlamaya müsaittir. Yapılacak bir yoruma göre, bu aksaklıklar iptali talep açısından yeterli olmayıp, aksaklığın aynı zamanda kararın alınmasına etkili olması gerekir. Bu durumda kanun koyucu aslında dava şartını değil, özel bir iptal sebebini düzenlemiş olduğundan, aksaklıklar nedeniyle toplantıya katılamayan pay sahiplerine, kanunun dava hakkı vermediği sonucuna ulaşılabilecektir. Maddenin başka bir şekilde yorumlanması durumunda, özel bir iptal sebebini dava şartları arasında düzenlendiği yine kabul edilmekle birlikte, en azından yasada zikredilen aksaklıkların bulunması durumunda, pay sahibinin toplantıya katılamasa da iptali talep edebileceği sonucuna ulaşılmaktadır ki, bu yorum tarzı menfaatler dengesinin sağlanması bakımından daha isabetlidir.

Bahsedilen yoruma ilişkin bu sorun dışında, belirtilen aksaklıkların bulunması durumunda, pay sahibi toplantıya katılsın ya da katılmasın, olumsuz oy kullansın ya da kullanmasın, iptalin talep edilebileceği yasada öngörülmüştür (TTK<sup>2011</sup> m. 446/1,b). Bu düzenleme esas aldığı Alman sistemiyle değil, esas almadığı İsviçre sistemiyle uyumludur; yani aksaklıkların bulunması durumunda tabii sisteme dönülmektedir. Alman hukukunda, aksaklıkların toplantıya veya karara katılmayı engellemesi durumunda, karara muhalefetin gerçekleşmiş sayılacağı varsayımından hareket edilmektedir. Aksaklıklara rağmen toplantıya katılım gerçekleşmişse, iptali talep edebilmek için muhalefet şarttır. Çünkü

aksaklık, toplantıya-karara katılımı fiilen engelleyememiş, aksaklıkla toplantıya katılamama hali arasındaki illiyet ilişkisi doğmamıştır. Türk hukukunda ise, aksaklıklara rağmen toplantıya katılan pay sahibinin iptali talep edebilmesi bakımından, muhalefeti aranmamaktadır. Etkililik koşuluyla birlikte değerlendirildiğinde, muhalefetin aranmaması doğal karşılanabilir. Ancak yukarıda ifade etmeye çalışıldığı üzere, aksaklık ve etkililik koşulunun birlikte aranması, pay sahibi haklarını ciddi şekilde ihlal edecektir. Makul bir gerekçesi bulunmamasına rağmen, aksaklık halinde tabii sisteme dönüş yapılmakta ise, artık yasada katı muhalefet şartının neden arandığı sorgulanır hale gelecektir.

Yasada diğer bazı pay sahipliği haklarının kullanımında aranan muhalefet şartı bakımından ise (bkz. TTK<sup>2011</sup> m. 192, 202, 399), pasif muhalefete (muhalefet varsayımına) yer verilmediği tespit edilmektedir. Yani, bahsi geçen hükümlerde yer alan haklardan istifade edebilmek için mutlak surette toplantıya katılım ve karara muhalefet koşulunun yerine getirilmesi gerekmektedir. Yasa lafzı itibarıyla, şirketin riziko alanına giren aksaklıklardan ötürü pay sahibinin toplantıya katılması mümkün olmasa bile, ilgili pay sahipliği haklarını kullanamayacaktır. Belirtilen düzenlemelerde pasif muhalefet koşulunun kaldırılmış olması, kanun koyucunun meseleye sistematik açıdan yaklaşımı açısından bir hareket noktası olarak mütalaa edilebilir. Başka bir deyişle, yasanın sistematik yorumundan, muhalefet koşulunun arandığı hallerde, pasif muhalefetin dava hakkını doğurmadığı sonucu çıkmaktadır. Sistematik yorum çerçevesinde, bu yaklaşımın genel kurul kararının iptali bakımından da geçerli olduğu şeklinde bir sonuca varılabilir. Bu durumda TTK m. 446'da zikredilen ve şirketin riziko alanını ilgilendiren çağrı usulsüzlüğü gibi sebeplerin yanında, etkililik koşulunun birlikte aranması gerektiği yönünde bir düşünce hasıl olabilir. Ancak bu sonuç, pay sahibi haklarını makul bir dayanak bulunmadan ölçsüz şekilde sınırlandırdığından, hukuki açıdan himayesi mümkün görülmemektedir.

Olması gereken hukuk bakımından, iptal davasına ilişkin düzenlemede, şirketin riziko alanını ilgilendiren hususlara rağmen toplantıya katılmış olan pay sahibi açısından muhalefet şartının korunmasına ve etkililik şartının kaldırılmasına; muhalefet şartının arandığı diğer düzenlemelerde ise şirketin riziko alanını ilgilendiren hususların, pay sahiplerinin haklarını kısıtlayan etkisinin bertarafına yönelik yasa değişikliği yapılması isabetli olacaktır. Olası bir değişiklikte, İsviçre tabii sisteminin tercih edilmesi ise, pay sahipliği haklarının daha güçlü şekilde korunmasını sağlayacaktır.



# J. J. ROUSSEAU VE EGEMENLİK ANLAYIŞI ÜZERİNE

## ON J. J. ROUSSEAU AND HIS PERCEPTION OF SOVEREIGNTY

DOI: 10.21492/inuhfd.336067

**Salim IŞIK\***

### Özet

Bu çalışmada; fikirleriyle Fransız Devriminin, buna paralel olarak da Aydınlanma Çağı Avrupa'sında demokrasinin olgunlaşmasını sağlayan ve 18. yüzyılın en önemli siyaset teorisyenlerinden biri olan Jean-Jacques Rousseau (D. 1712 – Ö. 1778) ve onun egemenliğe ilişkin görüşleri genel hatlarıyla incelenmektedir. Bu perspektifte öncelikle, devletin insan yapımı bir sözleşme neticesinde oluştuğunu insan doğasından yola çıkarak temellendiren toplumsal sözleşme teorisinin en önemli temsilcilerinden biri olan Jean-Jacques Rousseau'nun, kimliğine ve eserlerine kısa bir bakış sunulacaktır. Ardından, kendisinin egemenlik anlayışının temellerini oluşturan “tabiat hali”, “toplum sözleşmesi” ve “genel irade” kavramlarının anlamı ortaya konulacaktır. Çalışmamızın hedefi, Jean-Jacques Rousseau'nun genel irade tanımlamasının, mutlak çoğunluğun iradesine üstünlük tanıdığı şeklindeki okumaların “eksik” olduğu tezini vurgulamaktır. Aslında Jean-Jacques Rousseau'ya göre, bir iradeyi “genel” yapan oyların sayısından ziyade, iradenin toplumu birleştiren “ortak çıkarlar” ve “kamu yararı”na yönelik olmasıdır. Son tahlilde, Jean-Jacques Rousseau'nun egemenlik anlayışına yöneltilen eleştiriler ile onun egemenlik anlayışının günümüze yansımaları mercek altına alınacaktır. Jean-Jacques Rousseau'nun fikirlerinin, demokrasi teorisi üzerindeki etkilerini, bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da sürdüreceği kuşkusuzdur.

**Anahtar Kelimeler:** J. J. Rousseau, egemenlik, tabiat hali, toplum sözleşmesi, genel irade

### Abstract

In this study, Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), one of the most important political theoreticians of the 18th century, whose ideas on the domination of the French Revolution and the democratization of Europe in the Age of Enlightenment and his perception of sovereignty will be examined with broad strokes. In this perspective, a brief overview on the identity and oeuvre of Jean-Jacques Rousseau, who is one of the most important theoretician of the social contract theory which argues that the state exists as a result of a human-made contract based on the human nature, will be introduced. Then Jean-Jacques Rousseau's sense of sovereignty will be demonstrated by the concepts of

---

\* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD, [salim@ankara.edu.tr](mailto:salim@ankara.edu.tr),

"state of nature", "social contract" and "general will" which form the basis of his perception of sovereignty. The main purpose of our study is to stress the thesis claiming the readings on description of Jean-Jacques Rousseau's general will, which is characterized as the will of absolute majority, are deficient. According to Jean-Jacques Rousseau, what makes a will called as "general" is to aim the common interests and the common goods rather than caring the number of votes. In the final analysis, criticisms raised against Jean-Jacques Rousseau's perception of sovereignty and extant repercussions of his perception of sovereignty will be held under the scope. Jean-Jacques Rousseau's ideas, will absolutely continue to have their repercussions on the theory of democracy as they used to be.

**Keywords:** J. J. Rousseau, sovereignty, state of nature, social contract, general will

## GİRİŞ

"Neden Rousseau?" sorusu sorulduğunda, öncelikle Rousseau'nun, 1789 Fransız Devrimi'nin ve devrimle birlikte tüm Avrupa'ya yayılan "demokrasi" anlayışının temellerinde yatan fikirlerin çıkış noktasını oluşturması, akla gelen ilk gerekçelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>1</sup>.

Paul Janet'in de belirttiği üzere, tarih boyunca Rousseau kadar, hakkında olumlu veya olumsuz söz söylenen düşünürlerin sayısının çok olmaması ve demokratik gelişmelerle ilgilenen yazarların Rousseau'ya çağdaşlarına nazaran daha çok önem atfetmiş olması<sup>2</sup> yukarıdaki sorunun gerekliliğini daha net hale getirmektedir.

Jean Bodin ile başlayıp Thomas Hobbes'a uzanan egemenliğin gelişim serüveni Rousseau ile farklı bir boyut kazanmıştır. Rousseau, Hobbes'ten farklı olarak kaynağını halktan alan egemenliği mutlak monarşiden ayırarak demokratik bir temele oturtmuş yani egemenliği yine halkla özdeşleştirmiştir<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Rousseau demokrasi kuramına, Hobbes'in mutlakçılığı ile Locke'nin doğal hukuk görüşlerini birleştirerek ulaşmıştır. Onun öngördüğü egemenlik ve demokrasi modeli, kendine özgü olduğundan pek çok açıdan kendinden sonraki düşünürleri etkilemiş ve siyasal düşünceler tarihinde önemli bir yer edinmiştir. Bkz. HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 38.

<sup>2</sup> ERDİNÇ, Tahsin: "Jean-Jacques Rousseau, Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 40, Sayı 1 – 4, İstanbul 1974, s. 295.

<sup>3</sup> AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: Ulus- Devlet ya da Halkın Egemenliği, İmge Kitabevi, Ankara 2006, s. 9.



Günümüz demokrasilerini dahi şekillendiren prensipleri doğrultusunda Rousseau'nun egemenlik anlayışını ve bu anlayışa yöneltmiş olan eleştirileri incelemeden önce konunun zihinlerde somutlaşabilmesi için Rousseau'nun yaşadığı döneme ve Rousseau'yu Rousseau yapan dinamiklere kısaca değinilecektir.

## 1. J.J ROUSSEAU'NUN YAŞAMINA GENEL BİR BAKIŞ

Fransız bir aileye mensup olan J.J Rousseau, 1712 yılında Cenevre'de doğmuştur. 16. yüzyılda Fransa'daki zulümden kaçan Kalvenist Protestanların sığınağı olması yönüyle Cenevre, kültür seviyesi yüksek ve doğrudan demokrasiyle idare edilen bir İsviçre kentidir<sup>4</sup>. Doğrudan demokrasi anlayışı gereği, toplum bütün yurttaşların katıldığı bir genel kurul tarafından yönetildiğinden vatandaşlık hakkının da elde edilmesi oldukça güçtü. Rousseau'nun da ailesi böyle zor bir süreçten geçmiştir<sup>5</sup>.

Bu kentin doğrudan demokrasi ile yönetiliyor olması, daha sonraları Rousseau'nun bu demokrasiyi, “*yirmi beş kişilik bir heyetin demokrasisi*” olarak tanımlamasına rağmen, onun doğrudan demokrasi hakkındaki olumlu görüşlerinin şekillenmesinde son derece etkili olmuştur<sup>6</sup>.

İsviçre'de doğmasına rağmen Fransız kültürüyle yetişmiş olan Rousseau küçük yaşta hayata atılmıştır. Ciddi bir eğitim almamış olan Rousseau önce babasının yanında Fransız ve Yunan edebiyatını tanımış Cenevre'den ayrıldıktan sonra Protestan bir papazın yanında eğitimini tamamlamıştır. Daha sonraları yanına yerleşmiş olduğu madam Warens'in etkisiyle Katolik olup sonra tekrar Protestanlığa dönmüştür<sup>7</sup>.

Rousseau Cenevre'den ayrıldıktan sonra geçen 16 yılda hemen hemen her türden meslekle uğraşmıştır. Fransa'nın Venedik elçiliğinde 18 ay sekreterlik yapmış bu esnada siyasi problemlere ilgi duymaya başlamıştır. Bir süre Diderot ve ekibiyle çalışmış, müzik üzerine yazılarıyla ansiklopedilere katkılarda bulunmuş, fakat görüş ayrılıkları<sup>8</sup> yüzünden ansiklopedi yazarlığından ayrılmıştır<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> ERDİNÇ, s. 299.

<sup>5</sup> AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin: Genel Kamu Hukuku, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 118.

<sup>6</sup> ERDİNÇ, s. 300.

<sup>7</sup> AĞAOĞULLARI, s. 10.

<sup>8</sup> Mevcut siyasi, sosyal ve hukuki düzenin halk işe karıştırılmadan ıslah edilebileceğine inanan ansiklopedistlerin aksine Rousseau eşitsizlik üzerine kurulu bu düzenin ıslah

Rousseau kararsız hayatı ve belli bir disiplin altında geçmemiş eğitimine rağmen bir takım eserleri okuyarak kendini geliştirmiştir<sup>10</sup>. Dijon akademisinin açtığı “Bilimler ve sanatların gelişmesi ahlakın bozulmasına mı, yoksa arınmasına mı hizmet etmiştir?” konulu yarışmaya yazdığı ilk eser olan “Bilimler ve Sanatlar Üzerine Söylev” ile katılıp birincilik ödülünü kazanmıştır<sup>11</sup>.

Şöhreti Fransa dışına yayılan yalnız uzun zamandır yakalamak istediği bu şöhrete yüz çeviren Rousseau daha sonra yine aynı akademinin düzenlediği bir yarışmaya “İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kaynağı”<sup>12</sup> adlı eseriyle katılmış, ödül kazanamamasına rağmen eseri büyük yankı uyandırmıştır<sup>13</sup>.

Rousseau’nun hayatının en çok satan eseri olan ve yıkılacak aristokrat aile modelinin yerine geçecek yeni aile modelini konu aldığı, “Julie ya da Yeni Heloise” adlı romantik romanı yayınlamıştır. Elli yaşına geldiğinde en ünlü yapıtı olan, devleti meydana getiren sosyal mukavele ile devrimden sonra kurulmasını hayal ettiği demokratik siyasal sistemi konu aldığı, “Toplum Sözleşmesi”<sup>14</sup> adlı eseriyle birlikte dünyayı alt üst eden görüşlerini topluma açıklamış ve bu görüşlerinden ötürü mahkûm edilmiştir<sup>15</sup>.

Daha sonra demokratik siyasi hayata vatandaşların hazırlanması için bir eğitim planı öngören, pedagojik bir kitap olmasının yanısıra

---

edilemeyeceğini ancak bir devrimin gerekli olduğunu savunmuştur. Bkz. ERDİNÇ, s. 298.

<sup>9</sup> ERDİNÇ, s. 300; Rousseau, bir aralar müzikle çok yoğun olarak ilgilenmiş ancak ilk denemesi hüsrarla sonuçlanmıştır. Bu olay ona geniş bir çevre kazandırmış ansiklopedistlerle tanışma fırsatı yakalamıştır. AĞAOĞULLARI, s. 11-12.

<sup>10</sup> AKIN, İlhan: Devlet Doktrinleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1962, s. 159. Rousseau’nun fikirlerinin oluşması üzerinde; Aristo, Platon, Grotius, Puffendorf, Burlamaqui gibi filozofların eserlerini okumuş olması etkili olmuştur. Rousseau, ayrıca kendinden önce gelen toplum sözleşmecileri olan Hobbes ve Locke’yi de okumuştur. Rousseau bunların yanı sıra kendisiyle aynı çağda yaşamış olan Diderot, Montesquieu ve can düşmanı olarak gördüğü Voltaire’in eserlerini de okumuştur. ERDİNÇ, s. 302.

<sup>11</sup> AKAD, s. 118; AĞAOĞULLARI, s. 12; AKIN, s. 159.

<sup>12</sup> Bkz. ROUSSEAU, Jean J.: İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, çev. R. Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul 2004.

<sup>13</sup> AĞAOĞULLARI, s. 13.

<sup>14</sup> Bkz. ROUSSEAU, Jean J.: Toplum Sözleşmesi, çev. Vedat Günyol, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2006; ROUSSEAU, Jean J.: Toplum Sözleşmesi ya da Siyasi Hukuk İlkeleri, çev. M. Tahsin Yalım, Devim Yayınları, İstanbul 2004.

<sup>15</sup> AĞAOĞULLARI, s. 14.

Rousseau'nun dine ilişkin görüşlerine de yer veren "Emile"<sup>16</sup> adlı eseri yayınlanmıştır. "Emile" yüzünden de mahkûm edilen Rousseau birçok şehir değiştirmiş hatta en son Fransa'ya geri döndüğünde adını değiştirerek yaşamak zorunda kalmıştır. Ölümünden önce yayınlanan son kitabı ve yaşamına ilişkin bir otokritik niteliği taşıyan "İtiraf"da Rousseau; yaşamındaki bazı yanlışlar ile yaşamının dönüm noktaları ve fikirlerine dair bir takım önemli tespitlerde bulunmuştur. Rousseau, ölümünden sonra yayınlanacak olan "Rousseau, Jean-Jacques'i Yargılıyor" ve "Yalnız Gezen Adamın Düşleri" adlı iki eserini geride bırakarak 1778 yılında yalnız ve yoksul bir biçimde yaşama veda etmiştir<sup>17</sup>.

Rousseau'nun eserlerinin gerek çağdaşları<sup>18</sup> gerekse diğer toplum sözleşmecilerinin eserlerinden ayrılan en önemli yönü, halk diliyle kaleme alınmış olmasıdır. Eserlerinde benimsediği iddialı ve çarpıcı üslubu, Rousseau'yu eserlerini halk diliyle yazmış olan diğer filozoflardan ayıran diğer bir önemli yönüdür<sup>19</sup>.

Devrim öncesi Fransa'sında; "*Devlet benden ibarettir*"<sup>20</sup> anlayışıyla hareket eden bir krallık yönetimi ve krallığa destek konumunda olan toprak sahibi kilise, her türlü haktan yoksun halk, feodalite rejiminin erimesine rağmen hala geniş toprakları elinde bulunduran aristokratlar ve bu topraklarda kimin için çalıştığını bilmeyen "köle" durumundaki köylüler bulunmaktaydı. Diğer taraftan, Fransa bütçelerinde mali durumun bozulması sebebiyle Krallık hazinesinin borçları dahi sırtından karşılanacak olan orta burjuvazinin kararsız ve gelecek için programsız olduğu bir noktada, burjuva sınıfına bir ideoloji vermesi ve bu sınıfı devrime kanalize etmesi de Rousseau'yu diğer filozoflardan ayıran önemli bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Bkz. ROUSSEAU, Jean. J.: Emile ya da Eğitim Üzerine, çev. Yaşar Avunç, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2009.; ROUSSEAU, Jean. J.: Emile ya da Çocuk Eğitimi Üzerine, çev. Mehmet Baştürk, Selis Yayınları, İstanbul 2003.

<sup>17</sup> ERDİNÇ, s.303; AĞAOĞULLARI, s. 15-16; AKAD, s. 119.

<sup>18</sup> Rousseau'nun çağdaşı olan ansiklopedistlerden ayrılan yönleri için Bkz. Dipnot 8.

<sup>19</sup> Rousseau'nun eserlerinin halk dili ile yazılmış olması, görüşlerinin halka aktarılmasını, eserlerini Latince yazmış olan Locke ve Hobbes'a göre daha elverişli kılmaktadır. ERDİNÇ, s. 297.

<sup>20</sup> OKANDAN, Recai Galip: Umumi Amme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966, s. 272.

<sup>21</sup> ERDİNÇ, s. 298, 301.

Özetle Rousseau, köklü felsefi temelleri olan “doğal hukuk” ve “toplum sözleşmesi” gibi kavramları halka mal etmiş ve bu kavramların siyasal hayatta gerçekleştirilmesi için mücadele vermiştir<sup>22</sup>. Bu nedenle fikirleri geniş kitleleri etkileyebilmiş ve Fransa’yı kısa sürede devrime sürüklemiştir.

## 2. J.J. ROUSSEAU’NUN EGEMENLİK ANLAYIŞI

### A. Rousseau’da Egemenliğin Gelişim Serüveni (Tabiat Hali, Doğal İnsan, Toplum Sözleşmesi ve Genel İrade)

Rousseau “İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı” adlı eserinde “tabiat hali” bahsini detaylı bir şekilde incelemiştir<sup>23</sup>. Rousseau, tıpkı Hobbes ve Locke gibi insanın tabiat halinden geldiğini varsaymıştır. Ancak onun düşüncesinde “doğal insan”, ne tam bir kargaşa ne de tam bir huzur ortamından gelmiştir. Ona göre doğal insanın görünümü; *“ne Hobbes’in sandığı gibi bir kurt, ne de Locke’nin umduğu gibi bir kuzudur. Her şeyden önce mutlu bir insan...”* şeklindedir<sup>24</sup>. İnsan, tabiat halinde istekleri sınırlı ve sorunları yok denilecek kadar az olduğundan dolayı mutludur. *“Meşe ağacının altında karnını doyuran, ağacın dibini kendine yatak olarak seçen, rastladığı ilk ırmakta susuzluğunu gideren mutlu insan”*ın<sup>25</sup> dolayısıyla başkalarına ve topluma ihtiyacı olmayacaktır. Toplumun teşekkül etmediği bir noktada insanların birbirlerine karşı görev ve sorumluluklarından bahsedilemeyeceğinden, iyi-kötü, adaletli-adaletsiz gibi ahlaka ilişkin kavramlar da söz konusu olamayacaktır<sup>26</sup>.

Bu durumda insanların her bakımdan eşit olduğu, hür ve her türlü baskıdan uzak olduğu, herkesin her şey üzerinde sınırsız haklara sahip olduğu “Altın Çağ” olarak adlandırılan bir dünya cenneti oluşmaktadır. Ancak “Altın Çağ”ın “doğal insan”ı toprağı ve madenleri işlemeye başlayıp keşif ve icatlar yapınca iyi-kötü ve özel mülkiyet kavramları ortaya çıkacak, mutluluk hali olan “tabiat hali” sona erecek, hürriyet ve

---

<sup>22</sup> ERDİNÇ, s. 298.

<sup>23</sup> Ayrıca Rousseau, doğal vahşi insandan ve doğallığını yitirmemiş ilkel topluluklardan klasik bir ütopya değil, fakat kuramsal inceleme yapıtları olan her iki Söylev’inde de övgüyle söz etmektedir. AĞAOĞULLARI, M. Ali: “Fransız Devrimi Ütopyalari”, Bilim ve Ütopya, Sayı 198, Aralık 2010, s. 24.

<sup>24</sup> AKIN, s. 160; AKAD, s. 119.

<sup>25</sup> AKIN, s. 161.

<sup>26</sup> ŞENEL, Alaeddin: Siyasal Düşünceler Tarihi, 11. Kısaltılmış Bası, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2004, s. 359; AKAD, s. 119-120.

eşitliğin olmadığı, zulmün anarşinin boy gösterdiği, mülkiyet hırsıyla bezenmiş bir toplum modeli olarak “*medeni toplum*” ortaya çıkacaktır<sup>27</sup>.

Rousseau, doğal eşitlik durumundan eşitsizlik durumuna geçişin koşullarını, eşitsizliğin kökleşmesinin ve kurumsallaşmasının nedenlerini araştırır ve iki neden ortaya koyar: “işbölümü” ve “mülkiyet”. Rousseau’cu bakış açısında, mülkiyet ve işbölümü üzerinden efendi köle ayrışması gündeme geldiğinde sivil toplumun gerekliliği de burada ortaya çıkmaktadır. Ancak bu, olumsuz anlamda bir sivil toplumdur. Çünkü bu şekilde eşitsizlik kurumsallaşmış ve geri döndürülemez bir olgu biçimini almıştır.<sup>28</sup> Bu noktada, tabiat halinden medeni topluma geçişi Rousseau; “*bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip ‘bu bana aittir’ diyebilen, buna inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk insan, uygar toplumun gerçek kurucusu olmuştur*” şeklinde özetlemektedir<sup>29</sup>.

Rousseau, kendisinden önce bu konuda fikir beyan etmiş filozoflar gibi tabiat haline tarihsel bir gerçeklik yükleme çabası içerisinde olmamış, hatta doğal insanı uygar insanın bir takım niteliklerinden yola çıkarak tanımlayan Grotius, Hobbes ve Locke gibi düşünürleri “*vahşi insandan söz etmişler ancak uygar insanı anlatmışlardır*” diyerek eleştirmiştir<sup>30</sup>. Rousseau ilkel toplumu, “*insanların birbirini sömürmediği, eşitsizliğin ve ahlaksızlığın olmadığı bir özgürlük toplumu*”<sup>31</sup> şeklinde tarif edip mitleştirmiştir. Ancak Rousseau’nun tarif etmiş olduğu ilkel toplumun, kendi kafasında yaratmış olduğu bir varsayımdan ibaret olduğu görülmektedir. Bu düşünce modeli onun uygar toplumda yapılacak reformlara ilişkin fikirlerinin şekillenmesi üzerinde önemli bir yer tutmaktadır<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> ERDİNÇ, s. 304.

<sup>28</sup> ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 14.

<sup>29</sup> GÖZLER, Kemal: Devletin Genel Teorisi, Ekin Kitabevi, Bursa 2007, s. 39, Dipnot 32.

<sup>30</sup> AĞAOĞULLARI, s. 35. “*Toplumun temellerini incelemiş olan filozoflar hep doğa haline kadar gitmek gereğini duymuş, ama hiçbiri oraya ulaşamamıştır... hepsi de gereksinme, açgözlülük, baskı, istek ve gururdan aralıksız söz ederken toplumdan edinmiş oldukları fikirleri uygarlık öncesi doğa haline aktarmışlardır; vahşi insandan söz açmışlar, fakat uygar insanı anlatmışlardır.*” ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, s. 84.

<sup>31</sup> Rousseau ahlak değerlerini devletin hedefi olarak değerlendirmiş. Özgürlüğün gerçekleştirilip güvence altına alınmasını da devletin görevi olarak addetmiştir. Bkz. DOEHRING, Karl: Genel Devlet Kuramı, çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Yayıncılık, Ankara 2002, s. 101.

<sup>32</sup> ŞENEL, s. 358.

Tabii yaşama dönüşün artık mümkün olmadığını düşünen Rousseau, insanların düştükleri söz konusu felaket durumundan bir sosyal sözleşme ile kurtulacağını savunmaktadır. Dolayısıyla Rousseau, zulmün, kargaşanın ve istismarın hüküm sürdüğü bu felaket ortamından toplumsal sözleşme ile kurtulma noktasında diğer bir toplum sözleşmecisi olan Hobbes ile birleşmekte fakat Locke'den ayrılmaktadır<sup>33</sup>.

Rousseau'ya göre toplum sözleşmesi, toplumdaki tüm bireylerin bir araya gelmesi ile ortak bir kuvvetin oluşmasını, oluşan bu ortak kuvvetin herkesin can ve malını himaye altına almasını ve bu sayede *-herkesin yine kendi iradesine itaat etmiş olduğundan hareketle-* eskiden ne derece özgür ise yine aynı derecede özgür kalmasını öngörmektedir<sup>34</sup>. Bu özgürlük ortamının sağlanmasının yolu toplumu oluşturan bireylerin her birinin bütün haklarıyla birlikte kendini topluma bırakmasıdır. Böylelikle durum herkes için eşit olacağından hiç kimse bu durumu başkalarının menfaatine kullanamayacaktır<sup>35</sup>. Yani *“herkes her şeyini verdiği için aslında hiç kimse bir diğerine göre hiçbir şey vermemiş”* olacaktır<sup>36</sup>. Bu sözleşmeyle devleti meydana getiren insanlar, iradelerini birleştirirken feragat ettikleri hak ve hürriyetlerini, devletten *“medeni haklar”* olarak geri alacaklardır<sup>37</sup>.

Görüldüğü üzere toplum sözleşmesi, meşruiyetini bireylerin müşterek iradelerine, rıza ve muvafakatine borçludur. Bunun karşılığında meşruiyetini onayladığı otoriteye itaat ve yasaklarına tabi olmak birey için görev haline gelmektedir<sup>38</sup>. Rousseau'nun tasvirlerinde de toplum sözleşmesi, bireylerin devlet otoritesine görüş birliği (consensus)<sup>39</sup> ile razı olduğunu ifade eden mantıksal, zımni<sup>40</sup> ve farazi bir işlemdir<sup>41</sup>.

<sup>33</sup> BULUT, Nihat: Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 94; ERDİNÇ, s. 304.

<sup>34</sup> OKANDAN, Recai Galip: “J.J Rousseau'nun Devlet Hakkındaki Görüşleri”, Ord. Prof. Dr. A. Samim Gönensay Armağanı, İstanbul 1955, s. 110. Ayrıca Bkz. Dipnot 62.

<sup>35</sup> BULUT, s. 95; AKAD, s. 121.

<sup>36</sup> ÖZER, Attila: Anayasa Hukuku, Geliştirilmiş 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 39.

<sup>37</sup> ERDİNÇ, s. 305.

<sup>38</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, Meltem: Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 50; AKIN, s.162-163.

<sup>39</sup> Bkz. KAPANİ, Münici: Politika Bilimine Giriş, 18.Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara 2006, s. 94. Sivil toplumun kuruluşu zorunlu ve geri dönüşü olmayan bir niteliğe sahipse bu yapılanmayı haklılık zeminine oturtmak gerekmektedir. Toplumsal sözleşme burada devreye girer. Bu anlamda kurulacak olan sivil toplum, tüm bireylerin iradelerinin ortaklaşması temelinde genel bir consensus üzerinden olanaklı hale gelir. Toplumsal sözleşmeyle birlikte bireysel iradeler

Söz konusu görüş birliği ile kurulmuş olan toplum sözleşmesinin doğal ve pratik bir sonucu olarak tüm yurttaşlar, haklarını toplumu yönetecek olan “genel irade”ye devretmektedirler<sup>42</sup>. Genel irade, özel iradelerin tek tek toplamı değil fakat sentezi mahiyetinde olup, bireylerin iradelerine üstün bir topluluk iradesini temsil eder<sup>43</sup>.

Dolayısıyla herkesin özel iradesinin üstünde olan genel iradenin kabullenilmesi, genel yararın geçerli olduğu, halkın egemen olduğu bir anlayışı kabul etmesi demektir<sup>44</sup>. “*Genel irade her zaman doğrudur ve kamu yararını hedefler*”<sup>45</sup>. Netice itibarıyla bireyin genel iradeye uyma şeklinde tezahür eden bu davranışı -egemenlik halkta olduğundan- bireyi “eşit”<sup>46</sup> ve “özgür”<sup>47</sup> hale getirecektir. Toplumu oluşturan bireyler, “*tüm varlıklarını ve güçlerini genel iradeye vererek bütünü birer bölünmez parçası sayılacak*”<sup>48</sup>, aslında genel iradeye itaat ile pratik olarak kendilerine itaat etmiş olacaklardır<sup>49</sup>. Toplumsal Sözleşmeyle kurulan sivil toplum, insanlar arasındaki eşitsizliği “politik eşitlik” ya da “yasalar karşısında eşitlik” biçimine dönüştürmektedir.

---

kollektif bir bütün oluşturacak şekilde genel iradeye devredilir. ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 26.

<sup>40</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 13.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 14.

<sup>41</sup> OKANDAN, s. 110.

<sup>42</sup> ŞENEL, s. 362.

<sup>43</sup> ERDİNÇ, s.309; AKAD, s. 121; DOEHRİNG, s. 101.

<sup>44</sup> OKANDAN, s. 111-112;

<sup>45</sup> HAKYEMEZ, s. 39.

<sup>46</sup> “*Temel sözleşme, doğal eşitliği ortadan kaldırmak şöyle dursun, tam tersine, doğanın insanlar arasına koyduğu maddesel eşitsizlik yerine manevi ve haklı bir eşitlik getirir. İnsanlar güç ve zeka bakımından olmasalar da, sözleşme ve hak hukuk yoluyla eşit olurlar.*” ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 34.

<sup>47</sup> Rousseau eşitliği, her şeyin olduğu gibi hürriyetin de ön şartı olarak kabul etmektedir. Fakat bu hürriyeti önemsemediği anlamına gelmemektedir. Gerek Rousseau gerek Montesquieu özgürlük noktasında çok titizdir. Montesquieu’nun daha çok “özgürlük” kavramı üzerinde durmasına karşın, Rousseau’nun “eşitlik” kavramını ön plana çıkardığı gözlenmektedir. Bu iki düşünürü birbirinden ayıran nokta ise özgürlüğün teminatını farklı değerlere bağlamalarıdır. Montesquieu özgürlüğün garantisini kuvvetler ayrılığını kabul etmekte, Rousseau ise ancak sınıfsız ve zümsesiz, her bakımdan bir eşitliğin özgürlüğü gerçekleştirebileceğini ve bu özgürlüğün devamının teminatı olacağını savunmaktadır. Bkz. ERDİNÇ, s. 307- 308.

<sup>48</sup> TUNÇAY, Mete: Siyasal Düşünceler Tarihi, Cilt 2, Teori Yayınları, Ankara 1986, s. 334.

<sup>49</sup> AKAD, s. 121.

Özel iradenin ön plana çıktığı noktada “kişiye bağlılık” gündeme geleceğinden, bu durum tabii olarak insan özgürlüğünü kısıtlayacaktır. Ancak insanın doğası gereği “eşyaya bağımlı” olması -*bunun insanın iradesinden kaynaklanmamasından dolayı*- eşyaya bağımlılık insan özgürlüğü açısından herhangi bir tehlike oluşturmamaktadır. Hatta “*burjuvazi için en öncelikli hak olarak 1789 Fransız Devrimi Bildirgesinde “kutsal” diye nitelendirilen mülkiyet*”<sup>50</sup> hakkı eşyaya bağımlılık kavramıyla birlikte ortaya çıkıp, devletin yasaları ile garanti altına alınmıştır<sup>51</sup>.

Mülkiyet hakkını düzenleyen bu yasaların servet farklılıkları ve fakirlik şeklinde sınıflaşmalara yol açmayacak bir biçimde düzenlenmesi icap etmektedir. Ancak, Rousseau’ya göre “*aşırı zenginlik*” ile “*herkese aynı mesafede duran yasalar*” bir arada yaşayamazlar. Servet sahipleri de, kendi mülkiyetlerini korumanın yollarını arar ve kendi çıkarlarını kollayan yasalar oluştururlar<sup>52</sup>.

### **B. Rousseau’da Egemenliğin Anlamı (Egemenliğin Özellikleri, Egemenin Yasaları, Güçler Birliği ve İdeal Yönetim Biçimi)**

Rousseau’ya göre devletin var olabilmesi egemenlikle donatılmış olmasına bağlıdır. Yani bir devlette tüm bireylerin itaat ettiği mutlak bir gücün, her şeyi yapabilen bir egemenin olması şarttır. Yalnız bu egemen güç, bir monark değil; yurttaşların bütünü ve genel iradenin çıkış noktası olan halktır<sup>53</sup>. Genel irade ve egemenlik arasındaki bu ilişki Rousseau’da egemenliğin özelliklerini açıklamaya ışık tutmaktadır.

<sup>50</sup> DOĞAN, İlyas: Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, 2. Baskı, Barış Platin Yayınevi, Ankara 2009, s. 66.

<sup>51</sup> AKAD, s. 122.

<sup>52</sup> ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, s. 140 - 141. Rousseau’nun özlediği toplumu yaratma yolunda Robespierre soyluların elinden aldığı toprakları çiftçilere dağıtır. Ancak tarihinin benzer her durumda gösterdiği gibi, kapitalist piyasada küçük üretici büyük üreticilerle rekabete dayanamaz. Nitekim Robespierre’in bu yaptığının yapıldığı durumlarda bir süre sonra topraklar tekrar belirli kişilerin elinde toplanmaktadır. Kapitalist üretim ilişkilerinde servet eşitsizliği malesef kaçınılmaz bir sonuçtur.

<sup>53</sup> AĞAOĞULLARI, s. 99; “*Rousseau’ya göre devlet, ne monokratik egemenliğin klasik savunmasında olduğu gibi tanrısal bir lütufla, ne de Hobbes’in Leviathan’ında olduğu gibi halkı özgür olmayan bir sürü yapan otoriter egemenlikle açıklanabilir. Aksine Rousseau’ya göre devlet, vatandaşların özgür olarak birleşmesi esasına dayanır ve sadece böyle bir egemenlik meşrudur.*” SCHMIDT, Manfred G.: Demokrasi Kuramlarına Giriş, Vadi Yayınları, Ankara 2001, s.63.



Rousseau'ya göre egemenlik devredilemez ve temsil edilemez. Egemenlik koşulsuz halka aittir. Halk ile egemen kişi aynı olmadıkça demokratik yönetim gerçekleşemez. Nasıl ki özgürlük bireyin vazgeçemeyeceği bir hak olarak karşımıza çıkmakta ise egemenlik de halkın devredemeyeceği bir haktır<sup>54</sup>. Halk kendi iradesini bıraktığı (vazgeçtiği) anda halk olmaktan çıkar ve egemenlik bir efendiye geçer<sup>55</sup>.

Egemenliğin devri mümkün olmadığı gibi kullanılmasının devri de mümkün değildir. Çünkü genel iradenin kullanılmasının devri diye bir şey söz konusu olamaz. Yani egemenliğin temsilciler vasıtasıyla kullanılması da imkânsızdır. Rousseau, halkın doğrudan kendisini idare edebileceğinden hareketle içinde yaşamış olduğu Cenevre örneğinden de esinlenerek doğrudan demokrasiyi savunmuştur<sup>56</sup>. Netice itibarıyla temsili demokrasileri “*seçilmiş aristokrasiler*”<sup>57</sup> olarak nitelendirmiş ve milletvekillerini de halkın temsilcileri değil, görevlileri olarak tanımlamıştır<sup>58</sup>. Bu durumda milletvekillerinin işlemleri de halkın onayına tabi olacaktır<sup>59</sup>.

İkinci olarak, Rousseau'ya göre egemenlik bölünemez. Çünkü irade ya geneldir ya da özeldir. Dolayısıyla, genel iradenin kullanılmasının ifadesi olan egemenlik kavramı bölünemez. Bu nedenle de yasama - yürütme şeklinde bir ayırım yapılamaz. Egemenliğin iç ve dış egemenlik olarak ayıranlar egemenliğin kendisiyle, uygulanmasını karıştırmaktadırlar. Aynı şekilde yürütme yetkisinin belirli kimselere verilmesi de egemenliğin bölündüğü anlamına gelmemektedir. Çünkü toplum yürütme gücünün kendisinde olduğunu her an belirtebilir. Yasanın uygulandığı özel durumlar dışında egemen gücü bölmekle yok etmek aynı şeydir<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> AĞAOĞULLARI, s. 100.

<sup>55</sup> AKIN, s. 164.

<sup>56</sup> ERDİNÇ, s. 309-310, 313; Rousseau'ya göre İngiliz halkı kendini özgür zannetmektedir fakat sadece temsilcilerini seçerken hür olduklarını seçimden sonra ise köle durumuna düşüklerinin farkında dahi değildirler. AĞAOĞULLARI, s. 101-102.

<sup>57</sup> Rousseau bazı koşulların varlığı halinde temsili demokrasileri en iyi yönetimler olarak görmektedir. Ekonomik eşitsizlikler yaratacak koşulların bulunmadığı orta verimlilikte ılıman ülkelerde, “temsil düzeneğinin” zenginlerden yana işlemeyeceğini dolayısıyla böyle bir yönetimde genel iradenin parlamento çoğunluğunun iradesiyle paralellik göstereceğini düşünmektedir. ŞENEL, s. 364

<sup>58</sup> AKIN, s.164.

<sup>59</sup> AKAD, s. 123 ; AKIN, s.164.

<sup>60</sup> SUNAY, Reyhan: Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 84-85; AKAD, s. 123; AKIN, s.165.

Üçüncü olarak, Rousseau'ya göre egemenlik mutlaktır ve yanılmaz. Egemenliğin esasını oluşturan genel irade hata yapmaz, yanılmaz, her zaman doğru yoldadır, haklıdır ve her zaman kamu yararına yöneliktir. Egemenliğin mutlaklığı Hobbes'ten farklı olarak mutlak monarşiye değil millet iradesine dayanır<sup>61</sup>. Rousseau, “*genel iradenin belirlenmesine katılanların görüşleri eğer genel irade ile paralellik göstermiyor ise bu noktada azınlıkta kalanlar yanılmışlardır*”, ifadesinde egemen gücün yanılmazlığına vurgu yapmıştır<sup>62</sup>.

Bu görüşleriyle Rousseau'nun, çoğunluğun iradesinin azınlığa hükmettiğinden bahisle mutlak “çoğunlukçu demokrasi”yi gerçekleştirmek istemiş olduğu yönündeki yargı, eksik bir değerlendirmenin neticesinde kulaktan kulağa yayılmış bir galat-ı meşhur olarak karşımıza çıkmaktadır. Elbette Rousseau düşüncesinde çoğunlukçu demokrasi izlerine rastlamak mümkündür ancak bunun belli koşulları vardır<sup>63</sup>.

Rousseau'ya göre yasalar, “*toplum sözleşmesiyle bir araya gelmiş olan halkın yaşama garantisi*”dir<sup>64</sup>. Çünkü egemenin yasaları bu egemenliği gerçekleştirme biçimi olarak karşımıza çıkmakta, hak ve adalet gibi kavramlar yasalar ile pratik boyuta taşınmaktadır<sup>65</sup>. Yasaların en önemli özellikleri günümüz demokratik anlayışlarına da yansıyan genel, soyut, kişilik dışı olma şeklindeki ilkelerdir.

Son olarak da güçler birliği ilkesi Rousseau'da egemenliğin bölünmezliği ilkesine paralel olarak benimsenmiştir. Yasama sınırsız bir güce sahiptir ve halkı temsil eder<sup>66</sup>. Dilediği her konuda -günümüz

<sup>61</sup> HAKYEMEZ, s. 39.

<sup>62</sup> Ayrıca genel iradenin yanılmaz olması dolayısıyla muhalefete, yani azınlıkta kalanlara herhangi bir katılma hakkı da tanınmamaktadır. AKIN, s. 165.

<sup>63</sup> Rousseau'nun fikir dünyasında betimlemiş olduğu ideal tipte, eşitsizliğin bulunmadığı ve büyüklüğü kent devleti ölçülerini aşmayan bir toplum bulunmaktadır. Bu şekildeki bir devlet modeli, vatandaşların bir araya toplanıp toplumsal sorunları karara bağlamasını olanaklı kılmaktadır. Toplumun tüm üyelerinin eşit olduğu, kişisel çıkarları ön planda olmadığı ve toplumun tüm üyelerinin toplumsal sorunlardan haberdar ve bilgili olduğu böylesine bir toplum modelinde genel irade genel irade oybirliğinde hiç değilse oy çokluğunda belirecektir. Bu durumda toplumun tüm üyelerinin alınacak söz konusu kararın topluluğun yararı yönünde olacağı noktasında ikna olması mümkün olacaktır. Tüm bu ideal koşullarda bireyler, genel iradeye uymakla aslında kendi iradelerine uymuş olacaklardır. ŞENEL, s. 363.

<sup>64</sup> AKAD, s. 124.

<sup>65</sup> OKANDAN, s. 112-113.

<sup>66</sup> ERDİNÇ, s. 310. Rousseau “güçler birliği” prensibini özgürlüklerin önünde bir engel olarak görmemiştir. Montesquieu'nun özgürlüklerin garantisi olarak “kuvvetler ayrılığı”

demokrasilerindeki “yasamanın asliliği” prensibi nazariyesince- tasarrufta bulunabilir. Bu yönüyle Rousseau hem kuvvetler birliğini benimseyerek mutlak bir egemenlik anlayışını hem de genel iradenin üstünlüğünü benimsemesi yönüyle de demokratik bir anlayışı aynı çatı altında birleştirmiştir<sup>67</sup>. Yürütme ve yargı faaliyetlerinin farklı organlarca yürütülebileceğini, ancak bunları yürütenlerin sadece yasamanın birer memuru olacağını söyleyerek bu faaliyetleri yasama görevi ve organına bağlı olarak nitelendirmektedir.<sup>68</sup>

İdeal yönetim hususunda Rousseau'nun net bir cevabı yoktur. Yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde, Rousseau'nun aristokrasi ve monarşiden yana olmadığını rahatlıkla çıkarılabilir<sup>69</sup>. Ancak aslına bakıldığında Rousseau demokrasiden de memnun değildir. Çünkü yasayı yapan egemen güç ile uygulayan güç aynı güçtür ve halkın her daim toplantıda olması mümkün değildir<sup>70</sup>. Rousseau ideal yönetim sorununu net bir cevapla çözümlenememekle birlikte sübjektif bir kriter getirerek işin içinden sıyrılmaktadır. Ona göre; “*bir ulusun iyi yönetilip yönetilmediğini anlamının en pratik yolu düzenin sürekliliği ve kişilerin mutluluğudur.*”<sup>71</sup>.

### **C. Rousseau'nun Egemenlik Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler**

Kendisine özgü siyasal görüşleri ile demokratik hayata geçişe önemli katkılar sağlayan Rousseau, yine bu görüşleri nedeniyle çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler, kimi zaman onun sisteminin eksik yönleri üzerinde, kimi zaman da yaşantısı üzerinde yoğunlaşmıştır.

İlk bakışta kendi içinde tutarlı gibi gözükse de, biraz irdelendiğinde, düşünürün öğretisinde, eleştiriye açık ciddi noktaların bulunduğu görülecektir. Rousseau'nun teorisine, çoğunlukla çelişkili olduğu, tecrübe ve bilimsel temelinin zayıf olduğu biçiminde bazı yazarlarca genel bir takım eleştiriler yapılmıştır<sup>72</sup>. Ancak bu eleştiriden önce Rousseau'nun

---

prensibini kabul etmesine karşın Rousseau, ancak sınıfsız ve zümresiz, her bakımdan bir eşitliğin özgürlüklerin devamının teminatı olacağını savunmaktadır. ERDİNÇ, s. 307-308.

<sup>67</sup> HAKYEMEZ, s. 40.

<sup>68</sup> ERDİNÇ, s. 314.

<sup>69</sup> Rousseau, bazı kötü yönetimlerin devrim ile yıkılıp, başa halkın çıkarımı düşünen yöneticilerin gelebileceğini öngörmüş olduğundan; bu durumda egemenliği eline geçiren tek kişi ya da bir zümrenin de -toplumu, toplumsal yarar yönünde yönetmesi halinde- “genel irade”yi temsil edeceğini savunmaktadır. ŞENEL, s. 364.

<sup>70</sup> AKAD, s. 127-128.

<sup>71</sup> AKIN, s. 175.

<sup>72</sup> HAKYEMEZ, s. 40.

yazınlarında oksimoron ve paradokslara sıkça değindiği ve kullanmayı sevdiği gözden kaçırılmamalıdır<sup>73</sup>.

Eserlerinin tamamı göz önünde bulundurulduğunda Rousseau'nun, bazı yazarların tenkitlerine konu olacak şekilde, ilkel topluma dönüşü savunduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Aslında Rousseau'nun gerçekleştirmek istediği, uygar toplumun yararlarıyla ilkel toplumun erdemlerinin birleştiği ideal bir düzen kurmaktır<sup>74</sup>.

Rousseau, egemenliğe bakışı çerçevesinde dile getirdiği görüşlerin uygulanabilirliği noktasında da çeşitli eleştiriler almıştır. Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi, ona göre egemenlik bölünemez ve başkasına devredilemez bir olgudur. Bu bağlamda Rousseau, halkın doğrudan doğruya kendisini yönetmesini ve bu yönetme sürecinde temsilciler kullanılmaması gerektiğini ifade eder. Böylece, milli egemenlik anlayışını savunmasına rağmen, onun bir sonucu olarak kabul edilen temsili demokrasiyi kabul etmemesi ve doğrudan demokrasiyi bir zorunluluk olarak görmesi noktasında bir çelişkiye düştüğü söylenmektedir<sup>75</sup>. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere Rousseau'nun temsili demokrasiye kategorik bir karşı durma durumu mevcut değildir<sup>76</sup>.

Ayrıca günümüzde yalnızca İsviçre'nin birkaç kantonunda olduğu gibi, çağının devletlerine dahi tatbiki mümkün olmayan bir doğrudan demokrasi pratiği teklifi ile Rousseau'nun ütopyist bir tavır sergilediği söylenebilir. Aynı şekilde temsili rejimin bir sonucu olan siyasi partiler de Rousseau'nun reddine rağmen demokratik siyasi hayatın "vazgeçilmez unsurları" haline gelmişlerdir<sup>77</sup>.

Rousseau'nun geliştirmiş olduğu demokrasi modelinin, iktidarın sınırlandırılması ve çoğulcu katılım açısından son derece dar bir demokrasi anlayışı getirmekte, temel hak ve hürriyetlerin güvenliği açısından ciddi eksiklikler taşımakta ve halk egemenliğini mutlaklaştırmakta olduğu kimi yazarlarca belirtilmektedir<sup>78</sup>. Bu tezi öne sürerken dayanan en kuvvetli argüman şüphesiz Rousseau'nun

---

<sup>73</sup> "Toplum Sözleşmesi" eserinde Rousseau, dipnotlarından birinde şu uyarıyı yapar: *"Dikkatli okuyucular, lütfen beni çelişki ile suçlamak için acele etmeyin. Dilin fakirliği dikkate alındığında ifade olarak çelişkidен kaçınmamış olabilirim ama bekleyin"*. ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 173.

<sup>74</sup> ŞENEL, s. 358.

<sup>75</sup> ERDİNÇ, s. 310, 314.

<sup>76</sup> Bkz. Dipnot 56.

<sup>77</sup> AKIN, s. 171.

<sup>78</sup> SCHMİDT, s. 72.

“kuvvetler birliği” görüşüdür. Ancak bu ezberin yabancı akademik literatürde son zamanlarda bozulmuş olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, bu konuyu ele alan yakın tarihli bir kitabın girişinde “Rousseau'nun eserlerinde bireyin yerinin az veya hiç olmadığını iddia eden Jakoben veya ‘totaliter’ yorumunun aksine, Rousseau'nun ‘bir değil birçok özgürlük tasavvuru’ sunduğu belirtilmektedir”<sup>79</sup>.

Yine son zamanlarda birçok ülkede gerçekleştirilen referandum pratikleri göz önüne alındığında, demokrasinin yarı doğrudan bir yapıya kavuşması sağlanarak Rousseau'ya biraz daha yaklaşıldığı görülmektedir. Ancak Rousseau, “genel irade” ile günümüzde siyasetinde sıkça kullanılan “milli irade” anlayışını kastetmemektedir.<sup>80</sup> Günlük siyasette sıkça vurgu yapılan “milli irade” söylemi, Rousseau'nun “genel irade” kavramına nazaran daha fazla “çoğunlukçu demokrasi”nin yapısal unsurlarına yer vermektedir.

Rousseau'nun çoğunluk sistemi ile birey egemenliği düşüncesinin birbiriyle çelişik olduğu ileri sürülmüştür. Yani, kişinin çoğunluğun iradesine boyun eğmesi ile özgür ve egemen sayılması arasında bir çelişkinin olduğu dile getirilmiştir<sup>81</sup>. Rousseau bir azınlığın, hatta bazı durumlarda çoğunluğun iradesinin, genel irade ile uyuşmaması karşısında, “toplum sözleşmesinin, genel iradeye itaat etmeye yanaşmayanların topluluk tarafından itaate zorlanacağını üstü örtülü olarak garanti etmekte” olduğunu belirtmektedir<sup>82</sup>.

Ancak Rousseau'nun geliştirmiş olduğu sistem temelinde bakılacak olursa, bu görüşe katılmak pek mümkün değildir. Çünkü “bireyler sosyal sözleşme ile çoğunluğun iradesini kabul etmişlerdir. Kişi tüm yasaları, kendinin muhalif kaldığı yasaları da kabul etmiş, çoğunluk iradesini

<sup>79</sup> McDONALD, Christie / HOFFMANN, Stanley: Rousseau and Freedom, Cambridge University Press, 2010, s. 2.

<sup>80</sup> Bu noktada Rousseau'ya göre, “genel irade”nin kişisel iradelerin toplanması sonucu oluşacak bir çoğunluğun iradesi demek olmadığını yinelemek gerekir. Genel iradeye “genel” statüsü kazandıran olgu, bu iradenin “oy çokluğu” ile tezahür etmesi değil “toplumsal (ortak) yarar” ekseninde olmasıdır. Bir durumda oy çokluğu sağlanmış olsa dahi o toplumun çıkarına olmayabilir, dolayısıyla bu Rousseau'ya göre genel iradeye uygun sayılmayacaktır. Diğer bir açıdan baktığımızda çoğunluğun katılmadığı bir görüş, toplumsal çıkara dolayısıyla genel iradeye uygun olabilir. Hatta Rousseaucu anlayışta, tek bir kimsenin görüşü bile toplumsal çıkar ile örtüşüyorsa, genel iradeye uygun demektir. ŞENEL, s. 363.

<sup>81</sup> ERDİNÇ, s. 313.

<sup>82</sup> Bu durum, genel iradeye karşı duran kişi(ler)in toplumca, “özgür” olmaya zorlanacağı anlamına gelmektedir. ŞENEL, s. 364.

benimsemeyi göze almıştır. Bu nedenle çoğunluğun hâkim olması halinde de yine birey, egemenliğinden bir şey kaybetmeyecektir<sup>83</sup>. Fakat günümüz temsili demokrasilerinde, her bireyin siyasete etkin katılımı söz konusu olamadığından, çoğunluk iradesini benimsemeyen bireylere siyasetin ürettiği bir çözüm mevcut değildir. Bu kişilerin somut yasalara karşı başvurabileceği hukuki yollar olsa dahi, ülkenin genel siyaseti söz konusu olduğunda başvurabilecekleri bir yol bulunmamaktadır.

Yine Rousseau'nun benimsemiş olduğu “devleti meydana getiren insanların iradelerini birleştirirken feragat ettikleri ve ‘medeni haklar’ biçiminde devletten geri aldıkları garanti altına alınmış haklar”<sup>84</sup> yaklaşımını günümüz insan hakları anlayışı bakımından sorguladığımızda eleştirilmeye değer bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Rousseau'nun bahsettiği haklar, bireylerin yalnızca insan olmaları sebebiyle doğuştan getirmiş oldukları haklar<sup>85</sup> olmayıp Devlet tarafından sunulmuş haklar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>86</sup>. Dolayısıyla bu tutum, “devlete karşı yürütülen mücadelenin bir kazanımı”<sup>87</sup> niteliğinde olan ve devletin “şiddet tekeli”<sup>88</sup> gibi icrai bir güce sahip olduğu noktada “insan haklarının gerçekleştirilmesinin asli sorumlusu ve yükümlüsü”<sup>89</sup> olduğu modern devletteki insan hakları anlayışıyla bağdaşmamaktadır<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> OKANDAN, s. 114.

<sup>84</sup> ERDİNÇ, s. 305.

<sup>85</sup> DONELLY, Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, çev. Mustafa Erdoğan / Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 120 – 121.

<sup>86</sup> ERDİNÇ, s. 308.

<sup>87</sup> ALGAN, Bülent: “Değişen Egemenlik Anlayışı ve Küreselleşme Bağlamında İnsan Hakları”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 27–28, İstanbul 2006, s. 74.

<sup>88</sup> Bkz. SANCAR, Mithat: “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, Doğu-Batı Dergisi, Sayı 13, 2001, s. 27; SAYGILI, Abdurrahman: “Modern Devlet’in Çıplak Sureti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 1, s. 75.

<sup>89</sup> ALGAN, s. 74.

<sup>90</sup> Rousseau'nun “Toplum sözleşmesinin amacı, sözleşmeyi yapanların korunmasıdır. Amacı isteyen araçları da ister; bu araçlarsa birtakım tehlikelerden, hatta birtakım kayıplardan ayrılmaz. Başkalarının zararına kendi yaşamını korumak isteyen, gerektiğinde yaşamını onlar için gözden çıkarmalıdır. Ayrıca, yurttaş yasanın “Atıl!” dediği tehlike üstüne yargı yürütemez artık ve hükümdar da: ‘Devlet için çıkar yol senin ölmendir’, dediği zaman, yurttaş ölmek zorundadır. Çünkü o zamana kadar güvenlik içinde yaşadysa, bu koşulun gölgesinde yaşamıştır ve artık yaşamı yalnız doğanın bir nimeti değil, devletin koşullu bir armağanıdır. Canilere verilen ölüm cezası da aşağı yukarı aynı açıdan ele alınabilir. Zaten kötülük yapan her insan, toplumun haklarını çiğnerken, işlediği ağır suçlarla yurduna başkaldırmış ve hainlik etmiş olur; yasalarını çiğnemekle yurdun üyesi olmaktan çıkar, hatta ona savaş açmış sayılır... Suçu öldürülürse artık bir yurttaş olarak değil, bir düşman olarak öldürülür. Yargılama ve karar onun toplum sözleşmesini çiğnediğini ve dolayısıyla

#### D. Rousseau'nun Egemenlik Anlayışının Günümüze Yansımaları

Rousseau; teorik açıdan iki bakımdan etkili olmuştur ve etkili olmaya da devam edecektir. Her şeyden önce Rousseau'nun görüşleri, her dönemin demokrasi anlayışı üzerinde çok ciddi ve besleyici bir kaynak özelliğindedir.

Çağdaş demokrasi kavramının en büyük teorisyenlerinden olan Rousseau'yu bazı yazarlar, "liberal bireyciliğin" yani klasik demokrasinin öncüsü olarak görmektedir. Bu görüşe göre Rousseau, "*sosyal sözleşme görüşü ile siyasal iktidarların insanlar üzerindeki otoritesini rasyonel bir temele*" oturtmuştur<sup>91</sup>.

Rousseau'nun en önemli etkilerinden biri de, eşitlik ve özgürlük kavramlarının bütün demokrasilerde iki temel şart olarak kabul edilmesinin sağlanması noktasında olmuştur. Ayrıca onun "egemenliğin bölünemeyeceği ilkesi" şeklinde ifade edilen görüşü –*güçler ayrılığı karşıtı anlayışın ifadesi ile değil maddi anlamda bütünlüğün ifadesiyle*– çağdaş anayasalara geçmiş ve onlara kaynaklık etmiştir<sup>92</sup>.

Eşitlik ve ortaklık temeline dayalı toplumsal sözleşme ile bireyle devlet arasındaki ilişkilere işlerlik kazandırmayı amaçlayan Rousseau'nun öngörmüş olduğu eşitlik ve özgürlük anlayışıyla da, çağdaş demokrasilerin öncüsü olarak demokratik hayatın yeniden şekillenmesine önemli katkılar sağladığını söyleyebiliriz. Eşitliği, yasa önünde eşitlik bağlamında ele alan Rousseau, "hak eşitliği"ni savunmuş ve böylece farklı birtakım değerlendirmelere olanak tanımamıştır<sup>93</sup>.

Rousseau'nun genel irade kavramı, hem demokratik hem otoriter anlayışla yorumlanmaya elverişli bir yapı arz etmektedir. Bu nedenle, genel irade kuramı, Fransız Devrimi'nin burjuva demokrasisi düşünürlerini etkilediği oranda genel iradeyi temsil ettiğini söyleyen

---

*devletin üyesi olmaktan çıktığını gösterir*" şeklindeki yaklaşımı günümüz toplumunun ceza hukuku ve insan hakları anlayışı ile tezat düşmektedir. ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 45.

<sup>91</sup> ERDİNÇ, s. 324.

<sup>92</sup> HAKYEMEZ, s. 40.

<sup>93</sup> ERDİNÇ, s. 326. Burada konu edilen eşitlik, "negatif eşitlik" düzleminde değerlendirilen "bir şeye eşitlik" anlayışını yansıtmaktadır. Maddi anlamda eşitlik olarak değerlendirilen "pozitif" eşitlik anlayışı ise 1848 İşçi devrimleri sonrası dönemde tarih sahnesine çıkacaktır. GEMALMAZ, M. Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 85.

Lenin gibi komünist parti liderleri ile Hitler ve Mussolini gibi faşist parti liderlerini de etkilemiştir<sup>94</sup>.

### SONUÇ

Diğer sosyal sözleşmecilerle kıyaslandığında Rousseau'nun getirdiği sistemin daha kapsamlı ve ayrıntılı olduğunu görmekteyiz. Rousseau ulusu, örgütsel yapısını ve devlet kurumlarını sistematik bir bakış açısıyla incelemiş, kendinden önceki sosyal sözleşmecilerin görüşlerine işlevsellik ve genişlik kazandırmıştır.

Çoğunluğun –mutlak olmayan- üstünlüğüne dayalı olsa da, şimdiye kadar ele alınan düşünürler arasında demokratik egemenlik anlayışına yapmış olduğu vurguyla ön plana çıkmıştır. Nitekim doktrini, “*demokratik halk hükümlerliği*” şeklinde devrime etkisini gösteren bir slogan haline dönüşmüştür<sup>95</sup>.

Her ne kadar onun liberal bir düşünür olduğunu devrimci olmadığını düşünen görüşler<sup>96</sup> olsa da Rousseau, devrimi tetikleyen fikirleri ile Fransız devrimine olduğu kadar, devrimden sonra gerçekleşen demokratik sisteme de etki etmiştir.<sup>97</sup> Ancak Fransız Devrimi'nde Jakobenlerin Rousseau'yu siyasi tasarruf ve icraatlarına meşruiyet aracı kılmış olmaları, Rousseau'nun kendileri gibi düşündüğünü –özellikle siyasal şiddet bağlamında- kanıtlar nitelikte görülemez.

Gerek Batıda gerekse ülkemizde Rousseau'nun ortaya koyduğu egemenlik ve genel irade düşüncelerinin siyasal alanda otoriterliğe kapı araladığına dair yaygın eleştiriler bulunmakla birlikte, bu görüşlerin yüzeysel ve seçici bir takım okumaların ürünü olduğu söylenebilir. Bütüncül bir bakış açısıyla ele alındığında Rousseau'nun görüşlerinin,

---

<sup>94</sup> ŞENEL, s. 364 – 365.

<sup>95</sup> THOMSON, David: “Rousseau ve Genel İrade”, Siyasi Düşünce Tarihi, Şule Yayınları, İstanbul 1996, s. 127.

<sup>96</sup> GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 215.

<sup>97</sup> Montesquieu'nun görüşlerinin tarih sahnesinden çekilmekte olan aristokrasinin çıkarlarını savunması bağlamında, çağın gerisinde bir ideolojiyi temsil ediyor olarak nitelendirilmesine karşın; Rousseau'nun aşağı sınıfı kollayan, ekonomik ve toplumsal tabanını 19.yy.da bulacak olan bir ideolojinin (işçi sınıfı ideolojisi) temsilcisi olması bağlamında çağının ilerisinde olduğu belirtilmektedir. Bunun yanında Rousseau'nun ihtilalcileri yetiştiren bir düşünür olarak görülmesi, Karl Marx'a kadar geçen süreçte solun ve sosyal demokrasi taraftarlarının fikirlerinin dayanağını teşkil etmesi konunun diğer bir boyutuna ışık tutmaktadır. Bkz. ŞENEL, s. 355- 356.



hem demokratik hem otoriter anlayışla yorumlanmaya elverişli olduğu gözlenmektedir.

Rousseau'nun kişi hak ve hürriyetleri noktasındaki bazı tespitleri – özellikle de yasa önünde eşitlik prensibi- modern insan ve yurttaş hakları bildirgelerinde dahi yer almıştır. Söz konusu tespitlerin günümüz insan hakları anlayışıyla bağdaşmayan bazı yönleri bulunsa da hak ve özgürlüklerin tarihsel gelişimine katkıda bulunduğu gerçeği göz ardı edilemez.

Rousseau kanun önündeki eşitlik anlayışının yanısıra, “herkesin mülkiyet hakkının korunabilmesi” için ekonomik alanda da düzenlemeler yapmak gerektiğine dikkat çekmektedir. Ona göre, “*mülkü olmayan için mülkiyet hakkının anlamı yoktur*”<sup>98</sup>. İşte bu noktada Rousseau “sosyal yaşamda eşitlik ve adalet” ilkesine yaklaşarak, klasik liberal demokratlardan ayrılmış ve “ikinci kuşak” insan haklarına da göz kırpmıştır.

Sonuç olarak, siyasal düşünce tarihinin seyri açısından bakıldığında, siyasal görüşleri ile bir döneme damgasını vuran ve daha sonraki dönemlerde de kendinden sonra gelen birçok düşünür ve siyaset adamını etkileyen Rousseau, tarihin kaydettiği önemli bir düşünürdür. Rousseau'nun demokrasi teorisine olan değerli katkıları, şüphesiz bugüne kadar olduğu gibi bundan sonraki siyasal süreçlerde de etkisini sürdürecektir.

## KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: Ulus- Devlet ya da Halkın Egemenliği, İmge Kitabevi, Ankara 2006.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: “Fransız Devrimi Ütopyaları”, Bilim ve Ütopya, Sayı 198, Aralık 2010.
- AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin: Genel Kamu Hukuku, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2006.
- AKIN, İlhan: Devlet Doktrinleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1962.
- ALGAN, Bülent: “Değişen Egemenlik Anlayışı ve Küreselleşme Bağlamında İnsan Hakları”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 27–28, İstanbul 2006.
- BULUT, Nihat: Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- DİKMEN CANİKLİOĞLU, Meltem: Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

<sup>98</sup> ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, s. 139.

- DOEHRING, Karl: Genel Devlet Kuramı, çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Yayıncılık, Ankara 2002.
- DOĞAN, İlyas: Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, 2. Baskı, Barış Platin Yayınevi, Ankara 2009.
- DONELLY, Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev. Mustafa Erdoğan / Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.
- ERDİNÇ, Tahsin: "Jean-Jacques Rousseau, Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 40, Sayı 1 – 4, 1974, ss. 289 – 327.
- GEMALMAZ, M. Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- GÖZE, Ayferi: Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- GÖZLER, Kemal: Devletin Genel Teorisi, Ekin Kitabevi, Bursa 2007.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 13.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- KAPANİ, Münci: Politika Bilimine Giriş, 18.Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara 2006.
- McDONALD, Christie / HOFFMANN, Stanley: Rousseau and Freedom, Cambridge University Press, 2010.
- OKANDAN, Recai Galip: Umumi Amme Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966.
- OKANDAN, Recai Galip: "J.J Rousseau'nun Devlet Hakkındaki Görüşleri", Ord. Prof. Dr. A.Samim Gönensay Armağanı, İstanbul 1955, ss. 106 – 126.
- ÖZER, Attila: Anayasa Hukuku, Geliştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- ROUSSEAU, Jean. J: Emile ya da Çocuk Eğitimi Üzerine, Çev. Mehmet Baştürk, Selis Yayınları, İstanbul 2003.
- ROUSSEAU, Jean. J: Emile ya da Eğitim Üzerine, Çev. Yaşar Avunç, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2009.
- ROUSSEAU, Jean. J: Toplum Sözleşmesi, Çev. Vedat Günyol, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2006.
- ROUSSEAU, Jean J: Toplum Sözleşmesi ya da Siyasi Hukuk İlkeleri, Çev. M. Tahsin Yalım, Devrin Yayınları, İstanbul 2004.
- ROUSSEAU, Jean J: İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çev. R. Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul 2004.
- SANCAR, Mithat: "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu-Batı Dergisi, Sayı 13, 2001, ss. 25 – 45.
- SAYGILI, Abdurrahman: "Modern Devlet'in Çıplak Sureti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 59, Sayı 1, ss. 61 - 97.
- SCHMIDT, Manfred G.: Demokrasi Kuramlarına Giriş, Vadi Yayınları, Ankara 2001.
- SUNAY, Reyhan: Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- ŞENEL, Alaeddin: Siyasal Düşünceler Tarihi, 11. Kısaltılmış Bası, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara 2004.
- THOMSON, David: "Rousseau ve Genel İrade", Siyasi Düşünce Tarihi, Şule Yayınları, İstanbul 1996, s. 127.
- TUNÇAY, Mete: Siyasal Düşünceler Tarihi, Cilt 2, Teori Yayınları, Ankara 1986.

# İSTİNAF YARGILAMASINDA SANIĞIN SORGUSUNUN ZORUNLU OLUP OLMADIĞI VE BU İŞLEMDE SEGBİS KULLANIMI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

## THOUGHTS ON WHETHER THE INTERROGATION OF DEFENDANT İS COMPULSORY IN APPEAL COURT AND USAGE OF SEGBİS IN THIS PROCESS

DOI: 10.21492/inuhfd.302993

**Hakan KARAKEHYA \***  
**Asuman İNCE TUNÇER\*\***

### Özet

İstinaf, Ceza Muhakemesi Kanununda, ilk derece mahkemesi hükümlerine karşı kabul edilmiş olağan bir kanun yoludur. Özellikle ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün, hukuki yönünün yanında maddi açıdan da denetlenmesine imkân tanınması sebebiyle, hukuk sistemi içerisinde önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir.

Ceza yargılamasındaki önemli delillerden birisi olan sanık beyanı ise, duruşma sırasında sorgu ile elde edilmektedir. Bu bağlamda sorgu ispat bakımından yargılamadaki önemli işlemlerden birisidir. Bunun yanında sanığın sorgusu savunma bakımından ayrıca önem arz eder. Nitekim sorgu sırasında sanık, hakkındaki isnatlara cevap verme ve hakkında hüküm kuracak yargılama makamı önünde doğrudan savunma yapma imkânına sahip olur.

Bu çalışmada gerek ispat gerekse savunma bakımından önemli bir muhakeme işlemi olan sorgunun istinaf yargılamasında yapılmasının zorunlu olup olmadığı irdelenecektir. Ayrıca söz konusu işleme ilişkin istinafta ortaya çıkabilecek sorunlar, doktrindeki görüşler değerlendirilerek eleştirel bir tarzda dile getirilecektir. Kendi görüşlerimiz ise neden-sonuç ilişkisi içerisinde gerekçelendirilerek ortaya konulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kanun yolları, istinaf, SEGBİS, sorgu, bilişim yoluyla sorgu, ceza muhakemesi hukuku.

### Abstract

The appeal is an ordinary remedy in the Code of Criminal Procedure which is accepted against the provisions of the first instance court. It responds to an important need within the legal system because it allows the provision of the first instance court to be examined both matter of fact and legal question.

---

\* Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, hkarakehya@anadolu.edu.tr

\*\* Arş. Gör. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, asumanince@anadolu.edu.tr

The defendant's declaration, which is one of the most important evidence in criminal proceedings, is obtained by interrogation during the hearing. In this context, the interrogation is one of the important processes in judging in terms of proof. Besides, it is also important in terms of defense. As a matter of fact, during the interrogation, the defendant has the opportunity to respond to the complaints about him and to defend himself directly in front of the authority who will judge him.

In this study, it will be examined if it is necessary or not to conduct the interrogation, which is an important reasoning process in terms of defense, in appeal judgment. In addition, problems that may arise in the context of this process will be expressed critically by assessing the opinions of the doctrine. Our own opinions will be put forward by reasoning within the causal relation.

**Keywords:** Legal remedies, appeal, SEGBİS, interrogation, interrogation through information technologies, criminal procedure law.

## GİRİŞ

Denetimden geçirilmeyen bir yargılama faaliyeti öngören adalet sistemleri, teminatsız ve yetersizdir. Hukuk devletinde, yanlış kararların yerine, maddi ve hukuki bakımdan doğru kararların verilmesi için gereken tedbirlerin alınması zorunludur<sup>1</sup>. Anayasaya göre yasama ve yürütme organları, yargılama makamlarının kararlarına uymak zorunda olduklarından (Any. m.138/4), yargılama makamlarının kararlarını incelemek ve bunlardaki hataları gidermek de ancak yargılama makamları tarafından yapılabilir<sup>2</sup>. Hukuk sistemlerinde kanun yolları kurumu düzenlenmek suretiyle, bu denetimin yargılama makamları tarafından yapılmasına imkân tanınmıştır<sup>3</sup>. Bu bağlamda yargılama makamı

---

<sup>1</sup> YÜCE, Turhan Tufan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968, s.69.

<sup>2</sup> TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s.319; YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 859.

<sup>3</sup> ABD'de hükme karşı kanun yoluna başvurulabilme imkânının sanık bakımından anayasal bir hak olmadığını söyleyen Samaha, bunu ilk kez duyan hukuk öğrencilerin genellikle buna şaşırıldığını ifade etmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), 1974 yılında Ross v. Moffitt davasında devletin sanığa kanun yoluna başvuru imkânı sağlamaya ilişkin anayasal bir yükümlülüğü bulunmadığını ifade ettikten sonra, buna bağlı olarak kanun yoluna başvurmak isteyen yoksul sanığa müdafî atama yükümlülüğünün de bulunmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre; ilk derece yargılamasıyla kanun yolu yargılaması arasında ciddi farklılıklar vardır. Devlet tarafından bakıldığında, ilk derece yargılamasında masumiyet karinesinden faydalanan birisinin, suçlu bulunmuş birisine dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Buna bağlı olarak devlet, delilleri mahkemeye getirmesi için savcı istihdam eder ve gerçeğin araştırılması bakımından yoksul sanığa müdafî de atar. Tüm bu kullanılan imkânlar ve araştırmalar

tarafından verilen bir kararın hatalı olduğu veya hukuka aykırı bulunduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlığın çözülmek üzere, yeniden bir yargılama makamı önüne götürülmesini sağlayan hukuki yola, kanunyolu denilmektedir<sup>4</sup>.

İstinaf ise<sup>5</sup>, ilk derece ceza mahkemelerinin verdikleri hükümlerin, bölge adliye mahkemesi (BAM) tarafından maddi ve hukuki yönden incelenmesini sağlayan bir kanun yoludur<sup>6</sup>. 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK'da) olağan kanun yolları arasında istinafa ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemelere bakarak, ülkemiz açısından ilk istinaf denemesinin CMK ile yaşandığı şeklinde bir düşünceye kapılmamak gerekir. İstinaf kurumuna ilişkin ülkemizdeki ilk tecrübeyi, 5 Haziran 1879'da yürürlüğe giren Mehakimi Nizamiye Teşkilatı Kanunu Muvakkat ile Osmanlı döneminde kurulan ikinci derece (istinaf) mahkemeleri oluşturmaktadır. Bu mahkemeler; kendi hâkimlerinin olmaması ve görev yapan hâkimlerin hukuk eğitimi almamış kimselerden olması nedeniyle yanlış kararların çıkması, hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf mahkemesi olarak görev yapmaları ve adaletin süratle dağıtılmasına engel olmaları nedeniyle, 7 Nisan 1924'de kaldırılmıştır<sup>7</sup>. Ancak gelişen süreçte yargılamalar sonunda verilen kararları maddi yönden de layıkıyla denetleyecek bir kuruma olan ihtiyaç, hukuk literatüründe sıklıkla dile getirilmiştir.

sonucunda sanığın masumiyet karinesi kaldırılarak, suçluluğuna kanaat getirilmiş ise, artık devlet sanığa kanun yoluna başvuru imkânı sağlamak ve yoksulsa kanunyolu aşamasında ona bir müdafî atamak zorunda değildir. Yüksek mahkemenin bu kararına rağmen bugün ABD'deki her bir devlette (eyalette), kanuni olarak kanun yoluna başvuru hakkı bireylere tanınmıştır. SAMAHA, Joel: Criminal Procedure, 9. Edition, Cengage Learning, USA 2015, s.562.

<sup>4</sup> KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.1026; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s.319 vd.; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 859.

<sup>5</sup> Medeni muhakemede istinaf yolunun uygulanmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. AKKAYA, Tolga: Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

<sup>6</sup> BEULKE, Werner: Strafprozessrecht, 12. Auflage, C.F. Müller, Deutschland 2012, s.365; TURHAN, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara 2006, s.406.

<sup>7</sup> 5271 s. CMK'da yer verilen ancak bir türlü uygulamaya geçirilmeyen istinaf kanunyolu hukukumuzda ilk kez, 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunundan alınan 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatla girmiştir. YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesinde İstinaf ve Yeniden Kabulü Sorunu, İstanbul, Fakülteler Matbaası 1979, s. 7 vd.; 38.

CMK ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da (Adli Teşkilat K.'da) istinaf istemini karara bağlayacak olan üst mahkeme bölge adliye mahkemesi olarak belirlenmiştir. Ancak, BAM'ların kuruluşu, CMK'nın kabulünden beri aradan geçen uzun zamana rağmen bir türlü gerçekleştirilememiştir. Bununla birlikte, BAM'ların 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete geçirileceğine dair Adalet Bakanlığı kararı 07 Kasım 2015 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır<sup>8</sup>. 29.02.2016 tarihli ve 53 no.lu Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Genel Kurul Kararı ile de Adalet Bakanlığının teklifi üzerine bölge adliye mahkemelerinin ilk etapta yedi merkezde faaliyete geçmesine karar verilmiştir<sup>9</sup>. Bu gelişmelerden sonra 20 Temmuz 2016 tarihinde BAM'lar öngörüldüğü üzere faaliyete başlamıştır. Şu an itibarıyla bahsi geçen yedi BAM'da istinaf yargılamaları devam etmektedir.

Sanık beyanı ise muhakemedeki en önemli delillerden birisidir. Bu delilin duruşmada elde edilmesi ise sanığın sorgusuyla söz konusu olur. Bunun yanında sorgu savunma bakımından da büyük önem arz eder. Nitekim sanık sorgusu sayesinde, hakkındaki isnatlara cevap verme ve hakkında hüküm kuracak merci önünde doğrudan savunmasını yapma imkânını bulur<sup>10</sup>. Bu bağlamda sorgu, sanık bakımından bir hak olarak karşımıza çıkar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına bakıldığında da sanığın hakkında hüküm kuracak mahkeme önünde savunma yapma imkânına sahip olması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.6 kapsamında adil yargılanmanın bir gereği olarak kabul edilmektedir.

<sup>8</sup> Nitekim Adli Teşkilat K'nın "Kuruluş" başlıklı 25. maddesine göre; "*Bölge adliye mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur. Bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinin belirlenmesine, değiştirilmesine veya bu mahkemelerin kaldırılmasına Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Birinci ve ikinci fıkra gereğince alınacak kararlar, Resmî Gazetede yayımlanır.*"

<sup>9</sup> Kararda sayının indirilmesinin nedeni olarak içtihat birliğinin sağlanması ve ihtisaslaşmanın etkin hale getirilmesi gösterilmiştir. HSYK Genel Kurul Kararına göre yedi merkezde kurulan BAM'lar; Marmara'da İstanbul, Ege'de İzmir, İç Anadolu'da Ankara, Karadeniz de Samsun, Doğu Anadolu'da Erzurum, Güneydoğu Anadolu'da Gaziantep, Akdeniz'de ise Antalya'da hizmet vermektedir (RG. Tarihi 01.03.2016).

<sup>10</sup> ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 222.

İstinaf yargılaması sırasında sanığın sorgusunun hangi koşullarda yapılacağı bu çalışmadaki temel konuyu oluşturmaktadır. Görelilik olarak yeni yürürlüğe girmiş bir kurum olan istinaf bakımından, sorgu gibi önemli bir ispat ve savunma aracı olan işlemin değerlendirilmesinin literatüre katkı sağlayacağı umut edilmektedir. Bu bağlamda çalışma içerisinde istinaf ve sorguya ilişkin temel bilgiler verildikten sonra, istinaf yargılamasında sorgunun hangi aşamada söz konusu olabileceğinin tespiti yapılacak, daha sonra istinafta sorguya ilişkin problemler ortaya konulacaktır. Son olarak konuya ilişkin ulaştığımız sonuçlar ortaya konularak çalışma tamamlanacaktır.

## 1. İSTİNAF KAVRAMI

### 1.1. Genel Olarak

Kanun yolları<sup>11</sup> birçok farklı ayrıma tabi tutulabilir<sup>12</sup>. Ancak ceza muhakemesi doktrininde en çok kullanılan ve CMK'nın da kabul ettiği ayırım, olağan ve olağanüstü kanunyolu ayırımıdır<sup>13</sup>. Henüz kesinleşmemiş kararlara karşı kabul edilen kanun yolları olağan; buna karşılık kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabilen kanun yolları ise olağanüstü kanun yollarıdır. Ceza muhakemesi sistemimiz bakımından olağan kanun yolları; itiraz, istinaf ve temyizdir. Olağanüstü kanun yolları ise; Yargıtay C. Başsavcısının itirazı, yargılamanın yenilenmesi ve yazılı emirdir<sup>14</sup>. Olağan kanun yolları kuralı, olağanüstü kanun yolları ise istisnayı oluşturur<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Samaha, Amerikan uygulamasında karara karşı kanunyolu başvurusunun “doğrudan saldırı (direct attack)” olarak ifade edildiğini, çünkü bu başvuruya mahkeme ve/veya jüri tarafından sanığın suçlu olduğuna dair verilen hükme bir saldırıda bulunulduğunu ifade etmektedir. SAMAHA, s.562.

<sup>12</sup> Dar ve geniş anlamda kanunyolu ile kanunyolu ve hukuki çare ayrımları için bkz. AKKAYA, s. 53.

<sup>13</sup> ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.228.

<sup>14</sup> TURHAN, s.399.

<sup>15</sup> Beulke, Alman hukuku bakımından öncelikle, kanun yollarını (Rechtsmitteln) da kapsayan bir üst terim olan hukuki çareleri olağan ve olağanüstü hukuki çareler (ordentlichen-ausserordentlichen Rechtsbehelfe) olmak üzere ikiye ayırmakta ve olağanüstü olanların istisnai kurumlar olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre İtiraz (Beschwerde), İstinaf (Berufung) ve Temyiz (Revision) olağan hukuki çareler. Eski hale getirme (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), Yargılamanın yenilenmesi (Wieder aufnahme des Verfahrens) ve anayasal şikâyet (Verfassungsbeschwerde) olağüstü hukuki çarelerdir. BEULKE, s.358; Volk-Engländer, ise olağanüstü hukuki çarelerin temel özelliklerinin, kesin hükmün (Rechtskraft) dokunulmazlığı ilkesine istisna

İstinaf ise, ilk derece mahkemelerinin verdikleri hükümlerin, bölge adliye mahkemesi tarafından maddi ve hukuki yönden incelenmesini sağlayan olağan bir kanun yoludur<sup>16</sup>. Temyizin aksine istinafta hüküm hem maddi hem de hukuki açıdan incelenmektedir. Dolayısıyla ilk derece yargılamasında hem uyuşmazlık konusu olay doğru tespit edildi mi hem de hukuk kuralları olaya doğru şekilde uygulandı mı diye bir inceleme yapılır<sup>17</sup>.

İstinaf kanun yoluna, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı başvurulabilir<sup>18</sup>. Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden mahkeme kararları ile aleyhine başvurulabilecek herhangi bir kanunyolu öngörülmemiş olan diğer mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir (CMK m.272/2)<sup>19</sup>.

İlk derece mahkemesinin hükmünün, gerek maddi gerekse hukuki açıdan denetime tabi tutulması, kamusal menfaat bakımından bir gerekliliktir<sup>20</sup>. Bu nedenle istinaf kurumuna ihtiyaç vardır. Her ne kadar Yargıtay içtihatlarla kendisini maddi soruna ilişkin değerlendirme yapmaya yetkili görse de (genişletilmiş temyiz uygulaması), bunun açık bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır<sup>21</sup>. Kaldı ki, bu dayanak sağlansa bile ilk derece mahkemesinin verdiği hükme ilişkin yapacağı maddi sorun değerlendirmesi, büyük oranda dosya üzerinden gerçekleşmektedir. Hiçbir delille doğrudan temas etmeksizin dosya üzerinden maddi sorun değerlendirmesi yapılmasının handikapları ise herkesin malumudur<sup>22</sup>.

---

getirmeleri ve bu ilkeyi delmeleri olduğunu ifade etmektedirler. VOLK, Klaus / ENGLAENDER, Armin: Grundkurs StPO, 8. Auflage, C.H. Beck, Deutschland (München) 2013, s.310.

<sup>16</sup> ÇINAR, Ali Rıza: Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 56; ÖZBEK, Veli Özer vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 830; TURHAN, s.406.

<sup>17</sup> BEULKE, s.365; ÖZBEK vd., s. 831; YENİSEY /NUHOĞLU, s. 831 vd.

<sup>18</sup> ŞAHİN / GÖKTÜRK, s.247.

<sup>19</sup> İstinaf kanun yolunda, doğrudan doğrularlık ve sözlülük ilkelerine bağlı kalınarak maddi gerçeğin araştırılmasına imkân tanındığından, bu kanunyolu temyizden önemli ölçüde ayrılmaktadır. ÜNVER / HAKERİ, s.793.

<sup>20</sup> Aynı yönde; Adalet Bakanlığı [AB]: Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2016, s. 11 vd.

<sup>21</sup> Bu konuda bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.839 vd.; YENİSEY, s. 236 vd.

<sup>22</sup> Aynı yönde; ÖZEN, Muharrem: “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016,s. 2345 vd.; İTİŞGEN, Rezzan: “Ceza



Dolayısıyla prensip olarak ilk derece mahkemelerinin hükümlerine karşı ikinci derece yargılaması olarak istinafin getirilmesi hukuki güvenlik açısından önemli bir gerekliliktir. Böylelikle maddi meseledeki hatanın sözlülük ve doğrudan doğruyalık prensiplerini kabul eden bir sistemle incelenmesi ve Yargıtay'ın esas işlevini sağlıklı şekilde yerine getirmesi mümkün olabilecektir<sup>23</sup>.

## 1.2. İstinafin Amaçları Bakımından Bölge Adliye Mahkemelerinin Sayısına İlişkin Bazı Sorunların Tespiti

İstinaf yargılamasında gerçekleştirilecek sorguyu ele alan bir çalışmada mevcut BAM'ların sayısına ilişkin bir alt başlık açmanın konuyu fazla dağıtmak olduğu düşünülebilir. Ancak aşağıda daha ayrıntılı göreceğimiz üzere sanığın sorgusuyla ilgili temel bazı problemlerin kaynağında BAM'ların sayısının azlığı yer almaktadır. Bu nedenle bu konuya ilişkin tespitlere, daha başlangıçta kısaca yer vermeyi uygun bulmaktayız.

İstinaf yargılaması cezai uyuşmazlığa ilişkin verilen hükmün hukuki boyutunun yanında maddi boyutuyla da değerlendirilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte istinaf yargılamasının hakkıyla yapılabilmesi ve avantajlarının ortaya çıkartılabilmesi için maddi sorun denetiminin layıkıyla yapılması elzemdir. Bu bağlamda BAM'ların sayısını, mümkünse her ilde açılacak şekilde arttırmak gereklidir. Nitekim ancak bu şekilde BAM'lar tarafından gerektiği şekilde maddi sorun değerlendirmesi yapılabilecektir. Benimsenmiş olan istinaf sisteminin temel amaçlarının gerçekleşebilmesi için istinaf mahkemelerinin yeri ve sayısı da buna elverişli olarak belirlenmelidir<sup>24</sup>. Buna karşın ülkemizdeki hâkim ve savcı sayısının eksikliğine ilişkin problemin BAM'ların sayısının arttırılmasında önemli bir engel olduğunu da ifade etmek gerekir. Bu bağlamda etkin bir istinaf yargılaması için söz konusu problemin, yeterli sayıda ve nitelikte hâkim-savcı istihdamı ile mümkün olan en kısa sürede giderilmesi, daha sonra ise

Muhakemesi Hukukunda İstinaf", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5(16), 2014, s. 376; TANERİ, Gökhan: İstinaf Mahkemeleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 91 vd.

<sup>23</sup> YENİSEY, s. 236 vd.; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 337 vd.; AKİL, Cenk: İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 187 vd.

<sup>24</sup> BALO, Yusuf Solmaz: "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafin Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (7), 2016, s. 223.

BAM'ların sayısının artırılması suretiyle maddi sorunun layığıyla değerlendirileceği bir istinaf sisteminin yapılandırılması zorunludur<sup>25</sup>.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, BAM'ların sayısının az olmasının gerekçesi olarak, içtihat birliği ve ihtisaslaşma gibi nedenler ileri sürülmektedir<sup>26</sup>. Ancak istinaf mahkemeleri yapılandırılırken bu amaçların öncelenecek hareket edilmesi büyük bir yanıltır. İstinafin getireceği en önemli toplumsal kazanım, ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükmün maddi boyutuyla da denetlenecek olmasıdır. Bu nedenle öncelikli olarak bu husus göz önünde tutulmalıdır<sup>27</sup>. Eğer maddi sorun değerlendirmesi gerektiği şekilde yapılamayacaksa, istinaf sistemi kurmanın anlamı yoktur. Zaten iki dereceli yargılama esasına dayanan önceki sistemde Yargıtay, ihtisaslaşma ve içtihat birliği esaslarını yeterli ölçüde gerçekleştirmekteydi. O zaman yedi BAM'lı bir istinaf sistemine devam etmek, yedi küçük Yargıtay oluşturmaktan ve bunun için gereksiz sistem değişikliği yapmaktan öteye gitmeyecektir.

Gerçekten içtihat birliği ve ihtisaslaşma da ceza adaleti sistemi bakımından önemli kavramlardır. Ancak istinaf sisteminde bunlar ikincil olarak dikkate alınmalıdır. Sistem değişikliğinin anlamlı olabilmesi için gelişen süreçte maddi sorun denetiminin ön planda tutulması gerekir. Sonrasında ihtisaslaşmayı sağlamak üzere her bir BAM'daki daire sayısının artırılması, içtihat birliğinin sağlanması adına Adli Teşkilat K. m.35/1/3'te öngörülen içtihadı birleştirme kararları çıkartılması yolunun

---

<sup>25</sup> Maddi meseleyi inceleyeceği için bölge adliye mahkemelerinin esas mahkemesine yakın bir yerde kurulması gerektiği yönünde bkz. ÜNSAL, Cengiz: Ceza Muhakemesinde İstinafin Gelişimi ve Bölge Adliye Mahkemelerinde Muhakemenin Yapılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 193 vd.; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 246; YENİSEY, s. 78; BALO, s.241; ÖZTÜRK, Bahri vd.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 697; ÖZEN, s.2383 vd.

<sup>26</sup> Erdem'e göre ilk derece yargılamasındaki sorunlar çözülmeden istinaf kurumunun gelmesi sorunları daha da karmaşıklaştıracaktır. İstinafin yargılama süresini ve adil yargılanma ilkesinin ihlal riskini arttırmaktan başka bir getirisi bulunmamaktadır. Hukuk sistemimizde Yargıtay'ın aynı dairelerinin bile içtihat birliğine ulaşamadığı düşünüldüğünde istinaf, hem Yargıtay'ın içtihat oluşturmasını güçleştirecek hem de içtihat birliğindeki sorunları arttıracaktır. Bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.49 vd.

<sup>27</sup> Aynı yönde; TANERİ, s. 90-92.

etkinleştirilmesi gibi çözümler düşünülebilir<sup>28</sup>. Ama öncelik hep maddi sorunun etkin şekilde ele alınmasında olmalıdır<sup>29</sup>.

## 2. SORGUYA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

### 2.1. Delil Olarak Sanık Beyanı

Şüpheli veya sanık beyanı ceza muhakemesindeki önemli beyan delillerinden bir tanesidir. Nitekim uyuşmazlık konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleştiyse de hangi koşullar altında gerçekleştiğini muhtemelen en iyi bilen kişi, suç işleme şüphesi altında bulunan kimsedir<sup>30</sup>. Kaldı ki; birçok suçta mağdurun doğrudan bilgisinin bulunmadığı göz önüne alındığında, bu tür olaylarda şüpheli veya sanık olaya ilişkin doğrudan bilgisi bulunan tek kişidir<sup>31</sup>. Ancak ileride cezai yaptırıma muhatap olma tehdidi altında bulunması nedeniyle, birçok kez onun beyanının güvenilirlik seviyesi pek yüksek olmayabilir<sup>32</sup>. Buna rağmen diğer delillerle desteklenmesi veya kendi içinde tutarlı olması gibi hususlar dikkate alınarak, uyuşmazlık konusu olayın ne şekilde gerçekleştiğinin ortaya konulmasında, bu beyan delilinden de oldukça fazla faydalanılmaktadır.

Soruşturma evresinde suç işleme şüphesi altında bulunan kişiye “*şüpheli*,” kovuşturma evresinde suç işleme şüphesi altında bulunan kişiye ise “*sanık*” denilmektedir (CMK m.2). Şüpheli veya sanık statüsünde bulunan kişi, içinde bulunduğu zor koşullar ve psikolojik baskı nedeniyle çoğu kez beyanda bulunurken kendisini gerektiği şekilde iyi ifade edemeyebilecek, aleyhine bir takım olumsuz sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Bu bağlamda kanunkoyucu da şüphe altında bulunan kimsenin beyanı alınırken, onun insanlık onuruna ve temel haklarına saygı gösterilmesini güvence altına almak istemiş, bu muhakeme faaliyetini bir takım kurallara bağlamıştır.

<sup>28</sup> Aynı yönde; SARIGÜL, Ali Tanju: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 169 vd.

<sup>29</sup> Yargıtay’ın maddi sorunu incelememesine rağmen iş yükünün fazla olması göz önüne alındığında sayısı 7’ye indirilen BAM’ların maddi sorunları da incelemesi dosyanın elden çıkma süresini oldukça arttıracaktır. Bkz. ERDEM, s.49, 50. Ayrıca bkz.: YENİSEY /NUHOĞLU, s. 893.

<sup>30</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU, s.193; ÖZBEK vd., s. 247.

<sup>31</sup> CENTEL / ZAFER, s.229.

<sup>32</sup> Hatta kişinin suçsuz olduğu hallerde bile gerçeği gizlemesi mümkündür. Buna kişinin değişik nedenlerle başkasının suçunu üstlenmesi hali örnek verilebilir. TOROSLU / FEYZİOĞLU, s.193.

İfade alma ve sorgu için kural olarak şüpheli veya sanığın öncelikle davet edilmesi gerekir. Eğer davete rağmen, mazereti olmaksızın gelmezse zorla getirilmesine karar verilir. Buna karşın kişi hakkında yakalama emri veya tutuklama kararı verilmesi için gerekli koşullar varsa, şüpheli veya sanık davet edilmeksizin doğrudan zorla getirilmesine de karar verilebilir (CMK m.145-146). Bunun dışında ifadeye davet edilmesine rağmen gelmeyen ya da kendisine ulaşamayan ve aynı zamanda nerede olduğu bilinmeyen şüpheli veyahut da kaçak durumda bulunan sanık hakkında ifade ve sorguyu yapmak amacıyla yakalama emri de çıkartılabilecektir (CMK m.98). Görüldüğü üzere beyanının alınmasına yönelik olarak, nerede olduğu bilinen şüpheli veya sanık hakkında zorla getirme kararı verilmesi; buna karşın nerede olduğu belli olmayan şüpheli veya sanık hakkında ise, kanuni diğer koşulların da bulunmasına bağlı olarak, yakalama emri çıkartılması öngörülmüştür.

Suç isnadı altında bulunan kimsenin uyuşmazlık konusu olaya ilişkin beyanı kolluk, savcı, hâkim veya mahkeme tarafından alınabilir. Suç isnadı altında bulunan kimsenin uyuşmazlık konusu olaya ilişkin beyanının kolluk veya savcı tarafından alınması “ifade alma” olarak nitelendirilirken; bu beyanın hâkim veya mahkeme tarafından alınması ise “sorgu” olarak nitelendirilir (CMK m.2). Suçla ilgili bilgi toplama amacıyla alınan ilk ifadeye “araştırma ifadesi;” ilk ifadeden sonra bu ifadedeki yanlışları bulmak ve karşılaştırma yapmak için alınan ikinci ifadeye ise doğrulatma ifadesi denir<sup>33</sup>.

İfade alma ve sorgunun ne şekilde yapılacağı CMK'nın 147. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca ifade alma ve sorguda kullanılması yasak yöntemler de CMK'nın 148. maddesinde düzenlenmiştir. Kolluk kuvvetleri, ifade alırken, bu düzenlemelerde belirtilen esaslara uymak ve yasak yöntemlerden kaçınmak zorundadırlar. Bununla birlikte susma hakkını kullanmayan sanığa yer gösterme işlemi yaptırılacağına dair özel bir düzenlemeye de CMK'nın 85. maddesinde yer verilmiştir<sup>34</sup>. Birçok yazar tarafından 85. maddedeki yer

---

<sup>33</sup> CENTEL / ZAFER, s.231.

<sup>34</sup> CMK'da susma hakkını kullanmamış olan sanığa, olayın nasıl gerçekleştiğinin olay yerinde, yer göstererek anlatılmasına imkân tanınmıştır. Buna göre; “Cumhuriyet savcısı, kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabilir.” Kanunda gösterilen bazı suçlar (CMK m.250; TMK ek m.14/6) söz konusu olduğunda, adli kolluk amiri de yer gösterme işlemi yaptırmaya

gösterme bir tür keşif işlemi iken, kanaatimizce bu işlemin bir tür doğrulatma ifadesi olarak kabulü gerekir<sup>35</sup>.

## 2.2. Savunma Aracı Olarak Sorgu ve Sanığın Sorgulanma Hakkı

Kanunkoyucu, suç isnadı altında bulunan kimsenin uyuşmazlık konusu olaya ilişkin beyanının hâkim veya mahkeme (bir yargılama makamı) tarafından alınması “sorgu” olarak ifade etmiştir (CMK m.2). Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu işlem, hem bir delil elde etme hem de sanık bakımından önemli bir savunma aracıdır<sup>36</sup>. Bu bağlamda sanığın sorgulanma hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan alt haklardan birisini oluşturmaktadır<sup>37</sup>.

Ceza muhakemesi açısından bu hak, her şeyden evvel bir suç isnadı altında olan kimsenin mahkeme önünde sorgulanmasını ifade eder.

---

yetkilidir. “Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafî de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir (CMK m.85).” Uygulamada “tatbikat” da denilen yer gösterme işleminin gerçekleştirilebilmesi için, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ilk koşul olarak sanığın daha önce beyanda bulunmuş olması gerekir. Nitekim madde metninde geçen “... suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye...” ifadesi, açıkça bu hususa işaret etmektedir. Bu bağlamda yer gösterme bir nevi CMK m.148/5 kapsamında doğrulatma ifadesine benzemektedir. Her ne kadar 148/5. maddede doğrulatma ifadesinin savcı tarafından alınması kabul edilmişse de, buradaki istisnai düzenleme ile bazı suçlar bakımından kolluk amirinin de yer gösterme işlemi yaptırmasına imkân tanımıştır. Bununla birlikte doktrinde ağırlıklı olarak, yer gösterme işleminin keşfe daha yakın olduğu kabul edilmekte ve bu kurum keşiften sonra inceleme konusu yapılmaktadır. KARAKEHYA; Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.221.

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz. CENTEL / ZAFER, s.232.

<sup>36</sup> ÖZTÜRK vd., s. 357.

<sup>37</sup> Sorgu hakkı, AİHM tarafından 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından içtihatlar vasıtasıyla çıkarılan haklardandır. Bu hakkın, adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer iki önemli hak olan silahların eşitliliği ve 3. fıkranın (b) bendinde düzenlenen kendi kendini savunma hakkıyla iç içe olduğu görülmektedir. Çünkü yargılama makamı önünde sorgulanıp kendisine yöneltilen suçlamalara yanıt verme imkanına sahip olmayan sanığın, ne iddia makamı ile eşit silahlara sahip olduğu ne de kendi kendini savunma hakkı olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendindeki haklardan olan kendi kendini savunma hakkı bakımından da sorgulanma hakkı büyük önem taşır. Nitekim kişinin kendi kendini yargılama makamı önünde doğrudan savunduğu en önemli işlem sorgudur. KARAKEHYA, Hakan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Savaş yayınevi, Ankara 2008, s.235 vd.

Bireyler bakımından arzettiği öneme binaen sorgu hakkının kutsal bir hak olduğunu iddia eden yazarlar da vardır. Bu görüşün temel gerekçelerinden birisini ise gerek İslamiyet’te gerekse Hristiyanlıkta yer alan insanın cennetten çıkarılışına ilişkin açıklamalar oluşturmaktadır. Bu bağlamda ilk insan Adem’in cennetten çıkarılışını anlatan gerek Kuran’da gerekse İncil’de metinler bulunmaktadır. Cennetten çıkarmadan önce Allah, Adem’e neden yasak meyveyi yediğini sormuş ve ona söz hakkı tanımıştır. Her iki dine göre de her şeyi bilen ve her şeyden haberdar olan yaratıcının buna rağmen kuluna fiiline ilişkin söz hakkı tanınması, sorgu hakkının kutsal bir hak olduğunu ortaya koymaktadır. Yaratıcının dengi olmayan bir varlık olan insana tanıdığı bu hak öylesine önemli bir haktır ki, bunun eşitler arasında uygulanmaması kabul edilemez<sup>38</sup>.

Bu dar anlamına karşın, sorgulanma hakkı geniş anlamda ele alındığında, ayrıca fiili ve hukuki konularda görüş bildirme yetkisinin sanığa tanınmasını da içerir<sup>39</sup>. Dolayısıyla sanık, iddialar karşısında yargılama makamı tarafından sorgulanma, suçsuzluğunu ortaya koyabilme, kendisine yapılan isnatlara ilişkin hukuki ve fiili konularda görüş bildirme imkanına sahip olmalıdır. Bu bağlamda sanığın duruşma sırasında konuşması ve konuşmasının etkinliğini kaybedecek şekilde kesilmemesi, ortaya konulan her delilden sonra görüşünü bildirmesi ve duruşma sonunda son sözü söyleme hakkının ona verilmesi geniş anlamda sorgu hakkının birer gereğidir<sup>40</sup>.

CMK’da duruşma bakımından, geniş anlamda sorgu hakkının gereği olarak önemli güvenceler getirilmiştir. Sanığın duruşma sırasında sorgulanması (ve hatta sanık dinlenmeksizin istisnai durumlar dışında hüküm kurulamaması) düzenleme altına alınmıştır. Sorgunun sanık ve maddi gerçeğin bulunması bakımından arzettiği önem nedeniyle bu kuruma ilişkin düzenlemelerin de oldukça ayrıntılı olarak yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda sanığın sorgusundan önce yapılacak işlemler,

---

<sup>38</sup> ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.19 vd.

<sup>39</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian: “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999, s.102.

<sup>40</sup> Bu hak temelde duruşmaya ilişkin olmakla birlikte, soruşturma sırasında yargılama makamınca verilen kararlar bakımından, şüphelinin dinlenmesi ve görüşünü kararı verecek yargılama makamı önünde ifade edebilmesini de içerir. SCHROEDER, s.102.

hatırlatılacak haklar detaylı olarak düzenlenmiştir (CMK m.191/3)<sup>41</sup>. Ayrıca yukarıda da incelediğimiz üzere sanığın deliller ve muhakeme açısından diğer önemli hususlara ilişkin olarak müdafî aracılığıyla veya bizatihi olarak görüş bildirme hakkına yer verilmiştir. CMK. m.216/3’de hükümden önce son sözün hazır bulunan sanığa verileceğine ilişkin düzenleme de sorgu hakkının önemli bir yansımasıdır<sup>42</sup>. Nitekim bu şekilde sanık, kendisi hakkında ileri sürülen tüm tez ve delilleri gördükten sonra, mahkeme önünde tüm bunlara karşı genel bir değerlendirme ve görüş bildirme olanağı sahip olmaktadır.

Sorgu hakkına ilişkin bu açıklamalardan sonra ifade etmek gerekir ki, bu çalışmada sorgu hakkı, mahkeme önünde sanığın beyanının alınmasıyla sınırlı olarak, dar kapsamda irdelenecektir. Nitekim çalışmanın odak noktasını, istinaf yargılamasını yapacak BAM ilgili ceza dairesinin sanığın beyanını hangi hallerde ve koşullarda alacağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda sorgu kavramının ve sorgu hakkının geniş anlamda ele alınması çalışmanın temel amacından uzaklaşması ve kapsamının aşırı genişletilmesi sonucunu doğuracaktır.

### 3. İSTİNAF YARGILAMASINDA SORGUNUN YAPILACAĞI MUHAKEME SAFHASI

İstinaf başvurusu yapıldıktan sonra başvuruya ilişkin olarak usuli ve esasa ilişkin dört farklı denetim aşaması öngörülmüştür. Bir başka deyişle,

<sup>41</sup> CMK m.191/3’e göre; “Duruşmada, sırasıyla; a) Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır, b) İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur, c) Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147 nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir, d) Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusu yapılır.

<sup>42</sup> Duruşma sonunda son sözün sanığa verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur ve Yargıtay içtihatları ile ortaya konulduğu üzere CMK m.289/1/h bağlamında hukuka kesin aykırılık oluşturur. Bu bağlamda müdafîi konuştuktan ve sanığa ekleyeceği bir şey olup olmadığı sorulduktan sonra savcı yeniden söz alacak olursa, savcının dinlenmesinden sonra tekrardan savunmaya söz hakkı verilmeli ve yine duruşma sanığın son sözü söylemesi ile bitirilmelidir. KESKİN, Serap: Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s.158, 201.

Sanık adına müdafîi savunmada bulunsa bile, ekleyecek başka bir husus olup olmadığı sanıktan sorulmalı ve en son söz mutlaka sanığa verilmelidir. Yani son söz mutlaka sanığa verilecek hâkim onun etkisine başka hususlar katılmadan karar verecektir. Bu usul kuralı buyurucudur ve savunmanın kısıtlanamayacağı ilkesinin doğal sonucudur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, 8.4.1991 Tarih, 1991/4-83 Esas ve 1991/113 Karar sayılı kararı www.kazanci.com (Erişim tarihi: 11.03.2017).

kanunkoyucu, istinaf kanunyolu bakımından, başvuruya ilişkin dörtlü bir filtreleme mekanizması yapılandırmıştır. Bunlardan ilk ikisi usule ilişkindir ve sırasıyla başvuruyu alan ilk derece mahkemesi ile dosya kendisine gelen BAM ilgili ceza dairesi tarafından gerçekleştirilir. Usuli incelemeler olması dolayısıyla bu iki süreçte sanığın sorgusu mümkün değildir. Nitekim sanığı sorgulamak için esasına girmek olacaktır<sup>43</sup>.

İstinaf kanun yolunda esasa ilişkin ilk denetim inceleme safhasında söz konusu olur. Ancak istinaftaki inceleme safhası, dosya üzerinden yapılan bir denetim şeklinde yapılandırılmıştır. Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, usule ilişkin ön incelemeleri yaptıktan sonra, başvuruyu hukuka uygun bulursa, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri incelemeye geçer<sup>44</sup>. Bu incelemeden sonra (CMK m.280/1); a) İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine karar (*onama kararı*) verir. b) Eğer CMK'nın 303. maddesinin birinci fıkrasının (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığını tespit ederse, bu durumda

<sup>43</sup> İstinaf sürecindeki ilk usuli denetim, hükmü veren ilk derece mahkemesi tarafından gerçekleştirilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere istinaf başvurusu hükmü veren mahkemeye yapılmaktadır. CENTEL / ZAFER, s.815; Dolayısıyla doğrudan incelemeyi yapacak bölge adliye mahkemesine başvurulması suretiyle istinafa başvurulması söz konusu olmaz. Başvuruyu alan mahkeme ise öncelikle usuli bir inceleme yapar. ŞAHİN / GÖKTÜRK, s.248; İnceleme neticesinde başvurunun hukuka uygun olarak gerçekleştirilmediğini tespit ederse, onu reddeder. TURHAN, s.408; Bu bağlamda; *istinaf istemi, kanuni sürenin geçmesinden sonra veya aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak bir hükme karşı yapılmışsa ya da istinaf yoluna başvuranın buna hakkı yoksa hükmü veren mahkeme bir kararla dilekçeyi reddeder (CMK m.276/1)*. İstinaf sürecindeki ikinci usuli denetim BAM ilgili ceza dairesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Aleyhine istinafa başvurulmuş hükmü ilişkin dosya BAM'a geldikten sonra, ilgili ceza dairesi dosya hakkında usulden bir ön inceleme yapar. Bu ön incelemeden sonra; a) *Bölge adliye mahkemesinin yetkili olmadığından anlaşılması halinde dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine*, b) *Bölge adliye mahkemesine başvurunun süresi içinde yapılmadığının, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığından, başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması halinde istinaf başvurusunun reddine karar verilir. Bu kararlar itiraza tabidir (CMK m.279)*. Görüldüğü üzere kanunkoyucu, bu hususlardan çoğu ilk derece mahkemesi tarafından denetlendiği halde, bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinin de söz konusu usuli hususlara ilişkin ayrıca bir ön inceleme yapmasını hükmü bağlamıştır. KARAKEHYA, (2016) s.624.

<sup>44</sup> CENTEL / ZAFER, s.818.



hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esaslan reddine (*düzelterek onamaya-ıslaha*) hükmeder. c) İlk derece mahkemesinin kararında 289. maddede belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin (kesin hukuka aykırılık hali-mutlak bozma sebebi) bulunması halinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar (*bozma kararı*) verir<sup>45</sup>. d) Diğer hallerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra davanın yeniden görülmesine ve duruşma<sup>46</sup> hazırlığı işlemlerine başlanmasına hükmeder<sup>47</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz üzere BAM ilgili ceza dairesi, inceleme safhasındaki denetimi, kural olarak dosya üzerinde yapar. Bu incelemeye tarafların katılma yetkisi yoktur. Dolayısıyla tarafların istinaf yargılamasına katılmaları, ancak (d) bendinde belirttiğimiz halde ve aşağıda ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere davanın yeniden görülmesine hükmedilmesi durumunda mümkün olabilecektir<sup>48</sup>. Sonuç olarak istinaf başvurusu üzerine, dosya üzerinden yapılan inceleme safhasında sanığın sorgusunun yapılması söz konusu olmaz.

Dosya üzerinden gerçekleştirilen inceleme safhası sonunda, bölge adliye mahkemesi ilgili ceza dairesinin davanın yeniden görülmesine karar verdiği hallerde, istinaf başvurusu üzerine esasa ilişkin incelemenin duruşmalı olarak yapılacağı yeni bir aşamaya geçilmiş olur. Ceza dairesi davanın yeniden görülmesine (duruşma açılmasına) karar verdiğinde, aynı

<sup>45</sup> ÖZBEK vd., s. 838; TURHAN, s.409.

<sup>46</sup> Duruşma hazırlığı devresinde saptanan günde, yetkili İstinaf mahkemesinin duruşma salonunda yoklama ile başlayıp hükme iştirak edecek hâkimlerin huzuru, zabıt kâtibinin yerini alması, savcı ve kural olarak, sanığın ve müdafinin katılımıyla ara vermeksizin, halka açık ve sözlü olarak cereyan eden, CMK'nın öngördüğü genel hükümlere göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporunun ve ilk derece mahkemesinin gerekçeli hükmünün okunmasının geçilen, bir kez daha delillerin ikame edilip tartışılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ve on sözün sanığa verilmesiyle sona eren BAM işlemine, 'İstinaf duruşması' denmektedir. AB, s. 148.

<sup>47</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki; bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi sonunda verebileceği kararları düzenleyen CMK'nın 280. maddesinde, düşme kararından söz edilmemekteyse de, af, zamanaşımı gibi davayı düşüren nedenlerin bu aşamada ortaya çıkması halinde, düşme dışında bir karar verilmesi düşünülemez. TOROSLU / FEYZİOĞLU, s.348; Bu bağlamda düşme de istinaf incelemesi sonucunda verilebilecek kararlardan birisidir. ÇINAR, s.136.

<sup>48</sup> ÖZBEK vd., s. 838.

zamanda duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasını da hükme bağlar. Bu bağlamda bölge adliye mahkemesi ceza dairesi başkanı veya onun görevlendireceği üye, tıpkı ilk derece yargılamasında olduğu gibi, CMK m.175'e göre, duruşma gününü saptar, davetiye çıkartılması gereken kimselere davetiye çıkarmak suretiyle, gerekli çağrılarını yapar<sup>49</sup>. Tutuksuz sanığa yapılacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davasının reddedileceği ayrıca bildirilir (CMK m.281/1)<sup>50</sup>. Ayrıca mahkeme, yeniden yapılacak yargılamaya ilişkin olarak, yapılması gereken keşiflerin yapılmasına, dinlenmesi gereken tanık ve bilirkişilerin dinlenmesine de karar verir<sup>51</sup>. Böylelikle kanunkoyucu, burada da tıpkı ilk derece yargılamasında olduğu gibi, bir tür tensip zaptı (duruşmaya hazırlık tutanağı) tutulmasını hükme bağlamıştır (CMK m.281/2). İstinaf duruşması duruşma hazırlığında belirlenen gün ve saatte başlar. İstinaf duruşmasında da kural olarak ilk derece yargılamasındaki esaslara göre hareket edilir. Dolayısıyla ilk derece yargılamasında duruşma nasıl açılıp yürütülüyorsa (Bkz. CMK m.191 vd.) istinaf yargılamasında da ilke olarak öyle yapılır<sup>52</sup>. Ancak (CMK m.282); a) *Duruşma, bu Kanunun öngördüğü genel hükümlere*

<sup>49</sup> ÇINAR, s. 165; ÖZBEK vd., s. 839; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s.250.

<sup>50</sup> CENTEL / ZAFER,s.819; Kanaatimizece sanığın duruşmaya gelmemiş olması doğrudan kanun yolu başvurusunun reddine neden olmamalıdır. Bundan kaynaklanan zararların giderilmesinin mazeretsiz gelmeyen sanığa yükletilmesi makul olmakla birlikte, gelmemenin doğrudan kanun yolu davasının reddine neden olması ağır bir uygulama olacaktır. Ancak kanunkoyucu bu şekilde hareket etmek bakımından mahkemeye pek de bir seçenek bırakmamış ve "... reddedileceği ayrıca bildirilir." demek suretiyle, emredici bir düzenleme getirmiştir. Özbek vd.' na göre düzenleme ile tutuklu ve tutuksuz sanık arasında yaratılan ayırımın bilimsel bir temeli yoktur. Ceza davası kamusal niteliktedir ve şahsi dava usulüne benzetilerek böyle bir düzenleme getirilmesi adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaktadır. ÖZBEK vd., s. 839; Benzer şekilde Kaymaz da sanığın duruşmada hazır bulunması için CMK'da öngörülmüş olan çeşitli imkânların varlığına ve hukuka uygun bir karar verilmesinde kamunun da menfaatinin bulunmasına rağmen yapılmış bu düzenlemeyi adil yargılanma hakkına aykırı bulmaktadır. KAYMAZ, Seydi: "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 74 (1), 2016, s. 118 vd.; Aynı yönde, BALO, s. 235 vd.; ÖZTÜRK vd., s. 719 vd.; Sarıgül'e göre ise; düzenleme uygulamada pek çok soruna yol açabilecek yetersiz bir düzenlemedir. Sanığın mazeretinin bulunması, vekille temsil edilmesi gibi hususlar düzenlenmiş değildir. Ayrıca katılan bakımından böyle bir hükme yer verilmemiş olması silahların eşitliği prensibine aykırıdır. SARIGÜL, s. 132.

<sup>51</sup> ÖZBEK vd., s. 840; ÜNVER / HAKERİ, s.798.

<sup>52</sup> ÖZTÜRK vd., s. 715; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s.250.

*göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu okunur. b) İlk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü de okunur. c) İlk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları, bilirkişi raporu, bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar okunur. d) Bölge adliye mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağrılır.* Bu belirtilen hususlar istinaf duruşmasının da ilk derece duruşmasındaki gibi yapılacağı kuralının istisnalarını oluşturmaktadır<sup>53</sup>. Bu bağlamda ilk derece yargılamasında duruşmanın başında iddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılırken, istinaf duruşmasında görevlendirilen üyenin inceleme raporunun okunması hükme bağlanmıştır. İnceleme raporunun yanı sıra, ilk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü de okunacaktır. Bunun yanında ilk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları, bilirkişi raporu, bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporların da istinaf duruşmasında okunması hükme bağlanmıştır. Burada okumadan anlaşılması gereken her bir belgenin baştan sona okunması değil; bilakis bunların hulasasının okunmasıdır. Aksi takdirde tüm dosya içeriğinin tek tek okunması işin doğasına aykırı olacak ve fazlasıyla zaman alacaktır. Bu bağlamda istinaf duruşmasında, ilk derece yargılamasında olduğu gibi tanıkları mutlaka dinleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ceza dairesi bunlardan sadece tekrar dinlenmesini gerekli gördüklerini dinleyecektir<sup>54</sup>. Ayrıca ceza dairesi yeniden keşif yapabileceği gibi, ilk derece yargılamasında yapılan keşfe ilişkin tutanakların okunmasıyla da yetinebilecektir. Bunun yanında yeniden bilirkişi dinleyebileceği gibi, ilk derece mahkemesi tarafından görevlendirilmiş bilirkişi raporunun okunmasıyla da yetinebilecektir<sup>55</sup>. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, kanunkoyucu istinaf yargılamasını yapan ceza dairesine uyumsuzluk konusu olaya ilişkin her bir delille

<sup>53</sup> ÇINAR, s. 166; ÜNSAL, s. 271.

<sup>54</sup> KAYMAZ, s. 117; ÜNSAL, s. 272.

<sup>55</sup> SOYASLAN, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 551; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 350; ÜNSAL, s. 272, 274.

doğrudan temas etme zorunluluğu getirmemiş, bu konuda takdir hakkı tanımıştır. Bu bağlamda daire istediği delillerle gerekli gördüğü doğrudan temas ederken, diğer delillerle dosya üzerinden temas etmekle yetinebilecektir<sup>56</sup>.

Sanığın sorgusu ise kural olarak, istinaf yargılamasını yapan ceza dairesinin takdir yetkisi kapsamında değildir. Nitekim sorgu, yukarıda sayılan istisnalar arasında yer almamaktadır. İstisnaların söz konusu olmadığı hallerde ise istinaf duruşması, ilk derece yargılamasına yapılan yollama gereği, ilk derece yargılamasında olduğu şekliyle gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla istinaf yargılamasında da sanığın sorgusu, tıpkı ilk derece mahkemesinde olduğu gibi CMK m.147’de gösterilen esaslara göre, delillerin ikamesinden önce gerçekleştirilecektir<sup>57</sup>. Dolayısıyla istinaf yargılamasının dosya üzerinden gerçekleştirilen inceleme aşamasında, yeniden yargılama yapılması dışındaki kararlar verildiğinde, istinaf süreci sanık sorgulanmaksızın sona erdirilecektir. Yeniden yargılamaya karar verildiğinde ise duruşmada sanığın sorgusu yapılacaktır. Bu bağlamda, istinaf incelemesi ancak duruşma açılmak suretiyle gerçekleştirilirse, sanığın sorgusunun yapılması mümkün olur. Bu sorgunun zorunlu olup olmadığına ilişkin açıklamaları ise aşağıda ayrı bir başlık altında ele almayı uygun buluyoruz.

#### **4. İSTİNAF DURUŞMASINDA SORGUNUN YAPILMASININ ZORUNLU OLUP OLMADIĞININ TESPİTİ**

##### **4.1. Genel Olarak**

İstinaf yargılaması inceleme aşaması sonunda bitirilmemiş ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilerek duruşma açılmışsa, artık bu aşamadan sonra hüküm verilmeden önce sanığın sorgusunun yapılması esastır. Nitekim istinaf duruşmasının, ilk derece duruşmasıyla aynı şekilde yapılacağını düzenleyen kuralın CMK m.282’deki istisnaları arasında “sorgu işlemi” yer almamaktadır. Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamaları yukarıdaki başlık altında yapmıştık. Dolayısıyla, istinaf duruşmasındaki sorgu bakımından ilk derece yargılamasındaki sorguya ilişkin kurallar geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, ilk derece yargılamasında sanığın

---

<sup>56</sup> CMK ile dar anlamda istinaf kabul edilmiştir. Dar anlamda istinafta ilk derece mahkemesindeki yargılama Bölge Adliye Mahkemesi önünde aynen tekrarlanmaz; maddi vakıalar yalnızca gereken hususlarda yeniden incelenir. ÖZEN, s. 2336.

<sup>57</sup> KAYMAZ, s. 117; AB, s. 150.

sorgusunun yapılmasının zorunlu olduğu hallerde istinaf yargılamasında da sorgusunun yapılması zorunludur. Bu bağlamda kural olarak istinaf duruşmasında sanığın sorgusunun yapılması esastır<sup>58</sup>. Nitekim CMK m.193/1'e göre; kural olarak sanığın gelmediği hallerde duruşma yapılamaz. Ayrıca CMK m.191/3/d'de de, duruşmanın akışı sırasında hakları hatırlatıldıktan sonra ve deliller ikame edilmeden önce sanığın sorgusunun yapılması esas kabul edilmiştir.

#### **4.2.Sorgunun Yapılmasının Esas Olduğu Kuralının İstisnası: Mahkûmiyet Dışında Karar Verilecek Olması**

İstinaf duruşması açıldığında esas olarak sanığın sorgusu yapılmalıdır. Bununla birlikte; mahkûmiyet kararı dışında başkaca karar verilecekse, sanığın sorgusu yapılmaksızın muhakemenin sona erdirilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz<sup>59</sup>. Nitekim CMK m.193/2'ye göre; *“sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir.”* Ayrıca CMK m.247/3'e göre de, *“kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez.”* Bu hükümler karşısında eğer sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi söz konusuysa, mahkeme mutlaka onun sorgusunu yapmış olmalıdır. Eğer sorgu yapılmadıysa; delillerle temas edebilecek, diğer muhakeme işlemlerini gerçekleştirebilecek ama mahkûmiyet kararı veremeyecektir. Dolayısıyla sanık ele geçmezse ve sorgusu yapılamazsa, dava zamanaşımı süresi doluncaya kadar dosya açık bekleyecektir. Kanunkoyucu bu düzenlemelerle, birisinin mahkûm edilmeden önce, en azından bir kez olsun hakkında hüküm kuracak merci önünde savunma yapmasına imkân tanınması zorunluluğunu kabul etmiştir.

Gerçekten de mahkemenin hiç görmediği, söz hakkı vermediği birisi hakkında mahkûmiyet hükmü kurması, muhakemenin amaçları

<sup>58</sup> Aynı yönde bkz. SARIGÜL, s. 111; ÜNSAL, s. 279.

<sup>59</sup> Şahin'e göre de CMK düzenlemeleri göz önüne alındığında sorgusu yapılmamış sanıkla ilgili olarak yapılan yargılamanın sonunda verilemeyecek tek karar mahkûmiyet kararıdır. ŞAHİN, Cumhuriyet: “Dava Zamanaşımı Sanığın Aklanmasına Engel Olabilir mi? Beraat Kararı ile Zamanaşımı Dolayısıyla Verilen Düşme Kararı Arasındaki Öncelik İlişkisi”, Adalet Dergisi, (45), 2013, s. 229 vd. Aynı yönde bkz. ALBAYRAK, Mustafa: Notlu Atıflı Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 316 vd.; YURTCAN, Erdener: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 759; SARIGÜL, s. 112.

bakımından ciddi sakıncalar ortaya çıkartabilecektir. Buna karşın mahkemenin söz hakkı verdiği sanık, susma hakkını kullanabilir ya da kaçak durumunda olması nedeniyle savunma yapmaması kendi kusurlu hareketinden kaynaklanmış olabilir. Ama ne olursa olsun kamusal menfaatin ağır bastığı bir yargılama hukuku dalında, kişinin kendi kusurundan kaynaklansa bile savunma imkânı verilmeksizin mahkûm edilmesi kabul edilmemelidir. Zaten sanığın yokluğunda hüküm kurulsa bile ele geçirilmediği sürece mahkûmiyet hükmünün infazı mümkün olmayacaktır. Ele geçirilmesi imkânı varsa, yakalandıktan sonra sorgusunun yapılması ve böylece mahkûm edilmesinde bir sakınca olmayacaktır. Aksi takdirde sorgusuz sanığın mahkûmiyetine imkân tanınırsa, değişik nedenlerle mahkemeye gelememiş bulunan birçok kişi bakımından hiç savunma yapmaksızın mahkûm edilme tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda sanığın en az bir kez sorgulanmaksızın mahkûm edilememesine dair kanuni düzenlemeleri yerinde bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

Mahkûmiyet dışında diğer hüküm çeşitleri kurularak muhakemenin bitirilmesi imkânı varsa, mahkemenin bu konuda takdir yetkisini kullanarak sanığı sorgulamaksızın hüküm kurabileceği kanaatinde olduğumuzu ifade etmiştik. Ancak belirtmek gerekir ki, bu hallerde de sanığın sorgusu esastır. Ama mahkemenin sorguyu yapmama imkânı da vardır. CMK m.193/2 ve m.247/3 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde bu husus açıkça ortaya çıkmaktadır. Ancak uygulamada Yargıtay birçok kararında, mahkûmiyet dışındaki diğer hüküm çeşitlerinin kurulması bakımından da sanığın sorgulanmasını zorunlu kabul etmektedir. Yargıtay'a göre, sorgusu yapılmayan sanık hakkında, yalnızca ilk bakışta eylemin suç oluşturmadığının anlaşılması haliyle sınırlı olarak beraat kararı verilebilecektir. Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Dairelerinin de bu yönde karar verdiği görülmektedir<sup>60</sup>. Bu konuda CMUK döneminde

---

<sup>60</sup> ...Ceza Yargılama Yasasında mahkemeye gelmemiş sanık hakkında duruşma yapılmayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olarak öngörülen karar tarihinde yürürlükte bulunan CMUK.nun 223. ( 5271 sayılı CMK.nun 193/2. ) maddesinin beraat kararı yönünden dosya kapsamına göre ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağına anlaşılması hali ile sınırlı olarak uygulama yerinin mevcut olduğu, sanığın sorgusu yapılmadan mevcut kanıtlar tartışılarak delil takdir suretiyle karar verilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden sorgusu yapılmayan sanığın delil taktirine girilmek suretiyle beraatine karar verilmesi,... Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 01.05.2006 Tarih, 2005/8963 Esas ve 2006/3604 Karar sayılı kararı [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim

verilmiş bir içtihadı birleştirme kararı (İBK) da bulunmaktadır<sup>61</sup>. Ancak gerek sonradan CMUK'ta yapılan değişiklikler<sup>62</sup> gerekse CMK'nın yukarıda açıkladığımız hükümleri dikkate alındığında bu uygulamanın hukuka aykırılığının açıkça ortaya çıktığı kanaatindeyiz<sup>63</sup>. Nitekim sorgusu yapılmamış sanık hakkında mahkûmiyet dışındaki hükümlerin kurulabileceği yönünde de Yargıtay kararları verildiği görülmektedir<sup>64</sup>.

tarihi: 11.03.2017); "Sanığın sorgusu yapılmadan delil takdiri suretiyle beraat kararı verilemez." ilkesi 1412 sayılı Yasadaki düzenleme ile paralel 5271 sayılı Yasanın 193/2. maddesinde de yer almıştır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 18.04.2006 Tarih, 2004/10995 Esas ve 2006/9598 Karar sayılı kararı. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 11.03.2017). Aynı yönde; Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 16.02.2010 Tarih, 2009/3153 Esas ve 2010/4213 Karar sayılı kararı. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 11.03.2017). Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri de aynı yönde karar vermektedir: İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesi'nin 06.09.2016 Tarih, 2016/1 Esas ve 2016/1 Karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesi'nin 13.10.2016 Tarih, 2016/14 Esas ve 2016/16 Karar sayılı kararı Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 23.02.2017).

<sup>61</sup> Söz konusu karara göre mahkemece herhangi bir hüküm kurulabilmesi için sanığın sorgusunun mutlaka yapılmış olması lazımdır. Belirtelim ki o dönemde CMUK'da sanığın sorgusuna ilişkin istisnai bir düzenleme bulunmuyordu. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Umumi Heyeti'nin 13.05.1974 Tarih, 1974/6 Esas ve 1974/5 Karar sayılı kararı. ŞENER, Esat: Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 1095.

<sup>62</sup> 21.05.1985 tarih ve 3206 sayılı Kanununun 46. Maddesi ile 1412 sayılı CMUK'un sanığın sorgusuna ilişkin hiçbir istisna getirmeyen 223. Maddesinin ilk fıkrasına "bu kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla" ibaresi eklenmiş ve dördüncü fıkra ile de mahkûmiyet dışında her türlü kararın sanığın yokluğunda verilebilmesi kabul edilmiştir. SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu C.1, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 971 vd.

<sup>63</sup> Aynı yönde bkz. ŞAHİN, s. 229 vd.

<sup>64</sup> CMK'nın 193/1. maddesinde hazır bulunmayan sanıklar hakkında duruşma yapılamayacağı kuralı getirilirken, sorgusu yapılmamış olsa dahi toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesine olanak sağlanmıştır. Derhal beraat kararı verilebilecek haller ile bağlantısı olmaksızın Yasa'nın 193/2. maddesi uyarınca sorgusu yapılmamış olsa bile delillerin takdiri sonucunda ulaşılabilecek kaniya göre beraat kararı verilebilir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2.11.2011 Tarih ve 2009/19231 Esas ve 2011/20237 Karar sayılı kararı. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 11.03.2017). Aynı yönde, Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 07.12.2015 Tarih, 2015/9292 Esas ve 2015/31591 Karar sayılı kararı. www.kazanci.com (Erişim tarihi: 14.03.2017).

### **4.3. Yargılamaya İlişkin Tüm İşlemler Yapıldıktan Sonra, Hüküm Kurmaksızın Sanığın Yakalanmasının Beklenmesinin Mahkeme Bakımından İhsas-ı Rey Oluşturup Oluşturmayacağı Sorunu**

Kaçak sanık hakkında diğer hüküm çeşitleri kurulmadan yakalama emri çıkartılıp yargılamanın bekletilmesi durumunda mahkemenin ihsas-ı reyde bulunmuş olabileceği hususu akla gelebilir. Gerçekten de mahkeme, tüm deliller ortaya konduktan ve diğer gerekli muhakeme işlemleri yapıldıktan sonra, sanık hakkında hüküm kurmayıp yakalanmasını bekliyorsa; bu davranışın sanık hakkında mahkûmiyet verileceğinin göstergesi olacağı düşünülebilir. Ancak biz bu kanaatte değiliz. Şöyle ki; yargılama sonunda kaçak sanık hakkında diğer hüküm çeşitleri verilmeyip, onun yakalanması bekleniyorsa, mahkûmiyet kararı verilmesi ihtimali yüksektir. Ancak bu ihtimal çoğu kez hakkında tutuklama kararı verilen sanığın mahkûm olma ihtimali kadardır. Dolayısıyla buradan hareket edilirse, mahkeme sanığın tutukluluğuna veya tutukluluğunun devamına karar verdiğinde de ihsas-ı reyde bulunmuş kabul edilmelidir.

Yargılama makamının sanık hakkında kuvvetli şüphe olduğunu yaptığı işlemlerle ortaya koyması, onun hakkında suçluluğa dair vicdani kanaate ulaştığı şeklinde yorumlanamaz. Kaldı ki, kuvvetli şüphe, tutuklama gibi bazı kararları vermek bakımından yeterli iken; mahkûmiyet hükmü kurmak için yeterli değildir. Bu bağlamda yargılama sonunda sanığın yakalanmasını bekleyen mahkeme, sanık aleyhine ciddi delillerin olduğunu bu şekilde hareket etmekle ortaya koymaktadır. Ancak bu hareket tarzı önemli bir delil olan sanık beyanı alındıktan sonra da mahkemenin mutlaka mahkûmiyet kararı vereceği şeklinde yorumlanamaz. Nitekim savunma hakkını kullanan sanık yakalandıktan sonra ileri süreceği hususlarla kendisinin suçsuzluğunu ortaya koyabilecek veya en azından suçluluğunu şüpheli hale getirebilecektir. Bu nedenle sanık hakkında yakalama emri çıkartılarak muhakemenin bekletilmesi; ancak sanık hakkında ciddi delillerin olduğu ve beyanının alınmasının muhakeme bakımından önem arz ettiği şeklinde yorumlanabilir. Yoksa bu durum ihsas-ı rey olarak kabul edilemez.



#### **4.4. İlk Derece Yargılamasında Yapılan Sorgunun İstinaf Duruşmasındaki Sorgunun Yerine İkame Edilip Edilemeyeceği Sorunu**

İstinaf yargılamasında sanığın sorgusuna ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir başka konu da, ilk derece mahkemesinde yapılan sorgunun istinaf yargılamasında yapılacak sorgunun yerine ikame edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Nitekim katıldığımız toplantılarda bir araya geldiğimiz uygulamadaki birçok meslektaş, ilk derece yargılamasında sanığın sorgusu yapılmışsa, ona savunma hakkı verilmiş sayılması gerektiğini ve bir kanunyolu olan istinaf yargılamasında bu sorgunun yeniden alınmasına gerek olmadığını ileri sürmektedirler. Öncelikle belirtmek gerekir ki; hükmü verecek mahkemenin sanık beyanıyla doğrudan temas etmesi esastır. Bu bağlamda ilk derece yargılamasında sanık soruşturma sırasında sorgulanmış olsa bile, yargılamayı yapacak mahkeme tarafından da ayrıca sorgulanmalıdır. Bu husus hem maddi gerçeğe daha sağlıklı ulaşmayı sağlayan doğrudan doğrualık ilkesinin bir gereği hem de sanığın kendisi hakkında hüküm kuracak merci önünde savunma hakkının bir yansımasıdır. Kanunyolu incelemesi sırasında sanığın sorgusunun zorunlu olup olmadığına gelince, her kanunyolu incelemesinde sanığın sorgusunun yapılması gerekli değildir. Ancak maddi sorunun ele alındığı ve duruşmalı olarak yapılan bir denetim mekanizmasında, sanığın sorgusunun yapılması güvence altına alınmalıdır. Ancak CMUK hükümlerinin yürürlükte bulunduğu dönemde iki dereceli yapılan ceza muhakemesi faaliyetinin temyiz aşamasında sanığın sorgusunun yapılması gibi bir zorunluluk bulunmamaktaydı. Zaten kanuni düzenlemeye bakıldığında da temyiz sadece hukuki denetim yapmak üzere yapılandırıldığı görülmekteydi. Bu bağlamda maddi sorun incelemesi yapacak bir merci olmaması nedeniyle, Yargıtay kanunyolu incelemesinde yapacağı denetimin kapsamını içtihatları vasıtasıyla genişletmiş ve bizde uzunca bir süre genişletilmiş temyiz uygulanmıştır. Zaten normatif anlamda sorunlu olan ve çoğu kez dosya üzerinden gerçekleştirilen bu temyiz incelemesinde sanığın sorgusu zorunluluğu bulunmamaktaydı. Ancak istinaf gibi maddi sorun incelemesi yapılması için yapılandırılmış bir kanun yolunda, sanığın sorgusunu teminat altına almak gerekirdi. Kanunkoyucu da bu noktadan ikili bir ayırım yapmış, duruşma açılmayan hallerde sanığın sorgusu yapılmaksızın istinaf incelemesinin yapılması esasını kabul etmiş; duruşma açılan hallerde ise kural olarak sanığın sorgusunun yapılmasını öngörmüştür. Nitekim istinaf

duruşmasında sanığın sorgusunun yapılmasını, 282. maddedeki istisnalar arasına almamış ve tıpkı ilk derece yargılamasında olduğu gibi istinaf duruşmasında da sorguyu esas olarak kabul etmiştir<sup>65</sup>.

Sonuç olarak istinaf duruşmasında sanığın sorgusunun esas olduğu ve yargılama sonunda sanığın sorgulanmadan mahkûm edilmesinin hukuken mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Peki, istinaf kanunyolu bakımından bu sorgu *ses ve görüntü bilişim sistemi* (SEGBİS) kullanımı yoluyla yapılabilecek midir? Buna ilişkin hususları aşağıda ayrı bir başlık altında ele almayı uygun buluyoruz.

## **5. İSTİNAF DURUŞMASINDA SORGUNUN SEGBİS YOLUYLA YAPILIP YAPILAMAYACAĞININ BELİRLENMESİ**

### **5.1. Genel Olarak Teknolojik Gelişmelerin Ceza Muhakemesine Adapte Edilmesinin Gerekliliği ve SEGBİS**

Ceza muhakemesinde teknolojik imkânlardan faydalanmak gerek ispat gerekse de muhakeme işlemleri bakımından insanlığa büyük imkân ve kolaylıklar sağlamaktadır. Bu bağlamda daha etkin bir ceza muhakemesi faaliyeti için teknolojinin yakından takip edilmesi ve yeniliklerin gerekli alt yapısı hazırlanarak ceza muhakemesine adapte edilmesinde ciddi fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda ses ve görüntü nakli yapan sistemlerin ceza muhakemesinde kullanılması da büyük faydaları beraberinde getirmektedir. Gerçekten de bir sanık veya tanığın bulunduğu yerden kilometrelerce uzaktaki esas mahkemesine getirilmesi, gerek zaman gerekse ekonomik anlamda önemli kayıplara neden olmaktadır. Ayrıca birçok kez örneklerini yaşadığımızı üzere bu nakiller sırasında özellikle sanıkların hayatları ve vücut bütünlükleri bakımından ciddi tehlikeler ortaya çıkabilmektedir<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Sanık istinaf duruşmasında susma hakkını kullanmış ise ilk derece yargılamasında ifadesi delil olarak okunabilir. SARIGÜL, s. 112.

<sup>66</sup> Nakiller sırasında yaşanabilecek tehlikelere örnek olması bakımından şu haberi paylaşmayı uygun buluyoruz: “*KAYSERİ'nin Pınarbaşı İlçesi yakınlarında 16 Eylül 2011 tarihinde, Van ve Muş cezaevlerinden İstanbul Metris'e nakledilen 5 mahkûmun ölümüyle sonuçlanan cezaevi aracının yanmasıyla ilgili açılan kamu davasının görülmesine, Kayseri 1'inci Ağır Ceza Mahkemesi'nde devam edildi. Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda, yangının aracın yakıtından ve yakıt sisteminden kaynaklandığı, mahkûm nakil aracında acil çıkış kapısının olmadığı bildirildi. Olay, 16 Eylül 2011 tarihinde Kayseri'nin Pınarbaşı İlçesi yakınlarında meydana geldi. Cafer*

Ancak bu sistemleri kullanırken gerekli alt yapının sağlanması özellikle adil yargılanma hakkı bakımından önem arz etmektedir. Nitekim sanığın hakkında hüküm kuracak mahkeme önündeki işlemlerde doğrudan hazır bulunması ve delillerin tartışılmasına etkin olarak katılması adil yargılanma hakkının gereğidir. Dolayısıyla sorgu bakımından ancak zaruri ve sanığın duruşmada hazır bulundurulmasının zorluğunun açıkça belli olduğu hallerde SEGBİS'ten faydalanılması gerekir. Bu tür zorlukların olmadığı hallerde, keyfi olarak sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının kısıtlanması kabul edilemez. Bununla birlikte zorunlu hallerde sorguda kullanılacak ses ve görüntü sistemi öyle bir alt yapıya sahip olmalıdır ki, sanık duruşma salonundaki gibi sesleri duyabilmeli ve duruşmaya katılan kimseleri takip edebilmelidir. Bu sırada görüntünün ve seslerin netliğine ilişkin problemler yaşamamalı, benzer şekilde müdafî ile savunmaya ilişkin gizli olarak görüşme imkânına sahip olmalıdır. Bu tür imkânların sağlandığı bir altyapının kurulması halinde ses ve görüntü nakleden sistemlerin ceza muhakemesinde kullanılmasında bir sakınca bulunmamakta; bilakis muhakemeye çok önemli katkılar sağlamaktadır. Bu bağlamda bizdeki SEGBİS'in ne kadar sağlıklı olduğu tartışmaya açıktır.

## **5.2. AİHM'nin Sorguda SEGBİS Benzeri Sistemlerin Kullanılmasına İlişkin Bakış Açısı**

Sanığın, hakkında hüküm kuracak mahkeme önünde sorgulanma imkânına sahip olması, savunma bakımından son derece önemlidir ve adil yargılanma hakkının bir gereğini oluşturur. Bu bağlamda AİHS de sanığın özellikle esas mahkemesi tarafından sorgulanma imkânına sahip olmasını savunma hakkının bir gereği olarak kabul ettiği görülmektedir. Bu bağlamda Türkiye ile ilgili verilmiş olan Zana / Türkiye kararı oldukça yol göstericidir. Bu karara ilişkin uyuşmazlık konusu olayda, Zana istinabe yoluyla sorgusunun yapıldığı Aydın Ağır Ceza Mahkemesinde Türkçe bilmesine rağmen Kürtçe olarak savunmasını yapmak istemiştir.

---

*Sarı yönetimindeki 34 B 2564 plakalı cezaevi ring aracı çıkan yangında tamamen yandı. Araçta bulunan; İstanbul Metris Cezaevi'ne nakledilmeleri için Van ve Muş cezaevlerinden alınan hükümlü Sinan Aşğa ve Medeni Demir ile tutuklu Abdulsettar Ölmez, Akif Karamalı ve İsmet Evin, araç içerisindeki hücrelerden çıkamayınca yanarak öldü. Aracın arka kısmındaki 10 asker ile ön kısmında bulunan komutan, komutan yardımcısı ve 2 şoför ise yara almadan kurtuldu.” Beş Mahkûmun yanarak Ölme Nedeni belli oldu başlıklı haber, Hürriyet Gazetesi (01.04.2013), <http://www.hurriyet.com.tr/5-mahkumun-yanarak-olme-nedeni-belli-oldu-22943538> (Erişim tarihi: 16.03.2017).*

Mahkeme ısrarla bu tutumunu sürdüren sanığın savunma hakkından vazgeçtiğine karar vermiştir. AİHM ise, sanığın Kürtçe konuşmasının savunma hakkından vazgeçtiği, asıl yargılamayı yapan mahkeme önündeki duruşmalara katılmaktan feragat ettiği şeklinde yorumlanamayacağını kabul ederek<sup>67</sup>, sanığın kendi kendini savunma (m.6/3/c) ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir<sup>68</sup>. Bu bağlamda AİHM'ye göre, esas mahkemesi önünde yargılanma hakkı öylesine önemli bir haktır ki; istinabe yoluyla sorgusunda bilmesine rağmen sürekli Türkçe konuşmamakta ısrar eden sanığın bu tür davranışları dahi esas mahkemesi önünde sorgulanmaktan, savunma yapmaktan vazgeçtiği anlamında yorumlanamaz<sup>69</sup>.

Sanığın sorgusunun SEGBİS benzeri sistemlerle yapılmasının adil yargılanma hakkını zedeleyip zedelemeyeceği, AİHM tarafından Marcello Viola / İtalya davasında ele alınmıştır. Bu karar konumuz bakımından özel önem arz etmektedir. Nitekim uyuşmazlık konusu olay istinaf yargılamasında sanığın rızası hilafına SEGBİS benzeri sistemler vasıtasıyla sorgusunun yapılıp yapılamayacağına ilişkindir. Zorunluluk bulunması durumunda, sanık rıza göstermese bile istinaf yargılamasında SEGBİS benzeri sistemler yoluyla sorgunun yapılmasını adil yargılanma hakkı bakımından sorunlu bulmamıştır. Ancak bunun için ses ve görüntü bilişim sisteminin bir takım alt yapı koşullarını sağlaması gereklidir. Aksi takdirde adil yargılanma hakkı bakımından sorunlar ortaya çıkabilecektir.

Uyuşmazlık konusu olayda, Marcello Viola, 2. derece (second set) istinaf yargılaması sırasında yapılan duruşmalara (appeal hearings), rızası olmaksızın ses ve görüntü bilişim sistemi kullanılmak suretiyle katılma imkânı bulabilmiş, tutuklu bulunduğu hapisshanedeki duruşma salonuna

---

<sup>67</sup> Bu noktada ayrıca belirtmek isteriz ki; AİHM burada tercümandan faydalanma hakkının ihlalinden değil; kendi kendini savunma hakkının ihlalinden mahkumiyet kararı vermiştir. Dolayısıyla Türkçe konuşup anlayabilen bir kişinin ana dilinin farklı olduğunu söyleyerek ücretsiz tercüman hakkından faydalanması söz konusu değildir. ÖZBEK, Veli Özer: CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.812.

<sup>68</sup> Zana / Türkiye; Başvuru no: 18954/91 Karar tarihi: 25.11.1997 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. REİD, Karen: Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, (Çev. Bahar Öcal Düzgören), Scala Yayıncılık, İstanbul 2000, s.188.

<sup>69</sup> Bu konuda ilgili başkaca kararlar ve özlü açıklamalar için bkz. ŞEN, Ersan: “Sanığın Gıyabında Tasarruflar”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar> Yayın Tarihi: 06.10.2015; (Erişim tarihi: 17.03.2017).

getirilmemiştir. İstinaf mahkemesi tarafından bu şekilde yapılan yargılama sonucu verilen hükme karşı temyize başvuran Viola'nın bu başvurusu da reddedilmiştir. Viola bunun üzerine AİHM'ye başvurmuştur. İtalyan devleti savunmasında ses ve görüntü bilişim sistemi ile sanığın yargılamaya etkin katılımının sağlandığını ileri sürmüştür. Ayrıca sanığın yakın tarihlerde farklı mahkemelerde davaları bulunmaktadır. Bu bağlamda ses ve görüntü bilişim sisteminin kullanımı zaruret arz etmektedir, Bunun yanında sanıkla müdafî arasında başka birisinin dinleme olanağı bulunmayan özel bir hat ile duruşma sırasında iletişim kurabilme imkânı vardır. Bir başka deyişle istinaf duruşması sırasında duruşma salonunda bulunan müdafî ile Viola, 3. kişilerin dinleyemeyeceği biçimde iletişim kurabilmiştir. Ayrıca müdafî, duruşma sırasında, duruşmaya başka bir avukat gönderip, kendisi sanığın yanında bulunma imkânına da sahiptir. Davada ayrıca AİHM, olayın sadece hukuki boyutunun ele alındığı (temyiz gibi) kanun yollarında sanığın sorgusunun zorunlu olmadığı; ancak özellikle hem maddi boyutun ele alındığı hem de ayrıca bir mahkûmiyet hükmünün kurulabildiği kanunyolu incelemelerinde, delillerin doğrudan değerlendirmeye alınıp sanığın dinlenmesi gerektiğine ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Sonuçta ise AİHM, sanığın ulusal mahkemeler nezdinde ses ve görüntü bilişim sisteminin iyi, çalışmadığına ilişkin bir şikâyette bulunmaması, müdafî ile mahrem şekilde görüşme olanağının bulunması, ayrıca müdafîin sanığın yanında bulunmasına imkân tanınması gibi hususları göz önünde bulundurarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bu bağlamda AİHM'ye göre istinaf yargılamalarındaki sorguda, SEGBİS türü sistemlerin kullanılabilmesi mümkündür. 1) Ancak bunun için, kamusal güvenlik, firar tehlikesi, sanığın sağlığının ve vücut bütünlüğünün korunması gibi SEGBİS kullanımını meşru gösterecek zorunlu sebepler bulunmalı, 2) Sanığın müdafî ile duruşma sırasında mahrem şekilde görüşme ve onun hukuki yardımından faydalanma imkânı olmalı, 3) Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi, görüntü ve ses iletimi açısından sağlıklı bir alt yapıya sahip olmalı, sistemin kullanımı sırasında ses ve görüntünün iletimi, sanığın duruşmadaki işlemleri takip edebilme ve duruşmaya etkin olarak katılımı bakımından dezavantajlar ortaya çıkarmamalıdır<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Viola / İtalya, Karar tarihi:05.10.2006; Başvuru no: 45106/04; Kararın Türkçe çevirisi için bkz. KAFES, Veli: "Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi,"

### 5.3. Mevcut BAM Sayısı Dikkate Alındığında İstinaf Yargılamalarında SEGBİS Kullanımının Fiili Zorunluluğu

Mevcut durumda, SEGBİS'ten (Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminden) sürekli faydalanılması ve delillerle temasın bu şekilde sağlanması suretiyle gerçekleştirilecek bir istinaf uygulamasıyla karşılaşmamız sürpriz olmayacaktır. Başlangıçta belirttiğimiz üzere BAM'ların sayısının azlığı nedeniyle, örneğin dört yüz kilometre uzaktaki BAM'a ilk derece mahkemesinin olduğu yerden sanık ve tanık taşınması, BAM'lara meşakkatli ve maliyetli geleceğinden, bunların SEGBİS yoluyla dinlenmesinin tercih edilmesi muhtemeldir. Bunun yanında bölgesel sorunlardan kaynaklı olarak bazı sanık ve tanıkların BAM'ın olduğu şehre getirilmesinde ciddi tehlikelerin doğması da söz konusu olabilecektir. Örneğin Şırnak'taki terör suçundan hükümlü sanığı, istinaf duruşmasında sorgulamak için Gaziantep'teki BAM'a götürmek, ciddi bazı tehlikeleri de beraberinde getirecektir. Bu tür tehlikeler de çoğu kez ceza dairelerini SEGBİS kullanmaya yöneltecektir. Bu bağlamda yedi BAM'lı bir sistemde ceza dairelerinin, özellikle yukarıdaki açıkladığımız örneklerdekilere benzer handikapları bünyesinde barındıran uyumsuzluklar bakımından, inceleme safhası sonunda istinafı sonlandırmaktan veya duruşma açmışlarsa SEGBİS kullanmaktan başka alternatiflerinin fiilen olmadığı kanaatindeyiz<sup>71</sup>.

SEGBİS'in ne kadar verimli olduğu ve adil bir yargılama bakımından altyapısının yeterliliği tartışmaya açık olmakla birlikte<sup>72</sup>, illa

---

<http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m6/Marcello-Viola.pdf> (Erişim tarihi: 17.03.2017); Kararın İngilizce metnine <http://hudoc.echr.coe.int> adresinden ulaşılabilir. Karar hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. ŞEN, Ersan: "Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı", <http://www.hukukihaber.net/sanigin-mahkemeye-cikma-hakki-makale,4669.html> Yayın Tarihi: 08.03.2016; (Erişim tarihi: 17.03.2017).

<sup>71</sup> Balo'ya göre BAM sayısının azlığı ve usul kurallarının işlerliğini garanti altına alacak bölgelerde kurulamamış olmaları nedeniyle; CMK'daki istinafa ilişkin kural ve koşulların mevcut duruma göre yorumlanması ve bazı teminatların göz ardı edilmesi beklenmelidir. BALO, s. 239.

<sup>72</sup> ...Asliye Ceza Mahkemesinin 19.03.2015 gün ve 2005/178 Esas, 2005/179 Karar sayılı kararının sanığın SEGBİS sistemi ile bulunduğu cezaevinde hazır edilmek suretiyle yüzüne karşı verildiği, ancak sanığın süresinden sonra temyiz isteminde bulunduğu bu istemin reddi üzerine sanığın karar verildiği sırada SEGBİS sistemi ile hazır edildiğini, kulağında işitme problemi olduğu için yasa yolu ve yöntemini duymadığını süreyi bu

ki bu sistemden faydalanılacaksa, hukuk devleti adına en azından kanuni düzenlemenin buna uygun hale getirilmesi gerekir. Yoksa kanuni düzenlemenin zorlanması suretiyle, duruşma hazırlığında tanıkların dinlenmesine cevaz veren istisnai nitelikteki CMK m.180 düzenlemesini duruşmaya da uygulamak ya da kanunda açıkça sanığın istinabe yoluyla sorgulanabileceği hallere münhasır kabul edilen SEGBİS'i (CMK m.196/4), tüm suçlara ilişkin sorgulara münhasır görmek hukukla açıklanabilecek uygulamalar değildir.

#### **5.4.Sanığın Sorgusu Bakımından SEGBİS Kullanımının Kanuni Dayanağının Yetersizliği**

Sanığın sorgusu bakımından SEGBİS kullanımının dayanağını oluşturan ve çerçevesini belirleyen hüküm, CMK'nın 196. maddesinde yer almaktadır. Bu bağlamda CMK m.196'nın ilgili fıkraları şu şekildedir:

***Madde 196** – ... (2) Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafisine bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafinin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur... (4) Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır.*

sebeple kaçırdığını ve temyiz hakkının geri verilerek eski hale getirme istediği, sanığın bu şekilde isteminden sonra dosyanın gönderildiği Yargıtay Başsavcılığı'nın sanığın kulağındaki durumun araştırılması için dosyanın iade edildiği, iade sonucu sanığın sevk edildiği sağlık kurumunun beyanı ile uyumlu rapor düzenleyip sanıkta bir işitme sorunu olduğunu doğruladığı ancak kovuşturma aşamasında aralarında sanığın SEGBİS sistemi ile hazır edildiği oturumlar ve karar oturumları dâhil tüm oturumları yöneten ... sicil numaralı hâkim ve ... sicil numaralı kâtibin sanığın SEGBİS sistemi ile katıldığı duruşmalarda duymadığı yönünde bir beyanı olmadığı hatta karar okunduktan sonra kararın içeriğine dair sözlü itirazlarının dahi bulunduğunu belirtir 03.06.2015 tarihli tutanak ile sanığın sol kulağının tam olarak duyduğunu diğer kulakta işitme kaybı olduğuna dair sağlık raporunu gönderdiği, buna göre sanığın eski hale getirme talebinde olduğu gibi kararı duyup duymadığı hakkında tam olarak inceleme yapılması için duruşmanın ses ve görüntü kayıtlarının dosya içerisinde bulunması gerektiği ancak bunların olmadığını anlaşılması karşısında SEGBİS kayıtlarının CD ortamında dosya içerisine alınması için dosyanın incelenmeksizin MAHALLİNE iadesine... Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin 22.03.2016 Tarih, 2015/24319 Esas ve 2016/3779 Karar sayılı kararı. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 27.02.2017).



Görüldüğü üzere 4. fıkra yukarıdaki (kendisinden önceki) fıkralara atıf yapılmış ve ancak bu tür hallerde SEGBİS türü uygulamalarına cevaz verilmiştir. Ayrıca bu düzenleme emredici niteliktedir. Nitekim “*bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır*” şeklinde emredici bir ifadeyle bitirilmiştir. 2. fıkradaki düzenlemeye göre ise alt sınırı beş yıl ve daha fazla süreli hapis cezası gerektiren suçlardan sanık olanın sorgusunun istinabe ile yapılamayacağı belirtilmektedir. Beş yıldan az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda ise, ancak sanığın rızasıyla istinabe yoluyla sorgu yapılabilecektir. 4. fıkraya göre SEGBİS sadece yukarıdaki fıkralara göre sorgunun yapıldığı hallerde uygulanabileceğine göre, istinabe yoluyla sorgunun yapılamadığı hallerde de SEGBİS uygulanamayacaktır<sup>73</sup>. Aksi düşünülürse, yani istinabe yasağının olduğu hallerde de sorgunun SEGBİS ile yapılacağı kabul edilirse, o zaman mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan her sanığın sorgusunu SEGBİS ile yapması zorunluluğu gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Nitekim yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 4. fıkra hükmü emredici niteliktedir. Oysa kanunkoyucu sadece istinabenin mümkün olduğu hallerde, aynı zamanda SEGBİS kullanma imkânı varsa; istinabe yerine bu yöntemin kullanılmasını zorunlu tutmuştur. Bu bağlamda CMK m.196 hükmünün sadece istinabe yoluyla sorgunun mümkün olduğu hallerde SEGBİS kullanımına cevaz verdiğinin aşikâr olduğu kanaatindeyiz.

Ancak bu düzenlemelere rağmen adalet bakanlığının 150 no.lu SEGBİS konulu genelgesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Aynı Kanunun (CMK) 196 ncı maddesinin ikinci fıkrasında, istinabe yasağı getirilen hallerde, SEGBİS kullanılmak suretiyle ifade alınmasında; asıl mahkemesince bizzat ilgisine soru yöneltilebilmesi, sanık, tanık, bilirkişi vs. kişiler açısından da yargılamayı yapan mahkeme heyetinin doğrudan görülebilmesi, savunmanın bizzat yapılarak beyanda bulunabilmesi*

---

<sup>73</sup> Aynı yönde; Yargılandığı suçtan dolayı mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir cezaevinde tutuklu olan sanıklar hakkında duruşmalarda bulunmaktan bağışık tutulması hususunda herhangi bir karar verilmediği gibi, sanıkların mahkeme huzuruna çıkarak savunma yapmak istemesi ve sanıklar müdafinin de bu yönde talepte bulunması karşısında, adil yargılanma hakkı kapsamında sanığın duruşmada hazır bulundurulması sağlanarak savunmasının tespiti yerine, SEGBİS sistemi yoluyla savunmalarının alınıp yargılamanın yapılması ve sanıkların mahkûmiyetine karar verilmesi suretiyle savunma haklarının kısıtlanması... Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 18.01.2016 Tarih, 2015/7189 Esas ve 2016/119 Karar sayılı kararı. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 27.02.2017).



suretiyle yüzyüzelik ilkesinin sağlandığı gözetilerek bu işlemin Kanunun öngördüğü anlamda istinabe olarak değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar açısından da kullanılabilmesi sonucuna ulaşılmaktadır.” Kanaatimizce yukarıda açıkladığımız gerekçelerle genelgenin paylaştığımız ilgili kısmı kanuna aykırılık teşkil etmektedir<sup>74</sup>.

### 5.5. Sorguda SEGBİS Kullanımına İlişkin Yargıtay Uygulaması

Sanığın sorgusunda SEGBİS kullanımına ilişkin Yargıtay uygulamasının farklılık arz ettiği görülmektedir. 2016 yılına kadar verdiği kararlarda SEGBİS uygulamasının ancak rıza gösteren sanık hakkında uygulanabileceği yönünde istikrarlı içtihatlarla bulunmuştur<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Genelge için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/aralik/segbis/genelge.pdf> (Erişim tarihi: 14.03.2017). Söz konusu genelge ile SEGBİS uygulaması CMK ‘nın 196. maddesindeki koşullar aranmaksızın genel bir uygulama haline getirilmektedir. Genelge’de AİHM’nin Viola v. İtalya kararına da atıfta bulunulmuştur. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi AİHM, sanığın ulusal mahkemeler nezdinde ses ve görüntü bilişim sisteminin iyi, çalışmadığına ilişkin bir şikâyetle bulunmaması, müdafî ile mahrem şekilde görüşme olanağının bulunması, ayrıca müdafîin sanığın yanında bulunmasına imkân tanınması gibi hususları göz önünde bulundurarak adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ülkemizdeki SEGBİS uygulamasının söz konusu nitelikleri taşıyıp taşımadığı tartışmaya açıktır. Kaldı ki, SEGBİS’in genelgedeki manasıyla uygulanmasının kanuni bir dayanağı yoktur. Bu konuda ayrıca bkz. GÜNER, Halil: “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, (99), 2014, s. 84-86.

<sup>75</sup> “Yargıtay 16. Ceza Dairesi 19.06.2015 tarihinde verdiği 2015/1078 E. ve 2015/1930 K. sayılı, 2015/1076 E. ve 2015/1932 K. sayılı, 2015/1083 E. ve 2015/1926 K. sayılı üç kararlar tartışma konusu netleştirilmiş ve “sanık olmaksızın yargılama olmaz” ilkesi üç başlıkta açıklanmıştır; Kararlarda özetle; sanık ve müdafîsinin sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle savunma yapılmasını istememelerine ve duruşmada hazır bulunmayı ısrarla talep etmelerine rağmen, SEGBİS aracılığıyla savunması alınarak, hakkında mahkumiyet hükmü kurulan sanığın savunma hakkının kısıtlandığına karar verilmiştir.

Kararlarda SEGBİS ve huzurda bulunma hakkı hususunda üç başlıkta toplanan ilke; kovuşturma aşamasında,

1. Genel kural sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Bu hak, ancak somut ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir.
2. İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara sanığın SEGBİS yolu ile katılması açık kabulüne dayalı olmalıdır.
3. Sesli ve görüntülü yöntemle savunma alınması halinde, talebi doğrultusunda sanığın yanında da müdafî bulunması olanağının sağlanması koşulları gerçekleştiğinde savunma hakkının kısıtlanmadığı kabul edilebilecektir.” ŞEN,

Bu bağlamda Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2015 yılında verdiği bir karar özetle şöyledir: “*Esas hakkında son savunmasını duruşmada hazır bulunarak yapmak istediğini beyan eden sanığın duruşmada hazır bulundurulmayıp SEGBİS sistemi aracılığıyla yargılaması yapılarak mahkûmiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması... kanuna aykırıdır*”<sup>76</sup>. Söz konusu kararda AİHM’nin Marcello Viola / İtalya kararına atıf yapıldığı, kanunyolu incelemesine ilişkin bu karardaki gerekliliklerden çok daha fazlasının ilk derece yargılamaları bakımından sanığa tanınması gerektiği ifade edilmiştir.

2016 yılında Yargıtay 22. Ceza Dairesince verilen bir başka karar ise şu şekildedir: “*suça sürüklenen çocuğa yüklenen 5237 Sayılı TCK’nın 148/1 ve 31/3. maddelerinde öngörülen suçun gerektirdiği cezanın alt sınırı dikkate alınarak alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebileceği gözetilmeden, hüküm tarihinde İzmir 4 numaralı T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda başka suçtan hükümlü olduğu anlaşılan suça sürüklenen çocuğun hükmün esasını oluşturan kısa kararın açıklandığı 21/01/2014 tarihli son oturumda hazır bulundurulmadan SEGBİS aracılığı ile savunması alınıp hükümlülüğüne karar verilmek suretiyle, 5271 Sayılı CMK’nın 196/2. maddesine aykırı davranılması... kanuna aykırıdır*”<sup>77</sup>. Görüldüğü üzere 22. Ceza Dairesi CMK m.196/4 hükmünü bizim de katıldığımız üzere sadece istinabe yoluyla sorguya cevaz verilen hallere münhasır olarak ele almaktadır.

2016 yılında Yargıtay 3. Ceza Dairesince SEGBİS uygulamasının koşullarına ilişkin olarak verilen kararlarda ise alt sınırı beş yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda sanığın duruşmada hazır bulundurulması, mümkün olmaması durumunda ise sanığın savunmasının SEGBİS aracılığıyla alınması gerektiğine hükmedilmiştir. Buna göre, sanığın savunmasının istinabe yoluyla alınmasının mümkün olmadığı hallerde, sanığın savunması bu konuda rızası olup olmadığına

---

Ersan: “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı”,  
<http://www.hukukihaber.net/sanigin-mahkemeye-cikma-hakki-makale,4669.html> Yayın Tarihi: 08.03.2016; (Erişim tarihi: 17.03.2017).

<sup>76</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 19.6.2015 Tarih, 2015/1076 Esas ve 2015/1932 Karar sayılı kararı [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) ( Erişim tarihi: 14.03.2017).

<sup>77</sup> Yargıtay 22. Ceza Dairesi’nin 22.6.2016 Tarih, 2015/18100 Esas ve 2016/10834 Karar sayılı kararı [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim tarihi.: 14.03.2017).

bakılmaksızın SEGBİS aracılığıyla alınabilecektir<sup>78</sup>. Kanaatimizce 196. maddenin 4. fıkrası düzenlemesi karşısında böyle bir sonuca ulaşılması hukuka aykırıdır.

İstinaf duruşmasında SEGBİS kullanımının koşullarının yeniden düzenlenmesine yönelik bir kanun tasarısı taslağının hazırlandığına dair medyada haberler yer almıştır. Söz konusu taslağa göre; yurt içindeki sanığın duruşmada hazır bulunmasının tarafların güvenliklerini tehlikeye düşüreceğinin ve davanın makul sürede tamamlanmasına engel olacağı belirlenmesi halinde ifadenin SEGBİS ile alınması için CMK'da düzenlemeye gidilecektir<sup>79</sup>. Mevcut düzenlemeye göre sanığın sorgusu ancak istinabenin mümkün olduğu hallerde SEGBİS ile yapılabilir; bu şekilde bir değişikliğe gidilmesi BAM sayısı ve ulaşımdaki zorluklar dikkate alındığında yerindedir. Ancak SEGBİS sisteminin altyapısının da iyileştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## SONUÇ

İstinaf, ilk derece mahkemelerinin verdikleri hükümlerin, bölge adliye mahkemesi tarafından maddi ve hukuki yönden incelenmesini sağlayan olağan bir kanun yoludur. 20 Temmuz 2016 tarihinde BAM'lar öngörüldüğü üzere faaliyete başlamıştır. Şu an itibarıyla yedi BAM'da istinaf yargılamaları devam etmektedir.

İstinaf yargılamasında temyizden farklı olarak ilk derece mahkemesi tarafından verilen hüküm hem maddi hem hukuki yönden incelenir. BAM yapacağı ön incelemeden sonra kendisine yapılan

<sup>78</sup>Alt sınırı beş yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren yaralama suçundan yargılanan sanığın duruşmada hazır bulundurulması, bunun mümkün olmaması durumunda ise SEGBİS sistemi aracılığıyla savunmasının alınması gerektiği gözetilmeden; L tipi Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü bulunan sanığın talimatla ifadesi alınarak yokluğunda yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması suretiyle 5271 Sayılı CMK'nin 193. ve 196. maddelerine aykırı davranılması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması... kanuna aykırıdır. Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 02.06.2016 Tarih, 2015/21577 Esas ve 2016/13168 Karar sayılı kararı [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Erişim tarihi: 27.02.2017). Aynı yönde; Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 21.06.2016 Tarih, 2015/33249 Esas ve 2016/14633 Karar sayılı kararı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 11.02.2016 Tarih, 2015/5677 Esas ve 2016/2951 Karar sayılı kararı, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 13.10.2016 Tarih, 2016/274 Esas ve 2016/17496 Karar sayılı kararı. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (Erişim tarihi: 27.02.2017).

<sup>79</sup><http://www.hukukihaber.net/kamu-hukuku/istinaf-a-yeni-duzenlemeler-geliyor-h88401.html> Yayın Tarihi: 26.02.2017 (Erişim tarihi: 27.02.2017).

başvuruyu hukuka uygun bulursa dosyayı incelemeye geçer. Bu inceleme sonucunda BAM davanın yeniden görülmesine ve duruşma açılmasına karar verirse ancak bu aşamada sanığın sorgusu söz konusu olur.

BAM’da yapılan duruşmalarda kural olarak CMK’nın duruşmaya ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Ancak CMK m.282 gereğince; a) *Duruşma, bu Kanunun öngördüğü genel hükümlere göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu okunur.* b) *İlk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü de okunur.* c) *İlk derece mahkemesinde dinlenen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları, bilirkişi raporu, bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar okunur.* d) *Bölge adliye mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağrılır.* Bu belirtilen hususlar istinaf duruşmasının da ilk derece duruşmasındaki gibi yapılacağı kuralının istisnalarını oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere sanığın sorgusuna bu istisnalar arasında yer verilmiş değildir. Bu nedenle istinaf duruşmasında sanığın sorgusunun yapılması esastır.

Ancak belirtelim ki, sanığın sorgusu esas olsa da, sorgusu yapılmamış sanık hakkında mahkumiyet kararı dışında başkaca karar verilecekse, BAM’ın CMK m.193/2 gereğince sanığın sorgusunu yapmaksızın muhakemeyi sona erdirmesi mümkündür.

BAM’ların sayıca azlığı ve Türkiye gibi büyük bir coğrafyada sadece yedi adet kurulmuş olması ilk derece mahkemesi kararının maddi yönden incelendiği, doğrudan doğruyalık ve yüzyüzelik ilkesinin uygulandığı istinaf yargılaması bakımından büyük bir dezavantajdır. SEGBİS gibi teknolojik imkânlardan ceza muhakemesinde ve dolayısıyla istinaf duruşmasında faydalanılması elzemdir. Ancak bunun için sanığın duruşmada bulunma, delillerin tartışılmasına etkin olarak katılma, müdafî yardımından faydalanma gibi haklarını ihlal etmeyecek şekilde alt yapının hazırlanması zorunludur. Bunun dışında kanuni düzenlemelerin de bu sistemin kullanımına uygun hale getirilmesi zorunludur. Sadece yönetmelik veya genelgelerle yapılacak düzenlemeler, SEGBİS uygulamasında kanuni düzenlemeye bağlı olarak ortaya çıkan hukuka aykırılıkları gidermez. Bunun yanında bir şeyin muhakemede kullanılmasının elzem olması, onun kanuna aykırı olarak uygulanabilirliğine de cevaz vermez. Hukuk devleti her şeyden önce mevcut hukuk kurallarına göre faaliyetlerini yürüten devlet demektir. Bu

bağlamda gelinen süreçte ciddi bir gereklilik olarak karşımıza çıkan SEGBİS uygulamasının gerek teknolojik altyapısı gerekse de kanuni dayanakları, adil bir yargılamayı mümkün kılacak şekilde geliştirilmeli ve düzeltilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı [AB]: Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2016
- AKİL, Cenk: İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010
- AKKAYA, Tolga: Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009
- ALBAYRAK, Mustafa: Notlu Atıflı Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012
- BALO, Yusuf Solmaz: “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafın Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (7), 2016
- BEULKE, Werner: Strafprozessrecht, 12. Auflage, C.F. Müller, Deutschland 2012
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016
- ÇINAR, Ali Rıza: Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2010
- ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010
- GÜNER, Halil: “SEGBİS Sisteminin Cezaevi Uygulamasının Adil Yargılanma Hakkı Yönünden Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, (99), 2014
- İTİŞGEN, Rezzan: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5(16), 2014
- KAFES, Veli: “Marcello Viola v. İtalya Karar İncelemesi,” <http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m6/Marcello-Viola.pdf> (Erişim tarihi: 17.03.2017)
- KARAKEHYA, Hakan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Savaş Yayınevi, Ankara 2008
- KARAKEHYA, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2016
- KAYMAZ, Seydi: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 74 (1), 2016
- KESKİN, Serap: Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, İstanbul 1997
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000
- ÖZBEK ,Veli Özer vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016

- ÖZBEK, Veli Özer: CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005
- ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003
- ÖZEN, Muharrem: “Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016
- ÖZTÜRK, Bahri vd.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016
- REİD, Karen: Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, (Çev. Bahar Öcal Düzgören), Scala Yayıncılık, İstanbul 2000
- SAMAHA, Joel: Criminal Procedure, 9. Edition, Cengage Learning, USA 2015
- SARIGÜL, Ali Tanju: Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012
- SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu C.1, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995
- SCHROEDER, Friedrich-Christian: “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 4. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015
- ŞAHİN, Cumhur: “Dava Zamanaşımı Sanığın Aklanmasına Engel Olabilir mi? Beraat Kararı ile Zamanaşımı Dolayısıyla Verilen Düşme Kararı Arasındaki Öncelik İlişkisi”, Adalet Dergisi, (45), 2013
- ŞEN, Ersan: “Sanığın Gıyabında Tasarruflar”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar> Yayın Tarihi: 06.10.2015; (Erişim tarihi: 17.03.2017)
- ŞEN, Ersan: “Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı”, <http://www.hukukihaber.net/sanigin-mahkemeye-cikma-hakki-makale,4669.html> Yayın Tarihi: 08.03.2016; (Erişim tarihi: 17.03.2017)
- ŞENER, Esat: Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000
- TANERİ, Gökhan: İstinaf Mahkemeleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2014
- TOROSLU, Nevzat/ FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2015
- TURHAN, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara 2006
- ÜNSAL, Cengiz: Ceza Muhakemesinde İstinafın Gelişimi ve Bölge Adliye Mahkemelerinde Muhakemenin Yapılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016
- VOLK, Klaus / ENGLAENDER, Armin: Grundkurs StPO, 8. Auflage, C.H. Beck, Deutschland (München) 2013

YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Seçkin  
Yayınevi, Ankara 2015

YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesinde İstinaf ve Yeniden Kabulü Sorunu, Fakülteler  
Matbaası, İstanbul 1979

YURTCAN, Erdener: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara  
2013

YÜCE, Turhan Tufan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Atatürk  
Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968

<http://www.hurriyet.com.tr/5-mahkumun-yanarak-olme-nedeni-belli-oldu-22943538>  
(Erişim tarihi: 16.03.2017)

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/aramlik/segbis/genelge.pdf> (Erişim tarihi:  
14.03.2017).

[http://www.hukukihaber.net/kamu-hukuku/istinaf-a-yeni-duzenlemeler-geliyor-  
h88401.html](http://www.hukukihaber.net/kamu-hukuku/istinaf-a-yeni-duzenlemeler-geliyor-h88401.html) Yayın Tarihi: 26.02.2017 (Erişim tarihi: 27.02.2017)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı





**BELİRLİ SÜRELİ KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRA  
SÖZLEŞMELERİNİN KİRAYA VEREN TARAFINDAN  
BİLDİRİM YOLUYLA SONA ERDİRİLMESİNDE ON YILLIK  
UZAMA SÜRESİ (TBK md. 347 f.1)**

**THE EXTENSION OF TIME FOR TEN YEARS IN THE TERMINATION  
OF LEASE CONTRACTS OF RESIDENTIAL AND COMMERCIAL  
PREMISES BY THE LESSOR BY GIVING NOTICE  
(Turkish Code of Obligations Art.347 parag.1)**

DOI: 10.21492/inuhfd.331566

**Tuba BİRİNCİ UZUN\***

**Özet**

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin bildirim yoluyla sona ermesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, *belirli süreli* konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin sona ermesine ilişkindir. Bu hükme göre, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, sözleşme süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunarak *kiracı*, sözleşmeyi sona erdirebilir; kiraya veren ise sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Başka bir deyişle belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerini bildirim yoluyla sona erdirmeye hakkı, *kural olarak* yalnızca *kiracıya* aittir. TBK md. 347 f.1 c.3'e göre, "*Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir*". Bu düzenleme 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da karşılığı bulunmayan yeni bir düzenlemedir. TBK md. 347 f.1 c.3'te geçen on yıllık uzama süresi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalı olduğu gibi, Yargıtay'ın farklı daireleri arasında da görüş birliği bulunmamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** kira sözleşmesi, konut ve çatılı işyeri, uzama süresi, fesih bildirimini.

**Abstract**

The termination of lease contracts of residential and commercial premises has been regulated in the 347th article of Turkish Code of Obligations numbered 6098. First paragraph of the article is about the termination of lease contracts of residential and commercial premises concluded for a limited duration. According to the paragraph, by giving fifteen days' notice before the end of the limited duration, *the lessee* may terminate a lease contract of residential and commercial premise. However, depending upon the expiry of the limited duration, the lessor may not terminate the contract. In other words, *in principle* only *the lessee* has right to terminate the lease contract of residential and

---

\* Yrd. Doç. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr,

commercial premise by giving notice. According to the 3rd sentence of article 347, paragraph 1 of Turkish Code of Obligations, “*Solely, the lessor may terminate the contract at the extension of time for ten years by giving at least three months’ notice before the end of each year which follows this time, without any reason*”. This is a new regulation that did not exist in the Law on the Rental of Immovable numbered 6570. What should be understood from the phrase “extension of time for ten years” is a controversial subject in the doctrine. Besides, there is not an agreement between the chambers of the Cassation Court about the subject.

**Keywords:** lease, residential and commercial premises, extension of time limit, notice of termination.

## GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle hem 818 sayılı Borçlar Kanunu hem de 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun yürürlükten kalkmıştır. Önemle belirtmek gerekir ki yürürlükten kalkan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’da bulunan hükümlerin pek çoğuna 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmiştir. Şöyle ki kanunun 339. ve devamı maddeleri konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkindir<sup>1</sup>. Kanunun 347. maddesinde, konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin bildirim yoluyla sona ermesi düzenlenmiştir. Kanunun 347. maddesi şu şekildedir:

*“Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.*

*Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler.*

---

<sup>1</sup> Detaylı bilgi için bkz. GÖKYAYLA, Emre: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m.339)”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s. 1203-1251 (<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/6-Emre-G%C3%96KYAYLA+.pdf>, 17 Temmuz 2017).

*Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabilceği durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir”.*

Maddenin 1. fıkrasında geçen “on yıllık uzama süresi” ifadesi ile anlatılmak istenenin ne olduğu ve “Kiraya veren sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu noktada, Yargıtay’ın farklı daireleri arasında görüş birliğinin bulunmadığı görülmektedir<sup>2</sup>. Ayrıca TBK md. 347’nin anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiş ve bu maddenin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi ile ikinci fıkrasının iptali istenmiştir. Bu istem, Anayasa Mahkemesi’nin 7.9.2016 tarihli ve 2016/151K. sayılı kararı ile oybirliğiyle reddedilmiştir<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Bkz. Yargıtay 6. HD. T.22.2.2016, E.2015/9211 K.2016/1178 (http://www.kazanci.com.tr, 25 Temmuz 2017); Yargıtay 3. HD. T.6.2.2017, E.2017/1437 K.2017/793 (http://www.kazanci.com.tr, 25 Temmuz 2017).

<sup>3</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 7.9.2016 tarihli ve 2015/102E. 2016/151K. sayılı kararı, 18.10.2016 tarihli ve 29861 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“21. Anayasa’nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütü gösterilmiştir. “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı bu maddede, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” denilmektedir.

22. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Sözleşme özgürlüğü, tarafların serbest iradeleriyle belirledikleri koşullar çerçevesinde sözleşmenin sona erdirilmesi yetkisini de kapsamaktadır. Bu nedenle, tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisini kısıtlayan hükümlerin, sözleşme özgürlüğüne müdahale teşkil etmemesi için Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması gerekmektedir.

23. Belirli süreli kira sözleşmesi, kiraya veren ile kiracı arasında kira konusu konut veya çatılı işyerinin belli bir ücret karşılığında kiracı tarafından kullanılması ve kiraya verenin de bu taşınmazı kiracının kullanmasına elverişli biçimde teslimine dayalı tarafların tespit ettikleri süre içinde geçerli rızai nitelikte bir sözleşmedir. Kira sözleşmelerinde, karşılıklı borç doğmakta ve bir aynı hakkın kazanılması söz konusu olmamaktadır. Malik olan kiraya veren, mülkiyet hakkına bir sınırlandırma getirilmeksizin, kullanımı karşılığında belli bir ücret almak suretiyle, taşınmaz üzerinde tasarruf hakkını kullanmaktadır.

24. Kanun’un 26. maddesinde, “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler” hükmü yer almaktadır. Belirli süreli kira sözleşmelerinde de kiralananın kullanılma koşulları, bedeli, bedelin ödenme zamanı ve yöntemi gibi hususların yanı sıra kira süresi, hukuk kurallarına dayanılarak ve

Konut ve çatılı işyeri kiralarda sözleşmenin bildirim yoluyla sona ermesine ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesi, pratik değeri olan bir maddedir. Bu nedenle, bu maddenin doğru anlaşılması, uygulama bakımından son derece önemlidir. Bu çalışmanın amacı da ilgili maddenin anlaşılmasına katkı sağlamaktır. Bu çalışmada, bu amaç doğrultusunda, öncelikle belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralarda sözleşmenin bildirim yoluyla sona ermesine ilişkin genel bir bilgilendirme yapılmış; daha sonra yakın tarihli Yargıtay kararlarında bu maddenin nasıl uygulandığı üzerinde durulmuş ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinin konuluş amacı dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmıştır.

## **I. BELİRLİ SÜRELİ KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNİN BİLDİRİM YOLUYLA SONA ERMESİ**

### **A. Genel Olarak**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesine göre, “Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanımıyla birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmesi; Genel Hükümler (md. 299-338), Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları (md. 339-356) ve Ürün Kirası (md. 357-378) olmak üzere üç başlık altında düzenlenmektedir. TBK md. 327

---

*kuralların çizdiği sınırlar içinde taraflarca saptanır. Taraflarca sözleşme özgürlüğüne dayanılarak yapılmış olan kira sözleşmeleri, kiraya verene ve kiracıya belirli haklar tanıyan ve borçlar yükleyen içerikleriyle tarafların belirledikleri süre içerisinde Devletin ve kanunların koruması altında, hukuksal geçerliliklerini sürdürmektedirler.*

25. Belirli süreli kira sözleşmelerinde kural, sürenin dolması halinde kiracının sözleşmeyi sona erdirebilmesidir. Buna karşılık, kanun koyucu kiraya verenin, kira süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sonlandırabilmesine imkân tanımamıştır. Amaç, kiracının korunması ve bu suretle kamu yararının sağlanmasıdır. Bununla birlikte itiraz konusu kuralla, kiraya verene, sözleşme özgürlüğü gözetilerek, sözleşme süresi ve on yıllık uzama süresi dikkate alındığında uzun bir süre için kiralanan şeye dolaysız zilyet olamaması nedeniyle belirli koşulların gerçekleşmesi halinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır. Kuralla, kiracının korunmasındaki kamu yararı amacı ile kiraya verenin sözleşme özgürlüğü arasındaki makul denge, kiraya verene herhangi bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının, sözleşmenin bitiminden itibaren on yıllık uzama süresi sonunda sağlanmasıyla kurulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahale ölçüsüz değildir”

ve devamı hükümleri, kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkindir. Önemle belirtmek gerekir ki bu hükümler, kira sözleşmesinin sona ermesi bakımından genel hükümlerdir<sup>4</sup>. Ancak konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine öncelikle TBK md. 339 ve devamı hükümleri uygulanır; burada bir hüküm bulunmaması halinde, genel hükümlere gidilir<sup>5</sup>.

Konut<sup>6</sup> ve çatılı işyeri<sup>7</sup> kira sözleşmelerinde, kiracının sözleşmenin zayıf tarafını oluşturduğu düşüncesi hâkimdir<sup>8</sup>. Buradan hareketle, ekonomik yönden zayıf durumda bulunan kiracıyı koruma amacıyla kanun koyucu, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine ilişkin özel hükümler sevk etmiştir. Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine

<sup>4</sup> Detaylı bilgi için bkz. AYDIN, Gülşah Sinem: Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333), 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.28.

<sup>5</sup> ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 318; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 309; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 335.

<sup>6</sup> Konut, “*İnsanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken ve ikametgâh*” olarak tanımlanmaktadır (Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük ([http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5975b4fa06a031.45385439, 24 Temmuz 2017](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5975b4fa06a031.45385439, 24 Temmuz 2017)).

<sup>7</sup> İşyeri “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işinin birlikte örgütlendiği birim; işin yapıldığı ve yürütüldüğü yerlerle ona bağlı bulunan eklenti ve araçlar*” olarak tanımlanmaktadır (YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 670). İşyeri kavramı, yalnızca bir insanın hayatını idame ettirecek parayı kazanması bakımından değil aynı zamanda ekonomik istikrar bakımından da önemlidir. Detaylı bilgi için bkz. AKINCI, Şahin: “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S. 3, s. 35 vd. “*Kiranın ekonomik önemi esas itibarıyla konut, işyeri ve taşınmaz kiralarında söz konudur*”. Bkz. URAL ÇINAR, Nihal: Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 11.

<sup>8</sup> EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 393. Buna karşılık, bazı yazarlara göre, günümüzde koşullar değişmiştir. Örneğin uzun vadeli kredi olanakları ile konut edinmek kolaylaşmıştır. Böylelikle konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiracıların zayıf durumda bulunduğu yönündeki kabul, artık geçerliliğini kaybetmiştir. Bkz. İNCEOĞLU, Murat: Kira Hukuku C.II, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 2.

ilişkin özel hükümlerle kiracıya sağlanan en önemli koruma ise bu sözleşmelerin sona ermesi bakımındandır<sup>9</sup>.

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine özgü sona erme sebeplerini iki başlık altında toplamak mümkündür<sup>10</sup>. Bunlardan birincisi, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin bildirim yoluyla sona ermesi (TBK md. 347 vd.); ikincisi ise, dava yoluyla sona ermesidir (TBK md. 350 vd.). Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin dava yoluyla sona ermesi, bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin bildirim yoluyla sona ermesi TBK md. 347'de düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrası, *belirli süreli* konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinin sona ermesine ilişkindir. Bu hükme göre, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, sözleşme süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunarak *kiracı*, sözleşmeyi sona erdirebilir; kiraya veren ise sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Yani belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerini bildirim yoluyla sona erdirme hakkı, *kural olarak* yalnızca *kiracıya* aittir<sup>11</sup>. Kiracının bildirimde bulunmaması halinde ise sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzamış sayılır<sup>12</sup>.

## B. Bildirimin Geçerliliği

TBK md. 348 hükmü uyarınca, “*Konut ve çatılı işyeri kiralarında fesih bildiriminin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır*”. Buradan hareketle, TBK md. 347'de geçen bildirimin kanun koyucu

<sup>9</sup> İNCEOĞLU, s. 182; EREN, Özel Hükümler, s. 410.

<sup>10</sup> Detaylı bilgi için bkz. AKGÜN AKAY, Merve: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2017; AYSAL, Mustafa: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C.9, S. 103-104, 2013, s. 183-191.

<sup>11</sup> GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 310; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 336; EREN, Özel Hükümler, s. 410-411; İNCEOĞLU, s. 309-310; YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 656; DAŞLI, Engin: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi, 1. Bası, Aristo Yayıncılık, Erzincan 2017, s. 116-117.

<sup>12</sup> GÜMÜŞ'e göre, “*TBK m.347/I c.1'in lafzı, mülga GKHK m.11 hükmüyle benzer şekilde kira sözleşmesinin 'aynı koşullarla uzamış sayılacağı yönünde ise de; burada TBK m.327/II'de olduğu gibi, belirli süreli kira sözleşmesinde öngörülen (örneğin beş yıllık) sürenin dolmasıyla birlikte sona eren sözleşme ile aynı içerikli bir kira sözleşmesinin meydana geleceği kabul edilmelidir*” (Kira Sözleşmesi, s. 310-311).

tarafından fesih bildirimini kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>13</sup>. Ancak bu bildirim gerçek bir fesih bildirimini olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde fesih sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır<sup>14</sup>. Bazı yazarlara göre<sup>15</sup>, TBK md. 347 f.1 hükmünde kiracıya tanınan fesih bildirim hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olmakla beraber, bu hak belirli süreli kira sözleşmesini kullanıldığı anda değil, belirli sürenin bitiminde sona erdirir. Buna karşılık bazı yazarlara göre<sup>16</sup>, TBK md. 347 f.1'de düzenlenen fesih bildirimini, tek başına hüküm ve sonuç doğurmadığından teknik anlamda fesih olarak kabul edilemez; TBK md. 347 f.1 hükmü uyarınca yapılan fesih bildirimini, ancak yenilik doğuran hak benzeri bir hakkın kullanılması olarak nitelendirilebilir.

TBK md. 347 f.1 hükmünde kiracıya tanınan fesih bildirim süresi, yukarıda da belirtildiği üzere om beş gündür. On beş günlük bildirim süresi, bazı yazarlara göre<sup>17</sup> emredici niteliktedir; bu süre ne kısaltılabilir ne de uzatılabilir. Buna karşılık bazı yazarlara göre<sup>18</sup>, bu süre nispi emredici niteliktedir; kiracı lehine kısaltılabilir veya tamamen kaldırılabilir. TBK md. 348 hükmü uyarınca, fesih bildiriminin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Buradaki yazılı şekil şartı, geçerlilik şartlı olarak düzenlendiğinden yazılı şekle aykırı olarak yapılan fesih bildirimini geçersizdir; hüküm ve sonuç doğurmaz. Başka bir deyişle kira sözleşmesini sona erdirmez<sup>19</sup>. Geçerli bir fesih bildirimini, kira sözleşmesinin uzamasına engel olur; belirli sürenin sonunda kira sözleşmesi sona erer<sup>20</sup>.

### C. On Yıllık Uzama Süresi

Belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerini bildirim yoluyla sona erdirmeye hakkının *kural olarak yalnızca kiracıya ait olduğu*

<sup>13</sup> İNCEOĞLU, s. 314.

<sup>14</sup> BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 330; SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 115.

<sup>15</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 411; İNCEOĞLU, s. 314.

<sup>16</sup> YAVUZ, s. 657; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, 312.

<sup>17</sup> GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 312.

<sup>18</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 411; YAVUZ, s. 657; İNCEOĞLU, s. 315; DAŞLI, s. 159.

<sup>19</sup> İNCEOĞLU, s. 316; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 316; YAVUZ, s. 656.

<sup>20</sup> İNCEOĞLU, s. 317;

yukarıda ifade edilmişti. Ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde, bu hak kiraya verene de tanınmıştır. TBK md. 347 f.1 c.3'e göre, "Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir". Bu düzenleme 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da karşılığı bulunmayan yeni bir düzenlemedir<sup>21</sup>, <sup>22</sup>. TBK md. 347 f.1 c.3'te geçen on

<sup>21</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği değişiklikler ve yenilikler hakkında bkz. TÜRKMEN, Ahmet: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 2015, s. 341-368; İPEK, Eyüp: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 102, 2012, s. 59-92; DOĞAN, Murat: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 499-517; YAVUZ, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler (Genel Hükümler-Özel Hükümler), 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 553 vd.

<sup>22</sup> 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde, kiraya verenin böyle bir imkânı bulunmuyordu (TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/2*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 195). Bu durum, mülkiyet hakkı bakımından aşırı bir sınırlama olarak nitelendiriliyordu (İNCEOĞLU, s. 329). Bu husus, kanunun gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

"Ancak, 6570 sayılı Kanunun 11'inci maddesinden farklı olarak, tasarıda, onbeş yıllık uzama süresi sonunda kiraya verenin, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebileceği öngörülmüştür. Böylece, kira sözleşmesi sebebiyle, kiraya verenin, aradan uzun yıllar geçse bile, kiralananın dolaysız zilyedi olamamasının toplumda yarattığı huzursuzluk dikkate alınmış ve kiraya verene, fıkra da belirtilen koşullar gerçekleşince, tazminat ödemekle yükümlü olmaksızın, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilme hakkı tanınmıştır".

Tasarıda on beş yıl olarak düzenlenen uzama süresi, mülkiyet hakkının ölçüsüz olarak sınırlandırılmayacağı gerekçesiyle Adalet Komisyonu tarafından on yıl olarak değiştirilmiştir. Bazı yazarlara göre, bu süre dahi uzundur; bu süre beş yıla indirilmelidir (EREN, *Özel Hükümler*, s. 411-412). Buna karşılık bazı yazarlara göre, bu süre işyeri kiraları bakımından kısadır; uzama süresinin işyeri kiraları bakımından on beş yıl olması daha uygundur (DOĞAN, s. 509). Önemle belirtmek gerekir ki Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmelerine ilişkin bazı hükümlerinin uygulanması 6353 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ertelenmiştir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ACAR, Faruk: *Kira Hukuku, Şerhi* (TBK m. 299-326), 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 23 vd.; GÖKYAYLA, K. Emre: "İşyeri Kiralarına İlişkin Sözleşmelerin Sona Ermesine



yıllık uzama süresi ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre<sup>23</sup>, on yıllık sürenin hesabı sorunludur çünkü bu sürenin hesabında hangi tarihin, taraflar arasındaki kira ilişkisinin başlangıç tarihinin mi yoksa belirli süreli kira sözleşmesindeki belirli sürenin bitiş tarihinin mi esas alınacağı kanun metninden anlaşılammaktadır. Buna karşılık bazı yazarlara göre<sup>24</sup>, kanunun lafzî karşısında hangi tarihin esas alınacağı bellidir; bu tarih, belirli süreli kira sözleşmesindeki belirli sürenin bitiş tarihidir. Örneğin İnceoğlu'na göre,

*“Önemli olan kira ilişkisinin değil, uzama süresinin on yıl olmasıdır. Diğer bir ifadeyle on yıllık süre ancak kira sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasından itibaren işlemeye başlayacaktır. Böylece kanun koyucu, ilk fesih dönemi = sözleşme*

Uygulanacak Hükümler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14, 2013, s. 152; TÜRKMEN, s. 344 vd.

Bu kanunun 53. maddesine göre,

*“Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır”.*

6353 sayılı kanunun 53. maddesi uyarınca, yürürlüğü sekiz yıl süreyle ertelenen bu hükümler, *kiracısı tacir veya tüzel kişi olan işyeri kira sözleşmeleri* bakımından geçerlidir. Kanun teklifinde, TBK md. 347 hükmü de yer almakta iken, Meclis Genel Kurulu'nda bu madde kanun metninden çıkarılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. TÜRKMEN, s. 345. Yürürlüğü ertelenmeyen maddeler hakkında bkz. GÖKYAYLA, İşyeri Kiraları, s. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinin değiştirilmesi için kanun tekliflerinde bulunulmuştur. Bkz. Dönem:26/1 Esas No.2/851, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0851.pdf>, 25 Temmuz 2017; Dönem:26/1 Esas No.2/508, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0508.pdf>, 25 Temmuz 2017; Dönem:26/1 Esas No.2/297, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0297.pdf>, 25 Temmuz 2017.

<sup>23</sup> YAVUZ, s. 659; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 339-340; AYANOĞLU MORALI, Ahu: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren TBK m.347 Çerçevesinde Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C.9, S. 103-104, 2013, s. 110.

<sup>24</sup> İNCEOĞLU, s. 331; AYANOĞLU MORALI, s. 114, 116; AKGÜN AKAY, s. 24; BURCUOĞLU, Haluk: Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile-Kira-Borçlar Hukukunun Diğer Bazı Bölümleri) I. Quo Vadis (Nereye) II. Nihayet (TBK.'nin her nedense unutulmuş hükümleri uygulanmaya başlandı), 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 50.

*süresi + on yıllık uzama süresi + bir yıl uzama süresi şeklinde bir formül benimsemiştir<sup>25</sup>”.*

Kanunun lafzına bağlı kalarak hazırlanan bu formüle göre, kira sözleşmesinin süresi bir yıl olarak belirlenmişse en az üç ay önce bildirimde bulunmak şartıyla kira sözleşmesi kiraya veren tarafından 12. (1+10+1) yılın sonunda sona erdirilebilir. Eğer taraflar kira sözleşmesinin süresini yedi yıl olarak belirlemişse en az üç ay önce bildirimde bulunmak şartıyla kira sözleşmesi kiraya veren tarafından 18. (7+10+1) yılın sonunda sona erdirilebilir. Buna karşılık, kira sözleşmesinin süresi taraflarca on beş yıl olarak belirlenmişse yine en az üç ay önce bildirimde bulunmak şartıyla kiraya veren kira sözleşmesini 26. (15+10+1) yılın sonunda sona erdirebilir.

Görüldüğü üzere, on yıllık uzama süresi ifadesinin bu şekilde anlaşılması yani madde metnine birebir bağlı kalınması halinde, fesih dönemi her bir belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi bakımından farklı olacaktır. Böyle bir durumda ise kira sözleşmesiyle mülkiyet hakkının aşırı derecede sınırlandırılmasını önlemeye çalışan kanun koyucunun amacını aşan sonuçlar meydana gelecektir<sup>26</sup>.

## II. ON YILLIK UZAMA SÜRESİNE İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASI

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 347. maddesinin 1. fıkrasında geçen “*on yıllık uzama süresi*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin tartışmalı olduğu ve bu ifadenin uygulama bakımından sorunlar yaratabileceği yukarıda belirtilmişti. Nitekim korkulan olmuştur. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, TBK md. 347 f.1 c.3'te düzenlenen on yıllık uzama süresinin başlangıcı ve buna bağlı olarak kiraya verenin fesih bildiriminde bulunarak kira sözleşmesini sona erdirebileceği tarih bakımından farklı kararlar vermiştir. Bu bölümde, sırasıyla Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 22.2.2016 tarihli ve E.2015/9211 K.2016/1178 sayılı kararı<sup>27</sup> ile Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 6.2.2017 tarihli ve E.2017/1437 K.2017/793 sayılı kararı<sup>28</sup> üzerinde durulacaktır. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin kararı, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından on yıllık uzama süresi sonunda

<sup>25</sup> İNCEOĞLU, s. 331.

<sup>26</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 340.

<sup>27</sup> <http://www.kazanci.com.tr>, 25 Temmuz 2017.

<sup>28</sup> <http://www.kazanci.com.tr>, 25 Temmuz 2017.

bildirim yoluyla sona erdirilmesine ilişkindir. Bu karara konu somut olayda, davacı, maliki olduğu davaya konu dükkânın davalı şirkete ilk olarak 1996 yılında bir yıl süreli kira sözleşmesi ile kiraya verildiğini; sözleşmenin her yıl birer yıllık olarak yenilendiğini ve davalı şirketin kiralananında 19 yıldır kiracı olduğunu; her yenileme dönemi başında kira sözleşmesi imzalandığını; son olarak yenileme yoluyla akdedilen sözleşmenin 1.1.2014 - 31.12.2014 dönemine dair olduğunu; kira ilişkisinin yenilenmeyeceğinin ihtarname ile davalıya bildirilmesine rağmen davalının kiralananı tahliye etmediğini ileri sürerek, davalı kiracının davaya konu dükkândan TBK md. 347 uyarınca tahliyesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı ise TBK md. 347’de hükme bağlanan koşulların somut olayda gerçekleşmediğini; davaya konu taşınmazda 1.1.2014 başlangıç tarihli yazılı kira sözleşmesi ile kiracı olarak bulunduğunu ve tarafların karşılıklı anlaşmak sureti ile 1.1.2014 - 1.1.2015 dönemi için yazılı kira sözleşmesi akdettiklerini, 10 yıllık uzama süresinin bu tarihten itibaren başladığını ileri sürmüştür. Davaya bakan yerel mahkeme tarafından, 1.4.1996 tarihli kira sözleşmesi dikkate alınarak, TBK md. 347’de düzenlenen koşulların oluştuğu gerekçesi ile davanın kabulüne ve davalı kiracının kiralananından tahliyesine karar verilmiştir. Bu karar, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesi sonucunda, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi tarafından, taraflar arasında ilk olarak imzalanan 1.4.1996 tarihli kira sözleşmesinin değil, en son imzalanan 1.1.2014 tarihli kira sözleşmesinin esas alınacağı ve buna bağlı olarak TBK md. 347 f.1 c.3 uyarınca kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından bildirim yoluyla sona erdirilemeyeceği belirtilmiş ve yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Yargıtay 6. HD. T.22.2.2016, E.2015/9211 K.2016/1178: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun’unun 347/1.maddesi hükmüne göre konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiraya veren sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminde en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Geçici 2.maddesi uyarınca, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce TBK.nun 347.maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden 10 yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl, on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıl sonra uygulanacağı öngörülmüştür.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kararı da belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından on yıllık uzama süresi sonunda bildirim yoluyla sona erdirilmesine ilişkindir. Bu karara konu somut olayda, davacı maliki olduğu davaya konu dükkânın ilk olarak 1.4.1997 tarihli kira sözleşmesi ile beş yıllığına davalıya kiraya verildiğini; TBK md. 347 uyarınca 1.4.1997 tarihinde kurulan kira sözleşmesi bakımından on yıllık uzama süresinin, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihinden önce 1.4.2012 tarihinde dolmuş olduğunu; 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca TBK md. 347'nin bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce on yıllık uzama süresi dolmuş olan kira sözleşmeleri hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanacağını; buna göre dava konusu kira sözleşmesi bakımından TBK md. 347'nin 1.7.2014 tarihinde yürürlüğe girdiğini; davalı kiracıya Bakırköy 4. Noterliğinin 20.8.2014 tarihli 10469 yevmiye no.lu ihtarnamesi ile TBK 347. maddesine göre kira döneminin sonunda 31.3.2015 tarihinde sözleşmenin feshedilip kiralananın tahliyesinin ihtar edildiğini, ilgili ihtarnamenin davalı kiracıya 30.9.2014 tarihinde tebliğ edildiğini, kira döneminin bitiminden üç ay önce tebliğ edilen ihtarnameye rağmen davalı kiracının taşınmaz tahliye etmediğini ileri sürerek davalı kiracının davaya konu dükkândan TBK md. 347 uyarınca tahliyesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı ise 17 yıldır kiracı olarak bulunduğu iş yerine her türlü masrafi yaptığını, kira

---

*Taraflar arasında 1996 yılında başlayan kira ilişkisi konusunda uyumsuzluk bulunmamaktadır. 1.4.1996 başlangıç tarihli 1 yıl süreli ilk sözleşmeden sonra, 2. sözleşme 1.8.1996 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 3. sözleşme 1.4.1999 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 4. sözleşme 1.1.2002 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 5. sözleşme 1.1.2008 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 6. sözleşme 1.1.2009 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 7. sözleşme 1.1.2010 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 8. sözleşme 1.1.2011 başlangıç tarihli 1 yıl süreli, 9. sözleşme 1.1.2013 başlangıç tarihli 1 yıl süreli sözleşmeler imzalanmış, son olarak da 1.1.2014 başlangıç tarihli 1 yıl süreli sözleşmeyle kira ilişkisinin yenilendiği anlaşılmıştır. Bu durumda taraflar arasında geçerli olan sözleşmenin en son akdedilen 1.1.2014 başlangıç tarihli kira sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda davacının on yıllık uzama süresinin dolduğundan bahisle dava açma hakkı kalmamıştır. Davacı ancak TBK.nunda belirtilen tahliye sebeplerinden birine dayanarak sözleşme sonunda dava açabilir. Mahkemece 1.1.2014 başlangıç tarihli kira sözleşmesi esas alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle 1.4.1996 başlangıç tarihli kira sözleşmesine istinaden davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir” (http://www.kazanci.com.tr, 25 Temmuz 2017).*

bedellerini düzenli ödediğini, davanın açılmasındaki asıl amacın kira bedelini artırmak olduğunu iddia ederek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Davaya bakan yerel mahkeme tarafından, TBK md. 347 uyarınca dava konusu taşınmaza ilişkin on yıllık uzama süresinin 1.7.2014 tarihinde dolmuş sayılacağı bu tarihten sonra bir yıllık yasal uzama süresinin bitim tarihinin 1.7.2015 tarihi olduğu, 1.7.2015 tarihinden üç ay öncesinde ihtar gönderilmesi koşuluyla 1.7.2015 tarihinden sonra bu maddeye dayalı olarak tahliye davası açılabileceği gerekçesiyle süre yönünden davanın reddine karar verilmiştir. Bu karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesi sonucunda, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi tarafından, davanın süresinde açıldığı ve davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesinin doğru olmadığı belirtilmiş ve yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Yargıtay 3. HD. T.6.2.2017, E.2017/1437 K.2017/793: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun’unun 347/1.maddesi hükmüne göre konut ve çatılı işyeri kiralarında kiraya veren sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminde en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Geçici 2.maddesi uyarınca, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce TBK.nun 347.maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden 10 yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl, on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2 yıl sonra uygulanacağı öngörülmüştür.

Olayımıza gelince; taraflar arasında 01.04.1997 başlangıç tarihli 5 yıl süreli kira sözleşmesi hakkında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

...

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, 6101 Sayılı Yürürlük Kanun’unun Geçici 2.maddesi uyarınca TBK.nun 347/1-son cümlesinde öngörülen kira sözleşmelerinden on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl, on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında da yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanır düzenlemesi bulunmaktadır. 6101 Sayılı Yürürlük Kanun’unun Geçici 2.maddesi ile TBK.nun 347/1-son cümlesi hükmünün uygulanması; Yürürlük tarihinde on yıllık uzama süresi dolmuş olan kira sözleşmeleri ile, on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan kısa olan kira sözleşmeleri yönünden uygulanması belli sürelerle ertelenmiştir.

Buna göre TBK.nun 347.md. /1-son cümlesi yürürlük tarihi itibarıyla on yıllık uzama süresi dolmuş olan kira sözleşmeleri yönünden 01.07.2014 tarihinden on yıl dolmamış

### III. İNCELEME ve DEĞERLENDİRME

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 22.2.2016 tarihli ve E.2015/9211 K.2016/1178 sayılı kararında, taraflar arasında 1.4.1996 tarihinde başlayan on dokuz yıllık kira ilişkisinin göz ardı edildiği; en son akdedilen 1.1.2014 tarihli kira sözleşmesinin dikkate alınarak TBK md. 347 f.1 c.3'te düzenlenen on yıllık uzama süresinin hesap edildiği görülmektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 6.2.2017 tarihli ve E.2017/1437 K.2017/793 sayılı kararında ise davacının iddia ve talebine uygun olarak, taraflar arasında ilk olarak kurulan 1.4.1997 tarihli kira sözleşmesi esas alınarak on yıllık uzama süresinin hesap edildiği; bu sürenin Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihinden önce 1.4.2012 tarihinde dolmuş olduğunun kabul edildiği ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca TBK md. 347'nin bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce on yıllık uzama süresi dolmuş olan kira sözleşmeleri hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanacağı yönündeki hükmün de yine bu hesaba göre somut olaya uygulandığı anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, doktrinde tartışmalı olan bu konuda Yargıtay'ın farklı daireleri arasında da görüş birliği bulunmamaktadır. Oysa 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da karşılığı bulunmayan bu düzenlemenin doğru anlaşılması uygulama bakımından son derece önemlidir. Çünkü TBK md. 347 f.1 c.3 hükmü, kiraya verene herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verme hakkı tanımaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, TBK md. 347 f.1 c.3 hükmünde geçen “*Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir*” ifadesi lâfzî yorumlandığında, fesih dönemi her bir belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesi bakımından farklı olacaktır. Bu noktada, şu sorunun cevabı aranmalıdır: Fesih döneminin her bir belirli

---

*olmakla birlikte kalan süre beş yıldan kısa olan kira sözleşmeleri yönünden 01.07.2017 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Yasanın yürürlük tarihi 01.07.2012 tarihidir. Davacı kiraya veren sözleşme süresine göre uygulama tarihinin 01.07.2014 tarihi olduğunu bilerek 31.03.2015 tarihinden en az üç ay öncesini kapsayacak şekilde fesih iradesini 30.09.2014 tarihinde davalı kiracıya bildirmiştir. Bu bildirimde dava 22.04.2015 tarihinde süresinde açılmıştır. Bu durumda mahkemeye yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir”* (<http://www.kazanci.com.tr>, 25 Temmuz 2017).

süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinde farklı olması, kanun koyucunun arzu ettiği bir sonuç mudur?

Bazı yazarlar<sup>31</sup> bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Bu yazarlara göre, on yıllık sürenin hesabında, sözleşmenin kurulduğu tarih esas alınmalı ve TBK md. 347 f.1 c.3'te geçen “on yıllık uzama süresi” sonunda ifadesi, “sözleşmenin kurulmasından itibaren uzama süreleri de dâhil olmak üzere toplam on yıllık sürenin sonunda” şeklinde anlaşılmalıdır; sözleşmenin kurulmasının üzerinden on yıl geçmiş ise on yıllık süreyi takip eden her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla herhangi bir sebep göstermeksizin kiraya veren sözleşmeyi sona erdirebilir. Buna karşılık bazı yazarlara göre<sup>32</sup>, TBK md. 347 f.1 c.3 hükmü son derece açıktır ve hükmün bu şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bazı yazarlara göre<sup>33</sup> ise, TBK md. 347 f.1 c.3 hükmü *kiracıyı on iki (1+10+1) yıllığına korumaktadır*; buna göre kiraya veren on ikinci yılın sona ermesine en geç üç ay kala bildirimde bulunmak koşuluyla sözleşmeyi sona erdirebilir; örneğin kira sözleşmesinin süresi sekiz yıl ise, 8+4 şeklinde bir hesap yapılarak, kiraya veren on ikinci yılın sonunda fesih bildirim süresine uymak koşuluyla sözleşmeyi sona erdirebilir; yani sekiz yılın üzerine bir on yıl eklenmez; kira sözleşmesinin süresi on iki yıl olarak belirlenmişse yine on iki yılın üzerine bir on yıl eklenmez; kiraya veren on ikinci yılın bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunarak sözleşmeye son verebilir; aksinin kabulü halinde ise haksız sonuçlar meydana gelir.

Kanaatimce, TBK md. 347 f.1 c.3 hükmünün “... *kira sözleşmesi sebebiyle, kiraya verenin, aradan uzun yıllar geçse bile, kiralananın dolaysız zilyedi olamamasının toplumda yarattığı huzursuzluk dikkate alınmış ve kiraya verene, fıkra da belirtilen koşullar gerçekleşince, tazminat ödemekle yükümlü olmaksızın, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilme hakkı tanınmıştır*” şeklindeki gerekçesi dikkate alındığında, TBK md. 347 f.1 c.3'te geçen “on yıllık uzama süresi sonunda” ifadesinin, “sözleşmenin kurulmasından itibaren uzama süreleri de dâhil

<sup>31</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 342-343; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 312-313; GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 336.

<sup>32</sup> BURCUOĞLU, s. 50; İNCEOĞLU, s. 333; AYANOĞLU MORALI, s. 114, 116; AKGÜN AKAY, s. 24.

<sup>33</sup> YAVUZ, s. 660.



olmak üzere toplam on yıllık sürenin sonunda” şeklinde anlaşılması gerektiği yönündeki görüşe üstünlük tanınmalıdır.

Tasarıda on beş yıl olarak düzenlenen uzama süresinin, mülkiyet hakkının ölçüsüz olarak sınırlandırılmayacağı gerekçesiyle Adalet Komisyonu tarafından on yıl olarak değiştirildiği, yukarıda belirtilmişti. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda, TBK md. 347 f.1 c.3 hükmü ile korunan menfaatin mülkiyet hakkı olduğu açıktır<sup>34</sup>. Ayrıca bu durum, sözleşme özgürlüğüyle de yakından ilgilidir<sup>35</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki TBK md. 27 f.1 uyarınca ahlaka aykırılık, sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birini oluşturur. TBK md. 27 f.1’de yer alan ahlak kavramı ile ifade edilmek istenen, genel ahlaktır<sup>36</sup>. Bir toplumda, belirli bir zaman diliminde orta zekâda, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve kabulleri, o toplumun genel ahlakını meydana getirir<sup>37</sup>. Ahlaka aykırılık, çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Bir sözleşmenin içerdiği edim, yani borçlunun üstlendiği davranış ahlaka aykırı olabilir<sup>38</sup>. Örneğin, borçlunun kişisel özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandıran uzun süreli rekabet yasağı, aşırı bir ceza koşulu ya da zaman itibariyle çok uzun süreli veya süresiz edim yükümlülüklerini içeren sözleşmeler bakımından durum böyledir<sup>39</sup>. Aşırılığı oluşturan, aslında tek başına taahhüde konu olan edim değil; taahhüt sonucunda ortaya çıkan somut durumda, borçlunun alacaklıya

<sup>34</sup> EREN, Özel Hükümler, s. 411-412.

<sup>35</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 341.

<sup>36</sup> OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 85; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 340; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt), 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 550.

<sup>37</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 340; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 550-551; OĞUZMAN/ÖZ, s. 85; ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 83 vd.

<sup>38</sup> BAŞPINAR, Veysel: “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1, 1999, s. 19-34, s. 19, 28; EREN, Genel Hükümler, s. 341; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 86; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 554.

<sup>39</sup> BAŞPINAR, s. 24, EREN, Genel Hükümler, s. 342; OĞUZMAN/ÖZ, s. 87. Ayrıca Bkz. Yargıtay 13. HD., T.16.1.1996, E.1996/10 K.1996/80 (BAŞALP, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 326, dn. 521).



karşı olan yükümlülüğünün kabul edilebilir olup olmamasıdır<sup>40</sup>. Çünkü hiç kimse, gelecekte özgürce hareket etme hakkını veya mesleki ya da ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede ihlal edecek malvarlığı değerini ifaya zorlanamaz<sup>41</sup>. Sonuç olarak, aşırı ekonomik taahhütler, borçlunun özgürce hareket etme hakkını veya mesleki ya da ekonomik özgürlüğünü genel ahlak duygularını zedeleyecek derecede sınırlandırıyor, TMK md. 23 f.2 hükmü uygulama alanı bulur<sup>42</sup>. Çünkü TMK md. 23 f.2 uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz<sup>43</sup>. İşte, TBK md. 347 f.1 c.3 hükmünde geçen “*on yıllık uzama süresi*” ifadesi de bu açıdan ele alınmalıdır<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> ATEŞ, s. 253; BAŞPINAR’a göre, günlük hayatta yapılan her hukuki işlem, az veya çok kişi özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelir. Bu durum, ekonomik özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından da geçerlidir. Ekonomik özgürlüklerin sınırlandırılması, hukuki işlemi, doğrudan ahlaka aykırı hale getirmez. Ancak bir kimsenin yapacağı sözleşmelerle ekonomik varlık ve faaliyet özgürlüğünü tümüyle yok etmesi mümkün olmadığı gibi, ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırması da mümkün değildir (s. 18 vd.).

<sup>41</sup> ATEŞ, s. 253. Bu noktada kınanan davranış, borçluyu, alacaklı karşısında hiçbir iradesi olmayan bir varlık haline getiren davranıştır. Böyle bir bağımlılık ise, genel ahlaka aykırıdır (BAŞPINAR, s. 23).

<sup>42</sup> ATEŞ, s. 254. OĞUZMAN/ÖZ’e göre, bu tür sözleşmelerin bazıları, kişilik hakkına aykırılık sebebiyle geçersiz sayılabilir (s. 87). HATEMİ’ye göre, böyle sözleşmelerde, TMK md. 23 f.2 dolayısıyla, ahlaka aykırılık aynı zamanda hukuka aykırılıktır. Nicelik bakımından belirli bir dereceye yükselen özgürlük kısıtlamaları, TMK md. 23 f.2 uyarınca, hukuka aykırı sayılır. Bu dereceyi ise ahlak kuralları belirler. Bkz. HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, 1. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 224, dn. 115.

<sup>43</sup> HATEMİ’ye göre, TMK md. 23 f.2 hükmü, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir kuraldır (s. 47).

<sup>44</sup> Buna karşılık, KARABAĞ BULUT’a göre böyle bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Yazar’a göre, “...*kanun koyucu TBK. m. 347 hükmünde açıkça “on yıllık uzama süresi” ifadesini kullanmıştır. Belirli süreli sözleşmede on yıllık sürenin sözleşmenin başından itibaren başlaması halinde belirli süreli kira ilişkileri ile belirsiz süreli kira ilişkileri arasında bir fark kalmayacaktır. Oysa kanun koyucu belirli ve belirsiz süreli kira sözleşmelerini ayrı ayrı düzenleyerek, bunlar bakımından farklı çözümler getirmeyi hedeflemiştir. Bunun dışında on yıllık sürenin belirli sürenin sona ermesinden itibaren başlatılmasının toplumsal huzuru bozacağı ve her durumda kamu düzenine aykırı oldukları hususuna katılmak da mümkün değildir. ...Türk Borçlar Kanunu belirli sürenin kırk veya elli yıl olmasını yasaklayan bir hüküm sevk etmiş değildir. Ayrıca süresi on yılı aşan belirli süreli kira sözleşmelerinin sırf bu nedenle kişilik hakkını ihlal ettiği veya kamu düzenine aykırı olduğu da söylenemez. Bir sözleşmenin kişilik hakkını ihlal etmesi yalnızca süresi dikkate alınarak tespit edilemez. ...burada sözleşmede kararlaştırılan edimlerin, sözleşmenin kiracı veya kiraya verene sağladığı her türlü katkının ve sözleşmedeki bütün somut şartların birlikte değerlendirilerek sonuca*

TBK md. 347 f.2 hükmü, belirsiz süreli kira sözleşmelerinin bildirim yoluyla sona ermesine ilişkindir. Bu maddede, “*Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler*” denmektedir. Görüldüğü üzere, belirsiz süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde on yıllık süre, sözleşmenin kurulmasıyla başlamaktadır. Şu durumda, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde, on yıllık uzama süresinin kira sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasından itibaren işlemeye başladığının kabulü halinde kiracı, belirsiz süreli kira sözleşmesi akdeden kiracıya nazaran daha çok korunmuş olur<sup>45</sup>. Oysa böyle bir durum TBK md. 347 hükmünün *Ratio Legis*’ine aykırılık teşkil eder<sup>46</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un kentleşmenin ve buna bağlı olarak konut ihtiyacının artması ile kiracıların kendilerine dayatılan sözleşmeleri kabul etmek zorunda kalmasının bir sonucu olarak çıkarıldığı belirtilmektedir<sup>47</sup>. Ancak günümüzde koşulların değiştiği; inşaat sektöründe adeta bir patlama yaşandığı ve uzun vadeli kredi olanakları ile konut ve işyeri edinmenin artık kolaylaştığı böylelikle konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kiracının zayıf durumda bulunduğu yönündeki kabulün, artık geçerliliğini yitirdiği ifade edilmektedir<sup>48</sup>. Böyle bir durumda, belirli süreli kira sözleşmesi akdeden kiracıyı, belirsiz süreli kira sözleşmesi akdeden kiracıdan daha fazla korumak gereksizdir<sup>49</sup>. Nihayetinde akdedilen her iki sözleşme de birer konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesidir. Bu nedenle TBK md. 347 f.1 c.3’te geçen “on yıllık uzama süresi sonunda” ifadesi, “sözleşmenin kurulmasından itibaren uzama süreleri de dâhil olmak üzere toplam on yıllık sürenin sonunda” şeklinde anlaşılmalıdır.

---

*varılması gerekmektedir*” (KARABAĞ BULUT, Nil: Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 149.

<sup>45</sup> YAVUZ, s. 660.

<sup>46</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 342.

<sup>47</sup> İNCEOĞLU, s. 1.

<sup>48</sup> İNCEOĞLU, s. 2.

<sup>49</sup> ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 342.

## SONUÇ

TBK md. 347 hükmüne ilişkin yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasının, sözleşmenin *kiracı tarafından* ne zaman sona erdirilebileceği noktasında önem taşıdığı; konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin belirli süreli olması halinde, kiracının ancak bu sürenin bitiminde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olduğu; konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin belirli süreli olması halinde ise kiracının her zaman bu hakka sahip olduğu; TBK md. 347 f.1 hükmü ile TBK md. 347 f.2 hükmü arasındaki farklılığın bundan ibaret olduğu; 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'da karşılığı bulunmayan TBK md. 347 f.1 c.3 hükmünün konuluşu amacının kiraya verenin mülkiyet hakkının ve sözleşme özgürlüğünün akdetmiş olduğu kira sözleşmesi nedeniyle aşırı derecede sınırlanmasını önlemeye çalışmak olduğu dikkate alındığında, kiraya veren bakımından TBK md. 347 f.1 ile TBK md. 347 f.2 hükmü arasında bir farkın bulunmaması ve TBK md. 347 f.1 c.3'te geçen "on yıllık uzama süresi sonunda" ifadesinin, "sözleşmenin kurulmasından itibaren uzama süreleri de dâhil olmak üzere toplam on yıllık sürenin sonunda" şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

Buradan hareketle, davacının iddia ve talebine uygun olarak, taraflar arasında ilk olarak kurulan 1.4.1997 tarihli kira sözleşmesi esas alınarak on yıllık uzama süresinin hesap edildiği; bu sürenin Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihinden önce 1.4.2012 tarihinde dolmuş olduğunun kabul edildiği ve 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca TBK md. 347'nin bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce on yıllık uzama süresi dolmuş olan kira sözleşmeleri hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanacağı yönündeki hükmün de yine bu hesaba göre somut olaya uygulandığı anlaşılan Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 6.2.2017 tarihli ve E.2017/1437 K.2017/793 sayılı kararının yerinde olduğu; buna karşılık taraflar arasında 1.4.1996 tarihinde başlayan on dokuz yıllık kira ilişkisinin göz ardı edildiği; en son akdedilen 1.1.2014 tarihli kira sözleşmesinin dikkate alınarak TBK md. 347 f.1 c.3'te düzenlenen on yıllık uzama süresinin hesap edildiği görülen Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 22.2.2016 tarihli ve E.2015/9211 K.2016/1178 sayılı kararının hukuken yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

## KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-326), 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- AKGÜN AKAY, Merve: Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2017.
- AKINCI, Şahin: “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, s.33-50.
- ATEŞ, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- AYANOĞLU MORALI, Ahu: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren TBK m.347 Çerçevesinde Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C.9, S.103-104, 2013, s.108-131.
- AYDIN, Gülşah Sinem: Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333), 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- AYSAL, Mustafa: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C.9, S.103-104, 2013, s.183-191.
- BAŞALP, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- BAŞPINAR, Veysel: “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 1999, s.19-34.
- BUZ, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- BURCUOĞLU, Haluk: Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile-Kira-Borçlar Hukukunun Diğer Bazı Bölümleri) I. Quo Vadis (Nereye) II. Nihayet (TBK.’nın her nedense unutulmuş hükümleri uygulanmaya başlandı), 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- DAŞLI, Engin: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kira Sözleşmesinin Feshi, 1. Bası, Aristo Yayıncılık, Erzincan 2017.
- DOĞAN, Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2. Bası, İstanbul 2012, s.499-517.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (Genel Hükümler)
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (Özel Hükümler)

- GÖKYAYLA, K. Emre: “İşyeri Kiralarına İlişkin Sözleşmelerin Sona Ermesine Uygulanacak Hükümler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.14, 2013, s.149-170. (İşyeri Kiraları)
- GÖKYAYLA, K. Emre: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m.339)”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, 2013, s.1203-1251 (<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/6-Emre-G%C3%96KYAYLA+.pdf>, 17 Temmuz 2017).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2012. (Kira Sözleşmesi)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. (Borçlar Özel)
- HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, 1. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- İNCEOĞLU, Murat: Kira Hukuku C.II, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2014.
- İPEK, Eyüp: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.102, 2012, s.59-92.
- KARABAĞ BULUT, Nil: Medeni Kanununun 23. Maddesi kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt), 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I/2, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TÜRKMEN, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.1, 2015, s.341-368.
- URAL ÇINAR, Nihal: Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

- YAVUZ, Nihat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler (Genel Hükümler-Özel Hükümler), 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

# DÜNYA TURİZM ÖRGÜTÜ

## WORLD TOURISM ORGANIZATION

DOI: 10.21492/inuhfd.339082

Anıl ÇAMYAMAÇ\*

### Özet

20. yüzyılın ikinci yarısı, devletler için yeni ekonomik gücün gelişimine şahitlik etmiştir. Kitlelerin örgütlü seyahatleri yeni bir sanayi doğurmuştur: turizm. Turizm devletlerin ekonomik büyümesindeki en önemli ve yenilikçi unsurlardan bir hâline geldiğinde, turizm ile alakalı konuları örgütlemek ve düzenlemek de önemli hâle gelmiştir. Böylelikle, bu ihtiyaç kendisini Dünya Turizm Örgütü olarak hükümetler-arası bir örgüte dönüştürmüştür. Gerçekte, kurulmasından evvel, bu alanda hükümetler dışı uluslararası bir örgüt vardır ve bu örgüt Birleşmiş Milletler'in de yardımıyla kendisini Dünya Turizm Örgütü'ne çevirmiştir. Öneme rağmen, görüldüğü üzere, Dünya Turizm Örgütü kendi çapında ihmal edilmiştir. Bu ihmal edilmişliğin göstergesi, gerek özellikle diğer uzmanlık örgütleriyle mukayese edildiğinde üye sayısının azlığında, gerek gerçek statüsü hakkında global medya organlarında çıkan yanıltıcı bilgilerde gözlemlenebilir. Bununla birlikte, bu makale, büyük öneme sahip nadir bir uzmanlık örgütünü, Dünya Turizm Örgütü'nü kısaca tariflemekte, öz bir biçimde kuruluş tarihçesini, üyeliğe ilişkin özelliklerini, örgütün ana yapısını, hukukî statüsünü ve aynı zamanda Birleşmiş Milletler ile olan ilişkisini içermektedir. Dahası, bu örgüt tüm uluslararası kurumsal hukuk tarihindeki en etkileyici dönüşümü de temsil etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Turizm, Dünya Turizm Örgütü, Hükümetler Arası Örgüt, Uluslararası Hükümetler Dışı Örgüt, Uzmanlık Örgütü.

### Abstract

The last quarter of the 20th century has seen the development of a new economic power for states. The organized travels of masses have formed a new industry: tourism. When tourism has become one of the most important and innovative element in the economical growth of states, the need to organize and regulate tourism-related matters has also become vital. Hence, this demand has transformed itself into an inter-governmental organization i.e. World Tourism Organization. In fact, before its establishment, there was a non-governmental organization in this field, and with the help of the United Nations this organization has turned itself into World Tourism Organization. Apparently, despite its prominence, the World Tourism Organization has been neglected. The indications of this negligence can be seen either in the number of its member states, particullary comparing it to the other specialized agencies or in the misleading information about its real status in the global media. Nevertheless, this article contains a short description of a deviated specialized agency, which is World Tourism Organization, and also includes the brief history of its establishment, the features of its membership, the main structure of the organization, its legal status, and its relation with the United Nations, as well. Furthermore, this organization represents one of the most influential transformations in the whole history of international institutional law.

---

\* Yrd. Doç. Dr. Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi. acamyamac@yahoo.com

**Keywords:** Tourism, World Tourism Organization, Inter-Governmental Organization, International Non-Intergovernmental Organization, Specialized Agency.

## Giriş

Bir zamanlar uluslararası hukukun tek bir süjesi olduğu iddia edilirken<sup>1</sup>, günümüzde bu durumun değiştiği görülmektedir. Artık devletler uluslararası hukukun tek süjesi olmaktan çıkmış; bu itibarla, hâlen en güçlü süje konumunda olmalarına karşılık<sup>2</sup> yanlarına en azından uluslararası örgütler de katılmıştır<sup>3</sup>. Uluslararası örgütlerden kasıt ise, kuşkusuz, hükümetler-arası uluslararası örgütler olmaktadır. Yani bu mealde, daha açık bir ifadeyle, devletlerarasında ve onlarca genelde bir antlaşmaya bağlı olarak kurulan<sup>4</sup> ve kurulduktan sonra kendi hukukî kişiliğini haiz olan birimler anlaşılmalıdır<sup>5</sup>. Özellikle II. Dünya Savaşı

<sup>1</sup> 20. yüzyılın başında dönem hukukçuları arasında devletlerin uluslararası hukukun tek süjesi olduğunun kabul edildiği gözlenmektedir. Meselâ, bkz. OPPEINHEIM L., *International Law: A Treatise*, vol. I (Peace), 2nd edition, London, 1912, s. 107 vd.

<sup>2</sup> İlk ve temel süje konumundaki devletlerin hukukî kişiliği en kapsamlı hukukî kişilik olarak kabul edilmektedir. Nitekim, başta uluslararası örgütler olmak üzere, diğer süjelerin hukukî kişiliklerinin işlevsellikleriyle sınırlanmış olduğu gözlenmektedir. Uluslararası hukuk kişiliği hakkında daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. FELDMAN D., *International Personality*, *Recueil des cours*, vol. 191, 1985-II, 1985, s. 343-413; PORTMANN R., *Legal Personality in International Law*, Cambridge, 2010. Konu hakkında Türk doktrine dair bkz. PAZARCI H., *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 1999, s. 1-5.

<sup>3</sup> Devletler ve uluslararası örgütler dışında da uluslararası hukuk süjeleri olduğu, en azından bazı birimlerin bu çerçevede uluslararası süje olma niteliklerinin kabul edildiği veya tartışıldığı belirtilmelidir. Bunlar arasında Atipik Süjeler, Vesayet Altındaki Ülkeler, Uluslararasılaştırılmış Ülkeler, Kendini Yönetemeyen Halklar, Hükümetler-Dışı Uluslararası Örgütler/Uluslararası Sivil Toplum Örgütleri, Kurtuluş Örgütleri, Çokuluslu Şirketler, bireyler vs. gibi birimler sayılmaktadır. Uluslararası hukukun süjeleri hakkında genel bir değerlendirme için bkz. WALTER C., *Subjects of International Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2008 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 05/04/08).

<sup>4</sup> Kurucu antlaşma olarak da adlandırılan bu belge, aynı zamanda kurulan bu uluslararası örgütün iç işleyiş bağlamında da temel düzenleyici belgesi konumundadır. Bkz. SUR M., *Uluslararası Hukukun Esasları*, 9. Baskı, İstanbul, 2015, s. 161-162. Öte yandan, nadir de olsa herhangi bir uluslararası antlaşmaya bağlı olmadan da, tam aksine mevcut bir başka örgütün hukukî bir işlemiyle de uluslararası örgütlerin kurulabileceğini belirten *Klabbers*, örnek olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun aldığı bir kararla kurulan Birleşmiş Milletler Sınai Kalkınma Örgütü'nü (*United Nations Industrial Development Organization*) göstermektedir. Bkz. KLABBERS J., *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2005, s. 7.

<sup>5</sup> Uluslararası örgütler konusunda önemli çalışmalardan birine imza atan *Klabbers* uluslararası örgüt tanımını vermenin zorluğuna dikkat çekerek, aşağı yukarı kabul



sonrasında Birleşmiş Milletler Örgütünün kurulmasının da etkisiyle günümüzde sayıları büyük ölçüde artan uluslararası örgütler<sup>6</sup>, hemen hemen her türlü konuda devletlerin işbirliğini geliştirmeleri ve kuruldukları konularda evrensel veya bölgesel ilerlemenin sağlanması amacıyla oluşturulmaktadır.

Küreselleşmenin de etkisiyle, devletler, daha fazla alanda ve daha yoğun işbirliğine gerek duymakta ve belirtildiği üzere, bunun için de daha fazla sayıda uluslararası örgütler oluşturmaktadır. 20. yüzyılın ikinci yarısıyla birlikte turizmin artan önemi ve bu alanda ortaya çıkan sorunlar daha evvelden uluslararası bir sivil toplum örgütü<sup>7</sup> niteliğinde 1946 yılında kurulmuş olan “Resmî Seyahat Örgütleri Uluslararası Birliği”ni (*International Union of Official Travel Organizations*), Birleşmiş Milletler kararının da etkisiyle, Dünya Turizm Örgütü’ne dönüştürmüştür.

Bu kısa çalışmayla amaçlanan, Türk doktrininde Birleşmiş Milletler’in diğer uzmanlık örgütleri kadar bilinmeyen ve incelenmeyen Dünya Turizm Örgütü’nün okuyucuya kısa bir biçimde tanıtılmasıyla sınırlıdır. Bu çerçevede, önce ada ilişkin kısaltma sorunu, daha sonra ise

---

edilebilecek ve önemli ölçüde uluslararası örgütü kapsayabilecek bir tanım oluştururken, en azından, şu üç temel unsurun göz önüne alınması gerektiğini vurgulamıştır: “devletler arasında yaratılmış olmak”, “bir antlaşma temelinde (yaratılmış) olmak” ve “kendine has bir iradesi olan bir organ olmak”. Bkz. KLABBERS, s. 7-13.

<sup>6</sup> Hükümetler-arası Uluslararası Örgütlerin günümüzdeki tahmini rakamının 250 civarı olduğu belirtilmektedir ki, birçok devletin fakirliği, bunun karşısında daha zengin devletlerin bu tür örgütleri finanse etmekten kaçınmaya başlaması seneler içerisinde bu rakamda düşüşe sebep olmuştur. Bu itibarla, 1985 yılında uluslararası hükümetler-arası örgütlerin sayısı 378 iken, 1989 sayınının 300’e 1999’da ise 251’e düştüğü ifade edilmektedir. Bkz. ARCHER C., *International Organizations*, 3rd edition, London, 2001, s. 25 ve 178. Uluslararası hükümetler-arası örgütlerin bu duruma karşılık, uluslararası hükümetler-dışı örgütler açısından ise tam tersi bir durum yaşandığı gözlenmektedir. Bu çerçevede, 2006 itibarıyla 24742 adet bu tür örgütün varlığından bahsedilmektedir. Bkz. TURNER E.A.L., Why Has the Number of International Non-Governmental Organizations Exploded since 1960?, *Clodynamics: Journal of Theoretical & Mathematical History*, vol. 1(1), 2010, s. 84 via <http://escholarship.org/uc/item/97p470sx> (ziyaret tarihi: 08/09/17).

<sup>7</sup> Uluslararası sivil toplum örgütlerinin hukukî statülerine dair daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. LINDBLOM K., *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, 2005. Ayrıca, bkz. BEN-ARI R.H., *The Legal Status of International Non-Governmental Organizations: Analysis of Past and Present Initiations (1912-2012)*, Leiden, 2013; SZAIZI E., *NGOs: Legitimate Subjects of International Law*, Leiden, 2012.

sırasıyla Örgüte ilişkin kısa bir tarihçe, üyelik, yapısı ve işlevleri alt başlıklar hâlinde aktarılmaya çalışılacaktır.

Burada hemen belirtmelidir ki, özellikle son 40-50 yılın en revaçtaki iş kollarından biri olan ve birçok devlet için bacasız sanayi olarak da adlandırılan turizmin bu kadar dar bir alan olmadığı<sup>8</sup>, birçok konuyu içerdiği ve Dünya Turizm Örgütü'nün de bu alandaki belki en önemli aslı kurum olarak nitelendirilebilecek olmasına karşılık tek kurum olmadığıdır<sup>9</sup>. Böylelikle, bu çalışma, daha evvel de vurgulandığı üzere, turizm konusunun evrensel çerçevede kurumsal yapısının sadece Dünya Turizm Örgütü açısından ele alınmasından ibarettir.

### I. Dünya Turizm Örgütü Adı ve Bunun Kısaltmasına Dair Sorun

Dünya Turizm Örgütü kısaltması olarak kullanılan DTÖ inisiyallerinin, 1994 yılında kurulan Dünya Ticaret Örgütü'nün inisiyalleriyle aynı olmasından ötürü<sup>10</sup> ve bu çerçevede ortaya çıkan

<sup>8</sup> Turizm oldukça geniş bir alana tekabül etmektedir. Turizm konusunda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. GEE C.Y. & FAYOS-SOLÁ E. (eds.), *International Tourism: A Global Perspective*, Madrid, 1997. Ayrıca, bu konuya ilişkin bkz. VELLAS P., *Tourism, Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 376-378; VRANCKEN P., *Tourism, Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, February 2011 via <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1001> (ziyaret tarihi: 01/07/17).

<sup>9</sup> Dünya Turizm Örgütü, alanında, özellikle Birleşmiş Milletler'in bir uzmanlık örgütü olmasının da bir sonucu olarak, en önemli örgütlenme olmasına karşılık, belirtildiği üzere turizmin tek düzenleyici örgütü değildir. Turizm alanında doğrudan bu alana ilişkin kurulan örgütlenmeler söz konusu olabileceği gibi doğrudan turizm alanında kurulmamış ama kendi faaliyet alanları turizmi de ilgilendiren örgütler söz konusu olabilmektedir. Öte yandan, turizm alanında kurulan örgütlerde özel sektör örgütlenmelerinin de yer aldığı görüldüğü gibi, bölgesel örgütlerde de turizm önemli konu başlıklarından birini teşkil etmektedir. Bu çerçevede, Dünya Turizm Örgütü dışında turizm alanında faaliyet gösteren örgütler arasında “Dünya Seyahat ve Turizm Konseyi” (*World Travel and Tourism Council*)-özel sektör, “Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü” (*International Civil Aviation Organization/ICAO*)-evrensel düzeyde teknik uzmanlık örgütü, “Uluslararası Hava Taşımacılığı Cemiyeti” (*International Air Transport Association/IATA*), “Amazon İşbirliği Antlaşması Örgütü” (*Amazon Cooperation Treaty Organization*)-bölgesel örgüt-, gibi örgütler yer almaktadır. Konu hakkında geniş bir değerlendirme için bkz. GEE & FAYOS-SOLA, s. 303-318, özellikle s. 309-317. Türk Doktrini bağlamında bkz. ANDAÇ F., *Turizm Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2013, s. 77-87.

<sup>10</sup> Dünya Turizm Örgütü'nün inisiyalleriyle Dünya Ticaret Örgütü'nün çatışması durumu Birleşmiş Milletler'in beş resmî dilinden ikisinde, İngilizce ve Rusça'da söz konusu

karmaşanın önüne geçilebilmesi adına zamanın Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri *Kofi Annan*'ın kabûlü sonrası Dünya Turizm Örgütü Genel Kurulu aldığı bir kararla adının başına *inisiyaller bağlamında* Birleşmiş Milletleri temsil eden BM harflerinin konulmasını kararlaştırmış<sup>11</sup> ve böylelikle, 2005 yılından itibaren Dünya Turizm Örgütü için inisiyaller bağlamında BMDTÖ kullanılmaya başlanmıştır<sup>12</sup>. Bir daha altı çizilmelidir ki, bu durum inisiyallerin kullanımına dair ve onunla sınırlıdır. Nitekim, doktrinde de konuyu değerlendiren yazarlar buna uygun olarak inisiyallerin kullanımında Birleşmiş Milletler inisiyaliyle birlikte kullanıma yer verirken, normal olarak adın kullanımında ise, sadece, Dünya Turizm Örgütü ibaresini kullanmaktadır<sup>13</sup>.

## II. Dünya Turizm Örgütü'nün Tarihî Gelişimine Kısa Bir Bakış

Dünya Turizm Örgütü'nün tarihî perspektiften gelişimi değerlendirildiğinde 1925 yılına kadar geriye gidilebilir. O yılda, yâni 1925 yılında, La Haye'de Resmî Turist Trafiği Dernekleri Uluslararası Kongresi adı altında bir örgütlenmeye gidilmiş, 1934 yılında “Resmî Turist Tanıtma Örgütleri Uluslararası Birliği” (*International Union of Official Tourist Publicity Organizations*) adını alan bu hükümetler-dışı örgütlenme, 1946 yılında Cenevre’de “Resmî Seyahat Örgütleri

olmuştur. Bu çerçevede, İngilizce “World Tourism Organization” ibaresinin inisiyaller bağlamında kısaltması “WTO” iken, “World Trade Organization” (*Dünya Ticaret Örgütü*) ibaresinin de İngilizce kısaltması “WTO” şeklindedir. Esasen, Türkçe’de de, görüldüğü üzere, paralel bir durumla karşılaşılmaktadır.

<sup>11</sup> Bkz. VOLGER H., UNWTO-World Tourism Organization, in *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, 2nd revised edition, edited by Volger, Leiden, 2010, s. 839.

<sup>12</sup> Konu hakkında ayrıca bkz. “UN Tourism Agency Changes its Acronym to Avoid Confusion with Trade Body” December 1 2005 via [www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=16769&Cr=&Cr1=#.WafjaEgVxdg](http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=16769&Cr=&Cr1=#.WafjaEgVxdg) (ziyaret tarihi: 30/08/17).

<sup>13</sup> Bu konuda bkz. VOLGER, s. 838-840; VRANCKEN P., World Tourism Organization (UNWTO), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, October 2006 via <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1772> (ziyaret tarihi: 02/09/17). Ne yazık ki, *Vrancken* “Dünya Turizm Örgütü”nü değerlendirdiği bu makalesine bir bütün olarak ulaşılamamış, sadece başlık sayfasına ulaşılabilmiştir. O yüzden, bu makale değerlendirmeye alınamamış ve makaleye dolayısıyla *bibliyografya* da yer verilememiştir. Ayrıca, bkz. KLEIN E., United Nations, Specialized Agencies, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, August 2006, paragraf: 10 via <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e562> (ziyaret tarihi: 01/07/17)

Uluslararası Birliği”<sup>14</sup> adlı yine hükûmetler-dışı örgüt niteliğini haiz bir örgüt olarak kendisini yeniden yapılandırmıştır<sup>15</sup>. İsviçre Medeni Kanununa tâbi olarak kurulan ve kurulduğunda sadece 19 üyesi olan, 1960’lı yılların ortalarına gelindiğinde üye sayısının 100’ün üzerine çıktığı görülen bu Örgütün<sup>16</sup>, ekonomik büyümenin en önemli hızlandırıcı faktörlerinden biri olan turizmin ön plâna çıkmasıyla birlikte, kendisini, hükûmetler-dışı nitelikteki bir örgütten hükûmetler-arası bir örgüte dönüştürülmesi talebi doğurmuştur<sup>17</sup>. Bu çerçevede, adı geçen bu hükûmetler-dışı uluslararası örgüt 1967 tarihindeki Tokyo toplantısında aldığı bir karar ile Birleşmiş Milletler Örgütü’yle yakın işbirliği hâlinde hükûmetler-arası bir örgüt olma arzusunu ortaya koymuş; 1970 yılında ise *Resmî Seyahat Örgütleri Uluslararası Birliği Genel Kurulu Dünya Turizm Örgütü* olmayı hazırlanan Tüzüğünde<sup>18</sup> de kabûl etmek suretiyle onaylamış<sup>19</sup>, Tüzüğün yürürlüğe girmesi için gerekli onay oranına 1975 yılında erişilmesiyle o tarihten itibaren Dünya Turizm Örgütü faaliyete geçmiştir. 1977 yılında ise, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 32/156 sayılı kararıyla<sup>20</sup> kendisi ve Dünya Turizm Örgütü arasındaki işbirliğini gören

<sup>14</sup> Örgütün resmî Fransızca adı “*L’union internationale des organismes officiels de tourisme*” şeklindedir.

<sup>15</sup> Bkz. SCHIAVONE G., *International Organizations: A Dictionary and Directory*, 7th edition, New York, 2008, s. 372; VOLGER, s. 839. Ayrıca, bkz. PEASLEE A.J., *International Governmental Organizations: Constitutional Documents*, revised 3rd edition (Part V-Communications-Transport-Travel), The Hague, 1976, s. 643.

<sup>16</sup> Bkz. CASTAÑEDA J., Une nouvelle méthode pour le création d’organismes internationaux: le cas récent de l’U.I.O.O.T., *Annuaire français de droit international*, vol. 16, 1970, s. 625.

<sup>17</sup> Bkz. SCHECTER M.G., *Historical Dictionary of International Organizations*, 2nd edition, Lanham, 2010, s. 210. Yine bu paralelde, Vogel de, faaliyet alanında daha fazla etkiye sahip olabilmek adına hükûmetler-arası örgüt olmanın talep edildiğini aktarmaktadır. Bkz. VOLGER, s. 839.

<sup>18</sup> 27 Eylül 1970 tarihinde kabûl edilen ve m. 36’ya göre 51. onay belgesinin ulaşmasından sonraki 120. gün olan 2 Ocak 1975 tarihinde yürürlüğe giren Tüzüğün orijinal metni için bkz. “Statutes of the World Tourism Organization (WTO)”, *United Nations-Treaty Series*, vol. 985, no: 14403, 1975, s. 339-380. İngilizce metin 351 ilâ 360. sayfalar arasında yer almaktadır.

<sup>19</sup> Bkz. VOLGER, s. 839.

<sup>20</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 32/156 sayılı kararı ve ona iştirilmiş antlaşma metni için bkz. “Agreement on Cooperation and Relationships between the United Nations and the World Tourism Organization” *107th Plenary Meeting of the General Assembly*, December 19 1977 via [www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/32/156](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/32/156) (ziyaret tarihi: 02/09/17).

anlaşmayı onaylamış<sup>21</sup>; 2003 yılında ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 58/232 sayılı kararıyla<sup>22</sup> Dünya Turizm Örgütü Birleşmiş Milletler'in bir uzmanlık örgütü hâline gelmiştir.

### III. Dünya Turizm Örgütü Üyeliği

Her şeyden evvel, belirtilmelidir ki, Dünya Turizm Örgütü'ne üyeliğe ilişkin düzenlemelerin, ilgili bu Örgütün Tüzüğünde, yâni kurucu antlaşmasında oldukça ayrıntılı olarak düzenlendiği dikkat çekmektedir.

Bu çerçevede, Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 4 bağlamında Örgüte üç tip üye alınabileceği öngörülmüştür: “tam üye” (*full member*), “ortak üye” (*associate member*) ve “bağlı üye” (*affiliate member*).

Önce tam üyelik kurumu irdelenmelidir. Tüm egemen devletlerin tam üyeliğine açık olduğu belirtilen Örgüte<sup>23</sup>, bu tür üyeliğin temelde iki şekilde gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle *Resmî Turist Tanıtma Örgütleri Uluslararası Birliği*'nin olağanüstü Genel Kurulunda bu Tüzüğün kabûl edilmesi esnasında adı geçen bu örgüte hâlihazırda ulusal turizm örgütlerinin tam üye olduğu devletlerin, ilgili bu tüzüğü kabûl ettiklerini ve üyeliğin gerekliliklerini yerine getireceklerini resmî olarak bildirmek koşullarıyla, herhangi bir oylama yapılmadan tam üye olma hakkı söz konusu edilmiştir<sup>24</sup>. Diğer devletlerin Örgütün tam üyesi olabilmesi içinse, Örgütün Genel Kurulunda 2/3 çoğunluğun sağlandığı oturumda yine aynı çoğunlukla adaylıklarının kabûl edilmesi ve sonuncunun da Örgütün tüm tam üye sayısının 2/3'üne denk gelmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>25</sup>.

Dünya Turizm Örgütü'ne ortak üyelik statüsü ise, dış ilişkilerinden sorumlu olmayan tüm ülke veya ülke gruplarına tanınmıştır<sup>26</sup>. Bu itibarla, öncelikle, hâlihazırda *Resmî Turist Tanıtma Örgütleri Uluslararası Birliği*'ne üye konumundaki ülke veya ülke gruplarına ilişkin düzenlemenin, tıpkı, bağımsız devletlerden bu niteliği haiz olanların tam üyeliğine dair düzenlemede olduğu gibi, yâni paralel bir biçimde ortaya konulduğu gözlenmektedir; burada sadece bu ülke veya ülke gruplarından sorumlu olan devletin adaylığı uygun bulması ve Tüzüğü uygulayacaklarını ve üyelik gereklerini yerine getireceklerini onlar adına

<sup>21</sup> Bkz. VOLGER, s. 839.

<sup>22</sup> Bkz. *infra* dipnot: 109.

<sup>23</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 5/1.

<sup>24</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 5/2.

<sup>25</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 5/3.

<sup>26</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 6/1.

bildirilmesi gerekmektedir<sup>27</sup>. Bu niteliğe sahip ama hâlihazırda *Resmî Turist Tanıtma Örgütleri Uluslararası Birliği*'ne üye olmayan ülke veya ülke gruplarının üyeliği içinse, bu tür birimlerin dış ilişkilerinden sorumlu olan devletin buna onayı aranmakta ve onlar adına hareket eden bu devletin ülke veya ülke gruplarının Tüzüğü kabûl ettiklerini ve üyelik yükümlülüklerini yerine getireceklerini bildirmesi gerekmektedir. Eğer bu onay ve bildirim varsa, Genel Kurulun 2/3 çoğunlukla toplandığı ve oylamada da aynı çoğunlukla karar alındığı bir oturum sonunda eğer karar alma çoğunluğu Örgütün tam üyelerinin de 2/3'üne tekâbül ediyorsa, bu tür ülke veya ülke gruplarının ortak üyeliği kabûl edilmiş olacaktır<sup>28</sup>. Öte yandan, Tüzükte, bu tür ülke veya ülke gruplarının dış ilişkilerinden sorumlu hâle geldiklerinde üyelik durumlarının ne olacağının da düzenlendiği gözlenmektedir. Buna göre, kendi dış ilişkilerinin yönetimden sorumlu hâle gelenlerin, Örgütün Tüzüğünü kabûl ettiklerini ve tam üyeliğin yükümlülüklerini onayladıklarını resmî biçimde ve yazılı olarak Örgüt Genel Sekreterine bildirmeleri durumunda tam üyeliği haiz olacakları hususuna yer verilmiştir<sup>29</sup>.

Üyelik çeşitlerinden en sonuncusunu teşkil eden bağlı üyelik müessesesinin üzerinde ise dikkatle durulmalıdır, çünkü uluslararası örgütler hukukunda ilk defa bu şekilde bir üyelik sınıfı<sup>30</sup> söz konusu edilmiştir<sup>31</sup>. Buna göre, bağlı üyelik, turizm konusuyla uzman olarak uğraşan, gerek hükûmetler-arası, gerek hükûmetler-dışı örgütlerle,

<sup>27</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 6/2.

<sup>28</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 6/3.

<sup>29</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 6/4.

<sup>30</sup> Uluslararası hukukta uluslararası örgütlere üyelikte genelde üç sınıftan bahsedildiği gözlenmektedir. Bunlar “tam üyelik”, “ortak üyelik” ve “gözlemci statüsü” şeklinde sıralanmaktadır. Bu konu hakkında bkz. KLABBERS, s. 111-114. Konu hakkında Türk doktrininde ise, bkz. PAZARCI H., *Uluslararası Hukuk*, 14. Baskı, Ankara, 2015, s. 186-188. Öte yandan, belirtilmelidir ki, *Schermers ve Blokker* beş tip üyelik öngörmektedir: “tam üyelik”, “ortak üyelik”, “kısmî üyelik” (*partial membership*), “bağlı üyelik” ve “gözlemci statüsü”. Bkz. SCHERMERS H.G. & BLOKKER N.G., *International Institutional Law: Unity within Diversity*, 5th Revised Edition, Leiden, 2011, s. 61-153.

<sup>31</sup> Bkz. SCHERMERS H.G., *International Organizations*, in *International Law: Achievements and Progress*, edited by Bedjaoui, Paris, 1991, s. 82; SCHERMERS & BLOKKER, s. 131. Ayrıca, bkz. GRANT J.P. & BAKER J.C., *Parry and Grant Encyclopædic Dictionary of International Law*, 3rd edition, New York, 2009, s. 15; KLEIN, paragraf: 25. Hemen belirtilmelidir ki, aşağıda da kısaca değinileceği üzere, bağlı üyelik kavramını tanıtan ve kullanan yegâne örgüt konumundaki Dünya Turizm Örgütünün Tüzüğündeki değişiklik yürürlüğe girdiğinde bu tür bir üyelik kaldırılmış olacaktır.

faaliyetleri Örgütün amaçlarıyla bağlantılı veya onun yetkisi dâhiline giren ticarî kurumlar ve dernekler için söz konusu edilmiştir<sup>32</sup>. *Resmî Turist Tanıtma Örgütleri Uluslararası Birliği*'ne bu Tüzüğün kabûlü esnasında bu nitelikleriyle ortak üye konumunda olanların, bağlı üyelik yükümlülüklerini kabûl ettiklerini bildirmek koşuluyla, herhangi bir oylamaya tâbi olmaksızın bağlı üye olacakları düzenlenmiştir<sup>33</sup>. Turizmde uzmanlaşmış turistik amaçlarla hareket eden, gerek hükûmetler-arası, gerek hükûmetler-dışı diğer uluslararası birimler ise, bu yönlü üyelik taleplerini yazılı şekilde genel sekretere ulaştırmak ve sonrasında da üye tam sayısının 2/3 çoğunluğuyla toplanan Genel Kurulda gerçekleştirilecek oylamada yine aynı çoğunlukla seçilmeleri ve bu sonuncu çoğunluğun Örgütün tüm tam üyelerinin 2/3'ü veya üstüne denk gelmesi durumunda bağlı üye olabileceklerdir<sup>34</sup>. Bağlı üyelik kurumunun düzenlendiği maddenin müteakip fıkrasında ise, maddenin birinci fıkrasında belirtildiği şekilde çıkarları söz konusu olan ticarî kurum ve cemiyetlerin yazılı olarak bu taleplerini Örgütün Genel Sekreterine bildirmek ve merkezlerinin olduğu devletin de desteklemesi durumunda, diğerlerinde de olduğu gibi Genel Kurulda yapılan oylamada tüm toplanma ve oy oranlarına da uyularak bağlı üye olabilecekleri belirlenmiştir<sup>35</sup>. Bağlı üyelerin kendi kurallarını belirleyen ve bunları onay için Örgütün Genel Kuruluna sunacak *Bağlı Üyelik Komitesinin* olabileceği ve bu Komitenin Örgütün toplantılarında temsil edileceği, bu toplantılarda gündeme ilişkin ilâve konular getirebileceği ve hattâ tavsiyelerde bulunabileceği düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Bağlı üyelerin ise, bu Komitede bireysel veya grup olarak yer alarak Örgütün faaliyetlerine katılabilecekleri konuya dair bir başka düzenlenmeyi teşkil etmektedir<sup>37</sup>.

Tüm bu düzenlemeler hâlen geçerli konumda olsalar da, 2006 yılında Genel Kurulun Dakar toplantısında gerçekleştirdiği ve henüz yürürlüğe girmeyen değişiklikler<sup>38</sup> üyeliğe ilişkin hükümleri kökten

<sup>32</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 7/1.

<sup>33</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 7/2.

<sup>34</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 7/3.

<sup>35</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 7/4.

<sup>36</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 7/5.

<sup>37</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 7/6.

<sup>38</sup> Bu bölüm ve ilerleyen bölümlerde ele alınan ve birçoğu henüz yürürlüğe girmeyen ve uygulanmayan değişikliklere dair bkz. "UNWTO Basic Documents", vol. I (Statutes/Rules of Procedures/Agreements), 5th edition, Madrid, February 2016, özellikle s. 35-40 via



etkileyecek niteliktedir<sup>39</sup>. Bu itibarla, 4. maddede Örgütteki üyeliklerin sadece tam ve ortak üyelere açık olacağı düzenlenmiştir. 5. maddenin birinci fıkrasında tam üyeliğin, Birleşmiş Milletler üyesi her egemen devlete açık olduğu düzenlenmesine yer verilirken, müteakip fıkrada bu devletlerin üyeliklerinin Örgüt Genel Kurulunun 2/3'lük çoğunlukla toplanması ve toplantıda hazır bulunan üyelerin yine aynı oranda oy vermesiyle ve sonuncunun Örgütün tüm tam üyelerinin 2/3'üne tekâbül etmesiyle gerçekleşeceği düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise, üyelikten ayrılan üyelerin tekrar tam üye olmak istediklerinde bir oylamaya tâbi olmayacakları, Örgütün Tüzüğünü kabûl etmeleri ve üyelik yükümlülüklerine uyacaklarını resmî olarak bildirmeleri durumunda tekrar tam üye hâline gelebilecekleri düzenlenmiştir. Yeni değişiklikler çerçevesinde bağlı üyelik kaldırılırken, mevcut bağlı üyelerin ortak üye konumuna yükseltildiği gözlenmektedir. Buna göre, ortak üyeliğe dair düzenlemeler şu şekildedir: 24 Ekim 2003 tarihi itibarıyla ortak üye konumunda olan ülkeler o tarih itibarıyla mevcut tüm statüleri, hakları haiz, yükümlülüklerine ise tâbi olmaya devam edeceklerdir; 29 Kasım 2005 tarihinde kabûl edilen bu değişikliklerin yürürlüğe girmesi tarihine kadar geçen sürenin sonuna kadar bağlı üye konumundaki üyeler ortak üye hâline geleceklerdir; ortak üyeliğin hükümetler-arası ve hükümetler-dışı örgütlere, ülkesel birimlere bağlı siyasî yetkiden muaf turizm kurumlarına, profesyonel ve çalışma örgütlerine, akademik, eğitim, meslekî eğitim ve araştırma kurumlarına ve son olarak Örgütün amaçlarıyla alâkalı veya onun yetkisi dâhiline giren faaliyetlerde bulunan ticarî teşebbüs ve cemiyetlere açık olacağı düzenlenmiştir; sayılan bu birimlerin ortak üyelikleri, bu konudaki taleplerini yazılı olarak Genel Sekretere bildirmeleri ve 2/3 çoğunlukla toplanan Genel Kurulda yine aynı oranla oy almaları ve sonuncusunun Örgütün tüm tam üyelerinin 2/3'üne denk gelmesi durumunda söz konusu olacaktır; ortak üyeliğe ilişkin tüm bu şartlara bir temel koşul daha getirilerek, uluslararası örgütler hariç diğer tüm birimlerin merkezlerinin bulunduğu Birleşmiş Milletler üyesi egemen devletin bu üyeliği tanıtmaması gerektiği düzenlenmiştir. Dakar'da getirilen diğer bir değişiklik ise, "Ortak Üyeler Komitesi"nin (*Committee of Associate Members*) kurulması olmaktadır. Ayrıca, bu değişikliklerde,

<http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/docpdf/130718basicdocumentsenweb.pdf> (ziyaret tarihi: 28/08/17).

<sup>39</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 33/3 çerçevesinde bu değişikliklerin yürürlüğe girmesi için üyelerin 2/3'ünün onayına ihtiyaç vardır ki, bu değişiklikler için henüz bu oranda bir onay söz konusu olmamıştır.



ortak üyeliğin teknik karakterine vurgu yapılmış ve kararların alınmasının ve oylamaların, tam üyeler için münhasır bir ayrıcalık olduğunun açıkça altı çizilmiştir.

Yine mevcut Tüzükteki düzenlemelere geri dönülecek olursa, ilerleyen maddelerde, Örgüt üyeliklerinin askıya alınması veya üyelikten çıkmaya ilişkin düzenlemelere yer verildiği gözlenmektedir. Buna göre, eğer Genel Kurul, herhangi bir üyenin bu Tüzüğün 3. maddesinde belirtildiği üzere Örgütün temel amaçlarına aykırı bir politikada ısrarcı olduğunu tespit ederse, tam üyelerin 2/3 çoğunluğunun mevcut bulunduğu bir toplantıda yine aynı oy oranıyla o üyenin üyelikten kaynaklanan haklarını kullanmasını ve ayrıcalıklardan yararlanmasını askıya alabilecektir<sup>40</sup>. Ayrıca, üyeliğin askıda kalma durumunun askıya alınmaya neden olan politikanın değiştiğinin Genel Kurulca kabûl edilmesine kadar süreceği de düzenlenmiştir<sup>41</sup>. Öte yandan, bir üyenin Örgüt harcamaları için yapması gereken finansal katkıya dair ödemeleri aksatması durumunda, üyelerin hizmetler şeklinde yararlandığı haklardan mahrum bırakılması ve hattâ bir üyenin ödemediği malî katkı miktarının artarda takip eden iki bütçe yılında ödenmesi gereken miktara eşit olduğu veya onu aştığı durumlarda, o üyeye Genel Kurul ve Konsey oylamalarında oy kullandırılmaması da öngörülmektedir<sup>42</sup>.

Tüzüğün ilgili maddelerinde herhangi bir tam üyenin veya bağlı üyenin, depoziter hükûmete üyelikten çekileceğine ilişkin yazılı bildiriminden bir yıl sonra, üyeliğinin sonlanacağı belirtilmişken; herhangi bir ortak üyenin ise aynı şartlarda ama ek olarak kendisinin dış ilişkilerinden sorumlu tam üye konumundaki devletin bu durumu yazılı olarak depoziter hükûmete bildirmesiyle çekilebileceği<sup>43</sup> öngörülmüştür.

Ağustos 2016 itibarıyla 156 devletin<sup>44</sup> tarafı olduğu Dünya Turizm Örgütünün altı ortak üyesi<sup>45</sup> ve 13 Temmuz 2017 itibarıyla bakıldığında

<sup>40</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 34/1.

<sup>41</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 34/2.

<sup>42</sup> Bu düzenlemede bir istisnaya da yer verilmiştir; şöyle ki; eğer üye devlet kendi kontrolü dışındaki bir nedenden dolayı bu ödemeyi gerçekleştirememişse, Konseyin talebi üzerine, Genel Kurul bu önlemlerin uygulanmaması yönünde karar verebilecektir. Bkz. 13 no'lu Ek Düzenleme. Bu düzenleme için bkz. BLANCHFIELD L. & BROWNE M.A., Membership in the United Nations and Its Specialized Agencies, *Congressional Research Service*, June 19 2014, s. 22 via <https://fas.org/sgp/crs/row/R43614.pdf> (ziyaret tarihi: 30/08/17).

<sup>43</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 35/2.

<sup>44</sup> Bu devletler alfabetik olarak şu şekilde sıralanabilir: Afganistan, Almanya, Andorra, Angola, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Bahamalar, Bahreyn, Bangladeş,

493 bağlı üyesi<sup>46</sup> bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, her ne kadar Tüzüğünde açıkça öngörülmemiş olsa da, Örgütün, Genel Kurul kararıyla iki gözlemci statüsünde üyesi olduğu; bunlardan Kutsal Tahtın (Vatikan'ın) sürekli niteliği haizken, Filistin'in ise özel gözlemci statüsünü haiz kılındığı görülmektedir<sup>47</sup>.

Dünya Turizm Örgütü'ne tam üyelik bağlamında bir değerlendirme yapılması gerekirse, kıtalara göre oransal olarak en yoğun katılımın 51 devletle Afrika Kıtasında olduğu görülmektedir<sup>48</sup>. Burada, esas dikkat

---

Barbados, Belarus, Benin, Bhutan, Birleşik Arap Emirlikleri, Bolivya, Bosna-Hersek, Botswana, Brezilya, Brunei Sultanlığı, Bulgaristan, Burkina Faso, Burundi, Cezayir, Cibuti, Çad, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Ekvator Ginesi, El Salvador, Endonezya, Eritre, Ermenistan, Etiyopya, Fas, Fiji, Fildişi Sâhilleri, Filipinler, Fransa, Gabon, Gambia, Gana, Gine, Gine-Bissau, Güney Afrika Cumhuriyeti, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Güney Kore, Guatemala, Gürcistan, Haiti, Hırvatistan, Hindistan, Hollânda, Honduras, Irak, İran, İspanya, İsrail, İsviçre, İtalya, İzlanda, Jamaika, Japonya, Kamboçya, Kamerun, Karadağ, Katar, Kazakistan, Kenya, Kırgızistan, Kolombiya, Kongo, Kosta Rika, Kuveyt, Kuzey Kore, Küba, Laos, Lesotho, Liberya, Libya, Litvanya, Lübnan, Macaristan, Madagaskar, Makedonya, Malawi, Malezya, Mali, Malta, Mauritius, Meksika, Mısır, Moğolistan, Moldovya, Monako, Moritanya, Mozambik, Myanmar, Namibya, Nepal, Nikaragua, Nijer, Nijerya, Orta Afrika Cumhuriyeti, Özbekistan, Pakistan, Panama, Papua Yeni Gine, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Ruanda, Rusya Federasyonu, Samoa, San Marino, Sao Tome ve Principe, Senegal, Seyşeller, Sirbistan, Sierra Leone, Slovakya, Slovenya, Sri Lanka, Sudan, Suriye, Suudi Arabistan, Swaziland, Şili, Tacikistan, Tanzanya, Tayland, Timor, Togo, Trinidad ve Tobago, Tunus, Türkiye, Türkmenistan, Uganda, Ukrayna, Umman, Uruguay, Ürdün, Vanuatu, Venezüella, Vietnam, Yemen, Yeşil Burun Adaları, Yunanistan, Zambiya ve Zimbabve. Bkz. via <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/unwto-member-states-en-aug-2016.pdf> (ziyaret tarihi: 25/08/17).

<sup>45</sup> Bu altı ortak üye şu şekilde sıralanmaktadır: Aruba, Flaman Bölgesi, Hong Kong, Makao, Maderia ve Puerto Rico. Bkz. via <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/unwto-member-states-en-aug-2016.pdf> (ziyaret tarihi: 25/08/17).

<sup>46</sup> Bkz. via [www2.unwto.org/sites/all/files/AM/unwto-affiliate-members-list.pdf](http://www2.unwto.org/sites/all/files/AM/unwto-affiliate-members-list.pdf) (ziyaret tarihi: 25/08/17).

<sup>47</sup> Bkz. via <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/unwto-member-states-en-aug-2016.pdf> (ziyaret tarihi: 25/08/17).

<sup>48</sup> Esasen, Dünya Turizm Örgütü bakımından kıtalar bağlamında klâsik bir ayırım yapılması ne kadar doğru, tartışılabilir. Çünkü, aşağıda da görüleceği üzere, kıtalar bakımından klâsik ayırmadan daha farklı bir bölümlene söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede, Örgütün altı bölge komisyonundan birini oluşturan Afrika Kıtasına ilişkin komisyonda 49 devlet yer almaktayken, fizikî olarak Afrika Kıtasında bulunan Libya ve Mısır (sonuçta her iki devlet de doğal olarak Afrika Birliğinin birer üyesidir) Orta Doğu Komisyonunda yer almaktadır.

çekici olan üye devletler dışında, üye olmayan devletlerdir<sup>49</sup>. Bu itibarla, Örgüte tam üye konumundaki 156 devlet içerisinde yer almayan devletlerin dünyanın önde gelen zengin devletleri arasında oldukları gözlenmektedir. Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kanada, Avusturalya, Yeni Zelanda, İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, Belçika gibi sanayileşmiş olmaları bir yana, dünya turizminde de önemli pay sahibi olan devletler Dünya Turizm Örgütü'ne üye değildirler. Bunlardan bazıları hiçbir zaman Örgüte üye olmamışken<sup>50</sup>, bazıları ise Örgüt üyeliğinden zaman içerisinde ayrılmıştır. Meselâ, daha önceden Örgüte üye olan Kanada, Örgütün, Zimbabve devlet başkanı *Mugabe*'nin turizme katkılarında dolayı kendisini övmesi ve "Turizmin Küresel Liderleri Kampanyası"na (*Global Leaders for Tourism Campaign*) dâhil etmesi sebebiyle Örgüt üyeliğinden ayrılmıştır<sup>51</sup>. Avusturalya ise, 2004 yılında üyesi olduğu Dünya Turizm Örgütü'nün üyeliğinden, Örgütün çalışma programının ulusal turizm programıyla uyuşmaması ve Örgüte üyelik masraflarının üyelikten kaynaklanan yararları dengelemediği gerekçeleriyle 2016 yılında ayrılmıştır<sup>52</sup>. Bunun dışında, 1975 yılında Örgüte üye olan Amerika Birleşik Devletleri'nin sonradan üyelikten

<sup>49</sup> *Davis ve Woodward*'ın da, Örgüte ilişkin kısa açıklama ve değerlendirmelerinde, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere gibi önemli devletlerin üye olmadıklarını örnekleyerek bu duruma dikkat çektikleri gözlenmektedir. Bkz. DAVIES M. & WOODWARD R., *International Organizations: A Companion*, Padstowe, 2014, s. 241.

<sup>50</sup> Meselâ, İngiltere. Buna karşılık, İngiltere'nin Cebelitarık adına ortak üyelik başvurusu yapıp bunu onayladığını, dolayısıyla Cebelitarık'ın ortak üye olarak Örgüte bir süreliğine ortak üye olduğunu belirtmekte de yarar vardır. Ama, görüldüğü üzere, günümüzde, Cebelitarık da ortak üyelikten ayrılmıştır.

<sup>51</sup> Bkz. "Canada Quits UN Tourism Body over Mugabe Appointment", *The Guardian*, June 1 2012 via [www.theguardian.com/world/2012/jun/01/canada-quits-un-tourism-mugabe](http://www.theguardian.com/world/2012/jun/01/canada-quits-un-tourism-mugabe) (ziyaret tarihi: 28/08/17). Ayrıca, bkz. LAING A., Canada Pulls out of World Tourism Organisation over Robert Mugabe Role, *The Telegraph*, June 1 2012 via [www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/zimbabwe/9306672/Canada-pulls-out-of-World-Tourism-Organisation-over-Robert-Mugabe-role.html](http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/zimbabwe/9306672/Canada-pulls-out-of-World-Tourism-Organisation-over-Robert-Mugabe-role.html) (ziyaret tarihi: 29/08/17).

<sup>52</sup> Bkz. "Australia's Withdrawal from the UN's World Tourism Organisation", September 28 2015 via [www.ecotourism.org.au/news/australias-withdrawal-from-the-uns-world-tourism-organisation/](http://www.ecotourism.org.au/news/australias-withdrawal-from-the-uns-world-tourism-organisation/) (ziyaret tarihi: 28/08/17). Öte yandan, Avusturalya'nın Örgütten ayrılmasına ilişkin hazırlanan resmî rapor için bkz. "Report 150: Treaties on 3 March, 5 March and 12 May 2015", *The Parliament of the Commonwealth of Australia/Joint Standing Committee on Treaties*, Canberra, June 2015, s. 3-12 via [www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Committees/Joint/Treaties/3\\_March\\_2015/Report\\_150](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Treaties/3_March_2015/Report_150) (ziyaret tarihi: 01/09/17).

ayrıldığı<sup>53</sup>, Myanmar, Trinidad ve Tobago ile Birleşik Arap Emirlikleri'nin ise önce ayrıldıkları<sup>54</sup> Dünya Turizm Örgütü üyeliğine tekrar geri dönüş yaptıkları dikkat çekmektedir.

Dünya Turizm Örgütü'ne üyelik konusunda en son olarak belirtilmesi gereken husus, tam üyeliğin sadece egemen devletlere tanındığı, diğer tür üyeliklerin devlet olmayan hukuk sùjelerine tanındığı, daha da önemlisi tam üye konumunda olmayan devletlerin dış ilişkilerinden sorumlu oldukları ÷lkelerin veya ticarî birimlerin ve derneklerin Örgüte ortak üye veya bağılı üye olabildikleri hususlarıdır<sup>55</sup>.

Üyelik bağlamındaki ilişkilere Türkiye açısından bakılacak olursa, Türkiye, m. 5/3 kapsamında Örgütün Tüzüğünü kabùl ettiğini ve tam üyelikten kaynaklanan yükümlülükleri onayladığını 6 Kasım 1973 tarihinde bildirerek<sup>56</sup>, Örgütün kurucu üyelerinden birisi olmuş ve ayrıca kurulduğu günden beri Örgüte üyeliğini devam ettirmiştir.

#### IV. Dünya Turizm Örgütü'nün Yapısı

Dünya Turizm Örgütü'nün Tüzüğü çerçevesinde Örgütün üç aslı organı “Genel Kurul” (*General Assembly*), “İcra Konseyi” (*Executive Council*) ve “Sekretarya” (*Secretariat*) olarak ortaya konulmuştur<sup>57</sup>. Ayrıca, Örgüt bünyesinde, işleyişin bir gereğı olarak, zaman içerisinde yardımcı organlar (*subsidiary organs*) da kurulmuştur. Bu bağlamda, “Bölgesel Komisyonlar” (*Regional Commissions*) ve “Komiteler” (*Committees*) bu nitelikli yardımcı organlardır. Tüm bu organlar Dünya Turizm Örgütü'nün ana yapısını teşkil etmektedir.

<sup>53</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nin neden Örgüt üyeliğinden ayrıldığına dair nedene ulaşamamış olsa da, *Magliveras* Amerika Birleşik Devletleri'nin uluslararası örgütlerden çekilme nedenlerini şu şekilde genelleyerek sıralamaktadır: örgütlerin içindeki gelişmelerden duyduğu memnuniyetsizlik, örgüt çalışmalarının siyasî amaçlara dönüştürülmüş olduğu inancı, ilgili örgütün artık oynayacak bir rolünün kalmamış olması ve bazen de ciddi bütçesel baskılar. Bkz. MAGLIVERAS K.D., *Membership in International Organizations*, in *Research Handbook on the Law of International Organizations*, edited by Klabbbers & Wallendahl, Surrey, 2011, s. 100.

<sup>54</sup> Bu üç devlet de kuruluşundan itibaren Dünya Turizm Örgütü üyesiyken, Myanmar 1999'da, Trinidad ve Tobago 1977 ve Birleşik Arap Emirlikleri 1987'de üyelikten ayrılmışlardır. Bkz. “Membership of the Organization”, *World Tourism Organization-General Assembly*, 20th Session (Victoria Falls), July 1 2013, A/20/4(a)(I).

<sup>55</sup> Meselâ, Dünya Turizm Örgütü'ne üye olmayan Belçika'nın Flaman Bölgesinin ortak üye olması veya Amerika Birleşik Devletleri'nin başta CNN olmak üzere birçok ticarî şirket ve derneğinin bağılı üye konumunda olması gibi.

<sup>56</sup> Bkz. *United Nations-Treaty Series*, vol. 985, no: 14403, 1975, s. 351 dipnot: 1.

<sup>57</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 8/1.

Dünya Turizm Örgütü'nün en temel organı olarak kabul edilen Genel Kurulun, tam üyeleri temsil eden delegelerden oluşacağı<sup>58</sup>, her bir oturumda tam ve ortak üyelerin, birinin delege başkanı olmak üzere en fazla beş delegeyle temsil edileceği<sup>59</sup>, bağlı üyelere her birinin de Kurulun çalışmasında bir gözlemci bulundurabileceği ve ayrıca Bağlı Üyeler Komitesinin de en fazla üç gözlemci tayin edebileceği<sup>60</sup>, gerektiği hâllerde ve Konsey veya tam üyelerin çoğunluğunun talebi üzerine olağanüstü oturum düzenlenmesi durumu bir kenara, olağan oturumların iki senede bir yapılacağı<sup>61</sup> hususlarına Tüzükte yer verilmiştir. Kendi kural ve prosedürünü, yani iç tüzüğünü kabul edeceği<sup>62</sup>, Örgütün yetkisi dâhilindeki herhangi bir sorunu ele alabileceği ve yine bu nitelikli herhangi bir konuda tavsiyeler verebileceği belirtilen Genel Kurulun temel işlevleri arasında ise şunlara yer verilmiştir: Kendi Başkan ve Başkan yardımcılarını seçmek, Konsey üyelerini seçmek, Konseyin tavsiyesi üzerine Genel Sekreteri atamak; Örgütün finansal düzenlemelerini kabul etmek; Örgütün idaresine dair genel kılavuz ilkeleri ortaya koymak; Sekretarya personeline uygulanacak personel tüzüklerini kabul etmek; Konseyin tavsiyesi üzerine saymanları seçmek; Örgütün çalışmasına ilişkin genel programı onaylamak; Örgütün malî politikalarını denetlemek ve bütçeyi gözden geçirip onaylamak; gerekli hâle gelebilecek teknik ve bölgesel organları kurmak; Örgütün ve organlarının faaliyetlerine ilişkin raporları değerlendirip onaylamak ve bu raporlardan kaynaklanan tüm önlemlere etki verecek şekilde gerekli tüm adımları atmak; hükümetlerle veya uluslararası örgütlerle yapılan anlaşmaları onaylamak veya bu yetkiyi yönlendirmek; özel örgütler veya özel birimlerle yapılan anlaşmaları onaylamak veya bu yetkiyi yönlendirmek; Örgütün yetkisine giren her türlü soruna ilişkin uluslararası anlaşmaları tavsiye etmek ve hazırlamak ve mevcut Tüzüğe uygun olarak üyeliğe ilişkin başvuruları karara bağlamak<sup>63</sup>. Genel Kurulun, her bir oturumunun başlangıcında Başkanını ve yardımcılarını seçeceği<sup>64</sup>, Başkanın Kurulu yöneteceği ve kendisine verilen görevleri görmekle yükümlü kılındığı<sup>65</sup>, Başkanın

<sup>58</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 9/1.

<sup>59</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 9/2.

<sup>60</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 9/3.

<sup>61</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 10.

<sup>62</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 11.

<sup>63</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 12.

<sup>64</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 13/1.

<sup>65</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 13/2.

oturumdayken Kurula karşı sorumlu olduğu<sup>66</sup> ve temsilin gerektiği tüm durumlarda görev süresi boyunca Örgütü temsil edeceği<sup>67</sup> hususları da Tüzükte hükme bağlanmıştır.

Aslî organlardan bir diğeri olarak Örgüt Tüzüğünde düzenlenen İcra Konseyinin âdilâne ve hakça coğrafi dağılıma da dikkat edilerek ve Genel Kurulun belirlediği kurallara uygun biçimde Genel Kuruldaki tam üye sayısının 1/5'ine denk gelecek şekilde Kurul tarafından seçilmiş tam üyelere oluşacağı düzenlenirken<sup>68</sup>, Konseyde, ayrıca, sadece Konsey çalışmalarında yer almak için ve oy hakları olmaksızın, Örgütün ortak üyelerinin kendi aralarından seçtikleri bir ortak üye ve Bağlı Üyeler Komitesinin bir temsilcisinin de bulunacağı<sup>69</sup> düzenlenmiştir. İki yılda bir yapılacak seçimlerle yarısının değişmesi öngörülen Konseyde, Konsey üyeliği dört yıl olarak belirlenmiştir<sup>70</sup>. Kendi kural ve prosedürlerini, yâni iç tüzüğünü belirleyecek olan<sup>71</sup> Konseyin, yılda en az iki kez toplanması<sup>72</sup> da öngörülmüştür. Tüzükte, Konseyin işlevleri şu şekilde sıralanmıştır: Genel Kurulun karar ve tavsiyelerinin uygulanması için Genel Sekretere de danışarak gerekli tüm önemleri almak ve bunlara ilişkin Genel Kurula rapor sunmak; Örgütün faaliyetlerine ilişkin Genel Sekreterden rapor almak; Genel Kurula öneriler sunmak; Genel Kurula gönderilmeden evvel Genel Sekreterce hazırlanan Örgüt çalışmalarına ilişkin genel raporu incelemek; Genel Kurula, Örgütün hesaplarına ve bütçe tahminlerine ilişkin raporlar ve tavsiyeler sunmak; kendi faaliyetleri için gerekli her türlü yardımcı organı kurmak; Genel Kurul tarafından kendisine verilen diğer her türlü faaliyeti yerine getirmek<sup>73</sup>. Bunlar dışında, Genel Kurul toplantıları arasındaki zamanlarda ve aksine hüküm bulunmayan durumlarda, Konseyin, Örgüt işlevleri ve finansal kaynakları dâhilinde, gerekli görülen her türlü idarî ve teknik kararı alacağı ve bunları onay için Genel Kurulun bir sonraki oturumunda raporlandıracağı da düzenlenmiştir<sup>74</sup>. Türkiye de 1991 ilâ 1995, 1995 ilâ 1999 ve 2003 ilâ

<sup>66</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 13/3.

<sup>67</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 13/4.

<sup>68</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 14/1.

<sup>69</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 14/2&3.

<sup>70</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 15.

<sup>71</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 18.

<sup>72</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 16.

<sup>73</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 19.

<sup>74</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 20.

2007 yılları arasında olmak üzere üç dönem İcra Konseyi üyeliği yapmıştır<sup>75</sup>.

Son aslî organ olarak düzenlenen ve başında bir Genel Sekreter ve Örgüte gerektiği oranda personelin konumlandırıldığı Sekretarya<sup>76</sup>, genel olarak, Örgütün çalışma programının uygulanmasıyla ve üyelerinin ihtiyaçlarının karşılanmasıyla görevlidir<sup>77</sup>. Hem Genel Kurula, hem İcra Konseyine karşı sorumlu olduğu düzenlenen<sup>78</sup> Genel Sekreterin, Konseyin tavsiyesi üzerine, üye tam sayısının 2/3'üyle toplanan Genel Kurul tarafından toplantıda bulunanların 2/3'ü tarafından dört yıllığına<sup>79</sup> seçileceği<sup>80</sup> düzenlenmiştir. Örgütü hukuken temsil edeceği belirtilen<sup>81</sup> Genel Sekreter, Örgütün faaliyetlerine ilişkin İcra Konseyine raporlar sunacaktır ve bunun dışında yine İcra Konseyine Örgütün hesapları, genel çalışma programı taslağını ve bütçe tahminlerini sunacaktır<sup>82</sup>. Genel Sekreter, Genel Kurul tarafından onaylanan personel yönetmeliği uyarınca Sekretarya çalışanlarını<sup>83</sup> da kendisi seçecektir<sup>84</sup>. Çin'in Chengdu Kentinde toplanan Örgütün 22. Genel Kurulunda Ürdünlü Talep Rıfai yerine 2018 ilâ 2021 dönemi için Gürcü Zurab Pololikashvili genel sekreter olarak atanmıştır<sup>85</sup>. Örgütün ilk genel sekreteri ise Fransız Robert Lonati olmuştur<sup>86</sup>.

Aslî organlar sonrasında Örgütün yardımcı organları hakkında da değerlendirmede bulunulması, kuşkusuz, yararlı olacaktır. Normal şartlarda yılda bir kez toplanması öngörülen altı bölgesel komisyon, 1975

<sup>75</sup> Bkz. “Birleşmiş Milletler Dünya Turizm Örgütü (UNWTO)” via [www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-dunya-turizm-orgutu.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/birlesmis-milletler-dunya-turizm-orgutu.tr.mfa) (ziyaret tarihi: 26/08/17).

<sup>76</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 21.

<sup>77</sup> Bkz. “Secretariat” via [www2.unwto.org/content/structure](http://www2.unwto.org/content/structure) (ziyaret tarihi: 27/08/17).

<sup>78</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 23/1.

<sup>79</sup> Bu süre yenilenebilir bir süredir.

<sup>80</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 22.

<sup>81</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 23/3.

<sup>82</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 23/2.

<sup>83</sup> Günümüzde Dünya Turizm Örgütü Sekretaryasında tam zamanlı 110 personelin çalıştığı ifade edilmektedir. Bkz. . “Secretariat” via [www2.unwto.org/content/structure](http://www2.unwto.org/content/structure) (ziyaret tarihi: 27/08/17).

<sup>84</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 24/1.

<sup>85</sup> Bkz. “The 22nd UNWTO General Assembly appoints Zurab Pololikashvili as Secretary General for 2018-2021”, September 14 2017 via <http://media.unwto.org/press-release/2017-09-14/22nd-unwto-general-assembly-appoints-zurab-pololikashvili-secretary-general> (ziyaret tarihi: 20/09/17).

<sup>86</sup> Bkz. “History” via [www2.unwto.org/content/history-0](http://www2.unwto.org/content/history-0) (ziyaret tarihi: 28/08/17).



yılında Genel Kurul tarafından, kendisine yardımcı organlar olarak kurulmuşlardır. Genel Kurul toplantıları arasındaki dönemlerde, üye devletlerin, birbirleriyle ve Sekretarya ile iletişimlerini sürdürmeleri ve bu çerçevede endişelerini dile getirmeleri ve önerilerini sunmaları için kurulan bu altı Bölgesel Komisyon ve her birinin başkan ve başkan yardımcılarının milliyetleri şu şekilde sıralanabilir: Afrika Komisyonu<sup>87</sup> (Başkan: Zimbabve; Başkan yardımcıları: Kamerun, Fildişi Sâhilleri), Amerika Komisyonu<sup>88</sup> (Başkan: Haiti; Başkan yardımcıları: Paraguay, Şili), Doğu Asya ve Pasifik Komisyonu<sup>89</sup> (Başkan: Filipinler; Başkan yardımcıları: Kamboçya, Japonya), Avrupa Komisyonu<sup>90</sup> (Başkan: İsviçre; Başkan yardımcıları: Litvanya, Karadağ)<sup>91</sup>, Orta Doğu

<sup>87</sup> Afrika Komisyonuna dâhil olan 49 devlet şu şekilde sıralanabilir: Angola, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cezayir, Cibuti, Çad, Ekvatorial Gine, Eritrea, Etiyopya, Fas, Fildişi Sâhilleri, Gabon, Gambiya, Gana, Gine, Gine-Bissau, Güney Afrika Cumhuriyeti, Kamerun, Kenya, Kongo, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Lesotho, Liberya, Madagaskar, Malawi, Mali, Mauritius, Moritanya, Mozambik, Namibya, Nijer, Nijerya, Orta Afrika Cumhuriyeti, Ruanda, Sao Tome ve Principe, Senegal, Seyşeller, Sierra Leone, Sudan, Swaziland, Tanzanya, Togo, Tunus, Uganda, Yeşil Burun Adaları, Zambiya ve Zimbabve.

<sup>88</sup> Amerika Komisyonuna dâhil olan 24 devlet şu şekilde sıralanabilir: Arjantin, Bahamalar, Barbados, Boliviya, Brezilya, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaika, Kolombiya, Kosta Rika, Küba, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Şili, Trinidad ve Tobago, Uruguay ve Venezüella. Amerika Komisyonu kapsamında ayrıca şu iki ortak üye de bulunmaktadır: Aruba ve Puerto Riko.

<sup>89</sup> Doğu Asya ve Pasifik Komisyonuna dâhil 19 devlet şu şekilde sıralanabilir: Brunei Sultanlığı, Çin Halk Cumhuriyeti, Endonezya, Fiji, Filipinler, Güney Kore, Japonya, Kamboçya, Kuzey Kore, Laos, Malezya, Moğolistan, Myanmar, Papua Yeni Gine, Samoa, Tayland, Timor-Leste (Doğu Timor), Vietnam ve Vanuatu. 2015 Ekim tarihli listede bu komisyondaki devlet sayısı Avusturalya da dâhil 20 olarak aktarılmaktadır. O tarihten sonra, Avustralya Örgüt üyeliğinden ayrıldığı için bizim verdiğimiz listede doğal olarak yer almamıştır. Doğu Asya ve Pasifik Komisyonu kapsamında ayrıca şu iki ortak üye de bulunmaktadır: Hong Kong ve Makao.

<sup>90</sup> Avrupa Komisyonuna dâhil 42 devlet şu şekilde sıralanabilir: Almanya, Andorra, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belarus, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Ermenistan, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollânda, İspanya, İsrail, İsviçre, İtalya, Karadağ, Kazakistan, Kıbrıs Rum Kesimi, Kırgızistan, Litvanya, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldavya, Monako, Özbekistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Tacikistan, Türkiye, Türkmenistan, Ukrayna ve Yunanistan. Avrupa Komisyonu dâhilinde ayrıca şu iki ortak üye de yer almaktadır: Flaman Bölgesi ve Maderia.

<sup>91</sup> Türkiye delegesi 1977 ilâ 1979 ile 1993 ilâ 1995 yılları arasında toplam iki dönem Avrupa Komisyonunda başkan yardımcılığını üstlenmiştir. Bkz. “Birleşmiş Milletler Dünya Turizm Örgütü (UNWTO)”, *supra* dipnot:



Komisyonu<sup>92</sup> (Başkan: Lübnan; Başkan yardımcıları: Mısır, Yemen) ve Güney Asya Komisyonu<sup>93</sup> (Başkan: Hindistan; Başkan yardımcıları: Bangladeş, Afganistan)<sup>94</sup>, Görüldüğü üzere, en kalabalık Bölgesel Komisyon Afrika Komisyonuyken, onu sırasıyla Avrupa Komisyonu ve Amerika Komisyonu izlemekte, en az üyeye sahip olan komisyon ise Güney Asya Komisyonu olmaktadır. Ayrıca, Amerika Komisyonu, Doğu Asya ve Pasifik Komisyonu ile Avrupa Komisyonu ise ikişer ortak üyeyi haizdir.

Yönetime ve programın içeriğine ilişkin tavsiyelerde bulunmakla görevli uzmanlaşmış Komiteler de yine yardımcı organları oluşturmaktadır. Günümüzde sayıları altı olan bu Komitelerden sadece birisi Genel Kurul tarafından oluşturulmuştur: “Turizm Etiği Dünya Komitesi” (*World Committee on Tourism Ethics*). Kalan Komiteler ise İcra Komisyonu tarafından oluşturulmuştur ve şu şekilde sıralanabilirler: “Bağlı Üyelik Değerlendirme Komitesi”(Committee for the Review of Applications for Affiliate Membership); “İstatistik ve Turizm Uydu Hesabı Komitesi” (*Committee on Statistics and the Tourism Satellite Account*); “Turizm ve Rekabet Komitesi” (*Committee on Tourism and Competitiveness*); “Turizm ve Sürdürülebilirlik Komitesi” (*Committee on Tourism and Sustainability*); “Program ve Bütçe Komitesi” (*Programme and Budget Committee*)<sup>95</sup>.

Dünya Turizm Örgütü organlarına dair yıllar içerisinde Tüzükte yapılan değişiklikler de değerlendirilmelidir. Genel Kurula ilişkin düzenlenmelere yer verilen maddelerden biri olan 9. maddede üyeliğe dair gerçekleştirilen değişikliğe paralel olarak yine 2005 yılındaki Dakar toplantısında bir değişiklik gerçekleştirilmiş, buna göre maddenin ikinci fıkrasında beraberce düzenlenen tam üye ve ortak üyelerin durumları bu

<sup>92</sup> Orta Doğu Komisyonuna dâhil 13 devlet şu şekilde sıralanmaktadır: Bahreyn, Birleşik Arap Emirlikleri, Irak, Katar, Kuveyt, Libya, Lübnan, Mısır, Suriye, Suudi Arabistan, Umman, Ürdün ve Yemen.

<sup>93</sup> Güney Asya Komisyonuna dâhil dokuz devlet şu şekilde sıralanmaktadır: Afganistan, Bangladeş, Bhutan, Hindistan, İran, Maldivler, Nepal, Pakistan ve Sri Lanka.

<sup>94</sup> Dünya Turizm Örgütü Bölgesel Komisyonlarına dair değerlendirme ve listeler için sırasıyla bkz. “Regional Commissions” via [www2.unwto.org/en/node/15](http://www2.unwto.org/en/node/15) (ziyaret tarihi: 27/08/17); “Regional Commissions of the World Tourism Organization”, SG/041 Rev. 70, October 2015 via <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/docpdf/unwtoregcomoct15e.pdf> (ziyaret tarihi: 27/08/17).

<sup>95</sup> Komitelere ilişkin bilgi için bkz. “Committees” via [www2.unwto.org/en/node/17](http://www2.unwto.org/en/node/17) (ziyaret tarihi: 27/08/17).

yeni düzenlemede iki ve üçüncü fıkralar biçimde ayrı ayrı ele alınmış ve bununla beraber ortak üyelerin oy hakları olmaksızın toplantılara katılabilecekleri ve yine karar-alma mekanizmasına dâhil olmaksızın söz hakları olduğu hükmü getirilmiştir. Tüzükte üçüncü fıkrada yer verilmiş olan Bağlı Üyeler Komitesine de değişiklik sonucu dördüncü fıkrada ve adı da “Ortak Üyeler Komitesi” olarak değiştirilerek yer verilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, varış, profesyonel daire ve eğitim heyetlerinden birer temsilci olmak üzere, oy hakkı olmayan üç sözcünün belirlenerek toplantılara katılabileceği, bunun yanı sıra her ortak üyenin Genel Kurul tartışmalarına katılacak gözlemci atayabileceği hükme bağlanmıştır. Ele alınan bu düzenlemeler henüz yeterli oy oranına ulaşmadığı için yürürlüğe girmemiştir. İcra Konseyine dair değişikliklere gelindiğinde ilk olarak belirtilmesi gereken 1983 yılında Yeni Delhi’de gerçekleştirilen ve 1997’de İstanbul’da açıklığa kavuşturulan Örgütün merkezinin bulunduğu devletin Konseyde sürekli ek bir koltuğu bulunması şeklinde 14. maddeye getirilen bir ek düzenlemedir. Bu ek düzenleme, her ne kadar gerekli çoğunluğu sağlayamasa da, gerekli çoğunluğu sağlayana kadar Genel Kurulun aldığı geçici bir kararlar uygulanmaktadır. Bunun dışında, İcra Konseyine ilişkin gerçekleştirilen değişikliklerde 24 Ekim 2003 itibarıyla ortak üye konumunda olanların, bir sözcü marifetiyle, oy hakkı olmaksızın ve karar-alma mekanizmalarına katılmaksızın Konseye yer alabilecekleri düzenlenmiş; benzer şekilde Ortak Üye Komitesinin de en çok üç sözcü ile oy hakları olmaksızın ve karar alma mekanizmalarında yer almaksızın Konseye katılabilecekleri hükümlendirilmiştir. 2005 Dakar’da gerçekleştirilen bu değişiklik henüz gerekli oy oranına ulaşmadığı için yürürlüğe girmemiştir. Yürürlüğe henüz girmemiş olan, İcra Konseyine ilişkin bir başka değişiklik ise, 1987’de Madrid toplantısında gerçekleştirilen ve Konsey üyeliğinin, eğer âdil ve hakça dağılıma dair bir gereklilik teşkil etmiyorsa, sonlanmasıyla birlikte üyelikte derhâl bir yenilemenin söz konusu olmamasına ilişkindir. Bu itibarla, eğer böyle bir gereklilik varsa, bu talebin, oyçokluğuyla toplanarak oy çokluğuyla karar alan tam üyelerin bu yönlü kabûlüne ihtiyaç göstereceği hükme bağlanmıştır. Organlara dair son değişiklik ise, Sekreteryaya dair 2005 tarihli Dakar Toplantısında gerçekleştirilen değişikliktir. Genel Sekreterin seçimiyle ilgili 22. maddede gerçekleştirilen bu değişiklik çerçevesinde, önceden Genel Sekreterin yeniden atanmasına dair bir sınır yokken, yeniden atamanın sadece bir kez olacağı öngörülmüştür. Ancak, bu değişiklik de henüz yürürlüğe girmemiştir.

## V. Dünya Turizm Örgütü Hakkında Diğer Temel Hususlara Dair Genel Değerlendirmeler

Dünya Turizm Örgütü'ne dair kısa bir tarihçe, Örgüte üyelik ve Örgütün yapısal özellikleri ortaya konulduktan sonra, bu bölümde Örgütün kısaca amaçları, faaliyet alanları, merkezi ve Birleşmiş Milletler ile olan ilişkisi değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü'nün 3. maddesinin ilk fıkrasında, Örgütün amacı, ekonomik kalkınma, uluslararası anlayış, barış ve refahın ve herhangi bir ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı yapılmaksızın insan haklarına ve temel özgürlüklere evrensel saygı ve onların gözetilmesine katkı sağlayacak bir bakış açısıyla turizmin desteklenmesi ve geliştirilmesi olarak ifade edilmekte ve bu amacı gerçekleştirmek için Örgütün tüm gerekli adımları atacağı hükme bağlanmaktadır<sup>96</sup>. Müteakip fıkrada ise, Örgütün bu amacı takip ederken turizm alanında gelişmekte olan ülkelerin çıkarlarına özel dikkat göstereceği belirtilmektedir. Nitekim, genel olarak, Örgütün, amaçları çerçevesinde altı temel alanda çalışmalarını sürdürdüğü belirtilirken, bunlar şu şekilde sıralanmaktadır: “rekabetçilik” (*competitiveness*), “sürdürülebilirlik” (*sustainability*), “fakirliğin azaltılması” (*poverty reduction*), “kapasite geliştirme” (*capacity building*), “ortaklık” (*partnership*) ve “kaynaştırma” (*mainstreaming*)<sup>97</sup>.

Dünya Turizm Örgütü'nün en önemli faaliyeti 1997'de başlatılan çalışmalar sonucunda, 1999 yılında, Örgüt Genel Kurulu tarafından kabül edilen “Turizm İçin Küresel Etik Kuralları” (*Global Code of Ethics for Tourism*) olmaktadır ki, Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi Temmuz 2001 tarihli kararıyla Birleşmiş Milletler Genel Kurulundan bu kuralları tanınmasını istemiş, böylelikle Birleşmiş Milletler Genel Kurulu

<sup>96</sup> *Schiavone* Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun gerçekleştirdiği belirlemeler çerçevesinde Dünya Turizm Örgütü'nün şu şekilde beş amacı olduğunu sıralamaktadır: toplumda turizmin sosyal ve kültürel işlevini, onun uluslararası ticaretteki rolünü ve halkları bir araya getirmekteki katkısını ve dünya barışını korumasını vurgulamak; turistlerin korunmasıyla birlikte seyahati kolaylaştıracak önlemlerin kabülünü cesaretlendirmek; özellikle gelişmekte olanlar başta olmak üzere tüm ülkelere turizm politikalarının, planlarının ve programlarının formülasyonunda yardım için teknik işbirliği mekanizması sağlamak; eğitim ve öğretim programlarının hazırlanması yoluyla sektörde insan kaynağının geliştirilmesi; istatistikî bilgi, yasama ve yönetmelikler de dâhil uluslararası ve ulusal turizm faaliyetlerinin tüm yönlerine dair bilgi değişimini ve araştırmayı desteklemek. Bkz. SCHIAVONE, s. 373.

<sup>97</sup> Bkz. “About UNWTO”, via [www.ungm.org/Shared/KnowledgeCenter/Pages/UNWTO](http://www.ungm.org/Shared/KnowledgeCenter/Pages/UNWTO) (ziyaret tarihi: 01/09/17).

2001 Aralık ayında 56/212 sayılı kararıyla<sup>98</sup> bu kuralları tanımıştır. Turizmde ev sahibi ülkeler konumundaki devletlerin ekonomik çıkarlarıyla, yine onlara ait kültürel mirasın ve çevrenin korunmasına ilişkin dengeyi tutturmayı hedef edinen bu kuralların Birleşmiş Milletler tarafından tanınmasının, gerek adı geçen bu kurallar, gerek Dünya Turizm Örgütü açısından özlü bir çerçeve çizdiği bildirilmektedir<sup>99</sup>. Bu kuralların tanınması bir tarafa, günümüzde, Dünya Turizm Örgütü bu kuralları uluslararası bir sözleşmeye çevirmek için harekete geçmiştir. Bu bağlamda, *Turizm İçin Etik Kurallarının* etkinliğinin kuvvetlendirilmesi adına “Turizm Etiği Dünya Komitesi” 2015 yılında Genel Kurula bu kuralların uluslararası bir sözleşmeye dönüştürülmesi teklifini sunmuş, bunun üzerine Genel Kurul bunun prosedürel süreci ve etkilerinin değerlendirilmesi amacıyla özel bir çalışma grubu kurması için Genel Sekretere yetki vermiş; bu yetki çerçevesinde 36 üye devletin temsilcisinden oluşan ve 2016 başında kurulan Özel Çalışma Grubu üç toplantıda taslak metni madde madde ve bölüm bölüm incelemiş ve revize etmiş, bunu yaparken de 1999’dan beri kabûl edildiği düşünülen hâlihazırdaki dokuz temel ilkeye ciddî bir değişiklik getirmeme kararı almıştır ki, belirlenen bu tutum Örgütün İcra Konseyi tarafında da uygun bulunmuştur<sup>100</sup>. Böylelikle, 2017 Eylül’ünde Çin’in Chengdu Kentinde gerçekleştirilen Dünya Turizm Örgütü’nün 22. Genel Kurulunda görüşülerek<sup>101</sup> kabûl edilen çerçeve sözleşme<sup>102</sup> beş ana bölümde toplam 26 maddeden oluşmaktadır<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Bkz. “56/212: Global Code of Ethics for Tourism”, A/RES/56/212, February 28 2002 via [www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/56/212](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/212) (ziyaret tarihi: 03/09/17).

<sup>99</sup> Bkz. VOLGER, s. 840.

<sup>100</sup> Konu hakkında bilgi için bkz. “Draft Framework Convention on Tourism Ethics” via <http://ethicsconventions.unwto.org/content/unwto-draft-framework-convention-tourism-ethics> (ziyaret tarihi: 01/09/17).

<sup>101</sup> Bkz. *ibid.*

<sup>102</sup> “Turizm Etiğine Dair Çerçeve Sözleşme”nin (*Framework Convention on Tourism Ethics*) İngilizce metni için bkz. via <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/docpdf/ares707xxiiConventionontourismethics.pdf> (ziyaret tarihi: 02/10/17).

<sup>103</sup> Toplam 26 maddeden oluşan sözleşme metninin yapısı şu şekildedir: 1 ilâ 3. maddeler arası “Genel Hükümler” (*General Provisions*) başlığını taşıyan, “Turizmde Etik İlkeler” (*Ethical Principles in Tourism*) başlığını taşıyan II. bölüm 4 ilâ 12. maddeler arasında, “Turizm Etiği Dünya Komitesi” (*World Committee on Tourism Ethics*) başlığını taşıyan III. Bölüm 13 ilâ 15. maddeler arasında, “Taraf Devletler Konferansı” (*Conference of States Parties*) başlığını taşıyan IV. Bölüm 16 ilâ 17. maddeler arasında ve “Nihaî

Dünya Turizm Örgütü'nün merkezi Madrid'de konumlanmaktadır. Örgütün Tüzüğüne bakıldığında, merkez konusunda kesin bir belirlemenin yapılmadığı, bunun yerine merkezin yerinin Genel Kurul tarafından belirleneceğinin ve her zaman aynı organ tarafından değiştirilebileceğinin düzenlenmesiyle yetinilmiş olduğunun hükme bağlandığı gözlenmektedir<sup>104</sup>. İspanyol Hükûmetinin resmî daveti üzerine 1975 Mayıs'ında ilk kez Madrid'de toplanan Örgütün Genel Kurulu, bu düzenleme çerçevesinde Örgüt merkezinin Madrid olmasını kararlaştırmış ve 1976 yılının 1 Ocak'ında Örgüt Genel Sekreterliği Madrid'de kurulmuştur<sup>105</sup>, Örgütün Madrid'deki merkezi dışında, ayrıca Cenevre'de bir "İrtibat Bürosu" (*liaison Office*) da bulunmaktadır<sup>106</sup>.

Dünya Turizm Örgütü ile Birleşmiş Milletler arasındaki ilişkiyi kısaca değerlendirmek gerekirse, 1967 yılında hükümetler-dışı uluslararası bir örgütten, hükümetler-arası bir uluslararası örgüte dönüşmek için aldığı karar doğrultusunda 1969 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ilgili bu Örgütün bu kararı destekler nitelikte bir tavsiye kararı kabûl etmiştir. 1977 yılında ise Birleşmiş Milletler Genel Kurulu iki Örgüt arasındaki İşbirliği antlaşmasını 32/156 sayılı kararıyla onaylamıştır<sup>107</sup>. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 23 Aralık 2003 tarih ve 58/232 sayılı Kararıyla da, Dünya Turizm Örgütü ve Birleşmiş

---

Hükümler" (*Final Provisions*) başlığını taşıyan V. Bölüm ise 18 ilâ 26. maddeler arasında yer almaktadır. Taslak metinde maddeler haricinde bölümlerin ayrıca numaralandırılmadığı belirtilmelidir. Taslak metnin II. Bölümünü teşkil eden ve 4 ilâ 12. maddeler arasında yer alan düzenlemeler sırasıyla şu madde başlıklarından oluşmaktadır: "Halklar ve Toplumlar Arasında Karşılıklı Anlayış ve Saygıya Turizmin Katkısı" (*Tourism's Contribution to Mutual Understanding and Respect between Peoples and Societies*), "Bireysel veya Toplu Memnuniyet Aracı Olarak Turizm" (*Tourism as a Vehicle for Individual and Collective Fulfillment*), "Çevresel Sürdürülebilirlik Etmeni Olarak Turizm" (*Tourism, a Factor of Environmental Sustainability*), "Kültürel Kaynakların bir Kullanıcısı ve Geliştirilmelerine Katkı Sağlayıcı Olarak Turizm" (*Tourism, a User of Cultural Resources and a Contributor to their Enhancement*), "Ev Sahibi Ülkeler ve Toplumlar İçin Yararlı Bir Faaliyet Olarak Turizm" (*Tourism, a Beneficial Activity for Host Countries and Communities*), "Turizm Kalkınmasında Paydaş Sorumlulukları" (*Responsibilities of Stakeholders in Tourism Development*), "Turizm Hakkı" (*Right to Tourism*), "Turist Hareketlerinin Serbestliği" (*Liberty of Tourist Movements*) ve "Turizm Sektöründe Çalışanların ve Profesyonellerin Hakları" (*Rights of the Employees and Professionals in the Tourism Sector*).

<sup>104</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 2.

<sup>105</sup> Bkz. "History of the UNWTO" via [www2.unwto.org/co](http://www2.unwto.org/co) (ziyaret tarihi: 28/08/17).

<sup>106</sup> Bkz. via <http://genevaoffice.unwto.org> (ziyaret tarihi: 28/08/17).

<sup>107</sup> Bkz. *supra* dipnot: 21.

Milletler arasındaki antlaşmayı<sup>108</sup> onaylamak suretiyle Dünya Turizm Örgütü'nü bir uzmanlık örgütü hâline getirdiği gözlenmektedir<sup>109</sup>. Dünya Turizm Örgütü, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programının (*United Nations Development Programme*) icracı örgütlerinden birisi olmasının yanı sıra, Birleşmiş Milletler çeşitli programlarıyla, Birleşmiş Milletler'in bölgesel komisyonlarıyla ve diğer uzmanlık örgütleriyle yakın çalışma ilişkisi içerisinde<sup>110</sup>.

Tüm bunlar sonrasında, hukukî açıdan örgütün anatomisi çıkartılacaksa, kısaca, şu hususlar ifade edilebilir: Daha önceden hükümetler-dışı uluslararası örgüt niteliğindedir 1975 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeyle birlikte hükümetler-arası uluslararası bir Örgüt konumuna yükselen<sup>111</sup> ve Tüzüğü'nün 31. maddesinde açıkça hukukî kişiliği olduğu ifade edilen<sup>112</sup> Dünya Turizm Örgütü'nün müteakip maddede üye devletlerin topraklarında işlevini yerine getirebilmek için gerekli tüm ayrıcalık ve bağımsızlıkları haiz olacağı ifade edilmiş ve bunların anlaşmalar marifetiyle düzenleneceği eklenmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, 2003 yılında Dünya Turizm Örgütü Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun iki örgüt arasındaki anlaşmayı onaylamasına ilişkin

<sup>108</sup> Ekonomik ve Sosyal Komite tarafından hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Şartı m. 57 ve 63'e tâbi olarak Dünya Turizm Örgütü'nü Birleşmiş Milletler'in bir uzmanlık örgütü hâline getiren antlaşma toplam 21 maddeden oluşmaktadır. Bu antlaşmanın birinci maddesi birinci fıkrasında Birleşmiş Milletler'in, Örgütü, açıkça bir uzmanlık örgütü olarak tanıdığı hükmüne yer verilmiştir.

<sup>109</sup> "Resolution Adopted by the General Assembly on 23 December 2003-58/232. Agreement between the United Nations and the World Tourism Organization", A/RES/58/232, March 11 2004 via [www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/58/232](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/58/232) (ziyaret tarihi: 30/08/17).

<sup>110</sup> Bkz. SCHIAVONE, s. 373.

<sup>111</sup> Bu dönüşüme dair uluslararası hukuk çerçevesinde ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. CASTAÑEDA, s. 625-632; GILMOUR D.R., *The World Tourism Organization: International Constitutional Law with a Difference*, *Netherlands International Law Review*, vol. 18/3, 1971, s. 275-298.

<sup>112</sup> Klein, uzmanlık örgütlerini irdelediği makalesinde, uluslararası örgütlerin uluslararası hukukî kişiliklerinin doğrudan mevcudiyetlerinden dolayı kaynaklanmadığını, devletler tarafından bu örgütlerin kurucu antlaşmalarında hukukî kişiliklerinin açıkça veya üstü kapalı bir biçimde tanınması gerektiğini vurgulamış; uzmanlık örgütleri açısından bu konuda en açık düzenlemenin *Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonuna* ilişkin Anlaşmanın 10 maddesinin 1. fıkrasında yer aldığına dikkat çekmiş ve Dünya Turizm Örgütü bakımından ise, en azından *Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu*yla mukayese edildiğinde bu Örgütün Tüzüğü'nde daha az açık bir düzenlemeye yer verildiğine işaret etmiştir, Bkz. KLEIN, paragraf: 61.

kararıyla uzmanlık örgütü hâline gelmiştir<sup>113</sup>. Uzmanlık örgütlerinin konu bakımından sınıflandırılması bağlamında ise, Dünya Turizm Örgütü teknik vasıflı uzmanlık örgütleri sınıfına katılmaktadır<sup>114</sup>.

Dünya Turizm Örgütü'nün resmî beş dili şu şekildedir: Arapça, Fransızca, İngilizce, İspanyolca ve Rusça<sup>115</sup> Esasen, 1975'te kabûl edilen Örgüt Tüzüğü'nün ilk hâlinde Arapça yer almamaktayken, bu dilin daha sonra eklendiği gözlenmektedir<sup>116</sup>. Bunun haricinde, 2007 yılında *Cartegena de Indias*'ta gerçekleştirilen toplantıda alınan kararlar sonucunda, henüz yürürlüğe girmemiş değişiklik doğrultusunda Örgütün mevcut beş resmî diline Çince'nin de eklendiği ve böylelikle resmî dil sayısının altıya çıkartıldığı gözlenmektedir. Öte yandan, Sözleşmelerin yorumuna ilişkin farklı dillerdeki metinlerinin birbirine denkliğine dair düzenleme içeren düzenlemede orijinal dört (Fransızca, İngilizce, İspanyolca ve Rusça) dildeki metnin birbirine denk olduğu açık bir biçimde ortaya konulmuştur<sup>117</sup>. Öte yandan, Tüzüğü'nün ilk hâlinde İsviçre Hükûmeti olarak belirlenen Örgütün depoziteri, Örgüt Genel Kurulunun Roma'da 1981 yılında gerçekleştirdiği dördüncü oturumunda yapılan bir değişiklikle İspanya Hükûmeti olarak değiştirilmiş ve üye devletler tarafından henüz gerekli onayı alamadığı için yürürlüğe giremeyen bu düzenleme, Genel Kurul kararıyla *geçici* olarak uygulanmaya konulmuştur.

<sup>113</sup> Birleşmiş Milletler'in uzmanlık örgütlerine dair ayrıntılı değerlendirme için bkz. KLEIN E., United Nations, Specialized Agencies, *Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperation*, vol. 5, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1983, s. 349-369; KLEIN, paragraflar: 1-83; HÜFNER K., Specialized Agencies, in *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, 2nd revised edition, edited by Volger, Leiden, 2010, s. 670-675.

<sup>114</sup> Bu konuda bkz. HÜFNER, s. 673. Buna karşılık, Türk doktrininde *Sur* ise Dünya Turizm Örgütü'nü sosyal amaçlı örgütler sınıflandırması altında incelemektedir. Bkz. SUR, s. 222-223.

<sup>115</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 38.

<sup>116</sup> Arapça'nın, Dünya Turizm Örgütü bir yana, Birleşmiş Milletler çerçevesinde resmî dil hâline gelişine dair ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. TABORY M., The Addition of Arabic as an Official and Working Language of the UN General Assembly and at Diplomatic Conferences, *Israel Law Review*, vol. 13/3, 1978, s. 391-410.

<sup>117</sup> Dünya Turizm Örgütü Tüzüğü m. 39.



## SONUÇ

20. yüzyılın son yarısında daha önceden mevcut hükûmetler-dışı bir örgüt yapısını devşirmek suretiyle yaratılan ve 2000'lerin başında da Birleşmiş Milletler'in bir uzmanlık örgütü hâline geliveren Dünya Turizm Örgütü'nün, bu dönüşüm özelliğinden ötürü oldukça ender bir örneği teşkil ettiği rahatlıkla ifade edilebilir. 20. yüzyılın bacasız sanayi lakaplı turizm sektörü, günümüzde geldiği nokta düşünüldüğünde, ekonomilerin gelişmesinde önemi yadsınamayacak bir alan, bir sektör hâline gelmiş görünmektedir. Bu önemli sektörün uluslararası düzeyde düzenlenmesinde önemli bir paya sahip olması için 1970'lerde dizayn edilmiş Dünya Turizm Örgütü, ilginçtir ki, çok araştırılan ve bilinen bir örgüt olarak nitelendirilemez. Hattâ, yapılan haberlerde Dünya Turizm Örgütü'nün adı ve niteliği bile yanlış aktarılabilmektedir.

Oysa, turizm gibi birçok devletin ciddî ekonomik kaynak sağladığı bir alanda Birleşmiş Milletler uzmanlık örgütü vasıflı böyle bir Örgütün yaratılmış olması önemlidir ve bilinir kılınması gereklidir. Bu çerçevede, Dünya Turizm Örgütü, her ne kadar birçok yönüyle klâsik bir yapılanma örneği gösterse de, hükûmetler-arası bir örgüt olarak bir dönüşüm sonucu ortaya çıkışı ve bağlı üyelik gibi diğer hiçbir uluslararası hükûmetler-arası örgütte rastlanmayan bazı özellikleri haiz olması sebebiyle, uluslararası hukuk açısından oldukça ilginç bir örneği teşkil etmektedir. Turizm gibi birçok devlet açısından ekonomik bakımdan önem teşkil eden bir alanda faaliyet gösteren bu Örgüte olan ihtiyaç muhakkaktır. Buna karşılık, Birleşmiş Milletler uzmanlık örgütleri arasında en az tanınanı olması ve en az üye sayısına sahip olması<sup>118</sup>, özellikle de gelişmiş devletler arasında turizm konusunda ciddî önemi haiz devletlerin hâlihazırda kendisine üye olmaması hususları göz önüne alındığında, Örgütün bir imaj sorunu olduğu ve bu itibarla daha yolun başında olduğu ve kat etmesi gereken önemli bir mesafenin bulunduğunu ifade etmek yanlış olmasa gerekir.

---

<sup>118</sup> Diğer uzmanlık örgütleri ve üye devlet sayıları şu şekildedir: Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası Grubu/IBRD (189), Uluslararası Para Fonu/IMF (189), Dünya Sağlık Örgütü/WHO (194), Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü/UNESCO (195), Uluslararası Çalışma Örgütü/ILO (187), Gıda ve Tarım Örgütü/FAO (194), Uluslararası Tarımsal Kalkınma Fonu/IFAD (176), Uluslararası Denizcilik Örgütü/IMO (172), Dünya Meteoroloji Örgütü/WMO (185), Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü/WIPO (191), Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (191), Uluslararası Telekomünikasyon Birliği/ITU (193), Birleşmiş Milletler Sınâî Kalkınma Örgütü/UNIDO (168), Evrensel Posta Birliği/UPU (192).



## KAYNAKÇA

- ANDAÇ F., Turizm Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2013.
- ARCHER C., International Organizations, 3rd edition, London, 2001.
- BEN-ARI R.H., The Legal Status of International Non-Governmental Organizations: Analysis of Past and Present Initiatives (1912-2012), Leiden, 2013.
- BLANCHFIELD L. & BROWNE M.A., Membership in the United Nations and Its Specialized Agencies, Congressional Research Service, June 19 2014 via <https://fas.org/sgp/crs/row/R43614.pdf> (ziyaret tarihi: 30/08/17).
- CASTAÑEDA J., Une nouvelle méthode pour le création d'organismes internationaux: le cas récent de l'U.I.O.O.T., *Annuaire français de droit international*, vol. 16, 1970, s. 625-632.
- DAVIES M. & WOODWARD R., International Organizations: A Companion, Padstowe, 2014.
- FELDMAN D., International Personality, *Recueil des cours*, vol. 191, 1985-II, 1985, s. 343-413.
- GEE C.Y. & FAYOS-SOLÁ E. (eds.), International Tourism: A Global Perspective, Madrid, 1997.
- GILMOUR D.R., The World Tourism Organization: International Constitutional Law with a Difference, *Netherlands International Law Review*, vol. 18/3, 1971, s. 275-298.
- GRANT J.P. & BAKER J.C., Parry and Grant Encyclopædic Dictionary of International Law, 3rd edition, New York, 2009.
- HÜFNER K., Specialized Agencies, in *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, 2nd revised edition, edited by Volger, Leiden, 2010, s. 670-675.
- KLABBERS J., An Introduction to International Institutional Law, Cambridge, 2005. (3rd printing from 2002 edition)
- KLEIN E., United Nations, Specialized Agencies, *Encyclopedia of Public International Law: International Organizations in General-Universal International Organizations and Cooperation*, vol. 5, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1983, s. 349-369.
- KLEIN E., United Nations, Specialized Agencies, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, August 2006 via <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e562> (ziyaret tarihi: 01/07/17).
- LANQUAR R.G., The Organizational Development of the World Tourism Organization, Texas A&M University, 1983. (yayınlanmamış doktora tezi)
- LINDBLOM K., Non-Governmental Organizations in International Law, Cambridge, 2005.
- MAGLIVERAS K.D., Membership in International Organizations, in Research Handbook on the Law of International Organizations, edited by Klabbbers & Wallendahl, Surrey, 2011, s. 84-107.
- OPPENHEIM L., International Law: A Treatise, vol. I (Peace), London, 1912.
- PAZARCI H., Uluslararası Hukuk Dersleri, II. Kitap, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara, 1999.
- PAZARCI H., Uluslararası Hukuk, 14. Baskı, Ankara, 2015.

- PEASLEE A.J., International Governmental Organizations: Constitutional Documents, revised 3rd edition (Part V-Communications-Transport-Travel) , The Hague, 1976.
- PORTMANN R., Legal Personality in International Law, Cambridge, 2010.
- SCHECTER M.G., Historical Dictionary of International Organizations, 2nd edition, Lanham, 2010.
- SCHERMERS H.G., International Organizations, in *International Law: Achievements and Prospects*, edited by Bedjaoui, Paris, 1991, s. 67-100.
- SCHERMERS H.G. & BLOKKER N.G., International Institutional Law: Unity within Diversity, 5th Revised Edition, Leiden, 2011.
- SCHIAVONE G., International Organizations: A Dictionary and Directory, 7th edition, New York, 2008.
- SUR M., Uluslararası Hukukun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, 2015.
- SZAZI E., NGOs: Legitimate Subjects of International Law, Leiden, 2012.
- TABORY M., The Addition of Arabic as an Official and Working Language of the UN General Assembly and at Diplomatic Conferences, *Israel Law Review*, vol. 13/3, 1978, s. 391-410.
- TURNER E.A.L., Why Has the Number of International Non-Governmental Organizations Exploded since 1960?, *Clodynamics: Journal of Theoretical & Mathematical History*, vol. 1(1), 2010, s. 81-91 via <http://scholarship.org/uc/item/97p470sx> (ziyaret tarihi: 08/09/17).
- “UNWTO Basic Documents”, vol. I (Statutes/Rules of Procedures/Agreements), 5th edition, Madrid, February 2016 via <http://cf.cdn.unwto.org/sites/all/files/docpdf/130718basicdocumentsenweb.pdf> (ziyaret tarihi: 28/08/17).
- VELLAS P., Tourism, *Encyclopedia of Public International Law: International Relations and Legal Cooperation in General-Diplomacy and Consular Relations*, vol. 9, edited by Bernhardt, Amsterdam, 1986, s. 376-378.
- VOLGER H., UNWTO-World Tourism Organization, in *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, 2nd revised edition, edited by Volger, Leiden, 2010, s. 838-840.
- VRANCKEN P., Tourism, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, February 2011 via <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1001> (ziyaret tarihi: 01/07/17).
- WALTER C., Subjects of International Law, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2008 via [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com) (ziyaret tarihi: 05/04/08).

# ŞÛRÂY-I DEVLET (1868-1876) COUNCIL OF STATE (1868-1876)

DOI: 10.21492/inuhfd.340495

Ayşe Aslı YÜCESOY\*

## Özet

Osmanlı Devletinin modern bir yönetim sistemi geliştirme süreci sistematik olarak Tanzimat Döneminde başlamıştır. Bir reform meclisi olarak tasarlanıp kurulan Şûrây-ı Devlet, Osmanlı Devletinin idari modernleşme sürecinin önemli bir parçasıdır. Kuvvetler ayrılığı ve idari yargı sisteminin temelleri Şûrây-ı Devlet'in kurulmasından öncesine dayanır. Temelleri taşrada atılan kuvvetler ayrılığı ve idari yargı sistemini merkeze de uygulama isteğiyle oluşturulan Şûrây-ı Devlet 1868 yılında kurulmuştur. Kimi zaman pratik ihtiyaçlar kimi zaman da politik çekişmeler sebebiyle çeşitli değişiklikler geçirerek 1922 yılına dek faaliyetini sürdürmüştür. Çalışmamızda öncelikle Şûrây-ı Devlet'in kuruluş sürecinden bahsedilmiştir. Ardından 1868 ile 1876 yılları arasındaki görev ve yetkileri ile I. Meşrutiyet'in ilanına kadarki zaman diliminde geçirdiği değişimler ele alınmıştır. Şûrây-ı Devlet'in işleyişinden söz edilmiş, bu makama başvuru sürecinin aşamaları açıklanmıştır. Kararlarının niteliği konusu üzerinde durulmuştur. Kısacası, "Osmanlı Devletinin idari modernleşme süreci" kavramı çerçevesinde 1868-1876 yılları arasındaki Şûrây-ı Devlet kurumu incelenmiştir. İdari yargı evriminin önemli bir aşamasını oluşturan Şûrây-ı Devlet'in, Fransız örneğinin Osmanlı'ya nakdedilmesinden öte bir anlam taşıdığı açıklanmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Şûrây-ı Devlet, Tanzimat Dönemi, idari modernleşme, Osmanlı Devleti, reform

## Abstract

Ottoman Empire's process of developing a modern government system systematically started in Tanzimat (Reform) Era. The Council of State (Şûrây-ı Devlet), designed and established as a reform parliament, is an important part of Ottoman Empire's governmental modernization process. Foundation of separation of powers and administrative jurisdiction system dates back before the establishment of Council of State. Laid the foundations in rural regions, in 1868 the Council of State was formed out of the desire to implement the separation of powers and administrative jurisdiction system to the central administration. The Council remained active until 1922 by going through various changes due to practical needs and political conflicts. In our study, establishment process of the Council of State (Şûrây-ı Devlet) is explained first. Then, duties and authorities of the Council of State between 1868 and 1876, and the changes until the First Constitutionalist Period are explained. Operation of the Council of State and the application stages for this office are explained. Qualification of the decisions is elaborated. To summarize, the Council of State between 1868 and 1876 was evaluated within the concept of "administrative modernization process of Ottoman Empire". This study aims to explain that the Council of State (Şûrây-ı Devlet) was more than just a French model transferred to Ottoman Empire.

---

\* Araştırma Görevlisi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, ayseasliyucesoy@gmail.com

**Keywords:** Council of State, Tanzimat Reform Era, administrative modernization, Ottoman State, reform.

## GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti, Osmanlı İmparatorluğu'nun Anadolu toprakları üzerinde kurulmuştur. Cumhuriyetten önce bu coğrafya üzerinde hüküm süren Osmanlı İmparatorluğu'nun siyasal sisteminde yaşanan dönüşümlerin, özellikle tanzimat sürecinde oluşturulan kurumların yahut varolan kurumların yapısında yaşanan değişimlerin cumhuriyeti etkilemediğini düşünmek mümkün değildir<sup>1</sup>.

Tanzimat döneminde kurumsallaşan yasama geleneğinin, daha da önemlisi Osmanlı Devleti'nin idari moderleşme sürecinin bir parçası olan Şûrây-ı Devlet, Cumhuriyetin de benimseyip sürdürdüğü kurumlardandır<sup>2</sup>. Şûrây-ı Devlet Tanzimat Fermanı'yla başlayan yönetim anlayışının değiştirilmesi çalışmalarında çok etkili bir basamaktır. Osmanlı Devleti'nin modernizasyonunun sistematik hale geldiği bir dönemi ifade eden Tanzimat Dönemi ile başlayıp meşruiyetle sonuçlanan süreçte yumuşak geçişi sağlamış olan önemli bir müessesedir. Çalışmamızda 1868'de kurulan ve 1922'ye kadar çok çeşitli değişikliklerle faaliyetine devam eden Şûrây-ı Devlet'in kuruluş süreci, 1868 ile 1876 yılları arasındaki görev ve yetkileri ile I. Meşrutiyet'in ilanına kadarki zaman diliminde geçirdiği değişimler ele alınmıştır.

Bu çalışmada Şûrây-ı Devlet'in kuruluşu, görev ve yetkileri, idarenin yargısal denetiminin gelişim süreci ile bağlantısı göz önünde bulundurularak incelenmiştir. Amacımız Şûrây-ı Devlet'in tarihini yazmak değil, çalışmanın kapsamı olarak belirlediğimiz 1868 - 1876 arası dönemde genel hatlarıyla Şûrây-ı Devlet'e verilen görevlerin, özellikle yargılama görevinin, idari yargının tarihsel evriminde ne ölçüde etkili olduğunu ortaya koymaktır. Bu nedenle Şûrây-ı Devlet'in teşkilat yapısının ayrıntıları, birçok kez ayrılıp birleştirilen ve görevleri değiştirilen dairelerinin işleyişi, personeli ve sair konular inceleme konusu yapılmamıştır.

## 1. ŞÛRÂY-I DEVLETİ HAZIRLAYAN KOŞULLAR

Osmanlı Devleti'nin klasik dönemdeki devlet teşkilatının en üst kademesini padişahın başkanlığını yaptığı Divan-ı Hümayun oluşturur.

---

<sup>1</sup> KARAHANOĞULLARI Onur, Türkiye'de İdari Yargı Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.2

<sup>2</sup> KARAHANOĞULLARI, s.2

Yasama, yürütme, yargı alanlarında padişaktan sonra en yüksek karar organıdır<sup>3</sup>. Divan-ı Hümayun'da devletin siyasi, askeri, mali ve idari konuları görüşülür ve bir karara bağlanırdı<sup>4</sup>. Bir danışma meclisi niteliğinde olan Divan-ı Hümayun, alınan kararların uygulanmasında olduğu kadar, devletin işleyişi ve adaletin tesisi için gerekli olan kanunların çıkarılmasında da yetkiliydi. Ayrıca mahkemelerde görülen davaların -talep olması halinde- temyizden bir defa daha görüldüğü ve üst düzey memurların yargılandığı en üst mahkeme olarak yargı yetkisini elinde bulunduruyordu<sup>5</sup>.

18. yüzyılın en önemli gelişmelerinden biri Divan-ı Hümayun'un öneminin azalarak sadaret makamının yani Bab-ı Ali'nin yürütme gücü olarak ortaya çıkmasıdır<sup>6</sup>. III. Selim (1789-1807) ve II. Mahmut (1808-1839) dönemlerinde Divan-ı Hümayun'un önemini kaybetmesi üzerine, devlet yönetiminde bir danışma meclisi ihtiyacı hissedilmiş ve Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan beri, savaş gibi olağanüstü durumlarda toplanan Meşveret Meclisi daha sık ve düzenli bir yapıda toplanmaya başlanmış, bir ölçüde kurumsallaşmıştır<sup>7</sup>. II. Mahmud döneminde, Divan-ı Hümayun'un yerine Meclis-i Vükela ve hükümet işlerini divan üyeleri arasında paylaştıran "nezaretler" kurulmuş, merkez teşkilatında yasama alanında da yapılacak olan yeniliklerin düşünümlüp programlanması için yeni meclis ve komisyonlar oluşturulmuştur<sup>8</sup>.

Her ne kadar Meşveret Divanı, 18. yüzyılın son çeyreği ile 19. yüzyılın başında en güçlü dönemini yaşamış olsa da<sup>9</sup>, II. Mahmud döneminde reform faaliyetlerinin kapsamının genişlemesi nedeniyle

<sup>3</sup> KONAN Belkıs, Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişimi, Statü Yayıncılık, Ankara, 2013, s.39; MUTAF Abdülmecit, "Şûra-yı Devlet (1868-1922)" Türkler, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, ss. 599-609, s.599.

<sup>4</sup> İNALCIK Halil, Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300 - 1600), çev. Ruşen Sezer, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 94.

<sup>5</sup> KONAN, s.43-44.

<sup>6</sup> AKYILDIZ Ali, Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, Eren Yayıncılık, İstanbul, 1993, s.22; ORTAYLI İlber, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 3. Bası, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008, s. 211; MUMCU Ahmet, Divan-ı Hümayun, Phoenix Yayınları, Ankara, 2007, s. 126 – 130.

<sup>7</sup> TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 27. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 36-37.

<sup>8</sup> LEWIS Bernard, Modern Türkiye'nin Doğuşu, çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s.98.

<sup>9</sup> SEYİTDANLIOĞLU Mehmet, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vala, (1838-1868), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1994, s.16.

önceden belirlenmiş kural, görev ve yetkilere bağlı, belirli günlerde ve yerde toplanacak, belli üyelerden oluşan bir meclise ihtiyaç duyulmaktaydı. Meşveret Divanı yapısı itibarıyla bu ihtiyaca cevap vermekten uzaktı. Bu sebeple 1836 yılında askeri işleri düzene sokmak için “Dar-ı Şûrây-ı Askeri” ve 1838 yılında sadarete danışma kurulu olarak çalışmak üzere “Dar-ı Şûrây-ı Bab-ı Ali” kurulmuştur<sup>10</sup>. Diğer taraftan ilanı düşünülen Tanzimat Fermanı’nda yer alacak olan ilkelerin planlanması ve hazırlanması, belirli kurallar çerçevesinde çalışan sürekli bir meclisi gerektirmekteydi. Bu amaçla bütün bu meclislerin üzerinde çalışmak üzere 1838 yılında Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye oluşturulmuştur<sup>11</sup>. İslahat hareketlerinin gerektirdiği kanun tasarılarını ve nizamnameleri hazırlamak gibi önemli bir görevi üstlenen bu meclis, memurları yargılayacak ve devlet ile şahıslar arasındaki anlaşmazlıklara bakacaktı<sup>12</sup>.

3 Kasım 1839’da Sultan Abdülmecid’in Sadrazamı Mustafa Reşit Paşa tarafından Gülhane Parkında okunan Tanzimat Fermanı (Gülhane Hatt-ı Hümayunu) ile yeni kanun ve nizamnamelerin hazırlanması işi Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye’ye bırakılmış ve açıkça tanzimat hareketinin meclisi olarak görevlendirilmiştir<sup>13</sup>. Tanzimat Fermanı’yla yasama ve yargı yetkilerinin sınırlanması ile bu görevi üstlenen Meclis-i Vâlâ büyük bir öneme sahip olmuştur. Böylelikle Osmanlı Devleti’nde kuvvetler ayrılığı ilkesi sınırlı da olsa benimsenmiştir<sup>14</sup>. Ancak kuruluşundan yaklaşık on beş sene sonra teknik ihtiyaçların ötesinde siyasal çekişmelerden kaynaklanan nedenlerle 1854 yılında ikiye ayrılmıştır<sup>15</sup>. Tanzimat Fermanı’nın gerektirdiği kanun layihalarını hazırlama, nizamnameleri ve talimatları düzenleme, idari önlemleri görüşme, hükümete görüş verme görevleri yeni kurulan Meclis-i Ali-i Tanzimat’a verilmiş<sup>16</sup>, Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye’nin görevi ise

---

<sup>10</sup> SEYİTDANLIOĞLU, s.24.

<sup>11</sup> ÇADIRCI Musa, Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1997, s.185.

<sup>12</sup>BOZKURT Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci 1839-1939), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s.134; TANÖR, s.103.

<sup>13</sup> KİLİ Suna, GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türk Anayasa Metinleri: Sened-i İttifaktan Günümüze, 3. Bası, Türkiye İş Bankası Yayınları, No:269, İstanbul, s.13.

<sup>14</sup> MUTAF, s.599.

<sup>15</sup> KARAHANOGULLARI, s.127.

<sup>16</sup> TANÖR, s.104.

yargısal işlerle sınırlandırılmış, adliye, idari yargı ve temyiz mahkemesi olarak konumlandırılmıştır<sup>17</sup>.

Adli işlerin, idari ve teşri işlerden ayrılması mantığına dayanan<sup>18</sup> bu ikili meclis yapısından, kuruluşundan yedi yıl sonra vazgeçilmiştir. 7 Temmuz 1861 tarihli bir Hatt-ı Hümayun ile Meclis-i Tanzimat ilga edilerek iki meclis, Meclis-i Ahkâm-ı Adliye adıyla birleştirilmiştir<sup>19</sup>. Bu kararın nedenlerine ilişkin olarak ihtiyaçlara dayalı teknik gerekçelerin yanısıra, İngiliz müdahalesinden de söz edilmektedir<sup>20</sup>.

1868 yılına kadar görev yapacak olan Meclis-i Ahkâm-ı Adliye üç daireye ayrılmıştır. Bu dairelerden “Kanun ve Nizamât Dairesi” kanun ve nizamnameleri hazırlayacak, “Umur-ı İdare-i Mülkiye Dairesi” idari işleri kararlaştırarak uygulanması için çalışacak, “Muhakemat Dairesi” ise idari yargıya ve yüksek temyize bakacaktır<sup>21</sup>.

Tanzimatçılar ve bazı Osmanlı aydınlarının ıslahatların uygulanamaması gerekçesiyle Meclis-i Vâlây-ı eleştirisi ve kuvvetler ayrılığı fikrinin giderek Osmanlı’yı etkisi altına alması, devlet teşkilatında yeni düzenlemelere gidilmesini gündeme getirmiştir<sup>22</sup>. Nihayetinde 1868 yılında Meclis-i Ahkâm-ı Adliye, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ve Şûrây-ı Devlet olmak üzere ikiye ayrılmıştır<sup>23</sup>. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye bugünkü Yargıtay’ın, Şûrây-ı Devlet ise bugünkü Danıştay’ın kökenini oluşturmuştur<sup>24</sup>.

Tanzimat’ın başından beri yargı teşkilatı konusunda yapılan düzenlemeler, idari fonksiyonları üstlenen taşra meclislerinin mahkemelerden ayrışmasını sağlamıştır. Şûrây-ı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ayrımında Jön Türklerin tebaaya yönetime katılım

<sup>17</sup> TANÖR, s.104.

<sup>18</sup> KARAHANOGULLARI, s.129.

<sup>19</sup> SEYİTDANLIOĞLU, s.53; TANÖR, s.104.

<sup>20</sup> KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, C. 7, T.T.K. Yayınları, Ankara, 2003, s.144,145; KARAHANOGULLARI, s.129.

<sup>21</sup> GÖRELİ İsmail Hakkı, Devlet Şûrâsı, Yeni Matbaa, Ankara, 1953, s. 13,14; SEYİTDANLIOĞLU, s.53.

<sup>22</sup> MUTAF, s.599-600.

<sup>23</sup> ÖZDEŞ Orhan, “Danıştay’ın Tarihçesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, ss.41-61, s.53; DURAN Lütfi, “Atatürk Döneminde Danıştay”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Atatürk’ün 100. Doğum Yıldönümü Özel Sayı, Yıl.2, S.3, 1981, ss.19-39, s.19; GÖRELİ, s.5; TANÖR, s.104.

<sup>24</sup> KONAN, s.71, ÜÇÖK Coşkun, MUMCU Ahmet, BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.346.

hususunda daha fazla imkan vermek istemesi ve Avrupalı diplomat ve konsolosların gayrimüslimlerin yönetime katılmaları noktasındaki baskıları etkili olmuştur<sup>25</sup> fakat bunun yanı sıra, taşra yönetiminde kurulan meclisler ve mahkemeler yoluyla idari ve adli işlerin birbirinden ayrılması sisteminin başarısı, merkezde de yeni bir düzenlemeyi gerekli kılmış bu durum Şûrây-ı Devlet'in kuruluşunu gündeme getirmiştir<sup>26</sup>. Bir başka deyişle, kuvvetler ayrılığı ve idari yargının temelleri taşrada atılmış, daha sonrasında merkeze uygulanma ihtiyacı hissedilmiştir.

## 2. ŞÛRÂY-I DEVLETİN KURULUŞU

Osmanlı devletinde temsili taşra meclislerinin oluşumu (1840) Şûrây-ı Devlet'ten yaklaşık otuz sene öncesine dayanır. Bu meclislerin idarenin denetlenmesinde açıkça yargısal yetkileri bulunmasa bile, idare aleyhindeki şikayetleri inceleme ve memurları yargılama yetkileri ile donatılmaları idarenin yargısal denetimi için bir başlangıç oluşturmuştur<sup>27</sup>. Bu nedenle her ne kadar birçok tarihçi ve özellikle idare hukukçusu<sup>28</sup> idari yargının kökenini Şûrây-ı Devlet'te bulsa da Türk idari yargısının kökeni Şûrây-ı Devlet'ten önce temsili taşra meclislerindedir. Ayrıca merkezde idarenin, aktif idarenin dışından kurumsal denetimi Şûrây-ı Devlet ile başlamamıştır. Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye de unutulmamalıdır<sup>29</sup>. Şûrây-ı Devlet kurulduğunda idarenin kurumsal denetimine ilişkin taşrada ve merkezde kurulmuş ve işlemekte olan bir yapı zaten bulunmakta idi.

Bir önceki başlık altında da ifade edildiği gibi kuvvetler ayrılığı ve idari yargı sisteminin temelleri Şûrây-ı Devlet'in kurulmasında önceye dayanır. Zira 1864 Vilayet Nizamnamesi düzenlemesi ile, meclislerle nizamiye mahkemelerinin birbirinden bağımsız yanyana faaliyette bulunmalarıyla<sup>30</sup>, taşra yönetiminde işlevler ayrılığı sistemi

<sup>25</sup> KARAHANOGULLARI, s.136.

<sup>26</sup> KARAHANOGULLARI, s.136

<sup>27</sup> KARAHANOGULLARI, s.19.

<sup>28</sup> CANATAR Mehmet, BAŞ Yaşar, “Şûra-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi”, OTAM, S.IX, 1998, ss.111-116, s.112; DERBİL Süheyp, İdare Hukuku, C.I, İdari Kaza-İdari Teşkilat, 3. Bası, AÜHFY, Ankara, 1950, s.145; ÖZDEŞ Orhan, “Danıştay ve Tarihi Gelişimi”, Danıştay Dergisi, Y.1, S.1, 1971, ss.22-32, s.22; ŞENLEN Süheyla, “Türkiye’de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi”, AÜSBFD, C.49, S.3-4, 1994, ss.401-413, s.404; BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, s.147.

<sup>29</sup> KARAHANOGULLARI, s.135.

<sup>30</sup> Tanzimat ile birlikte, adalet sisteminin düzenlenebilmesi için yeni mahkemeler kurulması yolu seçilmiştir. Şeriat mahkemelerinin, cemaat mahkemelerinin, konsolosluk mahkemelerinin ve memur yargılaması yapan idare meclislerinin yanısıra nizamiye mahkemeleri açılmıştır. Nizamiye mahkemeleri kurulduka taşra meclislerinde adli



oluşturulmuştu<sup>31</sup>. Dolayısıyla Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye'nin, Şûrây-ı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye olarak iki kısma ayrılması taşrada tecrübe edilen işlevler ayrılığı sisteminin merkeze taşınması anlamına gelmektedir<sup>32</sup>. Bu da, idari yargı evriminin önemli bir aşamasını oluşturan Şûrây-ı Devlet'in, Fransız örneğinin Osmanlı'ya nakledilmesinden öte bir anlam taşıdığını gösterir. Nitekim ayrılmayı düzenleyen 8 Zilhicce 1284 (1 Nisan 1868) tarihli Tahrir-i Ali'de merkezdeki yapının taşrada yerleştirilmiş sisteme uydurulması gerekliliği Şûrây-ı Devlet'in kurulma sebeplerinden biri olarak açıkça belirtilmiştir<sup>33</sup>.

Şûrây-ı Devlet yaklaşık bir yıllık bir çalışmanın sonucunda kurulmuştur. Şûrây-ı Devlet kurma önerisi ilk olarak Meclis-i Ahkâm'ın özel bir komitesi tarafından 8 Cemaziyevvel 1284 (7 Eylül 1867) tarihli

---

bakımdan sadece memur yargılama görevi kalmıştır. Memur yargılaması ise, taşrada da merkezde de hiçbir zaman düzenli mahkemelere verilmesi gereken adli bir iş sayılmamıştır. Nizamiye mahkemeleri kurulduktan sonra da meclislerin, idare aleyhindeki şikayetleri değerlendirme ve sorunları halletme/çözme görevi sürmüştür. KARAHANOGULLARI, s.85.

<sup>31</sup> 1864 yılında uygulamaya konulan Tuna Vilayet Nizamnamesine göre vilayet düzeni baştan aşağı değiştirilmiştir. Eski eyaletlerin yerini sancak, kaza ve nahiyelerden oluşan yeni vilayetler almıştır. Vilayet merkezinde valilerin, sancaklarda mutasarrıfların ve kazalarda kaymakamların başkanlığında idare meclisleri oluşturulacaktı. Bu meclislerde bölgelerin idarecilerin yanı sıra müslim ve gayrimüslim tebaa arasından iki yıllığına seçilen üyeler de yer alabilecekti. Vilayetlerde kurulan karma nizamiye mahkemelerinin üyeleri de aynı yolla seçilecekti. Nizamnameye göre her sene vilayet merkezinde bütün diğer birimlerden gelen üyelerin katılımıyla Vilayet Meclis-i Umumiyesi akdolanacaktı. Bu suretle Osmanlı taşra idaresinde hem adli ve idari işler arasında hem de meclis ve mahkeme sistemi arasında merkezden evvel bir ayrışma sağlanmıştır. KILIÇ Halim, Osmanlı Devleti'nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Şûrâ-yı Devlet (1868 - 1876), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s.53.

<sup>32</sup> SEYİTDANLIOĞLU, s.56; aynı yönde ORTAYLI İlber, Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri, (1840-1880), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s.95-96; "Aynı şekilde Türk idari yargısının oluşum evrimi sadece Şûrâ-yı Devlet'in tarihsel gelişimi ile açıklanamaz. 1840'ta temsili taşra meclislerinin yöneticiler üzerindeki denetimi ile başlayan evrim 1913'te idari kararların denetlenmesi aşamasına ulaşmış, Cumhuriyet devriminden sonra da idari işlemlerin iptal davası yoluyla denetlenmesi sistemi benimsenmiştir. Bu denetim kökeninde vergiye ilişkin konularda ortaya çıkmış, zaman içinde konu olarak genişlemiş ilk başlarda kişi ile görev arasında bir ayırım yapılmamış ancak daha sonra memurların yargılanması ile kararların denetlenmesi arasında bir ayırım yapılmıştır." KARAHANOGULLARI, s.106.

<sup>33</sup> GÖRELİ, Devlet Şurası, s.7.

bir mazbata ile yapılmıştır<sup>34</sup>. Kurulması tasarlanan organa, devletin genel meselelerini tartışma merkezi olma, yapılması gereken yasa değişikliklerini görüşüp padişahın onayına sunmak üzere rapor hazırlama, hükümet ile şahıslar arasındaki davaları görme, vilayet meclislerinin verdiği hükümler için temyiz mercii olma, memurları yargılama gibi sorumluluk ve görevler verilmesi planlanmıştı.

Şûrây-ı Devlet o dönemde ağırlık kazanan hususlar dikkate alınarak, Mülkiye, Zaptiye ve Harbiye, Maliye ve Evkaf, Adliye, Nafia, Ticaret ve Tarım ile Eğitim olmak üzere beş daire olarak tasarlanmıştır. Şûrây-ı Devlet başkanlığını üyelerden biri değil başkatip ve başkatipin yardım ettiği vükeladan biri üstlenecekti. Adli davaların görülmesi adalet işleri ile ilgilenmesi için kurulacak olan yeni organa devredileceğinden merkezî düzeyde yasama ve yargılama birbirinden ayrılacaktı<sup>35</sup>.

Meclis-i Ahkâm-ı Adliye’de Şûrây-ı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye’nin kuruluşu, görevleri ve genel ilkeler üzerine hazırlanan rapor, 1868 yılının Şubat – Mart döneminde Bab-ı Âli’de görüşülmeye başlanmıştır. Sultan Abdülaziz’in başkanlığında geniş katılımlı olarak yapılan bu toplantılara Âli Paşa Girit’te bulunması nedeniyle katılamamış ancak oradan gönderdiği layihalarla bu düşünceleri desteklemiştir<sup>36</sup>. Toplantılara Tuna Valisi Mithat Paşa ve Halep Valisi Ahmed Cevdet Paşa gibi taşra sistemini çok yakından tanıyan reformist Tanzimatçıların yanı sıra Sadrazam Ali Paşa’nın yakın dostu, Osmanlı Devleti’nde kuvvetler ayrılığı prensibinin yerleşmesi gerektiğini savunan Fransız büyükelçi Nicholas-Prosper Bourée gibi yabancı devlet adamları da katılmıştır<sup>37</sup>.

Ali Paşa’nın Girit dönüşünden hemen sonra Meclis-i Vâlâ’ya son verilmiş, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ve Şûrây-ı Devlet olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Yeni kurulan Şûrây-ı Devlet’in başkanlığına Mithat Paşa, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye’nin başkanlığına ise Ahmet Cevdet Paşa getirilmiştir<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> SHAW Stanford J., “19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri”, *Tarih ve Toplum Dergisi*, C.XIII, S. 77, 1990, s. 299.

<sup>35</sup> SHAW, “19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri”, s. 299.

<sup>36</sup> KARAL, s. 145,146; SEYİTDANLIOĞLU, s.55-56, ARSLAN Süleyman, “Tanzimat Döneminin Yarattığı Bir Yargı Organı: Şûra-yı Devlet”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, 1991, ss.75-95, s.85.

<sup>37</sup> SHAW, “19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri”, s. 299-300.

<sup>38</sup> SEYİTDANLIOĞLU, s.56-57.

Şûrây-ı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin kuruluşunun ardından çalışma prensipleri ve kurumların dayanacağı genel esaslar üzerine çalışmalar devam etmiştir. Her iki meclisin de kuruluş nizamnameleri tamamlanarak 8 Zilhicce 1284'te (2 Nisan 1868)<sup>39</sup> yürürlüğe konmuştur.

Yeni oluşturulan yapıda Divanı Ahkâm-ı Adliye, nizamiye mahkemelerinin kararları için temyiz mercii iken Şûrây-ı Devlet, yasa ve nizamname tasarılarını hazırlamak, mülki konularda karar almak, yürütme ile yargı arasındaki uyuşmazlıkları çözmek, yürürlükteki yasaların uygulanabilmesi için bakanlara tavsiyelerde bulunmak, padişah ve devlet makamlarından gelen istek üzerine görüş vermek, devlet görevlilerini görevleriyle ilgili suçlardan yargılamak, şahıslar ile hükümet arasındaki uyuşmazlıklar hakkında karar vermekle görevlendirilmiştir<sup>40</sup>.

Şûrây-ı Devlet ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye adli iki ayrı kurumun oluşturulmasıyla adli işler ile devletin diğer işleri (yasama, yürütme ve idare aleyhindeki şikayetlerin dinlenilmesi) birbirinden ayrılmıştır<sup>41</sup>.

Şûrây-ı Devlet ilk toplantısını padişah huzurunda 10 Mayıs 1868'de Bâb-ı Âli'de gerçekleştirmiştir. Sadrazam tarafından okunan açılış nutkunda Sultan Abdülaziz, hükümetin temel vazifesinin, tebaanın hürriyet ve refahını sağlamak, onları idarenin baskı ve zulmünden korumak olduğunu belirtmiştir<sup>42</sup>. Tebaanın hürriyetini sağlamanın en uygun yolunun hükümetin tebaanın işlerine mümkün olduğunca az karışması olduğunu, onların refah ve bağımsızlığı için çalışması gerektiğini ifade etmiş, bu amaçlara ulaşmak için gerekli olan kanun ve

<sup>39</sup> Mutaf, Şûra-yı Devlet'in 5 Mart 1868 (11 Zilkade 1284) tarih ve 39859 no'lu Dahiliye iradesiyle kurulmuş olduğunu ve görevlerinin ana hatlarıyla belirlenerek reisinin tayin edildiğini belirtmektedir. Yazar'a göre, kuruluşundan hemen sonra 26 Zilkade 1284 (22 Mart 1868) tarihinde ilk kararını almış, 2 Nisan 1868(8 Zilhicce 1284) tarihinde ise meclisin işleyiş esaslarını belirleyen Nizamname onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Üye atamaları tamamlanıp özel bir çalışma yeri tahsis edildikten sonra, padişahın da katıldığı bir törenle 10 Mayıs 1868 tarihinde resmi açılış yapmıştır. MUTAF Abdülmecit, Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet', (1868-1922/1284-1342), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1997, s.18.

<sup>40</sup> KARAHANOGULLARI, s.147; ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II., 3. Baskı, İstanbul, 1966, s.702; ÜÇÖK / MUMCU / BOZKURT, s.324.

<sup>41</sup> KARAHANOGULLARI, s.146.

<sup>42</sup> ERASLAN Cezmi / OLGUN Kenan, Osmanlı Devleti'nde Meşrutiyet ve Parlamento, 3F Yayınları, İstanbul, 2006, s.24; KILIÇ, s.53.

nizamnameleri çıkarmak için Şûrây-ı Devlet kurulduğunu ilan etmiştir<sup>43</sup>. Adaletin temini için adliyenin, yasama ve yürütmeden ayrıldığı ilan edilmiştir<sup>44</sup>.

Şûrây-ı Devlet'in açılışı hem olumlu hem olumsuz yankılar uyandırmıştır. Osmanlı Devleti'nin gayrimüslim tebaası arasında övgüyle karşılanmıştır<sup>45</sup>. Bu nutuk dolayısıyla Osmanlı tebaasının her kesiminden Bâb-ı Âli'ye teşekkür mazbataları iletilmiştir. Bunların yanı sıra İngiltere, Bâb-ı Âli'ye gönderdiği teşekkürname ile Şûrây-ı Devlet teşkilinden duyduğu memnuniyeti ifade etmiştir. Fransa'nın Resmi Gazetesi "Monitor" Şûrây-ı Devlet'in kuruluşundan ve Abdülaziz'in nutkundan dolayı duyulan memnuniyeti sayfalarında ifade etmiştir<sup>46</sup>.

Bu olumlu tepkilerin yanında olumsuz tepkiler de mevcuttu. Tutucu müslümanlar hristiyanlara devlet teşkilatında yer verilmesini hoş karşılamazken yabancı devletlerin İstanbuldaki elçileri hristiyan tebaadan Şûrây-ı Devlet'e yeterince üye alınmadığına dikkat çekmişlerdir<sup>47</sup>.

Avrupa'ya kaçarak özgürlük için mücadele eden Jön Türklerden bazıları da bu durumu çeşitli yönlerden eleştirmişlerdir. Önde gelen isimlerden Ziya Paşa ve Namık Kemal Paşa Osmanlı Devleti'nde meşrutî bir idarenin kurulmasını savundukları için bu çalışmalarını yetersiz buluyorlardı. Sultan Abdülaziz'in açılış nutkunda "amme hürriyetinin" gerçekleşeceğini belirttiğini ancak bunun sağlanamadığını ifade ediyorlardı. Ayrıca Şûrây-ı Devlet'in üyelerinin beceriksiz işten anlamayan kişiler arasından seçildiğini, üstelik üyelerin dokunulmazlıklarının da olmadığını bu suretle her zaman görevden alınabileceklerini vurguluyorlardı. Namık Kemal, Şûrây-ı Devlet'i Yeni Osmanlılar Cemiyeti'nin istediği meşveret usulüne ya da bir millet meclisine karşı alınmış bir önlem olarak görüyordu<sup>48</sup>.

### 3. ŞÛRÂY-I DEVLETİN GÖREV VE YETKİLERİ

Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasisi'nde Şûrây-ı Devlet'in görevleri iki şekilde düzenlenmektedir. Giriş, birinci ve ikinci maddelerde

---

<sup>43</sup> KILIÇ, s.53.

<sup>44</sup> KILIÇ, s.53.

<sup>45</sup> ARSLAN, s.89.

<sup>46</sup> KILIÇ, s.53.

<sup>47</sup> BOZKURT Gülnihal, Alman İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s.115.

<sup>48</sup> SEYİTDANLIOĞLU, s.61.

Şûrây-ı Devlet'in görevleri genel olarak sayılmış, daha sonra uzmanlık esasına göre ayrılan dairelerin görevleri ayrıca belirtilmiştir.

Şûrây-ı Devlet Nizamnamesi'nin birinci maddesinde: “*Mesalih-i umumiye-yi mülkiyenin merkez-i müzakeresi olmak üzere Şûrây-ı Devlet namıyla bir meclis teşkil olunmuştur*” şeklindeki ifade ile, Nizamname-i Esasi'nin mukaddimesinde Osmanlı Devleti'nin idari reformasyonu için lüzumlu olan ıslahatın gerçekleştirilmesi ve genel anlamıyla ülkenin modernizasyonu konusunda gerekli faaliyetin icrası olarak ortaya konan varlık nedeni birlikte düşünüldüğünde Şûrây-ı Devlet'in bir reform meclisi olarak tasarlanıp ve kurulduğu söylenebilir<sup>49</sup>.

Mukaddimede ve birinci maddede yer alan bu genel nitelemelerden sonra, ikinci maddede Şûrây-ı Devlet'in görevleri sayılmıştır. Bu maddeye göre,

- 1) Kanun ve nizamnameleri incelemek ve kanun ve nizamname tasarıları hazırlamak,
- 2) Yetkili olduğu çerçevede ülke meselelerini incelemek ve kararını sunmak,
- 3) Hükümet ile kişiler arasındaki davaları görmek,
- 4) Temyiz aşamasında, görev uyumsuzluklarını çözmek,
- 5) Yürürlükteki kanunlar ve nizamnamelere ilişkin olarak idareden gelen belgeler ve kararlar hakkında görüş bildirmek,
- 6) Padişahın isteği veya kanunların gereği olarak memurları soruşturmak ve yargılamak,
- 7) Padişahın veya yüksek devlet dairelerinden gelen istek üzerine her türlü mesele ve iş hakkında görüş bildirmek,
- 8) Vilayet merkezlerinde toplanan vilayet genel meclislerinin ıslahata ilişkin kararlarını temsilcileri aracılığıyla İstanbul'a getirmek ve bu konularda onlarla birlikte karar vermek, Şûrây-ı Devlet'in görevidir<sup>50</sup>.

Aynı Nizamname'nin 3'üncü maddesinde, “*Şûrây-ı Devlet beş daireye münkasımdır.*” denilmek suretiyle Şûrây-ı Devlet'in beş daireden oluştuğu belirtilmiştir. Bunlar her biri onar üyeden<sup>51</sup> oluşan Umur-ı Mülkiye ve Zabıta Dairesi, Maliye ve Evkaf Dairesi, Adliye Dairesi, Nafia ve Ticaret ve Ziraat Dairesi ve Maarif Dairesidir.

<sup>49</sup> KILIÇ, s.54.

<sup>50</sup> CANATAR / BAŞ, s.117; KARAHANOGULLARI, s.156-157.

<sup>51</sup> Üyelerin görevleri de Nizamname-i Esasi'de on dört madde şeklinde belirtilmişti. KONAN, s.94.

Umur-ı Mülkiye ve Zabıta Dairesi mülkiye, kolluk, kara ve deniz kuvvetlerine ilişkin hazırlanan hukuksal düzenlemeleri inceleyip ve çıkarılan kuralların iyi uygulanmasına ilişkin maruzatları görüşüp gerekli düzeltmeleri yapmakla, Maliye ve Evkaf Dairesi maliye ve vakıflara ilişkin konularda devlet gelirlerinin tahsiline, hazine mallarının yönetimine ilişkin olan meseleleri görüşüp ve incelemekle, Adliye Dairesi hukuk-u âdiyeye ilişkin kanunları ve bu kanunları uygulayan meclis ve hakimlere ilişkin kuralları hazırlayıp Şûrây-ı Devlet'in görevleri içinde olan yargılamalarda ilk derece mahkemelerin verdiği kararların temyizini müzakere etmekle, Nafia ve Ticaret ve Ziraat Dairesi bayındırlık işleri, ticaret ve ziraat konularıyla, yollar, geçitler ve binaların geliştirilmesi ve düzenlenmesi konularını incelemekle, Maarif Dairesi ise eğitimin yaygınlaştırılması amacıyla okullar ve medreselere ilişkin işleri görüşmekle görevli idi<sup>52</sup>.

Burada belirtmemiz gerekir ki, Şûrây-ı Devlet'in ilk örgütlenme biçiminde, hükümet ile kişiler arasındaki davaları görmek görevi belli bir daireye verilmemiştir. Zira Nizamname'nin 3'üncü maddesinde dairelerin görevleri sayıldıktan sonra, "*eşhas ile hükümet beyinde olan davalar hangi daireye mütealîk ise o dairede fasl ve rüyet ve hüküm olunur.*" şeklinde genel bir yetkilendirme yapılmaktadır<sup>53</sup>. Bu demektir ki, hükümet ile şahıslar arasındaki davanın konusu hangi daireyi ilgilendiriyorsa dava, o daire tarafından görülecektir.

### 3.1. Danışma Görevi

Danışma, Şûrây-ı Devlet'in kuruluş kanunu ve gerekçesinde belirtilen temel görevlerinden biridir<sup>54</sup>. Nizamname-i Esasi'nin birinci maddesine göre, "*mesâlih-i umûmiye-i mülkiyenin merkezi müzakeresi olmak üzere Şûrây-ı Devlet namıyla bir meclis teşkil olunmuştur.*" Daha açık bir ifadeyle ülkenin genel işlerini görüşme merkezi olmak üzere Şûrây-ı Devlet adında bir meclis oluşturulmuştur. Bu düzenlemeye göre Şûrây-ı Devlet, ülke yönetimine ilişkin işlerin, devlete ilişkin hukuki, idari, mali ve ticari konuların görüşülme merkezi olarak tanımlanmıştır<sup>55</sup>. Anlaşılabacağı üzere Şûrây-ı Devlet bir mahkeme olarak düşünülmemiştir. "Ülke meselelerinin görüşülme merkezi"nin, meclis biçiminde örgütlenmesi öngörülmüştür.

---

<sup>52</sup> KARAHANOGULLARI, s.158.

<sup>53</sup> KARAHANOGULLARI, s.159.

<sup>54</sup> KONAN, s.94.

<sup>55</sup> KARAHANOGULLARI, s.178.

*Gedikli*, “şûra” kelimesinin sözcük anlamından yola çıkarak, Şûrây-ı Devlet’in danışmaya ilişkin görevinin kendi ismi içinde yer aldığını belirtmiştir<sup>56</sup>. Yazar, Şûrây-ı Devlet’in danışma görevinin Nizamname-i Esasi’nin ikinci maddesindeki “*Şûrây-ı Devlet (...) kavanin ve nizamât mevzuaya müteallik olarak devairden gelen evrak veya tekarir üzerine rey vermeğe (...) memurdur*”<sup>57</sup> ifadesinden kaynaklanmakta olduğunu belirtmiştir<sup>58</sup>. *Özyörük* de Şûrây-ı Devlet’i bir reform danışma organı olarak ele almaktadır. Yazar’a göre Şûrây-ı Devlet, “*özellikle mütaâllalar vererek, önemli bir takım idarî meselelerde, islahatta incelemeler yapıp önerilerde bulunarak batılı bir yönetim tipine dönülmesi yolunda hizmetler edecekti*”<sup>59</sup>.

Gerçekten de Şûrâ-yı Devlet, Nizamname-i Esasi’nin ikinci maddesinde belirtildiği gibi nezâretler ve diğer kurumlardan gelen talep üzerine her çeşit iş ve konu hakkında sadâret aracılığıyla görüşlerini bir mazbata ile bildirmekle görevlidir. Padişah tarafından sorulan her türlü soruya ilişkin görüş bildirme zorunluluğu vardır<sup>60</sup>. Tüm bunlar Şûrâ-yı Devlet’in danışma fonksiyonunu oluşturur.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, Şûrây-ı Devlet’in danışma, bir başka deyişle devlet işlerini görüşerek akıl üretmesi fonksiyonuna vilayetlerde oluşturulan temsili meclisler de dâhil edilmiştir. *Mutaf*’ın ifadesine göre,

*“Her sene vilayet merkezlerinde toplanan umumi meclisler, bölgelerinde o yıl uygulanacak islahatın programını özel bir komisyonla birlikte Dersaadet’e gönderirlerdi. Bu üyelerle, Şûrây-ı Devlet’in ilgili dairesinden katılacak azalardan oluşan heyetlerde bu konular müzakere edilerek karara bağlanırdı”*<sup>61</sup>.

Bu durum Nizamname’nin, Şûrây-ı Devlet’in görevlerinin sayıldığı ikinci maddesinde

*“... ve vilayet nizamı iktizasınca beher sene merakizi vilayette içtima-ı mecalis-i umumiyenin islahata dair tezekkür edeceği mevadın mazbatasını her meclisin azayı mevcudesinden müntehap ve iktizasına göre üç ve nihayet dört neferden mürekkep olarak Dersaadete götürecektir*

<sup>56</sup> GEDİKLİ Fethi, Şûra-yı Devlet - Belgeler, Biyografik Bilgiler ve Örnek Kararlarıyla, Öncü Kitap, İstanbul, 2008, s.90’dan aktaran KONAN, s.94.

<sup>57</sup> GÖRELİ, Devlet Şûrası, s.9.

<sup>58</sup> KONAN, s.95.

<sup>59</sup> ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku, İdari Yargı Ders Notları, (Çoğaltma), Ankara, 1977, s.140.

<sup>60</sup> KONAN, s.95.

<sup>61</sup> MUTAF, Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet, s.33.

olan komisyonların celbiyle mevad-ı mezkureyi onlarla kararlaştırmaya memurdur.”<sup>62</sup>

şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

### 3.2. Yasama Görevi

Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasisi’nin ikinci maddesinde “Şûrây-ı Devlet evvela kaffe-i kavanin ve nizamatin tetkik ve layihalarının tanzimine memurdur” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre bütün kanun ve nizamnameler Şûrây-ı Devlet tarafından incelenecek ve kanun ve nizamname tasarıları Şûrây-ı Devlet tarafından düzenlenecektir.

Şûrây-ı Devlet’in bu görevinin gerçek bir yasama yetkisine karşılık gelip gelmediği hakkında; Şûrây-ı Devlet’in Osmanlı Devleti’ndeki reformların yürütülmesinde etkin bir yasama organı olup olmadığı üzerine doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

*Konan*, yukarıda anılan hüküm ile Şûrây-ı Devlet’in yasama yetkisinin tarif edildiğini savunmaktadır<sup>63</sup>. *Tanör* de, Şûrây-ı Devlet’in yasama organı niteliğinin ön plana çıktığını söylemektedir<sup>64</sup>. Yazar, Meclis-i Âli-i Tanzimat ile birlikte Şûrây-ı Devlet’i vilayetlerden gelen temsilcilerin katılması ve yasa hazırlamakta oynadıkları rolden dolayı “meclisli ve anayasalı bir rejim arayışlarının ilk deneyleri” olarak tanımlamıştır<sup>65</sup>. Ayrıca *Tanör*, Şûrây-ı Devlet’in yasaları hazırlamak, bütçeyi düzenlemek gibi yasama işleviyle ilgili yetkilere sahip olmasını ve kısmen ve geçici de olsa temsili niteliğini, üyelerinin katılımına açık bir kurum olmasını dikkate alarak, Şûrây-ı Devlet’i ilkel bir parlamento, milli temsil esasının çekingen bir denemesi<sup>66</sup> olarak tanımlayan *Engelhardt*’a atıfta bulunmuştur<sup>67</sup>.

Buna karşın bazı yazarlar, Şûrây-ı Devlet üyelerinin seçimle gelmeyen atanan kimseler olmasını ve hazırlanan layihaların yine mecliste görüşülüp son halini aldıktan sonra padişahın onayı ile yürürlüğe girebilmesini gerekçe göstererek, sözkonusu yetkinin gerçek bir yasama

---

<sup>62</sup> GÖRELİ, Devlet Şûrası, s.9.

<sup>63</sup> KONAN, s.96.

<sup>64</sup> TANÖR, s.105.

<sup>65</sup> TANÖR, s.105; aynı yönde FINDLEY Carter V., Osmanlı Devleti’nde Bürokratik Reform Bâb-ı Âli (1789-1922), çev. Latif Boyacı / İzzet Akyol, İz Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 149.

<sup>66</sup> TURAL Erkan, I. Meşrutiyet Dönemi’nde Danıştay (Şura-yı Devlet), ÇTTAD, V/13, (2006/Güz), ss. 79–89, s. 80.

<sup>67</sup> TANÖR, s.105.



yetkisi olmadığını savunmaktadır<sup>68</sup>. *Okandan*, gerek Meclis-i Vâlâ'yı gerekse Şûrây-ı Devlet'i “*milletin hakikî ve makul arzu ve isteklerini hükümdara bildiren padişahın iktidar ve selâhiyetleri karşısında milletin iradesini temsil ve icabında onu devlet şefine empoze edebilen müstakil ve teşriî bir organ*” olma ölçütüne göre değerlendirerek, modern bir temsili yasama organının özelliklerini dikkate alarak, bu meclislerin yasama organı olma niteliğine sahip olmadığını ifade etmektedir<sup>69</sup>. *Karahanoğulları* da Şûrây-ı Devlet'in kanun ve nizamnamelerin hazırlayıcısı ve denetleyicisi olarak modern manada bir yasama organı olmadığını fakat devlet yönetiminin önemli bir parçası ve vilayet meclislerinin en üst örgütlenmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>70</sup>.

Gerçekten de Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasisi'nin ikinci maddesinde yer alan “*Şûrây-ı Devlet evvela kaffe-i kavanin ve nizamatin tetkik ve layihalarının tanzimine memurdur*” hükmünün tam manasıyla yasama yetkisini tarif ettiğini söylemek güçtür. “*Kavanin ve nizamatin tetkik ve layihalarının tanzimine memur*” olma cümlesinden Şûrây-ı Devlet'in yasama yetkisine sahip olduğu anlamı çıkarılabilmek için bunu destekleyecek başka bilgilere de ihtiyaç vardır. Kanun ve nizamname tasarılarını hazırlamak ve incelemek görevinin olması, bir yasama yetkisine sahip olduğunu söylemek için yeterli değildir. Aksine, hazırlanan layihaların padişahın onayı ile yürürlüğe girebilmesi Şûrây-ı Devlet'in modern anlamda bir yasama organı olmadığını, sahip olduğu yetkinin gerçek bir yasama yetkisi olmadığını göstermektedir.

### 3.3. Denetleme Görevi

Şûrây-ı Devlet'in denetleme görevine sahip olduğu Nizamname-i Esasi'de yer alan “*kavanin ve nizamatin temami-i cereyanına nezarete ve adem-i hüsn-i icraları takdirinde lazım gelenlere beyan-ı hale mezundur*” hükmünden çıkarılabilir<sup>71</sup>. Bu hüküm gereğince Şûrây-ı Devlet, kanun ve nizamnamelerin uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmeye ve kanunlara uyulmadığını tespit ettiğinde de bunu sadarete bir mazbata ile iletmekle görevlidir<sup>72</sup>. *Shaw*'a göre, kanun ve nizamnamelerin uygulanmasını

<sup>68</sup> KONAN, s.96.

<sup>69</sup> OKANDAN Recai Galib, “Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri”, Tanzimat I, MEB Yayınları, İstanbul, 1999, ss. 97-128, s. 119.

<sup>70</sup> KARAHANOĞULLARI, s.150.

<sup>71</sup> KONAN, s.100; MUTAF, Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet, s.37.

<sup>72</sup> KONAN, s.100.

denetleme görevi, Şûrây-ı Devlet'e hükümete baskı yapmak ve istediği hususlarda kanun çıkarmak, düzenleme yapmak hakkını sağlamıştır<sup>73</sup>.

Bunun yanı sıra, idareye ilişkin bütün önemli konularda Şûrây-ı Devlet devrededir. Nezaretler rutin işleri dışındaki önemli bütün konuları Şûrây-ı Devlet'e danışmak ve oradan görüş almak mecburiyetindedir. Şûrây-ı Devlet'in söz konusu yetkisi Kurum'a, idare üzerinde güçlü ve sürekli bir denetim imkanı kazandırmıştır<sup>74</sup>. Zira *Mutaf*'ın ifadesiyle,

“(t)ayinler, aziller gibi personel işleri; yol, köprü, liman, demiryolu gibi altyapı çalışmaları; vergiler, gelir-giderlerin tesbiti gibi malî faaliyetler; imtiyaz, mukavelenâme, küşad ruhsatları gibi ticarî ve hukukî bağlantılar vs. tüm idarî faaliyetler bu yolla Sadaret'çe denetim altında tutulabiliyordu”<sup>75</sup>.

Şûrây-ı Devlet'in denetim yetkisi kapsamında değerlendirilebilecek yetkilerinden biri de bütçe uygulanmasını inceleme yetkisidir<sup>76</sup>. Şûrây-ı Devlet ikinci başkanı ve her dairesinden birer üye, Devlet bütçesini inceleme yetkisine sahip mecliste bulunacaktır. Bu yetki, Nizamnâme'nin 2'nci maddesinin sonunda düzenlenmiştir. Hükme göre, her yıl devlet dairelerinin gelir ve giderleri esas alınarak maliye bakanlığı tarafından hazırlanan gelir ve gider bütçelerinin ve genel muhasebe defterlerinin incelenmesi için yapılan özel toplantılara Şûrây-ı Devlet ikinci başkanı ve dairelerinden bir üye de katılacaktır<sup>77</sup>. Böylelikle bütçenin uygulanması, bunun için kurulmuş özel bir komisyonla birlikte Şûrây-ı Devlet tarafından incelenecektir.

Tüm bunlara ek olarak, *Konan*'ın da belirttiği gibi, devlete ilişkin her türlü meselenin görüşülüp çözüm önerilerinin üretildiği bir kurum olan Şûrây-ı Devlet'in danışma görevini yerine getirmesi ve hatta kanunların uygulanması konusunda yorum yapması bile bir çeşit denetim olarak kabul edilebilir<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> SHAW, “19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri”, S.77, s. 300.

<sup>74</sup> KARAHANOGULLARI, s.174, MUTAF, Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet, s.37.

<sup>75</sup> MUTAF, Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet, s.37.

<sup>76</sup> TANÖR, s.105.

<sup>77</sup> “vâridât ve mesârifât bütçelerinin ve muhâsebât-ı umûmiye defterlerinin icrâ-yı tedkikâtı zımında ictima eden meclis-i mahsûsda Şûra-yı Devlet'in reis-i sânileriyle herbir dairesi azasından birer zevât bulunacaktır.” MUTAF, Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet, s.37.

<sup>78</sup> KONAN, s.100; aynı yönde KARAHANOGULLARI, s.169.

### 3.4. Yargılama Görevi

Şûrây-ı Devlet Nizamnâme-i Esasisi'nin 2'nci maddesi,

“... salisen hükümet ile eşhas beyinde olan davaları rüyet etmeye, rabian bir davanın rüyet ve faslounacağı mahkeme veya meclisin temyizi emrinde deavi memurları ile idare memurları beyinde zuhura gelen ihtilafatı tetkik eylemeye sadisen bilhassa müteaallik buyrulan iradei seniye ... muktezası veyahut kavanin ve nizamat ahkâmı üzerine memurini devletin tahkiki usul ve muhakemelerine memurdur...”

şeklinde düzenlemiştir<sup>79</sup>. Maddeye göre Şûrây-ı Devlet, yargılama bakımından hükümet ile şahıslar arasındaki davaları görmekle, bir davanın görüleceği ve sonuçlandırılacağı mahkeme veya meclisin temyizi konusunda dava memurları ile idare memurları arasında çıkan anlaşmazlıkları incelemekle ve özellikle padişah buyruğu gereği devlet memurlarının soruşturma usulü ve muhakemelerine bakmakla görevli sayılmıştır<sup>80</sup>.

Nizamnâme'de, kullanılan “hükümet ile eşhas beyinde olan deaviyi rüyet etmek” kalıbının anlamına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. İlk bakışta, sözü edilen davaların, idarenin taraf olduğu bütün davalar olduğu, herhangi bir özellik arz etmesinin gerekmediği sonucuna varılabilir<sup>81</sup>. Fakat Şûrây-ı Devlet'in örgütlenmesinde değişiklik yapan, Muhakemat Dairesi adı altında yeni bir dairenin teşkilini sağlayan 23 Zilhicce 1285 (6 Nisan 1869) tarihli, Şûrây-ı Devlet Nizamnâme-i Dahilisi<sup>82</sup> göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapıldığında varılacak sonuç farklılaşabilir.

Şûrây-ı Devlet'in yargılamaya ilişkin görevlerinin toplandığı Muhakemat Dairesi, Nizamnâme-i Dahili'nin 3'üncü maddesine göre, “... devair-i idare ile eşhas beyinde tehaddüs idüb meclis-i mahsusunda hüküm olunan davaların istinafen ve yine bu kabilden olub ehemmiyeti cihetiyle havale kılınan deavinin bidayeten rüyet” eder<sup>83</sup>. Bu hükmün anlamı, muhakemat dairesinin idari kurumlar ile şahıslar arasında çıkan ve “meclisi mahsus”da görülen davaları istinafen ve yine bu çeşitten olup önemi nedeniyle kendisine havale olunan davaları ilk derece mahkemesi olarak (bidayeten) göreceğidir.

<sup>79</sup> KONAN, s.104.

<sup>80</sup> KONAN, s.104.

<sup>81</sup> KARAHANOĞULLARI, s.159; KONAN, s.104.

<sup>82</sup> KARAHANOĞULLARI, s.160; KONAN, s.104-105; KILIÇ, s.61.

<sup>83</sup> KONAN, s.104.

Peki Şûrây-ı Devlet Nizamnâme-i Esasisi'nin 2'nci maddesinde “*hükümet ile eşhas beynindeki*” ibaresi yerine Şûrây-ı Devlet Nizamnâme-i Dahilisi'nin 3'üncü maddesinde “*devair-i idare ile eşhas beyninde*” şeklinde farklı bir tabir kullanılmasının sebebi nedir?

Esasen bu farklılığı “meclis-i mahsus”un anlamıyla birlikte değerlendirmek gerekir. 3'üncü maddede idare ile kişiler arasındaki davaları çözen “meclis-i mahsus”, vilâyet idare meclisidir<sup>84</sup>. Bu demektir ki, “hükümet ile eşhas beyninde olan deavi”nin ölçütü, vilâyet meclislerinde görülecek, idare ile kişiler arasındaki davalardır<sup>85</sup>. Vilâyet idare meclisleri tarafından “idare ile kişiler arasındaki davalarda verilen hükümleri istinafen ve bu nitelikte olan ancak önemi nedeniyle Şûrây-ı Devlete gönderilen davaları doğrudan görmek, Muhakemet Dairesi'nin görevidir<sup>86</sup>.

1871 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilâyet Nizamnâmesi'nin “deavi-i idare” yani idare davaları başlığını taşıyan 78'inci maddesine göre<sup>87</sup>, vilâyet idare meclisinin idare davalarına ilişkin görevlerinden biri, “*halkın hükümet memurları aleyhinde yaptıkları şikâyetler hakkında*” karar vermektir<sup>88</sup>. Her ne kadar idare hakkındaki şikâyetlerin karara bağlandığı “idare” davaları ile “idari” davaların birbiriyle aynı anlama geldiğini savunan bazı yazarlar “hükümet ile eşhas beyninde olan deaviyi” halk ile idare arasındaki tüm davalar şeklinde geniş yorumlanmakta<sup>89</sup> olsa da, “idare davaları” terimi ile kastedilenin idarenin taraf olduğu her dava yahut herhangi bir uyuşmazlık değil, 1871 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilâyet Nizamnâmesi'nin 78'inci maddesinde sayılan diğer uyuşmazlıkların yanı sıra, konumuz bağlamında, “*halkın hükümet memurları aleyhindeki şikâyetleri*” olduğu anlaşılmaktadır<sup>90</sup>. Başka bir deyişle burada idarenin taraf olduğu herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin tipik

<sup>84</sup> KARAHANOGULLARI, s.160; KONAN, s.105; KILIÇ, s.61.

<sup>85</sup> KARAHANOGULLARI, s.161; KONAN, s.105.

<sup>86</sup> KARAHANOGULLARI, s.160.

<sup>87</sup> 1871 Nizamnamesinin 78. maddesiyle meclislerin idari görevi; memurlar hakkında tahkikat, vilâyet hudutları içindeki liva ve kaza idare meclisleri ile mahkemeler ve memurlar arasındaki uyuşmazlığın çözümü, ahali ile hükümet arasında veya ahalinin kendi aralarında vergi salınması ve toplanmasından mütevellit itirazların incelenmesi gibi konuları kapsıyordu. GENÇOĞLU Mustafa, “1864 ve 1871 Vilâyet Nizamnamelerine Göre Osmanlı Taşra İdaresinde Yeniden Yapılanma”, Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2(1), ss.29-50, s.38.

<sup>88</sup> KARAHANOGULLARI, s.161.

<sup>89</sup> KONAN, s.105; GÖRELİ, Devlet Şûrası, s.20; SEYİTDANLIOĞLU, s.112.

<sup>90</sup> KARAHANOGULLARI, 161; KONAN, s.102.

bir dava sözkonusu değildir. Nitekim 1871 Vilayet Nizamnâmesi'nin mukaddimesinde de, bu nizamnamedeki düzenlemelerin, mahkemelerle ilgili olmadığı, nizamîye mahkemelerinin özel bir nizamnameye tabi olduğu, burada sadece idarenin örgütlenmesi, görevleri ve işleyişinin düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir. Bu demektir ki, idare meclisi bir mahkeme değildir ve idare aleyhindeki şikayetlerin rüyet edilmesi de bir yargılama olarak düşünülmemektedir<sup>91</sup>.

Dolayısıyla Şûrây-ı Devlet Nizamnâme-i Esasisi'nde, Muhakemat Dairesi'nin görevlerinden biri olarak düzenlenen “hükümet ile eşhas beyninde olan davayı rüyet etme” kavramının, hem Şûrây-ı Devlet Nizamnâme-i Dahilisi hem de İdare-i Umumiye-i Vilayet Nizamnâmesi birlikte yorumlandığında “idare hakkındaki şikayetlerin karara bağlanması” şeklinde bir anlam taşıdığını ifade edebiliriz ve bu durumu Şûrây-ı Devlet'in yargılama işlevlerinden arındırılması yolunda bir adım olarak değerlendirebiliriz<sup>92</sup>. Nitekim Şûrây-ı Devlet Nizamnâme-i Dahilisi'nin gerekçesinde, idari dairelerin aynı zamanda yargılama yapmasının tefrik-i mesalih usulü ile yani adliye ile idarenin ayrılması ilkesi ile bağdaşmadığı, bu sorunun ayrı bir muhakemat dairesi kurularak giderildiği belirtilmiştir.

Aynı şekilde bu nizamnamenin onaylanması için Sadaret'ten yazılan arz tezkiresinde de bu husus daha açık bir surette ifade edilerek tefrik-i mesalih ilkesini hayata geçirmek için kurulan bir kurumda yargılama yapılmasının bu ilkeye ters düşeceği ifade edilmiştir. Şûrây-ı Devlet Adliye Dairesi'nin esas görevi hukukî yapıya ilişkin kanunları hazırlamak olduğu halde memur yargılaması yapılmasının hem bu dairenin asli görevini ihmaline neden olacağı hem de hukuki işlerin idari işlerle karışmasına sebebiyet vereceği gerekçesiyle bu sorunların giderilmesi için hükümet ile kişiler arasındaki davalara bakmak, memurları yargılamak, temyiz davalarını karara bağlamak, Şûrây-ı Devlet'in adli görevleri olarak belirlenmiş ve diğer görevleri ile karışmaması için ayrı olarak ve görevleri açık bir şekilde tanımlanan Muhakemat Dairesi'nin kurulduğu belirtilmiştir<sup>93</sup>.

Bununla birlikte Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnamesi incelendiğinde, hükümet ile kişiler arasındaki davalar ifadesi ile idari uyumsuzlukların kastedilmediği anlaşılmaktadır. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye

<sup>91</sup> KARAHANOĞULLARI, s.161.

<sup>92</sup> KARAHANOĞULLARI, s.162.

<sup>93</sup> GÖRELİ, Devlet Şûrası, s.13; KILIÇ, s.62.

Nizamnamesi'nin ikinci maddesinde, bu kurumun gayrimüslimlerin mahkemeleri, şer'î ve ticaret mahkemelerinin yetkisi dışında olan tüm davaların temyiz mercî olduğu ve Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin göreceği nizamî davalardan sonucu kişi ve hükümet arasında bir uyuşmazlık doğuranların Şûrây-ı Devlet'e havale olunacağı belirtilmiştir<sup>94</sup>. Bu ifade ile yalnızca idare aleyhindeki şikayetlerin karara bağlanması durumu değil, idari nitelikte bir dava değil, taraflarından birinin idare olduğu, idareye ilişkin dava kastedilmektedir<sup>95</sup>.

Şûrây-ı Devlet ile Divân-ı Ahkâm-ı Adliye arasında yaşanan görev karışıklığını gidermek amacıyla Şûrây-ı Devlet'çe kaleme alınan 6 Rebüülevvel 1286 tarihli İrade-yi Seniyye'ye<sup>96</sup> göre de devlet daireleri ile kişiler arasında ortaya çıkan hukuk davaları, taraflardan biri idare olduğu için Şûrây-ı Devlet tarafından görülecektir. Bu düzenlemeye göre önemli olan uyuşmazlığın niteliği değil bir tarafın idare olmasıdır.

Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasî'nin Şûrây-ı Devlet'e idarenin taraf olduğu her türlü davayı görme yetkisi veren hükmü ile Nizamname-i Dahili'nin bu davaların yalnızca idare hakkında olan şikayetleri ifade ettiği yolundaki hükümleri yan yana varlığını sürdürmüş<sup>97</sup> ancak bu iradeyi seniyye ile idarenin taraf olduğu her türlü dava bir sayılarak bunların Şûrây-ı Devlet'e havalesi öngörülmüştür.

#### **4. ŞÛRÂY-I DEVLETİN GEÇİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLER (1868-1876)**

Zamanla kazanılan tecrübeler ışığında ve değişen şartların uyum sağlamak amacıyla Şûrây-ı Devlet'in gerek yapısında gerekse görev ve yetkilerinde çeşitli değişikliklere gidilmiştir. Kimi zaman pratik ihtiyaçların kimi zaman da politik çekişmelerin sebep olduğu bu değişikliklerin en önemlilerinden biri 23 Zilhicce 1285 (6 Nisan 1869) tarihinde, Şûrây-ı Devlet Nizamnâme-i Dahili ile gerçekleştirilmiştir<sup>98</sup>.

Maarif ve Mülkiye Daireleri, Dahiliye ve Maarif Dairesi adı altında birleştirilirken üst idare mahkemesi gibi hizmet vermesi planlanan bir başkan ve altı üyeden oluşan Muhakemat Dairesi kurulmuştur<sup>99</sup>. Şûrây-ı Devlet'in yargılamaya ilişkin görevleri Muhakemat Dairesinde

---

<sup>94</sup> KILIÇ, s.62.

<sup>95</sup> KONAN, s.106.

<sup>96</sup> KARAHANOĞULLARI, s.164.

<sup>97</sup> KARAHANOĞULLARI, s.164.

<sup>98</sup> KILIÇ, s.66.

<sup>99</sup> CANATAR / BAŞ, s.122, 136.

toplanmıştır. Memurların yargılanması, devlet ve kişiler arasında ortaya çıkan davaların görülmesi, vilayet meclislerinin gördüğü ve devlet ile şahıs arasında bir netice doğuran davaların istinafen görülmesi bu dairenin görevleri olarak belirlenmiştir<sup>100</sup>.

Şûrây-ı Devlet'in en etkin olduğu periyodun ilk üç yıllık çalışma dönemi olduğu söylenebilir. Zira Âli ve Fuad Paşa'nın ölümünün ardından Mahmud Nedim Paşa'nın sadarete getirilmesi (8 Eylül 1871 – 30 Temmuz 1872) ile bu aktif dönem sekteye uğramıştır<sup>101</sup>. Şûrây-ı Devlet'i Mithat Paşa ve çevresindekilerin hakim olduğu bir kurum olarak gören, Âli Paşa ve Midhat Paşa çizgisindeki tüm üyeleri Şûrây-ı Devlet'ten uzaklaştırmayı hedefleyen Mahmud Nedim Paşa, ıslahat ve tasarruf adı altında Şûrây-ı Devlet'in üye ve daire sayısı üzerinde değişikliklere gitmiştir<sup>102</sup>. 30 Zilkade 1288 (10 Şubat 1872) tarihli düzenleme ile tasarruf tedbirleri adı altında üye sayıları azaltılmış, daire sayılarını ise, yasaları hazırlamakla görevli Tanzimat Dairesi, dahilî bütün meselelerle ilgilenecek olan Dahiliye Dairesi (+Maarif+Maliye+Nafia+Adliye) ve hukukî işlerle sorumlu Muhakemat Dairesi olmak üzere üçe indirilmiştir<sup>103</sup>.

Sadrızam Mahmud Nedim Paşa'nın Şûrây-ı Devlet üzerinde yaptığı değişiklikler bununla sınırlı kalmamıştır. 4 Rebiülahir 1289 (11 Haziran 1872) tarihli arz tezkiresinde esas görevi kanun ve nizamları hazırlamak ve devlet işlerinin hızlı ve doğru bir şekilde görülmesini sağlamak olan Şûrây-ı Devlet'in yapılan değişikliklere rağmen bu amaçları gerçekleştirmede başarılı olamadığını beyan etmiş, bu sebeple Dahiliye Dairesi'nin Şûrây-ı Devlet dairesi olmaktan çıkarılıp Bab-ı Âli

<sup>100</sup> Şûra-yı Devlet Nizamnâme-i Dahili, madde 3: “Muhakemat dairesinin vezaifi olan bir davanın rüyet ve fasl olacağı mahkeme veya temyizi emrinde deavi memurlarıyla idare memurları beyninde veyahud deaviye mütealik hususattan dolayı yalnız deavir-i idare arasında tekevvün eden ihtilafatın hal ve faslı ve sanıyen devair-i idare ile eşhas beyninde tehaddüs idüb meclis-i mahsusunda hüküm olunan davaların istinafen ve yine bu kabilden olub e-hemmiyeti cihetiyle havale kılınan deavinin bidayeten rüyeti ve salisen vazi-feyi memuriyetlerine mütealik ahvalden dolayı müttehim olan memurinin Şû-ra-yı Devlet'e havale edilen muhakemelerinin icrası rabian vilayet idare meclislerinde rüyet olunup nizamı iktizasınca Şûra-yı Devlet'in temyiz ve tasdi-kine mevkufl olan memurin muhakemesinin tetkik ve hükmü ve hamisan vila-yet idare meclislerinin o misullu muhakemat hakkında kabil-i istinaf olarak vaki olacak hüküm ve kararlarının istida üzerine istinafen rüyeti maddelerin-den ibarettir.” KARAHANOGULLARI., dn.399, s.160.

<sup>101</sup> KILIÇ, s.67.

<sup>102</sup> KILIÇ, s.67.

<sup>103</sup> CANATAR / BAŞ, s.124, 125, 136; DERBİL, s.138.

Komisyonu'na dönüştürülmesi, Muhakemat Dairesi'nin mevcut haliyle Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nezareti'ne bağlanması teklif etmiştir<sup>104</sup>.

12 Haziran 1872/5 Rebiülahir 1289 tarihli irade-yi seniyye ile Dahiliye ve Muhakemat Dairelerinin Şûrây-ı Devlet'in bünyesinden çıkartılması ile Şûrây-ı Devlet'in idarî ve hukukî otoritesi ile tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile Şûrây-ı Devlet adlı yetkilerinden soyutlanmış ancak kısmî bir yasama yetkisi kendisinde bırakılmıştır<sup>105</sup>.

Şûrây-ı Devlet'in kanun, nizam ve mukavelelerin tertip edilmesi, memurların tayin ve seçilme işlerine dair görevleri ile Dahiliye ve Maliye Daireleri'nin yetki alanına giren konular; Bab-ı Âli bünyesinde kurulan, bütün üyeleri Mahmud Nedim Paşa tarafından belirlenen, O'nun idare üzerinde hakimiyet kurmasını sağlayan, sadaretin tam kontrolü ve denetimi altındaki Islahat Komisyonu'na havale edilmiştir<sup>106</sup>. Ancak Mahmud Nedim Paşa keyfî uygulamaları nedeniyle, Abdülaziz'e şikâyet edilmesi sonrasında sadareten azledilince Midhat Paşa, 31 Temmuz 1872'de Sadarete tayin edilmiştir. Bu tayinin ardından Islahat Komisyonu lağvedilerek, Şûrây-ı Devlet'e eski yetkileri iade edilmiştir<sup>107</sup>.

Islahat Komisyonu'nun lağvı üzerine Şûrây-ı Devlet daireleri yeniden düzenlenmiştir. 5 Cemaziyelevvel 1289'da (10 Ağustos 1872) çıkarılan bir iradeyle Mülkiye, Maarif ve Maliye dairelerinin sorumluluklarının Dahiliye Dairesi adı altında tek bir dairede toplanmasına; Adliye ve Muhakemat dairelerinin görevlerinin esas itibarıyla Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin yetki sahasında olduğu gerekçesiyle bu dairelerin oraya devredilmesine ve yetkisi nafia konularının da kapsayacak şekilde Tanzimat Dairesi'nin kurularak, Şûrây-ı Devlet'in Tanzimat ve Dahiliye Dairesi olmak üzere iki daire olarak yeniden örgütlenmesine karar verilmiştir<sup>108</sup>.

Şûrây-ı Devlet'in örgütlenmesinde yapılan değişiklikler bunlarla sınırlı kalmamıştır. 1873 yılında Nafia Dairesi yeniden kurulmuş ve daire sayısı üçe çıkartılmıştır. Ancak sonrasında Şûrây-ı Devlet'in üye sayısı ve otoritesi bir kez daha azaltılarak önemli yasaların görüşülmesi tekrar oluşturulan Islahat Komisyonu'na devredilmiştir<sup>109</sup>. Ardından 11 Ağustos

---

<sup>104</sup> KILIÇ, s.68; CANATAR / BAŞ, s.125, 126.

<sup>105</sup> KILIÇ, s.69.

<sup>106</sup> KILIÇ, s.70.

<sup>107</sup> SEYİTDANLIOĞLU, s.63; CANATAR / BAŞ, s.127.

<sup>108</sup> CANATAR / BAŞ, s.127.

<sup>109</sup> KILIÇ, s.72.



1876 tarihli bir irade Şûrây-ı Devlet, yeniden Tanzimat, Dahiliye ve Muhakemat Daireleri olmak üzere üç dairesel yapıya bürünmüştür. Tanzimat ve Dahiliye daireleri eski görevleri aynen korunmuş, Muhakemat Dairesi'nin görevleri ise memurlar ve sivil şahısların, idare aleyhindeki şikayetlerini kabul etmek, idarenin kanun ve nizam hükümlerini ihlali halinde yapacağı tahkikatın neticesini Sadaret'e bildirmek olarak belirlenmiştir<sup>110</sup>.

Şûrây-ı Devlet, meşrutiyetin ilanı sürecinde de önemli bir rol oynamış o esnada Şûrây-ı Devlet reisi olan Midhat Paşa, Kanun-ı Esasi'yi hazırlamakla görevli komisyonun başkanlığına seçilmiş ve bu komisyon Şûrây-ı Devlet bünyesinde çalışmalarını sürdürmüştür<sup>111</sup>. 23 Aralık 1876 tarihinde Meşrutiyet'in ilanı ile yürürlüğe konan Kanun-ı Esasi'nin 53'ncü maddesi ile yasama yetkisi yeni kurulan meclislere (Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Ayan) verilirken 54'üncü maddesi ile kanun layihalarının müzakeresi ve tanzimi görevi Şûrây-ı Devlet'te bırakılmıştır<sup>112</sup>. Kanun-ı Esasi'nin 85'inci maddesiyle hükümet ile şahıslar arasında meydana gelecek davaların görülmesi adlî mahkemelere bırakılmış ve böylelikle Şûrây-ı Devlet'in tüm adli yetkileri elinden alınarak "tefrik-i vezâif" hususunda kesin bir ayırım yapılmıştır<sup>113</sup>. Adli ve idari işlerin ayrılığı sağlanmıştır.

## 5. ŞÛRÂY-I DEVLETİN İŞLEYİŞİ

Sadarete bağlı olan Şûrây-ı Devlet'e doğrudan başvuru mümkün değildi. Nezaret ve vilayetlerden gelen talepler, dilekçeler önce Sadaret Makamı'na gönderilir, ardından bu makam tarafından Şûrây-ı Devlet'e havale olunurdu. Şûrây-ı Devlet, Sadaret Makamı'ndan havale edilen talep ve dilekçeler üzerine incelemede bulunacak<sup>114</sup> ve alınan kararlar da mazbata ile sadarete arz olunacaktı. Bu husus, Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasîsi'nin 2'nci maddesinin son kısmında "... işbu umur ve mesalihin cümlesi usulü veçhile makam-ı Sadaretten havale olunub

<sup>110</sup> CANATAR / BAŞ, s.128.

<sup>111</sup> KILIÇ, s.73; BERKES Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1973, s.193.

<sup>112</sup> CANATAR / BAŞ, s.128, KILIÇ, s.74.

<sup>113</sup> Kanûn-ı Esâsî Madde 85: "Her dâva ait olduğu mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki dâvalar dahi mehakimi umumiyyeye aittir.Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakim-i umumiye'ye aittir."

<sup>114</sup> KONAN, s.116.

*kararları da bâmazbata oraya bildirilecektir.” şeklinde açıkça düzenlenmiştir<sup>115</sup>.*

Şûrây-ı Devlet kararlarını aracısız açıklama imkanına hiçbir zaman sahip olamamıştır<sup>116</sup>. Esasen bu dolaylı yapının korunmasının nedeninin, Şûrây-ı Devlet’te görülen uyuşmazlıkların, belli bir yargılama usulüne bağlı olmaksızın tıpkı idari işler gibi idari usulle görülmesi olduğu düşünülmektedir<sup>117</sup>.

Şûrây-ı Devlet’in kararlarının onamaya tabi olduğu Şûrây-ı Devlet Nizamnamesi’nin 8’inci maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, “*Şûrây-ı Devletin nizamnamesi aslisi hükmünce umuru idareye dair olan kararları kat’î olmadığı misillu muhakemat dairesinde deavi üzerine lahık olan hüküm ve kararların icrası dahi makamı sadaretin tasdikine ve iradei Seniyye süduruna menuttur*”<sup>118</sup>.

Şûrây-ı Devlet’in nihai karar yetkisinin olmaması, alınan kararların Sadaret’in onayına ve Padişah’ın iradesine sunuluyor, Sadaret ve Padişah iradelerinin de karara ekleniyor olması Şûrây-ı Devlet’in tutuk adalet sistemine<sup>119</sup> bağlı olduğunu göstermektedir<sup>120</sup>. Kararları Sadaret’in onayına ve Padişah’ın tasdikine sunulan Şûrây-ı Devlet, gerek idare aleyhindeki şikayetleri incelerken gerekse idareden gelen konuları görüşürken resen tazmin veya iptal kararı verme yetkisine sahip değildir. Şûrây-ı Devlet hukukça ve idarece doğru olanı iyi olanı belirterek ve karar

<sup>115</sup> KILIÇ, s. 56.

<sup>116</sup> Her ne kadar çalışmamızın kapsamı dışında olsa da, 1896 yılında çıkarılan irade ile Şûrây-ı Devlet’e “memurlar ve kişiler tarafından verilen idare işlemleri aleyhinde şikayetleri içeren dilekçeleri kabul etmek” yetkisi verildiğini belirtmemiz gerekir. Bu irade ile, kararlarını aracısız açıklayamayan Şûrây-ı Devlet’e şikayetleri doğrudan kabul etme olanağı tanınmıştır. KARAHANOGULLARI, 184.

<sup>117</sup> KONAN, s.116.

<sup>118</sup> GÖRELİ, Devlet Şûrası, s.20.

<sup>119</sup> Tutuk adalet, bir egemenlik yetkisi olan yargılama yetkisinin asıl sahibi olan egemenin/kralın/hükümdarın/padişahın her zaman ve koşulda hakimlerin verdiği karara karışabilmesi, bu kararı kendi onamasına tabi tutabilmesi, kaldırabilmesi veya değiştirebilmesi durumudur. GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2015, s.30.

<sup>120</sup> KONAN, s.116; KARAHANOGULLARI, s.102; ONAR Sıddık Sami, “Türkiye’de İdarenin Kazai Mürakabesi”, İÜHFM, 1935, ss.21-40, s.32; ŞENLEN s.405; DERBİL Süheyy, “Danıştay’ın Rolü”, AÜHFD, C. 7, S. 1, 1950, ss. 1-8, s.2; GÖZÜBÜYÜK Şeref / TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1 Genel Esaslar, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.966, 967.

yetkisinin padişahta olduğunu söyleyerek, “*ol babda emrû ferman hazret-i men lehül emrindir.*” cümlesi ile kararını sonlandırmaktadır<sup>121</sup>.

Tüm bu veriler, Şûrây-ı Devlet’in bir yargılama makamı olarak kurgulanmadığını göstermektedir<sup>122</sup>. Ancak her ne kadar idarenin işlemlerini ve idarenin işleyişinden doğan uyuşmazlıkları değerlendirme yetkisine sahip olup, işlemlerin hukuki varlığı üzerinde sonuç doğurma gücü bulunmasa da, sözkonusu işlem ve uyuşmazlıkların kurumsal olarak faal idarenin dışındaki bir inceleme makamına taşınıyor olması, idarenin yargısal denetiminin evriminde çok önemli bir aşamadır. Bir monarşi için ötesini düşünmek de tarihsel olarak mümkün değildir<sup>123</sup>.

### SONUÇ

3 Kasım 1839’da ilan edilen Tanzimat Fermanı ile yeni kanun ve nizamnamelerin hazırlanması görevini üstlenen, açıkça Tanzimat hareketinin meclisi olarak konumlandırılan Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye’nin yapısında zaman içinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Geçirdiği değişikliklerle birlikte 1868 yılına dek görev yapan Meclis-i Vâlây’a ıslahatların uygulanamaması gerekçesiyle getirilen eleştiriler ve kuvvetler ayrılığı fikrinin giderek Osmanlı’ya etkisi altına alması devlet teşkilatında yeni düzenlemeler yapılmasına sebep olmuştur. Nihayetinde 1868 yılında Meclis-i Ahkâm-ı Adliye, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye ve Şûrây-ı Devlet olmak üzere ikiye ayrılmıştır.

Bu ikili meclis yapısının temelinde aynı zamanda, taşra yönetiminde kurulan meclisler ve mahkemeler yoluyla idari ve adli işlerin birbirinden ayrılması sisteminin başarısını merkeze de taşıma fikri yer almaktadır. Zira defaatle ifade ettiğimiz gibi, esasında kuvvetler ayrılığı ve idari yargının temelleri taşrada atılmış, daha sonrasında merkeze uygulanma ihtiyacı hissedilmiştir. Bu husus Şûrây-ı Devlet’in, Fransa’daki Conseil d’État örneğinin Osmanlı’ya nakledilmesinin ötesinde bir anlam taşıdığını gösterir.

<sup>121</sup> Bu noktada belirtmemiz gerekir ki Şûrây-ı Devlet’in memur yargılamasında verdiği kararlar bu durumun istisnasıdır. Memur yargılamasında bu kalıp kullanılmamaktadır. Bu durumun nedeni, memurları yargılamanın bir yargılama işi olarak görülmesine karşın, idare aleyhindeki şikayetleri görmek ve idari uyuşmazlıkları inceleyerek bunlar hakkında karar vermenin bu doğrultuda değerlendirilmemesidir. Kararların hüküm fıkralarındaki yazım farklılığı da buna işaret etmektedir. KARAHANOĞULLARI, 187.

<sup>122</sup> KARAHANOĞULLARI, 185.

<sup>123</sup> KARAHANOĞULLARI, 185.

Tanzimat dönemi ile başlayan idari modernleşme sürecinde Şûrây-ı Devlet, yönetim anlayışının değiştirilmesi çalışmalarında etkin bir rol oynamıştır. Şûrây-ı Devlet Nizamname-i Esasisi'nde Şûrây-ı Devlet, ülke yönetimine ilişkin işlerin, devlete ilişkin hukuki, idari, mali ve ticari konuların görüşülme merkezi olarak tanımlanmıştır. Bu demektir ki, Şûrây-ı Devlet bir mahkeme olarak düşünülmemiştir. “Ülke meselelerinin görüşülme merkezi”nin, meclis biçiminde örgütlenmesi öngörülmüştür. Osmanlı Devleti'nin idari reformasyonu için lüzumlu olan ıslahatın gerçekleştirilmesi ve genel anlamıyla ülkenin modernizasyonu konusunda gerekli faaliyetin icrası olarak ortaya konan varlık nedeni birlikte düşünüldüğünde Şûrây-ı Devlet'in bir reform meclisi olarak tasarlanıp ve kurulduğu söylenebilir.

Şûrây-ı Devlet ilk teşkilatlanmasında, Mülkiye ve Harbiye, Maliye ve Evkaf, Adliye, Umur-ı Nafia ve Ticaret ve Ziraat ile Maarif dairesi şeklinde beş daireye ayrılmıştır. Fakat daire sayısı ve isimleri çok sık değişikliğe uğramıştır. Aynı şekilde dairelerin görev ve yetkileri de daire sayısı ve isimlerine paralel olarak yeniden düzenlenmiştir.

Genel olarak Şûrây-ı Devlet'in uzmanlık dairelerinin uzmanlık sahalarıyla ilgili kanunları hazırlamak ve meselelerde görüş bildirmek, idari sistem üzerinde genel bir denetleme yapıp eksikler konusunda bilgi vermek şeklinde görevleri vardı. Ayrıca her sene vilayet meclislerinde hazırlanan o vilayetin sorunlarını, çözüm önerilerini, yenilik taleplerini anlatan layihalarla birlikte vilayet meclislerinin her birinden seçilen iki üye Şûrây-ı Devlet'te düzenlenecek genel toplantıya katılacaktı. Böylelikle yeniliklerle ilgili taleplerin Şûra'da birlikte ve ortaklaşa görüşülebilmesi sağlanacak, daha da önemlisi bu yolla valilerin üzerinde bir denetim, merkez ile taşra arasında bir bağlantı noktası oluşturulmuş olacaktı.

Şûrây-ı Devlet, hükümet ve sivil şahıslar arasında çıkan davalara bakmak ve karar vermek, görevlerini kötüye kullanan, kanuna aykırı hareket eden devlet memurlarını yargılamakla da görevliydi. Ancak idare ile şahıslar arasındaki davaların genel yargı yerleri varken yeni kurulan bu yüksek mahkemede görülmesinin sebebini anlayabilmek güçtür. Zira o dönemde bu türlü davalarda uygulanacak özel nitelikte bir takım hükümler, daha açık bir ifadeyle “idare hukuku” yoktu. Devletin bazı faaliyetlerinin “idari rejime” tabi olduğundan söz edilmesi mümkün değildi. Dolayısıyla Şûrâ-yı Devlet'e, devleti yenileme hususunda verildiği açıkça görülen araştırma, inceleme ve danışma, önerilerde bulunma

görevinin yanı sıra bir de bu tür yargısal görevin neden verildiğini anlamak kolay değildir. Tefrik-i vezaif ilkesini hayata geçirmek amacıyla kurulan bir kurumun idarenin taraf olduğu davaları görmesi bir çelişkidir. Nitekim bu çelişkinin farkına varılmış olacak ki, sözkonusu görev önce Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'ye, ardından 1876 Kanun-ı Esasi ile nizamiye mahkemelerine verilmiştir. 1876 Kanun-ı Esasi ile Şûrây-ı Devlet asli olarak kanun ve nizamname layihalarını hazırlamakla görevlendirilmiştir.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki, Şûrây-ı Devlet'in aldığı kararların Sadaret'in onayına ve Padişah'ın iradesine sunuluyor, Sadaret ve Padişah iradelerinin de karara ekleniyor olması tutuk adalet anlayışının varlığının göstergesidir. Fakat Şûrây-ı Devlet nihai karar alma yetkisine sahip olmasa dahi, idarenin işlemlerinin ve idarenin işleyişinden doğan uyuşmazlıkların faal idare dışında bir makam tarafından inceleniyor olması, idarenin yargısal denetiminin gelişim çizgisinde önemli bir aşamadır.

#### KAYNAKÇA

- AKYILDIZ Ali, Osmanlı Merkez Teşkilatında Reform, İstanbul, Eren Yayıncılık, 1993.
- ARSLAN Süleyman, "Tanzimat Döneminin Yarattığı Bir Yargı Organı: Şûra-yı Devlet", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, 1991, ss.75-95.
- BERKES Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1973.
- BOZKURT Gülnihal, Alman İngiliz Belgelerinin ve Siyasi Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu (1839-1914), Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996.
- BOZKURT Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, (Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyetine Resepsiyon Süreci 1839-1939), Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996.
- CANATAR Mehmet / BAŞ Yaşar, "Şûra-yı Devlet Teşkilatı ve Tarihi Gelişimi", OTAM, S.IX, 1998, ss.111-116.
- ÇADIRCI Musa, Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1997.
- DERBİL Süheyp, İdare Hukuku, C.I, İdari Kaza- İdari Teşkilat, 3. Bası, Ankara, AÜHFY, 1950.
- DERBİL Süheyp, "Danıştay'ın Rolü", AÜHFD, C. 7, S. 1, 1950, ss. 1-8.
- DURAN Lütfi, "Atatürk Döneminde Danıştay", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Atatürk'ün 100. Doğum Yıldönümü Özel Sayı, Yıl.2, S.3, 1981, ss.19-39.
- ERASLAN Cezmi / OLGUN Kenan, Osmanlı Devleti'nde Meşrutiyet ve Parlamento, 3F Yayınları, İstanbul, 2006.
- FINDLEY Carter V., Osmanlı Devleti'nde Bürokratik Reform Bâb-ı Âli (1789-1922), çev. Latif Boyacı / İzzet Akyol, İz Yayıncılık, İstanbul, 1994.

- GENÇOĞLU Mustafa, “1864 ve 1871 Vilâyet Nizamnamelerine Göre Osmanlı Taşra İdaresinde Yeniden Yapılanma”, Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2(1), ss.29-50.
- GÖRELİ İsmail Hakkı, Devlet Şurası, Yeni Matbaa, Ankara, 1953.
- GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 16. Bası, Bursa, Ekin Kitabevi, 2015.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref / TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt I Genel Esaslar, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- İNALCIK Halil, Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300 - 1600), çev. Ruşen Sezer, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2006.
- KARAHANOĞULLARI Onur, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- KARAL Enver Ziya, Osmanlı Tarihi, C. 7, T.T.K. Yayınları, Ankara, 2003.
- KILIÇ Halim, Osmanlı Devleti’nde Bir İdari Modernleşme Kurumu Olarak Şûra-yı Devlet (1868 - 1876), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.
- KİLİ Suna / GÖZÜBÜYÜK Şeref, Türk Anayasa Metinleri: Sened-i İttifaktan Günümüze, 3. Bası, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, No:269, 2000.
- KONAN Belkis, Osmanlı Devletinde İdari Yargının Gelişimi, Ankara, Statü Yayıncılık, 2013.
- LEWIS Bernard, Modern Türkiye’nin Doğuşu, çev. Metin Kıratlı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2000.
- MUMCU Ahmet, Divan-ı Hümayun, Ankara, Phoenix Yayınları, 2007.
- MUTAF Abdülmecit, “Şûra-yı Devlet (1868-1922)” Türkler, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, 2002, ss. 599-609.
- MUTAF Abdülmecit, Osmanlı Arşiv Belgelerine Göre Şûra-yı Devlet, (1868-1922/1284-1342), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1997.
- OKANDAN Recai Galib, Amme Hukukumuzda Tanzimat Devri, Tanzimat I, İstanbul, MEB Yayınları, 1999, ss. 97-128.
- ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.II, 3. Baskı, İstanbul, 1966.
- ONAR Sıddık Sami, “Türkiye’de İdarenin Kazai Mürakabesi”, İÜHF, 1935, s.21-40.
- ORTAYLI İlber, Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, 3. Bası, Ankara, Cedit Neşriyat, 2008.
- ORTAYLI İlber, Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880), Ankara, Türk Tarih Kurumu, 2000.
- ÖZDEŞ Orhan, “Danıştay’ın Tarihçesi”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, ss.41-61.
- ÖZDEŞ Orhan, “Danıştay ve Tarihi Gelişimi”, Danıştay Dergisi, Y.1, S.1, 1971, ss.22-32.
- ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku, İdari Yargı Ders Notları, (Çoğaltma), Ankara, 1977.
- SEYİTDANLIOĞLU Mehmet, Tanzimat Devrinde Meclis-i Vala, (1838-1868), Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1994.
- SHAW Stanford J., “19. Yüzyıl Osmanlı Reform Hareketinde 1876 Öncesi Merkezi Yasama Meclisleri”, Tarih ve Toplum Dergisi, C.XIII, S. 77, 1990.
- ŞENLEN Süheyla, “Türkiye’de İdari Yargının Doğuşu ve Tarihi Gelişimi”, AÜSBFD, C.49, S.3-4, 1994, ss.401-413.

- TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 27. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2016.
- TURAL Erkan, I. MEŞRUTİYET DÖNEMİ'NDE DANIŞTAY (ŞURA-YI DEVLET), ÇTTAD, V/13, (2006/Güz), ss. 79-89.
- ÜÇÖK Coşkun / MUMCU Ahmet / BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, 16. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.





**6306 SAYILI KANUN BAKIMINDAN KENTSEL DÖNÜŞÜM  
SÜRECİ ve TAPU SİCİL İŞLEMLERİ BAKIMINDAN  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**URBAN TRANSFORMATION PROCESS FROM THE STANDPOINT OF  
LAW NO. 6306 AND EVALUATION OF LAND REGISTRY  
TRANSACTIONS IN REGARD TO LAW NO. 6306**

DOI: 10.21492/inuhfd.342843

**Osman Levent ÖZAY\***  
**Feride DEMİRBAŞ\*\***

**Özet**

Kentsel dönüşüm, ekonomik, siyasi, sosyal, kültürel ve hukukî açıdan önemli sonuçlar doğuran çok yönlü bir kavramdır. Kavramın hukukî yönünün ve sonuçlarının şekillenmesinde en önemli rolü 16.5.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ve 6306 Sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği oluşturmaktadır. Bu düzenlemelerde, mülkiyet ve tapu sicil hukukunun temel ilkelerine istisna teşkil eden ve kişilerin mülkiyet hakkına çeşitli müdahaleler içeren hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlerin bazıları Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve iptal edilmiştir. Hâlihazırda Kanun'un mülkiyet ve tapu sicil hukukuna ilişkin hükümleri çeşitli sakinleri bünyesinde barındırmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle kentsel dönüşümün ne olduğu ve 6306 Sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşümden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Ardından 6306 Sayılı Kanun'a göre kentsel dönüşümün hangi hukukî aşamalarda gerçekleştiğinin ve son olarak bu süreçlerde yer alan tescil, şerh, beyan ve terkin şeklindeki tapu sicil işlemlerinin hukukî nitelikleri incelenmiştir. Bu çalışmanın nihai amacı kentsel dönüşümün her bir aşamasında gerçekleşen tapu sicil işlemlerinin tapu sicil hukukunun genel prensipleri bakımından incelenmesi ve eleştirilerin ortaya konmasıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Kentsel Dönüşüm, Tapu Sicili, Tescil, Şerh, Beyan, Terkin.

**Abstract**

Urban transformation is a multifaceted concept that has important economic, political, social, cultural and legal consequences. The most important role in the shaping of the legal direction and results of the concept is the Law No. 6306 on the Conversion of Disaster Relief Areas and the Implementing Regulation of the Law No. 6306 which took effect on 16.5.2012. There are provisions in these regulations which are an exception to the basic principles of property and land registry law, and which contain various interventions

---

\*Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,  
levent.ozay@hotmail.com.

\*\*Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma  
Görevlisi, feridedemirbas@gmail.com.

to the property rights of persons. Some of these provisions have been reviewed by the Constitutional Court and have been canceled. At present the law's provisions on ownership and the land registry law has various drawbacks.

In this study, first of all, what urban transformation is and what should be understood from urban transformation within the scope of Law No. 6306 is emphasized. Then, according to Law no. 6306, the legal qualifications of urban transformation and finally the legal qualifications of registration, annotations, statements and annulment in these processes is examined. The final purpose of this study is to investigate and criticize the land registry transactions according to the general principles of land registry law in all stages of urban transformation.

**Keywords:** Urban Transformation, Land Registry, Registration, Annotations, Statements, Annulment.

## I. KENTSEL DÖNÜŞÜM VE TÜRK HUKUK MEVZUATINDAKİ YERİ

Kentsel dönüşüm kavramı, Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde, “*Kentin imar planına uymayan, ruhsatsız binaların yıkılıp, planlara uygun olarak toplu yerleşim alanlarının oluşturulması*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>1</sup>. Ancak, bu tanım şehir ve bölge planlaması bakımından yeterli bir tanım değildir. Bu noktada, yapılan bir başka tanıma göre<sup>2</sup>, kentsel dönüşüm, “*çökme ve bozulma olan kentsel mekânın ekonomik, toplumsal, fiziksel ve çevresel koşullarını kapsamlı ve bütünlüklü yaklaşımlarla iyileştirmeye yönelik uygulanan strateji ve eylemlerin bütünüdür.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Anılan tanım, kentsel mekânın sosyal anlamda kalkınmasını da içeren ve kentsel dönüşümü sadece mekânsal olarak görmeyen niteliktedir.

Bir diğer tanımda ise<sup>3</sup>, “*kentin eskimiş veya kullanılamaz hale gelmiş bir bölgesinin yaşama kazandırılması*” olarak tanımlanmaktadır. Yine bir diğer tanıma göre<sup>4</sup>, “*kentsel dönüşüm, kentsel çöküntü alanlarında yoğunlaşan sorunların eşgüdümlü çözümüne yönelik yöntemdir*”.

---

<sup>1</sup>[http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59ba5fc4c4e6a6.45412078](http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59ba5fc4c4e6a6.45412078), E.T.: 30.08.2017.

<sup>2</sup> AKKAR, Z. Müge, “Kentsel Dönüşüm Üzerine Batı’daki Kavramlar, Tanımlar, Süreçler ve Türkiye”, Şehir Plancıları Odası Planlama Dergisi, S. 36, Y. 2006/2, s. 29.

<sup>3</sup> ÜSTÜN, Gül, Kentsel Dönüşüm Hukuku, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 4. Özellikle dn. 8’de belirtilen yazar.

<sup>4</sup> SARAÇ, Murat, Kentsel Dönüşüm ve Gelişimi, Sosyal Boyutu, Kentsel Dönüşümden Doğan Hukukî Sorunlar, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 11 dn. 20.

Akademik ve mesleki literatürde kentsel dönüşüme ilişkin çeşitli tanımlar yer almaktadır<sup>5</sup>. Bu çeşitliliğe rağmen, herkes tarafından kabul edilen bir tanıma da rastlanmamaktadır. Anılan durum, esasında kentsel dönüşümün yenileme, yeniden canlandırma, eski haline getirme, soylulaştırma vb. gibi farklı faaliyetlerden oluşan çatı nitelikte bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca, kentsel dönüşümün hangi disiplin bakımından ele alındığı da tanımını farklılaştırabilmektedir<sup>6</sup>.

Kentsel dönüşüme ilişkin yeni bir tanım yapmak çalışmamızın sınırlarını aşmakla birlikte, kentsel dönüşümün temel amacının, kentlerde yaşam kalitesinin yükseltilerek, o kentte yaşayanlara bu kalitenin eşit bir şekilde dağıtılması olarak özetlenebilir<sup>7</sup>. Ancak, ülkemizde uygulanan kentsel dönüşüm politikasının sosyal ve ekonomik unsurdan çok fiziksel iyileştirmeyi merkeze aldığını söylemek yanlış olmaz.

## II. 6306 SAYILI KANUN BAKIMINDAN KENTSEL DÖNÜŞÜM

Türk hukukunda kentsel dönüşüme ilişkin genel ve ayrıntılı düzenlemelerin başında 6306 sayılı Kanun gelmektedir<sup>8</sup>. 6306 Sayılı Kanun bakımından kentsel dönüşümün amacı, “*Amaç*” başlıklı 1. maddede, “*Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil*

<sup>5</sup> Farklı tanımlar için bkz. SARAÇ, s. 10 vd.; AKKAR, s. 29 vd.; ÇAKALLI, Mehmet Emin, Kentsel Dönüşüm Projeleri ve İlgili İdari Yargı Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 18 vd.; ÜSTÜN, s. 3 vd.; DİNÇER, Billur, Kentsel Dönüşüm ve Sosyal Adalet, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 81 vd.; ATEŞ, Turan., 2/B’lerin Satışı ve Kentsel Dönüşüm, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 131; GENÇ, Fatma Neval, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü”, Yönetim ve Ekonomi Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.15, S. 1, Y. 2008, s. 121 vd.

<sup>6</sup> Kentsel dönüşümün esasında bir imar uygulaması olduğu noktasında bkz. ÇAKALLI, s. 20.

<sup>7</sup> DİNÇER, s. 86; ÜSTÜN, s. 51.

<sup>8</sup> Kentsel dönüşüm kavramını içeren ilk düzenleme, hukukumuzda 5104 Sayılı Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanun’udur. Ancak, kentsel dönüşümle ilgili olarak çeşitli hükümleri uygulama alanı bulan kanunlar da yer almaktadır. Buna, 5393 Sayılı Belediye Kanunu, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu, 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5366 Sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıklarının Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun örnek gösterilebilir.

*etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir.*” olarak açıklanmaktadır<sup>9</sup>. Bu noktada, Kanun esasında afet riski altında olan alanlar ile bu alanların dışında yer alan riskli yapıların dönüşümünü<sup>10</sup> amaçlamaktadır<sup>11</sup>. Bu anlamda, 6306 Sayılı Kanun’un amacından anlaşıldığı üzere, kentsel dönüşümle esas hedeflenen, var olan yapıların iyileştirilmesi, yenilenmesi, hatta gerektiğinde mevcut yapıların tasfiye edilmesidir<sup>12</sup>.

### **III. KENTSEL DÖNÜŞÜMDE TEMEL KAVRAMLAR: RİSKLİ ALAN, RİSKLİ YAPI VE REZERV YAPI ALANI**

6306 Sayılı Kanun’un kentsel dönüşüm politikalarından biri olduğunu yukarıda açıklamıştık. Bu anlamda, Kanun’un dönüşümü hedef tuttuğu alan ve yapılar, “*Amaç*” başlıklı birinci maddesinden anlaşılabilir. Bu noktada, riskli alan ve riskli yapı kavramları ile karşılaşılmaktadır. Bu kavramlar dışında, rezerv yapı alanı da düzenlenmiştir. Rezerv yapı alanları, esasında riskli alan ve yapılardakinin aksine, riske ilişkin teknik raporun gerekmediği ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının karar verdiği alanlardır. Kanunda tanımlanmış olan bu alanlar aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

---

<sup>9</sup> KARAKOCALI, Ahmet/TOKBAŞ, Hakan/SENCER, Sıla/KURŞUN, Ali Suphi, Sorularla Kentsel Dönüşüm Hukuku, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017, s. 3.

<sup>10</sup> ÇOLAK, Nusret İlker, “Kentsel Dönüşüm/Kenti Dönüştürme ve Uygulanma Şekilleri”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.7, Y. 2013, s. 7-24 (Tam metin için bkz. <https://www.jurix.com.tr/article/4378> E.T.: 03.09.2017). Yazar, anılan eserinde, dönüşüm ifadesi yerine dönüştürme ifadesinin doğru olduğunu, zira dönüşüm kavramının zorlama olmadan, takvim ve plana bağlı kalmaksızın mevcut durumun değişmesi olduğunu ileri sürmektedir. Kanaatimizce, yazar, kelime anlamı olarak doğru bir noktaya işaret etmektedir. Fakat kanun koyucunun benimsediği terim dönüşüm olduğu için, bu çalışmada esas alınan terim de dönüşüm terimidir.

<sup>11</sup> DİNÇER, s. 202.

<sup>12</sup> Kentsel dönüşümle ilişkin müdahale şekilleri farklı sınıflandırmalara tabi tutulmakta ve hatta tam olarak kavramlar birbirleriyle örtüşmemektedir. Ancak, genel kabule göre müdahale şekilleri sınıflandırıldığında, -kentsel yenileme, -kentsel canlandırma, -kentsel yeniden üretim, -soylulaştırma türleri ile karşılaşılmaktadır. Kentsel yeniden üretim, günümüzde kentsel dönüşüm anlamında kullanılan müdahale şekli olup, ülkemizde de yeniden üretime ilişkin projeler gerçekleştirilmektedir. Yeniden üretim kavramından, alanın tamamen yıkılması ve yeniden yapılması anlaşılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DİNÇER, s.88 vd.

### A. Riskli Alan

6306 Sayılı Kanun m. 2/I/ç riskli alanı, “Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının uygun görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alan” olarak tanımlanmıştır. Aynı tanım, 6306 Sayılı Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nde<sup>13</sup> (Yönetmelik) de benimsenmiştir (Yönetmelik, m. 3/I/f).

Riskli alanların tespitinde uygulamanın ne şekilde olacağı Yönetmelik’in 5. maddesinde düzenlenmiş ve anılan hükmün dördüncü fıkrasında, taşınmaz maliki olan gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin de Bakanlık veya İdareden riskli alan tespit talebinde bulunabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Bir alanın riskli alan olarak ilan edilebilmesi için gereken şartlar, Yönetmelik m. 5/I,II’de iki farklı çerçeveden düzenlenmektedir. Hükmün birinci fıkrasına göre, riskli alanın, yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açabileceğine ilişkin teknik raporun bulunması gerekmektedir. İkinci fıkradaysa, Bakanlıkça, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde veya üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65’inin imar mevzuatına aykırı veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edildiği ve sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan bölgelerin riskli alan olarak bakanlar kuruluna teklif edilebileceği düzenlenmiştir<sup>14</sup>. Söz konusu Yönetmelik hükmüyle, kentsel dönüşümün konusu olabilecek alanlar bakımından şartlar, daha açık ve net bir şekilde ihdas edilmiştir<sup>15</sup>. Ayrıca riskli alanların tespiti konusunda, Kanun’da ve Yönetmelik’te belediye-

<sup>13</sup> RG. T. 15.12.2012 S. 28498.

<sup>14</sup> Anılan hüküm, RG. T. 26.04.2016, S. 29695. Resmi Gazetede yayınlanan 6704 Sayılı Kanun ile 6306 Sayılı Kanuna Ek Madde 1 olarak eklenmiştir ve Yönetmelik’te yer alan hüküm de T. 27.10.2016, S. 29870 Resmi Gazetede yayınlanan yönetmelik değişikliği ile gerçekleşmiştir.

<sup>15</sup> Zira Yönetmelik hükmü,T. 27.10.2016, S. 29870 Resmi Gazete’de yayınlanan “6306 Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile değiştirilmiştir. Eski düzenlemede, “Bir alanın riskli alan olarak tespit edilebilmesi için alanın büyüklüğünün asgari 15.000 m2 olması gerekir. Ancak, Bakanlıkça uygulama bütünlüğü bakımından gerekli görülmesi halinde, parsel veya parsellerin büyüklüğüne bakılmaksızın ve 15.000 m2 şartı aranmaksızın riskli alan tespiti yapılabilir.” ifadesi ile yalnızca yüzölçümüne ilişkin şart bulunmaktaydı.

köy ayrımı yapılmaksızın her tip alanın riskli alan olarak ilan edilmesine cevaz verilmektedir<sup>16</sup>.

6306 Sayılı Kanun m.3/III hükmü uyarınca, bir alanın riskli alan olarak ilan edilmesi halinde, bu alanda bulunan Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazların Bakanlığın talebi ile Bakanlığa tahsis imkânı sağlanmıştır. Hatta aynı şekilde TOKİ ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilmesine imkân tanınmıştır. Dolayısıyla, bu düzenleme ile riskli alan ilan edilen yerlerde bulunan kamusal alanların da yapılaşmaya açılabileceği sonucu çıkarılmaktadır<sup>17</sup>. Ayrıca, riskli alan kapsamında yer alan riskli kamu binaları da dönüşüm kapsamındadır<sup>18</sup>.

Kanun'un temel kavramlarından olan riskli alana ilişkin iki değişikliğin de incelenmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, 14.04.2016 tarihli 6704 Sayılı Kanun'un<sup>19</sup> 21. maddesiyle 6306 Sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkradır. 6306 Sayılı Kanun'un m.3/VII hükmü, "*Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler, değerlendirme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla bu Kanun hükümlerine tabi olur.*" ifadesini içermektedir<sup>20</sup>. Söz konusu hüküm uyarınca, Kanun kapsamına yalnızca riskli yapı ve alanlar değil, risk taşımayan fakat riskli alanda yer alan taşınmazlar da eklenmiştir ki bu durum Kanun'un "*Amaç*" başlıklı 1. maddesi ile çelişki yaratmaktadır. Oysa aynı hüküm 6306 Sayılı Kanun'un ilk halinde de mevcut olup Anayasa Mahkemesi'nin 27.02.2014 tarihli

---

<sup>16</sup> Hatta Kanun m. 9/II hükmü, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden önce, bazı kanun isimleri sayılmış ve bu kanunların 6306 Sayılı Kanunu engelleyici hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştı. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararıyla bu hüküm iptal edildiği için, 6306 Sayılı Kanun kapsamında riskli alan ilanının kısıtlandığını söylenebilir. İlgili Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. T. 27.2.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, RG. T. 26.07.2014, S. 29072.

<sup>17</sup> Aynı yönde, DİNÇER, s. 205. Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararından öncesinde, hazine dışındaki kamu idarelerinin taşınmazlarının da Bakanlığa tahsis veya TOKİ ve İdareye devri söz konusu olabilmekteydi. (m. 3/IV).

<sup>18</sup> ŞİMŞEK, Suat, Türkiye'de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 41.

<sup>19</sup> RG 26.04.2016 T. 29695 S.

<sup>20</sup> Söz konusu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin T. 27.2.2014 , 2012/87 E. ve 2014/41 K. Sayılı kararı ile iptal edilmiş fakat 26.04.2016 T. 29695 S. Resmi Gazete'de yayınlanan 6704 Sayılı Kanun'un 21. maddesi ile tekrar m.3/VII olarak 6306 Sayılı Kanuna eklenmiştir.

kararı<sup>21</sup> ile iptal edilmişti. Kararda düzenlemeye ilişkin olarak, “...kanunla getirilen bu sınırlamanın, kamu yararı amacı taşıması dışında, kamunun yararı ile bireylerin temel hakları arasında kurulması gereken adil dengeyi bozmaması, ölçülü olması da gerekir. Dava konusu kuralla, “riskli olmayan yapılar” hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiş, riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapılmıştır. Ancak anılan kurallar, yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlenmiş, kamu yararı ile bireylerin hakları arasında buna uygun denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanması, Anayasa’nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen “ölçülülük” ilkesine aykırılık oluşturmakta ve kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir. Hükümün, Kanun’un amacı ile örtüşmediği öğretilerde de ileri sürülmektedir<sup>22</sup>. Ancak, kişilerin oturduğu yapının riskli olmaması halinde mülkiyet haklarına müdahalenin hukuki olmayan “uygulama bütünlüğü” gerekçesi yerine hangi hukuk kuralları ve ilkeleri doğrultusunda gerçekleştirileceğini açıklayan bir düzenleme daha yerinde olurdu.

Riskli alanlara ilişkin incelenmesi gereken değişikliklerden ikincisi de 6704 Sayılı Kanun ile 6306 Sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 1<sup>23</sup>’dir. Hüküm, imar mevzuatına aykırı yapılaşmanın veya kamu düzeni veya

<sup>21</sup> Anayasa Mahkemesi T. 27.2.2014, E. 2012/87 ve K. 2014/41 Sayılı kararı (<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140726.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140726.htm>) Bkz. RG T. 26.7.2014 S.29072.

<sup>22</sup> DİNÇER, s. 208.

<sup>23</sup> Ek Madde 1: (1) a) Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde; planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanlar,

b) Üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65’i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlar, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek, sağlık, eğitim ve ulaşım gibi kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca riskli alan olarak kararlaştırılabilir. Riskli alan sınırı uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenir.

(2) a) Riskli alan kararına karşı Resmî Gazete’de yayımı tarihinden itibaren dava açılabilir. Uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararma karşı dava açılmamalıdır.

b) Birinci fıkranın (a) bendi uyarınca belirlenen riskli alanlarda kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, 4734 Sayılı Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden Sayılır.

güvenliğinin bozulduğu yerlerde dönüşümü sağlamak amacıyla ihdas edilmiştir. Hükümle birlikte, riskli alan olarak belirlenebilecek yerlerin kapsamının genişlediği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, kanaatimizce, anılan hüküm Kanun'un "Amaç" başlıklı birinci maddesine aykırıdır. Zira Kanun'un kapsamı 1. maddeye göre halen "afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıları"dır.. Ek Madde 1 kapsamında düzenlenen riskli alanlar ise, 1. maddede düzenlenen yerler kapsamında değildir.

### **B. Riskli Yapı**

Riskli yapı, Kanun'un m. 2/I/d hükmünde, "Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı" ifadesiyle tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere, riskli alanların aksine, herhangi bir idari kurumun riskli yapı konusunda karar vermesine gerek bulunmamakta, teknik verilerle tespit yapılması yeterli olmaktadır. Ayrıca, riskli yapı tespitinin yapılması için, yapının mutlaka riskli alan içerisinde yer almasına da gerek bulunmamaktadır.

"Riskli yapı" kavramı Kanunda tanımlanmış ancak kavramın bir unsuru olan yapıdan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Mevzuatımızda, yapı kavramının tanımına sadece 3194 Sayılı İmar Kanunu m. 5'te şu şekilde yer verilmiştir: "karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir". 6306 Sayılı Kanun bakımından da yapının tanımda belirtildiği şekilde geniş yorumlanması kanunun amacına uymaktadır<sup>24</sup>. Ancak, Yönetmelik m. 7/I, "Riskli yapı tespiti, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır. İnşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metruk olması veya bir kısmının yıkılması sebepleriyle yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilmez." ifadesini içermektedir. Düzenlenen tanım, 3194 sayılı İmar Kanun'unun 5. maddesinde yer alan "bina" tanımıdır<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Aynı yönde, ŞİMŞEK, s. 43.

<sup>25</sup> İmar Kanun'da bina, "kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet



Kanaatimizce, kanun koyucunun riskli “yapı” kavramını tercih etmesi ve bu kavramın Türk hukuku bakımından karşılığı bulunmaktayken, Yönetmelikle daha dar kapsamdaki “bina” tanımının riskli yapı bakımından benimsenmesi yerinde olmamıştır. Zira Yönetmelik hükmüne göre, riskli yapı tespitine konu edilemeyen her türlü yapı, kentsel dönüşüm içerisinde değerlendirilmeyecektir<sup>26</sup>. Yönetmelik’te riskli yapı bakımından çizilen sınır, yalnızca içerisinde insanların yaşadığı veya hayvan ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır. Afet durumunda yıkılma riski taşıyan ve bu kapsamda çevresine zarar verebilecek yapıların Kanun m. 2/1/d gereğince dönüşüm kapsamına alınacağı hususunda kuşku yoktur. Oysa Yönetmelik hükmünde, yıkılma riski taşısa dahi inşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metruk olması veya bir kısmının yıkılması sebepleriyle yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapıların, riskli yapı kapsamına alınmayacağı düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, Yönetmelikle riskli yapı kavramının dışında bırakılan “inşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metruk olması veya bir kısmının yıkılması sebepleriyle yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapı” ifadesi, Kanun’un öngörmediği bir sınırlama içermektedir. Kanaatimizce, Kanun’da yer almayan bir sınırlamanın Yönetmelik’te yer alması normlar hiyerarşisine uygun değildir. Bu nedenle, Yönetmelik’teki ifadenin dikkate alınmaması ve riskli yapı tespitine konu edilemeyen yapıların da riskli yapı kapsamında değerlendirilmesi uygun olur.

---

*etmelerine yarıyan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır.*” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>26</sup> Yönetmelik hükmüne göre, üstü örtülü olmadığı sürece, yapılar riskli yapı tespitine konu edilememektedir. Ancak, isminde doğa olayları sonucu gerçekleşen yıkım anlamında kullanılan afet kelimesini içeren bir kanunun sadece üstü örtülü yapıları, yapı olarak değerlendirmesi çelişki meydana getirmektedir. Örneğin, alabalık çiftliğinin bulunduğu bir alanın, heyelan riski sebebiyle riskli yapı olarak tespiti mümkün olmayıp, anılan bölgede 6306 Sayılı Kanun kapsamında dönüşümün sağlanması imkânı bulunmamaktadır. Oysa belirtilen alan da afet riski altında bulunup, dönüştürülmeye müsait bir yapıya sahip olabilir. Bu hususta, çiftliğin de dönüşüme dâhil edilebilmesi ancak, yönetmelik m. 7’de geçen “hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar” ifadesinin kapsamında değerlendirilmesi ve maddenin ilk cümlesinde yer alan “üstü örtülü” olma şartının sadece insanların kullandıkları yapılar bakımından aranan bir unsur olarak kabul edilmesiyle mümkündür. Ancak, her ne şekilde değerlendirme yapılırsa yapılsın, riskli yapı tespitine konu olmak için, yapının üstü örtülü olması şartının aranması, afetten sadece depremin anlaşıldığına delalet etmektedir.

### C. Rezerv Yapı Alanı

Rezerv yapı alanı, 6306 Sayılı Kanunu m. 2/I/c’de, “*Bu kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ’nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenen alanlar*” olarak tanımlanmıştır. Rezerv yapı alanları, esasında riskli alan ve yapılarda ikamet edenlerin naklinin yapılacağı konut ve işyerleri ile bu alan ve yapılarda ikamet etmeyen kişilere satışın yapılabileceği yeni yerleşim alanları olarak kullanılabilen yerlerdir (Yönetmelik m. 4/IV). Rezerv yapı alanları, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen riskli alanların aksine, doğrudan Bakanlık tarafından belirlenmektedir. Aşağıda kentsel dönüşümün uygulanması başlığında rezerv yapı alanlarında ne tip uygulamaların gerçekleştirilebileceği açıklanmıştır.

### IV. KENTSEL DÖNÜŞÜMÜN UYGULANMASI

6306 Sayılı Kanun’un mülkiyet hukuku bakımından incelenmesinden önce, dönüşümün nasıl gerçekleştiğinin açıklanması konunun anlaşılabilirliği bakımından önem arz etmektedir. Bu işlemlerden mülkiyet hukuku bakımından önem arz edenler aşağıda ayrıca incelenecektir.

#### A. Tespit

6306 Sayılı Kanun kapsamında kentsel dönüşüm işlemlerinin başlayabilmesi için öncelikle, riskli yapı ve alanların tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun’un m.2/I/ç hükmüne göre, bir alanın riskli alan olduğuna karar verme yetkisi münhasıran Bakanlar Kurulu’na aittir. Bu yetkinin kullanımı ise, ancak Bakanlığın teklifi halinde mümkündür. Bakanlık bu noktada resen harekete geçebilir ya da taşınmaz maliki olan gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin Bakanlık veya ilgili idareye başvurabilir (Yönetmelik, m. 5/IV).

Riskli yapıların tespiti hususunda ise, Kanun m. 3/I’e göre, öncelikle yapı malikleri<sup>27</sup> veya kanuni temsilcilerinin bu konuda lisanslandırılmış kurumlara tespit yaptırabileceği ve sonucu Bakanlık veya İdareye bildirmeleri gerektiği belirtilmiştir. Riskli yapı tespiti yaptırmak hususunda malikleri bağlayan herhangi bir süreye Kanun ve Yönetmelikte yer verilmemiştir. Ancak, Kanun’un anılan maddesinde, Bakanlığın tespit

---

<sup>27</sup> KARAKOCALI/TOKBAŞ/SENCER/KURŞUN, s. 25. (Yazarlar, riskli yapı tespiti hususunda, birlikte mülkiyet hallerinde oybirliği gerektiğini fakat uygulamanın bunun aksine yanlış yönde ilerlediğini ileri sürmektedir, s. 26)

yaptırmak konusunda malik veya kanuni temsilcilere süre verebileceği öngörülmüş olup, bu süre içerisinde maliklerce herhangi bir tespit yaptırılmadığı takdirde, tespitin Bakanlık veya İdarenin talebi ile gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Riskli yapı tespitinin yaptırılmasından sonra, raporlar Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlükleri tarafından incelenerek, herhangi bir eksiklik bulunmaması halinde en geç on iş günü içinde Tapu Müdürlüğüne bildirilir ve Tapu Müdürlüğü tarafından ilgili yapının beyanlar hanesine gerekli belirtme gerçekleştirilir (Yönetmelik, m. 7/IV).

Riskli yapı tespitine ilişkin raporlara 15 gün içerisinde malik veya kanuni temsilcileri tarafından itiraz edilebileceği, Kanun m. 3/I'de düzenlenmiştir. Ancak, Kanunda belirtilen hükümde İdare veya Bakanlıkça yaptırılan riskli yapı tespitlerine itiraz imkânı tanınmışken, Yönetmelik'te bu konuda herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Diğer bir deyişle, maliklerden biri tarafından yaptırılan tespite itiraz Kanunda düzenlenmemiştir. Oysa Yönetmelik'te, tespitin kim tarafından yaptırıldığına ilişkin bir kısıtlama olmaksızın riskli yapı tespiti ifadesine yer verilerek Kanun ve Yönetmelik arasında çelişki oluşturulmuştur. Kanaatimizce, kim tarafından yaptırıldığına önemi olmaksızın tüm tespit raporlarına karşı, itiraz imkânının tanınması, diğer bir ifadeyle Yönetmelik hükmünün dikkate alınması daha yerindedir.

Yönetmelik m. 7/V'e göre, itiraza ilişkin süre Tapu Müdürlüğü'nün gerekli işlemleri tamamlaması<sup>28</sup> ve ayni ve şahsi hak sahiplerine tebligat yapmasından itibaren başlamaktadır. Anılan hükümden, hem ayni hem de şahsi hak sahiplerine tebligat yapılacağı ve itiraz edebilecekleri şeklinde anlam çıkmaktadır. Oysa Kanun m. 3/II'de ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verileceği düzenlenmiştir. Bu hususta, Kanundaki ifadeler incelendiğinde, önce maliklerin itiraz haklarından bahsedilmiş, daha sonra ise, yapı üzerindeki ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verileceği düzenlenmiştir. Yönetmelikte ise, ayni ve şahsi hak sahiplerine, bilgi ve itiraz edebileceklerine ilişkin tebligatın yapılacağından, daha sonra da maliklerin itiraz hakkından bahsedilmiştir. Bu noktada, Kanun ve Yönetmelik arasında bir çelişki bulunduğu açıktır. Kanaatimizce, hem

<sup>28</sup> Taşınmazın tapu sayfasındaki beyanlar hanesine belirtme yapılmasından sonra, tebligat gerçekleştirilecek olup, tapuda kayıtlı malikin ölmüş olması halinde, Bakanlık veya Müdürlük, TMK hükümlerine göre mirasçılık belgesi çıkartabilirler (Yönetmelik, m. 7/V).

itiraz konusu bakımından hem de itiraz edebilecek olan kişiler bakımından Yönetmelik m. 7/V, VI hükümlerinin dikkate alınması yerindedir. Böylece, hem aynı hem şahsi hak sahibi kişilerin raporlara karşı itiraz hakkı doğar<sup>29</sup>.

Riskli yapıların tespiti, Yönetmelik m. 6/I’de yer alan kurum ve kuruluşlar tarafından gerçekleştirilebilir<sup>30</sup>. Yönetmelik m. 7/III’te, her yapı için sadece bir adet riskli yapı tespit raporunun düzenlenebileceği ve buna ilişkin kurulan elektronik yazılım sisteminden kurumların anılan yapı hakkında daha önceden rapor düzenlenip düzenlenmediğini görebilecekleri belirtilmiştir. Kanaatimizce, her yapı için sadece bir raporun düzenlenmesi kuralı, Kanun’un amacı ile bağdaşmamaktadır. Zira bu konu doktrinde de mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiğinden fazla ve makul olmayan bir şekilde kısıtlanması olarak yorumlanmaktadır<sup>31</sup>. Ayrıca, riskli yapı tespit raporuna karşı yapı malikinin 15 günlük süre içerisinde itiraz hakkı bulunurken, yine lisanslandırılmış farklı bir kurum veya kuruluştan tespit talebinde bulunma hakkı yoktur. Bunun istisnasını Yönetmelik m. 7/III uyarınca, itiraz veya yargı kararı üzerine yeniden rapor tanzimi ve risk durumunu etkileyebilecek kasti bir müdahale halleri oluşturmaktadır.

## B. Tahliye, Yıkırma ve Tasarruf İşlemleri

Riskli yapıların tespitine ilişkin itirazların reddedilmesi veya itiraz edilmemesi sonucunda tespit kesinleşir<sup>32</sup> ve Altyapı ve Kentsel Dönüşüm

<sup>29</sup> ŞİMŞEK, s. 61 (Yazar, itiraz konusu bakımından Yönetmelikte geçen m. 7/VI hükmünün esas alınması gerektiğini belirtmektedir.). Ayrıca, tespitlere ilişkin itirazlarda, itirazı inceleyecek olan teknik heyet, itiraz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bağlı değildir (Yönetmelik, m. 10/VII).

<sup>30</sup> “Riskli yapılar, a) Bakanlıkça, b) İdarece, c) Bakanlıkça lisanslandırılan, 1) Kamu kurum ve kuruluşları, 2) Üniversiteler, 3) Sermayesinin en az yüzde kırkı kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler, 4) Depremden korunma, deprem zararlarının azaltılması ve deprem mühendisliğinin gelişmesine katkıda bulunmak gibi konularda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları, 5) 29/6/2001 tarihli ve 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanuna göre Bakanlıktan izin belgesi almış yapı denetimi kuruluşları ile laboratuvar kuruluşları, 6) 27/1/1954 tarihli ve 6235 Sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca, inşaat, jeoloji ve jeofizik mühendisleri odalarına büro tescilini yaptırmış kurum ve kuruluşlar, tarafından tespit edilir.”

<sup>31</sup> ÖZSUNAY, Ergun, 6306 Sayılı Kanun ve Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 16.

<sup>32</sup> İtirazın reddedilmesi kararına karşı idari yargıda, Kanun m. 6/IX hükmü gereği 30 gün içerisinde dava açılabilirken de, sadece dava açılması yürütmenin durdurulması talep edilmedikçe işlemi durdurmayaçağı için yıkıma ilişkin süreç başlamış olur.

Müdürlüğü, idareden yapının yıktırılmasını ister (Yönetmelik, m. 8/I). Bu anlamda, tespitin yapı maliklerince veya Bakanlık ya da İdarece yapılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Yapının riskli olduğunun kesinleşmesi ile birlikte, idare yıkım için gerekli idari işlemlere başlar. Yıkımdan önce maliklere 60 günden az olmamak üzere süre verilir. Bu süre içerisinde, maliklerin kiracı veya sınırlı ayni hak sahiplerini tahliye etmesi de gerekmektedir. Anılan sürede yıkım gerçekleştirilmezse, İdare tarafından otuz günden az olmak üzere ek süre verilerek yıkımın idari makamlarca gerçekleştirileceğine ilişkin tebligat yapılır. 60 günden az olmayan genel sürenin ve 30 günden az olan ek sürenin dolmasından itibaren yıkımın malikler tarafından gerçekleştirilmemesi durumunda, yapıya elektrik, su, doğalgaz hizmetlerinin kesilmesi için, İdare tarafından talepte bulunulabilir.

Riskli yapıların yıkımına ilişkin anlaşma ile tahliyenin gerçekleştiği durumlarda, maliklere, kiracı veya sınırlı ayni hak sahiplerine, bu yapılarda ikamet edenler ile işyeri bulunanlara ve uygulamanın gerektirmesi halinde riskli yapıyı kullanmakta olan kişilere geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabileceği düzenlenmiştir (Kanun m. 5/I). Bu noktada, kanun koyucu, yapı maliklerini anlaşmaya teşvik eden yardımlara yer vermiştir.

Riskli yapıların belirlenmesinden sonra, yapının yıkılması zorunlu değildir. Kanun koyucu, bu tip yapılarda mümkünse yapının güçlendirilmesi yolunu da düzenlemiştir. Ancak, güçlendirme yapılabilmesi için, idare tarafından maliklere verilen süre içerisinde güçlendirmenin teknik olarak mümkün olduğunun tespit edilmesi ve maliklerin 4/5 çoğunlukla (KMK m.19/II) bu kararı almış olmaları, güçlendirme projesinin hazırlanması ve imar mevzuatına göre ruhsat alınması gerekmektedir.

Riskli yapıların gerek tespitlerinin gerekse yıkımlarının idare veya Bakanlıkça gerçekleştirilmesi halinde, masraflara ilişkin tapuda arsa paylarına ipotek koyulabileceği Kanun'da düzenlenmişti. Ancak, buna ilişkin hükümler Anayasa Mahkemesi kararı<sup>33</sup> ile iptal edilmiştir<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> İlgili karar için bkz. T., 27.2.2014 E. 2012/87 ve K. 2014/41.

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce, yapılacak olan tapu sicil işlemleri ve özellikle yıkım için yapılan sözleşmelerin niteliği hususunda bkz. KÜRŞAT, Zekeriya, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", Kentsel Dönüşüm Hukuku (YASIN, Melikşah/ŞAHİN,

### C. Yıkım Sonrası Uygulama İşlemleri

Riskli yapıların yıkılmasından sonra, hukukî niteliği arsa haline gelen bu taşınmazların ne şekilde değerlendirileceğine karar verilmesi gerekmektedir. Kanun m. 6/I gereği, bu taşınmazların, maliklerince değerlendirilmesi esastır. Fakat aynı hükümde, tevhit ve ifraz<sup>35</sup> işlemlerinin İdare, Bakanlık veya TOKİ tarafından resen gerçekleştirilebileceği de belirtilmiştir. O halde, riskli alanlar bakımından düzenlenmiş olan planlara göre işlem yapılması gerekmekte olup, maliklerin bu noktada artık aksine bir karar almaları anlamlı olmayacaktır. Öğretide kimi yazarlar, riskli alanlar bakımından ilgili idare tarafından işlemler resen gerçekleştirilebileceği için, aşağıda incelenen uygulama işlemlerinin yalnızca riskli alanlar dışında yer alan riskli yapılar bakımından söz konusu olduğunu ileri sürmektedir<sup>36</sup>. Zira bu hal, Yönetmelik m. 13/V, VI hükümlerinden de anlaşılabilir.

Üzerindeki yapının yıkılmasıyla arsa haline gelen taşınmazın ne şekilde değerlendirileceğine, m. 6 gereği taşınmazın maliklerince karar verilir. Maliklerin gerçekleştirebilecekleri işlemlere örnek olarak, *“parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hâsulat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesi”* gösterilmiştir. Malikler bu işlemlerden hangisini seçerlerse seçsinler, *“sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az 2/3 çoğunluğu ile”* karar almak zorundadırlar. Esasında birden fazla malikin bulunduğu yapıların yıkılması ve akabinde değerlendirme işlemlerinin yapılması, oybirliğini gerektiren işlemlerdir. Ancak, 6306 Sayılı Kanun bu ilkeye istisna getirmiş ve 2/3 çoğunluğu esas almıştır. Kanunun aramış olduğu 2/3 çoğunluğun, pay ve paydaş çoğunluğu mu yoksa sadece paydaş çoğunluğu mu olduğu açık değildir. Zira hükümde, *“hisseleri oranında paydaşların 2/3 çoğunluğu”* ifadesine yer verilmiştir.

Kanaatimizce her bir birlikte mülkiyet türü bakımından taşınmazın nasıl değerlendirileceğine ilişkin olarak yapılacak anlaşma için aranması

---

Cenk (ed.), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul 2013, s. 21 vd.

<sup>35</sup> Kanunda birleşme, bölünme, taksim ifadeleri yerine gerek Türk Medeni Kanunu gerekse Tapu Sicil Tüzüğünde yer almayan tevhit ve ifraz ifadelerinin yer alması da terminolojik olarak uygun olmamıştır.

<sup>36</sup> ŞİMŞEK, s. 109; ÖZSUNAY, s. 11 vd.

gereken çoğunluk gerek TMK'deki; gerekse KMK'deki hükümler göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır:

Yıkımın gerçekleşmesiyle arsa haline gelen taşınmazın nasıl değerlendirileceği belirlenirken bu taşınmazın paylı mülkiyet konusu bir taşınmaz olması olasılığında TMK'nin paylı mülkiyete ilişkin 688 vd. hükümleri ile 6306 Sayılı Kanun'un hükümlerinin örtüşmediği görülmektedir. “*Birden fazla kişinin maddi olarak bölünmemiş bir şeyin tamamı üzerinde belli paylarla malik olması*” olarak tanımlanan<sup>37</sup> paylı mülkiyette bölünmeye elverişli yetki ve ödevler bakımından her bir paydaş belirli bir oranda ve tek başına maliktir. Paydaşlar, payları üzerinde tasarruf işlemlerinin büyük bir kısmını tek başına yapmakta serbesttir. Fakat paylı mülkiyet konusu eşyanın tamamı ile ilgili yönetim işlemlerinin yapılması bakımından işlemin niteliğine göre farklı çoğunluklar aranmaktadır. 6306 Sayılı Kanun m. 6'da düzenlenen, üzerindeki yapı yıkılan taşınmazın nasıl değerlendirileceği meselesi, bu işlemlerden “*olağanüstü yönetim işleri*” arasındadır. TMK m. 692/I'de olağanüstü yönetim işleri açıkça şöyle düzenlenmektedir: “*Paylı malın özgülediği amacın değişmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.*”. Oysa 6306 Sayılı Kanun, bu genel kurala istisna getirmekte ve “*hisseleri oranında paydaşların 2/3 çoğunluğu*”nu arsa haline gelen taşınmazın nasıl değerlendirileceğinin belirlenmesinde yeterli saymaktadır. Kentsel dönüşüm sürecinde karar alma süreçlerini hızlandırmak amacıyla öngörüldüğü tahmin edilen bu hükümle kast edilen kanaatimizce hem pay hem de paydaş sayısı bakımından 2/3'ün sağlanmasıdır<sup>38</sup>. Öğretide, kanunun amacından hareketle, hükümle sadece pay çoğunluğunun

<sup>37</sup> AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 389.

<sup>38</sup> Aynı yönde, KARAKOCALI/TOKBAŞ/SENCER/KURŞUN, s. 83. Bu konudaki tartışmalar için bkz. ÖZMEN, Ethem Saba/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Kat İrtifakı, Yenilenmiş 2. Bası, On İki Levha Yayınları İstanbul 2015 s. 194-198; ÖZMEN, Ethem Saba/AYDIN, Gülşah Sinem, Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6036 Sayılı Kanun'a Dayalı Uygulama, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Haziran 2015, s. 13-38. Tam metin için bkz. <https://jurix.com.tr/article/5329> (E. T.: 05.10.2017).



arandığı savunulmaktadır<sup>39</sup>. Özellikle madde metnine eklenen “*yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin*” ifadesinin eklenmesiyle sadece pay çoğunluğunun arandığının vurgulandığı da ileri sürülmektedir<sup>40</sup>. Fakat kanaatimizce bu görüşe hem kanunun lafzı, hem de TMK m. 692/I’e istisna getiren ve bu yüzden dar yorumlanması gereken bir hüküm olması sebebiyle katılmaya imkân bulunmamaktadır. Ayrıca öğretide, özgüleme amacı değişmeden yapılacak değerlendirme yöntemine ilişkin anlaşmalar bakımından 2/3 çoğunluğun yeterli olduğu fakat özgüleme amacının değiştiği hallerde yine TMK m. 692/II hükmü gereğince oybirliği ile karar alınması gerektiği, isabetli olarak savunulmaktadır<sup>41</sup>.

Genel ilkeleri TMK 701 vd. hükümlerinde düzenlenen ve sınırlı sayıda öngörülen hallerde ortaya çıkabilen elbirliği halinde mülkiyet bakımından, maliklerin belirlenmiş payları bulunmamaktadır. Elbirliği halinde mülkiyette tek bir mülkiyet hakkı bulunur ve her bir malikin hakkı, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan şeyin tamamına yaygındır. Bunun sonucu olarak hiçbir malikin, üzerinde tasarruf edebileceği bir “pay” bulunmamaktadır<sup>42</sup>. Kanunda ya da sözleşmede aksi açıkça belirtilmedikçe yönetim ve tasarruf işlemleri için “ortakların oybirliği” ile karar almaları gerekmektedir (TMK m. 702/2). Topluluk devam ettiği müddetçe “paylaşma” yapılamayacağı gibi “pay” üzerinde de herhangi bir tasarrufta bulunulamaz (TMK m. 702/3). Oysa 6306 Sayılı Kanun m. 6.’da, yıkılan taşınmazların maliklerinin “*hisseleri oranında paydaşların 2/3 çoğunluğu*” ile taşınmazı ne şekilde değerlendireceklerine ilişkin karar alabilmeleri öngörülmüştür. Yıkımın gerçekleştiği ya da gerçekleşeceği taşınmazın üzerindeki mülkiyet türü ne olursa olsun 2/3 çoğunluk ile karar alınmasının öngörülmesi kanaatimizce isabetsizdir. Elbirliği halinde

<sup>39</sup> Bkz. ÖZ, Turgut, Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 391-402. Tam metin için bkz. <https://jurix.com.tr/article/7498> (E.T.: 09.10.2017).

<sup>40</sup> KOÇAKLI, Engin, Riskli alanlarda Maliklerin Uygulamasında 2/3 ile Karar Alınması ve Bu Alınan Kararlar Doğrultusunda İdarenin Kararları Uygulama Olanığı ve Görevi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 14, Temmuz 2016, s. 135-159. Tam metin için bkz. <https://jurix.com.tr/article/7499> . (E.T.: 08.10.2017).

<sup>41</sup> ÖZMEN/AYDIN, s. 13-38 Makalenin tam metni için bkz. <https://jurix.com.tr/article/5329> , (E.T.: 05.10.2017). Bu durumda karar katılmayan 1/3 veya daha azı oluşturan azınlık

<sup>42</sup> OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 16. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 347-349; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 410.



mülkiyet konusu bir taşınmazın ya da taşınmazın herhangi bir orandaki payının maliklerinin 2/3'ü neye göre belirlenecektir? Zira elbirliği halinde mülkiyette bu ortaklığın tasfiyesinin sona ermesine kadar ertelenmiş farazi paylar vardır. 2/3 oranı, bu tasfiye payına göre mi belirlenecektir? Ayrıca bir taşınmaz üzerinde hem paylı mülkiyet hem de bu payların tamamı ya da bir kısmı üzerinde elbirliği halinde mülkiyet söz konusu ise yine "hisseleri oranında paydaşların 2/3 çoğunluğu" nasıl hesaplanacaktır? Bütün bu soruların cevabı 6306 Sayılı Kanun'un lafzından anlaşılammaktadır. Kanaatimizce, elbirliği halinde mülkiyet konusu taşınmaz ya da taşınmaz paylarının "ortakları"nın oybirliği ile hareket etmeleri gerekmektedir. Eğer değerlendirilecek taşınmaz üzerinde sadece elbirliği halinde mülkiyet varsa "hisseleri oranında paydaşların 2/3 çoğunluk"tan bahsedilemeyeceği için, oybirliği ile hareket edilmesi esastır. Bu sağlanamıyorsa, TMK m. 703 gereği "malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesi" ile önce elbirliği halinde mülkiyetin sona erdirilmesi gerekir. Aksi halde gerçekleşmemiş bir tasfiyenin, farazi paylarının 2/3'ünün hesaplanması, hukukî dayanaktan yoksundur. Değerlendirilecek taşınmaz bir paylı mülkiyet konusu ise ve bu paylardan biri ya da birkaçı üzerinde de elbirliği halinde mülkiyet söz konusuysa, taşınmazın tamamının paydaşlarının hisseleri oranında 2/3'ünün nasıl hesaplanacağı tamamen belirsizdir. Kanaatimizce, paylı mülkiyetin maliklerinden elbirliği halinde malik olan ortakların sayısı kaç olursa olsun, bunlar oybirliğiyle hareket etmeli ve "tek paydaş gibi" kabul edilmelidir. Taşınmazın tamamı üzerindeki 2/3'lük pay hesaplanırken elbirliği halindeki maliklerin her birinin farazi payı değil, ortaklığın, paylı mülkiyetteki pay oranı dikkate alınmalıdır. Örneğin taşınmaz üzerinde paylı mülkiyet söz konusu olup bu taşınmazın 1/4'lük payı üzerinde miras ortaklığı olduğunu varsayalım. 1/4'ün ortaklarının farazi paylarının da birbirinden farklı oranlarda olması mümkündür. 6306 Sayılı Kanun'un m. 6 uyarınca bu taşınmazın nasıl değerlendirileceği belirlenirken miras ortaklığının payı yine 1/4 olarak; fakat paydaş sayısı 1 olarak kabul edilmelidir.

Yapının üzerinde kat mülkiyeti ya da kat irtifakı mevcutsa, 6306 Sayılı Kanun m. 6/1, c. 1 uyarınca "Üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile

*değerlemede bulunularak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir.”*. Yıkımın gerçekleşmesi ile kat mülkiyeti veya irtifakı, kanun gereği sona ermektedir. Yapının yıkılmasının kat mülkiyetini sona erdirmesi KMK m. 47 hükmüyle uyumludur. Oluşan paylı mülkiyette pay oranlarının, kat mülkiyeti rejimindeki arsa payları oranında belirlenmesi gerekir. Bu durumda “*hisseleri oranında paydaşların 2/3 çoğunluğu*” hesaplanırken, paylı mülkiyet için benimsenen sonuçlar dikkate alınmalı ve hem payların hem de paydaşların 2/3 çoğunluğu ile arsanın nasıl değerlendirileceğine ilişkin anlaşma yapılmalıdır.

Kat mülkiyeti veya kat irtifakı sona ermeden önce kat maliklerinin, yıkımdan sonra arsayı nasıl değerlendireceklerine ilişkin bir anlaşma yapmak istemeleri durumunda, hangi çoğunlukla karar almaları gerektiğine ilişkin 6306 Sayılı Kanun’da herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Kanaatimizce bu durumda KMK m. 45 uyarınca oybirliği ile karar alınması gerekir, dolayısıyla 2/3 çoğunluğun sağlanması bu aşamada yeterli sayılmamalıdır<sup>43</sup>.

Kanunda nitelikli çoğunluk düzenlendikten sonra, hızlı bir şekilde işlem yapılabilmesi için, bu kararların belirli sürelerde alınması ve kararların alınmamasının hukukî sonuçları düzenlenmiştir. Gerçekten de, Kanun m. 6/I’e göre, 2/3 çoğunluk ile karar alınması durumunda, karara katılmayanların payları açık artırma suretiyle öncelikle satın alan paydaşlara, paydaşlardan alıcı çıkmazsa, tespit edilen rayiç bedeli Bakanlıkça ödenerek, Hazine adına resen tescil edilir. Buna ek olarak, yıkım kararının tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde 2/3 çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması durumunda, acele kamulaştırma yoluna başvurulur. Kanun, bu hususta, hiç anlaşma yapılamaması ile 2/3

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. KARAKOCALI/TOKBAŞ/SENCER/KURŞUN, s. 80. Yazarlar, kat mülkiyeti veya kat irtifakı sona ermeden önce alınan kararlarda Kat Mülkiyeti Kanunu’nun esas alınacağını ve bu kararlara karşı KMK m. 33 kapsamında dava açılabilmesini belirtmektedirler. Özellikle, 18. HD, T. 04.11.2015, E. 2015/1794 K. 2015/15821; 20. HD, T.21.10.2015, E. 2015/12215, K. 2015/9854 Kararlar için bkz. KARAKOCALI/TOKBAŞ/SENCER/KURŞUN, s. 81; GÜNAY, Meryem, Riskli Yapılarda Ortak Karar Protokolüne Karşı Açılan Davalar ve Hâkimin Müdahalesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 14, Temmuz 2016, s. 105-133. Tam metin için bkz. <https://jurix.com.tr/article/7498> (E.T.: 10.10.2017). Böyle bir karar almanın kat mülkiyeti hukuku ile ilgili değil, paylı mülkiyetle ilgili olduğu yönündeki görüş için bkz. ÖZMEN/AYDIN, s. 13-38 (Makalenin tam metni için bkz. <https://jurix.com.tr/article/5329>, E.T.: 05.10.2017).

çoğunluğun sağlanamamasını eşit değerde tutmuş ve bu takdirde acele kamulaştırma yolunu öngörmüşken, yeterli çoğunluğun sağlandığı durumlarda, geriye kalan en fazla 1/3 çoğunluk paylarının da diğer paydaşlara satışını, bunun gerçekleşmemesi durumunda da Hazine adına resen tescilini düzenlemiştir. açık artırma yoluyla satışa, yalnızca diğer paydaşlar katılabildiği için burada özel artırma yoluyla satış türü söz konusudur<sup>44</sup>. Kanun m. 6/I'de, rayiç bedele nasıl itiraz edileceği, paydaşlar arasında satışın ne şekilde gerçekleştirileceğine yer verilmemiştir. Yönetmelik m. 15/A'/I'de "*Rayiç değer, maliklerce Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerlendirme kuruluşlarına tespit ettirilmiş olan taşınmazın değeri de gözetilerek Bedel Tespiti Komisyonunca belirlenir.*" hükmü yer almakta olup, rayiç bedel belirlemesinin daha önce değerlendirme kuruluşuna tespit yaptırılmış olsa bile komisyon tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Maddede açık artırmaya ilişkin son derece ayrıntılı düzenlemelere yer verilmişken bedele itiraza ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, Yönetmelikte bedele itiraza ilişkin düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Azınlığın paylarının satılmasında, azınlıktaki paydaşların çoğunluk kararına katılmaya yönelik iradelerinin sonradan oluşması ihtimaline karşı da düzenleme yapılmıştır. Yönetmelik m. 15/A/XI, "*Satış işlemi tamamlanıp komisyonca karara bağlanmadan evvel, üçte iki çoğunluk ile alınan karara katılmayan maliklerin, üçte iki çoğunluk ile alınan kararı kabul etmeleri ve üçte iki çoğunluk ile alınan karar doğrultusunda yapılan sözleşmeyi ve yapılacak uygulamanın gerektirdiği diğer belgeleri imzalayacaklarını beyan etmeleri halinde Satış Komisyonunca kendilerine süre verilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, açık artırma yoluyla satışta, satılan hisselerin mülkiyetin geçişi bakımından satışın tamamlanması esas alınmamıştır. Komisyon, satış kararına bağlayana kadar, azınlık hisselerinin malikleri çoğunluk kararına katıldıklarını belirterek ve söz konusu belgeleri imzalayarak satışın önüne geçebilmektedir.

<sup>44</sup> Artırma yoluyla satış, cebri satış ve isteğe bağlı satış şeklinde ikiye ayrılır. İsteğe bağlı artırma yoluyla satışta satıcı, ihaleye girecek olan kişileri belirlemekte ve sınırlamaktaysa, isteğe bağlı özel artırma yoluyla satış söz konusu olmaktadır. 6303 Sayılı Kanun m. 6'da bu kategorilerden hiçbirine girmeyen devlet organlarıncı gerçekleştirilen fakat herkese açık olmayan bir ihale usulü uygulanmaktadır.

## V. 6306 SAYILI KANUN KAPSAMINDA KENTSEL DÖNÜŞÜM SÜRECİNİN TAPU SİCİL İŞLEMLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

6306 Sayılı Kanun'da tescil, şerh, beyan, terkin şeklinde düzenlenen tapu sicil işlemlerinin<sup>45</sup> bu Kanun'un uygulanması bakımından yaratabileceği sorunlar ele alınmalıdır. Her bir tapu sicil işlemi bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar aşağıda ayrı ayrı incelenmektedir.

### A. Tescil

Dar anlamda aynı hakların tapu kütüğüne yazılmasını ifade eden tescil işlemine, 6306 Sayılı Kanun'un farklı hükümlerinde yer verilmiştir.

-İlk olarak, Kanun'un m. 3/IV hükmünde<sup>46</sup>, tescil dışı alanların, Hazine adına tescil edilerek, Bakanlık, TOKİ veya İdareye bedelsiz devredilebileceği düzenlenmiştir<sup>47</sup>. Öncelikle incelenmesi gereken, tescil dışı alanların kapsamına hangi taşınmazların girdiğidir. Tapu Sicil Tüzüğü'nün m. 8/II'de, “*Özel mülkiyete tâbi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir aynî hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz.*” hükmüne yer verilmiştir. Hükmün içeriğini kamu malları (devlet malları) oluşturmaktadır. Kamu malları, kamunun ortak kullanımına veya hizmetine tahsis edilen mallar ve sahihsiz yerlerdir<sup>48</sup>. Bu taşınmazlar (dağlar, tepeler, yararı kamuya ait mallar vb.) ise, TMK m. 715 gereği devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Kamu malı niteliğindeki

<sup>45</sup> ÜNAL, Mehmet./BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 308 vd. (ÜNAL/BAŞPINAR, Eşya); AYAN, Mehmet., Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 266; SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 195 vd.; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 125 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 282 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 201 vd.

<sup>46</sup> “*Bu Kanuna göre uygulamada bulunulan alanlarda yer alan tescil dışı alanlar, tapuda Hazine adına tescil edildikten sonra Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir.*”

<sup>47</sup> Bedelsiz terk ve devirin hukukî niteliği noktasında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, Ramazan, “İdareye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Temmuz 2016, Sayfa: 13-22 (Tam metin için bkz. <https://www.jurix.com.tr/article/5404 E.T.: 07.10.2017>).

<sup>48</sup> EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 336. Ayrıca kamu mallarına ilişkin 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 16. maddesi de düzenlemeler içermektedir.

taşınmazların ilgili kurum ve kuruluşların talebiyle bedelsiz olarak devredilir ve tescil edilir<sup>49</sup>. Kanun doğrudan bu alanlara ilişkin tescil ve tahsis yetkilerini ilgili kurum ve kuruluşlara tanımıştır<sup>50</sup>.

-Tescil işleminin düzenlendiği hükümlerden bir diğeri ise, 6306 Sayılı Kanun'un 6. maddesidir. Hükümde, yıkılan yapıların, önceki durumlarına göre tapuda malikleri adına tescil edileceğinden bahsedilmektedir. Tescil, ilgililerin muvafakati aranmaksızın, Bakanlığın talebiyle gerçekleşmektedir. Diğer bir deyişle, Bakanlığın talebi, arsa haline gelen taşınmazın, malikleri adına tescili için yeterli olmaktadır. Hükümde, kat mülkiyeti veya irtifakı bulunan bir yapının yıkılmasından sonra paylı mülkiyet esasına dayalı olarak malikler adına payları oranında tescil yapılacağı öngörülmüştür. Yukarıda da açıklandığı üzere<sup>51</sup> Kanun'un sadece tek bir mülkiyet türünü dikkate alarak düzenleme yapması yerinde değildir. Zira kat mülkiyeti veya irtifakının olmadığı paylı, müstakil, elbirliği halinde mülkiyet hallerinde arsa üzerinde bulunan yapının yıkılmasıyla hak sahiplerinin lehine gerçekleşen tescillerde herhangi bir değişiklik gerçekleşemeyecektir. Kat mülkiyeti konusu taşınmazlarda, 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 48/II hükmünde de yapının tamamen veya kısmen harap olması durumunda arsa payları oranında tescilin yapılacağı düzenlenmiştir. 6306 Sayılı Kanun da aynı durumu düzenlemekle birlikte, KMK hükmünde, tapuya kat mülkiyeti ilişkisinin bildirilmesi gerekirken; 6306 Sayılı Kanun'da terkin ve tescil resen gerçekleştirilmektedir. Tescilin gerçekleştirilmesi ve malikler tarafından binanın ne şekilde değerlendirileceğine karar verilmesi için 6306 Sayılı Kanun 2/3 çoğunluk aramıştır. Bu oranın her bir mülkiyet türü bakımından hesabı yukarıda<sup>52</sup> açıklanmış olmakta birlikte, burada ortaya

<sup>49</sup> 6306 Sayılı Kanun'un m. 3/V hükmünde ise, söz konusu alanların tahsis ve devir tarihinden itibaren üç yıl içerisinde maksada uygun kullanılmaması durumunda bedelsiz olarak ve resen Hazine veya önceki kamu idaresine devrinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Kanaatimizce, bu hüküm ve Kanun'un m.4/II'de yer alan hükmü birlikte değerlendirildiğinde, tescil ve devri sağlanan taşınmazlar üzerinde gerçek anlamda özel mülkiyetin oluştuğunu ileri sürmek mümkün gözükmemektedir.

<sup>50</sup> Söz konusu taşınmazlara ilişkin devletin sahip olduğu "*hüküm ve tasarrufu altında olmak*" ifadesinin gerçek anlamda bir mülkiyet hakkı doğurup doğurmadığı, doğurmakta ise de idari-özel mülkiyet olup olmaması meselesi öğretilerde tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Orman Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, s. 65 vd. (ÜNAL/BAŞPINAR, Orman).

<sup>51</sup> Bkz. yukarıda IV, C.

<sup>52</sup> Bkz. IV, C.

çıkabilecek hukukî sorunlardan birisi de, maliklerin yıkım öncesi sahip oldukları taşınmazlar ile yıkımdan sonra tescil edilen arsa pay oranlarında ortaya çıkabilecek uyumsuzluktur. Zira kat mülkiyetinin kurulduğu aşamada bağımsız bölümlere tahsis edilen arsa payları fiili durumu yansıtmayabilir. Böyle bir durumda malikler tarafından arsa payına ilişkin tapudaki kaydın düzeltilmesi için bağımsız bölüm maliki veya mirasçılarının dava açması gerekmektedir<sup>53</sup>. Düzeltme davasının açılmasında herhangi bir hak düşürücü sürenin bulunmadığı ve yapı üzerinde kat mülkiyeti veya irtifakı ilişkisi devam ettiği sürece, davanın açılacağı Yargıtay kararlarında belirtilmektedir<sup>54</sup>. Davaya ilişkin 6306 Sayılı Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, KMK m. 3 gereği söz konusu dava herhangi bir süreye tabi olmadan açılabilir. Ancak, davanın yıkım gerçekleşmeden önce veya sonra açılmasına göre de bir ayırım yapmak gerekir. Kural olarak yıkımdan önce düzeltme davasının açılması daha yerinde olup, özellikle bağımsız bölümlerin var

<sup>53</sup> ŞİMŞEK, s. 115.

<sup>54</sup> 18. HD, T. 03.03.2008, E. 2007/9977 K. 2008/2872. Ayrıca bkz. ALPÖĞÜNÇ, Erkan, "Arsa Payı Kavramı, Önemi, Hesaplanması, Düzeltme Davası", TBBD S. 89 Y. 2010, Ankara 2010, s. 502 vd.; ÇAĞATAY, Saliha, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uyarınca Kat Mülkiyetinin Sona Ermesi ve Sonuçları", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 9, Ocak 2014, s. 115-138 (Tam metin için bkz. <https://www.jurix.com.tr/article/4395> E.T.:07.10.2017). Yargıtay'ın oldukça yeni tarihli bir kararında ise, "*Kanun gereğince; arsa payı düzenlemesinin yeniden yapılabilmesinin ilk şartı, arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle oransız olarak belirlenmiş olmasıdır. Bu hususa dayalı istemlerde mahkeme tüm kanıtları değerlendirerek bağımsız bölümün değeri ile bölüme öngülenen arsa payını karşılaştırıp denklik sağlamaya çalışmalıdır. Söz konusu işlem yapılırken de bağımsız bölümlerin cinsi, bulunduğu kat, alanı, ısınma sistemi, aydınlanması, mimari kullanımı ve konumu, cephesi ve manzarası gibi hususlar değerlendirme için esas alınır. Değerlendirmeye esas alınacak tarihten sonraki imar durumu ile cins ve manzara değişiklikleri, bakım ve onarım çalışmaları nedenleriyle meydana gelen değer artış ve eksilmeleri dikkate alınmaz.*" ifadesine yer verilmiştir (Y. 20. HD. T. 27.3.2017, E. 2017/4756 K. 2017/2449, KBİBB, E.T.: 09.10.2017). Söz konusu kararda ve benzer başkaca kararlarda da yer alan, "*tapu sicilinde kayıtlı arsa paylarında düzeltilmesi gereken bir yanlışlık olduğu konusunda mahkemece herhangi bir değerlendirme ve gerekçe içermeyen soyut ve genel ifadeli bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*" gerekçesine dayanılarak davacının talebi reddedilmiştir. Diğer kararlar için bkz. Y.18 HD. T. 27.6.2017, E. 2015/9964, K. 2016/10111; Orantısızlığı ileri süren malikin daha önceden tescil edilen paya rızasının olması halinde iyiniyetli olamayacağı noktasında Y. 18 HD, T. 6.6.2016, E. 2016/5303, K. 2016/9069; 18. HD, T. 19.09.2002, E. 2002/7706, K. 2002/8323, KBİBB, E.T.: 09.10.2017).

olan durumlarına göre arsa paylarının hesaplanması mümkün olur. Yıkımdan sonra düzeltme davasının açılması halinde ise, kat mülkiyetinin yıkımla beraber sona ereceğini ve dava açılmayacağını ileri sürmek hakkaniyete uygun değildir. Bu yüzden öğretilerde haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, 6306 Sayılı Kanun m. 6/1'de yer alan “*önceki vasfı ile değerlendirilmede bulunularak*” ifadesi kapsamında, malikler dava açabilir<sup>55</sup>. Diğer bir deyişle, mahkeme bağımsız bölümlerin değerleri ile tapuda resen gerçekleştirilmiş paylar arasındaki oranı dikkate alır<sup>56</sup>.

-6306 Sayılı Kanun'da tescil işlemine yer verilen hükümlerden bir diğeri de m. 6/1/c. 7'dir. Hükümde, 2/3 çoğunluk ile maliklerin karar alması ve bu çoğunluğa katılmayanların paylarının diğer paydaşlara satışının gerçekleştirilemediği durumlarda, rayiç bedelin Bakanlıkça ödenmesi koşuluyla devrin Hazineye gerçekleştirileceği ve tescilin de resen yapılacağı öngörülmüştür. Bu hükümde kanundan kaynaklanan bir tescile imkân tanınmıştır. Tescilin şartları bakımından, tescilin sebebi Kanun hükmü olup, tescil talebinde bulunması gereken, hak sahibinin tescil talebinde bulunması genel kuralının aksine, Hazine olarak belirlenmiştir<sup>57</sup>.

-Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında da yine tescil ifadesine yer verilmiş ve 2/3 çoğunluğun sağlanamaması halinde, acele kamulaştırma yoluna gidileceği düzenlenmiştir. Kamulaştırmanın malikler ile anlaşma yoluyla sağlanması durumunda, tapu sicil işlemleri bakımından, ferağ ve muvafakate ilişkin, ilgililer ve idare arasında tutanak düzenleneceği de belirtilmiştir. Esasında anlaşma yoluyla kamulaştırma gerçekleştiği takdirde, belirtilen tutanağın da Tapu Müdürlüğüne gönderilmesiyle resen tescil yoluna gidilebilir. Kamulaştırmanın, TMK m. 705 gereği, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanım hallerinden olması sebebiyle, altıncı maddede yer alan resen tescil, açıklayıcı nitelikte olup, mülkiyet devri, tutanağın düzenlenmesiyle birlikte gerçekleşir (Kamulaştırma Kanunu m. 8/V).

<sup>55</sup> KÜRŞAT, s. 40-41.

<sup>56</sup> Bağımsız bölümlerin değeri tespit edilirken yalnızca yüzölçümünün esas alınmasının isabetsiz olduğu hususunda Yargıtay kararı için bkz. 18. HD, 17.02.2009 T, ;E. 2008/13132, K. 2009/1268, KBİBB, E.T.: 09.10.2017.

<sup>57</sup> Tescilin şartları hakkında bkz. ÜNAL/BAŞPINAR, Eşya, s.337 vd.; ESENER/GÜVEN, s. 126 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 287 vd.; SİRMEN, s. 196 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 202 vd.



-Tescil işlemine yer verilen hükümlerden bir diğeri ise, m.6/XI hükmüdür<sup>58</sup>. Anılan hükümde, Kanun kapsamında Bakanlığa tahsis edilen veya TOKİ ya da idareye devredilen taşınmazların üzerinde yeni oluşan taşınmazların, bu kurum veya kuruluş ile anlaşma sağlayan gerçek ya da tüzel kişiler adına tescilinin yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümle, maddenin on ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, Kanun ile Bakanlık, TOKİ ve İdareye üçüncü kişiler ile anlaşma yapabilmek konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bakanlığın takdir yetkisini kullanabileceği iki durum bulunmaktadır. Bunlardan ilki taşınmazların Bakanlık talebiyle ilgili kurumlara devrine; ikincisi ise, Bakanlıkça hangi iş ve işlemlerin hangi kurum tarafından gerçekleştirileceğine ilişkindir. Bu çalışma bakımından önem arz eden konu, anlaşma sağlanan kişiler adına tapuda tescil için yetkili kurumun talebinin bulunması gerektiğidir ki bu eşya hukuku prensiplerinden tescilin taşınmazın maliki tarafından talep edilmesi ilkesine uygundur.

- Kanun'da tescile ilişkin düzenlemelerden bir tanesi de m.7/IX'da yer alan, harç ve vergiler bakımından getirilmiş olan istisnalardır. Hükümde, devir ve tesciller ile ilgili işlemler bakımından noter, tapu, belediyeler tarafından alınan harçlar ve damga, veraset intikal vergileri ve diğer ücretlerin müstesna olduğuna yer verilmiştir. Hükümde belirtilen “*tescil ile ilgili uygulamalar*” ifadesi, geniş bir yorumu gerektirmektedir. Buna göre, tapuda gerçekleştirilecek tüm tapu sicil işlemleri bakımından anılan bedellerin alınmayacağı sonucuna ulaşılabilir. 6306 Sayılı Kanun'da öngörülen her tür tapu sicil işlemi, noter, tapu ve belediyeden alınan harçlardan, veraset ve intikal vergisinden, döner sermaye ücretleri ve diğer ücretlerden, banka ve sigorta muameleleri vergisinden müstesna sayılmaktadır. Dolayısıyla işlemi yapan hangi kişi ya da kurum olursa

---

<sup>58</sup> Bu çalışmanın sınırları dışında olmakla beraber, idari kurumlara devredilmiş taşınmazların, üçüncü kişilere sadece anlaşma yoluyla devrinin gerçekleştirilebilmesi, ilk bakışta soru işareti uyandırır. Zira belirtilen taşınmazlar, tescile konu olmayan ya da diğer kamu kurumlarına ait olan veya kamulaştırma yoluyla söz konusu idari kurumlara geçen taşınmazlar olup, tahsis veya devir yapılan İdare tarafından meydana gelen yeni taşınmazların hangi usulle devredilebileceği düzenlenmemiştir. Bu sebeple hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve Yüksek Mahkeme tarafından hükmün kanun koyucunun takdir yetkisinin kapsamında olduğu ve bu nedenle anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Karar için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140726.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140726.htm>, E.T.: 07.10.2017



olsun bu kişiler Kanun kapsamında gerçekleşen hiçbir tescil işlemi için, tapu sicil harç, vergi ve masraflarını ödemek zorunda kalmayacaktır.

### B. Şerh

Şerh işlemi, en genel ifadeyle hukuk düzeninin sınırlı şekilde öngördüğü durumların tapu kütüğüne işlenmesi<sup>59</sup> olarak tanımlanmaktadır. Şerh işlemiyle belirli hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülme imkânı yaratılmış olur. 6306 Sayılı Kanun'da da, şerh işlemine m. 6/I'de yer verilmiş olup, hüküm uyarınca *“Bu taşınmazların sicilinde bulunan aynı ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, hisseler üzerinde devam eder.”* Madde metniyle, paylar üzerinde devam edeceği öngörülen şerhlerin sadece, kişisel hakların ve tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerhi mi olduğu, yoksa geçici tescil şerhinin maddenin kapsamına girip girmediği tartışmaya açıktır. 6306 Sayılı Kanun uyarınca yıkım işleminin ardından taşınmazın tapudaki sayfasında yer alan bütün şerhlerin “paylar üzerinde devam etmesi”nin anlamı ve sonuçları, şerh türleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Türk hukukunda pek çok kanunda şerh işlemine yer verilmektedir. Bu şerhler “kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi ve geçici tescil şerhi” olmak üzere başlıca üç grupta incelenmektedir. Her bir grup şerhin amacı ve fonksiyonu farklılık arz etmektedir:

Kişisel hakların şerhinin başlıca amacı, bu hakların, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazananlara karşı da ileri sürülebilmesini sağlamaktır. Bu bakımdan 6306 Sayılı Kanun gereği arsa haline gelen taşınmazın sayfasında, yıkımdan önce yer alan şerhlerin, yıkımdan sonra paylar üzerinde devam etmesine ilişkin düzenlemeyle, kişisel hak sahiplerinin menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı tahmin edilmektedir. Fakat çoğu kez paylar üzerinde bu şerhlerin devam etmesi, kişisel hak sahiplerinin menfaatlerinin kentsel dönüşüm ile büyük ölçüde boşa çıkmasının önüne geçemeyecektir. Çünkü yıkımdan sonra pay üzerindeki kişisel hakkın taşınmazın belirli şekilde değerlendirilmesi sürecinin ardından kullanılabilir bir hak olup olmayacağı belirsizdir. Örneğin yıkılmadan önce işyeri olan bir taşınmaz üzerindeki kira hakkına ilişkin şerh, paydaşlarca değerlendirmenin konut şeklinde gerçekleşmesi halinde ne anlama gelecektir? Başka bir hukukî sorun da özellikle arsa payı karşılığı inşaat, alım, önalım, gerialım ya da taşınmaz satış vaadi

<sup>59</sup> AKİPEK/AKINTÜRK, s. 313; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 216.

sözleşmelerinden doğan haklarını şerh ettiren kişilerin 6306 Sayılı Kanun m. 6 uyarınca 2/3 çoğunluğa katılmayan paydaşların paylarının açık artırma yoluyla satışına karar verilmesi halinde ortaya çıkabilecektir. Konuya ilişkin daha detaylı bir hükmün öngörüldüğü Yönetmelik'in 15 ve 15/A maddelerinde açık artırma usulü ile satış düzenlenmiştir. Yönetmeliğin m. 15/A/VI/c.1 uyarınca “*Açık artırmaya en az üçte iki çoğunluk ile anlaşılan paydaşlar dışında herhangi biri katılamaz.*”. Kanaatimizce açık artırmaya paylar üzerinde şerh edilmiş olan özellikle arsa payı karşılığı inşaat, alım, önalım, gerilim ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan hakların sahiplerinin de katılabileceğinin öngörülmesi normun amacına, mevcut düzenlemeden daha çok hizmet ederdi. Zira Kanun'un m. 6/I'de. “*Açık artırma ile satışı yapılacak payların üzerindeki ipotek, ihtiyati haciz, haciz ve intifa hakkı gibi haklar, satış sonrasında satış bedeli üzerinde devam eder. Satış işlemi sonrasında tapu kaydındaki haklar ve şerhler Bakanlığın talebi üzerine tapu müdürlüğünce resen terkin edilir.*” hükmü ile kişisel hakkını şerh ettiren üçüncü kişilerin kişisel haklarını evvelce kuvvetlendirmiş olmalarının, şerhin satışının ardından Bakanlık tarafından resen terkin edilecek olması sebebiyle bir önemi ve anlamı kalmamaktadır Açık artırmaya bu kişilerin de katılabilmesine ilişkin olarak önerdiğimiz çözüm, bir nebze de olsa kişisel hak sahiplerinin olası menfaat kayıplarının önüne geçmeye yarayabilir. Kanaatimizce Kanun'a ve Yönetmelik'e konuya ilişkin açık hükümler eklenebilir.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin şerhler, adından da anlaşılacağı üzere, taşınmaz malikinin taşınmazı üzerinde tasarruf yetkisinin daraltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması amacını taşır<sup>60</sup>. Çekişmeli kişisel haklar; haciz, iflas kararı ya da konkordato ile verilen süre; kanunen şerh verilmesi öngörülen işlemler tapuya şerh edilmekle, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazananlara karşı ileri sürülebilmektedir (TMK m. 1010). 6306 Sayılı Kanun'un m. 6/I uyarınca “*temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh*”in paylar üzerinde devam edeceği belirtilmiştir. Fakat bu pay, değerlendirme anlaşmasına katılmayan 1/3'lük dilimde yer alan bir paya ve pay açık artırma ile

---

<sup>60</sup> ÜNAL/BAŞPINAR, Eşya, s. 358 vd.; NOMER, Haluk Nami /ERGÜNE, Serkan, Eşya Hukuku Zilyetlik ve Tapu Sicili, 4. Gözden Geçirilmiş 4. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 142.

satılmışsa, türü bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin şerhlerin resen terkin edileceği hükme bağlanmıştır.

TMK m. 1011’de düzenlenen geçici tescil şerhi ile çekişmeli bir aynı hakkın güvence altına alınmak istenmesi ya da tescil için gerekli belgelerin eksik olması halinde bunların tamamlanması amaçlanmaktadır<sup>61</sup>. Bu şerhlerin yıkımın ardından pay üzerinde devam etmemesi, hak iddiası taşıyan üçüncü kişiler bakımından hak kayıplarına neden olabilir. Bu nedenle bu şerhlerin de, 6306 Sayılı Kanun m. 6 metninden anlaşılacak şekilde birlikte pay üzerinde devam etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Ancak bu şerhler değerlendirme anlaşmasına katılmayan 1/3’lük paylara ilişkinse, açık artırma sonucunda bu şerhler de resen terkin edilir.

### C. Beyan

Beyan, TMK ve Tapu Sicil Tüzüğünde tanımlanmayan fakat konusu olan işlemlerden, anlamı ve kapsamı anlaşılabilen bir tapu sicil işlemidir. Hatta birçok düzenlemede, niteliği tartışmalı olmakla birlikte beyan olarak öngörülmüş tapu sicil işlemleri bulunmaktadır<sup>62</sup>. Beyan, tescil ve terkinin aksine tasarruf işlemi olmayıp, bir taşınmaza ilişkin fiili veya hukukî durumların açıklanması amacını taşır ve bu durumların üçüncü kişilere de ileri sürülmesini sağlar<sup>63</sup>. Dolayısıyla, taşınmaz üzerinde hak kazanan kişilere beyanlar kısmında yapılan belirtmeler ileri sürülebilir<sup>64</sup>. Ancak, beyanlar açıklayıcı nitelikte olup, doğrudan aynı haklara ilişkin herhangi bir etki yaratmaz<sup>65</sup>. Buna ek olarak, tapu siciline güvenin korunması ilkesi beyanlarda uygulanmaz<sup>66</sup>.

6306 Sayılı Kanun’un m. 3/II’de, yapıların riskli olduğunun tapuda beyanlar hanesinde belirtileceği ve taşınmaza ilişkin aynı ve şahsi hak

<sup>61</sup> TMK m. 1011’de açıkça sayılmış olmamakla birlikte TMK m. 893-895 hükümlerindeki alt yüklenici ve zanaatkarların kanuni rehin istemelerine ilişkin haklarının şerhi de geçici tescil şerhi olarak değerlendirilmektedir. Bkz. AYAN, C.I, 410.

<sup>62</sup> ERGÜL, Işıl, Tapu Sicilinde Beyanlar, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 54.

<sup>63</sup> AYAN, s. 422 vd.; SİRMEN, s. 241; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 233.

<sup>64</sup> ERGÜL, s. 61. Ancak öğretilerde, beyanların hüküm ve sonuçlarının her hale göre değiştiği ve bu sebeple belirli bir kural koymanın mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. ÜNAL/BAŞPINAR, Eşya, s. 412; KÜRŞAT, s. 31.

<sup>65</sup> ÜNAL/BAŞPINAR, Eşya, s. 333; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 262.

<sup>66</sup> ERGÜL, s. 61 ve özellikle dn. 243’te sayılan yazarlar.

sahiplerine bilgi verileceği düzenlenmiştir. 6306 Sayılı Kanun m. 3/II hükmünün 2. cümlesinde yer alan, belirtme ifadesi öğretide bir kısım yazarlarca eleştirilmektedir<sup>67</sup>. Hükmün ilk cümlesinde beyan ifadesine yer verilmişken, ardından belirtme ifadesinin kullanılması ve Tapu Sicil Tüzüğü'nde de beyan ifadesinin benimsenmiş olması sebebiyle, hükmün özensiz bir şekilde kaleme alındığı ileri sürülmektedir. Buna göre, tespit raporuna ilişkin bildirim Bakanlık veya İdare tarafından gerçekleştirileceği ve tapu müdürlüğünün de bu bildirim üzerine beyanlar hanesinde belirtme yapacağı düzenlenmiştir. Kanunla getirilmiş olan yeni bir beyan işlemi bulunmaktadır. 6306 Sayılı Kanun'da yer alan beyan işlemiyle tespit kararının varlığının açıklandığı ve bu konuda iyiniyet iddialarının ortadan kaldırıldığı ileri sürülmektedir<sup>68</sup>. Diğer bir deyişle, sonradan aynı hak kazananların, yapının riskli olduğunu bilmediklerini ileri sürmelerine imkân kalmaz. Örneğin, taşınmazın riskli yapı olduğuna ilişkin beyanlar hanesine belirtme yapılmasından sonra, bu taşınmazı satın alan iyiniyetli kişiler yıkıma karşı herhangi bir itirazda bulunamaz.

Kanun'un beyan işleminin, taşınmaz üzerindeki kişisel hak sahiplerine etkisi de değerlendirilmelidir. Öğretide, kiracının, taşınmazı riskli yapıya ilişkin beyanı bilmeden kiralaması halinde kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurabileceği ileri sürülür<sup>69</sup>. Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu, yapının riskinin kendisinden kaynaklanıp kaynaklanmamasına veya yıkımın gerçekleşmesine bağlı değildir<sup>70</sup>. Ancak, yapının kira sözleşmesinin kurulmasından sonra riskli hale gelmesi ihtimalinde, kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurulabilir fakat kiraya verene kusur yüklenemeyeceği için kendisinden tazminat talebinde bulunulamaz.

#### **D. Terkin**

Terkin işlemi, 6306 Sayılı Kanun'un m. 6/I, II'de yer almaktadır. İlk fıkrada yer alan hükümde, taşınmazların yıkılmasından sonra kat mülkiyeti veya kat irtifakının, maliklerinin muvafakatine gerek bulunmaksızın resen terkin edileceği düzenlenmiştir. Böylece, fiili durum hukukî durumla eşleştirilmektedir. Zira binanın yıkılması ile kat mülkiyeti

---

<sup>67</sup> ÖZSUNAY, s. 18 dn. 16.

<sup>68</sup> KÜRŞAT, s. 31.

<sup>69</sup> KÜRŞAT, s. 32.

<sup>70</sup> Kiraya verenin kiracıyla, yapının riskli olduğunu bile bile sözleşme yapması halinde, kusurlu olduğu kabul edilir ve bu nedenle culpa in contrahendo sorumluluğu uyarınca kendisinden tazminat talep edilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. KÜRŞAT, s. 33.

kendiliğinden sona erdiği için var olan kayıtların artık hukukî bir hükmü bulunmamaktadır. Bu yüzden kanun koyucu resen terkin için Bakanlığın talebini yeterli görmüştür.

Maddenin ikinci fıkrası uyarınca, taşınmazların yıkımından sonra 2/3 çoğunluk ile karar alınamaması ve kamulaştırma yoluna gidilmesi halinde, maliklerle yapılan uzlaşma tutanağında terkinle ilişkin maliklerin feragat ve muvafakatlerinin bulunması gerekmektedir. Yapılan düzenlemede, Bakanlık, TOKİ veya İdareye geçen taşınmaz payı üzerinde her tür tasarruf işleminin gerçekleştirilebilmesi için hem tescil hem de terkin ifadesine yer verilmiştir.

## SONUÇ

6306 Sayılı Kanun'un genel felsefesinin, kişilerin yaşam hakkının korunabilmesi ve yaşam alanlarının dönüştürülmesi olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, Kanun'da dönüşüm için gerçekleştirilebilecek olan uygulamalar, mülkiyet hakkının ihlaline de yol açmaktadır. Bu kapsamda, özellikle Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen hükümler yerinde olmakla birlikte, halen Kanun'da, dönüşüm sürecini hızlı tutmak adına idareye verilmiş geniş yetkiler bulunmaktadır. Bununla birlikte, tapu sicil işlemleri bakımından tamamen kanuni düzenlemelere dayanılarak işlem yapılması ise, eşya hukukundaki ilkelerin tersine bir durum oluşturmaktadır. Ayrıca, anılan Kanun ve uygulama yönetmeliği arasında normlar hiyerarşisi ve tapu sicil işlemleri için kullanılan ifadeler bakımından uyumsuzluklar göze çarpmaktadır.

Üzerindeki yapının yıkılmasıyla arsa haline gelen taşınmazın ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin anlaşmalarda aranan 2/3 çoğunluğun pay ve paydaş çoğunluğu olarak anlaşılması gerekmektedir. Elbirliği halinde mülkiyet konusu taşınmaz ya da taşınmaz paylarının "ortakları"nın oybirliği ile hareket etmeleri; bu sağlanamıyorsa, TMK m. 703 gereği "malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesi" ile önce elbirliği halinde mülkiyetin sona erdirilmesi gerekir. Yapı yıkılmadan önce üzerinde kat mülkiyeti ya da kat irtifakı mevcutsa "hisseleri oranında paydaşların 2/3 çoğunluğu" hesaplanırken, paylı mülkiyet için benimsenen sonuçlar dikkate alınmalı ve hem payların hem de paydaşların 2/3 çoğunluğu ile arsanın nasıl değerlendirileceğine ilişkin anlaşma yapılmalıdır.

6306 Sayılı Kanun uyarınca yıkım işleminin ardından taşınmazın tapudaki sayfasında yer alan bütün şerhlerin “*paylar üzerinde devam etmesi*”nin anlamı ve sonuçları, şerh türleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Paylar üzerinde kişisel haklara ilişkin şerhlerin devam etmesi, kişisel hak sahiplerinin menfaatlerinin kentsel dönüşüm ile büyük ölçüde boşa çıkmasının önüne geçemeyecektir. Taşınmazın açık artırma konusu olması durumunda, bu açık artırmaya, paylar üzerinde şerh edilmiş olan özellikle arsa payı karşılığı inşaat, alım, önalım, gerilim ya da taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinden doğan hakların sahiplerinin de katılabileceğinin öngörülmesi isabetli olurdu. Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin şerhler ise, paylar üzerinde devam eder. Geçici tescil şerhlerinin, Kanun metninden anlaşılacakla birlikte pay üzerinde devam etmesi gerektiği kabul edilmelidir.

6306 Sayılı Kanun ile getirilmiş olan riskli yapı niteliği, tapu sicilinde beyan işlemiyle gerçekleşecek olup, yapıların riskli olduğunun tespitine ilişkin kararın varlığı açıklanır ve bu konuda üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları ortadan kalkacaktır. Bu durum, kamu hukukundan kaynaklı bir kısıtlama niteliğindedir.

## KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- AKKAR, Z. Müge, Kentsel Dönüşüm Üzerine Batı’daki Kavramlar, Tanımlar, Süreçler ve Türkiye, Şehir Plancıları Odası Planlama Dergisi, S. 36, Ankara 2006, s. 29-38.
- ALPÖĞÜNÇ, Erkan, “Arsa Payı Kavramı, Önemi, Hesaplanması, Düzeltme Davası” TBBD S. 89 Y. 2010, Ankara 2010, s. 493-506.
- ATEŞ, Turan., 2/B’lerin Satışı ve Kentsel Dönüşüm, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- ÇAKALLI, Mehmet Emin, Kentsel Dönüşüm Projeleri ve İlgili İdari Yargı Kararları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013
- ÇOLAK, Nusret İlker, “Kentsel Dönüşüm/Kenti Dönüştürme ve Uygulanma Şekilleri”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.7, Y. 2013 (E.T.: 03.09.2017 <https://www.jurix.com.tr/article/4378>)
- DİNÇER, Billur, Kentsel Dönüşüm ve Sosyal Adalet, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

- ERGÜL, Işıl, Tapu Sicilinde Beyanlar, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- GENÇ, Fatma Neval, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü”, Yönetim ve Ekonomi Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.15, S. 1, Y. 2008, s. 115-130.
- GÜNAY, Meryem, “Riskli Yapılarda Ortak Karar Protokolüne Karşı Açılan Davalar ve Hâkimin Müdahalesi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 14, Temmuz 2016, s. 105-133. Tam metin için bkz. <https://jurix.com.tr/article/7498> (E.T.: 10.10.2017).
- <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>  
<http://www.tdk.gov.tr>
- KARAKOCALI, Ahmet/TOKBAŞ, Hakan/SENCER, Sıla/KURŞUN, Ali Suphi, Sorularla Kentsel Dönüşüm Hukuku, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017.
- Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)
- KOÇAKLI, Engin, Riskli alanlarda Maliklerin Uygulamasında 2/3 ile Karar Alınması ve Bu Alınan Kararlar Doğrultusunda İdarenin Kararları Uygulama Olanığı ve Görevi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 14, Temmuz 2016, s. 135-159. Tam metin için bkz. <https://jurix.com.tr/article/7499> . (E.T.: 08.10.2017).
- KÜRŞAT, Zekeriya, “6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, Kentsel Dönüşüm Hukuku (YASİN, Melikşah/ŞAHİN, Cenk (ed.), İstanbul Üniversitesi S.S.ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, İstanbul 2013, s. 21-50.
- NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 16. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.
- ÖZ, Turgut, “Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1-2, Ocak-Şubat 2016, s. 391-402. Tam metin için bkz. <https://jurix.com.tr/article/7498> (E. T.: 09.10.2017).
- ÖZMEN, Ethem Saba/AYDIN, Gülşah Sinem, Birlikte Mülkiyette (Paylı Mülkiyet/Elbirliği Mülkiyeti) Yapılan Kazandırıcı İşlemler ve 6306 Sayılı Kanun’a Dayalı Uygulama, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Haziran 2015, s. 13-38. Tam metin için bkz. <https://jurix.com.tr/article/5329> (E.T.: 05.10.2017).
- ÖZMEN, Ethem Saba/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Kat İrtifakı, Yenilenmiş 2. Bası, On İki Levha Yayınları İstanbul 2015.
- ÖZSUNAY, E., 6306 Sayılı Kanun ve Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

- SARAÇ, Murat, Kentsel Dönüşüm ve Gelişimi, Sosyal Boyutu, Kentsel Dönüşümden Doğan Hukukî Sorunlar, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.
- SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- ŞİMŞEK, Suat, Türkiye’de Kentsel Dönüşüm Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Orman Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, (ÜNAL/BAŞPINAR, Orman)
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, (ÜNAL/BAŞPINAR, Eşya).
- ÜSTÜN, Gül, Kentsel Dönüşüm Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- YILDIRIM, Ramazan, “İdâreye Taşınmaz Mal Kazandıran Bedelsiz Terk, Devir ve Temlikler”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Temmuz 2016, Sayfa: 13-22 (Tam metin için bkz. <https://www.jurix.com.tr/article/5404> E.T.: 07.10.2017.



# ESRA KARARI IŞIĞINDA BİR HASSAS DENGE DEĞERLENDİRMESİ: KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI vs. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ

## A DELICATE BALANCE ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE ESRA CASE: PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS etc. ARTISTIC FREEDOM

DOI: 10.21492/inuhfd.336595

**Şafak PARLAK BÖRÜ\***

### Özet

Kişilik hakkı çeşitli unsurlardan oluşur. Çalışmamızda kişilik hakkını oluşturan unsurlardan özellikle özel hayatın gizliliği, şeref ve haysiyetin korunması ile bu unsurların Anayasamız tarafından güvence altına alınmış olan sanat özgürlüğü karşısındaki durumunu ele alıp değerlendireceğiz.

Sanatçı yaratma gücünü, düşünce ve ifade özgürlüğünü kullanarak bir eser meydana getirir. Ancak sanat özgürlüğü sınırsız değildir; sanatçının bu özgürlüğünü kullanırken başkalarının da özgürlüklerini ve haklarını göz ardı etmemesi gerekir. Bununla birlikte, kişilik hakkına dahil değerlerin, basın özgürlüğü veya sanat özgürlüğünün ölçüsüz ve dolayısıyla hukuka aykırı bir şekilde kullanılması sonucunda ihlal edildiğine sıklıkla rastlanmaktadır. Kişinin özel hayatının gizliliğine, şeref ve haysiyetine bir gazete yazısı ile müdahale edilebileceği gibi bir romanla, bir fotoğrafla, sinema eseri veya bir tiyatro oyunuyla müdahale edilebilir.

Eser sahibinin menfaati ile sanat eserine konu olan kişilerin menfaatlerinin karşılıklı değerlendirilmesinde somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bir eserde kurgu ve gerçekliğin ne kadar iç içe geçtiğini, aradaki sınırın nasıl çizilebileceğini belirlemek kolay olmamakta, ancak karşılıklı menfaatlerin dengelenmesinde bu husus önemli rol oynamaktadır. Sunumumuzda bu konuda Almanya'da büyük yankı uyandıran Esra kararı ve diğer bazı karar örnekleri ışığında, kişilik haklarıyla çatıştığında sanat özgürlüğünün sınırının nasıl çizilebileceğini, somut olayda menfaatlerin değerlendirilmesinde dikkate alınacak ölçütlerin uygulamada nasıl şekillendiğini ele alarak değerlendireceğiz.

**Anahtar Kelimeler:** Kişilik haklarının korunması, kişilik hakkı, sanat özgürlüğü, Esra kararı, özel hayatın gizliliği, özel hayata saygı hakkı, temel hakların çatışması.

---

\* Yrd. Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sparlak@law.ankara.edu.tr .

### **Abstract**

The personality right consists of various key elements. In this work, we will attempt to analyze these elements which form the personality rights, especially the right to respect for private life and the protection of honor and dignity, and the position of these elements in relation to artistic freedom, which is guaranteed by our Constitution.

The artist creates a work of art using his power of creation and his freedom of thought and speech. The artistic freedom, however, is not boundless; the artist should not ignore the rights and freedoms of others while using the freedom of his own. However, it is frequently observed that the values involved in the personality rights are violated by unrestricted and therefore illegitimate use of freedom of the press or artistic freedom. The right for respect for private life, dignity and integrity of an individual can be intervened with either by an article written in a newspaper or by a literary novel work, photograph, film or theatrical performance.

The characteristics of the concrete case must be taken into account in the evaluation of the mutual interests of the owner of the work of art and individuals who are the subject of the work of art. In a work, it is not easy to determine how much fiction and reality intersect and how the border between fiction and reality can be drawn, but this point is crucial for balancing mutual interests. In this study, in the light of the “Esra” case, which have caused great repercussions in Germany, and some other cases, we try to evaluate how the boundaries of artistic freedom can be drawn when it conflicts with the personality rights, and how the criteria for evaluation of benefits in the case are applied in practice.

**Keywords:** Protection of personality rights, personality right, artistic freedom, The Esra case, right to privacy, right to respect for private life, conflict of fundamental rights.

## **I. GİRİŞ**

Dünya edebiyatının en bilinen örneklerinden bir kısmı tamamen kurgu, hayal mahsulü değildir. Sanatın pek çok türünde gerçek hayattan esinlenme gündeme gelebilirse de, bu durum en çok edebi eserlerde karşımıza çıkmaktadır. J.Wolfgang von Goethe'nin ‘Genç Werther’in Acıları’ adlı -evli bir kadına ümitsiz bir aşkla bağlanan ve sonunda intihar eden genç bir şairin hikayesini konu alan- mektup tarzındaki romanında kamuoyu kadın karakterin arkasındaki gerçek kişiyi kısa sürede anlamıştır. Nobel edebiyat ödülüne layık görülmüş, Rus şair Boris Pasternak’ın tüm Dünyada üne kavuşmasını sağlayan ‘Doktor Jivago’ adlı romanındaki ‘Lara’ ana karakterinin kendisinden ilham alındığı sevgilisi Olga Ivinskaya uzun zaman politik baskılara maruz kalmıştır. Türk edebiyatına baktığımızda, Ayşe Kulin’in ‘Adı Aylın’ adlı romanı da yine bu tür eserlere bir örnek olarak sayılabilir.

Sanat özgürlüğü ile hayali/edebi karakterlerin arkasındaki gerçek hayat modellerinin menfaatlerinin korunması arasındaki çatışma, gerçeklik ve kurgusallığın biraraya getirildiği hatta bazen birbirine

kariştığı yeni roman türü denemeleriyle yeni bir boyut kazanmıştır. Birçok ulusal mahkeme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerçek hayatları temel alan ve gerçek kişileri küçük düşürücü yahut mahremiyetlerini ihlal edici unsurlar barındıran filmler veya romanlara ilişkin açılan davalarla ilgilenmek durumunda kalmaktadır. Kişinin kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin menfaatleri ile kişilerin haber almaya ilişkin menfaatleri, düşünce özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanması konusu basın hukukunda sıkça karşılaştığımız bir durum iken; sanatsal ifade özgürlüğü de sık sık davalara konu olmaya başlaması yönüyle yeni bir menfaat dengesinin tarafı olarak ortaya çıkmıştır.

Çalışmamızda yer vereceğimiz, Münih Bölge Mahkemesi'nden Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne uzanan bir yol izleyen 'Esra' davası, anılan menfaat dengesini ele almakta olup, Avrupa'da hayli yankı bulmuştur. Maxim Biller'in 'Esra' adlı romanı -yazarı eserde açıkça bu hususu reddetmiş olsa da- içinde güçlü otobiyografik ve özel hayatın gizliliğine ilişkin, mahrem unsurlar barındıran yönüyle, kişilik hakları ile sanat özgürlüğü arasındaki menfaat çatışmasını gündeme getirmiş; bu yönüyle de yargıya taşınmış bir uyuşmazlığın konusu olmuştur. Bu dava ışığında, çalışmamızda başta şeref ve haysiyetin korunması, mahremiyetin korunması (özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı) gibi unsurlar ile bu unsurların Anayasa tarafından koruma altında olan sanat özgürlüğü karşısındaki durumunu ele alıp değerlendirmeye çalışacağız.

## II. KİŞİLİK DEĞERİ OLARAK KORUNAN UNSURLAR: ŞEREF, HAYSİYET ve MAHREMİYET

### A. Kişinin Şeref ve Haysiyetinin Korunması

Şeref ve haysiyet, bir kimseye toplum tarafından verilen manevi değerlerin toplamıdır<sup>1</sup>. Kişi bu değerlerin bir kısmına insan olarak doğuştan sahip iken, bir kısmını sonradan kendi davranışlarıyla (mesleki yetenek, kişisel düşünceler, bilim-sanat-spor vs.alanlarındaki başarılar gibi) edinir. Bu nedenle, toplumda kişiler bir insan olarak doğuma ilişkin değerlerinin (herkesin insan olması sebebiyle sahip olduğu şeref) yanısıra, davranışları, yetenekleri, kendini geliştirme çabalarıyla da değerlendirilir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> HUBMANN, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, Köln Graz 1967, s.288; KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2013, s.87.

<sup>2</sup> Bkz. TREBES, Anja: Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit vor Presseveröffentlichungen in Deutschland, Frankreich und Spanien (eine

Bu çabaların sonucu olarak, kişiler toplum içinde değişik alanlarda değer kazanır<sup>3</sup>.

Şeref ve haysiyet nisbi bir kavram olarak değerlendirilmektedir. İnsanın içinde bulunduğu çevre ve zamana göre değişebilir. Buna göre, toplum ve/veya çevre değiştikçe ya da bir toplumdaki ahlaki ve manevi değer yargıları değiştikçe, o davranışın şeref ve haysiyete tecavüz oluşturup oluşturmadığının yanıtının da değişmesi mümkündür<sup>4</sup>. Bu bağlamda, şeref ve haysiyet teknik bir hukuki terim olmayıp, tarihi koşullara, ahlaki ve dini inanışlara göre bir toplumda geçerli değer yargıları çerçevesinde belirlenmektedir<sup>5</sup>.

Kişinin şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi tek başına söz konusu olabileceği gibi (ör: bir kimseyi silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı yapmakla itham etmek), özel hayatın gizliliğini ihlal (ör: bir kimsenin özel hayatına ilişkin mahrem bilgilerin basına sızdırılması) ya da kişinin resmi üzerindeki hakkının ihlali (ör: bir kimsenin rızası olmaksızın, yüzündeki yaraların bir hastalığın tipik örneği olarak yayımı<sup>6</sup>; ‘Gece yarısı sanatçının evinde yakalanan iki küçük kız’ başlıklı haberde yanlışlıkla başka kızların resminin yayınlanması<sup>7</sup>) ile birlikte de ortaya çıkabilir. Yine kişiyi hakkında yanlış bilgi verme suretiyle topluma farklı tanıtma da kişinin şeref ve haysiyetini zedeleyebilir<sup>8</sup>. Kişi, kendisi hakkında kamuoyuna doğru bilgi verilmesini isteme hakkına sahiptir<sup>9</sup>.

---

rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes), Dresden 2002, s.47.

<sup>3</sup> HUBMANN, s.288-289; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015, s.127; yine bkz. KILIÇOĞLU, s.87-89.

<sup>4</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s.128. Kişinin kendisine çok değer vermesi ya da çok hassas bir şeref duygusuna sahip olması gibi durumlarda ise, bu gibi hususlar şeref ve haysiyetin ihlal edilip edilmediğine ölçü olarak alınmaz. Zira bu tür değerlendirmeler objektif değil, subjektif esaslara göre yapılmış olur (s.129).

<sup>5</sup> SCHÖNBERGER, Simone: Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld 2011, s.119; PETEK, Hasan: Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması, Ankara 2015, s.61.

<sup>6</sup> Belirtmek gerekir ki, bu tür bir yayım tıpla ilgili dergilerde, bilimsel çalışmalarda yapılmış ise, bu takdirde kamu yararının gündeme gelmesi nedeniyle hukuka uygun olacaktır.

<sup>7</sup> Y.4.HD, 4.3.1977, E.974/13159, K.2520 (yayımlanmamıştır, KILIÇOĞLU, s.111).

<sup>8</sup> PETEK, s.61. Kişi hakkında gerçek dışı bilgi verilmesi her zaman şeref ve haysiyete tecavüz sonucunu doğurmayabilir. İsviçre hukukunda bu gibi hallerde, hakkında gerçek dışı bilgiler verilmesi karşısında kişinin kimlik koruması (Identitätsschutz) yoluna başvurabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, önemsiz kabul edilebilir nitelikte, değer yargısı içermeyen gerçek dışı bilgilerin kişilik hakları korumasından yararlanması

Şeref ve haysiyetin ihlali söz, yazı, resim veya bir hareketle bir kimseye toplum tarafından verilen manevi değerlere karşı meydana gelen saldırı sonucu bunlarda bir azalmanın meydana gelmesidir; bir başka deyişle, kişinin çevresi ve toplum tarafından kendisine verilen sosyal değer ve itibarında bir azalma olmasıdır. Basın kamuoyunu bilgilendirme ve aydınlatma görevini yerine getirirken, basın özgürlüğü ile şeref ve haysiyete (genel olarak kişilik haklarının korunmasına) ilişkin menfaatlerin çatışması sıklıkla gündeme gelebilen bir konudur. Basın kamuoyunu ilgilendiren konularda topluma bilgi verme ve kamuoyunu oluşturma görevini olay bildirme ve değer yargısı verme, yani eleştiri yoluyla yerine getirir. Basın olay bildiriminde bulunurken dikkat edilmesi gereken, açıklamanın gerçek ve doğru olması ve olaya konu olan kişilerin şeref ve haysiyetini zedelemeyecek bir üslup kullanılmasıdır. Yine eleştiri faaliyetinde bulunulurken de, eleştiri konusu olay doğru aktarılmalı ve değer yargısında bulunurken de bu olaya dayanılmalıdır. Haberin (eleştirinin) ‘uygun bir amaca, uygun bir araçla hizmet etmesi’ gerekir<sup>10</sup>.

Basın kişinin şeref ve haysiyetini ihlal eder nitelikteki bir olayı kamu yararı bulunmadıkça açıklama hakkına sahip değildir. Bu çerçevede,

---

konusunun doktrinde tartışmalı olduğu dile getirilmiştir (Bkz. AEBI-MULLER Regina: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005, s.201).

<sup>9</sup> Kişinin kendisi hakkında gerçeğe uygun bilgi verilmesini isteme hakkı (Recht auf Wahrheit; Schutz des Charakterbildes) ve kendi yaşam öyküsü üzerinde hakkı (Recht an der eigenen Lebensgeschichte) vardır. Bu çerçevede, kişinin kendisi hakkında doğru bilgi verilmesine ve kamu nezdinde doğru tanıtılmasına ilişkin menfaatleri zedelendiğinde, bu durum şeref ve haysiyetin ihlali olarak nitelendirilebileceği gibi, ayrı bir kişilik değeri ihlalden söz etmek de mümkündür. Kişilik hakkını oluşturan değerler sınırlı sayı ilkesinden bağımsız olarak, yeni eğilimler doğrultusunda yeni değerlere açıktır (BELLİCAN, Cüneyt: ‘Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme’, Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s. 538, dpn.12).

<sup>10</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s.132. Basının kişinin şeref ve haysiyetine müdahalesinin hangi hallerde hukuka aykırı sayılmayacağına ilişkin sınırların belirlenmesi önem arz eder. Yargıtay yayın yolu ile yapılan saldırılara ilişkin olarak öz ve biçime ilişkin koşullar açısından irdeleme yaparak sonuca varmaya çalışılmaktadır. Buna göre öze ilişkin koşullar gerçeklik, güncellik ve kamu yararadır. Biçime ilişkin koşul ise, anlatım veya sergilenişteki ölçülülüktür (ayrıntılı olarak bkz. OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2015, s.169).

bilinen bir olay nedeniyle toplum nezdinde itibarını kaybetmiş bir kişinin zaman içinde yeniden toplumda itibar kazanabilmesi mümkün ve esas olmalıdır. Aksinin kabul edilmesi, bir hırsız veya katilin tüm hayatı boyunca bu sıfatlarla anılmaya devam edilmesinin hukuka aykırı olarak değerlendirilmemesi sonucunu doğurur ki; bu kabul edilemez. Bu nedenle, bilinen gerçek olayların güncelliğini kaybettikten sonra tekrar tekrar gündeme getirilip açıklanması hukuka aykırı olarak görülebilmektedir<sup>11</sup>. Bununla birlikte, kişi kamuya mal olmuş bir kişi ise veya söz konusu olay tarihsel açıdan önemli bir hale bürünmüş ise, olayın tekrar sunulması kamu yararı gerekçesiyle hukuka uygun olarak kabul edilebilir. Yine sanat özgürlüğü çerçevesinde de, bir eser sahibinin (yazar, yönetmen gibi) geçmişte gerçekleşen olaylardan yararlanabileceğini savunmak mümkündür<sup>12</sup>.

Basın özgürlüğüne ilişkin dile getirdiğimiz bu hususlar, benzer şekilde ve mahiyetine uygun düştüğü ölçüde- eserlerini ortaya koyarken sanat özgürlüğünden yararlanan sanatçılar açısından da geçerlidir. Uygulamada özellikle başta roman olmak üzere edebi eserlerde, yine sinema ve tiyatro eserlerinde kişilik hakları ile sanat özgürlüğüne ilişkin menfaatlerin çatışması gündeme gelmektedir. Davacı bir eserde yer alan karakterlere ilişkin olarak, tasvirin türü veya içeriği yoluyla kişilik haklarının, -spesifik olarak şeref ve haysiyetinin- ihlal edildiğini ileri sürerken; eser sahibi ise sözü edilen tasvirin gerçek hayatla ilgisi olmadığını iddia etmekte, esas itibarıyla çoğunlukla da Anayasa tarafından teminat altına alınmış olan sanat özgürlüğüne dayanmaktadır<sup>13</sup>. Bir eserde, eser sahibi tarafından kendisi hakkında verilen bilgilerin gerçek dışı ve hukuka aykırı olduğunu ya da özel hayatına saygı gösterilmediğini, bu durumun şeref ve haysiyetini ihlal ettiğini<sup>14</sup> ileri süren kişi uğradığı zararı ispat yükümlülüğü altındadır.

---

<sup>11</sup> KILIÇOĞLU, s.107.

<sup>12</sup> BELLİCAN, s.539.

<sup>13</sup> Bkz. SIEGLE, Miriam: Das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht, zur Problematik der Darstellung realer Personen in Kunstwerken, Baden-Baden 2012, s. 19.

<sup>14</sup> Şeref ve haysiyetin ihlalinin ağırlığı, hükmedilecek tazminat miktarının takdirinde önem taşır. Somut olayda şeref ve haysiyetin ihlalinin ağırlığının belirlenmesinde, 'açıklamada bulunan kişi' (örneğin; ciddi bir basın organı veya güvenilir, bilinen bir yazar tarafından kişinin şeref ve haysiyetinin ihlal edilmiş olmasının -toplumda oluşturdukları güven duygusu ve inandırıcılık, ikna edebilirlik göz önüne alınırsa- daha ağır bir manevi zarara

## B. Kişinin Mahremiyetinin Korunması (Özel Hayata Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı)

Şeref ve haysiyet gibi özel hayat da kişilik hakkını oluşturan kişisel varlıklar arasındadır. Mahremiyetin, özel hayatın bir kişisel varlık olarak korunması, kişilere yabancıların bakışlarından ve takiplerinden uzak, isteklerine uygun bir hayat ve beraberinde kişiliklerini geliştirme ve koruma imkanı sağlamaktadır.

Kişinin mahremiyetinin, daha geniş çerçevede özel hayatının korunmasının sınırlarının nasıl çizileceği -nerede başlayıp nerede biteceği- hususunu belirleyebilmek adına, gerek yabancı doktrinlerde gerekse Türk doktrininde kabul edilen bir ayırım mevcuttur<sup>15</sup>. Buna göre, toplumsal bir varlık olmasının yanısıra yalnız kalma hakkına da sahip olan kişinin hayat alanları doktrinde üçe ayrılmaktadır: Kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanı (sır alanı). Ancak belirtmek gerekir ki, bu alanların hiçbir şekilde birbirinin içine geçmeyeceğini söylemek yerinde olmaz; bu anlamda doktrin tarafından yapılan bu ayırım mutlak bir ayırım değildir<sup>16</sup>.

### 1. Kamuya Açık Alan

Gerek toplum içerisinde meydana geldikleri için, gerekse ilgili kişi belirli bir aleniyet verdiği için olsun, herkesçe bilinen olaylardan oluşan

---

yol açabileceği), ‘açıklamanın şekli ve kullanılan ifadeler’ (uzun ve detaylı açıklamaların, kısa ve sade açıklamalara göre şeref ve haysiyete daha ağır bir saldırı oluşturabileceği), ‘okuyucu sayısı’ (şeref ve haysiyeti ihlal eden açıklamaların ulaştığı kişi sayısı) ve ‘saldırıya uğrayan kişi’ (saldırıya uğrayan kişinin tanınmış bir kişi olması) gibi hususlar etki edebilecektir (KILIÇOĞLU, s.113 vd; BELLİCAN, s.539).

<sup>15</sup> Alman hukukunda Hubmann’ın, İsviçre hukukunda ise Jaggi’nin 1950-60’lı yıllarda öncülüğünü yaptığı bu ayırım Türk hukukunda da kabul görmüştür. Bkz. AEBI-MULLER, s. 247 vd; DURAL/ÖĞÜZ, s.135, dpn.396’da anılan yazarlar. Ancak belirtmek gerekir ki, son yıllarda alan teorisi ve getirdiği ayırma ilişkin olarak; uygulamada alanlar arasına net bir çizgi çekebilmenin mümkün olmaması ve alanların kısmen iç içe geçmeleri nedeniyle doktrinde bu teorinin kullanışsız olduğunu ve artık dikkate alınmaması gerektiğini ileri süren görüşler artmıştır. Bkz. LARENZ, Karl/CANARIS, Claus, Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, München 1994, SR II, § 80 II 4 a ff.; NEUMEYER, Jochen: Person-Fiktion-Recht, Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Werke der fiktionalen Kunst, Baden-Baden 2010, s. 62; SIEGLE, s. 58; AEBI-MULLER, s. 250, dpn.1349’da anılan yazarlar.

<sup>16</sup> Örneğin, kamuya açık alanda gerçekleşen bir olay zaman içinde toplum tarafından unutulup özel hayatın bir parçası haline gelebilir. Böyle bir halde, kişi zaman içinde unutilan bu olayın basın tarafından tekrar tekrar güncel kılınıp açıklanmasına karşı çıkabilecektir (BGE 109 II 353; BELLİCAN, s.541; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.180; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2016, s. 124).

hayat çevresine kamuya açık alan (ortak yaşam alanı)denir<sup>17</sup>. Kural olarak bu alanda gerçekleşen olayların serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca yoktur<sup>18</sup>.

Kamuya açık alanda gerçekleşen olaylar basın tarafından kamuoyunu aydınlatma ve bilgilendirme görevi kapsamında geniş kitlelere sunulabilirse de, bazı hallerde, somut olaya göre bu olayların sınırsız bir şekilde topluma sunulması haklı görülemeyebilir. Örneğin; kamuya açık alanda kamera şakasına maruz kalan bir kimsenin -şakanın yayınlanmasında rızası olmamasına rağmen- bu görüntülerin yayınlanması, şakanın özelliğine göre kişinin şeref ve haysiyetini ya da özel hayatının gizliliğini ihlal eder nitelikte olabilir. Ancak kişi görüntülerin yayınlanmasına izin vermişse yahut bu konuda sessiz kalmışsa, bu uğradığı manevi zararın tazmini talebinden vazgeçtiği anlamına gelebilecektir. Yine kişinin alışveriş yaparken görüntülenmesi ve bu görüntüye kişinin rızası olmaksızın bir ürün reklamında yer verilmesi halinde, kişi koşulları mevcutsa şeref ve haysiyetinin yahut mahremiyetinin ihlali ya da salt resim üzerindeki hakkının ihlali nedeniyle gerekli hukuki yollara başvurulabilir<sup>19</sup>.

Kişi kamuya açık alana giren bir olayı (ör: alışverişe veya gezintiye çıkma, bir gösteriyi izleme, araba kullanma, geziye katılma gibi günlük yaşamın gerekli kıldığı davranışlar) kimliği belirsiz sade bir vatandaş olarak yaşayabilir. Ancak bazen de kişi bazı davranışlarına bizzat kendisi aleniyet verir; bir başka deyişle kişi isteyerek, kendi iradesiyle kamuoyunun gözü önünde olmayı, kamuoyuna hitap etmeyi seçer. Özellikle, mesleki açıdan yahut medyatik olmaları sebebiyle kamuoyunun ilgisini çeken ünlü kişilerin, politikacıların, sanatçıların veya sporcuların

---

<sup>17</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s.135. Doktrinde bazı yazarlar, ‘kamuya açık alan’ kavramının yanında ‘sosyal alan’ kavramına da yer vermiş bulunmaktadır. Buna göre, kişinin sosyal hayatıyla ilişkili tüm olaylar bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin; kişinin bir kurumun temsilcisi olarak işyeri merkezinde, kamusal etkinliklerde veya benzeri faaliyetlerde yer alması. Benzer şekilde, sosyal alan da, kişinin bilinçli ve başkaları tarafından algılanabilir şekilde kamuoyu nezdinde hareket ettiği bir alandır. Bundan ötürüdür ki, kural olarak bu alanda gerçekleşen olayların da serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Bkz. SIEGLE, s.57; DAMM, Renate/REHBOCK, Klaus: Widerruf, Unterlassung, und Schadenersatz in den Medien, München 2008, Rn.101, 102, 104.

<sup>18</sup> HELVACI, s. 119; BELLİCAN, s.541.

<sup>19</sup> BELLİCAN, s. 541-542 ve dpn. 23.



davranışlarını bu çerçevede değerlendirmek çoğunlukla mümkündür<sup>20</sup>. Bu gibi hallerde, somut olayın özelliklerine göre, ilgili kişi bizzat kendi iradesiyle gerçekleştirdiği davranışları sonucu, kişilik haklarına ilişkin olası bir korumadan yoksun kalabilecektir.

## 2. Özel Alan

Özel alan, kişinin sadece belirli ya da belirsiz olmakla birlikte sınırlı kişiler tarafından bilinmesini istediği ve özellikle kamuoyundan saklı tuttuğu yahut kamuoyu nezdinde güncel kalmasını istemediği olaylardan oluşan alandır. Kişi bu olayları sadece aile çevresi, yakın dostları ya da güvendiği kişilerle paylaşır<sup>21</sup>. Özel alan mekansal açıdan esasen ailevi yaşam alanları ve/veya kişinin konutu olarak kabul edilmekle birlikte; son yıllarda gelişen içtihatların sonucu olarak, ev alanı dışında da olsa, kişinin gözlerden uzak, yalnız kalmak istediğinin açık şekilde anlaşılabilir olduğu haller de bu kapsamda sayılmaya başlamıştır<sup>22</sup>.

Kişinin özel hayat alanında öğrenilen olay ve bilgilerin basın açıklaması ile belirsiz sayıda kişiye açıklanması kural olarak hukuka aykırıdır. Buna göre, örneğin; bir yazarın yakın çevresinin özel hayatına ilişkin olarak öğrendiği bilgileri romanında açıklaması; biyografisini yazarken görüşmelerde bulunduğu kamuoyuna mal olmuş ve yakın arkadaşı olan kişinin bu esnada yayınlanmasına rıza göstermeksizin aktardığı bilgilere eserinde yine de yer vermesi hukuka aykırı görülebilir. Yine yakın çevresinden kişilerin özel hayatına ilişkin hususlara bir sinema eserinde, bir tiyatro eserinde yer verilmesi de koşulları oluşmuşsa hukuka aykırı bulunabilir. Ancak yazar/senarist, kişilerin özel hayatlarına ilişkin bu bilgileri izin almak suretiyle kullanabilir ya da kişilerin tanınmayacağı şekilde kullanabilir; bu halde ise kullanım hukuka uygun olacaktır<sup>23</sup>.

Belirtmek gerekir ki, kamuya mal olmuş (toplumun dikkatini çeken) kişilerin özel alanları diğer kişilere nazaran daha dardır. Zira bu kişiler çoğunlukla özel yaşamlarının büyük bir kısmını kamuoyuyla

<sup>20</sup> SIEGLE, s. 57.

<sup>21</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s.136.

<sup>22</sup> BVerfGE 101, 361- Caroline von Monaco. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, alan teorisine göre yapılan belirleme mekansal açıdan yapılabileceği gibi, içerik açısından da olabilir (MÄRTEN, Judith Janna: Die Vielfalt des Persönlichkeitsschutzes, Pressefreiheit und Privatsphärenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in Deutschland und im Vereinigten Königreich, Baden-Baden 2015, s. 76).

<sup>23</sup> Bkz. BELLİCAN, s. 542.

paylaşmaktadır. Bunun yanı sıra, somut olaya göre değerlendirmek yerinde olmakla birlikte, menfaatlerin dengelenmesinde kamuoyunun haber alma hakkı daha üstün nitelikte ise, yapılan yayınlar hukuka uygun niteliktedir.

### 3. Gizlilik Alanı

Kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği<sup>24</sup> olayları içeren alana gizlilik alanı denir. Başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olaylar ve bunlara ilişkin belgeler bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin, aile ilişkileri, mektuplar, özel fotoğraflar, hatıra defteri, hesap ve iş defterleri ve kişinin ev hayatı gizlilik alanına dahildir<sup>25</sup>. Kişinin hayatında ortaya çıkan belirli bir durumu, olayı, ilişkiyi, hatırayı veya belge ve resimleri başkalarının bilgisinden uzak tutmak istemesi onun en doğal hakkı olarak değerlendirilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (m.12),

<sup>24</sup> PETEK, s.77. Kişinin özel hayatını oluşturan olayları sır olarak güvendiği kişilere anlatmış olması, anılan kişilerin bunları alenileştirmesini haklı göstermez ve kişilik haklarının ihlali gündeme gelir. Yargıtay'ın 'Adı Aylin' kararında (YHGK, 161/201, T.26.03.2003) bu mesele ele alınmıştır. Dava konusu olay, 'Adı: Aylin' adlı kitapta davacının özel hayatının anlatılmış olması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalılar, kitapta yer alan hususları bizzat davacının yazara anlattığını, başkasından öğrenmenin mümkün olmadığını, kişilik haklarına ve özel hayata saldırı amacı olmadığını, anılan hususların yazılmasının davacının rıza ve muvafakati dahilinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davacı ise böyle bir durumun söz konusu olmadığını, özel hayatını oluşturan hususların sır olarak güvendiği kişilere aktarılması durumunda bile güvenilen kişilerin bunları alenileştirmesinin (eserde yer alan bazı ifadelerle cinsiyeti ve cinsel aktivitesi üzerinde tereddüt uyandırıldığı ve özürle konumuna getirildiğini ileri sürerek) kişilik hakkına saldırı oluşturduğunu iddia etmiştir. Yerel mahkemenin Yargıtay'dan bozularak gelen kararında direnmesi üzerine Yargıtay HGK. konuyu ele almıştır: Kararda romanda davacının kimliği açıklanarak, özel hayatıyla ilgili unsurlara aşağılayıcı bir üslupla yer verildiği; var olan tanık açıklamasının rızanın amacını ve kapsamını açıklayacak nitelikte olmadığı; yer verilen hususların davacının gizlilik alanı ile ilgili olduğunun kuşkusuz olduğu; dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının yazılanlara geçerli bir rızasının (muvafakatının) bulunduğunu söyleyebilme olanağı olmadığı belirtilmiştir. Yine kendisine karşı bile mutlak korunması gereken kişinin onuru, kişiliği, gizlilik (sır) alanına giren hayatının onun rızası ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkça aykırı olduğu ifade edilmiştir. Davacının özel hayatı bu kadar açık bir şekilde topluma sunulamayacağından kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu kabul edilmiş; yerel mahkemenin direnme kararı bu gerekçeyle yerinde bulunmuştur; bkz. [http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay\\_Hukuk\\_Genel\\_Kurulu\\_2003\\_4\\_161.php](http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_2003_4_161.php) (erişim tarihi: 7.7.2017).

<sup>25</sup> DURAL/ÖGÜZ, s. 136; BELLİCAN, s. 543, dpn.27.

Anayasamızda (m.20, 21,22), Türk Ceza Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda bu alanı korumaya yönelik hükümler getirilmiştir.

Kişinin gizlilik alanı, iç düşünce ve duygu dünyası<sup>26</sup> ya da kısaca kişisel özgürlük bölgesinin en dokunulamaz çekirdek alanı<sup>27</sup> olarak da tanımlanabilir. Tematik açıdan cinsel yaşama ilişkin hususlar, doğum, ölüm/yas dönemi ve hastalıklara ilişkin hususlar kişinin gizlilik alanına dahil olarak kapsamlı şekilde korunur. Yine kişinin kendiyle kalmak isteğinin anlaşıldığı, başkalarının bilgisine sunmak yahut başkalarıyla paylaşmak istemediği her türlü hususi durumu, sırları da bu çerçevede değerlendirilir<sup>28</sup>. Herkes tarafından bilinen bir olay artık geçmişte kalmışsa, bu da zamanla gizlilik alanı içerisine girebilir. Örneğin; kişinin geçmişte kalan ve güncelliğini kaybeden sabıkaları -açıklanmasında üstün bir kamu yararı olmadığı sürece- onun sır alanına girer, aksi durum suçlunun kendini düzeltmesi ve onun yeniden topluma kazandırılması amaçlarıyla ters düşer<sup>29</sup>.

Alan teorisine ilişkin üçlü ayırıda özel alan ve gizlilik alanı, kişiliğin bir yansıması olarak kişilik hakkına dahil ve bu sebeple de korunmaya değer kişisel varlıklar arasında kabul edilmektedir. Özel alan ve gizlilik alanı ayrımı esasen tanınmış kişiler açısından kendini gösterebilir. Kişi ne kadar tanınmış olursa olsun gizlilik alanına sahiptir ve bu çekirdek alana dahil değerlerin korunmasını isteme hakkı vardır. Buna göre, kamuya mal olmuş kişilerin basın karşısında -tanınmamış kişilere nazaran- özel alanlarına müdahaleye daha fazla katlanmaları gereği söz konusu olurken, gizlilik alanlarının korunması konusunda kural olarak tanınmamış kişilerle eşit durumda olabileceklerini söylemek mümkündür<sup>30</sup>. Yine bu ayırımın diğer bir pratik önemi, manevi zararın ağırlığının ve buna bağlı olarak tazminatın belirlenmesinde ortaya çıkabilir.

<sup>26</sup> PASCHKE, Marian: Medienrecht, Heidelberg 2009, Rn.935; RICKER, Reinhart: Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des einzelnen, NJW 1990, s. 2097, 2098.

<sup>27</sup> BVerfGE 6, 32, 41- Elfes; MÄRTEN, s. 76.

<sup>28</sup> SIEGLE, s. 55.

<sup>29</sup> BGE 71 IV 130.

<sup>30</sup> BELLÍCAN, s. 543.

Kişinin kendisine ve özel hayatına ilişkin bazı hususların gizlilik alanında kalması yönündeki iradesi beyanlarından (açıklamanın yapıldığı kişiye bunun saklı tutulması ve yayınlanmaması gerektiğinin bildirilmesi) veya davranışlarından (kapı, tel örgü, duvar gibi engeller koyma, belgeleri saklama) anlaşılabilceği gibi, karşı tarafın bu yöndeki sır saklama yükümlülüğü yasal olarak düzenlenmiş (TMK m.185)<sup>31</sup> ya da sözleşmeyle kararlaştırılmış olabilir.

Hekimler ve avukatlar mesleklerini icra ederken kişilerin özel hayatlarına ilişkin bazı sırları da öğrenirler. Bu kişilerin hatıralarını yazarken, roman türünde kurgusal eserler ortaya koyarken ve hatta bilimsel bir eser üzerinde çalışırken dahi, hastaları veya müvekkilleri hakkında edindikleri hususi bilgi ve sırları, bu kişilerin kim olduğu anlaşılmayacak şekilde aktarmaları gerekir<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Eşlerden her biri, evlilik hayatlarına ilişkin ve açıklanması eşinin kişiliğini zedeleyecek gizli hususları, üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü altındadır. Ancak zorlayıcı sebepler, örneğin, boşanma davasında söylenen yahut delil olarak ileri sürülen hususlar bu kurala istisna oluşturur. Bununla birlikte, boşanma davasındaki bütün hususların aynen ve tamamen yayınlanması da, somut olayın özelliklerine göre, ayrılan eşlerin kişilik haklarını ihlal edebilir (BELLİCAN, s. 544). Örneğin, bir Fransız mahkeme kararında, mahkeme kararlarını yayımlayan bir karar dergisinin bir boşanma ilamını aynen yayınlaması -kocanın aşırı dereceye varan cinsel ilişki isteği yüzünden yıpranan ve sağlığı bozulan kadının bu sebeple ileri sürdüğü boşanma talebinin kabul edildiği mahkeme kararını aynen yayımlayan derginin buradaki soyadlarını ve küçük isimleri de aynen yazması nedeniyle- hüviyeti açıkça anlaşılan kocanın mahremiyetinin ihlal edilmesi sebebi ile manevi zarara uğradığı gerekçesiyle, kişilik hakkına tecavüz sayılmıştır (İMRE, Zahit: Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFD, C.29, S.1-4, s.156-157).

<sup>32</sup> Bu noktada akla, eserdeki karakterin kendisi olduğunu kendisinden başka hiç kimsenin farkedemediği bir kişinin sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle dava açıp açamayacağı sorusu gelebilir. Doktrinde isabetli olarak dile getirildiği üzere, bu durumda ortalama okur algısıyla hareket edilmeli; romanda sunulan bilgilerden hareketle romanda geçen karakterin gerçekte kim olduğunu eğer ki ortalama bir okur algılayamıyor ise, kişilik hakkı ihlalinden söz edilememelidir. Aksi durum, sanat özgürlüğünün haksız yere kısıtlanmasına neden olur. Ortaya konulan karakter özellikleri itibarıyla bir gerçek kişiyle benzerlik arz edebilir; esas olan, bu benzerliğin ortalama bir okur nezdinde kesinlikle o gerçek kişinin anlatılmak istendiği yönünde bir yargıya vardırarak derecede olmamasıdır (BELLİCAN, s. 544, dpn.29).

### III. KİŞİLİK HAKKINA DAHİL DEĞERLERE MÜDAHALEDE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Özel hayatın gizliliği veya şeref ve haysiyetin ihlali konularına ilişkin olarak söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri ‘kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası’ ve ‘üstün nitelikte kamu yararı’ olarak karşımıza çıkar (MK m.24/II).

Kişinin rızası, özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleleri hukuka uygun kılabılır. Bunun tipik örneği, kamuoyunun ilgi ve dikkatini çekmek isteyen tanınmış kişilerin röportajlarında özel hayatlarına ilişkin bilgileri paylaşmalarıdır<sup>33</sup>. Bununla birlikte, kişinin rızası ile yapılan açıklamanın hukuka aykırı sayılmaması için başka koşulların da varlığı aranır: Bunlardan ilki, açıklamanın gerçek ve doğru olmasıdır; haberi veren yahut röportajı gerçekleştiren kişi, açıklamaları olduğu gibi, yorumlarını katmaksızın yapmalıdır. Ayrıca, rıza gösterilen konunun MK m.23/II, TBK m.26 ve TBK m.27 hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Örneğin; bir kimsenin fotoğraflarının çirkin fotomontajlarda kullanılmasına, cinsel yaşamına ilişkin bazı mahrem hususların açıklanmasına rızasının geçerli olmadığı ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Bununla birlikte kişinin vereceği izinle kendi özel yaşamına ilişkin bilgiler de içeren kitapların, şiirlerin yazılması, filmlerin çekilmesi veya tiyatro oyunlarının kaleme alınmasına ilişkin sözleşmeler kural olarak hukuken geçerli kabul edilmelidir. Burada göz önüne alınması gereken önemli noktalar, ortaya çıkan eserin verilen rıza kapsamındaki bilgi ve olaylar dışına çıkıp çıkmadığı ve yine bu eserlerde özel hayatlarına ilişkin bilgiler aktarılıp da kendilerinden izin alınmamış üçüncü kişilerin durumudur.

Kişinin verdiği rıza geçersiz olsa dahi, geçersiz rızaya dayalı olarak kişilik hakkına müdahalede bulunan kişinin tazminat ödememe olasılığı vardır. Tazminatın indirilmesine ilişkin TBK m.52 uyarınca mağdurun rızasının varlığı tazminatın tenkisine yol açabileceği gibi, tazminatın tamamen kaldırılmasına da neden olabilir. Yine mağdurun geçersiz sayılan rızası birlikte kusur olarak değerlendirilebilir ve bu durum hakim tarafından tazminatın tenkisinde dikkate alınır.

<sup>33</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s.139.

<sup>34</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s. 258; BELLİCAN, s. 548.

Popülerliğini kaybetmeye başlayan bazı sanatçıların adından tekrar söz ettirebilmek ve gündeme gelebilmek için, özel hayatlarına ilişkin ve üstelik gerçek dışı unsurlar içeren skandalları bizzat basına sızdırmaları gibi durumlarla zaman zaman karşılaşmaktadır. Bu gibi hallerde, şüphe yoktur ki, habere konu olan sanatçının bunun yayınlanması nedeniyle herhangi bir tazminat talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Böyle bir halde, mağdurun rızası ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilse dahi, tazminat talebi kabul görmemelidir. Ayrıca mağdurun önce izin verip sonrasında iznin geçersizliğini ileri sürerek tazminat talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir<sup>35</sup>.

Rızanın nasıl verileceği konusunda bir sınırlama mevcut değildir: Rıza açık bir irade beyanı ile verilebileceği gibi, zımni bir şekilde de verilebilir. Ancak zımni rızanın varlığı hususunda somut olayın özelliklerine göre dikkatle değerlendirme yapmak yerinde olur; zira aksi halde kişilik haklarını ihlal eden kimsenin ilk başvuracağı yol zımni rıza savunması olabilir. Örneğin, evlilik içerisinde yaşanan tartışmaların ve diğer mahrem konuların eşlerden biri tarafından üçüncü kişilere açıklanması durumunda, diğer eşin ortak yaşama katılmakla, evlilik birliğinin içerisinde olmakla bu açıklamalara zımnen rıza gösterdiği şeklinde bir yorum yapılamaz. Yine kamuya mal olmuş kişilerin sırf tanınmış olmaktan ötürü özel hayatlarına yapılan müdahalelere katlanacakları, zımnen rıza gösterdikleri yönünde bir sonuç çıkarılamaz<sup>36</sup>.

Basının görevini yerine getirme aşamasında kişilerin şeref ve haysiyetine, özel veya gizlilik alanına müdahalede bulunurken yararlanabilecekleri bir diğer hukuka uygunluk nedeni üstün kamu yararadır. Hakim somut olay değerlendirmesinde, üstün nitelikte kamu yararının var olup olmadığını takdir ederken bazı hususları göz önüne alacaktır: Habere/Açıklamaya konu kişinin kamuya mal olmuş kişi olup

---

<sup>35</sup> BELLİCAN, s. 549.

<sup>36</sup> BELLİCAN, s. 551. Yazar, bu noktada ünlü bir kişiyle birlikte olan kişinin, özel hayatının olağan zamanından çok daha yoğun bir şekilde müdahaleye maruz kalacağını kabul etmesi gerektiğini dile getirmekte; hatta örneğin bir roman yazarıyla birlikte olan kişinin özel hayatına ilişkin kimi bilgilerin romana kabul olacağı konusunda bir riski de kabul ettiği sonucuna varılabileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce, kişi bu yönde bir riski kabul etmiş olsa dahi, bu, özel hayatına ilişkin bilgilerin rızası olmadan ve kimliğinin ortalama bir okur tarafından açıkça anlaşılacağı şekilde ortaya konulması durumunda, kişilik hakkına dahil değerlerin herhangi bir üçüncü kişiye nazaran daha dar kapsamda korunmasına yol açmaz.

olmadığı<sup>37</sup>, verilen haberin içeriği, haberin gerekliliği ve hizmet ettiği yararın değerlendirilmesi ve haberin hedef kitlesi<sup>38</sup>.

Özel hayatın ve mahrem bilgilerin gizliliği ilkesinden kural olarak kamuya mal olmuş kişiler de yararlanır. Ancak toplumda üstlendikleri görev, pozisyon, buldukları konum gereği kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına -basının kamuoyunu aydınlatma görevi çerçevesinde- pek çok halde müdahale gerekebilir<sup>39</sup>; dolayısıyla özel hayatın korunması ilkesinin bu kişiler yönünden -anonim kişilere nazaran- nispeten dar yorumlanması gerektiği söylenebilir. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki, bir kimsenin kamuya mal olmuş kişi olması onun özel ya da gizlilik alanına her türlü müdahalenin haklı görülebileceği anlamına gelmez. Müdahalenin hukuka uygun olması için ya bir kamusal yarar ya da üçüncü kişinin üstün yararının bulunması ya da müdahale konusunun kişilerin kamuya mal oldukları hususlar ya da işgal ettikleri makamlar ile ilgili olması gerekir. Bunun ölçüsü, 'sosyal uygunluk' (özel hayata oranla daha üstün bir kamusal yararın bulunması) ve 'yakışık alma'dır<sup>40</sup>.

Üstün yarar ad belirtilmeksizin, sadece olayın açıklanmasıyla elde edilebiliyorsa, ek olarak adın da haberde yer alması özel alana haksız müdahale teşkil edecektir<sup>41</sup>. Basının haber verme özgürlüğü bakımından göz önüne alınması gereken bu husus, gerçek kişilerden veya gerçek olaylardan esinlenilerek ortaya çıkarılan eserler bakımından da önem taşır. Yazarın roman karakterlerini, senaristin film karakterlerini, oyun yazarının teatral/tiyatro oyununun karakterlerini oluştururken esinlendiği olayların gerçek kahramanlarının isimlerinde değişikliğe gitmesi, bu kişilerin kişilik hakkı ihlali gerekçesiyle açabileceği davaları önlemek açısından ihtiyatlı bir adım olacaktır. Ancak uygulamada tek başına isim değişikliğine gitme önleminin çoğu zaman yeterli olmadığı

<sup>37</sup> Basının görev alanına giren kamu yararına yönelik açıklamalar ve özellikle bu açıklamaların kapsamı açısından kişilerin toplumda işgal ettikleri yerin-konumlarının, üstlendikleri görevin büyük önemi vardır. Bu amaçla gerek Türk hukukunda gerekse yabancı hukuklarda kişilerin, kamuoyunun dikkatini çeken kişiler (diğer bir terminoloji ile: kamuoyuna mal olmuş kişiler) ve anonim kişiler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s.231 vd.

<sup>38</sup> HELVACI, s.152; BELLİCAN, s.553.

<sup>39</sup> BGE 51 I 363; 60 II 191; BGHZ 36, 77 vd.

<sup>40</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s.139, dpn.411'de sayılan yazarlar; BELLİCAN, s. 553.

<sup>41</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s.140; Hubmann, s.324; BELLİCAN, s.553.

görülmektedir<sup>42</sup>. Yine bazı eserlerde eserin ilk sayfasında ya da başlangıcında konuda geçen/yer verilen karakterlerin gerçek hayatla ilgisinin olmadığı, hayali karakterler olduğu açıkça ifade edilmektedir. Belirtmeliyiz ki, bu açıklama da kişilik hakkına dahil değerlerin ihlal edilmiş olduğu ve karakterlerin hayali olmadığına açıkça anlaşılabilirdiği, ortalama bir okurun/izleyicinin karakterin esinlendiği gerçek kişinin/tüzel kişinin kim olduğunu anlayabildiği -tanınırlığın mevcut olduğu durumlarda- eser sahibinin kendini koruma kalkanına almasını sağlamaya yeterli olmayacaktır.

#### IV. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ ve SANATÇILARIN KORUNMASI

Sanat eserlerinde gerçek kişilerin konu alınmasına ya da onlardan esinlenilmesine ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklarda sanatçıların başvuracağı ilk yol Anayasa'da koruma altına alınmış sanat özgürlüğüdür.

Sanat özgürlüğü temel hakkı hukuki niteliği itibarıyla bireysel bir subjektif temel hak niteliğindedir. Bu sonuç, 1982 Anayasasının sanat özgürlüğünü düzenleyen m.27/I hükmünden rahatlıkla çıkarılabilir. Sanat özgürlüğü, sanatsal bir faaliyet gösteren veya faaliyette bulunmak isteyen tüm bireylere tanınmış bir temel haktır. Bu hak, 'sanatçı' sıfatıyla bireyin bu alandaki faaliyeti bakımından kendisine tanınmış, yani kişiliğine özgülenmiş, bir diğer ifadeyle, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir haktır<sup>43</sup>. Yine, Anayasanın 64.maddesinde 'Sanatın ve Sanatçının Korunması' başlığı altında, devletin sanat faaliyetlerini ve sanatı koruyacağı ve destekleyeceği ayrıca ve açıkça hükme bağlanmıştır.

Sanat özgürlüğü temel hakkı çerçevesinde öncelikle sanatçı, yani sanatsal eseri yaratan korunur. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu koruma yalnızca 'meslekten sanatçılara' özgü ya da onlarla sınırlı değildir. Bir kimsenin sanat özgürlüğü kapsamındaki korumadan yararlanabilmesi için hayatını sanatsal faaliyet ile kazanıyor olması gerekmez; hobi amaçlı olarak sanatla uğraşan kişiler de bu korumanın kapsamına dahildir. Bu özgürlükten yararlanabilme bakımından kişinin kendisini sanatçı sayıp saymaması veya sanatsal bir yeteneğe sahip olup olmaması önemli değildir; gerçekleştirdiği faaliyetin ya da eserin sanat olarak

---

<sup>42</sup> BELLİCAN, s. 553.

<sup>43</sup> ATALAY, Esra: 'Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi', C.6, S.2, 2004, s.4.



nitelendirilmesi yeterlidir<sup>44</sup>. Yine sanat özgürlüğünden sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de yararlanabilir<sup>45</sup>.

Eser sahipleri yaşamlarındaki bazı kesitlerden, yaşadıkları bir ilişkiden veya olaydan, kamuya mal olmuş veya olmamış başka kişilerin hayatlarından yola çıkarak eserler meydana getirebilirler (ör; bir edebi eser yahut sinema eseri, tiyatro eseri gibi). Yaşama dair unsurların ister istemez -çoğunlukla- yansıdığı gerçek yaşamdan hareket etme durumu, eser sahibini zaman zaman esinlendiği yaşam öyküsünün gerçek kahramanları tarafından kişilik hakkı ihlali nedeniyle dava edilme olasılığıyla karşı karşıya bırakabilir.

## V. KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI İLE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASINA İLİŞKİN MENFAATLERİN DENGELENMESİ

### A. Genel Olarak

Kişilik hakkı ile sanat özgürlüğünün karşılıklı değerlendirilmesinde esere konu olan kişinin ya da olayın niteliğine göre bir ayrıma gitmek yerinde olur. Kişinin tanınmış olup olmaması, hayatta olup olmaması yine eserin örneğin suç olaylarından esinlenilerek oluşturulmuş olup olmaması gibi unsurlar anılan menfaat değerlendirilmesinde göz önüne alınması gereken hususlardır.

Gerçek kişilerin yanısıra tüzel kişiler de -koşulları var ise- kişilik hakkı korumasından yararlanabilir. Örneğin, Almanya'da Grünenthal ilaç firması tarafından piyasaya sürülen Contergan isimli bir uyku ilacı sakat çocuk doğumlarına yol açmış; bunun üzerine şirket aleyhine pek çok dava açılmıştır. Şirket bu konuyu ele alan bir filmde gerçek dışı bilgilerin verildiğini, şirketin mağdurlara tazminat ödemekte isteksiz gösterildiğini belirterek kişilik hakkına müdahale olduğu iddiasında bulunmuştur. Dava sürecinin sonunda filmin gösterimi yönünde karar çıkmış; son sözü söyleyen Anayasa Mahkemesi, üzerinden uzun zaman geçmiş olsa da tekrar gündeme gelen ve kamuoyunda yeniden tartışılan olayı konu alan filmin gösteriminin önlenmesinin yayın özgürlüğüne aykırı olacağına hükmetmiştir<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> HEMPEL, Heinrich: Die Freiheit der Kunst, Zürich 1991, s.55. Sanat özgürlüğünün koruma alanına ilişkin ayrıntılı olarak bkz. ATALAY, s.6.

<sup>45</sup> HEMPEL, s.56; ATALAY, s.8.

<sup>46</sup> Somut olayda, sanat özgürlüğünün arka plana çekilmesini gerektirecek şekilde ağır bir kişilik hakkı ihlalinin mevcut olmadığı yönünde karar verilmiştir (SIEGLE, s.94);

Sanatçının menfaati ile esere konu olan üçüncü kişinin menfaatinin karşılıklı değerlendirilmesi, somut olayın özellikleri<sup>47</sup> dikkate alınmak suretiyle gerçekleştirilir. Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, anılan menfaat dengesinin gözetilmesini gerekli kılan çoğu karar ışığında, hiçbir şekilde sanat özgürlüğü ve kişilik hakkı arasında birinin diğerine üstünlüğünü ilan eden bir hakim durumun oluşmadığını<sup>48</sup>, somut olayın özellikleri doğrultusunda karşılıklı menfaatlerin tartılmasıyla sonuca ulaşmanın esas olduğunu söylemek mümkündür<sup>49</sup>. Yine de, mutlak olmamakla birlikte genel bir değerlendirme ile, mizahın hakim unsur olduğu eserlerde (ör: karikatür gibi), yine tarihçilerin inceledikleri olaylarda kişilerin özel hayatlarına ilişkin bilgileri açıklamalarında, hakimlerin çoğunlukla sanat özgürlüğünden yana bir tutum takındıklarını ifade etmek mümkündür. Bunun dışında, roman başta diğer pek çok eser türünde kişilik hakkı ihlalleri karşısında sanat özgürlüğü savunması çoğu zaman kabul görmemiştir<sup>50</sup>. Roman, oyun ya da filmlerdeki karakterlerin

---

BELLİCAN, s.555-556, dpn.62; BVerfG, 1 BvR 1223/07 vom 29.08.2007, Rn.4-Contergan; ayrıca bkz. OLG Hamburg, AfP 2007, 143, 145- Contergan.

<sup>47</sup> Alman hukuk uygulamasında *HAHN* olay gruplarını belgeseller, biyografiler ve romanlar olarak belirledikten sonra, bir risk sıralamasına (Gefahren-Ranking) da yer vermiştir. Esasen, gerçek hayatta var olan kişilerin ve olayların eserlerin niteliğine ve bu eserlerde konu ediliş şekline göre, kişilik hakkı ve sanat özgürlüğü arasındaki denge terazide farklı olarak kendini gösterebilecektir (Bkz. HAHN, Richard: Persönlichkeitsrecht und Buch, ZUM 2008, s.99 vd).

<sup>48</sup> GRIMM, Dieter: ‘Keine Trumpfkarte im Fall Esra’, Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht müssen gegeneinander abgewogen werden’, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1/2008, s.29.

<sup>49</sup> 1950’li yıllardan bu yana, Alman Anayasa Mahkemesinin ve hukuk mahkemelerinin kişilik hakkının korunması ile basın bilgilendirme hakkı veya sanat özgürlüğüne ilişkin menfaat dengesini konu alan davalarda bazı temel ilkeleri yerleştirdiği görülmektedir. İlk olarak, gerçek olmayan bilginin yayınlanması ifade özgürlüğü tarafından korunmaz. İkinci olarak, gerçek bilgi sır niteliğinde olmadığı sürece yayınlanabilir. Son olarak, düşünce açıklamaları şeref ve haysiyeti ihlal etmedikçe yasaklanamaz (Mahkemelerin bu husustaki bakış açısı, doktrinde bazı yazarlarca kişinin şeref ve haysiyetine yeterince koruma sağlanmadığı ve ifade özgürlüğünün daha ağır bastığı gerekçesiyle eleştirilmiştir, bkz. OHLY, Ansgar/LUCAS-SCHLOETTER, Agnes/BEVERLEY-SMITH, Huw: ‘Artistic Freedom Versus Privacy- A Delicate Balance. The Esra Case Analysed from a Comparative Law Perspective’, International Review of Industrial Property and Copyright Law, V.39, 5/2008, s.529).

<sup>50</sup> Özellikle Fransa’da mizah ve karikatür sanat özgürlüğüne öncelik verilen yegane alanlar olmuştur. Romanlar da dahil, diğer pek çok eser türünde -eserde yer alan karakterlerin gerçek hayat kahramanlarından esinlendiği hallerde- Fransız mahkemeleri çoğunlukla

gerçek hayattaki kişilerden esinlenerek oluşturulduğu hallerde, eser sahipleri gerçek kişilerin kişilik haklarını ihlal etmekle yargılanmış ve bu davaların çoğunluğu eser sahipleri aleyhine sonuçlanmıştır<sup>51</sup>.

Biyografik eser, otobiyografik eser, suç olaylarından esinlenerek oluşturulmuş eserler gibi mahkeme kararlarına konu olmuş olaylardan hareketle yapılan eser gruplandırmaları çerçevesinde değerlendirmede bulunmak didaktik açıdan yararlı olduğu gibi, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılırken gözetilecek hususlar yönünden kolaylık sağlar. Ancak bu ayrımın mutlak olmadığı, yine eser türlerinin birçok olayda kesişme içinde olabileceği unutulmamalıdır<sup>52</sup>.

Suç olaylarından esinlenerek oluşturulmuş eserler açısından, doğru bilginin sır niteliğinde olmadığı sürece yayınlanabileceğini göz önünde tutmak gerekir. Suçlular dahi, özellikle suçun kamu düzenini çok da bozmadığı veya -mahkumiyetleri sona erdikten sonra- isimlerinin yayınlanmasının normal bir yaşama başlamalarını engelleyebileceği durumlarda isimlerinin tam olarak yayınlanmasına karşı korunmaktadırlar<sup>53</sup>. Bu çerçevede, örneğin Alman Anayasa Mahkemesi adam öldürmeden hüküm giymiş faillerden birinin salıverileceği zaman diliminde söz konusu cinayete dair bir televizyon belgeselinin yayınlanmasına izin vermemiştir<sup>54</sup>. Suç olaylarına ilişkin bilgilerin artık tamamen kamuya mal olmuş olduğu durumlarda ise, farklı bir

---

eser sahiplerini kişilik hakkı ihlallerinden sorumlu tutma yoluna gitmişlerdir. Eser sahipleri aleyhine verilen kararların dayanağı 1881 tarihli Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 29.maddesi çerçevesinde şeref ve haysiyetin korunması veya Fransız Medeni Kanunu'nun 1382.maddesinde düzenlenmiş olan haksız fiil hükümleri olmuştur (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.537).

<sup>51</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.537.

<sup>52</sup> BELLİCAN, s.558.

<sup>53</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.529.

<sup>54</sup> Bu noktada yayın açısından mutlak bir yasak oluşmadığı, uygun olan zamanın beklenmesi gerektiği düşünülebilir. Yani menfaat dengesi gözetilirken yayının türü ve yayın zamanı dikkate alınması gereken hususlardır (SIEGLE, s.99). Nitekim somut olayda, 1972 yılında bu suça ilişkin televizyon yayını durduran mahkeme kararı ve bu kararı doğru bulan 1973 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına rağmen, 1999 yılında aynı suç olayına ilişkin olarak yapılan belgesel filmin yayınına izin verilmiştir. Davacıların kişilik hakkının korunmasına yönelik başvurusu bu kez dikkate alınmamıştır (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, dpn. 25; ayrıntılı olarak bkz. BELLİCAN, s.559, dpn.70).

değerlendirmeye gitmek yerinde olacaktır. Kamuya mal olmuş bilgilerin açıklanması özel hayatın gizliliğini ihlal olarak değerlendirilemez<sup>55</sup>.

Suç olaylarından esinlenerek bir roman veya senaryo yazılıyor ve bu bağlamda bir film yapılıyorsa olayla ilgisi olan gerçek kişilerin kimlikleri saklansa dahi, izleyici veya okur tarafından belirli bir suç olayının anlatılmak istendiği anlaşılabilir. Bu bağlamda tek başına isim değişikliği kişilerin özel hayatına saygı gösterildiği savunması için yeterli bir argüman olmayabilir. Bu savunmayı güçlü kılarak sanat özgürlüğü lehine çevirmek için, gerçek olay akışına hayali olaylar<sup>56</sup> veya karakterler ekleyerek, eserin kurgusal yönünün arttırılması; seyircide veya okurda kendisine sunulan eserin kurgu niteliğinde olduğu düşüncesinin oluşturulabilmesi yerinde olacaktır<sup>57 58</sup>.

<sup>55</sup> Kişilik haklarının korunması yönünde katı bir tutum izleyen Fransız hukuk uygulamasında, 1990'lı yıllardan bu yana -özellikle bir suça ilişkin detayların önceden hukuka uygun şekilde açıklanmış olduğu hallerde- bu tutumun biraz yumuşatıldığı söylenebilir. *Monanges* davasında Fransa Yargıtayı bir kitapta kendisinin de dahil olduğu suça ilişkin bilgi ve olgulara yer verilerek mahremiyetinin ihlal edildiğini ileri süren kişinin talebini reddetmiştir. Bu konuda mahkemenin gerekçesi, verilen bilgilerin yerel basında da yayımlanan duruşma tutanaklarına dayanması ve o andan itibaren artık kişinin özel hayatına dahil olmadığı şeklindedir ((Supreme Court, 20 November 1990, 1992, JCP II, 21908), OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.540). Fransız Yargıtay'ının ve diğer yüksek mahkemelerin halihazırda kamu tarafından bilinen olguların açıklanmasının kişinin özel hayatını ihlal etmeyeceği yönündeki bakış açısı ve bazı kararları için bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.540.

<sup>56</sup> Kurgunun sınırına ilişkin olarak ise, ilginç bir davaya değinmek uygun olacaktır: Davaya konu olan, bir kişinin öldürüldüğü, öldürenin anılan cinayet sonucunda cezasız kaldığı hatta bu kişinin yaşadıklarını gazeteciye anlatması nedeniyle maddi kazanç elde ettiği ve cinayetin ölen kişiden hoşlanmayan kişiler açısından bir kurtuluş olarak gösterildiği -Gerhard Schröder'e suikastı konu alan- 'Das Ende des Kanzlers-Der finale Rettungsschuss' isimli romanda kişilik haklarının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır. Mahkeme suikastın planlanması ve icrasına ilişkin kısımlar çıkarılmadıkça, romanın dağıtılamayacağı hükmüne varmış; davacının kişiliğinin adeta nesne konumuna indirgenerek, işlenen cinayetin suç olarak değil de siyasi bir çözüm, kurtuluş yolu olarak gösterilerek kişilik haklarının ihlalinin var olduğuna kanaat getirmiştir (HAHN, s.98; BELLİCAN, s.562-563; ayrıca bkz. LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias: 'Mephisto Reloaded- Zu den Bücherverboten der Jahre 2003/2004 und der Notwendigkeit, die Kunstfreiheit auf eine Risikobetrachtung umzustellen', NJW, 2005/9, s.567).

<sup>57</sup> Alman Anayasa Mahkemesi hakimlerinden Prof.Dr.Dieter Grimm, bir romanın içinde az ya da çok gerçekliğe dair unsurlar barındırdığını; bir roman karakterinin nadiren tamamen kurgusal olduğunu ifade etmektedir. Roman karakterleri çoğunlukla bir gerçek kahramana/karaktere dayalı olmakla birlikte, çoğu zaman kimliklerin yabancılaştırılması

Biyografik ya da otobiyografik eserlerde ise kişilik haklarının ihlali farklı şekillerde gündeme gelebilecektir: Biyografiler gerçek ile kurgu arasındaki sınırdaki yer alan eserler olarak ele alınmaktadır. Bir biyografi kamuya mal olmuş bir kişinin hayatına ilişkin doğru bilgileri aktarma iddiasında ise, basın özgürlüğüne ilişkin davalarda kullanılan ölçütler bu tür uyuşmazlıklarda da uygulanabilir ve mağdur kişi doğru olmayan bilgilerin ya da özel hayatına ilişkin mahrem detayların yayınlanmasını engellemek üzere yargıya başvurabilir<sup>59</sup>. Hakkında çalışma yapılan kişiden izin alınmamış olması doğrudan bir kişilik hakkı ihlaline sebebiyet vermeyeceği gibi, izin alınmış olması da hiç bir şekilde kişilik haklarına aykırılık oluşmayacağı anlamına gelmez, zira örneğin ortaya çıkan eserde hakkında çalışma yapılan kişinin verdiği rızanın kapsamı dışına çıkılarak bazı gerçek dışı hususlara veya özel hayata dair mahrem bilgilere yer verilmiş olabilir. Bu tür bir esere konu olan kişinin hakkındaki gerçek olmayan bilgiler, olaylar objektif olarak bakıldığında önemsiz gözükse dahi, bu tür bir aktarımı konu alan eserin yayınlanması durdurulabilir. Alman müzisyen Herbert Grönemeyer hakkında yazılan, çalışma ve içeriğine ilişkin izni alınmadan piyasaya sürülen ve gerçek dışı bilgiler içeren bir biyografi kitabının yayınlanmasını durdurmuştur<sup>60</sup>.

(Verfremdung) yoluna gidilmektedir. Yazar/senarist yabancılaştırmayı farklı şekillerde yapabilir: karakterin kimliğini yabancılaştırır, ama kişinin günlük hayatına dair eylemlerini, yaptıklarını aktarır ya da tersine kimliği tamamen yabancılaştırmak yerine onun kişiliğine, günlük hayattaki faaliyetlerine kurgusal unsurlar ekleyebilir. Bu tip durumlarda kişilik hakkının korunması ve sanat özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde, somut olayın özelliklerine göre bir menfaat değerlendirmesi yapılacaktır. Ancak bu temel haklardan hiç biri 'koz' niteliğinde değildir; kişilik hakkı ihlalinin varlığı ve ağırlığına göre, her somut olayda menfaat dengesi farklı yönde şekillenebilecektir (GRIMM, s.29).

<sup>58</sup> Uygulamaya bakıldığında, bu değerlendirmenin tamamen somut olayın özellikleri çerçevesinde geliştiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Dramatik olayların edebi eserler veya sinema, tiyatro eserlerinde esin kaynağı olarak kullanıldığına sıklıkla rastlanmaktadır. Mahkemeler bir suç olayından esinlenerek bir kurgu eser yazma özgürlüğünün altını çizmekle birlikte, kurgu ile gerçek arasında bir ayırım yapılması gerektiğini vurgulamaktadırlar (Bu konudaki bazı kararlar için bkz. BELLİCAN, s.560 vd; OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.539 vd).

<sup>59</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.529-530.

<sup>60</sup> Ulrich Hofmann'ın 'Grönemeyer' adlı kitabının satışı, müzisyenin kitapta yaşamına ilişkin 50'nin üzerinde gerçek dışı açıklama olduğu iddiasıyla talepte bulunması üzerine, Berlin Bölge Mahkemesi tarafından durdurulmuştur. Ayrıca Mahkeme müzisyenin röportajlarındaki sözlü beyanları üzerindeki eser sahipliğinden doğan haklarının –kitapta

Otobiyografik eserler ise, başkalarının özel hayatına girme konusunda kaçınılmaz risk içeren bir yazın türüdür<sup>61</sup>; zira bu eserler eseri meydana getirenin hatıralarına dayandığı için, eser sahibi çoğunlukla hayatını paylaştığı yahut hayatında yer alan kişilerden söz eder ve dahi bu kişiler hakkında değerlendirmelerde bulunur. Örneğin, Alman mahkemeleri ‘Modern Talking’ grubunun eski üyesi Dieter Bohlen’in yazdığı ‘Hinter den Kulissen’ adlı otobiyografik eserde kendileri hakkında gerçek dışı, özel hayata ilişkin mahrem nitelikte bilgiler yahut küçük düşürücü ve aşağılayıcı ifadeler bulunması nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden üçüncü kişilerin taleplerini hukuka uygun görmüştür. Yazarın açıklamalarında -sanat özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği iddiasıyla- mizahi tasvir ve unsurlara yer verdiği savı Mahkemelerce kabul görmemiştir<sup>62</sup>. Bir başka kararda, Paris İstinaf Mahkemesi, Picasso’nun eski kız arkadaşı Francoise Gilot’un bir başka yazarla birlikte kaleme aldığı ve Picasso ile paylaştığı hayatı konu aldığı ‘Vivre avec Picasso’ adlı kitaba ilişkin olarak, ünlü ressamın özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği iddiasını ve kitabın yayınlanmasının yasaklanması talebini kabul etmemiştir. Mahkeme gerekçesinde, ünlü bir kişinin hayatına ilişkin olarak kamuoyunun bilgi edinme hakkının var olduğuna değinmiş; yine özgün bir eserin yayınlanması ya da piyasadan toplatılmasının ancak söz konusu ihlalin tolere edilemeyecek bir zarara yol açması halinde mümkün olması gerektiğini yer vermiştir<sup>63</sup>.

### **B. Esra Kararı- Öncesi ve Sonrası**

Esra kararı bünyesinde farklı özellikler barındırmakla birlikte, kişilik haklarının korunması ve sanat özgürlüğü arasındaki menfaat dengesini irdeleyen ilk karar değildir. O nedenle Esra davası ve sonucunda çıkan karara yer vermeden önce, konuyu uygulamada ilk olarak ele alan kararlara göz atmakta yarar vardır. Roman yasaklarını başlatan süreçte Alman Anayasa Mahkemesi’nin ‘Mephisto’ kararı temel

---

haklı kullanımı aşacak şekilde kullanılması sonucu- ihlal edildiği sonucuna varmıştır (HAHN, s.98).

<sup>61</sup> Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.538 ve dnp.56, 57’de yer verilen kararlar.

<sup>62</sup> HAHN, s.98.

<sup>63</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.538; ayrıca bkz. Ollier, Pierre-Dominique/Gall, Jean-Pierre: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI- Torts, Chapter 10 Various Damages, Tübingen 1981, s.91.

nitelikte bir karardır<sup>64</sup>. Karar, sanat özgürlüğü ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaat dengesini irdeleyen yüksek mahkemelerce verilen ilk karar olarak uzun zaman emsal karar işlevinde olmuştur. Yine Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı reformize eden 'Esra' kararı da temelde bu kararla geliştirilen kriterlere dayanmaktadır.

Her iki dava, bünyelerinde barındırdıkları benzerliklere rağmen<sup>65</sup>, davaya konu olan kişilerin toplumsal konumları açısından önemli bir farklılık içermektedir. Mephisto davasının aksine, Esra davasında kişilik haklarının ihlali iddiasında bulunan kişiler toplum tarafından tanınmış, kamuya mal olmuş kişiler değildir<sup>66</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi Mephisto kararında kişinin itibarının ölümünden sonra dahi korunmaya değer olduğuna hükmetmiştir. Anılan kararda kurgulanmış kişiliğin esinlenen gerçek kişi karşısında yeteri kadar bağımsız hale getirilemediği, gerçek kişi ile özdeşleşen roman karakterine ilişkin pek çok ayrıntının gerçek olmadığı, roman karakterinin olumsuz kişiliği ve özelliklerinin artık hayatta olmayan gerçek kişinin de olumsuz bir kişilik olarak sunulmasına yol açtığı belirtilmiştir. Mephisto kararı<sup>67</sup>, kişiliğin ölüm sonrası korunması bakımından yol açtığı önemli

<sup>64</sup> FREY, Anna-Mirjam: Die Romanfigur wider Willen, Frankfurt am Main 2008, s. 23.

<sup>65</sup> Bu benzerlikten hareketle, Esra davasında Bölge Mahkemesinin verdiği kararı konu alan bir makaleye yazarları o dönemde gündemde olan ve gerçek yaşam-sanal yaşam ayrımının altını çizen Matrix-Reloaded filminden esinlenerek, Mephisto-Reloaded adını vermiştir (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.530; BELLİCAN, s.566, dph.89). Anılan makale için bkz. LADEUR/GOSTOMZYK, s.566 vd.

<sup>66</sup> Mephisto, Contergan ve Rothenburg davalarının aksine, Esra davasına konu olan roman kamuoyuna mal olmuş kişilere odaklanmadığı gibi, güncel ya da tarihsel önemi olan bir olayı da konu edinmemektedir. Kitapta yer alan kadın kahramanlar kitaba ilişkin tartışmalar yaşanmamış olsa, kamuoyu nezdinde kolaylıkla unutulabilecek, hatırlanmayacak kişiler olarak değerlendirilmiştir. Roman bir taraftan anılan kişilerin özel hayatına dair pek çok mahrem detay içermekteyken, diğer taraftan romanın okuyucuları tarafından ziyadesiyle göze çarpan ve zihinde yer eden bir eser olarak değerlendirilmiştir. Kamuoyu romanda yer alan kahramanların mahremiyetinin korunması gerektiğini savunanlar ve kitabın piyasada kalmasını, toplatılmamasını isteyenler olarak ikiye ayrılmıştır. Nitekim dava sürecinde hakimler arasında da fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.532). Yine bkz. OBERGFELL, Eva Ines: BGH, 21.6.2005- VI ZR 122/04. Kunstfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht- 'Esra' (Anmerkung), Juristen Zeitung, 61.Jahrg., 4/2006, s.196.

<sup>67</sup> Davada uyuşmazlık konusu olan roman, Klaus Mann'ın 1936 tarihinde yayınlanmış 'Mephisto-Roman einer Karriere (Mephisto-Bir Kariyerin Romani)' adlı romanıdır.



sonuçlar ve yaklaşımların yanısıra, eser sahibinin yaratma özgürlüğü ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatlerin çatışmasında nasıl bir sonuca varılacağı noktasında belirlediği ölçütler ile zaman içerisinde yol gösterici bir emsal karar konumuna gelmiştir. Örneğin, Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Rohtenburg davasında Mephisto kararına atıfta bulunarak, herkesin kişisel yaşamının ayrıntılarının yayınlanmasına itiraz etme hakkı olacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca sanatçının yaratma özgürlüğünün olayları olduğu gibi sunması, olaylara dayalı açıklamalarda bulunması anlamına gelmediğini, kendisinden de beklenenin bu olmadığını; sanatçının olayları öyküleştirmek ve yeniden kurgulaması, bunu yaparken de hayattaki kişilere özdeş referanslara yer vermekten kaçınması, kurgusal kişileri gerçek kişilerden yeteri kadar farklılaştırması gerektiğini vurgulamıştır<sup>68</sup>.

Esra davasında uyuşmazlık konusu olan Maxim Biller'in 2003'de yayınlanan ve otobiyografik özellikleri olan 'Esra' adlı romanında, yazar Adam ile Türk asıllı oyuncu Esra arasındaki aşk ve mutsuz ilişkileri - birinci tekil şahıs diliyle- aktarılmaktadır. Romanda yazarın kendisiyle ilişkisini ele aldığı kadın ve kadının annesi kişilik haklarının ihlali

---

Roman Hendrik Höfgen adlı oyuncunun (roman karakterinin) 1926-1936 yılları arası kariyerini ele alırken; karakter nasyonel sosyalist rejimde bir oyuncu olarak hızla yükselmek adına politik düşüncelerini gizleyen, insani ve etik değerleri hiçe sayan, iktidarın 'gözdesi', Goethe'nin Faust eserindeki Mephisto karakteriyle en başarılı oyununa hayat vermiş ve bunun sonucunda devlet tiyatrolarının müdürlüğüne atanmış, merhametsiz ve sapkın cinsel eğilimleri olan bir kişi olarak tasvir edilmiştir. Höfgen karakteri ve hayat hikayesi pek çok noktada yazarın daha önce arkadaşı ve sonrasında hısımları olan Gustaf Gründgens'in kişiliği ve hayatıyla uyuşmaktadır. Romanın yayınlanması üzerine, bundan kısa süre önce hayatını kaybeden Gründgens'in evlatlık oğlu yayınlanmasına karşı dava açmış; izleyen dava süreçleri sonunda roman yasaklanmıştır. Kitabın yasaklanması üzerine karşı tarafça anayasal şikayet mekanizması işletilmiş; bunun sonunda verilen kararın gerekçesinde de, oldukça olumsuz nitelikleri yansıtılan kurgusal karakterin, tasvirin (Abbild-'Höfgen') karaktere esas alınan gerçek kişiden-tasvir edilenden (Urbild-'Gründgens') sanatsal yaratıcılık aracılığıyla yeteri kadar farklı oluşturulmadığı; bu durumun gerçek kişi Gründgens'in itibarını zedelediği, kişilik haklarına aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir. Bunun yanısıra okuyucu nezdinde gerçek kişi Gründgens ile özdeşleştirildiğine/özdeşleştirileceğine kesin gözüyle bakılan Höfgen karakterine ilişkin verilen çok sayıda ayrıntının da gerçek olmadığı dile getirilmiştir. Konuya ilişkin bkz. BGHZ, 50,133, 134- Mephisto; BVerfGE 30, 173, 174 f., 198- Mephisto; SIEGLE, s.23 vd; BECKER, Bernhard von: Fiktion und Wirklichkeit im Roman- Der Schlüsselprozess um das Buch 'Esra'- ein Essay, Würzburg 2006, s.31.

<sup>68</sup> Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, 2007 GRUR-RR 123, 125,126-(Rohtenburg).



gerekeşiyle dava açmış; yazar da buna karşı, anayasa tarafından güvence altına alınmış sanat özgürlüğüne dayanarak (Art.5 III 1 GG)<sup>69</sup> kendini savunmuştur. Bu şekilde başlayan süreç, romanı yayınlayan yayınevinin yerel ve üst mahkemeler tarafından verilen kararlar sonrasında meseleyi anayasal şikayet mekanizmasıyla Alman Anayasa Mahkemesi'ne taşınması üzerine geniş çaplı yankı bulmuştur<sup>70</sup>:

'Esra' romanının yayınlanmasından çok kısa süre sonra -ancak romanın bu kadar kısa sürede dahi 4000 adet satılmasını müteakip-, yazar Biller'in eski kız arkadaşı ve onun annesi geçici tedbir kararı almış; yayınevinin bu konudaki itirazı ise sonuçsuz kalmıştır. Davacıların kişilik haklarının ihlaline dayanarak romanın yayınının engellenmesi talebi ilk derece mahkemelerinde kabul görmüş; kişilik haklarına ağır şekilde müdahalenin varlığının kabulü üzerine Münih Eyalet Mahkemesi bu nitelikteki hukuka aykırı ifadelerin ve betimlemelerin çıkarılarak kitabın

<sup>69</sup> Alman Anayasası'nda ele alındığı şekliyle sanat kavramı ve korumanın kapsamı hakkında bilgi için bkz. SIEGLE, s. 62 vd.

<sup>70</sup> Roman, kendisinin anlatıldığını düşündüğü kişi bakımından sıradan hususları değil, kişinin özel ve gizlilik alanına ilişkin mahrem detayları içermektedir. Tarafların arasındaki aşk ilişkisi yazar Adam'ın ağzından aktarılmış; ana karakter Esra -gerek baskın, tahakkümcü, depresif ve alkolik annesi Lale'nin, gerek ilk evliliğinden olan kızı Ayla'nın ölümcül hastalığı, gerekse bizzat Esra'nın pasif kadercı bakış açısı yüzünden yaşanan zorluklar eşliğinde tasvir edilmiştir. İlişkinin yaşandığı şehir Münih ve buraya ilişkin yer verilen yer/mekanlar isimleri değiştirilmeksizin, gerçek hayatla örtüşür şekilde aktarılmıştır. Esra karakteri de aynı dava açan M.Biller'in eski kız arkadaşı gibi 17 yaşında oyunculuk kariyeriyle ilgili başarısından ötürü ödül almış; romandaki Adam ve Esra karakterlerinin tanışma hikayesi de aynı gerçek yaşamdaki gibi gerçekleşmiş (Esra, Adam'ı ilk evliliğine ilişkin düğün töreninde eski eşinin arkadaşı olarak tanımış, bu evliliğin sona ermesinden sonra ise aralarında bir aşk ilişkisi başlamıştır); Esra karakterinin küçük kızının ağır hastalığına ilişkin detaylar da davacının gerçek hayatta yaşadıklarına çok benzer şekilde ele alınmıştır. Yine romanda 'Alternatif Nobel Ödülü' alan, Türkiye'de bir ötel sahibi olan ve pek çok kere evlenmiş, kavgacı, alkolik ve sorunlu bir kişilik olarak tasvir edilen Esra karakterinin annesi de yazarın dava açan kız arkadaşının annesiyle hayat hikayesi ve sunulan detaylar yönünden özdeşleşmektedir. Keza Adam karakteri de Prag'da doğması, Almanya'da yaşamakta ve yazar olarak hayatını sürdüren bir Musevi olması yönleriyle romanın yazarı M.Biller ile pek çok açıdan benzeşmektedir. Bkz. BVerfGE 119, 1,3 f.-Esra; NEUMEYER, s.34; SIEGLE, s.25 vd. Okuyucunun yazarın ve Esra ana karakterinin gerçek yaşamından kesitler sunduğu hususunda yüksek şüpheye düşebileceği, romandan bazı örnek kısımlara ilişkin bkz. LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias: 'Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman?', Zu den gerichtlichen Auseinandersetzungen um die autobiografischen Werke von Maxim Biller, Alban Nikolai Herbst und Birgit Kempker und der Notwendigkeit einer Rekonstruktion der Kunstfreiheit, ZUM 2004, s.429 vd.

yayınlanmasına izin vermiştir. Alman Federal Temyiz Mahkemesi ise, anılan değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, kitabın yayınlanmasının engellenmesi sonucuna varmıştır. Mahkemeden sanat özgürlüğü lehinde karar çıkmasını bekleyenleri temsil edencesine, romanı yayınlayan yayınevi anayasal şikayet imkanını kullanmış ise de, buradan da yayınevi lehine farklı bir sonuç çıkmamıştır: Yüksek mahkeme her ne kadar Esra karakterinin annesinin tasvirine ilişkin olarak yayın yasağı karşısında sanat özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verdiyse de; Esra karakteri vasıtasıyla kişilik hakları ağır şekilde ihlal edilen yazar M.Biller'in eski kız arkadaşının bu şekilde tasvirini yerinde bulmayarak, sanat özgürlüğünün bu noktada geri planda bırakılması gerektiğine hükmetmiştir<sup>71</sup> <sup>72</sup>. Sonuç olarak, Esra romanı yasak bir roman olarak kalmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Alman Federal Temyiz Mahkemesi kararında, kişilik hakkı ve sanat özgürlüğünü kural olarak eşdeğer ve biri diğerine üstün kılınmaz temel haklar olarak gördüğünü; bu haklara ilişkin çatışan menfaatler konusunda her somut olayın

---

<sup>71</sup> BVerfGE 119, 1, 34 f.-Esra.

<sup>72</sup> Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararında görüşlerine yer verdiği kurumlardan Alman Kitapevleri Birliği, itiraz edilen mahkeme kararlarında bir sanat eseri türü olarak romanın kendine has özelliklerinin dikkate alınmadığını ileri sürmüştür: Buna göre, Alman Federal Temyiz Mahkemesi romandaki karakterin gerçekte kimi temsil ettiği belirlenirken (tanınabilirlik), sınırlı tanıdık çevresinin algısının yeterli olacağı görüşüyle, Alman Anayasa Mahkemesi'nin Mephisto davasında benimsediği ölçütten ayrılmış olmaktadır. Daha dar ve kısıtlayıcı olan bu ölçüt, kişilik hakkı ile sanatçının özgürlüğüne ilişkin menfaatlerin karşılıklı değerlendirilmesinden ziyade, düşünce ve basın özgürlüğüne ilişkin basın hukukundan alınmış bir ölçüt olarak görülmektedir. Kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde, mahkemeler sanat odaklı bir bakış açısı içerisinde olmamış; romandaki Esra ve Lale karakterleri davacılarla gerçekten onlarmış gibi karşılaştırılmıştır. Bu sebeple, sanat özgürlüğü iletişimle ilişkili diğer temel haklara nazaran gücünü kaybetmiş olmaktadır. Birlik ayrıca edebi eserlerin modellere dayanmasının edebiyatın asli özelliklerinden olduğunu ifade etmiş; ancak bunun ilerde edebiyatın varlığını tehlikeye düşürecek finansal risklerle karşılaşılmasına sebebiyet vermesi halinde, eser üretme açısından caydırıcı sonuçlar doğuracağını dile getirmiştir: Bu halde, ne yazarlar bir modele dayanan eserlere imza atacak, ne de yayınevleri bu tür eserleri yayınlayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BVerfGE, 1 BvR 1783/05-13.06.2007, 49, 51 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?VPath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2007%2Fcont%2Fbec krs.2007.26821.htm&ShowParallelFundstellenReadable=True&IsSearchRequest=True&HLWords=on, 1.08.2017>).

kendisine özgü koşul ve durumların ayrıntılı bir şekilde ele alınarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>73</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Almanya’da Esra kararı sonrasında kişilik hakları ve sanat özgürlüğüne ilişkin menfaat çatışmasını içeren uyuşmazlıkları konu alan pek çok olayda Esra kararında ele alınan ölçütler gözetilerek bir sonuca varılmaya çalışılmıştır. Ancak bu değerlendirme yapılırken kriterlerin ele alınmasıyla ilişkili olarak bazı temel sorunlarla karşılaşmıştır: Bir taraftan anılan kriterler gözetilerek sonuca varılması uygulamada yetersiz kalmış; diğer bir ifadeyle, zaman zaman öngörülemeyen ve ilgililerin hukuki güvenliğini desteklemekten uzak sonuçlara yol açmıştır<sup>74</sup>. Diğer taraftan, anılan kriterlerin her bir sanat türünün kendine has özellikleri dikkate alınmaksızın aynen uygulanmasının yerinde olmayacağı anlaşılmıştır. Sonuç olarak, kişilik haklarının korunması ve sanat özgürlüğü arasındaki menfaat dengesinde gözetilecek ölçütler, her somut olaya ve daha da özelinde uyuşmazlığa konu her eserin kendine özgü niteliklerine göre ayrıca ele alınıp değerlendirilmelidir<sup>75</sup>.

### **C. Karşılıklı Menfaatlerin Değerlendirilmesi ve Bu Değerlendirmede Dikkate Alınacak Ölçütler**

#### **1. Kişilik Haklarının İhlal Edilmesi**

Sanat özgürlüğü karşısında, kişilik haklarına yönelik bir ihlalin var olup olmadığı belirlenirken uygulamada iki husus ele alınmaktadır: Bir taraftan aradaki özgülenme ilişkisi (birebir ilişki) ancak davacının uyuşmazlık konusu eserdeki kurgusal kişiliğin yaratılmasına açıkça anlaşılır ve tanınabilir şekilde model olarak hizmet etmiş olduğu hallerde

<sup>73</sup> WANCKEL, Endress: ‘Der Schutz der Persönlichkeit bei künstlerischen Werken’, NJW, 9/2006, s.579. Alman Anayasa Mahkemesi hakimlerinden Prof.Dr.Dieter GRIMM, bu temel haklara ilişkin çatışan menfaatler konusunda değerlendirme yapılırken şu iki sorunun yanıtının aranması gerektiğini ifade etmektedir: Somut olayda kişilik haklarının korunmasına öncelik verildiği durumda, sanat özgürlüğünün uğradığı zarar ne derece olacaktır? Tersine, sanat özgürlüğüne öncelik verildiği durumda, kişilik haklarının uğradığı zarar ne derece olacaktır? Niteliği itibarıyla, hafif nitelikteki kişilik hakkı ihlalleri ağır kişilik hakkı ihlallerine nazaran daha az dikkate alınacaktır, keza aynı değerlendirme sanat özgürlüğü açısından da yapılabilir (GRIMM, s.29).

<sup>74</sup> Bu durumun ya anılan kriterlerin içerik olarak tam anlamıyla uygulanamamış olması ya da kriterlerin somut olayda sadece kısmen uygulanmış olmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir (SIEGLE, s.107).

<sup>75</sup> Konuya ilişkin bkz. SIEGLE, s. 89 vd.

kabul edilecektir. Diğer taraftan bu ilişki yahut özgülenmenin kabul edilebilirlik eşiğini geçmiş olması aranacaktır<sup>76</sup>.

a. **‘Tanınabilirlik’ Ölçütü**

Tanınabilirlik ölçütü somutlaştırılmaya muhtaçtır. Eserin türü ne olursa olsun, eser vasıtasıyla kişilik hakkına dahil unsurların ihlal edildiğini ileri süren kişinin eser sahibine (sanatçıya) açtığı davada tanınabilirlik kilit kavram olarak rol oynamaktadır<sup>77</sup>.

Gerçek kişi ile kurgusal kişi (karakter) arasındaki benzerliği kişinin kendisinin ileri sürmesi yeterli değildir. Buna göre, gerçek kişi herhangi bir romanda, filmde, teatral performansta konu edilen karakterin aslında kendisi olduğunu ileri sürerek, kişilik hakkına dahil değerlerin (özel hayatın gizliliği, şeref ve haysiyet gibi) ihlal edildiğini ileri süremez; daha doğrusu kişilik hakkının korunması yönündeki bu talep tek başına kabul görmez. Okuyucuda/izleyicide eserde kurgulanan kişi ile davacının (model alınan gerçek kişinin) aynı kişiler olduğu yönünde ciddi ve açık şüphe oluşmuş olmalıdır.

Eser sahibi (sanatçı) tanınabilirlik ölçütü kapsamında yaptırımlarla karşılaşmaktan çekiniyorsa, eserdeki karakter ve olaylara ilişkin kurgulama yoğunluğunu arttırma konusunda bağımsızdır. Buna karşın, eserindeki kurgusal kişinin ardında gerçek bir model kişi olduğu anlaşılacak şekilde, gerçek hayattan yansımalara yer vermeyi tercih ederse, bu tasvirin olası sonuçlarından kendini uzakta da tutamaz. Zira eser sahibi eserinde ele aldığı gerçek kişilerin kişilik hakkına dahil değerlere saygı göstermek durumunda olduğu gibi, onların kişilik haklarını ağır şekilde zedeleyecek şekilde bilgi aktarımı yapamaz ya da onların üzerinden gerçek olmayan bilgileri içeren hikayeler kurgulayamaz.

Fransız hukuk uygulamasında kurgusal karakter ile gerçek kişi arasındaki karıştırılma olasılığı (likelihood of confusion) yeterli görülmektedir. Salt isim benzerliği yahut aynılığı yeterli bulunmamaktadır; sosyal koşulların da benzerliğinin ispatı aranmaktadır. Fransız mahkemeleri karıştırılma olasılığının özellikle benzerliğin isim,

---

<sup>76</sup> BVerfGE 119, 1, 25 ff.- Esra.

<sup>77</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.551; BELLİCAN, s. 573. Basın hukukundan ödünç alınan tanınabilirlik kavramını ve bu ölçütü doktrinde von BECKER hatalı olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir. Bu eleştiri için bkz. von BECKER, s.70 vd; karşı. NEUMEYER, s.148; ve yine karşı. BECKER, Bernhard von: ‘Der geschlossene Vorhang- Der Beschluss des BVerfG zum ‘ESRA’ Fall, K&R 2007, s.620.

yaş, cinsiyet gibi unsurlara ek olarak, sosyal ve mesleki çevre, aile ilişkileri ya da fiziksel betimlemeler, akademik ve mesleki çalışmalar gibi hususlara ilişkin olması halinde ortaya çıktığını belirtmektedir<sup>78</sup>. Ancak Fransız hukukunda bir husus vardır ki, üzerinde tam anlamıyla tartışılmamış olup, konuya ilişkin uygulamada farklı görüş ve kararlar mevcuttur: Edebiyat (eser) mağdurlarının<sup>79</sup> hangi çevre/kimler açısından tanınabilir olması gerektiği. Uygulamada gerçek kişi ve kurgu karakter arasındaki benzerlik bağının, kişinin yakınları veya kişiyi kişisel olarak tanıyan kimselerce kurulmasının gerektiği üzerinde durulmaktadır. Bununla birlikte, bu tür bir tanınabilirliğin yeterli olmadığını savunan mahkeme kararları da mevcuttur<sup>80</sup>.

İngiliz hukukunda da tanınabilirlik açısından benzer bir yaklaşım mevcuttur. Model alınan gerçek kişinin ismiyle anılmasına gerek yoktur; kurgusal bir isim altında da olsa tasvirin gerçek kişiyi işaret ettiği makul bir algıyla çıkarılabiliyorsa, bu yeterlidir. Yayıncının niyetinden bağımsız olarak, makul ortalama okur/izleyici bu yönde çıkarım yapmakta ise, eserde gerçek kişinin tasvir edildiği kabul edilmektedir. Yayıncılık sektörünün gerçek kişiler ve kurgu karakterler arasındaki benzerlikleri mütemadiyen reddeden yaklaşımı bu noktada inandırıcı, ikna edici değildir<sup>81</sup>.

İsviçre hukuk uygulamasında, kişilik hakkı ihlalinin ileri sürülebilmesinin ilk koşulu olarak, gerçek kişinin tasvirde birey olarak ele alınmakta olması, kurgu karakterin üzerinden bireyselleştirilmiş olması aranmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu hususta asgari ölçüt olarak davacının subjektif tanınabilirliğine işaret ettiği görülmektedir: Subjektif tanınabilirlikle ifade edilmek istenen, eserdeki kurgu karakterin kendisi olduğunu kişinin bizzat anlamış, farketmiş olmasıdır. Bunun yanısıra, pek çok mahkeme kararında objektif tanınabilirlik kriterinin de

<sup>78</sup> Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 541, d. 76-77'de yer alan mahkeme kararları.

<sup>79</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 541. Yazarlar eserdeki kurgusal karakterin kendisi olduğunu ileri sürerek kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan kişileri 'edebiyat mağdurları' olarak nitelendirmiştir.

<sup>80</sup> Konuya ilişkin bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 541, d. 81-82'de yer verilen mahkeme kararları.

<sup>81</sup> Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 548.

arandığı görülmektedir<sup>82</sup>. Genel uygulamaya bakıldığında, İsviçre mahkemelerinin -Alman hukuk uygulamasına nazaran- sanatçılara eserlerinde gerçek kişi ve olayları ele alıp kurgulama konusunda daha dar bir hareket özgürlüğü tanıdığı görülmektedir.

Amerika hukukundaki uygulamaya bakıldığında; özellikle geçmişte tartışılan kararlar ışığında, mahkemelerin daha ziyade ifade özgürlüğü lehinde kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin, pek çok olayda gerçek kişi ile kurgu karakter arasındaki eşleşime rağmen, eserde makul ortalama bir okurun doğrudan gerçek kişiye yönelteceği olumsuz karakter özellikleri, hayat hikayesi vb. mevcut değilse, davacının kişilik hakkı ihlali iddiası reddedilmiştir. Yine bir davada, davacı temel alınarak yaratılan kurgu karakterin uyuşmazlık konusu eserlerde (kitap ve film) sadece tali bir rolü olduğu, bu yüzden makul ortalama bir okurun kendisini tanımayacağı yahut hatırlamayacağı gerekçesiyle dava reddedilmiştir<sup>83</sup>. Diğer bazı hallerde ise, mahkemeler kurgusal karakterin fiziki olarak imkansız bir ortam/bağ çerçevesinde bir olay örgüsünün içerisine yerleştirilmesi gibi hallerde gerçeklik iddialarını dikkate almayarak bu tür davaları reddetmiştir ya da eser sahibinin kendi hayat hikayesini (otobiyografi) ele alırken -gerçek isimlere yer vermeksizinski sevgilisinin kişiliği ve hayatına dair bazı bilgileri paylaşmasında, sanat özgürlüğünün korunmasına ağırlık vermiştir<sup>84</sup>. Bununla birlikte, önceleri davacı lehine sonuçlanan davalar nadir iken, özellikle iki yakın tarihli karar çerçevesinde, uygulamanın artık tek yönde olmadığını, farklı gelişmeye başladığını söylemek mümkündür: ‘Batra v. Wolf’ davasında, New York Yüksek Mahkemesi, bir rüşvet skandalı dolayısıyla kamuoyunun gündemine gelen Hint asıllı bir avukatın kişilik haklarının

---

<sup>82</sup> BGE 135 III 145, 147- Rosmarie V. Bu konuda BGE tarafından halihazırda hakkında hüküm verilmiş pek fazla karar olmadığından, konuya ilişkin ilk derece mahkemeleri kararları uygulamaya ilişkin daha fazla bilgi sunmaktadır. İlk derece mahkemeleri objektif tanınabilirliği temel bir koşul olarak ele almakta; tanınabilirlik değerlendirmesinde ‘yakın tanıdık çevresi’ni ölçü almaktadır ki, bu kavramla ilgili kişinin hayatının büyük bir bölümünü geçirdiği, uzun süre yaşadığı ve çalıştığı yer ifade edilmek istenmektedir. Bu noktada mahkemeler tanınabilirlik potansiyelini yeterli görmektedir. ‘Rosmarie V’ kararına konu olayda İsviçre Federal Mahkemesi davacının subjektif tanınabilirliğini yeterli görmüş olduğundan, objektif tanınabilirliğe doğrudan değinmemiş, Kanton mahkemelerinin daha önceki karar ve değerlendirmelerine atf yapmakla yetinmiştir (SIEGLE, s.112).

<sup>83</sup> Bkz. SIEGLE, s.125, dpn.467-468’de yer verilen kararlar.

<sup>84</sup> Bkz. SIEGLE, s.125, dpn.469-470’de yer verilen kararlar.

korunması yönünde başvurusu üzerine yaptığı değerlendirmede, ‘Law and Order’ adlı TV-dizisinde kendisine isim benzerliği olan, görsel açıdan benzeyen, hayat hikayesi yönünden ciddi benzerlikleri bulunan ve nihayetinde dizide de rüşvet ödenmesi konusuyla bağlantılı olarak gündeme getirilen kurgusal karakterle anılan gerçek kişi avukat arasında eşleşen ve benzerlik içeren hususların çokluğu yanında, makul ortalama bir okurun bu rüşvet olayını gerçekmiş gibi algılayabileceğinden hareketle davacıya hak vermiştir<sup>85</sup>. Yine Esra davasıyla kısmen benzerlik taşıyan, bir romanın uyuşmazlık konusu olduğu ‘Smith v. Stewart’ davasında hakimler, romanda tasvir edildiği varsayılan davacı lehine karar vermiştir. Davadaki uyuşmazlık, davacının gençlik aşkı ve aynı zamanda romanın yazarı olan davalının, aralarındaki aşk hikayesini detaylı olarak ele alması ve kendisinden esinlenildiği kurgusal karakteri gerçek kişiliğiyle örtüşmeyen ancak makul ortalama bir okurun gerçekmiş gibi algılamasına imkan tanıyarak olumsuz şekilde tanıtması üzerine ortaya çıkmıştır. Georgia Eyalet Yüksek Mahkemesi söz konusu olumsuz tanıtım ve tasvirleri şeref ve haysiyetin ihlali olarak değerlendirmiş, ele alınması gereken diğer bazı hususlar açısından sonrasında davacı lehine karar verecek olan jüri karar mekanizmasının yolunu açmıştır<sup>86</sup>. Dolayısıyla, Amerika hukuk uygulamasında yakın tarihli içtihatlarda kişilik hakkının korunmasına ağırlık verilmesine yönelik bir yaklaşımın ağırlık kazandığı görüldüğünden, geçmişte neredeyse toptan bir şekilde sanat özgürlüğü lehine savunulan bakış açısından artık vazgeçildiğini ifade etmek mümkündür<sup>87</sup>.

## b. İhlal Eşiği

Uygulamada genel kabul gören yaklaşıma göre, kişilik hakkının korunmasının uyuşmazlığın en başında, doğrudan sanat özgürlüğünün eser sahibine sağladığı koruma karşısında önem açısından geride olması için hiç bir hukuki dayanak yoktur. Kişilik hakkının ihlaline ilişkin eşik, makul ortalama bir okuyucunun eserdeki kurgusal karakterleri gerçek kişilerle özdeşleştirdiğinin<sup>88</sup> anlaşıldığı anda aşılmış olacak; kişilik hakkının ağır şekilde ihlali bu noktada gerçekleşmiş olacaktır.

<sup>85</sup> Batra v. Wolf No.116059/04 (N.Y.Sup.Ct.Mar.14, 2008).

<sup>86</sup> Smith e al. v. Stewart 2008 WL 820751 (Ga.App.Mar.28, 2008), (SIEGLE, s.126).

<sup>87</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SIEGLE, s.117 vd.

<sup>88</sup> BVerfGE 119, 1, 26- Esra.

## 2. Hukuka Aykırılık

Çalışmamızın başında değindiğimiz üzere, kişilik haklarına yönelik her müdahale (ör: hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde) hukuka aykırılık içermeyebilir. Kişilik hakkının korunması ve sanat özgürlüğü arasındaki menfaat dengesi gözetilirken, kişilik hakkına müdahalenin hukuka aykırı nitelikte olduğu ve daha da ötesinde kişilik hakkının ağır şekilde ihlal edildiği hallerde, kişilik haklarının korunması daha ağır basacaktır.

### a. Kişilik Hakkının Ağır Şekilde İhlal Edilmesi

Esra davasında Alman Anayasa Mahkemesi hakimleri temel haklar arasındaki menfaat çatışmasında, sanat özgürlüğünün ancak kişilik haklarının ağır şekilde ihlal edildiği hallerde geri planda tutulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu şekilde ağır bir kişilik hakkı ihlali olup olmadığını belirlemek için bazı kriterler geliştirilmiştir: Öncelikle sanatçının eserinin içeriğinin gerçek kişilere dayanarak oluşturulduğunu ne kapsamda okuyucuya yansıttığı belirlenmelidir. İkinci olarak, okuyucu kurgusal kişiler ve gerçek kişiler arasındaki ilişkiyi, bağlantıyı keşfetmiş ise, ortaya çıkan kişilik hakkı ihlalinin ne derece ağır olduğunun tespit edilmesi gerekir<sup>89</sup>.

### i. Sanatsal (Kurgusal) Anlatım Altında Yakın Gerçeklik İlişkisi

Sanat eseri ile reel dünya karşısında bağımsız hale getirilmiş, yeni estetik bir dünya yaratma çabası içine girilir. Sanat özgürlüğü karşısında kişiliğin korunmasına ilişkin değerlendirmenin, eserin etkilerini salt sanat dışı sosyal alan açısından değil, eserin kendine has estetik özelliklerini de gözetmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir<sup>90</sup>. Eserin reel dünya, eserdeki kurgusal kişiliklerin de kendilerinden esinlenen gerçek kişiler karşısında bağımsızlığının sağlanması gerekir.

### ii. Kurgusal Kişiliğin Gerçek Kişilik Karşısında Yabancılaştırılması

Sanatçı meydana getirdiği eserin hayal ürünü olduğunu sözlü olarak veya yazılı şekilde beyan edebilir ki; eser başlangıç ve önsözlerinde bu tür ifadelerle sıklıkla rastlanmaktadır. Böylelikle sanatçı bu irade açıklaması ile, haklı ya da haksız olsun, bir anlamda ifade ve sanat özgürlüğünü

---

<sup>89</sup> BVerfGE 119, 1, 27- Esra.

<sup>90</sup> BVerfGE 119, 1, 28- Esra.



kullandığına işaret etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, eserdeki karakterlerin, olayların serbestçe oluşturulduğu, hayal ürünü olduğu; yaşayan yahut ölü insanlarla benzerliklerin tesadüfi olup, bu yönde bir benzerlik oluşturma niyeti de olmadığı vb. ifadelerini içeren önsöz, son sözler, film jenerikleri tek başına sanat özgürlüğünün üstün kılınmasına yeterli değildir. Bu tür savunmalar eser sahibinin eseri aracılığıyla üçüncü kişilerin kişilik hakkına dahil değerleri ihlal ettiği durumlarda, eser sahibini kurtarmaya yeterli değildir. Eser sahibi bu gibi hallerde, eser içeriğinin kurgusal olduğu, hayal ürünü olduğu yönündeki savunmasını eserindeki kurgusal karakter ve olaylar ile gerçek kişiler arasındaki farklılıkları (eserin gerçeklik karşısında bağımsızlaştırılmasını) ortaya koyarak kuvvetlendirmelidir<sup>91</sup>. Eserde alıntı, belge ya da rapor gibi objektif sayılabilecek bilgilendirme teknikleri kullanıldığı oranda, eserin gerçekle olan bağlantısı o derece güçlenir ki, yazarın eserinin gerçeklikle ilgisi olmadığı yönündeki savı artık zayıflar<sup>92</sup>.

Kurgusal anlatım altındaki yakın gerçeklik ilişkisini değerlendirirken, kurgu karakterlerin ve olayların gerçek kişiler karşısında sanatsal şekillendirme araçlarıyla bağımsız hale getirilip getirilmediği (yabancılaştırılma), bu yapılmışsa ne kapsamda yapıldığını belirlemek gerekir. Eser sahibininin kurgusal karakteri yaratırken kendisinden ilham aldığı kişi tanınabilir olsa dahi, okuyucu/izleyici sunulan hikaye örgüsü ve bilgilerin tamamen hayali olduğunun farkına varabiliyorsa, bu halde kişilik hakkı ihlali gündeme gelmeyecektir<sup>93</sup>. Bununla birlikte bu bakış açısı eser sahibi anılan durumda tasvir edilen gerçek kişinin kişiliğine ve hayat hikayesine ilişkin -hayali dahi olsa- çarpıtmalarda bulunmamış ise, genel kabul görebilir. Eserde yer alan kurgu karakter gerçek kişiden ayırıştırılmadığı sürece eser sahibi şu hallerde sorumlu kılınabilir: 1. Eserde yer alan olay ve bilgiler gerçektir ve bunların açıklanması özel

<sup>91</sup> BELLİCAN, s.575. Alman hukukunda kurgu karakterin gerçek kişi karşısında yabancılaştırılması kriteri Mephisto kararında tek başına ağır kişilik hakkı ihlali değerlendirmesine esas teşkil etmişken; Esra kararında bu değerlendirmede gözetilen kriterlerden biri olmuştur (BVerfGE 30, 173, 195, 198- Mephisto; BVerfGE 119, 1, 28- Esra). Fransız hukuk uygulamasında ise, mahkemeler okuyucuların gerçek ile kurguyu ayırt edemediği durumlarda eser sahibi aleyhine karar vermekte, bu gibi hallerde eser sahiplerinin hayal ürünü-kurgu savunması kabul görmemektedir (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 542).

<sup>92</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557.

<sup>93</sup> Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 542.

hayata saygı gösterilmesini isteme hakkından doğan kanuni yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurur. 2. Eserde aktarılan olay ve bilgiler gerçek dışıdır ve bu durum tasvir edilen gerçek kişinin topluma yanlış tanıtılması (misrepresentation of personality) sonucunu doğurur<sup>94</sup>.

### iii. Kurgu Karinesi

Sanat özgürlüğünü güvence altına alma odaklı yaklaşım, okuyucudan esere rüştünü ispat etmiş muamelesi yapmasını, yani eser yaratımını salt ifade özgürlüğünden ayırdetmesini ve gerçek durumların tasviri ile soyut ve sanatsal/kurgusal ifade ve açıklamaları (kurgu) arasındaki farkı algılayabilmesini, görebilmesini bekler. Dolayısıyla bir sanatsal eser öncelikle gerçek yaşamdan ayrılan bir kurgu ürünü olarak görülmelidir<sup>95</sup>. Kişilik hakkı ile sanatçının sanat özgürlüğü arasında çıkan çatışmanın çözümünde yazılanların, aktarılanların karine olarak kurgu kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yaklaşım ‘kurgu karinesi’ (Fiktionalitätsvermutung) olarak nitelendirilir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi Esra kararındaki değerlendirmelerinde edebi bir eserin (romanın) öncelikle kurgu olarak görülmesi gerektiğine işaret etmiştir. Bu noktada, anılan romanda da olduğu üzere, eserdeki kişi ve olayların gerçek olmadığı, gerçekle benzerliğinin tamamen tesadüf olduğu yönündeki uyarı yeterli olmayabilecek; bir başka deyişle, bu karinenin aksi ispat edilebilecektir<sup>96</sup>.

### iv. Kişilik Hakkı İhlalinin Ağırlığı

Sanat özgürlüğünün sınırı olarak ortaya çıkan kişilik hakkı ihlallerinde, kişilik hakkı değerlerine ve bu değerlerin ele alınmasına göre (ör:özel hayatın gizliliğinde alan teorisine göre) ihlalin ağırlığı farklı ortaya çıkabileceğinden, her bir müdahalenin ne ağırlıkta (yoğunlukta) kişilik hakkı ihlali teşkil edeceği, kişilik haklarının korunması ve sanat özgürlüğü menfaat dengesi açısından belirleyici olacaktır. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi yerleşmiş içtihatlarında gizlilik alanı

---

<sup>94</sup> Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 542; BELLİCAN, s.576.

<sup>95</sup> BVerfGE 119, 1, 28- Esra; SIEGLE, s.77.

<sup>96</sup> Okurla yazar arasındaki varsayımsal (fiktif) sözleşme ve kurgu karinesi hakkında bkz. BELLİCAN, s.585, dñn.140; Alman Anayasa Mahkemesi’nin eserin öncelikle kurgu olarak görülmesi gerektiği değerlendirmesi ve sonrasında Esra davasına ilişkin yorumu için bkz. BVerfG: Grenzen der Kunstfreiheit durch den Persönlichkeitsschutz, GRUR 2007, s.1089, (95), (96).

açısından diğer alanlara nazaran mutlak bir korumanın gündeme geleceğini vurgulamaktadır<sup>97</sup>.

#### v. Je-desto Formel (Ne kadar...- O kadar ... Ölçütü)

Mephisto kararında temel alınan ölçüt, kurgusal kişiliğin esinlendiği, kendisinden ilham alındığı gerçek kişi karşısında yabancılaştırılması, ondan bağımsızlaştırılması idi. Alman Anayasa Mahkemesi Esra kararında bu ölçütü ilke olarak korumakla birlikte, kişilik hakkının ağır şekilde ihlal edilmesi gereğini de dikkate alarak iki yönlü 'Je-desto Formel' (Ne kadar...-O kadar...) ölçütünü yeni bir yaklaşım olarak geliştirmiştir. Buna göre, gerçek kişilik ile kurgusal kişilik ne kadar çok kesişme içerisinde ise, kişilik hakkının ihlali o kadar ağır basacaktır. Sanatsal tasvir, kişilik hakkının özel olarak korunan değerlerine ne kadar çok dokunuyorsa, kişilik hakkı ihlalinden kaçınmak için o kadar yoğun kurgulama (Fiktionalisierung) yapılması gerekir<sup>98</sup>.

### 3. Değerlendirme

Alman hukukunda kişilik hakkının korunması ve sanat özgürlüğüne ilişkin menfaat çatışmasına ilişkin olarak, 1971 tarihli Mephisto kararıyla karşılaştırıldığında, Esra kararıyla (geliştirilen yaklaşım ve ölçütler ışığında) -her ne kadar kitabın yayınlanması ve dağıtılması yasaklanmış olsa da- sanat özgürlüğünün gücünü artırdığı dile getirilmektedir<sup>99</sup>. Kurgu karinesinin kabulü, eser sahibinin belirli sınırlar çerçevesinde herkesi bir eser karakteri için model olarak kullanabilme serbestisi, ağır bir kişilik hakkı ihlalinin varlığının aranması eser sahibinin hukuki platformda elini güçlendiren hususlar olmuştur.

Gerek anılan içtihatlar gerekse değinilen genel bilgiler ışığında bir değerlendirme yapmak gerektiğinde; kişilik hakkı ile sanat özgürlüğüne ilişkin temel haklar arasında bir menfaat çatışması çıktığında doğrudan bir hakkın diğerine üstün kılınması hiç bir zaman mümkün olmayıp, somut olayın özellikleri dikkate alınarak çatışma anılan iki haktan biri lehine çözüme kavuşturulmalıdır. Karşılıklı menfaatlerin tartılması ve değerlendirilmesi sürecinde hangi hakkın ağır basacağı somut olayın özellikleri ve menfaat değerlendirilmesinde geliştirilen kimi ölçütler sayesinde ortaya konulabilir. Yukarıda yer yer değindiğimiz ölçütleri

<sup>97</sup> BVerfGE 119, 1, 29, 30- Esra.

<sup>98</sup> BVerfGE 119, 1, 30- Esra; SIEGLE, s.78.

<sup>99</sup> GRIMM, s.30. Anılan bu sebeplerle, Esra romanına ilişkin yasağın sanat özgürlüğünü en alt seviyeye çekip çekmediğine ilişkin sorunun yanıtı olumsuz olacaktır, HAHN, s.102.

burada biraraya toparlamak gerekirse; eser türüne özgü değerlendirme<sup>100</sup>, okurun esere ilişkin algısı (okurun/izleyicinin eserde anlatılanları gerçek olarak algılayıp algılamadığı ve eğer öyleyse bu algının ne yoğunlukta, kapsamda olduğu)<sup>101</sup>, tasvir edilen kişinin toplumdaki konumu<sup>102</sup>, esere konu olan olayın ne zaman gerçekleştiği/gerçekleşmesinden bu yana geçen zaman<sup>103</sup>, eserin kamuya sunulmuş şekli (eserin sunulduğu medya ortamının genişliği)<sup>104</sup> gibi hususların gözetilmesi menfaat değerlendirmesinde önem taşır. Belirtmek gerekir ki, eserdeki yaratıcılık düzeyi de bu noktada dikkate alınabilir ölçütlerden biridir. Hakkında kişilik haklarının ihlali tartışması yapılan bir eserde, eserdeki dil/anlatım yüksek bir yaratıcılık düzeyi ve özgünlüğü yansıtıyorsa; sanatsal çabanın, tutkunun okuyucuya/izleyiciye çok da yansıtılmadığı, olanı aktarmaya dayalı bir esere nazaran farklı bir değerlendirme yapılmalı, menfaat

<sup>100</sup> Özellikle mizah içerikli eserler ve karikatür eserlerinde bu türün kendine has özelliği dikkate alınmalıdır, zira bu tür eserler nitelikleri gereği yabancılaştırmayı ve/veya abartmayı konu almaktadır. Bu tür eserlerde kanımca hoşgörü eşiği diğer pek çok esere nazaran daha yüksek olmalıdır; kişilik hakkı ihlali açısından türe özgü sınırların tasvir edilen kişi açısından kendisinden katlanılması beklenemeyecek ölçüde aşılması gerekir (bkz. BELLİCAN, s.587). Temel haklara ilişkin menfaat dengesinde bu hususun (kişilik hakkının ağır şekilde ihlal edilmesi) değerlendirilmesinde, eserin medyada yayılma hızı ve genişliği, kişinin toplumdaki konumu gibi unsurların göz önüne alınarak bir sonuca varılması yerinde olur (Bkz. BECKER, Bernhard von: Rechtsfragen der Satire, GRUR 11/2004, s. 913).

<sup>101</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557.

<sup>102</sup> Tasvir edilen kişi kamuya mal olmuş veya halihazırda kamuoyunun dikkatini çeken bir kişi ise genel ilke ve kurallar daha katı bir şekilde uygulama konusu olacaktır. Bu kişiler hakkında kamuoyunun bilgi edinme, aydınlanma menfaatini gerekçe olarak öne sürmek ve kabul ettirmek kolaylaşacaktır (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557; BELLİCAN, s.587).

<sup>103</sup> Yazarın güncel olayları kalemine taşıırken, geçmişte olmuş olaylara ilişkin yazarken gösterdiği özene nazaran daha da dikkatli olması gerekmektedir. Özellikle, artık hayatta olmayan kişiler konu alındığında, sanat özgürlüğünün kişilik haklarının karşısında daha ağır basması olasılığı artar (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557).

<sup>104</sup> Eserin kamuya ulaştırılmasında vasıta olan iletişim aracı kişilik hakkı ihlalinin sürekliliği ve ağırlığı bakımından yapılacak değerlendirmede rol oynar. Zira eserin kamuya sunulma türü kişilik hakkı ihlalinin yoğunluğunu arttırabilecektir. Örneğin, kişinin gizlilik alanına dahil unsurların, bazı sırlarının bir kitapta veya radyo oyununda açıklanması yerine, bir senaryo haline getirilerek filme alınması ve filmin gösterime girmesi daha yoğun bir etki meydana getirmeye müsaittir. Yine bir kez gösterilen Tv-dizisinin, filmin ortaya çıkaracağı etkiyle, tekrarlanan gösterimlerin meydana getireceği etki de farklı olacaktır (von BECKER, s.105; BELLİCAN, s.588).

çatışmasında sanat özgürlüğü, yani eser sahibi lehine yorum yapılması daha kolay olmalıdır<sup>105</sup>.

#### **D. Hukuki Koruma**

Kişilik hakkına dahil değerlerin (tasvir edilen kişinin şeref ve haysiyetini ve/veya özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkını) ihlali söz konusu olduğunda, bu yönde iddiada bulunan kişi TMK m.25 çerçevesinde, saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi, saldırının hukuka aykırılığının tespiti, bunlarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayınlanması talebinde bulunabilir. Bunun yanında, maddi tazminat, manevi tazminat ve hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin talepte bulunma hakkı da saklıdır.

Kişilik haklarının ihlalinin basın yoluyla gerçekleşmesi durumunda Basın Kanunu'nun ilgili hükümleri de (Basın Kanununun cevap ve düzeltme hakkına ilişkin hükümleri), genel hükümlerin yanında, devreye girer. Basın Kanununda cevap ve düzeltme hakkına ilişkin hükümler (m.14-19) sadece süreli yayınlar açısından öngörülmüştür. Bununla birlikte, örneğin roman gibi süreli olmayan yayınlar yönünden cevap ve düzeltme hakkını engeller yönde bir hüküm de mevcut değildir. Doktrinde, süreli olmayan yayınlarda hukuka aykırı basın açıklamasında bulunana karşı bu yolla saldırıya uğrayan kişinin cevap ve düzeltmesini yayımlamasının veya yalan ve/veya yanlış açıklamaların düzeltilmesinin bir durdurma davası şekli olarak kabul edilebileceği ve bu davadan önce de bu tür bir düzeltmeye ihtiyati tedbir yoluyla hükmedilebileceği ifade edilmektedir<sup>106</sup>.

Kimlerin ne kapsamda sorumlu olacağı hususuna gelince, Basın Kanunu'nun hukuki sorumluluk başlıklı 13.maddesinde, basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddi ve manevi zararlardan dolayı süreli yayınlarda eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisinin; süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayıncının, yayıncı belli değil ise basıncının müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır<sup>107</sup>. İzleyen fıkralarda ise yayının üzerinde hak sahibi olan veya

<sup>105</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557.

<sup>106</sup> KILIÇOĞLU, s. 313.

<sup>107</sup> Anılan hüküm gereğince, yayıncı ile eser sahibi arasında akdedilen yayın sözleşmesi yahut benzeri bir sözleşmede yayıncının sorumluluğunu bertaraf eden hükümler mevcut

bu hakları devralan kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ele aldığımız konuya ilişkin olarak; tasvir edilen kişinin kişilik hakkına dahil değerlerine (ör: eserde tasvir edilenin şeref ve haysiyetini ihlal eden ifadelerin ya da gizlilik alanına dair hususların yer alması) bir kitap aracılığıyla müdahale söz konusu olduğunda, kitabın yazarıyla birlikte yayımcısının da sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>108</sup>.

Basın Kanunu'nun 13.maddesi çerçevesinde müştereken ve müteselsilen sorumluluğu olan eser sahibi ve yayımcı arasındaki ilişkinin

ise, bunlar üçüncü kişilere karşı etkili olmayacaktır. Yani eser sahibinin kitabında yer verdiği ifadelerinden ötürü üçüncü kişilerin zararı ortaya çıkarsa, tüm sorumluluğun eser sahibine ait olduğuna ve tüm zararların eser sahibince karşılanacağı sonucu çıkarılabilen akdi düzenlemeler üçüncü kişilerin talepleri karşısında etkili olmayacaktır. Zira üçüncü kişiler Basın Kanunu'nun 13.maddesi çerçevesinde müteselsilen sorumlu olanlardan herhangi birine başvurabilir. Eğer ki yayıncıya başvururlarsa, yayıncı daha sonra ödediği bedeli iç ilişki çerçevesinde eser sahibinden talep edebilecektir. Eser sahibinin yayıncı ile akdettiği sözleşmede bu tür kendi aleyhine getirilmiş ağır yükümlülüklerden kurtulması TBK m.26-27 aracılığıyla gerçekleştirilebileceği gibi, koşulları varsa 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5.maddesinde düzenlenen sözleşmelerdeki haksız şartlara ilişkin hüküm yoluyla da mümkün olabilir. Anılan hükümden faydalanabilmek için eser sahibinin anılan Kanun (TKHK m.3) gereğince tüketici sıfatını haiz olması gerekir. Şu durumda, yazarlığı meslek edinmiş, geçimini bu şekilde sağlayan bir yazar yayın hizmetini mesleki amaçla aldığından tüketici sayılamazken, mesleği yazar olmayan birinin anılarını yazması örneğinde bu kişi yayınevinden yayın hizmeti aldığında tüketici sayılabilecektir (BELLİCAN, s.577, dpn.116).

<sup>108</sup> Bu tür kişilik hakkı ihlallerinin radyo ya da televizyon vasıtasıyla gerçekleşmesi durumunda Basın Kanunu hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un düzeltme ve cevap hakkı başlıklı 18.maddesinin 6.fıkrasında gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlal eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yayıncısının müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı hükmüne bağlanmıştır.

Yine anılan kişilik hakkı ihlallerinin son yıllarda günlük yaşamın neredeyse ayrılmaz bir parçası haline gelen internet üzerinden yapılan yayınlar aracılığıyla gerçekleşmesi haline ilişkin olarak, 5651 sayılı 'İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun' ile bazı düzenlemeler öngörülmüştür. Anılan Kanunun 'İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi' başlıklı 9.maddesi çerçevesinde; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi, doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen kişilerin talepleri doğrultusunda hakim erişimin engellenmesine karar verebilir (m.9/1,3).

hukuki niteliği somut olayın özelliklerine göre değişir. Gazete, dergi gibi süreli yayınlarda çalışan ve çalıştıran arasında TBK m.66'ya dayanan istihdam eden-müstahdem ilişkisi kurulabilir; burada anılan hükmün özel bir uygulaması söz konusudur. Bu çerçevede, yayın sahibi istihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulduğuna göre, TBK m.66'daki kurtuluş kanıtını getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Buna göre, yayın sahibi yapılan açıklama ile şerefe, haysiyete ve özel hayata saldırılmaması (zararın doğmaması) için gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini (yani sorumlu yazı işleri müdürünü seçmede, ona talimat vermede ve onu denetlemede gerekli objektif özeni gösterdiğini), gerekli bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın doğumunu önleyemeyeceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir<sup>109</sup>. Süreli olmayan yayımlar açısından, yayımcının şeref, haysiyet ve/veya özel hayatı ihlal eden ifadelerin sahibi (yani eser sahibi) nedeniyle sorumluluğunun, istihdam edenin sorumluluğu olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir. Zira yayımcı ile eser sahibi arasında bir istihdam eden müstahdem ilişkisi mevcut değildir<sup>110</sup>; buradan hareketle, yayımcı eser sahibine emir ve talimat verme yetkisine sahip değildir. Burada, yayımcının şeref, haysiyet ve/veya özel hayatı ihlal eden açıklamalardan dolayı ortaya çıkan sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Bu noktada yayımcının kusuru, çoğu kez eserin kişilik haklarını ihlal ettiğine ilişkin araştırmayı yapmamak şeklinde özen yükümlülüğünün ihlaline dayanır<sup>111</sup>.

Bir eser vasıtasıyla, yani eserde konu edilen kişilerin kişilik hakkı ihlali gündeme geldiğinde, uygulanabilecek yaptırım mekanizmaları eserin yayımının önlenmesi, durdurulması ve toplatılmasından ibaret değildir. Eserin toplatılmasından önce<sup>112</sup>, uygun düşüğü ölçüde, kişilik

<sup>109</sup> KILIÇOĞLU, s. 486.

<sup>110</sup> Şeref, haysiyet ve/veya özel hayatın gizliliğini ihlal eden ifade ve açıklamalar yayımcının emir ve gözetiminde çalışan kişilerin fiillerinden kaynaklanmışsa, yayımcı TBK m.66 gereğince sorumlu tutulabilecektir. Örneğin, yayıncıya ait yayınevinde çalışan dizgicinin düzenleme ve düzeltmeler sırasında esere kişiliği ihlal edici eklemeler yapması gibi. Böyle bir durumda, yayımcı açıklama nedeniyle kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin sadece maddi değil, manevi zararlarından da istihdam eden olarak sorumlu olacaktır (KILIÇOĞLU, s.498).

<sup>111</sup> KILIÇOĞLU, s. 497.

<sup>112</sup> Fransız hukuku uygulamasında da esere el konulması ve toplatılması, ifade veya sanat özgürlüğüne yapılabilecek en ağır müdahale olarak kabul edilmekte ve bu yola kişilik hakkı ihlalinin tolere edilemeyecek derecede ağır olduğu hallerde, istisnaen başvurulması gerektiği dile getirilmektedir. Doktrinde bazı yazarlar bu yaptırıma

hakkını ihlal eden kısımların romandan çıkarılması, sahnelerin filmde çıkarılması veya repliklerin teatral performanstan çıkarılması; tekzip yayınlama; eserde yer verilen karakter isimlerinin değiştirilmesi ya da ilgili mahkeme kararının eserle birlikte yahut ona dahil edilerek yayınlanması gibi uygulamalara karar verilmesi mümkündür<sup>113</sup>. Yine içeriğinden kişilik hakkı ihlaline yol açan unsurlar çıkarılmadıkça, örneğin bir TV filminin tekrar gösteriminin, bir sinema filminin dağıtımının ya da bir kitabın pazarlanmasının yasaklanması yönünde kararlar verilmesi mümkündür<sup>114</sup>. Ancak anılan tür değişiklikler veya ihlal unsuru kısımların eserden çıkarılmasının kişilik hakkı ihlalini ortadan kaldırmayacağı ya da eser sahibinin bu yönde rızası olmadığı anlaşılıyorsa, bu halde mağdurun hukuki güvenliği ancak eserin toplatılması ile -genel bir yasak mekanizmasının devreye sokulması ile- mümkün olabilecektir<sup>115</sup>.

Bir edebi eserde, sinema eserinde veya başkaca bir eserde kişilik hakkına dahil değerlerin ihlali söz konusu olduğunda bu şekilde kazanç elde edilmişse gerçek olmayan vekaletsiz iş görme (TBK m.530) hükümlerine başvurulabileceği gibi<sup>116</sup>, yine koşulları varsa maddi ve/veya

---

başvurulmasının ancak meydana gelen zararın başkaca yaptırım mekanizmalarıyla (ör:tazminat) karşılanmadığı hallerde haklı kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bu özellikle eserin kişilik haklarının ihlaline yol açan kısımlarının eserin diğer kısmından, bütünden bölünemez nitelikte olduğu hallerde gündeme gelir. Fransız hukukunda sık uygulama bulan ve tercih edilen yaptırımlardan biri ise okuyucunun bilgilenmesine yönelik olarak esere eklenen yargısal açıklamadır (communiqué judiciaire). Konuya ve 'Le grand secret' adlı kitabın bu şekilde yasaklanmasına ilişkin bkz. TREBES, s.151, 152-dpn.611, 153-154.

<sup>113</sup> Konuya ilişkin farklı Fransız mahkemeleri kararları için bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 545, dpn.99-104 arası.

<sup>114</sup> OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 545.

<sup>115</sup> SIEGLE, s.186.

<sup>116</sup> Eskiden bir kimsenin kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesi neticesinde failin elde ettiği kazancın saldırıya uğrayan tarafından talep edilmesini düzenleyen özel bir hüküm mevcut değildi ve o dönemde bu yönde bir talebin vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca mümkün olup olmadığı tartışma konusu idi. 3444 sayılı Kanunla Önceki Medeni Kanuna ilave edilen 24/a maddesi bu imkanı açıkça belirtmekte olup, kişilik haklarının ihlali suretiyle elde edilen kazançların vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebileceğini ifade etmişti. Aynı hüküm TMK m.25/3'de tekrarlanmıştır. Tanınan bu imkanın önemi kendini mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı failin saldırı sayesinde elde etmiş olması durumunda gösterir. Zira mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı fail saldırı sayesinde elde etmiş ise, mağdur için bir zarar söz konusu olmadığından maddi tazminat davası açılmaz. Bu kazancın ancak TBK m.530'dan



manevi tazminat talebinde bulunulabilir. Eğer kişilik hakkını ihlal eden kişi, bu ihlal mağdurunun elde etmek istemediği veya elde edemeyeceği bir kazancı anılan ihlal vesilesiyle elde etmişse, mağdurun bir zararı ortaya çıkmadığından, bu kazanç gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde istenecektir. Buna karşın, ihlalde bulunan mağdurun elde etmek istediği veya elde edebileceği bir kazancı ihlal vesilesiyle elde etmişse, bu kazanç mağdur yönünden mahrum kalınan kazanç şeklinde ortaya çıkan bir zarar olduğu için zararın giderilmesi maddi tazminat davasına konu olur. Örneğin, hayatıyla ilgili bir kitabı basıma hazırlamış A'nın kitabının kopyalarını çalıp kendi adıyla piyasaya süren ve bundan kazanç elde eden B'ye karşı maddi tazminat davası gündeme gelebilirken; A'nın asla yayınlama niyeti taşımadığı ve kasasında sakladığı anı yazılarını çalan, bunları roman haline getirerek kendi adıyla yayınlayan ve kazanç elde eden B'ye karşı gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden dolayı dava açılabilir. Çünkü B, bu durumda, A'nın elde etmeye niyeti olmadığı bir kazancı elde etmiştir<sup>117</sup>.

Kişilik haklarını ihlal eden unsurlar içeren eserlerin yayımlanmasından, sahnelenmesinden vs. elde edilen kazancın davacıya verilmesine ilişkin olarak, bu kazancın elde edilmesinde kişilik haklarına saldırının etkisi ve oranı dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede kişilik hakkını ihlal eden ifade ve açıklamaların eserin bütününe oranı, bunların sürümdeki etkisi, süreli bir yayın ise kişilik hakkı ihlali teşkil eden yayının önceki yayınlara nazaran tirajda bir artış getirip getirmediği, önceki performansına nazaran daha çok izleyici çekip çekmediği gibi unsurlar göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır<sup>118</sup>.

kaynaklanan bu dava uyarınca talep edilmesi mümkündür (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.239-240).

<sup>117</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s.156. Yazarlar ayrıca kimi durumlarda hem maddi tazminat davasının hem de vekaletsiz iş görme davasının açılabilirliğini dile getirmektedirler. Çünkü aynı olay sebebiyle mağdurun hem kazançtan yoksun kalması hem de onun elde edemeyeceği kazancın fail tarafından elde edilmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda, zarar tazminat davası, onu aşan kazanç ise vekaletsiz iş görme kurallarına göre istenebilecektir (s.157). Aksi yönde Arpacı, maddi tazminat ile vekaletsiz iş görme davalarının birbiri üstüne yığılmasının kabul edilemeyeceğini; davacının ya maddi tazminat isteyeceğini ya da davalının elde ettiği kazanca yöneleceğini belirtmektedir (ARPACI/Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s.162).

<sup>118</sup> Bkz. KILIÇOĞLU, s.357. Yargıtay yayımlanmayan bir kararında, 'Turgut Nereden Koşuyor?' isimli kitap nedeniyle yazar Emin Çölaşan aleyhine zamanın Başbakanı ve eşi tarafından açılan davada yerel Mahkemenin kararını şu gerekçeyle bozmuştur: 'Kişilik

Sanat eserleri aracılığıyla ortaya çıkabilecek kişilik hakkı ihlallerinde akla gelebilecek bir diğer maddi tazminat kalemi, yasal mekanizmaları işletebilmek için yapılan harcamalar ve yine örneğin mağdurun uğradığı psikolojik yıkım, yaşadığı üzüntü nedeniyle yaptığı psikolojik tedavi masraflarıdır<sup>119</sup>. Yine Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukuk uygulamasında kişiliği oluşturan unsurların ticari değeri haiz olduğu ve bu unsurlara ilişkin ihlalin gerçekleştiği durumlarda, makul lisans bedeline benzer bir şekilde tazminat talebinde bulunulabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Esra davası örneğinde olduğu gibi, sanat eserleri aracılığıyla ortaya çıkan kişilik hakkı ihlallerinde çoğunlukla şeref ve haysiyet, özel hayatın gizliliği gibi kişilik hakkına dahil unsurların ihlali gündeme geldiğinden, bu yaklaşım uygulama alanı bulamayabilir. Zira kişinin kendi eliyle şeref ve haysiyetini ihlal edeceği ve/veya mahremiyetine ilişkin bilgileri ifşa edeceği, bu hususları lisans sözleşmesine konu edeceği ekonomik bir değerlendirme alanı yoktur<sup>120</sup>.

Roman, sinema veya başkaca eserler yoluyla şeref ve haysiyeti ve/veya özel hayatının gizliliği ihlal edilen kişinin başvurabileceği bir diğer yaptırım da manevi tazminattır. Basın açıklamaları ya da sanat eserleri aracılığıyla şeref, haysiyet ve/veya özel yaşamın ihlalinde maddi zarardan daha çok manevi zarar meydana gelir. Manevi zararın varlığı ve miktarının somut olarak belirlenebilmesi -maddi zararın aksine- her zaman mümkün değildir. Manevi zararın varlığı ve yüksekliği yargıcın serbestçe takdir ve tesbit edeceği bazı hal ve koşullardan çıkarılabilir. Yargıcın takdiri, davacıya yüklenen ispatın konusuna, olayların olağan akışına ve genel yaşam tecrübelerine göre, dava konusu ifade ve açıklamaların kişide manevi bir acı (seelische Schmerz), yoğun üzüntü doğurmuş olup olmamasına göre şekillenir<sup>121</sup>. Bu durum, dıştan somut olarak gözlenebilen bazı olaylardan, özellikle de saldırıya uğrayan kişinin tepki ve davranışlarından (ör: kendini eve kapatıp ruhsal bunalım içine

---

haklarına saldırı teşkil ettiği kabul edilen sözcüklerin sürüme etkisi ve kitap içindeki hacminin tüm kitap hacmine oranı göz önünde bulundurulmadan, maddi tazminat belirlenirken tüm kitap gelirinin baz alınması ve Borçlar Kanunu'nun 43.maddesine dayanılarak sonuca gidilmesi bozmayı gerektirmiştir' (KILIÇOĞLU, s.357, dpn.136; BELLİCAN, s.581-582, dpn.131).

<sup>119</sup> SIEGLE, s. 207.

<sup>120</sup> SIEGLE, s. 207; OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 535; BELLİCAN, s.580

<sup>121</sup> KILIÇOĞLU, s.398, dpn.246'da anılan yazarlar.

girme, aşağılık duygusu geliştirme, yaşam enerjisinin farkedilir şekilde kaybı, iş gücünü kaybetme, mesleğinden soğuma, çevresiyle görüşmeme (sosyal izolasyon) gibi<sup>122</sup> çıkarılabilir. Yine manevi zarar dolaylı zarar olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin, bir eserde (roman/film vb.) tasvir edilen gerçek kişiye yönelik gerçek dışı bir suç isnadına yönelik ifadelerin yer alması ve bunun ihbar olarak değerlendirilip o kişinin gözüne alınması/tutuklanması, görevinden alınması, bu nedenle nişanlısı tarafından terkedilmesi<sup>123</sup> gibi.

Kişilik haklarına saldırının ağırlığı hem hukuka aykırılığın derecesine hem de doğan zararın ağırlığına etki eder. Saldırı ne kadar ağır ise, hukuka aykırılık ve doğan zarar da o derece ağır olarak ortaya çıkar. Bununla birlikte günümüzde yasa koyucu her hukuka aykırı saldırının manevi tazminata yol açabileceğini kabul etmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58.maddesinde 'kusurun ve saldırının ağırlığı' koşullarına yer verilmemiştir<sup>124</sup>. Basın açıklamaları veya sanat eserlerinde

<sup>122</sup> Bkz. AEBI-MÜLLER, s.149.

<sup>123</sup> KILIÇOĞLU, s.398, dpn.248-249'da yer verilen kararlar.

<sup>124</sup> 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49.maddesinin 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki düzenlemesinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için 'kusurun özel ağırlığı' bir koşul olarak aranmaktaydı; anılan Kanunla değişikliğe uğrayan 49.madde metninde ise zarar verenin kusurunun özel ağırlığından söz edilmediği gibi, kusurundan da hiç söz edilmemiştir. Ancak doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, kusurdan söz edilmiş olması, kusursuz sorumluluğun benimsendiği anlamına gelmez. Yasa koyucu haksız fiilin koşullarının düzenlendiği eBK m.41'de kusur koşulunu açıkça düzenlemiş olduğundan, bir kez daha tekrardan kaçınmıştır.

Saldırının ağırlığı hususuna gelince; eBK (eski) m.49 hükmü manevi tazminat talebi için - hemen yukarıda değindiğimiz üzere- sadece kusurun ağırlığından söz ederken, saldırının ağırlığı şartını aramamaktaydı. (Bu maddenin kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu (Art.49 OR) aslı ise hem kusurun hem de ihlalin ağır olması şartını aramaktaydı. Ancak İsviçre yasa koyucusu anılan hükmü 1983 yılında değiştirmiş; kusurun özel ağırlığı koşulunu madde metninden çıkarmış, ihlalin özel ağırlığı yerine ise ihlalin ağırlığı koşuluna yer vermiştir.) Bununla birlikte o dönem öğretide ve mahkeme kararlarında – mehzaz Kanunun etkisiyle- manevi tazminat talepleri için sadece kusurun değil, (doktrinde bazı yazarlarca dile getirildiği üzere 'saldırının ağırlığı' şeklinde anlaşılması gereken) zararın da ağır olmasının şart olduğu kabul edilmekteydi. Ancak yine sonrasında İBK.'da yapılan değişikliğe paralel olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49.maddesinin 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla değişikliğe uğrayan metninde ise kusurdan söz edilmediği gibi, ihlalin ağır olmasından da söz edilmemiştir. Konunun Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve her iki ülkenin uygulamasında izlediği süreç hakkında ayrıntılı olarak bkz. ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2015, s.111 vd.

yer verilen ifade ve açıklamalar aracılığıyla kişilik haklarının ihlalinde çoğunlukla ağır bir saldırı gündeme gelir<sup>125</sup>. Ancak bu mevcut yasal hükümler çerçevesinde varlığı zorunlu bir koşul olmayıp, esasen manevi tazminat miktarının takdirinde önem taşır.

Eserin ve eserde yer alan ifade ve açıklamaların niteliği manevi zararın varlığına ilişkin değerlendirmede temel rol oynar. Örneğin mizah içerikli eserler ve karikatür eserlerinde, eserde tasvir edilen gerçek kişinin sanatçının tasvirlerine katlanmasına ilişkin beklenti, diğer eserlerde olduğundan daha yüksektir. Yine kişinin özel hayatına ilişkin olmakla birlikte önemsiz görünen hususlara ilişkin bilgi açıklamaları ve değerlendirmelerinin de kişilik hakkını ihlal etmeyeceği, manevi zarara yol açmayacağı kabul edilebilir<sup>126</sup>.

Manevi tazminatın amacı, haksız saldırı nedeniyle kişinin ruhsal incinme ve acısını telafi etmek, onu manen tatmin etmek olduğuna göre, bu tazminatın bir miktar paranın ödenmesinden başka yollarla da sağlanabileceği kabul edilmiştir (TBK m.58/II). Konumuza ilişkin olarak, yayın ve dağıtım yasağı da manevi tazminat davasının bir sonucu olarak ortaya çıkabilir ki, bir sanatçının karşılaşılabileceği en ciddi yaptırımlardan biri eserinin yayınının ve dağıtımının önlenmesidir. Eserdeki kurgusal karakterin kendisiyle özdeşleştiğini ve bu suretle şeref ve haysiyetinin ve/veya mahremiyetinin ihlal edildiğini ileri süren gerçek kişi eserin yayın ve dağıtımının durdurulmasının yanısıra para konulu manevi tazminat talebinde bulunduğu, her iki talebi de kabul görebileceği gibi, sadece yayının ve dağıtımın durdurulmasıyla yetinmek zorunda da kalabilir<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Bir edebi eserde, sinema filminde tasvir edilen gerçek kişinin hayat hikayesine ilişkin, şeref ve haysiyetini ve yine özel hayatın gizliliğini ihlale yol açar nitelikte bazı açıklama ve olayların gerçekliğinin hiç araştırılmadan aktarılması; bazı dedikoduların gerçekmiş gibi yansıtılması ve bu şekilde tasvir edilen gerçek kişinin kamuoyu nezdinde farklı tanıtılması, şahsi ve/veya ticari itibarının zedelenmesi (bu yönde bkz. BGE 43 II 637; BGE 48 II 60).

<sup>126</sup> Kişinin ruhsal dengesini hafif şekilde sarsan durumların hayatın olağan akışına dahil olduğu, bu sebeple kişinin manevi bütünlüğüne yönelen her haksız davranışın kişilik hakkı ihlaline yol açmayacağı söylenebilir. (İsviçre hukuku çerçevesinde bkz. AEBI-MÜLLER, s.149).

<sup>127</sup> Okur sayısının ciddi bir bölümünü hukukçuların oluşturduğu Esra romanı ile ilgili son dava olma özelliğini taşıyan manevi tazminat davasında ise, son yetkili mercii Alman Federal Mahkemesi yazarın eski kız arkadaşının manevi tazminat talebini haksız bulmuştur. Böylelikle Federal Mahkeme'nin bakış açısı romanda Esra karakteri altında tasvir edilen kişinin 50.000 Euro tutarındaki manevi tazminat talebini kabul eden Münih

Son olarak, kişi yaşarken olduğu gibi, öldükten sonra da bir romana, sinema veya tiyatro eserine konu edilebilir ve bu eser aracılığıyla kişilik hakkına dahil değerleri ihlal edilebilir. Sağlığında şeref ve haysiyetin ve/veya özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunabilecek olan kişi öldükten sonra bir esere konu edinildiğinde -ölümle birlikte kişiliğin sona ermesiyle- gerek doğal gerek hukuki olarak bu imkandan yoksun kalır. Eğer sağlığında bu yönde talebini ileri sürmüştü<sup>128</sup>, TMK m.25/IV uyarınca manevi tazminat talebi mirasçılara geçer. Böyle bir durum mevcut değilse, ölenin yakınları, ölen kişinin şeref ve haysiyetine ve/veya mahremiyetinin gizliliğine dair hukuka aykırılıklar içeren eserler karşısında münhasıran ölen kişi için değil, doğrudan kendi kişilik haklarına dayanarak<sup>129</sup> hukuki koruma mekanizmalarını işletebilirler (hatıra koruması)<sup>130</sup>. Hatırayı koruma doktrini, ölen birisinin yakınlarının kişilik alanının ölüm olayıyla birlikte

Eyalet Mahkemesi'nin kararına karşı çıkan Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi kararıyla örtüşmüş bulunmaktadır. Bu durum, kişilik hakkının ihlal edildiği sanat eserlerinde dağıtımın durdurulması yaptırımıyla tazminat ödenmesi yaptırımının kural olarak birlikte istenemeyeceği yorumlarına yol açmıştır. Doktrinde kişilik hakkına dahil değerleri ihlal eden roman hakkında dağıtım yasağının yanında bir de tazminata hükmetmenin istisna bir durum olacağı, Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararının kişilik hakkı ile sanat özgürlüğü arasında bir denge arayışının sonucu olarak görülebileceği belirtilmektedir (BELLİCAN, s.583, dpn.135). Federal Mahkemenin kararına ilişkin bu yoruma genel olarak katılmakla birlikte; somut olayın özellikleri çerçevesinde dağıtım yasağının -eser sahibi yönünden ağır bir yaptırım olsa da- pek çok halde kişinin manevi bütünlüğünün ihlal edilmiş olmasından doğan zararı ortadan kaldırmayacağı düşüncesinden ve TBK m.58'in açıkça bu imkanı sunmasından hareketle, kanımızca koşulları varsa hem yayının ve dağıtımın durdurulması hem de tazminat yaptırımı birarada uygulanabilmelidir.

<sup>128</sup> Doktrinde TMK m.25/IV'de yeniden getirilen kural eleştirilerek, mirasbırakanın manevi tazminat isteminin 'sağlığında ileri sürmüş olmadıkça- mirasçılara geçmeyeceğine dair bu kuralın yol açacağı sakıncalara dikkat çekilmiş; bu tür sıkıntılıların doğrudan doğruya parayla ölçülebilen kişilik değerlerinin mirasçıya intikali konusundaki yeni eğilimlerle aşılmasının da zor olacağı ifade edilmiştir. Bu noktada, elde kalan ancak TMK m.25/IV'deki manevi tazminat isteminin miras bırakanca ileri sürülmesi koşulunu, miras bırakanın istemi ileri sürmeye ilişkin zımni, hatta belki farazi irade beyanlarının varlığı kabul edilerek 'gerçekleşmiş sayma' yolunu zorlamak olabilecektir (SEROZAN, Rona/ ENGIN, Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2012, s.107-108).

<sup>129</sup> BGE 117 II 50, s.56 (Gasvergiftung im Badezimmer); 109 II 353, s.359 ff. (Fall Irniger).

<sup>130</sup> KILIÇOĞLU, s.446. Ölüm sonrası (postmortal) kişilik koruması konusunda Türk-İsviçre hukuk çevresinin çekingen yaklaşımına karşın, Alman hukukunda çeşitli ve karmaşık yaklaşımlara yer verildiği görülmektedir (bkz. BELLİCAN, s.583, dpn.136). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. PETEK, s.89 vd.

genişlediği, artık ölene karşı saygı duygularının da onların kişilik alanına dahil olduğu esasına dayanmaktadır. Böylelikle, yaşadığı süreçte sadece hak sahibine ait olan ve sadece onun tarafından korunabilen bazı değerler, ölümünden sonra yakınlarının kişilik alanına girdiği kabul edilerek korunmakta ve bu şekilde ölen kimse yakınlarının kişilik hakkı sayesinde dolaylı olarak korunmaktadır<sup>131</sup>.

#### KAYNAKÇA

- AEBI-MÜLLER, Regina: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005.
- ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.
- ATALAY, Esra: ‘Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’, C.6, S.2, 2004, s.1 vd.
- BECKER, Bernhard von: Fiktion und Wirklichkeit im Roman- Der Schlüsselprozess um das Buch ‘Esra’- ein Essay, Würzburg 2006.
- BECKER, Bernhard von: ‘Der geschlossene Vorhang- Der Beschluss des BVerfG zum ‘ESRA’ Fall, K&R 2007, s.620 vd (Esra).
- BECKER, Bernhard von: Rechtsfragen der Satire, GRUR 11/2004, s.908 vd (Satire).
- BELLICAN, Cüneyt: ‘Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme’, Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.535 vd.
- DAMM, Renate/REHBOCK, Klaus: Widerruf, Unterlassung, und Schadenersatz in den Medien, München 2008.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015.
- ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2015.
- FREY, Anna-Mirjam: Die Romanfigur wider Willen, Frankfurt am Main 2008.
- GRIMM, Dieter: ‘Keine Trumpfkarte im Fall Esra’, Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht müssen gegeneinander abgewogen werden’, Zeitschrift für Rechtspolitik (Rechtsgespräch), 1/2008, s.29 vd.
- HAHN, Richard: Persönlichkeitsrecht und Buch, ZUM 2008, s.97 vd.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2016.
- HEMPEL, Heinrich: Die Freiheit der Kunst, Zürich 1991.

---

<sup>131</sup> Bkz. PETEK, s. 221, dpn.446’da anılan yazarlar.

- HUBMANN, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, Köln Graz 1967.
- İMRE, Zahit: Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFD, C.29, S.1-4, s.145 vd.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2013.
- LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias: ‘Mephisto Reloaded- Zu den Bücherverboten der Jahre 2003/2004 und der Notwendigkeit, die Kunstfreiheit auf eine Risikobetrachtung umzustellen’, NJW, 2005/9, s.566 vd.
- LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias: ‘Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman?’, Zu den gerichtlichen Auseinandersetzungen um die autobiografischen Werke von Maxim Biller, Alban Nikolai Herbst und Birgit Kempker und der Notwendigkeit einer Rekonstruktion der Kunstfreiheit, ZUM 2004, s.426 vd (Roman).
- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus, Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, München 1994.
- MÄRTEN, Judith Janna: Die Vielfalt des Persönlichkeitsschutzes, Pressefreiheit und Privatsphärenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in Deutschland und im Vereinigten Königreich, Baden-Baden 2015.
- NEUMEYER, Jochen: Person-Fiktion-Recht, Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Werke der fiktionalen Kunst, Baden-Baden 2010.
- OBERGFELL, Eva Ines: BGH, 21.6.2005- VI ZR 122/04. Kunstfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht-‘Esra’ (Anmerkung), Juristen Zeitung, 61.Jahrg., 4/2006, s.193 vd.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2015.
- OHLY, Ansgar/LUCAS-SCHLOETTER, Agnes/BEVERLEY-SMITH, Huw: ‘Artistic Freedom Versus Privacy- A Delicate Balance. The Esra Case Analysed from a Comparative Law Perspective’, International Review of Industrial Property and Copyright Law, V.39, 5/2008, s.526 vd.
- OLLIER, Pierre-Dominique/GALL, Jean-Pierre: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI- Torts, Chapter 10 Various Damages, Tübingen 1981.
- PASCHKE, Marian: Medienrecht, Heidelberg 2009.
- PETEK, Hasan: Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, Ankara 2015.
- RICKER, Reinhart: Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des einzelnen, NJW 1990, s. 2097 vd.
- SCHÖNBERGER, Simone: Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld 2011.
- SIEGLE, Miriam: Das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht, zur Problematik der Darstellung realer Personen in Kunstwerken, Baden-Baden 2012.

- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.
- TREBES, Anja: Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit vor Presseveröffentlichungen in Deutschland, Frankreich und Spanien (eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes), Dresden 2002.
- WANCKEL, Endress: 'Der Schutz der Persönlichkeit bei künstlerischen Werken', NJW, 9/2006, s.578 vd.



# THE TRANSFORMATION OF INTERNATIONAL TAX REGIME: DIGITAL ECONOMY

## ULUSLARARASI VERGİ REJİMİNİN DÖNÜŞÜMÜ: DİJİTAL EKONOMİ

DOI: 10.21492/inuhfd.354397

**Tamer BUDAK\***

### Abstract

The development of digital economy, which enables companies to avoid tax through aggressive tax planning, is among the main hardships to which the international tax regime currently has to come up with new solutions. Many companies in the digital economy engage in tax base erosion by exploiting the loopholes in international tax laws. Globally, all tax authorities have faced difficult challenges. The growing of the digital economy, increasing world trade, and raising mobility related to finance and resources has challenged domestic and international tax laws.

The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) has focused on issues of Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), and also developed BEPS Action Plans to manage the issues of international taxation. The BEPS Action 1 specifically addresses the challenges that arise in the taxation of the digital economy. This paper primarily evaluates the new developments in the taxation of the digital economy, investigates regional and national policies with respect to direct and indirect tax for preventing eroding the tax base, and transformation of international tax law

**Keywords:** Digital economy, international tax law, BEPS Action Plan 1, taxation

### Özet

Uluslararası vergi hukukunun günümüzde karşılaştığı en önemli zorluklardan biri, uluslararası şirketlerin agresif vergi planlamaları vasıtasıyla vergi kaçırma ve vergi kaçırma sağlayan dijital ekonomideki gelişmelerdir. Dijital ekonomi içerisinde yer alan çoğu uluslararası şirketler, uluslararası vergi rejimindeki bir çok boşluktan yararlanmak suretiyle vergi matrahlarını aşındırmaktadırlar. Genel olarak tüm vergi otoriteleri uluslararası işletmeleri vergilendirme konusunda zorluklarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Dijital ekonominin büyümesi, dünya ticaretinin artması ve finans ve kaynaklarla ilgili hareketlilik, ulusal ve uluslararası vergi mevzuatını zor duruma düşürmektedir.

---

\* Tamer Budak is an Associate Professor at the Inonu University of Faculty of Law, Turkey. ([tamer.budak@inonu.edu.tr](mailto:tamer.budak@inonu.edu.tr)) I would like to a special thank Dr. Joseph Zand for his valuable editing and proofreading for this paper. I also want to thank Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance that provided me an opportunity to use their library and a researcher position.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), Matrah Aşındırma ve Kar Aktarımı (BEPS) konularına odaklanmış ve uluslararası vergilendirme konularında ortaya çıkan güçlükleri yönetmek için bir çok BEPS Eylem Planı geliştirmiştir. Bu kapsamda BEPS Eylem 1, özellikle dijital ekonominin ortaya çıkardığı vergi zorluklarını hedef almaktadır. Bu çalışmada, ağırlıklı olarak dijital ekonominin vergilendirilmesinde ortaya çıkan yeni gelişmeler ele alınmakta, doğrudan ve dolaylı vergilerle ilişkili olarak vergi matrahının azaltılmasını önlemeye yönelik bölgesel ve ülke politikaları ile uluslararası vergi hukukundaki dönüşüm incelenmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Dijital ekonomi, uluslararası vergi hukuku, BEPS Eylem Planı 1, vergileme

### **Introduction**

Rapid developments in information and communication technologies brought about the emergence of a new economy, namely; the digital economy. The digital economy is not limited to traditional business model. Especially after the 1990s, new advances in technology have also led small businesses to enter the global market faster and at much lesser cost. While digital economy offers many advantages to businesses, it also brings significant problems especially in the field of taxation. Indeed, the digital economy has a structure that is recognized as borderless trade. As a matter of fact, the existing international tax regime requires a permanent resident for direct taxes, but digital enterprises sell goods or services to a large number of people without any physical presence. These enterprises make concerted efforts to minimize their tax liabilities, by establishing their legal or business centers where the tax rates are the lowest or where there is zero tax rate or no tax rate. The result of this situation is known as Base Erosion and Profit Shifting.

Due to digital transactions that take place in the digital economy, it is difficult to determine the true identity of taxpayers and the tax status of transactions by national tax authorities since digital processes have confidentiality and virtualization features. The tax laws of various countries and the international tax regime have not yet been synchronized with the digital economy; therefore, the tax losses are substantial. The process of dealing with the digital economy, establishing new regimes and policy can be accomplished with a combined policies and practices being considered in a zealous manner. In this context, the international organizations and the national tax authorities have been working together to find the problems and solutions for taxation of the digital economy.

In this regard, starting from June 2012, the OECD has worked together with governments and international organizations to figure out what drives economic, social and environmental change in international trade. In October 2015, OECD released 15 specified recommendations for action. The Action 1 is only related to tax challenges of the digital economy. It has been introduced the digital economy that is integrated with all aspects of the economy by the OECD. Instead of proposing specific measures, the organization encourages extensive efforts and monitors to respond to specific tax challenges. The OECD's plan will continue up to 2020. As a result, many countries have initiated their implementations in terms of the OECD's recommendations.

### **1. MAIN FEATURES OF DIGITAL ECONOMY AND OECD**

The development of Information and Communication Technology (ICT) has led prices of ICT products and services down<sup>1</sup>. The drop in prices caused by advances in technology and innovation has allowed the growth of the digital economy<sup>2</sup>. As products easily reach a global market, it is not possible for traditional sellers to compete with ITC seller<sup>3</sup>.

All sectors have rapidly adopted ICT to decrease operational costs, - decline in price<sup>4</sup>, increase productivity, and reach broaden themarket.<sup>5</sup> ITC has also modified the ways in which businesses models can do

---

<sup>1</sup> BRYNJOLFSSON, Erik / KAHIN, Brian: "Intoduction", in Brynjolfsson, Erik / Kahin, Brian, (ed.), *Understanding the Digital Economy – Data, Tools, and Research*, MIT Press, London, 2000, p.1.

<sup>2</sup> OECD: "Public Discussion Draft BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy, 24 March 2014 – 14 April 2014", <https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-digital-economy-discussion-draft-march-2014.pdf> (Accessed: 10.06.2017), p.8. (OECD, 2014)

<sup>3</sup> Significant changes in the provision of ICT services have been taking place in recent years. India has become the leading exporter of ICT services, followed by Ireland, the United States, Germany, and the UK. China has also become one of the major exporters. Together these six countries represent approximately 60% of total ICT services exports. OECD: "OECD Science, Technology and Industry Scoreboard 2013: Innovation for Growth", OECD Publishing, [www.oecd.org/sti/scoreboard.htm](http://www.oecd.org/sti/scoreboard.htm) , UNCTAD, June 2013. (Accessed: 10.06.2017). p.12. (OECD 2013a)

<sup>4</sup> SCHMIDT, Peter Koerver: "The Digital Economy and International Tax Law: Main Challenges and Possible Solutions", Copenhagen, 1st December 2016, [http://www.cbs.dk/files/cbs.dk/final\\_-\\_clean\\_version\\_-\\_the\\_digital\\_economy\\_and\\_international\\_tax\\_law\\_-\\_pks\\_0.pdf](http://www.cbs.dk/files/cbs.dk/final_-_clean_version_-_the_digital_economy_and_international_tax_law_-_pks_0.pdf) (Accessed: 14.07.2017)

<sup>5</sup> OECD, 2014, p.22.

business globally much easier<sup>6</sup>. The ICT contribute to businesses in many ways. First, the rapid advances in the technology largely reduced the prices of computing hardware. Second, the hardware market had to reduce the profit margins for traditional manufacturers, which allowed a breakthrough for low-cost, low-margin producers and the growing competition in the software market has compelled software companies to be more innovative and better acknowledge the needs of the consumers<sup>7</sup>. Third, primarily developed to enable the purchase of real goods and services, "virtual currencies"<sup>8</sup> granted a new payment instrument to the digital market<sup>9</sup>. Fourth, the improvements in the robotics technology has led to reduced product costs<sup>10</sup>. Fifth, the developments in the 3D printing technologies are promising in producing goods while directly interacting with the consumers who thereby can influence the features of the products and thus, producing goods that satisfies the expectations of the consumers. Sixth, another prominent trend in the digital economy is the sharing economy, which refers to collaborative consumption that involves the peer-to-peer sharing of goods and services<sup>11</sup>. The rapid advances in the

---

<sup>6</sup> AULT, Hugh J. / J. ARNOLD, Briand: "Protecting the Tax Base of Developing Countries: An Overview", in Trepelkov, Alexander / Tonino, Harry / Halka, Dominika (ed.), *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, New York, 2015, p.425.

<sup>7</sup> PENG, Wei: "Multinational Tax Base Erosion Problem of the Digital Economy", *Modern Economy*, 7(3), 2016, p.345, <http://dx.doi.org/10.4236/me.2016.73038> (Accessed: 11.07.2017).

<sup>8</sup> NELLEN, Annette: "Taxation and Today's Digital Economy", *Journal of Tax Practice & Procedure*, April-May 2015, p.31. [http://www.sjsu.edu/people/annette.nellen/JTPP\\_CCH\\_June2015\\_Nellen\\_DigitalEconomy.pdf](http://www.sjsu.edu/people/annette.nellen/JTPP_CCH_June2015_Nellen_DigitalEconomy.pdf) (Accessed: (10.07.2017).

<sup>9</sup> BAL, Aleksandra: "Bitcoin Transactions: Recent Tax Developments and Regulatory Responses", *Derivatives & Financial Instruments*, 17(5), 2015, [https://online.ibfd.org/document/dfi\\_2015\\_05\\_int\\_2](https://online.ibfd.org/document/dfi_2015_05_int_2) (Accessed: 13.06.2017).

<sup>10</sup> OECD, 2014, p.16, 17. (BAL 2015)

<sup>11</sup> HADZHIEVA, Eli: "Tax Challenges in the Digital Economy", *European Parliament*, IP/A/TAXE2/2016-04, 2016, p.37. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IPOL\\_STU\(2016\)579002\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IPOL_STU(2016)579002_EN.pdf) (Accessed: 13.06.2017).

ITC<sup>12</sup> remodel traditional business and generate challenges in the implementation of the existing rules<sup>13</sup>.

The digital economy has also created several new innovative business models, which include: 1) e-commerce: selling goods or services on the Internet from business to business (B2B), business to customer (B2C), and customer to customer (C2C); 2) new payment services: intermediary services, real-time bank transfer services, and virtual currencies are provided by the buyers and sellers; 3) online advertising: the Internet is used as a medium to communicate marketing information to customers; 4) cloud computing: services such as storage, computing, and digital management are offered by utilizing shared and virtual resources<sup>14</sup>. The types of business include several varieties of e-commerce<sup>15</sup>, app stores, online advertising, cloud computing<sup>16</sup>, participative networked platforms, high-speed trading, and online payment services<sup>17</sup>.

The OECD takes on the mission of encouraging actions that contribute to the economic and social prosperity of people worldwide. The collaborations between the OECD and governments are efforts to uncover the driving forces behind the changes in economy, society, and environment<sup>18</sup>. The growing internationalization of world trade, the enlargement of the digital economy, and the raised mobility related to

---

<sup>12</sup> PwC: "Sharing Economy", 2015, <http://www.pwc.com/us/en/industry/entertainment-media/publications/consumer-intelligence-series/assets/pwc-cis-sharing-economy.pdf> (Accessed: 20.06.2017).

<sup>13</sup> GRLICA, Iyo: "How the Sharing Economy is challenging the EU VAT System", *International VAT Monitor*, 28(2), 2017, p.130, [https://online.ibfd.org/document/ivm\\_2017\\_02\\_e2\\_3](https://online.ibfd.org/document/ivm_2017_02_e2_3) (Accessed: 26.07.2017).

<sup>14</sup> PENG, p.346.

<sup>15</sup> CISCO: "Cisco Visual Networking Index: Forecast and Methodology 2016–2021", 2017, <http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/complete-white-paper-c11-481360.pdf> (Accessed: 08.06.2017).

<sup>16</sup> BAL, Aleksandra / PUENTE, Gutiérrez Carlos: "Taxation of the Digital Economy", in Cotrut, Madalina / Bal, Aleksandra / Betten, Rijkele / Hamzaoui, Ridha / Obuoforibo, Belega / Ostaszewska, Ola, (ed.), *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, IBFD Publication, 2015, Online Book, [https://online.ibfd.org/document/tps\\_head](https://online.ibfd.org/document/tps_head) (Accessed: 09.06.2017).

<sup>17</sup> LI, Jinyan: "Protecting the Tax Base in The Digital Economy", in Trepelkov, Alexander / Tonino, Harry / Halka, Dominika, (ed.), *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, New York, 2015, p.425.

<sup>18</sup> OECD: "About the OECD", <http://www.oecd.org/about/> (Accessed: 14.06.2017).

finance and resources has challenged domestic and international tax laws<sup>19</sup>. The OECD announced its fifteen final specific recommendations for action in October 2015. Many countries have already started their implementations in terms of the OECD's recommendations. Businesses have noticed that the OECD recommendations will affect both readjust long-standing tax practices and comprehensive effects across all business functions, which include finance, human resources, information technology, legal function, etc.<sup>20</sup>

## **2. THE MAIN ISSUES OF TAXATION OF DIGITAL ECONOMIES**

The digital economy lets the door open for companies to operate easily on a global scale. Created new business methods and delivery ways emerge and the traditional description of direct or indirect taxes does not apply in the majority of cases, as it is not easy to detect which is the competent authority to comply with tax rules. These important gaps in international rules decrease tax revenues and permit translocating the profits to low-tax locations without or with little need for the physical presence of the company<sup>21</sup>. The leading actors of the digital economy who are beyond the bound of the jurisdiction of national tax authorities avail themselves of transfer prices to decrease the tax bills and thereby generate a net loss in tax revenues from taxation<sup>22</sup>. The ICT adds to the problems that stem from Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The technological improvements have paved the way for businesses to penetrate the market of a country while unburdening themselves of

---

<sup>19</sup> ARORA, Harsh: "An Evaluation of the Measures in Action 14 of the Action Plan of the OECD/G20 BEPS Initiative Intended to Make Dispute Resolution More Effective", *Bulletin for International Taxation*, 71(5), 2017. [https://online.ibfd.org/collections/bit/html/bit\\_2017\\_05\\_int\\_3.html?WT.z\\_nav=crosslink\\_s#bit\\_2017\\_05\\_int\\_3](https://online.ibfd.org/collections/bit/html/bit_2017_05_int_3.html?WT.z_nav=crosslink_s#bit_2017_05_int_3) (Accessed: 18.06.2017).

<sup>20</sup> KIELSTRA, Paul: "Transcending Tax: How BEPS will Affect the Whole Enterprise", *EY – Tax Insights for Business Leaders*, No: 16, 2016, p.12. [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-transcending-tax-how-beps-will-affect-the-whole-enterprise-2016/\\$FILE/EY-transcending-tax-how-beps-will-affect-the-whole-enterprise-2016.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-transcending-tax-how-beps-will-affect-the-whole-enterprise-2016/$FILE/EY-transcending-tax-how-beps-will-affect-the-whole-enterprise-2016.pdf)(Accessed: 14.06.2017).

<sup>21</sup> BBVA: "Digital Economy Outlook", 2016, [https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2016/05/DEO\\_May16.pdf](https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2016/05/DEO_May16.pdf) (Accessed: 17.06.2017).

<sup>22</sup> France Stratégie: "Taxation and the Digital Economy: A Survey of Theoretical Models", [http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/ficalite\\_du\\_numeriq\\_ue\\_10\\_mars\\_corrige\\_final.pdf](http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/ficalite_du_numeriq_ue_10_mars_corrige_final.pdf) (Accessed: 15.06.2017).

building a taxable presence in the form of a permanent establishment. Moreover, new income forms have emerged from the new business models by employing ICT<sup>23</sup>. Finally, the flexibility provided by ICT let multinational companies centralize their functions in specific jurisdictions, generally, tax havens, which then provide an instrument for base-eroding payments from the market jurisdiction<sup>24</sup>.

The OECD has concentrated on issues regarding BEPS and has developed BEPS Action Plans to manage the issues of international taxation. The BEPS packages laid out a broad array of measures, which include new minimum standards, the revision of existing standards, as well as general approaches<sup>25</sup>. The Action Plan of BEPS reiterated that the problems of taxation of the digital economies emerge due to the artificial separation of the taxable income from the activities by which it was generated, while value-added tax (VAT) can be collected on remote digital supplies to immunize businesses or multi-location enterprises (MLEs) that engage in exempt activities<sup>26</sup>. This status disrupts the unity of the tax system and also potentially aggravates the difficulties in achieving the tax revenue goals for tax authorities. On the other hand, while some taxpayers shift taxable income away from the jurisdiction within the bounds of which income-producing activities are carried out, some taxpayers may pay additional tax<sup>27</sup>.

### **2.1. Direct Taxation: Corporate Income Tax**

The net profit of corporations earned from various business activities is the tax base of the corporate income tax (CIT). Companies are under the obligation to file tax returns and assess their own taxes. Non-resident companies are mostly taxable only on the income derived from domestic sources. Different jurisdictional nexus (or sourcing) regulations

---

<sup>23</sup> NELLEN, p.36.

<sup>24</sup> AULT / ARNOLD, p.20.

<sup>25</sup> OECD: "Background Brief – Inclusive Framework on BEPS", 2017, p.9. <http://www.oecd.org/tax/beps/background-brief-inclusive-framework-for-beps-implementation.pdf> (Accessed: 17.06.2017). (OECD 2017a)

<sup>26</sup> OECD: "Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting", 2013, p.9, 10. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>(Accessed: 17.06.2017). (OECD 2013b)

<sup>27</sup> OECD: "Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report", OECD/G20

Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, p.78. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en> (Accessed: 19.06.2017). (OECD 2015a),

are of concern to business profits and investment income (as well as capital gains)<sup>28</sup>. In February 2013, the report that addresses BEPS introduced several strategies that links BEPS to direct taxation, which can be divided into four elements: “1) *Minimisation of taxation in the market country by avoiding a taxable presence, or in the case of a taxable presence, either by shifting gross profits via trading structures or by reducing net profit by maximising deductions at the level of the payer*; 2) *Low or no withholding tax at source*; 3) *Low or no taxation at the level of the recipient with entitlement to substantial nonroutine profits often built-up via intra-group arrangements*; and 4) *No current taxation of the low-tax profits at the level of the ultimate parent*”<sup>29</sup>. Indeed, ICT can enable evading the responsibility to create a traditional taxable presence in the tax jurisdiction<sup>30</sup>. A non-resident company can be requested to pay taxes in a country, where it generates revenue via payments of interest, royalties, and etc<sup>31</sup>. According to the most countries` domestic tax laws, companies have to have a physical presence before business profits are subject to taxation. However, according to the OECD Model Tax Convention, a company is only subject to tax on its profits if it has a permanent establishment (PE) in the country in which it is a non-resident. Many non-resident companies interact with customers in another country to sell/rent or buy goods and services remotely via digital instruments without establishing a physical presence in the country<sup>32</sup>.

Nontaxation in a market country coupled with tax policies that abolish taxation in the country of residence leads to the nontaxation of such revenue in everywhere. Tax treaties that are signed between countries, the payer and recipient may misuse the privilege in order to set up shell companies in low tax jurisdictions by means of treaty shopping to evade the payment of withholding taxes in the high-tax jurisdiction. MNEs usually try to use o tax havens or special tax regulations for avoiding withholding taxes<sup>33</sup>.In the case of establishing a taxable

---

<sup>28</sup> LI, p.412, 413.

<sup>29</sup> OECD: “BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy”, <https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-digital-economy-discussion-draft-march-2014.pdf> (Accessed: 18.06.2017). (OECD 2014a)

<sup>30</sup> AULT / ARNOLD, p.20.

<sup>31</sup> HADZHIEVA, p.24.

<sup>32</sup> OECD 2015a, p.79.

<sup>33</sup> HADZHIEVA, p.24.



existence in a market country, maximization of the number of deductions for payments such as interest, royalties, and service fees, made to other group companies is among the prevalent methods employed in the minimization of taxable incomes. To maximize the deductions in the market country, in most cases, MNEs try to decrease taxable income in a source country through increasing the number of deductible payments made to the affiliated company in another country<sup>34</sup>.

Companies are also trying to avoid the withholding tax. If a non-resident company receives some payments, such as interest or royalties, from payers in the said country, there might be subject to withholding tax. However, under the sanction of a treaty between the jurisdictions of the payer and recipient, a company in the digital economy may be allowed lowered withholding or exemption from withholding on payments of profits to a lower-tax country by way of royalties or interest<sup>35</sup>. If the countries in question have a tax treaty, the digital companies may get preferential rates or zero rates of withholding tax paid to the source country. To achieve the goal of tax avoidance, companies need to establish a shell company in a third country, the third state-owned which has a wider preferential tax treaty network does not have enough provisions to prevent the abuse of tax concessions<sup>36</sup>.

At the same time, companies may eliminate or reduce tax in an intermediate country may via the use of hybrid mismatch regulations, the preferential domestic tax regimes, or via many deductible payments made to related entities in low or no-tax countries<sup>37</sup>. There are also some techniques that are mostly used to reduce taxation in the market country and in the country of the ultimate parent company. In the case of lower payments are made to group members in the country where the head-quarter is located for the important functions associated with the risks and intangibles that are carried out in the country, contractually allocating risk and legal ownership of mobile assets such as intangibles to group holdings in low-tax jurisdictions<sup>38</sup> is among these techniques<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> OECD 2015a, p.81.

<sup>35</sup> OECD 2014a, p.44.

<sup>36</sup> PENG, p.346.

<sup>37</sup> OECD: "Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy", 2014, p.104-105. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264218789-en> (Accessed: 19.06.2017). (OECD 2014b)

<sup>38</sup> WETTERSTEN, Maria: "How Can the Proposed Changes to the OECD Tax Model Convention in Action 1 and Action 7 Counter the Issue of an Artificial Avoidance of a

## 2.2. Indirect Taxation: VAT/GST Tax

VAT/GST (Goods and Services Tax) applies specifically in the country of consumption. This is the main principle for taxation for cross-border supplies of goods. Nonetheless, a lack of clarity and agreement between countries regarding how VAT/GST should apply to digital economies sales and who is responsible for charging and remitting it may lead to double taxation or no taxation<sup>40</sup>. In principle, only private individuals, different from businesses, engage in the final consumption at which a VAT is targeted. However, a good number of countries oblige both private individuals and various entities to carry the burden of VAT<sup>41</sup>.

The central issue encountered in the international implementation of the VAT concerns the uncertainty in the country by which the levy is imposed, i.e. whether the levy should be imposed by the country of origin or destination<sup>42</sup>. The destination principle argues that an indirect tax such as VAT is eventually levied only on the final consumption occurring within the bounds of the taxing jurisdiction, as opposed to the argument offered by the origin principle, which advocates that an indirect tax such as VAT is levied in the various jurisdictions in which the value was added<sup>43</sup>. According to the origin principle, exports are not subject to VAT and imports are taxed based upon the same ground as domestic supplies. In the case of imported tangible goods, VAT is usually collected from the importer simultaneously with customs duties<sup>44</sup>.

---

PE Status?”, HARN60 Master Thesis, Lund University, Sweden, 2016, p.14, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOID=8880066&fileOID=8882729> (Accessed: 21.06.2017).

<sup>39</sup> OECD 2014b, p.105.

<sup>40</sup>EY: “Managing Indirect Taxes in The Digital Age”, <http://www.ey.com/gl/en/services/tax/vat--gst-and-other-sales-taxes/ey-managing-indirect-taxes-in-the-digital-age-ch2a-internet-sales-of-goods-effects-on-indirect-taxes> (Accessed: 21.07.2017).

<sup>41</sup> OECD: “International VAT/GST Guidelines”, OECD Publishing, Paris, 2017, p.14. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264271401-en> (Accessed: 21.06.2017). (OECD 2017b)

<sup>42</sup> OECD 2017b, p.15.

<sup>43</sup> BAL / GUTIÉRREZ, p.1.

<sup>44</sup> LI, p.415.

The basic issue in the VAT for supplies of services and intangibles is determining the place of consumption for B2C supplies<sup>45</sup>. For the supply of services and intangibles, the place of physical performance mostly does not firmly specify a place of consumption<sup>46</sup>. These supplies are not consumed at the place<sup>47</sup> in which they are physically performed while the person performing the supply and the person consuming the supply are present<sup>48</sup>.

### 3. OECD BEPS ACTIONS AND BEPS ACTION 1

The BEPS plan includes five main categories<sup>49</sup> and fifteen action items. The general categories can be divided into 1) define the tax challenges of the digital economy; 2) creating international coherence of taxation, 3) reinstate the effects and advantages of international standards, 4) improving transparency, and 5) implementing the actions in a timely manner<sup>50</sup>. Because of the changing of the international tax landscape so dramatically in recent years, with political support of G20 Leaders, the

---

<sup>45</sup>VATGLOBAL: “The Reverse Charge Mechanism”, <http://www.vatglobal.com/reporting-obligations-vat-guides/the-reverse-charge-mechanism> (Accessed: 05.07.2017).

<sup>46</sup> OECD 2017b, p.69.

<sup>47</sup> Tax Consultants International B.V: “The Reverse Charge Rule, 04-10-2013”, 2013. <https://www.tax-consultants-international.com/read/the-reverse-charge-rule?submenu=14497&sublist=3274&subsublist=3300> (Accessed: 22.06.2017).

<sup>48</sup> HADZHIEVA, p.31.

<sup>49</sup> The first category deals with only the first action item, Action 1, which includes a task force to identify options relating to tax concerns associated with e-commerce and the digital economy. The second category covers Actions 2-5, relating to neutralizing the effects of hybrid mismatch, strengthening controlled foreign corporation (CFC) rules, limiting base erosion via interest deductions and other financial payments, and countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance. The third category related to Actions 6-10, setting international standards for tax systems through updates in defining PE status and making sure that transfer-pricing outcomes are consistent with value creation, especially relating to intangibles. The fourth category regards with transparency in Actions 11-14, with the collection and analysis of data, requirement to disclose aggressive tax planning arrangements, documentation of transfer pricing, and improvement in dispute resolution. The fifth category includes Action 15, which suggests forming a multilateral instrument to facilitate these changes because the OECD has no legal standing to enforce its recommendations, and any adopted changes must be enacted by all involved parties. GREENBERG, Rachel J: “Taking a Byte out of International Tax Evasion: Combating Base Erosion and Profit Shifting”, *Chapman Law Review*, 19(1), 2016, p.315-316.

<sup>50</sup> GREENBERG, p.314.

international community has taken joint action to improve transparency and exchange of information in tax issues, and to address weaknesses of the international tax system<sup>51</sup>. Initially, the G20 required the OECD to prepare a report setting forth a “diagnosis” of the size and reasons of profit shifting and the accompanying base erosion<sup>52</sup>. The OECD launched a study titled “Addressing Base Erosion and Profit Shifting<sup>53</sup>” in a press release on 12 February 2013. The works and data on the existence and size of BEPS were presented in the study, which also overviews the global improvements that affect taxation. The study also offered definitions for the key elements upon which especially the taxation of cross-border activities as well as the BEPS opportunities created by these principles are founded<sup>54</sup>. The contents of the framework are nearly completed; the project is now in its implementation phase, and more than 100 countries are involved. Many meetings related to BEPS have taken place in the regularly defined timeline<sup>55</sup>. The OECD has launched a big project to fight international tax avoidance and regulate international tax system in a short time<sup>56</sup>.

Digital economy’s tax base is jeopardized by the fact that the MNEs are progressively supplying goods and services in countries without a physical or legal presence<sup>57</sup>; bypassing of withholding tax via transfer pricing applications such converting royalties into services; by situations where customers pay for specific digital services by supplying costumers individual data free of charge, so creating more visibility and to get more

---

<sup>51</sup> OECD 2017a, p.9.

<sup>52</sup> THORNTON, Grant: “Tax and the Digital Economy”, 2016, <http://www.grantthornton.co.uk/insights/tax-and-the-digital-economy/> (Accessed: 12.07.2017).

<sup>53</sup> OECD 2013c, p.14.

<sup>54</sup> IBFD: “The Action Plan on BEPS”, in Sim, Sam / Soo, Mei-June, (ed.), *Asian Voices: BEPS and Beyond*, (Online Book Last Reviewed: 1 July 2016), IBFD Publication, 2017, [https://online.ibfd.org/document/av\\_head](https://online.ibfd.org/document/av_head) (Accessed: 11.07.2017). (IBFD 2017a)

<sup>55</sup> SANGER, Christopher: “BEPS: What Lies Ahead?”, *Tax Inside India*, October 2015, 2015, p.12. [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-india-tax-insights-sixth-edition/\\$FILE/ey-india-tax-insights-sixth-edition.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-india-tax-insights-sixth-edition/$FILE/ey-india-tax-insights-sixth-edition.pdf) (Accessed: 18.07.2017).

<sup>56</sup> OECD: “OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Executive Summaries 2015 Final Reports”, OECD Publishing, <http://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf> (OECD 2015b),

<sup>57</sup> HADZHIEVA, p.36.

customers in the market country; and by artificial agreements created for profits. Accordingly, the OECD describes broader tax challenges that can be categorized as follows:

*“Nexus: The possibility to conduct business without physical presence thanks to technological advancements. Data: The difficulty to attribute value to data generated by using personal information of end-users. Characterization: The creation of new products and new methods of delivery, which make the characterization of payments unclear in new digital business models, such as cloud computing.”<sup>58</sup>*

The new phenomenon challenges present international tax law in particular with regard to the concept of PEs<sup>59</sup>. Traditionally, companies have a physical presence or a nexus<sup>60</sup> in a given country, where they are mandatory to pay their taxes. Digital economy eliminates the need for a physical presence or nexus of a company<sup>61</sup> in order to have access to its customers there<sup>62</sup>. OECD indicates the relationship between the characterization of payments and the nexus, as both concepts together determine how particular digital transactions are taxed<sup>63</sup>. In terms of BEPS Action 1, the digital economy is the whole economy and to use ring fenced solutions are not appropriate<sup>64</sup>. OECD/G20 BEPS actions mostly address risks caused by the digital economy<sup>65</sup>.

To artificially minimize taxable income or shift profits to low-tax jurisdictions, tax planning by MNEs creates loopholes in the interaction of

---

<sup>58</sup> OECD 2015a, p.99.

<sup>59</sup> OLBERT / SPENGLER, p.1

<sup>60</sup> HONGLER, Peter / PISTONE, Pasquale: “Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy”, IBFD Working Paper, 2015, p.38. [https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining\\_the\\_PE\\_concept-whitepaper.pdf](https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining_the_PE_concept-whitepaper.pdf) (Accessed: 20.08.2017).

<sup>61</sup> HUWS, Ursula: “Labor in the Global Digital Economy: The Cybertariat Comes of Age”, Monthly Review Press, New York, 2014, p.159.

<sup>62</sup> IBFD 2017a, p.1.

<sup>63</sup> BASU, Subhajt: Global Perspective on E-Commerce Taxation Law, Routledge, UK, 2016, p.131.

<sup>64</sup> ZETTER, Martin / GREENBANK, Ashley: “Analysis: Addressing the Tax Challenges of The Digital Economy”, 2014, p.15, <http://www.macfarlanes.com/media/1485/analysis-addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy.pdf> (Accessed: 25.07.2017).

<sup>65</sup> HADZHIEVA, p.65.

different tax systems<sup>66</sup>. The outcomes of the digital economy<sup>67</sup>, the extensive tax challenges it creates, and further steps<sup>68</sup> are included in the Final Report on Action 1 published in 2015. The report declares the unique process produced by ICT as the root of the digital economy and argues that, as the digital economy progressively comes to be the economy itself, ring-fencing the digital economy from the rest of the economy for tax purposes will be more challenging, if not impossible<sup>69</sup>.

The BEPS Action 1 Report made mention of several specific options, which entail a new tax nexus of “significant economic presence”, the use of a withholding tax on certain types of digital transactions, and a “digital equalization levy”. These options were not recommended in view of the need for further adjustments to the options and the projected impact of the new measures developed in the BEPS Project on the BEPS issues faced in the digital economy<sup>70</sup>. Moreover, by attending the details of the options, countries can propose any of the options in their domestic laws, as long as they adhere to the current treaty obligations or new bilateral tax treaties<sup>71</sup>.

#### **4. EUROPEAN APPROACHES FOR TAXATION OF DIGITAL ECONOMY**

In the Europe, the former VAT regulations imposed a levy on imported goods from non-EU countries to be collected at the customs but each Member States have thresholds. The VAT was imposed at each stage of production of goods that originated within the EU. But this created certain obstacles and EU companies were disadvantaged<sup>72</sup>. The current VAT system applied to cross-border e-commerce is an intricate and high-cost system for the Member States and other similar businesses. Driven by

---

<sup>66</sup> AULT / ARNOLD, p.2.

<sup>67</sup> OLBERT, Marcel / SPENGLER, Christoph: “International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?”, *World Tax Journal*, 9(1), 2017, p.6. [https://online.ibfd.org/document/wtj\\_2017\\_01\\_int\\_4](https://online.ibfd.org/document/wtj_2017_01_int_4) (Accessed: 21.07.2017).

<sup>68</sup> OECD: “Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital”, <https://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf> (Accessed: 24.07.2017). (OECD 2014c),

<sup>69</sup> IBFD 2017a, p.4.

<sup>70</sup> OLBERT / SPENGLER, p.1.

<sup>71</sup> OECD: “Inclusive Framework on BEPS Progress Report July 2016-June 2017”, p.25. <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-BEPS-progress-report-july-2016-june-2017.pdf> (Accessed: 18.07.2017). (OECD 2017c)

<sup>72</sup> HADZHIEVA, p.69.

their Digital Single Market strategy, the Commission issued a legislative proposal on 1 December 2016 to modernize<sup>73</sup> and disentangle VAT for cross-border e-commerce<sup>74</sup>. The “Action Plan on VAT” proposal published by the European Commission has shown that a move towards a more ‘destination-based’ VAT accounting creates a fair playground for whole suppliers in the same national market<sup>75</sup>. The proposals are to provide convenience for consumers and companies, especially for start-ups and SMEs, in buying and selling goods and services online. According to the plan, online traders will have to register for VAT possibly in all the Member States to which they sell their products<sup>76</sup>.

Goods sold from a third country to the European Union are usually imposed by regulations on importation, irrespective of the status of the recipient. VAT in import should be remitted to the customs units at the rate of the Member State of importation whenever goods enter the borders of the European Union. The import goods of a total value below €10 (or €22 if a Member State agrees so) are exempt from the VAT. This is referred to as low-value consignment relief (LVCR) threshold. Consignments of goods of negligible value consignment direct from a third country to a receiver in the European Union are exempt from customs duties if the value of the dispatch does not exceed €150<sup>77</sup>. On 1 December 2016, the Commission announced its plan to remove the VAT

---

<sup>73</sup> European Commission: “Digital Single Market - Modernizing VAT for cross border e-Commerce”, [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-border-ecommerce\\_en](http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-border-ecommerce_en) (Accessed: 18.07.2017). (European Commission 2017a)

<sup>74</sup> BAL, Aleksandra: “EU VAT Proposals to Stimulate Electronic Commerce and Digital Publishing”, *International VAT Monitor*, 28(2), 2017, p.132. [https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/collections/ivm/html/ivm\\_2017\\_02\\_e2\\_2.html](https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/collections/ivm/html/ivm_2017_02_e2_2.html) (Accessed: 01.08.2017). (BAL 2017)

<sup>75</sup> TRAVERSA, Edoardo / CECI, Emanuele: “VAT Fraud and the Digital Economy within the European Union: Risks and Opportunities” in Lamensch, Marie / Traversa, Edoardo / Van Thiel, Servaas, (ed.), *Value Added Tax and Digital Economy*, Wolters Kluwer Publication, 2015, p.75.

<sup>76</sup> European Commission: “VAT Rates”, [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates\\_en](http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates_en) (Accessed: 05.08.2017). (European Commission 2017b)

<sup>77</sup> BAL, 2017, p.135; GOWLAND, Laura: “The European Commission’s Proposals to Reform E-Commerce”, *Tax Journal*, 2017, p.19. <https://www.taxjournal.com/articles/european-commission-s-proposals-reform-e-commerce-09022017> (Accessed: 05.08.2017).

exemption for low-value consignments that are worth less than €22 imported into the European Union removing the type of VAT exemption which has been highly demanded by European e-commerce organizations and is in parallel with the global trends: other OECD members have taken or have intended to take similar measures<sup>78</sup>. Hence, compliance of all micro-business that carry out cross-border trading to VAT rules will be catalyzed. A second new annual threshold of €100,000 will facilitate the SMEs when the VAT is considered. The said thresholds will be implemented in 2018<sup>79</sup> for e-services, and they are projected to be implemented for online goods by 2021<sup>80</sup>. The Commission has also agreed to remove the existing exemption from import VAT for low-value goods imported into the EU<sup>81</sup>.

### **5. SOME INITIATIVES AFTER BEPS: TAXATION OF DIGITAL ECONOMY**

Action Plan 1 addresses the challenges that arise in collecting VAT/GST on services and intangibles supplied by foreign suppliers and allows tax authorities to collect the tax within the jurisdiction that affects the consumer by referring to the destination principle. The measures are incorporated into the OECD's International VAT/GST Guidelines, which have been endorsed by over 100 countries, jurisdictions, and international organizations. By encouraging more consistent and effective application of the agreed methods, the solution will elevate the compliance levels while also placing limitations on the compliance costs for digital suppliers. By following the OECD Guidelines, rules have been laid down by the bulk of the OECD and G20 countries for the collection of VAT from B2C supplies on services and intangibles by foreign suppliers. Australia, India, New Zealand and South Africa have recently implemented the offered solutions. The total VAT revenue declared via

---

<sup>78</sup> BAL 2017, p.135.

<sup>79</sup> European Commission: "Commission Proposes New Tax Rules to Support E-Commerce and Online Businesses in the EU", Press Release, Brussels, 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-4010\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4010_en.htm) (Accessed: 22.07.2017).

<sup>80</sup> GRLICA, p.126.

<sup>81</sup>RSM: "Indirect Tax Update - January 2017", [https://www.rsm.global/sites/default/files/media/Ideas%20and%20insight/Tax/indirect\\_tax\\_update\\_-\\_january\\_2017.pdf](https://www.rsm.global/sites/default/files/media/Ideas%20and%20insight/Tax/indirect_tax_update_-_january_2017.pdf) (Accessed: 24.08.2017).



the simplified compliance regime (Mini One Stop Shop or MOSS<sup>82</sup>) of the EU in the operation year of 2015<sup>83</sup>, which adds up to more than €3 billion<sup>84</sup>, constitutes the early data obtained from the EU

The elimination of the VAT exemption thresholds for the importation of low-value goods from online sales and the implementation of the approaches for a more efficient collection of import VAT<sup>85</sup> have been carried out or considered by several countries.

### 5.1. Initiatives for Direct Taxes

It is widely accepted that tax laws did not adapt to the development of the digital economy<sup>86</sup>. According to the existing permanent establishment rules, it is likely for an e-commerce provider to undertake substantial economic activities in a country in which it has no physical presence, without being taxed there. Since taxes that are subject to gross income are not considered profitable and can deter international commerce by rendering the expansion across borders unprofitable<sup>87</sup>, the current international consensus advocates the minimization or elimination of the withholding taxes.

---

<sup>82</sup> The MOSS, an electronic registration, and payment system entered into force to facilitate administration which is planned to be extended to tangible goods ordered online not only within the EU but also outside the EU. RAPONI, Donato / O'SULLIVAN, David, "VAT and Taxation of the Digital Economy from the Perspective of the EU Policy Maker", in (Eds: Lamensch, Marie / Traversa, Edoardo / Van Thiel, Servaas, (ed.), Value Added Tax and Digital Economy, Wolters Kluwer Pub. Netherlands, 2015, p.18.

<sup>83</sup> POPA, Oano: "Taxation of the Digital Economy in Selected Countries – Early Echoes of BEPS and EU Initiatives", European Taxation, 55(1), 2016, p.39. [https://online.ibfd.org/document/et\\_2016\\_01\\_int\\_1](https://online.ibfd.org/document/et_2016_01_int_1) (Accessed: 26.07.2017).

<sup>84</sup> DLAPIPER: "Cross Border Supplies of Intangible Services, Rights and Digital Content", 2015, [https://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2015/09/Global\\_VAT\\_Guide\\_2015.pdf](https://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2015/09/Global_VAT_Guide_2015.pdf) (Accessed: 24.07.2017).

<sup>85</sup> OECD 2017c, p.17.

<sup>86</sup> GAOUA, Noah: "Taxation of the Digital Economy: French Reflections", European Taxation. 54(1), 2014, p.10. [https://online.ibfd.org/document/et\\_2014\\_01\\_fr\\_2](https://online.ibfd.org/document/et_2014_01_fr_2) (Accessed: 27.06.2017).

<sup>87</sup> PwC: "OECD Summaries Options for Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy", Tax Insights, Tax Policy Bulletin, 2014, p.4. <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-oecd-digital-economy-tax-challenges.pdf> (Accessed: 23.06.2017).

As a digital permanent establishment, the withholding tax proposal is a secondary but reasonable and useful alternative to a nexus-based solution, although it cannot automatically solve all the issues stemming from the digital economy<sup>88</sup>. The OECD/G20 BEPS Discussion Draft of 24 March 2014 introduced a new standard for nexus named ‘significant digital presence’ for the presence of a virtual permanent establishment, virtual agency PE, virtual fixed place of business PE, and on-site business presence PE. According to the draft, a website can establish a virtual PE. A foreign business providing on-site services can be requested to have an onsite business presence PE. But, the Commission also noticed that it is not easy to decide how to classify this kind of taxable presence. So, the notion of virtual PE was removed from the OECD’s BEPS framework. After the meetings in the OECD, virtual PE was modified as ‘deemed PE’. The Discussion Draft of May 2015 under BEPS Action is close to the final recommendation of the OECD that concerns the proposed changes to Article 5(5) of the OECD’s Model Tax Convention on Income and on Capital (OECD Model). As such, taxpayers with entity structures are allowed to create deemed PEs by following the new standards<sup>89</sup>.

The OECD has recognized the opportunities and issues of a withholding tax that is collected from digital businesses in market countries on digital transactions. This proposal by the OECD is referred to as an “equalization levy” in the present literature. This tax can be gathered from entirely remote or only digital transactions of foreign businesses with domestic customers that are based on the gross value of the transactions, as a VAT. This implementation, indeed, can be applied for all B2B transactions<sup>90</sup>. Against this, a C2C transaction is not covered by the withholding tax<sup>91</sup>.

In the context of direct taxation, one of the core elements in the OECD report Addressing BEPS is a withholding tax<sup>92</sup> on sales of digital

---

<sup>88</sup> BAEZ, Andres / BRAUNER, Yariv: “Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy”, IBFD, White Paper, 2014, p.6. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2586202https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/WithholdingTaxesintheServiceofBEPSAction1-whitepaper.pdf> (Accessed: 27.06.2017).

<sup>89</sup> HADZHIEVA, p.32.

<sup>90</sup> BAEZ / BRAUNER, p.19-21.

<sup>91</sup> OLBERT / SPENGLER, p.17-18.

<sup>92</sup> BATES, Stephen / MARTIN, Jess: “OECD Issues Report on the Tax Challenges of the Digital Economy Under Action 1”, Global Digital Tax Developments Review, 2015, p.4,

goods and services. However, such a withholding tax may lead to be the amendment of a number of Double Tax Agreements. The lack of a defined decision addressing the withholding tax on the sale of digital goods and services in the Treaty would see such profits treated in terms of Article 7 (Business Profits), this condition determines whether a PE had been created with the rendering of these electronic transactions<sup>93</sup>.

Many countries try to apply new methods targeted at taxing income from digital commerce. Among others, Australia, France, Hungary, India, Israel, Italy, Luxemburg, the Netherlands, and the United Kingdom have presented measures for taxation of digital companies. Italy has recently approved a new transfer pricing rule that entails employing valuation techniques that are different from the cost-based indicators for determining the arm's length prices of digital transactions. Hungary chose to levy surtax in the publishing sector, which also concerns online advertising by non-resident and domestic providers<sup>94</sup>. Similar legislations were also enforced in the United Kingdom and Australia to include the income of multinational companies while not being liable to limited taxation as mandated by the prevailing law but with a significant economic allegiance to the domestic market<sup>95</sup>. In India, the Indian Finance Act, 2016 has introduced "equalization levy" (withholding tax/surtax) on foreign companies for specific digital services and facilities with effect from 1 June 2016<sup>96</sup>.

In 2015, the Luxembourg government published a report, in which it is noted that the digital economy should not be regulated separately as "digital is everywhere and not merely a sector". In Turkey, the government has introduced a draft tax law that proposes a new withholding

---

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-digital-tax-developments/\\$FILE/EY-global-digital-tax-developments.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-digital-tax-developments/$FILE/EY-global-digital-tax-developments.pdf) (Accessed: 19.07.2017).

<sup>93</sup> VOSLOO, Louise: "Tackling the Evolving Digital Economy with Direct Tax Laws", Navigating the Digital Age, Deloitte, 2016, p.4. [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/za/Documents/tax/ZA\\_Navigating-the-Digital-Age\\_Tax\\_260816.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/za/Documents/tax/ZA_Navigating-the-Digital-Age_Tax_260816.pdf) (Accessed: 21.06.2017).

<sup>94</sup> OLBERT / SPENGEL, p.19-21.

<sup>95</sup> POPA, p.40

<sup>96</sup> JARIWALA, Rakesh: "Equalization Levy: India's Action under the BEPS Agenda for the Digital Economy", India Tax Insights, 2017, <http://www.ey.com/in/en/services/tax/ey-india-tax-insights-equalization-levy-indias-action-under-the-beps-agenda-for-the-digital-economy> (Accessed: 24.09.2017).

tax on the income derived by social media users<sup>97</sup> with amendments to the Income Tax Law, Tax Procedures Law and Corporation Tax Law<sup>98</sup> which is yet to be presented to the parliament.

## 5.2. Initiatives for Indirect Taxes

There have been major initiatives of VAT regulations in the digital economy. Their implementations depend largely on EU and OECD guidelines. Australia, France, India, and Canada opted to apply the principles of the International VAT/GST Guidelines for the collection of VAT on cross-border B2C supplies of services and intangibles<sup>99</sup>. In Australia, certain B2B supplies were taken out of the GST net as they would no longer be regarded as “associated” to Australia in October 2016. In July 2017, GST was extended to B2C supplies of digital products, services, and other intangibles. At the same time, it also proposed the abolition of low-value threshold on the importation of goods<sup>100</sup>. The existing processes to collect GST on imports above \$1,000 at the border are not changed<sup>101</sup>. As far as BEPS Action 1 is concerned, the EU VAT Directive applied to Austrian domestic law<sup>102</sup>. Likewise, in Austria,

---

<sup>97</sup> EY: “The latest on BEPS — 2016 year-end review A review of OECD and country actions from July through December 2016”, 2017, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-US-the-latest-on-beps-2016-in-review/\\$FILE/EY-US-the-latest-on-beps-2016-in-review.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-US-the-latest-on-beps-2016-in-review/$FILE/EY-US-the-latest-on-beps-2016-in-review.pdf) (Accessed: 16.07.2017). (EY 2017a)

<sup>98</sup> EY: “Turkish Tax Authority Proposes Tax on Electronic Commerce “, 2016, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-turkey-alert-tax-proposed-on-e-commerce/\\$FILE/ey-turkey-alert-tax-proposed-on-e-commerce.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-turkey-alert-tax-proposed-on-e-commerce/$FILE/ey-turkey-alert-tax-proposed-on-e-commerce.pdf) (Accessed: 11.07.2017). (EY 2016a)

<sup>99</sup> IBFD Tax Research Platform: “BEPS Country Monitor”, [https://online.ibfd.org/kbase/#topic=beps-compare&ap=r\\_1&cc=e2\\_ar\\_au\\_at\\_be\\_br\\_bg\\_ca\\_cl\\_cn\\_hr\\_cy\\_cz\\_dk\\_ee\\_fi\\_fr\\_de\\_gr\\_hk\\_hu\\_in\\_id\\_ie\\_il\\_it\\_jp\\_kr\\_lv\\_lt\\_lu\\_my\\_mt\\_mx\\_nl\\_nz\\_no\\_pl\\_pt\\_ro\\_ru\\_sg\\_sk\\_si\\_za\\_es\\_se\\_ch\\_tr\\_uk\\_us&format=ghtml](https://online.ibfd.org/kbase/#topic=beps-compare&ap=r_1&cc=e2_ar_au_at_be_br_bg_ca_cl_cn_hr_cy_cz_dk_ee_fi_fr_de_gr_hk_hu_in_id_ie_il_it_jp_kr_lv_lt_lu_my_mt_mx_nl_nz_no_pl_pt_ro_ru_sg_sk_si_za_es_se_ch_tr_uk_us&format=ghtml) (Accessed: 18.06.2017).

<sup>100</sup> EY: “Digital Developments: Indirect Tax”, 2016”, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-digital-developments-map-indirect-tax-april-2016/\\$FILE/ey-digital-developments-map-indirect-tax-april-2016.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-digital-developments-map-indirect-tax-april-2016/$FILE/ey-digital-developments-map-indirect-tax-april-2016.pdf) Accessed: 18.06.2017). (EY 2016b)

<sup>101</sup> Australian Taxation Office: “GST on Low Value Imported Goods”, <https://www.ato.gov.au/General/New-legislation/In-detail/Indirect-taxes/GST/GST-on-low-value-imported-goods/> (Accessed: 16.08.2017).

<sup>102</sup> LAHODNY, Andrea / PETRUZZI, Raffaella: “Austria”, *The Future of Transfer Pricing*, IFA Cahiers 2017, Online Book, Vol.102B, 2017, [https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/data/ifacahier/pdf/ifacahier\\_2017\\_volume](https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/data/ifacahier/pdf/ifacahier_2017_volume)

mandatory use of electronic cash registers or other electronic recording systems for digital recording business cases and for printing receipts for all businesses with annual turnover of more than €15,000 is required provided that annual cash turnover exceeds €7,500 from January 2016<sup>103</sup>. In Chile, tax reforms passed in 2014 requires taxpayers to report information regarding electronic gambling activities, digital commerce in any form, online applications and digital services to the tax authorities<sup>104</sup>. In Italy, it was considered “virtual permanent establishment” rules and withholding tax for digital services in 2015. VAT rate was reduced to 4% for e-publishing on 1 January 2016<sup>105</sup>. In Japan, VAT regulations have been reformed and the activities that were previously not subject to the Japanese VAT are now subject to VAT, which include the distribution of digital books, music, image, and software such as numerous applications<sup>106</sup>.

In the Netherlands, the tax authorities introduced Internet Service Center for the EU MOSS regime for digital services on 29 March 2016<sup>107</sup>. In New Zealand, a person who makes ‘taxable supplies’ in excess of the registration threshold (NZ\$ 60,000 in a 12 month period) have to register, while as an alternative to this implementation, a non-resident who registered to a consumption tax in the country they reside in should meet certain other requirements<sup>108</sup>. In the UK, new VAT reverse charge was introduced for wholesale supplies of electronic communications services

---

2\_austria.pdf&WT.z\_nav=Navigation&title=IFA+Cahiers+2017+-+Volume+102B%253A+The+future+of+transfer+pricing+--+Austria (Accessed: 22.06.2017).

<sup>103</sup> OECD: “Technology Tools to Tackle Tax Evasion and Tax Fraud”, OECD Publication, 2017, p.34. <http://www.oecd.org/tax/crime/technology-tools-to-tackle-tax-evasion-and-tax-fraud.pdf> (Accessed: 23.06.2017). (OECD 2017d)

<sup>104</sup> KPMG: “OECD BEPS Action Plan: Taking the Pulse in the Americas Region”, 2016, p.24. <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/02/beps-update-americas.pdf> (Accessed: 14.06.2017).

<sup>105</sup> EY 2016b, p.1.

<sup>106</sup> TAXAND: “Taxand Global BEPS Report Impact of BEPS Across Taxand Jurisdictions”, 2016, p.69. [https://www.alvarezandmarsal.com/sites/default/files/taxand\\_global\\_beps\\_report\\_december\\_2016.pdf](https://www.alvarezandmarsal.com/sites/default/files/taxand_global_beps_report_december_2016.pdf) (Accessed: 25.06.2017).

<sup>107</sup> EY 2016b, p.1.

<sup>108</sup> Inland Revenue: “Goods and Services Tax Act 1985”, 2017, <http://www.ird.govt.nz/technical-tax/pib-review/pib-archived/archived-goods-and-services/goods-services-1983-vol-143.html> (Accessed: 04.08.2017).

on 1 February 2016. The USA does not use a VAT system. Some of states and cities in the USA are still considering or adopting, different measures to tax the digital economy. For example, Ohio considered “internet nexus” as sales and subject to tax; Chicago introduced an entertainment tax on digital activities<sup>109</sup>.

## 6. THE FUTURE OF THE TAXATION OF THE DIGITAL ECONOMIES

As mentioned above, BEPS Project is an ongoing work. Both countries and the organizations such as OECD and EU have tried to find the best solutions for problems caused by BEPS. In this regard, on 6 February 2017, the Maltese Presidency of the Council of the European Union (the Presidency) published a paper on "BEPS, entitled: presidency roadmap on future work"<sup>110</sup>. The document indicates future works related to the BEPS to be covered by the Council in the coming months. According to the European Union - BEPS Country Monitor, the short and medium-term work will focus on the following EU-BEPS items. It will be aimed at reaching an agreement during the following months. In this regard the short-term work will focus on<sup>111</sup>:

*EU list of third country non-cooperative jurisdictions:* To specify an EU list of non-cooperative jurisdictions for tax, the council determined the necessary criteria and processes<sup>112</sup>.

*Patent Boxes:* The Code of Conduct Group oversees the legislative process by which the current patent box regimes that are in conformity with the agreement reached on the interpretation

---

<sup>109</sup>DELOITTE: “Global Indirect Taxes”, 2017, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-global-indirect-tax-news-april-2017.pdf> (Accessed: 04.08.2017).

<sup>110</sup> European Union: “BEPS: Presidency Roadmap on Future Work”, 10998/17, FISC 157, Brussels, 2017, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10998-2017-INIT/en/pdf>(Accessed: 08.08.2017).

<sup>111</sup> ARDOUS, Renata: “EU-BEPS Presidency Roadmap and the Winner Is?”, Mazars, 2016, <http://blogs.mazars.com/letstalktax/2016/03/beps-eu-presidency-roadmap/>(Accessed: 06.08.2017).

<sup>112</sup> EY Tax Insight: “EU and Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): Estonian Presidency Publishes Roadmap on Future Work”, 2017, p.4. [http://taxinsights.ey.com/archive/archive-news/eu-and-base-erosion-and-profit-shifting-\(beps\)-estonian-presidency-publishes-roadmap-on-future-work.aspx](http://taxinsights.ey.com/archive/archive-news/eu-and-base-erosion-and-profit-shifting-(beps)-estonian-presidency-publishes-roadmap-on-future-work.aspx) (Accessed: 05.08.2017).

of the third criterion of the Code of Conduct (modified nexus approach) are changed<sup>113</sup>.

*'Good Governance in Tax Matters' clause in the EU agreements with third countries:* The key elements in the proposal by the commission presented in the Communication on an External Strategy for Effective Taxation (COM (2016) 24 final) published on 28 January 2016 will be agreed upon<sup>114</sup>.

*Implementation of the Council conclusions on the 'Future of the Code of Conduct (Business Taxation)':* An agreement on a guidance note on the interpretation of the 4th criterion of the code was requested<sup>115</sup>.

Medium-term work<sup>116</sup>:

*Interest and Royalties Directive (IRD):* It will be continued upon work carried out during previous presidencies and investigate how to take the proposal further<sup>117</sup>.

*Proposal for a renewed Common (Consolidated) Corporate Tax Base (CCTB):* The CCTB contains a cross-border loss relief mechanism. The presidency wants to complete the first round of technical analyses of the all CCTB proposal. By the same token, it wants to start a debate on a coordinated response to the challenges of the digital economy, by using CCTB as a framework for the discussion<sup>118</sup>.

*Mandatory disclosure rules:* On 21 June 2017, the European Commission offered a proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange

---

<sup>113</sup>BEERAJE, Sarah: "EU Presidency roadmap on BEPS", KPMG, 2016, <https://home.kpmg.com/uk/en/home/insights/2016/07/tmd-eu-presidency-roadmap-on-base-erosion-and-profit-shifting.html> (Accessed: 05.08.2017).

<sup>114</sup>EY Tax Insight, p.1.

<sup>115</sup>European Union, p.4.

<sup>116</sup>Kluwer Wolters: "BEPS: Presidency Roadmap on Future Work", 2017, <https://www.navigator.nl/document/idpass9cd3bee6b09648aab3d836222a074887/highlights-insights-on-european-taxation-beps-presidency-roadmap-on-future-work> (Accessed: 14.08.2017).

<sup>117</sup>EY Tax Insight, p.1.

<sup>118</sup>EY Tax Insight, p.1.

of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements<sup>119</sup>.

*Agreements with five third countries to counter fraud and all other illegal activities to the detriment of public financial interests ("EU anti-fraud agreements"):* Focusing on the anti-fraud and tax information exchange agreement with Liechtenstein, the points that require technical updates prior to the possible adoption of the commission proposals that concerns the signing and the conclusion of the agreement will be identified<sup>120</sup>.

*Outbound payments:* In April 2017, the Code of Conduct Group (CoCG) instructed its subgroup on antiabuse issues to continue their efforts on this topic. Although the subgroup voiced objections to an early draft of possible guidance in May 2017, the Member States had different outlooks on the course of action and reached a consensus on readressing and resolving the issue later when new data on the effectiveness of anti-abuse measures in EU Directives are obtained<sup>121</sup>.

On the other hand, the OECD intends to draw a pathway for taxation of digital economy for the coming years. Countries and jurisdictions have been collaborating to implement the BEPS package systematically and globally and to develop better standards that lay emphasis on the remaining problems in BEPS. To this end, the decision-making body of the OECD's tax work has been welcoming the inputs from interested countries and jurisdictions to establish an Inclusive Framework on BEPS<sup>122</sup>.

The contribution of the unyielding and prevalent implementation of the BEPS package to the discourse in many of the double non-taxation concerns raised by digitalization is easily agreed upon. In indirect taxes, to allocate the collection of consumption taxes on cross-border B2C supplies of services and intangibles to the country in which the customer resides, guidelines and implementation mechanisms have been enhanced.

---

<sup>119</sup> European Union, p.7.

<sup>120</sup> EY tax Insight, p.1

<sup>121</sup> European Union, p.7.

<sup>122</sup> OECD: "Background Brief Inclusive Framework on BEPS", 2017, <http://www.oecd.org/tax/beps/background-brief-inclusive-framework-for-beps-implementation.pdf> (Accessed: 28.09.2017)



Correspondingly, the OECD International VAT/GST Guidelines undertook the same endeavor. In recognition of the challenges faced in collecting VAT on the import of low-value goods, the generally applicable method by governments to reduce or abolish low-value VAT exemption thresholds was presented. The Inclusive Framework directed its efforts at the delivery of an interim report with a due date in 2018 that focuses on the tax challenges of the digital economy and a final report that will focus on furthering its work in the following year, monitoring developments in the digital economy, evaluating the extent of the tax challenges it broadens, and appropriately responding to these challenges by developing policy options is due in 2020<sup>123</sup>.

### CONCLUSION

The rapid development of the digital economy has resulted in improving communication technologies and information gathering as well as promoting the development of new products for various users. These technologies have dramatically changed the way modern businesses function and multinational transactions take place. It has created an opportunity for businesses to become invisible to tax authorities with the intention of minimizing tax liabilities. All commercial sectors have tried to adopt digital improvements to decrease operational costs, decline in price, increase productivity, and reach broader market especially with paying lower tax or without tax.

As it is well known digital economy raises serious problems for the current international tax system which was not designed to deal with such a fast-moving economy<sup>124</sup>. Unexpected results that have occurred in recent years, in the taxation of digital economy have forced tax authorities, countries, and international organizations to work together in order to develop more coherent and common policies. The OECD has been working on topics related to BEPS and has produced BEPS Action Plans to take control of issues regarding international taxation. The BEPS Action Plan ensures a comprehensive analysis of the current issues faced by governments, with measures designed to ameliorate the resultant problems<sup>125</sup>. The OECD deems ring-fencing digital businesses highly

---

<sup>123</sup> OECD 2017c, p.24, 25.

<sup>124</sup> BRAUNER, Yariv: "What the BEPS", Fla. Tax Rev. 16(2), 2014, p.70.

<sup>125</sup> GREENBERG, p.331, 332.

unlikely in view of its integration with all sectors of the economy and instead of proposing specific measures, it opts for supporting and encouraging further work and monitoring to be responsive to specific tax challenges to which digital activity may give rise in the future<sup>126</sup>.

This is of great significance since the world will undoubtedly be more digitalized in the future. Nevertheless, digital tax issues are not fully addressed in the BEPS 2015 report, but this process will continue to 2020. Both direct and indirect taxation for digital business will be modified as expected in the coming years. Furthermore, this has prompted certain countries to try to find their own solutions for taxation of digital economy by implementing such measures as withholding tax, deemed PE, bit tax and etc.

In a nutshell, international tax regime, especially in relation to digital economy, cannot be as consistent as it is required. Digital economy creates new opportunities and limitations for all groups. Tax authorities should make greater efforts to take into account of understanding developments of the digital economy in their mission to improve tax compliance.

---

<sup>126</sup> KIELSTRA, p.14.

## REFERENCES

- ARDOUS, Renata. "EU-BEPS Presidency Roadmap and the Winner Is?", Mazars, 2016, <http://blogs.mazars.com/letstalktax/2016/03/beps-eu-presidency-roadmap/> (Accessed: 06.08.2017).
- ARORA, Harsh. "An Evaluation of the Measures in Action 14 of the Action Plan of the OECD/G20 BEPS Initiative Intended to Make Dispute Resolution More Effective", *Bulletin for International Taxation*, 71(5), 2017, [https://online.ibfd.org/collections/bit/html/bit\\_2017\\_05\\_int\\_3.html?WT.z\\_nav=crosslinks#bit\\_2017\\_05\\_int\\_3](https://online.ibfd.org/collections/bit/html/bit_2017_05_int_3.html?WT.z_nav=crosslinks#bit_2017_05_int_3) (Accessed: 18.06.2017).
- AULT, Hugh J. / ARNOLD, J. Briand. "Protecting the Tax Base of Developing Countries: An Overview", in Trepelkov, Alexander / Tonino, Harry / Halka, Dominika (ed.), *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, New York, 2015.
- AUSTRALIAN TAXATION OFFICE. "GST on Low Value Imported Goods", <https://www.ato.gov.au/General/New-legislation/In-detail/Indirect-taxes/GST/GST-on-low-value-imported-goods/> (Accessed: 16.08.2017).
- BAEZ, Andres / BRAUNER, Yariv. "Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy", IBFD, White Paper, 2014, <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/WithholdingTaxesintheServiceofBEPSAction1-whitepaper.pdf> (Accessed: 27.06.2017).
- BAL, Aleksandra / PUENTE, Gutiérrez Carlos. "Taxation of the Digital Economy", in Cotrut, Madalina / Bal, Aleksandra / Betten, Rijkele / Hamzaoui, Ridha / Obuoforibo, Belema / Ostaszewska, Ola, (ed.), *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures*, IBFD Publication, 2015, Online Book, [https://online.ibfd.org/document/tps\\_head](https://online.ibfd.org/document/tps_head) (Accessed: 09.06.2017).
- BAL, Aleksandra. "Bitcoin Transactions: Recent Tax Developments and Regulatory Responses", *Derivatives & Financial Instruments*, 17(5), 2015, [https://online.ibfd.org/document/dfi\\_2015\\_05\\_int\\_2](https://online.ibfd.org/document/dfi_2015_05_int_2) (Accessed: 13.06.2017).
- BAL, Aleksandra. "EU VAT Proposals to Stimulate Electronic Commerce and Digital Publishing", *International VAT Monitor*, 28(2), 2017, [https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/collections/ivm/html/ivm\\_2017\\_02\\_e2\\_2.html](https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/collections/ivm/html/ivm_2017_02_e2_2.html) (Accessed: 01.08.2017). (BAL 2017).
- BASU, Subhajit. *Global Perspective on E-Commerce Taxation Law*, Routledge, UK, 2016.
- BATES, Stephen / MARTIN, Jess. "OECD Issues Report on the Tax Challenges of the Digital Economy Under Action 1", *Global Digital Tax Developments Review*, 2015, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-digital-tax-developments/\\$FILE/EY-global-digital-tax-developments.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-digital-tax-developments/$FILE/EY-global-digital-tax-developments.pdf) (Accessed: 19.07.2017).
- BBVA. "Digital Economy Outlook", 2016, [https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2016/05/DEO\\_May16.pdf](https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2016/05/DEO_May16.pdf) (Accessed: 17.06.2017).

- BEERAJE, Sarah. “EU Presidency roadmap on BEPS”, KPMG, 2016, <https://home.kpmg.com/uk/en/home/insights/2016/07/tmd-eu-presidency-roadmap-on-base-erosion-and-profit-shifting.html> (Accessed: 05.08.2017).
- BRAUNER, Yariv. “What the BEPS”, Fla. Tax Rev. 16(2), 2014.
- BRYNJOLFSSON, Erik / KAHIN, Brian. “Introduction”, in Brynjolfsson, Erik / Kahin, Brian, (ed.), *Understanding the Digital Economy – Data, Tools, and Research*, MIT Press, London, 2000.
- CISCO. “Cisco Visual Networking Index: Forecast and Methodology 2016–2021”, 2017, <http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/complete-white-paper-c11-481360.pdf> (Accessed: 08.06.2017).
- DELOITTE. “Global Indirect Taxes”, 2017, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-global-indirect-tax-news-april-2017.pdf> (Accessed: 04.08.2017).
- DLAPIPER. “Cross Border Supplies of Intangible Services, Rights and Digital Content”, 2015, [https://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2015/09/Global\\_VAT\\_Guide\\_2015.pdf](https://www.dlapiper.com/~media/Files/Insights/Publications/2015/09/Global_VAT_Guide_2015.pdf) (Accessed: 24.07.2017).
- EUROPEAN COMMISSION. “Commission Proposes New Tax Rules to Support E-Commerce and Online Businesses in the EU”, Press Release, Brussels, 2016, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-4010\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4010_en.htm) (Accessed: 22.07.2017).
- EUROPEAN COMMISSION. “Digital Single Market - Modernizing VAT for cross border e-Commerce”, [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-border-ecommerce\\_en](http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/digital-single-market-modernising-vat-cross-border-ecommerce_en) (Accessed: 18.07.2017). (European Commission 2017a).
- EUROPEAN COMMISSION. “VAT Rates”, [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates\\_en](http://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/eu-vat-rules-topic/vat-rates_en) (Accessed: 05.08.2017). (European Commission 2017b).
- EUROPEAN UNION. “BEPS: Presidency Roadmap on Future Work”, 10998/17, FISC 157, Brussels, 2017, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10998-2017-INIT/en/pdf>(Accessed: 08.08.2017).
- EY. “EU and Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): Estonian Presidency Publishes Roadmap on Future Work”, 2017, [http://taxinsights.ey.com/archive/archive-news/eu-and-base-erosion-and-profit-shifting-\(beps\)--estonian-presidency-publishes-roadmap-on-future-work.aspx](http://taxinsights.ey.com/archive/archive-news/eu-and-base-erosion-and-profit-shifting-(beps)--estonian-presidency-publishes-roadmap-on-future-work.aspx) (Accessed: 05.08.2017).
- EY. “Digital Developments: Indirect Tax”, 2016”, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-digital-developments-map-indirect-tax-april-2016/\\$FILE/ey-digital-developments-map-indirect-tax-april-2016.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-digital-developments-map-indirect-tax-april-2016/$FILE/ey-digital-developments-map-indirect-tax-april-2016.pdf) Accessed: 18.06.2017). (EY 2016b).

- EY. “Managing Indirect Taxes in The Digital Age”, <http://www.ey.com/gl/en/services/tax/vat--gst-and-other-sales-taxes/ey-managing-indirect-taxes-in-the-digital-age-ch2a-internet-sales-of-goods-effects-on-indirect-taxes> (Accessed: 21.07.2017).
- EY. “The latest on BEPS — 2016 year-end review A review of OECD and country actions from July through December 2016”, 2017, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-US-the-latest-on-beps-2016-in-review/\\$FILE/EY-US-the-latest-on-beps-2016-in-review.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-US-the-latest-on-beps-2016-in-review/$FILE/EY-US-the-latest-on-beps-2016-in-review.pdf) (Accessed: 16.07.2017). (EY 2017a).
- EY. “Turkish Tax Authority Proposes Tax on Electronic Commerce “, 2016, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-turkey-alert-tax-proposed-on-e-commerce/\\$FILE/ey-turkey-alert-tax-proposed-on-e-commerce.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-turkey-alert-tax-proposed-on-e-commerce/$FILE/ey-turkey-alert-tax-proposed-on-e-commerce.pdf) (Accessed: 11.07.2017). (EY 2016a).
- FRANCE STRATÉGIE. “Taxation and the Digital Economy: A Survey of Theoretical Models”, [http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fic\\_alite\\_du\\_numerique\\_10\\_mars\\_corrige\\_final.pdf](http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/fic_alite_du_numerique_10_mars_corrige_final.pdf) (Accessed: 15.06.2017).
- GAOUA, Noah. “Taxation of the Digital Economy: French Reflections”, *European Taxation*, 54(1), 2014, [https://online.ibfd.org/document/et\\_2014\\_01\\_fr\\_2](https://online.ibfd.org/document/et_2014_01_fr_2) (Accessed: 27.06.2017).
- GOWLAND, Laura. “The European Commission’s Proposals to Reform E-Commerce”, *Tax Journal*, 2017, <https://www.taxjournal.com/articles/european-commission-s-proposals-reform-e-commerce-09022017> (Accessed: 05.08.2017).
- GREENBERG, Rachel J. “Taking a Byte out of International Tax Evasion: Combating Base Erosion and Profit Shifting”, *Chapman Law Review*, 19(1), 2016.
- GRLICA, Iyo. “How the Sharing Economy is Challenging the EU VAT System”, *International VAT Monitor*, 28(2), 2017, [https://online.ibfd.org/document/ivm\\_2017\\_02\\_e2\\_3](https://online.ibfd.org/document/ivm_2017_02_e2_3) (Accessed: 26.07.2017).
- HADZHIEVA, Eli. “Tax Challenges in the Digital Economy”, *European Parliament*, IP/A/TAXE2/2016-04, 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IP\\_OL\\_STU\(2016\)579002\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IP_OL_STU(2016)579002_EN.pdf) (Accessed: 13.06.2017).
- HONGLER, Peter / PISTONE, Pasquale. “Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy”, *IBFD Working Paper*, 2015, [https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining\\_the\\_PE\\_concept-whitepaper.pdf](https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining_the_PE_concept-whitepaper.pdf) (Accessed: 20.08.2017).
- HUWS, Ursula. “Labor in the Global Digital Economy: The Cybertariat Comes of Age”, *Monthly Review Press*, New York, 2014.

- IBFD Tax Research Platform. “BEPS Country Monitor”, [https://online.ibfd.org/kbase/#topic=beps-compare&ap=r\\_1&cc=e2\\_ar\\_au\\_at\\_be\\_br\\_bg\\_ca\\_cl\\_cn\\_hr\\_cy\\_cz\\_dk\\_ee\\_fi\\_fr\\_de\\_gr\\_hk\\_hu\\_in\\_id\\_ie\\_il\\_it\\_jp\\_kr\\_lv\\_lt\\_lu\\_my\\_mt\\_mx\\_nl\\_nz\\_no\\_pl\\_pt\\_ro\\_ru\\_sg\\_sk\\_si\\_za\\_es\\_se\\_ch\\_tr\\_uk\\_us&format=ghtml](https://online.ibfd.org/kbase/#topic=beps-compare&ap=r_1&cc=e2_ar_au_at_be_br_bg_ca_cl_cn_hr_cy_cz_dk_ee_fi_fr_de_gr_hk_hu_in_id_ie_il_it_jp_kr_lv_lt_lu_my_mt_mx_nl_nz_no_pl_pt_ro_ru_sg_sk_si_za_es_se_ch_tr_uk_us&format=ghtml) (Accessed: 18.06.2017).
- IBFD. “The Action Plan on BEPS”, in Sim, Sam / Soo, Mei-June, (ed.), *Asian Voices: BEPS and Beyond*, (Online Book Last Reviewed: 1 July 2016), IBFD Publication, 2017, [https://online.ibfd.org/document/av\\_head](https://online.ibfd.org/document/av_head) (Accessed: 11.07.2017). (IBFD 2017a).
- INLAND REVENUE. “Goods and Services Tax Act 1985”, 2017, <http://www.ird.govt.nz/technical-tax/pib-review/pib-archived/archived-goods-and-services/goods-services-1983-vol-143.html> (Accessed: 04.08.2017).
- JARIWALA, Rakesh. “Equalization Levy: India’s Action under the BEPS Agenda for the Digital Economy”, *India Tax Insights*, 2017, <http://www.ey.com/in/en/services/tax/ey-india-tax-insights-equalization-levy-indias-action-under-the-beps-agenda-for-the-digital-economy> (Accessed: 24.09.2017).
- KIELSTRA, Paul. “Transcending Tax: How BEPS will Affect the Whole Enterprise”, *EY – Tax Insights for Business Leaders*, No: 16, 2016, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-transcending-tax-how-beps-will-affect-the-whole-enterprise-2016/\\$FILE/EY-transcending-tax-how-beps-will-affect-the-whole-enterprise-2016.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-transcending-tax-how-beps-will-affect-the-whole-enterprise-2016/$FILE/EY-transcending-tax-how-beps-will-affect-the-whole-enterprise-2016.pdf) (Accessed: 14.06.2017).
- KLUWER WOLTERS. “BEPS: Presidency Roadmap on Future Work”, 2017, <https://www.navigator.nl/document/idpass9cd3bee6b09648aab3d836222a074887/highlights-insights-on-european-taxation-beps-presidency-roadmap-on-future-work> (Accessed: 14.08.2017).
- KPMG. “OECD BEPS Action Plan: Taking the Pulse in the Americas Region”, 2016, <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/02/beps-update-americas.pdf> (Accessed: 14.06.2017).
- LAHODNY, Andrea / PETRUZZI, Raffaella. “Austria”, *The Future of Transfer Pricing, IFA Cahiers* 2017, Online Book, Vol.102B, 2017, [https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/data/ifacahier/pdf/ifacahier\\_2017\\_volume2\\_austria.pdf&WT.z\\_nav=Navigation&title=IFA+Cahiers+2017++Volume+102B%253A+The+future+of+transfer+pricing++Austria](https://online.ibfd.org/kbase/#topic=doc&url=/data/ifacahier/pdf/ifacahier_2017_volume2_austria.pdf&WT.z_nav=Navigation&title=IFA+Cahiers+2017++Volume+102B%253A+The+future+of+transfer+pricing++Austria) (Accessed: 22.06.2017).
- LI, Jinyan. “Protecting the Tax Base in The Digital Economy”, in Trepelkov, Alexander / Tonino, Harry / Halka, Dominika, (ed.), *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries*, New York, 2015.

- NELLEN, Annette. "Taxation and Today's Digital Economy", *Journal of Tax Practice & Procedure*, April–May 2015, [http://www.sjsu.edu/people/annette.nellen/JTPP\\_CCH\\_June2015\\_Nellen\\_DigitalEconomy.pdf](http://www.sjsu.edu/people/annette.nellen/JTPP_CCH_June2015_Nellen_DigitalEconomy.pdf) (Accessed: (10.07.2017)).
- OECD. "About the OECD", <http://www.oecd.org/about/> (Accessed: 14.06.2017).
- OECD. "Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting", 2013, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en> (Accessed: 17.06.2017). (OECD 2013b)
- OECD. "Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report", OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en> (Accessed: 19.06.2017). (OECD 2015a)
- OECD. "Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy", 2014, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264218789-en> (Accessed: 19.06.2017). (OECD 2014b).
- OECD. "Background Brief – Inclusive Framework on BEPS", 2017, <http://www.oecd.org/tax/beps/background-brief-inclusive-framework-for-beps-implementation.pdf> (Accessed: 17.06.2017). (OECD 2017a)
- OECD. "Background Brief Inclusive Framework on BEPS", 2017, <http://www.oecd.org/tax/beps/background-brief-inclusive-framework-for-beps-implementation.pdf> (Accessed: 28.09.2017).
- OECD. "BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy", <https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-digital-economy-discussion-draft-march-2014.pdf> (Accessed: 18.06.2017). (OECD 2014a).
- OECD. "Inclusive Framework on BEPS Progress Report July 2016-June 2017", <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-BEPS-progress-report-july-2016-june-2017.pdf> (Accessed: 18.07.2017). (OECD 2017c).
- OECD. "International VAT/GST Guidelines", OECD Publishing, Paris, 2017, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264271401-en> (Accessed: 21.06.2017). (OECD 2017b)
- OECD. "Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital", <https://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf> (Accessed: 24.07.2017). (OECD 2014c),
- OECD. "OECD Science, Technology and Industry Scoreboard 2013: Innovation for Growth", OECD Publishing, [www.oecd.org/sti/scoreboard.htm](http://www.oecd.org/sti/scoreboard.htm), UNCTAD, June 2013. (Accessed: 10.06.2017). (OECD 2013a).
- OECD. "OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Executive Summaries 2015 Final Reports", <http://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf> (Accessed: 10.06.2017). (OECD 2015b).

- OECD. "Public Discussion Draft BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy, 24 March 2014 – 14 April 2014", <https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-digital-economy-discussion-draft-march-2014.pdf> (Accessed: 10.06.2017). (OECD 2014).
- OECD. "Technology Tools to Tackle Tax Evasion and Tax Fraud", OECD Publication, 2017, <http://www.oecd.org/tax/crime/technology-tools-to-tackle-tax-evasion-and-tax-fraud.pdf> (Accessed: 23.06.2017). (OECD 2017d).
- OLBERT, Marcel / SPENGLER, Christopher. "International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?", *World Tax Journal*, 9(1), 2017, [https://online.ibfd.org/document/wtj\\_2017\\_01\\_int\\_4](https://online.ibfd.org/document/wtj_2017_01_int_4) (Accessed: 21.07.2017).
- PENG, Wei. "Multinational Tax Base Erosion Problem of the Digital Economy", *Modern Economy*, 7(3), 2016, p.345, <http://dx.doi.org/10.4236/me.2016.73038> (Accessed: 11.07.2017).
- POPA, Oano. "Taxation of the Digital Economy in Selected Countries – Early Echoes of BEPS and EU Initiatives", *European Taxation*, 55(1), 2016, [https://online.ibfd.org/document/et\\_2016\\_01\\_int\\_1](https://online.ibfd.org/document/et_2016_01_int_1) (Accessed: 26.07.2017).
- PwC. "OECD Summaries Options for Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy", *Tax Insights, Tax Policy Bulletin*, 2014, <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-oecd-digital-economy-tax-challenges.pdf> (Accessed: 23.06.2017).
- PwC. "Sharing Economy", 2015, <http://www.pwc.com/us/en/industry/entertainment-media/publications/consumer-intelligence-series/assets/pwc-cis-sharing-economy.pdf> (Accessed: 20.06.2017).
- RAPONI, Donato / O'SULLIVAN, David. "VAT and Taxation of the Digital Economy from the Perspective of the EU Policy Maker", in (Eds: Lamensch, Marie / Traversa, Edoardo / Van Thiel, Servaas, (ed.), *Value Added Tax and Digital Economy*, Wolters Kluwer Pub. Netherlands, 2015.
- RSM. "Indirect Tax Update - January 2017", [https://www.rsm.global/sites/default/files/media/Ideas%20and%20insight/Tax/indirect\\_tax\\_update\\_-\\_january\\_2017.pdf](https://www.rsm.global/sites/default/files/media/Ideas%20and%20insight/Tax/indirect_tax_update_-_january_2017.pdf) (Accessed: 24.08.2017).
- SANGER, Christopher. "BEPS: What Lies Ahead?", *Tax Inside India*, 2015, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-india-tax-insights-sixth-edition/\\$FILE/ey-india-tax-insights-sixth-edition.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-india-tax-insights-sixth-edition/$FILE/ey-india-tax-insights-sixth-edition.pdf) (Accessed: 18.07.2017).
- SCHMIDT, Peter Koerver. "The Digital Economy and International Tax Law: Main Challenges and Possible Solutions", Copenhagen, 1st December 2016, [http://www.cbs.dk/files/cbs.dk/final\\_-\\_clean\\_version\\_-\\_the\\_digital\\_economy\\_and\\_international\\_tax\\_law\\_-\\_pks\\_0.pdf](http://www.cbs.dk/files/cbs.dk/final_-_clean_version_-_the_digital_economy_and_international_tax_law_-_pks_0.pdf) (Accessed: 14.07.2017).



- TAX CONSULTANTS INTERNATIONAL B.V. “The Reverse Charge Rule, 04-10-2013”, 2013, <https://www.tax-consultants-international.com/read/the-reverse-charge-rule?submenu=14497&sublist=3274&subsublist=3300> (Accessed: 22.06.2017).
- TAXAND. “Taxand Global BEPS Report Impact of BEPS Across Taxand Jurisdictions”, 2016, [https://www.alvarezandmarsal.com/sites/default/files/taxand\\_global\\_beps\\_report\\_december\\_2016.pdf](https://www.alvarezandmarsal.com/sites/default/files/taxand_global_beps_report_december_2016.pdf) (Accessed: 25.06.2017).
- THORNTON, Grant. “Tax and the Digital Economy”, 2016, <http://www.grantthornton.co.uk/insights/tax-and-the-digital-economy/> (Accessed: 12.07.2017).
- TRAVERSA, Edoardo / CECI, Emanuele. “VAT Fraud and the Digital Economy within the European Union: Risks and Opportunities” in Lamensch, Marie / Traversa, Edoardo / Van Thiel, Servaas, (ed.), Value Added Tax and Digital Economy, Wolters Kluwer Publication, 2015.
- VATGLOBAL. “The Reverse Charge Mechanism”, <http://www.vatglobal.com/reporting-obligations-vat-guides/the-reverse-charge-mechanism> (Accessed: 05.07.2017).
- VOSLOO, Louise. “Tackling the Evolving Digital Economy with Direct Tax Laws”, Navigating the Digital Age, Deloitte, 2016, [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/za/Documents/tax/ZA\\_Navigating-the-Digital-Age\\_Tax\\_260816.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/za/Documents/tax/ZA_Navigating-the-Digital-Age_Tax_260816.pdf) (Accessed: 21.06.2017).
- WETTERSTEN, Maria. “How Can the Proposed Changes to the OECD Tax Model Convention in Action 1 and Action 7 Counter the Issue of an Artificial Avoidance of a PE Status?”, HARN60 Master Thesis, Lund University, Sweden, 2016, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOid=8880066&fileOid=888279> (Accessed: 21.06.2017).
- ZETTER, Martin / GREENBANK, Ashley. “Analysis: Addressing the Tax Challenges of The Digital Economy”, 2014, <http://www.macfarlanes.com/media/1485/analysis-addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy.pdf> (Accessed: 25.07.2017).



# DİL POLİTİKALARI VE DİL HAKLARI ÜZERİNE TEORİK ÇERÇEVE\*

## THE THEORETICAL FRAMEWORK ON LANGUAGE POLICIES AND LANGUAGE RIGHTS

DOI: 10.21492/inuhfd.351711

Salim ORHAN\*\*

### Özet

Dil, genel anlamda tarihte ilk kez modern dönemde politikleşmiş ve politik bir araç olarak kullanılmıştır. Dil politikaları, ulusçuluğun “ulus”u ortak bir kimlik çerçevesinde inşa etme süreciyle ortaya çıkmıştır. Dil politikalarının çerçevesi, genellikle ulus-devletlerin “ulusal kimlik” politikaları tarafından şekillendirilmiştir. Bu bağlamda, ulus-devletlerin en çok başvurduğu dil politikası, dilsel homojenleştirmeyi hedefleyen ve asimilasyonist bir niteliğe sahip olan tek dillilik politikası olmuştur. Bu dil politikası, devletin seçmiş olduğu dilin dışındaki dillerin tedricen kamusal hayattan çıkarılmasına ve bazı dillerin yok olmasına neden olmuştur. Asimilasyonist dil politikaları ile dil hakları arasında doğal bir “çatışma” bulunmaktadır. Dil hakları, asimilasyoncu politikaların “asli haksızlıklarına” karşı, bir hak talebi ve var olma “mücadelesi” olarak ortaya çıkmıştır. Dil hakları, asimilasyon politikalarını kısmen aşındırılmış ve çok dillilik politikalarını meydana getirmiştir. Diğer bazı haklarla da ilintili olan dil haklarının boyut ve niteliklerinin belirlenmesi, kısmen dile yüklenen anlam ve işlev ile ilgili bir durum olmuştur. Ontolojik olarak insanın en temel unsurlarından birini oluşturan dilin, temel olarak iletişimsel ve kimliksel iki işlevi bulunmaktadır. Bu fonksiyonlar çerçevesinde tanınacak dil haklarının dayanakları, mahiyet ve özellikleri ile ilgili çeşitli tartışmalar yapılmaktadır. Bu makale, dil politikaları ve dil haklarının mahiyetine yönelik teorik bir inceleme yapmayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ulusçuluk, dil politikaları, dil hakları.

### Abstract

Language has been typically politicized and used as a political tool in the modern period for the first time in the history. Language policies have arisen through nationalism period which has built “nation” within a common identity. The framework of language policies has been usually formed by the politics of “national identity” of nation-states. In this context, nation-states have implemented monolingualism policy which aims a linguistic homogenization and has an assimilationist characteristic. This language policy has led to

---

\* Bu makale, esas olarak 29.06.2012 tarihinde savunulmuş “Dil Politikaları, Dil Hakları ve Türkiye’de Uygulamaları” adlı Yüksek Lisans Tezinden türetilmiştir.

\*\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (35. Madde), (salimhukuk@hotmail.com)

the removal of some languages from the public life and some of these not chosen by state languages are subjected to disappear. There is a natural “conflict” between assimilationist language policies and language rights. Language rights have emerged as a struggle for existence and a demand for right against “fundamental injustices” of assimilationist policies. Language rights struggle have relatively eroded assimilation policies and created multilingualism policies. The determination of dimensions and qualifications of language rights, which are also related to some other rights, have been partly relevant the ascribed meaning and function of language. Language, ontologically a major element of human, has basically two main functions as communicative and identity. There are various discussions on the basis, nature and characteristics of language rights recognized within these functions. This article aims to perform a theoretical analysis of the nature of language policies and language rights.

**Keywords:** Nationalism, language policies, language rights.

### Giriş

Ulus devletin bir unsuru olan “ulus”, kapitalist yayıncılık, reform hareketleri ve Avrupa monarşilerinin merkezileşme çalışmaları gibi etkenlerin ortaya çıkarmış olduğu ulusçuluk tarafından kurgusal bir şekilde inşa edilmiştir. Ulusun varlığı için vazgeçilmez olarak görülen “ulusal diller” de, uluslar gibi hemen hemen yarı yapay kurgular ile icat edilmiş varlıklardır. Ulusçuluk, ulus inşa etme sürecinde, etnik ve sivil/politik ulusçuluk şeklinde farklı formlar almış olsa da, ulusçuluğun her şeklinde ortak bir kimlik oluşturmak ve devam ettirmek için dilin yönetilmesi gerektiği fikri mevcut olmuştur. Dil, ilk kez bu dönemde politik bir araç olarak kullanılmıştır. Dilin üzerinden yapılmaya çalışılan homojenleştirme çabaları ile toplumun tek tipleştirilmesi hedeflenmiştir. Tek ve ortak/ulusal bir dil, sosyal, bölgesel ve kurumsal olarak farklı kültürel tabakalara ayrılmış insanları birleştirmek amacıyla inşa edilen ulusun ve ulusal kimliğin oluşturulmasında en etkili yöntemlerden biri olarak görülmüştür. Ayrıca merkezileşen modern ulus devlet toplumun bütününe ortak bir program çerçevesinde organize edebilmek için de standart ortak bir dile ihtiyaç duymuştur.

Dil politikaları, ulusçuluk çağının, modern ulus devletlerin ortak dil ve ulusal kimlik için dilin kimliksel ve iletişimsel işlevlerini kullanmaları sonucu ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda bir ülkedeki dil politikaları, o ülkedeki ulusçuluk serüveniyle doğrudan ilintilidir. Bir siyasal birim içinde konuşulan dillerin statü ve(ya) maddi yapısına yönelik müdahaleler olarak dil politikaları çok çeşitlilik arz etmekle birlikte, ulus devletlerin en çok baş vurduğu dil politikaları ise bir dili toplumsal hayatın her alanına hakim kılma politikasıdır. Devletlerin ulusal kimlik politikalarının ortaya

çıkarmış olduğu dil politikaları, bazı dillerin tedrici olarak kamusal hayattan çıkarılmasını ve yasaklanmasını beraberinde getirmiştir. Bu durum, varoluşsal bir hak olan bazı dil haklarının ihlal edilmesine ve hatta bunun sonucunda, “kültürel bir soykırım” olarak iddia edilen, bazı dillerin ölümüne neden olmuştur. Dil politikaları, dil haklarının içerik ve uygulamasının çerçeve ve şeklini belirlemektedir. Dil politikaları ile dil hakları arasındaki karşılıklı –aynı zamanda tarihsel olarak “gerilimli”– etkileşim, bu iki kavramın birlikte ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Dil hakları, daha geniş bir anlam taşımakla birlikte temelde “anadili”nin tüm özel ve kamusal alanlarda serbestçe kullanım ve seçimi ile ilgilidir. Bu bağlamda dil hakları, pratikte devletlerin dil politikalarına karşı birey ve grupların kendi kimlikleriyle var olmalarını sağlamaktadır. Dil haklarının aynı zamanda diğer birçok hakla ilintili olması da dil haklarını önemli kılan diğer bir nedendir. Ayrıca dil haklarına dayanarak geliştirilecek bir dil politikasının tehlike altında bulunan birçok dilin ölümüne engel olacağı ve benzer şekilde etnik çatışmaların da bir kısmını ortadan kaldıracığı ileri sürülmektedir. Bu bağlamda dil politikalarının çerçevesinin devletlerin ulusal kimlik politikalarından ziyade dil hakları veya dilsel insan hakları tarafından şekillenmesi istenmektedir.

Bugünün dünyasında neredeyse bütün ulus-devletler, birden fazla dili bünyelerinde barındırmaktadır. Dolayısıyla dil farklılıkları önemli bir sorun olarak siyasal otoritenin gündeminde bulunmaktadır. Çeşitli işlevlerini dil vasıtasıyla yerine getiren modern devlet, bir dil politikasını belirlemek zorundadır. Bu çalışma, birçok zeminde birbiriyle karşılıklı etkileşim içerisinde bulunan dil politikaları ve dil haklarının mahiyetini incelemekte ve dil haklarının niteliğini tespit etmeye çalışmaktadır. Öncelikle bir toplumsal inşa aracı olarak dil politikalarının ortaya çıkış nedenleri ve gelişimi, dil politikalarının kapsam ve etkileri araştırılacaktır. Daha sonra dil hakları meselesi tartışılacak; dil haklarının mahiyeti, diğer haklarla ilişkisi, temel dayanakları ve dil hakları için alternatif hak kategorileri incelenecektir. Dil politikaları ile dil hakları kavramları geniş içerikli olmakla birlikte, aralarındaki ilişki bunları zorunlu olarak birlikte incelemeyi gerektirmektedir. Örnek olay incelemesine girmeksizin teorik düzlemde konunun incelenmesi, bu konuda genel bir perspektif sunmayı amaçlamaktadır.

## 1. DİL POLİTİKALARININ ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ: ULUS VE ULUSAL/ORTAK DİL İNŞASI

“Ulus” kavramı, sosyal bilimlerin en sorunlu ve tartışmalı kavramlarından biridir. Charles Tilly, ulusu “siyaset sözlüğündeki en kafa karıştırıcı ve en taraflı madde” olarak tanımlamaktadır<sup>1</sup>. Ulus ile ilgili yapılan tanımlar dil, din ve gelenek, ülke ve kurumlar gibi “nesnel” etkenler üzerinde duran tutumlardan, algılamalar ve duyarlılıklar gibi sadece “öznel” etkenleri vurgulayan yaklaşımlara kadar genişlemektedir. Habermas’a göre, siyasi terminolojide, “ulus” ile “devlet halkı” aynı kapsamda düşünülmektedir. Ancak hukuksal tanımlamanın ötesinde “ulus”, ortak köken, en azından ortak dil, kültür ve tarih ile şekillenmiş siyasi bir topluluk anlamına da gelmektedir<sup>2</sup>. Ulus ve ulusçuluk alanının en önemli teorisyenlerinden Anderson, antropolojik bir ruhla ulus hakkında şu tanımları önermektedir: “Ulus hayal edilmiş bir siyasal topluluktur – kendisine aynı zamanda hem egemenlik hem de sınırlılık içkin olacak şekilde hayal edilmiş bir cemaattir”<sup>3</sup>. Hayal edilmiştir, çünkü en küçük ulusun üyeleri bile diğer üyeleri tanımayacak, onlarla tanışmayacak, çoğu hakkında hiçbir şey işitmeyecektir. Ancak yine de her birinin zihninde toplamlarının hayali yaşamaya devam edecektir<sup>4</sup>. Bu bağlamda ulus kavramını, ulusçuluk teriminden ayrı düşünmek mümkün değildir. Çünkü hayali bir topluluk olan ulus, ulusçuluk tarafından inşa edilmiştir.

Çok çeşitli anlamlarda kullanılan – toplumsal ve siyasal hareket, ulus ideolojisi, ulusun dil ve simgesel temsili vs. – ulusçuluk kavramı üzerine anlaşmaya varılmış bir nokta var ise, bu kavramın bütünüyle modern olduğudur. Ulusçuluk, ulusu kaygılarının merkezine yerleştiren ve onun iyiliğini çoğaltmaya çalışan bir doktrindir. Smith ulusçuluğu, “hal-i

<sup>1</sup> Aktaran; SMITH, Anthony D.: Milliyetçilik: Kuram – İdeoloji – Tarih (Milliyetçilik), Çev: Ümit Hüsrev Yolsal, Atıf Yayınları, Ankara 2013, s. 21.

<sup>2</sup> HABERMAS, Jürgen: “Öteki” Olmak, “Öteki”yle Yaşamak, Çev: İlkur Aka, 4. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010, s. 16.

<sup>3</sup> ANDERSON, Benedict: Hayali Cemaatler: Milliyetçiliğin Kökenleri ve Yayılması, Çev: İskender Savaşır, 5. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2009, s. 20. Bu konuda yapılan çalışmaların neredeyse hepsinin bir şekilde atıfta bulunduğu Ernest Renan’ın “ulusun özü tüm bireylerin ortak birçok şeye sahip olması ve aynı zamanda hepsinin pek çok şeyi unutmuş olmasıdır”<sup>3</sup> şeklindeki ifadesi de bir şekilde bu hayali özelliğe işaret etmektedir. RENAN, Ernest: Ulus Nedir?, Çev: Gkçe Yavaş, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 38.

<sup>4</sup> ANDERSON, s. 20.

hazırda ya da potansiyel olarak bir ‘millet’i kuracağı bazı mensuplarınca farz edilen bir halk adına özerklik, birlik ve kimlik edinmek ve bunu sürdürmek için oluşturulan ideolojik bir hareket olarak’’<sup>5</sup> tanımlamaktadır. Smith, önerdiği bu tanımın bir ‘‘millet’’/ulus düşüncesi varsaysa da, ulusların, ‘‘onların’’ ulusçuluklarından önce var olduklarını öne sürmediğini belirtmektedir<sup>6</sup>. ‘‘Ya da potansiyel bir millet’’ sözcükleri, genel bir soyut ‘‘ulus’’ düşüncesine sahip küçük bir ulusçu azınlığın belirli ulusları yaratmaya çalıştıkları birçok durumu kabul etmektedir.

Benedict Anderson, ulusçuluğun doğuşunu etkileyen en önemli faktörlerden birisinin kapitalist yayıncılık olduğunu belirtmektedir<sup>7</sup>. Kapitalist yayıncılık, aynı zamanda Protestanlıkla birlik halinde, yerel dillerin öne çıkmasını sağlayarak bu düşüncenin doğuşunu ve gelişimini etkilemiştir<sup>8</sup>. Yerel diller kapitalistler için yeni bir Pazar iken, Protestanlar için yeni kitlelere ulaşmak için bir iletişim aracı olmuştur. Gellner ise, Reformasyon ve sanayiye geçiş çağının beraberinde ulusçuluğu geliştirmiş olduğunu ifade etmektedir<sup>9</sup>. Diğer bir nokta ise, Avrupa Monarşilerinin merkezileşmesi ve güçlenmesiyle ortaya çıkan siyasal farklılaşma da uluslaşmaya adım atmanın bir başlangıcı olmuştur.

Ulusçuluk, ulusların kendi bilinçlerine vararak uyanışları değildir. Ulusçuluk, ulusları yoktan var eder – ancak, işlevsel olabilmek için, tamamen negatif yönde olsalar da, daha önceden var olan ayırt edici özelliklere ihtiyaç duyar<sup>10</sup>. Yani sanıldığı gibi aksine ulusçuluk ulusların bir ürünü değil, tam aksine ulusları meydana çıkaran ulusçuluğun kendisidir<sup>11</sup>. Hobsbawm, ‘‘milletin oluşum alanına giren yapaylık, icat ve sosyal mühendislik unsurlarını’’<sup>12</sup> vurgulayarak; ulusların doğal bir

<sup>5</sup> SMITH, Anthony D.: Milli Kimlik (Milli Kimlik), Çev: Bahadır Sina Şener, 5. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2009, s. 121. Aynı zamanda bkz. SMITH, Milliyetçilik, s. 20.

<sup>6</sup> SMITH, Milliyetçilik, s. 21.

<sup>7</sup> Kapitalist yayıncılık, ‘‘sayıları hızla artmakta olan insanların kendileri üstüne düşünmelerine ve kendilerini başka insanlarla çok kökten bir anlamda yeni tarzlarda ilişkilendirmelerine imkan verdi’’. ANDERSON, s. 51.

<sup>8</sup> ANDERSON, s. 51-57.

<sup>9</sup> GELLNER, Ernest: Uluslar ve Ulusçuluk, Çev: Büşra Ersanlı / Günay Göksü Ezdoğan, 2. Baskı, Hil Yayınları, İstanbul 2008, s. 119.

<sup>10</sup> ERÖZDEN, Ozan: Ulus-Devlet, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008, s. 13-14.

<sup>11</sup> GELLNER, s. 205.

<sup>12</sup> HOBBSAWM, Eric J.: 1780’den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik: Program, Mit, Gerçeklik, Çev: Osman Akinhay, 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2010, s. 24.

topluluk olduğu iddiasını sadece bir ‘‘mit’’ten ibaret görmekte ve ulusların tamamen kurgusal olarak inşa edildiğini düşünmektedir.

Ulus inşa süreci, farklı şekiller ve formlar içerisinde yapılmıştır. Her bir ulus inşası kendine has özellikler barındırır da, bunları genel olarak iki kategoriye ayırmak mümkündür: Politik ve etnik ulusçuluk. Politik ulusçuluk modelinde uluslar, ortak tarihi anılar ve geleneklerle bağlanmış, türdeş olması şart olmayan kültür toplulukları olarak görülmektedir. Etnik ulusçuluk modelinde ise ulus, ortak bir ata inancı ve ortak bir kültüre yaslanan grubun kimlik bilincidir<sup>13</sup>. Alter, siyasal ulusçuluğun bireyi ve kolektif hr iradeyi temel alarak, gücünü bireyin zgr isteğinden ve ulusa öznel bağlılığından aldığını belirtmektedir. Buna karşılık ‘‘etnik’’ ulusçuluk kapsamına giren ulusçuluk türleri, fitri bir topluluk fikrini ne çıkarmaktadırlar. Bu modelde topluluk ruhu ortak miras, dil, din ve tarihe dayanmaktadır<sup>14</sup>. Smith’e göre, aslında her ulusçuluk, kendi içinde, değişen derecelerde ve farklı biçimlerde sivil ve etnik unsurlar barındırmaktadır. Kimi zaman sivil ve teritoryal unsurlar hakimdir, kimi zaman da etnik ve yerli unsurların ne çıktığı görülmektedir<sup>15</sup>. Alter’in belirttiği gibi, ulus inşasının amacı sosyal, bölgesel, politik ve kurumsal olarak farklı tabakalara ayrılmış insanları birleştirmektir<sup>16</sup>. Bu durumda her bir ulusçuluk modelinde de, önem derecesi farklı olsa da, homojen/türdeş bir kültür, ulusun varlığı ve devamı için vazgeçilmez bir şey olarak grlmştir.

Ulus inşa sürecinde, kültürel ve dilsel homojenleştirmeye hem ulusal kimliğin kurgulanışı ve oluşturulması, hem de ulusal birliğin bir garantisi için esas bir önem atfedilmiştir. Yani ulusçuluk, sanal birliği oluşturmak ve devam ettirmek için dil birliğini ne çıkarmıştır. Böylelikle ulusal bir dil olarak ortaya çıkan diller de, uluslar gibi, yapay kurgularla icat edilmiş şeylerdir<sup>17</sup>. Ayrıca merkezileşmiş devletin, bürokrasi ve eğitim alanlarındaki ihtiyaçlarını gidermek, yöneticilerin halka ulaşmak ve halkı yönetime bağlamak için yaptıkları dilsel çalışmalar da ulusal dillerin oluşmasına katkı sağlamıştır. Zira merkezileşmiş modern devlet bütün

---

<sup>13</sup> SMITH, Milli Kimlik, s. 26-29.

<sup>14</sup> ALTER, Peter: Nationalism, 2nd Edition, Edward Arnold Publisher, Londra / New York 1994, s. 8-9.

<sup>15</sup> SMITH, Milli Kimlikler, s. 30.

<sup>16</sup> ALTER, s. 14.

<sup>17</sup> HOBSBAWM, s. 73.



vatandaşlarını ortak programlar çerçevesinde organize etmeyi esas almıştır<sup>18</sup>.

İnşa edilen ulusal dil, ulusal kültürün/kimliğin oluşturulması, yaygınlaştırılması ve sonraki kuşaklara aktarılmasında en önemli araç olarak görülmüştür. Wallerstein, bir siyasal birim içinde ortak dilin ulusal kimlik garantisi olarak görüldüğünü şöyle ifade etmektedir:

“Sakinlerin oluşturduğu grubun birliği genellikle dilsel bir örneklige doğru gidilmek suretiyle takviye edildi: Devlet içinde tek bir dil ve oldukça sık olarak, komşu devletlerinkinden farklı bir dil – zaten önemli olanda buydu. Bu, tüm devlet faaliyetlerinin tek bir dilde yürütülmesinin zorunlu kılınmasıyla, dilin birleştirilmesine ilişkin bilimsel faaliyetin (mesela sözlükleri kontrol altında tutan ulusal akademiler) desteklenmesiyle ve bu dilin farklı dilleri olan azınlıklarca iktibasını dayatarak tamamlandı”<sup>19</sup>.

Ortak bir dil seçip yaygınlaştırmak, meşrulaştırma ve kurumsallaştırma şeklinde gerçekleşmiştir. Meşrulaştırma, genellikle ulus-devlet tarafından dilin resmi bir statü kazanması şeklinde anlaşılmaktadır. Kurumsallaştırma ise, resmi veya gayri resmi bağlamlarda dilin geniş bir sosyal, kültürel ve dilsel zeminde kabul edildiği durumu ifade etmektedir. Bu iki unsur sadece ulus-devletlerin seçtikleri ortak dillerinin yaygınlaşmasında başarılı olmamış, aynı zamanda azınlık dil ve lehçelerinin de uzaklaştırılmasında da başarılı olmuştur<sup>20</sup>.

Ulus yaratma süreçlerinin ayrılmaz bir parçası olarak ortak bir dil oluşturma çalışmaları, dil politikalarının doğmasına kaynaklık etmiştir. Modern ulus-devletin herhangi bir şekilde, ister iletişimsel isterse siyasal olsun, dil ile ilişkisi dil politikalarının merkezini teşkil etmektedir. Belirlenen dil politikaları başta “zorunlu” eğitim<sup>21</sup> olmak üzere devletin bütün aygıtlarıyla etkili kılınmaya çalışılmıştır.

<sup>18</sup> SADOĞLU, Hüseyin: Türkiye’de Ulusçuluk ve Dil Politikaları, 2. Basım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, 36.

<sup>19</sup> WALLERSTEIN, Immanuel: Liberalizmden Sonra, Çev: Erol Öz, 3. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2009, s. 131.

<sup>20</sup> MAY, Stephen: “Language Policy and Minority Rights”, in Ricento (Ed.), Thomas, An Introduction to Language Policy: Theory and Method, , Blackwell Publishing, 2006, s. 261.

<sup>21</sup> Gellner’e göre, modern devlet meşru eğitimi, nerdeyse meşru şiddet kadar, belki de daha fazla tekelleştirmiştir. Zaten devletin merkezileşmesi, öncelikle eğitimin merkezileşmesinin bir sonucu olmuştur. GELLNER, s. 140.

## 2. DİL POLİTİKALARININ KAPSAM VE BOYUTLARI

Dil politikalarını “bir siyasal birim içinde konuşulan dillere, bunların alan ve bölgelerine, gelişmelerine ve kullanımlarına ilişkin haklara yönelik ilke, karar ve uygulamalar bütünü”<sup>22</sup> olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi dil politikaları salt yasal çerçeveden ibaret değildir; bu nedenle, dil yasalarına eş tutulmamalıdır. Yani hiç yasanın olmadığı durumlar olduğu gibi, uygulamanın yasalardan farklılık gösterdiği durumlar da söz konusu olabilmektedir. Paulston’un ifadesiyle, dil politikaları sadece kitaplardaki kanunlar veya resmi politik söylemlere göre ele alınmamalı, bunların ötesinde yerleşmiş dil davranışları ve toplumsal ve kurumsal bağlamlara göre değerlendirilmelidir<sup>23</sup>. Dil politikaları doğrudan hükümetler, hükümetlerin desteklediği yarı resmi kurumlar (ulusal dil akademileri) ve(ya) devlet politikasının oluşturulmasında etkili olan aktör ve kişiler tarafından oluşturulabilir. Devletlerin dil politikalarında etkin olan kurum ve kuruluşlar farklılık/çeşitlilik arz etmekle birlikte, esasen devletlerin ulusal kimlik politikalarından ayrılmamakta ve bunların gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır. Dil politikalarının en belirgin özellikleri bilinçli yürütülmeleridir. Özlem E. Virtanen, devletlerin dillere müdahale etme amaçlarını şöyle izah etmektedir: “Devletler halkın konuştuğu dilleri, nüfuzlarını artırmak, meşruiyet kazanmak, katılımı teşvik etmek ya da kısıtlamak, milli bir kimlik oluşturmak ve bunu pekiştirmek ve gelir dağılımını belirlemek amacıyla etkilemeye çalışabilirler”<sup>24</sup>. Belirtilen bu amaçlardan hiç biri bir devletin ulus-inşa sürecinde belirlediği ve yerleşik hale getirdiği “ulusal kimlik” politikalarından bağımsız değildir.

Modern devletin dil ile zorunlu ilişkisi sonucunda ortaya çıkan dil politikaları, maddi planlama (corpus planning) ve statü planlaması (status planning) olarak iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Modern devlet bir yandan ulusal kimliği inşa etmek ve güçlendirmek için “statü planlaması” yaparken bir yandan da etkin iletişimi gerçekleştirmek için “maddi planlama” yapmaktadır. Bu iki planlama bir birinden tamamen

---

<sup>22</sup> ERAYDIN VİRTANEN, Özlem: “Dil Politikalarının Milliyetçilik Hareketlerindeki Tarihsel Kökenleri” (Dil Politikalarının Kökenleri), in Uzpeder, Ebru (Ed.), Avrupa Sürecinde Dil Hakları, Helsinki Yurttaşlar Derneği Yayınları, İstanbul 2003, s. 18.

<sup>23</sup> PAULSTON, Christina Bratt: “Language Policies and Language Rights”, Annual Review of Anthropology, Vol. 26, 1997, s. 79.

<sup>24</sup> ERAYDIN VİRTANEN, “Dil Politikalarının Kökenleri”, s. 19.

bağımsız olmayıp modern devletin yapısıyla ilişkilidir. Çünkü modern ulus-devlet bir ulusal kimlik sahibi olmanın yanı sıra, toplumun bütününi organize eden, Giddens'in ifadesiyle geleneksel devletlerin olmadığı bir "kavramsal toplum"dur<sup>25</sup>. Fierman'a göre, maddi planlama, "dilin yapısı, kelime dağarcığı, ses ve telaffuzu gibi içsel özelliklerini değiştirmeye yönelik yeniliklerdir"<sup>26</sup>. Statü planlama(sı) ise, "bir bölge ya da devlette dilin hangi amaçlar için kullanılacağına belirlenmesi ya da tanınması ile ilgili politika kararları"<sup>27</sup> olarak tanımlanır. Statü planlaması, bir dilin ulusal ya da resmi dil olarak tüm devlette veya belirli bölgelerde kullanılmasını, hangi dilin hangi işlevde kullanılacağına belirlenmesini kapsamaktadır. Fishman, dil politikasının bu iki boyutu arasındaki ilişkinin biri birini destekler bir mahiyette olduğunu belirtmekte ve bunları aynı madalyonun iki tarafı olarak değerlendirmektedir<sup>28</sup>. Bir dilin maddi planlaması yapılmadan, o dile yükseltici bir statü planlaması (kamu kurumlarında hakim/tek dil kılmak) yapmaya çalışmak rasyonel bir girişim olmadığı gibi; statü planlaması yapılmadan bir dilin tamamen maddi planlama ile genişletilmesi ve modernize edilmesinin başarılı olması pek mümkün görünmemektedir.

Dünyadaki uygulamalarına bakıldığında dil politikalarının çok çeşitlilik arz ettiği görülmektedir. Bir devletin dil politikasına siyasal iktidarın ideolojik-siyasal tercihleri etkili olmakla birlikte<sup>29</sup>, bu politikalar üzerine etkili olan bir kısım "objektif" olgular da bulunmaktadır. Bir devletin ülkesel alanı üzerinde yaşayan dil toplulukların demografik yapısı, azınlıkta kalan dil toplulukların genel nüfusa oranı ve etnik/ulusal bilinci ve örgütlülüğü, etnik veya ulusal gerginliğin derecesi, dil toplulukların devlet iktidarıyla tarihsel ilişkisi gibi birçok özgül sebep farklı dil politikalarının güdülmesine neden olabilmektedir. Roland

<sup>25</sup> GIDDENS, Anthony: *Ulus Devlet ve Şiddet*, Çev: Cumhur Atay, 2. Basım, Kalkedan Yayınları, İstanbul 2008, s. 287.

<sup>26</sup> Aktaran; DEMİRCİ, H. Aliyar: "Osmanlı Modernleşmesinde Dil Politikaları ve Mebusan Meclisi", *Muhafazakar Düşünce*, Sayı: 16-17, 2008, s. 189.

<sup>27</sup> ERAYDIN VİRTANEN, "Dil Politikalarının Kökenleri", s. 19.

<sup>28</sup> FISHMAN, Joshua A.: "Language Policy and Language Shift", , in Ricento (Ed.), *Thomas, An Introduction to Language Policy: Theory and Method*, , Blackwell Publishing, 2006, s. 316.

<sup>29</sup> Hobsbawm'a göre, var olan yazılı ve kültür dillerini basitçe "düzletme" ve standartlaştırmasından, bir biriyle örtüşen lehçeler karmaşasına ve ölü veya neredeyse tükenmiş dillerin diriltilmesine kadar uzanabilecek dil "kuruluş" sürecinde politik-ideolojik unsurun yeri çok alenidir. HOBSBAWM, s. 136.

Breton, *Dünya Dilleri Atlası* adlı eserinde dünya dillerini haritalar üzerinden aktararak neredeyse bütün ülkelerin birden çok dil topluluğuna ev sahipliği yaptığını ancak sayıca çok az ülkenin resmi olarak çok dilli olduğunu göstermektedir. Dünyada egemen olan devletlerden bazıları bölgesel düzeyde çeşitli dilleri resmi ya da yarı resmi olarak kabul etmekle birlikte, ulusal düzeyde 160 devletin resmen tek dilli olduğunu; diğer kalanların çift ve (ya) çok dilli olduğunu belirtmektedir<sup>30</sup>. Her bir devletin kendisine ait bir dil politikası bulunmakla birlikte, bu dil politikaları bir tasnife tabi tutulduklarında, temelde iki ana sınıfa ayrılmaları mümkündür. Esmen'in ifadesiyle, "asimilasyoncu (tek dillilik)" ve "çoğulcu (çok dillilik)" stratejiler olarak belirlenen bu seçenekler, kendi içlerinde farklı derecelere tabi olmakla ve çeşitlilik göstermekle beraber, aslında devletlerin kendi içlerinde resmi olarak çok dilliliği kabul etmesi veya reddetmesine denk gelmektedir<sup>31</sup>.

### 3. BİR ASİMİLASYON STRATEJİSİ OLARAK TEK DİLLİLİK POLİTİKASI

Ulus-devletlerin en çok başvurduğu "tek dillilik" politikası, bir dilin (genellikle çoğunluk grubunun dili) resmi dil olarak belirlenmesi ve diğer dillerin (çoğunlukla azınlık gruplarının dilleri) aşamalı olarak kamu hayatından çıkarılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu (asimilasyoncu) politika ile seçilmiş olan resmi dil, tek hakim ve görünür dil kılınmaya ve diğer dil topluluklarına "benimsetilmeye" çalışılmaktadır. Resmi dilin kamusal hayatta ve hatta toplumsal hayatta tek dil olarak görünmesi ve yaygınlaşması için çeşitli "asimilasyoncu" stratejiler ve yöntemler uygulanmaktadır. Böyle bir dil politikasını tercih eden devletlerin, diğer dillere yönelik yasaklayıcı ve cezalandırıcı stratejiler izledikleri ve (ya) resmi dili özendirici ve ödüllendirici yöntemler takip ettikleri sıklıkla görülmektedir<sup>32</sup>. Resmi dilin dışında kalan dillere yönelik uygulanan yasaklamalar en üst yasa olan anayasa başta olmak üzere çeşitli yasalarla yapılabilmektedir.

Tek dillilik politikası, yukarıda aktarıldığı gibi, ulus inşa süreçleriyle doğrudan ilintilidir. Bu anlayış, bütün devlet işlemlerinin tek

---

<sup>30</sup> BRETON, Roland: *Dünya Dilleri Atlası*, Çev: Orçun Türkay, NTV Yayınları, İstanbul 2007, s. 30-31.

<sup>31</sup> ESMAN, Milton J.: "The State and Language Policy", *International Political Science Review*, Vol.: 13, No: 4, 1992, s. 382.

<sup>32</sup> SADOĞLU, s. 42.

resmi dilde yapılmasını ve siyasal toplumun (ulusun) bu çerçevede inşa edilmesini esas almakta; çok dilliliğin “bir ve bölünmez” olan ulusu böleceğini ve tek dilliliğin ise bütünleştireceğini düşünmektedir. Resmi olmayan dillerin (ev içi ve/ya komşuluk aktiviteleri için serbest bırakılsalar dahi) statüleri düşürülmektedir. Sosyal-siyasal statü ve ekonomik başarı resmi dilde akıcılığı zorunlu hale getirdiğinden dolayı, diğer dil topluluklarının üyeleri kariyer ilerleme elde edebilmek için kendi dillerini bir kenara bırakıp resmi dilde akıcı olmaya odaklanmaktadır<sup>33</sup>.

Tek dillilik politikasını savunanların bir gerekçesi modern ekonominin gereklerine dayanmaktadır. Dil başka amaçları gerçekleştirmenin bir aracı olarak görülmekte; modern ekonominin gerektirdiği hızlı, eğitilmiş ve kolay iş gücü, ancak ortak bir dil ile mümkün olduğu düşünülmektedir. Devlet desteği olmadan bir dilin ortak standart bir dil haline gelmesi ve tatmin edici ekonomik bir menfaat sağlaması pek mümkün görünmediğinden, devlet bir dili ortak dil olarak kabul ederek ve eğitim yolu ile de destekleyerek yaygınlaştırmaktadır<sup>34</sup>. Ancak, bu varsayımın ispatını sağlayacak pek bir veri bulunmamaktadır. Ampirik veriler, ulusal dilin tek dil olarak belirlenmesi ile ekonomik kalkınmışlık arasında herhangi bir korelasyonun bulunmadığını göstermektedir<sup>35</sup>. Ayrıca pratikte devletlerin herhangi bir ekonomik menfaat ve talep olmaksızın hatta devletlere ek maliyet getirmesine rağmen (Katalanca örneğinde olduğu gibi) asimilasyon politikaları uyguladıkları vakidir.

Tek dillilik politikasının savunusunda diğer bir gerekçe ise demokratik süreçlerin gerektirdiği müzakere ve katılımın, ancak ortak bir dil ile gerçekleşebileceği varsayımdır. Temsili demokrasinin gerekli kıldığı vatandaşların bir biriyle müzakere edebileceği bir ortam, ortak bir dil olmaksızın mümkün olmayacaktır. John Stuart Mill, birçok dil topluluğu bulunmasının temsili demokrasiye engel teşkil edeceğini şu şekilde ifade etmektedir: “Bir halk arasında dostane duygular yoksa özellikle de farklı bir dilden konuşuyor ve okuyorlarsa; temsili bir

<sup>33</sup> ESMAN, a. 383.

<sup>34</sup> RUBIO-MARIN, Ruth: “Language Rights: Exploring The Competing Rationales”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, s. 53.

<sup>35</sup> KOÇAK, Mustafa: Çok-Kültürlülük Açısından Dil Hakları, Liberta Yayınları, Ankara 2013, s. 212.

hükümet çalışmasına ihtiyaç duyan ortak (birleşik) bir kamuoyu oluşamaz”<sup>36</sup>. Ancak bir halk arasında bulunan bazı dil topluluklarının kendi dillerini kullan(a)madığı yerlerde demokratik süreçlerin ne kadar gerçekleştiği tartışmalı bir durumdur. Dilsel olarak tamamen homojen bir topluma sahip neredeyse herhangi bir devletin olmaması, yalnızca tek/egemen bir dil kullanıldığında başka bir dil grubuna mensup sıradan halkın müzakere için gerekli olan bilgilere ulaşma olanağı kısıtlandığından dolayı temsili demokrasi süreci de tam anlamıyla sağlanmamış olacaktır.

Modern devletin bürokratik işleyişinin tek dillilik üzerinden çok daha kolay ve hızlı olacağı varsayımı, tek dillilik rejiminin pratik nedenlerden dolayı savunusunun gerekçesini oluşturmaktadır. Tek dillilik politikasının uygulandığı bir siyasi topluluğun, çok dilli denklemlerine nazaran daha kolay işletilebileceği ve bu bağlamda maliyetinin (çeviri vb. ek masraflar yok) de daha az olacağı düşünülmektedir.

Tek dillilik üzerinden uygulanacak asimilasyonun, diğer (özellikle azınlık) dil gruplarına, çoğunluğun sahip olduğu bir kısım avantajlara ulaşabilme imkanı sağlayarak bazı “faydalar” sağlayacağı da ileri sürülmüştür. Ancak diğer dil toplulukları genellikle asimilasyona karşı çok direnç göstermişlerdir. Modern devletlerin fonksiyonlarını tek dil üzerinden gerçekleştirmeleri, azınlık grupların üyelerinin hayatlarında çeşitli zorluklar oluşturmuştur<sup>37</sup>. Tek dillilik politikaları adeta topluluklar arasında hiyerarşik bir yapı tesis etmiştir. Modern ulus-devletlerin en çok başvurdukları tek dillilik politikaları varoluşsal bir hak olan ve insanın en temel haklarından olan dil haklarının ihlal edilmesine ve bazı dillerin yok olmasına (dilsel soykırım) neden olmuştur.

#### **4. TEK DİLLİLİK POLİTİKASININ SONUCU: DİLLERİN KATLİ/ÖLÜMÜ**

“Dil ölümü”, çoğunlukla dil politikalarının bir sonucu olarak meydana gelmektedir. İnsanlık tarihi boyunca dillerin fonksiyonlarında ve statülerinde değişimler meydana gelmiş; dil ölümleri, kayıpları ve değişimleri yaşanmıştır. Ancak bilinen tarihin hiçbir döneminde dillerin

---

<sup>36</sup> MILL, John Stuart: Consideration on Representative Government, in On Liberty and Other Essays, Oxford University Press, Oxford 1991, s. 428.

<sup>37</sup> LEVY, Jacob T.: “Language Rights, Literacy, and the Modern State”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, s. 232.

kaybolması bugünkü derecede “tehlikeli” bir hal almamış ve bu kadar hızla olmamıştır. Tahminlere göre son beş yüzyıl içerisinde, neredeyse yaşayan dil sayısı kadar dil kaybı meydana gelmiştir. Devletlerin çoğunda sistemli bir sayımın olmaması ve dil ile lehçe ayrımını sağlayacak evrensel/nesnel bir ölçütün bulunmaması gibi nedenlerden dolayı, bugün dünyada konuşulan ve yaşayan dil sayısı ile ilgili farklı rakamlar ifade edilmektedir. İddia edilen dil sayısı 6000 ila 8000 arasında değişmektedir. Yaşayan bu dillerin sayısal olarak büyük bir çoğunluğu kaybolma tehlikesi ile karşı karşıyadır. May, tahminlere göre dünyada konuşulan 6800 dilin % 20-50’sinin 21. yüzyılın sonunda yok olacağını belirtmektedir. Benzer şekilde Krauss, dillerin yüzde 50’sinin gelecek asırda yok olacağını ve yüzde 40’nın da yok olma tehlikesiyle karşı karşıya geleceği öngörüsünde bulunmaktadır<sup>38</sup>. Bazı sosyo-dilbilimciler yaşanan bu dil ölümlerini “dilsel soykırım” şeklinde ifade etmişlerdir.<sup>39</sup> Bunun anlamı o dilsel grubun bütün mensuplarının öldürülmesi değil; bireylerin kendi dillerini terk ederek başka dil alışkanlıkları edinmeleridir. Dil kaybı sıklıkla iki dilli veya çok dilli durumlarda, çoğunluk/hakim dilinin (politik güç, ayrıcalık ve sosyal prestij sahibi olan dil) azınlık dilinin fonksiyon ve çeşitliliği ile yer değiştirmesidir<sup>40</sup>. Kısaca bir dil artık konuşanı kalmamışsa ölü sayılmaktadır.

Bir dili tamamen veya kısmen yok etmek ya da doğal gelişimini engellemek kastıyla aşağıdaki eylemlerden birinin gerçekleştirilmesini, Rudnyckyj’i “dilkırım”’a etkili bir kanıtı olarak değerlendirmektedir: 1) Ayrı bir dil konuşan bir topluluğun üyelerini soykırıma uğratmak; 2) Bir dilin doğal, organik gelişmesini engellemek maksadıyla baskıcı tedbirler dayatmak; 3) Tek dilli bir gruba dönüştürme hesabıyla iki dilli topluluğun kültürel gelişme koşullarını zorlamak; 4) Ayrı dil konuşan bir etnik grubun isteğine rağmen, bir dilin kamu okullarında öğretilme ve kitle iletişim araçlarında kullanılma hakkını inkar etmek; 5) Ayrı dil konuşan bir etnik grubun talebine rağmen bu grubun kültürel çabalarını ve dilini yaşatma gayretlerini maddi ve manevi olarak desteklemeyi reddetmektir<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> KRAUSS, Michael: “The World’s Language in Crisis” *Language*, No: 68, 1992, s. 4-10.

<sup>39</sup> SKUTNABB-KİNGAS, Tove: *Linguistic Genocide in Education – or Worldwide Diversity and Human Rights?*, NJ: Lawrence Erlbaum, Mahwah, 2000.

<sup>40</sup> MAY, s. 258.

<sup>41</sup> HASANPUR, Emir: *Kürt Diliyle İlgili Devlet Politikaları ve Dil Hakları*, Çev: Cemil Gündoğan, Avesta Yayınları, İstanbul 1997, s. 78.

Yani dalkırimsal tedbirler; tek tipleştirme, zora dayalı asimilasyon, etnik imha vb. nedenler ile alınmaktadır.

“Dil ölümü”, büyük ölçüde dilbilimsel olmayan nedenlerle dünyanın her tarafında meydana gelmiştir ve gelmektedir. Hiçbir dil, doğrudan dilsel yetersizliğinden dolayı kaybolmamıştır. Çünkü kelime hazinesi konuşmacıların mimiklerle idare etmesini gerektirecek kadar kısıtlı olan, belirli bir ses ve dilbilgisinden yoksun olan; kullanım standartları bulunmayan; sistemsiz veya yazısız olduğu için yapısı diğer dillerden daha hızlı değişen; soyut kelimeleri ve onları oluşturacak kapasiteleri olmayan; önemli estetik ve entelektüel ifade şekillerine hizmet etmeyen doğal bir dil yoktur<sup>42</sup>. Dil ölümleri, modern ulus-devletlerin tek dillilik rejimi üzerinden uyguladıkları asimilasyoncu politikaları ile ilgili bir durumdur. Yukarıda aktarıldığı gibi tek dillilik politikasında seçilen dilin dışında kalan dillerin statüleri mütemadiyen düşürülmekte ve hayatın “ciddi” alanların (eğitim, ulusal medya, hükümet vb.) dışına itilmektedir. Resmi tek dilin dışında kalan dillere yönelik devletin uyguladığı bu dışlama ve antipati politikası her zaman çıplak bir düşmanlık şeklinde olmayabilir ve çok ince haller alabilir. Bir dilin, Fishman’ın ifadesiyle “folklorlaşması”<sup>43</sup> yani sadece sanat, eğlence ve folklor gibi alanlarda kullanılması ve hayatın resmiyet alanından çekilmesi de dilin ölümüne neden olmaktadır. Çünkü siyasal olarak dil görünmez olmaktadır. Böylece sosyal işlev kaybına uğrayan bir dilin uzun süre yaşamını devam ettirmesi pek mümkün görünmemektedir.

Lionel Wee’ye göre, nasıl ki intihar dayanılmaz fiziksel bir hastalığın ve ruhsal bir stresin sonucunda gerçekleşmekte ise bunun gibi hiç kimse “iyi bir sebep”e sahip olmaksızın kendi dilini terk etmez<sup>44</sup>. Modern ulus-devletlerin diğer dillere yaklaşımı genellikle “aşağılama” ve “düşmanlaştırma” şeklindedir. Bundan dolayı bireylerin dillerini terk etme nedenleri “korku” ve ekonomik, sosyal ve siyasal olarak daha “yüksek statü” isteğidir. Burada dil üzerinden uygulanan politikalar aslında o dil grubuna karşı bir ayrımcılık da barındırmaktadır. Ayrıca dilsel kaybın en önemli nedenlerinden olan asimilasyon genellikle şiddet,

---

<sup>42</sup> CRYSTAL, David: Dillerin Katli, Çev: Gökhan Cansız, Profil Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 44.

<sup>43</sup> CRYSTAL, s. 103.

<sup>44</sup> WEE, Lionel: Language without Rights, Oxford University Press, New York 2011, s. 53-54.



egemenlik ve baskının sonucu gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, asimilasyon bir topluluğun bir başka topluluk üzerinde kuvvet kullandığının bir işaretidir<sup>45</sup>.

Dil ölümlerinin son bulması ve tehlike altındaki dillerin canlanması, ulus-devletlerin uygulamış olduğu tek dillilik politikasının değişimini gerektirmektedir. Uluslararası Tehdit Altındaki Dilleri ve Kültürleri Savunma Birliği'ne göre, tehdit altındaki dillerin hayatta kalma koşulları şunları içermektedir: 1) Dilin geleneksel topraklarında, hangi derecede olursa olsun özel veya devlete ait bütün okullarda, o dilde eğitim yapılması; 2) Dilin, otoritenin; topluluk, bölge ve ulusal düzeydeki faaliyetlerinde ve kamu tartışmalarında kullanılmasındır<sup>46</sup>. Zaten dil haklarının esasını oluşturan azınlık dil haklarının gelişimine yol açan neden, azınlık dilleri ve o dilleri konuşanların küçük düşürülmesi ve dışlanması gibi politikalar olmuştur ve dil hakları esasen bunlara tepki olarak ortaya çıkmıştır<sup>47</sup>. Dil ölümlerinin durdurulması, dillerin tüm özel ve kamusal alanlarda serbestçe kullanılmasına ve seçilmesine; dillerin yaşam koşullarını oluşturacak maddi ve manevi desteğine; dillerin eşit bir statü ile muamele görmesine dayalı bir dil politikası ile yani esasen dil haklarının çerçevesini çizdiği bir dil politikası ile mümkün olabilmektedir.

## 5. DİL POLİTİKALARININ “ASLİ HAKSIZLIKLARINA” KARŞI DİL HAKLARI

Dil politikaları ile dil hakları arasında sıkı bir bağ ve etkileşimsel bir ilişki bulunmaktadır. Dil politikaları bireylerin hangi dilsel haklara sahip olduğunu belirlediği gibi dil haklarının uygulanmasının çerçevesini de belirlemektedir<sup>48</sup>. Bu bağlamda, uygulanan ve tercih edilen dil politikaları bazen dil haklarının esasını ihlal edebilmekte, bazen de dil haklarını merkezine alarak şekillenebilmektedir. Tarihsel olarak dil politikaları ile dil hakları arasındaki ilişkiye bakıldığında, dil politikaları dil haklarını ihlal eder bir biçimde daha eski bir tarihte ortaya çıkmıştır. Yukarıda detaylı bir biçimde anlatıldığı gibi, dil politikalarının ortaya çıkışı ulus-inşa süreçlerinin “asimilasyoncu” stratejilerinin bir sonucudur. Dil hakları ise uygulanan bu asimilasyoncu stratejilerin kemirici/yok edici etkilerine karşı, birey ve grupların dilsel olarak

<sup>45</sup> KOÇAK, s. 219-220.

<sup>46</sup> HASANPUR, s. 79.

<sup>47</sup> MAY, s. 257.

<sup>48</sup> KOÇAK, s. 215.

varlığını sürdürme ve bir var olma refleksi veya “mücadelesi” sonucunda ortaya çıkmıştır. Dil hakları, devletin dil politikaları karşısında bireyin toplumsal bir varlık olarak, kimliği ile anlamlı bir yaşam sürdürme ve ait olma ihtiyaçlarına cevap vermek amacıyla tanınmaktadır<sup>49</sup>. Günümüzde dil hakları açıkça azınlık dil haklarıyla ilgilidir. Hakim dil grubunun bu noktada sorunu bulunmamaktadır. Çünkü sahip olduğu dil hakları ya yasal ya da pratik olarak garanti altına alınmıştır. Bu çerçevede, “azınlıkların” dil hakları uluslararası belgelerde daha sık görünmeye başlamıştır.

Dil hakları, en sade şekliyle tüm özel ve kamusal alanlarda “anadili”nin serbestçe kullanımı ve seçimi olarak tanımlanabilir. Daha geniş anlam ve boyuta sahip olmakla birlikte dil haklarının temelini “anadili”<sup>50</sup> oluşturmaktadır. Dolayısıyla anadilinin taşıdığı önem ve anlam doğrudan dil haklarının önemini de belirlemektedir. İnsanın bilinçaltına inen, kimliğinin temel taşı sayılan ve toplumla en güçlü bağlarını oluşturan bir unsur olarak anadili, beşeri bir varlık olarak kendi kendisini üretebilmesinin en esas araçlarından biridir<sup>51</sup>. İnsanın kişiliğinin doğal bir parçasını teşkil eden anadili ile doğuştan gelen ve koparılmaz olan ilişkisi, dil haklarının mahiyet ve niteliğini de esasen belirlemektedir.

Dil haklarından neyin anlaşılması gerektiğiyle ilgili Skutnabb-Kangas, dört öğeye vurgu yapmaktadır: 1) Her sosyal grup kendini bir ya da daha fazla dille kimliklendirme hakkına sahiptir. Bu kimiklendirme diğerleri tarafından da kabul edilmeli ve saygı görmelidir. 2) Her çocuk, üyesi olduğu grubun dilini (dillerini) öğrenme hakkına sahiptir. 3) Herkes, kendi dilini resmi alanlarda kullanma hakkına sahiptir. 4) Herkes, yaşamakta olduğu ülkenin resmi dillerinden birini öğrenme hakkına sahiptir<sup>52</sup>. Dil Hakları Evrensel Bildirgesi madde 3/1, dil haklarının bireysel kapsamını şu şekilde ifade etmektedir: *Bir dil topluluğunun üyesi olarak tanınma; özel ve kamusal alanlarda kendi dilini kullanma; kendi ismini kullanma; kendi dil topluluğunun başka üyeleriyle ilişkide bulunma ve ortaklık kurma; kendi kültürünü koruma ve geliştirme hakkı.* Madde 3/2

---

<sup>49</sup> ERAYDIN VİRTANEN, s. 18.

<sup>50</sup> Muhtelif biçimlerde tanımlanan anadili, kısaca insanın içinde doğup büyüdüğü aile, bağlı olduğu topluluk veya çevreden öğrendiği dil olarak tanımlanabilir.

<sup>51</sup> CANGIZBAY, Kadir: *Hiçkimsenin Cumhuriyeti*, 2. Baskı, Ütopya Yayınevi, Ankara 2007, s. 49.

<sup>52</sup> GÖKÇEN, Sinan: “Bir Milletti Dillendirmek”, in Uzpeder, Ebru (Ed.), *Avrupa Sürecinde Dil Hakları*, Helsinki Yurttaşlar Derneği Yayınları, İstanbul 2003, s. 17.

ise dil haklarının kolektif içeriğini; dil grupların kendi dilleri ve kültürlerinin öğretilmesi, kültürel hizmetlere erişim, iletişim araçlarında kendi dillerinin ve kültürlerinin hakkaniyetli bir şekilde yer alma, hükümet kurumlarında ve sosyo-ekonomik ilişkilerde kendi dilinin ihtiram görme hakkı şeklinde belirtmektedir.

Dil hakları, insan haklarının ve azınlık haklarının dil kullanımına ilişkin olanlarını kapsayan genel bir kavramdır. Dil hakları, kültürel haklar, ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, örgütlenme hakkı ve kimliğini koruma hakkı gibi haklarla doğrudan ilintilidir<sup>53</sup>. Dil haklarının kapsam alanı sadece klasik insan hakları ile sınırlanmamaktadır. Dil haklarının insan hakları sistematigindeki yeri ile devlet güçlerinin uygulamalarının yanı sıra bireyin durumuna ilişkindir. Dil hakları, temel haklar ayrımındaki, negatif, pozitif ve aktif statü haklarının her birisinin bünyesinde yer edinebilmektedir. Devletin müdahaleden kaçınması gereken durumlarda, kısıtlılık ve yasak getirmemesi halinde negatif statü hakları arasındadır. Devletin sosyal hizmetlerde (okul, sağlık vb.) olumlu yükümlülükler üstlenmesi durumunda da dil hakları pozitif statü haklarındandır. Bunlar birlikte düşünüldüğünde, bu hakların sağlanması noktasından da aktif statü hakları arasındadır<sup>54</sup>. Fernand de Varennes, dil haklarını genel insan haklarının bir parçası olarak değerlendirmekte; ayırım yasağı ve ifade özgürlüğü gibi temel insan haklarından neşet eden dil hakları için ayrı bir hak kategorisinin olmadığını belirtmektedir<sup>55</sup>. Geleneksel insan haklarının esasen dil haklarını kapsadığını düşünmektedir. Ancak diğer yandan geleneksel insan haklarının, dil hakları ile ilgili bazı sorunları çözme konusunda yetersiz ve aciz olduğu da ileri sürülmektedir. Mesela her etnik veya ulusal azınlık grubu, devlet okullarında anadiliyle eğitim görecektir midir? Parlamento, mahkeme ve genel olarak bürokraside hangi diller kabul edilecektir? Bu tür sorular karşısında geleneksel insan hakları öğretilerinin çoğu – yanlış değil – hiç yanıt vermemektedirler. Her ne kadar ayrımcılık yasağı ve ifade özgürlüğü gibi geleneksel insan haklarının dil haklarına bakan boyutları

<sup>53</sup> ERAYDIN, Özelem: “AB İlişkileri Çerçevesinde Türkiye’de Dil Politikaları”, in Menz, Astrid / Schroeder, Christoph (ED.), Türkiye’de Dil Tartışmaları, 2. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 152.

<sup>54</sup> ARZOZ, Xabier: “The Nature of Language Rights”, JEMIE, 6 (2), 2007, s. 6.

<sup>55</sup> DE VARENNES, Fernand: “Language Rights as an Integral Part of Human Rights”, IJMS, Vol.: 3, No: 1, 2001, s. 15 vd.

bulunmakla birlikte, dil haklarını tam anlamıyla garanti altına alamadıklarından dolayı dil hakları ayrı bir hak kategorisi olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada dil haklarının niteliklerinin neler olduğu ve hangi temellere dayandığı, savunusunun temel dayanaklarının neler olduğu devreye girmektedir.

## 6. DİL HAKLARININ DAYANAK VE NİTELİKLERİ

Dil haklarını önemli kılan değerlerin neler olduğu; dil haklarının neden savunulması gerektiği; nasıl bir temelde savunulabileceği ve dayanaklarının neler olduğu konusunda muhtelif argümanlar ileri sürülmektedir. Mesela bu bağlamda, “dillerin ölümünü neden önemsemeliyiz?” şeklindeki bir soruya, David Ceystal beş neden öne sürmektedir: Çünkü çeşitliliğe muhtacız; dil kimliği ifade eder; diller tarihin ambarıdır; diller insanlığın toplam bilgisinin bir parçasıdır; diller başlı başına ilgi kaynağıdır<sup>56</sup>. Dil hakları savunusu ile ilgili bakış açıları ve ileri sürülen fikirleri; biri dil haklarını hak temelinde ele alan, diğeri yarar temelinde ele alan iki grup altında toplamak mümkündür. “Hak temelli” olan dili konuşanların haklarına, “yarar temelli” olan dillerin insanlık için önemine işaret etmektedir.

### A. Dil Haklarının “Yarar” ve “Hak” Temelinde Ele Alınması

Dil haklarını yarar temelinde savunan bakış açısında dil, ekolojik ve estetik bir değer ve epistemik bir kaynak olarak değerlendirilmektedir<sup>57</sup>. Bu anlayışta her bir dil insanoğlunun ortak mirası olarak görülerek, dilin kendisine önem atfedilmektedir. Her bir dil, insanın duyuş, düşünüş ve yaşayış biçiminin farklı bir ifadesi olarak insanlığın ortak zenginliği şeklinde değer gördüğünden dolayı, bütün diller konuşanlarından ve konuşanların haklarından bağımsız olarak korunmayı gerektirmektedir. Bu anlayışta, nasıl ki insanoğlunun tarihte başarmış olduğu sanat, fikir ve gelenekler korunmaktaysa, onların taşıyıcısı olan dillerin de onlar gibi hatta evleviyetle korunması gerekmektedir<sup>58</sup>. Burada dil çeşitliliği bizatihi bir değerdir. Örnekler genellikle estetik karakter esaslı olup, dünyanın fazla çeşit ve dil ile daha renkli ve dinamik olduğu düşünülmektedir.

---

<sup>56</sup> CRYSTAL, s. 46-71.

<sup>57</sup> Koçak, s. 272-276.

<sup>58</sup> PATTEN, Alan / KYMLICKA, Will: “Introduction Language Rights and Political Theory: Context, Issues, and Approaches”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, s. 45.

Dil çeşitliliği bio-çeşitlilik gibi ele alınarak, dillerin korunması ekolojik bir temelle ve ekosistem kavramıyla ilişkilendirilmektedir. Ekosistem kavramı bir bütün olarak yaşayan varlıkların bir ilişkiler yumağı sayesinde var olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Ekosistemdeki öğelerden herhangi birine gelen zarar, sistemin bütünü için öngörülemez sonuçlar doğurabilmektedir<sup>59</sup>. Bir canlı neslinin ölmesi nasıl dünyayı küçültüyor ve ekolojik sisteme zarar veriyorsa, bir dilin ölmesi ve yok olması da böyledir; bir dilin ortadan kaldırılması, insanın ortak varlığından bir şeylerin bütün zamanlar için ortadan kaldırılmasıdır. Dolayısıyla dil haklarının korunması, bütün dillerin varlığını sürdürmesi için önemlidir. Diller insanoğlunun ortak mirasıdır ve insanlık bütün dillerin ortaya koyduğu kültür ve bilgi birikiminden faydalanmaktadır. Bu yaklaşımın ipuçlarını bazı uluslararası belgelerde de görmek mümkündür. Avrupa Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı'nın Önsüzünde kullanılan "bir kısım yok olma tehlikesi ile karşı karşıya olan Avrupa'nın büyük bölgesel ve azınlık dillerinin; Avrupa'nın kültürel zenginliğine... olan katkıları düşünülerek" gibi ifadeler de, kısmen böyle bir anlayışı yansıtmaktadır.

Yazar temelinde dil haklarını savunan bir anlayış, dil haklarını insan hakları kategorisinde değerlendirmemektedir. Zira haklar kişilere değil, dilin bizatihi kendisi esas alınarak temellendirilmektedir. Bu yaklaşım, dil haklarının korunması ve savunulması konusunda yetersiz kalmaktadır. Dil haklarını korumak, ifade dilen faydayı sağlamaktadır ve bu önemli bir noktadır. Ancak bu yaygın faydaları dil haklarının, temel bir gerekçesinden çok, arzu edilen bir yan ürünü olarak görmek daha sağlıklı bir değerlendirmedir<sup>60</sup>. Ayrıca hak sahipliği, dilin ve kültürün sağladığı faydaya dayandırıldığında kaçınılmaz olarak değer açısından bir dil ve kültür hiyerarşisi yaratmaktadır ki, bunun nihayetinde bazı dillerin feda edilmesine varmaktadır<sup>61</sup>. Kısaca burada dil hakları tam bir güvence altına alınmamaktadır. Dolayısıyla dil haklarının güvenliğini sağlayacak başka bir yaklaşım gerekmektedir.

Dil haklarını, dili konuşanların haklarından hareketle temellendiren anlayış, adalet ve eşitlik gibi temel değerlere vurgu yapmaktadır. Dil hakları, bireyin toplumsal bir varlık olarak yaşamını sürdürme, kültürel

<sup>59</sup> KRAUSS, s. 8.

<sup>60</sup> KYMLICKA, Will: Çokkültürlü Yurttaşlık – Azınlık Haklarının Liberal Teorisi, Çev: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1998, s. 195.

<sup>61</sup> KOÇAK, s. 277.

kimliğini koruma, sağlıklı bilişsel gelişim gösterme, öz saygısını koruma, fırsat eşitliği ve milli gelirden pay alma bakımından önem arz etmektedir<sup>62</sup>. Yarar temelli yaklaşımın aksine bu yaklaşım tarzında dil haklarının savunulması ve dilin yok olmaması, dilin bizatihi kendisi için değil, o dili iletişim aracı olarak kullanan ve o dile kimliksel sembolik değer atfeden grup ve o grubun bireyleri için önem arz etmektedir. İnsanların (sadece bireylerin değil) onurlu bir hayat sürebilmesi için dil haklarının gerekliliği vurgulanmaktadır.

May, dili konuşanların bireysel, sosyal, ekonomik ve politik hak ve statülerinden hareketle dil haklarının temellendirmektedir. Dil kaybı, dilsel gerileyiş, dil değişimi ve dillerin “marjinalleşme”si doğal bir süreç ve dilbilimsel bir olgudan ziyade; tarihsel, sosyal ve politik olarak inşa edilmiş bir süreç ve eşit olmayan güç ilişkileri ile ilgilidir. Bu inşa süreci ve eşit olmayan ilişki esasen, dil toplulukları üzerinden yapılmaktadır. Dolayısıyla dil haklarının korunması ve savunulması, o dil topluluklarının haklarının korunması anlamına gelmektedir<sup>63</sup>. Dil haklarından yoksun bir dilin kaybolması ile ilgili endişe dilin kendisi için değil, dilin kaybı sonucunda o dil topluluğunun iletişimsel ve kimliksel kaybı ile ilgilidir.

Dil haklarının temellendirilmesi, kısmen dile yüklenen anlam ve işlev ile ilgili bir durumdur. Dile yüklenen farklı anlam ve değerler, dil haklarının dayanak ve temellerine yönelik farklı yaklaşımlara neden olmuştur. Mesela dil, estetik bir değer olarak değerlendirildiğinde hakları farklı dayanaklar ile savunulurken; dil, iletişim aracı ve kimlik için sembolik değer olarak ele alındığında hakları daha farklı temeller üzerinden savunulmaktadır. Aynı zamanda dilin taşıdığı anlam veya dile yüklenen fonksiyon, dil haklarının boyut ve niteliklerinin belirlenmesi noktasında da önem arz etmektedir.

### **B. Dil Haklarının Nitelikleri**

Dil haklarının niteliklerinin tespitinden önce, dilin nitelik ve fonksiyonun belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü dile yüklenen fonksiyona göre, tanınacak dil hakları ve buna bağlı onların nitelikleri değişiklik gösterebilmektedir. İnsanın en temel, asli ve ayırıcı fonksiyonlarından belki de en başta olanı dil üzerinden gerçekleşmektedir. Bu manada, bir insanın “insani bütünlüğü” için gerekli olan en esas olgulardan biri olan

---

<sup>62</sup> ERAYDIN, “AB İlişkiler Çerçevesinde Türkiye’de Dil Politikaları”, s. 150.

<sup>63</sup> MAY, s. 257-265.

dilin, iletişime ilişkin ‘‘araçsal’’ ve kimliğe ilişkin ‘‘kurucu ve sembolik’’ olmak üzere başat iki fonksiyonundan –her ne kadar bu iki fonksiyon her zaman birlikte ve aynı önem derecesinde bulunmamaktaysa da– bahsetmek mümkündür<sup>64</sup>. Dil politikaları, dilin bu iki işlevi üzerinden şekillenmiş oldukları gibi; dil hakları da dilin bu iki fonksiyonuna göre oluşmaktadır.

Dilin bu iki fonksiyonu her ne kadar bir birinden tamamen bağımsız olmamakla birlikte, öne çıkan/vurgulanan fonksiyon dil haklarının mahiyetini şekillendirmektedir. Dilin araçsal/iletişimsel boyutu vurgulandığında; dilin zarar görmesi, iletişim üzerinden sağlanan hakların ve çıkarların zarar görmesine denk gelmektedir. Dilsel bozulma süreci, bireylerin, kendi deneyimlerini iletebilme ve başkalarının iletişimini anlayabilme sürecindeki çıkarları üzerinde olumsuz etkiler yapmaktadır<sup>65</sup>. Dilin mahiyetinin bozulması veya asimile olması, grubu oluşturan kişiler arası iletişimi bozmakta ve dolayısıyla da grup içindeki iletişime bağlı haklara ve menfaatlere zarar vermektedir. Bu açıdan, dil haklarının önemi diğer hakların öneminden ileri gelmektedir. Klasik insan hakları nazariyesinde de, dilin iletişimsel fonksiyonu esas alınmakta; dil hakları da, başta ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve dernek kurma özgürlüğü gibi hakların türevi olarak önem arz etmektedir. Dil hakları, sosyal, sivil ve politik diğer hakların gerçekleşmesine araçsallık etmektedir<sup>66</sup>. Dolayısıyla dil hakları türevsel ve *araçsal* bir hak niteliğine sahiptir. Ancak dilin iletişimsel işlevinden hareketle, dil haklarını araçsal haklar kategorisine indirgemek, birey ve grupların dil emniyetini sağlama konusunda yetersiz kalmaktadır. Kişinin kullandığı dilin tehlikede olması, kişinin temel toplumsal ihtiyaçlarını ve toplumsallaşma sürecinin yanı sıra bireyin kendi öz varoluşuna da bir tehdit oluşturmaktadır. Bu yaklaşım, dil haklarını sınırlı bir alana hasretmektedir.

Dil, salt bir iletişim aracı değil; aynı zamanda bir kimliktir. Kimliğin biri tanımlama ve tanınma, diğeri aidiyet olmak üzere temel iki bileşeni bulunmaktadır. Kendini tanımlama ve toplum içinde belli bir sıfatla, toplumsal olarak tanınma hem insana özgüdür hem de insani bir

<sup>64</sup> KOÇAK, s. 232.

<sup>65</sup> BLAKE, Michael, ‘‘Language Death and Liberal Politics’’, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, s. 214.

<sup>66</sup> RUBIO-MARIN, s. 63.

ihtiyaçtır. “Toplumsal tanınma”nın en temel aracı öncelikle konuşma dili, ardından da yazılı bir dil ve “kültürel eda”dır<sup>67</sup>. Dil, birçok insan için kendi kendini anlamının ve toplumsal olarak kendini tanımlamanın hayati bir yönünü oluşturmaktadır. Bir dil grubunun üyeleri, kendilerini sosyal dünyadaki yerleri ile anlamlandırır ve tanımlarlar. Bu sosyal dünya alanını ise öncelikle anadili ve geleneksel dil oluşturmaktadır<sup>68</sup>. Başta Charles Taylor olmak üzere pek çok teorisyen, bireysel kimlik zemini için dilin önemini kabul etmektedir<sup>69</sup>. Dil, sadece bireysel kimlik için değil, aynı zamanda birçok grup için grupsal kimliğin de temel unsurdur. Green, dilin kimliksel işlevini şöyle ifade etmektedir: “Dil bir kimlik belirteci (göstergesi), bir kültürel miras ve toplumun somut bir ifadesidir”<sup>70</sup>. Birçok etnik topluluk için dil kendi kimliklerinin özünü teşkil etmektedir. Kısaca dil, hem bireysel kimlik hem de kolektif kimlik için önemli bir fonksiyona sahiptir. Dil, insanın varoluşunu gerçekleştirmesi ve beşeri bir varlık olarak kendi kendini üretmesinin temel bir unsurudur. Bu bakış açısında dil hakları sadece araçsal haklar kategorisinde görülmemekte; *ontolojik (araçsal olmayan)* bir hak olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir hak, aynı zamanda bireysel özerkliğin gerçekleşmesi olarak ve kendine saygının bir temeli olarak kültürel üyeliğin korunması lehinde olan tezler tarafından da desteklenmektedir. Varoluşsal bir hak olan dil haklarının değer ve önemi, başka bir “iyi”nin aracı olmaksızın, bizatihi kendisine içkindir.

Dil haklarının niteliğine yönelik tartışmalarda *kolektif haklar – bireysel haklar* ikilemi önemli bir yer teşkil etmektedir. Dil hakları ile ilgili (esasen azınlık haklarıyla ilgili) yapılan bu tartışma sağlanan haklardan kimlerin yararlanacağı ile ilgili bir tartışmadır. Kolektif haklar kişilerin ancak başkaları ile birlikte kullanabildiği veya kolektif bir yarar ya da “topluluk” için bir yarar elde etme adına kullanılan haklar olarak görülmektedir. Başka bir ifadeyle, kolektif haklar “kendilerine ait farklı kültürel özellikleri korumak ve geliştirmek için ‘toplulukların’ kullandığı

---

<sup>67</sup> AYDIN, Suavi: Türk Kimliğinin Yaratılması ve Ulusal Kimlik Sorunu, Özgür Üniversite Yayınları, Ankara 2009, s. 15. Kimlik meselesi hiçbir kişi ve grup tarafından göz ardı edilmemektedir. İnsanlar kendilerini daima bireysel ve kolektif olarak tanımlama ihtiyacında ve çabasında olmuşlardır.

<sup>68</sup> BLAKE, s. 213.

<sup>69</sup> PATTEN / KYMLICKA, s. 45.

<sup>70</sup> GREEN, Leslie: “Are Language Rights Fundamental?”, Osgoode Hall Law Journal, Vol.: 25, No: 4, 1987, s. 659.



bir hak” olarak tanımlanabilir<sup>71</sup>. Bireysel haklar ise bireye ait temel özgürlükleri korumaya yönelik haklardır. Bu ayırım “evrensel” ve “grup ayırımı”na denk gelmektedir. Evrensel haklar, belirlenmiş dil grubu ne olursa olsun, yetki alanıyla ilgili herkesin sahip olduğu haklardır. Kolektif haklar ise yalnızca belirlenmiş dil grubunun ve üyelerinin sahip olduğu haklardır. Bireysel dil hakları, dil haklarıyla ilgili bölgede/ülkede ikamet edenlerin sayısına bakmaksızın, bir bireyin talep edebilme hakkıdır. Bunun aksine kolektif dil hakları ise, belirli bir talep ve yeterli sayı ile sağlanabilmektedir<sup>72</sup>. De Varennes’e göre dil hakları, ayırım yasağı ve ifade özgürlüğü gibi temel insan haklarından doğmuştur. Bu haklar ise bireysel haklar olarak kabul edilmekte; azınlık veya çoğunluk grubuna mensubiyet fark etmeksizin herkes bu haklardan yararlanabilmektedir. Dolayısıyla dil hakları kolektif haklar değil, bireysel haklardır. Dilin mahiyeti gereği toplu olarak kullanılabilmesi, dil haklarını kolektif haklar kategorisinde değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Tam da bu nokta, dilin sadece bir grupta kullanılabilen ve sürdürülebilir kolektif bir mülk olma doğası, dil haklarının kolektif haklardan olduğu tezini ortaya çıkarmaktadır. Dil, bir kültürün taşıyıcısı ve kültürel kimliğin kuşaktan kuşağa aktarılmasını sağlayan ana ögesi olduğundan dolayı, doğası gereği bireysel değil kolektif bir yapıya sahiptir. Bundan hareketle dil ile ilgili hakların doğası kolektif olmalarıdır<sup>73</sup>. Ancak bu kolektiflik, bireyi sınırlayan veya bireyi bu hakkı kullanmaya zorlayan (genellikle bireysel hakları merkeze alanların ifade ettikleri endişe) bir yapıda değildir. Uluslararası belgelerde dil hakları genellikle bireysel haklar (“azınlık grupları” değil, “azınlık mensubu bireyler” ifadesi kullanılmakta) kapsamında değerlendirilmekle birlikte; Arzo, bu belgelerde ifade edilen “limitler/yeterli sayı” dil haklarının kolektif boyutuna işaret ettiğini belirtmektedir<sup>74</sup>. Aslında bireysel ve kolektif dil hakları birbirine zıt haklar değil; birbirini tamamlayan haklardır. Dil haklarının bazıları (ifade özgürlüğü ve yargı sürecinde anadilin kullanılması gibi) bireysel olarak kullanılırken; diğer bazıları ise (anadilinde eğitim hakkı gibi) zorunlu olarak – yeterli bir sayı

<sup>71</sup> ÇAVUŞOĞLU, Naz: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları, 2. Baskı, Su yayınları, İstanbul 2001, s. 55.

<sup>72</sup> PATTEN / KYMLICKA, s. 31-32.

<sup>73</sup> PAULSTON, s. 80.

<sup>74</sup> ARZOZ, s. 3.

gerektirmekte – kolektif olarak kullanılmaktadır. Ancak bireysel dil haklarının zeminini kolektif yapı oluşturmakta ve bu hakların varlığı için kolektifliğin korunması gerekmektedir. Dolayısıyla dil haklarını, bireysel kullanım iradesine bağlı kolektif haklar olarak nitelenmek yanlış olmayacaktır.

Dil hakları için diğer bir nokta da *tolerans (hoşgörü) odaklı haklar – destekleme odaklı haklar* arasındaki ayrımdır. Bu ayrım genel insan hakları terminolojisinde kullanılan “negatif haklar” ve “pozitif haklar” ayrımına benzemektedir. İnsan haklarındaki negatif haklar, devletin karışmamasını yani müdahale etmemesini ifade ederken; pozitif haklar ise, tam tersi olarak, bu hakların gerçekleşmesi için devletin müdahale etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Tolerans odaklı haklar, bireyleri hükümetin dilsel müdahalesine karşı korumaktadır. Bireyler, devletin herhangi bir müdahalesine maruz kalmaksızın, istedikleri herhangi bir dili evlerinde, işyerlerinde, derneklerinde ve sosyal organizasyonlarında kullanabilme hakkına sahiptirler. Tolerans odaklı dil haklarının teorik kökeni, liberalizmin “minimal devlet” ve “iyiniyetli ihmal” mottolarına dayanmaktadır. Bu yaklaşım, birçok konuda olduğu gibi dil politikasında da “düzenlememeyi” en iyi çözüm olarak görmektedir. Belirli bir dilin dışlanması veya teşvik edilmesi ve desteklenmesi söz konusu değil; devlet, ülkedeki bütün dillere, eşit mesafededir<sup>75</sup>. Devletin bir dil politikası düzenlememesi ve bireylerin kendi aralarında kullandıkları dillere müdahale etmemesi şeklinde anlaşılabilir olan tolerans odaklı dil hakları, klasik insan haklarındaki negatif haklara denk gelmektedir. De Varennes’e göre, iyi kurulmuş bir insan hakları anlayışı dilsel azınlıkların birçok önemli talebini karşılayabilmektedir<sup>76</sup>. Çünkü dil hakları, ayrımcılık yasağı ve ifade özgürlüğü gibi insan haklarından doğmuştur. Ancak Arzo’ya göre, ayrımcılık yasağı vb. argümanlar, aslında zımni bir şekilde dil haklarını tanımamanın bir gerekçesidir<sup>77</sup>. Dil haklarını, esasen genel olarak azınlık haklarını, klasik insan haklarının ayrımcılık yasağı gibi haklarla tanımlamak; var olan eşitsizliğin devamını mümkün kılmaktadır. Çünkü devletler, özellikle dil politikasında, zorunlu olarak bir veya birkaç dilin lehine politika yürütmüşlerdir. Zaten dil hakları da, yürütülmüş olan haksız dil politikalarının sonucunda ortaya çıkmışlardır.

---

<sup>75</sup> PATTEN / KYMLICKA, s. 26, 32-33.

<sup>76</sup> DE VARENNE, s. 11.

<sup>77</sup> ARZOZ, s. 11-13.

Klasik liberal teorinin, tolerans esaslı yaklaşımı ve müdahale etmeme prensibi, din noktasında bir çözüm getirme kapasitesine sahip olsa da dil meselesinde bir çözüm getirememektedir. Devlet, dinlere karşı “nötr/tarafsız” olabilir, ancak diller için aynı şekilde davranamaz<sup>78</sup>. Çünkü devlet bazı işlevlerini (yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini) dil vasıtasıyla yerine getirdiğinden dolayı, “bilmecburiye” bir veya birkaç dil tercihinde bulunmak zorundadır. Örneğin kamu kurumlarında ve devlet okullarında dinsel yeminlerin yerine seküler (tarafsız) bir yemin koyulabilir. Ancak böyle tarafsız bir “dil” bulunmamaktadır. Minimum da olsa, birçok devlet kendi kurumlarında çalışanlardan ve görevlilerden, etkili bir iletişim için, bir dilde (resmi dilde) yeterli olmalarını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla devletler, yasal ya da fiili, bir veya birkaç dile onay vermekten kaçınamazlar.

Destekleme odaklı haklar, belirli bir dilin kamu kurumları tarafından kullanımını içermektedir. Bu haklar, bireylerin belirli bir dili, mahkemeler, yasama faaliyeti, kamu okulları ve diğer kamu hizmetleri gibi kamuya açık olarak kullanabilmesini gerekli kıldığı haklardır<sup>79</sup>. Destekleyici haklarda devlete aktif bir yükümlülük düşmektedir. Dil grubunun dilinde gerekli olan faydayı elde edebilmesi için destekleyici/pozitif haklar sağlamak bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Esasen destekleyici hakların amacı, dezavantajlı durumda olan grupları ve onların bireylerini fiiliyatta eşit hale getirmektir. Tolerans merkezli rejim ile destekleme merkezli rejim arasında dil haklarının sağlanması ve korunması konusunda derece farkı bulunmaktadır. Tolerans esaslı bir rejim, dil haklarına tam bir güvence sağlamazken; tam anlamıyla destekleme esaslı bir rejim dil haklarının güvenliğini tam sağlamaktadır.

Destekleme odaklı dil hakları, doğal olarak ülke içerisinde bulunan dillerin kamusal alanda kullanılmasını yani kurumsal veya resmi çok dilliliği beraberinde getirmektedir. Bir devlet, kendi ülkesinde bulunan birden fazla dili resmi dil olarak kabul ettiğinde; yani resmi veya kurumsal çok dilliliği tercih ettiğinde, çeşitli seçenek ve muhtelif sorunlarla karşılaşmaktadır. Onay gören bütün dillerin (azınlık ve çoğunluk dilleri) tam bir eşit statüye sahip olup olmayacağı veya tüm bölgelerde ve kamu kurumlarında geçerli olup olmayacağı gibi, bir dizi

<sup>78</sup> RUBIO-MARIN, s. 175.

<sup>79</sup> PATTEN / KYMLICKA, s. 26-27.

soru(n)lar resmi/kurumsal çok dilliliğin muhtelif biçimlerini ortaya çıkarmıştır.

## 7. KURUMSAL ÇOK DİLLİLİK POLİTİKALARI: DİL HAKLARININ UYGULANMASI

Tek dillilik politikasının aksine çok dillilik politikasında, birden fazla dile “resmi statü” tanınmaktadır<sup>80</sup>. Kurumsal/resmi çok dillilik rejiminde, kamu hizmetleri ve devletin çeşitli işlevleri birden fazla dilde gerçekleşmektedir. Çok dillilik politikasını benimsemiş devletlerde, bu dillerin hukuki etkileri, bölgesel ve kurumsal geçerlilik dereceleri gibi bazı durumlar pratikte oldukça karmaşık düzenlemeler ve farklı modeller ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte kamu kurumlarında birden fazla dili tanyan dünyadaki muhtelif devletlere bakıldığında, “kişisellik ilkesi (personality principle)” ve “bölgesellik ilkesi (territoriality principle)” şeklinde iki ayrı yaklaşım ve model göze çarpmaktadır.

“Kişisellik ilkesi”, genellikle coğrafik olarak ülkenin neresinde olduklarına bakmaksızın vatandaşların aynı dil haklarından yararlanmaları anlamına gelmektedir. Bunun tersi olarak “bölgesellik ilkesi” ise, dil haklarının yerel koşullara göre bölgeden bölgeye değişiklik arz ettiğini ifade etmektedir. Bölgesellik ilkesinde, dil hakları ülke içinde coğrafik olarak kişinin kendini içinde bulduğu veya yaşadığı bölgeye yani kişinin coğrafik konumuna dayanmaktadır. Kişisellik ilkesinde, dil hakları bireyleri takip etmektedir; yani bireyler ülkenin her yerinde eğitime, mahkemelere, kamu kurum ve hizmetlerine ilişkin aynı dilsel haklara sahiptir<sup>81</sup>. Kişisellik modelini Laponce “taşınabilir” olarak nitelemektedir. Tanınan haklar, hak sahipleri ile birlikte gezinmektedirler<sup>82</sup>. Uygulamada dünyanın herhangi bir yerinde bu iki modelin “saf” bir örneğini bulmak oldukça zordur. Çok dilli rejimlerin çoğu, en azından bazı dil haklarının devletin bütün sınırları içerisinde değişmez kılınmasını ve bazılarının ise yerel koşullara göre bölgeden bölgeye değişmesini içermektedir. Ancak çok dilli rejimler arasındaki

---

<sup>80</sup> ESMAN, s. 384.

<sup>81</sup> PATTEN, Alan: “What Kind of Bilingualism?”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), *Language Rights and Political Theory*, Oxford University Press, New York 2003, s. 296.; PATTEN / KYMLICKA, a.g.e., s. 29.

<sup>82</sup> Aktaran; REAUME, Denise G.: “Beyond Personality: The Territorial and Personal Principles of Language Policy Reconsidered”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), *Language Rights and Political Theory*, Oxford University Press, New York 2003, s. 276.

önemli olan ayırım, bu iki ilkeye yönelik yaptıkları vurgu derecesi ve yoğunluk oranıdır.

Reaume'e göre, kişisellik ilkesi, teorik düzeyde klasik insan hakları çerçevesinde ve negatif özgürlük bağlamında temellendirilmektedir<sup>83</sup>. Ancak dil haklarının niteliklerinde değinildiği gibi, dil hakları sadece klasik bireysel insan hakları veya hoşgörü esaslı olarak değerlendirildiğinde, dil haklarına yönelik tam bir koruma sağlamakta yetersiz kalınmaktadır. Bu temellere dayalı kişisellik ilkesi, ancak destekleyici haklar ile birlikte dil haklarının güvenliğini temin edebilir ki, uygulamada genellikle devletler bu şekilde bu ilkeyi gerçekleştirmektedirler. Kanada ve Güney Afrika, önemli derecede kişisellik ilkesine göre çok dillilik rejimini uygulayan iki örnek ülkedir. Kanada'nın resmi dilleri olan İngilizce ve Fransızca, Parlamento ve Federal Hükümette eşit hak ve imtiyazlardan yararlanmaktadırlar. Eyaletler<sup>84</sup> ve Belediyeler iki dilli olmak zorunda değildirler. Kanada Hak ve Özgürlükler Yasası, bir azınlık dilinde eğitim almayı (yani İngilizce konuşan Eyaletlerde Fransızca; Fransızca konuşan Eyalette – Quebec'te – İngilizce eğitim görmeyi) garanti altına almıştır. Ülkenin herhangi bir yerinde “yeterli sayı” koşulu (teknik koşullar dışındaki neredeyse tek koşul) sağlandıktan sonra İngilizce ve Fransızca eğitim alma imkânı bulunmaktadır<sup>85</sup>.

Bölgesellik modeli, aynı dili konuşan insanların coğrafik olarak beraber oldukları; “bölgesellik” fikri üzerine temellendirilmektedir. Laponce, bölgesellik çözümünün sabit sınırlar vasıtasıyla mümkün olduğu kadar dillerin birbirinden ayrılması gerektiği fikrinden ileri geldiğini ifade etmektedir<sup>86</sup>. Bu modelde, dillerin belirli bir coğrafya ve bölge üzerine yoğunlaştığı kabul edilerek, ülke içindeki farklı diller için buldukları bölgelerde dil hakları tanınmaktadır. Bölgesellik ilkesi adeta ülkeyi tek dilli bölgelere ayırarak, çok dilli bir durum oluşturmaktadır. Şayet devletin farklı bölgelerinde, tek dil konuşulmaktaysa her bir bölge için farklı dil politikaları yasallaştırmak pek bir sorun yaratmamaktadır. Ancak

<sup>83</sup> REAUME, s. 284-285.

<sup>84</sup> Kanada 10 Eyalet, iki Bölge ve Merkezden oluşan bir federasyondur. Sadece Quebec'te (%83,3) Fransızca konuşan çoğunluktadır.

<sup>85</sup> TACAR, Pulat: Kültürel Haklar, Dünyadaki Uygulamaları ve Türkiye İçin Bir Model Önerisi, Gündoğan Yayınları, Ankara 1996, s. 132-133.; PATTEN, s. 298.

<sup>86</sup> REUME, s. 277.

ülke içindeki bölgelerin dilsel açıdan homojen olmadığı, bölgede egemen olan çoğunluk dilinin yanında azınlık dilinin de var olduğu durumlarda (A ve B bölgeleri; A bölgesinde B dili azınlıkta ya da B bölgesinde A dil azınlıkta), “salt” bir bölgesellik ilkesinin uygulanması, o bölgedeki azınlıklar için dil haklarını sağlamamaktadır<sup>87</sup>. Çok dilli toplumların demografik yapılarının farklılığı, önemli derecede bölgesellik ilkesine göre şekillenen dil rejimlerinin muhtelif biçimlerini ortaya çıkarmıştır. Belçika ve İsviçre, bölgesellik ilkesini takip eden kurumsal olarak çok dilli ülkelerin belki de en açık örnekleridir. Belçika dört farklı dil bölgesine ayrılmış ve her bir bölge farklı dil hakları tanımıştır. En önemli iki bölge olan Valonya’da Fransızca ve Flandra’da Felemenkçe dilleri, kurumsal açıdan tek dil olarak işlemektedir. Başkent Brüksel, kurumsal olarak çift dillidir. Valonya bölgesinin Almanya sınırına yakın yerlerinde, Almanca konuşanlara belirli azınlık dil hakları tanınmıştır<sup>88</sup>.

Bölgesellik modelinin en başarılı örneği olan İsviçre, dört resmi dili (Almanca, Fransızca, İtalyanca ve Romanca) bulunan 23 Kantonlu Federal bir cumhuriyettir. Kantonların çoğunun sınırları ile dil sınırları bir birine denk gelmektedir.<sup>89</sup> 19 kantonda tek dil, 3 kantonda iki dil, 1 kantonda ise üç dil konuşulmaktadır. Her kantonun yasaları farklılık arz etmektedir. Federal hükümet işlerinde her dört dil geçerlidir. İsviçre Anayasasının dillerle ilgili dört temel ilkesi şöyle belirtilmiştir: diller arasında eşitlik vardır; vatandaşlar dil konusunda eşittirler; bölgeler dillere göre ayrılmıştır; azınlık dilleri korunacaktır<sup>90</sup>. İsviçre genel olarak çok dillilik politikasını başarılı bir şekilde yönetebilmiştir.

Kişisellik ilkesi ile bölgesellik ilkesi arasında seçim yapıldığında her bir ilkenin kendi şartlarında kolaylıkları ve zorlukları bulunmaktadır. Benzer şekilde, bu iki yaklaşım ve ilkeden hangisinin adaleti ve dil haklarını daha iyi sağlayacağı mevzusu ise, devletlerin içindeki dilsel toplulukların demografik ve coğrafik yapılarına göre değişmektedir. Esasen tam anlamıyla dil haklarının güvence altına alınması, bu iki yaklaşımın birlikte/karmaşık bir şekilde uygulanması ile mümkündür.

---

<sup>87</sup> PATTEN, s. 300-302.

<sup>88</sup> PATTEN, s. 297.

<sup>89</sup> İsviçre’de dillerin/dil gruplarının coğrafik olarak bölgelerde yoğunlaşmaları, bölgesellik ilkesinin İsviçre’de başarılı uygulanmasının birincil nedenini oluşturmaktadır.

<sup>90</sup> TACAR, s. 126-127.

## SONUÇ

Ulus inşa süreçlerinin ayrılmaz bir unsuru olarak ortak/ulusal dil oluşturma çalışmaları/çabaları, dil politikalarını ortaya çıkarmıştır. Dil, tarihsel olarak ilk kez modern dönemlerde politikanın konusu olmuş ve politik bir araç olarak kullanılmıştır. Dil politikaları, sadece dilsel gerekçelerle değil esas olarak toplumsal hafızaya şekil vermek ve toplumu planlamak için yürütülmüştür. Modern ulus-devletler, bir toplumsal inşa ve asimilasyon stratejisi olarak en çok başvurdukları “tek dillilik” politikası ile toplumu tek tipleştirilmeyi/homojenleştirmeyi hedeflemişlerdir. Tek dillilik politikası bazı yerlerde nispi bir başarı göstermekle birlikte, dilsel/toplumsal çeşitliliği bitiremediği; bir siyasal birim içerisinde tamamen homojen bir toplum hedefine ulaşamadığı görülmüştür. Hala dünya devletlerinin büyük çoğunluğunun takip ettiği tek dillilik politikası ile dil hakları arasında yoğun bir gerilim ve artmakta olan bir mücadele ilişkisi bulunduğu anlaşılmaktadır. Tek dillilik politikası, teorik de olsa artık eskisi gibi kabul görmemekte ve dil hakları temelinde gelişen çok dillilik politikasının daha fazla kabul görmesi beklenmektedir.

Dil hakları, ekonomik ve politik olarak baskın dil gruplarının, devlet ile desteklenmiş çoğunluk dilinin, kemirici etkilerine; yani dil politikalarının *yapay* olan “asli haksızlıklarına” karşı, *doğal* olan kimliksel ve kültürel bir savunma eylemini ifade etmektedir. Bu bağlamda dil hakları, insanın kişiliğinin doğal ve temel bir unsuru olan “anadili”yle var olmasını ve kimliği ile anlamlı ve barışık yaşamasını temin edebilmektedir. Dil haklarının bu kabiliyeti/hüneri, aynı zamanda dil haklarının dil sahiplerinin “*hakları*” temelinde ele alınması ve korunması gerektiğini göstermektedir. Bu gerekçeyle sağlanacak/tanınacak dil hakları, estetik ve ekolojik bir değer olarak da dilleri koruyarak insanlığın ortak varlığına fayda sağlayacaktır.

İnsanın “insani bütünlüğünün” en temel ve belirleyici olgularından biri olan dilin, iletişim aracı ve kimlik sembolü olarak –birbirinden bağımsız olmayan– başlıca iki fonksiyonu bulunmaktadır. Dil haklarının içerik ve niteliği, dilin bu işlevlerine göre oluşmaktadır. Dilin salt araçsal boyutu üzerinden tanınacak dil hakları, iletişim üzerinden sağlanacak hak ve çıkarların korunması için önem arz etmektedir. Dil hakları, başta ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı gibi birçok hakkın gerçekleşmesine aracılık etmekte olduğundan dolayı –yanıltıcı olarak- türevsel ve araçsal

bir hak olarak görülmektedir. Ancak dilin bireysel ve kolektif kimliğe yönelik kurucu ve sembolik işlevi, dil haklarının daha farklı değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Dil, insanın varoluşunu gerçekleştirmesinin temel bir unsuru olduğundan dolayı, dil hakları türevsel değil; *ontolojik* bir hak niteliğinde değerlendirilmelidir. Bu çerçevede dil haklarının önemi, bizatihi kendisinden gelmektedir.

Dilin kimiksel işlevi, toplumsal bir ürün ve kolektif mülk olması dil haklarının doğası gereği *kolektif* haklardan olduğunu göstermektedir. Esasen dil haklarının bazıları (ifade özgürlüğü gibi) bireysel olarak kullanılırken, diğer bazıları ise (anadilinde eğitim) kolektif olarak kullanılmaktadır. Yani dil haklarına yönelik bireysel ve kolektif hak kategorisi, bir birini tamamalar mahiyette haklardır. Bununla birlikte bireysel dil haklarının da en nihai zeminini kolektif yapı oluşturduğundan dolayı, dil haklarını bireysel iradeye bağlı kolektif haklar olarak nitelemek mümkündür. Diğer bir nokta ise devletin dinlere yönelik müdahale etmeme ve tolerans/hoşgörü odaklı -başarılı- hak tanınması, diller için mümkün değildir. Zira devletin bir kısım işlevleri dil üzerinden gerçekleştiğinden dolayı, dil ile zorunlu ilişkisi bulunmaktadır. Dil haklarının tam bir güvencesi, belirli bir dilin kamu kurumları tarafından kullanılması olarak *destekleme odaklı haklar* gerektirmektedir.

Dil hakları temelinde ortaya çıkan çok dillilik politikaları, esasen kişisellik ve bölgesellik ilkelerine göre şekillenmektedir. Bu iki modelden hangisinin, dil haklarını tam koruma altına aldığı kategorik olarak ifade etmek sakıncalı bir durumdur. Çünkü devletlerin içindeki toplulukların coğrafik durumları ve demografik yapıları farklılık göstermektedir. Teorik olarak bu iki modelin birlikte/karmaşık olarak uygulanması dil emniyetini temin edebilecektir. Dil hakları çerçevesinde şekillenen çok dilli rejimler, dil topluluklarının barış içinde birlikte yaşamalarını da mümkün kılabilir.

## KAYNAKÇA

- ALTER, Peter: Nationalism, 2nd Edition, Edward Arnold Publisher, Londra / New York 1994.
- ANDERSON, Benedict: Hayali Cemaatler: Milliyetçiliğin Kökenleri ve Yayılması, Çev: İskender Savaşır, 5. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2009.
- ARZOZ, Xabier: “The Nature of Language Rights”, JEMIE, 6 (2), 2007, ss. 1-35.
- AYDIN, Suavi: Türk Kimliğinin Yaratılması ve Ulusal Kimlik Sorunu, Özgür Üniversite Yayınları, Ankara 2009.



- BLAKE, Michael: “Language Death and Liberal Politics”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), *Language Rights and Political Theory*, Oxford University Press, New York 2003, ss. 210-229.
- BRETON, Roland: *Dünya Dilleri Atlası*, Çev: Orçun Türkay, NTV Yayınları, İstanbul 2007.
- CANGIZBAY, Kadir: *Hiçkimsenin Cumhuriyeti*, 2. Baskı, Ütopya Yayınevi, Ankara 2007.
- CRYSTAL, David: *Dillerin Katli*, Çev: Gökhan Cansız, Profil Yayıncılık, İstanbul 2007.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz: *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Azınlık Hakları*, 2. Baskı, Su Yayınları, İstanbul 2001.
- DE VARENNE, Fernand: “Language Rights as an Integral Part of Human Rights”, *IJMS*, Vol.: 3, No: 1, 2001, ss. 15-25.
- DEMİRCİ, H. Aliyar: “Osmanlı Modernleşmesinde Dil Politikaları ve Mebusan Meclisi”, *Muhafazakar Düşünce*, Sayı: 16-17, 2008, ss. 187-2012.
- ERAYDIN VİRTANEN, Özlem: “Dil Politikalarının Milliyetçilik Hareketlerindeki Tarihsel Kökenleri” (Dil Politikalarının Kökenleri), in Uzpeder, Ebru (Ed.), *Avrupa Birliği Sürecinde Dil Hakları*, Helsinki Yurttaşlar Derneği Yayınları, İstanbul 2003, ss. 18-21.
- ERAYDIN, Özelem: “AB İlişkileri Çerçevesinde Türkiye’de Dil Politikaları”, in Menz, Astrid / Schroeder, Christoph (ED.), *Türkiye’de Dil Tartışmaları*, 2. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, ss. 147-184.
- ERÖZDEN, Ozan: *Ulus-Devlet*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2008.
- ESMAN, Milton J.: “The State and Language Policy”, *International Political Science Review*, Vol.: 13, No: 4, 1992, ss. 381-396.
- FISHMAN, Joshua A.: “Language Policy and Language Shift”, in Ricento, Thomas (Ed.), *An Introduction to Language Policy: Theory and Method*, Blackwell Publishing, 2006, ss. 311-328.
- GELLNER, Ernest: *Uluslar ve Ulusçuluk*, Çev: Büşra Ersanlı / Günay Göksü Ezdoğan, 2. Baskı, Hil Yayınları, İstanbul 2008.
- GIDDENS, Anthony: *Ulus Devlet ve Şiddet*, Çev: Cumhur Atay, 2. Basım, Kalkedan Yayınları, İstanbul 2008.
- GÖKÇEN, Sinan: “Bir Milletti Dillendirmek”, in Uzpeder, Ebru (Ed.), *Avrupa Birliği Sürecinde Dil Hakları*, Helsinki Yurttaşlar Derneği Yayınları, İstanbul 2003, ss. 15-17.
- GREEN, Leslie: “Are Language Rights Fundamental?”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol.: 25, No: 4, 1987, ss. 639-659.
- HABERMAS, Jürgen: “Öteki” Olmak, “Öteki”yle Yaşamak, Çev: İlknur Aka, 4. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010.
- HASANPUR, Emir: *Kürt Diliyle İlgili Devlet Politikaları ve Dil Hakları*, Çev: Cemil Gündoğan, Avesta Yayınları, İstanbul 1997.
- HOBSBAWM, Eric J.: *1780’den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik: Program, Mit, Gerçeklik*, Çev: Osman Akinhay, 4. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2010.
- KOÇAK, Mustafa: *Çok-Kültürlülük Açısından Dil Hakları*, Liberta Yayınları, Ankara 2013.
- KRAUSS, Michael: “The World’s Language in Crisis”, *Language*, No: 68, 1992, ss. 4-10.

- KYMLICKA, Will: Çokkültürlü Yurttaşlık: Azınlık Haklarının Liberal Teorisi, Çev: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1998.
- LEVY, Jacob T.: “Language Rights, Literacy, and the Modern State”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, ss. 230-249.
- MAY, Stephen: “Language Policy and Minority Rights”, in Ricento, Thomas (Ed.), An Introduction to Language Policy: Theory and Method, , Blackwell Publishing, 2006, ss. 255-272.
- MILL, John Stuart: Consideration on Representative Government, in On Liberty and Other Essays, Oxford University Press, Oxford 1991.
- PATTEN, Alan: “What Kind of Bilingualism”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, ss. 296-321.
- PATTEN, Alan / KYMLICKA, Will: “Introduction Language Rights and Political Theory: Context, Issues, and Approaches”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, ss. 1-51.
- PAULSTON, Christina Bratt: “Language Policies and Language Rights”, Annual Review of Anthropology, Vol. 26, 1997, ss. 73-85.
- REAUME, Denise G.: “Beyond Personality: The Territorial and Personal Principles of Language Policy Reconsidered”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, ss. 271-295.
- RENAN, Ernest: Ulus Nedir?, Çev: Gökçe Yavaş, Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2016.
- RUBIO-MARIN, Ruth: “Language Rights: Exploring The Competing Rationales”, in Kymlicka, Will / Patten, Alan (Ed.), Language Rights and Political Theory, Oxford University Press, New York 2003, ss. 52-79.
- SADOĞLU, Hüseyin: Türkiye’de Ulusçuluk ve Dil Politikaları, 2. Basım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- SKUTNABB-KİNGAS, Tove: Linguistic Genocide in Education – or Worldwide Diversity and Human Rights?, NJ: Lawrence Erlbaum, Mahwah, 2000.
- SMITH, Anthony D.: Milli Kimlik (Milli Kimlik), Çev: Bahadır Sina Şener, 5. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2009.
- SMITH, Anthony D.: Milliyetçilik: Kuram – İdeoloji – Tarih (Milliyetçilik), Çev: Ümit Hüsrev Yolsal, Atıf Yayınları, Ankara 2013.
- WALLERSTEIN, Immanuel: Liberalizmden Sonra, Çev: Erol Öz, 3. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2009.
- WEE, Lionel: Language without Rights, Oxford University Press, New York 2011.

**SAĞLARARASI KAZANDIRMA KONUSU  
TAŞINMAZLARIN TENKİSİ\***  
**REDUCTION OF THE IMMOVABLES SUBJECT TO INTER VIVOS  
DISPOSITION**

DOI: 10.21492/inuhfd.331482

**Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN\*\***

**Özet**

Çalışma konumuzu teşkil eden, sağlararası kazandırma konusu taşınmazların kısmen tenkisinde, ilk olarak tespiti gereken husus, sabit tenkis oranıdır. Bu oranın bulunmasının ardından taşınmazın hukuken bölünebilir olup olmadığı belirlenecektir. Eğer taşınmaz sabit tenkis oranında bölünebilir nitelikte ise, tenkisi gereken kısım bağımsız bölüm olarak davacı adına tescil edilecektir. Eğer taşınmaz sabit tenkis oranında bölünemiyorsa, bu durumda MK md. 564 hükmü uygulama alanı bulacak ve hükmün ilk fıkrası doğrultusunda davalıya tercihi sorulacaktır. Davalı dilerse taşınmazı iade edip tasarruf edilebilir kısmın kendisine verilmesini dilerse taşınmazı muhafaza edip tenkisi gereken kısmı ödemeyi tercih edebilecektir. Eğer davalı taşınmazı iade edip, tasarruf edilebilir kısmın kendisine verilmesi yönünde tercihte bulunursa, kendisine mirasbırakanın ölüm anına göre hesaplanan tasarruf oranı miktarı değil, lehine yapılan sağlararası kazandırmanın tenkis dışı kalan yani tasarruf oranı içinde kalan kısmının karar günündeki değeri ödenecektir. Eğer davalı, taşınmazın kendisinde kalması ve tenkisi gereken kısmı ödeme yönünde tercihte bulunursa, tenkise konu taşınmazın karar günündeki değeri belirlenerek (karara en yakın tarih) bu değer sabit tenkis oranıyla çarpımı neticesinde belirlenen miktarı davacıya ödemesi gerecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Tenkis davası, saklı pay, saklı paylı mirasçı, sağlararası kazandırma.

**Abstract**

Subject matter of our study is fixed reduction rate which is the matter that should be determined firstly in partial reduction of the immovables subject to inter vivos disposition. After determination of this rate, separability of the immovable legally shall be determined. If the immovable is separable, portion which needs to be reduced shall be registered as an independent section under the name of the plaintiff. If the immovable can not be separated at the rate of fixed reduction, then Turkish Civil Code Article 564 shall be applicable and the defendant will be asked for his choice. Defendant may choose either to

---

\* Çalışmamız kapsamında tenkis kavramı, tenkise tabi bir tasarrufta indirim yapılması anlamına gelecek şekilde, dar anlamda kullanılmaktadır

\*\* Yrd. Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.(nozdogam@cu.edu.tr)

return the immovable and receive the disposable portion or to keep the immovable and pay the value of the portion that needs to be reduced. If the defendant chooses to return the immovable and receive the disposable portion, not the amount of disposal rate as of death of the legator but the value of the portion of inter vivos disposition that is out of reduction scope, in other words within the disposal scope, as of court decision date shall be paid to the defendant. If the defendant chooses to keep the immovable and pay the value of the portion that needs to be reduced, the amount that will be found by multiplying the fixed reduction rate by value of the immovable subject to reduction as of the court decision date (the nearest date to the decision date).

**Keywords:** Action for reduction, forced portion, forced heir, inter vivos disposition.

## I. GİRİŞ

Tenkis, indirme, azaltma veya eksiltme anlamına gelmektedir. MK md.560 vd. hükümlerinde düzenleme alanı bulan tenkis davası ise, miras bırakanın, saklı payı ihlal eden sağlararası veya ölüme bağlı kazandırmalarının, yasal sınıra indirilmesini sağlayan yenilik doğurucu nitelikte bir davadır<sup>1</sup>. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere, tenkis davasının konusu, miras bırakanın, saklı paylı mirasçı/mirasçılarının<sup>2</sup> saklı

<sup>1</sup> TUOR, Peter: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art.457-536 ZGB, Bern 1964, Vorbemerkungen zu Art.522-533, N.9; ESCHER, Arnold: Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art.457-536 ZGB, Zürich 1959, Einleitung zu Art.522-533, N.1; ENGELCH, Walter: Die Herabsetzungsklage des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art.522-533, Bern 1920, s.6; RÖSLI, Arnold: Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art.522-533 und 626-633, Zürich 1935, s. 20; EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973, s.19; YAVUZ, Cevdet: "Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusunu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü", İÜHF, 51(1-4), s.266; OĞUZMAN, Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul 1995, s.246; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 5.Bası, Ankara 2012, s.110; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.229; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş Yedinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.276; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.258; TURAN BAŞARA, Gamze: "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", TAAD, 7(27), Temmuz 2016, s.388; NAR, Ahmet: Türk Miras Hukukunda Tenkis, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.14 vd. Tenkis kural olarak ancak dava yoluyla gerçekleşir. Sadece henüz ifa edilmemiş kazandırma taahhütleri bakımından açılan ifa davalarında, MK md.571/III hükmü uyarınca tenkis, def'i yoluyla da ileri sürülebilir (Yavuz, s.264).

<sup>2</sup> Bilindiği gibi MK md. 575 hükmüne göre miras, mirasbırakanın ölümüyle açılır. Dolayısıyla ölüm anında yürürlükte olan MK'a ilişkin ilgili hükümler uygulama alanı

payını ihlal eden ölüme bağlı ve sağlararası tasarruflardır. Esasında kural olarak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufları<sup>3</sup> tenkise tabidir. Zira kural olarak mirasbırakan, sağlığında kendi malvarlığı değerleri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma özgürlüğüne sahiptir. Her özgürlükte olduğu gibi, burada da mirasbırakanın sınırsız bir özgürlüğü yoktur. Bu nedenle MK md. 565 hükmünde dört bent halinde mirasbırakanın tenkise tabi sağlararası tasarrufları belirlenmiştir. Bir diğer anlatımla, miras bırakan sağlığında kendi malvarlığı değerleri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Ancak bu sağlararası tasarruflar, MK md. 565 kapsamındaki tasarruflar kapsamında ise, bu durumda ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi olacaklardır.

Miras bırakanın saklı payı ihlal eden bir tek tasarrufu varsa, ihlal edilen saklı pay miktarı bulunur ve bu oranda tenkis yapılır. Ancak tenkise tabi birden fazla kazandırma varsa, tenkiste sırayı düzenleyen MK md. 570 hükmü gereğince tenkis yapılacaktır. Buna göre tenkis, saklı pay tamamlanıncaya kadar önce ölüme bağlı tasarruflardan<sup>4</sup>, bu yetmezse, en yeni tarihlisinden en eski tarihlisine doğru geriye gidilmek suretiyle sağlararası kazandırmalardan yapılır<sup>5</sup>. Dolayısıyla mirasbırakanın

---

bulacaktır (Bu hususta bkz. Yargıtay 1.HD'nin 17.3.2015 tarih ve E. 2014/4351, K. 2015/3639; 1. HD'nin 26.4.2016 tarih ve E. 2014/11311, K. 2016/5097 sayılı kararları. www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017). Eğer miras bırakanın ölüm tarihi 10.05.2007 ve sonrası ise MK md.506 hükmüne göre saklı paylı mirasçılar miras bırakanının altsoyu, anne ve babası ile sağ kalan eşidir. Mirasbırakanın kardeşleri 04.05.2007 tarih ve 5650 sayılı Kanun ile saklı paylı mirasçılar arasından çıkarıldığı için, kanunun yürürlük tarihi olan 10.05.2007 tarihi öncesinde gerçekleşen ölümlerde kardeş de saklı paylı mirasçı olarak değerlendirilecektir. Mirasbırakanın ölümü eMK'nun yürürlükte olduğu dönemde yani 2002 öncesinde ise, bu durumda saklı paylı mirasçıları ve oranlarını tespit ederken eMK md.453 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL/ÖZ, s.239 vd.

<sup>3</sup> Tenkise tabi ölüme bağlı tasarrufun, vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde olması arasında fark yoktur.

<sup>4</sup> Çalışma konumuzda esasen sağlararası kazandırmaların tenkisi ele alındığı için, ölüme bağlı tasarrufların tenkisi ile ilgili açıklamalara ilgili olduğu ölçüde yer verilmiştir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. TURAN BAŞARA, s.368 vd.; DURAL/ÖZ, s.294 vd.

<sup>5</sup> Öğretide MK md.570 hükmünün emredici nitelikte olduğu, mirasbırakanın bu sırayı değiştiremeyeceği, yani ölüme bağlı tasarruftan önce sağlararası kazandırmaların tenkise tabi tutulmasını veya sağlararası kazandırmalardan daha eski tarihlisinin önce tenkise tabi tutulmasını öngöremeyeceği kabul edilmektedir (TURAN BAŞARA, s.370). Bununla birlikte miras bırakanın serbestçe dönebileceği tasarruflarının yasal sırasından daha önce tenkis edilmesini öngörebileceği kabul edilmektedir (RÖSLİ, s.104;

sağlığında yapmış olduğu bir kazandırmanın tenkis davasına konu olabilmesi için öncelikle tenkise tabi olması gerekir. Ardından da mirasbırakanın tenkise tabi ölüme bağlı tasarrufunun olmaması veya varsa bile bunların tenkisinin saklı pay ihlalini karşılayamaması gerekir. Çalışma konumuzda, mirasbırakanın sağlığında taşınmaz/taşınmazlarını sağlararası bir kazandırmaya konu yapması ve bu kazandırmanın tenkise tabi olması durumunda, söz konusu taşınmazların tenkisinin ne şekilde yapılacağı inceleme konusu yapılacaktır.

## II. SAĞLARARASI KAZANDIRMA KONUSU TAŞINMAZLARIN<sup>6</sup> TENKİSİNDE UYGULANACAK HÜKÜMLERİN TESPİTİ

Yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere, mirasbırakan tarafından sağlararası kazandırma konusu yapılmış olan taşınmazların tenkis davasına konu yapılabilmesi için, öncelikle söz konusu sağlararası kazandırmanın, tenkise tabi tasarruflardan olması gerekir. Bu tespit yapıldıktan sonra, somut durumda tenkise tabi ölüme bağlı tasarruf/tasarrufların olmaması veya ölüme bağlı tasarruf/tasarrufların tenkisinin saklı pay ihlalini karşılayamaması gerekir. Bu şartlar varsa ve sağlararası kazandırmanın tenkisine sıra gelmişse, mirasbırakanın ölümüne en yakın tarihliden olmak üzere en eski tarihliye doğru gidilir. Bu noktada konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, çalışma konumuzun sınırlarını aşmadan, kısaca tenkis davasında tenkis edilecek miktarın nasıl hesaplanacağına da değinmek gerekmektedir.

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, tenkiste sıra ilkesi gereğince önce ölüme bağlı tasarruflar tenkis edilecektir. Tenkise konu birden fazla ölüme bağlı tasarruf varsa, sağlararası tasarruflardan farklı

---

ENGELCH, s.86; ESCHER, Art.532, N.4; TUOR, Art.532, N.2; EREN, s.151; OĞUZMAN, s.236; DURAL/ÖZ, s.290).

<sup>6</sup> Çalışma konumuzda, taşınmazların muvazaa olmaksızın sağlararası kazandırmaya konu edilmesi durumu ele alınmıştır. Taşınmazların tenkise konu edildiği davalarda, davacıların sağlararası işleme konu taşınmaz devrinin muvazaalı olduğuna ilişkin iddiaları var ise, bu durumda muvazaa ve aksi durumda tenkis istemine ilişkin terditli dava açmak gerekmektedir. Mahkemece muvazaa iddiası kabul edilirse bu durumda taşınmaz devri iptal edilerek, taşınmazın terekeye dönmesi sağlanır ve her mirasçı yasal miras payı oranında taşınmazdan payını alır. Ancak Mahkeme muvazaa iddiasını kabul etmezse, bu durumda davacı/davacıların tenkise ilişkin talepleri bağlamında değerlendirilerek karar verir.

olarak orantılı tenkis yapılacaktır<sup>7</sup>. Ölüme bağlı tasarruf lehtarı üçüncü bir kişi, saklı paylı mirasçı veya saklı pay sahibi olmayan mirasçı olabilmektedir. Bu değişik ihtimallere göre, tenkis hesabı da değişmektedir. Zira üçüncü bir kişi veya saklı paylı olmayan mirasçı ölüme bağlı tasarruf lehtarı ise, ölüme bağlı tasarrufun tamamı tenkis edilebilecekken; eğer lehtar saklı pay sahibi mirasçı ise, bu durumda MK md. 561 hükmü gereğince ölüme bağlı tasarrufun tamamı değil, saklı payını aşan kısmı tenkise tabi olacaktır. Aynı durum sağlararası kazandırma lehtarı bakımından da geçerlidir. Zira tenkise tabi sağlararası kazandırma lehtarı saklı paylı mirasçı ise, söz konusu kazandırmadan önce saklı payı düşülür, kalan kısım üzerinden tenkis yapılır. Tenkis davasında, tenkise konu sağlararası kazandırma/kazandırmalar var ise, davacının saklı pay ihlali olup olmadığının tespiti için öncelikle yapılması gereken, tenkise esas terekenin (T.E.T) bulunmasıdır<sup>8</sup>. Zira somut olayda tenkise esas tereke üzerinden, mirasbırakanın bütün saklı paylı mirasçılarını da kapsayacak şekilde, farazi bir hesaplama yapılır ve böylece davacının gerçekte alması gereken saklı pay miktarı bulunur. Tenkise esas tereke, net terekeye<sup>9</sup>, MK md. 565 ve MK md. 567 uyarınca eklenmesi gereken değerlerin eklenmesi suretiyle bulunur. Zira MK md. 508 hükmü gereğince, mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmaları tenkise tabi oldukları ölçüde, tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye eklenecektir<sup>10</sup>. Eğer somut olayda MK md. 565 ve md. 567 uyarınca eklenecek değerler yoksa, bu durumda net tereke ile tenkise esas tereke miktarı aynı olacaktır.

T.E.T= Net tereke + MK md. 565 + MK md. 567 şeklinde formüle edilebilir.

<sup>7</sup> Öğretide, ölüme bağlı tasarrufların orantılı tenkisinin kanuni bir karine olduğu ve mirasbırakanın bunun aksini öngörebileceği kabul edilmektedir. Zira MK md.563/I hükmünde “mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu anlaşılmadıkça” ifadesinin bu görüşü doğruladığı kabul edilmektedir (ENGELCH, s.89; EREN, s.154; ÖZTAN, s.118-119; DURAL/ÖZ, s.294; TURAN BAŞARA, s.371).

<sup>8</sup> Öğretide tenkise esas tereke kavramı yerine, fiktif (varsayımsal) tereke kavramı da kullanılmaktadır. Bu hususta bkz. ÖZTAN, s.91.

<sup>9</sup> Net tereke, mirasbırakanın ölümü anındaki aktif malvarlığı değerlerinden, MK md.507/II hükmünde yer alan pasif malvarlığı değerlerinin çıkarılması suretiyle bulunan miktarı ifade eder.

<sup>10</sup> Tenkise esas terekenin hesaplanması ile ilgili olarak ayrıntılı açıklama için bkz. Öztan, s.90 vd.

Tenkise esas tereke üzerinden saklı paylı mirasçılarının saklı pay oranlarına göre saklı pay miktarları bulunur. Bulunan miktarlar söz konusu saklı paylı mirasçılarının gerçekte alması gereken miktarlardır. Sonrasında fiili duruma dönülür ve net terekeden varsa ölüme bağlı tasarrufların miktarı çıkarılır. Böylece artık tereke<sup>11</sup> bulunmuş olur. Belirtmek gerekir ki, her durumda artık tereke olacak diye bir şey yoktur. Somut durumda net tereke ile ölüme bağlı tasarruf miktarı eşitse veya somut durumda ölüme bağlı tasarruf yoksa artık tereke de olmayacaktır. Ancak artık tereke varsa onun üzerinden<sup>12</sup> yoksa net tereke üzerinden yasal mirasçılarının yasal miras payları oranında yasal miras pay miktarları bulunur. Daha sonra somut durumda varsa ölüme bağlı tasarruflar ifa edilir. Böylece davacının eline geçen miktar tespit edilmiş olur. Davacının eline geçen miktar, yapılmış olan farazi hesaplama sonucuna göre gerçekte alması gereken saklı pay miktarını karşılamıyorsa, aradaki fark kadar saklı pay ihlali olduğu tespit edilmiş olur. Bu aşamadan sonra, önce ölüme bağlı tasarruflardan, birden fazla ölüme bağlı tasarruf var ise orantılı olarak tenkis yapılacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, ölüme bağlı tasarruf lehtarını, somut durumda artık terekeden pay almışsa bu miktar tenkiste hesaba katılmayacaktır. Zira MK md. 561 hükmü gereğince, saklı pay sahibi mirasçılara ölüme bağlı tasarruf ile yapılan ve tasarruf edilebilir kısmı aşan kazandırmaların, onların saklı paylarını aşan kısmı orantılı olarak tenkise tabi olmaktadır. Böylelikle tenkis davasında sadece ölüme bağlı tasarruflar tenkise konu edilebileceği için, davalıya artık terekeden düşen kısım tenkise konu yapılamayacaktır.

---

<sup>11</sup> Artık tereke, mirasbırakanın net terekkesinden ölüme bağlı tasarrufların tamamı yerine getirildikten sonra kalan miktarı ifade etmektedir [KARAKAŞ, Fatma Tülay: "Saklı Paylı Mirasçılara Yapılan Kazandırmalar ve Artık Terekenin Paylaşılması Sorunu", AÜHFĐ 63(4), s.821].

<sup>12</sup> Öğretide artık terekenin yasal miras payları oranında mı (bu görüşte bkz. EREN, s.43 vd.) yoksa saklı payını alamayan mirasçılara saklı payları oranında mı (Bu görüşte bkz. DURAL/ÖZ, s.298) paylaşılacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce artık tereke, halen mirasbırakanın üzerinde tasarrufta bulunmadığı ve terekkesinde yer alan kısım olduğu için, yasal miras payları oranında dağıtılmalıdır. Çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak adına bu konudaki tartışmalara sadece atıf yapmakla yetinilmektedir. Ancak bu husustaki tartışmalar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. KARAKAŞ, s.821 vd.



Davacının ne kadarlık saklı pay ihlali olduğunun tespiti yapıldıktan sonra, tenkise konu birden fazla ölüme bağlı tasarrufa ilişkin olarak,

$\frac{\text{İhlal edilen saklı pay miktarı} \times \text{tenkise tabi münferit bağışlama miktarı}}{\text{Tenkise tabi ölüme bağlı tasarruf toplamı}}$

Tenkise tabi ölüme bağlı tasarruf toplamı

şeklinde her bir davalı açısından tenkis edilecek miktar bulunacaktır<sup>13</sup>.

Buraya kadar anlatmış olduklarımızı örnekler üzerinden canlandıracak olursak, mirasbırakan M 2007 yılında ölmüş ve geride kızı A ile oğulları B ve C kalmıştır. M'nin ölümü anında terekesinde 600.000 TL değerinde malvarlığı bulunmakta olup, M sağlıklı olarak geçerli olarak düzenlemiş olduğu vasiyetnamesi ile oğlu B'ye 250.000 TL, oğlu C'ye ise 200.000 TL değerinde malvarlığı bırakmıştır. Bu örneğimizde M'nin çocukları mirası kendi aralarında 1/3 oranında paylaşacak olup, her birinin saklı pay oranı 1/6'dır. Olayda sağlararası kazandırma olmadığı için net terekeye eklenecek değer de yoktur. Net tereke ise, ölümü anında aktif malvarlığı değeri, 600.000 TL'dir. Dolayısıyla her bir çocuğun saklı pay miktarı  $600.000/6=100.000$  TL'dir. Net terekeden önce ölüme bağlı tasarruf ifa edilecektir. Böylece ölüme bağlı tasarruf neticesinde B 250.000, C ise 200.000 alacaktır. Geride 600.000 (net tereke) – 450.000 (ölüme bağlı tasarruflar toplamı) =150.000 TL artık tereke kalmıştır. Bu miktar yasal mirasçılara yasal miras payları oranında paylaşılacaktır. Dolayısıyla her bir çocuk  $150.000/3=50.000$  TL artık terekeden pay alacaktır. Bunun dışında yani artık terekeden aldığı 50.000 TL dışında A'nın eline bir şey geçmemiştir. 50.000 TL dışında B'nin eline 250.000 TL, C'nin eline ise 200.000 TL geçmiştir. Dolayısıyla B ve C, 100.000 TL olan saklı pay miktarlarına kavuşmuştur. A ise toplamda 50.000 TL almış olduğu için  $100.000-50.000=50.000$  TL saklı pay ihlali vardır. Bu doğrultuda A, B ve C'ye karşı tenkis davası açma hakkına sahiptir. Birden fazla ölüme bağlı tasarruf olduğu için orantılı tenkis yapılacaktır. B ve C saklı paylı mirasçı olduğu için, ölüme bağlı tasarruflar ile kendilerine yapılan kazandırmadan saklı payları dışındaki kısım münferit bağışlama olarak dikkate alınacaktır. Yukarıda belirtilen formülde, değerleri yerleştirecek olursak,

<sup>13</sup> Bu hesaplama tarzı için bkz. EREN, s.153 vd.; ÖZTAN, s.120 vd.; TURAN BAŞARA, s.375 vd. Farklı hesaplama tarzları için bkz. DURAL/ÖZ, s.296 vd.; OĞUZMAN, s.237 vd.

İhlal edilen saklı pay miktarı = 50.000 TL

Tenkise tabi münferit bağışlama miktarı = B için 150.000 TL, C için 100.000 TL

Tenkise tabi ölüme bağlı tasarruf toplamı = 150.000+100.000 = 250.000 TL

Böylece,

$$\frac{B'den\ tenkisi\ edilecek\ miktar,\ 50.000 \times 150.000 = 30.000\ TL}{250.000}$$

$$\frac{A'dan\ tenkis\ edilecek\ miktar,\ 50.000 \times 100.000 = 20.000\ TL}{250.000}$$

olacaktır.

Sağlararası kazandırmaların tenkisinde ise, ölüme bağlı tasarruflardan farklı olarak orantılı bir hesap yapılmayacak, tarih esas alınarak, en yeni tarihten en eski tarihteki doğru tenkis gerçekleştirilecektir. Örneğin, mirasbırakan M, 2007 yılında ölüyor ve geride eşi E ile kızları A ve B kalıyor. M'nin ölümü anında net terekesi 200.000 TL'dir. M ölmeden 3 ay önce kızı B'ye iadeye tabi olmamak üzere, 300.000 TL bağışlıyor, bundan 1 ay sonra ise, arkadaşı C'ye 300.000 TL değerinde serbestçe dönme hakkını saklı tutarak bağış yapıyor. Bu örneğimizde M'nin mirasçıları eşi E ile kızları A ve B'dir. E'nin miras payı 1/4, A ve B'nin ise 3/8'dir. Saklı payları ise, eş için yasal miras payının tamamı yani 1/4, A ve B'nin ise yasal miras payının yarısı yani 3/16'dır. Olayda tenkise tabi sağlararası tasarruflar olduğu için tenkise esas terekeyi bulmak için bunları net terekeye eklememiz gerekmektedir. Net tereke 200.000 TL'dir. Tenkise esas tereke ise 200.000 TL + 300.000 TL (B'ye yapılan bağış MK md. 565 b.1 gereğince tenkise tabidir) + 300.000 TL (C'ye yapılan bağış MK md. 565 b.3 gereğince tenkise tabidir) = 800.000 TL'dir. Bu oran üzerinden saklı paylar bulunur, böylece E'nin saklı payı 200.000 TL, A ve B'nin ise 150.000 TL'dir. Net terekeden yasal miras payları oranında her bir mirasçı pay alacaktır. Böylece E, net terekeden 50.000 TL alırken, A ve B ise 75.000 TL alacaktır. Bu durumda E açısından 200.000-50.000 = 150.000 TL saklı pay ihlali varken, A açısından 150.000-75.000 = 75.000 TL ihlal olacaktır. B ise terekeden 50.000 + sağlararası kazandırmadan 300.000 TL almış olduğu için, B'nin saklı pay ihlali yoktur. Bu durumda sadece sağlararası kazandırmalar tenkise tabi olduğu için en yeni tarihli olan C'ye yapılan 300.000 TL'lik kazandırmadan başlanır. C saklı paylı mirasçı olmadığı için kendine yapılan kazandırmanın tamamı tenkise tabidir. Böylece C'den, E 150.000 TL talep etme, A ise 75.000 TL talep etme

hakkına sahip olacaktır.  $150.000 + 75.000 = 225.000$  TL C'den tenkis edilir ve kalan 75.000 TL C'de kalır. Bu durumda B'ye yapılan kazandırmaya gitmeye gerek kalmayacaktır<sup>14</sup>.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar doğrultusunda, sıra kendine gelen sağlararası kazandırmanın konusu bir taşınmaz ise tenkis nasıl yapılacaktır? Davacı taşınmazın aynen iadesini isteyebilecek midir? Yoksa belli bir miktar paranın ödenmesi suretiyle mi tenkis gerçekleştirilecektir? Bu soruların cevabını verebilmemiz için öncelikle tespit edilmesi gereken husus, tenkise tabi taşınmazın değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünebilir nitelikte olup olmadığıdır? Zira tenkise tabi taşınmaz, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, değerinde bir azalma olmadan bölünebilir nitelikte ise ve davalının malvarlığında aynen mevcutsa, kural aynen iade olduğu için, taşınmaz bölünerek davacı adına tescil edilecektir<sup>15</sup>. Bu noktada karşımıza değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünemez mal vasiyetinde tenkisi düzenleyen MK md. 564 hükmü çıkmaktadır<sup>16</sup>. Kural olarak MK md. 564 hükmü, mirasbırakanın belirli mal vasiyetine konu bölünemez mallarının kısmi tenkisinde<sup>17</sup> uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu hükme göre, değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmesine olanak bulunmayan belirli bir mal

<sup>14</sup> Çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak adına tenkis hesabında detaylı açıklamalara yer verilmemiş, genel hatları itibarıyla örnekler verilmiştir. Elbette tenkis hesabı aktarmış olduğumuz örneklerdeki kadar basit bir süreç değildir. Burada amaçlanan genel anlamda tenkis hesabının aktarımıdır.

<sup>15</sup> Aynı doğrultuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “Tenkis (=İndirim) Konusu Kazandırmalarda Mirasın Açılmasından Sonra Ekonomik İstikrarsızlık Sebebiyle Gerçekleşen Değer Değişiklikleri (MK. 454 ile MK. 506 Arasındaki İlişki)”, Yasa Hukuk Dergisi, 9(8) (Ağustos 1986), s.1053; YAVUZ, s.300; AKBIYIK, Cem: “11.11.1994 Tarih ve 4/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına Göre Ölüme Bağlı ve Sağlararası kazandırmaların Tenkisi”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul, 1998, s.105; ERMAN, Hasan: “Tenkis Davalarında Medeni Kanun’un 564. (Eski MK. 506.) Maddesi Uyarınca Ödenecek Bedel”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s.334; ANTALYA, O. Gökhan: Miras Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s.309.

<sup>16</sup> MK md.564/I (eMK md.506/I) hükmünde, malın değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünememesi aranmaktadır. Bu azalmanın önemli ölçüde olması aranmamaktadır.

<sup>17</sup> TUOR, Art.526, N.1; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2010, s.667; KOCFAYUSUFPAŞAOĞLU, s.1053; AKBIYIK, s.106. Bu doğrultuda ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD'nin 13.5.2002 tarih ve E. 2002/5578, K. 2002/6381 sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

vasiyeti tenkise tabi olursa, vasiyet alacaklısı, dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir. Tasarruf konusu malın vasiyet alacaklısında kalması durumunda, malın tenkis sebebiyle vasiyet borçlusuna verilmesi gereken, aksi halde tasarruf oranı içinde kalan kısmının karar günündeki değerinin para olarak ödetilmesine karar verilir. Söz konusu hükmün üçüncü fıkrasında bu kuralların sağlararası kazandırmaların tenkisinde de uygulanacağı belirtilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, eMK md. 506 hükmünde yer alan kuralın, yani vasiyet alacaklısına tanınan seçimlik hakkın sağlararası kazandırmalarda da uygulanacağına ilişkin bir hüküm yoktu. Ancak gerek İsviçre-Türk öğretisinde<sup>18</sup> gerekse aşağıda ele alınacak olan İtihadı Birleştirme Kararında (İBK), eMK md. 506 (ZGB Art.526) hükmünün sağlararası kazandırmalarda da uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında, sağlararası kazandırmanın tenkisine sıra gelirse ve kazandırmanın konusu bir taşınmaz ise, öncelikle bu taşınmazın değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmesinin mümkün olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Eğer taşınmaz değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünebilir nitelikte ise, bu durumda MK md.564 hükmü uygulanmayacak, taşınmaz bölünerek tenkis gerçekleştirilecektir. Ancak tenkise tabi taşınmaz, değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünebilir nitelikte değilse, bu durumda MK md.564 hükmü gereğince tenkis yapılacaktır. Bu nedenle aşağıda ilk olarak taşınmazın bölünebilir olup olmadığının tespitinin nasıl yapılacağı ele alınacaktır.

<sup>18</sup> PIOTET, Paul: Schweizerisches Privatrecht, , Band IV Das Erbrecht, 1. Halbband, Basel und Stuttgart 1978, s.508; ENGELCH, s.119; ESCHER, Art.526, N.3; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: Praxis Kommentar, Erbrecht, (Herausgegeben von Daniel Abt, Thomas Weibel) Basel 2007, Art.526, N.2; FORNI, Rolando/PIATTI, Giorgio: Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), (Herausgegeben von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Auflage, Basel 2011, Art.526, N.2; FANKHAUSER, Roland: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB (Herausgegeben von Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo), 2. Auflage, Zürich 2012, Art.526, N.1; İsviçre Federal Mahkemesi'nin aksi görüşteki kararı için bkz. BGE 110 II 228, 234 (www.swisslex.ch Erişim tarihi: 23.07.2017); EREN, s.168; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.1053; YAVUZ, s.313.

<sup>19</sup> Bu hususta ayrıca bkz. Yargıtay 2.HD'nin 17.6.2003 tarih ve E. 2003/5672, K. 2003/8996 sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

### **A. MK md. 564 Hükümü Kapsamında Yer Almayan Tenkise Tabi Taşınmazlar (Sabit Tenkis Oranında Bölünebilen Taşınmazlar)**

Tenkise tabi bir taşınmaz, ister ölüme bağlı tasarruf konusu isterse sağlararası kazandırma konusu olsun, bölünemeyen mal niteliğinde ise, uygulanacak hüküm MK md. 564'tür. Dolayısıyla söz konusu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için öncelikli olarak tespiti gereken husus, tenkise tabi taşınmazın hukuken bölünebilir nitelikte olup olmadığıdır. Bu tespitin yapılabilmesi için ise, öncelikle sabit tenkis oranının bulunması gerekmektedir. Zira bulunacak sabit tenkis oranında taşınmaz bölünebilir nitelikte ise, MK md. 564 uygulanmayacaktır. Dolayısıyla davalının yani vasiyet alacaklısı veya sağlararası kazandırma lehtarının, seçimlik hakkını kullanmasına da yer olmayacaktır<sup>20</sup>. Bu durumda saklı payı ihlal edilmiş olan davacıya, tenkise tabi taşınmazın sabit tenkis oranında bölünerek iadesine, bir diğer ifadeyle bu kısımların bağımsız bölümler halinde, taraflar adına tesciline karar verilmelidir<sup>21</sup>. Dolayısıyla burada tenkis konusunun aynen iadesi söz konusu olacaktır. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, bunun için taşınmazın sabit tenkis oranında bölünebilir olması gerekmektedir. Bu noktada sabit tenkis oranı nedir?, sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

#### **1. Sabit tenkis oranı nedir?**

11.11.1994 tarih ve E.1994/4, K.1994/4 sayılı İBK'da kabul edildiği şekliyle sabit tenkis oranı, davacının her bir tenkise konu tasarruf lehtarından talep edebileceği saklı pay ihlali tutarının, o davalıya yapılan

<sup>20</sup> Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz., 2. HD'nin 10.1.1996 tarih ve E. 1995/13616, K. 1996/137; 2. HD'nin 3.11.1995 tarih ve E. 1995/9918, K. 1995/11562; 2. HD'nin 10.12.1996 tarih ve E. 1996/10608, K. 1996/13073; 2. HD'nin 10.12.1996 tarih ve E. 1996/10608, K. 1996/13073; 1. HD'nin 23.6.2005 tarih ve E. 2005/4193, K. 2005/7846; 1. HD'nin 5.7.2010 tarih ve E. 2010/6762, K. 2010/7926; 1. HD'nin 3.7.2007 tarih ve E. 2007/4927, K. 2007/7590; 1. HD'nin 17.3.2015 tarih ve E. 2014/4351, K. 2015/3639; 1. HD'nin 26.4.2016 tarih ve E. 2014/11311, K. 2016/5097. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

<sup>21</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 2. HD'nin 10.12.1996 tarih ve E. 1996/10608, K. 1996/13073; 2. HD'nin 10.12.1996 tarih ve E. 1996/10608, K. 1996/13073; 1. HD'nin 23.6.2005 tarih ve E. 2005/4193, K. 2005/7846; 1. HD'nin 5.7.2010 tarih ve E. 2010/6762, K. 2010/7926; 1. HD'nin 3.7.2007 tarih ve E. 2007/4927, K. 2007/7590; 1. HD'nin 17.3.2015 tarih ve E. 2014/4351, K. 2015/3639; 1. HD'nin 26.4.2016 tarih ve E. 2014/11311, K. 2016/5097 sayılı kararları. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

kazandırmaya oranıdır. Sabit tenkis oranının daha iyi anlaşılabilmesi için, söz konusu içtihadı birleştirme kararı öncesi durumun ele alınması gerekmektedir.

MK md.564 hükmünün eMK'da karşılığı md.506 hükmüydü. MK md.564 hükmünde ikinci ve üçüncü fıkralarda yer alan düzenlemeler, eMK md.506'da yoktu. Bu nedenle eMK döneminde tenkis davasında davalının iade borcu hesaplanırken bazı adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabiliyordu. Bu adaletsizlikleri önlemek amacıyla, 11.11.1994 tarih ve E.1994/4, K.1994/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile şu an MK md.564/II hükmünde yer alan düzenleme kabul edildi. Konuyu örnekler üzerinden açıklayacak olursak; mirasbırakan M'nin hayattayken bir taşınmazını yakın arkadaşı Ü'ye bağışlamış olduğunu ve ölümünde oğlu A dışında başka mirasçısı olmadığını kabul edelim. Taşınmazın değeri ölüm anında 300.000 TL olsa ve bunun dışında M'nin aktif malvarlığı değerleri toplamı 100.000 TL olsa, tenkis hesabı nasıl yapılacaktır?

M'nin ölümü tarihi itibarıyla yürürlükte olan MK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ölüm tarihinin 2002 sonrası olduğunu kabul edersek, A altsoy olarak saklı paylı mirasçısıdır ve saklı payı yasal miras payının yarısıdır. Bu durumda tek mirasçı A olduğu için saklı pay oranı  $\frac{1}{2}$  olacaktır. M'nin net terekesi 100.000'dir. Ancak sağlığında Ü'ye yapmış olduğu 300.000 TL değerindeki bağış, MK md.565 kapsamında tenkise tabi ise (böyle olduğunu kabul ediyoruz), bu değer de net terekeye eklenecektir. Dolayısıyla tenkise esas tereke  $100.000 + 300.000 = 400.000$  TL olarak bulunacaktır. A'nın saklı pay oranı  $\frac{1}{2}$  olduğu için, A'nın saklı pay miktarı  $400.000/2=200.000$  TL olarak bulunacaktır. Bu yapılan hesaplama, farazi bir hesaplama değildir. Burada bulunan miktar, gerçekte A'nın ne kadar saklı payı olduğunu bulmak için kağıt üzerinde yapılan bir hesaplama değildir. Fiili duruma dönecek olursak, M'nin ölümünde aktif malvarlığı 100.000 TL olduğu için ve A dışında başka mirasçı olmadığı için 100.000 TL, A'nın olacaktır. Ancak A, 200.000 TL saklı paya sahip olduğu için 100.000 TL saklı pay ihlali vardır. Bu durumda olayda tek bir tenkise tabi kazandırma olduğu için A, tenkise tabi kazandırmanın lehtarını Ü'ye karşı 100.000 TL için tenkis davası açacaktır. Bu doğrultuda örneğimizde sabit tenkis oranı  $100.000/300.000 = 1/3$  olarak hesaplanacaktır. Bu tespitten sonra yapılması gereken, dava konusu taşınmazın MK md.564 kapsamında bölünebilir nitelikte olup olmadığıdır.

Zira MK md.564 (eMK md.506) hükmünün uygulanabilmesi için, ölüme bağlı tasarruf konusu veya sağlararası kazandırma konusu malın bölünemez nitelikte olması gerekmektedir. Böylelikle, tenkis konusu mal sabit tenkis oranında, değerinde azalma olmaksızın paylaştırılması mümkün ise, o malın davacı ile davalı arasında paylaştırılması gerekmektedir. Ancak söz konusu mal davacı ile davalı arasında paylaştırılmıyorsa, bu durumda davalının tercih hakkına göre, bir tarafın diğer tarafa ödeyeceği paranın tespiti yapılacaktır.

## 2. Tenkise konu taşınmazın sabit tenkis oranında bölünebilirliği

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında sabit tenkis oranı bulunduktan sonra, tenkise konu taşınmazın bu oranda bölünmesinin mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Bu noktada öncelikle taşınmazla kastedilenin ne olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Öğretide<sup>22</sup> taşınmaz, özünde bir değişiklik olmadan bir yerden başka bir yere taşınamayan eşya olarak tanımlanmaktadır. MK md.704 hükmüne göre ise, taşınmaz mülkiyetinin konusu, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar, kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerdir. Aynı şekilde MK md.998 hükmünde de bu sayılanların tapu siciline taşınmaz olarak kaydedileceği belirtilmiştir.

Kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümler aynen paylaştırmaya elverişli olmadığı için, bu nitelikteki taşınmazların zaten sabit tenkis oranında bölünüp bölünmeyeceğinin araştırılmasına yer yoktur. Dolayısıyla tenkisin konusu ev ise, zaten MK md.564 hükmü kapsamında yer alacaktır. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kastedilen üst hakkı ve kaynak hakkıdır. MK md.826/III hükmüne göre, “*Üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte ise üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir. En az otuz yıl için kurulan üst hakkı, sürekli niteliktedir*”. MK md.837/III hükmüne göre ise, “*Kaynak hakkı, bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş ise tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir*. Söz konusu hükümlerde bağımsız olma ile kastedilen, başkalarına devredilebilen ve mirasçılara geçebilen üst hakkı veya kaynak hakkıdır. Sürekli olma ile

<sup>22</sup> ŞİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 3.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.11; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.357; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s.32.



kastedilen ise, üst hakkı veya kaynak hakkının en az otuz yıl için kurulmuş olmasıdır. O halde başkalarına devredilen ve mirasçılara geçebilen ve en az otuz yıl için kurulmuş bulunan üst hakkı veya kaynak hakkı, hukuken taşınmaz ile eşdeğer kabul edilmektedir. Peki tenkis davasının konusu bu nitelikte bir taşınmaz olursa, bunların tenkisi MK md.564 kapsamında yer alacak mıdır? Bu noktada tenkisin konusu bizatihi üst hakkı veya kaynak hakkı ise, bir diğer anlatımla mirasbırakan tenkise tabi ölüme bağlı tasarrufla veya sağlararası kazandırma ile bağımsız ve sürekli nitelikte bir üst hakkı ve kaynak hakkı tesis etmişse, burada kanaatimizce MK md.568 (eMK md.510) hükmünde yer alan intifa veya irat kazandırmalarına ilişkin hükmün kıyasen uygulanması gerekir<sup>23</sup>. Söz konusu hüküm doğrultusunda, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf veya tenkise tabi sağlararası tasarruf konusu ettiği, mevcut bir malı veya hakkı üzerinde başkası lehine intifa hakkı tanınması veya bunun gelirini bırakması şeklindeki kazandırmalarında, bu kazandırmanın saklı paylı mirasçılardan saklı payını ihlal edip etmediğinin tespitinde, intifa veya gelirin sermaye değerinin (kapitalize değer) bulunarak, buna göre tenkis hesabı yapılması gerekmektedir.

Sermaye değeri ile kastedilen, intifa hakkı veya gelirin, kazandırma lehtarını bakımından muhtemel yararlanma süresi boyunca bundan elde edeceği kazancın, toplam bir para miktarı olarak mirasbırakanın ölüm anına göre ifadesidir<sup>24</sup>. MK md.568 hükmünde, bu durumda saklı paylı mirasçılara bir seçim yetkisi tanınmıştır. Saklı paylı mirasçılar seçimlerine göre, intifa veya irat kazandırmalarını, bulunacak sermaye değerine göre tenkis ettirebilecekleri gibi, isterlerse mirasbırakanın tasarruf oranını vererek intifa veya irat kazandırmalarını tamamen kaldıracaklardır<sup>25</sup>. İsviçre öğretisinde<sup>26</sup> Zivlgesetzbuch (ZGB) Art.530 (MK md.568) hükmünün, belirsiz yani herhangi bir süre kısıtı olmadan öngörülen intifa hakları bakımından kıyasen uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Zira Kanun'un hayatta kalan eşi korumak için öngördüğü intifa hakkının tenkis yoluyla imkansızlaştırılmayacağı ifade edilmektedir. Bununla birlikte,

---

<sup>23</sup> Aynı doğrultuda bkz. TUOR, Art.530, N.6; ESCHER, Art.530, N.7; PIOTET, s.510; EREN, s.170; ÖZTAN, s.131; TURAN BAŞARA, s.384; NAR, s.294, d.pn.159.

<sup>24</sup> EREN, s.170 vd; DURAL/ÖZ, s.309 vd.; TURAN BAŞARA, s. 384; NAR, s.295.

<sup>25</sup> MK md.568 hükmü ile ilgili hesaplama örnekleri için bkz. EREN, s.172; ÖZTAN, s.132; DURAL/ÖZ, s.309 vd; TURAN BAŞARA, s. 384 vd.

<sup>26</sup> PIOTET, s.511.



belirli bir süre kısıtı olmadan, süresiz biçimde kurulan taşınmaza ilişkin irtifaklar bakımından (örneğin geçit irtifakı); bunların taşınmaz ile eşdeğerde olduğu ve taşınmazın değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmesi mümkün olmazsa, burada yine ZGB Art.526 (MK md.564) hükmünün uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir<sup>27</sup>. Ancak irtifak hakkının kullanımı sınırlandırılabilirse, bu durum bölünebilir eşya ile eşdeğer kabul edilmektedir. Örneğin büyük bir arazi üzerinde kurulmuş bulunan inşaat hakkının varlığında, eğer taşınmaz değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünebilir nitelikte ise ve bölünmeyle ortaya çıkan kısım inşaata elverişli ise; bu durumda arazinin bütünü üzerinde kurulan inşaat hakkı, arazinin bir kısmına zarar vermeksizin sınırlandırılabilirliği için, bölünebilir niteliktedir. Buna karşılık arazi parçası küçük ise ve değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünebilir nitelikte değilse, arazinin bütünü üzerinde kurulan inşaat hakkı da bölünebilir nitelikte değildir (Örneğin geçit irtifakı veya intifa hakkı). Bu durumda irtifak hakkı tasarruf edilebilir kısmı aşılıyor ise, yani saklı pay ihlali var ise, ZGB Art.526 (MK md.564) hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda kazandırma lehtarı isterse irtifak hakkını muhafaza ederek tenkisi gereken kısmın değerini ödemeyi veya bunun yerine tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteyebilir.

Arazi niteliğindeki taşınmazlar bakımından ise, somut durumda her bir arazi için sabit tenkis oranında bölünebilir olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Somut durumda tenkis davasına konu arazinin, sabit tenkis oranında bölünebilir olup olmadığı tespit edilirken elbette 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Özellikle tarım arazileri bakımından, söz konusu Kanunun, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi başlıklı 8. maddesi dikkate alınarak, hukuken bölünebilir nitelikte olup olmadığı belirlenmesi yapılacaktır. Hakim bu belirlemeyi bu konuda uzman bilirkişiler aracılığıyla yapacaktır. Hakim bu belirlemeyi bu konuda uzman bilirkişiler aracılığıyla yapacaktır ve bilirkişi raporu doğrultusunda tenkise konu arazinin bölünebilir olup olmadığı sonucuna varılacaktır<sup>28</sup>. Sonuçta tenkis davasına konu arazi, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu hükümleri

<sup>27</sup> PIOTET, s.509; FORNI/PIATTI, Art.526, N.3.

<sup>28</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 2. HD'nin 10.12.1996 tarih ve E. 1996/10608, K. 1996/13073; 2.HD'nin 16.1.1995 tarih ve E. 1995/13389, K. 1995/412 sayılı kararları. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

doğrultusunda hukuken bölünebilir nitelikte ise, bu durumda MK md.564 hükmü uygulama alanı bulmayacak, dava konusu taşınmaz sabit tenkis oranında bölünerek geri verilecektir.

### **3. Tenkise konu taşınmazın sabit tenkis oranında bölünmezliği**

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında, tenkis davasına konu taşınmaz sabit tenkis oranında değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünemez nitelikte ise, MK md.564 hükmü uygulama alanı bulacaktır. MK md.564 hükmünün uygulama alanı ve şartları aşağıda ele alınacaktır.

#### **B. MK md.564 Hükmü Kapsamında Yer Alan Tenkise Tabi Taşınmazlar (Sabit Tenkis Oranında Bölünemeyen Taşınmazlar)**

Tenkise konu taşınmazın sabit tenkis oranında bölünemez olduğu tespit edildikten sonra, MK md.564/I hükmü uyarınca davalı dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesi, dilerse tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı istemeye ilişkin seçimlik hakkını kullanabilecektir<sup>29</sup>. Böyle bir durumda, yani davalının MK md.564/I (eMKmd.506/I) hükmü uyarınca seçim hakkını kullanması gereken durumlarda, aynen iade mümkün olmayacak<sup>30</sup>, mutlaka kullanılan tercih yönünde işlem yapılacaktır<sup>31</sup>. Seçim hakkı yenilik doğuran bir hak

<sup>29</sup> Sabit tenkis oranı belirlenmeden tercih hakkının kullanılmayacağı ve tercih hakkı davalı tarafından kullanılmadan tenkis sonunda para olarak ödenecek karşılık miktarın belirlenemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Yargıtay HGK 13.12.2000 tarih ve E. 2000/2-1753, K. 2000/1786 sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

<sup>30</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 2.HD'nin 3.11.1995 tarih ve E. 1995/9918, K. 1995/11562 sayılı kararı. www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017.

<sup>31</sup> Davalının seçim hakkını mahkemenin ihtarına rağmen kullanmadığı durumda, seçim hakkının davacı saklı paylı mirasçıya geçeceği kabul edilmektedir (EREN, s.169; YAVUZ, s.325; DURAL/ÖZ, s.308; ANTALYA, s.313; GÖKÇE, Erdoğan: "Bölünmezliği Ortaya Çıkan Sabit Tenkis Oranında Paranın Karar Gününe Uyarlanması Yöntemi ve Bir Yargıtay Kararı", İBD 2007, 81(1), s.36; TURAN BAŞARA, s.381; NAR, s.289. Bu doğrultuda ayrıca bkz. Yargıtay 2.HD'nin 2.6.2008 tarih ve E. 2007/9585, K. 2008/7680 sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017). Eğer birden çok davacı varsa ve her biri farklı seçimde bulunursa, bu durumda tasarruf oranını ödemeyi üstlenen mirasçının seçimi esas alınarak vasiyet konusu malın terekede kalması ve mirasçılar arasında paylaşılması gerektiği kabul edilmektedir (DURAL/ÖZ, s.308). Ancak tasarruf oranını ödemeyi seçen mirasçı belirtilen sürede parayı davalıya ödemez ise, diğer mirasçıların seçimi doğrultusunda, malın davalıda bırakılması

olduğu için, davalı veya onun yerine davacı tarafından bir defa kullanıldıktan sonra artık değiştirilemeyecektir<sup>32</sup>. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, davalının MK md.564/I uyarınca söz konusu seçimlik hakkını kullanabilmesinin ön şartı, tenkise konu taşınmazın sabit tenkis oranında değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünemez nitelikte olması ve taşınmazın kısmen tenkise tabi olmasıdır. Zira taşınmaz bütünüyle tenkise tabi ise ve taşınmaz davalının malvarlığında aynen mevcut ise, bütünüyle davacıya iade edilecektir<sup>33</sup>. Bu durumda da, daha önce ifade etmiş olduğumuz gibi MK md.564/I hükmündeki seçimlik hakkın kullanılmasına yer olmayacaktı. Taşınmazın değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmez nitelikte olduğunu ispat yükü, kazandırma lehtarındadır<sup>34</sup>.

Yukarıda vermiş olduğumuz örnek üzerinden değerlendirmeye devam edecek olursak, Ü, MK md.564 gereğince kendisine tanınmış olan seçimlik hak ile dilerse 100.000 TL'yi A'ya vererek taşınmazı alıkoyabilecek, dilerse de taşınmazı iade edip 200.000 TL talep edebilecektir. Burada önemli olan, davalının seçim hakkını kullanması üzerine, tenkisin fiilen hangi miktarlar üzerinden hesaplanacağıdır. Unutulmamalıdır ki, mirasbırakanın tasarruf nisabını aşıp aşmadığı ve buna bağlı olarak tenkise konu kazandırmanın tenkise tabi olup olmadığı MK md.507/I (eMK md.454/I) hükmüne göre belirlenecektir<sup>35</sup>. Buna karşılık MK md.507/I hükmüne göre mirasbırakanın ölüm anına göre yapılan hesap, tenkis yapılacaksa bunun fiilen hangi miktarlar üzerinden

---

karşılığında her mirasçının sadece kendisine düşen tenkis kısmının ödenmesini isteyebileceği kabul edilmektedir.

<sup>32</sup> YAVUZ, s.324; OĞUZMAN, s.255, dpn.683; KILIÇOĞLU, s.230; ANTALYA, s.314; TURAN BAŞARA, s.380; NAR, s.289. Ayrıca öğreti ve içtihatlar da, davalı tenkis davasından önce veya dava sırasında mahkeme dışında, seçim hakkında bulunmuşsa, bu seçim beyanının hüküm ifade etmeyeceği, önceki seçimiyle çelişse bile (dürüstlük kuralına aykırılık olmadığı sürece) tenkis davası sırasında yapacağı tercihe göre sonuç doğuracağı kabul edilmektedir (DURAL/ÖZ, s.309). Yargıtay 2.HD'nin 10.1.1996 tarih ve E. 1995/13616, K. 1996/137; 2.HD'nin 10.12.1996 tarih ve E. 1996/10608, K. 1996/13073 sayılı kararları. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

<sup>33</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 2.HD'nin 13.5.2002 tarih ve E. 2002/5578, K. 2002/6381 sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

<sup>34</sup> TUOR, Art.526, N.6; PIOTET, s.509; HRUBESCH-MILLAUER, Art.526, N.4; FORNÍ/PIATTÍ, Art.526, N.1; BRÜCKNER, Christian/WEIBEL: Thomas: Die erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Basel 2012, N.67.

<sup>35</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.1058.

gerçekleşeceği sorusunu cevaplandırmamaktadır. Bu aşamadaki hesaplama MK md.564 (eMK md.506) hükmü bağlamında yapılacaktır. Bir diğer anlatımla MK md.507/I hükmüne göre saklı pay ihlali olduğu tespit edildikten sonra, eğer tenkise konu taşınmaz MK md.564 hükmü kapsamında bölünemez nitelikte ise ve davalı MK md.564/I hükmü gereğince taşınmazın kendisinde kalmasına ilişkin tercih hakkını kullanmışsa, davacıya ödemesi gereken paranın miktarının hesabı MK md.507/I değil, MK md.564/II hükmüne göre yapılacaktır. Örneğimize dönecek olursak, eğer Ü, 100.000 TL ödeyip, taşınmazın kendisinde kalmasını isterse, bu durumda MK md.564/II hükmü gereğince taşınmazın karar günündeki değeri esas alınarak belirleme yapılacaktır<sup>36</sup>. Örneğimiz üzerinden devam edecek olursak, taşınmazın değerinin tenkis kararının verildiği anda 1.200.000 TL'ye çıkmış olduğunu varsayalım. Bu durumda daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, saklı pay ihlali yani 100.000/toplam kazandırma miktarı yani 300.000 = 1/3 şeklinde bulunan bu oran sabit tenkis oranını teşkil etmektedir. Bu oranı MK md.564/II hükmü gereğince, taşınmazın karar günündeki değerine oranladığımızda,  $1.200.000/3=400.000$  TL'yi, Ü'nün, A'ya vermesi gerekecektir. Ancak eMK md.506 hükmünde, MK md.564/II hükmü olmadığı için, o dönem

<sup>36</sup> MK md.564/II hükmünde yer alan “karar günündeki” ifadesi, öğretilerde bazı yazarlarca İBK’da kabul edildiği şekliyle seçim hakkının kullanıldığı tarih olarak anlaşılmaktadır (Bu doğrultuda bkz. ÖZTAN, s.130; DURAL/ÖZ, s.307). Kanaatimizce MK md.564/II hükmü bu şekilde anlaşılmaya müsait değildir. Aynı doğrultuda bkz. ERMAN, s.333; TURAN BAŞARA, s.382; NAR, s.292; SEROZAN/ENGİN, s.256 (Yazarlara göre, MK md.564/II hükmü, İBK’a göre daha da ileri giderek, seçim hakkının kullanıldığı gündeki değil, karar tarihindeki değerin esas alınmasını benimseyerek, daha da adil bir sonuca ulaşılmasını hedeflemiştir). İBK öncesi dönem için, karar günündeki değerin esas alınması gerektiğine ilişkin olarak bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.1058. Yargıtay kararlarında ise, davalının tercih hakkını kullandığı andaki değer esas alınmakla birlikte, bu değer karar tarihindeki değere Türkiye İstatistik Kurumunun oniki aylık ortalama Üretici Fiyat Endeksi kullanılarak karar tarihine getirilmektedir (Yargıtay 2. HD’nin 30.12.2002 tarih ve E. 2002/14107, K. 2002/15179; 16. HD’nin 31.5.2011 tarih ve E. 2011/2496, K. 2011/3121; 1. HD’nin 5.7.2010 tarih ve E. 2010/6762, K. 2010/7926; 2. HD’nin 3.3.2008 tarih ve E. 2007/2494, K. 2008/2685; 1. HD’nin 5.11.2012 tarih ve E. 2012/8080, K. 2012/12215 sayılı kararları. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017). Bu doğrultuda ayrıca bkz. GÖKÇE, s.35 vd. Buna karşılık 1. HD’nin yeni tarihli kararlarında, karar tarihinin esas alınacağını kabul etmektedir. Bu hususta bkz. 1. HD’nin 14.3.2016 tarih ve E. 2014/14761, K. 2016/3024; 1. HD’nin 18.10.2016 tarih ve E. 2014/14294, K. 2016/9521; 1. HD’nin 26.4.2016 tarih ve E. 2014/11311, K. 2016/5097 sayılı kararları. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

öğretide mirasın açılmasından sonra tenkise konu malda meydana gelen değer artışlarının dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıydı<sup>37</sup>. MK md.506'da bir hüküm yer almadığı için de, miras açıldıktan sonra meydana gelen değer artışları dikkate alınmamaktaydı<sup>38</sup>. Bu bağlamda, tenkis kararının verildiği anda taşınmazın değeri 1.200.000 TL'ye çıkmış olsa bile, davalı 100.000 TL'yi davacıya ödeyerek malın kendisinde kalması yönünde seçimlik hakkını kullanabiliyordu. Bu nedenle de davalı taraf, haliyle tenkis miktarını ödeyip, taşınmazın kendisinde kalmasından yana hakkını kullanıyordu. Böylece davacı neredeyse kazandığı davayı kaybetmiş duruma geliyor ve haksız sonuçların ortaya çıkması kaçınılmaz oluyordu. Bu adaletsiz sonucu önlemek adına 11.11.1994 tarih ve E.1994/4, K.1994/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>39</sup> ile “değerinde bir azalma meydana gelmesizin sabit tenkis oranında bölünemeyen belirli mala ilişkin mirasbırakanın tasarrufunun tenkisi halinde, MK md.506 uyarınca ödenecek naktin (kıymet), aynı hükme göre kullanılan tercih hakkı günündeki fiyatlar dikkate alınarak belirleneceği” kabul edildi. Dolayısıyla eMK md.506 hükmünün uygulama alanı bulduğu davalar bakımından, vasiyet alacaklısı veya sağlararası kazandırma lehtar, seçimlik hakkını tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek taşınmazın verilmesi şeklinde kullanırsa, bir başka anlatımla tenkise konu taşınmaz davalıda kalacak ise, İBK gereğince davalının ödeyeceği miktar,

<sup>37</sup> Söz konusu tartışmalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 1053 vd.

<sup>38</sup> Bu tartışma Türk hukuku bakımından hem Yargıtay İBK ile hem de MK değişikliği ile MK md.564 hükmü ile giderilmeye çalışılmıştır. İsviçre hukuku bakımından eMK md.506 hükmüne tekabül eden ZGB md.526 hükmünde, MK md.564 hükmünde yer alan ikinci ve üçüncü fıkralar olmadığı için, bu konudaki tartışmalar devam etmektedir. Öğretideki hakim görüş, karar günündeki değer esas alınması gerektiği görüşündedir (Bu doğrultuda bkz. ESCHER, Art.474, N.4; PIÖTET, s.460; WEIMAR, Peter: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung.: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, (Art. 457 – 516 ZGB), Bern 2009, Vorbemerkungen zu Art.470, N.25,26). Aksi görüş ise, genel kural gereğince ölüm anındaki değer esas alınması gerektiğini ifade etmektedir (Bu doğrultuda bkz. Brückner/Weibel, N.68). Ayrıca bkz. ZEITER, Alexandra: “Wertveränderungen zwischen Erbgang und Erbteilung”, Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, (Herausgegeben von Paul Eitel, Alexandra Zeiter), Zürich - Basel - Genf 2014, s.297 vd.

<sup>39</sup> Söz konusu kararın oluşum süreci ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. AKBIYIK, s.103 vd.; ERMAN, s.333 vd.

sabit tenkis oranı ile taşınmazın tercih hakkının kullandığı gündeki değerinin çarpımı suretiyle belirlenecektir. Yukarıda örnek üzerinden tekrarlayacak olursak, sabit tenkis oranı 1/3 ile tercih hakkının kullanıldığı anda taşınmazın tespit edilen değeri 1.200.000 TL çarpılacak, yani  $1/3 \times 1.200.000 = 400.000$  TL davalının davacıya ödemesi gereken miktar olarak bulanacaktır. Böylelikle davalı davacıya 400.000 TL ödeyerek taşınmazın kendisinde kalmasını sağlayabilecektir. Buna karşılık davalı seçim hakkını, taşınmazı iade ederek tasarruf edilebilir kısmın değerini isteme yönünde kullanırsa, bu durumda da taşınmazı iade ederek 800.000 TL'yi talep edebilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, davalının kullanacağı seçim hakkı doğrultusunda, eğer davalı tenkise konu taşınmazı iade ederek, tasarruf oranı içinde kalan kısmın kendisinde verilmesini tercih etmişse<sup>40</sup>, bu durumda davalı malı iade etmeden tenkis dışı bedeli mirasçı/mirasçılardan isteyemeyecek ve davacı mirasçı/mirasçılar da bu değeri davalıya ödemediği malın teslimini isteyemeyecektir<sup>41</sup>.

MK md.564/II hükmünde, İBK'dan farklı olarak davalının tercih hakkını kullandığı gün değil, karar günü esas alındığı için, MK md.564 hükmünün uygulama alanı bulduğu davalar bakımından, taşınmazın tenkis kararına en yakın tarihte tespit edilen değeri ile sabit tenkis oranının çarpımı suretiyle bulunan miktar üzerinden, davalının kullandığı hakka göre işlem yapılacaktır.

### **III. TENKİSE TABİ SAĞLARARASI KAZANDIRMA KONUSU TAŞINMAZLARIN MK MD.564 HÜKMÜ UYARINCA TENKİSİ**

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere MK md.564 hükmü esasen değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünemeyen mal vasiyetinde tenkisi düzenleyen bir hükümdür<sup>42</sup>. Söz konusu hüküm kural olarak belirli mal vasiyetlerinde uygulama alanı bulmaktadır. Ancak MK

---

<sup>40</sup> Bu yönde kullanılan tercih hakkı doğrultusunda mahkemece davacıların saklı payı dışında kalan miktarın bedelinin davalıya nakten ödenmesi, taşınmazın tamamının davacılar adına tesciline karar verilmesi gerekmektedir Yargıtay 2.HD'nin 29.11.2005 tarih ve E. 2005/10186, K. 2005/16555. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

<sup>41</sup> DURAL/ÖZ, s.309.

<sup>42</sup> Öğretilen bu hükmün emredici nitelikte olmadığı, mirasbırakanın bunun aksine düzenleme yapabileceği kabul edilmektedir (ESCHER, Art.526, N.4; TUOR, Art.526, N.8; PIOTET, s.509; HRUBESCH-MİLLAUER, Art.526, N.5; FORNI/PIATTI, Art.526, N.4; FANKHAUSER, Art.526, N.1.

md.564/III hükmü gereğince bu kural sağlararası kazandırmalarda da uygulanacağından, çalışma konumuz açısından belirleyici olan kriter, bölünemeyen malın belirli mal vasiyetine konu yapılmış olması değil, sağlararası kazandırmaya konu yapılmış olmasıdır. Burada sağlararası kazandırma ile kastedilen, daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere MK md.565 hükmünde belirtilen türden bir kazandırmadır. Dolayısıyla MK md.564 hükmünün sağlararası kazandırma konusu taşınmazlar bakımından uygulanabilmesi için, öncelikle söz konusu taşınmazın MK md.565 hükmünde yer alan sağlararası kazandırma türlerinden birinin konusunu teşkil etmesi gerekmektedir. Ardından söz konusu taşınmazın sabit tenkis oranında değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünemeyen nitelikte olması gerekmektedir. Zira taşınmaz sabit tenkis oranında bölünebiliyorsa, MK md.564 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

#### **A. Tenkiste Sıra Bakımından, Tenkise Tabi Sağlararası Kazandırmaların Tarihinin Belirlenmesi**

Tenkise tabi sağlararası kazandırma konusu taşınmaz arazi, ev veya bağımsız ve sürekli hak niteliğinde olabilir. Eğer bir tane sağlararası kazandırma varsa, zaten kendisine sıra gelmişse doğrudan o kazandırmadan tenkis yapılacaktır. Ancak birden fazla tenkise tabi sağlararası kazandırma varsa ve sıra sağlararası kazandırmaların tenkisine gelmişse, bu durumda her bir kazandırmanın tarihi esas alınarak, mirasbırakanın ölümüne en yakın olandan başlanarak tenkis yapılacaktır. Bu sıralama yapılırken sağlararası kazandırmaya yönelik borçlandırıcı işlemin yani taahhüt işleminin yapıldığı tarihin mi yoksa bunun ifası tarihinin mi esas alınacağı tartışmalıdır. Elden bağışlamalarda, iki tarih aynı ana tekabül ettiği için hangi anın esas alınacağına ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır. Bunun dışındaki sağlararası kazandırmalar açısından öğretide çoğunluk görüşü<sup>43</sup>, borçlandırıcı işlemin yapıldığı tarihin esas

<sup>43</sup> EREN, s.162; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987 (Miras Hukuku), s.423; ÖZTAN, s.118; TUOR, Art. 532, N.4; ESCHER, Art.532, N.3; ENGELCH, s.84-85; SEROZAN/ENGİN, s.247. İfa tarihinin esas alınması gerektiğine ilişkin olarak ise bkz. OĞUZMAN, s.239. Yazar savunduğu görüşün MK md.565, b.3'te (eMK md.507, b.3) kabul edilen çözüm ile de uyumlu olduğunu ifade etmektedir. İsviçre öğretisinde *Rösli*, çoğunluk görüşüne katılmakla birlikte ZGB Art.527, b.3 (MK md.565, b.3) kapsamına giren bağışlamalarda, hükümde geçen *ausgerichtet hat* (yapılmış) ifadesi nedeniyle, istisnai olarak ifa tarihinin esas alınması gerektiği görüşündedir (s.104).



alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu doğrultuda bağışlama taahhüdünün tarihi veya MK md.565, b.2 bağlamında mirastan feragat sözleşmesinin yapıldığı tarih esas alınacaktır.

*Eren'e* göre, sağlararası kazandırmaların sırası belirlenirken, kural olarak taahhüt işleminin yapıldığı tarih, özellikle gün ve saat esas alınır. Ancak bu durum bazı hallerde haksız sonuçlar doğurabilir. Örneğin, mirasbırakan oğlu A'ya iadeye tabi olmamak üzere 1.10.2005 tarihinde evini, diğer oğlu B'ye ise 2.10.2005 tarihinde işyerini bağışlamışsa, aradaki bir günlük fark nedeniyle B'ye yapılan bağış tenkise tabi olup, A'ya yapılan bağışı tenkise tabi tutmamak büyük bir adaletsizlik yaratacaktır. Bu nedenle iadeye tabi olmayan söz konusu bağışlamaların farklı tarihlerde altsoya yapılması halinde, mirasbırakanın orantılı tenkisi emredebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir<sup>44</sup>.

Öğretide, aynı anda yapılan veya hangisinin önce yapıldığı tespit edilemeyen sağlararası kazandırmalar bakımından, aynen ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi MK md.563/I (eMK md.505/I) hükmünün kıyasen uygulanarak orantılı tenkis yapılacağı kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Böyle bir durumda, yani sağlararası kazandırma konusu birden çok taşınmazın orantılı tenkisinde, sabit tenkis oranı bulunduktan sonra her taşınmaz yönünden ayrı ayrı sabit tenkis oranında değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmelerinin mümkün olup olmadığının araştırılması, bölünmeleri mümkün olmayanlar yönünden ise ayrı ayrı ilgili davalılara seçimlik haklarının kullanılması gerekmektedir<sup>46</sup>.

Tenkise tabi sağlararası kazandırmalardan bazılarının tarihi belirli bazılarının tarihinin belirsiz olması durumunda, söz konusu kazandırmaların tenkise tabi tutulacak tarihinin nasıl belirleneceği de öğretide tartışmalıdır. Çoğunluk görüşüne<sup>47</sup> göre, tarihi belirsiz olan sağlararası kazandırma en son tarihli kabul edilerek ilk önce yani ölüme bağlı tasarruflardan hemen sonra ilk sırada tenkis edilmelidir. Buna

---

<sup>44</sup> Aynı doğrultuda bkz. ENGELOCH, s.85; ESCHER, Art.532, N.3-4; TUOR, Art.532, N.2.

<sup>45</sup> EREN, s.163; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s.424; AKBIYIK, s.114; OĞUZMAN, s.239; DURAL/ÖZ, s.300; TUOR, Art.532, N.4; ESCHER, Art.532, N.3.

<sup>46</sup> Bu hususta bkz. Yargıtay 2. HD'nin 22.12.2004 tarih ve E. 2004/14345, K. 2004/15527 sayılı kararı. (www.kazanci.com Erişim tarihi: 23.07.2017).

<sup>47</sup> EREN, s.163; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.424; TUOR, Art.532, N.4; ESCHER, Art.532, N.3.



karşılık bir diğer görüş<sup>48</sup> ise, bunun adil olmadığı ve muhtemel en yakın tarihe göre sıralama yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce, eğer tenkise tabi sağlararası kazandırmalardan tarihi belirsiz olanların, diğer kazandırmaların içerikleri yoluyla hangisinden önce veya sonra yapılmış olduğu belirlenebiliyorsa, buna göre tenkis yapılmalıdır. Ancak hiçbir şekilde tenkise tabi sağlararası kazandırmanın tarihi belirlenemiyorsa, çoğunluk görüşü doğrultusunda ilk önce tenkise tabi tutulmalıdır. Eğer birden fazla tarihi belirsiz kazandırma varsa, ilk sırada ve orantılı olarak tenkise tabi tutulmalıdır.

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, aynı anda yapılan veya hangisinin önce yapıldığı tespit edilemeyen sağlararası kazandırmalar bakımından, aynen ölüme bağlı tasarruflarda olduğu gibi MK md.563/I (eMK md.505/I) hükmünün kıyasen uygulanarak orantılı tenkis yapılacağı kabul edilmektedir.

Tenkiste sıra bakımından son olarak belirtilmesi gereken husus, MK md.570/II hükmü gereğince kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve vakıflara yapılan ölüme bağlı tasarruflar ve sağlararası kazandırmaların en son sırada tenkis edileceğidir<sup>49</sup>.

### **B. Sıra Kendine Gelen Sağlararası Kazandırma Konusu Taşınmazın MK md.564 Hükmüne Göre Tenkisi**

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında, tenkise tabi sağlararası kazandırma konusu taşınmazın tenkisine sıra geldiğinde, davacının saklı pay ihlali halen giderilmemiş demektir. Elbette bu durum somut olayda birden fazla tenkise tabi tasarruf olması halinde söz konusu olabilecektir. Zaten tenkise tabi bir tek tasarruf var ise, yani sadece tenkise tabi sağlararası kazandırma konusu taşınmaz tenkise tabi ise, bu durumda

<sup>48</sup> OĞUZMAN, s.239, dpn.645c. DURAL/ÖZ'e göre de, kazandırmanın tarihinin belirsiz olması başka şey, bunların hangisinin önce hangisinin sonra yapıldığının anlaşılması başka şeydir. Örneğin ikisinin tarihi de bilinmeyen yazılı bağışlama taahhütlerinden birinde diğerinden bahsediliyorsa, hangisinin önce hangisinin sonra olduğu bellidir ve önceki yani kendisinden bahsedilen bağışlama tamamen tenkis edilmeden diğerine dokunulamaz (s.300-301).

<sup>49</sup> Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. DURAL/ÖZ, s.301 vd. Belirtmek gerekir ki, MK md.570/II hükmü, eMK'da olmayan bir hükümdür. Eski MK hükümlerinin uygulama alanı bulduğu davalar bakımından eMK md.453/II ve 453/III hükümleriyle kamu yararına yapılan kazandırmalarda saklı paylar özel olarak azaltılmaktaydı. Mevcut durumda saklı payların azaltılması düzenlenmemiş olup, kamu yararına yapılan kazandırmaların ister ölüme bağlı tasarruf ister sağlararası kazandırma biçiminde olsun, en son sırada tenkis edileceği kabul edilmiştir.

sıra söz konusu olmayacaktır<sup>50</sup>. Sadece bu kazandırmanın tasarruf oranını aşan kısmı tenkise tabi olacaktır. Örneğin mirasbırakan M'nin ölümünde net malvarlığı değeri 500.000 TL olsa ve ölümünden 1 yıl önce arkadaşı Ü'ye 700.000 TL değerinde bir ev bağışlamış olsa ve geride iki çocuğu sağ kalsa; böyle bir durumda her bir çocuğun yasal miras payı  $\frac{1}{2}$ , saklı payı ise  $\frac{1}{4}$  olacaktır. Tenkise esas tereke 1.200.000 TL üzerinden her birinin saklı pay miktarı 300.000 TL olarak bulunacaktır. Net malvarlığı 500.000 TL, her bir çocuğun yasal miras payı oranında paylaşılır ve çocuklar 250.000 TL fiilen almış olurlar. Böylece her bir çocuk için saklı pay ihlali 50.000 TL olacaktır. Tenkis konusu ev olduğu için, yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında MK md.564 hükmü uygulama alanı bulacak ve bu doğrultuda Ü, dilerse evi elde tutmaya devam edip her bir çocuğa 50.000 TL olmak üzere toplam 100.000 TL vermeyi tercih edecek, dilerse evi iade edip, kendisine tasarruf edilebilir kısım olan 600.000 TL verilmesini tercih edebilecektir. Böyle bir durumda çoğunlukla ilk durum tercih edildiği için, MK md.564/II hükmü uyarınca tenkis konusu evin karar günündeki değeri bulunup, sabit tenkis oranında (olayımızda  $\frac{1}{7}$ 'dir<sup>51</sup>) yeniden hesaplama yapılacaktır. Karar günündeki evin değerinin 1.400.000 TL olduğunu kabul edelim, bu durumda Ü toplamda 200.000 TL yani her bir çocuk için 100.000 TL ödeyerek evin kendisinde kalmasını sağlayabilecektir.

Tenkise konu hem ölüme bağlı tasarruflar hem de sağlararası tasarruflar var ise veya birden çok tenkise tabi sağlararası tasarruf var ise, bu durumda aşağıda anlatılan şekilde bir belirleme yapılacaktır. Bu durumda öncelikle belirlenmesi gereken şey, sıra kendine gelen tenkise tabi taşınmazdan davacının ne kadarlık saklı pay talebinde bulunduğudur. Bir diğer anlatımla davacının giderilmeyen saklı pay ihlalinin ne kadar

---

<sup>50</sup> Somut davada tenkise tabi bir tek tasarrufun olması ile tenkise tabi birden fazla tasarrufun olması ile birlikte davacının bir tek tasarrufa karşı tenkis davası açması farklı şeylerdir. Zira tenkise tabi birden fazla tasarruf olmasına rağmen davacı bunlardan sadece birine karşı dava açmışsa, (saklı paylı mirasçı tenkise tabi tasarrufların tümüne karşı dava açma hakkına sahip olmakla birlikte buna mecbur değildir) bunun sonuçlarına kendisi katlanacak ve MK md.570 hükmüne göre tenkiste sıraya ilişkin kurallara göre dava açtığı kişi lehine yapılmış kazandırmayı ne ölçüde tenkis ettirebiliyorsa, sadece bu miktarın tenkisi mümkün olacaktır (OĞUZMAN, s.249; AKBIYIK, s.119; DURAL/ÖZ, s.282).

<sup>51</sup> Bu örnekte davacıların saklı pay ihlali aynı miktarda olduğu için ayrı ayrı sabit tenkis oranı belirlemeye gerek yoktur.

olduğu belirlenmelidir. Ardından taşınmazın ölüm anındaki değeri bulunur. Böylece tenkise tabi taşınmazdan talep edilecek saklı pay ihlalini, taşınmazın ölüm anındaki değerine bölerek sabit tenkis oranı bulunur. Bu noktada tenkise konu taşınmazın bulunan sabit tenkis oranında bölünebilir nitelikte olup olmadığı belirlenir. Bu belirlemeye göre, eğer taşınmaz bölünebilir nitelikte ise, saklı pay ihlali taşınmazın aynen iadesi yoluyla giderilir. Eğer taşınmazın sabit tenkis oranında bölünemez nitelikte olduğu belirlenmişse, bu durumda MK md.564/II gereğince davalıya tercihi sorularak, davalının tercihi doğrultusunda işlem yapılacaktır.

### **C. Tenkise Konu Taşınmazın Tenkis Yükümlüsü Tarafından Elden Çıkarılmış Olması Halinde Tenkisin Nasıl Yapılacağı Problemi**

Tenkis davası şahsi nitelikte bir dava olduğu için, mirasbırakanın tenkise tabi sağlararası kazandırmayı yaptığı kişiden başkasına karşı açılmayacaktır<sup>52</sup>. Bu durumda tenkis yükümlüsü tenkise konu taşınmazı elden çıkarırken bir bedel elde etmişse, taşınmazın yerine söz konusu bedel tenkise tabi tutulacaktır. Tenkis yükümlüsü iyiniyetli olarak yani kendisine yapılmış olan kazandırmanın tenkise tabi olduğunu bilmeden malı karşılıksız olarak elden çıkarmış ise veya bir karşılık elde etmesine rağmen, bu karşılığı da elden çıkarmış ise, MK md.566 hükmü gereğince mirasın açıldığı günde elinde kalanla sorumlu olacaktır. Elinde bir şey kalmamışsa da sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>53</sup>. Bununla birlikte tenkis yükümlüsü kötüniyetli olarak malı elden çıkarmışsa, yani kendisine yapılmış olan kazandırmanın tenkise tabi olduğunu bilmesine rağmen, saklı paylı mirasçı/mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla malı elden çıkarmışsa, bu durumda tenkis davasının bu durumu bilen malı devralana karşı açılıp açılmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay böyle bir durumda, bunun mümkün olduğunu, tenkis yükümlüsünün tenkise konu malı tenkisten kaçırmak için bu amacını bilen üçüncü kişilere devretmesi durumunda, tenkis davasının bu kişilere karşı da açılabileceğini 13.01.1975 tarih ve E.1974/7, K.1975/1 sayılı İBK'da kabul etmiştir.

<sup>52</sup> Aynı doğrultuda bkz. EREN, s.135; YAVUZ, s.267; OĞUZMAN, s.249 vd; DURAL/ÖZ, s.282; SEROZAN/ENGİN, s.262; NAR, s.123, 125.

<sup>53</sup> Mirasbırakanın sağlararası tasarruflarının tenkisinde, tenkis konusunun iadesi ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. YAVUZ, s.286 vd.

Öğretide<sup>54</sup> söz konusu İBK haklı olarak eleştirilmektedir. Zira tenkis yükümlüsünün malı devretmiş olduğu kişi, MK md.3 anlamında iyiniyetli olmasa bile, tenkis yükümlüsünden malı devralan kişinin bu kazanımı iyiniyetli olma şartına bağlı değildir. Çünkü burada tenkis yükümlüsü tam hak sahibidir ve tasarruf yetkisi eksikliği de söz konusu değildir. Burada tartışılabilir olan husus, tenkis yükümlüsünden malı devralan üçüncü kişinin MK md.2 anlamında kötüniyetli sayılmasının, yani malı devraldığı kişinin saklı paylı mirasçılardan mal kaçırmak niyetini bilerek malı devralmasının bu kazanımı etkisiz kılıp kılmayacağıdır. Öğretide üçüncü kişinin tenkis yükümlüsünün bu amacını bilmesinin başlı başına MK md.2 gereğince dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği, tam hak sahibi olan malikten geçerli bir biçimde malı devralan kişinin, kendisinin taraf olmadığı kişisel bir ilişki nedeniyle bu mala yönelik taleplere karşı mülkiyet hakkını ileri sürmesinin de hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte öğretide<sup>55</sup> başka hukuki gerekçelerle, saklı paylı mirasçı/mirasçıların, tenkise konu malı devralan üçüncü kişilere karşı da bazı taleplerde bulunabileceği kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, üçüncü kişinin davranışını TBK md.49/II uyarınca ahlaka aykırı kasıtlı başkasına zarar verme olarak kabul edip, haksız fiil hükümleri gereğince, mal üçüncü kişinin elindeyse aynen tazmin ilkesi gereğince, tenkis talebi kabul edilirse davacıya kalacağı oranda taşınmazın mülkiyetinin istenmesi; mal üçüncü kişinin elinde değilse uğramış olduğu zararın istenmesi şeklindedir<sup>56</sup>. İkinci olarak tenkis yükümlüsünün üçüncü kişiye malı devretmesini sağlayan sözleşmenin TBK md.27 hükmü gereğince ahlaka aykırı olarak kabul edip, sözleşmeyi kesin hükümsüz saymak ve bu bağlamda mülkiyetin üçüncü kişiye geçmediğini kabul edip, saklı paylı mirasçının hala tenkis yükümlüsüne ait kabul edilen taşınmazın tenkis oranında mülkiyetinin kendisine devrini isteyebileceği ve mala haksız

---

<sup>54</sup> YAVUZ, s.268; OĞUZMAN, s.250; DURAL/ÖZ, s.283; SEROZAN/ENGİN, s.263; NAR, s.124 vd. Bu hususta ayrıntılı açıklama için ve söz konusu İBK’da kabul edilen tenkis davasının üçüncü kişiye karşı açılabilirliği kabulünün, yenilik doğurucu tenkis davası olarak değil de, tenkis hükmüne dayanılarak açılan (tenkis davasına eklenecek) edim davası olarak anlamak gerektiğine ilişkin olarak bkz. SEROZAN, Rona: “Tenkis Davasını Bütünleyen Edim Davası Üçüncü Kişilere Yöneltilir mi?”, İÜHF 1977, 43(1-4), s.209 vd.

<sup>55</sup> DURAL/ÖZ, s.284 vd.

<sup>56</sup> Bu görüş için ayrıca bkz. SEROZAN, s.216 vd.; YAVUZ, s.268 vd.; NAR, s.126.

zilyet sayılan üçüncü kişiye karşı istihkak davası açması gerektiği şeklindedir. Üçüncü olarak ise, tenkis yükümlüsü ve üçüncü kişi saklı paylı mirasçı/mirasçılardan mal kaçırmak için, gerçekte bir devir yapmak istemedikleri halde, böyle bir devir varmış gibi göstermeye çalışıyorlar ve bu doğrultuda gerçekte istemedikleri bir sözleşme (devri sağlayan satım, bağış gibi) yapmış görünüyorlarsa, saklı paylı mirasçı/mirasçıların bu muvazaanın varlığını her türlü delille ispat ederek, hala malik kabul edilecek tenkis yükümlüsünden tenkis isteme hakkı oranında malın kendisine iadesini sağlayabileceği şeklindedir. Belirtmek gerekir ki, tenkis yükümlüsü ve malı devralan üçüncü kişi arasındaki devir muvazaalı ise, son seçenek uygulama alanı bulacak ve bu kapsamda saklı paylı mirasçının bu devrin muvazaası sebebiyle kesin hükümsüz olduğunu ileri sürmek hakkı korunacaktır<sup>57</sup>. Ancak bu halde açılacak dava tenkise ilişkin değil, muvazaaya ilişkin olacaktır. Bunun dışındaki durumlarda ise TBK md.49/II hükmünün mü yoksa TBK md.27 hükmünün mü uygulama alanı bulacağı veya başka bir hukuki imkanın mevcut olup olmadığı, başka bir çalışmanın konusunu teşkil edecek kadar kapsamlı bir araştırmayı gerektirmektedir. Bu anlamda söz konusu çalışmamızın kapsamını aşmamak adına, bu başlıkta ele alınan problemlere ilişkin görüş belirtmekten imtina ediyor ve başka bir çalışmamızda bu sorunları ele alıp, detaylı bir araştırma yaparak konuyu bir çözüme kavuşturmayı diliyoruz.

#### IV. SONUÇ

Tenkis davası, ciltlerce kitap konusu anlatılabilecek, teorik ve uygulama boyutuyla karmaşık ve çok yönlü bir davadır. Taşınmazların tenkis davasına konu olduğu durumlarda, tenkisin nasıl yapılacağı, tenkis davası bağlamında söz konusu problemlerden sadece birini teşkil etmektedir. Bizatihi tenkis hesabının anlaşılması ve yapılması, güç ve karmaşık bir süreçken, taşınmazların tenkisinde (çoğu durumda hukuken bölünemez nitelikte oldukları için) tenkis hesabı ve süreci daha da güçleşmektedir. Bu noktada yol gösterici olan hüküm ve çalışma konumuzda başlangıç noktamız, tenkisi özellik arzeden durumlardan biri olan, değerinde azalma olmaksızın bölünemeyecek şeyin vasiyetinde tenkisi düzenleyen MK md.564 hükmüdür. Söz konusu hüküm, kural olarak belirli mal vasiyeti yoluyla yapılmış olan kazandırmalarda

<sup>57</sup> Aynı doğrultuda bkz. OĞUZMAN, s.250, dpn.669; YAVUZ, s.268; SEROZAN/ENGİN, s.263; NAR, s.126.

uygulama alanı bulurken, bu hükmün sağlararası kazandırmalar bakımından da uygulanacağı hükmün son fıkrasında belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, MK md.564 hükmü başlı başına bir monografi konusu yapılabilecek mahiyettedir. Çalışmamızda sadece mirasbırakanın sağlararası kazandırma yoluyla bir taşınmazını devretmiş olduğu durumlar ele alınmış, söz konusu hüküm bağlamındaki diğer problemlere ise, sadece çalışma konumuzla ilintili olduğu ölçüde yer verilmeye çalışılmıştır.

Münferiden sağlararası kazandırma konusu taşınmazların tenkisinin ele alındığı çalışmamızda, ilk olarak tespit edilmesi gereken husus, hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, eğer taşınmaz bütünüyle tenkise tabi ise, sağlararası kazandırma lehtarına adına olan kayıt iptal edilerek, davacı adına yapılacak tescil ile tenkis gerçekleştirilecektir. Ancak dava konusu taşınmaz kısmen tenkise tabi ise, taşınmazın değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünebilir nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerekecektir. Zira tenkis davasına konu taşınmazın tenkisinde doğrudan MK md.564 hükmü uygulama alanı bulmayacak, ancak tenkise konu taşınmaz değerinde azalama meydana gelmeksizin bölünemez nitelikte ise MK md.564 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Tenkise konu taşınmazın bölünebilir nitelikte olup olmadığı ise, ancak Yargıtay içtihatlarında geliştirilmiş olan sabit tenkis oranının bulunması ile mümkündür. Zira bulunacak sabit tenkis oranında taşınmaz bölünebilir nitelikte ise, o kısmın davacı adına tescili ile tenkis gerçekleştirilmiş olacak ve böylece MK md.564 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak tenkise konu taşınmaz sabit tenkis oranında bölünemez nitelikte ise, bu durumda MK md.564 hükmü uygulama alanı bulacak ve hükmün ilk fıkrası gereğince davalıya tercih hakkı sorulacaktır. Bu doğrultuda davalı isterse tenkise konu taşınmazı muhafaza edip tenkisi gereken kısmı ödemeyi isterse taşınmazı iade edip tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı talep edebilir. Bu konuda davalının yenilik doğrucu hak niteliğinde seçim hakkı bulunmaktadır.

Davalı seçim hakkını, taşınmazı muhafaza edip tenkisi gereken kısmı ödeme yönünde kullanırsa, MK md.564/II hükmü gereğince davacıya ödeyeceği miktar hesaplanırken; yeniden bir değerleme yapılarak, taşınmazın tenkis kararına en yakın tarihte değerı tespit

ettirilerek, daha önce bulunan sabit tenkis oranının bu değerle çarpımı neticesinde bulunan miktarı davalının davacıya ödemesi gerekecektir.

### KAYNAKÇA

- AKBIYIK, Cem: “11.11.1994 Tarih ve 4/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına Göre Ölüme Bağlı ve Sağlararası kazandırmaların Tenkisi”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul, 1998.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- ANTALYA, O. Gökhan: Miras Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- BRÜCKNER, Christian/WEIBEL, Thomas: Die erbrechtlichen Klagen, 3. Auflage, Basel 2012.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş Yedinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.
- ENGELCH, Walter: Die Herabsetzungsklage des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art.522-533, Bern 1920.
- EREN, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973.
- ERMAN, Hasan: “Tenkis Davalarında Medeni Kanun’un 564. (Eski MK. 506.) Maddesi Uyarınca Ödenecek Bedel”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.
- ESCHER, Arnold: Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art.457-536 ZGB, Zürich 1959.
- FANKHAUSER, Roland: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB (Herausgegeben von Peter Breitschmid, Alexandra Rumo-Jungo), 2. Auflage, Zürich 2012.
- FORNI, Rolando/PIATTI, Giorgio: Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), (Herausgegeben von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 4. Auflage, Basel 2011.
- GÖKÇE, Erdoğan: “Bölünmezliği Ortaya Çıkan Sabit Tenkis Oranında Paranın Karar Gününe Uyarlanması Yöntemi ve Bir Yargıtay Kararı”, İBD 2007, 81(1).
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: Praxis Kommentar, Erbrecht, (Herausgegeben von Daniel Abt, Thomas Weibel) Basel 2007.
- KARAKAŞ, Fatma Tülay: “Saklı Paylı Mirasçılara Yapılan Kazandırmalar ve Artık Terekenin Paylaşılması Sorunu”, AÜHFD 2014, 63(4).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “Tenkis (=İndirim) Konusu Kazandırmalarda Mirasın Açılmasından Sonra Ekonomik İstikrarsızlık Sebebiyle Gerçekleşen Değer Değişiklikleri (MK. 454 ile MK. 506 Arasındaki İlişki)”, Yasa Hukuk Dergisi, 9(8) (Ağustos 1986).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- NAR, Ahmet: Türk Miras Hukukunda Tenkis, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul 1995.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 5.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- PIOTET, Paul: Schweizerisches Privatrecht, , Band IV Das Erbrecht, 1. Halbband, Basel und Stuttgart 1978.
- RÖSLİ, Arnold: Herabsetzungsklage und Ausgleichung im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art.522-533 und 626-633, Zürich 1935.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- SEROZAN, Rona: “Tenkis Davasını Bütünleyen Edim Davası Üçüncü Kişilere Yöneltilbilir Mi?”, İÜHF 1977, 43(1-4).
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 3.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2010.
- TUOR, Peter: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art.457-536 ZGB, Bern 1964.
- TURAN BAŞARA, Gamze: "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", TAAD, 7(27), Temmuz 2016.
- WEIMAR, Peter: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, 1. Teil: Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, (Art. 457 – 516 ZGB), Bern 2009.
- YAVUZ, Cevdet: "Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusunu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü", İÜHF 1977, 51(1-4).
- ZEITER, Alexandra: “Wertveränderungen zwischen Erbgang und Erbteilung”, Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, (Herausgegeben von Paul Eitel, Alexandra Zeiter), Zürich - Basel - Genf 2014.



**ROMA VE TÜRK HUKUKLARINDA HAYVANIN YOL  
AÇTIĞI ZARARLARDAN DOLAYI HAYVAN  
TUTUCUSUNUN SORUMLULUĞU**

**THE LIABILITY OF ANIMAL HOLDER FOR THE DAMAGE  
CAUSED BY ANIMAL IN ROMAN AND TURKISH LAW**

DOI: 10.21492/inuhfd.364594

**Tunay YÜCE\***

**Özet**

En eski çağlardan bu yana hayvanlar sosyal, ekonomik ve hukuki düzen içinde insanların günlük hayatını kolaylaştıran birer eşya statüsünde görülse de canlı olmaları ve vahşi doğaları gereği olaylar karşısında nasıl bir davranış sergileyeceklerinin önceden kestirilebilir olmaması nedeniyle her zaman ayrı bir hukuki muameleye tabi tutulmuşlardır. Kimi dönemlerde hayvanlar, davranışları sonucu verdikleri zararlardan bizzat sorumlu tutulmuş ve en ilkel dönemlerde doğrudan idam edilerek ya da Ortaçağ Kilise Hukukunun etkisiyle dinden aforoz edilerek cezalandırılmışlar, kimi zaman ise özellikle günümüz hukukunda kabul edilen anlayışa göre hayvanların davranışlarından dolayı yol açtıkları zararlardan doğan sorumluluk hayvanların sahiplerine yükletilmiştir.

Makalenin ilk bölümünde Roma Hukukunda hayvanın yol açtığı zararlardan ötürü hayvan sahibinin, diğer bir deyişle hayvan tutucusunun sorumluluğu incelenmiş olup, Roma Hukukunda bu sorumluluğun tarihsel gelişimi, Eski Hukuk Dönemi, Klasik Öncesi Hukuk Dönemi ve Klasik Hukuk Dönemi ayrı ayrı ele alınarak ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise günümüz Türk Hukukundaki hayvan sahibinin sorumluluğunu düzenleyen kurallar hakkında genel bilgiler verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Actio de Pauperie*, *Edictum de Feris*, Hayvan Tutucusu, Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Doğan Sorumluluk, Roma Hukuku

**Abstract**

Although animals have been seen at the status of goods, which make the lives of human beings easier within the social, economic and legal order, since the ancient ages, they have always been subjected to a separate legal treatment, because they are living creatures and how they will react to events is not predictable due to their wild nature. In some eras, the animals were punished by being held directly responsible for the damages that they caused and were executed in the most

---

\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, tunaytunoglu@hacettepe.edu.tr

primitive ages or were excommunicated under the influence of the Medieval Ecclesiastical Law; sometimes, and particularly according to the understanding of our contemporary law, the owners of the animals were held responsible due to the damage that the animals caused by their behaviors.

In the first part of this study, the responsibility of the animal owner, in other words, the animal's holder, as the result of the damage, caused by the animal, was studied with regard to the Roman Law; the historical development of this responsibility was examined separately under in the Early Law, Pre-Classical Law, and Classical Law Eras, in details. In the second part, the general information is provided about the rules that regulate the responsibility of an animal owner in the Turkish Law.

**Keywords:** *Actio de Pauperie, Edictum de Feris, Animal Holder, Responsibility of Damage Caused by an Animal, Roman Law*

## GİRİŞ

Eski çağlardan bu yana hayvanlar, insanların günlük yaşamlarını kolaylaştırmaları, üretimlerine katkı sağlamaları, güvenliklerini artırmaları gibi çeşitli amaçlarla insanların sosyo-ekonomik yaşamlarında önemli roller üstlenmişlerdir. Öte yandan hayvanlar, doğaları gereği vahşi olmaları ve tahmin edilemeyen içgüdüsel davranışları nedeniyle çevrelerine zarar verebilme riski de taşımaktadırlar. Tüm bu nedenlerle toplumsal yaşamın düzenini sağlamayı amaçlayan çoğu yasada tıpkı insanlar gibi hayvanlar için de çeşitli düzenlemeler karşımıza çıkmaktadır. İlk yazılı kanunlar göz önüne bulundurulduğunda, hayvanların hukuki statülerini oluşturma ve geliştirme çalışmaları Roma Hukukundan daha önceye, Eşnunna Yasalarına<sup>1</sup> ve Hammurabi Kanunlarına<sup>2</sup> kadar uzanmaktadır. Bu yasalarda hayvanların yol açtıkları zararlardan dolayı doğrudan hayvanın sahibine sorumluluk yüklenmiştir. Hayvanın yol açtığı zarar sebebiyle hayvanın sahibi zarar görene belirli bir miktar para ödeyerek sorumluluktan kurtulmaktaydı.

---

<sup>1</sup> Mezopotamya'da keşfedilen ve Hammurabi'den önceki dönemde var olduğu tespit edilen bir krallığın kanunlarıdır. Bu kanunların Kral Daduşa ve Ibadpiel zamanında onlar tarafından tabletlendiği saptanmıştır. BİLGİÇ, Emin.: Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve An'anesi, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 3-4, 1963, s. 111. Eşnunna Kanunlarının M.Ö. 1800'lü yıllarda yazıldığı saptanmıştır. KELCH, G. Thomas: A Short History of (Mostly) Western Animal Law, *Animal Law Review*, C.19; S. 23, 2012-2013, s. 30.

<sup>2</sup> BİLGİÇ, s. 113.

Roma Hukukunda Oniki Levha Kanunundan itibaren hayvanların yol açtıkları zararlardan dolayı sorumluluk sahibine yüklenmekteydi. Zarara sebep olmuş hayvanın sahibi zarar görene ya hayvanı teslim ederek sorumluluktan kurtulur ya da oluşan zarar miktarında para öderdi. Ayrıca Roma'da eski yasalardan farklı olarak hayvanlar ayrıntılı bir biçimde sınıflandırılmış ve her bir sınıf için ayrı bir koruma yolu öngörülmüştü. Roma Hukuku kaynaklarına bakıldığında, hayvanların evcil veya vahşi olmaları, sahipli veya sahipsiz olmaları, hayvan sahiplerine veya hayvanların bizzat kendilerine sorumluluk yüklenip yüklenemeyeceği gibi birçok konuda tartışmalar ve gelişmeler yaşandığı görülmektedir.

Ortaçağ Hukukunda da hayvanların hukuki statüleri ile onların davranışları sonucu oluşan zararlardan kendilerinin mi yoksa sahiplerinin mi sorumlu olacağı konusu oldukça tartışılmıştır. Bu çağda hayvanlar adeta insanlaştırılmış ve yol açtıkları zararlardan dolayı bizzat sorumlu tutulmuşlardır. Bu doğrultuda hayvanlar da tıpkı insanlar gibi işledikleri haksız fiiller dolayısıyla mahkemelere çıkarılmış ve ölüm cezasına çarptırılmıştır<sup>3</sup>. Ayrıca çoğu zaman Kilise hukukunun etkisiyle hayvanlar, yol açtıkları zararın büyüklüğüne göre, aforoz edilmiştir.

Günümüz modern hukuk sistemlerinde yer alan hayvanlar ile ilgili hukuksal düzenlemeler de yukarıda bahsedilen tüm eski çağ yasalarının, uygulamalarının ve tartışmaların bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmanın amacı günümüz Türk Hukuk sisteminde yer alan ve bir tür kusursuz sorumluluk olarak sınıflandırılan, hayvanların yol açtığı zararlardan doğan sorumluluk hakkındaki yasal düzenlemelerin, mensubu olduğumuz Kıta Avrupası sisteminin tarihi süreci esas alındığında, ilk olarak Roma Hukukunda nasıl ortaya çıktığının, geliştiğinin ve sonuçlandığının ortaya konulması ve bu sorumluluğun Türk Hukukuna nasıl yansıdığına genel olarak değerlendirilmesidir.

<sup>3</sup> SLABBERT, Melodie: Prosecuting Animals in Medieval Europe: Possible Explanations, *Fundamina*, C.10, 2004, s. 160-179, POLOJAC, Milena: Actio de Pauperie: Anthropomorphism and Rationalism, *Fundamina*, C. 19, 2012, s. 142.

## I. ROMA HUKUKUNDA HAYVAN TUTUCUSUNUN SORUMLULUĞU

### A. Roma Hukukunda Hayvan Tutucusunun Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemeler

Roma Hukuku metinleri incelendiğinde hayvanın yol açtığı zararlara ilişkin çeşitli kanunlarda ve *Praetor Hukukunun*<sup>4</sup> gelişimi ile birlikte hukukun kaynaklarından biri haline gelen *praetor edictumu*'nda, zarar görene tanınmış birbirinden farklı dava hakları karşımıza çıkmaktadır. Bu davaların hangi tarihte oluşturulduğu, hangi dönemlerde uygulandığı ve ne zaman yürürlükten kalktığı kesin olarak bilinmemekle birlikte, Eski Hukuk Dönemi'nden beri hayvanların yol açtığı zararlara karşı dört çeşit dava hakkının tanındığı görülmektedir.

İlk olarak Oniki Levha Kanunu'nda evcil hayvanların yol açtıkları zararlara karşı zarar görene bir ceza davası olan *Actio de Pauperie* hakkı tanınmıştır. Bu dava günümüze ulaşan klasik formunu ise *Iustinianus Hukuku Döneminde* almıştır<sup>5</sup>. *Digesta* metinlerinde Oniki Levha Kanununa yapılan atıfla, zarara yol açan hayvanın sahibinin, hayvanı, zarar görene teslim etme ya da oluşan zararı maddi olarak karşılama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmiştir.

*D.9.1.1.1. Ulp. : “Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre.”*

*D.9.1.1.1. Ulp: “Dört ayaklı bir hayvan Pauperie'ye (zarar, fakirleşme) yol açtığı zaman Oniki Levha Kanununda bir dava açma hakkı tanınmıştır. Bu durumda savunmaya yol açan*

---

<sup>4</sup>*Ius Honorarium* olarak da adlandırılan *Praetor Hukuku*, Cumhuriyet Döneminin sonlarında *Praetorların* yargı faaliyetleri sırasında hukukun dönemin ihtiyaçlarına cevap vermesini sağlamak için bir takım yeni hukuk prensipleri yaratmaları sonucu oluşan hukuktur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: SCHWARZ, B. Andreas: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948, s. 117-123, UMUR, Ziya.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1990, s. 92-92.

<sup>5</sup> JACKSON, S. Bernard: Liability for Animals in Roman Law: An Historical Sketch, Cambridge L.J., C. 37, S.1, 1978, s. 122.

(zarara sebep olan) hayvan ya zarar görene teslim edilmeli ya da zarar miktarında parasal değer karşı tarafa ödenmelidir.”<sup>6</sup>

Ulpianus tarafından atıf yapılan ve Oniki Levha Kanunu’nda yer alan bir başka dava ise *Actio de Pastu Pecoris* idi. Bu dava sürü hayvanlarını otlatmak üzere bir başkasının arazisine onları izinsiz olarak sokan ve arazi sahibinin ürünlerini yemelerine sebep olan hayvan malikine karşı açılacak bir dava türüdür<sup>7</sup>.

**D.19.5.14.3 Ulp. :** “*Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.*”

**D.19.5.14.3 Ulp. :** “Eğer meşe palamutları senin ağacından benim çiftliğime düşerse ve ben sürüme onları yemeleri için izin verirsem, Aristo’ya göre bu durum için haklarımı savunabileceğim kanuna dayanan bir dava yok: Çünkü Oniki Levha Kanunundan kaynaklanan başkasının arazisine izinsiz girilerek sürü otlatılması durumu ya da pauperie durumu ya da kanuna aykırı bir davranış söz konusu değildir. Bu durumda dava *in factum* olarak açılmalı.”

*Actio de pauperie* ile *Actio de pastu* davaları hayvanın sahibine karşı açılrsa da sorumluluğun hayvanın sahibine yüklenme yolu açısından söz konusu davalar arasında büyük fark vardır. *Actio de Pauperie* davasında kanuna aykırı bir hareket söz konusu değildir, çünkü zarara yol açan hayvanın hareketidir ve hayvan hareketinin kanuna aykırı olduğunu bilebilecek akli yetiye sahip değildir. *Actio de pastu*’da ise sürünün sahibi kanuna aykırı olduğunu bile bile hayvanlarını izinsiz olarak başka bir kimsenin arazisine sokmuş ve ağaçtan düşen meyveleri yedirmiştir. Yani *actio de pauperie*’de hayvanın hareketi dolayısıyla sahibi sorumlu

<sup>6</sup> Bu makalede yer alan tüm *Digesta* metinlerinin çevirisinde ilgili temel kaynak kullanılmıştır: MOMMSEN, Thomas / KRUEGER Paul / WATSON Alan. *The Digest of Justinian*, Pennsylvania, 1985, C.1-2-3-4.

<sup>7</sup> UMUR, Z.; Roma Hukuku Lügati, 1975, İstanbul, s. 5.

tutulurken, *actio de pastu*'da hayvan sahibi doğrudan kendi hukuka aykırı hareketinden sorumlu tutulmaktadır<sup>8</sup>.

*Actio de pastu pecoris*, Iustinianus döneminde sığır ve sürü hayvanlarının yol açtığı zararların da *actio de pauperie* kapsamına sokulmasıyla işlevsiz hale geldi ve uygulama alanını kaybetti<sup>9</sup>.

*Edictum de feris* ise sahipli vahşi hayvanların yol açtığı zararlardan dolayı zarar görene *Praetor* tarafından tanınmış ayrı bir dava hakkıdır<sup>10</sup>. Bu dava ise *actio de pauperie*'den farklı olarak herkesin ortak kullanımında olan kamu alanlarının güvenliğini sağlamak amacıyla, halka zarar verebileceği düşünülen bazı vahşi hayvanların bu yerlerde bulundurulmasını yasak eden ve bu yasağa uyulmaması durumunda ceza öngören bir davadır<sup>11</sup>.

Roma Hukukunda köpekler *actio de pauperie* kapsamında değerlendirilen evcil hayvanlardan ayrı tutulmuştur. Köpeklerin yol açtıkları zarar sonucu zarar görene *Lex peselonia de cane* ile bir *actio utilis*<sup>12</sup> hakkı tanınmıştır<sup>13</sup>. Büyük ihtimalle Yunan kültürünün etkisiyle düzenlenmiş bu kanun hakkında literatürde fazlaca bir bilgi yoktur<sup>14</sup>.

*Lex Peselonia de cane* ile köpeklerin ve *actio de pastu pecoris* kapsamında yer alan sürü hayvanlarının da *actio utilis* yolu ile *actio de pauperie* kapsamına alınmasıyla *actio de pauperie Iustinianus* döneminde evcil, evcilleştirilebilir ve sürü hayvanların tümü için geçerli olan bir dava niteliği kazanmıştır. Bu doğrultuda, hayvanların

---

<sup>8</sup> ASHTON-CROSS, D.I.C.: Liability in Roman Law for Damage Caused by Animals, Cambridge L.J., 11, s.1951-1953, s. 400.

<sup>9</sup> TÜRKÖĞLU-ÖZDEMİR, Gökçe: Roma Hukukunda Hayvanların Yol Açtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk, *Selçuk Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2006, s. 73.

<sup>10</sup> PALMIRSKI, Tomasz: How The Commentaries to de his qui deicerint vel effuderint and ne quis in suggrunda edicts could be used on the ground of edictum de feris, *RIDA*, C.53, 2006, s. 324-325, ASHTON-CROSS, s. 395-400, PLOJAC; s. 119.

<sup>11</sup> KÜÇÜK, Eşref: Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis, Ankara, 2013, s.135.

<sup>12</sup> Var olan bir *ius civile* davasının ve bazen de *praetor* davasının uygulama alanını genişletmek için *intentio*'ya bir *fictio* eklenerek, *praetor*'un yarattığı yeni dava türüne *actio utilis* denir. UMUR,[Lügat], s. 16.

<sup>13</sup> JACKSON, s. 130, PLOJAC, s. 325, ASHTON-CROSS, s. 402.

<sup>14</sup> PLOJAC, s. 325.

yol açtıkları zararlardan sahibinin sorumlu tutulması konusunda evcil hayvanlar için *actio de pauperie*'yi, vahşi hayvanlar için ise *edictum de feris*'i ayrıntılı olarak incelemek yerinde olacaktır.

## **B. Tarihsel Süreç İçerisinde Actio De Pauperie'nin Gelişimi**

### **1. Eski Hukuk Dönemi**

Roma Hukukunda, yazılı hukuk metinleri incelendiğinde hayvan kavramının ilk olarak Oniki Levha Kanunu'nda yer aldığı görülmektedir. Bu kanun ile, evcil ve dört ayaklı bir hayvan tarafından, bir insanın öldürülmesi, yaralanması veya her türlü diğer zararlarına karşı zarar görenin, hayvanın sahibine *Actio de Pauperie* isimli bir dava açması hakkı tanınmıştır<sup>15</sup>. Bu davaya göre, evcil hayvanların doğaları gereği onlardan beklenen uysal ve evcil davranışlarının dışında içgüdüsel olarak vahşice hareket etmelerinden ötürü yol açtıkları zararlar sebebiyle hayvanların bizzat sahipleri sorumlu tutulmaktaydı<sup>16</sup>.

#### **a. Roma Hukukunda Hayvanların Sınıflandırılması**

Roma Hukukçuları *Actio de Pauperie*'nin konusunu belirlerken hayvanları çeşitli sınıflara ayırmışlardır. Bu bağlamda, Roma Hukuku kaynaklarında, hayvanlar çeşitli sınıflara ayrılmış ve her sınıf için farklı koruma yolları öngörülmüştür. Bu sınıflandırmada öne çıkan iki ölçüt hayvanın doğası ve insan ırkına sağladığı yarardır<sup>17</sup>.

Doğaları gereği hayvanlar ikiye ayrılır. Evcil hayvanlar ve vahşi hayvanlar. Roma Hukukunda evcil hayvanlar; at, boğa, öküz, katır ve bu gibi dört ayaklı olan ve insanlara hizmet etmek üzere kullanılan sahipli<sup>18</sup> hayvanlardır. Evcil ve dört ayaklı hayvanların yol açtıkları zararlara karşı zarar görenin *actio de pauperie* açma hakkı vardır. Bu dava ile zarar gören ya zarara yol açan hayvanın kendisine teslimini ya da maddi zararının tazminini isteyebilmektedir.

<sup>15</sup> POLOJAC; s. 119; TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, G.; s. 69-97.

<sup>16</sup> INNES, James Rose: The Roman Law Relating to Damage Done by Animals, African L. J., C. 22, 1905, s. 290.

<sup>17</sup> POLOJAC, s. 121.

<sup>18</sup> ASHTON-CROSS, s. 395.

Vahşi hayvanlar ise, aslan, panter, ayı gibi sahipli olmayan ve doğaları gereği vahşilik gösteren hayvanlardır<sup>19</sup>. Vahşi hayvanların yol açtıkları zararlar için *actio de pauperie* hakkı tanınmamıştır. Ancak ileride de görüleceği gibi sahipli vahşi hayvanların yol açtıkları zararlardan dolayı zarar görene zararını tazmin edebilmesi için *Edictum de Feris* ile bir dava hakkı tanınmıştır<sup>20</sup>.

Bir de evcil ve vahşi hayvanlar arasında olan bir sınıf vardır ki bu hayvanlar vahşi olmalarına rağmen evcilleştirilip insanlar tarafından çeşitli amaçlarla kullanılmaktadır<sup>21</sup>. Örneğin, filler ve develer doğaları gereği vahşi olmalarına karşın insanlar tarafından yük ve çeki hayvanı olarak kullanılmaktadır.

**D. 9.2.2.2. Gaius 7 ad edictum provincial:** “*Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. Sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri. Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. Elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.*

**D.9.2.2.2 :** “*Koyun, keçi, at, katır, eşek gibi ahırlarda tutulan dört ayaklı sürü hayvanları. Burada domuzların da sürü hayvanı olup olmadığı sorgulanabilir. Ve Labeo'ya göre onlar da sürü hayvanı statüsündedir. Ancak köpek bu sınıfa ait değildir. Ayrıca, daha aşikardır ki ayılar, aslanlar ve panterler gibi vahşi hayvanlar da sürü hayvanı değildir. Ancak filler ve develer karışık statüdedir (evcil hayvanlar gibi hizmet ederler ancak doğaları gereği vahşilerdir). Bu sebeple ilk statü kapsamında değerlendirilmelidir.*”

Bir başka sınıflandırma ise hayvanların kullanım amacına göre yapılan ayırmadır. Sığırlar ve diğer sürü hayvanları da hem etinden, sütünden, kürkünden yararlanıldığı hem de kimi zaman yük

---

<sup>19</sup> ASHTON-CROSS, s. 395.

<sup>20</sup> NICHOLAS, Barry: Liability for Animals in Roman Law, Acta Juridica, 1958, s. 185.

<sup>21</sup> PLOJAC, s. 121.



hayvanı olarak kullanıldığı için evcil hayvan olarak nitelendirilmekte ve *actio de pauperie* kapsamında değerlendirilmektedir.

Köpekler ise ne evcil hayvan statüsüne ne de vahşi hayvan statüsüne sokulmuşlardır. Köpekler doğaları gereği günlük yaşamda maliklerinin kullanımında evcil ve uysal hayvanlar olmasının yanında, dış çevreye beklenmedik vahşilikleri nedeniyle evcil hayvan olarak değerlendirilmemişlerdir. Köpeklerin yol açtığı zararlar için zarar görene *Lex Pesolonia de Cane*<sup>22</sup> isimli yasa ile bir *actio utilis* açma hakkı tanınmıştır.

Roma hukukunda hayvanların sınıflandırılması koruma yollarının çeşitliliği açısından önem arz etmektedir. *Actio de pauperie*'nin uygulanabilmesi için dört ayaklı evcil (sahipli) hayvanların içgüdüsel hareketleri nedeniyle zarara yol açmaları gerekmektedir.

#### **b. 12 Levha Kanununa göre “Pauperie” Kavramı**

Roma Hukukçular *Lex Aquilia* gibi çeşitli yasalarda zarar kelimesi *damnum*<sup>23</sup> terimi ile adlandırılırken, evcil hayvanların yol açtıkları zararlar Oniki Levha Kanununda *pauperie* olarak adlandırmıştır. Bu farklılığın sebebi, Romalı hukukçular tarafından tartışmalara konu edilmiştir. Ancak çoğu hukukçu bu tartışmanın çözümsüz olduğu görüşüne varmıştır<sup>24</sup>.

*Pauperie* teriminin teknik anlamı yoksulluk halidir<sup>25</sup>. Hayvanın yol açtığı zarar, zarar göreni yoksullaştırdığı için dava *Actio de Pauperie* olarak isimlendirilmiştir. Ancak insanların yol açtıkları zararlar da zarar göreni yoksullaştırdığından farklılığın sebebi bu olmamalıdır.

Watson'a göre<sup>26</sup> *pauperie* terimi az üretme ya da üretken olmama halidir. Eğer dört ayaklı bir hayvan içgüdüsel hareketi sonucu bir kimsenin normal üretkenliğini azaltır veya üretkenliğini ortadan kaldırırsa *pauperie* durumu ortaya çıkar<sup>27</sup>. *Actio de*

<sup>22</sup> JACKSON, s. 122, 128; PLOJAC, s. 124; TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, s. 73.

<sup>23</sup> Damnum: zarar, zıyan. UMUR, Ziya; s. 53.

<sup>24</sup> PLOJAC, s. 124.

<sup>25</sup> LEWIS, Charlton. T. / SHORT, Charles: A Latin Dictionary, Oxford, 1975, s. 1318.

<sup>26</sup> WATSON, Alan: The Original Meaning of Pauperies, RIDA, C. 17, s. 357.

<sup>27</sup> PLOJAC, s. 124.

*Pauperie*'deki zarar, bir insanın ölmesi, yaralanması durumunda üretkenliğinin azalması veya sona ermesi olabileceği gibi, kölelerin ve sürü hayvanlarının da yaralanması veya telef olması sonucunda yine üretimin veya sahiplerine kâr sağlamalarının azalması veya ortadan kalkması da olabilir<sup>28</sup>. Dolayısıyla, *Actio de pauperie*'de dikkate alınan zarar *Lex Aquilia*'daki gibi yalnızca zarar olduğu andaki maddi bir kayıp değil, zarar görenin üretiminin azalması veya bitmesi nedeniyle gelecekte edinebileceği kazancın da azalmasıdır.

Ek olarak, yine Watson'a göre, *pauperie* dört ayaklı hayvanların hukuka aykırı olmayan davranışları sonucu yol açtıkları zarar olarak değerlendirilmelidir<sup>29</sup>.

**D. 9.1.1.3:** *Ait praetor "pauperiem fecisse". Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.*

**D.9.1.1.3:** *Praetor şöyle der: "Pauperie işlemesi durumunda." Pauperie zarara yol açanın herhangi bir hukuka aykırı davranışının olmaması ve tabii ki bu hayvanın hukuken yanlış davranış yaptığını bilebilecek akli yeterliliği olmaması sebebiyle oluşan zarardır.*

*Digesta* metninden de anlaşılacağı üzere, *pauperie* olarak nitelendirilen zarar akıldan yoksun hayvanların hukuk düzenince hukuka aykırı sayılamayacak hareketleri sonucu ortaya çıkan zarardır. Bu bağlamda, teknik bir kavramdır.

## 2. Klasik Öncesi Hukuk Dönemi

Klasik Hukuk Dönemi öncesi *Praetorlar* beyannameleri ile *actio de pauperie* hakkının hangi koşullarda verilir verilemeyeceği hususunda çeşitli kurallar getirmişlerdir. Bu dönemde, hayvanların yol açtıkları zararlar ile ilgili olarak ilk görüş belirten rahip hukukçu *Quintus Mucius Scaevola*<sup>30</sup>, dır<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> WATSON, 362; PLOJAC, s. 125.

<sup>29</sup> WATSON, s. 365.

<sup>30</sup> *Quintus Mucius Scaevola*, *pontifex maximus* görevinde bulunmuştur. *Pontifex Maximus*, Roma'da, hukuki değerlendirmelerde de bulunan ancak özellikle dinin ve bütün rahiplerin büyük reisi konumunda olan hukukçu rahiptir. UMUR; [Lügat] s. 158.

<sup>31</sup> PLOJAC, s. 130; JACKSON, s. 125.

**D. 9.1.1.11 Ulpianus libro 18 ad edictum:** “Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere.”

**D.9.1.1.11 Ulpianus 18. Kitap:** “İki öküz veya koç kavga edip biri diğerini öldürdüğünde, Quintus Mucius şu ayrımın altını çizmiştir. Eğer ilk saldıran ölmüşse bu dava[actio de pauperie] açılmaz, ancak kavgayı başlatmayan ölmüşse bu dava açılabilir. Saldırgan hayvanın sahibi noxal sorumluluk kapsamında ya karşı tarafın zararını karşılayacaktır ya da hayvanı karşı tarafa teslim edecektir.”

Quintus Mucius’un kazuistik görüşü önem arz etmektedir, çünkü ona göre, saldırıyı başlatan hayvanın ölmesi durumunda actio de pauperie açma hakkı tanınmaz. Ancak savunmaya geçen hayvanın ölmesi durumunda sahibi karşı tarafa actio de pauperie davasını açabilir ve zararının karşılanmasını ya da zarara yol açan hayvanın kendisine teslim edilmesini isteyebilir.

Bir başka Cumhuriyet Dönemi hukukçusu olan Servius Sulpicius Rufus’a göre ise hayvanın doğal hareketleri sonucu zararın ortaya çıkması gerekmektedir.

**D. 9.1.1.4 Ulpianus libro 18 ad edictum:** “Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur.”

**D.9.1.1.4 Ulpianus 18. Kitap:** “Ancak Servius’un yazdığı gibi dava hakkı dört ayaklı hayvanın vahşiliği kışkırtıldığı zaman tanınır. Örneğin tepmeye meyilli bir atın tepmesi veya bir koçun bir kişiyi boynuzlaması gibi ya da bir katırın alışılmadık hareketi sonucu zarara sebep olması. Diğer taraftan, bir katırın üzerindeki yükü düz olmayan zemin yüzünden ya da sürücüsünün ihmali nedeniyle yahut aşırı

*yüklendiği için düşürerek zarara yol açması durumunda bu dava hakkı tanınmaz. Burada hukuka aykırı hareket sonucunda oluşan zarar nedeniyle tanınan dava açılmalıdır. ”*

*Servius*'a göre *actio de pauperie* ancak içgüdülerine göre hareket eden hayvanın yol açtığı zararlar dolayısıyla tanınabilir. Eğer hayvan dış etkenler veya insan davranışları nedeniyle evcil doğasına aykırı olarak hareket etmiş ve bu hareketinden ötürü bir zarar oluşmuş ise zarar görene *actio de pauperie* açma hakkı tanınmaz. Burada zarar görenin açabileceği dava *Lex Aquilia* kapsamındadır<sup>32</sup>.

İnsan davranışları sonucu oluşan zararlar her zaman *actio de pauperie* kapsamı dışında tutulmuştur. İnsanların hatalı davranışları sonucu oluşan zararlardan dolayı zarara uğrayan, *Lex Aquilia*<sup>33</sup> kapsamında yer alan *damnum iniuria datum*<sup>34</sup> (mala verilen zarar) sebebiyle tanınan *actio legis aquiliae* davasını ya da yine *Lex Aquilia* kapsamında *praetor* tarafından tanınan *actio in factum* davasını açabilir<sup>35</sup>.

İnsanların hatalı davranışları sonucu oluşan zararlar sebebiyle sorumluluğun doğrudan insana ait olacağı hususunda *Digesta* metninde *Servius*'un bir başka görüşü yer almaktadır.

**D. 9.1.1.5:** “*Sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alicui damnum dederit: si contineri firmius ab alio poterit vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit et tenebitur qui canem tenebat.*”

**D.9.1.1.5:** “*Ancak, sahibinin yönlendirmesiyle dışarı çıkarılmış bir köpek vahşiliği sebebiyle herhangi birine saldırır ve herhangi bir zarar verirse -ki köpek onu dışarı çıkaran sahibi tarafından daha iyi zapt edilebilir veya söz*

<sup>32</sup> PLOJAC, s. 130.

<sup>33</sup> M.Ö. 287'de *Aquilius* adlı *tribunus*'un çıkarttığı bir kanundur. Bu kanun ile başkasının malına verilen zararın nasıl tazmin edilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. UMUR; [Lügat], s. 113; *Lex Aquilia* hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: SÖĞÜTLÜ-ERİŞGİN, Özlem: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara, 2002, s. 15-17; ÖCAL, Bahar: *Damnum Iniuria Datum*'da *Iniuria* ve *Culpa* İlişkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2011), Cilt 2, Sayı 1, s.385.

<sup>34</sup> SOMER, Pervin: Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul, 2008, s. 81-116.

<sup>35</sup> PLOJAC, s. 130.

*konusu yere hiç çıkartılmayabilirdi- bu dava uygulanamaz. Bu sebeple köpeğin sahibi sorumludur.”*

*Servius*'a göre köpeğin sahibinin köpeği iyi zapt edememiş olması veya köpeği dışarı çıkarmış olması zarara sebebiyet vermiştir. Çünkü köpeği daha iyi bağlasaydı ya da hiç dışarı çıkarmasaydı bu zarar oluşmayacaktı. Dolayısıyla köpeğin içgüdüsel olarak vermiş olduğu zarar dahi olsa, bu zarar doğrudan sahibinin hatalı veya ihmali hareketleri sonucu oluşmuştur ve bu durumda *actio de pauperie* hakkı tanınmaz. Hayvan sahibi hayvanı dışarı çıkartarak, hayvanın içgüdüsel davranışları nedeniyle yol açabileceği zararın riskini üzerine aldığı için kendisi doğrudan sorumludur<sup>36</sup>.

*Servius*'un öğrencisi *Alfenus Varus* ise bir başka görüş ile *actio de pauperie*'nin uygulama alanının sınırını çizmiştir.

**D. 9.1.5:** “*Alfenus libro secundo digestorum: Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem reiecit et crus agasoni fregit: consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset. Respondi posse.”*

**D.9.1.5:** “*Bir damat bir atı hanın avlusuna sürerken, bir yük katırını koklarsa ve yük katırı da bunun sonucu çifte atar ve damadın bacağını kırarsa. Bir görüş, katırın sahibinin, katır pauperie'ye yol açtığı için sorumlu tutulup tutulamayacağını sorar. Cevabım evettir.*”

*Alfenus*'a göre atın katırı koklaması, bir kışkırtma ya da katırın vahşi davranışına yol açan bir sebep değildir. Bu nedenle katırın yol açtığı zarardan ötürü katırın sahibinin *noxal* sorumluluğu<sup>37</sup> vardır.

<sup>36</sup> ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, s. 1100.

<sup>37</sup> Noxal dava: Bir kimsenin haksız fiilinden dolayı, başka bir kimsenin sorumlu tutulmasıdır. Klasik Dönemde alieni iuris (aile evladı) tarafından işlenen haksız fiiller nedeniyle aile reisi sorumlu tutulurken ve köleler tarafından işlenmiş haksız fiiller için efendileri sorumlu tutulmuştur. UMUR; [Lügat], s. 141. Ayrıntılı bilgi için bkz.: TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 2009, s. 141-142, 146-147. Ayrıca, *Noxal* Sorumluluk için bkz.: SÖĞÜTLÜ-ERİŞGİN, s. 147-150; ÖCAL, s. 375, dip.67, s. 385

Tüm Klasik Hukuk Dönemi öncesi hukukçuların düzenlemelerinden yola çıkarak, hayvanın sahibinin *actio de pauperie* kapsamında *noxal* sorumluluğunun doğması için evcil hayvanın içgüdüsel davranışının dış etkenlerin kışkırtmasından ve ya bir insan davranışının etkisinden kaynaklanıyor olmaması gerekmektedir<sup>38</sup>.

### 3. Klasik Hukuk Dönemi

#### a. Contra Naturam İlkesi

Hayvanın yol açtığı zararlardan doğan sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Hayvanın sahibi hayvanın hareketleri sonucunda oluşan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulmuştur. Ancak bu katı sorumluluğa *contra naturam* ilkesi ile belirli bir sınır çizilmiştir<sup>39</sup>. *Contra naturam* ilkesinin ilk olarak ne zaman ortaya çıktığı kesin olarak bilinmemekle birlikte literatürde bununla ilgili tartışmalar mevcuttur. Haymann'a<sup>40</sup> göre bu prensip klasik hukuk döneminde değil; Bizans Hukuku'nun etkisiyle uygulanmaya başlayan bir ilkedir ve *actio de pauperie*'nin doğasını değiştiren, neredeyse hayvanın kusurunun sorgulanmasına yol açan bir düzenlemedir. Ancak çoğu yazar<sup>41</sup> *contra naturam* prensibinin klasik dönem eseri olduğunu savunur. Bazı modern roma hukukçusuna göre *contra naturam*, *Ulpianus*'un Yunan felsefesi ve doğal hukuk<sup>42</sup> akımından

---

<sup>38</sup> PLOJAC, s. 132.

<sup>39</sup> *Contra Naturam* prensibi Romalı hukukçular tarafından uygulansa da eski dönemde anlamı ve işlevi hiçbir zaman tartışma konusu olmamıştır. *Contra Naturam* prensibi ilk olarak *glossatorlar* tarafından derinlemesine incelenmiş ve yorumlanmıştır. PLOJAC, s. 134. M.S. 4. Yüzyılda İtalya'da kurulan hukuk okullarında Klasik Dönem Hukukçularının metinleri o dönem hukuk hocaları tarafından kendi zamanlarında uygulanmakta olan hukuk açısından değerlendiriliyor ve bu açıklamaları ellerindeki el yazması metinlerin boş kısımlarına ekliyorlardı. El yazması metinler ise yeniden kopyalanırken bu notlar da metine ekleniyor ve böylece *glossa* adındaki değişiklikler meydana geliyordu. KARADENİZ\_ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar, Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Ankara 2014, s.72.

<sup>40</sup> "Haymann, F.: Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht.Zur Haftung für Tierschaden (actio de pauperie), C.42, 1921, Zeitschrift der Savigny Stiftung der Rechtsgeschichte Rom Abt, 357-393" naklen (PLOJAC, s. 134.)

<sup>41</sup> ASHTON-CROSS, s. 399, ZIMMERMANN, s. 1103,.

<sup>42</sup> Doğal Hukuk/*Ius Naturale*: Kanun koyucunun iradesinin eseri olan *ius civile* karşısında onun iradesine bağlı olmayan, *Iustinianus*'a göre ilahi güç tarafından vaz'edilmiş hukuk kurallarıdır. UMUR; [Lügat], s. 101.

etkilenecek onun tarafından yaratılan bir prensiptir<sup>43</sup>. Çünkü *Ulpianus*, *contra naturam* ilkesini açıklarken, diğer Romalı hukukçuların görüşlerine değinmemiştir<sup>44</sup>. Ayrıca “*natura*” kelimesi, yine *Ulpianus*’un literatüre kattığı *ius civile*, *ius gentium* ve *ius naturale* ayrımındaki *ius naturale* ile benzerlik göstermektedir<sup>45</sup>.

**D.1.1.1.3 Ulp. libro primo institutionum:** “*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi.*”

**D.1.1.1.3 Ulp. birinci institutiones kitabı:** “*Ius Naturale doğanın tüm hayvanlara öğrettiği kurallardır. Yalnız insan ırkına değil, tüm hayvanlar için geçerlidir: Kara hayvanları, deniz hayvanları hatta kuşlar dahi. Bundan dolayı bizim kadın ve erkek evliliği gelir ve çocuğun yapılması ve beslenmesi. Görebiliyoruz ki vahşi hayvanlar dahil tüm hayvanlar bu yasadandır.*”

*Contra naturam* prensibine göre hayvanın sahibinin hayvanın yol açtığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için hayvanın evcil doğası dışında vahşice davranarak bir zarara yol açması gerekmektedir<sup>46</sup>.

**D.9.12.1.7:** “*Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. At si, cum equum permulisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus.*”

<sup>43</sup> WYLIE, KERR J.: Injuries by Animals In Roman Law, The South African L.J., C.51, 1934, s. 176-178, “MELEZE\_MODRZEJEWSKI, Nature des animaux, s. 184 naklen (PLOJAC, s. 136).

<sup>44</sup> PLOJAC, s. 136.

<sup>45</sup> PLOJAC, s.136.

<sup>46</sup> TÜRKOĞLU- ÖZDEMİR, s. 83. ZIMMERMANN, s. 102-103; ASHTON-CROSS, s. 400, POLOJAC, s. 134.

**D. 9.12.1.7:** “Genel kural şudur ki, bu dava nerede olursa olsun hayvanın doğası dışında vahşice davranması sonucu *pauperie* işlemesi durumunda açılabilir. Ancak, bir at canı yandığı için tekme atarsa bu, dava dışındadır. Ancak acı çeken ata vuran veya yaralayan kimsenin *Lex Aquilia* kapsamında *actio in factum* dolayısıyla bir sorumluluğu vardır. Çünkü kendi vücudu ile vermiş olduğu bir zarar söz konusu değildir. Ancak at onu besleyen ya da okşayan kişiyi teperse bu dava açılabilir.”

*Actio de pauperie* davasının açılabilmesi için evcil hayvanın kendisinden beklenemeyecek vahşilikte ve barışçıl doğası dışında hareket ederek, zarara yol açması gerekmektedir<sup>47</sup>. Hayvanın dış etkenler tarafından kıskırılması sonucunda vahşice hareket ederek, zarara yol açması durumunda bu ilke geçerli olmaz.

**Iust. Inst. 4.9. :** *haec autem actio in his quae contra naturam moventur locum habet: ceterum si genitalis sit feritas, cessat.*

**Iust. Inst. 4.9. :** *Bu dava hayvanın doğası dışında vahşileşmesi durumunda uygulanır. Doğuştan vahşi olan hayvanları kapsamaz<sup>48</sup>.*

*Iustinianus*'a göre vahşilik iki kategoride değerlendirilir. Birincisi, vahşi hayvanların doğaları gereği vahşi davranmaları (*feritas secundum naturam*) ve ikincisi ise evcil hayvanların doğalarının aksine vahşi davranmaları (*feritas contra naturam*)<sup>49</sup>. *Contra naturam* ilkesi, ikinci kategoride (*feritas contra naturam*) yer alan evcil hayvanları kapsar<sup>50</sup>.

### **b. Davanın Noxal Karakteri**

Roma Hukukçularının bazıları *actio de pauperie*'nin bir *noxal* dava<sup>51</sup> olduğunu savunur<sup>52</sup>. Çünkü *noxal* davada kölenin işlediği

---

<sup>47</sup> ASHTON-CROSS, s. 400.

<sup>48</sup> Bu makalede, *Iustinianus Institutiones*'e ilişkin metinlerin çevirisi için ilgili internet kaynaklarından yararlanılmıştır: Latince metinler için: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/institutes4.shtml#iv:ix>, İngilizce çevirileri için: [http://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm#link2H\\_4\\_0093](http://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm#link2H_4_0093).

<sup>49</sup> PLOJAC, s. 134.

<sup>50</sup> NICHOLAS, s. 187.

<sup>51</sup> UMUR: [Lügat], s. 141; TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 2009, s. 141-142, 146-147.



haksız fillerden efendisinin sorumlu tutulması gibi ya da aile evladının işlediği haksız fillerden aile reisinin sorumlu tutulması gibi<sup>53</sup>, hayvanın yol açtığı zararlardan dolayı da hayvanın sahibi sorumlu tutulmuş ve davanın ona karşı açılacağı kuralı kabul edilmiştir. Çeşitli *Digesta* metinlerinde *actio de pauperie*'ye *noxal* davadakine benzer nitelikler yüklendiği görülmektedir.

**D. 9.1.1.11 Ulpianus libro 18 ad edictum:** “...*competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere.*”

**D.9.1.1.11 Ulpianus 18. Kitap:** “... *saldırgan hayvanın sahibi noxal olarak ya karşı tarafın zararını karşılayacaktır ya da hayvanı karşı tarafa teslim edecektir.*”<sup>54</sup>

**D.9.1.1.14:** “*Noxae autem dedere est animal tradere vivum. Demum si commune plurium sit animal, adversus singulos erit in solidum noxalis actio, sicuti in homine.*”

**D.9.1.1.14:** “*Noxal olarak teslim için hayvanın canlı olarak karşı tarafa verilmesi gerekmektedir. Ayrıca, hayvan birkaç kişinin ortak mülkiyetinde ise, her biri tümüyle noxal davadan sorumludur, tıpkı ortak mülkiyete konu olan köle gibi.*”

Hayvan sahibi tıpkı *noxal* davada olduğu gibi, hayvanın hareketi sonucu oluşan zarar hayvanın değerini aşsa dahi hayvanı teslim ederek<sup>55</sup> bu sorumluluktan kurtulabilmektedir.

**D.9.1.1.13:** “*Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio.*”

**D.9.1.1.13:** “*Açıkça, yine de, eğer hayvan hüküm verilmeden önce ölürse, dava sona erer.*”

<sup>52</sup> UMUR; [Lügat], s. 141, LENEL, s. 318, KASER, M.: Das Römische Privatrecht, C.1, Münih 1955, s. 633 naklen (PLOJAC, s. 137).

<sup>53</sup> Efendinin Kölenin yol açtığı zararlardan sorumluluğu ve aile babasının aile evlatlarının fillerinden sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: PESCHKE-GÜNEŞ, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria) Yetkin yayınları, Ankara 2014, s. 110-114., ÇELEBİCAN-KARADENİZ, Özcan: Roma Hukuku, 14. Bası, Ankara 2014, s. 123-172.

<sup>54</sup> MOMMSEN / KRUEGER / WATSON, s. 276.

<sup>55</sup> RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 2014, s. 213.

*Noxal* davada olduğu gibi *actio de pauperie*'de, de hareketi sonucu zarara yol açan hayvanın dava açılmadan önce ölmesi durumunda, artık sahibine karşı bu dava açılmazdı.

Ancak bazı modern Roma hukukçuları<sup>56</sup> *actio de pauperie*'nin bir *noxal* dava olmadığı hatta *noxal* dava ile *actio de pauperie* arasında çok büyük farklar olduğu görüşündedir<sup>57</sup>.

Özellikle Ankum'a göre ilk olarak köle ve aile evladından farklı olarak, hayvanların hukuka aykırı bir hareket yaptığını bilebilecek bir yetisi yoktur<sup>58</sup>.

**D. 9.1.1.3:** “... *nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.*”

**D.9.1.1.3:** “... *hayvanın hukuken yanlış davranış yaptığını bilebilecek akli yeterliliğe haiz olmaması sebebiyle oluşan zarardır.*”

Ayrıca köleler veya aile evlatları işledikleri haksız fiiller nedeniyle efendilerine veya aile babasına karşı açılacak *noxal* davadan önce ya da davanın görüldüğü sırada azat edilerek özgür veya diğer sebeplerle *sui iuris*<sup>59</sup> durumuna gelebilirler. Böylece dava açıldığı sırada köle azat edilmiş ve aile evladı *sui iuris* durumuna gelmiş ise efendiye veya aile reisine *noxal* dava açılmaz, haksız fiili işleyene karşı doğrudan haksız fiil davası açılabilirdi<sup>60</sup>. Ancak *Actio de pauperie*'de hayvanın özgürleşmesi veya *sui iuris* statüsüne erişmesi mümkün değildir<sup>61</sup>. Roma'da hayvanlar bambaşka bir statüye sahiplerdi. Dolayısıyla *noxal* davanın düşmesi ile davanın bir haksız fiil davası olarak özgürleşemeyen veya *sui iuris* statüsüne erişemeyen hayvana açılabilmesi de mümkün değildi.

---

<sup>56</sup> WYLIE, s. 447-458, BIONDI, B.: Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, C. 35, 1927, s. 1-41 naklen (PLOJAC, s. 137), ANKUM, Hans: *Actio de Pauperie et actio Legis Aquiliae*, Studi C. Sanfilippo, C.2, Milano 1982, s. 13.59 naklen (PLOJAC, s. 138).

<sup>57</sup> PLOJAC, s. 137-138.

<sup>58</sup> ANKUM, s. 14-15 naklen (PLOJAC, s. 137).

<sup>59</sup> *Sui iuris*: Bir aile reisinin hakimiyeti altında bulunmayan ve bu nedenle hak sahibi olup, kendi hesabına hukuki işlem yapabilen kimse. UMUR; [Lügat], s. 202.

<sup>60</sup> RADO, s. 213

<sup>61</sup> ANKUM, s. 14-15 naklen (PLOJAC, s. 138).

Ankum'un görüşlerine rağmen yukarıda sayılan benzerlikler ışığında, *actio de pauperie* hayvanların özel statüleri dikkate alınarak ortaya konulmuş bir *noxal* dava türü olduğu söylenebilir.

### c. Actio De Pauperie'nin Koşulları

Oniki Levha Kanununa göre zararın dört ayaklı evcil bir hayvan tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.<sup>62</sup>

**D.9.1.1.2:** “*Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet.*”

**D.9.1.1.2:** “*Bu dava tüm dört ayaklı hayvanlara uygulanır.*”

Dört ayaklı hayvanlar keçiler, sığırlar, atlar, eşekler, katırlar gibi yük ve çeki hayvanı olarak kullanılabilen cinslerdir. *Actio de pauperie* davasının uygulanabilmesi için hayvanın dört ayaklı olması kuralı, sonradan Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının dönemin ihtiyaçları doğrultusunda *actio utilis* hakkı tanınması sonucunda genişlemiş ve ördek, tavuk, kaz, horoz gibi iki ayaklı hayvanlar da *actio de pauperie* kapsamına sokulmuştur<sup>63</sup>.

**D.9.1.4 :** “*Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.*”

**D.9.1.4 :** “*Bu dava diğer türlerin yol açtıkları pauperie dolayısıyla actio utilis olarak da açılabilir.*”

*Actio de Pauperie* yalnız evcil hayvanların yol açtıkları zararlar için uygulanır. Vahşi hayvanlar bu davaya tabi değildir. *Edictum de feris* ile sahipli vahşi hayvanların hareketleri sonucu oluşan zararlardan ötürü sahibine karşı ayrı bir dava açma hakkı tanınmıştır<sup>64</sup>.

Sorumluluk doğrudan mülkiyet hakkı ile ilgilidir<sup>65</sup>. Hayvanın yol açtığı zararlardan dolayı sahibi sorumlu tutulmaktadır. *Actio de pauperie*'nin *litis contestio* aşamasında, hayvanın sahibi kim görünüyorsa, sahibi o kimse sayılır<sup>66</sup>. Diğer bir deyişle, hayvan zararı meydana getirdikten sonra ancak *actio de pauperie* davasından önce iyi niyet prensibi kapsamında satılır ve el

<sup>62</sup> TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, s. 76.

<sup>63</sup> TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, s. 78.

<sup>64</sup> ASHTON-CROSS, s. 396-397.

<sup>65</sup> INNES, s. 290.

<sup>66</sup> TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, s. 77.

değiştirirse, hayvanın yeni sahibi söz konusu zarardan sorumlu tutulabilirdi<sup>67</sup>.

Eğer hayvan dava açılmadan önce ölürse, sahibinin sorumluluğu ortadan kalkar<sup>68</sup>.

**D.9.1.1.13:** “*Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio.*”

**D.9.1.1.13:** “Eğer hayvan dava açılmadan önce ölürse, dava açma hakkı da onunla birlikte sona erer.”

Hayvanın sahibi dava açılmadan önce ölse dahi mirasçılarının *actio de pauperie* kapsamında sorumlulukları devam eder.

**D. 9.1.1.17:** “*Hanc actionem nemo dubitaverit heredi dari ceterisque successoribus: item adversus heredes ceterosque non iure successionis, sed eo iure, quo domini sint, competit.*”

**D. 9.1.1.17:** “*Kimsenin şüphesi yoktur ki pauperie davası mirasçılara ve haleflere de açılabilir, bu miras hakkı ile ilgili olarak değil doğrudan malikin hukuksal sıfatı ile ilgilidir.*”

### C. Edictum de Feris

Önceki bölümlerde bahsedildiği gibi hayvanların sınıflandırılması hukuki koruma yollarının seçimi açısından farklılık yaratır. Zarar görmüş kimseye *actio de pauperie* tanınması için hayvanın evcil olması gerekirdi<sup>69</sup>. Oniki Levha Kanunu’nda, evcil hayvanlar için düzenlenmiş olan bu uygulama karşısında vahşi hayvanların yol açtıkları zararlara karşı herhangi bir koruma yolu öngörülmemiştir<sup>70</sup>. Çünkü vahşi hayvanlar eski Roma’da sosyal yaşamın bir parçası değildi. Roma Devleti eski dönemlerde tarımsal faaliyetlere dayalı ekonomileri ile varlığını sürdürmekteydi. Yalnız tarım ile uğraşan halkın da günlük yaşamlarında yük ve çeki hayvanı olarak kullanabileceği evcil hayvanlara ya da etinden, sütünden veya yününden yararlanabileceği sürü hayvanlarına ihtiyacı vardı. Cumhuriyet Dönemi ile birlikte Roma Devleti’nin komşu devletlerle yaptığı savaşlar sonucu sınırlarının genişlemiştir<sup>71</sup>. Halk bu savaş

---

<sup>67</sup> INNES; s. 290, TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR; s. 78-79.

<sup>68</sup> INNES; s. 290, TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR; s. 78-79, PLOJAC; s. 140.

<sup>69</sup> TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, s. 85

<sup>70</sup> PLOJAC; s. 140-141.

<sup>71</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇELEBİCAN-KARADENİZ, Özcan, s. 19-21.

ganimetleri ile zenginleşmiş, ticaret yapmaya başlamış ve iyi bir refah düzeyine ulaşmıştır<sup>72</sup>. Ele geçirilen topraklardaki çeşitli vahşi hayvanların zengin sınıf tarafından evcil hayvan olarak sahiplenilmek istenmesi ya da Gladyatör oyunlarında kullanılmak üzere bu vahşi hayvanların şehirlere getirilmesi sonucunda vahşi hayvanlar da sosyal yaşamın bir parçası olmaya başlamıştır<sup>73</sup>. Dolayısıyla vahşi hayvanların yol açtıkları zararlara karşı *aedilis curulis*<sup>74</sup> *edictum*'u ile yeni bir koruma yolu tanınmıştır<sup>75</sup>.

**D. 21.1.40.1 Ulpianus:** *Deinde aiunt aediles: "Ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem,"*

**D.21.1.40.1 Ulpianus:** "Bundan başka *aedilis* şöyle demektedir: "Kimse köpek, vahşi domuz, kurt, ayı panter, aslan..." "

**D.21.1.41 Paulus:** "...Et generaliter "aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint,"

**D.21.1.41 Paulus:** "...ve bu tür zarar verebilecek her türlü hayvanın serbestçe dolaşımına ve iple bağlı olmaksızın tutulmasına izin verilemez,"

**D.21.1.42 Ulpianus:** "...qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. Si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicitur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli".

**D.21.1.42 Ulpianus:** "...Kamuya açık bir yolun olduğu yerde, başkalarının yaralanmasına veya zarar görmesine izin verilmez. Eğer bu kurala karşı gelinirse, zarar veren hayvanın maliki, özgür bir kimsenin ölmesi durumunda 200 Altın'a,

<sup>72</sup> KÜÇÜK; s. 132.

<sup>73</sup> TÜRKÖĞLU- ÖZDEMİR, s. 85, ZIMMERMANN, s. 1105.

<sup>74</sup> *Aedilis Curulis*: Roma'da oyunların düzenlenmesi, kolluk güçlerinin sağlanması, yolların bakımı ve Pazar yerlerindeki alım satımın kontrolünü sağlayarak devletin belediye hizmetini gören *magistradır*. Senede bir seçilirler ve iki kişiden oluşurlardı. UMUR; [Lügat], s. 20.

<sup>75</sup> ZIMMERMANN, s. 1104-1105.

*özgür kimsenin yaralanması halinde, hakkaniyete uygun bir miktara, diğer hallerde ise uğranılan zararın iki katı tutara mahkûm edilir.”*

M.Ö. birinci yüzyıl itibariyle yaygınlaşan sahipli vahşi hayvanların yol açtıkları ölüm, yaralama ve her türlü zarara karşı getirilen *actio de feris* bir ceza davasıdır<sup>76</sup>. Vahşi hayvanın yol açtığı zarar sonucu özgür bir insanın ölümü gerçekleşmiş ise iki yüz altın para cezası verilirdi. Özgür insan yaralanmış ise hâkimin takdir edeceği meblağ ceza olarak zarar görene ödenirdi. Özgür kimsenin yaralanması durumunda hâkim yaralananın tedavi masraflarını ve yaralandığı andaki ve gelecekteki kazanç kayıplarını dikkate alarak hakkaniyete uygun karar vermesi gerekirdi<sup>77</sup>. Eğer maddi zarar gerçekleşmiş ise bu zararın iki katı ceza öngörülürdü.

*Actio de pauperie* ile *actio de feris* arasında dava konusunun vahşi/evcil hayvan olması bakımından farklılığın yanında ayrıca öngörülen cezalar yönünden de farklılık vardır. *Actio de pauperie*'de zarara yol açan hayvanın sahibi davanın *noxal* karakteri nedeniyle hayvanı teslim ederek sorumluluktan kurtulabilirdi. Bu davada zararın özgür kişinin ölümü, yaralanması veya diğer zararlar gibi sonuçlar doğurması bakımından bir ayırım yapılmamıştı. Oysa *actio de feris*'de doğabilecek zararlar çeşitlendirilmiş ve her bir zarar için ayrı koruma yolları öngörülmüştür<sup>78</sup>. *Actio de feris*'in, *actio de pauperie* gibi *noxal* bir karakteri yoktur. *Actio de feris* toplumun güvenliği amacıyla ve her an zararın doğabileceği kaygısıyla halkın yaşadığı ortamlarda bu tür vahşi hayvanların bulundurulmasının yasak edilmesini düzenlemektedir<sup>79</sup>. Zarar doğduğunda hayvan tutucusu vahşi hayvanı karşı tarafa teslim ederek sorumluluktan kurtulamamaktaydı.

Bu *Edictum*'un uygulanması için ayrıca vahşi hayvanın sahipli olması koşulu aranırdı<sup>80</sup>. Zararı gerçekleştirdiği anda sahibinin

---

<sup>76</sup> KÜÇÜK, s. 134.

<sup>77</sup> ASHTON-CROSS, s. 395.

<sup>78</sup> TÜRKOĞLU- ÖZDEMİR, s. 90.

<sup>79</sup> KÜÇÜK, s. 135.

<sup>80</sup> ASHTON-CROSS, s. 395.

egemenliği altında bulunmayan kaçak bir hayvan için önceki sahibinin sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>81</sup>.

*Edictum de Feris* ile amaçlanan kamuya ait alanlarda halkın güvenliğini artırmak amacıyla, halka zarar verebilme riski olan vahşi hayvanların bu tür yerlerde bulundurulmamasını sağlamaktır<sup>82</sup>.

## II. GÜNÜMÜZ TÜRK HUKUKUNDA HAYVANIN YOL AÇTIĞI ZARARLARDAN DOLAYI SORUMLULUK

### A. Sorumluluğun Kaynağı

Türk Hukukunda Hayvanın yol açtığı zararlardan dolayı hayvan tutucusunun sorumluluğu 818 sayılı eski Türk Borçlar Kanunu m. 67 ve m. 68'de düzenlenmişti. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise hayvan bulunduranların sorumluluğu m. 67 ve m. 68'de düzenlenmiştir.

Hayvanın yol açtığı zararlardan dolayı hayvanın sahibine yüklenen sorumluluk kusursuz sorumluluktur<sup>83</sup>. Bu bir objektif özen yükümlülüğüdür. Objektif özen yükümlülüğünden kasıt gerekli dikkat ve özeni gösterdiklerini ispat etmedikçe, hayvan sahibinin sorumluluğu devam etmektedir<sup>84</sup>. Bu sorumluluk, başta kendiliğinden içgüdüsel olarak hareket edebilen hayvanların toplum içinde tehlike yaratmasından kaynaklanır<sup>85</sup>. Aynı zamanda, hayvan sahibinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmesindeki temel düşüncelerden biri hakkaniyet gereği<sup>86</sup> hayvanı

<sup>81</sup> BUCKLAND, W. William: A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge, 1950, s. 603.

<sup>82</sup> KÜÇÜK, s. 135.

<sup>83</sup> TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 2010, s. 124, KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku (Sözleşme Dışı Sorumluluk), C.1, Ankara 2002, s. 395, KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), 2. Kitap, Ankara 1995, s. 558, OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Ankara 2014, s. 582, EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, s. 630-637, NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2013, s. 141-144, ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013, KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, 237-241.

<sup>84</sup> NOMER, s. 141.

<sup>85</sup> KARAHASAN, s. 559, EREN, s. 631

<sup>86</sup> KILIÇOĞLU, M, s. 395.

kullanan ve ondan yararlanan kişinin aynı zamanda hayvan tarafından meydana getirilebilecek zarara katlanması gerektiğidir<sup>87</sup>. Hayvan sahibi sübjektif olarak hatalı bir davranışta bulunmasa dahi, gözetim ödevini yerine getirmedeğinden dolayı objektif olarak sorumludur<sup>88</sup>.

## **B. Sorumluluğun Koşulları**

### **1. Hukuka Aykırılık**

TBK. m. 67’de “Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz” ibaresi yer almaktadır. Bu cümlenin anlamı hayvan sahibine, hayvanın bakım ve gözetim ödevinin yüklendiğidir<sup>89</sup>. Hayvan sahibi gerekli bakım ve gözetim ödevini yerine getirmese burada bir hukuka aykırılık söz konusu olur.

### **2. Zararın Bir Hayvan Tarafından Verilmiş Olması**

Zararın maddi ya da manevi olmasının<sup>90</sup> veya zararın bir eşya ya da kişi üzerinde meydana gelmiş olmasının bir önemi yoktur. TBK. m. 67’nin uygulanabilmesi için zararın yalnızca hayvanın içgüdüsel hareketleri nedeniyle oluşmuş olması yeterlidir<sup>91</sup>. Örneğin, bir insan tarafından sevmek maksadıyla okşanan bir atın aniden çifte atması m. 67 kapsamında hayvan sahibinin sorumluluğuna yol açar.

Dış bir etken nedeniyle hayvan yine içgüdüleriyle hareket ederse burada yine sahibinin sorumluluğu söz konusudur<sup>92</sup>. Örneğin, sinek ısırması sonucu canı yanan atın çifte atması<sup>93</sup>, yanından geçen motosikletin gürültüsüyle atın şaha kalkması gibi. Ancak hayvan kendi içgüdüleri ile hareket etmiş olmayıp, bir şahsın eylemi sonucu zarar vermişse burada hayvanın sahibi TBK. 67’den sorumlu tutulamaz<sup>94</sup>. Çünkü burada hayvanın iradesi değil, insanın iradesi söz konusudur<sup>95</sup>. Hayvanı zarar veren davranışa iten kişi TBK. 49’da düzenlenen haksız fiili sorumluluğu kapsamında sorumlu

---

<sup>87</sup> TANDOĞAN, s. 124, KILIÇOĞLU, s. 395.

<sup>88</sup> KILIÇOĞLU, M, s.396.

<sup>89</sup> KARAHASAN; s. 569.

<sup>90</sup> OĞUZMAN/ÖZ; s.584.

<sup>91</sup> ANTALYA, s. 580, KARAHASAN, s. 569.

<sup>92</sup> KARAHASAN, s. 570, OĞUZMAN/ÖZ, s. 585.

<sup>93</sup> KILIÇOĞLU, M, s. 396.

<sup>94</sup> EREN, s. 634

<sup>95</sup> KARAHASAN, s.570.



tutulabilir<sup>96</sup>. Örneğin faytonu kullanan arabacının hayvanı yanlış yönetmesi sonucu virajı alamayan arabanın devrilmesi gibi<sup>97</sup>.

### 3. Uygun Nedensellik Bağının Bulunması

Hayvan sahibinin sorumluluğu için, hayvanın hareketi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir<sup>98</sup>. Uygun illiyet bağı için hayvanın zarar görene temas etmesi gerekmemektedir<sup>99</sup>. Örneğin, sahipli köpeğin havlamasından korkan çocuğun yola fırlaması ve yoldan hızla geçen aracın çocuğa çarpıp onu öldürmesi gibi<sup>100</sup>, Her somut olayda uygun nedensellik bağı hâkimin takdiri ile belirlenir.

### C. Kurtuluş Kanıtı

Hayvanın yol açtığı zarar nedeniyle hayvan bulunduranın kusursuz sorumluluğu olmakla birlikte bu ağır sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisine kurtuluş kanıtı getirebilme olanağı tanınmıştır<sup>101</sup>. TBK. m. 67'ye göre “hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz”.

Doktrinde hayvan sahibinin iki ayrı kurtuluş kanıtı olduğu görüşü hâkimdir<sup>102</sup>.

İlk olarak hayvan sahibinin koşulların gerektirdiği ve kendisinden beklenen tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmesidir<sup>103</sup>. Başka bir ifadeyle, hayvan sahibi, zararın oluşmaması için her türlü önlemi aldığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

İkinci olarak, hayvan sahibi gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsa bile zararın oluşmasına engel olamayacağını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>104</sup>. Bu durum illiyet bağı kesen bir sebep, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru olarak da nitelendirilebilmektedir<sup>105</sup>.

<sup>96</sup> KILIÇOĞLU, M, s. 397.

<sup>97</sup> KILIÇOĞLU, M, s. 397.

<sup>98</sup> OĞUZMAN/ÖZ; s. 587, EREN, s.632.

<sup>99</sup> TANDOĞAN, s. 154, NOMER, s. 142.

<sup>100</sup> KILIÇOĞLU, M, s. 399.

<sup>101</sup> KARAHASAN; s. 571, KILIÇOĞLU; s. 398, TANDOĞAN; s.132.

<sup>102</sup> KILIÇOĞLU, s. 398, EREN, s. 635

<sup>103</sup> KARAHASAN, s. 571.

<sup>104</sup> KILIÇOĞLU, M, s. 399.

<sup>105</sup> ANTALYA, s. 580, TANDOĞAN, s. 133.

## **D.Sorumluluğa Bağlanan Sonuçlar**

### **1. Tazminat**

Hayvan sahibi, kurtuluş kanıtı getiremezse, hayvanın verdiği zarar dolayısıyla tazminat borcu altına girmiş olur. Tazminat isteme hakkı zarara uğrayana veya onun ölümü halinde TBK. m. 55'e göre destekten yoksun kalanlara aittir<sup>106</sup>.

Tazminatın hesaplanmasında özellikle bedensel zarar söz konusu olduğunda BK. m. 54'te yer alan tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar dikkate alınır. Aynı zamanda, zarar görenin kendi kusuru olması durumunda tazminat kaldırılabilir<sup>107</sup>.

Bir hayvanın birden fazla sahibi olması durumunda özen yükümlülüğüne aykırı davranılması nedeniyle TBK. m. 61 kapsamında müteselsil sorumluluk söz konusu olur<sup>108</sup>.

### **2. Rücu**

TBK. m. 67'ye göre "Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır."

Rücu hakkında sorumlu (davalı) yine hayvan tutucusudur. Ancak kendi hayvanının yol açtığı zarar, başka bir kişinin veya başkasının hayvanının kendi hayvanını ürkütmesi sonucu oluştuğundan dava sonunda bu kişilere rücu edebilecektir<sup>109</sup>. Çünkü üçüncü kişi hayvana veya sahibine karşı TBK. m. 49 kapsamında haksız bir eylemde bulunmuş olur.

---

<sup>106</sup> KARAHASAN, s. 574.

<sup>107</sup> KARAHASAN; s. 574.

<sup>108</sup> KARAHASAN, s. 575.

<sup>109</sup> TANDOĞAN, s. 133, EREN, s. 636.

## SONUÇ

Roma Hukukunda hayvanın içgüdüsel davranışları sonucu yol açtığı zararlar dolayısıyla sahibinin sorumlu tutulacağı kuralı Oniki Levha Kanunundan itibaren günümüze kadar geçerliliğini korumuş bir kuraldır.

Oniki Levha Kanunda hayvanların yol açtıkları zarar için “*pauperie*” terimi kullanılmıştır. Bunun sebebi zararın bir hayvanın içgüdüsel davranışları sonucu meydana getirilmesi ve zarar sonucunda zarar görenin üretiminin ve kazancının düştüğü düşüncesidir.

Roma Hukukunda hayvanlar sınıflandırılmış ve ilk başta dört ayaklı koyunlar, inekler, atlar, katırların verdikleri zararlar bakımından *Actio de pauperi* uygulanmıştır. Sonradan *actio utilis* yolu ve Klasik Hukukçuların görüşleri ile iki ayaklı kuşlar, kazlar, ördekler gibi hayvanların da dâhil edilmesiyle tüm evcil hayvanların *actio de pauperie* kapsamında yer alması sağlanmıştır. Panter, aslan, ayı gibi tüm vahşi hayvanlar ise *edictum de feris* kapsamında değerlendirilmiştir.

*Actio de pauperie* kapsamında *contra naturam* ilkesine göre hayvanın sahibinin hayvanın yol açtığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için evcil ve uysal doğasına aykırı olarak vahşice davranarak zarara yol açması gerekmektedir. Hayvanın dış etkenler sebebiyle vahşi davranmaya itilmesi sonucu zararın oluşması durumunda hayvanın sahibi değil onu vahşi davranışa iten kişi *Lex Aquilia* kapsamında sorumlu tutulmalıdır.

Zarar görene *actio de pauperi* hakkının tanınması için öncelikle zararın sahipli evcil bir hayvan tarafından meydana getirilmiş olması gerekmektedir. Vahşi hayvanlar bu davaya tabi değildir. Sorumluluk doğrudan mülkiyet hakkı ile ilintili olduğundan hayvanın yol açtığı zararlardan dolayı hayvanın sahibi sorumludur. Hayvan sahibi zarara yol açan hayvanı teslim ederek ya da oluşan zararı tazmin ederek sorumluluktan kurtulur. Hayvanı teslim ile sorumluluktan kurtulabilmesi *actio de pauperie*'nin *noxal* bir dava olduğunu gösterir. Eğer hayvan dava açılmadan önce ölürse davanın *noxal* karakteri dolayısıyla sahibinin sorumluluğu ortadan kalkar. Oysa hayvanın sahibi dava açılmadan önce ölse dahi mirasçılarının *actio de pauperie*’den doğan sorumlulukları devam eder.

Günümüz Türk Hukukunda Roma Hukukunda olduğu gibi hayvanın yol açtığı zararlar dolayısıyla TBK. m. 67’de hayvanın sahibinin sorumlu tutulacağı kuralı düzenlenmiştir. Sahibinin sorumluluğu için Roma Hukukundaki *contra naturam* ilkesinden hareketle, hayvanın dış etkenlerden bağımsız olarak içgüdüsel hareket etmesi sonucu bir zarar oluşması gerekmektedir. Hayvan sahibinin kanundan kaynaklanan bakım ve gözetim sorumluluğu vardır. Hayvan sahibinin bu bakım ve gözetim sorumluluğunu yerine getirmemesi sonucu bir zarar oluşmuş ise burada hukuka aykırı bir davranış söz konusu olur. Ayrıca hayvan sahibinin zarardan sorumlu tutulabilmesi için uygun nedensellik bağına gereksinim vardır. Zarar görenin ağır kusuru veya mücbir sebepler nedensellik bağına kesen hallerdir.

Roma Hukukundan farklı olarak Türk Hukukunda, kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtulunabilir. Hayvan sahibi gerekli dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen zararın meydana geldiğini ya da gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın gerçekleşeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Benzer şekilde, Roma Hukukundan farklı olarak Türk Hukukunda, hayvan bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvan sahibi bu kişilere rücu edebilir.

#### **KISALTMALAR**

- BK. : Türk Borçlar Kanunu
- Bkz. : Bakınız
- C. : Cilt
- Dip.: Dipnot
- Iust. Inst. : Iustinianus Institutiones
- L.J. : Law Journal
- m. : madde
- M.Ö. : Milattan Önce
- M.S. : Milattan Sonra
- RIDA : Revue Internationale des Droit de l’Antiquite
- S. : Sayı
- s. : Sayfa
- Ulp.*: Ulpianus

## KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013.
- ASHTON-CROSS, D.I.C.: Liability in Roman Law for Damage Caused by Animals, Cambridge L.J., 11, s.1951-1953
- BİLGİÇ, Emin: Eski Mezopotamya Kavimlerinde Kanun Anlayışı ve An'anesi, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 3-4, 1963
- BUCKLAND, W. William: A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge University Press 1921.
- ÇELEBİCAN-KARADENİZ, Özcan: Roma Hukuku, 14. Bası, Ankara 2014.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015.
- ERİŞGİN-SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.
- INNES, James Rose: The Roman Law Relating to Damage Done by Animals, S. African L.J., 22, 1905, s.290-293.
- JACKSON, S. Bernard: Liability for Animals in Roman Law: An Historical Sketch, Cambridge L.J., 37(I), Nisan 1978, s. 122-143.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Şahsın Hukuku-Hakların Korunması), Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku (Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), 2. Kitap, Ankara 1995.
- KELCH, G. Thomas: A Short History of (Mostly) Western Animal Law, *Animal Law Review*, C.19; S. 23, 2012-2013
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku (Sözleşme Dışı Sorumluluk), C.1, Ankara 2002.
- KÜÇÜK, Eşref: Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis, Ankara 2013.
- LEWIS, Charlton T./SHORT, Charles: A Latin Dictionary, Oxford University Press, U.K. 1879.
- NICHOLAS, Barry: Liability of Animals in Roman Law; *Acta Juridica*, 1958, s. 184-190.
- NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Ankara 2014.
- ÖCAL, Bahar: Damnum Iniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2011), Cilt 2, Sayı 1
- PALMIRSKI, Tomasz: How The Commentaries to de his qui deicerint vel effuderint and ne quis in suggrunda edicts could be used on the ground of edictum de feris, *RIDA*, C.53, 2006
- PESCHKE-GÜNEŞ, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria) Yetkin yayınları, Ankara 2014
- POLOJAC, Milena: Actio De Pauperie: Anthropomorphism and Rationalism, *Fundamina* 18 (2) 2012, s. 119-144.

- RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2009.
- TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 2010.
- TÜRKOĞLU-ÖZDEMİR, Gökçe: Roma Hukukunda Hayvanların Yol Açtıkları Zararlardan Doğan Sorumluluk, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 2, (2006), s.69-97.
- SCHWARZ, B. Andreas: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1948
- SLABBERT, Melodie: Prosecuting Animals in Medieval Europe: Possible Explanations, Fundamina, C.10, 2004.
- SOMER, Pervin: Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, İstanbul 2008.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1990 [Ders Notları]
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975. [Lügat]
- WATSON, Alan: The Original Meaning of Pauperies, RIDA, C. 17, 1970.
- WYLIE, J. Kerr: Injuries By Animals In Roman Law, 51 South African Journal, 1934, s.168-182.
- ZIMMERMANN, Reinhard: The Law Of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition, Oxford University Press, New York 1996.

## LATİNCE METİNLER İÇİN YARARLANILAN TEMEL KAYNAKLAR

MOMMSEN, Theodor /KRUEGER, Paul / WATSON, Alan: The Digest of Justinian, Pennsylvania, 1985

IUSTINIANUS  
INSTITUTIONES:

(Latince metinler için)

<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/institutes4.shtml#iv:ix>

(İngilizce metinler için)

[http://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm#link2H\\_4\\_0093](http://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm#link2H_4_0093).

# PİŞMANLIKLA VERİLEN BEYANNAMENİN İHTİRAZÎ KAYITLA VERİLEBİLMESİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

## AN EVALUATION ON GIVING THE DECLARATION SUBMITTED WITH REPENTANCE WITH MENTAL RESERVATION

DOI: 10.21492/inuhfd.332527

Fevzi Rifat ORTAÇ\*  
Elif YILMAZ FURTUNA\*\*

### Özet

Vergi sistemlerinde mükelleflerin kendi gelirlerini kendilerinin beyan etmesi, vergilendirme sürecine mükelleflerin katılımının sağlanması açısından önem arz etmektedir. Ancak vergi mükelleflerinin vergilendirmeye ilişkin işlemleri her zaman tam ve doğru olarak yerine getirmeleri mümkün olamamaktadır. Vergilendirme işlemlerindeki bu eksiklikleri gidermek açısından Türk vergi sisteminde pişmanlık ve ıslah müessesesine yer verilmiştir. Kanun koyucu ayrıca vergi mükelleflerinin tereddüde düştükleri durumlara ilişkin olarak hak kaybını önlemek amacıyla ihtirazî kayıt uygulamasına da beyan sisteminde yer vermiştir. İhtirazî kayıt, mükellefin beyannameye koyduğu bir not ile kendi beyanına karşı dava açma hakkını saklı tutmasına hizmet eden bir hukukî imkândır.

Pişmanlık ve ıslah, vergi cezası kesilmesini önleyen hallerden biri olmasının yanı sıra, vergi anlaşmazlıklarının idarî aşamadaki çözüm yollarından biridir.

Bu çalışmanın konusunu pişmanlık dilekçesinin ekinde verilen beyannamenin ihtirazî kayıtlı verilip verilemeyeceği sorusu oluşturmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak pişmanlık ve ıslah müessesesi, hukukî niteliği, kapsamı ve yararlanma şartları anlatılacaktır. Ardından pişmanlık dilekçesinin ekinde düzeltme işlemine yönelik olarak verilen beyannamenin ayrı bir beyanname olup olmadığı hususu incelenecektir. Akabinde ihtirazî kayıt kavramı anlatılacak, buradan hareketle pişmanlık dilekçesi ile verilen beyannamelerin ihtirazî kayıtlı verilip verilemeyeceği konusunda doktrindeki görüşler gerekçeleriyle ele alınacaktır. Konuyla ilgili mahkeme kararlarına da yer verilen çalışma, genel değerlendirmemizi içeren sonuç bölümü ile sona ermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İhtirazî kayıt, Pişmanlık ve Islah Müessesesi, vergi anlaşmazlıklarının idarî aşamada çözüm yolları, beyanname

### Abstract

Taxpayers' declaration of their income in tax systems is important in terms of ensuring the participation of taxpayers in taxation process. However, it is not always possible for taxpayers to carry out their taxation completely and accurately. In order to eliminate these deficiencies in the taxation process, Turkish Tax System has repentance and correctional institution. The legislator has included the application of mental reservation in the tax return system in order to prevent the loss of rights in relevant of the

---

\*Prof. Dr. Gazi Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü E. Öğretim Üyesi,  
(rifatortac@gmail.com)

\*\*Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk A.B.D. Araştırma Görevlisi,  
(elifyilmaz@gazi.edu.tr)

situations which taxpayers are hesitant. Mental reservation, is a legal opportunity that serves the taxpayer the right to file a lawsuit against his/her own statement by writing a note in it.

Repentance and correctional institution is the one of the cases that prevent tax penalty and also is one of the solutionary ways of tax disputes in the administrative phase. The subject of this work is the question of whether the declaration given in the attachment of the petition of repentance can be submitted with mental reservation or not. In this context, firstly repentance and correctional institution, its legal nature, its scope and its conditions of utilization will be explained. And then it will be examined that the declaration given in the attachment of the petition of repentance for correction is a separate declaration or not. Right after the notion of mental reservation will be explained and the opinions in the doctrine about whether or not the declarations given in the attachment of the petition of repentance can be given with the mental reservation will be discussed with their grounds. The study, which also includes court decisions, ends with a concluding section that includes our overall evaluation.

**Keywords:** Mental reservation, Repentance and Correctional Institution, solutionary ways of tax disputes in the administrative phase, declaration

## GİRİŞ

Sözlük anlamı itibariyle anlaşmazlık, “iki veya daha çok tarafın düşünce ve amaçları arasında ayrılık, uyuşmazlık, ihtilaf, ikilik, maraza, sürtüşme” olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Uyuşmazlık ise, sözlük anlamı itibariyle herhangi bir konuya taraf olan kimselerin, taraf oldukları konu üzerinde farklı düşünce ve davranışlara sahip olmaları nedeniyle anlaşamamalarını ifade etmektedir. Sözlük anlamı olarak eş anlamlı olarak kullanılan bu iki kelime arasında önemli bir anlam farkı mevcuttur. Esas itibariyle, vergi uyuşmazlığının temelinde de vergilendirme ilişkisinin tarafları arasındaki görüş farkı<sup>2</sup> yahut vergi mevzuatı hususundaki yorum farkı yatmaktadır. Ancak anlaşmazlıklar çözülemediği zaman uyuşmazlık haline gelmekte ve yargı yoluna başvurulmaktadır<sup>3</sup>. Bir diğer ifadeyle, uyuşmazlık anlaşmazlığın yargı mercileri önüne taşınmış halidir.

Nitekim hukukî anlamda uyuşmazlık da, bir hakkın varlığı, kapsamı ve sonuçları hakkında meydana gelen ve taraflarca sulh olmak suretiyle

---

<sup>1</sup>Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 28.09.2017).

<sup>2</sup>YÜCE, Mehmet: Vergi Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2015, s. 81.

<sup>3</sup>KARAKOÇ, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2017, s. 150.



çözülmesi mümkün olmayan anlaşmazlıkları<sup>4</sup> yahut bir hukukî ilişkide taraflardan birinin, ilişkinin öteki tarafının hukuk kurallarına aykırı davrandığını ve böylece hakkını ihlal ettiğini ileri sürmesiyle ortaya çıkan bir sürtüşme ya da çekişmeyi ifade etmektedir<sup>5</sup>.

Buradan hareketle vergi anlaşmazlığı, “vergi idaresi ile vergi ödevlisi arasında vergi hukuku uygulamalarına ilişkin olarak ortaya çıkan anlayış farklılığı ve/ya da aynı konuda tarafların aynı yönde düşünmemeleri durumu”<sup>6</sup> olarak tanımlanmaktadır. Vergi idaresi ile vergi ödevlisi arasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların taraflar arasında çözümlenmesi her zaman mümkün olamamakta, taraflar arasında söz konusu olan anlaşmazlıkların vergi idaresi ve vergi ödevlisi dışında bir makam ya da kişi tarafından çözümlenmesi gereği ortaya hâsıl olmaktadır<sup>7</sup>. İşte vergi uyuşmazlığı kavramı bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’de vergi uyuşmazlıklarının çözümü bakımından idarî aşamada çözüm yolları-yargısal çözüm yolları ayrımı yapılmaktadır. Ancak yukarıdaki açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki idarî aşamada çözüm vergi anlaşmazlıkları için; yargı yoluyla çözüm ise, vergi uyuşmazlıkları için geçerli olan kavramlardır. Fakat doktrinde, söz konusu ayrıma dikkat edilmediği görülmektedir. Örneğin idarî ve/veya idarî aşamada çözüm yollarına, vergi “uyuşmazlıklarının” barışçıl yollarla yahut vergi “uyuşmazlıklarının” yargı yoluna başvurmadan ve/veya yargı dışı yollarla çözüm yolları da denmektedir. Oysa yargı yoluna taşınmadığı için ortada henüz vergi uyuşmazlığı yoktur; var olan vergi anlaşmazlığıdır. Zira barışçıl yollarla çözümde vergi ödevlisi ile idare arasındaki anlaşmazlık, bir uyuşmazlık konusu yapılmadan taraflar arasında sona erdirilmektedir<sup>8</sup>.

Vergilendirme sürecinin yargı aşamasına intikal ettirilmesi, yargı mercileri açısından iş yükü oluşturmasının yanı sıra idare ve mükellef açısından maliyet anlamında ekonomik külfetler doğurmaktadır. Ayrıca mükellef için psikolojik anlamda da uzun ve sıkıntılı bir süreç

<sup>4</sup>ATALI, Murat: Medeni Usul Hukuku, (Ed. Tolga AKKAYA). A.Ü. AÖF Yayını No:1284, Eskişehir 2001, s. 4.

<sup>5</sup> AÖF Not Oku: “İdarî Uyuşmazlık ve Davalar”, <http://notoku.com/idarî-uyusmazlik-ve-davalar/>(Erişim Tarihi: 22.05.2017).

<sup>6</sup>KARAKOÇ, Vergi Yargılaması Hukuku, s. 39.

<sup>7</sup>KARAKOÇ, Vergi Yargılaması Hukuku, s. 41.

<sup>8</sup> KARAKOÇ, Vergi Yargılaması Hukuku, s. 39.

oluşturmaktadır<sup>9</sup>. İdarî aşamada çözüm yollarında amaç taraflar arası diyalog kurarak, vergi anlaşmazlığına en kısa zamanda ve en az masrafla, idarî kademedede çözüm aramak, dolayısıyla vergi alacağına en kısa sürede ulaşmaktır. Bu anlamda vergi anlaşmazlıklarının idarî aşamada çözümlenmesinin, hem mükellef hem de idare nezdinde, dava açma yoluna gidilmesi halinde söz konusu olacak emek ve zaman kaybından, avukatlık giderleri ve diğer mahkeme masraflarından kurtulma şansı başta olmak üzere çeşitli faydaları mevcuttur<sup>10</sup>.

Bu anlamda pişmanlık ve ıslah müessesesinin de gerek vergi idaresi gerekse mükellef açısından karşılıklı faydaları vardır. Mükellef açısından vergi ziyayı kabahatine ilişkin cezanın kesilmesine engel olan bu müessese sayesinde devlet bir an evvel ve tartışmasız<sup>11</sup> şekilde vergi alacağına kavuşmaktadır. Bu müessese ayrıca şayet pişmanlıktan yararlanılmasa idi ortaya çıkacak tespit ve takip masraflarından idareyi kurtarmaktadır.

Vergi uyumsuzluğunun doğmasına engel olması, emek ve zaman kaybıyla çeşitli giderlerin önlenmesi, iyiniyetli mükelleflerin korunması, vergi tahsilâtına katkısı, vergi suç ve cezaları, beyannameler, vergi idaresi ile mükellef arasındaki ilişkiler açısından olumlu yönleri olduğu belirtilen pişmanlık ve ıslah müessesesi, vergi adaleti ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesi, vergi gelirlerinde azalmaya sebebiyet vermesi ve suiistimallere açık bir müessese olması açısından eleştirilmektedir<sup>12</sup>.

Doktrinde farklı tasnifler yapılmakla beraber, vergi anlaşmazlıklarının barışçıl çözüm yolları; uzlaşma, vergi hatalarını düzeltme<sup>13</sup>, cezalarda indirim<sup>14</sup>, üst makamlara başvuru<sup>15</sup>, izaha davet<sup>16</sup>, pişmanlık ve ıslah müessesesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>9</sup>YILMAZ, Elif: “Uzlaşma Müessesesinin Hukukî Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII(1-2), 2009, s. 345.

<sup>10</sup>YILMAZ, s. 345.

<sup>11</sup>ŞENYÜZ, Doğan: Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 287-288.

<sup>12</sup>YILDIRIM, Zübeyr: Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah (VUK m. 371), Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.101-115.

<sup>13</sup>EDİZDOĞAN, Nihat/TAŞ, Metin/ÇETİNKAYA, Ali: Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2007, s. 227-267.

<sup>14</sup>YÜCE, s. 92; SARAÇOĞLU, Fatih/PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, Elif: Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2017, s. 231.

<sup>15</sup>ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Kitabevi, 8. Baskı, Bursa 2017, s. 275; SARAÇOĞLU/ PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, s. 232; YÜCE, s. 98.

# 1. PİŞMANLIK VE ISLAH MÜESSESİNİN GELİŞİMİ, HUKUKÎ NİTELİĞİ, KAPSAMI VE YARARLANMA ŞARTLARI

## A. Gelişimi

Sözlük anlam itibariyle pişman kelimesi, nadim olan, yaptığı bir işin veya davranışın olumsuz sonucunu görerek üzülen, hayıflan, esef eden anlamındadır<sup>17</sup>. Vergi ceza hukuku açısından pişmanlık ise, “belirli vergi suçlarını işleyen mükelleflerin yaptıkları fiillerden pişman olduğunu gösteren psikolojik durumu ifade etmesi neticesinde devlet nezdinde meydana gelen zararı gidermeye razı olması”<sup>18</sup> duruma bağlanan bir hukukî imkândır.

Kanundaki adı ile pişmanlık ve ıslah müessesesi, mükelleflerin bir vergi kabahatini işledikten sonra kabahati kendiliğinden vergi idaresine haber vermeleri halinde ceza kesilmesini önlemek suretiyle sonuçlarını peşinen ortadan kaldırmaya yönelik bir imkân<sup>19</sup> olarak tanımlanmakta ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 371’inci maddesinde düzenlenmektedir. Pişmanlık ve ıslah; “ödeme, kişiliğin sona ermesi, af, terkin, yanılma, hata, cezalarda indirim, mücbir sebepler, zamanaşımı, cezadan vazgeçme, dava açma ve uzlaşmayla birlikte cezalardan (yaptırımlardan) kurtulma yolları” arasında sayılmaktadır<sup>20</sup>.

Vergi Usul Kanunu’ndan önce Kazanç Vergisi zamanında da var olan<sup>21</sup> bu müessese, “pişmanlık” adıyla 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda yer almıştır. Söz konusu düzenlemeyle, herhangi bir nedenle yanlış beyanda bulunan kişilere yaptıkları hataları düzelterek cezadan kurtulma imkânı getirilmiş<sup>22</sup>; ancak tahmin edilen geliri sağlamak noktasında başarısız olduğu için 5815 sayılı Kanunla bu müsamahakâr<sup>23</sup> hüküm vergi mevzuatımızdan çıkarılmıştır<sup>24</sup>. Daha sonra mükelleflerin;

<sup>16</sup> ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), s. 276.

<sup>17</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük , <http://www.tdk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 29.10.2017).

<sup>18</sup> ŞENYÜZ, s. 485.

<sup>19</sup> ŞENYÜZ, s. 288.

<sup>20</sup> ŞENYÜZ, s. 255-325.

<sup>21</sup> KARAKOÇ, Yusuf: Türk Vergi Hukukunda Pişmanlık ve Islah, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:76, İzmir 1997, s. 39.

<sup>22</sup> KARAKOÇ, 1997, s. 39.

<sup>23</sup> KARAKOÇ, 1997, s. 39.

<sup>24</sup> YÜCEL, Necmi N.: Tatbikatta Vergi Cezaları, İnkılap Yayınevi, İstanbul 1955, s. 344-345.

özellikle de çeşitli ticarî ve meslekî birliklerin, hükmün yeniden ihdası yönündeki ısrarlı başvuruları neticesinde müessese, 6094 sayılı Kanunla “ıslah ve pişmanlık” adı ile yeniden hukuk sistemindeki yerini almıştır. Söz konusu Kanunla pişmanlık ve ıslah müessesesinden yararlanma şartları arasına pişmanlık zammı da eklenmiştir. Ayrıca müessesenin kapsamı, eskisi gibi sadece kaçakçılık hareketlerini değil; yeni ihdas edilmiş olan hileli vergi suçlarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir<sup>25</sup>. 2365 sayılı Kanunla ise, Emlâk Vergisi açısından pişmanlık ve ıslah hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’ndaki mevcut düzenleme, 6094 sayılı Kanun ile büyük oranda örtüşmektedir. Pişmanlık ve ıslah müessesesini düzenleyen Vergi Usul Kanunu’nun 371’inci maddesi; sırasıyla 2365, 2455 ve 3239 sayılı Kanunlarla ve 1999 yılında yürürlüğe giren 4369 sayılı Kanun’un 81/A-21’inci maddesi ile değiştirilmiştir. Son olarak 23/01/2008 tarih, 5728 sayılı Kanun’un 281’inci maddesi ile değişiklik yapılmıştır.

### **B. Hukukî Niteliği**

Pişmanlık ve ıslah, beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren halin mükellefçe kendiliğinden ilgili makama haber verilmesi ve belli şartların yerine getirilmesi neticesinde mükellef veya vergi sorumlusuna vergi ziyayı cezası kesilmesini ve iştirak halinde işlenenler dâhil olmak üzere kaçakçılık cezasına hükmolunmasını engelleyen ve bu suretle vergi anlaşmazlıklarının idarî aşamada çözümünü sağlayan bir hukukî müessesedir. Bu anlamda pişmanlık ve ıslah cezaya maruz kalmamak üzere mükellefin kendi kendisini vergi idaresine ihbardır<sup>26</sup>.

Pişmanlık ve ıslah, zamanında yapılmamış beyanın yapılmasına ya da yanlış veya eksik yapılmış beyanın düzeltilmesine imkân sağlayan bir vergi hukuku müessesesidir<sup>27</sup>. Kanun koyucu, pişmanlık ve ıslah müessesesine yer vermek suretiyle vergi kanunlarına aykırı hareket ederek vergi ziyasına sebebiyet veren mükelleflere bir fırsat tanıyarak, kanunda sayılan şartları yerine getirmeleri halinde ceza kesmemektedir. Böylelikle mükellefleri, vergi ziyasına sebebiyet veren kanuna aykırı eylemlerini vergi dairesine bildirmeye özendirilmektedir. Devlet açısından belki de hiç tespit edilemeyecek veya geç tespit edilecek bir durumun mükellef tarafından bildirilmesi söz konusu olduğu için devlet, işlem külfetinden

---

<sup>25</sup>KARAKOÇ, 1997, s. 39.

<sup>26</sup>ŞENYÜZ, s. 287.

<sup>27</sup>KARAKOÇ, Vergi Yargılaması Hukuku, s. 65.

kurtulmaktadır. Pişmanlık ve ıslah müessesesi sayesinde devlet vergi alacağını bir an evvel tahsil etmekte, bu yolla ekonomik kaybın önüne geçilmekte<sup>28</sup>, yargı organlarının da yükü hafiflemektedir<sup>29</sup>. Mükellefin sübjektif durumunu ve iyiniyetini göz önünde bulunduran<sup>30</sup> devlet, belli bir hoşgörü ile hareket edilerek mükellefleri idareye yaklaştırmayı, bu yolla vergiye karşı direnci kırmayı ve toplumda vergi ödeme bilincinin yerleşmesini hedeflemektedir<sup>31</sup>.

Vergi cezası kesilmesine engel olan hallerden biri olan pişmanlık ve ıslah, gönüllü vazgeçme, etkin pişmanlık ve ön ödeme müesseseleri ile bazı açılardan kısmî benzerlikler gösterse de, vergi ceza hukukuna özgü bir müessesedir<sup>32</sup>. Dolayısıyla vergi ceza hukukuna özgü olan bu müesseseyi, başka hukuk dallarındaki benzer kurumların vergi ceza hukukundaki uygulaması olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır<sup>33</sup>.

### C. Kapsamı

Vergi Usul Kanunu'ndaki tanımdan hareketle pişmanlık ve ıslah, beyan üzerine tarh ve tahakkuk ettirilen vergiler için geçerlidir. Bu kapsamda Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi, Katma Değer Vergisi, Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi, Özel Tüketim Vergisi ve beyana dayalı belediye vergileri için pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanmak mümkündür.

Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci maddesinin son fıkrasında kapsam dışında tutulduğu açıkça belirtildiği için, pişmanlık ve ıslah hükümleri Emlâk Vergisi'nde uygulanamaz. Kanun koyucunun bu bilinçli tercihinin altında, Emlâk Vergisi değerini kamulaştırma ihtimaline karşı yükseltmek isteyen kötü niyetli mükelleflere engel olma düşüncesi yatmaktadır<sup>34</sup>.

<sup>28</sup>ŞENYÜZ, s. 287-288.

<sup>29</sup>YAŞIN, Mehmet: "Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık Müessesesi", Yaklaşım, Cilt:15, Sayı:174, 96.

<sup>30</sup>Danıştay 4. D. 7.11.1974 gün ve E.1973/854, K. 1974/3810, (Danıştay Dergisi, S. 18-19, s. 365-366).

<sup>31</sup>KARAKOÇ, Vergi Ceza Hukuku, s. 335; Danıştay 7.D. 25.11.1970 gün ve E. 1969/1166, K. 1970/2023, Danıştay Dergisi, S. 3, s. 418.

<sup>32</sup>KARAKOÇ, 2017, s. 64- 65

<sup>33</sup>KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 588; KARAKOÇ, Vergi Yargılaması Hukuku, s. 64; KARAKOÇ, Yusuf: Vergi Ceza Hukuku Genel Kısım Vergi Kabahatleri Vergi Suçları, Yetkin Yayınları, 2016, s. 251, KARAKOÇ, 1997, s. 12-18.

<sup>34</sup>ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 221.

Vergi Usul Kanunu'nun 2'nci maddesinde gümrük ve tekel vergilerinin bu kanun hükümlerine tâbi olmadığı açıkça düzenlendiği için bu vergilerle ilgili olarak pişmanlık hükümlerinden yararlanılamaz.

Vergi sorumlusu sıfatıyla verilen muhtasar beyannameler için ise, pişmanlık hükümlerinin uygulanması söz konusudur<sup>35</sup>.

Veraset ve İntikal Vergisi'nde pişmanlık ve ıslah hükümlerinin uygulanması özellik arz etmektedir. Vergi idaresinin kanunî süre ve iki 15 (on beş) günlük bekleme süresinden sonra mükellefin pişmanlık talepli olarak vereceği beyannameyi kabul etmesi beklenemez<sup>36</sup>. Ancak pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanma talebi, sadece zamanında verilen beyannamelerde gösterilmeyen servet unsurlarının bildirilmesi yönünden geçerli olabilir<sup>37</sup>.

Vergi ziyayı kabahati bakımından bakacak olursak kanunun açık hükmü gereğince pişmanlık ve ıslahtan yararlanan bir vergi mükellefine ya da sorumlusuna gereken şartlara uyması halinde ceza kesilmeyecektir<sup>38</sup>. Vergi ziyayı kabahatinin pişmanlıktan yararlandırılmasının sebebi, gerçekleşmesine rağmen idarenin haberdar olmadığı, belki de hiç haberi olmayacağı verginin tahsilinin sağlanmasıdır<sup>39</sup>.

Pişmanlık ve ıslah müessesesinin usulsüzlük cezalarının uygulanmasını önleyip önlemediği ise tartışmalıdır<sup>40</sup>. Geçmiş dönemlerde usulsüzlük kabahatlerinin pişmanlık ve ıslah kapsamında sayılmasına ilişkin Danıştay İçtihatları olduğu gibi Maliye Bakanlığı uygulamaları da mevcuttu. Maliye Bakanlığı'nın bu uygulamalarının dayanağını ise, Bakanlığın yayımladığı 15.06.1963 tarihli 63 Seri No.lu VUK Genel Tebliği oluşturmakta idi<sup>41</sup>. Ancak bu Genel Tebliğ, 31.12.1985 tarihli ve 169 Seri No.lu VUK Genel Tebliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>35</sup>ASLİPEK, Süleyman: “Pişmanlık ve Islah Müessesesi Ve Uygulamada Özellik Arzeden Durumlar”, <http://www.bilgidenetim.com>, (Erişim Tarihi: 31.07.2017).

<sup>36</sup>YILDIRIM, s. 242; SOMUNCU, Ahmet/DEĞİRMENDERELİ, Ali: Türk ve Alman Hukukunda Pişmanlık, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2015 s. 40.

<sup>37</sup>Danıştay 9. D. 29.04.1991 Gün ve E. 1998/4839, K. 1991/1543, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd14.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).

<sup>38</sup>Danıştay 4. D. 07.02.2011 Gün ve E.2010/2713, K. 2011/542; YILDIRIM, s. 161.

<sup>39</sup>KARAKOÇ, Vergi Ceza Hukuku, 2016, s. 339.

<sup>40</sup>KARAKOÇ, 1997, s. 29 vd.; KARAKOÇ, Vergi Yargılaması Hukuku s. 66; MUTLUER, M. Kamil/DAYANÇ, N. Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Değiştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 212.

<sup>41</sup>YILDIRIM, s. 161.

Günümüzde geçerliliği devam eden bu tebliğ neticesinde uygulamalar sonucu olarak usulsüzlük kabahatleri, pişmanlık ve ıslah kapsamında kabul edilmemektedir<sup>42</sup>.

Bu konuda günümüzde doktrinde egemen olan görüşe göre pişmanlık talebinde bulunmak için işlenen fiilin vergi ziyayı yaratan fiillerden olması gerektiğinden bahisle pişmanlık kapsamına sadece vergi ziyayı kabahati girmektedir<sup>43</sup>. Bu görüş taraftarlarına göre kanunun ilgili maddesinde açıkça belirtilmediği için genel usulsüzlük ve özel usulsüzlük kabahatleri pişmanlık hükümleri kapsamına girmez<sup>44</sup>. Kanunda böyle bir düzenleme yer almamasının sebebi, pişman olmanın vergi kaybına bağlanmış olmasıdır<sup>45</sup>.

Ancak aksi yönde diğer bir görüşe göre pişmanlıkla verilen beyannameler, süresinde verilmiş beyannamelere uygulanan usüllere göre değerlendirilmelidir. Pişmanlıkla verilen beyannamelere usulsüzlük cezasının kesilmesi doğru bir uygulama olmayıp hazineci bir yaklaşım yerine eşitlikçi bir yaklaşım gösterilmelidir. Dolayısıyla işlenen hukuka aykırı fiilden pişmanlığını belirten faile vergi ziyayı cezası verilmediği gibi usulsüzlük cezası da verilmemelidir. Bu konuda yapılması gereken, usulsüzlük kabahatlerinin pişmanlık ve ıslahı düzenleyen madde kapsamına alınmasıdır<sup>46</sup>.

Aynı yönde örneğin Mutluer'in görüşüne göre ise vergi kaybına neden olup olmadığına bakılmaksızın kaçakçılık suçları pişmanlık ve ıslah kapsamına alınırken; kanunun sadece şekil şartlarını ihlâl eden fiillerin kapsama alınmasının gerekçesini anlamak güçtür<sup>47</sup>.

Pişmanlık ve ıslah, vergi suçlarından kaçakçılık suçları<sup>48</sup> ve bu suçlara iştirak suçu için geçerli kabul edilmiştir<sup>49</sup>. Ancak kaçakçılık suçu ile beraber vergi ziyayı kabahati de ortaya çıktığında pişmanlık ve ıslahtan

<sup>42</sup> YILDIRIM, s. 162.

<sup>43</sup> ŞENYÜZ, s. 291.

<sup>44</sup> ŞENYÜZ, s. 291. EDİZDOĞAN/TAŞ/ÇELİKKAYA, s. 189.

<sup>45</sup> KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, s. 589.

<sup>46</sup> YILDIRIM, s. 164.

<sup>47</sup> MUTLUER, M. Kamil: Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 121/9, İstanbul 2006, s. 317,.

<sup>48</sup> VUK m.359/c 'de "VUK m.371'deki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlar bildirenler hakkında *bu madde* hükmü uygulanmaz" denerek anlaşmalı olmadığı halde belge basan matbaalar veya basılan belgeleri kullananlar için suç, pişmanlık kapsamına alınmıştır. Çünkü anlaşmalı olmadığı halde basanlar ve bilerek kullananlar kanunda madde içinde düzenlenmiştir.

<sup>49</sup> KARAKOÇ, Vergi Ceza Hukuku, s. 337.

yararlanılabileceği noktasında tereddüt bulunmazken; kaçakçılık fiilinin işlenmesine rağmen vergi ziyanının ortaya çıkmadığı durumlarda söz konusu hükümlerden yararlanılabilmemesinin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır<sup>50</sup>. Tartışmanın sebebi ise, pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanmanın vergi ziyanına yol açmayan kaçakçılık suçları için geçerli olup olmadığı konusunda tam bir açıklık bulunmamasıdır<sup>51</sup>.

Kişiyi pişmanlık yoluyla vergi ziyayı itibarıyla cezasız bırakmak, diğer taraftan kaçakçılık suçundan dolayı hapis cezası vermek, müesseseden beklenen yararın mantığına terstir<sup>52</sup>. Kaçakçılık suçunda vergi ziyayı meydana gelmemiş olsa bile pişmanlık ve ıslahattan yararlanılabileceği iddia edilebilirse de, bu durum müessesenin amaç ve gerçekleriyle örtüşmeyecektir<sup>53</sup>. Sonuç olarak, tartışmaya açık olan bu konunun yapılacak bir mevzuat değişikliği ile net bir çözüme kavuşturulmasının önemi ortadadır.

#### **D. Yararlanma Şartları**

Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci madde hükmüne göre beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren fiilleri işleyen mükelleflerle, bunların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin kanuna aykırı hareketlerini ilgili makamlara kendiliğinden dilekçe ile haber vermesi hâlinde, haklarında aşağıda yazılı kayıt ve şartlarla vergi ziyayı cezası kesilmeyecektir:

<sup>50</sup>Bu konuda örneğin Donay'a göre; "371'inci madde açıkça vergi ziyayı aramaktadır. Buna karşın 359'uncu maddedeki suçun oluşumu için vergi ziyanının meydana gelmesi gerekli değildir. Böylece vergi ziyayı olmasa dahi 359'uncu maddedeki suçların oluşumu halinde bunun ilgili makamlara verilmesi halinde kamu davası açılmayacak ve maddeyi ihlal edenlere ceza verilmeyecektir. Ancak 371'inci madde beyana dayanan vergilerden ve vergi ziyayından bahsetmektedir. Buna karşın 359'uncu maddenin (c) bendinde Maliye Bakanlığından izin almaksızın belge basanlardan söz edilmektedir. Burada bir beyanname verilmesi söz konusu değildir. Bu eylemde yapılan sadece izinsiz belge basmaktır. Acaba bu durumda da bu bent fiilleri cezasızlık halinden yararlanacak mıdır? Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddedeki bu hükümden yararlanabilmek için pişmanlık ve ıslahın bütün koşullarını aramamak ve sadece yaptığı hukuka aykırı eylemi yetkili mercilere haber vermek yeterlidir. Eğer, 359'uncu maddedeki her hangi bir suç işleyen aynı zamanda vergi ziyanına da neden olmuşsa, bu durumda kendisi hakkında 371'inci maddedeki diğer koşulları yerine getirmek kaydıyla vergi ziyayı cezası da kesilmeyecektir." DONAY, Süheyl: Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 211.

<sup>51</sup>KARAKOÇ, Vergi Ceza Hukuku, s. 339.

<sup>52</sup>KARAKOÇ, Vergi Ceza Hukuku, s. 339.

<sup>53</sup>KARAKOÇ, Vergi Ceza Hukuku, s. 340.



1. Mükellefin keyfiyeti haber verdiği tarihten önce bir muhbir tarafından herhangi resmî bir makama dilekçe ile veya şifahi beyanı tutanakla tevsik edilmek suretiyle haber verilen husus hakkında ihbarda bulunulmamış olması (Dilekçe veya tutanağın resmî kayıtlara geçirilmiş olması şarttır).

2. Haber verme dilekçesinin yetkili memurlar tarafından mükellef nezdinde herhangi bir vergi incelemesine başlandığı veya olayın takdir komisyonuna intikal ettirildiği günden evvel (kaçakçılık suçu teşkil eden fiillerin işlendiğinin tespitinden önce) verilmiş ve resmî kayıtlara geçirilmiş olması.

3. Hiç verilmemiş olan vergi beyannamelerinin mükellefin haber verme dilekçesinin verildiği tarihten başlayarak 15 (on beş) gün içinde tevdi olunması.

4. Eksik veya yanlış yapılan vergi beyanının mükellefin keyfiyeti haber verme tarihinden başlayarak 15 (on beş) gün içinde tamamlanması veya düzeltilmesi.

5. Mükellefçe haber verilen ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanun'un 51'inci maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zamla birlikte haber verme tarihinden başlayarak on beş gün içinde ödenmesi.

Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci maddesi hükümden yararlanabilmek için sayılan bu 5 şartın bütün halinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Şartlardan herhangi birindeki noksanlık halinde pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanmak mümkün değildir.

## **2. VERGİ ASLINA İLİŞKİN OLARAK PİŞMANLIK MÜESSESESİNDEN YARARLANILABİLİR Mİ?**

Pişmanlık ve ıslah müessesesi esasen vergi hukukunu ilgilendiren, vergi cezasını kapsayan ve fakat vergi aslına ilişkin sonuç doğurmayan bir müessesedir. Zira vergi cezası kesilmesini engelleyen pişmanlık ve ıslah müessesesinde, vergi aslının ortadan kaldırılması söz konusu değildir.

Bu durum ispatı olarak Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci maddesinde sayılan 5'inci şart gösterilebilir. Zira bu düzenlemeye göre mükellefin bizzat haber verdiği ve ödeme süresi geçmiş bulunan vergilerin, ödemenin geciktiği her ay ve kesri için, 6183 sayılı Kanun'un 51'inci maddesinde belirtilen nispette uygulanacak gecikme zammı oranında bir zamla birlikte haber verme tarihinden başlayarak 15 (on beş) gün içinde ödenmesi gerekmektedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere,

pişmanlık müessesesi bakımından vergi idaresi, vergi aslına ilişkin alacağından vazgeçmemekte, bilakis bu alacağını gecikme zammı ile beraber tahsil etmektedir.

Bilindiği gibi gecikme zammı, ceza niteliğinde değildir ve fakat vergi ziyanının ortaya çıkması ile ilgili bir durumdur. Zira mükellef, tahsil aşamasında ve normal vade tarihinde ödemesi gereken vergiyi ödemediğinden cihetle vergi ziyanına sebebiyet vermiştir.

Pişmanlık uygulamasında, hazineye ait olması gereken bir meblağın mükellefçe kullanılmasının karşılığında ve süresinde ödeme yapanlarla eşitliğin sağlanması düşünceleri ile “pişmanlık zammı” alınmaktadır.

Sonuç olarak, pişmanlık ve ıslah, vergi ziyaı cezasının kesilmesini; iştirak halinde işlenenler dâhil kaçakçılık suçunun kovuşturulmasını ve/ya da buna ilişkin olarak cezaya hükmolunmasını önlemek suretiyle vergi cezaları bakımından hüküm ve sonuç doğuran bir müessesedir. Vergi aslına ilişkin olarak ise, bu müesseseden yararlanmak mümkün değildir.

### **3. PİŞMANLIKLAVERİLEN BEYANNAME AYRI BİR BEYANNAME MİDİR?**

Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci madde hükmü, ilk bakışta açık görünse de uygulamada farklı yorumlardan kaynaklanan ihtilaflarla karşılaşmaktadır. Bu konuda yaşanan önemli ihtilaflardan birisi, çalışma konumuzu oluşturan pişmanlık müessesesinden yararlanmak için verilen beyannamelerin ihtirazî kayıtla verilip verilmeyeceği sorusu üzerinedir. Bu sorunun cevabını verebilmek için ise evvela pişmanlık beyannamesinin ayrı bir beyanname olup olmadığını belirlemek önemlidir.

Pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanmak bakımından Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci maddesinde sayılan şartlar, mükellefin iyiniyetli olup olmadığını tespit etmeye yönelik ve neticesinde mükellefin iyiniyetinin yahut etkin pişmanlığının ödüllendirilmesine hizmet edecek şartlardır. Pişmanlık müessesesinden faydalanmak isteyen bir mükellef, sayılan tüm bu şartları yerine getirmiş olmalı ve bu isteğini bir dilekçe ile ilgili makama bildirmelidir. Bu dilekçe haber verme dilekçesidir.

Haber verme dilekçesinden sonra mükellef, beyan etmediği yahut eksik beyan ettiği matrah ve/veya matrah farkını bir beyanname ile beyan etmek durumundadır. Ancak şunun altını çizmek gerekir ki pişmanlıkla verilen yeni bir beyanname değildir; süresinde verilmeyen beyannamenin müsamaha süresi içinde verilmesi yahut önceki beyannamenin düzeltilmesidir. Çünkü pişmanlıkla verilen beyannameler, hiç verilmemiş

beyannamelere ilişkin olabileceği gibi, beyanname zamanında verilmiş olmakla birlikte, yürürlükteki mevzuata göre eksik veya yanlış beyanlara ilişkin de olabilmektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 371'inci maddesinde sayılan şartlardan dördüncüsü bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Çünkü söz konusu şarta göre mükellef hiç vermediği beyannameyi pişmanlıkla verebilmekte yahut önceki beyannamesini bu yolla düzeltebilmektedir. Bu durum da, pişmanlık beyannamesinin ayrı bir beyanname olmadığıнын en kuvvetli göstergelerindendir.

“Pişmanlıkla verilen beyannamelerle, süresinde ve Vergi Usul Kanunu hükümlerine uygun olarak verilen beyannameler arasında doğurduğu hukukî sonuçları arasında bir fark yoktur. Pişmanlıkla verilen beyannamelerde, yalnızca devletin zamanında tahakkuk etmeyen vergi kaybının telafisi için pişmanlık zammı uygulanmaktadır. Oysa mükellefin beyannameye ihtirazî kayıt koyarak, idarenin yorum ve mevzuatına göre haksız ve hukuka aykırı olarak vergilendirildiğini veya tereddüt duyduğu hususların yargının açıklığa kavuşturmak istemesi amacıyla dava açacağını belirtmesi, genel bir hukukî durumdur... Bu beyannamelerde mükellef her zaman vergilendirmeye ilişkin tereddüt duymuş veya idarenin yorumuna katılmamasına rağmen, ilerde bir vergi incelemesi sonucu ceza ve gecikme faizleriyle karşılaşmamak amacıyla, pişmanlıkla beyanda bulunmuş olması muhtemeldir. Örneğin, mükellef beyannamesini süresi içinde vermiş olmakla birlikte, bu beyannamesinde, kanunen kabul edilmeyen giderleri idarî yorumun aksine bir görüşle tespit etmiş olabilir. Daha sonra, yukarıda bahsi geçen riskle muhatap olmamak için, pişmanlıkla beyannamesini vererek, bu beyannamede kanunen kabul edilmeyen giderleri, idarî yorum doğrultusunda tespit etmiş olabilir. Bu durumda, mükellef sırf beyannamesini pişmanlıkla verdi diye, idarenin tasarrufuna karşı anayasal hakından mahrum bırakılması doğru mudur?”<sup>54</sup>.

“Mükellefin,...idarenin yorumuyla doğru vergilendirildiği hususunda tereddüdü vardır. Bu tereddüdü nedeniyle beyannamesindeki matrahını, vergi idaresinin yorumuna muhalif olarak eksik beyan etmiştir. Pişmanlık müessesesinden yararlanarak ve ceza mahiyetinde olmayan pişmanlık zammını ödeyerek, ilerde muhtemel daha büyük yükümlülüklerle muhatap

<sup>54</sup> ÖZDOĞRULAR, Mehmet: “Pişmanlıkla Verilen Beyannamelere İhtirazî Kayıt Şerhi Konulup Konulmayacağıнын Değerlendirilmesi, 18.02.2013, <http://www.ozdogrular.com/content/view/21511/>, (Erişim Tarihi: 01.11.2017).

olmamak için, pişmanlıkla beyannamesini vermiştir. Ancak, mükellefin haksız vergilendirildiği hususundaki tereddüdü devam etmektedir”<sup>55</sup>.

“Mükelleflerce kanuni gerekçe gösterilerek beyan edilen matrah veya matrah kısmı üzerinden tarh edilen vergiye dava hakkının saklı tutulması yolunda beyannameye yazılı nota ihtirazî kayıt adı verilir.” şeklindeki Vergi Daireleri İşlem Yönergesinin 39’uncu maddesinin 3’üncü bendi de pişmanlıkla verilen beyannamenin ayrı bir beyanname olmadığı yönündeki görüşümüzü destekler niteliktedir.

Bu sebeple, normal şartlar altında beyanname veren bir mükellefe tanınan hakların pişmanlık dilekçesi veren mükelleflere de tanınması gerekmektedir. Beyan usûlünde mükellefin dava hakkını saklı tutan ihtirazî kayıt ve onun neticesi olarak dava açma hakkı da bu kapsamdadır. Dolayısıyla doktrindeki bir kısım görüşün ve kimi mahkeme kararlarının<sup>56</sup> aksine, pişmanlık dilekçesinin ihtirazî kayıtlı verilmesinin önünde bir yasal bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, pozitif hukukumuzda pişmanlık dilekçesi ile verilen beyannamenin ayrı bir beyanname olduğuna dair bir düzenleme mevcut olmadığı için, diğer beyannameler gibi pişmanlık dilekçesi ile beraber verilen beyannameye de ihtirazî kayıt konulabileceğinin kabulü gerekir.

Sonuç olarak, pişmanlıkla verilen beyanname ile süresinde verilen beyannamenin haiz olduğu değer arasında hukuken bir fark bulunmamaktadır. Fark sadece, vergi ceza hukuku açısından ortaya çıkmakta; olay cezayı gerektirmekte, ancak pişmanlık müessesesi cezayı engelleyen bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>57</sup>. Pişmanlıkla verilen beyanname, diğer beyannamelerden farklı olmadığı için, pişmanlık ve ıslah hükümlerinden yararlanabilmek hususunda kimi beyannameleri dâhil edip kimi beyannameleri hariç tutmak, en başta eşitlik ve adalet ilkelerine aykırıdır.

---

<sup>55</sup> ÖZDOĞRULAR, (Erişim Tarihi: 01.11.2017).

<sup>56</sup> Tekirdağ Vergi Mahkemesi, 14.07.2015 Gün ve E. 2015/360, K. 2015/371, Danıştay Dergisi, Yıl: 2016 Sayı: 141, s. 409-412; <https://vergidosyasi.com/2017/11/02/danistay-vddk-karari-suresi-gectikten-sonra-verilen-beyannameye-ihiraz-kayit-konulamaz/> (Erişim Tarihi: 15.12.2017); İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 25.11.2014 Gün ve E. 2014/1014, K. 2014/3253, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden mkF0A+g-I8HPXb/ - j027Bkc - LBJcqc= (Erişim Tarihi: 08.06.2017).

<sup>57</sup> DOĞRUSÖZ, Bumin: “Vergi Hukukunda İhtirazî Kayıt ve Pişmanlıkla Beyan”, archive.ismmmo.org.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2017).

#### 4. İHTİRAZÎ KAYIT

İhtirazî kayıt hukuk sözlüğünde “Muayyen hakları kullanmak hususunda serbestisini muhafaza etmek isteyen tarafın bu hususta vaki beyanı”<sup>58</sup> biçiminde tanımlanmaktadır. Buradan hareketle, ihtirazî kayıt, mükellefler tarafından beyan edilen matrah ve matrah farkı üzerinden tarh edilen vergiye dava açma hakkını saklı tutulmasını sağlayan bir imkândır. Bu yargılama müessesesi sayesinde mükellefler, duraksamaya düştükleri hususlarda idarenin yorumu doğrultusunda beyanlarını yapmakta ancak dava açma haklarını saklı tutarak, idarî yorum ve anlayışın yargı denetiminden geçmesini sağlamaktadırlar<sup>59</sup>.

İdeal bir vergi sisteminin yöntemi olarak ifade edilen beyana dayanan tarh işleminde matrah bizzat mükellefçe belirlenip bildirilmekte, bu anlamda tabiri caizse mükellefin itirafı niteliği taşımaktadır. Bu sebepten, mükellefin kendi beyanı üzerine yapılan tarhiyata karşı kural olarak dava açma hakkı yoktur. Ancak işlemde vergi hatasının bulunması ve ihtirazî kayıtla beyan, bu kuralın iki istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>60</sup>.

Mükelleflerin beyan ettikleri matraha ilişkin olarak ihtirazî kayıt koymalarının mümkün olduğu Vergi Usul Kanunu’nda düzenlenmiş değildir. Nitekim Vergi Usul Kanunu’nun 378’inci maddesine göre “Mükellefler beyan ettikleri matrahlarla ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar. Bu Kanunun vergi hatalarına ait hükümleri mahfuzdur.” Görüldüğü gibi, vergi hatalarının aksine, mükelleflere dava açma hakkı veren bir diğer durum olarak mükelleflerin beyanlarını ihtirazî kayıtla vermeleri hali söz konusu maddede açıkça düzenlenmiş değildir.

Aynı şekilde diğer vergi kanunlarında da ihtirazî kayıt müessesesi ile ilgili bir tanım veya düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Vergi Daireleri İşlem Yönergesinin, “İhtirazî Kayıtla Verilen Beyannameler Üzerine Yapılacak İşlemler” başlığını taşıyan kısım, 39’uncu maddesinin 3’üncü bendinde “Mükelleflerce kanuni gerekçe gösterilerek beyan edilen matrah veya matrah kısmı üzerinden tarh edilen vergiye dava hakkının saklı tutulması yolunda beyannameye yazılı nota ihtirazî kayıt adı verilir.” ifadesiyle ihtirazî kayıt tanımlanmaktadır. Söz konusu tanımdan

<sup>58</sup>T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr>, (Erişim Tarihi:22.05.2017).

<sup>59</sup>DOĞRUSÖZ, (Erişim Tarihi: 28.04.2017).

<sup>60</sup>ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s. 96.

yola çıkararak, ihtirazî kayıtla beyan, mükelleflerin beyan ettikleri matrah veya matrah kısmının vergiye tâbi olup olmadığı hususundaki tereddütlerini yargıda gidermeleri imkânını sağlayan ve uygulamada da sıkça başvurulmuş önemli bir müessesedir<sup>61</sup>.

Bu konuya ilişkin referans olarak alınması gereken diğer bir düzenleme de İdarî Yargılama Usulü Kanunu'dur. Esasen İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda doğrudan ihtirazî kaydı tanımlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Kanun'un 27'nci maddesinin 3'üncü bendinde "...ihtirazî kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle tahsilât işlemlerinden dolayı açılan davalar tahsil işlemlerini durdurmaz..." hükmünün incelemesinden, mükelleflerin beyan ettikleri matraha ilişkin olarak ihtirazî kayıt koymalarının mümkün olduğu ve ihtirazî kayıtla verilen beyannamelere karşı dava açılabilmesi anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ihtirazî kaydın Vergi Usul Kanunu'nun 378'inci maddesinin istisnası olarak mükelleflere dava açma hakkını verdiğini, Vergi Usul Kanunu'ndan değil İdarî Yargılama Usulü Kanunu'ndan çıkarmaktayız. O halde, ihtirazî kayıt yolu ile dava hakkının saklı tutulmasının iki hukukî dayanağı vardır. Bunlardan ilki, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesidir. Ancak bu maddenin konuyu sadece işlemin yürürlüğü ve neticeleri açısından düzenlemekte<sup>62</sup> olduğunu da belirtmek gerekir. Ayrıca, Vergi Daireleri İşlem Yönergesi'nin 39'uncu maddesinin 3'üncü bendi de bir diğer hukukî dayanağıdır.

İhtirazî kayıt dilekçesi, beyan sahibine dava açma hakkı tanımaktan öte bir anlam ve işleve sahip değildir. Uygulamada, ihtirazî kayıtla beyanda bulunup dava açanlar, genellikle ödeme yapmayı yürütmeyi durdurma taleplerinin sonuçlanmasına veya dava sonuna bırakmakta; bu durumda ise, davanın reddi halinde, 15 (on beş) gün içerisinde ödeme yapma şartının ihlâl edilmesi sebebiyle pişmanlıktan yararlanma imkânı ortadan kalktığından ayrıca ceza ödenmesi de gerekmektedir<sup>63</sup>.

## **5. PİŞMANLIK DİLEKÇESİ İHTİRAZİ KAYITLA VERİLEBİLİR Mİ?**

Yukarıda da tanımlandığı üzere ihtirazî kayıt, beyannamelere konulan ve beyana karşı, dava açma hakkının saklı tutulduğu anlamına

<sup>61</sup>CANDAN, Turgut: Vergi Usul Kanununun 371'inci Maddesinde Düzenlenen Pişmanlık ve İslah Müessesesi Hakkında, PWC.TV'de Yapılan Konuşma, <https://turgutcandan.com>, (Erişim Tarihi: 25.04.2017).

<sup>62</sup>DOĞRUSÖZ,(Erişim Tarihi: 28.04.2017).

<sup>63</sup>DOĞRUSÖZ,(Erişim Tarihi: 28.04.2017).

gelen bir şerhtir ve beyanın, beyanda bulunanın özgür iradesinin ürünü olmadığını göstermektedir.<sup>64</sup> Bu noktada akla gelen ilk soru, hangi beyannamenin tamamıyla mükellefin özgür iradesinin ürünü olduğu sorusudur. Sübjektif bir durum olduğu için bu soruya genel geçer bir yanıt vermek ise neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla akla gelen bir diğer soru da, ihtirazî kaydın her durumda mükelleflere dava açma hakkını bahşedip etmeyeceğidir.

Konuya ilişkin olarak vergi idaresi ile yargı kararları arasında tam bir mutabakat olmadığı dikkat çekmektedir.<sup>65</sup> Nitekim doktrinde de pişmanlık hükümleri kapsamında verilen beyannamelerin ihtirazî kayıtlarla verilip verilemeyeceği konusunda tartışmalar mevcuttur. Örneğin Seviğ'e göre pişmanlıktan yararlanan mükellefin aynı zamanda dava açma hakkını elde etmesi hakkaniyetle bağdaşmayacaktır.<sup>66</sup> Donay ise, bu hususta, pişmanlık dilekçesine ihtirazî kayıt konulmasının pişmanlık başvurusunun kabulünü engellemeyeceğini ve fakat bu ihtirazî kayda dayanılarak dava açılmayacağını belirtmektedir.<sup>67</sup>

Aynı yöndeki bir diğer görüşe göre ise, "Pişmanlık talebiyle verilen beyannameler üzerine yapılan tahakkuklara karşı idarî dava açılması mümkün değildir. Zira kişinin kendi özgür iradesiyle beyan ettiği matrah, kendisi yönünden doğru kabul edilir. Bir bakıma da, bu beyan, mükellefin, vergi matrahının varlığı ve miktarı konusunda, yazılı ikrarıdır. Dolayısıyla; kişi, kendi beyanının sonuçlarını, vergi hatası bulunması hali dışında, idarî davaya konu edemez. Pişmanlıkla verilen beyannameye ihtirazî kayıt konulması, hem kişinin iç dünyasındaki samimi nedamet duygusuna hukuksal değer tanıyan bu müessesenin niteliğiyle bağdaşmaz, hem de kanuna aykırı davranışın kendiliğinden bildirilmediği; örneğin, ileride cezaya muhatap olunacağı korkusuyla hareket edildiği anlamına geleceğinden, pişmanlık hükümlerinden yararlanmanın ilk koşulunun olayda var olmadığını gösterir"<sup>68</sup>.

Ancak, öncelikle vergi hukukundaki pişmanlık müessesesini, ceza hukukundaki nedamet hali gibi değerlendirerek, şarta bağlı olmaması gerektiği yargısı kanaatimizce uygun değildir. Ayrıca beyannamenin en

<sup>64</sup> CANDAN, (Erişim Tarihi: 25.04.2017).

<sup>65</sup> SOMUNCU/DEĞİRMENDERELİ, s. 72.

<sup>66</sup> SEVİĞ, Veysi: "Pişmanlıkla Verilen Beyannamelere İhtirazî Kayıt Konulması", Yaklaşım, Sayı:120, s. 42-44.

<sup>67</sup> DONAY, Süheyl: Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 215.

<sup>68</sup> CANDAN, (Erişim Tarihi: 25.04.2017).

baştan itibaren tam anlamıyla mükellefin özgür iradesini yansıtıyor olması durumunda bu görüşe katılmak mümkün olabilir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz üzere subjektif içerikli bu durumu tespit etmek son derece güçtür. Ayrıca pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için ilk şart mükellefçe haber verme dilekçesinin verilmiş olmasıdır. Dilekçenin samimi bir nedametle verilip verilmeyeceğini tespit etmek gibi bir şart aranmamaktadır.

Beyannameye konulan ihtirazî kayıt, beyanname içeriği konusunda mükellefin tereddüt ettiği hususlar olduğu anlamına gelmekte; mükellefin beyanname içeriğini tam olarak kabul etmediği durumlarda yahut ileride hâsıl olabilecek bir gereklilik halinde kendi beyanname hakkında dava açabilme hakkı bahşetmektedir. Zira mükellefler, son derece teknik kanunlar olan vergi kanunlarına yeterince nüfuz edememe gibi sebeplerle beyanname içeriği konusunda tam bilgi sahibi olmayabilirler. Pişmanlıkla verilen beyannamelere dava yolunu kapatmak, bir anlamda mükelleflerin nedametlerini ve vergi ödevlerini yerine getiren mükellef olma çabalarını göz ardı etmek olacak, noksanlıklarını giderme imkânını ellerinden alacak ve dolayısıyla da hakkaniyetli olmayacaktır<sup>69</sup>.

Bu konuda Maliye Bakanlığı'nın da dikkat çekici düzenleyici işlemleri mevcuttur. Örneğin; 25.07.2001 tarih ve B.07.GEL.0.30/3044-371-698/40427 sayılı Maliye Bakanlığı Özelgesine göre; "...Pişmanlık müessesesi, mükellefin tamamen kendi isteği ile kullandığı bir hak olup, bu hakkın kullanılması sonucu kanuna aykırı hareketin yaptırımı olan cezai müeyyide uygulanmamaktadır. Dolayısıyla, mükelleflerin böyle bir haktan yararlanırken bir yandan da dava açma haklarını saklı tutmalarına ilişkin olarak pişmanlıkla verilen beyannameyi ihtirazî kayıtle vermeleri mümkün bulunmamaktadır."

Vergi idaresi, Vergi Usul Kanunu'nun 378'inci maddesindeki "Mükellefler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar" hükmüne dayanarak ihtirazî kayıt konulan pişmanlık taleplerini kabul etmemektedir. Maliye Bakanlığı'nın bu Özelgesinin temelinde yatan görüş budur.

Ancak söz konusu Özelgenin aksine; Vergi Daireleri İşlem Yönergesi ve İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'inci maddesinin 3'üncü fıkrası irdelendiğinde ve konu ile ilgili başkaca tanımlama bulunmadığı dikkate alındığında, vergi matrahının mükellefler tarafından

---

<sup>69</sup>YAŞIN, s. 96-101.



beyan edilmesi öngörülen tüm vergiler için ihtirazî kayıtla beyanname verilmesi mümkün görünmektedir. Bir diğer ifadeyle; vergi kanunlarında yer alan ve matrahın mükellefler ya da vergi sorumluları tarafından belirlendiği tüm bildirimler ve beyannameler ihtirazî kayıtla verilebilmektedir<sup>70</sup>.

Konuya ilişkin olarak diğer bir belirlemeyi yargı kararları ile yapmak mümkündür. Zira pişmanlık dilekçesi ekinde veya ona dayanılarak verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konulup konulamayacağı, Danıştay dava daireleri arasında da, uzun süre tartışma konusu olmuştur<sup>71</sup>. Danıştay'ın kimi dava daireleri, kişinin hak arama özgürlüğünden söz ederek, pişmanlık dilekçesi ekinde de olsa, verilen beyannameye ihtirazî kayıt konulabileceğini kabul etmişlerdir. Hatta bazı kararlar, pişmanlıkla yapılan beyanların ihtirazî kayıtla verilebileceğini açıkça vurgulamaktadır. Örnek olarak, Danıştay 9. Dairesinin “Pişmanlık hükümlerine göre verilen beyannamelere ihtirazî kayıt şerhi konulmasına hukukî ve yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, dava açılmasına olanak sağlamak amacıyla beyannameye ihtirazî kayıt konulabilir.” şeklindeki 14.5.1998 tarihli Kararını<sup>72</sup> ve Danıştay 3. Dairesinin “Pişmanlıkla verilen beyannamelere, beyan edilen matrahlara karşı dava açılmasını sağlamak yönünden ihtirazî kayıt şerhi konulmasında hukukî ve yasal bir engel bulunmadığından, uyumsuzluğun esastan çözümlenmesi gerekir.” şeklindeki 6.5.1998 tarihli kararını<sup>73</sup> gösterebiliriz<sup>74</sup>.

Yine Danıştay 3. Dairesi'nin 15.09.2005 tarih ve Esas. 2004/238, Karar. 2005/1905 sayılı kararı<sup>75</sup>, beyana dayanan vergi tarhi ve tahakkuku işlemlerinin, beyanda bulunan mükellef ya da sorumlu tarafından usulüne uygun olarak ihtirazî kayıt konulması durumunda idarî davaya konu edilebileceği şeklindedir.

<sup>70</sup>DOĞRUSÖZ, (Erişim Tarihi: 28.04.2017).

<sup>71</sup>CANDAN, (Erişim Tarihi: 25.04.2017).

<sup>72</sup>Danıştay 9. D. E. 1997/2708 K. 1998/1990, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd14.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).

<sup>73</sup>Danıştay 3. D. 6.5.1998 Gün ve E.1997/2273, K.1998/1603, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd4.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017); DOĞRUSÖZ, Bumin: “Vergi Hukukunda Pişmanlık ve İhtirazî Kayıt”, 14.02.2002 Dünya, <http://www.turmobil.org.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.12.2017).

<sup>74</sup>Bkz. aynı yönde Danıştay 9. D. 07.11.2013 Gün ve E. 2009/5963, K. 2013/9673, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden D+tOXpN - O52xROH - 8V46r8f - q3qXCk=, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).

<sup>75</sup>Danıştay 3. D. 15.09.2005 Gün ve E. 2004/238, K. 2005/1905, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd4.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).

Danıştay 4. Dairesi ise, 18.09.2014 gün ve E:2014/3387, K:2014/5184 sayılı kararıyla temyiz istemini reddetmiş olsa da karar düzeltme istemini kabul ederek önceki kararını kaldırdıktan sonra temyiz istemini yeniden inceleyerek verdiği 29.04.2015 gün ve E:2015/539, K:2015/1849 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 378'inci maddesinin ikinci fıkrası ile 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin dördüncü fıkraya hükmüne yer verdikten sonra; “Kanunda öngörülen zaman ve zorunluluk dışında, mükelleflerden yeniden beyanname vermelerini isteme şeklinde bir uygulamanın vergi mevzuatında yer almadığı, idarelerin, devlet yetkilerini kullanırken donatıldıkları kamu gücüne dayanarak doğrudan veya dolaylı biçimde mükellefleri zorlaması nedeniyle verilen beyannameler, beyanname verme süresi geçmiş olsa dahi mükelleflerin serbest iradesini yansıtmadığından, bu beyannamelere ihtirazî kayıt konulmasına yasal bir engel bulunmadığı” gerekçesiyle davacının ihtirazî kaydı dikkate alınmak suretiyle uyuşmazlığın esası incelenerek yeniden karar verilmek üzere kararı bozmuştur<sup>76</sup>.

Danıştay 3. Dairesi'nin 08.04.2004 gün ve E.2002/1071, K.2004/909 sayılı Kararı'nın gerekçesinde de “İhtirazî kayıt, beyannamede gösterilen matrah veya matrah kısmı üzerinden tahakkuk eden vergiye yönelik olabileceği gibi ticarî bilanço zararı ve indirim ve istisnalar nedeniyle zarar beyan edilen ya da kar beyan edilmekle birlikte geçmiş yıl zararlarının mahsubu veya risturn, yatırım indirimi gibi kazançtan yapılacak indirimler nedeniyle vergilendirilmesi gereken kurum kazancı doğmayan ve izleyen yıla devreden zarar miktarını ya da yararlanılabilecek yatırım indirimi tutarını azaltacak durumlarla da beyannamelerin ihtirazî kayıt konularak verilmesi ve idarî davaya konu edilebilmesi mümkündür.” ifadelerine yer vermiştir<sup>77</sup>. Danıştay 3. Dairesi'nin bu açıklamasıyla ihtirazî kaydın;

- i. Beyannamede gösterilen matrah veya matrah kısmı üzerinden tahakkuk eden vergiye yönelik olabileceği,
- ii. Bazı nedenlerle vergilendirilmesi gereken kurum kazancı doğmayan ve izleyen yıla devreden zarar miktarını ya da yararlanılabilecek yatırım indirimi tutarını azaltacak durumlara ilişkin olarak konulabileceği belirtilmekte, bu şekilde ihtirazî

---

<sup>76</sup>Danıştay 4. D. 29.04.2015 gün ve E:2015/539, K:2015/1849, Danıştay Dergisi Yıl : 2016 Sayı : 141, s. 410.

<sup>77</sup>Danıştay 3. D. 08.04.2004 Gün ve E. 2002/1071, K. 2004/909, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd4.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).

kayıt konulan beyannameler için idarî dava açılabilceğini hüküm altına almaktadır.

Öte yandan, kimi Danıştay Daireleri, kişinin pişmanlığının samimi olması gerektiği; beyanına ihtirazî kayıt koyan mükellefin, gerçekten pişman olduğunun kabul edilemeyeceği; salt Vergi Usul Kanunu'nun pişmanlık hükümlerinden yararlanmak amacıyla ihtirazî kayıt koyan kişinin, anılan hükümlerden yararlanamayacağı yolunda karar vermişlerdir<sup>78</sup>. Sonunda Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, bu beyannamelere ihtirazî kayıt konularak dava hakkının muhafaza edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>79</sup>.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun yakın tarihli bir kararına göre, ihtirazî kayıt, ancak süresinde verilen beyannamelere konulabilir; beyan süresi geçirilerek verilen beyannamelere konulamaz. Pişmanlık dilekçesi ekinde verilen beyannameler, beyan süresi geçen beyannameler olduğundan; bu beyannamelere ihtirazî kayıt konulması, bu karar bakımından da mümkün değildir<sup>80</sup>. Danıştay 4. Dairesi'nin 2016 tarihli kararına göre<sup>81</sup> “vergi beyannamelerinin ihtirazî kayıtle verilmesi ile pişmanlıkla verilmesinin sebepleri, şartları ve yarattığı sonuçlar farklıdır. Vergi kanunlarının öngördüğü zamanlarda verilen beyannamelere ihtirazî kayıt konulması, tarh edilen verginin dava konusu yapılmasına imkân sağladığı halde, pişmanlıkla verilmesi, beyanname zamanında verilmediği için doğmuş olan vergi kaybından dolayı ceza kesilmesini önlemektedir. Bu sebeple, kanuni süresi geçtikten sonra pişmanlıkla verilen beyannameye ihtirazî kayıt konulmasına, ihtirazî kayıtle verilen beyannamelere bağlanan hukukî sonucun tanınmasına imkân yoktur”<sup>82</sup>.

<sup>78</sup>Danıştay 7. D. 20.11.2002 Gün ve E. 2001/227, K. 2002/3686, CANDAN, (Erişim Tarihi: 25.04.2017). Bkz. aynı yöndeki kararlar: Danıştay 4. D. 17.12.2015 Gün ve E. 2015/4853, K. 2015/7371, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 09.11.2016 Gün ve E. 2016/819, K. 2016/1066, Danıştay 3. D. 14. 03. 2016 Gün ve E. 2012/1808, K. 2016/2132, Danıştay 4. D. 21.03.2016 Gün ve E. 2016/1003, K. 2016/1180, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).

<sup>79</sup>CANDAN, (Erişim Tarihi: 25.04.2017).

<sup>80</sup>CANDAN, (Erişim Tarihi: 25.04.2017); Vergi Dava Daireleri Kurulu, 09.04.2014 Gün ve E. 2014/68, K. 2014/255.

<sup>81</sup>Danıştay 4. D. 21.03.2016 Gün ve E. 2016/1003, K. 2016/1180, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden Xs2zvE7-İYHFE/0-XjgevuT-OurqBA=, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).

<sup>82</sup>Danıştay 4. D. 21.03.2016 Gün ve E. 2016/1003, K. 2016/1180, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden Xs2zvE7-İYHFE/0-XjgevuT-OurqBA=, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).

Ancak vergi mevzuatında pişmanlıkla beyanın süresinde verilen beyanla farklı olduğunu düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Ayrıca beyanname verme süresi geçmiş olsa dahi mükelleflerin serbest iradesini yansıtmayan beyannamelere ihtirazi kayıt konulmasına yasal bir engel de bulunmamaktadır. Dolayısıyla Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun kararının aksine pişmanlıkla beyanın süresinde beyandan farklı olduğu, bu cihetle de pişmanlık dilekçesine ihtirazî kayıt konulamayacağını savunmak, mükellefin dava açma hakkından peşinen feragat etmesi gibi bir sonuç doğurur ki bu hukuk devleti açısından kabul edilir değildir.

Aksi yöndeki kimi mahkeme kararlarını<sup>83</sup>, hukukun genel kuralları ve anayasal açıdan ele aldığımızda, böyle bir değerlendirmenin verilen hakların kullanılmasının engellenmesine yol açacağı çıkarımını yapmak yanlış olmayacaktır. Zira bu durum, ihtirazî kayıt yoluyla mükellefe tanınan dava açma hakkının engellenmesine sebebiyet vermektedir. Dava açma, hak arama hürriyeti kapsamında ele alınmaktadır. Bu hürriyetin engellenmesi ise, gerek hukukun evrensel prensiplerine ve Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve gerekse idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen 125'inci maddeye açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Unutmamak gerekir ki hukuk devleti ilkesinin gereklerini gerçekleştirmek, hazine yararından çok daha mühimdir. Zira hukuk devleti ilkesi açısından sorulması icap eden esas soru, “Mükellefin bireysel olarak vergiyi veya cezayı ödemesi mi yoksa hukuk devleti ilkesi gereği işlemdeki hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması mı ağır basmalıdır?” sorusudur. Çünkü pişmanlık dilekçesi verilen bir vergiyle alakalı olarak hukuka aykırılık durumu mevcut olabilir ve durumun hukukî zeminde ortadan kaldırılmasını talep edebilmek hukuk devletinin gereğidir. Dolayısıyla pişmanlık dilekçesi vermiş olan bir mükellefte, idarece tesis edilen işlemle ilgili bir hukuka aykırılık olduğu kanaati hâsıl olursa, hak arama hürriyeti kapsamında, mükellef bu durumu iptal davasına konu edebilmelidir. O halde, dava açma hakkını muhafaza etmek bakımından pişmanlık dilekçesine konulacak ihtirazî kayıt bu noktada işlev görecektir.

Görüştümüzü destekler nitelikte olmak üzere, pişmanlık dilekçesine ihtirazî kayıt konulamayacağını savunmak, iptal davasının objektif

---

<sup>83</sup> Bkz. İstanbul 8.Vergi Mahkemesi, 30.01.2009 Gün ve E. 2008, K. 2009/364, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden D+tOXpN - O52xROH - 8V46r8f - q3qXCk=, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).

niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Zira idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davası objektif niteliklidir. Dolayısıyla tarafların sübjektif durumları değil, dava konusu işlemin objektif hukuk kurallarına uygun olup olmadığı araştırılır<sup>84</sup>. İptal davasının objektif niteliği gereği işlemin iptalinde aslanan, idarenin hukuka aykırı işleminin hukuk âleminde kaldırılmasıdır. Zira hukuka aykırılık durumunun ortadan kaldırılmasındaki amaç, idarenin hukukî zeminde kalması ve hukuka uygun hareket etmesinin sağlanması suretiyle hukukun üstünlüğünün temin edilmesidir. Bu açıdan bakıldığında da hukuk devleti ilkesinin teminatı niteliğinde olan iptal davası, hukuk devleti ilkesine hizmet eden, hukuk devletini gerçekleştirme araçlarından biridir. Hukuka aykırı bir işlemin ilgililerin bilgisizliği, pasif davranışları, sonuçları kestirememeleri vb. sebeplerle iptal davasına konu yapılamaması, her şeyden evvel hukuk devleti açısından olumlu bir durum olmaz<sup>85</sup>.

Uygulama açısından bakıldığı zaman örneğin, elde ettiği bir kazanç veya iradın gelir vergisine tabi olmadığını düşünerek beyanda bulunmayan, fakat zamanaşımı süresi içerisinde sonraki tarihli bir genel tebliğ veya üçüncü bir şahsa verilen muktezadan idarenin söz konusu kazanç veya iradın vergiye tabi olduğu görüşünde bulunduğunu öğrenen bir mükellefin, ceza tehdidinden kurtulmak için pişmanlıkla beyanda bulunması, öte yandan vergiye tabi olmadığı görüşünü de yargının huzuruna taşıması, bir çelişkidir ziyade, idarî işlemin yargısal denetimden geçirilmesini ifade etmektedir<sup>86</sup>.

Ayrıca mükelleflerin beyan dışı kalan ve idarî anlayışa göre matraha alınması gereken konuları kendiliklerinden haberdar etmeleri halinde dava yolunun kapalı olduğunun kabulü halinde, kendi işlem ve beyanlarının doğru olduğu düşüncesinde olan pek çok mükellef, pişmanlık yolunu kullanmayarak, idarenin inceleme yapmasını beklemek durumunda kalacaktır. Bu da, hem inceleme oranlarının % 1-2'lerde olduğu düşünülürse hazine kaybına yol açacak; hem de iyiniyetli mükelleflere ceza uygulanması gibi sonuçlara yol açacaktır<sup>87</sup>.

<sup>84</sup>ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları III, İstanbul 1966, s. 1772.

<sup>85</sup>ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 413.

<sup>86</sup>DOĞRUSÖZ,(Erişim Tarihi: 28.04.2017).

<sup>87</sup>DOĞRUSÖZ,(Erişim Tarihi: 28.04.2017).

Öte yandan, iptal davasının açılabilmesi için menfaat ihlâli arandığı için pişmanlık ve ıslah dilekçesinden sonra mükelleflerin iptal davası açabilmesi imkânı yargının iş yükünü gereksiz yere artıracak değildir.

Fransız Danıştay'ı iptal davasının kamu düzeninden olduğunu kabul etmektedir. Bunun anlamı, kanunla öngörülme bile var olduğu ve kanunla olsa dahi ortadan kaldırılmayacağıdır. Çünkü anayasa yargısında soyut ve somut norm denetiminin oynadığı rol ne ise idarî yargıda iptal davasının oynadığı rol odur. İdarenin anayasaya ve kanunlara aykırı bireysel ve düzenleyici işlemlerinin iptalini sağlayan bu dava, kişilerin yararına hizmet ettiği kadar genel hukuk düzeninin ve hukuk devletinin korunmasına da hizmet etmektedir<sup>88</sup>. İptal davası kamu düzenine ilişkin olduğundan varlığı için özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Hatta bir idarî işleme karşı “başvuru yolları kapalıdır” şeklinde yasal bir kural dahi olsa bu kural iptal davasını ortadan kaldıracak bir kural değildir. Zira iptal davasının varlığı, hukukun genel ilkeleri ve hukuka uygunluk ilkesine saygı ilkesinin bir gereğidir<sup>89</sup>. Yine iptal davasının kamu düzeninden oluşunun bir diğer sonucu da, önceden dava hakkında vazgeçmenin mümkün olmamasıdır<sup>90</sup>.

“...İptal davasının amacı, idarenin hukuka ve kanuna aykırı işlemlerini kaldırmak suretiyle, onun hukuka bağlılığını sağlamak ve böylece hukuk düzenini korumaktır. Burada davacının rolü, idarenin işleminin hukuka ve kanuna aykırı olup olmadığının incelenmesi ve bir aykırılık saptandığı takdirde işlemi geçmişe etkili olarak iptal etmesi için İdarî Yargı Merciiini harekete geçirmekten ibarettir”<sup>91</sup>. Dolayısıyla iptal davasında önemli olan işlemin kim tarafından ya da kime karşı yapıldığı değil; işlemin kendisinin hukuk düzenine uygun olup olmadığıdır. Buradan hareketle iptal davası işlemi yapan kişiye karşı değil, işlemin kendisine karşı açılır<sup>92</sup>. Bu durum iptal davasının objektif niteliğinin bir sonucudur<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> KAPLAN, Gürsel: İdarî Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi, 2. Baskı, 2017, s. 192.

<sup>89</sup> ÇAĞLAYAN, s. 414.

<sup>90</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, C. 2, İdarî Yargılama Hukuku, Ankara, 1999, s. 273.

<sup>91</sup> AZRAK Ali Ülkü: “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 146.

<sup>92</sup> KAPLAN, s.193.

<sup>93</sup> AZRAK, s. 149.

## SONUÇ

Doktrinde ihtirazî kayıt ile pişmanlık ve ıslah müessesesinin birbirleri ile çeliştiği, pişmanlıkla beyanda ihtirazî kayıt konulabileceğini kabul etmenin, mükelleflerin bir taraftan kayba uğrattıkları vergiler için pişman oldukları; öte taraftan pişman oldukları verginin doğru olmadığını ileri sürmeleri gibi çelişik bir duruma sebebiyet verdiği de ileri sürülmüşse de<sup>94</sup>, bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü pişmanlık ve ıslah müessesesini, ceza hukukundaki nedamet hali gibi değerlendirilerek, şarta bağlı olmaması gerektiği yargısına varmak, vergi ceza hukukuna özgü olan bu müesseseyi, başka hukuk dallarındaki benzer kurumların vergi ceza hukukundaki uygulaması olarak değerlendirmek doğru bir yaklaşım değildir.

Ayrıca pişmanlık dilekçesi ile verilen beyanname ayrı bir beyanname değildir. Dolayısıyla ihtirazî kayıt dâhil, beyannameye bağlanan bütün hukukî imkânlar pişmanlık dilekçesine ek olarak verilen beyanname için de geçerlidir. Bu durum eşitlik ve adalet ilkeleri için de önemlidir.

Hukuk devletinde yönetilenler açısından yükümlendirici olan hükümleri dar; yararlandırıcı olan hükümleri ise geniş yorumlamak; hak ve özgürlükler alanının korunması açısından anlamlıdır. Bu açıdan bakıldığında, mükellefler lehine olan ihtirazî kayda ilişkin düzenleme dar yorumlanmamalı, hariç tutulduğuna dair herhangi bir düzenleme olmadığı için, ihtirazî kaydın, pişmanlık dilekçesi ile verilen beyannameleri de kapsadığı kabul edilmelidir. Özellikle vergi mevzuatından kaynaklanan yorum farklılıklarını ve tereddütleri içeren konulara ilişkin pişmanlıkla verilen beyannameler mutlaka ihtirazî kayıt şerhini de içermelidir.

Anayasa'nın 2'inci maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin yaşama geçirilmesi, yine hukuk devletinin olmazsa olmaz şartlarından olan, "bütün idarî işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi" tutulmasına yönelik anayasal kuralın kapsamının olabildiğince geniş tutulmasına bağlıdır. Bu açıdan, pişmanlık yoluyla verilen beyannamelerde ihtirazî kayıt yolunu kapatmak ve mükelleflerin dava haklarını ortadan kaldırmak, hak arama hürriyetini daraltmak ve idarî işlemi yargı denetimi dışında bırakmak anlamına gelecektir. İptal davasının objektif niteliği ve kamu düzeninden oluşu ile de bağdaşmayan bu durum karşısında, başta hukuk devleti ilkesi ve onunla bağlantılı olarak

<sup>94</sup>ÖZ, Erdoğan: "Mükelleflerin Kendi Beyanlarını Dava Konusu Yapması-İhtirazî Kayıtlarla Beyan", Vergi Dünyası, Sayı:213 Mayıs 1999, s. 135.

Anayasanın 125’inci maddesi gereği pişmanlık dilekçesi ile verilen beyannamenin ihtirazî kayıtla verilebilmesi ve bu yolla dava yolunun açık olduğunun kabulü gerekmektedir.

Aksi bir tutum, ihtirazî kaydın bizatihi amacıyla da bağdaşmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, ihtirazî kayıt kavramının önemi ve vergi sistemine dâhil edilmesindeki amaç dikkate alındığında kapsamının dar yorumlanmaması faydalı olacaktır. Zira ihtirazî kayıtta amaç, beyannameye ilişkin olarak var olan veya ileride ortaya çıkabilecek çelişkili durumları yargı denetiminden geçirebilme imkânı tanımaktır. Bu yönü itibariyle de ihtirazî kayıt, mükellef haklarına ve hukuk devleti ilkesine hizmet eden bir hukukî imkândır.

Sonuç olarak, 1982 Anayasası’nın 2’nci ve 125’inci maddeleri, hukuk devleti ilkesi, hak arama hürriyeti, eşitlik ve adalet ilkeleri, iptal davasının objektif niteliği, kamu düzeninden oluşu ve ihtirazî kaydın amacı açısından pişmanlıkla verilen beyannamelerin ihtirazî kayıtla verilebileceğini kabul etmek gerekir. Zira 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 371 ve 378’inci maddeleri ile 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 27’inci maddesinin 3’üncü fıkrasının birlikte değerlendirilmesinden, mükelleflerin beyan ettikleri matrahlarla ilişkin ihtirazî kayıt koymalarının mümkün olduğu, pişmanlık hükümlerine göre verilen beyannamelere ihtirazî kayıt şerhi konulmasına hukukî ve yasal bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak doktrinde bu mevzuda devam etmekte olan tartışmalara son vermek ve konuyla ilgili mahkeme kararları arasında yeknesaklığı sağlayabilmek için, ayrı bir beyanname olmadığını vurguladığımız pişmanlıkla verilen beyannameler de dâhil olmak üzere tüm beyannamelerin ihtirazî kayıtla verilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme yapılması faydalı olacaktır.

## KAYNAKÇA

- AÖF Not Oku: “İdarî Uyuşmazlık ve Davalar”, <http://notoku.com/idarî-uyusmazlik-ve-davalar/>  
(Erişim Tarihi 22.05.2017).
- ASLİİPEK, Süleyman: “Pişmanlık ve Islah Müessesesi ve Uygulamada Özellik Arzeden Durumlar”, <http://www.bilgilidenetim.com>, (Erişim Tarihi:31.07.2017).
- ATALI, Murat: Medeni Usul Hukuku, (Ed. Tolga AKKAYA), A.Ü. AÖF Yayını No:1284, Eskişehir 2001.
- AZRAK, Ali Ülkü: “İptal Davalarının Objektifliği Üzerine Düşünceler”, Onar Armağanı, İstanbul 1977.



- CANDAN, Turgut: “Vergi Usul Kanunu’nun 371’inci Maddesinde Düzenlenen Pişmanlık ve İslah Müessesesi Hakkında”, PWC.TV’de Yapılan Konuşma, <https://turgutcandan.com>, (Erişim Tarihi: 25.04.2017).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 8. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- DOĞRUSÖZ, Bumin: “Vergi Hukukunda Pişmanlık ve İhtirazî Kayıt”, 14.02.2002 Dünya, <http://www.turmob.org.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.12.2017).
- DOĞRUSÖZ, Bumin: “Vergi Hukukunda İhtirazî Kayıt ve Pişmanlıkla Beyan”, <http://www.archive.ismmmo.org.tr>, (Erişim Tarihi: 28.04.2017).
- DONAY, Süheyl: Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.
- EDİZDOĞAN, Nihat/TAŞ, Metin/ÇETİNKAYA, Ali: Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2007.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref /TAN, Turgut: İdare Hukuku, C. 2, İdarî Yargılama Hukuku, Ankara 1999.
- KAPLAN, Gürsel: İdarî Yargılama Hukuku, Ekin Kitabevi, 2. Baskı, Bursa 2017.
- KARAKOÇ, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku Vergi Anlaşmazlıklarının/ Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2017.
- KARAKOÇ, Yusuf: Vergi Ceza Hukuku Genel Kısım Vergi Kabahatleri Vergi Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- KARAKOÇ, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KARAKOÇ, Yusuf: Türk Vergi Hukukunda Pişmanlık ve İslah, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:76, İzmir 1997.
- MUTLUER, M. Kamil/DAYANÇ, N. Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Değiştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ankara 2014.
- MUTLUER, M. Kamil: Vergi Genel Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 121/9, İstanbul 2006.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, İstanbul 1966.
- ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- ÖZ, Erdoğan: “Mükelleflerin Kendi Beyanlarını Dava Konusu Yapması-İhtirazî Kayıtlı Beyan”, Vergi Dünyası, Sayı:213, Mayıs 1999.
- ÖZDOĞRULAR, Mehmet: “**Pişmanlıkla Verilen Beyannamelere İhtirazî Kayıt Şerhi Konulup Konulmayacağına Değerlendirilmesi**”, 18.02.2013, <http://www.ozdogrular.com/content/view/21511/>, (Erişim Tarihi: 01.11.2017).
- T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 22.05.2017).
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 28.09.2017).
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük , <http://www.tdk.gov.tr>,(Erişim Tarihi: 29.10.2017).
- SARAÇOĞLU, Fatih/PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, Elif: Vergi Hukuku, Gazi Kitabevi, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2017.

- SEVİĞ, Veysi: “Pişmanlıkla Verilen Beyannamelere İhtirazî Kayıt Konulması”, Yaklaşım, Sayı:120, Aralık 2002, s. 42-44.
- SOMUNCU, Ahmet/DEĞİRMENDERELİ, Ali: Türk ve Alman Hukukunda Pişmanlık, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ekin Kitabevi, 8. Baskı, Bursa 2017
- ŞENYÜZ, Doğan: Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- YAŞİN, Mehmet: “Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık Müessesesi”, Yaklaşım, Cilt:15, Sayı:174, 2007,s. 96-101.
- YILDIRIM, Zübeyr: Vergi Ceza Hukukunda Pişmanlık ve Islah (VUK m. 371), Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- YILMAZ, Elif: “Uzlaşma Müessesesinin Hukukî Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIII(1-2), Ankara 2009, s. 321-351.
- YÜCE, Mehmet: Vergi Yargılama Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015.
- YÜCEL, Necmi N.: Tatbikatta Vergi Cezaları, İnkılap Kitabevi, İstanbul 1955.

## KARARLAR

- Danıştay 3. Daire, 06.05.1998 Gün ve E. 1997/2273, K. 1998/1603, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd4.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).
- Danıştay 3. Daire, 14.03.2016 Gün ve E. 2012/1808, K. 2016/2132, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr adresinden gGSBuw/ - XP5ytfX - XQIgOAD - Btz9LQ=>, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).
- Danıştay 3. Daire, 15.09.2005 Gün ve E. 2004/238, K. 2005/1905, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd4.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).
- Danıştay 3. Daire, 08.04.2004 Gün ve E. 2002/1071, K. 2004/909, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd4.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).
- Danıştay 4. Daire 7.11.1974 Gün ve E.1973/854, K. 1974/3810, Danıştay Dergisi, S. 18-19, s. 365-366.
- Danıştay 4. Daire 07.02.2011 Gün ve E. 2010/2713, K. 2011/542, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd6.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).
- Danıştay 4. Daire, 17.12.2015 Gün ve E. 2015/4853, K. 2015/7371, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr adresinden mkFOA+g-I8HPXb/ - j027Bkc - LBjCqc=>, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).
- Danıştay 4. Daire, 21.03.2016 Gün ve E. 2016/1003, K. 2016/1180, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr adresinden Xs2zvE7-İYHFE/0-XjgevuT-0urqBA=>, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).

- Danıştay 4. Daire, 29.04.2015 Gün ve E:2015/539, K:2015/1849, Danıştay Dergisi, Yıl: 2016 Sayı : 141, s. 409-412.
- Danıştay 7. Daire, 20.11.2002 Gün ve E. 2001/227, K. 2002/3686, CANDAN, Turgut: “Vergi Usul Kanunu’nun 371’inci Maddesinde Düzenlenen Pişmanlık ve İslah Müessesesi Hakkında”, PWC.TV’de Yapılan Konuşma, <https://turgutcandan.com>, (Erişim Tarihi: 25.04.2017).
- Danıştay 7. Daire, 25.11.1970 gün ve E. 1969/1166, K. 1970/2023, Danıştay Dergisi, S. 3, s. 418.
- Danıştay 9. Daire, 29.04.1991 Gün ve E. 1998/4839, K. 1991/1543, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd14.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).
- Danıştay 9. Daire, 07.11.2013 Gün ve E. 2009/5963, K. 2013/9673, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden D+tOXPn - O52xROH - 8V46r8f – q3qXCk=, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).
- Danıştay 9. Daire, 14.05.1998 Gün ve E. 1997/2708 K. 1998/1990, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/danistay/yd14.htm>, (Erişim Tarihi: 28.05.2017).
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 09.11.2016 Gün ve E. 2016/819, K. 2016/1066, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden D+tOXPn - O52xROH - 8V46r8f – q3qXCk=, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).
- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 09.04.2014 Gün ve E. 2014/68, K. 2014/255, Danıştay Dergisi, Yıl: 2016 Sayı : 141, s. 409-412.
- İstanbul 1. Vergi Mahkemesi, 25.11.2014 Gün ve E. 2014/1014, K. 2014/3253, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden mkF0A+g-I8HPXb/ - j027Bkc - LBJcq=, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).
- İstanbul 8. Vergi Mahkemesi, 30.01.2009 Gün ve E. 2008, K. 2009/364, <http://www.vatandas.uyap.gov.tr> adresinden D+tOXPn - O52xROH - 8V46r8f – q3qXCk=, (Erişim Tarihi: 08.06.2017).
- Tekirdağ Vergi Mahkemesi, 14.07.2015 Gün ve E. 2015/360, K. 2015/371, Danıştay Dergisi, Yıl: 2016 Sayı: 141, s. 409-412; <https://vergidosyasi.com/2017/11/02/danistay-vddk-karari-suresi-gectikten-sonra-verilen-beyannameye-ihtirazi-kayit-konulamaz/> (Erişim Tarihi: 15.12.2017).



# İSVİÇRE MEDENİ KANUNU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TÜRK HUKUKUNDA EMEKLİLİKTEN DOĞAN HAKLARIN PAYLAŞTIRILMASI

## SHARE THE RIGHTS FROM RETIREMENT IN TURKISH LAW COMPARATIVELY WITH SWISS LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.349826

Salih POLATER\*

### Özet

Türk ve İsviçre hukukunda eşler evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda birbirlerinden maddi tazminat, manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve mal rejiminin tasfiyesini talep edebilirler. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun mehazı olan İsviçre Medeni Kanunu boşanmanın sonuçları yönünden benzer düzenlemeler öngörmüş olsalar dahi, Türk Medeni Kanunu 01.01.2002 yılında yürürlüğe girdikten sonra İsviçre Medeni Kanunu'nda bu kapsamda çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlilerinden biri 2017 yılında boşanmanın sonuçları arasında öngörülen emeklilik sigortasındaki birikimlerin ve emeklilik maaşlarının paylaşılmasına yönelik düzenlemelerdir. Türk hukukunda sadece sosyal güvenlik kurumlarının mal rejiminin devamı süresince emeklilik maaşı, emeklilik ikramiyesi, kıdem tazminatı, maluliyet aylığı gibi yaptığı ödemeler edinilmiş mallara katılma rejimi hükümlerine göre paylaşılabilir. Bunun dışında emeklilik sigortasındaki birikimlerin ve emeklilik maaşlarının paylaşılmasına yönelik herhangi bir düzenleme yoktur. Bu çalışma ile İsviçre ve Türk hukukunda emeklilikten doğan hakların hangi kapsam ve hangi hükümlere göre paylaşılabilirliği incelenecek ve Türk hukukunda bu konuda ileride yapılabilecek düzenlemelere katkı sağlanmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Boşanma, boşanmanın sonuçları, emeklilikten doğan haklar, edinilmiş mallara katılma rejimi, İsviçre hukuku

### Abstract

In Turkish and Swiss law, spouses may demand material compensation, immaterial compensation, alimony and division of property regime from each other in the case of marriage union ending by divorce. Even if Turkish Civil Code and its source which is Swiss Civil Code predict similar regulations for the results of divorce, there have been amended many significant changes in Swiss Civil Code after Turkey took into force its Civil Code in 01.01.2002. One of the main changes made in 2017 by Switzerland is to share the retirement insurance savings and retirement benefits. In addition, the

---

\* Yrd. Doç. Dr. Erzincan Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi  
spolater@erzincan.edu.tr

amendments in the Swiss Civil Code in 2017 have made it possible to share the retirement insurance savings and retirement benefits. In Turkish law, in accordance with the regime of participation in acquired property, the payments such as retirement pension, retirement bonus, invalidity pension, severance pay which are made by the social security institutions during the period of the property regime can be shared. There is no regulation related to this in Turkish law. This study aims to examine the scope and provisions of apportionment of the rights arising from retirement in Switzerland and Turkish law and to contribute to future regulations in the Turkish law.

**Keywords:** Divorce, results of divorce, pension rights, the regime of participation in acquired property, Swiss law

## 1. GİRİŞ

Evlilik birliği herhangi bir problem olmadan devam ederken, eşlerin evlilik esnasında birlikte veya ayrı ayrı edindiği mallar ve haklar üzerinde nasıl tasarrufta bulunulacakları ve bunların paylaşımı genellikle gündeme gelmemektedir. Ancak evlilikte problemlerin başlaması ile birlikte eşlerin elde ettikleri mallar ve haklar üzerindeki tasarruf yetkilerinin sınırları, özellikle de boşanma ile birlikte bunların nasıl paylaşılacağı konusu birçok problemi beraberinde getirmektedir.

Boşanma sonucu hak paylaşımı konusunda öne çıkan problemlerden biri emeklilik dolayısıyla elde edilen hakların paylaşılmasıdır. Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü bir işte çalışarak kazandığı para ile yerine getiren eş, aynı zamanda emekliliğine yönelik tasarruflarda bulunmakta ve geleceğine yönelik önemli bir yatırım yapmaktadır. Ancak evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü, asıl olarak ev işlerini yaparak ve çocuklarla ilgilenerek yerine getiren eş ya emekliliğine yönelik herhangi bir tasarrufta bulunamamakta veya diğer eşten daha az bir tasarruf yapabilmektedir. Bu ise evi ve çocukları için daha fazla zaman ayıran eşin menfaatlerini boşanma sonrası olumsuz bir şekilde etkilemektedir. Bu sebeplerle evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda emeklilik sebebi ile elde edilmiş veya edilecek hangi hakların paylaşılabileceği ve bu paylaşmanın nasıl yapılacağına tespiti büyük bir önem arz etmektedir.

Türk hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda Türk Medeni Kanunu (TMK) eşlerin birbirlerinden maddi tazminat, manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve mal rejiminin tasfiyesini talep etme hakkı vermiştir. Eşlerin sahip oldukları malların nasıl

paylaşılacağı eşler arasında geçerli olan mal rejimine<sup>1</sup> göre belirlenecektir. Eşlerin emeklilikten doğan haklarının paylaşılması ise edinilmiş mallara katılma rejimi hükümlerine göre (TMK m. 219/II – b. 2 ve TMK m. 228/II) mümkün olabilecektir. Aşağıda da ele alınacağı üzere, TMK'nın 219/II – b. 2'ye göre “sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler” edinilmiş mal sayıldığı için bu kapsamda emeklilik sebebi ile yapılan ödemeler de kural olarak edinilmiş mal sayılacak ve paylaşmanın konusu olacaktır<sup>2</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun mehazı olan İsviçre hukukunda evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde eşler birbirlerinden, yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat<sup>3</sup> ve ayrıca mal rejiminin tasfiyesini<sup>4</sup>

<sup>1</sup> TMK dört çeşit mal rejimi öngörmüştür. Bunlar, edinilmiş mallara katılma rejimi (TMK m. 218-241), mal ayrılığı rejimi (TMK m. 242-243), paylaşmalı mal ayrılığı rejimi (TMK m. 244-255) ve mal ortaklığı rejimidir (TMK m. 256-281). Eşler TMK m. 202/II.'ye göre mal rejimi sözleşmesiyle Kanunda belirlenen mal rejimlerinden birini kabul edebilirler. Eşler mal rejimi sözleşmesi ile bu mal rejimlerinden birini seçmezlerse TMK m. 202/I.'e göre “yasal mal rejimi” olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçmiş sayılacaklardır, GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 218; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul 2016, s. 300; ŞIPKA, Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 13 vd.; ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 35 vd.

<sup>2</sup> Bkz. 3. Başlık.

<sup>3</sup> İsviçre hukukunda evlenmenin boşanma ile sona ermesi durumunda eşlerin maddi ve manevi tazminat hakları Türk hukukundan farklı olarak ZGB'de evlenmenin sonuçları arasında sayılmamıştır. Eşler maddi ve manevi tazminat taleplerini İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (Obligationenrecht – OR) maddi ve manevi tazminata ilişkin hükümlere göre talep edebileceklerdir, bkz. SCHWENZER, Ingeborg/BÜCHLER, Andrea, in Famkomm - Scheidung Band I: ZGB, Schwenger, Ingeborg/Fankhauser, Roland (ed.), 3. Baskı, Stämpfli Verlag, Zürih 2017, Art. 125 ZGB pn. 137 vd.; Karş. CEYLAN, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, S. 73.

<sup>4</sup> İsviçre hukukunda üç çeşit mal rejimi öngörülmüştür. Bunlar; edinilmiş mallara katılma rejimi (ZGB m. 196-220), mal ortaklığı rejimi (ZGB m. 221-246) ve mal ayrılığı rejimidir (ZGB m. 247-251). ZGB m. 181.'e göre eşler bu üç mal rejimden mal ortaklığı veya mal ayrılığı rejimini seçmedikleri takdirde yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır, JUNGO, Alexandra, in CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz -, Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (ed.), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürih 2016, Art. 181 ZGB pn. 4 vd.

talep edebilirler. Türk hukukuyla benzer şekilde mal rejiminin devamı süresince sosyal güvenlik kurumlarının emekliliğe ilişkin yaptığı ödemeler edinilmiş mal sayılacak ve eşler arasında paylaştırılabilecektir (İsviçre Medeni Kanunu - Schweizerisches Zivilgesetzbuch – ZGB m. 197/II – b. 2 ve 207/II)<sup>5</sup>.

Türk hukukundan farklı olarak ZGB'nin ikinci Kitap birinci Kısım dördüncü Bölüm'ün “Boşanmanın Sonuçları”nın düzenlendiği üçüncü Ayrım'ında yer alan ve 2017 yılında yürürlüğü giren 122 ila 124e maddelerine göre, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda eşler, mesleki emeklilik sigortasındaki<sup>6</sup> birikimlerinin veya emeklilik maaşlarının paylaştırılmasını da talep edebilirler. Burada özellikle dikkat çeken husus emeklilikten doğan bu hakların paylaştırılmasının eşlerin arasında geçerli olan mal rejiminden bağımsız olarak yapılabilmesidir.

Bu çalışma ile ilk olarak İsviçre hukukunda boşanmanın sonuçları arasında yer alan mesleki emeklilik sigortasındaki birikimlerin ve emeklilik maaşının paylaştırılması konusu ıncelecektir. Daha sonra her iki hukuk sistemindeki düzenlemelerin benzer olması sebebi ile Türk ve İsviçre hukukuna göre evlilik birliğinin boşanma sebebi ile sona ermesi durumunda emeklilik dolayısıyla yapılan ödemelerin edinilmiş mallara katılma rejimine göre paylaştırılması konusu birlikte ele alınacaktır.

## **2. İSVİÇRE HUKUKUNA GÖRE EVLİLİĞİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE MESLEKİ EMEKLİLİK SİGORTASINDAKİ BİRİKİMLERİN VE EMEKLİLİK MAAŞININ PAYLAŞTIRILMASI**

### **A. Genel Olarak İsviçre Sosyal Sigortalar Sisteminde Emeklilik**

İsviçre hukukunda boşanma sebebi ile emeklilik sigortasındaki birikimlerin ve emeklilik maaşlarının paylaştırılmasının daha iyi anlaşılabilmesi için İsviçre sosyal sigortalar sistemine kısa bir şekilde değinmek faydalı olacaktır. İsviçre sosyal sigortalar sistemi emeklilik için üçlü bir ayırım yapmıştır. Bu üçlü ayırım “üç sütün prensibi” olarakta isimlendirilmektedir. Bunlar: Birinci Sütun: “Yaşlılık, Dul/Yetim ve Maluliyet Sigortası” (Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung – AHV/IV); ikinci Sütun: “Meslekî Emeklilik Sigortası” (Berufliche

---

<sup>5</sup> Bkz. 3. Başlık.

<sup>6</sup> Bkz. 2. Başlık.



Vorsorge) ve üçüncü Sütun: “Özel Emeklilik Sigortası” (Private Vorsorge)<sup>7</sup>.

Birinci sütunda yer alan AHV/IV-Sigortası temel emeklilik sigortasıdır ve İsviçre’de oturan veya çalışan tüm şahısları kapsar. Bu sigortanın amacı kişilerin emekliliklerinde asgari yaşam giderlerinin karşılanmasını güvence altına almaktır. AHV/IV kapsamında kişilerin prim ödeme zorunluluğu, eğer çalışıyorlarsa 17 yaşını tamamladıktan sonra gelen ocak ayının birinden ve çalışmayan şahıslar için ise 20 yaşını tamamladıktan sonra gelen ocak ayının birinden itibaren başlar. Prim ödeme zorunluluğu, erkeklerde emeklilik yaşı olan 65 ve bayanlarda emeklilik yaşı olan 64’e kadar sürer. Bir kişi çalışıyorsa, ödenecek prim miktarı, işçi ile işveren arasında yarıya bölünür. Kişi eğer çalışmıyorsa veya serbest meslek sahibi ise prim tutarının tümünü kendi karşılamak zorundadır; sosyal yardım alıyorsa, belediye kişi adına söz konusu asgari meblağı yatırır<sup>8</sup>.

Üç sütun sisteminin ikinci sütununu meslekî emeklilik sigortası (Berufliche Vorsorge) oluşturmaktadır. İsviçre’de bir işyerinde çalışan ve yıllık geliri en az 21.150 Frank (2017 yılı itibarıyla) olan her kişinin mesleki emeklilik sigortasına bağlı olma zorunluluğu vardır. Ödenilecek prim miktarı işçi ile işveren arasında bölünür. İşverenin katkı payı primin en az yarısı kadardır. Serbest meslek sahiplerinin mesleki emeklilik sigortası yaptırma zorunlulukları yoktur. Meslekî emeklilik sigortası emeklilik müesseseleri (Pensionskasse) tarafından idare edilmektedir. Bir kişi işyerini değiştirdiği zaman mesleki emeklilik sigortası yeni işverenin bağlı bulunduğu emeklilik müessesine geçilir ve önceki emeklilik müessesesinde toplanan emeklilik birikimleri (Austrittsleistung – Çıkış ödeneği), yeni işverenin bağlı bulunduğu emeklilik müessesesine aktarılır.

<sup>7</sup> GEIGER, Ingrid Katharina/MICHAELIS, Bettina/PIFKO, Clarisse, Grundlagen der Sozialversicherungen in der Schweiz, 3. Baskı, Compendio Bildungsmedien, Zürich 2012, s. 33 vd.; [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales\\_Steuerrrecht/Staatenbezogene\\_Informationen/Laender\\_A\\_Z/Schweiz/2016-07-27-Schweiz-vorsorgeeinrichtungen-nach-der-zweiten-saeule-der-schweizerischen-altersvorsorge.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrrecht/Staatenbezogene_Informationen/Laender_A_Z/Schweiz/2016-07-27-Schweiz-vorsorgeeinrichtungen-nach-der-zweiten-saeule-der-schweizerischen-altersvorsorge.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (s.e.t. 07.11.2017).

<sup>8</sup> GEIGER/MICHAELIS/PIFKO, s. 35 vd.; [https://www.sz.ch/public/upload/assets/21088/soziale\\_sicherheit\\_in\\_der\\_schweiz.pdf](https://www.sz.ch/public/upload/assets/21088/soziale_sicherheit_in_der_schweiz.pdf) (s.e.t. 07.11.2017); <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rueckkehr/rueckkehrfoerderung/sozialversicherung/broschuere-sozialvers-tr.pdf> (s.e.t. 07.11.2017).

Çıkış ödenekleri, sadece iş yeri değişikliğinde değil aynı zamanda iş bırakıldığı zaman ödenecek olan emeklilik birikimlerini de ifade eder. Meslekî emeklilik sigortasında toplanan çıkış ödenekleri, istisnai haller dışında, nakit olarak ödenmez. İşyeri değiştirildiğinde birikimler yeni işverenin bağlı bulunduğu emekli müessesesine aktarılır. İş bırakıldığında ise bu ödenek bankada açılacak olan emekliliğe yönelik özel bir mevduat hesabına (Freizügigkeitskonto), özel bir emeklilik poliçesine ilişkin sigorta hesabına (Freizügigkeitspolice) veya özel bir emeklilik müessesesine aktarılır. Nakit ödeme, ancak kişinin İsviçre’yi temelli terk ettiği veya bir işverenin yanında değil de serbest meslek erbabı olarak kendi işini yapmaya başladığında veya çıkış ödeneği, çalışanın yıllık ödediği emeklilik priminden daha az olması durumlarında mümkündür. Nakit ödeme talep eden kişi, evli ise “Freizügigkeitsgesetz”in<sup>9</sup> (FZG)<sup>10</sup> 5/II maddesine göre eşinin de yazılı rızası gereklidir<sup>11</sup>.

Üçüncü sütunu oluşturan emeklilik sigortası ise özel emeklilik sigortası sistemidir. Bu emeklilik sigortası kişilerin isteğine bağlı olarak yapılabilir. Kişilerin bu sigortayı yaptırmalarının amacı en son aldıkları maaşın ortalama %60 ila %75’ine tekabül eden birinci ve ikinci sütundaki emeklilik maaşlarının miktarını artırmaktır<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG) vom 17. Dezember 1993 (Stand am 1. Oktober 2017).

<sup>10</sup> Freizügigkeitsgesetz kavramı Kanun’un amacı dikkate alınarak „Emeklilik Hakkı Doğmadan Bağlı Olduğu Emeklilik Müessesinden Ayrılan Kişilerin Haklarına İlişkin Kanun“ şeklinde tercüme edilebilir.

<sup>11</sup> GEIGER/MICHAELIS/PIFKO, s. 71 vd.; <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/bv/grundlagen-und-gesetze/grundlagen/sinn-und-zweck.html> (s.e.t. 07.11.2017); <https://www.ahv-iv.ch/p/890.d> (s.e.t. 07.11.2017); [https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwji74D85-\\_WAhUKWhoKHTL3AsYQFggmMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.sem.admin.ch%2Fdam%2Fdata%2Fsem%2Fruceckkehr%2Fruceckkehrfoerderung%2Fsozialversicherung%2Fbroschuere-sozialvers-tr.pdf&usq=AOvVaw3GjY\\_SoNqwdNk-\\_7qRGKvX](https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwji74D85-_WAhUKWhoKHTL3AsYQFggmMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.sem.admin.ch%2Fdam%2Fdata%2Fsem%2Fruceckkehr%2Fruceckkehrfoerderung%2Fsozialversicherung%2Fbroschuere-sozialvers-tr.pdf&usq=AOvVaw3GjY_SoNqwdNk-_7qRGKvX) (s.e.t. 07.11.2017).

<sup>12</sup> <https://www.swisslife.ch/de/gut-zu-wissen/vorsorge-einfach/3-saeulensystem/dritte-saeule.html> (s.e.t. 07.11.2017); 2017 tarihinden geçerli olmak üzere sigortalı olan bir kişi herhangi bir Avrupa Birliği ülkesine veya Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA) ülkesine taşınırsa kendisine nakit ödeme yapılamaz, bkz.

## B. Emeklilikten Doğan Hakların Paylaştırılmasında Uygulanacak Hükümler

Boşanma durumunda birinci sütunda yer alan yaşlılık, dul/yetim ve maluliyet sigortasında (AHV/IV) toplanan birikimler emeklilik sandıkları tarafından eşlerin talepleri üzerine paylaştırılır. Emeklilik sandıkları boşanan eşlerin evlilik süresince ödedikleri primleri yarı yarıya paylaştırır. Ancak primler, eşlere nakit olarak ödenmeyip emeklilik sigortasındaki hesaplarına aktarılır. AHV/IV'ye göre emeklilikten doğan hakların paylaşımı “Federal Yaşlılık, Dul ve Yetim Sigortası Kanunu”na (Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung<sup>13</sup>) göre yapıldığı için kamu hukukunun ilgilendirmekte, ZGB'nin kapsamına girmemektedir. Üçüncü sütundan kaynaklanan emekliliğe ilişkin haklar ise eşler arasında geçerli olan mal rejime göre paylaştırılır<sup>14</sup>.

Evliliğin boşanma sebebi ile sona ermesi halinde ZGB m. 122 vd.'lerine göre yapılacak paylaşırma, sadece ikinci sütunda yer alan mesleki emeklilik sigortasından kaynaklanan çıkış ödenekleri ve emeklilik maaşlarına ilişkindir. Ayrılığa hükmedilmesi durumunda çıkış ödenekleri ve emeklilik maaşları ZGB m. 122 vd.'lerine göre paylaştırılmayacaktır<sup>15</sup>. Boşanma sonucunda emeklilikten doğan hakların paylaştırılmasına ilişkin yapılan düzenlemeler ile evlilik birliği içerisinde çocuklarla ve evin diğer işleriyle ilgilenen eşin emekliliğe ilişkin menfaatleri ile çalışmaya daha fazla zaman ayırıp emeklilik için daha fazla tasarruf yapan eşin menfaatlerinin denkleştirilmesi amaçlanmıştır. Zira asıl zamanını ailesi için ayıran eş, ya çalışamaması sebebi ile mesleki emeklilik sigortasına sahip olamamakta veya daha az çalışması sebebi ile daha az emeklilik hakkına sahip olmaktadır<sup>16</sup>.

---

[http://www.edifondo.ch/fileadmin/user\\_upload/defaultDomain/Barauszahlung/Barauszahlung.pdf](http://www.edifondo.ch/fileadmin/user_upload/defaultDomain/Barauszahlung/Barauszahlung.pdf) (s.e.t. 07.11.2017).

<sup>13</sup> AS 1978 391; BBl 1976 III 1.

<sup>14</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Vorsorgeausgleich bei Scheidung) vom 29. Mai 2013, s. 4905; GEISER, Thomas, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, Was bringt das neue Recht?, AJP/PJA 10/2015, s. 1371-1386, s. 1373 vd.; HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern 2014, s. 153.

<sup>15</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Vorsorgeausgleich bei Scheidung) vom 29. Mai 2013, s. 4905.

<sup>16</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 156.

2017 yılında ZGB’de yapılan değişikliğe kadar eşlerden birinin veya her ikisinin mesleki emeklilik sigortasına sahip olması ve henüz emekli olmamaları durumunda sadece eşlerin çıkış ödenekleri, yarı yarıya paylaştırılabiliyordu. Eşler, boşanmadan önce emekli oldukları takdirde çıkış ödenekleri üzerinde herhangi bir hak iddia edemiyorlardı<sup>17</sup>. 2017 yılında yapılan değişiklikle boşanma sonucu mesleki emeklilik sigortasına ilişkin hakların paylaşılmasına yönelik olarak eşlerin emekli olmadan önce boşanmaları, eşlerin emeklilik yaşını doldurmadan malullük aylığı bağlandıktan sonra boşanmaları ve eşlerin emeklilik yaşını doldurup emekli olduktan sonra boşanmaları durumları dikkate alınarak çıkış ödenekleri ve emeklilik maaşlarının paylaşılmasına yönelik farklı düzenlemeler öngörülmüştür<sup>18</sup>. Ayrıca getirilen yeni düzenlemeler mahkemeye, somut olayın özelliklerine göre, emeklilikten doğan bu hakların yarı yarıya veya daha az yahut daha fazla paylaşılmasına yönelik geniş bir takdir yetkisi de vermiştir<sup>19</sup>.

### **C. Eşlerin Emekli Olmadan Boşanmaları Durumunda Yapılacak Paylaşım**

Boşanma davalarının birçoğunda eşlerden en az biri, aktif olarak çalışmakta ve mesleki emeklilik sigortasına bağlı olmaktadır. Bu sebeple eşlerin emekli olmadan önce boşanmaları halinde emeklilik sigortasındaki birikimlerinin (Austrittsleistung – Çıkış Ödeneği) paylaşılması emeklilikten doğan hakların paylaşılması kapsamında uygulamada en sık rastlanılan durumlardan biridir<sup>20</sup>. ZGB m. 122’ye göre:

“Evliliğin başlangıcından boşanma davasının açıldığı tarihe kadar mesleki emeklilik sigortası kapsamında edinilen haklar boşanma sırasında denkleştirilir”.

Madde hükmüne göre bir eş, diğer eşin mesleki emeklilik sigortasından sadece evliliğin başlangıcından boşanma davası açıldığı tarihe kadar elde edilmiş olan hakları talep edebilir. Bu sebeple eşlerden birinin boşanma davası açıldıktan sonra emekli olması veya emeklilik

<sup>17</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GEISER, Thomas, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. - Bern. - Jg. 153 (2017), H. 1, S. 1-24, s. 1 vd.

<sup>18</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 5; GRÜTTER, Myriam, Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick, FamPra.ch 2017, S. 127, s. 127-156, s. 127 vd.

<sup>19</sup> Bkz. 2. E.,G., H. Başlıkları.

<sup>20</sup> GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, s. 1378.

durumunda değişiklik olması diğer eşin talep edebileceği miktarı etkilemeyecektir<sup>21</sup>. 2017 yılında yapılan değişiklikten önce boşanma kararının kesinleşmesine kadar biriken emeklilik keseneklerinin paylaşılması öngörülmüştü. Ancak bu düzenleme, emeklilik keseneklerinden hak talep edecek eşin daha fazla pay alabilmek maksadıyla boşanma davasının uzaması için adımlar atmasına sebep olmakta ve ayrıca paylaşılacak çıkış ödeneklerinin hesaplanmasına ilişkin problemlere sebep olmaktaydı. Yeni getirilen düzenleme ile bu tür problemlerin önüne geçilmek istenmiştir<sup>22</sup>.

ZGB m. 123'e göre eşlerin emekli olmadan önce boşanmaları halinde çıkış ödenekleri yarı yarıya paylaşılır. Ancak eşlerden birinin boşanma davasından önce emekli olması durumunda bu eşin çıkış ödeneği ZGB m. 123'e göre paylaşılabilir. Zira bu durumda çıkış ödeneği değil, sadece emeklilik maaşı ve ZGB m. 124a'ya göre emeklilik maaşının paylaşılması söz konusu olacaktır<sup>23</sup>. Her iki eşin mesleki emeklilik sigortasının bulunması durumunda paylaşmaya konu olacak miktar ZGB m. 124c'e göre eşlerin çıkış ödenekleri arasındaki farktır<sup>24</sup>.

Yukarıda açıklandığı üzere, çıkış ödenekleri kişiye istisnai haller dışında nakit olarak ödenmez<sup>25</sup>. Bu sebeple eşler arasında yapılan bu paylaştırmada kural olarak eşlere nakit para ödemesi yapılmamakta; çıkış ödeneğinden pay alan eş çalışıyor ise ödenecek miktar, onun mesleki emeklilik müessesindeki hesabına aktarılmaktadır. Ancak eşlerden birinin kendi işini yapmaya başlaması veya İsviçre'yi temelli terk etmesi halinde nakit ödeme yapılabilir<sup>26</sup>. Eşlerden sadece biri çalışıyor ise çalışmayan ve mesleki emeklilik sigortası olmayan eşe ödenmesi gereken miktar açılacak emeklilik mevduat hesabına (Freizügigkeitskonto) veya bir sigorta şirketinin emekliliğe yönelik sigorta hesabına (Freizügigkeitspolice) aktarılır<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 6; GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, s. 1373; GRÜTTER, Der neue Vorsorgeausgleich s. 129, 133.

<sup>22</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, s. 4905 vd.

<sup>23</sup> GRÜTTER, s. 133; Bkz. 2. E. Başlık.

<sup>24</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 21 vd.

<sup>25</sup> Bkz. 2. A Başlık.

<sup>26</sup> GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge s. 1379.

<sup>27</sup> GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge s. 1379; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 159.

#### **D. Emeklilik Yaşını Doldurmadan Malullük Aylığı Bağlanması Durumunda Paylaşım**

Kendisine emeklilik yaşını doldurmadan malullük aylığı bağlanan kişilerin de kural olarak çıkış ödenekleri üzerinde tasarruf imkânı vardır. Bu kişilerin çıkış ödenekleri tekrar çalışabilmeleri durumu dikkate alınarak emeklilik kasaları tarafından işletilirler. FZG m. 2/I<sup>ter</sup>'e göre, kendisine maluliyet aylığı bağlanan kişi çıkış ödeneği üzerinde ancak maluliyet durumunun sona ermesi halinde tasarrufta bulunabilir<sup>28</sup>. Bu kurala göre boşanma davası sırasında maluliyet durumu sona ermemiş olan eşin çıkış ödeneği üzerinde tasarrufta bulunulamaması ve paylaşmaya da konu olamaması gereklidir. Ancak ZGB m. 124 “varsayımsal çıkış ödeneği” müessesini öngörmüştür. Bu düzenlemeye göre, maluliyet aylığı bağlanan kişinin çıkış ödeneği üzerinde her ne kadar tasarruf imkânı bulunmasa da boşanma davasının açıldığı tarihte maluliyet durumunun sona erdiği varsayılarak boşanma davası açılana kadar biriken çıkış ödeneği paylaşırmanın konusu olur. Bu paylaşım ZGB m. 123'te öngörülen yarı yarıya paylaşırma ile aynı kurallara tabidir. Ancak burada sadece çıkış ödeneği paylaşırmanın konusu olup maluliyet aylığı eşler arasında paylaşırılmaz<sup>29</sup>.

#### **E. Emeklilik Yaşının Doldurulmasından Sonra Malulen Emekli Olunması veya Yaşlılık Aylığı Bağlanması Durumunda Paylaşım**

İsviçre hukukunda çıkış ödeneği, sadece emekli olunmadan önce ödenebildiği için emekli olduktan sonra kural olarak toplu bir ödeme yapılmamaktadır; emeklilik sebebi ile yapılan birikimler dolayısıyla sadece emeklilik maaşı ödenmektedir. Bu sebeple emekli olduktan sonra evliliğin boşanma ile sona ermesi durumunda emeklilikten doğan haklar bakımından sadece emeklilik maaşının paylaşırılması söz konusu olabilecektir<sup>30</sup>.

ZGB m. 124a/I'e göre, eşlerden birinin boşanma davası açılmadan önce ve emeklilik yaşının doldurulmasından sonra malulen emekli olması veya yaşlılık aylığı bağlanmış olması durumunda emeklilik maaşı

<sup>28</sup> GRÜTTER, s. 133 vd.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, s. 4907.

<sup>29</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 7; GEISER, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, s. 1380; GRÜTTER, s. 134.

<sup>30</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, s. 4910.

mahkemenin takdirine göre paylaşılır. Emeklilik maaşı paylaştırılan eşin ölmesi veya emeklilik maaşından hak kazanan tarafın evlenmesi durumunda, kendisine emeklilik maaşından belli bir pay verilen eşin bu hakkı, yoksulluk nafakasından farklı olarak (ZGB m. 130), sona ermemektedir. Böylece emeklilik maaşı üzerinde belli bir oranda hak sahibi olan eşe ömür boyu maddi bir güvence sağlanmış olmaktadır<sup>31</sup>.

ZGB m. 124a/I'e göre bir eşin emeklilik maaşının paylaşmaya konu olabilmesi için boşanma davası açılmadan önce emekli olması gereklidir. Bu sebeple, yukarıda da belirtildiği üzere, eşin boşanma davası açılmadan önce emeklilik yaşını doldurmasına rağmen emekli olmaması durumunda emeklilik maaşı değil ZGB m. 123.'e göre sadece çıkış ödeneği paylaşılacaktır. Ayrıca emeklilik maaşı paylaştırılmaya konu olan eşin boşanma davası açılmadan önce emekliliğe ilişkin haklarını, istisnai de olsa, nakit olarak alması durumunda<sup>32</sup> ZGB m. 124a.'ya göre bir paylaşım yapılmaz. Burada eşler arasındaki mal rejimine göre bir paylaşım yapılır<sup>33</sup>.

ZGB m. 124c'ye göre her iki eşin mesleki emeklilik sigortasının bulunması durumunda paylaşmaya konu olacak miktar, eşlerin emeklilik maaşları birbirinden mahsup edildikten sonra ortaya çıkan farktır. Eşlerden birinin emekli olması ve diğerinin ise çalışıyor olması durumunda çıkış ödeneği ve emeklilik maaşlarının birbirinden mahsup edilebilmesi, eşlerin ve bağlı buldukları emeklilik müesseselerinin buna razı olmaları şartına bağlıdır<sup>34</sup>.

Mahkeme emeklilik maaşına yönelik paylaşımı yaparken çıkış ödeneklerinin paylaşılmasında olduğu gibi yarı yarıya bir paylaşım değil ZGB m. 124a./I'e göre, özellikle evliliğin süresine ve eşlerin bakım ihtiyaçlarına göre takdir edeceği bir paylaşım yapar. Burada mahkeme; ayrıca eşlerin yaşlarını, emekliliğin başlangıç zamanını ve eşler arasında paylaşmaya etki edebilecek diğer hususları da dikkate alabilir<sup>35</sup>. Eşlerin evli kaldıkları süre ne kadar uzunsa eşlerin emeklilik maaşlarındaki paylaşılacak oran daha fazla olacaktır. Kısa süren evliliklerde ise

<sup>31</sup> GEISER, *Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge*, s. 1380 vd.; *Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, s. 4910.

<sup>32</sup> Bkz. 3. Başlık.

<sup>33</sup> GRÜTTER, s. 144.

<sup>34</sup> GEISER, *Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich*, s. 21 vd.

<sup>35</sup> *Botschaft zur Änderung des Schweizerischen*, s. 4911.

emeklilik maaşının tamamının yarıya paylaşılması yerine daha küçük bir oranda paylaşım yapılacaktır<sup>36</sup>. Emeklilik maaşının paylaşılmasında mahkeme eşlerin içinde buldukları ekonomik durumu da dikkate alacaktır. Bu sebeple mahkeme emeklilik maaşına ilişkin paylaşımı yapmadan önce ilk olarak eşler arasındaki mal rejimini tasfiye edecektir. Tasfiye sonrasında eşlerin ekonomik durumları belli bir ölçüde belirlendikten sonra emeklilik maaşının nasıl paylaşılacağına karar verilecektir. Emeklilik maaşının paylaşılmasına ilişkin karar verdikten sonra da yoksulluk nafakası tespit edilecektir<sup>37</sup>.

Kanun gerekçesinde<sup>38</sup> söz konusu paylaşımın nasıl yapılacağına ilişkin örnek bir olay ve ayrıca emeklilik maaşından diğer eşe kalacak orana ilişkin bir tablo<sup>39</sup> yer almaktadır. Ancak Kanun gerekçesinde yer alan bu tablo ve örnek olay sadece yol gösterici mahiyette olup bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır<sup>40</sup>.

Örnek olayda eşlerin ortalama 40 yıl çalıştıktan sonra emekli oldukları varsayılmıştır. Tüm emeklilik süreci %100 olduğu için her yılın tüm emeklilik süresi içindeki oranı  $\%100:40 = \%2,5$ 'tur.

Bu örnekte eşlerden biri evlenirken 35 yaşında, emekliliğinin başladığı tarihte 60 yaşında, boşanma davasının açıldığı tarihte ise 70 yaşındadır. Verilen bu bilgilerin tablodaki karşılığı %82,9'dur. Emekliliğin başlangıcından boşanmaya kadar geçen süre 10 yıldır. Dolayısıyla  $10 \times 2,5 = 25$ , sonucu belirlemek için  $25 + 82,9 = \%107,9$ 'dur. Bu da göstermektedir ki bu eşin alacağı maaşın hepsi paylaşımın konusu olacaktır. Diğer eş ise evlenirken 45 yaşında, emekliliğinin başladığı tarihte 67 yaşında ve boşanma davasının açıldığı tarihte 75 yaşındadır. Verilen bu bilgilerin tablodaki karşılığı %68,3'tür. Emekliliğin başlangıcından boşanmaya kadar geçen süre 8 yıldır. Dolayısıyla  $8 \times 2,5 = 20$ , sonucu belirlemek için  $20 + 68,3 = \%88,3$ 'tür. Bu da göstermektedir ki bu eşin alacağı maaşın %88,3'ü paylaşımın konusu olacaktır<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> GRÜTTER, s. 147.

<sup>37</sup> BGE 130 III 537 E. 4; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen, s. 4911.

<sup>38</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen, s. 4955 vd.

<sup>39</sup> Bkz. İlgili tablo makalenin en sonunda yer almaktadır.

<sup>40</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 11.

<sup>41</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen, s. 4956.



## F. Emeklilikten Doğan Hakların Paylaştırılmasından Feragat

ZGB m. 124b/I'e göre eşler, çıkış ödeneklerinin yarı yarıya paylaştırılmasından veya emeklilik maaşlarının paylaştırılmasından kısmen veya tamamen feragat hususunda anlaşabilirler. Eşlerin birbirlerinin emeklilik haklarından feragat edebilmeleri, ileride geçimlerini sağlamaya yönelik uygun bir emeklilik güvencesine sahip olmaları halinde mümkündür. Burada geçerli bir feragatten bahsedilebilmesi için vazgeçen eşin, geçimini herhangi bir mal varlığı değerinden sağlayabilmesi yeterli olmayıp uygun bir emeklilik imkânına sahip olması gereklidir. Bu sebeple mal rejiminin tasfiyesi sonucu, eşin elde edeceği mal varlığı veya eşin sahip olduğu diğer gelirler, feragatin mahkeme tarafından kabul edilmesi için yeterli değildir<sup>42</sup>.

Eşlerin emeklilikten doğan hakların paylaştırılmasından feragat edebilmesi için hali hazırda bir emeklilik maaşına sahip olmaları şart olmayıp geçimlerini sağlayacak bir emeklilik maaşına sahip olabileceklerine yönelik somut olguların varlığı yeterlidir. Yaşları genç olan kişilerin daha uzun yıllar çalışıp yaşlılıkları için daha uygun bir emeklilik imkânı sağlamaları kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple bu kişilerin ileride geçimlerini sağlamaya yönelik uygun bir emeklilik güvencesine sahip oldukları kural olarak kabul edilebilir. Yaşlı kişilerin ise geçimleri için uygun bir emeklilik imkânına sahip olup olmadıkları boşanmaya kadar emeklilik için yaptıkları tasarruflara göre tespit edilecektir<sup>43</sup>.

Geçerli bir feragatin varlığı için feragat eden eşin sadece rızasını açıklaması yeterli olmayıp ayrıca haklarından neden feragat ettiğini ve kendi geçimini sağlayacak emeklilik imkânları hakkında mahkemeyi bilgilendirmelidir. Mahkeme rızanın varlığını ve feragat eden eşin yeterli emeklilik güvencesine sahip olup olmadığını re'sen inceleyerek feragate ilişkin yapılan anlaşmanın geçerliliğine karar verir<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 14; karş. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 157 vd.

<sup>43</sup> GRÜTTER, s. 137.

<sup>44</sup> SCHWANDER, Ivo, in ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (ed.), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, Art. 197 ZGB pn. 1, 2; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, s. 4915 vd.

### **G. Yarı Yarıya Paylaştırmadan Daha Az Bir Paylaştırmadan Yapılması**

ZGB m. 124b/II'ye göre, mahkeme önemli sebeplerin bulunması halinde hak sahibi eşe çıkış ödeneğinin yarısından azının verilmesine hükmedebileceği gibi paylaşımın yapılmasını da tamamen reddedebilir. ZGB m. 124a, emeklilik maaşlarının paylaşılmasında mahkemeye geniş bir takdir hakkı tanındığı için ZGB m. 124b/II, emeklilik maaşlarının paylaşılmasında değil sadece çıkış ödeneklerinin paylaşılmasında uygulanır<sup>45</sup>.

ZGB m. 124b/II, önemli sebeplerin varlığını tespit etmek için dikkate alınması gereken hususların ne olduğunu örnek olarak saymıştır. Buna göre, mal rejiminin tasfiyesi sonucu eşlerin paylarına düşen miktar, boşanmadan sonra eşlerin içinde bulunacakları ekonomik durum yahut eşler arasındaki yaş farkı ve dolayısıyla eşlerin bakım ihtiyaçları dikkate alındığında yarı yarıya paylaşım hakkaniyete aykırı olmamalıdır. Ancak mahkeme yarı yarıya paylaşımından daha az bir paylaşımaya hükmederken boşanmaya neden olan olaylarda eşlerin kusur oranını kural olarak dikkate almaz<sup>46</sup>. Önemli sebeplerin varlığına ilişkin şu örnekler verilebilir:

- Eşlerden birinin malvarlığından harcamalar yaparak diğerinin mesleki eğitimini desteklemesi ve diğer eşin daha iyi bir emeklilik imkânına kavuşması;

- Bir işyerinde çalışan eşin bürüt maaşından emekliliğe yönelik kesintilerin yapılması sebebi ile net maaşının düşük olması ve dolayısıyla daha az malvarlığına sahip olması; ancak emekliliğe ilişkin haklarının daha fazla olması; buna karşılık serbest meslek icra eden eşin mesleki emeklilik için pirim ödemeyip daha fazla malvarlığına sahip olması<sup>47</sup>.

### **H. Yarı Yarıya Paylaştırmadan Daha Fazla Bir Paylaştırmadan Yapılması**

ZGB m. 124b/III'e göre, mahkeme diğer eşin çıkış ödeneği üzerinde hak sahibi olan eşe çıkış ödeneğinin yarısından fazlasının verilmesine hükmedebilir. Ancak bunun için hak sahibi eşin boşanmadan sonra ortak çocuklara bakmak ile yükümlü olması ve daha fazla çıkış

<sup>45</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 13; GRÜTTER, s. 136; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, s. 4917.

<sup>46</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 15.

<sup>47</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, s. 4917.

ödeneği ödeyecek olan eşin ise kendi geçimini sağlayacak olan yaşlılık veya maluliyet aylığını aşan bir güvenceye sahip olması gereklidir. Yapılan bu düzenleme ile çocukların bakım yükümlülüğü altında olan eşin bir meslek edinemeyecek veya mesleği için eskisinden daha az zaman ayırabilecek olması sebebi ile daha düşük emeklilik maaşı alması durumu dikkate alınarak söz konusu hak kayıpları belli bir ölçüde denkleştirilmeye çalışılmıştır<sup>48</sup>.

### **I. Mesleki Emeklilik Sigortasındaki Birikimler Dışındaki Malvarlığı İle Paylaştırma**

ZGB m. 124d ve 124e, mesleki emeklilik haklarına ilişkin paylaşımın mesleki emeklilik sigortasındaki birikimlerle değil, diğer malvarlığı değerleri ile yapılabilmesini mümkün kılmıştır. ZGB m. 124d'ye göre, çıkış ödeneği veya emeklilik maaşının paylaşımının mesleki emeklilik sigortasındaki birikimlerden yapılması durumunda emekliliğine ilişkin menfaatleri önemli ölçüde zarara uğrayacak olan eş, paylaşmanın mesleki emekliliğindeki birikimler dışında sahip olduğu diğer malvarlığı değerleri ile yapılmasını talep edebilir. Paylaştırmanın mesleki emeklilik sigortası dışındaki malvarlığı değerleri ile yapılmasına karar verilirken diğer eşin emeklilik hakları üzerinde hak sahibi olan eşin menfaatlerinin de olumsuz bir şekilde etkilememesi gereklidir. Bu duruma örnek olarak, hak sahibi eşin İsviçre'yi terk edeceği için nakit paraya ihtiyaç duyması ve İsviçre'de emeklilik hakkı elde etmesinin kendisi için önemli olmaması ve diğer eşin emekliliğe ilişkin haklarının önemli ölçüde zarara uğraması durumu gösterilebilir. Burada yükümlü eşin paylaştırmada emeklilik maaşının yerine, paylaştırmaya konu olacak miktarı, diğer malvarlığı değerleri ile karşılamak istemesi durumunda ne hak sahibi eşin ne de yükümlü olan eşin emekliliğine ilişkin menfaatleri zarara uğrayacaktır<sup>49</sup>.

ZGB m. 124e'ye göre, çıkış ödeneği veya emeklilik maaşına ilişkin paylaştırmanın emeklilik sigortasındaki birikimler vasıtasıyla yapılması mümkün değilse yükümlü olan eş, hak sahibi eşe uygun bir tazminatı nakit olarak veya taksitler halinde ödemekle yükümlüdür. Buna göre, örneğin yükümlü olan eş İsviçre'yi kesin olarak terk edeceği veya çalıştığı işi bırakıp serbest meslek yapmaya başlayacağı için çıkış ödeneğinin

<sup>48</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 15; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, s. 4919.

<sup>49</sup> GRÜTTER, s. 149 vd.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen, s. 4921.

hepsini nakit olarak almışsa yahut emekliliğe ilişkin tasarruflarının asıl kısmı yurt dışında bulunuyorsa, emeklilik sigortasındaki birikimler vasıtasıyla paylaşma mümkün olmayacağı için hak sahibi olan eşe uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olacaktır<sup>50</sup>.

### **3. TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKUNA GÖRE EVLİLİĞİN BOŞANMA İLE SONA ERMESİ HALİNDE EMEKLİLİKTEN DOĞAN HAKLARIN EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNE GÖRE PAYLAŞTIRILMASI**

#### **A. Genel Olarak**

Türk hukukunda boşanmanın sonuçları arasında İsviçre hukukundaki şekliyle emeklilik sigortasındaki birikimlerin ve ödenecek olan emeklilik maaşının paylaşılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimin geçerli olduğu durumlarda mal rejiminin devamı süresince sosyal güvenlik kurumlarının emeklilik sebebi ile yaptığı ödemeler, TMK m. 219 ve 228'e göre paylaşılabilir. Yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre hukukunda ise emeklilik sigortasındaki birikimlerin (çıkış ödeneklerinin) ve ödenecek olan emeklilik maaşının paylaşılması eşler arasındaki mal rejiminden bağımsız olarak yapılabilecekken, mal rejimi süresince sosyal güvenlik kurumlarınca emeklilik sebebi ile yapılan ödemeler, Türk hukukundaki şekliyle edinilmiş mallara katılma rejimine göre (ZGB m. 197/II-b. 2 ve 207/II) paylaşılacaktır.

TMK m. 219/I – ZGB m. 197/I'e göre edinilmiş mal, eşlerin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Buna göre bir malın edinilmiş mal olarak kabul edilebilmesi için mal rejiminin devamı süresince ve karşılığı verilerek edinilmesi gereklidir<sup>51</sup>. Ayrıca eşlerin edindikleri mallar, TMK'da – ZGB'de kişisel mal olarak kabul edilen mallar arasında yer almamalıdır. Zira TMK m. 220 – ZGB m. 198'de kişisel mallar arasında yer alan “eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya”lar, mal rejimi süresince ve karşılığı verilerek elde edinilmiş olsa dahi TMK ve ZGB bu malları kişisel

<sup>50</sup> GEISER, Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, s. 19 vd.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, s. 4922.

<sup>51</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 8 vd.; ŞIPKA, s. 92 vd.; ZEYTİN, s. 94 vd.

mal olarak kabul etmiştir<sup>52</sup>. TMK m. 219/II – ZGB m. 197/II’de edinilmiş mallar örnek olarak sayılmıştır. Buna göre edinilmiş mallar özellikle eşlerin çalışmalarının karşılığı olan edinimler, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel mallarının gelirleri, edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir. Yapılan bu sayım sınırlayıcı nitelikte olmadığı için sayılan bu mallar dışında TMK m. 219/I – ZGB m. 197/I’deki şartlara sahip diğer mallar da edilmiş mal olarak kabul edilebilecektir<sup>53</sup>.

### **B. Emeklilik Dolayısıyla Yapılan Ödemelerin Paylaştırılması**

TMK m. 219/II-b.2 – ZGB m. 197/II-b.2’ye göre, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandıkların yaptığı ödemeler edinilmiş mal sayılmaktadır. Böylece çalışma karşılığı olan edimleri edinilmiş mal olarak kabul eden kanun koyucu, aynı zamanda onun yerine yapılan ödemeleri de edinilmiş mal olarak kabul etmektedir<sup>54</sup>. Yapılan bu ödemelerin TMK m. 219/II-b.2 – ZGB m. 197/II-b.2 kapsamında edinilmiş mal olarak kabul edilebilmesi için ödemelerin yaşlılık, ölüm, sakatlık, hastalık, kaza veya işsizlik gibi sosyal riskler sebebi ile kamu otoritesi kullanan kurum veya kuruluşlarca gerçekleştirilmesi gereklidir. Bu sebeple sosyal güvenlik kurumlarının yaptıkları emeklilik ödemeleri veya maluliyet aylığı ödemeleri bu

<sup>52</sup> ACABEY, Mehmet Beşir “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerden Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 2007, s. 497; GÜMÜŞ, s. 253; NUSPLIGER, Isabelle, in ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (ed.), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, Art. 197 ZGB pn. 2; STECK, Daniel, in FamKomm - Scheidung Band I: ZGB, Ingeborg, Schwenzer/Roland, Fankhauser (Edt.), 3. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern 2017, Art. 197 ZGB pn. 5.

<sup>53</sup> ACABEY, s. 501; GÜMÜŞ, s. 254, 264; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 229 vd.; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 339.

<sup>54</sup> ACAR, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 212 vd.; GÜMÜŞ, s. 258; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, s. 233; SARI, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2017, s. 153 vd.; ŞIPKA, s. 97; ZEYTİN, s. 102.

kapsamda değerlendirilebilir<sup>55</sup>. Ancak özel hukuk sözleşmesine dayanan özel emeklilik sigortası kapsamında yapılan ödemeler TMK m. 219/II-b.2 – ZGB m. 197/II-b.2 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Özel emeklilik sigortalarından doğan hakların edinilmiş mal sayılıp sayılmayacağı TMK m. 219/II.-b.5 – ZGB m. 197/II-b.5’e ve TMK m. 220/II.-b.4 – ZGB m. 198/II-b.4’e göre ikame ilkesi kapsamında belirlenecektir. Bu sebeple emekliliğe ilişkin hakların dayanağını oluşturan primlerin kişisel mallardan mı, yoksa edinilmiş mallardan mı karşılandığı tespit edilmeli ve buna göre bir tasfiye yapılmalıdır<sup>56</sup>.

Sosyal güvenlik kurumlarının emekliliğe ilişkin yaptığı ödemelerin edinilmiş mal sayılabilmesi için ödemelerin mal rejiminin devamı süresince yapılması gereklidir. Bu sebeple mal rejiminin devamı süresince sosyal güvenlik kurumlarınca emekliliğe ilişkin yapılan toptan ödemeler veya elde edilen emeklilik maaşlarından yapılan tasarruflar edinilmiş mal sayılacaktır. Mal rejimi, ölüm sebebi ile sona ererse sosyal güvenlik kurumlarınca yapılacak ödemeler edinilmiş mal sayılmayacaktır. Zira bu ödemeler mal rejimi sırasında değil sona erdikten sonra yapılmaktadır<sup>57</sup>.

Mal rejiminin devamı sırasında elde edilmiş bir malvarlığı olmadan, bir başka ifade ile eşlerden birine sosyal güvenlik ve yardım kurumlarınca yapılmış bir ödeme, malvarlığına giren bir değer bulunmadan ileride elde edilebilecek malvarlığının değeri (beklemece = beklenen ileride ödenebilen haklar - Anwartschaftsrechte) üzerinde tasfiye yapılması

<sup>55</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Tartışmalar-Örneklî Açıklamalar-Formüller-Tablolar-İlgili Yasa Metinleri), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul 2002, s. 43; SARI, 154; ŞİPKA, s. 99; ZEYTİN, s. 102 vd.; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 1.11.2006, E. 2006/6845 K. 2006/14701; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 15.6.2010, E. 2010/2273 K. 2010/3293.

<sup>56</sup> ACABEY, s. 506; ACAR, s. 213 vd.; GÜMÜŞ, s. 259 vd.; HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina E., in Basler Kommentar - ZGB I, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim, Peter/GEISER, Thomas (ed.), 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, Art. 197 ZGB pn. 20 vd.; HAUSHEER, Heinz/Reusser, Ruth/GEISER, Thomas, in Berner Kommentar Band II, Stämpfli Verlag, Bern 1992, Art. 197 ZGB pn. 70 vd.; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma Alacağı, s. 128; MUZAFFER, Şeker, Die im Laufe der Zeit, begründet auf gesellschaftliche und kulturelle Besonderheiten, entstandenen und noch bestehenden unterschiedlichen Interpretationen zwischen der schweizerischen und türkischen Lehre in Bezug auf den gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Annales 2007, s. 347-362, s. 349 vd.; NUSPLIGER, Art. 197 ZGB pn. 6; JUNGO, Art. 197 ZGB pn. 19 vd.; SARI, s. 154 vd.; STECK, Art. 197 ZGB pn. 26; ŞİPKA, s. 98; ZEYTİN, 104.

<sup>57</sup> HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197 ZGB pn. 54; JUNGO, Art. 197 ZGB pn. 10.

mümkün değildir. Aksi takdirde boşanan eş belki hiç sahip olmayacağı bir meblağı hakkaniyete aykırı olarak borçlanmış olacaktır. Bu sebeple emeklilik sigortasındaki birikimler ve dayanağı kural olarak bu birikimler olan emeklilik maaşı, maluliyet aylığı, işsizlik parası vb. ödemeler kanunlarca öngörülen yaş sınırına veya riskin gerçekleşmesine kadar belirsiz bir niteliğe sahip oldukları ve tasfiye anında hesaplanabilir olmadıkları için edinilmiş mal sayılmamaktadır<sup>58</sup>. Ancak eşlerin emekliliklerine ilişkin yapılacak olan bir toptan ödemeye mal rejimi devam ederken hak kazanmalarına rağmen mal rejimi sona erdikten sonra ödemenin yapılacak olması söz konusu bu ödemenin TMK m. 219/II-b.2 – ZGB m. 197/II-b.2 kapsamında edinilmiş mal sayılabileceğini engellemektedir. Zira eşlerin sosyal güvenlik kurumlarının yapacağı ödemeye mal rejimi devam ederken hak kazanması yeterli olup, ödemenin tasfiyenin yapılmasından sonra gerçekleşmesinin bir önemi yoktur. Burada önemli olan, hakkın kazanıldığı an ve sonra yapılan ödemenin yasal mal rejimine ilişkin döneme ait olmasıdır<sup>59</sup>.

Ödeme, mal rejimi devam ederken toptan yapılmış ise TMK m. 228/II – ZGB m. 207/II'ye göre, yapılan bu ödemelerin hepsi edinilmiş mal sayılmamaktadır. Toptan ödeme veya tazminat yerine ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiye, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılacak, geriye kalan kısım ise edinilmiş mal olarak kabul edilebilecektir<sup>60</sup>.

Sosyal güvenlik kurumlarının mal rejiminden önce yaptıkları emekliliğe ilişkin ödemelere ilişkin Türk hukuk doktrininde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre mal rejiminden önce sermaye olarak yapılmış ödemeler tüketilmişse kişisel mal sayılacaktır. Ancak mal rejiminden önce

<sup>58</sup> ACABEY, s. 506; ACAR, s. 214; DEMİR, Şamil, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, 1, 2014, s. 251; GÜMÜŞ, s. 258; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197 ZGB pn. 17; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197 ZGB pn. 54; JUNGO, Art. 197 ZGB pn. 13; KARAMERCAN, Fatih, Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 42 vd.; SARI, s. 151; STECK, Art. 197 ZGB pn. 21; ŞIPKA, s. 99; ZEYTİN, 104 vd.; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 13.12.2011, E. 2011/5910 K. 2011/6967; BGE 123 III 289.

<sup>59</sup> ACABEY, s. 522 vd.; ŞIPKA, s. 98; ZEYTİN, 104.

<sup>60</sup> JUNGO, Art. 197 ZGB pn. 12; KILIÇOĞLU, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 47 vd.; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma Alacağı, s. 133 vd.

sermaye olarak yapılmış ödemeler henüz tüketilmemişse TMK m. 228/II'deki şekliyle bir hesaplama yapılarak mal rejiminden önceki döneme ilişkin kısım kişisel mal, mal rejiminin devam ettiği döneme ilişkin ödemeler ise edilmiş mal olarak kabul edilecektir. Mal rejiminin başlangıcından önce başlanmış olan irat şeklindeki ödemeler, mal rejiminin devamı süresine tekabül eden kısmı itibarıyla edinilmiş mal sayılır. Zira çalışma gücünün kaybolması halinde yapılan bu ödemeler mal rejiminden önce gerçekleşmiş olsa dahi çalışma gücünün telafisine yöneliktir ve etkisini mal rejimi süresince de göstermektedir<sup>61</sup>.

Doktrinde yapılan ikili bu ayırım ve sonuçları edinilmiş mallara katılma rejimi bir bütün olarak ele alındığında belli başlı noktalarda yerinde gözükmektedir<sup>62</sup>. TMK m. 219/I bir malın edinilmiş mal sayılabilmesi için mal rejiminin devamı süresince karşılığı verilerek elde edilmesi şartını aramıştır. Ayrıca elde edilen mallar TMK m. 220'ye göre kişisel mal sayılmamalıdır. TMK m. 220/b. 2'de açıkça öngörüldüğü üzere *“mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri”* kişisel mal sayılacaktır ve tasfiye sırasında paylaşmanın konusunu oluşturmayacaklardır. Bu sebeple sosyal güvenlik kurumlarının yaptıkları ödemelerin hangilerinin edilmiş mal sayılacağını tespit ederken TMK'nın sistematığı dikkate alınmalıdır. Buna göre, edinilmiş mallara katılma rejiminin başlangıcından önce sosyal güvenlik kurumlarınca sermaye şeklinde eşlerden birine yapılan ödemeler kişisel mal sayılacaktır. Bu malların mal rejiminin başlamasından önce tüketilmesinin veya tüketilmemesinin söz konusu ödeminin edilmiş mal olarak nitelendirilmesi üzerinde bir etkisinin olmaması gereklidir. Zira TMK m. 220/b. 2 mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan her türlü malı mal rejimi başladıktan sonra kişinin mal varlığında bulunup bulunmamasına bakmaksızın açık bir şekilde kişisel mal sayılmaktadır. Ancak mal rejiminden önce sermaye şeklinde yapılmış olan ödemeler tüketilmemiş ve bu ödemelerden mal rejiminin devamı süresince faiz vb. gelirler elde ediliyorsa söz konusu bu gelirler TMK m. 219/II-b.4'e göre kişisel malların geliri olarak edinilmiş mal sayılabilecektir.

---

<sup>61</sup> SARI, s. 149 vd.; ZEYTİN, s. 105.

<sup>62</sup> Karş. ŞIPKA, s. 98.



Sosyal güvenlik kurumlarının yaptığı emeklilik ödemelerinin dayanağını teşkil eden primlerin kişinin edinilmiş mallarından veya kişisel mallarından karşılanmasının, emekliliğe ilişkin yapılan ödemelerin edinilmiş mal olarak nitelendirmesine bir etkisinin söz konusu olmayacağı doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilmektedir. Zira TMK m. 219/II-b.2 – ZGB m. 197/II-b.2 açık bir şekilde sosyal güvenlik kurumlarının yaptığı ödemeleri, edinilmiş mal olarak kabul etmiştir. Kanun koyucu, emeklilik sebebi ile yapılacak ödemelerin edinilmiş mal sayılması için söz konusu ödemelerin dayanağını oluşturan emeklilik primlerinin eşlerin hangi mal grubundan kaynaklanması gerektiğine ilişkin bir ayırım yapmamıştır. Bu sebeple emeklilik primlerinin kısmen veya tamamen kişisel mallardan karşılanmış olması durumunda dahi yapılacak emeklilik ödemeleri edinilmiş mal sayılacak; TMK m. 220/II-b.4 – ZGB m. 198/II-b.4'e göre kişisel mal yerine geçen değer sayılmayacaktır. Kanun koyucu böylece kişisel mal yerine geçen değer kişisel mal sayılacağına yönelik öngördüğü ikame ilkesine bir istisna getirmiştir<sup>63</sup>.

#### 4. Sonuç

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda emeklilikten doğan hakların hangi kapsamda ve hangi hükümlere göre talep edilebileceği Türk ve İsviçre hukukunda farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Türk ve İsviçre hukukunda mal rejimi süresince edinilmiş olan emeklilik toptan ödemeleri veya mal rejimin tasfiyesi esnasında mal varlığında yer alan emeklilik maaşları edinilmiş mal olarak tasfiye hesabına dâhil edilebilecektir. Ancak gelecekte ödenecek emeklilik maaşı, emeklilik ikramiyesi, kıdem tazminatı, maluliyet aylığı, işsizlik parası vb. ve bu ödemelerin dayanağını teşkil eden emeklilik sigortasındaki birikimler edinilmiş mal kabul edilemeyecektir. Zira bu durumda sosyal güvenlik kurumlarınca yapılmış ödemeler ve dolayısıyla mal rejiminin devamı sırasında elde edilmiş bir malvarlığı bulunmamakta olup sadece ileride elde edilme ihtimali bulunan beklemece haklar söz konusudur.

<sup>63</sup> ACABEY, s. 505; ACAR, s. 213 vd.; GÜMÜŞ, s. 258; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 197 ZGB pn. 17; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 197 ZGB pn. 53 vd.; JUNGO, Art. 197 ZGB pn. 12; NUSPLIGER, Art. 197 ZGB pn. 6; SARI, s. 152; STECK, Art. 197 ZGB pn. 19; ZEYTİN, s. 102-103; BGE 118 II 382, 387, E. 4b. aa; BGE 123 III 442 vd., E. 2d.

İsviçre hukuku, yukarıda açıklandığı üzere, Türk hukukundan farklı olarak evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanması halinde eşlere, aralarında geçerli olan mal rejiminden bağımsız olarak emeklilik sigortasındaki birikimlerin (çıkış ödeneklerinin) veya emeklilik maaşlarının paylaşılması imkânını tanımıştır. İsviçre hukukunda eleştiriye açık olan en önemli husus, eşlerden birinin boşanmaya ağır kusuru ile sebep olmasına rağmen kusursuz veya daha az kusurlu eşin emeklilikten doğan hakları üzerinde talepte bulunabilmesidir. Oysaki eşlerden birinin zina, hayata kast veya pek kötü davranış gibi sebeplerle boşanmaya sebep olması ve buna rağmen diğer eşin emeklilik haklarından boşandıktan sonra pay sahibi olabilmesi hakkaniyete uygun bir çözüm olarak gözükmemektedir.

Genel olarak İsviçre hukukundaki bir düzenlemenin Türk hukukunda mevcut olmaması, zamanının önemli bir kısmını ailesine ayıran ve dolayısıyla çalışmayan ya da çalışmak için yeterince zaman ayıramayan eşin boşanma sonrasında diğer eşe göre daha zayıf konumda kalmasına sebep olmaktadır. Zira çalışan eş, mal rejimi sırasında maaşından yapılan kesintilerin birikimi sonucu belirli şartların gerçekleşmesi ile emeklilik maaşı almayı hak edebilirken diğer eş ya bu haktan mahrum olmakta ya da zamanın asıl kısmını ailesine ayırması sebebi ile daha az çalışmakta ve emekliliğe yönelik daha az hak elde etmektedir. Her ne kadar TMK m. 175'e göre boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın yoksulluk nafakası talep etme hakkı olsa da nafaka yükümlüsü eşin ölmesi durumunda TMK m. 176/III'e göre irat şeklinde ödenmesine karar verilen nafaka kendiliğinden kalkacak ve nafaka alacaklısı eş maddi bakımdan zor duruma düşecektir. Eşlere birbirlerinin hayatta kalmalarından bağımsız olarak emeklilik maaşları üzerinde hak tanınması halinde söz konusu bu mağduriyetlerin yaşanması asgariye indirilmiş olacaktır.

Bu sebepler göz önünde bulundurulduğu takdirde TMK ve sosyal güvenlik mevzuatımızda da İsviçre hukukunda olduğu gibi, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi durumunda eşlerin emeklilikten doğan haklarının paylaşılmasına yönelik düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

## TABLO

## Schätzung des ehelichen Teils einer Altersrente, in Prozent

Alter bei Rentenbeginn

(Yaşlılık Aylığından Eşlerin Paylarına Düşecek Tahmini Değerler, Yüzde Olarak)  
(Emekliliğin Başlangıcındaki Yaş)

| Heirat | 58    | 59    | 60    | 61    | 62    | 63    | 64    | 65    | 66    | 67    | 68    | 69    | 70    |
|--------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| ≤ 25   | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 |
| 26     | 98.1  | 98.2  | 98.3  | 98.4  | 98.4  | 98.5  | 98.5  | 98.6  | 98.6  | 98.7  | 98.7  | 98.8  | 98.8  |
| 27     | 96.3  | 96.4  | 96.6  | 96.7  | 96.9  | 97.0  | 97.1  | 97.2  | 97.3  | 97.4  | 97.5  | 97.6  | 97.6  |
| 28     | 94.4  | 94.6  | 94.9  | 95.1  | 95.3  | 95.5  | 95.6  | 95.8  | 95.9  | 96.1  | 96.2  | 96.3  | 96.4  |
| 29     | 92.5  | 92.9  | 93.2  | 93.5  | 93.7  | 94.0  | 94.2  | 94.4  | 94.6  | 94.8  | 94.9  | 95.1  | 95.3  |
| 30     | 90.6  | 91.1  | 91.5  | 91.8  | 92.2  | 92.5  | 92.7  | 93.0  | 93.2  | 93.5  | 93.7  | 93.9  | 94.1  |
| 31     | 88.8  | 89.3  | 89.8  | 90.2  | 90.6  | 90.9  | 91.3  | 91.6  | 91.9  | 92.2  | 92.4  | 92.7  | 92.9  |
| 32     | 86.9  | 87.5  | 88.0  | 88.6  | 89.0  | 89.4  | 89.8  | 90.2  | 90.5  | 90.9  | 91.2  | 91.4  | 91.7  |
| 33     | 85.0  | 85.7  | 86.3  | 86.9  | 87.4  | 87.9  | 88.4  | 88.8  | 89.2  | 89.6  | 89.9  | 90.2  | 90.5  |
| 34     | 83.2  | 83.9  | 84.6  | 85.3  | 85.9  | 86.4  | 86.9  | 87.4  | 87.8  | 88.2  | 88.6  | 89.0  | 89.3  |
| 35     | 81.3  | 82.1  | 82.9  | 83.6  | 84.3  | 84.9  | 85.5  | 86.0  | 86.5  | 86.9  | 87.4  | 87.8  | 88.1  |
| 36     | 78.6  | 79.6  | 80.5  | 81.3  | 82.1  | 82.8  | 83.4  | 84.0  | 84.6  | 85.1  | 85.6  | 86.0  | 86.4  |
| 37     | 75.9  | 77.0  | 78.0  | 79.0  | 79.8  | 80.6  | 81.3  | 82.0  | 82.6  | 83.2  | 83.8  | 84.3  | 84.7  |
| 38     | 73.3  | 74.5  | 75.6  | 76.6  | 77.6  | 78.4  | 79.3  | 80.0  | 80.7  | 81.3  | 81.9  | 82.5  | 83.1  |
| 39     | 70.6  | 71.9  | 73.2  | 74.3  | 75.3  | 76.3  | 77.2  | 78.0  | 78.8  | 79.5  | 80.1  | 80.8  | 81.4  |
| 40     | 67.9  | 69.4  | 70.7  | 72.0  | 73.1  | 74.1  | 75.1  | 76.0  | 76.8  | 77.6  | 78.3  | 79.0  | 79.7  |
| 41     | 65.2  | 66.8  | 68.3  | 69.6  | 70.9  | 72.0  | 73.0  | 74.0  | 74.9  | 75.7  | 76.5  | 77.3  | 78.0  |
| 42     | 62.6  | 64.3  | 65.9  | 67.3  | 68.6  | 69.8  | 71.0  | 72.0  | 73.0  | 73.9  | 74.7  | 75.5  | 76.3  |
| 43     | 59.9  | 61.7  | 63.4  | 65.0  | 66.4  | 67.7  | 68.9  | 70.0  | 71.0  | 72.0  | 72.9  | 73.8  | 74.6  |
| 44     | 57.2  | 59.2  | 61.0  | 62.6  | 64.1  | 65.5  | 66.8  | 68.0  | 69.1  | 70.1  | 71.1  | 72.0  | 72.9  |
| 45     | 54.5  | 56.6  | 58.5  | 60.3  | 61.9  | 63.4  | 64.7  | 66.0  | 67.2  | 68.3  | 69.3  | 70.3  | 71.2  |
| 46     | 50.5  | 52.8  | 54.9  | 56.8  | 58.5  | 60.1  | 61.6  | 63.0  | 64.3  | 65.5  | 66.6  | 67.7  | 68.6  |
| 47     | 46.5  | 49.0  | 51.2  | 53.3  | 55.2  | 56.9  | 58.5  | 60.0  | 61.4  | 62.7  | 63.9  | 65.0  | 66.1  |
| 48     | 42.5  | 45.2  | 47.6  | 49.8  | 51.8  | 53.7  | 55.4  | 57.0  | 58.5  | 59.9  | 61.2  | 62.4  | 63.6  |
| 49     | 38.5  | 41.3  | 43.9  | 46.3  | 48.4  | 50.4  | 52.3  | 54.0  | 55.6  | 57.1  | 58.5  | 59.8  | 61.0  |
| 50     | 34.5  | 37.5  | 40.2  | 42.8  | 45.1  | 47.2  | 49.2  | 51.0  | 52.7  | 54.3  | 55.8  | 57.2  | 58.5  |
| 51     | 30.5  | 33.7  | 36.6  | 39.3  | 41.7  | 44.0  | 46.1  | 48.0  | 49.8  | 51.5  | 53.1  | 54.5  | 55.9  |
| 52     | 26.5  | 29.8  | 32.9  | 35.7  | 38.3  | 40.7  | 42.9  | 45.0  | 46.9  | 48.7  | 50.4  | 51.9  | 53.4  |
| 53     | 22.5  | 26.0  | 29.3  | 32.2  | 35.0  | 37.5  | 39.8  | 42.0  | 44.0  | 45.9  | 47.7  | 49.3  | 50.8  |
| 54     | 18.4  | 22.2  | 25.6  | 28.7  | 31.6  | 34.3  | 36.7  | 39.0  | 41.1  | 43.1  | 44.9  | 46.7  | 48.3  |
| 55     | 14.4  | 18.4  | 22.0  | 25.2  | 28.3  | 31.0  | 33.6  | 36.0  | 38.2  | 40.3  | 42.2  | 44.1  | 45.8  |
| 56     | 9.6   | 13.8  | 17.6  | 21.0  | 24.2  | 27.2  | 29.9  | 32.4  | 34.7  | 36.9  | 39.0  | 40.9  | 42.7  |
| 57     | 4.8   | 9.2   | 13.2  | 16.8  | 20.2  | 23.3  | 26.1  | 28.8  | 31.3  | 33.6  | 35.7  | 37.8  | 39.7  |
| 58     |       | 4.6   | 8.8   | 12.6  | 16.1  | 19.4  | 22.4  | 25.2  | 27.8  | 30.2  | 32.5  | 34.6  | 36.6  |
| 59     |       |       | 4.4   | 8.4   | 12.1  | 15.5  | 18.7  | 21.6  | 24.3  | 26.9  | 29.2  | 31.5  | 33.6  |
| 60     |       |       |       | 4.2   | 8.1   | 11.6  | 14.9  | 18.0  | 20.8  | 23.5  | 26.0  | 28.3  | 30.5  |
| 61     |       |       |       |       | 4.0   | 7.8   | 11.2  | 14.4  | 17.4  | 20.1  | 22.7  | 25.2  | 27.5  |
| 62     |       |       |       |       |       | 3.9   | 7.5   | 10.8  | 13.9  | 16.8  | 19.5  | 22.0  | 24.4  |
| 63     |       |       |       |       |       |       | 3.7   | 7.2   | 10.4  | 13.4  | 16.2  | 18.9  | 21.4  |
| 64     |       |       |       |       |       |       |       | 3.6   | 6.9   | 10.1  | 13.0  | 15.7  | 18.3  |
| 65     |       |       |       |       |       |       |       |       | 3.5   | 6.7   | 9.7   | 12.6  | 15.3  |
| 66     |       |       |       |       |       |       |       |       |       | 3.4   | 6.5   | 9.4   | 12.2  |
| 67     |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       | 3.2   | 6.3   | 9.2   |
| 68     |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       | 3.1   | 6.1   |
| 69     |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       |       | 3.1   |

## KAYNAKÇA

- ACABEY, Mehmet Beşir: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerden Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9, 2007, s. 491-534.
- ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- DEMİR, Şamil: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, 1, 2014, s. 247-269.

- GEIGER, Ingrid Katharina/MICHAELIS, Bettina/PIFKO, Clarisse: Grundlagen der Sozialversicherungen in der Schweiz, 3. Baskı, Compendio Bildungsmedien, Zürich 2012.
- GEISER, Thomas: Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge Was bringt das neue Recht?, AJP/PJA 10/2015, s. 1371-1386.
- GEISER, Thomas: Gestaltungsmöglichkeiten beim Vorsorgeausgleich, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. - Bern. - Jg. 153, 2017, H. 1, S. 1-24.
- GÜMÜŞ, Mustafa: Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185 – 281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- GRÜTTER, Myriam: Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick, FamPra.ch, 2017, S. 127, s. 127-156.
- HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Basler Kommentar - ZGB I, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (ed.), 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern 2014.
- HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: Berner Kommentar Band II, Stämpfli Verlag, Bern 1992.
- KARAMERCAN, Fatih: Katkı – Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Tartışmalar-Örneklı Açıklamalar-Formüller-Tablolar-İlgili Yasa Metinleri), 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul 2002.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Katkı-Katılma Alacağı, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul 2016.
- MUZAFFER, Şeker: Die im Laufe der Zeit, begründet auf gesellschaftliche und kulturelle Besonderheiten, entstandenen und noch entstehenden unterschiedlichen Interpretationen zwischen der schweizerischen und türkischen Lehre in Bezug auf den gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Annales 2007, s. 347-362.
- NUSPLIGER, Isabelle: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (ed.), Orell Füssli Verlag, 3. Baskı, Zürich 2016.
- JUNGO, Alexandra: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (ed.), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich 2016.
- SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2017.
- SCHWANDER, Ivo: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (ed.), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016.
- SCHWENZER, Ingeborg/BÜCHLER, Andrea Famkomm - Scheidung Band I: ZGB, Schwenger, Ingeborg/Fankhauser, Roland (ed.), 3. Baskı, Stämpfli Verlag, Zürich 2017.

- ŞIPKA, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- STECK, Daniel: FamKomm - Scheidung Band I: ZGB, Ingeborg, Schwenzer/Roland, Fankhauser (ed.), 3. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern 2017.
- ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.



# ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞININ İHLÂLİ, ŞİRKET ALACAKLILARINA ANONİM ŞİRKETTEN BİLGİ ALMA HAKKI BAHŞEDER Mİ?

## DOES VIOLATION OF THE OBLIGATION BAN TO COMPANY GRANT THE RIGHT TO COMPANY DEBTORS TO DEMAND INFORMATION FROM THE JOINT STOCK COMPANY?

DOI: 10.21492/inuhfd.357370

**Ozan CAN\***

### Özet

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin ve yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı ayrıntılı olarak hükme bağlanmıştır. Buna karşın şirket alacaklılarının bilgi alma hakkı hususunda kanun koyucu suskundur. TTK'nin 395. maddesinin 2. fıkrası Türk hukukunda ilk defa şirket alacaklılarına önemli bir hak bahşetmiştir. Buna göre, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket, kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksine bir davranış hâlinde şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir. Şirket alacaklısının bu maddenin verdiği olanaktan yararlanabilmesi yani şirkete borçlananları doğrudan takip edebilmesi için 395. maddeye aykırı olarak şirkete borçlananların kim olduğunu ve ne miktarda borçlanıldığını bilmesi gerekir. Eğer alacaklı, bu bilgilere sahip değilse, doğrudan takip yetkisini kullanması mümkün olmayacaktır. Çalışmamızda 395. maddenin 2. fıkrasının şirket alacaklısına bilgi alma hakkı verip vermediği, vermiyorsa da bu tür bir hakkın mümkün olup olmayacağı incelenecektir.

**Anahtar Sözcükler:** Şirkete borçlanma yasağı, şirket alacaklıları, şirket alacaklısının doğrudan takip yetkisi, şirket alacaklısının bilgi alma hakkı, alacağın devri.

### Abstract

In joint stock companies, the right to demand information for the shareholders and executive board members has been adjudicated in detail. However, regarding the right for the company debtors to demand information, lawmakers are keeping quiet. Turkish Commercial Code Article 395 Clause 2 has granted a significant right for the company debtors for the first time in Turkish Law. According to this, non-shareholding executive board members and the non-shareholding relatives of the executive board members, as described in Article 393, cannot become indebted to the company in cash. For these

---

\* Doç. Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ozancan06@gmail.com).

people, the company cannot provide bail, warranty, and security, cannot commit liability, and cannot assume their debts. In case of the contrary, company debtors may directly pursue proceedings against these people for the sum indebted to the company, over the sum undertaken by the company. For the company debtor to avail of the opportunity provided by this article, in other words, to directly pursue the company borrowers, he needs to know who has borrowed from the company in violation to article 395 and how much has been borrowed. In case the debtor does not possess this information, it will not be possible for him to avail of the direct pursue authorization. In this study, we will be examining whether Article 395 clause 2 provides the company debtor with a right to demand information and if it does not, whether it is possible to be granted with such a right.

**Keywords:** Ban on borrowing from the company, company debtors, direct pursue the right of the company debtor, company debtor's right to demand information, transferring of the receivable.

## 1. GENEL OLARAK ŞİRKETE BORÇLANMA YASAĞI

TTK'nin 395. maddesinin 2. fıkrasına göre, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksine bir davranış hâlinde şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir. Bu kapsamda, kanun koyucu, hükme aykırı davranış durumunda, şirket alacaklılarına, şirketten borçlanana karşı doğrudan takip yetkisi vermiştir. Esasında alacaklılara karşı şirketin borcundan dolayı sadece birinci derecede anonim şirket tüzel kişiliği sorumludur. Ancak hükme aykırılık durumunda alacaklılara, şirkete gitmeden şirketten borçlanana karşı takip yetkisi bahşedilmiştir<sup>1</sup>. Öğretide haklı olarak *Kırca*, söz konusu düzenlemedeki borçlanılan veya temin edilen tutar nispetinde hem şirket hem de anılan fıkrada sayılanların şirket alacaklısına karşı müteselsilen

---

<sup>1</sup> ÇEKER, M.: Şirkete Borçlanma Yasağı, MÜHFD, Özel Sayı, C. 18, S.2, Yıl 2012, s. 666; Bora, S.: Şirkete Borçlanma Yasağı, Ankara 2017. Hızır, S./Merki, D.: Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 63, S. 4, s.779 vd.; Karahan, S.: Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişikliğin Sonuçları, Yaklaşım Dergisi, Kasım 2012. (<http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/> Erişim Tarihi: 25.5. 2017) ÖZDAMAR, M./DOĞAN, İ.: Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, Bankacılar Dergisi, Sayı 86, s.3-26, 2013; ÖZKORKUT, K.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler, Batider 2012., S. 28/3, s. 45-71.



sorumlu olduğunu, bunun ise kanundan doğan bir tür müteselsil borçluluk hâli oluşturduğunu ve müteselsil borçluluğun düzenlendiği TBK m. 162 vd. hükümlerinin işin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulamak gerektiğini belirtmektedir<sup>2</sup>.

TTK m. 395/f.2 hükmü kapsamında pay sahibi olmayan YK üyeleri ile YK üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddedeki yakınlarının (alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin) şirket alacaklısına karşı sorumlu olabilmeleri için şu şartların bir arada bulunması gerekir:

- Borçlanan kişiler pay sahibi olmayan YK üyeleri ile YK üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddedeki yakınları olmalı,
- Borçlanan kişiler, şirketten borç para almalı (nakit)<sup>3</sup> veya şirket, bu kişiler için kefalet, garanti, teminat vermeli, sorumluluk yüklenmeli veya bunların borçlarını devralmalıdır.
- Şirketin, alacaklıya bir borcu olmalıdır.
- Alacaklıya karşı şirketin borcu muaccel olmalıdır.

Bu şartların varlığı hâlinde şirket alacaklısı, doğrudan şirketi takip edebileceği gibi, bunun yerine pay sahibi olmayan YK üyeleri ile YK üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddedeki yakınlarını takip edebilir. Kanun koyucu takip yetkisinin seçimini alacaklıya bırakmıştır.

## **2. BORÇLANMA YASAĞINA AYKIRILIK HÂLİNDE ŞİRKET ALACAKLISININ BORÇLANAN KİŞİLERİ TAKİBİ VE TAKİP YETKİSİNİN ALACAKLIYA ŞİRKETTEN BİLGİ ALMA HAKKI SAĞLAYIP SAĞLAMADIĞI**

Kanun koyucu, şirkete borçlanma yasağına aykırılık hâlinde alacaklıya bu kişileri doğrudan takip yetkisi vermiştir. Ancak alacaklı, bu hükme rağmen şirketi de takip edebilir. Aşağıda alacaklının farklı seçeneklerine göre ayrı ayrı açıklamalar yapılacaktır:

<sup>2</sup> KIRCA, İ.(Manavgat, Ç./Şehirali Çelik, F. H.): Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 675.

<sup>3</sup> Diğer taraftan, TTK m. 395/II anlamında, pay sahibi olmayan şirketin yönetim kurulu üyesi veya yönetim kurulu üyelerinin ilgili yakınlarının şirkete ayın ile borçlanması yasaklanmamıştır (ÖZKORKUT, s. 54).

Alacaklı, şirketi takip etmek isterse, takip borçlusu olarak şirket gösterilecektir. Şirket, borca yetecek kadar malvarlığı varsa, borcunu ödeyecek, malvarlığı yoksa, mal beyanında bulunacaktır. Mal beyanında bulunan şirket, alacaklarını da bildirecek, böylece şirket alacaklısı, şirkete karşı borçlu olanlara karşı İİK m. 89/f.1 uyarınca haciz ihbarnamesi yollayacaktır. İhbarnameyi düzenleyen İİK m. 89/f.1’de, borçlunun üçüncü kişilerde bulunan, kıymetli evraka bağlanmamış yani hamiline ait olmayan veya cirosu mümkün bir senede bağlı bulunmayan hak ve alacaklarının haczi düzenlenmiştir. Borçlunun mallarının haczini isteme aşamasına gelmiş bulunan alacaklı, borçlunun üçüncü kişilerde bulunan borçluya ait mal, hak ve alacakların da haczedilmesini isteyebilir. Böylece şirket alacaklısı, haciz ihbarnamesi ile ödemelerinin artık şirkete değil, kendisine yapılmasını talep edecektir. Şirketin alacaklıları arasında pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınları varsa, alacaklı, bunların, borcu artık kendisine ödenmesini ihbar edecektir. Daha önce Yargıtay, şirket ortağının şirkete karşı herhangi bir borcu nedeniyle kendisine haciz ihbarnamesi gönderilmesini kabul etmiyorken, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi içtihat değişikliğine gitmiş ve kararında,

*“Dairemiz; şirket ortağı, borçlu şirket yönünden 3. kişi sayılmayacağından şirket ortağına 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği görüşünde iken, 11.05.2016 tarihinde verilen HGK’nun 2014/12-1078 Esas numaralı içtihadı doğrultusunda ve yukarıda açıklanan olgular karşısında Dairemizin değişen içtihadına göre; şirket ortağı, borçlu şirket bakımından 3. kişi sayılacağından şirket ortağı şikayetçilere 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilmesinde yasaya uymayan bir yön bulunmayıp mahkemece şikayetin reddine karar vermek gerekirken, şikayetin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”*

şeklinde hüküm kurmuştur<sup>4</sup>. Dolayısıyla artık TTK m. 395/f.2’ye aykırı bir borçlanma durumunda şirket takip edildiğinde şirket alacaklısı, pay sahibi olmayan YK üyeleri ile YK üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddedeki yakınlarına haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle alacağına kavuşabilecektir.

Fakat şirket alacaklısı, şirketi takip etmeyip, TTK m. 395/f.2’nin bahsettiği doğrudan takip yetkisi kapsamında pay sahibi olmayan YK

<sup>4</sup> Bkz. Y. 12. Hukuk Dairesi 2.6.2016 tarih ve 1954 E. ve 15638 K. sayılı kararı. (Bkz. kazancı.com.tr.) (Erişim Tarihi: 27.10. 2017).

üyeleri ile YK üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddedeki yakınlarını takip etmek isteyebilir. Bu durumda alacaklı bir çıkmazla karşılaşacaktır. Bu çıkmaz; şirket alacaklısının, pay sahibi olmayan YK üyeleri ile YK üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddedeki yakınlarının alacaklı olduğu şirkete borçlu olup olmadığı veya ne miktarda borçlu olduğunu bilmemesidir. İşte bu noktada, bu çıkmazı aşmak açısından, şirket alacaklısının, şirketten, şirkete borçlu olan kişileri ve ne miktarda borçlu olduklarını öğrenip öğrenemeyeceğinin, yani bu konu ile sınırlı olmak üzere bilgi alma hakkının olup olmadığının sorgulanması gerekir.

Anonim şirketlerde bilgi alma hakkı, pay sahiplerinin ve yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı kapsamında hükme bağlanmıştır. Ancak alacaklıların şirketten bilgi alma hakkına yönelik açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, 395. maddenin 2. fıkrası kapsamında şirket alacaklısına verilen doğrudan takip yetkisinin ona alacak hakkına ulaşmasını sağlamak için ve gerekli olduğu oranda bilgi alma hakkını bahsettiğini düşünüyoruz. Gerekçelerimiz ise aşağıda şu şekilde sıralanmıştır:

#### **A. Şirkete Borçlanana Yönelik TTK'nin Verdiği Doğrudan Takip Yetkisinin, Bünyesinde Alacağa İlişkin Bilgi Alma Hakkını Da Barındırdığına İlişkin Görüşümüz**

Kanun koyucu TTK m. 395/f.2 ile ilk defa şirket alacaklısına doğrudan takip yetkisi vermiştir. Şirket borcundan dolayı sadece şirketin sorumlu olduğu TTK sisteminde<sup>5</sup>, biraz da cesurca bir adımla, alacaklıya doğrudan takip yetkisi tanınması, şirket alacaklısının, şirketin, kime karşı ne kadar borçlandığını bilmesini gerektirir. İcra iflas hukukunda her zaman, kanun koyucu, alacaklının, borçluyu ve borcu bildiği varsayımından hareketle düzenlemeler yapmıştır. Biz de doğrudan takip yetkisinin verildiği TTK sisteminde bilgi alma hakkının da şirket alacaklısına tevdi edildiğini düşünmekteyiz. Şirketten borçlanana ve ne miktarda borçlanıldığını ilişkin bilgi alınmadan, doğrudan takip yetkisinin işlemeyeceğini bilen kanun koyucu, esasında, doğrudan takip yetkisini vermekle, bu konuya özgü olmak koşuluyla, bilgi alma hakkının da varlığını teyit etmiş olmaktadır. Dolayısıyla çoğun içinde azın da bulunduğu düşünülmektedir. Yani doğrudan takip yetkisinin verildiği bir kanun düzeninde bilgi alma hakkının da evleviyetle verildiği

<sup>5</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şehirli Çelik, (Kırca/Manavgat), s. 106 vd.

düşüncesindeyiz. Aksi takdirde alacaklı, şirkete ne kadar ve kim tarafından borçlanıldığını bilmez ise, nasıl takip yapacağını öngöremez. Şirket alacaklısı bu bilgilere vakıf değilse TTK m. 395/f.2'nin uygulanması mümkün olamaz ki, mezkûr hükmün uygulanmadığı hâllerde, şirket alacaklısı, sadece şirketi takip etmek zorunda bırakılmış olacak ve şirkete takip kesinleşince TTK m. 395/f.2'de belirtilen şirket borçlularına İİK m. 89/f.1 gereği birinci haciz ihbarnamesi gönderip borcu talep edebilecektir. Bu yol ise, şirket alacaklısına kolaylık getiren TTK m. 395/f.2 hükmüne göre çok zahmetli ve doğrudan takip yetkisine ilişkin anılan hükmü işlemez hâle getirecektir. Sonuç olarak alacaklıları temel alan sermayenin korunması ilkesi, şirketle ticarete giren kişilerin şirketin mali durumu hakkında bilgi sahibi olması ve buna güvenmesi ile yakından ilgilidir<sup>6</sup>. İşte, biz, bu bilginin sadece alacaklının, ticaret sicilinde tescil edilen ve ilan edilen durumları bilmesi olarak değil, artık, doğrudan takip yetkisinin işlerliği için şirketin de aktif bilgi verme yükümü altında olduğunu, bunun da sermayenin korunması ilkesi ile ilgili olduğunu düşünmekteyiz.

### **B. “Hükmün Uygulanabilmesini Sağlayacak Şekilde Yorum Yapılmasının Gerekliliği” Bağlamında Bilgi Verilmesi Gerekliğine İlişkin Görüşümüz**

Amaçsal yorum çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, şirket alacaklısının şirketin kime ne kadar borçlu olduğunu bilmesi gerekir. Zira amaçsal yorum yaparken kuralın önce amacı araştırılır, sonra bu amaca ulaşmayı sağlayacak şekilde yorum faaliyeti gerçekleştirilir. Kural, amacına göre yorumlandığında, bazen kuralın sözünden çıkan anlama göre daha geniş bir uygulama olanağına sahip olur ki buna genişletici yorum denir<sup>7</sup>. TTK m. 395/f.2'nin genişletici yorumundan hareketle, eğer alacaklı, şirketin kime ve ne kadar borçlandığını bilmez ise, yani kime takip yapacağını, ne kadarlık bir takip yapacağını kestiremez ise, anılan hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla doğrudan takip yetkisinin içinde bilgi alma hakkının da varlığını kabul, hükmün uygulanmasını sağlayacak şekilde yorum anlamına gelecektir.

<sup>6</sup> Şehirali Çelik,(Kırca/Manavgat), s. 106 vd.

<sup>7</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kaya, A.: Amaçsal Yorum, Ankara Barosu Dergisi 2014, S. 4, s. 373.*

### **C. TTK'nin “Yönetimin Devri” Başlığını Taşıyan 367. Maddesinin 1. Fıkrasının Da Bilgi Alma Hakkını Dolaylı Yönden Tanıdığına Yönelik Görüşümüz**

TTK'nin 367. maddesinin 1.fıkrasına göre,

*“Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.”*

Bu hüküm, pay sahipleri dışında, korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıların da bilgilendirileceğini vurgulamaktadır. İç yönerge gibi, alacakla doğrudan ilgisinin gündeme gelebilmesinin zor bir ihtimal olduğu bir hususta, korunmaya değer menfaatini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklılara bilgi verilmesini kabul eden bir kanun koyucunun, evleviyetle, 395/f.2 ye göre, korunmaya değer menfaatin bariz şekilde söz konusu olduğu doğrudan takip yetkisinde bilgi alma hakkının da bulunduğunu kabul, haydi haydi ilkesinin bir sonucudur diye düşünmekteyiz. Çünkü borçlanma yasağına aykırılık hâlinde şirket alacaklısının, doğrudan takip yapmadan önce şirketten, bu hükme aykırı borçlanma olup olmadığını, var ise, alacağını karşılayacak kadar borçlanılan miktarını ve kimler olduğunu bilmesinde korunmaya değer bir menfaati olduğu açıktır. Bu menfaatin ikna edici bir biçimde ortaya konması bakımından ise, 395. maddenin doğrudan takip yetkisini bahşetmesi yeterli olmalıdır.

Son olarak *korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıların bilgilendirilmesi* cümlesinin ileride ticaret hukuku alanında bir ilke olarak (*ilkeye ilişkin önerimiz: korunmaya değer menfaatin varlığında bilgi alma hakkının da varlığı kabul edilir*) kabul edilebileceği, bu bağlamda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda alacaklıya tanınmış hakların etkin şekilde kullanımında ihtiyaçları karşılayabileceği düşünülmektedir. Örneğin, şirket alacaklılarını dava hakkını düzenleyen TTK'nin 206. maddesinde de hâkim şirket ve yöneticilerinin, 203 üncü madde çerçevesinde verdikleri talimatlar dolayısıyla bağlı şirkette oluşan kayıp, o hesap yılı içinde,

denkleştirilmediği veya zamanı ve şekli de belirtilerek şirkete denk bir istem hakkı tanınmadığı takdirde, zarara uğrayan alacaklılar hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabilirler. Ancak alacaklılar tarafından bu davanın açılabilmesi için konu hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olması gerektiği yadsınamaz. İşte bu noktada alacaklının korunmaya değer menfaati bulunduğundan tazminat davası açabilmesi için gerekli bilgileri şirketten talep edebileceği düşünülmektedir.

### **3. TTK M. 395/f.2 HÜKMÜNE YÖNELİK ELEŞTİRİMİZ VE BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ**

Son dönemde kanuni düzenlemeler yapılırken, bilimsel zeminde tartışılmamış birçok hükmün, önerge vermek suretiyle TBMM'de kanunlaştığı görülmektedir. Bunun tipik örneklerinden birisi de TTK m. 395/f.2 hükmüdür. Öğretide de haklı olarak eleştirdiği üzere, TTK'de yer alıp da mehazı bulunmayan ve Türk Hukukuna özgü bu tür hükümlerin yorumlanması ciddi güçlükler yaşanmasına neden olmaktadır<sup>8</sup>. Tavsiyemiz, kanun yapma çalışmaları yapılırken bilimsel temeli olan hükümlerin getirilmesi, düzenlemelerin oldubittiye getirilmemesidir.

Yukarıda, her ne kadar pozitif düzenleme bakımından açık bir hüküm olmasa da, TTK m. 395/f.2 hükmü kapsamında şirket alacaklısının sınırlı da olsa bilgi alma hakkına sahip olduğunu belirttik. Aşağıda ise, anılan hükme yönelik somut çözüm önerileri sunulacaktır.

Bilindiği üzere borç ilişkisi nisbi özellik göstermekte olup, sadece taraflar arasında talep hakkı doğurur. Başka bir deyişle, borç ilişkisinin nisbiliği gereği olarak, borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı, alacak hakkı ileri sürülemeyeceği gibi, borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişiler de borç ilişkisine dayanarak, borçluya karşı bir hak talebinde bulunamaz<sup>9</sup>.

Ancak borç ilişkisinin nisbiliği ilkesinin istisnaları da bulunmaktadır. Esasında TTK m. 395/f.2 düzenlemesi borç ilişkisinin nisbiliği ilkesinin bir istisnası niteliğindedir. O hâlde söz konusu hükmün

---

<sup>8</sup> Kırcı (Manavgat/Şehirali Çelik), s. 675, dn. 762. Ancak bu cümlemizle de, bir hüküm sevk edilirken mutlak surette yabancı hukuk sistemlerinde yer alan bir düzenlemenin getirilmesini değil, bilimsel temelde tartışıldıktan sonra yasama organı önüne getirilmesinin daha sağlıklı olacağını ifade ediyoruz.

<sup>9</sup> SCHWENZER, I.: Schweizerisches obligationenrecht, Allgemeiner teil, 4. Aufl., Bern 2006, Nr. 6.06; AKÜNAL, T.: Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Açılması, Yargıtay Dergisi, C. 14, S. 5, Temmuz-1988, s. 222 vd.

şirket alacaklısına sağlamış olduğu kolaylığı işler hâle getirmek için hukuk sistemimizdeki pozitif düzenlemelerden yararlanılması gerekir. Bu noktada m. 395/f.2 hükmü kaleme alınırken alacağın devrinde<sup>10</sup> bilgi alma hakkını düzenleyen TBK m. 190 hükmünden yararlanılsaydı yerinde olurdu. Zira TTK m. 395/f.2 uyarınca getirilen düzenleme, borcun nisbiliği ilkesine bir istisna oluşturmakta, şirket alacaklısı, bu hüküm sayesinde asıl borçlu olan şirket dışında, 395/f.2'ye aykırı olarak şirkete borçlanan kimselere karşı da talep hakkına sahip olmaktadır. Bu hâliyle hüküm, müteselsil bir borçluluk yaratmaktadır. Ancak müteselsil borçluluk da olsa ortada şirket alacaklısının talep hakkına kavuşmasını kolaylaştıracak şekilde düzenleme yapılması yerinde olurdu. Aksi taktirde yukarıda da belirttiğimiz gibi, şirket alacaklısının talep hakkı işlevsiz bir konum arz edecektir. Bu konudaki önerimiz TTK m. 395. madde kapsamında alacaklıya TBK m. 190<sup>11</sup>'daki kolaylığın sağlanmasıdır. Bu, TBK m. 190'a atıf yapmak suretiyle olabilir. Böylece şirket alacaklısı, şirketten bilgi alabilecektir. “*Senet ve belgelerin teslimi ve bilgi verilmesi*” başlığını taşıyan 190. maddeye göre, *devreden, devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağın ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermeye yükümlüdür.*

<sup>10</sup> Alacağın devri alacaklı ile () alacağı devralan üçüncü şahıs arasında, borçlunun rızasına ve bilgisine ihtiyaç duyulmaksızın yapılabilen ve kazandırıcı tasarrufi işlem niteliğini haiz, şekle bağlı bir sözleşmedir ya da kanun veyahut mahkeme kararıyla gerçekleşen bir devirdir [(Bkz. TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./Burcuoğlu, H./ALTOP, A.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 240; TUNÇOMAĞ, K.: Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 1976, s. 1074 vd.; Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. B., Ankara 2015, s. 1224 vd.; Dayınlarlı, K.: Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Devri, Ankara 1993, s. 62 vd. Ayrıncı, H.: Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003. Yargıtay da alacağın devrini, temlik eden alacaklı ile temlik alan kişi arasında yapılan bir sözleşmeye dayalı olarak meydana gelen tasarrufi, kazandırıcı ve soyut bir hukuksal işlem olarak görmektedir (bkz. Y. 15. HD, 19.4. 2010, E. 2009/6558, K. 2010/2246)]. Alacağın devri; öğretilerde genel olarak iradi, yasal ve yargısal temlik olmak üzere üçlü bir ayrıma tâbi tutulmaktadır İradi devir, devredenle devralan arasında yapılan temlik sözleşmesi uyarınca alacağı doğrudan doğruya devralana geçiren devir türü iken, yargısal devir, yargı kararı uyarınca gerçekleşen devir. Yasal devir ise, kanunun öngörmüş olduğu bir devir türü olup, bir alacağın kanundan ötürü bir alacaklıdan üçüncü bir kişiye geçmesidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 1225 vd.; DAYINLARLI, s. 84 vd.). Bu, hukuki bir işlem olmadığından şekle tâbi değildir (GİRSBERGER, D.: in Basler Kommentar, Obligationenrech, Art. 1-520, (Honsell, Vogt, Wiegand.), 5. Aufl., Basel, Bern, Zürich 2011, Art. 166, Nr. 1).

<sup>11</sup> Bu hüküm, Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 402 ile İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 170/f.2'de hükme bağlanmıştır.

Alacağın devrinde önemli bir işleve sahip olan bu hüküm, emredici bir düzenlemedir<sup>12</sup> ve iradi devirler yanında yasal ve yargısal devirlerde de geçerlidir<sup>13</sup>. Çünkü alacak hakkı, alacağın devri sözleşmesiyle birlikte her ne kadar devralana geçse de yeni alacaklının alacağına kavuşması için bu yeterli değildir<sup>14</sup>. Devralan alacaklının, kendisine geçen asıl alacak ve yan hakların tahsili için bazı ispat araçlarına ve diğer bilgilere ihtiyacı vardır<sup>15</sup>. Alacağı devreden, alacak bir senede bağlı ise senedi; ispatla ilgili belgeler de elinde varsa bu belgeleri teslim etmeli ve devralanı bilgilendirmelidir<sup>16</sup>. Özellikle borçlunun borcun varlığını inkâr edici nitelikteki itirazlarını bertaraf edici bilgiler verilmelidir<sup>17</sup>. Buradaki ölçüt, hakkın ileri sürülmesi için gerekli olan<sup>18</sup> ve hatta dürüstlük kuralı gereği önem taşıyan bilgiler olmalıdır<sup>19</sup>. Devreden, gerektiği takdirde devredeni sözlü olarak da bilgilendirmelidir<sup>20</sup>. Teslimi gereken belgelerin nelerden ibaret olduğu iş hayatındaki koşullara göre tayin edilir<sup>21</sup>. İşte TBK m.190 hükmünün içeriği TTK m. 395/f.2 açısından uygulama bulursa, şirket, şirket alacaklısına, alacağını ileri sürebilmesi için, yani doğrudan takip yapabilmesi için gerekli olan bilgileri, yani şirketten 395/f.2'ye aykırı olarak borçlanan pay sahibi olmayan YK üyeleri ile YK üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddedeki yakınlarının ad soyadını, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını, adresini, borç miktarını bildirmek

<sup>12</sup> Bkz. BGE 52 III 45; 90 II 498 E. 5; GİRSBERGER, Art 170, Nr. 1.

<sup>13</sup> WESTERMANN, H.P.: in Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,(hrsg. Harm Peter Westermann/ Klaus Küchenhoff), Münster, § 402, Nr.3.

<sup>14</sup> BAĞCE, s. 50.

<sup>15</sup> ENGİN, B. İ.: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 41. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da benzer şekilde temellük eden (üçüncü kişi), borçluya karşı, alacağın kendisine temlik edildiğini ve alacağın varlığını kanıtlamakla yükümlü olduğunu, üçüncü kişi bunu ispat edebilmek için, alacaklının elinde bulunan ve alacağın varlığını gösterir bilgi ve belgelere dayanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Y. HGK 1.3.2006, E. 2006/21-5, K. 2006/33 (Bkz. www. kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 25.5.2017).

<sup>16</sup> GİRSBERGER, Art 170, Nr. 12; BAĞCE, s. 50.

<sup>17</sup> BUSCHE, J.: in J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz un Nebengesetzen, Berlin 1999, § 402, Nr. 9.

<sup>18</sup> BUSCHE, § 402, Nr.9.

<sup>19</sup> GİRSBERGER, Art 170, Nr. 13. Ayrıca bilginin içeriği ile ilgili olarak bkz. OGer AG, SJZ 1947, 93 Nr. 30; von Büren, B.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Recht, Zürich 1964, s. 335.

<sup>20</sup> BAĞCE, s. 50.

<sup>21</sup> TUNÇOMAĞ, s. 1103; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 259.



zorunda olacaktır. Ayrıca şirketin, belge verme yükümü kapsamında şirket alacaklısına alacağına kavuşmasını sağlayan belgeler varsa bunları da vermesi gerekecektir. TBK m. 190, alacağı devralana bir hak bahsettiğinden, devralan dışında bir kimse bu maddeye dayalı olarak bilgi ve belge talep edemez<sup>22</sup>. Ayrıca bu yükümlülük, alacakla ilgili tüm bilgileri değil, sadece alacağın talep edilmesi için gerekli olan bilgileri kapsayacaktır<sup>23</sup>. Ancak uygulamada şirket alacaklısının ve borçlularının sayısı ve kimler olduğu sürekli değişebileceğinden şirkete yüklenmiş olan bu bilgi ve belgelerin verilmesi borcunun, kendisine doğrudan takip yetkisi bahşedilmiş olan şirket alacaklısı tarafından da talep edilmesi daha pratik olabilecektir.

Yine TBK m. 190 hükmü TTK m. 395/f.2 açısından da uygulama bulursa, ayrıca şirketin bilgi vermemesi durumunda, şirket alacaklısı dava açarak bu bilgiye ulaşabilecektir. Zira TBK m. 190 uyarınca bilgi alma hakkına sahip olan şirket alacaklısına, talep edilmesine rağmen bilgi verilmediği takdirde dava yoluyla bu bilgi alınabilecektir. Öğretide, senet ve belgelerin teslimi ve bilgi verilmesi yan edim yükümlülüğü niteliğinde kabul edilmektedir<sup>24</sup>. Yan edim yükümlülükleri, bir borç ilişkisi çerçevesinde asli edim dışında doğan yükümlülükler arasında olup, asıl edimin amacına uygun bir şekilde yerine getirilmelidir. Yan edimlerin, asıl edimin (alacağın devrinde alacak tahsilinin) amacına ulaşmasını sağlamak dışında başka bir işlevi yoktur. TBK m. 190, bu anlamda açık bir kanun hükmü tarafından düzenlenmiş yan edim yükümü niteliğindedir<sup>25</sup>. Bilgi verme yükümü, yan edim olduğundan yan edim yükümlerine aykırılık durumunda asli edimden bağımsız olarak bunlar, dava konusu olabilir<sup>26</sup>. Zira yan edimler, asli edime oranla ikinci derecede bir nitelik taşısa da asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için borçlu yönünden bir borç, alacaklı açısından da bir hakkı ifade ederler<sup>27</sup>. Bu nedenle alacaklı, bunun ifasını dava edebilir<sup>28</sup>. Alacaklı

<sup>22</sup> GİRSBERGER, Art 170, Nr. 14.

<sup>23</sup> BAĞCE, s. 51.

<sup>24</sup> ROTH, H. G.: in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (hrsg. Wolfgang Krüger), 4. Aufl., München 2003, § 402, Nr.2; BAĞCE, s. 51.

<sup>25</sup> BAĞCE, s. 51.

<sup>26</sup> EREN, s. 34; ROTH, § 402, Nr.2.

<sup>27</sup> EREN, s. 33.

<sup>28</sup> WESTERMANN, § 402, Nr.7; EREN, s. 34.

tarafından bilgi talep edildiğinde şirket sırrına dayalı olarak red de mümkün olmamalıdır.

Eğer yukarıda belirtildiği gibi, alacağın yasal devrine ilişkin TBK m. 190 hükmüne atıf yapılmaz ise, başka bir önerimiz ise şudur: Şirketin, alacaklıya bilgi verme yükümüne ilişkin TBK m. 190 hükmünün, 395. maddeye uygun şekilde 3. fıkra olarak eklenmek suretiyle TTK'de düzenlenmesi yerinde olacaktır. Hatta şirketin bilgi vermeme veya eksik ya da yanlış bilgi vermesi olasılığının dava yoluyla yerine getirilmesi hem güçlükleri bünyesinde barındıracağı hem mahkemelerin dava yükünün artmasına neden olacağından, bilgi verilmesinin sağlanması bakımından cezai yaptırım<sup>29</sup> getirilmesi isabetli olacaktır. Bu hususa ilişkin yasal düzenleme önerimiz aşağıdadır:

VI - Şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı

MADDE 395

1).....

2).....

3) Alacaklı, bu maddenin 2. fıkrasına aykırı olarak borçlanmaları takip etmek isterse, şirket, takip için gerekli olan bilgi ve belgeleri derhâl vermek zorundadır. Aksi taktirde alacaklı, dava yoluyla bilgi ve belgeleri alabilir.

A) Suçlar ve cezalar

MADDE 562-

.....

.....

(5) Bu Kanunun;

a) .....

<sup>29</sup> Bu noktada Türk Ceza Kanunu'nun 164. maddesinde düzenlenen *Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi* suçunun da TTK m. 395/f.2 ve TBK m. 190 hükmü kapsamında yanlış bilgi verilmesi hâlinde uygulanamayacağını belirtmek gerekir. Zira TCK'nin 164. maddesinin 1. fıkrasında *bir şirket veya kooperatifin kurucu, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyanlar, kamuya yaptıkları beyanlarda veya genel kurula sundukları raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler verecek veya verdirtecek olurlarsa altı aydan üç yıla kadar hapis veya bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.* Görüldüğü üzere, sadece kamuya yapılan beyanlarda veya genel kurula sunulan rapor ve önerilerde ilgililerin zararı olursa cezai yaptırıma tâbi tutulmaktadır. Dolayısıyla TTK m. 395/f.2 ve TBK m. 190 kapsamında eksik veya gerçeğe aykırı bilgi verilmesi hâlinde TCK m. 164/f.1 uygulama bulamayacaktır.

b) .....

c) 395 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümleri ile 3. fıkrayı ihlal edenler üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.

## SONUÇ

Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksine bir davranış hâlinde şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir. Şirket alacaklısının bu maddenin verdiği olanaktan yararlanabilmesi yani şirkete borçlananları doğrudan takip edebilmesi için 395. maddeye aykırı olarak şirkete borçlananların kim olduğunu ve ne miktarda borçlanıldığını bilmesi gerekir.

Mevcut düzenlemenin bilgi alma hakkını bahşetmediği, ancak yorum yoluyla alacaklının bilgi alma hakkına sahip olduğunu düşünmekteyiz. Ancak bu yorum bilimsel olarak tereddütle karşılaşılır ise, ya TTK m. 395'e bir fıkra eklenmek suretiyle bilgi alma hakkı sağlanabilir ya da TTK m. 395/f.2'nin TBK m. 190'a atıf yapması suretiyle sorun çözülebilir. Böylece TBK m. 190 uyarınca şirketin, alacaklıya, m. 395/f.2'ye aykırı olarak borçlananlara ilişkin bilgiyi vermesi sağlanacaktır.

Son olarak, TTK'nin 367. maddesinin 1. fıkrasında geçen *korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıların bilgilendirilmesi* ibaresinin bu maddeyi de aşar nitelikte tüm ticaret hukuku alanında alacaklının bilgi alma hakkının tesisi bakımından bir ilke olarak yerleşebileceğini düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

- AKÜNAL, T. : Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, Yargıtay Dergisi, C. 14, S. 5, Temmuz-1988, s. 222 vd.
- AYRANCI, H. : Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.
- BAĞCE, D. H. A.: Alacağın Devri Ve Diğer Hukuki Kurumlarla Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- BORA, S. : Şirkete Borçlanma Yasağı, Ankara 2017.
- BUSCHE, J.: in J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz un Nebengesetzen, Berlin 1999.
- ÇEKER, M. :Şirkete Borçlanma Yasağı, MÜHFD, Özel Sayı, C. 18, S.2, Yıl 2012, s. 666;
- DAYINLARLI, K.: Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Devri, Ankara 1993.
- ENGİN, B. İ. :Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.
- EREN, F. :Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. B., Ankara 2015.
- GİRSBERGER, D.: in Basler Kommentar, Obligationenrech, Art. 1-520, (Honsell, Vogt, Wiegand.), 5. Aufl., Basel, Bern, Zürich 2011.
- HIZIR, S./MERKİ, D.: Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 63, S. 4, s.779 vd.;
- KARAHAN, S. :Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişikliğin Sonuçları, Yaklaşım Dergisi, Kasım 2012. (<http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/> Erişim Tarihi: 25.5. 2017)
- KAYA, A. :Amaçsal Yorum, Ankara Barosu Dergisi 2014, S. 4, s. 366 vd.
- KIRCA, İ./ Şehirali Çelik, F. H./ Manavgat, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013.
- ÖZDAMAR, M./DOĞAN, İ.: Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, Bankacılar Dergisi, 2013; S. 86, s.3 vd.
- ÖZKORKUT, K.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler, Batider 2012., S. 28/3, s. 45 vd.
- ROTH, H. G. :in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (hrsg. Wolfgang Krüger), 4. Aufl., München 2003.
- SCHWENZER, I.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.
- TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993.
- TUNÇOMAĞ, K.: Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 1976.
- VON BÜREN, B.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Recht, Zürich 1964.
- WESTERMANN, H.P.: in Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,(hrsg. Harm Peter Westermann/ Klaus Küchenhoff), Münster..

**ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞTAKİ FESİH DAVASI İLE  
SERMAYE ARTIRIMININ GEÇERSİZLİĞİ ARASINDAKİ İLİŞKİ**  
**THE RELATIONSHIP BETWEEN SUIT FOR ANNULMENT IN  
ESTABLISHMENT OF CORPORATION AND INVALIDITY OF THE  
CAPITAL INCREASE**

DOI: 10.21492/inuhfd.355991

**Fatih AYDIN\***

**Özet**

Anonim şirketlerde sermaye artırımı özel bir esas sözleşme değişikliğidir. Sermaye artırımı ya genel kurul ya da yönetim kurulu kararı ile yapılır. Sermaye artırımı kararının geçersizliği butlan ya da iptal yaptırımı iddiasıyla gündeme gelebilir. Ancak sermaye artırımı kararının süresiz olarak butlanının talep edilebilmesi hususu işlem güvenliği bakımından ciddi sakıncalara gebe dir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu sermaye artırımı bakımından kuruluşta fesih davasına ve tescil ile tüzel kişilik kazanma hükümlerine atıfta bulunmuştur. Buna göre tüm sermaye artırımı türleri bakımından kuruluşta hükümler uygulanacaktır. Böylece birbiri ile taban tabana zıt olan butlan ve fesih hallerinin çakışması gündeme gelmiştir. Sermaye artırımı kararının geçersizliği bakımından hangi davanın ne zaman, kimler tarafından, hangi şartlarda açılacağı ve sonuçlarının nasıl olacağı önem taşımaktadır. Bu çalışmada genel kurul kararlarının iptali ile herkes tarafından süresiz olarak ileri sürülen butlanın tespiti davası, sermaye artırımının feshi ile birlikte karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Aynı zamanda 6762 sayılı eski Ticaret Kanunu'nun konuya ilişkin bakış açısı ve bu dönemdeki doktrin görüşleri hâlihazır düzenleme ile karşılaştırılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kuruluşta fesih, sermaye artırımı, fesih, butlan, iptal.

**Abstract**

Capital increase in corporations is a special prime contract change. Capital increase is possible either via resolution of general assembly or by board decision. The invalidity of capital increase acquires currency by nullity or by the claim of cancel sanction. However the case of claiming permanent nullity of capital increase verdict is expected to have serious prejudices in terms of process security. Turkish Code of Commerce no. 6102 refers to annulment in establishment of corporation and the terms of registered incorporation. Accordingly, the resolutions in establishment will be executed in terms of all types of capital increases. Thereby, the conflict of nullity and annulment, which are completely dissimilar, gains currency. In the case of invalidity of capital increase, it is significant to determine which case will be opened, the circumstances under which the

---

\* Arş. Gör. Fatih AYDIN, Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.(fatihaydin@erciyes.edu.tr)

case will be opened, by whom and how it will result. This article handles a comparative study of cancel of general assembly resolution and action for voidance asserted by everybody together with capital increase quashing. At the same time the point of view of the old Turkish Code of Commerce no. 6762 and the doctrine views are compared with the present arrangement.

**Keywords:** Suit for annulment, capital increase, invalidation, nullity, annulment.

## GİRİŞ

Anonim şirketlerde kuruluş hükümleri ile sermaye artırım işlemlerinin nitelik bakımından benzerliği doktrinde geçmişten bu yana tartışılmalıdır. Bunun sebebi iki durumun kısmen birbirine benzemesinin yanında bizzat kanun koyucunun gerek 6762 sayılı TTK (eTTK) gerekse 6102 sayılı TTK’da sermaye artırım ile ilgili maddelerde kuruluş hükümlerine gönderme yapmasıdır.

Tescil sistemi ile birlikte kural olarak şirketin kurulmasından önce herhangi bir makamın onayı/izni gerekmesi bile, kuruluşta yapılacak usulsüzlükleri önleme adına kanun koyucu tarafından birçok emredici hüküm öngörülmüştür. Bu emredici hükümlere aykırılığın yaptırımları kimi zaman ilgili maddelerde yer almışsa da, tüm bu aykırılıklar için geçerli olabilecek bir hüküm olarak 6102 sayılı TTK m.353’de kuruluştaki kanuna aykırılıklar sebebiyle şirketin feshi davası öngörülmüştür. Bu madde eTTK m.299’da geçen ve 1995 yılına kadar yürürlükte kalan “Şirketin Kurulmamış Sayılması Davası” ile yakın ilişki içerisindedir<sup>1</sup>. Nitekim ilgili hükmün yürürlükten kaldırıldığı 1995 yılından itibaren, şirketin kuruluş işlemleri ile ilgili yapılan usulsüzlükler ve kanuna aykırılıklar bakımından, şirketin ileriye dönük olarak sona ermesini sağlayacak bir dava açılması imkânı kalmamakla birlikte, süresiz olarak şirketin yokluğuna veya butlanına karar verilmesi tehlikesinin ortaya çıkması tartışma ve eleştiri konusu olmuştur.

eTTK m.299’un kaldırılmasından itibaren oluşan hukuki boşluk, nihayet TTK m.353’de düzenlenen şirketin kuruluştaki feshi davası ile kapatılmaya çalışılmıştır. Anonim şirketler yönünden geçerli olan bu fesih davası, TTK m.644/1-b hükmünce limited şirketler bakımından da uygulama alanına sahiptir. Aynı zamanda kanunda anonim şirketlerde tüm sermaye artırım yöntemlerine TTK m.353’ün kıyas yoluyla

---

<sup>1</sup> Bkz. TTK m.353’ün gerekçesi.

uygulanabileceği hükmü konularak kuruluşta fesih davasına ilave bir işlev yüklenmiştir.

Anonim şirketlerde sermaye artırımını TTK m.456 vd. hükümlerinde özel bir esas sözleşme değişikliği olarak ayrıca düzenlenmiştir. Nitekim anonim şirketlerde kişiler değil sermayeler ön plana çıkar. Pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının teminatı olan şirket sermayesinin korunması bakımından çeşitli özel hükümler bulunmakla birlikte, kanun koyucu esas sözleşme değişikliği gerektiren bir durum olan sermayenin artırılması bakımından, klasik esas sözleşme değişikliği dışında birtakım hususi tedbirler alarak sermaye artırımını belirli kurallara tabi tutmuştur.

TTK m.456'da sermaye artırımında uygulanacak ortak hükümlerden bahsedilirken, kuruluşta fesih davası ve şirketin tüzel kişilik kazanması ve tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi ile ilgili (TTK m.353, m.354 ve m.355/1) hükümlere atıf yapıldığı görülmektedir.

Sermaye artırımının butlanı veya iptali davası, şirkette yetkili kurulca alınan sermaye artırım kararına karşı açılacak davalardır. Sermaye artırım kararının yanında sermaye artırım ile ilişkili diğer işlemlerde kanuna aykırılık bulunduğu TTK m.353 hükmü ile bir bütün olarak bu işlemlerin geçersizliği istenebilecektir<sup>2</sup>. Gerek butlan veya iptal gerekse fesih yoluyla açılan davaların sonucu aynı kapiya çıkmakta ve sermaye artırımının geçersizliği sonucunu doğurmaktadır. Biz bu çalışmada sermaye artırım ile ilgili genel ve özet bilgiler verip sermaye artırımında asıl olarak şirketin kuruluşuna atıf yapılan hükümlerin fonksiyonu ve uygulanabilirliği konularının üzerinde duracağız.

## 1. SERMAYENİN ARTTIRILMASI

Anonim şirket, ticari faaliyetini sürdürmek için ihtiyaç duyduğu finansmanı ya kendi öz kaynaklarından (öz sermaye) ya da yabancı kaynaklardan (borçlar) karşılar<sup>3</sup>. Anonim şirketlerde sermaye, şirket amacının gerçekleştirilmesi için ortakların getirmeyi taahhüt ettikleri, esas sözleşmede sabit bir rakam olarak yer alan malvarlığı toplamının nakit

<sup>2</sup> MOROGLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (Sermaye Artırımı 2015), İstanbul 2015, s.308-309; SERDER YILMAZ, Selen: "TTK'da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı" Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1, 2013, s.208.

<sup>3</sup> MANAVGAT, Çağlar / KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: *Anonim Şirketler Hukuku*, C.1, Ankara 2012. s.305.

olarak ortaya konulmasıdır<sup>4</sup>. Bu noktada şirketin malvarlığı ile sermayesinin aynı kavramlar olmadığını vurgulamak gerekir. Zira sermaye, şirketin henüz kuruluş aşamasında belirlenen ve dönem içinde şirketin malvarlığındaki değişimlerden etkilenmeyen ve ancak nakitle (şirkete aynı sermaye dahi getirilmiş olsa bunun nakdi değeri) ifade edilen değerdir. Teorik olarak yeni kurulan bir anonim şirkette, henüz faaliyete girilmeden önce, esas sermaye ile malvarlığı birbirine eşittir. Şirket faaliyete başladıktan sonra, kâr ve zarar etmesine bağlı olarak, malvarlığı, esas sermayeyi aşabilir veya onun altına inebilir<sup>5</sup>. Hatta primli payların çıkarılması veya ayın sermayeye gerçekte olduğundan fazla değer biçilmesi hallerinde, şirket kuruluşunda dahi esas sermaye malvarlığına denk olmayabilir<sup>6</sup>. Diğer yandan anonim şirketin gelir sağlama fonksiyonunun sonucu olarak, malvarlığının esas sermayeye denk olması ortaklık tarafından arzu edilmez, malvarlığının daha fazla olması beklenir<sup>7</sup>.

Esas sermaye önceden belirlenebilen, paylara bölünebilen ve tamamen taahhüt edilmiş, belli bir rakamla ifade edilen -sabit- nitelikte olmalıdır<sup>8</sup>. Sermayenin sabit olması onun esas sözleşmede belirli bir rakam olarak yazılmasını ifade ederken, hiçbir zaman değiştirilemeyeceği manasına gelmemektedir. Zira esas sözleşme değişikliği yapmak suretiyle şirketin sermayesi artırılıp azaltılabilir (TTK m.456 vd.). Kanunda esas sözleşme değişikliği yapmaya ilişkin olarak genel hükümler düzenlendikten sonra alacaklıları ve pay sahiplerini korumak için sermayenin artırılması ve azaltılması için ayrıca özel hükümler düzenlenmiştir<sup>9</sup>.

Sermayenin artırılma sebepleri farklılık arz eder. Anonim şirketler piyasa koşullarına göre başka ortaklıklarla birleşmek, yeni hisseler

---

<sup>4</sup> ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2015, s.291.

<sup>5</sup> ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler I, İstanbul 1960, s.32.

<sup>6</sup> KAYAR, İsmail: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s.12.

<sup>7</sup> KAYAR, s.12.

<sup>8</sup> BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı (Sermaye Artırımı), İstanbul 1996, s.8 vd.; Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul 2001, s.124 vd.

<sup>9</sup> Gerçekten TTK m.452-455 arasında genel olarak esas sözleşme değişikliği hükme bağlanmış olmakla birlikte m.456 vd. da sermaye artırımı ve azaltımı için esas sözleşme değişiklikleri ayrıca özel bazı hükümlere bağlanmıştır.



oluşturarak halka açık şirkete dönüşmek veya emredici bir hükmün gereği olarak sermaye artırımına gidebilirler<sup>10</sup>. Sermaye artırımının özünde ise şirketin sıcak paraya ihtiyaç duyması vardır<sup>11</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki sermaye artırımı için mutlaka bir artırım sebebinin bulunması veya gösterilmesi şart değildir.

Bazen sermaye ihtiyacı sebebiyle yeni paylar çıkartılarak bunların satılmasıyla şirket malvarlığının artırılması yoluna gidilebilir. Bu durum dış kaynaklardan sermaye artırımına örnektir (TTK m.459-461). Dış kaynaklardan sermaye artırımı esas sermaye sistemi ile kayıtlı sermaye sistemi bakımından farklılık arz eder. Basit bir tanım yapacak olursak dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımı; esas sermayeli anonim şirketlerde esas sözleşmede geçen sermaye tutarının artırılması, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş şirketlerde ise başlangıç sermayesi ile kayıtlı sermaye arasında yer alan çıkarılmış sermaye tutarının yükseltilmesidir.

Bazen de şirket malvarlığının şirketin faaliyetleri sonucu artmasıyla birlikte elde edilen gelirin veya serbest yedek akçeler ile kanunun sermayeye eklenmesine cevaz verdiği fonların sermayeye eklenmesiyle yeni paylar çıkarılır ve pay sahiplerine dağıtılır. Bu halde ise 6762 sayılı TTK'da yer almayan bir düzenleme olan iç kaynaklardan sermaye artırımı mevcuttur (TTK m.462). Dış kaynaklardan sermaye artırımı yapıldığında şirketin malvarlığı arttığı halde iç kaynaklardan sermaye artırımında şirketin malvarlığı değişmemektedir. Nitekim ikinci durumda sadece bilançoda malvarlığını oluşturan kalemler arasında yapılan muhasebe işlemi sonucu esas sermayenin artması durumu vardır. Bu yöntem, ortaklığa dışardan sermaye girişi olmadığı için itibari (nominal) artırım ismi ile de anılmaktadır<sup>12</sup>.

Şartlı sermaye artırımını ise hukukumuzda ilk kez 6102 s. TTK'da düzenlenmiştir (TTK m.463-472). Şirket tarafından çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle şirketten alacaklı olanlara veya çalışanlara ana sözleşmede değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla alacaklarına mukabil yeni payları edinme hakkı sağlanmaktadır.

<sup>10</sup> BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklıklar Hukuku. (Anonim Ortaklıklar), İstanbul 2015, s.336.

<sup>11</sup> ŞENER, s.562; AYTAÇ, Zühtü: "Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırılmasından Dönülmesi Sorunu", Mali Sorunlara Çözüm Dergisi, S.5, Y.1, 1985, s.68.

<sup>12</sup> MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı (Sermaye Artırımı 1972), İstanbul 1972, s.187.

Bu yöntemde genel kurul tarafından alınan şarta bağlı bir sermaye artırımı kararından sonra belirli şartların gerçekleşmesi halinde yönetim kurulu sermaye artırımını yapma hususunda yetkilendirilmiştir.

### A. Sermaye Artırımının Niteliği

Sermaye artırımının niteliği, sermaye artırımına uygulanması gereken hükümleri belirleme noktasında önem taşımaktadır. Nitekim gerek 6762 sayılı TTK, gerekse 6102 s. TTK'da kanun koyucu sermaye artırımının niteliği konusunda net olmayan, tartışmaya açık bir üslup kullanmıştır. Bu belirsizlik doktrinde fikir ayrılıklarına sebep olmuştur<sup>13</sup>. 6762 sayılı TTK'da esas sermayenin artırılması, "Esas Mukavelenin Değişmesi" başlığı altında düzenlenmişken aynı zamanda kuruluşa ilişkin hükümlere de atıf yapılmıştır. Zira eTTK m.392'ye göre "Umumi heyet yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle esas sermayenin çoğaltulmasına karar verdiği takdirde, anonim şirketlerin kuruluşuna ait hükümler cari olur." Bu hükümden hareketle bir görüş sermaye artırımının ek bir kuruluş niteliğinde olduğunu ve kuruluş hükümlerinin burada cari olduğunu savunurken<sup>14</sup>, diğer bir görüş ise kuruluş hükümleri ile sermaye artırımının farklı nitelikte olduğunu, sermaye artırımının kısmen yeni kuruluş olarak değerlendirilebileceğini ve sermaye artırımında sadece niteliği ile bağdaştığı ölçüde kuruluş hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir<sup>15</sup>.

Bir bütün olarak sermaye artırımı işlemi, anonim şirketin bir ek veya yeniden kuruluşu gibi değerlendirmek zorlama bir yorumdur. Kaldı ki eTTK m.392'deki hüküm, şirket kurulurken sermayenin taahhüt edilmesi ve ödenmesi şartlarına ilişkin hükümlerin, sermaye artırımında da cari olduğunu belirtmek içindir. Bu yönden bakıldığında sermaye artırımında da yeni sermaye taahhüdü bulunduğundan bu işlemi şirket kuruluşunun sermaye ile ilgili aşamalarına benzer olarak yorumlamak makul görünmektedir. Zira sermaye artırımını bir esas sözleşme değişikliği olmakla birlikte, esas sözleşmenin tamamıyla hazırlanması ve kabul edilmesi anonim şirketin kuruluş aşamalarından sadece bir tanesidir. Diğer bir deyişle esas sözleşme ve sermaye taahhüdü kuruluş işlemlerinin sadece bir parçasıdır. Mevcut bir şirkette sermaye artırımına gitmek için

---

<sup>13</sup> Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. SERDER YILMAZ, s.195-198.

<sup>14</sup> ARSLANLI, s.108-109.

<sup>15</sup> İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s.442.

esas sözleşmenin değiştirilmesini birebir şirket kuruluşu gibi değerlendirmek, parçayı bütünle eş tutmak anlamına gelir. Zaten eTTK m.392’de ilk cümlelerin hemen devamında;

*“Hususiyle para sermayesinin dörtte birinin yatırılmasına ait hüküm ile ayın nevinden bir sermayenin konması, malların devralınması ve hususi menfaatlerin sağlanması ile alakalı kararın mevcudiyeti halinde bu hususlara mütaallik hükümler tatbik olunur”* denilmek suretiyle, kuruluşun sadece ilgili yerlerine atıf yapıldığı daha net anlaşılmaktadır.

TTK’da ise sermayenin artırılmasına ilişkin ortak hükümlerde, anonim şirketin kuruluş hükümleri gibi toptancı bir yaklaşım yerine sadece kuruluştaki fesih davası, tescil ve tüzel kişiliğin kazanılması ile ilgili 353, 354 ve 355. Maddelere atıf yapılmıştır. Bu durum eTTK’daki hükmün tam bir karşılığının TTK’da yer almadığını göstermektedir. Böylece sermaye artırım işlemini yeni bir kuruluş olarak nitelendiren görüşü savunmak artık pek mümkün görünmemektedir. Nitekim salt kuruluştaki üç maddeye yapılan atıf dolayısıyla sermaye artırımını bir ek veya yeni kuruluş olarak yorumlanamaz. Öte yandan sermaye artırımını ile ilgili hükümler her ne kadar TTK sistematığında esas sözleşme değişikliği bölümü içerisinde düzenlenmiş olsa da, kendine has özellikleri barındırması itibariyle bu işlemi klasik bir esas sözleşme değişikliği olarak nitelendirmeye de imkân bulunmamaktadır. Zira kanunda özel değişiklikler başlığı altında geçen, sonuçları ve hükümsüzlüğü bakımından alelade bir esas sözleşme değişikliğinden ayrılan bu işlem için, sui generis bir esas sözleşme değişikliği nitelendirmesi yapmak daha doğru olacaktır<sup>16</sup>.

## **B. Sermaye Artırımının Geçersizliği Halleri**

Sermaye artırım kararı bir esas sözleşme değişikliği olduğundan esas sermaye sisteminde genel kurul kararı veya kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu tarafından bu yönde alınacak bir karara ihtiyaç vardır.

Sermaye artırımını, birçok halkadan meydana gelen zincirleme işlemler bütünüdür. Artırım işlemleri genellikle birbirine bağlı

<sup>16</sup> Her ne kadar bazı yazarlar tarafından kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımını işlemi gerçek bir esas sözleşme değişikliği olarak dahi görülüyorsa da özellikle TTK m.456/4 hükmünün atfıyla, klasik bir esas sözleşme değişikliğinden farklı sonuçlar doğuran TTK m.353, 354 ve 355. Maddeleri –istisnasız- tüm sermaye artırım türlerine uygulanacaktır.

olduğundan bir işlemin geçersizliği genellikle tüm zinciri etkilemekte ve bir bütün olarak sermaye artırımını geçersiz hale getirmektedir<sup>17</sup>.

TTK m.456/3 uyarınca şirketin yetkili organı tarafından alınan bu karar üç ay içinde tescil edilmezse geçersiz hale gelir. Bu halde sicil müdürlüğünün bu hususu doğrulayan yazısı üzerine bankaya yatırılan sermaye artırım bedelleri sahiplerine geri ödenir. Şirketin yetkili organının aldığı sermaye artırım kararı tescil edildiği takdirde şirketin kuruluş, tescil ve tüzel kişilik kazanmasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla tüm sermaye artırım türlerine uygulanacaktır. TTK m.456/3'te geçen bu hüküm emredici niteliktedir.

Diğer taraftan sermaye artırımını ya bir genel kurul ya da belli koşullar altında yönetim kurulu kararı ile gerçekleştirdiğinden genel kurul veya yönetim kurulu kararının iptal veya butlanını düzenleyen TTK hükümlerinin (TTK m.445-447-391-460/5) sermaye artırımına ne ölçüde uygulanacağı büyük önem arz eder<sup>18</sup>. Nitekim TTK m.353'de geçen şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilememesi ve şartları oluştuğunda ancak fesih davası açılabilmesi hususunun tüm sermaye artırım kararlarına uygulanacağı öngörüldüğüne göre, bu hükmün diğer geçersizlik halleri karşısındaki durumunu tespit etmek gerekir. Zira esas sermaye sisteminde sermaye artırımını için alınacak genel kurul kararlarını iptali ve butlanı müesseseleri, kayıtlı sermaye sisteminde ise yönetim kurulu kararı ile yapılacak artırımlarda şartları oluştuğunda yönetim kurulu kararlarının butlanı ile TTK m.353 hükmündeki fesih davası nitelik, davayı açabilecek kişiler, davayı açma süresi ve sonuçları bakımından birbirinden önemli ölçüde ayrılmaktadır.

## **2. eTTK DÖNEMİNDE SERMAYE ARTIRIMININ GEÇERSİZLİĞİNİN ŞİRKETİN KURULUŞ HÜKÜMLERİ İLE İLİŞKİSİ**

6762 sayılı TTK'da bir taraftan sermaye artırımını prosedürünün kanuna uygun şekilde yerine getirilmemesi bakımından butlan yaptırımını öngörülmüşken diğer taraftan yeni hisse senedi çıkarmak suretiyle

---

<sup>17</sup> Ancak istisnai de olsa bazı sermaye artırım işlemlerinin geçersizliği bir bütün olarak sermaye artırımını geçersiz kılmaz. Bkz. MOROĞLU, Sermaye Artırımı (2015), s.293.

<sup>18</sup> Her ne kadar TTK'da genel kurul kararlarının iptali ve butlan halleri düzenlenmiş olup, yokluk yaptırımını yer almamış ise de, bu durum yokluk yaptırımının uygulanmayacağı manasına gelmez. Detaylı bilgi için bkz. MOROĞLU, Erdoğan: Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Hükümsüzlük), 7. Baskı, İstanbul 2014, s.27-28.

yapılacak sermaye artırımında ise şirketin kuruluş hükümlerinin cari olduğu hüküm altına alınmıştı (TTK m.392). Sermaye artırımı için atıf yapılan kuruluş hükümlerinden kasıt ise kuruluşta fesih davasını düzenleyen TTK m.353'ün selefi ve muadili sayılan eTTK m.299/5-6 hükümleridir. Diğer bir deyişle sermaye artırımını bakımından, tasdik edilen şirketin butlanına karar verilemeyeceği ve kurulmamış sayılma davasına atıfta bulunulmuştur.

Kurulmamış sayılma davasının, sermaye artırımını açısından en çok tartışılan hükmü ise eTTK m.299/6 da geçen bir aylık sürenin sermaye artırımının butlanına uygulanıp uygulanmayacağı hususu olmuştur. Bu dönemde doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, sermaye artırımının butlanı kararının herhangi bir süreye tabi olmaması, menfaati ihlal edilen pay sahipleri, alacaklılar ve şirket bakımından sakıncalı olmakla birlikte hukuk güvenliği ile de bağdaşmaz<sup>19</sup>. Her ne kadar doktrinde azınlıkta kalan bir görüş butlanın bir aylık süreyle kısıtlı olarak ileri sürülmesini eleştirirse de Yargıtay'a göre de sermaye artırımında kuruluşa yapılan atıflar uyarınca eTTK m.299/5-6'daki koşullar, kapsam ve bir aylık hak düşürücü sürenin sermaye artırımının butlanı (eTTK m.392/2) bakımından da geçerli kabul edilmiştir<sup>20</sup>.

Doktrindeki azınlık görüşe de değinen 29.11.1985 tarihli bir Yargıtay kararına göre<sup>21</sup>:

<sup>19</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi, doktrindeki aksi görüş ve gerekçeler bakımından bkz. ALIŞKAN, Murat: Türk Ticaret Kanununa Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007, s.158.vd.

<sup>20</sup> Örneğin 12.6.1987 tarihli bir Yargıtay kararına göre: "Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, TTK.nun 391. ve müteakip maddelerinde düzenlenmiş bulunan esas sermayenin arttırılması işlemlerinde aynı yasanın 392. maddesinin 1. cümlesi yollanması ile anonim şirketin kuruluşuna ait hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Anılan maddenin atıfta bulunduğu aynı yasanın 299/5. maddesinde ise kuruluşu tasdik edilen şirketin sonradan butlanı iddia edilemeyeceği hükmüne bağlandıktan sonra, butlan davasının ise, ancak aynı fıkrafta belirtilen koşulların gerçekleşmesi şartına bağlı olarak, sadece şirketten alacaklı olan kişileri ile şirket pay sahiplerince 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde açılacağı açıkça ve sınırlı olarak saptanmış bulunmaktadır. Kanun açıkça ve sınırlama getirmek suretiyle getirdiği bu düzenlemenin yorum yoluyla genişletilmesi, anonim şirketlerin bünyesi ile de bağdaştırılması olanağı bulunmadığından, mümkün bulunmamaktadır." Y.11. HD, E.1987/2859, K. 1987/3563, T. 12.6.1987. (Kazancı İçtihat Bankası )

<sup>21</sup> Y.11.HD, E. 1985/5840,K. 1985/6586,T. 29.11.1985. (Kazancı İçtihat Bankası)

“Her ne kadar doktrinde bir kısım yazarlar tarafından TTK.`nun 392/2. maddesindeki butlan müeyyidesinin hiçbir süreye tabi olmadığı ve bu hukuki nedene dayalı davaların TTK.`nun 299. maddesindeki hak düşürücü süreye tabi olmadığı ileri sürülüp, savunulmuş ise de (Bkz. Dr. E. Moroğlu, A. Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, İst. 1972, s.90 vd. Dr. Ü. Tekinalp, Ortaklıklar Hukuku, Cilt 2, İst. 1976, s.40 vd.) Dairemizin yerleşmiş içtihatları ile TTK`nun 392/2`ye dayalı davalıların da aynı yasanın 299. maddesinin son fıkrasındaki 1 aylık hak düşürücü süreye tabi olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır (Örneğin, Yargıtay 11. HD., 4.6.1979 gün ve 1979/1281-2951 sayılı kararı). Zira kuruluştan daha ağır sonuçları taşımayan esas sermaye artırımında alınan karar ve yapılan işlemleri süresiz olarak butlan davası tehlikesi ile karşı karşıya bırakmak ticaret hayatı güvenliğini tehlikeye sokacağı gibi, şirketi ve şirketten yeni pay senedi alanları da ticaret hayatında aranan güvenlik ve istikrar unsurlarından yoksun bırakacaktır. Nitekim, doktrinde de büyük bir çoğunluk Dairemiz kararında benimsenen görüşe sahip bulunmaktadır (Bkz. Dr. H. Arslanlı, Anonim Şirketler, Cilt: 1, s.114; Dr. O. İmregün, A. Ortaklıklar, İst. 1974, s.341 vd., Dr. T. Ansağ, A. Şirketler Hukuku, Ank. 1975, s.205; Dr. H. Domaniç, A. Şirketler İst. 1978, s.1073 ). Kaldı ki aksi görüşü savunan bir kısım yazarlar dahi bu sakıncaları kabul ederek yapılacak yasa bakımından (de lege feranda) hukuk güvenliğini sarsmamak için TTK.`nun 392`ye dayalı davaların da hak düşürücü süreye tabi olması gerektiğini belirtmektedirler (Bkz. Dr. E. Moroğlu, age. s.95 vd.).”

Sermaye artırım kararının geçersizliği hallerinden birisi, artırım ile ilgili alınan genel kurul kararının iptalidir. eTTK döneminde sermaye artırım genel kurul kararı ile yapıldıktan sonra bu kararın kanuna, esas sözleşmeye veya iyi niyet kurallarına aykırılığı iddiasıyla karar tarihinden itibaren üç ay içinde iptal davası açılabilirdi (eTTK m.381)<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Kanunda genel kurul kararlarının iptali için üç aylık hak düşürücü süre sınırı bulunsa da, Yargıtay eTTK m.392/1 hükmünün kuruluş hükümlerine atıfta bulunması dolayısıyla sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarının iptali bakımından bir aylık süreyi kabul etmiş, bir ay geçtikten sonra üç aylık süre henüz dolmadan açılan iptal davalarını reddetmiştir. Yargıtay`ın bu tutumu doktrinde ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Bkz. TEKİNALP, Ünal: “Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Yapılmamış Sayılması Davası Genel Kurul Kararının İptali Davasını Bertaraf Eder mi?”, İHFM. C.LIV, S.1-4, İstanbul 1994, s.248-249.

Ayrıca, genel kurul kararının iptalini talep edebilmek için kararın tescil ve ilan edilmesi gerekmez.

eTTK’da genel hükümlere göre yönetim kurulu kararının yokluğu veya butlanı hakkında bir hüküm bulunmamasıyla birlikte doktrinde hakim hakim görüş genel hükümlere göre bu davaların açılabilmesi yönündedir. Bu dönemde yönetim kurulu kararlarının butlanı bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu m.19-20’ye dayanılarak genel hükümlere göre dava açılacağı kabul edilmekteydi<sup>23</sup>. Ancak butlan ve yokluktan farklı olarak yönetim kurulu kararlarının iptalinin istenemeyeceği doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmiştir<sup>24</sup>. Diğer taraftan 1981 tarihli 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda (SerPK), Kayıtlı sermaye sistemi bakımından, genel kurul tarafından yetkilendirilmiş yönetim kurulunun çıkarılmış sermayeyi artırım kararının iptal edilebileceği ayrıca hüküm altına alınmıştır (2499 sayılı SerPK m.12/6). Bu durumda yine genel kurul kararlarının iptalinde izlenen prosedür geçerlidir.

İptal davası için öngörülen üç aylık sürenin geçirilmesi halinde ise kuruluş hükümlerine aykırılık şartları oluştuğu takdirde eTTK m.392/2’de geçen butlanın tespiti davası açılabilirdi. Fakat yukarıda belirtildiği üzere, burada eTTK m.299’a yani kuruluş hükümlerine yapılan atıftan ötürü butlanın tespiti davası ancak sermaye artırım kararının ticaret siciline tescilinden itibaren 1 aylık süreye tabiydi. 1995 yılında eTTK m.299 tamamen yürürlükten kaldırılınca sermaye artırımının butlanı bakımından uygulanan bir aylık sürenin dayanağı da ortadan kalkmış oldu. Yargıtay’ın bu andan itibaren verdiği kararlarda artık bu hükmün

<sup>23</sup> TURANLI, Hüsnü: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s.949; ÖZKORKUT, Korkut: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın no:41, Ankara 1996, s.94.

<sup>24</sup> ÜÇİŞİK, Güzin: “Türk Hukuku’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C.3,S.5, 2011, s.59; DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s.417. Bu dönemde YK kararları bakımından da iptal imkânının getirilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZKORKUT, s.95. Yargıtay ise: Kural olarak YK kararları aleyhine iptal davası açılmayacağını ancak, pay sahiplerinin haklarını doğrudan doğruya ilgilendiren kararların iptalinin istenebileceğine hükmetmiştir. Bkz. Y. 11.HD. 05.04.1993 E.1379/K.1295, ERİŞ, Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s.270.



uygulamasının söz olamayacağı, butlanın bir aylık süre ile kısıtlı olarak ileri sürülmesinin dayanağının ortadan kalktığı belirtilmiştir<sup>25</sup>.

TTK kabul edilinceye kadar devam eden bu süreç içerisinde iptal istemiyle açılan sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararları bakımından dahi herhangi bir butlan sebebinin varlığını mahkemenin re'sen ve süresiz olarak değerlendirmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Hukuk genel kurulunun 2.4.2014 tarihli kararına göre<sup>26</sup>:

*“Butlan ise; bir işlemin, konusuna ilişkin emredici hükümlere aykırı olması halidir. Eş söyleyişle, bir işlemin konusu; kanuna, ahlaka, adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ya da, imkânsız ise, bu işlem batıdır. Yokluktaki gibi, butlanda da kesin geçersizlik söz konusudur; hâkim bunu re'sen göz önünde bulundurur ve herkes bu geçersizliği, iptal davasında öngörülen üç aylık süreyle bağlı olmaksızın ileri sürebilir ve tespit ettirebilir. Yokluk ve butlan arasında sonuçları değil, sebepleri bakımından farklılık bulunmaktadır..... Sermaye artırım kararı aleyhine yukarıda ayrıntılı açıklandığı şekilde hükümsüz sayılması gerektiği iddiasıyla iptal davası açılmış olduğundan, 22.12.2009 tarihli yönetim kurulu kararına karşı da hükümsüzlük nedenlerinin ileri sürüldüğü ve bu*

<sup>25</sup> Nitekim bu dönemde 2006 yılına ait sermaye artırım kararına karşı açılan bir dava sonucunda 5.4.2016 tarihli Yargıtay kararına göre : ”Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, 6762 sayılı TTK'nın 299. maddesinin 24.06.1995 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle 1 aylık hak düşürücü sürenin davada uygulanması mümkün değilse de...” Y.11.HD, E. 2015/6846, K. 2016/3681. (Kazancı İçtihat Bankası) Konuyla ilgili başka bir kararda Yargıtay yine aynı sonuca varmıştır:

*“Artırım kararından sonra eski katılma taahhütleri tamamen ödenmiş olsa bile, kararın hükümsüzlüğünün islahı mümkün değildir. Bu itibarla menfaatini ispat edebilen herhangi bir ilgili artırım kararının mutlak hükümsüzlüğünün tespitini mahkemeden isteyebilir. Bu takdirde sermaye artırımını geçmişe etkili olarak hiçbir hüküm doğurmaz. Böyle bir nedene dayalı olarak açılacak davada da, TTK'nın 381.maddesinde düzenlenen genel kurula katılmak ve alınan karara muhalif kalıp bu keyfiyetin tutanağa geçirilmesine gerek yoktur.*

*Dava konusu olayda, şirketin 31.12.2010 tarihli bilançosuna göre sermayesi 42.550.000 TL olup, bu sermaye dava konusu 30.01.2011 tarihli genel kurul ile 5.000.000. TL daha artırılarak 47.950.000 TL'na çıkarılmıştır. Şirketin ödenmemiş sermaye miktarı ise 40.830 TL dir. Bu durumda mahkemece şirketin ödenmemiş sermayesi bulunduğu halde yapılan sermaye artışı kararı mutlak butlanla malul olduğundan” Y.11. HD, E. 2013/13716, K. 2014/15737, T. 16.10.2014. (Kazancı İçtihat Bankası)*

<sup>26</sup> YHGK. E. 2013/11-1048,K. 2014/430, T. 2.4.2014. (Kazancı İçtihat Bankası)



*nedenle yerel mahkemenin kabulünün aksine, butlan halinin tespiti için dava açılmasının mümkün olduğunun kabul edilmesi gereklidir.*

*Bu itibarla, genel kurul kararının iptali istemi yanı sıra, yönetim kurulu kararının batıl olduğu yönünden de gerekli araştırma yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğinden, yerel mahkeme direnme hükmünün belirtilen bu ilave gerekçelerle bozulması gerekmiştir.”*

Kanaatimizce ticaret şirketleri özelinde anonim şirketlerde sermaye artırım kararları bakımından butlanın süresiz olarak ileri sürülebilmesi birçok açıdan sakıncalıdır<sup>27</sup>. Zira böylece ticaret hayatının güvenliği ve istikrarı tehlikeye düşmekle birlikte şirket, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından belirsizliklere gebe olan bir sürecin öne açılmış olmaktadır. Kaldı ki sermaye artırımının butlanının süresiz olarak ileri sürülebilmesi, anonim şirkette sermayenin belirli olması kuralıyla da bağdaşmaz<sup>28</sup>. Her ne kadar sermaye artırımına uzun süre sessiz kalıp sonradan dava açılması, genel bir prensip olan MK m.2 uyarınca dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde önlenebilirse de bu imkan tek başına yeterli olmayacaktır. Zira MK m.2 hükmü genel ve ucu açık olmakla birlikte sınırının tam olarak belirlenmesi de oldukça güçtür. Tabiri caizse bu süreçte genel sınırlama sebeplerinin yanında ticaret şirketlerine, hatta daha özelde anonim şirket sermaye artırım kararları bakımından uygulanacak, süresi belli ve net bir çerçeve ile çizilmiş özel sınırlama hükümlerine ihtiyaç bulunduğu gerçeği ortaya çıkmıştır.

### **3. TTK'YA GÖRE SERMAYE ARTIRIMI İLE KURULUŞ HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ**

Şirketin yetkili organları tarafından sermaye artırım kararının alınmasından itibaren bu kararın geçersizliğini ileri sürmek açısından önümüze iki farklı süreç çıkmaktadır. Bunlardan ilki, sermaye artırım kararının şirketin yetkili organlarınca alınmasında itibaren tescile kadar geçen süreç, ikincisi ise artırım kararının tescilinden sonraki süreçtir.

TTK m.456/3 hükmü uyarınca genel kurul veya yönetim kurulunun sermaye artırım kararı aldıkları tarihten itibaren üç ay içerisinde bu kararın tescil edilmesi gerekmektedir. Sermaye artırım kararı tescil

<sup>27</sup>Genel olarak anonim şirkette yönetim kurulu kararları bakımından butlanın süresiz olarak ileri sürülmesinin hukuk güvenliği açısından tehlike oluşturduğu hakkında bkz. ÜÇİŞİK, s.57 vd.

<sup>28</sup>SERDER YILMAZ, s.203.

edilmedikçe üçüncü kişiler bakımından herhangi bir sonuç doğurmaz. Tescil kurucu işleve sahiptir Üç aylık süre zarfında tescil gerçekleşmediğinde ilgili genel kurul veya yönetim kurulu kararı geçersiz hale gelir. Burada geçersizliğin türü belirtilmemişse de anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması ilkesini zedeleyecek kararların yaptırımını düzenleyen TTK m.447 ve m.391 uyarınca, sermaye artırımının tescil edilmediğinden bahisle geçersiz sayılmasını bir butlan hali olarak değerlendirmek gerekir<sup>29</sup>.

Tescil süresi dolmadan, sermaye artırım kararından itibaren bu üç aylık süreç içerisinde kararın geçersizliği bakımından iki alternatif bulunmaktadır. 6102 sayılı TTK'da genel kurul kararlarının butlanı ve iptali ile yönetim kurulu kararlarının butlanı düzenlenmiştir. Sermaye artırımının geçersizliği, genel kurul veya yönetim kurulunun bu yönde aldıkları karar tarihinden itibaren ilgili karar organına göre butlan veya iptal mekanizması işletilerek ileri sürülebilir. Ancak üç aylık süre içinde yetkili organın kararı tescil edilirse, tescil tarihinden itibaren sermaye artırım kararının geçersizliği ancak TTK m.353 uyarınca ileri sürülebilecektir.

#### **A. Sermaye Artırımında Butlan, İptal ve TTK m.353**

Sermaye artırım kararı bir esas sözleşme değişikliği olduğundan, ilk olarak bu yönde alınan ilgili genel kurul kararının butlanının tespiti istenebilir. Genel kurul tarafından verilen ve pay sahibinin genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran, anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararlar batıldır (TTK m.447).Kanunda sayılan bu haller sınırlayıcı nitelikte olmayıp örnek mahiyetindedir.

Sermaye artırım kararı bakımından genel kurulda toplantı ve/veya karar yeter sayılarına ulaşılmadan karar alınması, önceki sermaye henüz tamamen ödenmeden dış kaynaklardan sermaye artırımını yapılmasına karar verilmesi gibi durumlarda sermaye artırım kararının butlanı talep edilebilir. Ancak burada kilit nokta, butlanın tespitinin istenmesi

---

<sup>29</sup> KORKUT, Ömer: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği”, İÜHFİM, C. LXXI, S.2, 2013, s.276.

bakımından herhangi bir süre kısıtlamasının olup olmadığıdır. Butlan yaptırımı, doğası gereği her zaman ve herkes tarafından ileri sürülebilen bir yaptırım olmakla birlikte, sermaye artırımının butlanının süresiz olarak ileri sürülmesinin işlem güvenliği açısından doğuracağı riskler-yukarıda da belirtildiği üzere- doktrin ve mahkeme kararlarında yoğun bir şekilde işlenmiştir. Kanunda bir işlem hakkında butlan yaptırımının sonuçları ve süresi bakımından bir sınırlama getirilmediği müddetçe genel hükümlere bakılmalıdır. Diğer bir deyişle sermaye artırımını bakımından batıl olabilecek işlemlerin sonuçları ve süresi ile ilgili özel bir hüküm yoksa TTK m.447 ve gerekirse TBK m.27 hükümlerine gidilmelidir. Ancak artırım kararının butlanı MK. m.2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyecektir<sup>30</sup>.

Tescil ile hüküm doğuracak olan sermaye artırım kararı, karar tarihinden itibaren tescile kadar geçecek sürede askıda hükümsüzdür<sup>31</sup>. Kanaatimizce genel kurul kararlarının butlanı, sermaye artırım kararları bakımından ancak sınırlı bir biçimde ve kararın tesciline kadar geçecek olan bu askıda hükümsüzlük süresi zarfında gündeme gelebilir. Zira sermaye artırım kararlarını tescilden önce ve tescilden sonra olarak iki farklı dönemde inceleme zorunluluğu bizi bu sonuca götürmektedir. Sermaye artırım kararında tescilin kurucu işlem olması ve üç ay içerisinde tescil edilmeyen kararın geçersizlik yaptırımına maruz kalacağına bizzat kanunda (TTK m.456/3'de) geçmiş olduğu göz önüne alındığında tescilden önceki dönemde sermaye artırımının butlan yaptırımına maruz kalabileceği sonucu çıkmaktadır. Butlan kararı verildiğinde bu durumda, kurulduktan sonra tescil edilmeyen şirketin akıbeti ile ilgili TTK m.345/2 hükmü, tescil edilmeyen sermaye artırım kararına kıyasen uygulanacaktır (TTK m.456/3). İlgili hükme göre kurucuların anonim şirket kurma iradelerinin geçtiği esas sözleşmede, imzaların noterce onaylanmasından itibaren üç ay içinde şirket tüzel kişilik kazanamazsa, bu hususu doğrulayan bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, ödenen pay bedelleri sahiplerine geri verilir. Bu yöntem TTK m.456/3'ün yollamasıyla sermaye artırım kararlarının üç ay içinde tescil edilmemesi halinde de uygulanacaktır.

Sermaye artırım kararı tescil edildiğinde ise artık başka hükümler devreye girecektir. TTK m.456/4 hükmü uyarınca, tüm sermaye artırım

<sup>30</sup> MOROĞLU, Sermaye Artırımı (2015), s.302.

<sup>31</sup> MOROĞLU, Sermaye Artırımı (2015), s.303.

türlerine ilişkin olmak üzere kıyas yoluyla uygulanacak hükümler arasında, kuruluştaki fesih davasının yanı sıra TTK m.354-355’de geçen tescil-ilan ve tüzel kişilik kazanma halleri de sayılmıştır. Doktrinde TTK m.353’de öngörülen fesih davasını sermaye artırımının bir bütün olarak hükümsüzlüğünü doğuran düzenleme olarak savunan bir görüş bulunmakta ise de<sup>32</sup>, bizce geçersizlik türleri böyle bir ayırım yapılmasına gerek yoktur. Nitekim sermaye artırım kararının butlanı ve iptali halinde de sermaye artırımını bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmış olacaktır<sup>33</sup>. Dolayısıyla hukuki sonuçları aynı olan bu geçersizlik nedenlerinin birbiri karşısındaki durumu ve 6102 s. TTK ile getirilen TTK m.353’ün butlanı bertaraf etme olasılığı üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce kuruluştaki fesih davasının sermaye artırım türlerine uygulanmasının en önemli sebebi, butlanın sınırsız olarak ileri sürülebilmesini önlemektir. Zaten fesih, tescilin kurucu etkisi ve tüzel kişilik kazanma ile ilgili hükümler bütün olarak değerlendirildiğinde karşımıza tescilin her türlü sakatlığı onarıcı etkisi çıkmaktadır<sup>34</sup>. Nitekim kuruluştaki fesih davasını düzenleyen TTK m.353’ün ilk cümlesine göre “Anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemez.” Burada anonim şirketten kasıt, tescil edilerek tüzel kişilik kazanmış olan şirkettir. Sermaye artırımında da ilgili kuruluş hükümleri ve dolayısıyla tescilin sağlığa kavuşturucu etkisi geçerli olduğundan, tescil edilmiş bir sermaye artırım kararının bu andan itibaren butlanına veya yokluğuna karar verilemeyecektir.

Böylece sermaye artırım kararının butlanının belirli bir süreye bağlanması eleştirileri karşılığını bulmuştur. Butlan davasının açılması ancak sermaye artırım kararı ile tescil arasındaki süreçte yani en fazla üç aylık bir zaman diliminde ileri sürülebilecektir. Kanun koyucu her ne kadar bu konu hakkında net ifadeler kullanmamış olsa da, TTK m.353’de tescille ilgili somutlaşan temel ilke ve fesih kurumu bizi bu sonucu götürmektedir.

---

<sup>32</sup> KORKUT, s.283; MOROĞLU, Sermaye Artırımı (2015), s.308-309

<sup>33</sup> Nitekim TTK m.353’ü bir bütün olarak sermaye artırım işleminin geçersizliği sonucunu doğuran hüküm olarak tanımlayan KORKUT dahi, hukuki sonuçları bakımından genel kurul veya yönetim kurulu kararlarına açılacak olan iptal ve butlan davaları ile TTK m.353’de düzenlenen davanın bir farkı bulunmadığını belirtmiştir. Yazara göre davalar arasındaki fark; dava nedenleri ile dava açabilecek kişilerdir Bkz. KORKUT, s.283.

<sup>34</sup> TTK m.456’nın gerekçesinde de, dördüncü fıkra da TTK m.353-355’e yapılan atıflar sonucu fesih davası ile tescil ilkelerinin (Tescilin kurucu olması ile her türlü sakatlığı gidermesi ilkesi ) sermaye artırımlarına uygulanmasından bahsedilmiştir.

Sermaye artırımı kararının geçersizliği hallerinden bir diğeri ise konuyla ilgili alınan genel kurul kararının iptalidir. Kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açılabilir (TTK m.445). Genel kurul kararının iptalini talep edebilmek için kararın tescil ve ilan edilmesi gerekmez. Kayıtlı sermaye sistemi bakımından ise, genel kurul tarafından yetkilendirilmiş yönetim kurulunun çıkarılmış sermayeyi artırım kararına ilişkin kararının iptal edilebileceği ayrıca hüküm altına alınmıştır (TTK m.460/5). Zira yönetim kurulu kararlarının iptali kanunda yer almasa da sermaye artırımı bakımından istisnai bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu durumda karar tarihinden itibaren 1 aylık hak düşürücü süre öngörülmüştür.

Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna yetki verilerek sermaye artırımı bakımından esas sözleşmede belirtilen kayıtlı sermaye tavanına kadar sermaye artırımı yapabilmemesinin önü açılabilir. Şartları oluştuğundan yönetim kurulunun alacağı bu kararın da butlanı talep edilebilir. Kuruluş hükümleri ile ilişkisi açısından genel kurulun sermaye artırım kararlarının butlanı hakkında yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir<sup>35</sup>. Kayıtlı sermaye sistemini benimseyen şirketlerin yönetim kurulları tarafından verilen sermaye artırım kararları bakımından ise TTK m.460/5 hükmü<sup>36</sup> ile 6352 sayılı SerPK m.18/6<sup>37</sup> uyarınca bu kararların iptali istenebilecektir. İki hükmün de ortak özelliği bu davada genel kurul kararlarının iptali prosedürünün geçerli olmasıdır. Ayrıca

<sup>35</sup> Yönetim kurulu kararlarının butlanını talep edebilecek kişiler ile süre genel kurul kararlarının butlanı ile paralel olmakla birlikte, butlan sebepleri bakımından kanunda şu örnekler sayılmıştır: Yönetim kurulunun özellikle eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin, kararlar batıldır (TTK m.391).

<sup>36</sup> “Yönetim kurulu kararları aleyhine, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, 445 inci maddede öngörülen sebeplerin varlığı hâlinde kararın ilanı tarihinden itibaren bir ay içinde iptal davası açabilirler. Bu davaya 448 ilâ 451 inci maddeler kıyas yoluyla uygulanır.”

<sup>37</sup> “Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, 6102 sayılı Kanunun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler.”

TTK m.460/5 hükmü uyarınca her ne kadar yönetim kurulunun sermaye artırımı kararının iptali bakımından TTK m.445'e atıf yapılmış ise de, genel kurul kararlarının iptali için öngörülen üç aylık süre yerine, YK kararının ilanından itibaren bir ay içinde iptal davacı açılacağı belirtilmiştir.

GK ve YK'nın sermaye artırımı kararları bakımından açılabilen butlan ve iptal davaları ile TTK m.353'de düzenlenen fesih davasının hukuki sonuçları aynıdır<sup>38</sup>. Hatta kuruluştaki fesih davasının sermaye artırımına uygulanmasının, butlanın tespiti davasından farksız olduğu görüşü dahi ileri sürülmüştür<sup>39</sup>. Ancak belirttiğimiz üzere butlan ve iptal davasının açılma safhası ile fesih davasının açılma dönemi birbirinden farklıdır. Bunun dışında TTK m.353'e göre fesih davasının açılabilmesi için kanuna aykırı hareket edilmek suretiyle alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatinin önemli ölçüde tehlikeye düşürülmüş olması gerekir.

Sermaye artırımı kararının tescil edilmesinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içerisinde açılabilen fesih davası acele işlere ilişkin usule tabidir. Böyle bir davanın açılması halinde mahkeme tarafından kanuna aykırılıkların giderilmesi için süre verilebilir (TTK m.353/2-4).

### **B. Geçersizlik İsteminde Davacılar**

Sermaye artırımı kararının butlanı davaları bakımından davacı yönünden bir sınırlama bulunmamaktadır. Yani hukuken korunmaya değer bir menfaati olduğunu ispat eden herkes sermaye artırımının butlanını talep edebilir.

Genel Kurulun sermaye artırımı kararının iptalini isteyebilecekler 4 gruptur<sup>40</sup>:

- a) Toplantıda hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçiren,
- b) Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel

---

<sup>38</sup> KORKUT, s.283.

<sup>39</sup> BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013,s.454.

<sup>40</sup> İptal isteminde bulunabilecek davacılar bakımından geniş bilgi için bkz, MOROĞLU, Hükümsüzlük, s.253 vd.

kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri,

- c) Yönetim Kurulu,
- d) Kararların yerine getirilmesi, kişisel sorumluluğuna sebep olarsa yönetim kurulu üyelerinden her biri, iptal davası açabilir. (TTK m.446)

Kayıtlı sermaye sistemini tercih etmiş şirketlerde ise yönetim kurulunun sermaye artırım kararının iptali yönetim kurulu üyeleri veya pay sahipleri tarafından istenebilir (TTK m.460/5).

Sermaye artırım kararının TTK m.353 uyarınca feshinde ise, yönetim kurulu, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, ilgili alacaklı ile pay sahipleri dava açabilir.

### C. Süreler

Doktrinde bir görüşe göre sermaye artırımının butlanı, kuruluşta fesih davasına yapılan atıftan dolayı üç aylık bir süre ile sınırlı olarak ileri sürülebilir<sup>41</sup>. Bu görüşe göre üç aylık sürenin geçmesi halinde artık sermaye artırım kararının butlanı veya yokluğu ileri sürülemeyecektir. Diğer bir görüşe göre ise sermaye artırım kararının yokluğu ve butlanı herkes tarafından her zaman ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re'sen göz önüne alınmalıdır<sup>42</sup>.

Kanaatimizce sermaye artırımında butlanın tespiti davasında, butlanın mahiyeti gereği süre bakımından bir sınırlama bulunmamakla birlikte, TTK m.456/4'ün kuruluş hükümlerine yaptığı atıflara bakıldığında özel bir hükümle dolaylı yoldan süre sınırlaması yapıldığı sonucu çıkmaktadır. Buna göre sermaye artırım kararı üç ay içinde tescil edilmezse batıl bir karar haline gelebileceği gibi, şartları mevcutsa tescile kadar geçecek sürede ilgili kararın butlanı talep edilebilir<sup>43</sup>. Diğer bir

<sup>41</sup> KORKUT, Ömer: Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012, s.190; YÜCE, Aydın Alber: Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanının Tespiti Davası, İstanbul 2015, s.207-208; ALIŞKAN, s.176.

<sup>42</sup> MOROGLU, Erdoğan: Sermaye Artırımı, s.302.

<sup>43</sup> Böylece nitelikleri, şartları ve davacıları farklı olan sermaye artırım kararının butlanının tespiti davası ile TTK m.446'da düzenlenen sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının iptal davası, davaların açılabilmesi süre yönünden kesişmektedir. Nitekim her iki dava da artırım kararı tarihinden itibaren üç ay içerisinde açılabilir.

deyişle tescil edilen bir sermaye artırımı kararının butlanı TTK m.353 uyarınca artık talep edilemeyeceğinden, ancak tescile kadar geçen üç aylık zaman diliminde bu dava açılabilir.

Sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının iptali bakımında kanun koyucu karar tarihinden itibaren üç aylık bir süre öngörmüştür (TTK m.445/3). Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun aldığı sermaye artırımı kararı ise kararın ilan edilmesinden itibaren bir aylık hak düşürücü süreye bağlanmıştır (TTK m.460/5).

Sermaye artırımı kararına TTK m.353'ün uygulanmasında ise kararın tescil ve ilan edildiği tarihten itibaren üç aylık bir hak düşürücü süre içinde dava açılabilirliği öngörülmüştür.

### SONUÇ

eTTK döneminde kuruluş hükümlerinin düzenlendiği bölümde şirketin feshi davasının bulunmaması ve bunun yerine 'şirketin kurulmamış sayılması' hükmünün yer alması doktrinde eleştirilmekle birlikte, sermaye artırımı bakımından kuruluş hükümlerine yapılan yollama ise ağırlıklı olarak dava süresi bakımından değerlendirilmiştir. 6102 sayılı TTK döneminde ise doktrinde konuyla ilgili olarak TTK m.353 incelenirken genellikle süre ve davayı açabilecek kişiler bakımından farklılıklara değinilmiştir. Bunların yanında maddenin en temel farkı olan butlan/yokluk yerine fesih imkânının getirilmesi gözden kaçırılmamalıdır. Niteliği itibariyle bir işlem için fesih ve butlan yaptırımının aynı anda uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla tescilin her türlü sakatlığı onarılması ilkesinin benimsenmesi halinde, tescil edilen bir sermaye artırımı kararının artık butlanından söz edilemeyecektir.

Sermaye artırımı kararı ile sermaye artırımı işlemleri aynı şey olmasa dahi, tüm sermaye artırımı türlerine uygulanması zorunlu olan TTK m.353 hükmü, sermaye artırımı kararı da dâhil olmak üzere sermaye artırımına ilişkin işlemlerin tamamına uygulanabilir. Zira TTK m.456/4'de, TTK m.353 e yapılan atıf, sermaye artırımı işlemlerini bütünü bakımından geçerli olduğu için salt sermaye artırımı kararı bakımından evleviyetle uygulanmalıdır.

Doktrinde sermaye artırımı kararının tescilinden sonra butlanının belirli bir süreye bağlanmasını savunan görüşlerin geçerliliği ancak tescilin sağlığa kavuşturucu/onarıcı etkisinin kabul edilmemesi halinde gündeme gelebilir. Sermaye artırımı kararının butlanı, kararın



alınmasından itibaren tescile kadar geçen süre içerisinde talep edilebilir. Tescilden sonra butlan kararı istenemez. Bu durum tescilin sağlığa kavuşturucu etkisinin sonucudur. Nitekim TTK m.353'ün ilk cümlesi de bu ilkeyi doğrular niteliktedir. Dolayısıyla tescil edilen bir sermaye artırım kararının artık butlanından söz edilemeyecektir. Üç ay içinde tescil edilmeyen sermaye artırım kararı zaten kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir.

Tescil edilen sermaye artırım kararı, kanuna aykırı olması ve alacaklıların, pay sahiplerinin ya da kamunun menfaatini önemli bir şekilde tehlikeye düşürürse veya ihlal ederse TTK m.353 uyarınca sermaye artırım kararı ile birlikte yapılan tüm artırım işlemlerinin geçersizliği tescilden itibaren üç aylık süre içerisinde istenebilecektir.

Son olarak belirtmek isteriz ki, kanun koyucu sermaye artırımını bakımından geçersizlik hallerini daha net ifadelerle ve dolaylı yollara başvurmadan düzenlemediği takdirde bu konu hakkında tartışmalar devam edecektir. Nitekim her ne kadar kanunda tüm sermaye artırım türleri bakımından TTK m.353'e atıf yapılmış ise de, genel olarak genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının iptali ve butlanının düzenlendiği maddelerin TTK m.353 karşısında sermaye artırımına uygulanabilirliği imkânı hakkında 6102 sayılı TTK'da açık olmayan bir yaklaşım sergilenmiştir.

## KAYNAKÇA

- ALİŞKAN, Murat: Türk Ticaret Kanununa Göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Anonim Şirketleri Denetlemesi ve İlgili Fesih Davaları, İstanbul 2007.
- ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler I, İstanbul 1960.
- BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklık Ana sözleşmesi (Ana sözleşme), İstanbul 2001.
- BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Kayıtlı Sermaye Sistemi ve Sermaye Artırımı (Sermaye Artırımı), İstanbul 1996.
- BAHTİYAR, Mehmet: Anonim Ortaklıklar Hukuku (Anonim Ortaklıklar), İstanbul 2015.
- BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa 2013.
- DOMANIÇ, Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul 1978.
- ERİŞ, Gönen: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995.
- İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- KAYAR, İsmail: Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.
- KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2012.
- KORKUT, Ömer: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımının Geçersizliği", İÜHFMD C. LXXI, S.2, 2013.

- KORKUT, Ömer: Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana 2012.
- MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (Sermaye Artırımı 2015), İstanbul 2015.
- MOROĞLU, Erdoğan: Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Hükümsüzlük), 7.Baskı, İstanbul 2014.
- MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı (Sermaye Artırımı 1972), İstanbul 1972.
- ÖZKORKUT, Korkut: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın no:41, Ankara 1996.
- SERDER YILMAZ, Selen : “TTK’da Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımına İlişkin Genel Hükümler ve Kayıtlı Sermaye Sisteminde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1, 2013.
- ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2015.
- TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklıkta Sermaye Artırımının Yapılmamış Sayılması Davası Genel Kurul Kararının İptali Davasını Bertaraf Eder mi? İHFM. C.LIV, S.1-4, İstanbul 1994.
- TURANLI, Hüsnü: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2.
- ÜÇİŞİK, Güzin: “Türk Hukuku’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Sakatlığı Konusunda Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C.3,S.5, 2011.
- YÜCE, Aydın Alber: Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul 2015.

# ALMAN HUKUKUNDA VETERİNER HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

## THE OBLIGATION OF THE VETERINARIAN TO INFORM THE CUSTOMER IN THE GERMAN LEGAL SYSTEM

DOI: 10.21492/inuhfd.350456

Nurten İNCE\*

### Özet

Son yıllarda hayvan hakları hususunda gelişmeler yaşanmakta olup hayvanları koruyucu pek çok yasal düzenleme yapılmıştır. Alman hukukunda Avrupa Birliği yönergeleri doğrultusunda Hayvanları Koruma Kanunu'nda birçok değişiklikler yapılmış, Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesinde hayvanların eşya olmadıkları açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Federal Alman Anayasası'nın 20a. maddesinde hayvanların korunması gerekliliği belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemelerin dışında hayvanların daha fazla korunması için özel hukukta da veteriner hekimin sorumluluğu tartışılmaya başlanmıştır. İnsan tıbbında doktrin ve mahkeme kararları tarafından geliştirilmiş olup 2013 yılında Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenen hekimin aydınlatma, sır saklama ve arşivleme borcu gibi borçların bünyesine uygun düştüğü ölçüde hayvan tıbbında uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaya başlanmıştır. İnsan tıbbında hekimin sorumluluğuna dair geliştirilen tüm prensiplerin veteriner hekimin sorumluluğuna doğrudan uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu çalışmada veteriner hekimin aydınlatma borcu Alman hukukunda doktrindeki tartışmalar ve mahkeme kararları ışığında detaylı bir şekilde incelenecektir. Aydınlatma borcunun türleri, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ve şekli gibi hususlar açıklanarak bunların insan tedavisinden farklılıkları ve insan tıbbında geliştirilen prensiplerden ne kadar yararlanabileceği üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Hayvan hakları, aydınlatma borcu, aydınlatma zamanı ve şekli, hukuki sorumluluk

### Abstract

In recent years, the protection of animals has been an, intermittingly important issue and many animal welfare rules have been enshrined in the law. In German Law, there have been many changes in the Law on the Protection of Animals in line with the directives of the European Union and in the article 90a of the German Civil Code it is regulated that the animals are not things. In addition, in article 20a of the German Basic Law it is emphasized that animals must be protected. However, apart from these regulations, the legal liability of the veterinarian is also being discussed in private law in order to protect

---

\* Yrd. Doç. Dr. Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Anabilim Dalı Başkanı (nurten.ince@marmara.edu.tr)

the animals more. Meanwhile, there are discussions about whether the principles developed in the literature and court decisions and enshrined in the BGB in 2013, such as compulsory disclosure, documentation of treatment, can also be applied in veterinary medicine. It is accepted that not all of the principles have been developed in the area of the legal liability of the doctor in human medicine can be directly transferred to the legal liability of the veterinarian. In this study, it will examine in detail the veterinarian's obligations to provide information in the German legal system in the light of literature and court cases. The points, such as the nature, scope and form of the duty of the veterinarian will be examined and their differences on human medicine will be discussed.

**Keywords:** Animal right, obligations to inform, timing and nature of the elucidation, legal liability

## GİRİŞ

İnsan tıbbında hekimin aydınlatma borcu uzun bir süredir üzerinde tartışılan, mahkeme kararları tarafından kabul edilip<sup>1</sup>, ilkeleri geliştirilmiş bir alan olarak karşımıza çıkarken; veteriner hekimin sorumluluğu ve buna bağlı olarak aydınlatma borcu son yıllarda tartışılmaya başlanılan ve önemi artan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>2</sup>. Özellikle son yıllarda hayvanların da hakları olduğu, sadece bir eşya olmadığı ve korunması gerektiğine ilişkin gerek anayasal gerekse de kanunlarla birçok düzenlemenin yapılması beraberinde veterinerin özellikle özel hukuk ilişkisi açısından sorumluluğunun incelenmesi gerektiğini açıkça gözler önüne sermektedir<sup>3</sup>. Ancak hayvan hakları hususunda yapılan değişiklikler ve farkındalığa rağmen veterinerin hukuki sorumluluğu özellikle de aydınlatma yükümlülüğünün neredeyse hiç tartışılmadığı ortaya çıkmaktadır<sup>4</sup>. Bu nedenle bu çalışmada son derece az tartışılmış olunan veterinerin aydınlatma yükümlülüğü üzerinde durmayı uygun bulduk. Türk hukukunda hekimin aydınlatma yükümlülüğüne rağmen veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün neredeyse hiç tartışılmaması, Almanya'da ise konunun çok

---

<sup>1</sup> KATZENMEIER, Christian: *Arzthaftung*, Tübingen 2002, s.1 vd; BEPPEL, Anne: *Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung*, Universitätsverlag Göttingen 2007, s.21 vd.; FINK, Claudia: *Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker)* Stämpfli Verlag AG, Bern 2008, s.207; DWYER-HOLIGHAUS, Axel: *Die Aufklärungspflicht des Arztes in Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Italien*, Leipziger Uni-Vlg, Leipzig 2005, s.20 vd.

<sup>2</sup> BLECKWENN, Eike: *Die Haftung des Tierarztes im Zivilrecht*, Springer Heidelberg, New York Dordrecht London 2014, s.1 vd.

<sup>3</sup> BLECKWENN, s.9; SCHULZE, Ekkehard: *Die zivilrechtliche Haftung des Tierarztes*, Jur. Diss., Berlin 1991, s.8.

<sup>4</sup> BLECKWENN, s.259.

detaylı olmasa da doktrin ve mahkeme kararlarına konu olması nedeniyle bu çalışmada Alman hukukunda veterinerin aydınlatma yükümlülüğü detaylı bir şekilde incelenecektir.

## I. ALMAN HUKUKUNDA GENEL OLARAK HAYVAN HAKLARININ GELİŞİMİ

Roma hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da eşyalar ve insanlar arasında ayırım yapılmaktadır. İnsanlar hak ve fiil ehliyetine sahip olup kural olarak hukuki işlemler yapabilirler. Eşyalar; canlı/ cansız, taşınır/ taşınmaz gibi ayrımlara tabii tutulmakta olup hayvanlar canlı eşya kategorisindedir<sup>5</sup>. Böyle bir kabulün ise şüphesiz pratik yönleri bulunmaktadır; ancak böylelikle hayvanlar üzerinde mülkiyet ve zilyetlik iddiasında bulunulup hayvanlar tasarruf işlemlerine konu olabilirler. Söz konusu mülkiyet hakkı ve zilyetlik hayvan sahibinin malvarlığına dair olup bu kapsamda korunmaktadır. 1950’li yıllardan itibaren hayvanların da insan gibi yaratılan, acı çeken varlıklar olduğu kabul edilip zamanla toplumda hayvanların korunmasının gerektiğine dair bir bilinç gelişmiş ve bu bilinç mahkeme kararlarına da yansımıştır. Örneğin Almanya’da 1977 yılındaki bir mahkeme kararında hayvanların basit bir eşya olmadığı ve insan tıbbında meydana gelen gelişmelerin bünyesine uygun olduğu oranda hayvan tıbbına uygulanacağı açıkça belirtilmiştir<sup>6</sup>. Hayvan hakları hususunda zamanla daha fazla gelişmeler yaşanmış ve veterinerin sorumluluğu, aydınlatma yükümlülüğü tartışılıp insan tıbbına dair geliştirilen ilkelerin bünyesine uygun düştüğü ölçüde veterinerin sorumluluğuna da uygulanması gerektiği belirtilmiştir<sup>7</sup>. Doktrin ve mahkeme kararlarında meydana gelen bu değişimler yasama çalışmalarına yansımış, hayvanları korumaya yönelik çıkartılan koruma kanunlarının yanı sıra gerek Alman Medeni Kanunu’nda gerekse Federal Alman Anayasası’nda hayvan haklarına yönelik olumlu değişiklikler yapılmıştır.

### A. Alman Medeni Kanunu’nun 90a Maddesi

1990 yılında Alman Medeni Kanunu’na 90a maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre hayvanlar eşya değildir ve hayvanlar özel kanunlarla korunacaktır. Eşyalara ilişkin hükümler ise hayvanlar için özel düzenlemenin olmadığı durumlarda uygulama alanı bulacaktır. Kanun koyucu bu

<sup>5</sup> LORZ, Albert: “Tier = Sache?”, MDR 1989, s.202; VON LOEPER, Eisenhart/REYER, Wasmüt: “Das Tier und sein rechtlicher Status”, ZRP 1984, s.206; BLECKWENN, s.16.

<sup>6</sup> BGH, NJW 1977, s.1102 vd; BLECKWENN, s.9; SCHULZE, s.8.

<sup>7</sup> KATZENMEIER, s.416; BLECKWENN, s.14.

maddede hayvan ile eşyayı eş tutmadığını, hayvanların sadece kullanılan ve tüketilen birer varlık olmadıklarını açık bir şekilde belirtmiştir<sup>8</sup>. Hayvanlar; insanlar gibi yaşayan, insanların eş yaratılışı olan ve acı çeken varlıklar olarak görülmüştür. Dolayısıyla bu düzenleme ile klasik olarak insan ve eşya ayrımından vazgeçildiği ve hayvanların *sui generis* (kendine özgü) birer varlık olarak düzenlendikleri görülecektir<sup>9</sup>. Bu madde hayvanlardan bahsettiği için hayvan parçaları -örneğin yumurtası- bu madde kapsamına girmemektedir<sup>10</sup>.

Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesi hayvanları eşyayla eş tutmamaktadır ancak bu yeni düzenlemede hayvanlarla insanlar da eş tutulmamıştır; zira insanlar mantık sahibi olan varlıklar olup hukuki işlemlerin öznesidirler. Ayrıca insan onuru ve insan yaşamı son derece özel bir konumda olup anayasalar tarafından korunması gereken ilk ve en önemli değer olarak görülmektedir. Aslında Roma hukukundan bu yana hakkın konusu ve öznesi olarak yapılan ayırımı hayvanlar hakkın konusu olarak görülmektedir ve yapılan bu değişiklikler söz konusu bu ayırımı ortadan kaldırmamıştır<sup>11</sup>. Gelecekte de hayvanlar, üzerinde mülkiyet ve zilyetlik iddiasında bulunulabilen ve tasarruf işlemlerine konu olan canlı varlıklar olmaya devam edeceklerdir.

Doktrinde Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesini olumlu bulan görüşler olduğu gibi, bunları olumsuz bulan ve eleştiren görüşler de bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesini eleştiren görüşlere göre, bu madde hayvanların korunmasına ilişkin bir çağrıda bulunmuştur, oysaki böyle bir çağrının özel kanunlarda yani Alman Medeni Kanunu'nda yer almasına gerek olmadığı belirtilmiştir<sup>12</sup>. Yani hayvanları koruma amacı için böyle bir düzenlemenin yapılmasına gerek olmadığı savunulmuştur. Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesi incelendiğinde bunun, içeriği şişirilmiş, vitrin, süslenmiş bir madde olduğu belirtilmiş-

---

<sup>8</sup> STRESEMANN, in MüKoBGB, 7. Auflage. 2015, BGB § 90a Nr.2

<sup>9</sup> STRESEMANN, § 90a BGB, Nr.3.

<sup>10</sup> STRESEMANN, § 90a BGB, Nr.4.

<sup>11</sup> BLECKWENN, s.16; KRIJNE; Christian: "Tiere ohne Rechte und Menschen mit Pflichten," Tier ohne Recht Jan v. Joerden Bodo Busch (Hrsg.) Springer Verlag, Berlin u.a. 1999, s.95.

<sup>12</sup> STRESEMANN, § 90a BGB, Nr.5; LORZ, Albert: "Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht", MDR 1990, s.1059.

tir<sup>13</sup>. Zira bu maddenin insanlara; hayvanları etik olarak koruyun çağrısından öteye gidemediği ve kendisiyle çelişen bir madde olduğu savunulmuştur<sup>14</sup>. *Hayvanlar eşya değildir* belirlemesinin hemen ardından aynı maddede eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanacağına kaleme alınmasının doğru olmadığı ve bunun bu madde içerisindeki çelişkiyi gözler önüne serdiği savunulmaktadır<sup>15</sup>.

Ancak Alman Medeni Kanunu'nun 90a hükmünü doğru bulan görüşler de vardır<sup>16</sup>. Bu görüş taraftarlarına göre hayvanların özel korunmaya değer bir varlık olduğu, sadece mal varlığı olmadığı belirtilmesi son derece önemlidir. Bu maddenin hayvan haklarını koruyan, geliştiren bir düzenleme olduğu kabul edilmiştir<sup>17</sup>.

### **B. Federal Alman Anayasası'nın 20a Maddesi**

2002 yılında Federal Alman Anayasası'na 20a maddesi eklenerek hayvanların korunması gerekliliği belirtilmiştir. Bu maddeye göre hayvanlar, insanlar gibi yaratılmış varlıklar olup insanlar; hayvanları, hayvanların yaşam alanlarını ve onları acıdan korumakla mükellefler. Bu maddenin Federal Alman Anayasası'na konulması devlet tarafından hayvanların korunmasının gerektiğini göstermek açısından son derece önemli olarak addedilmiştir<sup>18</sup>. Ancak bu maddenin devlete ödev yükleyen bir madde olduğu<sup>19</sup>, dolayısıyla insanın temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen maddelerden daha farklı olduğu doktrinde kabul edilmiştir. Bu maddeyle özellikle kanun koyucuya hayvan haklarını koruyan kanunların yapılması

<sup>13</sup> BRAUN, Johann: "Symbolische Gesetzgebung und Folgelast .—Erfahrungen im Umgang mit § 90a BGB in einer Examensklausur", JuS 1992, s.758; GRUNSKY, Wolfgang: "Sache. Tiere – Bemerkung zu einem Gesetzentwurf", in Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag: Töpfer, Bernhard. (Hrsg.), Beck Verlag, München 1990, s.94; BAUR; Jürgen F/STÜRNER, Rolf: Sachenrecht, Verlag C. H. Beck 18. Auflage, 2009, § 3A I Nr.4.

<sup>14</sup> RING, AnwK-BGB, § 90a Nr.5; DÖRNER, Heinrich: HK-BGB, 5. Auflage 2007, § 90a Nr.1; MANSEL, Heinz Peter: Jauerning BGB, 16 Auflage, C.H. Beck München 2015, §90a BGB Nr.1

<sup>15</sup> BRAUN, Jus 1992, s.759 vd. fıkralar arasındaki çelişkinin getirdiği sorunları da yazar detaylıca açıklamıştır.

<sup>16</sup> BLECKWENN, s.19.

<sup>17</sup> BLECKWENN, s.19.

<sup>18</sup> KÜPPER, Georg: Recht und Ethik im Umwelt und Tierschutz, Nomos Verlag Gesellschaft, Baden-Baden 1. Auflage, 2002, s.13.

<sup>19</sup> KLOEPFER, Michael/ROSSI, Matthias: "Tierschutz in das Grundgesetz?", JZ 1998, s.375.

ödevinin yüklendiği belirtilmiştir<sup>20</sup>. İnsan yaşamı ve insan onurunun Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinde düzenlenmiş olması, insanın hala hukuki işlemlerin ve hakların öznesi olarak değerlendirilmesi karşısında hayvanları koruyan bu maddenin hayvanlara direk hak sunmadığı kabul edilmiştir<sup>21</sup>. Dolayısıyla bu maddenin temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer maddelerle -örneğin dini inançtan ötürü İslami usule göre kurban kesilmesi- çatışması durumunda önceliğinin olmayacağı belirtilmiştir<sup>22</sup>. Doktrinde insan onuru ve insan yaşamının kutsallığı karşısında tam olarak değişmeyen bir anlayış olarak hayvanların ekonomik değeri, özellikle de mülkiyete konu olmaları gerçekliği karşısında bu maddenin tam olarak hayvanlara bağımsız anayasal bir koruma sağlamadığı belirtilmektedir<sup>23</sup>. Bu nedenle hayvan haklarının daha fazla korunması için veteriner hekim gibi hayvanlarla ilgilenmesi gereken meslek gruplarının hiç değilse sözleşmeyle veya sözleşme dışı sorumluluklarının araştırılması, aydınlatma yükümlülüğü gibi değişik borçlarının incelenerek hayvanların bu şekilde koruma altına alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

İnsanı konu alan tıbbi müdahalelerde insanın kendi kaderini belirleme hakkı (Selbstbestimmungsrecht), vücudu üzerinde karar verme hakkına tanınan bir önceliktir. Hekimin sorumlulukları son yıllarda çok tartışılıp bu hususta özellikle de Federal Alman Anayasası'nın 2. maddesiyle bağlantılı olarak sorunlara çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Hayvanların karar verme, düşünme yetisinin olmadığından yola çıkılarak 20a maddesinin ne direk bir koruma sağlayacağı ne de insan tıbbında meydana gelen

<sup>20</sup> KLOEPFER/ROSSI, JZ 1998, s.375.

<sup>21</sup> GÄRDITZ, Klaus Ferdinand: "Invasive Tierversuche" in Wissenschaft und Ethik, Wolfgang Löwer und Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.) Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2002, s.102 vd PRÖBSTL, Katja: Das Recht der Tierversuche unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben, Springer Verlag, Berlin 2016 s.18; SPRANGER; Tade Matthias: "Auswirkungen einer Staatszielbestimmungen "Tierschutz" auf die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit", ZRP 2000, s.288. Aksi Görüş için WESTERMAYER, Isabel: Die Patentierung gentechnisch veränderter Tiere im Hinblick auf die Schranke der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten -eine Analyse unter Berücksichtigung der Rechtslage in Frankreich und Großbritannien, Logos Verlag, Berlin 2012, s.154.

<sup>22</sup> Bilimsel araştırma özgürlüğü için PRÖBSTL, s.22.

<sup>23</sup> KLOEPFER/ROSSI, JZ 1998, s.378.



değişikliklerin hayvan tıbbına direk uygulanacağı kabul görmüştür<sup>24</sup>. Doktrinde Federal Alman Anayasası'ndaki 20a maddesinin hayvan hakları konusunda ve hayvanların yeri ve değeri konusunda gerçek anlamda bir değişiklik yaratmadığı belirtilmiştir<sup>25</sup>. Hayvanların eşya olmadığı ve insanlarla eş yaratılıştaki olduğunun kabulünün problemleri sona erdirmeyeceği, bu nedenle insanların hayvanların vasisi olarak düzenlenmesi<sup>26</sup> gerektiğinden bahsedilmektedir<sup>27</sup>.

### **C. Hayvan Haklarını Koruma Kanunu ve Bu Kanunun Özel Hukuk Alanına Etkisi**

Alman hukukunda Avrupa Birliği'nin hayvan haklarının korunmasına yönelik yönergelerinin<sup>28</sup> dikkate alınmasıyla değişikliklere uğramış, son değişikliği 29.03.2017 yılında yapılmış olan Hayvanları Koruma Kanunu mevcuttur<sup>29</sup>. Bu kanunun amacı hayvanları insanlarla eş yaratılıştaki (Mitgeschöpfung) görüp, insanların haklı bir sebep olmadan hayvanlara zarar vermelerini engellemektedir<sup>30</sup>. Kanunda hayvanlara sebepsiz yere acı ve zarar verilmeyeceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Hayvanları Koruma Kanunu daha çok idare ve ceza hukuku yönü olan bir kanun olsa da, bu kanunun hayvanları konu alan özel hukuk işlemlerine de etkisi olacağı kabul edilmektedir. O halde veteriner hekimin tedavi amaçlı yaptığı müdahale bu kanun kapsamında hayvana verilen bir acı olarak değerlendirilmeyecektir, zira haklı bir sebep bulunmaktadır. Ancak veterinerin sırf alacağı ücreti düşünerek, hayvanın acı çektiğini ve tedavinin bir sonuç getirmeyeceğini saklaması, bu acılara göz yumması özel hukuktaki sorumluluğunun (örneğin sözleşmesel) dışında bu kanunun da uygulama alanına girecektir. Yine özel hukukta bulunan hapis hakkının Hayvanları Koruma Kanunu nedeniyle veteriner tarafından uygulanması söz konusu

<sup>24</sup> BEMMANN, Kai: Aufklärungspflicht in der Veterinärmedizin im Vergleich zur Humanmedizin in Leipziger Blauhefte Hrsg. Ingrid Vervuert u.a. Leipziger Universitätsverlag, s.12.

<sup>25</sup> KLOEPFER/ROSSI, JZ 1998, s.378.

<sup>26</sup> GRUBER, Malte: Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben, Jur. Diss., Baden-Baden 2006, s.167; VON LOEPER, Eisenhart/REYER, Wasmut: "Das Tier und sein rechtlicher Status", ZRP 1984, 208.

<sup>27</sup> HERZBERG, Guntolf: "Gerechtigkeit für Tiere" in Tiere ohne Rechte, Jan C. Joerden Bodo Busch (Hrsg.) Springer Verlag, Berlin u. a. 1999, s.33.

<sup>28</sup> Avrupa Birliği Yönergeleri Hakkında bkz detaylıca PRÖBSTL, s.37-62.

<sup>29</sup> WESTERMAYER, s.156 vd.

<sup>30</sup> GÄRDITZ, s.99 vd.

olamaz<sup>31</sup>. Veteriner muayene ücretini ödemeyen hayvan sahibine karşı hapis hakkını kullanıp, hayvanı iadede kaçınmaz<sup>32</sup>.

## II. ALMAN HUKUKUNDA VETERİNER HEKİMİN SORUMLULUK KAYNAKLARI

Alman hukukunda veteriner hekimin culpa in contrahendo, sözleşmeden, haksız fiilden ya da vekâletsiz iş görmeden dolayı sorumluluğunun doğabileceği belirtilmektedir. Ancak konumuz açısından önemli olan aydınlatma yükümlülüğü daha çok sözleşmesel sorumluluk kapsamında gündeme gelecektir.

### A. Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluk

Veteriner hekimle sözleşmeyi akdeden taraf çoğunlukla hayvan sahibidir. Zilyet olan ya da hayvan sahibinin temsilcisiyle de bu sözleşmenin yapılması mümkündür. Bu sözleşmeyle veteriner hekim gerekli teşhisi koyma ve konulan teşhise en uygun olan tedaviyi seçip uygulamayı; sözleşmenin diğer tarafıysa ücret üçüncü bir kişi tarafından ödenmeyecekse ücreti ödemeyi borçlanmaktadır. Veteriner hekimle yapılan bu sözleşmenin insan muayenesine konu olan sözleşmelerde olduğu gibi hukuki niteliği (hizmet sözleşmesi mi yoksa eser sözleşmesi mi<sup>33</sup>) son derece tartış-

<sup>31</sup> BLECKWENN, s.172.

<sup>32</sup> BLECKWENN, s.173.

<sup>33</sup> Alman hukukunda vekâlet sözleşmesi Roma hukukunda olduğu gibi rızai bir sözleşme olup ücretli olmadığı için bu tür sözleşmelerin İsviçre-Türk hukukunun aksine vekâlet sözleşmesi olmasından ziyade bunun hizmet sözleşmesi olacağı savunulmuştur. Hekimin yaptığı sözleşmenin iş görme sözleşmelerinden biri olan hizmet mi (Alman Medeni Kanunu madde 611 ve devamı) yoksa eser sözleşmesi mi (Alman Medeni Kanunu madde 631 ve devamı) tartışmaları yapılmakta olup doktrinde ağırlık görüş ve mahkeme kararları tarafından bu sözleşmenin iş görme sözleşmelerinden biri olan hizmet sözleşmesi şeklinde olduğudur. Vekâlet sözleşmesini düzenleyen Alman Medeni Kanunu'nun 662. maddesinde bu sözleşmenin ücretsiz (unentgeltlich) olduğuna vurgu yapılmıştır. Ayrıca Alman hukukunda sırf güzelleştirme amaçlı operasyonlarda bile bu sözleşmenin eser sözleşmesi olmadığı yine hizmet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Doktrin ve mahkeme kararlarındaki gelişmelere paralel olarak 2013 yılında Alman Medeni Kanunu'na eklenen tedavi sözleşmesi başlığını taşıyan 630a maddesi de hemen hizmet sözleşmesinden sonra kanuna eklenmiştir. Ayrıca Alman Medeni Kanunu'nun 630a maddesinin gerekçesinde de kanun koyucu sırf güzelleştirme amaçlı operasyonların da (röntgen çekimi gibi hususlar hariç) hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir. Hemen belirtelim ki hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesi birbirinden farklıdır. İş sözleşmesinde işçi, işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak işi yerine getirmek zorundayken; hizmet sözleşmesinden hizmeti borçlanan taraf belirli bir ücret karşılığında sadece işi özenle yerine getirmeyi borçlanmaktadır. Hizmet sözleşmesiyle eser sözleşmesi arasındaki en önemli fark ise sonu-

malıdır. Vekâlet sözleşmesi Alman Medeni Kanunu'nun 662. maddesi uyarınca ücretsiz olup bu nedenle hekimin yaptığı sözleşme vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmemiştir. Alman doktrininde ağırlıklı olan görüş ve mahkeme kararları bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır<sup>34</sup>. Zira eser sözleşmesiyle hizmet sözleşmesi arasındaki en önemli fark sonucun taahhüt edilip edilmemesidir (Erfolgsversprechen). Tıpta ve teknolojiye gelişmeler yaşansa da veterinerin sonucu taahhüt edecek bir durumda olmadığı belirtilmektedir<sup>35</sup>. Zira hastalığın tedavisi, öngörülmesi mümkün olmayan olasılıklara bağlıdır. Bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda veterinerin özenli olarak tüm tedavileri yaptığı halde sonuca ulaşamaması durumunda ücret almaya hak kazanamayacağı, başka bir anlatımla sözleşmedeki tüm riskleri veteriner hekimin taşımak zorunda kalacağı belirtilmiştir<sup>36</sup>. Bunun ise hakkaniyetle bağdaşmayacağı; bu nedenle veterinerin hayvanı özenli, gereği gibi muayene etmesi durumunda ücrete hak kazanacağı

cun taahhüt edilip edilmemesi noktasında yatmaktadır. Sonucun borçlanılması durumunda ortada bir eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise bu sözleşmenin eser sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu tartışılacaktır. Bkz. LORZ, s.93; BLECKWENN, s.33.

<sup>34</sup> OLG Saarbrücken JuS 1990, s.300 vd; OLG Frankfurt, NJW-RR 199 , s.476; BGH, NJW 1977, s.102 vd; SCHULZE, s.10 vd; FABER, Cornelia: Ökonomische Analyse der ärztlichen Aufklärungspflicht, Peterlang Verlag, Frankfurt am Main Berlin 2004 s.15 vd; KERN, Bernd-Rüdiger/ LAUFS, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 1983, s.154; ALTHAUS, Jürgen/GENN, Hermann Josef: Die Kaufuntersuchung des Pferdes – Medizinisch und juristischer Leitfaden, Hannover 2011, s.10 vd; BLECKWENN, s.34; İsviçre Hukuku için FINK, s.12 vd; GOETSCHEL, Antoine/BOLLIGER, Gieri: Das Tier im Recht 99 Facetten der Mensch-Tier Beziehung von A bis Z, Zürich: Orell Füssli, 2003, s.185; KINZLER, Juliane: Haftpflichtfälle in der Tierärztlichen praxis Sofortdruck- Center Blasaditsch GmbH § Co KG Augsburg 1981 München, s.35; SPICKHOFF, Andreas: "Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus", VersR 2013, s.268 vd; SCHNEIDER, Angie: "Der Behandlungsvertrag" Jus 2013, s.104; KATZENMEIR, Christian: "Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus in BGB", NJW 2013, s.818.

<sup>35</sup> İnsan tıbbı için: PRÜTTING Jens: "Qualifikation wunschmedizinischer Maßnahmen – Vertragsrecht" MedR 2011, s.276; KERN, Bernd-Rüdiger/RICHTER Isabell: "Haftung für den Erfolgseintritt – Die garantierte ärztliche Leistung", in die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin Albrecht Wienke Wolfram H. Eberbach, Hans-Jürgen Kramer, Kathrin Janke (Hrsg), s.139 vd; LORZ, Sigrid: Arzthaftung bei Schönheitsoperationen Duncker & Humblot Berlin, 2007, s.74.

<sup>36</sup> BLECKWENN, s.34.

belirtilmektedir. Ancak Alman hukukunda sözleşme özgürlüğü olduğu için tarafların dilerse sözleşmenin niteliğini değiştirebileceğini, veterinerin sonucu borçlanabileceği ve bu durumlarda eser sözleşmesinden bahsedileceği belirtilmiştir<sup>37</sup>. Alman hukukunda mahkeme kararları incelendiğinde nadir de olsa mahkemelerin bazı kararlarında hayvan ameliyatlarının eser sözleşmesi olarak nitelendirildiği görülmektedir<sup>38</sup>. Ancak bu kararların Alman Yargıtayı'nın (BGH) insan tıbbına dair geliştirmiş olduğu ilkelere aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. İnsan muayenesini konu alan uyuşmazlıklarda örneğin diş yapımı, kısırlaştırma gibi tıbbi müdahalelerde sözleşmenin eser sözleşmesi değil; hizmet sözleşmesi olarak adlandırılması gerektiği kabul edilmiştir<sup>39</sup>. Hatta güzelleştirme amaçlı olarak yapılan tıbbi operasyonların bile eser sözleşmesinden ziyade hizmet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir<sup>40</sup>. O halde organizmaları insanlardan çok farklı olmayan, hatta eş yaratılış olarak değerlendirilen hayvanların muayenesini konu alan ameliyatlar dâhil veterinerin bilgi ve becerisi dışındaki faktörlerin çok etkili olacağı, böyle müdahalelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmeyeceği savunulmaktadır<sup>41</sup>. Ancak özellikle hayvan satışlarında bilirkişi raporunun hazırlanması; hayvanın muayene edilerek varsa hastalıklarının, yaşının, yarış atı olup olmadığı gibi bazı hususların tespit edilmesini içeren raporda veterinerin tedavide bulunmadığı bu nedenle kendi egemenlik alanı dışında bir riskle karşılaşmayacağı savunulmuştur<sup>42</sup>. Bu tip sözleşmelerde veterinerin sonuç borçlandığı ve bunların eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir<sup>43</sup>.

Alman hukukunda 2013 yılında yapılan değişikliklerle Alman Medeni Kanunu'na 630a-630h maddeleri eklenmiştir. *İşgörme (Hizmet) Sözleşmesi ve Benzeri Sözleşmeler* üst başlığını taşıyan 630a tedavi sözleşmesini düzenlemektedir. Bu madde ve gerekçesi incelendiğinde tedavi sözleşme-

<sup>37</sup> BLECKWENN, s.35; LORZ, s.72.

<sup>38</sup> OLG Karlsruhe VersR 1982, s.707; LG Hamburg, VersR 1986, s.174.

<sup>39</sup> BGH NJW 1975, s.305; OLG Koblenz, NJOZ 2012, 853; STRÖFER, Joachim: "Beratungspflicht" und Haftung beim Sterilisationsvertrag „neue“ Wege im Arzthaftungsrecht?" VersR 1981, s.804.

<sup>40</sup> LORZ, s.78 vd.

<sup>41</sup> BLECKWENN, s.35 insan tıbbi için: DYWER-HOLIGHAUS, s.57.

<sup>42</sup> BLECKWENN, s.37; FINK, s.13.

<sup>43</sup> BLECKWENN, s.37. FABER, s.16; FINK, s.13 ve 14; GOETSCHEL/BOLLIGER, s.186.

sinin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu kabul edilmektedir<sup>44</sup>. Dolayısıyla hayvan tıbbını konu alan bu sözleşmenin de aslında hizmet sözleşmesinin bir türü olan tedavi sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi doğru olacaktır.

Ayrıca veterinerin sözleşme görüşmelerinden önce kusurlu olarak sözleşme tarafının zarar görmesine sebebiyet vermesi -örneğin hayvanın herhangi bir tıbbi müdahaleye gerek olmadığını söyleyerek sözleşme tarafını oyalaması- gibi durumlarda *culpa in contrahendo* sorumluluğundan bahsetmek mümkündür. Veteriner hekimle ne zaman sözleşmenin kurulmuş olacağına kabulüne göre bu sorumluluk genişletilip daraltılabilir. Sözleşme tarafının aydınlatılmasından sonra tedaviye rıza vermesi halinde aydınlatma yükümlülüğü *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamına değerlendirilecekken, hayvan sahibiyile veterinerin görüşmesi esnasında genel bir tedavi sözleşmesinin kurulduğu ve aydınlatma yükümlülüğünün bu sözleşmesel ilişkiden doğan bir borç olduğunun savunulması da mümkündür. Kanımızca veteriner hekimle sözleşme tarafı arasında genel bir sözleşme (Grundvertrag) olup veterinerin en temel borcu sözleşme tarafının aydınlatılmasıdır. Sözleşme tarafının da aydınlatılması sonucunda belli bir tıbbi müdahaleye rıza göstererek tarafların hak ve borçlarının ilerletilebileceği gibi dilerse aydınlatılmadan sonra sözleşmeyi genişletmeyeceğinin kabulü isabetli olacaktır.

### **B. Veteriner Hekimin Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu**

Veteriner hekimin hayvana müdahalesinde haksız fiilden dolayı sorumluluğu gündeme gelebilir. Taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin olmaması -sözleşmenin imkânsızlık, ahlâka aykırılık, şekle aykırılık, tarafların birinin ehliyetsizliği nedeniyle hükümsüz olması- durumunda haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir<sup>45</sup>. Örneğin sözleşme yapma kapsamında verilen rızanın geçerli olamaması, hayvan sahibinin muayenehanede bulunan başka bir hekimle sözleşmeyi yapmasına rağmen sözleşmenin tarafı olmayan başka bir veterinerin hayvana müdahalede bulunması haksız fiil kapsamında değerlendirilir. Ayrıca sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir davranış aynı zamanda haksız fiil de olabilmektedir. Böyle durumlarda haksız fiille sözleşmeden doğan taleplerin birbiriyle yarışacağı ama söz-

<sup>44</sup> KATZENMEIER, NJW 2013, s.817.

<sup>45</sup> KATZENMEIER, NJW 2013, s.822; BLECKWENN, s.103 vd. Türk hukuku için bkz. EROL SARIYEV, Ayşe: “Veterinerin Sözleşme Dışı Sorumluluğu”, TBB Dergisi 2016 (127), s.273.

leşmenin daha avantajlı olması nedeniyle davacının sözleşmeden kaynaklanan taleplerini ileri süreceği bilinmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin birinci fıkrasına göre “*Her kim hukuka aykırı olarak bir başkasının yaşamına, vücut bütünlüğüne, özgürlüğüne, mülkiyetine ya da diğer haklarına zarar verirse bundan doğacak zararları karşılamakla yükümlüdür*”. Veterinerin müdahalesi Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesi kapsamında dikkate alındığında hayvanlar eşya olmasalar bile hak sahibi olmamalarından dolayı haksız fiilin yaşam, vücut bütünlüğünün bozulması ve kişilik haklarının zedelenmesi kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir<sup>46</sup>. Başka bir anlatımla hayvanlar, hakkın konusu oldukları için veterinerin yaptığı müdahale 823. madde kapsamında mülkiyet hakkı ve diğer haklar kapsamında bir değerlendirilmeye tabii tutulacaktır<sup>47</sup>. Hayvana yapılan müdahalenin hukuka aykırı olması durumunda özellikle hayvan sahibinin mülkiyeti ve ekonomik karar verme özgürlüğünün zedelenmesi kabul edilmektedir. Hayvan üzerindeki zilyetliğin zedelenmesi veya hayvan sahibinin hayvanlarla uğraşısının ticari bir yönü varsa hayvan sahibinin işletmesinin zarara uğratıldığı belirtilmektedir<sup>48</sup>. Örneğin bir hayvana yüksek dozda ilaçların verilmesi durumunda hayvan sahibinin Alman Medeni Kanunu'nun 903. maddesi kapsamında mülkiyet hakkının kendisine tanıdığı kullanma ve yararlanmanın hatta tasarruf etme yetkilerinin zedeleneceği belirtilmektedir.

Konumuz açısından ilginç olan husus ise aydınlatma yükümlülüğünün haksız fiil sorumluluğu kapsamında da gündeme gelip gelmeyeceğidir. İnsan muayenesini konu alan durumlarda hastanın yeterince aydınlatılmış olmaması durumunda kişilik hakkının zedeleneceği ve kendi kaderini belirleyemeyeceği bu nedenle de haksız fiil sorumluluğunun ve kapsamının tespit edilmesinde aydınlatma yükümlülüğünün son derece önemli olduğu kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Hayvan tedavisinde aydınlatma yükümlülüğünün haksız fiil kapsamında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda tartışmalar vardır. Doktrinde bir görüş veterinerin haksız fiil kapsamında aydınlatma yükümlülüğünün olmadığını savunmaktadır<sup>50</sup>. Ancak doktrin-

<sup>46</sup> BLECKWENN, s.112.

<sup>47</sup> BLECKWENN, s.106 vd.

<sup>48</sup> BLECKWENN, s.113 vd.

<sup>49</sup> BLECKWENN, s.123-154.

<sup>50</sup> BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Aufklärungspflicht“ AUR 2004, s.107, KG, NJOZ 2005, s.4632.

de karşı görüşün de isabetle belirttiği gibi böyle bir kabulleniş 823. maddenin koruduğu hak ve menfaatlara aykırılık teşkil eder. 823. madde kişilik, sağlık gibi hususları dışında hayvan sahibinin mülkiyetini ve ekonomik olarak karar verme hakkını da korumaktadır<sup>51</sup>. Ancak burada korunması gereken hukuki menfaatin hayvan sahibinin mülkiyet hakkı ve kullanımını olduğu için insan tedavisi ile karşılaştırıldığında aydınlatma yükümlülüğünün daha az değeri olduğu belirtilmektedir<sup>52</sup>.

Veterinerin sorumluluğu için hukuka aykırı bir davranışı gerekir ve bu davranış ise yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Ayrıca davranış ile korunan menfaatte meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı olmalıdır. Hekimin sadece özel hukuk normlarına aykırı davranışı değil, Ceza Kanunu, Hayvan Haklarını Koruma Kanunu, Gübreleme Kanunu gibi kanunlara aykırılık teşkil eden davranışı da haksız fiil kapsamında değerlendirilecektir<sup>53</sup>.

Koşullar gerçekleştirildiğinde veteriner hekimin kusursuz sorumluluğu da gündeme gelebilir<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> BLECKWENN, s.118 vd.

<sup>52</sup> LG Oldenburg, NJW 1978, s.594; BGH, NJW 1982, s.1905; OLG Düsseldorf, VersR 1986, s.61; OLG Celle, VersR 1989, s.640; OLG München, VersR 2005, s.1546; TAU-PITZ, Jochen: “Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz“, AcP 196 (1996) s.138 vd.

<sup>53</sup> BLECKWENN, s.170 vd.

<sup>54</sup> Alman Medeni Kanunu'nun 826. maddesinde kasten ahlâka aykırı olarak birine zarar verilmesi düzenlenmiştir. Hekimin bu madde kapsamında sorumluluğu gündeme gelebileceği gibi veterinerin; emri, gözetimi ve denetimi altına bulunan kişilerin verdiği zararlardan dolayı da adam çalıştıran olarak kusursuz sorumluluğunun (Alman Medeni Kanunu 831. madde) gündeme geleceği belirtilmektedir. Örneğin veteriner hekim bir muayenehanedeki stajyerin ya da tatile gittiğinde yerine bakan başka bir veterinerin verdiği zararlardan kusursuz olarak sorumludur. Veterinerin hayvan tutan olarak kusursuz sorumluluğu da (Alman Medeni Kanunu 833. madde) gündeme gelebilir. Ancak bunun için veterinerin hayvana bakma ve onu tutma gibi borcunun olup olmadığını belirtilmesi son derece önemlidir. Böyle durumlarda genelde veterinerin yapmış olduğu sözleşmenin içeriğine bakılır ve burada hayvanı muhafaza etmekle yükümlü ise hayvanın muayenehaneye gelen diğer kişilere verdiği zararlardan veteriner hekim sorumlu tutulur. Ayrıca veterinerin memur olduğu veya memur olmasa da idare hukukuna giren alanlarda faaliyet göstermesi halinde devletin de veterinerin yapmış olduğu hukuka aykırı eylemlerden kusursuz olarak sorumlu olacağı belirtilmiştir. BLECKWENN, s.175-181. Türk hukukunda konu hakkında detaylı bilgi için. EROL SARIYEV, s.286 vd. ORAL, Tuğçe: “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu” TAAD 5(16), s.326 vd.

### C. Vekâletsiz İş Görme

Veteriner hekimle hayvan sahibi arasında bir sözleşmenin olmadığı durumlarda veterinerin hak ve sorumlulukları, vekâletsiz iş görmeden kaynaklanabilir. Veterinerin acil müdahalede bulunması, ameliyat esnasında sözleşmenin kapsamının genişletilip hayvana müdahale edilmesi bu kapsam altında değerlendirilmektedir<sup>55</sup>.

### III. Veteriner Hekimin Borçlarından Biri Olan Aydınlatma Borcu

#### A. Genel Olarak

Veterinerin yanlış ve/veya eksik tedaviden sorumlu olmasının dışında aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>56</sup>. Aydınlatma yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı veterinerin sorumlu olması için bir tedavi hatası ve buna bağlı olarak meydana gelmiş bir zarara gerek yoktur<sup>57</sup>. Gerekli bilgilendirmelerin yapılmaması yeterlidir<sup>58</sup>. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranılması durumunda ayrıca bir tedavi hatasının olduğunun ispatlanmasına gerek olmadığı gibi, veteriner hekim işi gereği gibi yapmış olsaydı bile aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık gündeme gelip zararlardan sorumlu tutulacaktır<sup>59</sup>. Bu özelliği nedeniyle aydınlatma yükümlülüğü davaları ilginç hale getirmektedir. Alman hukukunda uyuşmazlıklarda tedavi hatası olarak adlandırılıp açılan birçok davanın aydınlatma yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilip sonuca bağlanması dikkat çekmektedir<sup>60</sup>.

Veteriner hekimle yapılan sözleşmede hekim sadece kendi bilgi ve tecrübeleriyle hayvanı muayene etmeyi değil; aynı zamanda sözleşme tarafını yeterince aydınlatmayı borçlanmaktadır<sup>61</sup>. Veteriner hekim, tedavinin başarı ve riskleriyle, tedaviye bağlı olarak ortaya çıkacak olan masraflar, varsa alternatif tedavi yöntemleri hakkında iş sahibini yeterince bilgilendirir. Veteriner hekim, konu hakkında bilgisi olmayan kişinin te-

---

<sup>55</sup> BLECKWENN, s.92 vd.

<sup>56</sup> FINK s.213; BLECKWENN, s.259 etik açıdan aydınlatma yükümlülüğü için DE-UTSCH, Erwin: "Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes", VersR 1981, s.293 vd.

<sup>57</sup> KINZLER, s.36.

<sup>58</sup> KINZLER, s.36.

<sup>59</sup> BLECKWENN, s.259.

<sup>60</sup> BLECKWENN, s.259.

<sup>61</sup> FINK, s.213; SCHULZE, s.35.



davinin yapılması veya yapılmamasına tek başına karar verecek şekilde yeterince bilgilendirilmesi halinde borcunu ifa etmiş olur<sup>62</sup>.

Alman Medeni Kanunu'nun 630e maddesinde hekimin aydınlatma borcu düzenlenmiştir<sup>63</sup>. Aydınlatma borcu gerek insan gerekse hayvan tıbbında son derece önemli olup rızanın verilmesinin en önemli şartıdır. Ancak verilen rıza sonucunda hekim tarafından yapılan müdahale hukuka uygun olacaktır<sup>64</sup>. Hastanın kendi vücudu hakkında özgür iradesiyle tedavi lehine veya aleyhine karar vermesi için tedavisine ilişkin koşullar hakkında yeterince bilgilendirilmesi gerekmektedir<sup>65</sup>. Hayvan tedavisindeki aydınlatma yükümlülüğü ile insan tedavisini konu alan normal hekimlik sözleşmelerindeki aydınlatma yükümlülüğü birtakım farklılıklar içermektedir<sup>66</sup>. Öncelikle iki muayenedeki korunan hukuki menfaatler birbirinden çok farklıdır. İnsan tedavilerinde amaç insan onurunu, insanın yaşama hakkıyla vücut bütünlüğünü korumak olup, hastanın mümkün mertebe bilgilendirilerek kendi yaşamı, geleceği hakkında karar vermesi sağlanmaktadır<sup>67</sup>. İnsan onurunun Federal Alman Anayasası'nın 1. maddesinde düzenlenmiş olması hastanın aydınlatılmasında büyük bir öneme sahiptir.

<sup>62</sup> BLECKWENN, s.262; BGH, NJW 1980, s.1905; OLG Düsseldorf, VersR 1986, s.62.

<sup>63</sup> SPICKHOFF, VersR 2013, s.273; SCHNEIDER, JuS 2013, s.106; ADOLPHSEN, Jens: Medizinrecht Münchener Anwalts Handbuch Michael Terbille/Tilman Clausen/Jörn Schroeder-Printzen, Verlag C.H. Beck 2. Auflage 2013, Nr.162. DEUTSCH, Erwin/SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht 7.Auflage Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2014, Nr.402.

<sup>64</sup> MÜLLER, Gerda: "Spielregel für den Arzhaftungsprozess", DRiZ 2000, s.262; ADOLPHSEN, Nr.163; FINK, s.208; FABER, s.13; BLECKWENN, s.261.

<sup>65</sup> DEUTSCH, Erwin: "Das Persönlichkeitsrecht des Patienten," AcP 192 (1992), s.166 vd.; KATZENMEIER, s.324; HART, Dieter: "Grundlagen des Arzhaftungsrechts: Pflichtengefüge", Jura 2000, s.66; BEMMANN, Kai: "Die tierärztliche Aufklärungspflicht", Pferdeheilkunde 2004, s.361; BLECKWENN, s.260 vd; ADOLPHSEN, Nr.163.

<sup>66</sup> FINK s.215; BGH, NJW 1980, s.1905; BGH, NJW 1982, s.1327 vd; KG Berlin, NJOZ 2005, s.4632; BEMMANN, Pferdeheilkunde 2004, s.361; BEMMANN, Kai: "Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen", VersR 2005, s.760.

<sup>67</sup> BEPPEL, s.28; BLECKWENN, s.261; HASSNER, Florian A.: "Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung und Zivilrechtliche Haftung –Aktuelle Rechtsprechung und Entwurf eines Patientenrechtsgesetzes", VersR 2013, s.23; TRITTHART, Alexander: "Die Tierärztliche Aufklärungspflicht in Österreich –notwendiges Übel oder Sicherheit für den Tierarzt" WTM 102 (2005), s.254; ADOLPHSEN, Nr.168.

Federal Alman Anayasası'nın 1. ve 2. maddesi hastanın aydınlatılma hakkının anayasal olarak korunmasını sağlamaktadır<sup>68</sup>.

Buna karşın hayvan tedavisini konu alan tedavilerdeyse sözleşme tarafının kaderini belirlemeden ziyade iş sahibinin aydınlatılması ve ekonomik olarak bilgilendirilmesi öne çıkmaktadır<sup>69</sup>. Elbette ki iş sahibinin manevi menfaati de son derece önemlidir. Ama insan tedavisinde çoğu zaman hasta zayıf olup kendi sağlığı hakkında karar vermek zorundayken bu durum hayvan tedavisinde söz konusu değildir. Bu da hastanın durumunu daha zorlaştırmaktadır<sup>70</sup>, buna karşın hayvan tedavisinde durumun bu kadar zor olmadığı savunulmaktadır<sup>71</sup>. Bu farklılıklar nedeniyle hayvan tedavisinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daha azaldığı belirtilmektedir. Alman Yargıtay'ı insan tıbbındaki aydınlatma yükümlülüğünün hayvan tedavisinde doğrudan uygulanmayacağı hususunda kararlar vermiştir<sup>72</sup>. Ancak hayvan tedavisinde aydınlatma yükümlülüğünün çeşidi ve içeriği belirlenirken insan tıbbından yararlanacağı ve hayvan tedavisinde aydınlatma yükümlülüğünün olmayacağı gibi bir gerekçenin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir<sup>73</sup>.

## **B. Veteriner Hekimin Aydınlatma Borcunun Türleri**

Aydınlatma yükümlülüğünde amaç iş sahibinin -ki bu çoğu zaman hayvan sahibidir- yapılacak tedavi hakkında yeterince bilgilendirilip, karar verebilecek durumu gelmesini sağlamaktır. Bu da veterinerin amaçladığı tedavinin başarı şansı ve riskleri hakkında bilgi vermesini gerektirmektedir. Veteriner hekim başka alternatif tedavi imkânları varsa bunlar hakkında da iş sahibini bilgilendirmelidir; bu tedavi yöntemleriyle bağlı olan masrafları da açıklamalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünü çeşitlere ayırarak aşağıda detaylıca açıklamayı uygun bulduk.

### **1. Teşhis Açıklaması**

Hayvan tedavisinde hastalığın diyagnozu/teşhisi hakkında iş sahibine yeterince açıklama yapılması gerekir<sup>74</sup>. Bulgulardan yola çıkılıp söz-

<sup>68</sup> BLECKWENN, s.261; KATZENMEIER, s.325; ADOLPHSEN, Nr.168.

<sup>69</sup> FINK, s.215; BEMMANN, s.13; ADOLPHSEN, Nr.166; TRİTTHART, WTM 102(2005) s.256.

<sup>70</sup> FINK, s.208; FABER, s.13.

<sup>71</sup> ADOLPHSEN, Nr.165.

<sup>72</sup> BGH NJW 1980, s.1905.

<sup>73</sup> ADOLPHSEN, Nr.164.

<sup>74</sup> TRİTTHART, WTM 102(2005), s.256; ADOLPHSEN, Nr.171.

leşmenin gereği gibi yerine getirilmesi için teşhis konulması son derece önemlidir. Hastalığın teşhis edilmesi hayvanın hangi hastalığı/hastalıklarının olduğunun açıklanmasıdır<sup>75</sup>. Teşhis hakkında aydınlatma yükümlülüğü insan tedavilerindeki aydınlatma yükümlülüğü ile benzeşse de farklılıklar içermektedir. İnsan tedavilerinde bazen hastayı veya yakınına korumak için teşhis hakkında bu kişilerin bilgilendirilmesi hususunda daha çekingen davranılması mümkündür<sup>76</sup>. Hekimin hastaya ümit vererek hastayı teselli etmesi gerektiği ve teşhisi bildirmenin hastayı veya yakınlarını üzecekse bu durumda teşhisin bildirilmesinden vazgeçebileceği savunulmaktadır. Çocuğu kanser olan bir anneye direk bu teşhisin söylenmesi veya mevcut durumunu daha kötüleştireceği öngörülüyorsa hastaya kanser olduğunun bildirilmemesi buna örnek verilebilir<sup>77</sup>. Veterinerin teşhis hususunda daha açık ve detaylı bir açıklamada bulunmasının gerekli olduğu, ancak hayvan sahibinin hayvana olan duygusal bağı nedeniyle üzülebileceğinin öngörüldüğü nadir durumlarda teşhisi koyup bildirme hususundaki aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının daraltılabileceği belirtilmektedir<sup>78</sup>.

## 2. Gidişat

Birden fazla tedavi yöntemi varsa bu yöntemlerin her biri ve gidişatı hakkında da veterinerin aydınlatma yükümlülüğü vardır<sup>79</sup>. Kişinin alternatif tedavi yöntemlerinden birini gerçek manada seçebilmesi için bu yöntemlerin gidişatı hakkında gereğince bilgilendirilmesi gerekir<sup>80</sup>. Veteriner hekimin tedavi özgürlüğünün olması tedavi yöntemleri hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>81</sup>. Mahkeme kararlarında da veterinerin tedavi özgürlüğünden dolayı bilgilendirme yapmayı tamamen reddetmesinin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Tüm olayların özelliği, tarafların menfaatleri, hayvan sahibinin ön bilgileri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>83</sup>. Hayvanın ekonomik değeri de önem-

<sup>75</sup> KATZENMEIER, s.326; ADOLPHSEN, Nr.167; BLECKWENN, s.262.

<sup>76</sup> FABER, s.20; DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.436, 504 vd.

<sup>77</sup> FABER, s.20.

<sup>78</sup> BLECKWENN, s.262.

<sup>79</sup> ADOLPHSEN, Nr.172; FABER, s.20.

<sup>80</sup> ADOLPHSEN, Nr.172; BLECKWENN, s.263. İnsan tıbbi için bkz. BEPPEL, s.35; FABER, s.20 vd; DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.437.

<sup>81</sup> BLECKWENN, s.264.

<sup>82</sup> BGH, NJW 1980, 1904 (1905); BGH, NJW 1982, s.1328.

<sup>83</sup> BLECKWENN, s.264. İnsan tıbbi için DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.437.

lidir. Pahalı bir yöntem varsa bu yöntem hakkında da hayvan sahibinin bilgilendirilmesi gerekir. Pahalı yöntemler hakkında bilgilendirilme daha çok ekonomik değeri yüksek olan hayvanlarda gündeme gelir; zira daha pahalı ama daha güvenli bir yöntemin hayvan sahibi tarafından bilinçli olarak talep edilebileceği savunulmuştur<sup>84</sup>. Tedavinin gidişatı hakkında sözleşme tarafının ön bilgisi olması durumunda veteriner hekim tarafından ayrıca bilgilendirilmesine gerek yoktur.

### 3. Risk

Tedavi gidişatının yansıra bu tedavinin risklerinin de detaylıca açıklanması gerekir<sup>85</sup>. Örneğin bir ata tedavi uygulanması durumunda bu tedavinin risklerinden biri olan atın kısır kalabileceği hekim tarafından açıklanmalıdır. Alternatif tedavi imkânlarının olmadığı durumlarda bile bu tedavinin varsa risklerinden bahsedilmelidir<sup>86</sup>.

### 4. Veteriner Hekimin İlaç Vermesi ve Reçete Yazması Durumunda Aydınlatma Yükümlüğü

Veteriner hekim verilen/kullanılacak ilaçların yan etkileri ve riskleri hususunda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır<sup>87</sup>. Prospektüste yazılandan farklı olarak örneğin farklı dozda ilaç kullanılacaksa daha fazla açıklama yapılması, sözleşme tarafının aydınlatılması beklenmektedir<sup>88</sup>. Bu ilaçların diğer ilaçla olan etkileşimin de açıklanması gerekir<sup>89</sup>. Etinden faydalanılan hayvanlarda eğer kullanılacak ilaçlar hayvanın gıda olarak kullanılması özelliğini etkileyecekse bunun da ayrıca belirtilmesi gerekir. Spor ve yarış hayvanlarında verilecek ilaç, uyarıcı (doping) etkisi yaratacaksa ve kullanılmaması gereken yasaklı ilaç listesinde yer alıyorsa bu da açıklanmalıdır. Yarış için kullanılan hayvanlara ilaç verilirken İlaç Kanunu'nun (AMG) 10. maddesini ve ilaç kullanımına ilişkin yürürlükte bulunan diğer kanunları veteriner hekim dikkate almalı-

---

<sup>84</sup> BLECKWENN, s.264.

<sup>85</sup> ADOLPHSEN, Nr.170; BLECKWENN, s.264. İnsan tıbbi için bkz. FABER, s.21; HART, Jura 2000, s.66; EISNER, Beat: Aufklärungspflicht des Arztes in Deutschland der Schweiz und den USA, Bern Göttingen, Toronto Seattle 1992, s.64; DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.447; OLG Koblenz, MDR 2004, s.881; OLG Koblenz BeckRS 2012, 23072; OLG Hamm NJOZ 2017, s.1248.

<sup>86</sup> OLG Koblenz, MDR 2004, s.881; BLECKWENN, s.264. İnsan tıbbi için DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.448.

<sup>87</sup> BLECKWENN, s.265.

<sup>88</sup> BLECKWENN, s.265.

<sup>89</sup> BLECKWENN, s.265.

dır<sup>90</sup>. Mahkeme bir kararından yasaklı ilaçlar (doping) listesinde yer alan bir ilacı ata verip, diskalifiye olmasına sebebiyet veren ancak bu hususta gereken bilgilendirmeyi yapmayan veterinerin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığını belirtmiştir<sup>91</sup>.

### 5. Kalite Açıklaması

Veteriner hekimin tedavide kullandığı tedavi aletlerinin günün standartlarına uygun olmaması, tedavi için gerekli teçhizatının olmadığı veya hastalığının kendi uzmanlık alanına girmediği hallerde bunu sözleşme tarafına bildirmesi gerektiği savunulmuştur<sup>92</sup>.

### 6. Ekonomik Aydınlatma Yükümlülüğü

İnsan tedavisinden<sup>93</sup> farklı olarak veterinerin hayvan tedavisinde son derece önemli olan ekonomik aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>94</sup>. İnsanı konu alan muayenelerde tedavinin ekonomik boyutu üzerinde çok fazla durulmaz. İnsan onuru son derece önemli olup<sup>95</sup> insanı tekrar hayata bağlamak ve insanın hayata kalmasını sağlamak en önemli amaç olarak kabul edilmektedir. Hayvanlarda ise hayvanın bir an önce sağlığına ve kullanıma kavuşturulması son derece önemlidir. İnsan tıbbında tedavinin maliyeti önemli olmayıp söz konusu masraflar sigorta tarafından karşılanacaktır<sup>96</sup>. Hayvan tıbbında masraflar sigorta tarafından karşılanmamakta olup tedavinin çok uzun süreceği, yapılacak masrafların hayvanın değerinden çok daha fazla olacağı ve hayvanın da sahibi için duygusal olarak çok önemli olmadığı durumlarda genellikle tedavinin yapılmayaca-

<sup>90</sup> DEUTSCH, Erwin: “Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen“, VersR 1998, s.1056; BLECKWENN, s.265.

<sup>91</sup> LG Dortmund, MedR 2000, s.331.

<sup>92</sup> BLECKWENN, s.266; TRITTHART, WTM 102(2005), s.257; ADOLPHSEN, Nr.173. insan tıbbi için bkz. HART, Dieter: Organisationsaufklärung – Zum Verhältnis von Standardbehandlung, Organisationspflichten und ärztlicher Aufklärung”, MedR 1999, s.47 vd. SCHELLING, Philip: “Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen”, MedR 2004, s.422; FABER, s.21; DAMM, Reinhard: “Medizintechnik und Arzthaftungsrecht Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen“, NJW 1989, s.742; SPICKHOFF, VersR 2013, s.274; DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.453.

<sup>93</sup> Alman Hukukunda sırf güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelerde ücret sigorta tarafından karşılanmadığı ekonomik aydınlatma LORZ, s.133

<sup>94</sup> BLECKWENN, s.266 TRITTHART, WTM 102(2005), s.257; ADOLPHSEN, Nr.174.

<sup>95</sup> BLECKWENN, s.267; ADOLPHSEN, Nr.172.

<sup>96</sup> ADOLPHSEN, Nr.174; FABER, s.24; EISNER, s.175.

ğı veya kesileceği savunulmaktadır<sup>97</sup>. Başka bir anlatımla ne olursa olsun hayvanın hayata kalması amaç olarak kabul edilmemektir. Amaç hayvan sahibinin malvarlığının korunması olarak görülmektedir<sup>98</sup>. Bu nedenle insan tıbbından ekonomik aydınlatma yükümlülüğü bir borçtan ziyade külfet olarak değerlendirilirken hayvan tıbbında veterinerin tedavinin ekonomik boyutları hakkında aydınlatma yapmamasının bir borç olduğu savunulmaktadır<sup>99</sup>. Kanımızca ekonomik aydınlatma borcu insan tıbbında külfettir ama hayvan tıbbında borçtur gibi bir genellemeden kaçınılmalıdır<sup>100</sup>. Örneğin insan tıbbında sırf güzelleştirme amaçlı operasyonlarda ücret hasta tarafından yani estetik operasyon yapacak kişi tarafından ödeneceği için orda da bir borçtan bahsedilir<sup>101</sup>.

Mahkeme kararlarında ekonomik aydınlatma yükümlülüğü için hayvanın değeri ile tedavi masrafları olmak üzere iki hususun dikkate alındığı görülmektedir<sup>102</sup>. Münih Mahkemesi acil bir durum olmaksızın ekonomik aydınlatma yapılmadan müdahale edilmeyeceğini belirlemiştir<sup>103</sup>. Oldenburg Mahkemesi çok düşük bir olasılık olsa bile hayvana estetik ameliyat yapıldığında bununla bağlı riskler hakkında hayvan sahibinin bilgilendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme bunun yapılmaması ve ameliyat sonucunda düşük olasılıklı olan riskin gerçekleşmesi durumunda hayvanın daha ucuza satılacağından değer kaybedeceğinden bahsetmiştir<sup>104</sup>. Mahkeme hem tedaviye bağlı riskler hem de tedavinin ekonomik yönü hakkında sözleşme tarafının yeterince aydınlatılmadığını belirtmiştir<sup>105</sup>.

### C. Veteriner Hekimin Aydınlatma Yükümlüğünün Çerçevesi

Öncelikle aydınlatma yükümlülüğünün çerçevesi iş sahibinin aydınlatılarak bu tedaviye başlama, başlamama ve sona erdirme hususunda

<sup>97</sup> TRITTHART, WTM 102(2005), s.257; ADOLPHSEN, Nr.174.

<sup>98</sup> BGH, NJW 1980, s.1905; ADOLPHSEN, Nr.174.

<sup>99</sup> ADOLPHSEN, Nr.174.

<sup>100</sup> O halde ekonomik aydınlatma yükümlülüğünün bir borç mu yoksa külfet mi olduğunun değerlendirilmesi yapılırken somut olayın dikkate alınması gerekir. Örneğin veteriner hekim, uzmanlık alanına girmeyen bir hastalıktan dolayı hayvanı başka bir veteriner hekime de gönderirse sonraki tedavinin masraflarını, ekonomik boyutlarını bilmediği kabul edilip aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığı ileri sürülemez.

<sup>101</sup> LORZ, s.133.

<sup>102</sup> ADOLPHSEN, Nr.175.

<sup>103</sup> OLG München, VersR 2005, s 1546.

<sup>104</sup> OLG Oldenburg, NJW 1978, s 594.

<sup>105</sup> OLG Oldenburg, NJW 1978, s.594.

bilgilendirilmesini kapsar. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı her olayın özelliğine göre değişse de insan tıbbından farklı olarak özellikle ekonomik hususlarla ilgili konularda hayvan sahibinin daha fazla bilgilendirilmesi ve bu hususta soruları varsa sözleşme tarafının aydınlatılmasını içerir<sup>106</sup>. Alman hukukunda veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı atların özellikle yarış atı olarak kullanılması, satımında genelde veteriner hekimen bilirkişi raporunun istenmesi gibi davalar çerçevesinde geliştirilmiştir<sup>107</sup>.

### 1. Genel Bir Aydınlatma Yükümlülüğü

Mahkeme kararlarına göre, planlanmış müdahalenin başarı ve riskleri hakkında bilgi verilmesi, iş sahibin genel olarak muayene hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir<sup>108</sup>. Burada genel bir bilgilendirme yükümlülüğünden bahsedildiği için az uygulanmış olan bir metod hakkında daha az bilgi verilecektir<sup>109</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken hayvanın fiyatı, tedavinin riskleri ve başarı ihtimali, başka tedavi imkânlarının olup olmadığının dikkate alınması gerekir<sup>110</sup>. Gerek aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı gerekse çeşitlerinde hayvanın ekonomik değerinin çok önemli olduğu ve korunan hukuki menfaatin hayvan sahibinin ekonomik menfaati olduğu kabul edilmektedir<sup>111</sup>. Hayvanın her zaman değerinin dikkate alınacağı kabul edilmesi kanımızca son derece yanlıştır. Hayvanın değeri kavramını ekonomik değeri değil de manevi değeri olarak geniş yorumlayıp, bilgilendirme yapılırken hayvan sahibi ile hayvanın duygusal bağının dikkate alınması daha isabetli olacaktır.

Belirtmeliyiz ki alışagelmış olmayan yöntemler, hayvana zarar vermeyip fayda sağlayacağı hususunda yeterince bilgi varsa kullanılabilir.

### 2. Objektif Bilgi Verme Yükümlülüğü

Somut olayın özelliği dikkate alınarak aydınlatma yükümlülüğünün yapılması gerektiği kabul edilmişse de, insan tıbbına nazaran veterinerin

<sup>106</sup> ADOLPHSEN, Nr.176 insan tıbbı için bkz. DYWER-HOLIGHAUS, s.82 vd.

<sup>107</sup> Belgelerdirme yükümlülüğü için bkz. BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen”, Pferdeheilkunde 2004, s.353.

<sup>108</sup> BGH, NJW 1980, s.1905; OLG Celle, NJW-RR 1989, s.539; OLG Düsseldorf, VersR 1986, s.61; OLG München VersR 2005, s.1546, OLG Celle, NJW-RR 2011, s.1357

<sup>109</sup> BEMMANN, Pferdeheilkunde 2004, s.361.

<sup>110</sup> FINK, s.222.

<sup>111</sup> FINK, s.15.

daha genel ve objektif bir açıklama yapabileceği belirtilmiştir<sup>112</sup>. “Mantıklı bir hayvan sahibinin” karar alması için gereken miktarda açıklama yapılmasından yola çıkılmaktadır<sup>113</sup>. İnsan tıbbında hekimin hastaya genel bilgiler vermesinin yeterli olduğunu, risk oranı düşükse bunu açıklamaya gerek olmadığını kabul etmek mümkün değildir. Riskler küçük de olsa hastanın mutlaka bilgilendirilmesi söz konusudur<sup>114</sup>. Veterinerin aydınlatma yükümlülüğü daha genel olup, oranlara bağlı olarak ifade edilmektedir. Uygulanacak bir tedavinin riskleri azsa mantıklı düşünen bir hayvan sahibinin de bu oranlardan hareket edeceği ve bu düşük riskleri dikkate almayacağı, bu nedenle veterinerin bu küçük riskler hakkında açıklamada bulunmasına gerek olmadığı belirtilmiştir<sup>115</sup>. Ancak önceden tespit edilmiş, her olaya göre değişmeyen bir orandan bahsetmek mümkün değildir. Olayın özelliğine, hayvanın değerine bakılmasının son derece önemli olduğu savunulmaktadır<sup>116</sup>. Mahkeme kararlarında bazı olaylarda risk oranı düşük olsa da veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün olduğu kabul edilmiştir. Mahkemeler bazı kararlarında %0,9 ölüm ihtimalinin olduğu durumlarda<sup>117</sup> aydınlatma yükümlülüğünü kabul etmişken, hamile atlarda % 0,0001 bağırsak delinme halinde veterinerin aydınlatma yükümlülüğü olup olmadığı hususunda kesin bir sonuca varmamışlardır<sup>118</sup>. Mahkemeler %50 ölüm olan olaylarda veterinerin kesinlikle aydınlatma yükümlülüğü olduğunu kabul etmişlerdir; çünkü bu hallerde hasta sahibinin bu oranlardan yola çıkacağını vurgulamışlardır<sup>119</sup>. İş sahibinin tedavi için gerekli olan hususlarda genel bilgilendirilmesinin yeterli olacağı, bu nedenle küçük risklerin belirtilerek iş sahibinin korkutulmasına gerek olmadığı belirtilmektedir. Hayvan tıbbında küçük, önemsiz ve riskleri olmayan tedavilerde aydınlatma yükümlülüğü daha teorik kalmaktadır<sup>120</sup>.

Veteriner hekimin tedavi hataları olursa hangi risklerin doğacağından bahsetmesine gerek yoktur; tam tersi tedavinin gereği gibi özenli bir

<sup>112</sup> ADOLPHSEN, Nr.178.

<sup>113</sup> Bu kavram için bkz. FINK, s.218; BLECKWENN, s.273.

<sup>114</sup> DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.456.

<sup>115</sup> FINK, s.218; OLG Hamburg, VesR 1989, s.868; KINZLER, s.37.

<sup>116</sup> ADOLPHSEN, Nr.194.

<sup>117</sup> OLG München, VersR 2005, s.1547 vd.

<sup>118</sup> OLG Celle, NJW-RR 1989, s.540.

<sup>119</sup> OLG Düsseldorf, VersR 1986, s.61.

<sup>120</sup> BLECKWENN, s.274.



şekilde yapılması halinde ortaya çıkacak riskler hususunda bilgilendirilme yapılmalıdır<sup>121</sup>.

Alman mahkemeleri tarafından herkesçe bilinebilen olaylar hakkında da aydınlatmanın yapılmasına gerek olmadığı kabul edilmiştir<sup>122</sup>. Örneğin ameliyattan sonra dikişlerin açılması gibi konularda bilgi verilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir<sup>123</sup>. Alman Yargıtay'ı narkozu ve etkilerini bilinen bir olay olarak değerlendirmektedir<sup>124</sup>. Ancak mahkemenin bu kararı doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır. Buna göre narkozun insanlardaki etkisi ile hayvanlardaki etkisi aynı değildir<sup>125</sup>. Örneğin birçok at narkozdan değil de narkoz sonrası ayılma anında ürküp kaçmaya çalışması sırasında yaralanmaktadır. Narkozun hayvanlardaki etkisi daha farklı olabilir. Münih Mahkemesi bir kararında atlara narkoz verilmesi durumunda atların narkoz sonrasında kaçıp yaralandıklarını ve böyle durumlarda atların %0,9 oranında öldüklerine dikkat çekmiştir<sup>126</sup>. Dolayısıyla hayvan sahibinin sadece narkozun etkisini bilmesinin yeterli olmadığı, aynı zamanda narkozun etkisinin o hayvanda nasıl olduğunu hususunda bilgilendirilmesi gerekir<sup>127</sup>.

### 3. Olası Risklerin Anlatılması

Veterinerin aydınlatma yükümlülüğün kapsamı belirlenirken sadece bir riski değil, doğabilecek diğer riskler hakkında bilgi vermesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>128</sup>. Örneğin narkoz verilecekse sadece narkozun değil; narkoza bağlı olarak hayvanda meydana gelen değişimin, açıklanması gerekir<sup>129</sup>. Ürkek bir hayvanın (atın) narkozdan sonra uyanması durumunda kaçmaya teşebbüs etmesi ve aslında çoğu yaralanmaların kaçmaya çalışırken oluştuğunun belirtilmesi son derece önemlidir. Riskler sadece tedavi konusu olan hayvan dikkate alınarak değil, bütün koşulların dikkate alınarak açıklanması gerekir. Örneğin bir koyunun hastalığı bulaşıcı ise bunun tüm sürüyü etkileyeceğinin belirtilmesi gerekir. Amaç sözleşme tarafını ekonomik olarak olumsuz etkilemesini engellemektir.

<sup>121</sup> BLECKWENN, s.274.

<sup>122</sup> ADOLPHSEN, Nr.189.

<sup>123</sup> ADOLPHSEN, Nr.189 ve 190.

<sup>124</sup> BGH, NJW 1980, s.1905.

<sup>125</sup> TRITTHART, WTM 102(2005), s.261.

<sup>126</sup> OLG München, VersR 2005, s.1547 vd.

<sup>127</sup> TRITTHART, WTM 102(2005), s.261.

<sup>128</sup> OLG Düsseldorf, VersR 1992, s.206.

<sup>129</sup> TRITTHART, WTM 102(2005) s.261.

Kısırlaştırma gibi hususlarda mahkemeye göre aydınlatma yükümlülüğü son derece önemlidir<sup>130</sup>. Kısırlaştırma ayakta yapılırsa bile riskli ama bilinen bir yöntemdir. Daha az riskli metotlarla kısırlaştırma yapılıyorsa bunların her birinin yarar ve zararları sözleşme tarafının karar vermesini sağlayacak şekilde verilmelidir.

Sözleşme tarafının<sup>131</sup> bireysel soruları yoksa genel olarak aydınlatılması yeterli bulunmaktadır. Ancak sözleşme tarafının tedavi konusunda ne kadar bilgi sahibi olduğunun ve verilen bilgileri doğru anlayıp anlamadığının kontrolünün de önemli olduğu belirtilmektedir. Örneğin bir atın yarış atı olup olmadığına tespiti ve verilecek ilacın<sup>132</sup> buna göre verilmesi son derece önemlidir. Önemli ve öğrenmek istediği hususlarda sözleşme tarafının sorular sorarak bilgi alması gerektiği belirtilse de bazı durumlarda hekimin soru sorması ve buna göre aydınlatma yükümlülüğünü ifa etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Hayvan belirli, bilinen bir hastalığı nedeniyle tedaviye getiriliyorsa bu durumda hastalık hakkında hayvan sahibinin bilgisi olduğu varsayılır<sup>133</sup>. Ancak böyle durumlarda bile veterinerin dikkatli olması gerekir çünkü hayvan sahibinin hastalığa ilişkin yanlış bilgisi varsa veya başka tedavi yöntemlerinden habersizse bu hususlar hakkında aydınlatma yükümlülüğünün devam edecektir. Sözleşme tarafının daha önceden tedavi hakkında veteriner hekim tarafından aydınlatılmış olunması halinde yeniden bir aydınlatma yükümlülüğüne gerek yoktur. Tedavi veya sonucu hakkında hayvan sahibinin yanlış bir tasavvura sahip olduğu anlaşılıyorsa, başka bir yöntem ortaya çıkmışsa veya alternatifler hakkında sözleşme tarafının bilgisi olmadığı anlaşılıyorsa veterinerin aydınlatma yükümlülüğü gündeme gelecektir. Ancak sözleşme tarafının ön bilgisi olduğu varsayımından yola çıkılarak hekimin aydınlatma<sup>134</sup> yükümlülüğünün olmadığını belirtilmesi son derece eleştirilmiştir. Veterinerin bunu bahane ede-

---

<sup>130</sup> ADOLPHSEN, Nr.193.

<sup>131</sup> Bu çoğunlukla hayvan sahibi olmaktadır,

<sup>132</sup> Doping ve ilaçlar hakkında detaylı bilgi için bkz. TRITTHART, Alexander: "Tierärztliche Aufklärungspflichten bei der Behandlung von Pferden –Status quo", Sachverständige Heft 4/12, s.205 vd. Bunu dikkate almadan ve bu hususta sorular sormadan yazdığı ilaç sonucunda hayvan diskalife olursa doğacak zararlardan hekimin sorumlu olduğu Alman mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. LG Dortmund, MedR 2000, s.331.

<sup>133</sup> BLECKWENN, s.287.

<sup>134</sup> BLECKWENN, s.287 vd.

rek aydınlatma yükümlülüğünden kurtulamayacağı belirtilmiştir<sup>135</sup>. Sözleşme tarafının tedavi hakkında ön bilgisi olsa bile veteriner hekim yönelttiği sorularla bilginin ne düzeyde olduğunu anlayıp yanlış ve/veya eksik bir bilgi varsa bunları gidermekle yükümlüdür. Hayvan sahibinin belirli bir metodu istemesi o hususta bilgili olduğu anlamına gelmeyeceği isabetle belirtilmiştir<sup>136</sup>. Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden bazı durumlarda ise sözleşme tarafının birlikte kusurundan bahsedilebilir<sup>137</sup>. O halde sırf sözleşme tarafının bilgisi olduğundan yola çıkılarak aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranılmamalı ve aydınlatmaya ihtiyacı olup olmadığının da titizlikle belirlenerek gereken aydınlatma yapılmalıdır<sup>138</sup>.

#### **D. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yöntemi**

##### **1. Aydınlatmayı Yapacak Kişi**

İnsan tıbbında açıklamayı yapan kişinin mutlaka hekim olması gerekir<sup>139</sup>. Hastanede ve klinikte çalışan diğer kişilerin (hekim olmayan) aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi söz konusu olmaz<sup>140</sup>. Bu durumun hayvan tıbbında insan tıbbındaki kadar katı uygulanmayacağı belirtilmektedir<sup>141</sup>. İnsan tıbbından farklı olarak aydınlatma borcunu veterinerin bir temsilci aracılığıyla gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği hususu tartışılmaktadır. Ekonomik risklerin bir temsilci tarafından açıklanmasında bir sorun olmadığı, bunun hastane personeliyle yapılabileceği savunulmaktadır<sup>142</sup>. Uygulanacak tedavi, diğer tedavi imkânlarıyla risklerin açıklanması uzmanlık ve bilgi gerektireceği için bu durumlarda aydınlatma yükümlülüğü daha önce temsilci aracılığıyla yapılmış olursa da veterinerin tedaviden önce bu açıklamanın içeriğini teyit ederek ve sözleşme tarafının, varsa başka sorularını da cevaplandırarak ancak aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirecektir<sup>143</sup>.

<sup>135</sup> BLECKWENN, s.287.

<sup>136</sup> BLECKWENN, s.291

<sup>137</sup> OLG Celle, NJW-RR 1989, s.540.

<sup>138</sup> ADOLPHSEN, Nr.207.

<sup>139</sup> DYWER-HOLIGHAUS, s.95; KERN/LAUFS, s.193; KERN, Bernd –Rüdiger: “Die Selbstbestimmungsaufklärung unter Beziehung des nichtärztlichen Pflegepersonals in Ärztliches Handeln Verrechtlichung eines Berufsstandes“, FS für Weißbaur zum 65. Geburtstag, 1986, s.71 vd.

<sup>140</sup> BLECKWENN, s.291.

<sup>141</sup> BLECKWENN, s.291.

<sup>142</sup> BLECKWENN, s.291.

<sup>143</sup> BLECKWENN, s.292.

Veterinerin aydınlatma yükümlülüğünü bizzat kendisinin yapmadığı durumlarda hem Alman Medeni Kanunu'nun 280. maddesi uyarınca hem kusursuz sorumluluk hallerinden biri olan adam çalıştırmanın da sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>144</sup>.

## 2. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yapılacağı Kişi

Aydınlatma yükümlülüğü sözleşme tarafına yapılır, bu genelde hayvan sahibidir<sup>145</sup>. Bu nedenle Alman hukukunda aydınlatma yükümlülüğü açıklanırken hayvan sahibi dikkate alınarak açıklamalar yapılmaktadır<sup>146</sup>. Ancak hayvan sahibinin her zaman sözleşmenin tarafı olamayabileceğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Hayvan sahibi bazen sözleşme yapma hususunda başka bir kişiye temsil yetkisi verebileceği gibi, bazen hayvan sahibi olmadan acil olarak hayvana müdahale edilmesi gereken durumlar olabilir<sup>147</sup>. Hayvanın zilyedi de veteriner hekimle böyle bir sözleşme yapabilir.

## 3. Aydınlatma Yükümlülüğünün Zamanı

Aydınlatmanın tedavi başlamadan önce yapılması gerekir<sup>148</sup>. Hayvan sahibi müdahaleyi düşünüp, baskı altında kalmadan karar verebilmelidir. İnsan tıbbında müdahaleyle aydınlatma arasında makul bir sürenin mutlaka bulunması gerektiği belirtilmiştir<sup>149</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün zamanı insan tıbbında son derece önemlidir<sup>150</sup>. Zira birey Federal Alman Anayasası'nda koruma altına alınmış olan kendi kaderini belirme durumuyla karşı karşıyadır. Ancak çok acil durumlarda aydınlatma yükümlülüğüyle müdahalenin aynı anda yapılabileceği belirtilmektedir<sup>151</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünün zamanı hayvan tıbbında bu kadar sıkı kuralara bağlanmamıştır<sup>152</sup>. Elbette ki burada da sözleşme tarafının müdahale-

<sup>144</sup> BLECKWENN, s.292.

<sup>145</sup> FINK, s.224; SCHULZE s.36 vd.; BLECKWENN, s.292.

<sup>146</sup> SCHULZE, s.36.

<sup>147</sup> BLECKWENN, s.293.

<sup>148</sup> FINK, s.223.

<sup>149</sup> DYWER-HOLIGHAUS, s.80 vd.

<sup>150</sup> FABER, s.26; HART, Jura 2000, s.67; DEUTSCH, NJW 1979, s.1907; BGH, NJW 2003, s.2012 özellikle BGH, NJW 1994, s.3009 özellikle 3010; FINK, s.180; EISNER, s.160; WIEGAND, s.157

<sup>151</sup> HART, Jura 2000, s 67; FABER, s.26.

<sup>152</sup> ADOLPHSEN, Nr.219.

den önce yeterince bilgilendirilmesi gerekir; riskler tedavi esnasında öğrenilmemelidir<sup>153</sup>.

#### 4. Aydınlatma Yükümlülüğünün Şekli

Aydınlatma yükümlülüğünün şeklinin insan tıbbında formalitelerden uzak, hasta ve hekim arasında olmasının gerektiği kabul edilmiştir<sup>154</sup>. Doktrinde insan tedavisinde hastanın sadece yazılı bir şekilde aydınlatılmasının yeterli olmayacağı belirtilmiştir<sup>155</sup>. Hasta; önceden hazırlanmış resim, şekil gibi görseller yardımıyla daha fazla aydınlatılabilir ama burada kastedilen sırf hastaya yazılı formların verilmesi ve sözlü açıklamaların yapılmaması durumunda hastanın gerektiği gibi aydınlatılmadığıdır<sup>156</sup>. Hekimin hastayla konuşması ve hastanın varsa sorularını sorması, bu sorularına yanıt bulması son derece önemli görülmektedir<sup>157</sup>. Hastanın soruları olmasa bile hekimin hastaya güvenli bir konuşma ortamı sunması şarttır<sup>158</sup>.

Veteriner hekimin ise sözlü veya yazılı açıklamada daha serbest olduğu kabul edilmektedir<sup>159</sup>. Ancak özellikle riskli müdahalelerin olduğu durumlarda sözlü aydınlatma yapılmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir. Sözleşme tarafının yazılı olarak aydınlatıldığı durumlarda yazılı açıklamaları anlayıp anlamadığını belirlenmelidir<sup>160</sup>. Veterinerin aydınlatma yükümlülüğünü yazılı olarak yaptığı durumlarda hayvan sahibinin sorularını yanıtlaması son derece önemlidir. Bunlar olmaksızın hayvan sahibinin yeterince aydınlatılmasından bahsedilmez. Özellikle ekonomik değeri yüksek olan hayvanlarda, hayvan sahibin yazılı açıklamayı anlayıp anlamadığının da denetlenmesine önem verilmektedir<sup>161</sup>.

İnsan tıbbında hekimin aydınlatma yükümlülüğünün daha ağır olduğu ve veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün bu kadar ağır olmasına gerek

<sup>153</sup> BLECKWENN, s.293. Kararlar için bkz. BGH, NJW 1982, s.1328; OLG Zweibrücken, VersR 1996, s.1031.

<sup>154</sup> DEUTSCH/SPICKHOFF, Nr.493.

<sup>155</sup> BGH, NJW 2000, s.1787; EISNER, s.68; FINK, s.163; DYWER-HOLIGHAUS, s.73; TRITTHART, WTM 102(2005), s.258.

<sup>156</sup> BEPPEL, s.40; BGH, NJW 1985, s.1399.

<sup>157</sup> DYWER-HOLIGHAUS, s.78.

<sup>158</sup> EISNER, s.68; FABER, s.27; FINK, s.163; DYWER-HOLIGHAUS, s.78.

<sup>159</sup> SCHULZE, s.37.

<sup>160</sup> TRITTHART, WTM 102(2005), s.258.

<sup>161</sup> BEPPEL, s.41 vd; BGH, NJW 1992, s.235;

olmadığı belirtilmiştir<sup>162</sup>. Örneğin veterinerin sözleşme tarafını telefonla arayıp bu yolla da aydınlatılabileceğinden bahsedilmektedir<sup>163</sup>. Yazılı olarak aydınlatma yükümlülüğünün yapıldığı durumlarda tedavi görecektir hayvanın özellikleri dikkate alınarak ek açıklamalar yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bir at kısırlaştırılacaksa buna ilişkin verilmiş yazılı aydınlatma bilgilerinin dışında atın yaşı ve benzeri konuların dikkate alınarak ek bir açıklama yapılmasının daha doğru olacağı savunulmuştur<sup>164</sup>.

Veteriner hekim bir sorunla karşılaşmamak ve daha emin olmak adına bazen sözlü aydınlatmanın yanı sıra yazılı bir aydınlatmada bulunabilir. Hayvan sahibinin sözlü olarak aydınlatıldığı, ameliyata alınacak hayvanın aç getirilmesi hususunda sözlü bilgilendirme yapıldığı durumlarda gerekirse durumun yazılı olarak hatırlatılmasının hakkaniyetli olacağı kabul edilmektedir. Veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün yollarını seçerken özgürlüğünü iş sahibinin soru sorma ve sorularına cevap alma hakkıyla sınırlanmaktadır. Yazılı açıklamanın ardından kademeli olarak aydınlatılmanın yapılmasının daha doğru olacağı belirtilmektedir<sup>165</sup>.

Aydınlatma yükümlüğü yerine getirilirken kullanılan formların, genel işlem şartı kontrolüne tabi tutulup tutulmayacağı tartışılmaktadır<sup>166</sup>. Doktrinde aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmenin içeriğini ve şartını oluşturmadığı, tarafların önce sözleşmeyi yapıp daha sonra aydınlatma yükümlülüğünün gündeme geleceği, bu nedenle genel işlem şartlarına ilişkin denetimin yapılmayacağı belirtilmiştir<sup>167</sup>. İnsan tedavisinde genel işlem şartlarında sabit formların kullanılmasının kesinlikle kabul edilemeyeceği savunulmaktadır; zira hekimin hastayla direkt konuşup, hastayı çok özel küçük olasılıklar hakkında bilgilendirmesi gerekir. Ancak karşı görüş aydınlatmanın sözleşmeden kaynaklanan bir borç olup GİŞ' in amacının zayıf olan sözleşme tarafını korumak olduğunu, bu tip sözleşmelerde hastanın veya hayvan sahibinin karşı tarafa kıyasen daha zayıf, korunmaya muhtaç olduğunu belirtmiştir. Doktrinde haklı olarak şaşırtıcı olan konuların, açıklamaların genel formlarla yapılması halinde bunların içeriklerinin

<sup>162</sup> BLECKWENN, s.295.

<sup>163</sup> FINK, s.223; BGH, NJW 1982, s.1327.

<sup>164</sup> BLECKWENN, s.293.

<sup>165</sup> BLECKWENN, s.296. İnsan tıbbında kademeli açıklama için FABER, s.28.

<sup>166</sup> Andreas SPICKHOFF, Andreas/SEIBL, Maximilian: "Die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen bei Delegation an nichtärztliches Personal", NZS 2008, s.61.

<sup>167</sup> BLECKWENN, s.293.

denetleneceğinin kabul edilmesi son derece isabetlidir. Doktrinde sözleşme tarafının yeterince aydınlatıldığına dair imzasının yeterli olmadığı, bu hususun Alman Medeni Kanunu'nun 309. maddesi No 12b uyarınca denetime tabii tutulacağı belirtilmektedir<sup>168</sup>.

### **E. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN İSPATI VE ZARARIN TESPİTİ**

İnsan tıbbında hastanın yeterince aydınlatılmamış olması durumunda verilen rızanın geçersiz olacağı kabul edilirken hayvan tıbbında bunun böyle olmadığı kabul edilmektedir. İnsan tıbbında davacı yeterince aydınlatılmadığını belirtirken hekimin aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirdiğini ispatlaması gerekir, ancak hayvan tıbbında davacı lehine kolaylaştırıcı bir ispat yükü bulunmadığı savunulmaktadır<sup>169</sup>. İnsan tıbbında kişinin kendi kaderini belirleme hakkı vardır. Bu nedenle aydınlatma yükümlülüğünde birtakım eksiklikler olsa bile mantıklı bir hastanın bu tedaviyi reddedemeyeceği belirtilemez<sup>170</sup>. Hayvan tıbbında rızada mantıklı hayvan sahibi dikkate alınmaktadır<sup>171</sup>. İş sahibinin; hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı bir durumunu tespit etmesi, bu aydınlatma yükümlülüğündeki eksiklikler olmasaydı mantıklı düşünen bir iş sahibi olarak tedaviyi kabul etmeyeceğini ve zararlarının ispatı son derece zordur. Bu nedenle doktrinde aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık halinde hayvan tıbbında da ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiği savunulmuştur. Alman Yargıtay'ının 2012<sup>172</sup> yılında banka ile yatırımcı arasındaki kararının örnek alınabileceği savunulmaktadır. Buna göre banka bir yatırımcıyı yeterince aydınlatmamıştır ve burada genel mantıklı bir yatırımcının davranışından bahsedilmemiştir<sup>173</sup>. Birden fazla alternatifin olduğu yerde yatırımcının gereği gibi aydınlatılması halinde başka kararlar alabileceği ve zararın doğduğuna dair verilen kararın hayvan tıbbında da uygulanabileceği, buradaki amacın hayvan sahibinin ekonomik menfaatini korumak olduğu

<sup>168</sup> BLECKWENN, s.298.

<sup>169</sup> BGH, NJW 1982, s.1327; KG Berlin, NJOZ 2005, s.4633; OLG München, VersR 2005, s.1547 vd

<sup>170</sup> BLECKWENN, s.302.

<sup>171</sup> OLG München, VersR 2005, s.1548; OLG Hamm, NJW-RR 1996, s.737.

<sup>172</sup> BGH, NJW 2012, 2427 (2430) Karar için detaylı bilgi için bkz. SCHWAB, Martin: "Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei mehreren hypotetischen Entscheidungsmöglichkeiten", NJW 2012, s.3274 vd.

<sup>173</sup> BLECKWENN, s. 305.

belirtilmiştir<sup>174</sup>. Tedavi hatasının olmadığını veterinerin ispatlamasına ilişkin 2015<sup>175</sup> tarihli karar kanımızca aydınlatma yükümlülüğü için de uygulanacaktır; zira Alman Medeni Kanunu'na 2013 yılında eklenen 630h maddesi tedavi sözleşmelerinde ispat yükünü düzenlemiş olup bunun hayvan tedavisinde uygulanması doğru olacaktır ve mahkemelerin de bu yönde karar vermesi son derece sevindiricidir<sup>176</sup>.

#### IV. Sonuç ve Değerlendirme

Hayvan haklarına ilişkin 1950'li yıllardan başlayarak günümüzde artarak devam eden bir gelişme yaşanmıştır. Alman hukukunda çıkarılan Hayvanları Koruma Kanunu'nu Avrupa Birliği yönergelerinin iç hukukuna aktarılmasını sağlamak amacıyla birçok kez değiştirilmiştir. Roma hukuku hatta Hammurabi kanunlarında hayvanın ekonomik değeri olan bir eşya olduğu ve hayvan sahibinin mülkiyet hakkı kapsamında korunması gerektiğine ilişkin fikirlerde bir adım daha öteye gidilmeye çalışılmıştır. Alman Medeni Kanunu'nun 90a maddesi artık hayvanların eşya olmadığını belirtirken, Federal Alman Anayasası'nın 20a maddesinde hayvanların ve hayvanların yaşam alanlarının korunması gerektiği belirtilmiştir. Diğer ülkelere kıyasen Federal Alman Anayasası'nın 20a maddesinde hayvanların korunması gerektiği belirtilse de bu maddenin devlete ödev yükleyen bir madde olduğu ve bu maddeden yola çıkılarak doğrudan hak talebinde bulunulamayacağı belirtilmiştir.

Hayvanların eşya olmadığı Alman Medeni Kanunu'nda yer alsa bile hak öznesi ve hakkın konusu olarak yapılan ayırmada Roma hukukunda olduğu gibi hayvanların hak konusu olduğu ve üzerinde mülkiyet hakkı iddia edilen varlıklar olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca bünyesine uygun düştüğü ölçüde eşyalara ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Hayvan haklarında meydana gelen bu değişimler ve kanun koyucunun hayvanı artık bir eşya olarak değerlendirmemesi son derece önemlidir. Ancak doktrinde bu düzenlemelerin yeterli olmadığı hayvanların daha fazla korunması için insanların hayvanların sahibi değil; adeta birer vasisi olarak değerlendirilmesi ve bu yolda düzenlemeler yapılarak daha fazla korumanın sağlanmasından bahsedilmiştir<sup>177</sup>. Bir taraftan hayvan haklarından bahsederken diğer yandan hayvanlara hala birer eşya gibi

<sup>174</sup> BLECKWENN, s.305.

<sup>175</sup> BGH BeckRS 2016ö 11507.

<sup>176</sup> 630a ve devamı maddelerin uygulanabilirliğine dair OLG München 2006, 115075.

<sup>177</sup> VON LOEPER/REYER, ZRP 1984, s.208; GRUBER, s.167.



davranmak Krijnen'in belirttiği gibi çelişkili bir davranıştır<sup>178</sup>. İnsanlar hem eş yaradılışı olan hem de dünyayı paylaştıkları (hatta ev arkadaşlığı) canlılara karşı daha fazla sorumluluk, yükümlülük altındadırlar. Bu yükümlüklerin mutlaka yasalarda çok detaylı yazılmasına gerek yoktur.

Ahlâken insanların hayvanlara karşı sorumlu olduklarının kabul edilmesi son derece önemlidir. İnsan yaşadığı dünyayı paylaştığı kişilere karşı sorumluluk altındadır. Belki hayvanlar düşünen ve bunu dile getirebilen varlıklar değildir; ama acı çekeabilen, aslında ölmek veya acı çekmek istemediği hususundaki arzularını sözle olmazsa bile dile getiren varlıklardır. Hayvanların da menfaatleri vardır. Menfaat acı çekebilme ve sevinme yeteneği olarak tanımlanmıştır<sup>179</sup> ve bu noktada insanlarla hayvanların menfaati çatıştığında hayvanların arka plana atılmaması gerekmektedir. Bu da insanın hayvanlarla olan ilişkilerinde bir değişikliğe gidilmesini bize gösterir. İlk aşamada insanların kendini kontrol altına alıp daha fazla istememesi sonraki aşamada hayvanlara karşı daha özenli ve titiz davranmaları son derece önemlidir<sup>180</sup>. Bu nedenle veteriner hekimin hayvana tıbbi müdahalede bulunurken sadece hayvan sahibinin ekonomik menfaatinin değil; hayvanın da menfaatinin dikkate alınarak aydınlatma yükümlülüğünü ifa etmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Hayvan tıbbının insan tedavisine kıyasen daha az geliştiği ve insan tıbbında geliştirilen birçok ilkenin doğrudan hayvanların tedavisine uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Bu kabulün sebeplerinden biri insan onurunun ve insanın kendi kaderini tayin etme hakkının anayasalarda yer alan ve korunması gereken birer ilke olmasıdır.

Son yıllarda hayvan tıbbında hayvanların korunmasını dikkate alan prensiplerin geliştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Özellikle de veterinerin aydınlatma yükümlülüğünün olup olmadığı ve varsa bu yükümlülüğün sınırları, çeşitleri üzerinde durulmuştur. Bu konu hakkında bazı hukuk sistemlerinde çok fazla araştırma yapılmazken, Alman hukukunda veterinerin aydınlatma yükümlülüğünü nasıl ne şekilde yerine getireceği, aydınlatma yükümlülüğünün türleri ve kapsamı hakkında verilmiş olan kararların bulunması son derece sevindiricidir.

<sup>178</sup> KRİJNEN, s.97 vd.

<sup>179</sup> HERZBERG, s.35

<sup>180</sup> HERZBERG, s.38.

Hayvan tedavisinde de veteriner hekim, sözleşme tarafını aydınlatma ile yükümlüdür. Tedaviye bağlı riskler ve alternatif tedavi yöntemi hususunda hayvan sahibinin bilgilendirilmesi halinde gerçek bir rızadan bahsedilecektir. Alman hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün amacı, kapsamı ve çeşitleri dikkate alınırken özellikle de hayvanın ekonomik değerine çok önem verilmesi, bilgilendirilme yapılırken küçük risklere değinilmesine gerek olmadığı belirtilmesi, “mantıklı düşünen bir hayvan sahibinden” bahsedilmesi maalesef hayvanların hala bir eşya olarak değerlendirildiğini göstermektedir. Ancak hayvan sahibi ile hayvan arasında duygusal bir bağ olduğu durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının biraz daha gelişeceğinden bahsedilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün daha genel yapılması ve illa da sözlü yapılmaması insan tıbbına nazaran daha kolay, basit formlarla yapılabileceği kabul edilmektedir.

Hayvan haklarının gelişimi için hayvanları koruyucu kanunlaştırma çabalarının özellikle de kamuya, idareye hayvanları koruma görevini yükleyen yasallaştırma faaliyetlerinin yansın hayvanların özel hukuk ilişkilerinde de korunması gerektiği, ancak bu yöntemle gerçek anlamda hayvan haklarında gelişmelerin, değişmelerin olacağını savunmaktayız. Bu nedenle veteriner aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken sadece hayvanının değerinden yola çıkılmamalıdır. Küçük risklerin bile sözleşme tarafına bildirilmesi, sözleşme tarafının sorularını veteriner hekime sorabileceği güvenli bir ortamında sunulması gerekir. Önceden hazırlanmış formların sözleşme tarafına imzalatılması durumunda bunlar genel işlem şartları kontrollerine tabii tutulmalıdır. Alman Medeni Kanunu’na 2013 yılında eklenmiş olan 630a ve devamı maddeleri dikkate alındığında hekimlerin aydınlatma yükümlülüğü, arşivleme gibi borçlarının düzenlendiği ve ispat yükümlülüğünün hekimde olduğu görülecektir. Bunların hayvan tıbbında da uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

## KAYNAKÇA

- ADOLPHSEN, Jens: Medizinrecht Münchener Anwalts Handbuch Michael Terbille/Tilman; Clausen/Jörn; Schroeder-Printzen, C. H. Beck, München 2013.
- ALTHAUS, Jürgen/GENN, Hermann Josef: Die Kaufuntersuchung des Pferdes – Medizinisch und juristischer Leitfaden, Hannover 2011.
- BAUR; Jürgen F./STÜRNER, Rolf: Sachenrecht, C. H. Beck, München 2009.
- BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Aufklärungspflicht”, Pferdeheilkunde 2004, s.361–367.
- BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Aufklärungspflicht“ AUR 2004, s.107-111.
- BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen”, VersR 2005, s.760–767.
- BEMMANN, Kai: “Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen”, Pferdeheilkunde 2004, s.353–360.
- BEMMANN, Kai: „Aufklärungspflicht in der Veterinärmedizin im Vergleich zur Humanmedizin“ Leipziger Blauhefte Hrsg. Ingrid Vervuert u.a Leipziger Universität Verlag, s.12-14.
- BEPPEL, Anne: Ärztliche Aufklärung in der Rechtsprechung, Universitätsverlag, Göttingen 2007.
- BLECKWENN, Eike: Die Haftung des Tierarztes im Zivilrecht, Springer, Heidelberg 2014.
- BRAUN, Johann: “Symbolische Gesetzgebung und Folgelast.—Erfahrungen im Umgang mit § 90a BGB in einer Examensklausur“, JuS 1992, s.758-762.
- DAMM, Reinhard: “Medizintechnik und Arzthaftungsrecht Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen“, NJW 1989, s.737-744.
- DEUTSCH, Erwin: “Aufklärung und Einwilligung vor Impfungen“, VersR 1998, s.1051-1059.
- DEUTSCH, Erwin: “Das Persönlichkeitsrecht des Patienten,” AcP 192 (1992), s.161–180.
- DEUTSCH, Erwin: “Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes”, VersR 1981, s.293- 297.
- DEUTSCH, Erwin/SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, Springer, Berlin 2014.
- DWYER-HOLIGHAUS, Axel: Die Aufklärungspflicht des Arztes in Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Italien, Leipziger Uni-Vlg, 2005.
- EISNER, Beat: Aufklärungspflicht des Arztes in Deutschland, der Schweiz und den USA, Bern 1992.
- EROL SARIYEV, Ayşe: “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu”, TBB Dergisi 2016 (127), s.263-298.
- FABER, Cornelia: Ökonomische Analyse der ärztlichen Aufklärungspflicht, Peterlang, Frankfurt am Main Berlin 2004.
- FINK, Claudia: Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker) Stämpfli AG, Bern 2008.

- FÜLLGRAF, Lutz: “zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes“, NJW 1984, s.2619-2620.
- GOETSCHEL, Antoine/BOLLIGER, Gieri: Das Tier im Recht 99 Facetten der Mensch-Tier Beziehung von A bis Z, Zürich: Orell Füssli, 2003.
- GRUBER, Malte: Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben, Jur. Diss., Baden-Baden, 2006.
- GRUNSKY, Wolfgang: “Sache. Tiere – Bemerkung zu einem Gesetzentwurf“, Festschrift für Gerd Jauch zum 65. Geburtstag: Töpfer, Bernhard. (Hrsg.), Beck, München 1990, s.93–102
- HART, Dieter: “Organisationsaufklärung – Zum Verhältnis von Standardbehandlung, Organisationspflichten und ärztlicher Aufklärung“, MedR 1999, s.47–50.
- HART, Dieter: ”Grundlagen des Arzthaftungsrechts: Pflichtengefüge“, Jura 2000, s.64-70.
- HASSNER, Florian A.: “Ärztliche Selbstbestimmungsaufklärung und Zivilrechtliche Haftung –Aktuelle Rechtsprechung und Entwurf eines Patientenrechtsgesetzes, VersR 2013, s.23-35.
- HERZBERG, Guntolf: “Gerechtigkeit für Tiere“ Tiere ohne Rechte Jan C. Joerden Bodo Busch (Hrsg.), Springer, Berlin 1999.
- KATZENMEIER, Christian: Arzthaftung, Tübingen 2002.
- KATZENMEIER, Christian: ”Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus in BGB“, NJW 2013, s.817-823.
- KERN, Bernd-Rüdiger/ LAUFS, Adolf: Die ärztliche Aufklärungspflicht, Springer, Berlin 1983.
- KERN, Bernd-Rüdiger/RICHTER Isabell: ”Haftung für den Erfolgseintritt? – Die garantierte ärztliche Leistung“, die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin Albrecht Wienke, Wolfram H. Eberbach, Hans-Jürgen Kramer, Kathrin Janke (Hrsg), s.129-144.
- KINZLER, Julian: Haftpflichtfälle in der Tierärztlichen Praxis, Sofortdruck- Center Blasaditsch GmbH § Co KG Augsburg, München 1981.
- KLOEPFER, Michael/ ROSSI, Matthias: “Tierschutz in das Grundgesetz?“, JZ 1998, s.369–378.
- KRIJNE, Christian: “Tiere ohne Rechte und Menschen mit Pflichten,“ Tier ohne Recht, Jan v. Joerden Bodo Busch (Hrsg.) Springer, Berlin 1999, s.83-99.
- KÜPPER, Georg: Recht und Ethik im Umwelt und Tierschutz, Nomos, Baden-Baden 2002.
- LORZ, Albert: “Tier = Sache?“, MDR 1989, s.201–204.
- LORZ, Albert: ”Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht“ MDR 1990, s.1057-1061.
- LORZ, Sigrid: Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, Duncker & Humblot, Berlin 2007.
- MÜLLER, Gerda: “Spielregel für den Arzthaftungsprozess“, DRiZ 2000, s.259-271.
- NEUMANN, Josef N.: “Sind Tiere Personen“ Tiere ohne Rechte, Jan C. Joerden, Bodo Busch (Hrsg.) Springer, Berlin 1999.

- ORAL, Tuğçe: “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu” TAAD Yıl 5, Sayı 16 (Ocak 2014), s.319-335.
- PRÖBSTL, Katja: Das Recht der Tierversuche unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben, Springer, Berlin 2016.
- PRÜTTING Jens: “Qualifikation wunschmedizinischer Maßnahmen – Vertragsrecht” MedR 2011, s.275 - 279.
- SCHEIDER, Angie: “Der Behandlungsvertrag”, Jus 2013, s.104-108.
- SCHELLING, Philip: “Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen”, MedR 2004, s.422–429.
- SCHULZE, Ekkehard: Die zivilrechtliche Haftung des Tierarztes, Jur. Diss., Berlin 1991.
- SCHWAB, Martin: “Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens bei mehreren hypothetischen Entscheidungsmöglichkeiten“, NJW 2012, s.3274-3277.
- SPICKHOFF, Andreas/SEIBL, Maximilian: “Die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen bei Delegation an nichtärztliches Personal“, NZS 2008, s.57-65.
- SPICKHOFF, Andreas: “Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus”, VersR 2013, s.267–282.
- STRÖFER, Joachim:” „Beratungspflicht“ und Haftung beim Sterilisationsvertrag „neue“ Wege im Arzthaftungsrecht?“ VersR 1981, s.796- 806.
- SPRANGER, Tade Matthias: “Auswirkungen einer Staatszielbestimmungen “Tierschutz“ auf die Forschungs-und Wissenschaftsfreiheit“, ZRP 2000, s.285-289.
- TAUPITZ, Jochen: “Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz“, AcP 196 (1996), s.114–167.
- TRITTHART, Alexander: “Die Tierärztliche Aufklärungspflicht in Österreich – notwendiges Übel oder Sicherheit für den Tierarzt,“ WTM 102(2005), s.254- 262.
- TRITTHART, Alexander: “Tierärztliche Aufklärungspflichten bei der Behandlung von Pferden –Status quo“ Sachverständige Heft 4/12, s.203- 206.
- TRÖNDLE, Herbert:“ Selbstbestimmungsrecht des Patienten- wohlta und Plage“, MDR 1983, s.881-888.
- VON LOEPER, Eisenhart von/REYER, Wasmut: “Das Tier und sein rechtlicher Status“, ZRP 1984, s.205-2012.
- WESTERMAYER, Isabel: Die Patentierung gentechnisch veränderter Tiere im Hinblick auf die Schranke der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten -eine Analyse unter Berücksichtigung der Rechtslage in Frankreich und Großbritannien, Logos, Berlin 2012.
- WIEGAND, Wolfgang: ”Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung“ Handbuch des Arztrechts Heinrich Honsell (Hrsg.) Zurich 1994, s.119 – 213.



# EUROPEAN CONSTITUTIONALISM AND ITS FUTURE AFTER BREXIT!

## AVRUPA ANAYASALCILIĞI VE BREXIT SONRASI GELECEĞİ!

DOI: 10.21492/inuhfd.353082

İlyas Fırat CENGİZ\*

### Abstract

Constitutionalism and the EU constitution still keep their distinctive place in European Union (the EU) studies. The concept of constitutionalism has legal and institutional dimensions, which have an integrative influence over the people of the Union. It implies effective relationships within social actors so as to create social ordering and cultural ideas. For that reason, diversities and different interest actors within the Union require valid, reasonable, symbolic and normative elements such as social identity, catastrophic events, and common history, culture and religion in order to bind people together in the Union and to generate a common mental process. Yet in case of a crisis within the EU – such as identity, integration, constitution, and democratic deficit etc. – the fundamental reason for this would be the lack of constitutive element known as the *raison d'être* of integration. For instance, democracy deficit in the policy and law making process of the EU is regarded as one of the main issues. The citizens of the Member States have been excluded and they have been losing their interests of and support to EU policies. This is closely related to legitimacy of the constitution of the EU as well as creating common mental process. In this manner, BrExit is the historic event that all these crises and problems have obviously revealed. It divulges how EU constitutionalism fails in creating common legal and institutional dimensions. BrExit referendum is taken as a catalyser event creating huge impacts on constitutionalism and social integration of the EU. BrExit implies that preserving national sovereignty with high level of legitimacy has kept its importance over the supranational project of the Union challenging with democracy deficit, limited legitimacy, and lack of common mental process for European demos.

**Keywords:** Constitutionalism, the European Union, constitution, integration, legitimacy, Brexit

### Özet

Anayasalcılık ve anayasanın kendisi hala Avrupa Birliği (AB) çalışmalarında önemli bir yer edinmektedir. Anayasalcılık konsepti AB vatandaşlar üzerinde entegrasyonu sağlayan bir etkisi olan yasal ve kurumsal boyutları içermektedir. Anayasalcılık kültürel fikirler ve sosyal düzenleyiş yaratan, sosyal aktörler arasında etkileyici ilişkileri kapsamaktadır. Bu nedenle, birlik vatandaşlarını birlikte tutabilmek için ve ortak bir akli süreç oluşturabilmek için, birlik içerisindeki farklı çıkar grupları ve çeşitlilikler geçerli, makul sembolik ve normatif unsurlara - sosyal kimlik, feci-yıkımsal olaylar ve ortak tarih, kültür,

---

\* Dr. Yalova University, Faculty of Law, (ilyasfiratcengiz@hotmail.com)

din, - ihtiyacı vardır. Fakat, AB'nin herhangi bir krizi durumunda - örneğin; kimlik, entegrasyon, anayasa, ve demokrasi açığı gibi - entegrasyonun varlık sebebi olarak bilinen kurucu unsurların eksikliği bu krizlerin temel sebep olmaktadır. Örneğin, AB politikaları ve kanunlarını yapma sürecinde demokrasi eksikliği en temel konu olarak kabul edilebilir. AB vatandaşları bu süreçlere dahil edilmemiş ve onlar AB politikalarına olan desteklerini ve ilgilerini kaybetmişlerdir. Bu durum AB anayasasının meşruiyeti ile ve ortak akli süreç yaratma ile yakından alakalıdır. Bu bağlamda Brexit bu problemleri ve krizleri ortaya çıkaran tarihi bir olaydır. Aynı zamanda Brexit AB anayasacılığının ortak bir yasal ve kurumsal boyut oluşturmada başarısız olduğunu ortaya koymaktadır. Brexit referandumu burada katalizör bir olay olarak kabul edilerek AB toplumsal entegrasyonu ve anayasacılığı üzerinde çok büyük bir etkisi olmaktadır. Brexit meşru ulusal egemenliğin sınırlı toplumsal meşruiyete sahip olan, demokratik eksiklik ile yüzleşen ve "Avrupa halkı" için sınırlı seviyede ortak akli süreçte sahip olan ulus üstü bir proje olan AB ye karşı önemini hala koruduğu ortaya koymuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasacılık, Avrupa Birliği, anayasa, entegrasyon, meşruiyet, Brexit

## INTRODUCTION

Constitutionalism and the EU constitution have been occupying their distinctive place in European Union (the EU) studies. Constitutionalism is a troublesome issue with its many standards which have been questioned by many scholars.<sup>1</sup> Thus, there are various conceptions and approaches to "constitutionalism" in European studies from different points of views.<sup>2</sup> In the EU constitutionalism debates, context of modern nation-states has been based on pre-modern period of meanings of 'state', 'sovereignty', 'constitution', 'democracy' and '*demos*', 'separation of powers', 'citizenship', 'civil society' and 'public sphere'.<sup>3</sup> The discussion of the EU constitution has been continued on many standard versions of the concept of constitutionalism but it has been understood by all in a way of legal and institutional dimensions.<sup>4</sup> In both dimensions, Grimm states that the legal norms as a constitutional level to regulate the creation and exercise of political power leads constitutions to have an integrative influence,

---

<sup>1</sup> SHAW Jo: 'The Emergence of Post national Constitutionalism in the European Union' <[http://aei.pitt.edu/2385/1/002528\\_1.pdf](http://aei.pitt.edu/2385/1/002528_1.pdf)> (accessed on 11.12.2017), p.4

<sup>2</sup> For instance, Vaicaitis discuss "constitutionalism" with its three different dimensions; "(i) economic constitution, (ii) European human rights and (iii) European political constitution". see in Vaicaitis Vaidotas A.. 'European Constitutionalism v. Reformed Constitution for Europe' (2010), 1/119, Jurisprudence, p.71

<sup>3</sup> KAARLO Tuori: 'The Failure of the EU's Constitutional Project: A Cultural Discrepancy' in (Ed) Nergelius Joakim, Constitutionalism - New Challenges: European Law from a Nordic Perspective, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, p.108

<sup>4</sup> SHAW, p.4



as a result of this, it has been expected that European constitutionalism fosters the integration of the people of the Union.<sup>5</sup> The constitutionalism means being a part of the process of social organisation which has effective relationships within social actors so as to create social ordering and cultural ideas.<sup>6</sup> Diversities and different interest actors within the Union require valid, reasonable symbolic and normative elements such as social identity, common catastrophic events, and common history, culture and religion in order to hold the people of the Union together. By having this, the EU policies and legal norms have been legitimated in a broad sense. Yet, if there is a crisis within the EU – identity, integration, constitution etc. – the fundamental reason for this would be that the lack of constitutive elements known as the *raison d'être* of integration. Another main problem might be the lack of a reason why the EU citizens need to share national sovereignties with supranational institutions for more integration. Therefore, during the integration process, the citizens of the Member States have been excluded and they have been losing their interest and support of EU policies.<sup>7</sup> It is because the Member States have fulfilled this duty with the establishment of Treaties without asking their citizens. This reveals democracy deficit in the policy and law making process. Brexit is the historic event that all these crisis and problems have obviously revealed. It divulges that EU constitutionalism fails creating common legal and institutional dimensions. It is obvious in the Brexit referendum due to 51.9% (leave voters) of British people.

Furthermore, in this article, Grimm's idea of "integration by constitution"<sup>8</sup> is a point of departure to provide an analysis of EU constitutionalism with consideration of all its aspects. Grimm's approach to EU constitutionalism will be adopted as a starting point amongst many and BrExit

<sup>5</sup> DIETER Grimm: 'Integration by Constitution' (2005) 3 International Journal of Constitutional Law, p.194

<sup>6</sup> SNYDER Francis: 'The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Process, and Culture' This paper was published by International Conference on Law and Justice in the 21st century. <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/FrancisSnyder.pdf>> (accessed on 10.10.2013) p.12-3

<sup>7</sup> HORTENSE Goulard: 'French and Greeks like the EU even less than Brits New survey finds rising Euroskepticism in several countries', <<https://www.politico.eu/article/poll-the-eu-is-bad-news-but-britain-shouldnt-leave-it/>> 06/08/2016, (accessed on 28/12/2017)

<sup>8</sup> Grimm's points of views in this article; DIETER Grimm: 'Integration by Constitution' (2005) 3 International Journal of Constitutional Law pp.193-208

referendum will be taken as a catalyser event creating huge impacts on constitutionalism and social integration of the EU. In the end, BrExit referendum will be evaluated in terms of the EU constitutionalism.

## **I. WHAT DOES EUROPEAN CONSTITUTIONALISM AIM?**

Modern constitutions over their minimal definition of being simply the "law that establishes, empowers and regulates the main organs and levels of government and their relationships with each other" have symbolic and functional role.<sup>9</sup> They contain the nature and qualities of the polities, and represent the identity and expressions of popular sovereignty and their citizens.<sup>10</sup> In this regard, constitutionalism is composed of, as Raz defines, seven characteristics of constitution:<sup>11</sup> First one is the minimal definition of a constitution. Second, a constitution seeks to provide guiding principles and stability and continuity in the legal and political system. Third, constitutions give references to a canonical formulation. Fourth, constitutions are superior laws over ordinary legislation. Fifth, in the judiciary mechanism, constitutions may be interpreted and other legal acts may be tested whether they comply with the constitutions. Sixth, constitutions are rarely subject to amendments. Seventh, constitutions speak of the guiding principles and common beliefs of the polity they represent, such as democracy, legitimacy, basic political and civil rights, and pluralism and diversity. Even relative weight of these elements and their combination may vary from case to case, but they may all be taken as affirmative of the existence of constitution.<sup>12</sup> And constitutionalism is a process moving towards the accomplishment of those characteristics.<sup>13</sup> Specifically in the EU context, constitutionalism means the transformation of the EU from an international to a constitutional legal order.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> SCICLUNA Nicole: 'European Union Constitutionalism in Crisis', (Routledge, London&New York, 2015) p.18

<sup>10</sup> SCICLUNA, p.18

<sup>11</sup> RAZ, J. 'On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries'. In Alexander, L. (ed.) 'Constitutionalism: Philosophical Foundations', Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.153-4

<sup>12</sup> RAZ, p.154

<sup>13</sup> SCICLUNA, p.19

<sup>14</sup> WEILER, J. H. H. 'The Transformation of Europe'. (1991) 100/8 The Yale Law Journal, p.2422.

In the EU constitutionalism process, not only focusing on norms is adequate but also constitutionalism and constitutional culture should be considered within a broader context.<sup>15</sup> It is because, if the EU seeks to remove its constitutional deficit, it is not adequate to discuss the context of EU constitution; the political process for constitution also needs to be taken into account. This kind of process requires principled argument and imaginative political psychology.<sup>16</sup> As a consequence of this, solution for such deficit might be that the EU constitution endeavours to establish well-built European identity and then, it can produce values for all `Europeans`, hence; this creation of identity has some similarities with the American `demos` example.<sup>17</sup> Then, the EU constitutionalism may have possibility to hold the people together within European identity. This identification can be used as a possibility to establish bonds between different legal and political systems due to the lack of shared meanings across the Union.<sup>18</sup> For this reason, the definition of the European demos is long running process.<sup>19</sup> Yet, constitutionalism might play an effective role, which reduces the duration of the integration process on European demos.

The debate of the European constitutionalism has been materialized by transforming the principles and institutions of national constitutions.<sup>20</sup> In the integration process, the EU institutions have gained sovereignty from the Member States in order to extend its power of supranational sovereignty. The EU constitutionalism has redefined the system of legal rules which establishes public power. This legal impact of the integration poses influences over not only the Member States' authorities but also the people of the Union. From Grimm`s point of view, this effect can be explained by action theory and system theory. Action theory defines that social integration is strengthened by values and norms which came into

---

<sup>15</sup> SHAW, p.10

<sup>16</sup> CASTIGLIONE Dario, `Contrast and Constitutions` in Bellamy Richard `Democracy and constitutional culture in the Union of Europe` Lothian Foundation Press, 1995, p.74

<sup>17</sup> HURRELMANN Achim: `European Constitutionalism and Social Integration`. Paper prepared for the Federal Trust/UACES Conference `Towards a European Constitution`, London, 1-2 July 2004, p.13

<sup>18</sup> GRIMM, (2005) p.208

<sup>19</sup> ZENON Bankoviski/EMILIOS Christodoulidis: `The European Union as an Essentially Contested Project` (1998) 4 European Law Journal, p.349

<sup>20</sup> HURRELMANN, (2004), p.2

existence in a socialization progression.<sup>21</sup> System theory implies that limitations can be enforced by different functional systems of the society; this has a determinative influence on individuals' behaviours.<sup>22</sup> As a result of two social integration approaches, constitutionalism influences coordination of action and cohesion of beliefs and values in society.<sup>23</sup> In this context, constitutionalism can make a vast contribution to social integration and establishing a common identity for a constitution. Thus, social integration and debate on constitutionalism are mutually conducted in order to hold the society together. Hurrelmann states that instrumental and symbolic mechanisms of integration bring any modern and complex society together even though it is a difficult process in practice.<sup>24</sup> As a result of this, the social integration requires involvement of the people into the constitutionalism process. The people of the Union should be involved into political and legal decision making process to discern and to generate these cohesion and beliefs in practice as a spontaneous process. This, most probably, strengthens the level of involvement into social integration.

The constitution means not just supremacy of law over politics but also an abbreviation of the normative catch for covering essential economic rights at the expense of rights based on other political and social values.<sup>25</sup> The perception of the EU constitution needs to draw its attention to social, economic and cultural contents.<sup>26</sup> By doing so, the constitution may cover the rights of citizens and it may produce an effect on holding the society together. If citizens of the EU have adequate protection for their fundamental rights by the constitution, then, it must have a valid reason for binding the society. The process of the EU constitution influences the integration positively; the EU has become a post national polity undertaking economic and social rights by shifting from market-oriented, intergovernmental and functional organisation.<sup>27</sup> In fact, Euro-

---

<sup>21</sup> GRIMM, (2005), p.193

<sup>22</sup> GRIMM, (2005), p.193

<sup>23</sup> HURRELMANN, (2004), p.8

<sup>24</sup> HURRELMANN Achim: `European Democracy, the `Permissive Consensus` and the Collapse of the EU Constitution` (2007) 13 European Law Journal, p.346

<sup>25</sup> GERTSENBERG Oliver: `The New Europe: Part of the Problem-or part of the Solution to the Problem` (2002) 22 Oxford Journal of Legal Studies, p.564

<sup>26</sup> SHAW, p.4

<sup>27</sup> TODOSIJEVIĆ Bojan, ` Europe in Search of Legitimacy: Strategies of Legitimation Assessed` (2004) 25 International Political Science Review, and see also, BALLMY

pean integration is a form of the history of legal integration and process in order to achieve the European project despite the political controversy, different politicians and political events in the EU.<sup>28</sup> This legal process has been performed as a catalyser effect for social integration and accession to the benefit of the Union. By constitutionalism, the constitution plays an effective role in melting these differences in the same pot, and the integration has surpassed the legal integration to societal integration as citizens of a state.

However, in order to ease functionality of the EU institutions, constitutionalism has been confined to the *status quo* of integration and the EU constitution has become the collective state of the European institutions as defined under the minimal definition of constitution.<sup>29</sup> Constitutions automatically affect the social integration in a normative way, but its integrative manners are different. Social integration has been developing spontaneously in the real world not in the normative level. The integration is improved by constitution but it does not control the integration.<sup>30</sup> Here, it is important to say that constitutions are "a constitutive part of the community's shared memory".<sup>31</sup> As a result, social integration cannot be forced by a constitution without having a common identity. A constitution requires common basis such as religion, common enemy, history, culture and nationhood, before having it.<sup>32</sup> The normative influence of constitution has extremely restricted effects on social integration without common mental process. The Union has its own identity policy for constitutionalism of the Union. It advertises images for the Union's symbolic means through flag and anthem. It seems to be that establishing a constitution needs a propellant and founding power before its drafted provision and

---

Richard: 'The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism' (2006) 13 Constellations, p.181

<sup>28</sup> WARD Ian, 'Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination' (2001) 7 European Law Journal, p.26

<sup>29</sup> MÖLLERS Christoph: "Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism", Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, eds, Principles of European Constitutional Law, revised 2nd Ed, Hart Publishing / Verlag CH Beck, Oxford / München, 2011, p. 181

<sup>30</sup> SNYDER, p.12-3

<sup>31</sup> AVISHAI Margalit: 'The Ethics of Memory', (Cambridge MA: Harvard University Press, 2002), p. 12. quoted by Klabbers Jan and Leino Paivi, 'Death by Constitution? The Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe' (2003) 4 German Law Journal, p.1295

<sup>32</sup> SNYDER, p.12-3

constitutionalism process. By virtue of lack of common identity in the Union, holding society together seems to be difficult to fashion a constitution despite the existence of constitutionalism process. In other words, a set of questions need to be answered; as such, is the EU constitution a social contract among the people or is it an organic expression of a whole society?<sup>33</sup> In fact, apart from politicians, academic and administrative elites, there were no other participants to involve the constitutionalism debate in order to build the `demos` for integration.<sup>34</sup> The lack of participation and weak common identity are the major issues on the integration process and these should be considered in each steps of constitutionalism process.

One of the biggest obstacles for the constitution of the Union might be the existence of national identity and nationalism in the Member States. They have obstructive effects on EU constitutionalism. In order to bind the people of the Union together, constitutionalism should adopt a post-nationalist view. Then after, there would be some attempts to rethink and recover some of the vital values of nationalism; in other saying, institutional ideological weight of nation state or sense of nationalism must be compressed by soft power of the societies and the Union.<sup>35</sup> Constitutionalism requires a long process to establish a common identity and to persuade the people of the Union by soft power which has been implemented in the lasting process, such as transposing of EU`s Treaties to national level since the late 1950s. Furthermore, a nation state does not need to be rooted in ethnic origin; it can be rooted in other basis. The scope of social integration is depending on the democratic process which guarantees the social integration of a differentiated society. In the sense of `state-constituting people`, the democratic process tends to promote social integration in the legally abstract manner of political contribution.<sup>36</sup> It has caused to shape the legal institutionalisation of citizens` communication between them in recent times not in the historical cultural sense. And also, the EU has integrated economically, socially and administratively with

---

<sup>33</sup> SHAW, p.7

<sup>34</sup> See the sceptical remarks of WEILER J. H. H.: 'In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg', in WEILER J. H. H./WIND M. (eds), 'European Constitutionalism Beyond the State', Cambridge University Press, 2003, p.7-8

<sup>35</sup> GRIMM, (2005), p.9

<sup>36</sup> HABERMAS Jürgen: 'Remarks on Dieter Grimm`s 'Does Europe Need a Constitution?' (1995) 1 European Law Journal, p.306

common cultural backgrounds over fifty years so as to overcome nationalism.<sup>37</sup> Yet, it can be said that social integration has been seen first time in the nation state which is a form of a politically socialising communicative context, and it depends on the satisfaction of the certain functional needs based on political self-understanding of citizens as a collective identity.<sup>38</sup> The post-national constitutionalism can benefit from some experiences of nation state as the first practice of social integration.

## II. SOCIAL LEGITIMACY IN THE PROCESS OF EUROPEAN CONSTITUTIONALISM

Constitutional legitimacy and stability are maintained by constitutional prescription of decision making process in the economic realm and social rights which create a public area to encourage the structure of a public sphere. Changing the cohesion of beliefs should be regarded as constitutional legitimacy and stability concerns because redesigning constitutional institutions may influence personal values and identities with the purpose of guaranteeing their identifications within the polity and common society.<sup>39</sup> Social legitimacy has based upon achieving the creation of objectives for common identification in the constitution. Values, symbols and stances for a political leader or political unit can define citizens or can be defined by citizens. This identification leads people to extend their political participation into the constitutionalism process. Thus, the people can feel themselves as a part of constitutional ritual.<sup>40</sup> Democracy and constitutionalism are both essential requirements for a framework of rights, which allow political authority to function legitimately. This sort of framework assumes a personification of the community or state by interpretation of law. Likewise, theory of law exposes the great interpretation of the constitution within a certain political, legal and historical society.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> HABERMAS, p.307

<sup>38</sup> HABERMAS, p.307

<sup>39</sup> Constitutional integration was pointed out in the 1920s by the German legal theoretician Rudolf Smend, who in his "Integrationslehre" described a constitution as a "system of integration" that contributes to the continuous reproduction of a political community's collective identity. See also, HURRELMANN, (2004), p.9

<sup>40</sup> HURRELMANN, (2004), p.9

<sup>41</sup> WILKINSON Michael A., "Civil Society and the Re-imagination of European Constitutionalism" (2003) 9 European Law Journal, p.469

However, ethically integrated societies reconcile `freedom of the moderns` and `freedom of the ancients` in the constitution, thus, such societies tend to have strong cultural and emotional ties to statehood.<sup>42</sup> This commitment is one of the important difficulties for legitimacy of the EU constitutionalism, because the sense of belonging to a certain state plays an obstructive role in legitimatizing the EU constitution. It is important to highlight that the lack of legitimacy causes vital problems to the EU constitution process. Additionally, structures and institutions of national level are hidden in political and constitutional myths and cultures that are new and less unclear context in the EU.<sup>43</sup> Thus, the EU integration process has to face with post mythical problem of legitimacy for EU constitution. Further legitimacy deficit emerges in the integration process by exclusion of an overwhelming collective identity within societal belief system, by having no mutual recognition between the citizens, and by undercutting the citizens` political standing.<sup>44</sup> These even prevent the citizens to support their political institutions.<sup>45</sup> This deficit evokes lack of collective identity for the citizens not to recognise each other as legitimate participants in democratic decision making process.<sup>46</sup> It seems that such deficit weakens the integration process due to its illegitimate effect.

There are various ways to overcome such obstacles, which prevent creating a common identity within the community. For example, social rights in a constitution might extend its scale for coordination of economic sphere and then, social rights provide an ability to set up constitutional object of identification for common sense,<sup>47</sup> and to promote the position of symbolic excluded groups of citizens with the purpose of conciliating their support.<sup>48</sup> Democratisation of the constitutionalism process might promote social acceptance for the EU constitution.<sup>49</sup> Yet, democratisation

---

<sup>42</sup> WILKINSON, p.455

<sup>43</sup> WILKINSON ,p.456

<sup>44</sup> HURRELMANN, (2007), p.347

<sup>45</sup> HURRELMANN, (2007), p.347

<sup>46</sup> THOMAS Risse: 'How Do We Know a European Public Sphere When We See One? Theoretical Clarifications and Empirical Indicators', Prepared for the IDNET Workshop "Europeanization and the Public Sphere", European University Institute, Florence, 20-21.02.2002, Available at <<http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/pi5s1otn.pdf>> (accessed on 10.10.2013), p.5

<sup>47</sup> HURRELMANN, (2004), p.10

<sup>48</sup> HURRELMANN, (2007), p.349

<sup>49</sup> HURRELMANN, (2007), p.358



might not overcome the democratic deficit because it is not just an institutional phenomenon applied with the European Parliament; it implies the deficit of pattern of political purpose and of the public sphere.<sup>50</sup> Or, decisions of the Member States do not reveal the will of the European citizens as their democratic self-determination.<sup>51</sup> Functional concept of the EU law failed to create a democratic relationship between European authorities, the Member States' governments and citizens' rights.<sup>52</sup> Democratisation promotes the legitimacy of integration but it should not be forgotten that democratic deficit is much deeper obstacle to remove it by implementing democratisation. In addition to this, the needs of democracy in the EU level have not developed out of the people, but out of the society which seeks itself as a political unit with settling non-violently and accepting the majority rule in the collective identity.<sup>53</sup> This has been realised in the national framework.<sup>54</sup> In the integration process, democracy has been obstructed by not coherence of the citizens of the EU as a people, by weak common identity for post-national debate. In order to eliminate this obstruction, democracy in the EU level requires long term institutional reform and democracy becomes more consistent in the context of national framework.<sup>55</sup>

Furthermore, as a weakness of debate on the EU constitution, it is not claimed that the aftermath of two world wars of responsibility for the woes of the modern Europe has been rejected.<sup>56</sup> In fact, this claim can promote a common purpose for Europe and it can establish a consensus on

<sup>50</sup> DARIO Melossi: 'Security, Social Control, Democracy and Migration within the 'Constitution' of the EU' (2005) 11 European Law Journal, p.12

<sup>51</sup> MÖLLERS Christoph: "Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism", Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, eds, Principles of European Constitutional Law, revised 2nd Ed, Hart Publishing / Verlag CH Beck, Oxford / München, 2011, p. 181

<sup>52</sup> MÖLLERS, p.181

<sup>53</sup> GRIMM Dieter: 'Does Europe Need a Constitution?' (1995) 1 European Law Journal, p.297

<sup>54</sup> GRIMM, (1995) p.297

<sup>55</sup> GRIMM, (1995) p.297

<sup>56</sup> BELLAMY Richard, 'Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Reconceptualising the State, Rights and Democracy in the EU', in: Walker Neil, 'Sovereignty in Transition' (Oxford: Hart, 2003) pp.167-189, See also in BELLAMY Richard: 'Which Constitution for What Kind of Europe? Three Models of European Constitutionalism' (2006) Legitimationsgrundlagen der Europäischen Union, F. Cheneval, ed., LIT, Available at < <http://ssrn.com/abstract=1525473> >, p.17

the character of an EU polity.<sup>57</sup> It seems to be that constitutionalism missed the important point to legitimate itself. The experiences of two world wars may provide a common threat for the people so as to integrate the society and legitimate the EU constitution. There are many crucial obstacles in the EU constitutionalism process, which prevent the Union to have a constitution with a legitimate meaning.

### III. PLURALISM AND DIVERSITY IN THE PROCESS OF EUROPEAN CONSTITUTIONALISM

The EU is characterised by a single legal culture dealing with diversities. This common legal tradition has been affected by the origins and the development of European Community.<sup>58</sup> The view of `multiple demoi` could promote the idea of ethic of toleration among the people, hence; toleration can be a cornerstone of any European public philosophy and political paradigm.<sup>59</sup> A European demos can be defined as a civic demos combined by a civic political culture which arise from common democratic practice.<sup>60</sup> If the common identity for Europe does not define itself by references of history and historic symbols and myths, it could define itself with the future and the societies of the future. This legal culture and pluralistic approach provide European constitutionalism to accept diversity in its context, and even, this might be an answer against the constitutional status quo as an assimilator factor within the society. Here, it can be said that the question of Turkey's accession and Islamic identity might not be a problem for the common European identity. In other saying, from this point of view; these can be fulfilled by its constitution through the idea of `diversity in the unity` in the European Union. Yet long wait of Turkey's membership implies pluralism is a valid foundation only for members of a Christian club in Europe. Or, recent rise of the right wing political parties in Europe in 2010s implies that there will be, most probably, less tolerance towards immigrants from the Muslim originated countries.

---

<sup>57</sup> BELLAMY, p.17

<sup>58</sup> SHAW, p.4

<sup>59</sup> WEILER J: `The Constitution of Europe` CUP, 1999 p.343-347

<sup>60</sup> TUORI Kaarlo: 'The Failure of the EU's Constitutional Project: A Cultural Discrepancy' in (Ed) Nergelius Joakim, *Constitutionalism - New Challenges: European Law from a Nordic Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, p.115

Bottom up or an openly societal constitution draws an attention to spontaneous decision making institutions, distribution of power and place of diversity and pluralism. This constitutional approach refuses to go along with the nation state or personification of political community. It places itself against empire of uniformity or God of uniformity which was formed in the context of modern constitutionalism. Thus, post national movement of the EU constitution seems as an opportunity to set up new forms of democratic freedom. With this, terms of intellectual background allow being positioned pluralism in all stage of constitutional interpretation, formal and informal inclusion of marginalised stances, and also pluralism is based on decentralisation and mutual learning or recognition.<sup>61</sup> The people of the EU can have the new opportunity to renegotiate their rights in the EU constitution. And, they can protect their diversity under the post national constitution. This renegotiation creates an opportunity that the EU constitutionalism might adopt a different view from the tradition of modern constitutionalism which is, supposedly, based on context of popular sovereignty and constitutional association.<sup>62</sup>

On the other hand, social integration within the EU has exaggerated the historical weakness of national state that based on certain national identity. Multiculturalism and diversities all the time expand the gap between the myth of the ethnic identity of the Member States and reality of cultural pluralism.<sup>63</sup> At the same time, rejection of European common identity might be understood as an intention to protect the diversity and plural culture, and to accept their political self determination.<sup>64</sup> It could be said that the requirement of a common identity for the EU constitution has a troublesome clash with national identities and national and regional diversities. The sense of the nation state unites the protection for national cultural characteristic that is regarded as ethnic nationalism and civic nati-

---

<sup>61</sup> WILKINSON A. Michael: `Civil Society and the Re-imagination of European Constitutionalism` (2003) 9 *European Law Journal*, p.462

<sup>62</sup> TULLY James: `Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity` (Cambridge. CUP, 1995) p.131

<sup>63</sup> BREDA Vito: `A European Constitution in a Multinational Europe or a Multinational Constitution for Europe?` (2006) 12 *European Law Journal*, p.335

<sup>64</sup> WEILER J.H.H.: `The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy` (1999) This is the text of a lecture given at the Walter Hallstein-Institute of European Constitutional Law, Humboldt University, Berlin, in the *Forum Constitutions Europae* (FCE 7/99), p.6-7

onalism, thus; nation state has equal interests on protection of cultural heritage and civic society.<sup>65</sup> Furthermore, diversity and pluralism have limited possibility of being protected and promoted while preserving the context of nation state in the Union.

#### **IV. BREXIT: EUROPEAN CONSTITUTIONALISM IN DANGER**

The UK voted for Brexit, by 51.9% (leave) to 48.1% (remain), to leave the EU in 23 June 2016. The United Kingdom has had hesitant relationship with the European Union since its membership and had put distance to the EU's main policies such as euro currency and the border free Schengen area. Recent economic stagnation, immigration crises and democracy deficit in the EU have promoted euro-scepticism among British people. Migration from the rest of other the European countries were somehow tolerated with the requirement of plurality yet especially arrival of refugees and economic migrations from the Middle East and Africa, most of them are Muslim, has made the reality more complicated.<sup>66</sup> The UK prioritises its own borders to protect from the flow of immigration. Rise of right wing political groups in the UK have bought these political and economic crises to blame and accuse the EU.

Moreover, British governments have always sought for the back door not to participate to European constitutionalism. The UK has deeper and serious issues with the concept of the EU, not only for recent political and economic crises. Namely, post-war efforts such as the European Coal and Steel Community (ECSC) and the European Economic Community (EEC) to integrate European countries (especially Germany-France) were formed to avoid another catastrophic war in Europe. As Robin Niblett, the director of the foreign policy think-tank Chatham House, notes that "*the UK had not been invaded, did not lose the war and the UK has historical connections to all sorts of other parts of the world from our empire and commonwealth*".<sup>67</sup> In other words, the UK did not regard itself as a losing and disputed party of these wars so as to involve such post-war efforts.

---

<sup>65</sup> BREDÁ, p.337

<sup>66</sup> MATEJ MI Avbelj: "Transformation of EU Constitutionalism" *VerfBlog*, 22.06.2016, <http://verfassungsblog.de/transformation-of-eu-constitutionalism/>, DOI: <http://dx.doi.org/10.17176/20160622-161220>. (accessed on 11.10.2017)

<sup>67</sup> Interview with Robin Niblett "Bracing for 'Brexit'" Council on Foreign Relations" January 17, 2013 <https://www.cfr.org/interview/bracing-brexit> (accessed on 11.10.2017)

Even though, the UK joined EEC in 1975. Yet euro-scepticism remained strong among British people. One of the main critics argued in that time, “*the European project was already moving beyond mere economic and integration and toward a European ‘supersate’*.”<sup>68</sup> The EU project is not only matters of economy but also matters of constitutional practices, national institutions and future as being a sovereign State. Sir Derek Walker-Smith noted in 1961 that Community membership ought to create a huge effect on our sovereignty and our constitutional machinery.<sup>69</sup> Likewise as J.C. Jennings PM, noted that the question of sovereignty or loss of sovereignty and political union were ignored during the UK’s joining the E-EC.<sup>70</sup>

The question here is, does the UK really want to be a part of super-state which captures most of the national sovereignty from the Member States? Brexit referendum is the answer to this question and it implies that this referendum creates constitutional transformation in constitutional politics in the UK,<sup>71</sup> to preserve its sovereignty within the nation state. The referendum has been used in the practice of amending and revising constitutions and it has its place in constitutional politics during constitutional transformation, where the people in a democratic polity should be activated as a whole of this constitution-making.<sup>72</sup> Thus if the EU members (here the UK), and officials and private citizens (here the British people) have lost minimalist sense of belonging to the EU, it naturally cannot be constitutional, pluralist, democratic polity based on the rule of law.<sup>73</sup> Prime Minister Theresa May defined Britain after Brexit as “*a fully*

<sup>68</sup> MCBRIDGE James: “the Debate over Brexit” Council on Foreign Relations” 08.04.2016

<https://www.files.ethz.ch/isn/196540/The%20Debate%20Over%20%27Brexit%27%20-%20Council%20on%20Foreign%20Relations.pdf> see also, Murkens Jo Eric Khushal, “The Blunders of Brexit: Economics, Sovereignty, and the Constitution” (05.10.2016) LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2016 <http://ssrn.com/abstract=2848430>. (accessed on 11.10.2017) p.6

<sup>69</sup> HC Deb 02 August 1961 vol 645 cc1480-606, c1511 (Accessed on HANSARD - the transcripts of Parliamentary Debates in Britain and many Commonwealth countries.)

<sup>70</sup> HC Deb 16 November 1966 vol 736 c496.

<sup>71</sup> GÜMPLOVÁ Petra: “Are EU Exit Referenda Good for Democracy?” 08.08.2016 <http://www.publicseminar.org/2016/08/are-eu-exit-referenda-good-for-democracy/#.WfBqdlu0OM9> (accessed on 11.10.2017)

<sup>72</sup> GÜMPLOVÁ,

<sup>73</sup> AVBELJ,

*independent, sovereign country", and "no longer part of a political union with supranational institutions that can override national parliaments and courts", and an independent, sovereign country to decide how to control immigration.*<sup>74</sup> Yet, this should be kept in mind that the Brexit referendum 48.1% voted to remain in the EU. This shows a considerable part of British people preserve their sense of belonging to the EU. This can be regarded as a success of the EU constitutionalism process convincing a considerable part of the population to stay in the EU.

The motivation behind the Brexit referendum was parliamentary and national sovereignty as discussed by various actors before and during the referendum. Such manifestations attempted to reconcile national ideas of sovereignty with membership of the EU. Sovereignty was the essential part of the discussions during the Brexit referendum rather than other subjects such as social legitimacy, European Demos, pluralism-diversity, and common mental process. Yet these were indirectly discussed by journalists, politicians and officials and private citizens during the referendum. Nationalism has been one of the main factors bringing the EU into question, and it is a rising trend across the EU and specifically in the UK. The Brexit is a nationalist movement rejecting the character of the EU (the problem-based regulatory style of the EU).<sup>75</sup> In other words, the Brexit embraces the formulation of *"rules for Great Britain should be made by Great Britain and its institutions", "a British population without foreigners",* strict territory control with closed borders, and a national authority without Brussels.<sup>76</sup> Even though the UK is not very suitable model of a nation state because the UK consists of England, Wales, Scotland, and Northern Ireland with limited extend of sovereignties. This may open the gate for Scotland and Northern Ireland, where remain votes were majority, to leave the UK.<sup>77</sup> It is because, during the referendum campaigns, leave side argued to take the UK back from cosmocrats and elites of the EU to re-establish a traditional idea of a sovereign nation state.<sup>78</sup> Hysteria of

---

<sup>74</sup> See 'Theresa May's Conservative Conference Speech: Key Quotes' (BBC website, 2 October 2016) <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-37535527>>

<sup>75</sup> MICHAELS Ralf, Does Brexit Spell the Death of Transnational Law?, 17, *German Law Journal*, (Brexit Special Supplement 2016), p.51

<sup>76</sup> MICHAELS, p.51

<sup>77</sup>Result of the Brexit referendum: [http://www.bbc.com/news/politics/eu\\_referendum/results](http://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results)

<sup>78</sup> MICHAELS, p.51

sovereignty turned into a rhetoric of 'Take Back Control' and 'Independence Day for the UK'.<sup>79</sup>

Additionally, Michaels addressed three undervalued aspects of the Brexit.<sup>80</sup> Firstly, the EU law has been made by the EU elites, a transnational network of scholars and decision-makers who benefits from it. It makes decisions on the fate of the poor and weak. Leave voters were mainly among the excluded. Secondly, first aspect reveals the second aspect which is the lack of democratic accountability. There is less attention to extend the benefits of the EU to disadvantageous people from the elites. Leave voters are the ones who did not benefit from it. Thus the Brexit is a greater chance for the have-nots to practice concepts of actual democracy, self-determination and accountability against the EU which did not provide benefit for them. Lastly, the Brexit is regarded as a problem-solving result to have the British state which is also nostalgia for the symbolism of nationally made law and supremacy of a Parliament, and has more attraction than Brussels. Yet, there is a large majority against the Brexit. The EU has failed to create an identity and a positive image, and to salve the leave voters' pleas through law-regulations.<sup>81</sup>

Let's go back to earlier point about the "integration by constitution" through constitutionalism has been failed in the case of relationship between the EU and the UK. The main concern of leave voters was to preserving the UK's parliamentary and national sovereignty. This concern actually reveals that the actors - politicians, academics, and public (51.9% leave voters) - do not give social legitimacy to the EU, do not feel being parts of European Demos, and do not have a common mental process with the citizens of the Union. The UK's social integration with the rest of EU has been developing spontaneously in the real world. The integration is improved by constitutionalism in the normative level but it requires, 'a constitutive part of the community's shared memory',<sup>82</sup> such as social identity, catastrophic events, and common history, culture and religion

---

<sup>79</sup> GORDON Michael: 'The UK's Sovereignty Situation: Brexit, Bewilderment and Beyond...', (2016) 27/3 King's Law Journal, p.334

<sup>80</sup> MICHAELS, p.60-61

<sup>81</sup> MICHAELS, p.61

<sup>82</sup> AVISHAI Margalit: 'The Ethics of Memory', (Cambridge MA: Harvard University Press, 2002), at 12. quoted by Klabbers Jan and Leino Paivi, 'Death by Constitution? The Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe' (2003) 4 German Law Journal p.1295

within the EU. As it seen in the case of Brexit, the normative influence of constitution has extremely limited effects on social integration without common mental process related to the legitimacy of such integration. This is the point where the European Constitutionalism is in danger and it implies there is a greater problem then having no constitution itself. In this regard, Turkey may reconsider being at member of the EU. This referendum might inspire other Member States to consider leaving the EU. If the flow of immigration to the EU continued as in 2015-6,<sup>83</sup> such flow of immigration could have made the situation more complex and deeper in the EU such as rise of right wing political groups, more political and economic crises. The UK is the first Member State leaving the EU in the time when the Union has economic, political and security crises. These crises reveal new challenges over the constitutionalism process of the EU.

## CONCLUSION

Constitutionalism includes political demands to build socially and constitutionally integrated community. The constitutional process has to find its common identity based on common sense and mental process. The EU integration has carried through the process of social organisation and creating social ordering and cultural ideas since its establishment. The EU have had long process to reach the recent level of integration, and during this integration, the EU has successfully integrated economically, socially and politically. Yet, constitutional integration is a kind of multiphase discursive process. The EU has encountered many challenges such as failing in creating European demos, legitimating itself as a `super-state`, and having democracy deficit and recent economic stagnation and immigration crises. Brexit referendum has created a new era for the Union where its weakness and challenges will be loud and clear. These challenges are taken into consideration while debating and analyzing why the EU has not completed its constitutionalism process and specifically why the UK voted in Brexit to leave the EU.

Common basis for the EU constitutionalism such as social identity, catastrophic events, and common history, culture and religion have consi-

---

<sup>83</sup> In 2015 and 2016 the EU experienced an unprecedented influx of refugees and migrants. More than 1 million people arrived in the European Union, most of them fleeing from war and terror in Syria and other countries. the EU-Turkey Refugee Deal in March 2016 aims to stop the uncontrolled flow of migrants across the Aegean Sea.



dered as integrative elements of a constitution. These constitutive elements have been absent in the process of the EU constitutionalism. For instance, national identity is one of the main obstacles for the Union to have its own constitution because the Member States and their citizens tend to preserve their own national identity. National identity and nationalism have preventative role in establishing the common European identity. As a result, the constitutional process cannot be conducted by tradition of classic constitutionalism; it needs to adopt the view of post-nationalism with the concept of modern constitutionalism in order to absorb diversity and pluralism within the Union. Yet the EU has democracy deficit which is one of the main reasons why the people of the Union have not given a legitimate meaning for the constitution. This also has caused preventative influence over the integration process and the participation of citizens to the constitutionalism process. Thus, Brexit is a historic event specifying that the Union failed in creating the common mental process for the citizens, social ordering and cultural ideas and European demos. Brexit means that preserving national sovereignty with high level of legitimacy has been prioritised over the supranational project of the Union with democracy deficit, limited legitimacy given by the citizens, and common mental process of having common identity of the Union.

### **Bibliography**

- ACHIM Hurrelmann, 'European Constitutionalism and Social Integration'. Paper prepared for the Federal Trust/UACES Conference 'Towards a European Constitution', London, 1-2 July 2004, pp.1-23
- ACHIM Hurrelmann, 'European Democracy, the 'Permissive Consensus' and the Collapse of the EU Constitution' (2007) 13 *European Law Journal* pp.343-359
- AVBELJÍ Matej Mi, 'Transformation of EU Constitutionalism' *VerfBlog*, 22.06.2016, <http://verfassungsblog.de/transformation-of-eu-constitutionalism/>, DOI: <http://dx.doi.org/10.17176/20160622-161220>. (Accessed on 11.10.2017)
- AVISHAI Margalit, 'The Ethics of Memory', Cambridge MA: Harvard University Press, 2002, p. 12. quoted by Klabbers Jan and Leino Paivi, 'Death by Constitution? The Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe' (2003) 4 *German Law Journal* pp.1293-1305
- BALLMY Richard, 'The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism' (2006) 13 *Constellations* pp.181-189
- BANKOVISKI Zenon and CHRISTODOULIDIS Emilios, 'The European Union as an Essentially Contested Project' (1998) 4 *European Law Journal* pp.341-354

- BELLAMY Richard, 'Which Constitution for What Kind of Europe? Three Models of European Constitutionalism' (2006) *Legitimationsgrundlagen der Europäischen Union*, pp. 117-132, F. Cheneval, ed., LIT, Available at < <http://ssrn.com/abstract=1525473> > pp.1-19
- BELLAMY Richard, 'Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Reconceptualising the State, Rights and Democracy in the EU', in: Walker Neil, 'Sovereignty in Transition' Oxford: Hart, 2003, pp.167-189
- BOJAN Todosijević, 'Europe in Search of Legitimacy: Strategies of Legitimation Assessed' (2004) 25 *International Political Science Review* pp.435-459
- DARIO Castiglione, 'Contrast and Constitutions' in Bellamy Richard 'Democracy and constitutional culture in the Union of Europe' Lothian Foundation Press, 1995
- DARIO Melossi, 'Security, Social Control, Democracy and Migration within the 'Constitution' of the EU' (2005) 11 *European Law Journal* pp.5-21
- DIETER Grimm, 'Does Europe Need a Constitution?' (1995) 1 *European Law Journal* pp.282-302
- DIETER Grimm, 'Integration by Constitution' (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* pp.193-208
- GERTSENBERG Oliver, 'The New Europe: Part of the Problem-or part of the Solution to the Problem' (2002) 22 *Oxford Journal of Legal Studies* pp. 563-571
- GÜMPLOVA Petra, 'Are EU Exit Referenda Good for Democracy?' 08.08.2016 <http://www.publicseminar.org/2016/08/are-eu-exit-referenda-good-for-democracy/#.WfBqdlu0OM9> (accessed on 11.10.2017)
- HC, Deb 02 August 1961 vol 645 - HC Deb 16 November 1966 vol 736 (Accessed on HANSARD - the transcripts of Parliamentary Debates in Britain and many Commonwealth countries.)
- HORTENSE Goulard, 'French and Greeks like the EU even less than Brits New survey finds rising Euroskepticism in several countries', <<https://www.politico.eu/article/poll-the-eu-is-bad-news-but-britain-shouldnt-leave-it/>> 06/08/2016, (accessed on 28/12/2017)
- IAN Ward, 'Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination' (2001) 7 *European Law Journal*, pp.24-40
- Interview with Robin Niblett 'Bracing for 'Brexit'' Council on Foreign Relations" January 17, 2013 <https://www.cfr.org/interview/bracing-brexit> (accessed on 11.10.2017)
- JAMES Mc Bridge, "the Debate over Brexit" Council on Foreign Relations" 08.04.2016 <https://www.files.ethz.ch/isn/196540/The%20Debate%20Over%20%27Brexit%27%20-%20Council%20on%20Foreign%20Relations.pdf>
- JAMES Tully, 'Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity', Cambridge. CUP, 1995
- JURGEN Habermas, 'Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?' (1995) 1/3 *European Law Journal*, pp.303-307
- KAARLO Tuori, 'The Failure of the EU's Constitutional Project: A Cultural Discrepancy' in (Ed) Nergelius Joakim, *Constitutionalism - New Challenges: European Law from a Nordic Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008

- KHUSHAL Murkens Jo Eric, "The Blunders of Brexit: Economics, Sovereignty, and the Constitution" (05.10.2016) LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2016 <http://ssrn.com/abstract=2848430>. (Accessed on 11.10.2017)
- MICHAEL Gordon, 'The UK's Sovereignty Situation: Brexit, Bewilderment and Beyond...', (2016) 27/3 King's Law Journal, pp.333-343
- MICHAELS Ralf, Does Brexit Spell the Death of Transnational Law?, (Brexit Special Supplement 2016) 17 *German Law Journal* 51-61, pp.51-62
- MÖLLERS Christoph, "Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism", Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, eds, Principles of European Constitutional Law, revised 2nd Ed, Hart Publishing / Verlag CH Beck, Oxford / München, 2011
- RAZ Joseph, 'On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries'. In Alexander, L. (ed.) 'Constitutionalism: Philosophical Foundations', Cambridge: Cambridge University Press, 2011
- RISSE Thomas, 'How Do We Know a European Public Sphere When We See One? Theoretical Clarifications and Empirical Indicators', Prepared for the IDNET Workshop "Europeanization and the Public Sphere", European University Institute, Florence, 20-21.02.2002, Available at <<http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/pi5s1otn.pdf>> (accessed on 10.10.2013) pp.1-18
- SCI CLUNA Nicole, 'European Union Constitutionalism in Crisis', Routledge, London&New York, 2015
- SHAW Jo, 'The Emergence of Post national Constitutionalism in the European Union' <[http://aei.pitt.edu/2385/1/002528\\_1.pdf](http://aei.pitt.edu/2385/1/002528_1.pdf)> (accessed on 11.12.2017) pp.1-25,
- SNYDER Francis, 'The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Process, and Culture' This paper was published by International Conference on Law and Justice in the 21st century. <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/FrancisSnyder.pdf>> (accessed on 10.10.2013) pp.1-23
- VAIDOTAS A.Vaicaitis, 'European Constitutionalism v. Reformed Constitution for Europe' (2010) 1/119, *Jurisprudence*. pp.69–83
- VITO Breda, 'A European Constitution in a Multinational Europe or a Multinational Constitution for Europe?' (2006) 12 *European Law Journal* pp.330-344
- WEILER Joseph H. H., 'In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg', in J. H. H. Weiler and M. Wind (eds), 'European Constitutionalism Beyond the State', Cambridge University Press, 2003
- WEILER Joseph, 'The Constitution of Europe', CUP, 1999
- WEILER Joseph. H. H., 'The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy' (1999) This is the text of a lecture given at the Walter Hallstein-Institute of European Constitutional Law, Humboldt University, Berlin, in the Forum Constitutions Europae (FCE 7/99) pp.1-16,
- WEILER, Joseph. H. H. 'The Transformation of Europe'. (1991) 100/8 *The Yale Law Journal*, pp. 2403–83

WILKINSON A. Michael, `Civil Society and the Re-imagination of European Constitutionalism` (2003) 9 European Law Journal pp.451-472

# CEZA YARGILAMASINDA MAĞDURUN BEYANI VE DELİL DEĞERİ

## VICTIM'S TESTIMONY AND EVIDENCE VALUE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.328331

**Ahmet BOZDAĞ\***  
**Kader SARIUSTA\*\***

### Özet

Ceza muhakemesi hukukumuzda, serbest delil ve serbest değerlendirme sistemleri benimsenmiştir. Bu nedenle hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delilin ispat unsuru olarak değerlendirilebilmesi ve hâkimin vicdani kanaatini etkilemesi mümkündür. Bu bağlamda ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ispatı amacıyla en çok kullanılan araçlardan biri de mağdur beyanıdır. Ancak mağdurun, uyuşmazlığın tarafı olması, yemin etme yükümlülüğünün bulunmaması, sanığa karşı kin ve öfke duyması gibi nedenlerle tarafsız davranması ve doğruyu söylemesi ihtimali oldukça zayıftır. Özellikle de tek delilin mağdurun beyanı olduğu suçlara ilişkin ceza yargılamalarında, mahkeme hangi sebeplerle mağdurun beyanının güvenilir olduğunu ve sanığın beyanın üstün tuttuğunu somut ve inandırıcı gerekçelerle denetime olanak verecek açıklamalıdır. Ceza muhakemesi hukukunda mağdur beyanının sanık beyanından bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, mağdur beyanının tek başına mahkûmiyet kararına esas alınması şüpheden sanık yararlanır ilkesine açıkça aykırı olacaktır.

Bu çalışmada, ceza muhakemesi kapsamında mağdur beyanının delil niteliği ve ispata etkisi üzerinde durularak, maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılırken hem mağdur haklarının tam olarak korunması hem de sanığın masumiyet hakkının korunmasında ölçü kurallar belirlenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Mağdur, mağdur beyanı, delil, ispat, hüküm

### Abstract

In our criminal procedure law, free evidence and free evaluation systems have been adopted. For this reason, it is possible that any evidence obtained in accordance with the law can be regarded as proof and affect the judge's conscientious conviction. In this context, one of the most used tools for criminal proceedings is the victim testimony. However, chance that the victim may tell the truth and be neutral is too slight for he reasons such as his being part of the conflict, having the responsibility to swear, his hatred and grudge against the suspect. Especially in criminal proceedings for offenses where the

---

\* Yrd. Doç. Dr. Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

\*\* Arş. Grv. Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

only evidence is the testimony of the victim, the court must demonstrate by what means that the victim's statement is reliable and that the hypothesis is superior to the statement, allowing for concrete and convincing justification. In the criminal procedure law, victim testimony does not have any advantage over the defendant's testimony. For these reasons, the victim testimony alone is the basis for conviction that will be clearly contrary to the principle of defendant benefit from doubt.

In this study, it was tried to be determined some standard rules not only for protecting the rights of the victim implicitly but also for protecting the presumption of innocence of the suspect while the effect of the suspect's statement on evidence and probative force was put emphasis on and material fact was tried to be reached.

**Keywords:** Victim, Victim testimony, Evidence, Proof, Verdict

## GİRİŞ

Ceza muhakemesi; geçmişte yaşandığı iddia edilen bir vakianın gerçekten meydana gelip gelmediğini<sup>1</sup>, olayın sanık tarafından meydana getirilip getirilmediğini<sup>2</sup> ve ceza hukukundaki sonuçlarını tespit etmek amacıyla yapılan bir yargılama faaliyetidir.<sup>3</sup> Ceza muhakemesinin amacı, şüpheli ve sanığın haklarını ihlal etmemek koşuluyla maddi gerçeğe ulaşmaktır.<sup>4</sup> Zamansal olarak geçmişte kalan ve hukuki değer taşıyan somut olay üzerinden maddi gerçeğe ulaşmak, ceza muhakemesinde aynı zamanda bir görev niteliğindedir.<sup>5</sup> “Delil” ve “İspat” sütunları üzerinde inşa edilmiş olan maddi gerçeğin ise; hukuka uygun, temel hak ve hürriyetler çerçevesinde elde edilmiş olması gerekmektedir.<sup>6</sup> Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için kullanılan araçlar delil olarak nitelendirilir.

Diğer bir ifadeyle deliller; geçmişte olanın ne olduğu, nasıl olduğu konusunda bu günün imkânlarında var olan veya duyularımız vasıtasıyla

---

<sup>1</sup> Ceza muhakemesinde, ceza hükmü içeren kurallara aykırı davranılıp davranılmadığının ancak ortak bir çalışmayla ortaya çıkarılabileceği hakkında bak. CENTEL, Nur / Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015, s. 3.

<sup>2</sup> BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 9.

<sup>3</sup> CENTEL, Nur / Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 196.

<sup>4</sup> TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 6; CENTEL / ZAFER: 2012, s. 6.

<sup>5</sup> KINDHAUSER, Urs: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Ölçüsü”, Çev. Serkan Meraklı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 523.

<sup>6</sup> BİRTEK: 2016, s. 372.

sahip olduğumuz şeylerin genel adıdır.<sup>7</sup> Muhakeme hukukumuzda hâkim, delilleri serbestçe değerlendirir ve vicdani kanaatine göre karar verir. Hâkimin maddi meseleye ilişkin yapmış olduğu zihni faaliyet neticesinde oluşan vicdani kanaatinin temel gerekçesi, onu bu kanaate götüren delillerdir.<sup>8</sup> Bu çalışma kapsamında da ispat hukukuna ilişkin temel ilkelerle birlikte mağdur beyanının delil niteliği ve uygulamada mağdurun beyanının değerlendirmesine ilişkin karşılaşılan sorunlar ele alınmaya çalışılmıştır.

## 1. CEZA YARGILAMASINDA İSPAT, DELİLLER VE DELİLERİN TASNİFİ

### A. İspat Kavramı ve Ceza Muhakemesinde İspat Yükü

İspat, ceza muhakemesinde ortaya atılan veya ona karşı ileri sürülen iddiaya ilişkin bir ikna faaliyetidir. Bunun yanı sıra inandırıcılık, bir durumun salt ortaya konulması ile dahi sağlanabilmektedir.<sup>9</sup> Ortaya atılan vakıanın inandırıcılığı, akıl ve mantık temelli, sağlam delillerle desteklenerek hâkimde vicdani bir kanaat oluşturulmaya çalışılır. Ceza muhakemesinde deliller hiçbir zaman mutlak belirliliği sağlamayabilir, delillerin taraflara gösterdiği ihtimaldir ve ancak ihtimalin belirli bir dereceye varması ile vicdanî kanaat oluşur.<sup>10</sup>

Ceza yargılamasında kural olarak, herkes tarafından bilinen hususlar dışında, maddi vakıaya dair ve hükümde gösterilecek her şeyin ispat araçları vasıtası ile ispatlanması gerekmektedir.<sup>11</sup> Hâkimi, maddi vakıanın gerçekleştiğine veya gerçekleşmediğine ilişkin maddi gerçeğe götürecek olan ispat vasıtalarının, yargılama hukuku bakımından delil değeri taşıması gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında: “Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca

<sup>7</sup> YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 183.

<sup>8</sup> AYDIN, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 33.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus, “İspat Hukukunun Esasları”, Çev. Yener Ünver, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005(8), s. 265.

<sup>10</sup> KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 537.

<sup>11</sup> ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 55.

*ulaşılması, ceza muhakemesinin amacına kesinlikle aykırıdır.”* sonucuna varmıştır.<sup>12</sup> Bir muhakeme faaliyeti olduğu kabul edilen ispat; yargılama süreci sonunda hâkimin vicdani kanaatini her türlü şüpheden uzak ve gerekçeli olarak inşa etmesini sağlar.

Ceza Muhakemesinde ispat yüküne ilişkin olarak; hâkimin yargılama sonucunda oluşturduğu hükmün kollektifliği doğrultusunda, ispatın salt olarak iddia ya da savunma makamlarına yükletilemeyeceği kanaatinde olan müelliflerin<sup>13</sup> yanı sıra, davayı açarak ithamda bulunan iddia makamının bu iddiasını ispat yükümlüğü altında olduğu kanaatinde olan yazarlar<sup>14</sup> da bulunmaktadır. AİHM’in ise, ceza yargılamasında masumiyet karinesini korumak adına iddia makamını ispat yükü altında bıraktığını görmekteyiz.<sup>15</sup> İspat yükünün mahkeme veya iddia görevini üstlenen savcılık makamlarının hangisine ait olduğuna ilişkin ileri sürülen

<sup>12</sup> Yargıtay CGK, T.19.04.1993, E. 1993/6-79, K.1993/108.(www.kazanci.com, 18.03.2017): “Mahkeme özellikle, delilleri değerlendirmek için “her türlü makul şüphenin ötesinde” delil kriterini benimsediğini hatırlatmaktadır. Bununla birlikte böylesi bir delil, yeterince ağır, kesin ve bir biriyle uyumlu bir takım ipuçlarından veya aksi ispat edilemeyen karinelere yola çıkılarak da elde edilebilmektedir.” AİHM Kararı, Özpolat ve Diğerleri / Türkiye, 27.10.2015, 23551/10.

<sup>13</sup> İspat külfetinin hakimince ancak tarafların getirdiği delillere bağlı olarak hüküm kurabildiği sistemlerde söz konusu olabileceği ve ceza muhakemesi hukukunda hakimince delil araştırma yetkisi bulunması sebebiyle ispat külfeti meselesi bulunmadığına ilişkin olarak bkz. YENİSEY / NUHOĞLU, 2014, s. 188.; CENTEL / ZAFER: 2015, s. 729.; ÖZTÜRK, Bahri vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 290.

<sup>14</sup> “Sanık, suçlu olmadığını ispatla mükellef değildir.”, ÖZBEK, Veli Ö., vd. : Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.416.; YAYLA, Mehmet: “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013(3), s. 302.; Ceza Muhakemesinde isnad edilen suçun ispatını sağlayacak delilleri toplama görevinin nasıl olacağına karar verme yetkisinin C. Savcısına ait olduğuna ilişkin bkz. KOCA, Mahmut; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006(2), s. 210.; YENİSEY, Feridun; “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007(4), s. 12.

<sup>15</sup> AİHM Kararı, Capeau/Belçika, T. 13.01.2005, 42914/98; Barbera, Messeque ve Jabardo/İspanya, 06.12.1988, 10590/83, (<https://hudoc.echr.coe.int>, 9.11.2017); “Diğer yandan, Mahkeme, Sözleşme ile öngörülen yargılama usulünün, *affirmanti incumbit probatio* (ispat yükü, iddia eden üzerindedir) ilkesinin titizlikle uygulanmasına her zaman elverişli olmadığını tespit etmektedir.”, AİHM Kararı, Ersin Erkuş ve Diğerleri / Türkiye Davası, 31.05.2016, 40952/07, (www.kazanci.com, 9.11.2017); AİHM Kararı, Rivas/Fransa, 1.04.2004, 59584/00; BİRTEK: 2016, s. 425.



görüş farklılıklarının ötesinde, herkesin hemfikir olduğu nokta, gerek mağdurun gerekse sanığın ispat ile yükümlü tutulamayacağıdır.

Muhakeme sürecinin önemli sükelerinden olan bu kişilerin maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını sağlayacak delillerin ikamesinde iddia veya savunma makamlarına yardımcı olmaları her ne kadar kendi yararlarına olsa da bunun şüpheli, sanık veya mağdur lehine bir ispat yükümlülüğü getirdiğini söyleyemeyiz. Özellikle bir suç işlediği iddiası ile yargılanan kişinin gerek “masumiyet karinesi” gerekse bu karinenin özünde yer bulan “şüpheden sanığın yararlanması” ilkeleri gereği bu iddianın aksini ispatla yükümlü tutulması düşünülemez.

### **B. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkartılması Vasıtası Olarak Deliller**

Delil kavramının Türk Dil Kurumu Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğündeki karşılığı: “*Adli ve idari soruşturmalarda elde edilen, ilgili makamlar tarafından olayın aydınlatılmasına katkısı olabileceği değerlendirilen ve ispat vasıtası olarak kullanılabilen her türlü öge*”<sup>16</sup> şeklindedir. Ceza hukukumuzla ilgili mevzuatta delile ilişkin normatif bir tanımlamaya yer veren tek metin ise; 1983 tarihli Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmeliktir.<sup>17</sup> İlgili Yönetmeliğin 3. maddesinde delil: “*meydana gelen bir suçun aydınlatılması ve suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtası*” olarak tanımlanmıştır.<sup>18</sup>

Deliller, ceza muhakemesinde hâkimin geçmişte olanın ne olduğu ve nasıl olduğu konusundaki bilme zorunluluğundan kaynaklanan ihtiyacı karşılamak ve hâkimin maddi vakıanın sabit olup olmadığı konusunda bir çözüme götürmek üzere kullanılan araçlardır.<sup>19</sup> Bir ispat aracı olma vasfı taşıyan delillerin, yargılama mercilerini belli bir kanaate ulaştıracak ve maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet etme niteliği taşıyabilecek her

<sup>16</sup>TDK, Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, [http://tdk.gov.tr/index.php?option=com\\_bilimsanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&kelimeget=delil&hngget=md](http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&kelimeget=delil&hngget=md) (18.03.2017)

<sup>17</sup> BAYRAKTAR, Bülent: “Muhakemelerde Delillerin Önemi”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011(25), s. 11.

<sup>18</sup> Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, 17 Şubat 1983, S.17962

<sup>19</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 172.

türlü eşya veya insandan elde edilen şey olması mümkündür.<sup>20</sup> Deliller; bir tarafta toplumsal hakların diğer tarafta ise bireyin haklarının savunulma ihtiyacı içinde bulunulan ceza usul hukukunda, bu iki hak grubunun kesişim alanında yer alan ve sonuç itibarıyla en az güvenilen konudur.<sup>21</sup>

Ceza muhakemesinde ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi mümkün olan delillerin türlerine, önem derecesine veya ileri sürülme zamanına ilişkin bir kısıtlama yapılmış olmamakla birlikte, delillerin taşınması veya taşınmaması gereken kimi niteliksel sınırlandırmalara kanun koyucu zorunlu olarak yer vermiştir. Şüphesiz ki, bu sınırlandırmalardan en önemlisi hukuka aykırı yollarla ele geçirilen delillerin ispata konu edilemeyeceğine ilişkin düzenlemelerdir.<sup>22</sup> Ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğin hukuka uygun, temel hak ve özgürlüklere saygılı bir biçimde ortaya çıkarılması temel amacının sağlanmasında<sup>23</sup> yol gösterici olan delillerin de hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir.

Delillerin kendilerinden beklenen belirliliği<sup>24</sup> sağlayabilmeleri ve yargılama makamlarınca değerlendirilebilir olmaları için taşınması gereken temel özellikler ise; olayı temsil edici, elde edilebilir, akıl ve mantığa dayalı, sağlam, güvenilir, gerçekçi ve müşterek<sup>25</sup> olmalarıdır.<sup>26</sup>

Bilimsel kesinliği sağlayan herhangi bir maddi vakiyaya ya da mağdur beyanı gibi bir insana dayansa da delillerin bir insanın tecrübe ve mantık kuralları süzgecinden geçirilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>27</sup> Bu şekilde delillerin bir zihinsel değerlendirme süzgecinden geçirilmesinde ispat hukukuna ilişkin ilkeler de

---

<sup>20</sup> ÖZBEK, 2017, s. 416.

<sup>21</sup> PRADEL, Jean: Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Çev. Sulhi Dönmezer, Beta Basım, İstanbul, 2000, s. 147.

<sup>22</sup> Anayasa md.38, Ceza Muhakemesi Kanunu md.217/2, md.148

<sup>23</sup> CENTEL / ZAFER: 2012, s. 6.

<sup>24</sup> YENİSEY / NUHOĞLU, 2014, s. 184.

<sup>25</sup> “Hukuk yargılamasındaki ispat külfetinin ceza muhakemesinde “araştırma mecburiyeti” olarak bu şekilde anlaşılması, ispat edilen delillerin, duruşmada objektif olarak ortaya konularak, muhakemenin tüm taraf, makam ve kişilerince tartışılmış olması gerekir. Aksi halde ceza muhakemesinin taşıdığı objektif anlam, kamu aleyhine sonuç doğurur.”, YENİSEY: 2007, s. 11.

<sup>26</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 173; CENTEL / ZAFER: 2015, s. 221; ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 56.

<sup>27</sup> BİRTEK: 2016, s. 466.

işletilmektedir. Eldeki delil şüpheli veya sanığın suç işlediğine ilişkin ikrarı da olsa, diğer delillerle birlikte yargı mercilerinin zihinsel değerlendirmesi neticesinde yargılama mercilerinde yaratmış olduğu vicdani kanaat kişinin ikrar edilen suçu işlediğine ilişkin olmayabilir.<sup>28</sup> Dolayısıyla hâkimleri maddi vakıaya ilişkin gerçeğe ulaştıracak, işlenmiş olan suçun ispatını ve yargılamanın ivedi ve adil bir şekilde gerçekleşmesini sağlayacak olan en önemli unsurlar delillerdir.<sup>29</sup>

### C. Ceza Muhakemesi Hukukunda “Delillerin Serbestliği” İlkesi ve Delil Türleri

#### 1) “Delillerin Serbestliği” İlkesi

En basit anlatımıyla her şeyin her şeyle ispat edilebilmesi anlamına gelen “delillerin serbestliği ilkesi”<sup>30</sup>, ceza muhakemesinde ispat hukukuna ilişkin en temel prensiptir.<sup>31</sup> İspat konusu vakianın geçmişe ait hangi zaman gerçekleşeceği önceden bilinemeyecek bir zaman diliminde ortaya çıkmış olması, muhakeme hukukuna konu oluşturan bu vakianın sübut bulup bulmadığının ve belirsizliğin yok edilmesini sağlayacak her türlü delilin kullanılabilir olmasının gerekçesini oluşturmaktadır. Bireylerin özel hukukta olduğu gibi hukuki ilişkilerini belli delillerle ispat etmeleri beklentisinin ceza muhakemesinde karşılık bulması çok mümkün olmayabilir. Zira kişiler bir suç işlenebileceği ihtimalini öngörme ve karşılaştıkları vakıayı ispat etme mükellefiyeti altında bırakılamaz.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> BAYRAKTAR: 2011, s. 16.

<sup>29</sup> KARABULUT, vd.: “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015(120), s. 402.

<sup>30</sup> “Ceza muhakemesinde hangi hususun hangi delillerle ispat olunacağı konusunda bir sınırlama bulunmayıp, yargılamayı yapan hâkim hukuka uygun şekilde elde edilmiş akla, bilime ve mantığa uygun olan her türlü delili kullanmak suretiyle sanığın aleyhine olduğu kadar, lehine olan delilleri de araştırıp değerlendirerek şüpheden arınmış bir sonuca ulaşmalıdır.” Yargıtay CGK, E. 2013/1-40, K. 2014/318, T. 10.6.2014. www.kazanci.com (18.03.2017).

<sup>31</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 172.; ÖZBEK, 2017, s.459.

<sup>32</sup> CENTEL / ZAFER: 2012, s. 197; CMK'nın “Duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapıp yapılmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir. Tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yöneltilebilir.” Şeklindeki 222. Maddesindeki hüküm ile ceza muhakemesindeki delil serbestisine sınırlı olarak istisna getirilmiştir. Ayrıca Ceza muhakemesi hukukunda özel hukuk ile bağlantılı olan “açığa imzanın kötüye kullanılması” (TCK m. 209) ve “yalan yere yemin” (TCK m. 275) suçlarının ancak yazılı delille ispat edilebileceği, bu suçlar bakımından delil serbestisinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi ve karşı görüş için bkz:

Delillerin serbestliği prensibine ait bir netice olarak mutlak anlamda her şeyin delil olarak kullanılabilir olmadığına daha önce ceza muhakemesinin amacına ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalarımızda değinmiştik. Bu hususla ilgili olarak aranması gereken ilk koşul; ispat aracı olarak gördüğümüz şeylerin delillerin taşınması gereken özelliklere sahip olması zorunluluğu<sup>33</sup>, ikincisi ise; bu unsurları barındıran ve delil vasfı taşıyan bu şeylere hukuka uygun yollardan ulaşılmış olmasıdır.<sup>34</sup>

Ceza muhakemesinde kural olarak “delil serbestisi ilkesi” kabul edildiğinden, maddi gerçeğe ulaşmak için, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delilin, ispat vasıtası olarak kullanılabilirliği kabul edilmektedir<sup>35</sup> (CMK m. 217/2). Ancak ceza muhakemesinde hâkim, sadece duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış hukuka uygun delilleri hükme esas alabilir (CMK m.217/1)<sup>36</sup>. Delillerin elde edilmesinde ve değerlendirilmesinde serbestlik ilkesinin benimsenmiş olması, hâkimin hüküm kurarken keyfi olarak hareket edebilmesine olanak sağlamaz. Hâkim, hükmünü delilleri serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatine göre verir. Ancak kendisini bu kanaate götüren ispat unsurlarını olayla ilişkilendirerek ve gerekçesini<sup>37</sup> şüphe bırakmayacak şekilde açıklayarak kararında göstermek zorundadır.<sup>38</sup>

## 2) Ceza Yargılamasında Delillerin Değerlendirilmesi ve Delil Türleri

Ceza Muhakemesi Kanunu “delileri takdir yetkisi” başlığını taşıyan 217. maddesinde, delillerin serbestliği ilkesinin yanı sıra, hâkimin mevcut

---

Birtek, s. 266-275; CENTEL/ZAFER, s. 721; YİBK, T. 24.03.1989, E. 1988/1, K. 1989/2 (www.kazanci.com).

<sup>33</sup> ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 600., Delil serbestisi ilkesinin bir bulgu veya beyanın delil olarak kabul edilmesi için belli vasıflara sahip olması gerektiği yönündeki prensibi ortadan kaldırmayacağına ilişkin bkz., BİRTEK: 2016, s. 43.

<sup>34</sup> YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 166.

<sup>35</sup> ÖZTÜRK, 2013, s. 295-296.

<sup>36</sup> ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 50.

<sup>37</sup> Mahkemenin gerekçe gösterme zorunluluğu var ise de, ispat açısından serbestçe değerlendirme ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin olarak bkz. ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 55.

<sup>38</sup> “Anayasa'nın 141. maddesi gereğince bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması gereklidir. Gerekçenin önemi Anayasal olarak hükme bağlanmakla gösterilmiş olup gerekçe ve hüküm birbirine sıkı sıkıya bağlıdır.”, Yargıtay 8. HD, E. 2012/5106, K. 2012/6952, T.10.7.2012. www.kazanci.com (18.03.2017).

delilleri vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirebileceğini<sup>39</sup> de hüküm altına almıştır. Bu düzenlemeden hareketle serbestliğin yalnızca delillere mahsus olmadığını, aynı zamanda delillerin değerlendirilmesinde de serbestlik ilkesinin geçerli olduğunu söyleyebiliriz.<sup>40</sup> Ancak delilleri değerlendirme serbestisine sahip olması yargılama mercilerine istedikleri delilleri toplama, istemediklerini toplamama veya değerlendirmeme lüksü tanımaz. Her ispat vasıtası daha sonra ortaya çıkan başka bir ispat vasıtası ile etkisiz veya değersiz hale getirilebileceğinden, bu serbestlik ancak olayla ilgili tüm deliller toplandıktan sonra, bütün ispat vasıtalarının birbiriyle olan ilişkileri dikkate alınarak<sup>41</sup> değerlendirme ve vicdani kanaatin oluşumuna ilişkin bir serbestliktir.<sup>42</sup> Hâkimin önüne gelen bir olaya ilişkin tek delili olayı gören kişinin tanıklığı ise tanık dinlenmeksizin hüküm kurulmuş olması hukuka aykırılık oluşturacaktır.<sup>43</sup>

Bununla birlikte delillerin takdiri konusunda hâkime, bütün delilleri bir yapbozun parçaları gibi birleştirerek ortaya çıkan şekli vicdani

<sup>39</sup>Hâkimin delilleri değerlendirme serbestisinin sınırlarına ilişkin üç halin mevcudiyetinden bahsedilebilir; hâkimi mahkûmiyet hükmü vermeye mecbur kılan tutanakların mevcudiyeti, bilirkişinin teknik hükmü ve birbirinin tamamlayan deliller teorisi gereği hâkimin en az iki delil bir araya geldiğinde karar verebilmesi. Birbirini tamamlayan deliller teorisi; İtalya’da mahkûmiyete ilişkin hükmün ancak fiilin ağır, kesin ve birbirinin anlamını tamamlayan, birbiriyle ahenkli birden fazla emareye dayalı olarak ispatlanmış olmasıyla kurulabileceği şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Almanya’da aynı ilke; tek başına “oui dire” in (dolaylı tanığın) mahkûmiyete esas teşkil edemeyeceği ancak başka bir delille desteklenmesi gerektiği şeklinde içtihatlarla konu olmuştur. PRADEL: 2000, s. 182.

<sup>40</sup> ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 54.

<sup>41</sup> KINDHAUSER: 2014, s. 534.

<sup>42</sup> ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 640; “Kendi içinde ve birbiri ile çelişen beyanları arasındaki açık aykırılık duraksamaya yer vermeyecek şekilde giderilip, lehe-aleyhe tüm beyanlar değerlendirilip mağdurun ve tanığın mahkeme beyanlarına hangi nedenlerle üstünlük tanındığı karar yerinde denetlenebilir şekilde açıklanıp tartışılmadan, mağdur ile sanığın ailevi sorunları olduğundan bahisle, genel geçişli ifadeler kullanılıp, eksik soruşturmayla yetinilerek duruşmaya devamla yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş...”, Yargıtay 6. CD, E. 2013/31834, K. 2016/6322, T. 25.10.2016. www.kazanci.com , (18.03.2017)

<sup>43</sup> Yargıtay 4. CD, E. 2006/10156, K. 2008/14600, T. 25.6.2008; Bu durum aynı zamanda soruşturmanın etkin şekilde yapılmamış ve suçun sübutuna etkisi mutlak sayılan delillerin toplanmamış olması gerekçesiyle bir iddianame iade sebebi de oluşturur. (CMK md.171)

kanaatine göre değerlendirme takdir yetkisi tanınmıştır<sup>44</sup>. Ceza muhakemesinde hâkime tanınan vicdani kanaat; CMK'nın 217. maddesinin madde gerekçesinde ve doktrinde açıklandığı üzere: “akla dayalı izlenim”, “tecrübe kurallarına göre bir takdir” ve “belirli kural, ilke ve araçların eşliğinde yürüyen akli muhakeme sürecinin sonucunda ulaşılan, gerekçelendirilmesi ve denetlenmesi hukuken mümkün” kanaattir.

Hâkim, duruşmada tarafların ileri sürdüğü delillerin tamamını değerlendirerek, vicdani kanıya uygun bir sonuca ulaşmak zorundadır. İleri sürülen deliller ve karşıt delillere göre, vicdani kanı oluşturma süreci de farklılıklar gösterebilir. Sonuçta hâkim, belirli kural, ilke ve araçların eşliğinde yürüyen, akli muhakeme sürecinin sonucunda gerekçelendirilmesi ve denetlenmesi mümkün, bilime, akla ve gündelik hayattan edinilen karine niteliğindeki bilgilerle uyumlu bir sonuca varmalıdır.<sup>45</sup> Dahası hâkim objektif kriterlerle kanıtlanabilirlik taşımayan asılsız telkinlere ve iç sesine dayanarak delil değerlendirmesinde bulunamaz.<sup>46</sup>

Ceza yargılama hukukunda delil olarak kabul edilen şeylere ilişkin konu, içerik veya kaynak bakımından çok çeşitli sınıflandırmalar yapılagelmiştir. Mesela, delillerin içerikleri bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulması halinde; tanıklığa veya şهادete dayanan deliller ve maddesel veya somut deliller olarak ikiye ayrılması mümkündür.<sup>47</sup> Buna benzer yapılmış olan bir diğer tasnife göre de deliller; olayı temsil eden/ tarihi deliller ve temsil edici olamayan (birçok müellife göre de delil türü olmaktan çok delilin içeriğinin doğruluğunun önceden kabulü sayılan) karinelere oluşmaktadır.<sup>48</sup> Delilleri tasnif konusunda kabul gören öğretilerdeki genel görüşe göre; öncelikle doğrudan ve dolaylı

<sup>44</sup> “Maddenin birinci fıkrasında yer almış ikinci temel ilke, hâkimin kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayalı vicdani kanaatine dayandırabileceğidir”, (CMK m. 217'nin madde gerekçesi).

<sup>45</sup> Yargıtay 4. CD. E. 2013/35836, K. 2016/1885, T.08.02.2016. www.kazanci.com (18.03.2017)

<sup>46</sup> WALTER, Tonio: “Ceza Muhakemesinde İspat Yükü”, Çev. Koray Doğan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.544.

<sup>47</sup> FISHER, Barry A. J.: “Techniques of Crime Scene Investigation”, CRC Press, 2004, www.murdercube.com (07.03.2017)

<sup>48</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 178.

delil olarak ikili bir ayrıma<sup>49</sup>, bu ayrımın altında da belge, beyan ve belirti delilleri şeklinde bir ayrıma tabi tutuyoruz.<sup>50</sup>

Beyan delilleri; şüpheli, sanık, mağdur, suçtan zarar gören, katılan veya bu kişiler dışındaki üçüncü kişilere ait<sup>51</sup>, uyuşmazlık konusu maddi olaya ilişkin mahkeme/ hâkim/ iddia makamı huzurunda yapılan sözlü açıklamalardır. Beyan delili maddi vakıya ilişkin olarak kaynağı insan olan, bu sebeple de hata veya yanılma ihtimali diğer delil türlerine oranla daha yüksek olan bir delil türüdür.<sup>52</sup> Ceza muhakemesinde mağdur ve suçtan zarar görenin beyanı da beyan delili olarak kabul edilmektedir.<sup>53</sup> Şüpheli, sanık veya mağdur gibi kişilerin maddi vakıyadan doğrudan etkilenmiş olmaları dolayısıyla beyanda bulunurken daha ziyade kendilerinin lehine olan bazı hususları öne çıkartması gibi bir netice ortaya çıkabilmektedir.<sup>54</sup>

## 2. MAĞDUR BEYANI VE CEZA YARGILAMASINDA İSPATA ETKİSİ

### A. Mağdur Kavramı

“Mağdur” kelimesi, Arapça zulüm, merhametsizlik, haksızlık anlamına gelen “gadr” kelimesinden türetilmiş bir kavram olup<sup>55</sup>, hukuk literatüründe de suçtan veya haksız bir fiilden zarar görmüş kimse olarak tanımlanmıştır.<sup>56</sup> Mağdur; bir suç işlenmesi veya sosyal kurallardan birinin

<sup>49</sup> CENTEL / ZAFER: 2015, s. 222.

<sup>50</sup> YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 192; BİRTEK: 2016, s. 71.

<sup>51</sup> Beyan delillerinin; sanık beyanı, tanık beyanı ve sanık dışındaki kişilerin (katılanın, mağdurun, şikâyetçinin, malen sorumlunun) beyanı şeklinde incelendiğine de rastlanılmaktadır. Bkz. YENİSEY, NUHOĞLU, 2014, s. 192; Yargıtay 14. CD, E. 2014/2284, K. 2016/2015, T. 01.03.2016. www.kazanci.com (18.03.2017)

<sup>52</sup> Kişiyeye bağlı deliller bakımından bilgilerin alınması ve naklinde etkili olan başlıca hata kaynakları; somut olayın algılanması, olayın kaydedilmesi, olayı nakledenin beyanda bulunma yetkinliği, ifadenin inandırıcılık değeri, olayın algılanmasında etkili olan faktörlerdir. JAHN, Matthias: “Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirmesi ve İnandırıcılık Muhakemesinin Temelleri”, Çev. G. Ayhan Aygörmöz Uğurlubay, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 596.

<sup>53</sup> CENTEL / ZAFER: 2012, s. 201.

<sup>54</sup> BİRTEK: 2016, s. 77.

<sup>55</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 20.04.2017, s. 2.

<sup>56</sup> YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 758.

çığnemiş olması dolayısıyla zarara uğrayan veya bu gibi eylemlerden etkilenen kişi olarak da tanımlanmıştır.<sup>57</sup>

Ceza hukukuna ilişkin mevzuatta mağdur kavramı, ilk defa 5 Mart 2013 tarihli ve 28578 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinde: “*mağdur, kendisine veya birinci dereceden aile üyelerinden birine karşı işlenen suçun fiziksel, duygusal veya maddi sonuçları sebebiyle desteğe ihtiyaç duyan kişi*” olarak tanımlanmıştır (m.4/1-p).<sup>58</sup> Ayrıca henüz taslak aşamasında bulunan Suç Mağdurlarının Korunması Hakkında Kanun taslağında da mağdur kavramına ilişkin tanımlama; “*mağdur; kendisine karşı işlenen suç nedeni ile zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişi*” şeklinde yapılmıştır.<sup>59</sup>

Bugüne kadar yapılmış tanımlamaları da dikkate alarak ceza hukuku bakımından mağdur; işlenen suçun konusu kişilik hakları veya malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı olması nedeniyle suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalmış olan kişidir.<sup>60</sup> Dolayısıyla bir kişinin suçun mağduru olması için, suçun konusunun kendisine ait olması<sup>61</sup>, işlenen suçun kişilik haklarını veya mülkiyet hakkını ihlal etmiş olması ve ihlal sonucunda doğrudan doğruya zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi geçirmiş olması gerekir.

Kişilik hakkı veya mülkiyet hakkı ihlal edilmediği halde, işlenen suçtan zarar görmüş kişiler ise, “suçtan zarar gören kişi” olarak ifade edilebilir.<sup>62</sup> Ancak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ve diğer

<sup>57</sup> ŞAHİN, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 119; YÜCEL, Mustafa T: Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, 4. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007, s. 38.

<sup>58</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Yardımla İlgili 14 Haziran 2006 Tarihli ve 8 Sayılı Tavsiye Kararı’nda mağdur, “*bir üye ülkenin ceza hukukunun ihlali ile sonuçlanan eylem ve ihmaller dolayısıyla fiziksel veya zihinsel yararlanma, duygusal acı veya ekonomik kayıp dâhil zarara uğramış gerçek kişi*” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>59</sup> ÖZDEMİR, Muhittin: “Suç Mağdurlarına Yardım İçin Yeni Bir Başlangıç”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu 30-31 Ekim 2014, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Yayın No: 1, 2015, s. 121.

<sup>60</sup> KUNTER, Nurullah vd: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 373.

<sup>61</sup> ARTUK, Mehmet Emin vd: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 280-283.

<sup>62</sup> AKDEMİR, Süleyman: Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, 1. Baskı, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları, İzmir 1988, s. 12.



mevzuatta, birçok maddede suçtan zarar gören kişi ve mağdur aynı kişi gibi gösterilmiş ve birbirinin yerine kullanılmıştır. Suçtan zarar gören kişiyi daha geniş kapsamda düşünerek mağdurun zarara uğramış olmasından maddi veya manevi etkilenecek çıkarları zedelenecek kişi olarak tanımladığımızda<sup>63</sup>, her mağdurun aynı zamanda suçtan zarar gören veya zarar görme tehlikesi altında olan kişi olarak CMK’ da suçtan zarar görene tanınan haklardan faydalanması gerektiğini söyleyebiliriz.

### **B. Mağdur Beyanı ve Mağdurun Yemin Yükümlülüğü**

Ceza muhakemesi bakımından mağdur beyanı, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında başvurulabilen ve beyan delili niteliği taşıyan bir ispat vasıtası olarak kabul edilmektedir. Suç teşkil eden fiilin bizzatı kendisi üzerinde gerçekleşmiş olması itibarıyla mağdur, olaya ilişkin en iyi aktarımda bulunabilecek kişi iken olayın tarafı olması ve insan doğası gereği olayı tarafsız şekilde nakletmesi mümkün görülmemektedir.<sup>64</sup> Bununla birlikte, hukuki konum itibarıyla mağdurun şüpheli veya sanık gibi muhakeme sürecinde uyuşmazlık konusu olayda rol oynayan bir süje olduğunu da göz ardı etmemek gerekir. Açıklamaları iftira veya hakaret gibi bir suç teşkil etmedikçe, iddia makamında yer alan mağdur ve katılan beyanları dolayısıyla cezalandırılmazlar.<sup>65</sup> Mağdurun ve şikâyetçinin haklarının düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 4. kitap 1. kısmında, mağdurun tanık olarak beyanına başvurulmasında yemin hariç tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır (CMK m. 50, 236).

Tanık Koruma Kanunu’nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesinde de tanık tanımlaması içerisine tanık olarak dinlenen suç mağdurlarının ve yakınlarının da dâhil edildiği görülmektedir.<sup>66</sup> Ancak bu düzenlemelerden hareketle tanık olarak dinlenmiş olması halinde mağdurun beyanına, tanık beyanı ile aynı değerin atfedilebileceği

<sup>63</sup> YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 99; TURANLI, Asiye M: Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdurun Korunması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 2.

<sup>64</sup> ÖZTÜRK, Bahri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 321.

<sup>65</sup> AYDIN: 2014, s. 77.

<sup>66</sup> “Tanık: Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişiyi, tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurlarını ve bu Kanunda belirtilen yakınlarını...” Tanık Koruma Kanunu m.2

çıkarmasında bulunulması doğru değildir.<sup>67</sup> Henüz katılan sıfatını kazanmamış olan suçtan zarar gören ve mağdurun beyanın elde edilebilmesi ve delil olarak kullanılabilmesi için ceza yargılaması mevzuatımızda böyle bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak gerek katılan sıfatıyla gerekse tanık sıfatıyla beyanı alınmış olsun mağdurun beyanı, tanık beyanından çok sanık beyanına benzerlik gösterir.<sup>68</sup> Bu bakış açısı yargılama makamları tarafından beyanına başvurulmuş mağdur, katılan, suçtan zarar gören gibi bu kişilerin beyanlarının delil olarak değerlendirilmesinde sanık beyanı gibi yaklaşılmasını gerektirmektedir. Yemin dahi etme yükümlülüğü olmaksızın beyanına başvurulmuş mağdurun beyanına, tanığın beyanı ile aynı değer atfedilmesi de kanımızca doğru değildir. Tanığın, beyanda bulunurken yalan söylemekten caydırma amacını taşıyan sistematik önlemlerle<sup>69</sup> elde edilen delile güvenilirlik ve inandırıcılık sağlanacağı muhakkaktır. Tanığın kural olarak dinlenmeden önce veya dinlendikten sonra yemin etme yükümlülüğü altında olması<sup>70</sup> ve yalan tanıklık yapması halinde yalan tanıklık suçundan<sup>71</sup> cezalandırılması, tanığın beyanına yönelik inandırıcılığı ve güvenilirliği sağlamaya yönelik en önemli tedbirlerdir.

Yemin, tanığa beyanda bulunurken doğruyu söylemesi hususunda içsel bir baskı yaratmaktadır.<sup>72</sup> Ceza Muhakemesi Kanunu m. 236'ya göre; tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç<sup>73</sup>, tanıklığa ilişkin

<sup>67</sup> Mağdurun duruşmada yaptığı açıklamaların delil değeri taşımakla birlikte “tanık beyanı” olarak ele alınamayacağına “*sanıktan gayri tarafın beyanı*” şeklinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 202.

<sup>68</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 196.

<sup>69</sup> Tanıkların doğruyu söylememe ihtimalini ortadan kaldırmak adına öngörülmuş tedbirlere ilişkin bkz. TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 181.

<sup>70</sup> “Tanıklar, tanıklıktan önce ayrı ayrı yemin ederler. Gerektiğinde veya bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenilmesinin uygun olup olmadığında tereddüt varsa yemin, tanıklığından sonraya bırakılabilir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcıları da tanıklara yemin verirler”. (CMK m. 54).

<sup>71</sup> “Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.” (TCK m. 272).

<sup>72</sup> GÜNGÖR, Devrim: “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015 (2), s. 309.

<sup>73</sup> Muhakeme evresinde mağdura yönelik bir suçlamanın olmaması dolayısıyla mağdurun, şüpheli veya sanığı suçlayıcı beyanda bulunma zorunluluğu ve susma hakkı

hükümler mağdura da uygulanacaktır ve yalan beyanda bulunmaları halinde mağdurun yalan tanıklıktan değil de iftira veya benzer bir başka suçtan cezalandırma ihtimali gündeme gelecektir.<sup>74</sup> Bunun dışında tanıkların çağrılma, çağrıya uymaması halinde zorla getirilme ve dinlenme usulüne ilişkin düzenlemelerin mağdur bakımından aynen uygulanacağını söyleyebiliriz.

Mağdur, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından zorunluluk bulunması halinde, tanıklığına başvurulacak ise ancak tek bir defa dinlenebilir ve bu dinleme sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmak zorundadır. Bu kişilerin yanında mağdurun atanmış vekili veya zorunlu vekillik gerektiren bir durum mevcutsa zorunlu vekili de dinleme sırasında mağdurun yanında bulunabilir (CMK m.243-236). Yargılama konusu olayın mağdurunun veya suçtan zarar görenin dinlenilmesinde tanıklığa ilişkin hükümlerin (yemin hariç) uygulanacak olması uyumsuzluğun tarafı olan mağdur ve suçtan zarar görenin tanık olduğu anlamına gelmez<sup>75</sup>. Bu hüküm mağdurun ve suçtan zarar görenin tanık olarak kabul edildiğini ifade etmek için değil, bu süjelerin çağrılma ve dinlenme usulünün aynı olduğunu vurgulamak için düzenlenmiştir. Ancak AİHM, tanık kavramını otonom bir kavram olarak ülkelerin iç hukuklarından bağımsız olarak değerlendirmekte ve soruşturma ve kovuşturma konusu olayların şüphelisi veya sanığı dışındaki tüm dinlenen kişileri tanık olarak kabul etmektedir<sup>76</sup>.

### C. Mağdur Beyanın İspat Bakımından Değerlendirilmesi

Ceza muhakemesi hukukumuzda, serbest delil ve serbest değerlendirme sistemlerinin benimsemiş olması dolayısıyla hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delilin ispat unsuru olarak değerlendirilebilmesi ve hâkimin vicdani kanaatini etkilemesi potansiyeli

bulunmamaktadır. Bu durumun sonucu olarak davaya katılmış olsun olmasın mağdurun veya suçtan zarar görenin doğruyu söylemesini sağlamak için yemin yükümlülüğü altında bırakılmamıştır. AYDIN: 2014, s. 77.

<sup>74</sup> TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 197; Yeminin ceza yargılamasında tarafsız konumda olan süjeler bakımından başvurulacak bir doğrulama aracı olduğu, katılan veya henüz bu sıfatı kazanmamış olan mağdurun maddi vakiada taraf/süje olmaları itibarıyla tarafsız kabul edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. BİRTEK: 2016, s. 172.

<sup>75</sup> YETİMOĞLU, Melike Ezgi: Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Gizli Tanıklık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Galatasaray Üniversitesi SBE), 2014, s. 19; Karşı görüş için bkz: ÖZTÜRK vd., s. 300.

<sup>76</sup> BİRTEK, s. 110.

mevcuttur. Bu anlamda özellikle beyan delilleri ispat hukukunda ayrı bir değere sahiptir. Çünkü çoğu zaman yargılama konusu olayın ispatını sağlayacak olan tek delil, olayı gören, yaşayan veya duyan kişilere ait beyanlardır.<sup>77</sup> Bu kişilere biz maddi vakıa ile olan ilişkilerine göre şüpheli, sanık, mağdur, suçtan zarar gören veya tanık gibi isimler verebilmekteyiz. Beyan delillerinin ispat bakımından sahip olduğu değere ilişkin açıklamalara şerh olarak şunu düşebiliriz ki; kimi zaman sehven<sup>78</sup>, kimi zaman kasti olarak yanılma, doğrudan sapma ihtimali bu delil türü bakımından her zaman mevcuttur. Bu sebeple çoğu zaman yalnızca sanığın suçu işlediğine ilişkin ikrarına veya mağdurun suç isnadında bulunduğu beyanına dayanılarak kurulan mahkûmiyet hükümleri yüksek mahkeme tarafından bu beyanları destekleyen başka delilin bulunmaması ve şüphenin aşılanamış olması gibi gerekçelerle bozulmaktadır.<sup>79 80</sup>

Beyan delilleri arasında özellikle mağdur beyanının doğruluğu, tarafsızlığı veya gerçeği yansıtmama ihtimali daha ağırlıklıdır. Zira mağdurun şüpheli ve sanık gibi muhakeme sùjelerinden biri olması, dahası şüpheli ve sanık ile menfaat çatışması içerisinde olması<sup>81</sup>, maddi vakıanın doğrudan tesiri altında bulunması ve doğruluğu güvence altına alan yemin verdirilmeden beyanının alınması gibi nedenlerle tarafsız

<sup>77</sup> Common law ÷lkelerinde, delillerin serbestliğinin daha az olduğu ve bazı mutlak veya nispi delil yasaklarının mevcut olduğu gör÷lmektedir. Bunun beyan delillerine ilişkin önemli bir örneğini “oui dire” yani olaya şahsen tanık olmayan kişinin tanık olanlar tarafından edindiğı bilgilere ilişkin tanıklığını oluşturmaktadır. Bu delil türü, bilginin kaynağında bulunan kişinin sorgulanamaması, yemin ettirilememesi gibi sebeplerle yasaklanmış olmakla birlikte bu yasak mutlak olmayıp çeşitli istisnaları mevcuttur. PRADEL: 2000, s. 160.

<sup>78</sup> “Yaşanan bu ve benzeri pek çok olayda suç mağdurlarının suçun işlendiğı sırada gördükleri faili yanlış teşhis ettiği anlaşılmıştır.”, GÜNGÖR: 2015, s. 311.

<sup>79</sup> “Soyut ikrara dayalı olarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Sanığın baskıya dayalı olduğunu belirterek kabul etmediğı kolluk ifadesi dışında, isnat olunan suç işlediğine ilişkin kuşku sınırını aşacak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraatı yerine yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirir.” Yargıtay 10. CD. E. 2005/1716, K. 2006/19. T. 23.01.2006.

<sup>80</sup> “Ceza muhakemesi hukuku bakımından beyana dayalı olarak ispatın tam sağlanabilmesi için belli koşulların varlığı gerekmektedir; bunlardan ilki aynı olaya ilişkin aynı doğrultuda en az iki kişinin beyanda bulunması, bu kişilerin olayı bizzat gözlemlemiş olması, beyanın kesinlik içeren cümleler kurularak ifade edilmesi (hatırladığım kadarıyla, sanki, gibi türünden belirsiz kavramlar kullanılmaması) ve beyanların muhakeme sürecinin her aşamasında aynı olmasıdır”., GARRAUD, F.: “Kıta Avrupası Delil Sistemi Tarihi”, Çev. Devrim Aydın, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2016 (32), s. 202.

<sup>81</sup> AYDIN: 2014, s. 78.

beyanda bulunması beklenemez ve kabul edilemez. Bu nedenle mağdurun, öç alma duygusuyla hareket edebileceği, sanığa daha çok zarar vermek amacıyla isnadı ağırlaştırmaya çalışabileceği veya gerçekte işlenmiş bir suç olmamakla birlikte nefret, intikam, menfaat temini gibi sebeplerle gerçeğe aykırı beyanda bulunabileceği göz önünde bulundurularak beyanı değerlendirilmelidir.<sup>82</sup>

Yargıtay ve doktrin tarafından mağdurun beyanının delil değeri tespit edilirken, mağdurun ruh sağlığı, yaşı, kişiliği, beyanların çelişkili olup olmadığı<sup>83</sup>, mağdur ve fail arasındaki ilişki, mağdurun güvenilirliği ve ahlaki durumu, sanığın savunmaları ile çelişip çelişmediğinin tespit edilmesi ve buna göre hüküm verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.<sup>84</sup> Özellikle de tek delilin mağdurun beyanı olduğu suçlara ilişkin yargılamalarda olduğu gibi mahkeme hangi sebeplerle mağdurun beyanının güvenilir olduğunu ve sanığın beyanından üstün tuttuğunu somut ve inandırıcı gerekçelerle denetilmeye olanak verecek şekilde ortaya koymalıdır.<sup>85</sup> Öte yandan Yargıtay'ın münhasıran ispat bakımından sorun teşkil eden cinsel suçlarla ilgili olarak geliştirmiş olduğu “*her ne kadar delil olmasa da şikâyetçi kadının beyanı esas alınarak sanığın cezalandırılmasına*”, daha yaygın kullanımıyla “*kadının beyanı esastır*” şeklindeki gerekçesi de mağdurun beyanına atfedilmiş olan değer itibarıyla doktrin<sup>86</sup> ve uygulamada tartışılmaktadır.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> KOCAOĞLU, Serhat Sinan: Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 530; GÖKCEN, Ahmet, vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 356.

<sup>83</sup> Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde farklı beyanlarda bulunan mağdurun ya da tanığın beyanı hükme esas alınmamalıdır. Zira hangi aşamada tanığın, mağdurun veya sanığın doğruyu söylediğini tespit etmek çoğu zaman mümkün değildir. Çelişkili bir ifade de eğer çelişki bir mantık çerçevesinde ve şüpheden uzak bir şekilde giderilememişse, izlenmesi gereken metodoloji sanığa ceza verecek bir formül yaratmak değil, tam olarak giderilemeyen şüphe sebebiyle sanığa beraat vermektir. KOCAOĞLU, s. 508.

<sup>84</sup> Yargıtay CGK, E. 1991/5-75, K. 1991/103, T.01.04.1999; Yargıtay CGK., T. 19.11.2013, E. 2013/14-326, K. 2013/46; Yargıtay CGK., T. 19.10.2010, E. 2010/5-147, K. 2010/200; Yargıtay 5. CD, T. 01.04.2008, E. 2008/336, K. 2008/3004.

<sup>85</sup> Yargıtay 6. CD, T.25.10.2016, E. 2013/31834, K. 2016/6322.

<sup>86</sup> “*Kadın veya çocuk mağdurun yalan söylemeyeceği gibi sabit bir fikre sahip ya da aşırı/militan feminist dünya görüşüne sahip veya vazifesinin, bulguları bilimsel tespit edip tarafsız bir şekilde yorumlamak değil de mağdur ya da fail tarafında olmak olduğunu düşünen bir hekim ya da bilirkişi heyeti maddi gerçeğin bulunması amacını kendi dünya görüşleri doğrultusunda sekteye uğrattıyor demektir.*”, KOCAOĞLU: s. 520.

Cinsel suçların mağduru konumunda görmeye alışkın olduğumuz kişiler, genellikle kadınlar ve çocuklardır. Bu kişilere yönelik her türlü cinsel amaçlı davranış daha ziyade yakınlarında bulunan insanlar tarafından ve gözden uzak, izbe, kapalı alanlarda gerçekleştirilmektedir.<sup>88</sup> Bunun gibi olgularda bu suçların ispatı bakımından ciddi sıkıntılar yaratabilmektedir.

Özellikle mağdurun çocuk olması halinde, suç teşkil eden fiilin meydana gelip gelmediğinin veya ne şekilde meydana geldiğinin tespitinde yargılama makamları ciddi sorunlar yaşayabilmektedir.<sup>89</sup> Küçük yaşta olmaları, çocukları etki altında bırakabilmekte ve gerçekte olandan daha farklı beyanda bulunmalarına da sebep olabilmektedir.<sup>90</sup>

Örneğin; eşlerin boşanma sürecini takiben ortaya atılan çocuğa karşı cinsel istismar ve taciz iddialarına ilişkin yürütülen bir çalışmada; bu nitelikteki istismar iddialarının %12'sinin gerçeği yansıtmadığını, boşanan eşlerin (özellikle kadınların) ayrıldıkları eşlerinden intikam alma aracı olarak bu gibi iddialara başvurdukları tespit edilmiştir.<sup>91</sup> Ancak mağduru gerçekte olandan farklı beyanda bulunmaya veya gerçeği olduğundan farklı şekilde yansıtmaya yönelten çok çeşitli sebeplerin bulunabileceği ihtimali her suç mağdurunun beyanına önyargılı olarak yaklaşılması gerektiği sonucuna da götürmemelidir. Burada kırılma noktasını; mağdurun beyanının şüpheli veya sanığın beyanından üstün tutulmasını gerektirecek, mağdurun beyanına itibar edilmesini sağlayacak olan kriterlerin objektif bir değerlendirme yapılmasını sağlayacak şekilde seçilmiş olması oluşturacaktır.

---

<sup>87</sup> KIRBAŞ Canikoğlu, Seher: “Kadının Beyanı Esastır”: Çok Bilinmeyenli Bir Denklem”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015 (4), s. 232.

<sup>88</sup> KORKUSUZ, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013 (1), s. 818.

<sup>89</sup> Yargıtay CGK, T.15.09.2015, E. 2014/824, K. 2015/276; Yargıtay 5. CD, T. 1.4.2008, E. 2008/336, K. 2008/3004

<sup>90</sup> KARABULUT vd.: 2015, s. 412.; Çocukların kendilerine yönelik istismar niteliğindeki davranışları tasvirine her koşulda itibar edilmesi gerektiği ve çocuğun cinsel ve entelektüel deneyim sahibi olmamalarından ötürü böyle bir hikaye uydurmaya ehil olmadığı yönündeki kanaat için bkz. ÖZBEK, Veli vd.: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 11.Bası, Ankara, 2017, s. 355.

<sup>91</sup> TROCME, Nico / BALA, Nicholas: “False Allegations of Abuse and Neglect When Parents Separate”, *Child Abuse and Neglect*, 2005(29), s.1333-1345, [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net) (18.03.2017).

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1990 yılında vermiş olduğu bir kararında da; delil değerlendirmesini zorunluluk ve güvenilirlik ekseninde yapmış ve ispat hukukumuzda yabancı bir delil türü olan “oui dire (dolaylı tanıklık)” a dayanarak sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Karara konu olayda; 3,5 yaşında bir çocuğun aile doktoru tarafından istismarını, kendisine yönelik davranışların cinsel içerikte olduğu bilincinde olmadan, annesine anlatmıştır. Çocuğun anlatımı doğrultusunda annenin olaya ilişkin tanıklığı, common law sisteminin benimsendiği ülkelerdeki adıyla “oui dire” (dolaylı tanıklık), hemen hemen tek delil olmakla birlikte, çocuğun tanıklığına ilişkin gerçeğe uygunluk ve inandırıcılık iki temel gereklilik olarak bir araya gelmiş olduğundan hâkimin vicdanen olaya kanaat getirmesini sağlamış ve kabul görmüştür.<sup>92</sup>

Hukumumuzda da tanıklık doğrudan tanıklık ve dolaylı tanıklık olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan tanıklık, ceza uyuşmazlığının konusunu oluşturan olaylarla ilgili beş duyu organı aracılığı ile doğrudan doğruya bilgi sahibi olan tanığın tanıklığıdır. Dolaylı tanıklık (ikinci derece tanıklık – tanığa tanıklık) ise, ceza uyuşmazlığının konusu oluşturan olaylarla ilgili olarak mağdur/suçtan zarar görenden veya doğrudan tanıklardan edindiği bilgilerle bilgi sahibi olan tanığın tanıklığıdır. Mevzuatta hükme esas alınması bakımından doğrudan tanık ile dolaylı tanığın beyanları arasında bir üstünlük ayrımı yapılmamış olmakla birlikte, olayları canlandırmak bakımından doğrudan tanığın beyanlarının dolaylı tanığın beyanlarına göre daha güçlü olduğu ve doğrudan tanığın beyanları ile dolaylı tanığın beyanlarının çelişmesi veyahut dolaylı tanığın beyanı ile diğer delillerin çelişmesi halinde doğrudan tanığın beyanına ve diğer delillere üstünlük tanınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>93</sup>.

<sup>92</sup>Kararın tamamı için bkz. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/642/1/document.do> (29.11.2017); Benzer şekilde muhakeme hukukumuzda olayın özelliğine göre, dolaylı yoldan bilgi veren beyanlara da itibar edilebileceği; özellikle cinsel suç mağduru kişinin olayı anlattığı kişi dışında bir tanığın bulunmadığı haller veya ölümünden hemen önce mağdurun olayı herhangi bir kişiye aktardığı hallerde tanık beyanına duyulan ihtiyaç ve beyanın olayı açıklayacağına bakılarak dolaylı tanıklığın delil olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. YENİSEY: 2007, s. 22.

<sup>93</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 1351; BİRTEK, s. 130-131; ÖZEN, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 313.

#### D. “Şüpheden Sanık Yararlanır” İlkesi ve Mağdur Beyanı

Ulusal ve uluslararası mevzuatta açıkça düzenlenmemekle<sup>94</sup> birlikte, ulusal ve uluslararası yargı organlarınca da hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde uygulanan ve masumiyet (suçsuzluk) karinesinin zorunlu bir uzantısı olan “*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*”, ceza muhakemesi hukukunun evrensel nitelikteki önemli ilkelerinden biridir.<sup>95</sup>

Ceza muhakemesinin bu ilkesine göre, bir suç işlediği iddiasıyla yargılanan sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilebilmesi için, sanığın iddia edilen suçu işlediğinin yüzde yüz kesin olması ve bu kesinliğin somut delillerle ispatlanmış olması gerekir<sup>96</sup>. Aksi takdirde sanığın, iddia edilen suçu işleyip işlemediği yönünden duyulan yüzde birlik şüphe halinde dahi sanığın beraat etmesi gerekir.<sup>97</sup> Çünkü asıl olan, insan fitratına uygun bir biçimde ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin zorunlu gereği olarak, masum bir kimsenin cezalandırılmasındansa, suç işlediği şüpheli olan bir kişinin serbest bırakılmasının üstün tutulmasıdır.

Nitekim ceza muhakemesinde jüri sisteminin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri’nde, jürinin tek görevi, yapılan yargılama sonunda sanığın suç işleyip işlemediğine karar vermektir. Yapılan bir yargılamada sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi için jürinin tamamının oybirliğiyle sanığın iddia edilen suçu işlediğine kanaat getirmesi zorunludur. Aksi halde, jüri üyelerinden bir kişinin bile sanığın iddia

<sup>94</sup> Anayasa’nın 38/4. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/2. maddesinde ve Mecelle’nin 10. maddesinde düzenlenmiş olan “suçsuzluk karinesi”; suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suç ile itham edilen herkesin suçsuz sayılmasını ve bu ilkeye göre kişiye muamelede bulunulmasını ifade eder.

<sup>95</sup> FEYZİOĞLU, Metin: “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, 48(1-4), s. 139; TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 177; CENTEL / ZAFER/ 2012, s. 730; ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 60.

<sup>96</sup> “İspat edilecek konuya ilişkin yargılama makamını inandırmak yetmez, hâkimde tam bir kanaat hâsıl olmalıdır.”, GÖKCEN, vd: s. 322.

<sup>97</sup> YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 185; “Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayım dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir keskinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu budur.”, Yargıtay CGK, T. 12.4.2011, E. 2011/1-51, K. 2011/42.



edilen suçu işlediğine ikna olmaması halinde, “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereği sanığın beraatına karar verilmektedir<sup>98</sup>.

Doktrinde çoğunluk tarafından benimsenen görüş; “şüpheden sanık yararlanır ilkesinin” delillerin takdiri bakımından olduğuna ilişkindir.<sup>99</sup> Mahkemenin, sanığın iddia edilen suç fiillerini işlediğine kanaat getirebilmesi için; duruşmaya getirilen ve tartışılan bütün delillerle sanığın yüklenen suçu işlediğinin hiçbir tereddüde ve kuşkuyla yer bırakmayacak derecede açıkça ispat edilmiş olması gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun da kararlarında belirttiği gibi: *“Ceza muhakemesinde, sanığın yüklenen suçu işlediği basit veya güçlü ihtimallere, çelişkili tanık veya mağdur beyanlarına ya da soyut iddia ve varsayımlara dayandırılmaz. Aksi halde yüksek de olsa bir ihtimale veya şüpheye dayanılarak sanığı mahkûm etmek, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan maddi gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek olacağı gibi, aynı zamanda şüpheden sanık yararlanır ilkesine de aykırılık oluşturacaktır”*.<sup>100</sup>

Vicdani ispat sistemine<sup>101</sup> göre; hâkim maddi vakıanın sübut bulup bulmadığına ilişkin zihnindeki şüphesini soruşturma makamlarınca önüne getirilen veya re’sen yapmış olduğu araştırmalar sonucu elde ettiği deliller vasıtasıyla yenmeye ve bir kanaate varmaya çalışır. Hâkimi bu kanaate götüren ve kurduğu hükmün gerekçesini oluşturan maddi vakıyla ilişkilendirilmiş delillerin ispata elverişli ve şüpheye yer bırakmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Aksi takdirde suçluluk bakımından hâkimin vicdani kanısında en ufak bir şüphe kalırsa “şüpheden sanık yararlanır”<sup>102</sup> ilkesinin işletilmesi gerekecektir.<sup>103</sup> Uygulamada

<sup>98</sup> ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 62-63.

<sup>99</sup> Söz konusu ilkenin cezayı ağırlaştırıcı nedenler bakımından de geçerli olduğuna ilişkin kanaate sahip olan müelliflerde mevcuttur. TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 177; YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 186.

<sup>100</sup> Yargıtay CGK, T. 9.11.2010, E. 2010/8-134, K. 2010/217; Yargıtay CGK, T. 9.11.2010, E. 2010/8-134, K. 2010/217; Yargıtay CGK, T. 19.4.1993, E. 1993/6-79, K. 1993/108; Yargıtay 14. CD, T. 30.06 2014, E. 2012/11463, K. 2104/8940, www.kazanci.com (24.03.2017)

<sup>101</sup> YILDIZ: 2002, s. 8.

<sup>102</sup> “Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlaka sanık yararına değerlendirilmesidir.”, Yargıtay CGK, T. 25.11.2014, E. 2013/9-610, K. 2014/512.

<sup>103</sup> ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 54.

hâkimlerin, verdiği hükümlerine esas teşkil eden vicdani kanaatlerinde “kesinlik” yerine “ihtimal”le yetinmeleri yanlış hükümleri doğuran en büyük etken olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>104</sup>

Kendisine bir suç isnadında bulunulmuş olan şüphelinin, iddianın ispatının mutlak surette sağlanmasına kadar masum kabul edileceğine ilişkin masumiyet karinesi ve şüphenin sanığın lehine değerlendirilmesi ilkesinin doğrudan sonucu olarak, isnadının aksine ilişkin herhangi bir ispat yükü de bulunmamaktadır. Zira suçluluğu ispat oluncaya kadar kişinin masum olduğu kabulünün aksinin ispatı ya da diğer bir deyişle ispat yükü, muhakeme hukukunda davayı yapılandırma ilkesi gereği mahkemenindir.<sup>105</sup>

Hâkim, hukuka uygun olarak elde edilmiş, maddi vakıanın akılcı ve mantıkî olarak şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatını sağlayacak delilleri serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatini oluşturacaktır.<sup>106</sup> Muhakeme sürecinde hâkimi maddi vakıanın sübut bulup bulmadığına ilişkin vicdani kanaate götüren tek delilin mağdurun soyut beyanından ibaret olması halinde, mağdurun beyanının güvenilirliği somut başkaca delillerle desteklenmelidir. Aksi durumlarda sübutun gerçekleşmediği ve maddi gerçeğin kuşkuyla kaldığı nazara alınarak şüpheden sanık yararlanır ilkesi işletilmelidir.

Toplumdaki herkesin bir gün suç şüphesi altında kalabilecek olması dolayısıyla masumiyet karinesinin yalnızca sanık lehine değil toplumun genel menfaati lehine olduğu göz önünde bulundurulur hâkimin, hükmüne esas aldığı sebeplerin her türlü şüphe unsurundan arındırılmış olması gerekmektedir.<sup>107</sup> Özellikle de son zamanlarda yüz kızartıcı iftira atmanın bir aracı olarak kullanılmaya başlanmış olan cinsel suçlarda bu

<sup>104</sup> ŞAHİNKAYA, Yalçın: Suçsuzluk Karinesi, Seçkin yayınları, Ankara, 2008, s. 218.

<sup>105</sup> CENTEL / ZAFER: 2012, s. 673; İspat yüküne ilişkin farklı kanaatte olanlar hakkında bkz. BİRTEK: 2016, s. 423-425.

<sup>106</sup> “...Ceza Yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez...” Yargıtay CGK, T. 15.04.1993, E. 1993/6-79, K. 1993/108, www.kazanci.com (24.03.2017)

<sup>107</sup> KINDHAUSER: 2014, s. 538.

konuda çok daha hassas davranılmalıdır.<sup>108</sup> Cinsel suçlarda, mağdurun veya şikâyetçinin beyanlarının doğruluk değeri ve ispat bakımından güvenilirliğini tespit etmek amaçlı Yargıtay'ın geliştirmiş olduğu çeşitli kriterler bulunmaktadır<sup>109</sup>.

<sup>108</sup> ÜNVER / YENER: "Ceza Muhakemesinde İspat ve Uygulamamız", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006(2), s. 12; BİRTEK: 2016, s. 173.

<sup>109</sup> "Amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza yargılamasının en önemli ve evrensel ilkelerinden birisi de öğreti ve uygulamada; "suçsuzluk" ya da "masumiyet karinesi" olarak adlandırılan kuralın bir uzantısı olan ve Latince; "in dubio pro reo" olarak ifade edilen "şüpheden sanık yararlanır" ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlaka sanık yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği veya gerçekleştirilme biçimi konusunda bir şüphe belirmesi halinde de geçerlidir. Sanığın bir suçtan cezalandırılmasına karar verilebilmesinin temel şartı, suçun hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak kesinlikle ispat edilebilmesidir. Gerçekleşme şekli şüpheli veya tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti; herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı gözardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı ve hiçbir şüphe veya başka türlü oluşturma imkân vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir. Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; Mağdur ve ailesi ile sanık arasında iftira atılmasını gerektirecek nitelikte bir husumetin bulunmaması ve mağdurun ailesine hemen anlatması üzerine olayın yetkili mercilere intikal ettirilmiş olması hususları göz önüne alındığında sanığın yüklenen eylemi gerçekleştirdiği yönünde şüphe doğmakta ise de, mağdurun ve annesinin aşamalarda beyanları arasında çelişkiler olması, sanığın eylemi gerçekleştirdiğine dair mağdurun çelişkili anlatımları dışında bir delilin bulunmaması, sanığın istikrarlı ve birbiriyle uyumlu olacak şekilde atılı suçu işlemediğini savunması, sanığın mağdurun olay günü akşam saatlerinde evinin kapısını çalarak kendisini evine götürmesini istediği şeklindeki savunmasının mağdur tarafından duruşmada doğrulanması karşısında, sanığın atılı suçu işlediği şüphe boyutunda kaldığından, "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince, yerel mahkemeye sanığın üzerine atılı suçtan beraatine karar verilmesinde ve bu hükmün Özel Dairece onanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu itibarla, sanığın üzerine atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiğine ilişkin itirazın reddine karar verilmelidir". Yargıtay CGK T. 22.04.2014, E. 2012/1417, K. 2014/207 ( www.kazanci.com (06.11.2017); Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay CGK T. 01.04.2014, E. 2014/46, K. 2014/167 ( www.kazanci.com (06.11.2017)).

Ceza Genel Kurulu'nun 1991 yılında geliştirmiş olduğu bir içtihadında; “mağdurun anlatımının samimi ve tutarlı olup olmadığı ve mağdurenin anlatımlarının somut delillerle uyumlu olup olmadığı kriterleri, geliştirilen diğer kriterlere göre daha objektif, akıl ve mantık kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilmesine imkân sağlayacak niteliktedir. Bir iddianın samimiyeti ve doğruluğu, suçun işlendiği yer, zaman, işleniş biçimi, tarafların kişilikleri, iddianın aşamalardaki değişmezliği nazara alınarak değerlendirilmelidir. Mağdurenin iddiası, aşamalarda değiştiği gibi kendi içinde de çelişkilidir. Bu çelişkiler, gereksiz ayrıntılara yönelik olmayıp suça ve suçun işlendiği tarihe ilişkindir. İddia, olay tarihini belirleyen doktor raporu ile doğrulanmamış aksine, belirtilen tarihlerde suçun işlenmediği saptanmıştır. Sanığın; yüklenen suçu işlediğine dair savunmasının aksini gösterir, cezalandırılmasına yeterli, her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı kanıt bulunamamıştır. Bu itibarla direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”<sup>110</sup>

Sanığı ispat bakımından yükümlülük altında bırakan ve masumiyet karinesine aykırı olduğu tartışmasız olan diğer kriterler ise: “*Mağdurun iftira atmasına sebep bir durum bulunup bulunmadığı*”<sup>111</sup>, “*kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda mağdurenin iftira atmayacağı*” şeklinde geliştirilmiştir.<sup>112</sup> Bu kriterlerin yanı sıra Yargıtay’ın mağdurun veya şikâyetçinin aleyhine olarak: “*mağdur ile sanık arasında husumet bulunup bulunmadığı*”, “*mağdurun şikâyetini olaydan ne kadar sonra*

<sup>110</sup> Yargıtay CGK, T. 01.04.1991, E. 1991/75, K. 1991/103; Yargıtay 14. CD, T. 30.06.2014, E. 2012/11463, K. 2104/8940; Yargıtay 14. CD, T. 25.11.2015, E. 2015/6962, K. 2015/10989; Yargıtay 2. CD, T. 11.06.2013, E. 2011/28011, K. 2013/15436; Yargıtay CGK, T. 19.11.2013, E. 2013/14-326, K. 2013/461, www.kazanci.com (24.03.2017)

<sup>111</sup> ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 376.

<sup>112</sup>“...kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olarak inkarda bulunabileceği düşünülen sanık savunması yerine, saptanabilen başka bir amacı bulunmadığı gibi, henüz genç ve bekar bir genç kız olması nedeniyle kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söyleyemeyeceği değerlendirilen mağdurenin, baştan itibaren kendi içinde tutarlı,... ifadeleriyle de uyum gösteren iddialarına itibar etmek gerekmiştir.” Yargıtay CGK, T. 26.05.2009, E. 2008/5-187, K. 2009/128, www.kazanci.com (26.03.2017)

yaptığı” ve “mağdurenin içinde bulunduğu durumu mazur göstermek için şikâyetçi olup olmadığı” gibi değerlendirme kriterleri de mevcuttur.<sup>113</sup>

Bütün bu değerlendirme kriterlerinin (itibar karinesi) çeşitliliğinden de anlaşılabilirce üzere, salt belli karinelere dayanılarak şüpheden uzak bir hüküm kurulması olanaklı değildir. Değerlendirme konusu yapılan kimi zaman mağdurun kimi zaman sanığın aleyhine netice yaratabilen adı geçen karinelerin değişkenliği ve subjektifliği nazara alındığında bu karinelerin aksi her zaman kabul edilebilirdir.<sup>114</sup> Dahası karinelerin, akıl yürütmenin ve tecrübe kurallarının, ispat vasıtası olmaktan ziyade mevcut delillerin ispatlamış olduğu maddi vakıalar arasındaki boşlukları doldurmada kullanılması gerekmektedir.<sup>115</sup>

Alman Ceza Muhakemesi Hukuku’nda da delilleri serbestçe değerlendirme esası doğrultusunda hareket eden hâkim, tanık beyanının inandırıcılığına ilişkin yapılacak olan değerlendirmelerde olduğu gibi, istisnai hallerde psikoloji ya da psikiyatri hususunda ihtisas yapmış bilirkişilerin devreye sokulmasına ihtiyaç duyabilmektedirler. Bilhassa yargılama konusuna ilişkin başvurulabilecek tek delil tanığın beyanıysa, mağdur tanığın intikam veya utanma duygusu içerisinde olması sebebiyle ifadesinin bu saiklerden arındırılmamış olması ihtimali gündemdeyse ve cinsel suç mağduru olanın karşı koyma iradesine ilişkin zamansal şüphe vaki ise davaya bakan hâkimin mağdur ya da tanık konumunda olan bu kişilerin beyanlarının inandırıcılık yönünden değerlendirilmesi için bilirkişiye başvurmaktadır.<sup>116</sup>

Sonuç olarak bir olgunun ispatlanamaması, onun tersinin kabul edilmesi için yeterli bir neden olarak kabul edilmediği gibi, aksinin mümkün olduğuna ilişkin bir ihtimalin mevcut olması halinden de o hususun sübut bulmadığını söylememiz gerekecektir.<sup>117</sup>

<sup>113</sup> BİRTEK: 2016, s. 564.

<sup>114</sup> BİRTEK: 2016, s. 566.

<sup>115</sup> GEDİK, Doğan: “İspatta Akıl Yürütme, Tecrübe Kuralları ve Karinelerin İşlevi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, S. 133, s. 57.

<sup>116</sup> JAHN: 2014, s. 598.

<sup>117</sup> YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 185.

## SONUÇ

İnsan kişiliğinden bağımsız olarak düşünülemez olan itibar, saygınlık, dürüstlük, güvenilirlik, itimat edilebilirlik gibi değerlerin korunması adına geliştirilmiş çeşitli hukuki müesseseler olmakla birlikte, ceza hukuku bağlamında oluşturulmuş en önemli müessese şüphesiz ki “masumiyet karinesidir”.

En basit tanımlamayla; hakkında ileri sürülen ve suç oluşturan bir iddianın altındaki kişinin, suçluluğu somut ve inandırıcı delillerle ispatlanmadığı müddetçe masum kabul edilmesi gerektiği anlamını taşıyan bu karine “şüpheden sanığın yararlanması”, “delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve serbestliği” gibi ispat hukukuna ilişkin önemli ilkeleri de bünyesinde barındırmaktadır. Muhakeme aşamasına önüne bir suç isnadı altında getirilen kişinin suçluluğuna ilişkin şüphe ile başlayan hâkimin, iddia makamı tarafından toplanan veya kendisinin de re’ sen araştırabileceği delillerle bu şüpheyi yenmesi ve vicdani bir kanaate varması gerekmektedir. Hâkim, vicdani kanaatini oluşturmakta kullanacağı delillerin takdirinde serbesttir. Ancak bu serbestlik münhasıran değerlendirme ile ilgilidir, hâkimin maddi vakiya ilişkin önem arz eden bütün delillerin toplandığından emin olarak hüküm kurması bir zorunluluktur.

Muhakeme hukukumuzda deliller maddi vakanın aydınlatılmasına, ispatına götüren temel yol göstericiler olmaları itibarıyla önemlidirler. Çoğunlukla mağdur, şikâyetçi veya suçtan zarar gören kişilerin iddialarıyla başlayan suç şüphesi, deliller vasıtasıyla yenilerek yerini vicdani bir kanaate bırakmaktadır. Bu kişilerin beyanlarına delil olarak ayrıca itibar edilmesi de muhakeme sürecinde olayın aydınlatılması bakımından gerekli olabilmektedir.

Mağdurun beyanına ihtiyaç duyulması halinde soruşturma veya kovuşturma aşamalarında başvurulabilmektedir. Bu beyanlar kimi zaman maddi gerçek bakımından yanıltıcı da olabilmektedir, bu sebeple hükme esas alındıkları takdirde başka delillerle desteklenmeleri aranmaktadır. Ancak suçun niteliği gereği olaya ilişkin tek delilin mağdurun salt beyanı olması halinde, iş ispat bakımından içinden çıkılamayacak bir hale dönüşmektedir. Bu beyana itibar edilmesi halinde; bir tarafta gerçekten bir suça maruz kalmış olma ihtimali olan mağdurun mağduriyetini, diğer tarafta ise haksız olarak bir suç isnadı altında bırakılmış olabilen şüpheli/sanığın mağduriyetini ortaya çıkarabilecektir. Böyle durumlarda

Yargıtay'ın ispatı kolaylaştırmak adına geliştirmeye çalıştığı “mağdurun beyanının esas alınması” gibi tamamen subjektif nitelikteki kriterleri bulunmakla birlikte, bu kaidelerin masumiyet karinesi ile açıkça çelişir olduğu ve gerek ceza muhakemesi hukuku gerekse evrensel hukuk kaideleri bakımından hukuka aykırı olduğu açıktır. Ancak belli suç tiplerinin ispatında mağdur beyanının delil olarak değerlendirilmesine yararlı olabilecek ve daha objektif nitelik taşıyan “mağdurun beyanlarının birbiriyle çelişir ve istikrarlı olmaması” gibi karineler geliştirilebilir. Bu karinelerin de aksinin ispatının mümkün olduğu ve aksi mümkün olanın şüpheli kaldığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, bu karinelerin ispat hukuku bakımından delillerle oluşan kabule ilişkin boşlukları doldurmaktan öte bir fayda sağlamasının beklenmesi yararsızdır.

Ceza muhakemesinde mağdurun beyanı ile sanığın/şüphelinin beyanları arasında hukuki bir üstünlük tanınmamıştır. Bu nedenle, mağdurun beyanı ile sanığın beyanının çeliştiği durumlarda soyut varsayımlarla mağdurun beyanına üstünlük tanınmaz. Bir beyanın üstün tutulabilmesi için, kendi içinde tutarlı olması, tutarlılığın yargılama boyunca korunması ve başkaca somut delillerle desteklenmesi gerekir.

## KAYNAKÇA

- AKDEMİR, Süleyman: Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, 1. Baskı, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları, İzmir 1988.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- AYDIN, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- BAYRAKTAR, Bülent: “Muhakemelerde Delillerin Önemi”, Sosyal Bilimler Dergisi, 2011(25).
- BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2012.
- FEYZİOĞLU, Metin: “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1999/48 (1-4).
- FISHER, Barry A. J.: Techniques of Crime Scene Investigation, CRC Press, 2004, www.murdercube.com (07.03.2017).

- GARRAUD, F.: “Kıta Avrupası Delil Sistemi Tarihi”, Çev. Devrim Aydın, Ceza Hukuku Dergisi, 2016(32).
- GEDİK, Doğan: “İspatta Akıl Yürütme, Tecrübe Kuralları ve Karinelerin İşlevi”, Terazi Hukuk Dergisi, 2017, S. 133.
- GÖKCEN, Ahmet, vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- GÜNGÖR, Devrim: “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015(2).
- JAHN, Matthias: “Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirmesi ve İnandırıcılık Muhakemesinin Temelleri”, Çev. G. Ayhan Aygörmez Uğurlubay, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- KARABULUT, Ferhat / KARAPAZARLIOĞLU, Ersin / TOSUN, Hamza: “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015(120).
- KIRBAŞ CANİKOĞLU, Seher: “Kadının Beyanı Esastır”: Çok Bilinmeyenli Bir Denklem”, Ankara Barosu Dergisi, 2015(4).
- KINDHAUSER, Urs: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Ölçüsü”, Çev. Serkan Meraklı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KOCA, Mahmut: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, 2006(2).
- KOCAOĞLU, Serhat Sinan: Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KORKUSUZ, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013(1).
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- ÖZBEK, Veli Ö., vd. : Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÖZBEK, Veli vd.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 11.Bası, Ankara, 2017.
- ÖZEN, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.
- ÖZTÜRK, Bahri vd.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- PRADEL, Jean: Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Çev. Sulhi Dönmezer, Beta Basım, İstanbul, 2000.



- ROXIN, Claus: “İspat Hukukunun Esasları”, Çev. ÜNVER, Yener, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2005(8).
- ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- ŞAHİNKAYA, Yalçın: Suçsuzluk Karinesi, Seçkin yayınları, Ankara, 2008.
- ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- TROCME, Nico / BALA, Nicholas: “False Allegations of Abuse and Neglect When Parents Separate”, Chil Abuse ang Neglect, 2005 (29), s.1333-1345, www.researchgate.net (18.03.2017).
- TURANLI, Asiye M.: Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdurun Korunması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.
- ÜNVER, Yener: “Ceza Muhakemesinde İspat ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, 2006(2).
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- WALTER, Tonio: “Ceza Muhakemesinde İspat Yükü”, Çev. Koray Doğan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- YAYLA, Mehmet: “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2013(3).
- YENİSEY, Feridun: “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, Ceza Hukuku Dergisi, 2007(4).
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- YETİMOĞLU, Melike Ezgi: Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Gizli Tanıklık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Galatasaray Üniversitesi SBE), 2014.
- YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- YÜCEL, Mustafa T.: Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, 4. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007.



# PSİKOLOJİK TACİZİN İÇTİHATLAR İŞİĞİNDA UYGULAMA- DAKİ YERİ

## THE PLACE OF PSYCHOLOGICAL HARASSMENT IN PRACTICE IN CONSIDERATION OF CASE LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.310685

**Namık HÜSEYİN Lİ\***  
**Hatice ASLAN ATABAY\*\***

### Özet

Borçlar Kanunu'nun 417.maddesi kapsamında mevzuata giren psikolojik taciz düzenlemesi çalışma mevzuatında var olan önemli bir eksikliği ortadan kaldırmıştır. İşyerinde psikolojik taciz, bir topluluk içinde iki insandan birinin diğerine uyguladığı psikolojik şiddet olarak tanımlanabilir. Psikolojik taciz eylemi, zaman içinde psikolojik terör, psikolojik şiddet, duygusal taciz, zorbalık, yıldırma ve bezdiri gibi kavramlarla da ifade edilmiştir. Çalışma ilişkilerinde sık sık gündeme gelen psikolojik taciz; ast, üst veya eşitleri tarafından bir kişiye yönelen saldırdır. Kişilik haklarına yönelik birçok fiilin psikolojik saldırı olduğunun iddia edilmesi mümkündür. Ancak saldırının psikolojik taciz olarak değerlendirilebilmesi için, saldırganın fiilinin psikolojik tacizin ayırt edici özelliklerini taşıması gerekmektedir. Psikolojik taciz olarak kabul edilmeyen hallerde mağdur, saldırıyı gerçekleştirenin bu tutum ve davranışlarına karşı da yasal yollara başvurabilecektir.

Psikolojik tacizin işverenin kendisi ya da çalışanları tarafından yapılması halinde, işveren açısından yükümlülükler doğmaktadır. Bu fiiller aynı zamanda haksız fiil olarak değerlendirilebilir. Her halükarda işçilerin veya işverenin işçiye yönelik tutum ve davranışları haksız fiil teşkil etsin veya etmesin, yükümlülüğünü yerine getirmeyen işveren sorumluluk taşımaktadır. Uygulamada, çalışma hayatında yaşanan olaylar karşısında psikolojik taciz sorunlarının çözümüne yönelik önemli içtihatlar oluşturulmuştur. Özellikle Yargıtay'ın son yıllardaki emsal kararları sorunun çözümüne önemli katkı sağlamaktadır. Çalışmamızda, bu içtihatlar doğrultusunda uygulamada psikolojik tacizin hukuki sonuçları incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Psikolojik taciz, işçi, sistematik saldırı, bezdiri, mobbing.

### Abstract

Psychological harassment regulation that entered into legislations within the scope of the 417. Article of Code of Obligations abolished a very important drawback existed in employment legislation. Psychological harassment in the workplace can be defined as

---

\*Yrd. Doç. Dr., Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi, İşletme Fakültesi,  
(namik.huseyinli@alanya.edu.tr).

\*\* Avukat, İzmir Barosu, İzmir, (haticeaslanatabay@gmail.com)

psychological violence that a person commits to another person in a community. In time, psychological harassment act has been also described as psychological terror, psychological violence, emotional harassment, bullying, intimidation and mobbing. Psychological harassment, which is often at the top of the agenda, is a violence committed against a person by his/her superior, subordinate or equals. It is possible for a lot of acts against personal rights to be claimed as psychological assault. However, for an assault to be evaluated as psychological harassment, assailant's act has to have the distinctive features of psychological harassment. In situations which are not accepted as psychological harassment, the injured party can take legal actions also against the assailant's attitudes and behaviours.

If psychological harassment is committed by the employer or his/her employees, there emerge obligations on the employer. These acts can also be considered as tortious acts. In any case, both the employer's attitude and behaviours towards the employee constitute tortious act, the employer who does not fulfil the obligations bear responsibility. In practice, important case laws for the solution of psychological harassment have been formed against the incidents that take place in working life. Especially, the precedents of the Supreme Court in recent years have made significant contribution to the solution of the problem. In our study, legal consequences of psychological harassment in practice were analyzed in accordance with these case laws.

**Keywords:** Psychological harassment, employee, systematic assault, bullying, mobbing.

## GİRİŞ

Çalışma hayatının önemli sorunlarından birisi olan “mobbing” 01.07.2012 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmiştir. Düzenlemeyle, hukuka aykırı fiil “Psikolojik Taciz” olarak adlandırılmıştır. Doktrinde işçinin maruz kaldığı onur kırıcı, aşağılayıcı, küçük düşürücü, sistematik ve hukuka aykırı davranışlar, değişik çalışmalarda ve kararlarda psikolojik taciz, psikolojik terör, psikolojik şiddet, duygusal taciz, zorbalık, yıldırma ve bezdiri gibi kavramlarla nitelendirilmişti. İşçiye uygulanan psikolojik tacize ilişkin ayrı bir yasal düzenleme olmadığı için, değişik yasal düzenlemelerle bu ihtiyaç karşılanmıştı. Ancak Borçlar Kanunu ile psikolojik tacize ilişkin düzenlemenin yasal nitelik kazanması uzun yıllardır var olan sorunların çözümüne altyapı oluşturmuştur.

Yargı kararlarına mobbing olarak giren bu kavram, ülkemizde 2006 yılında kullanılmaya başlanmıştır. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, Ankara 8. İş Mahkemesi'nin 20.12.2006 tarih, 2006/19 E. ve 2006/625 K. sayılı kararı Türk mahkeme-

lerince mobbing ile ilgili verilen ilk karar olmuş ve işveren mobbing nedeniyle mahkûm edilmiştir<sup>1</sup>.

Diğer kanunlarda düzenlenen suçlara ilişkin önlemlerle, işçi ve işveren ilişkisindeki saldırı, kötü muamele ve benzeri davranışlar cezalandırılmış ve ortaya çıkan zararlar tazmin edilmeye çalışılmıştır. Mağdur işçinin haklarının korunması için eski Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanun (TMK) kapsamında kişilik haklarını koruyan düzenlemeler ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II maddesindeki ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık durumunda uygulanacak hükümler yeterli olmamaktaydı. 6098 sayılı yasa ile yasal zemine oturtulan psikolojik taciz düzenlemesi son yıllarda olumlu içtihatlarla esas teşkil etmiştir. Bu anlamda, çalışma hayatında psikolojik tacizin (mobbing) mağduru işçi kitlesinin sorunlarının çözümü açısından beklentiler belirli ölçüde karşılanmış oldu.

Çalışmamızda psikolojik taciz (mobbing) konusu ağırlıklı olarak mağdurların başvuracakları hukuki yolların takibi açısından incelenmiştir. Yargıtay tarafından son yıllarda verilen emsal kararlar ışığında söz konusu hukuki başvuru yollarına ilişkin açıklamalarımızın psikolojik taciz mağdurlarına yol göstereceği kanaatindeyiz.

## 1. PSİKOLOJİK TACİZ (MOBBİNG) KAVRAMI

Türk Hukukunda "psikolojik taciz" olarak ifade edilen "mobbing" kavramı, başlangıçta Latince'den İngilizce'ye geçen bir kavram olarak ortaya çıkmış, 1963 yılında Avustralyalı Konrad Lorenz tarafından bazı hayvan hareketlerini tarif etmek amacıyla, büyük bir hayvanın tehdidine karşı daha küçük hayvan gruplarının gösterdiği tepkiyi ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bir sonraki çalışmada, 1972 yılında İsveçli doktor Heine- mann tarafından "bir grup çocuğun, tek bir çocuğa karşı yıkıcı hareketlerini" açıklamak için mobbing olarak ifade edilmiştir<sup>2</sup>.

6098 sayılı TBK'ya "psikolojik taciz" ismiyle giren bu kavramla, çalışma hayatında işveren veya diğer çalışanlar tarafından işçiye sistematik bir şekilde yönelen yıldırma amaçlı her türlü saldırı tarif edilmektedir.

<sup>1</sup> KÖSE Sevinç - UYSAL Şener: Kamu Personelinin Yıldırma (Mobbing) ve Boyutları Hakkındaki Düşünceleri Üzerine Bir Çalışma: Manisa Tarım İl Müdürlüğü Örneği, Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt. 8 Sayı: 1, Manisa, 2010, s.265.

<sup>2</sup> AKGEYİK Tekin – OMAU Umut – UŞEN Şelale – GÜNGÖR Meltem: İşyerinde Psikolojik Taciz Olgusu: Niteliği, Yaygınlığı Ve Mücadele Stratejisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S:56, İstanbul, 2009, (ss.91-150). s.93,94,105.; TINAZ, Pınar. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta, İstanbul, 2006, s.12.

Türkiye Barolar Birliği'nin hukuki etkinlikler kapsamında gerçekleştirdiği "İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları" sunumunda, mobbing konulu bir karara ilişkin bir değerlendirme sırasında, Yargıtay başkanının fiili "bezdiri" şeklinde tarifi uygun bulunduğu için benimsendiği ve kararda mobbingin yanına parantez içerisinde "bezdiri" kelimesinin de kullanıldığı ifade edilmiştir<sup>3</sup>.

Türk Dil Kurumu da Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun başvurusu üzerine mobbing kelimesinin Türkçe karşılığını "Bezdiri" olarak tanımlamış ve anlamını: "*İş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak yıldırma, dışlama, gözden düşürme*" olarak tanımlamıştır<sup>4</sup>. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün mobbing tanımında ise: "*Bir veya bir grup işçiyi sabote etmek için yapılan zalimce, kötü niyetli, intikamcı, aşağılayıcı ve eleştirici tavırlarla kendini gösteren davranış biçimi*", şeklinde ifade edilmiştir<sup>5</sup>.

Hem değişik kaynaklardaki tanımından hem de içtihat yorumlarından<sup>6</sup> hareketle işçinin işyerinde uğradığı her kötü muamele ve kişilik haklarına yapılan her saldırının psikolojik taciz olarak değerlendirilmeyeceği anlaşılmaktadır. Psikolojik tacizin varlığından söz edebilmek için saldırının sistematik olarak yapılması<sup>7</sup> ve işçinin süreklilik arz edecek bir şekilde kişilik haklarının zedelenmesi gerekmektedir. Davranışların sistematik olması ve düzenli olarak kişiyi diğer çalışanlardan ayırarak ona yönelik yapılacak bir davranış niteliğinde olması psikolojik tacizin ayırt edici özelliklerindedir. Psikolojik taciz yeni Borçlar Kanununun 417. maddesinde kişilik değerlerini ihlal eden sebepler kategorisinde sayılmıştır. Bu düzenlemeyle yürürlükteki İş Kanununun mad. 77 ile Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemeleri arasında bütünlük sağlandığı ve bu

---

<sup>3</sup> T.B.B. Hukuk Etkinlikleri-I, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 3.Bölüm Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil'in sunumu -www.barobirlik.org.tr, (Erişim Tarihi: 20.03.2013).

<sup>4</sup> TBMM. Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, NO:6, Nisan, Ankara, 2011, iii.

<sup>5</sup> TAŞKIN, Ahmet: Mobbingin Benzeri Kavramlardan Farkı, MESS, Aralık, Sayı: 28, 2012, s.60.

<sup>6</sup>Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.30.05.2008, E.2007/9154, K.2008/13307, www.sinerjias.com.tr, (12.03.2016).

<sup>7</sup> YAVUZ, Nihat: Borçlar Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Ankara, 2012, s.608.

vesileyle sözleşmeden doğan sorumluluk hukuku hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir<sup>8</sup>.

Özellikle yabancı literatürde kullanılan ve İngilizce kökenli bir sözcük olarak, psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı verme gibi değişik anlamlar içeren mobbing kavramı hukukumuzda değişik tanımlarla özdeşleştirilmiştir. Bu tanımlamalarda işyerinde işlenen psikolojik taciz, psikolojik terör, psikolojik şiddet, duygusal taciz, zorbalık, yıldırma ve bezdiri gibi kavramlar üzerinde durulmuştur. Ancak Yargıtay, hukuk terminolojisinde sürdürülen tartışmalara isabetli olarak, “psikolojik taciz” kavramına yer vermesi, doktrince yerinde bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir<sup>9</sup>.

TBK’da ise yalnızca “psikolojik taciz” ifadesi ile yetinilmiştir. Psikolojik taciz adı ile TBK’da hukuka aykırı bir fiil olarak yerini alan mobbingin, kanunda tanımının yapılmamış olması kanun tekniği açısından önemli bir eksikliklerdir. Uygulamaların tanım ve tanımda yer alan unsurlar çerçevesinde yapılacak olması özenli bir şekilde tanımlama yapılması ihtiyacını ortaya koymaktadır. Bu yanlışlıklar, yanlış uygulamaları beraberinde getirebileceğinden doğru tanımlama büyük önem arz etmektedir.

## 2. PSİKOLOJİK TACİZ UNSURLARI ve İSPATI

Psikolojik taciz araştırmalarının öncüsü olan Heinz Leymann psikolojik tacizi “sistemik olarak, bir veya daha çok kişi tarafından genelde bir kişiye yöneltilen ve kişiyi savunmasız ve yardıma muhtaç bir duruma düşürüp, süreklilik arz eden eylemler ile bu halde tutan, düşmanca ve ahlak dışı her tür iletişim”, olarak açıklamıştır<sup>10</sup>. Türkiye’de ise konunun ilk araştırmacısı olarak bilinen Tınaz’a göre, psikolojik taciz “işyerinde çalışanlara diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistemik biçimde uygulanan, tekrarlanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar” şeklinde ifade edilmiştir<sup>11</sup>. Yine bir başka tanımda, “bir topluluk içinde (işyeri, işletme, kamu kurumu) aynı yazgıyı paylaşan iki

<sup>8</sup> YAVUZ, s.604.

<sup>9</sup> GÜZEL, Ali – ERTAN, Emre: İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz Ve Kötüniyet Tanminatı (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, Cilt: 1, Sayı: 16, İstanbul, 2008, s.153-154.

<sup>10</sup> Leymann, Heinz: “The Content and Development of Mobbing at Work”, European Journal of Work and Organizational Psychology, Cilt 5, 1996, s.168.

<sup>11</sup> TINAZ, Pınar-BAYRAM, Fuat-ERGİN, Hediye: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.7.

*insandan birinin diğerine uyguladığı psikolojik şiddet ya da psikolojik terör eylemi” psikolojik taciz olarak tanımlanmıştır<sup>12</sup>.*

Psikolojik taciz eyleminin belirlenmesi açısından, gerçekleşen olaya özgü ayrı inceleme yapılarak, söz konusu fiilin psikolojik taciz niteliğinde bir eylem olup olmadığına karar verilecektir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 10.05.2009 Tarih, 2008/10408 Esas, 2009/26968 sayılı kararında; “*Davacı tarafından, işyerinin (bölümünün) çok sık değiştirildiği ve yıldırma politikası uygulandığı iddia edilmiştir. Davacının işyerinin, hangi tarihlerde ve hangi sıklıkta değiştirildiği belirlenerek mobbing unsurlarını taşıyıp taşımadığının araştırılması gerekmektedir...*” şeklindeki kararında unsurların öncelikli olarak belirlenmesi zorunluluğuna dikkat çekilmiştir.

## **2.1. Psikolojik Taciz Eyleminin Varlığının Belirlenmesi**

### **2.1.1. Psikolojik Tacizin Faili**

Psikolojik taciz ast, üst veya eşitleri tarafından bir kişiye yönelen bir saldırdır. Bu durumda saldırının bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür. Uygulanan baskı, genellikle yatay ve dikey bir baskı olarak ikiye ayrılır. Eşit düzeydekiler tarafından yapılacak baskı, hakaret, taciz ve benzeri davranışlar şeklinde gerçekleşecektir. Üstler tarafından genellikle hiyerarşik olarak gerçekleşen baskılarda başkasının yardımına veya katkısına gerek kalmayacaktır<sup>13</sup>.

Psikolojik taciz saldırısının diğer çalışanlar tarafından da yapılması durumunda, önlem almakla yükümlü olan işverenin İş Kanunundan kaynaklı yükümlülükleri doğmaktadır. Çalışanların saldırı fiillerine karşı işveren önlemler almalı ve gerekli engellemede bulunmalıdır. Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu işverenin gerekli tedbiri alma yükümlülüğü düzenlemesi yerine yeni TBK “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlıklı 417 ve devamı maddeleri getirilmiştir. Bu düzenleme ile kişiliğin korunması yoruma yer vermeyecek biçimde düzenlenerek işverene bu kapsamda geniş yükümlülük yüklenmiştir.

Özellikle çalışma hayatında psikolojik baskının direkt işveren tarafından yapılmadığı, başka çalışanlar tarafından yapıldığı durumlara da sıkça rastlanmaktadır. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre işverenin gerekli tedbirleri alıp almadığı, olayların kendisine yansıyor yansımadığı hususlarının dikkate alınması gerekmektedir. Keza tanınan

---

<sup>12</sup> GÜZEL – ERTAN, s.153-154.

<sup>13</sup> TAŞKIN, s.61.



yasal haklar kapsamında işçi, ihtar veya uyarıyla işverenden saldırının önlenmesini, durdurulmasını talep edebilecek ve diğer işçilere yönelik psikolojik tacizlerden sorumlu tutulabilecektir. Ancak İş Kanunu'nun 24.maddesi gereğince bildirimden sonra gerekli önlemi alan veya fiil ve davranışa mani olamayacağını ispat eden işveren sorumluluktan kurtulacaktır. Aksi halde önlem almayan veya mani olamayacağını ispat edemeyen işveren sorumlu tutulabilecektir<sup>14</sup>. Belirtmek gerekir ki, işyerinde psikolojik taciz davranışı sergileyen, iş arkadaşlarını psikolojik, duygusal ve davranışları ile rahatsız eden işçinin iş sözleşmesinin işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebep ile feshedilebileceği doktrinde belirtilmiştir. Ancak ağır ve ciddi kusur içeren davranışlar haklı sebeple feshi ortaya çıkaracaktır<sup>15</sup>.

### 2.1.2. Psikolojik Tacizin Mağduru

Psikolojik tacizin mağduru genellikle işçilerdir. Ancak işverenin veya işçi niteliğinde olan işveren vekillerinin de psikolojik tacizin mağduru olması mümkündür. Saldırının bireylere üstleri tarafından gelebileceği gibi eşit düzeyde çalışanlar veya astları tarafından gelebileceğini ve tacizin sistematik bir şekilde uygulanan her türlü olumsuz davranış şeklinde gerçekleşebileceği<sup>16</sup> ifade edilmiştir.

İşverenlerin de psikolojik tacizin mağduru olması mümkündür. İşverenin mağdur olduğu hallerde saldırının işçi tarafından geldiğini ispat etmesi gerekmektedir. Ancak işveren psikolojik taciz unsurlarını taşıyan saldırıya maruz kaldığını ispatlansa bile, saldırının psikolojik taciz olarak kabul görmemesi mümkündür. Çünkü iki tarafın da kendine özgü silahları varsa ve kendilerini korumak amacıyla bu silahlarını kullanıp saldırıda bulunabiliyorlarsa, bir mobbing olgusu değil, karşılıklı rekabetten bahsedilecektir<sup>17</sup>. Örneğin, işverene yapılan taciz davranışına karşılık işçinin sözleşmesinin feshedebilmesi gösterilebilir. İşverenin kullanabile-

<sup>14</sup> DEMİR, Şamil: Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı. 2, Ankara, 2009, s.142

<sup>15</sup> KESER, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara, 2016, s.198-202.

<sup>16</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.30.05.2008, E.2007/9154, K.2008/13307, www.sinerjias.com.tr, (12.03.2016).

<sup>17</sup> TINAZ, - BAYRAM - ERGİN, 2008, s.66 ; DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Kişilik Hakkı İhlâlinin Ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (MOBBING), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XI, Sayı: 1-2, Ankara, 2007, s.118-119.

ceği karşı silah gibi değerlendirilecek bu durumda psikolojik tacizden bahsedemeyecektir.

Kanaatimizce işçinin işverene karşı saldırısının psikolojik taciz olarak değerlendirilmesi bu yorumla güçleştirilmiştir. Olaya özgü olarak değerlendirme yapılması ve saldırıların gerçek anlamda psikolojik taciz unsurlarını taşıması halinde işverenin fesih yetkisi gibi karşı silahı olsa bile, psikolojik tacizin hukuki sonuçlarından yararlandırılması gerektiği hakkaniyete uygun olacaktır. Ancak ara yöneticiler açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

### 2.1.3. Psikolojik Taciz Fiili/Davranışı

Psikolojik taciz, ilişkinin faili olan tarafın uyguladığı fiil veya sergilediği davranış ile gerçekleşir. Bu anlamda psikolojik taciz fiilinin/davranışının unsurlarına veya farklı bir ifadeyle özelliklerine dikkat etmek gerekir. Başbakanlık tarafından çıkarılan 2011/2 sayılı “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” Genelgesi, psikolojik tacizin kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkmasını ifade etmektedir. Yine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yayınladığı “İşyerlerinde Psikolojik Taciz Bilgilendirme Rehberi”nde; sergilenen olumsuz davranışların, işyerinde gerçekleşmesi, astlar, üstler veya eşitle tarafından uygulanması, sistemli bir şekilde yapılması, süreklilik kazanmış bir sıklıkla tekrarlanması, kasıtlı yapılması, yıldırma, pasifize etme ve işten uzaklaştırma amacıyla olması, mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar ortaya çıkarması aranmaktadır<sup>18</sup>.

Psikolojik tacizin başlaması ve tamamlanması sürecinde Yargıtay'ın içtihatlarına göre fiilin psikolojik tacizin unsurlarını taşıması şartı aranacaktır<sup>19</sup>. Özellikle bu kararlardan yola çıkarak psikolojik tacizin unsurları üç başlık altında toplanabilir. Bunlar süre, sistematiklik ve kast unsurları olarak ifade edilmektedir.

---

<sup>18</sup>ÇSGB, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, Ankara, [https://www.csgeb.gov.tr/media/2053/mobbing\\_2014.pdf](https://www.csgeb.gov.tr/media/2053/mobbing_2014.pdf), (29.03.2016), 2014, s.9.

<sup>19</sup>Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2008/10408; K.2009/26968; T. 10.5.2009; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.14.10.2014, E.2012/25934, K.2014/29487., [www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (05.08.2016).

Doğal olarak taciz eyleminin gerçekleşmesi açısından mağdur ile uygulayanın aynı ortamda olması aranan unsurlardandır. Dolayısıyla psikolojik tacizin uygulanması aynı işyerinin/organizasyonun içinde olmalıdır. Zira dışarıdan yapılan herhangi bir baskı psikolojik taciz olarak değerlendirilmeyecektir.

Psikolojik tacizde, taciz eyleminde bulunan taraf ile tacize maruz kalan taraf arasında hiyerarşik olmasa bile, bir eşitsizliğin hakim olduğu ve tacize uğrayan tarafın her zaman kaybeden taraf durumunda olması hali veya başka deyimle tacize maruz kalan kişinin karşılaştığı olumsuz davranışlardan kendini koruyamayacak halde olması gerekir<sup>20</sup>. Çünkü psikolojik taciz üstler tarafından astlarına, az da olsa astları tarafından üstlerine ya da eşitler arasında da gerçekleşebilir. Bu durumda mağdurun savunmasız olması kabul edilecek ve işten ayrılrsa veya devam etse bile yasal haklarını talep edebilecektir.

Birinci unsur olarak ifade ettiğimiz süre, fiilin gerçekleşmesi açısından önemli husustur. Davranışların belirli bir süre devam etmiş olması gerekir. İşçi işyerinde anlık bir olay ve davranışla değil, sistematik davranışlardan oluşan bir süreç içinde ve baskı uygulayan kişinin davranışlarının hedefi olarak mağdur olmaktadır. Bilimsel çalışmalarda psikolojik taciz olarak değerlendirilen eylem ve davranışların süre olarak en az altı ay devam etmesi gibi durumlardan bahsedilmiştir<sup>21</sup>. Ancak maruz kalınan süre açısından kesin bir sınırın belirlenmesinin yanlış olacağı kanaatindeyiz. Olaya özgü olarak belirlenecek bir sürenin, olumsuz fiile maruz kalınan sürenin yargı tarafından belirlenmesi doğru olacaktır. Mevzuatta veya Başbakanlık genelgesinde belirli bir süreden bahsedilmemektedir. Süre hususu doktrinin yorumlarından ortaya çıkmaktadır. Eylemin “*sürekli, sistematik ve sık oluşunu*”<sup>22</sup> dikkate alan Yargıtay, işçinin mobbing (psikolojik taciz) eylemine de maruz kaldığını iddia eden işçi üzerinde sürekli bir baskı kurulup kurulmadığını aramaktadır<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> GÖKÇE TOKER, Asiye: “Mobbing: İş Yerinde Yıldırma Özel ve Resmi İlköğretim Okulu Öğretmen ve Yöneticileri Üzerinde Yapılan Bir Araştırma”. Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dergisi, 2012, s.273.

<sup>21</sup> Bkz: Tınaz ve d. 2013: 40’tan; Einarsen, Hoel, Zapf ve Cooper, 2003: 15; Mikkelsen ve Einarsen, 2001: s.398; Vartia, 2001: s.64.

<sup>22</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T. 22.05.2014 , K.2013/11788 , K.2014/14008, www.kazanci.com (05.08.2017).

<sup>23</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 4.2.2014, E.2012/2473 K.2014/2959, www.sinerjias.com.tr, (10.08.2016).; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.09.2013

İkinci önemli unsur, davranışların sistematik nitelikte olmasıdır. Sistematik bir şekilde uygulanan psikolojik tacizde davranışların birbiriyle bağlantılı olması ve mağdurun genel kişilik hakkını, onurunu veya sağlığını ihlal eden bir boyuta ulaşmış olması aranmaktadır. Nitekim kişilik hakları ve sağlığın ağır saldırıya uğraması mobbingin varlığının tartışmasız kabulünü doğurur<sup>24</sup>. Davranışın niteliği, karşılıklı iletişimde “biz” ve “onlar” ayrımcılığı üzerine kurulmuş davranışın tezahürü olarak ifade edilmiştir. Diğer yandan, psikolojik baskıyı oluşturan davranışın gerçek sebepleri aslında görünürdeki sebep değil, başka bir sebep olabileceği hususuna dikkat çekilmiştir<sup>25</sup>.

Nitekim Yargıtay 9.H.D.’nin 2007/9154 esas 2008/13307 sayılı kararıyla onanan Ankara 8. İş Mahkemesi’nin 2006/19 E., 2006/625 K. sayılı hükmü; “*Mobbing kavramı, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışları içermektedir.*” şeklindeki ilk örnek kararında eylemin sistematikliğine dikkat çekilmiştir. Yargıtay’da<sup>26</sup>, sistematik bir hal alan psikolojik baskı ve bezdirme şeklinde gerçekleşmesi ve feshe zorlama yapılmış olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Sonuç olarak psikolojik tacizi uygulayan kişinin yıldırma, yıpratma, sindirme, bıktırma ve belli şekilde davranmaya mecbur bırakma süreci sistemli bir şekilde yapılmadıkça psikolojik taciz iddiasının kabulü mümkün olmayacaktır<sup>27</sup>.

Üçüncü olarak, psikolojik tacizin varlığının belirlenmesinde aranan kast unsurudur. Sürekli ve sistematik bir şekilde uygulanan psikolojik tacizin manevi unsuru olan kasten yapılması eylemi tamamlamış olacaktır. Ancak bu eylemin yönetim yetkisi kapsamına dahil edilecek türden

---

T:2012/9-1925 E, K.2013/1407, <http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2012-9-1925.htm>, (20.08.2017).

<sup>24</sup> ERDEM, Mustafa Ruhan – PARLAK, Benay: Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, TBB, YIL: 23, Sayı:88, Mayıs - Haziran. Ankara, 2010, s.265.; KANTARCI, Nihan Gizem; Türk İş Hukukunda Mobbing, Ankara, 2016, s.31-33.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 12.02.2013, E.2010/38293 K.2013/5390; www.sinerjias.com.tr, (03.02.2016).

<sup>25</sup> Heyetin İdare Edilmesi, (Editörler: T.Y.Bazarov, B.L.Yeremin), Rusya Federasyonu Üniversitesi Dersliyi, Bakü, 2012, s.431.

<sup>26</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.04.02.2014, E.2012/2473, K.2014/2959; <http://www.kazanci.com>, (25.03.2016).

<sup>27</sup> KESER, Hakan: İş Sözleşmesinin Mobbing Sebebi İle Feshi Üzerine Bir Değerlendirme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Prof. Dr. Fevzi Demire Armağan, Özel Sayı, 2016. (261-277), s.275.

olmaması gerekmektedir. Tacizde bulunan eylemi bilerek ve isteyerek yapmalı, ancak kendi fiilinin niteliğini ayırt edip etmemesi, yasaya aykırı olduğunu bilip bilmemesi ve psikolojik tacizi tam olarak bilmesine gerek bulunmamaktadır. Bir kere gerçekleşen hoş görülecek davranışlar, sistematik olarak uzun bir süre içinde tekrarlanması durumunda kasıtlı tacize dönüşür<sup>28</sup>.

## 2.2. Psikolojik Tacizle İhlal Edilen Yükümlülükler

İşveren veya işyerinde bu suçu işleyen psikolojik taciz fiilinin faili, hem İş Kanunu hem de diğer kanunların genel hükümleri kapsamında yükümlülükleri ihlal etmektedir. Konuya işveren açısından bakılırsa, İş Kanunu hükümlerine aykırı davranan işverenin gözetim borcuna, eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmasının yanı sıra kişilik haklarını da ihlal etmiş olması mümkündür.

Taciz fiili Anayasa'nın ilgili maddelerini de ihlal etmiş olacaktır:

- Anayasanın 10.maddesinde, devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları belirtilmektedir.
- Anayasanın 12.maddesi; herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.
- Anayasa'nın 17.maddesinde, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmektedir.
- Anayasa'nın 49.maddesinde, herkesin çalışma hakkı ve ödevi olduğu belirtildikten sonra, devletin yükümlülükleri arasında, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak da sayılmaktadır.

Psikolojik tacizin ihlal ettiği kişilik ve kişilik hakları TMK'da yer alan genel hükümler kapsamında korunmaktadır. TMK'da açıkça düzenlenmemiş olsa da psikolojik taciz fiili dürüstlük ilkesi ve kişilik haklarını ihlal ettiği ölçüde bu koruyucu hükümler kapsamında değerlendirilecektir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 1. işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şart-

<sup>28</sup> Tınaz, 2006, s.49.

larının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bu kanunun amacına aykırı fiillerin psikolojik taciz eyleminin unsurlarını taşıması mümkündür. Psikolojik taciz eyleminin gerçekleşmesi halinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun ilgili hükümleri devreye girecektir.

Türk Ceza Kanunu (TCK) kapsamında suç teşkil eden bazı fiillerin psikolojik taciz uygulanması sırasında kullanılması mümkündür. Taciz davranışının psikolojik olması gerektiği göz önünde tutularak, 106. madde kapsamında “Tehdit”, 107. madde kapsamında “Şantaj”, 117. madde kapsamında “İş ve çalışma hürriyetinin ihlali”, 122. madde kapsamında “Ayrımcılık”, 125. madde kapsamında Hakaret ve 123. madde kapsamında “Kişilerin Huzur Ve Sükûnunu Bozma” olayın gerçekleşme şekline göre uygulanabilecektir.

### 2.3. İspat Sorunu

Psikolojik tacize maruz kalan çalışanın yaşadığı en önemli problemlerden biri ispat sorunudur. İş akdi feshedildikten sonra mobbing iddialarını ispat etmek daha da zorlaşmaktadır. Genel kural olarak HMK. 190/f.1 gereğince psikolojik tacize maruz kalan mağdur iddiasını ispatlamalıdır. Yine İş Kanunu md.5 düzenlemesi kapsamında işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren aksini ispatlamakla yükümlüdür. İşçinin ortaya koyduğu delillerden işveren ancak aksini ispat ederek kurtulabilecektir. Bu haliyle ispat yükü Avrupa Birliği hukukunun gereklerine ve modern iş hukuku eğilimlerine uygun bir hal almıştır<sup>29</sup>.

İş sözleşmesinin işverence feshinde kural olarak ispat yükü işveren üzerindedir. İş sözleşmesinin işçi tarafından haklı feshinde ise ispat yükü fesih nedenine göre değişebilir. Ücrete ilişkin hakların dışında kalan haklı fesih halleri işçi tarafından kanıtlanmalıdır<sup>30</sup>. Sözleşme işçi tarafından feshedilmiş ise, ispat yükümlülüğü altında olan işçi iddiasını ispat etmekle mükelleftir. Ancak bazı hallerde ispatın zor olduğu görülmektedir. Bu kurallar işyeri içinde gerçekleşen psikolojik taciz hallerinde geçerlidir.

Psikolojik taciz olaylarındaki ispat zorluğunu da dikkate alan Yargıtay, bazı kararlarında doktrindeki görüşlere de yer vererek, ispat

---

<sup>29</sup>ÖZDEMİR, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçlar, İstanbul, 2006, s.219.

<sup>30</sup>ÇİL, Şahin: 6100 sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, İÜHFİM Cilt: LXXII, Sayı:2, 2014, s.100.

hususunda emarelerden, olayların tipik akışından ve tecrübe kurallarından yararlanılabileceği fikrini benimsemiştir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi örnek kararlarında<sup>31</sup> öğretinin<sup>32</sup>, “Öte yandan ispat kurallarının zorlanan sınırları usul hukukunda yeni arayışlara yol açmıştır. Emare işte bu anlayışın sonucudur. Olayların tipik akışı, tecrübe kuralları söz önüne alındığında varılacak sonuçla ispat gerçekleşir. Başka bir anlatımla bu ilk görünüş ispatıdır.”, şeklindeki görüşlerine atıf yapmıştır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 3 yıl arayla psikolojik taciz konusunda vermiş olduğu kararlarda “emare” ile ilgili görüşlere yer vermesi dikkat çekici olup mobbing mağdurları lehine bir ispat kolaylığı sağlamaktadır. Ayrıca Yargıtay’ın ortada somut deliller olmasına karşın emare kanıtını gereksiz yere kararına dayanak yaptığı doktrinde getirilen eleştiriler arasındadır<sup>33</sup>. Ancak ispat sorunu kaygısını yoğun bir şekilde yaşayan psikolojik taciz mağduru işçiler için, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin bu kararlarında emareden de yararlanılabileceğinin altının çizilmiş olması umut verici niteliktedir<sup>34</sup>.

Psikolojik taciz olarak da nitelendirilen saldırı iddialarının objektif bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin kararı doğrultusunda yüzde yüz ispat şartı aranmamaktadır. Kararda, “Mobbingin varlığı için kişilik haklarının ağır şekilde ihlaline gerek olmadığı, kişilik haklarına yönelik haksızlığın yeterli olduğu, ayrıca mobbing iddialarında şüpheden uzak kesin deliller aranmayacağı, davacı işçinin, kendisine işyerinde mobbing uygulandığına dair kuşku uyandıracak olguların ileri sürmesinin yeterli olduğu”, yönünde karar vermiştir<sup>35</sup>. Davacının yaşadıklarını, olaylar başlığı altında kaleme aldığı söz konusu yazıda tutarlılık, samimiyet ve iddia edilen hususlarla bir bütünlük görüldüğü için yüzde yüz ispat şartı aranmadan yeterli görülmüştür. Aynı şekilde bir başka kararında<sup>36</sup> vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar

<sup>31</sup>Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T. 14.03.2008, E.2008/3122, K.2008/4922, www.sinerjias.com.tr, (27.03.2016); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.01.04.2011, E.2009/8046, K.2011/9717. www.sinerjias.com.tr, (23.03.2016).

<sup>32</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku B. 6, İstanbul, 1997, s.622.

<sup>33</sup> TUTUMLU, Mehmet Akif: İşçinin Psikolojik Taciz Sonucu İstifa Etmesi Olgusunun Emare ile İspatı, Terazi Hukuk Dergisi Sayı:22, Ankara, 2008, s.129; YAVUZ, s.604.

<sup>34</sup>Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 25.09.2013, E.2012/9-1925, K.2013/1407, www.sinerjias.com.tr, (09.03.2016).

<sup>35</sup>Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T.27.12.2013 ve E.2013/693, K.2013/30811, http://www.kazanci.com, (07.03.2016).

<sup>36</sup>Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T.21.02.2014, E.2014/2157, K.2014/3434, http://www.kazanci.com, (11.02.2016).

bir ispatın yeterli olduğu ve psikolojik taciz gibi davalarda diğer dava türlerine göre ispatın nispeten daha zor olması hususuna dikkat çekmiştir.

Psikolojik tacizin bazı durumlarda cinsel taciz ile birlikte gerçekleştiği içtihatlarında de belirtilmektedir<sup>37</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki cinsel nitelikte olmasa dahi kadın veya erkeğin cinsiyetinden dolayı muhatap olacakları davranışlar cinsel taciz fiilini oluşturabilecektir<sup>38</sup>. Ancak cinsel taciz saldırısının ispatının uygulamada en önemli sorunlardan biri olduğu Yargıtay kararlarından da anlaşılmaktadır. Yargıtay<sup>39</sup>, olayın çoğu zaman fail ve mağdur arasında yaşanan bir eylem niteliğinde olduğunu, dolayısıyla sadece mağdur tarafından yaşanan bir olayın inandırıcı biçimde ortaya konulmasının büyük bir güçlük arz ettiğini belirtilmiştir<sup>40</sup>. Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 19.2.1998 gün 21644-2236 esas ve karar sayılı içtihadına atıf yapılarak, kararda, “...sarkıntılık eylemleri çok zaman gizli yapıldığından nitelikleri itibariyle görgü tanıkları ile ispatı mümkün olmayan olaylardır” biçiminde tespitite bulunmaktadır<sup>41</sup>. Diğer cinsel tacize ilişkin içtihatla, “cinsel suçların, işleniş şekli dikkate alındığında, mağduru tek başına kollama ve görgü tanığına olanak bırakmama gerektiren bir özelliği vardır” denilerek olayın tam olarak kanıtlanamaması durumunda dahi “hayatın olağan akışı” ya da “ilk görünüş ispatı” ölçütlerinin kullanıldığı görülmektedir. İşçinin diğer bir işçi ile tartışması ve hakaret olayının, ortada herhangi bir neden olmadan çıkmasının mümkün olmadığı belirtilerek öncesinde cinsel tacizin varlığı kabul edilmiştir<sup>42</sup>. Yine, “bir kadın işçinin namus ve iffetini etkileyebilecek şekilde nedensiz yere kendisinin cinsel tacize uğradığı yönünde ayrıntılı

---

<sup>37</sup>Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.12.02.2013, E.2010/38293; K.2013/5390, www.sinerjias.com.tr, (11.03.2016).

<sup>38</sup> KESER, 2016, s.346-347.

<sup>39</sup>Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.04.11.2010, E.2008/37500, K.2010/31544; www.sinerjias.com.tr, (01.02.2016)

<sup>40</sup>LİMONCUOĞLU, S. Alp: İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 15, 2014, s.550

<sup>41</sup>Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.12.10.2009, E.2009/115, K.2009/24348; www.sinerjias.com.tr, (03.02.2016).

<sup>42</sup> ÇİL, 2014, s.89



olarak açıklamada bulunması hayatın olağan akışına aykırıdır”, şeklinde tespitler olumlu değerlendirilmelidir<sup>43</sup>.

Yargıtay her ne kadar yüzde yüz ispat şartı aramasa da ortaya konulan ispat araçlarının bütünlüğü ve inandırıcılığını dikkate alarak icthad oluşturmaktadır. Nitekim kendisine psikolojik baskı yapıldığını ve istifa etmek zorunda bırakıldığını ileri süren işçinin zam yapılmaması nedeniyle yaşanan tartışma sonrası istifa etmesi ve 2 ay sonra kendi yazılı ibranamesiyle işvereni ibra etmesi sonrasında sistemli ve ısrarlı bir şekilde psikolojik taciz iddiasıyla dava açmıştır. Yargıtay tarafından gerek meslek kıdemi ve gerekse de eğitim durumundan imzalamış olduğu dilekçe ve belgelerde yer alan içerikleri de anlayabilecek seviyede olduğu, açıkça anlaşılın işçinin hem ihbar öneli tanıyıp hem de iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshettiği iddialarının çelişkili olduğu kabul edilmiştir<sup>44</sup>.

Sonuç olarak Yargıtay, şüpheden uzak delil aramanın ceza yargılamasına ait olduğundan hareket ederek ve yüzde yüzlük bir ispat aramayaarak özel hukuk ve iş hukuku yargılamasında vicdani kanaatin oluşmasına yetecek kadar ispatı yeterli görmektedir. Delillerin sıhhat ve kuvvetinde tereddüt edilmesi halinde işçi lehine yorum ilkesinin uygulanması gerektiğini ve işçi lehine ispat kolaylığı göstermenin hakkaniyet ve adalete daha uygun olacağını kabul etmektedir<sup>45</sup>.

### 3. PSİKOLOJİK TACİZ MAĞDURLARININ İDARİ VE YARGI BAŞVURU YOLLARI

Psikolojik taciz mağdurlarının da feshe karşı korunması büyük önem arz etmektedir. Bu sebeple saldırı mağduru işçi için fesihden önce başvurabileceği yolların araştırılmasının önemi açısından çalışmamızda yargı süreci konusundan önce bu husus üzerinde durulmuştur. Söz konusu kamu ve özel işyerlerinde çalışanların psikolojik tacize maruz kalmaları üzerine izlenmesi gereken yollar ele alınmıştır.

#### 3.1. Kamu Çalışanları Açısından Başvuru Yolları

Konu genellikle işçi açısından ele alınsa da kamu çalışanlarının yasal hakları açısından başvuru yolları üzerinde durulması ve karşılaştırıl-

<sup>43</sup>Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.28.01.2010, E.2008/14529, K.2010/1463, www.sinerjias.com.tr, 09.03.2016).; ÇİL, Şahin: Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara, 2011, s.439.

<sup>44</sup>Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, T.16.09.2014, E.2014/7903, K.2014/17277, http://www.kazanci.com, (10.02.2016).

<sup>45</sup> KESER, 2016, s.275.

ması açısından faydalı olacaktır. Nitekim psikolojik taciz olayının hem özel hem de kamu işyerlerinde yaşanması mümkündür. Bu doğrultuda Başbakanlık 2011/2 sayılı Genelgesi kamu ve özel sektör ayrımı yapmadan tüm işverenlerin psikolojik tacizle mücadeleden sorumlu olduğunu belirtmiştir. Tek bir nedenle açıklanamayacak kadar kapsamlı ve karmaşık bir süreç olarak değerlendirilen psikolojik tacizin, kamu kurumlarında ve özel sektörde çalışma ilişkilerine ve mağdurun sağlığına olumsuz etkisi, işyerinin ve çalışanların verimini düşüren bir olay gibi önlenmesinin gerekliliği idari tedbirleri zaruri kılmıştır. Doğal olarak psikolojik taciz sadece idari tedbirlerle önlenemez. Yargı kararları ve idari düzenlemeler birlikte gözetilerek iş hayatında çalışma barışı korunacaktır.

Mağdur öncelikli olarak, fiilin önlenmesi için idareye şikâyet etme ve dava açma yolunu seçebilecektir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md.21 gereğince, “Müracaat, şikâyet ve dava açma” yollarından birisi takip edilerek kamu görevlisi hak arayışında bulunabilecek, şikâyet ile disiplin soruşturması açılmasını talep edebileceği gibi fiilin önlenmesini de isteyebilecektir. Maddede “Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat; amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikâyet ve dava açma hakkına sahiptirler.” şeklinde düzenlemeyle başvuru yolu açıkça belirtmiştir. Yapılan müracaat ve şikâyetler söz veya yazı ile en yakın amirden başlanarak silsile yolu ile şikâyet edilen amirler atlanarak yapılacaktır. Müracaat ve şikâyetler incelenerek en kısa zamanda ilgiliye bildirilecektir.

6701 sayılı kanun ile kurulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna gerçek ve tüzel kişilerin başvuru olanağı vardır. Kanunun amacı, insan onurunun, temel olarak insan haklarının korunması, geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesidir. Kurum, her türlü insan hakları ihlali iddialarını başvuru üzerine veya resen incelemek, araştırmak, değerlendirmek; bunların sonuçlarını ilgili kişi, kurum ve kuruluşlara bildirmek ve takip etmek hakkına sahiptir. Ayrımcılığa maruz kalan her gerçek veya tüzel kişi ücretsiz olarak Kurum’a başvurabilecektir. 6701 sayılı Kanun’a göre, ayrımcılık türleri arasında sayılan işyerinde yıldırma fiili bu kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, biktirmek amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemleri kapsamaktadır (md.3-4). Yine

kanunda tanımı yapılan taciz fiili “psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çığnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış”, olarak tanımlanmıştır.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna başvurular, 17.madde gereğince İş Kanunu ve diğer ilgili mevzuatlarda öngörülen şikayet yollarını izledikten ve sonucunda bir yaptırım kararı alınmadığı hallerde yapılabilecektir. İlgililerin, Kuruma başvurmadan önce bu Kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep etme, eğer bu taleplerin reddedilmesi veya otuz gün içerisinde cevap verilmemesi hâlinde başvuru hakkına sahip olacaktır. Uzlaşma yolunu da izleyebilecek olan Kurum sonuç alınmadığı durumda insan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlali yapıp yapılmadığına ilişkin karar verecek ve aynı zamanda fiilin suç teşkil etmesi halinde suç duyurusunda bulunacaktır. İnsan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlalinin tespiti halinde kanunda öngörülen idari cezasının uygulanması sözkonusudur<sup>46</sup>.

Ayrımcılık yapılan mağdur işçinin fesih hakkını kullanması, eşitlik ilkesine aykırı olarak ödenmeyen veya eksik ödenen ücreti, ikramiyeni ve ayrımcılık tazminatını talep etmesi mümkündür. İş Kanunu 5.maddesi emredici düzenleme olduğu için bu hükme aykırı olarak yapılan haktan feragatler geçersiz olacaktır. Ancak tazminat konusunda öğretilerde tartışmaların sürdüğü, ayrımcılık tazminatı, kötüniyet tazminatı ve işe başlatmama tazminatlarını bir arada talep hakları konusunda olumlu ve olumsuz görüşler ileri sürülmekte ve kararlar bulunmaktadır<sup>47</sup>. Genel kaniye göre, ayrımcılık kötüniyetin özel hali olarak görülmekte ve her iki

<sup>46</sup>ŞAKAR, Müjdat; İş Hukuku Uygulaması, İstanbul, 2016, s.111-116; KANTARCI, 2016, s.177-183.

<sup>47</sup>SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, İstanbul, 2016, 608; ÇELİK, Nuri – CANIKLİOĞLU, Nurşen – CANBOLAT Talat; İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2014, s.280-282. KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül; İş Hukukunun Uluslar arası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, İstanbul, 2013, s.98-100.; ÇELİK, Nuri; İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İHD, 2007, S.14, s.489; BACAĞ, Bünyamin-YİĞİT, Yusuf; Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Kamu-İş Dergisi, Cilt: 9, Sayı:2, 2007, (1-31), s.28-29.

tazminata birlikte hükmedilmemesi gerektiği savunulmaktadır<sup>48</sup>. Yine sendikal nedenlerle fesihlerde Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25 gereğince ayrımcılık tazminatına ayrıca hükmedilememektedir. Tüm bu görüşler de dikkate alınarak, ayrımcılık tazminatının feshin koşullarına göre kötüniyet tazminatı ve işe başlatmama tazminatı ile birlikte ödenebileceği kanaatindeyiz. Sonuç olarak 6701 sayılı Kanunun psikolojik tacizi belirli bir çerçeve içinde ele almış olduğu ve “eşitlik ilkesi” ve “ayrımcılık yasağı” temeline dayalı olarak tanımladığı görülmektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu’na kamu görevlisinin psikolojik tacize uğraması durumunda başvuru imkânı bir diğer hukuki yoldur. Şikâyet konusunda yetkili olan kurum başvuru üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir (6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu md.5/1). İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilerek, idare tarafından verilecek cevabın tebliği tarihinden veya idare başvuruya altmış gün içinde cevap vermediği takdirde bu sürenin bitiminden itibaren altı ay içinde Kurum’a başvurulabilecektir<sup>49</sup>.

Psikolojik taciz mağduru kamu görevlileri, kurum veya kuruluşta etik davranış ilkelerine aykırı uygulamalar bulunduğu iddiasıyla, Kamu Görevlileri Etik Kurulu’na başvurabilirler. Kurulun inceleme sonucu vereceği tespit niteliğindeki kararı icrai anlamda bir karar değil, sadece yargı aşamasında delil olarak etkili olabilecek bir belgedir<sup>50</sup>.

Psikolojik taciz TCK’da ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak tehdit, hakaret, çalışma hürriyetini tehdit gibi psikolojik taciz sürecinde işlenen fiiller ayrı bir suç oluşturması halinde savcılığa şikâyette bulunmak mümkündür. Ayrıca yargı yolları açısından, manevi tazminat istemiyle, kişiye karşı kişisel kusur nedeniyle adli yargıda, idareye karşı hizmet kusurundan dolayı idari yargıda dava açılacaktır. Ancak idari

---

<sup>48</sup>DEMİR, Fevzi. İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2016, 194; SUR, Melda; İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı:37 s.33-51, s.50.

<sup>49</sup>TURHAN, KASAPOĞLU Mine: Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları, TBB Dergisi Sayı: 105, Ankara, 2013, s.106.

<sup>50</sup>KASAPOĞLU, s.104.

yargı mercilerinin kararları Yargıtay kararları kadar yaygın değildir. Danıştay 1. Dairesi'nin açıkça psikolojik taciz ibaresi kullanmadan şüphelilerin TCK gereğince görevi kötüye kullanmak suçundan yargılanmaları yönünde verdiği 09.02.2011 tarih ve 2011/253 sayılı kararı ilk emsal karar olarak nitelendirilmektedir<sup>51</sup>. Diğer bir kararda ise, mobbing ifadesi açıkça kullanılarak, üç ayrı disiplin cezası sonrası uygulanan bıktırma ve yıldırmaya yönelik eylem ve işlem uygulanması üzerine verilen manevi tazminat kararı Danıştay'ca onaylanmış ilk kararlardan sayılır<sup>52</sup>.

Kamu kurumlarında çalışana karşı olumsuz davranışların yanı sıra, baskı niteliğindeki idari uygulamalar da psikolojik taciz olarak değerlendirilebilir. Özellikle idari yargı tarafından kamu kurumunun olumsuz uygulamalarına yönelik icthatlar bu caydırıcılığı pekiştirecektir. İdarenin disiplin cezaları ve geçici görevlendirmeler davacının kişilik haklarının ve manevi bütünlüğünü zarara uğrattığı için bir saldırı olarak kabul edilmiştir<sup>53</sup>. Kamu görevlisinin işlediği, mobbing teşkil eden eylemler sebebiyle adli yargıda tazminat davası açılıp açılmayacağı hususu uygulamada çok tartışmalı bir konudur. Eylemin kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle işlenmesi nedeniyle ağırlıklı olarak açılacak davaların idari yargı alanına girdiği konusunda uygulamalar vardır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yakın zamanda vermiş olduğu bir kararda kamu görevlisinin salt kişisel kusuruna dayanan eylemlere ilişkin olarak adli yargıda dava açılabileceği sonucuna varılmıştır<sup>54</sup>.

## 3.2. İşçi Açısından Başvuru Yolları

### 3.2.1. İdari Başvuru Yolları

İşçiye kolaylık sağlaması açısından, Başbakanlığın 19.03.2011 tarihli İşyerlerinde Psikolojik Tacizin Önlenmesi Hakkında 2011/2 sayılı genelgesinden yararlanılarak iş akdi henüz sona ermeden duruma müdahale edilmesi faydalı olabilecektir. Genelgeye istinaden Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na ve/veya İl Bölge Müdürlüklerine şikâyet yoluna

<sup>51</sup>ODYAKMAZ, Zehra-GÜZEL, Oğuzhan: İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 2013, s.20-55.

<sup>52</sup>Danıştay 8. Dairesi, T. 16.04.2012, E.2008/10606, K.2012/1736, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (07.03.2016).

<sup>53</sup>Sakarya 1. İdare Mahkemesinin 17.01.2011 tarihli, E.2010/474, ve K.2011/187.

<sup>54</sup>Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.11.11.2015, E.2014/4-110, K.2015/2600, [www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (05.08.2016).

gidilmesi olanağı vardır. Ancak bu kurumların olaylara yaklaşımları başvuru ve inceleme şekilleri değişiklik arz edebilmektedir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı genelge kapsamında, psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlamaktadır. Alınan bu çağrılara cevap vermek üzere psikologlar konu hakkında eğitilmiş ve hattı arayanlara yardımcı olmak üzere görevlendirilmiştir. Söz konusu psikologlar hattı arayanları konu hakkında bilgilendirme, işyerinde psikolojik tacize uğradığını düşünenlere psikolojik destek verme, onları yönlendirme ve şikayetleri dinleyerek idari süreci başlatmaktadır. Yine Bakanlık bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu" kurulmasıyla psikolojik tacizle mücadele ön-görülmektedir<sup>55</sup>.

Yapılan başvurularda görevlendirilen müfettişin olaylara bakış açısı ve konuya hâkimiyeti büyük önem arz etmektedir. Yapılacak şikâyetlerde işverene önceden haber vermeksizin yerinde inceleme yapılması ve çalışanlar arasından tanık gösterilmişse tanıkların ifadelerinin işyerinde alınmasının istenmesi de delil tespiti açısından kolaylık sağlayabilecektir. İlgili kurumun konuya yeterince ilgi göstermediğinin anlaşıldığı veya böyle bir riskin söz konusu olduğu durumlarda dilekçenin bir örneğinin bilgi amaçlı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na gönderilmesi veya gerek görülürse, direkt Bakanlığa bu konuda başvuru yapılarak kararlı bir tutum sergilenmesi önemlidir.

### 3.2.2. Adli Yargı Başvuru Yolları

Psikolojik tacizin mağduru adli yargı yolunu tercih ederek psikolojik tacizin durdurulması, önlenmesi ve tespiti davaları ile saldırıyı önleyebilecektir. Zararlarının giderilmesi için maddi, manevi tazminat davalarını durum ve koşullara uygun olarak açabilecektir. Ayrıca psikolojik taciz fiilinin Anayasanın ve İş Kanununun ayrımcılığı yasaklayan hükümlerini ihlal etmesi halinde mağdurun *ayrımcılık tazminatı* talep etmesi de mümkün olabilecektir. Mağdur İş Kanunu madde 5'te düzenlenen dört aylık ücreti tutarındaki tazminatı ve bu ayrımcılıkta dolayı yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir. İşçi fesih yoluna başvurmamış olsa bile, bu hakları talep edebilecektir. Aynı zamanda sözleşme fes-

---

<sup>55</sup> ÇSGB, s.7-8.

hedilmeden psikolojik tacizin tespiti davası açmak da hukuken mümkündür. İşçi İş Güvenliği Kuruluna başvurabilecek ve çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir.

Sözleşmeyi fesheden işçi zarar tazmini dışında ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, kıdem tazminatı isteyebilecek ve Borçlar Kanunu md.438 kapsamında hâkim tarafından belirlenecek, ancak işçi ücretinin 6 aylık miktarını geçmeyecek miktarda tazminata hükmedilmesini isteyebilecektir. Belirli süreli sözleşmeli çalışanlar açısından ise, kıdem tazminatı, bakiye süre ücreti, BK md.438 kapsamında tazminat ve manevi tazminat davası açmak mümkün olmaktadır.

### 3.2.2.1. Psikolojik Tacizin Durdurulması, Önlenmesi ve Tespiti Davaları

Psikolojik taciz, TMK kapsamında kişisel hakları ihlal etmektedir. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte psikolojik taciz dürüstlük ilkesi ve kişilik haklarını koruyucu hükümler kapsamında değerlendirilmekte ve kanunun 2/1.maddesi ile düzenlenen “Dürüst Davranma” ve 3. maddesinde düzenlenen “İyiniyet” hükümlerine aykırıdır. Bu amir hükümler gereği işçiler ve işverenler işyerindeki iş ilişkilerinin ifası sırasında birbirlerine dürüstlük ve iyi niyet kurallarına uygun şekilde davranmak zorundadırlar<sup>56</sup>. İşveren işçinin kişiliğini korumakla yükümlüdür. İşçinin kişiliğini koruma borcu, gözetme borcunun bir görünümü olarak BK md.417 de genel bir düzenleme bulmuş ve TMK 24’ün bir somutlaştırması olarak düzenlenmiştir. İşçinin özel hayatı, şeref ve haysiyeti ve görünümü BK. md.417 kapsamında korunan kişisel değerlerdendir<sup>57</sup>. Yine Yargıtay 7. HD. T. 20.01.2015, E. 2014/14808 ve K. 2015/131 Sayılı ilamında “... kişisel haklar, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlar. Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, düşünce ve ekonomik çalışma özgürlüğü, servet, haysiyet ve itibar, ün, ad, sır ve resim hep kişisel varlıklardır. Şeref ve haysiyet, dâhil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu yada böyle kabul edildiği için, kişiye verildiği değeri ifade eder”, şeklinde kişisel değerleri ifade etmiştir.

Psikolojik tacizin etkileri açısından TMK md.25 gereğince davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son

<sup>56</sup> ŞAHBAZ, Başak; İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Nedeniyle Manevi Tazminat, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 91, Sayı:1, 2017, (117-132), s.130.

<sup>57</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1.Cilt, İstanbul, 2013, s.472.

verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417.maddesindeki düzenlemeye göre işverenin psikolojik tacizi önleme yükümlülüğü de vardır. Maddenin birinci fıkrasında; “İşveren, işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.” şeklindeki düzenlemeye dayanarak işverenden psikolojik tacizi önlemesini talep edebilecek, önlenmediği takdirde durumun tespiti ve önlenmesine karar verilmesi için mağdurlarca dava yoluna gidilebilecektir.

İşyerinde psikolojik tacize uğrayan işçi TMK madde 25 uyarınca, “koruyucu davalar” veya “kişilik hakkını koruyan özel davalar” olarak nitelendirilen kişilik hakkına yönelik saldırı tehlikesini önleme davası, sürmekte olan saldırıya son verme davası, sona ermiş bir saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası ile kişilik haklarına yönelik hukuka aykırı saldırıların durdurulmasını ve saldırının sona erdirilmesini mahkemen talep edebilecektir. Durdurma davası açılabilmesi için hukuka aykırı ve devam eder nitelikte bir saldırı olmalıdır. Hukuka aykırı olarak, kişilik hakkına yönelik yapılan saldırı sona ermişse, maddi alemde varlığını sürdürmüyorsa ya da saldırı gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme tehlikesi varsa, bu durumlarda durdurma davası açılamaz. Saldırının hukuka aykırılığı dava için yeterli olup, davranışın kusurlu olup olmadığı aranmaz. Hukuka aykırılığın tespitinde gözetme borcuna aykırılık, eşitlik ilkesine aykırılık ve dürüstlük kuralının ihlali gibi haller dikkate alınacaktır<sup>58</sup>.

Psikolojik taciz meydana gelmemiş olsa bile, saldırının yaşanabileceği konusunda ciddi ve yakın bir tehlike olması, saldırının önlenmesi davası açılmasına gerekçe sağlayacaktır. Davacı mağdur mahkemen davalının hukuka aykırı davranışta bulunmaktan kaçınması yönünde talepte bulunacaktır. Ancak bu nitelikte bir karar verebilmesi için hâkimin ciddi ve yakın bir tehlikenin olduğu yönünde kanaatinin oluşması gereklidir. Önleme davası tespit davası ve tazminat davası ancak şartları mevcut ise

---

<sup>58</sup> OĞUZMAN, Kemal-SELÇİ, Özer- ÖZDEMİR OKTAY, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul, 2016, s.239-242; ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku, Ankara, 1992, s.350



açılacaktır<sup>59</sup>. Sona ermiş saldırının tekrarlanması tehlikesi var ise saldırının sona erdirilmesi değil, saldırının önlenmesi talep edilecektir<sup>60</sup>.

Tespit davası kapsamında ise mağdur, kişilik hakkının saldırıya uğraması üzerine etkileri devam eden bu saldırının hukuka aykırılığının tespitini TMK md. 25/2 gereğince isteyebilecektir. Burada saldırının etkilerinin devam etmesi psikolojik taciz sürecinin sürdüğü anlamını taşımamaktadır. Bu nedenle saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası açılacaktır. Keza saldırı davranışları halen devam ediyor ise saldırıya son verilmesi için dava açılacaktır<sup>61</sup>.

### 3.2.2.2. Maddi ve Manevi Tazminat Davası

Maddi ve manevi tazminat, mağdurların dava sırasında en çok tercih ettikleri taleplerdir. Maddi tazminat açısından talep edilecek maddi zararın maruz kalınan olayların özelliklerine göre işçinin beden ve ruh bütünlüğü nedeniyle yaptığı tedavi harcamaları, çalışma gücünün yitirilmesi, iktisadi geleceğin sarsılmasına ilişkin zararlar, psikolojik tacize gösterdiği tepki nedeniyle uğradığı zararlar biçiminde olabilir<sup>62</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, “Davacı işçi, davalı işverenden maruz kaldığı psikolojik taciz nedeniyle, hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, işe devam etmek suretiyle TBK. md.417 kapsamında diğer yasal haklarını kullanma konusunda seçimlik hakka sahiptir”<sup>63</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun sözkonusu emsal kararı kapsamında davacı işçinin maruz kaldığı psikolojik taciz nedeniyle, hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi ve aynı zamanda işe devam etmek suretiyle maddi ve manevi tazminat davası açması gibi diğer yasal haklarını kullanma konusunda seçimlik hakka sahip olduğu kabul edilmiştir. Karara göre, maddi tazminat yönünden, psikolojik taciz uygulamalarının doğrudan bir sonucu olan ve varsayıma dayanmayan

<sup>59</sup> ZEVKLİLER, 1992, s.350

<sup>60</sup> OĞUZMAN vd., 2016, s.241.

<sup>61</sup> OĞUZMAN vd., 2016, s.239-242; BAYRAM, Fuat: Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, s.558-559; ÇETİN HALMAN, Emine: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), <http://www.hukabdergi.com/p2108/>, s.5, (06.04.2016).

<sup>62</sup> SAVAŞ, Fatma Burcu: İş Yerinde Manevi Taciz, İstanbul: Beta Yayınları, 2007, 104-109.

<sup>63</sup> YHGK., T.25.09.2013, E.2012/9-1925, K.2013/1407, [www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), 09.03.2016).

gerçek bir zarar olup olmadığı belirlenerek maddi tazminat yönünden bir karar verilmesi gerektiği yer almıştır. Maddi tazminatın geniş çerçevede değerlendirilmesi yönünde varılan sonuç kanaatimizce mobbing mağduru işçinin hak arayışı açısından oldukça önemlidir.

Uygulamada genellikle talep edilen bir tazminat çeşidi olan manevi tazminat, psikolojik tacizden dolayı ruhsal sağlığı bozulmuş, acı çekmiş olan işçi çektiği manevi acıların karşılığı olarak TBK çerçevesinde istenebilecektir. Psikolojik taciz nedeniyle kişilik hakları saldırıya uğrayan, bu sebeple psikolojisi bozulan ve bazı durumlarda psikolojik tedavi görmek zorunda kalan mağdur işçinin iş akdini feshetmeden baskı uygulayan kişiye ve/veya işverene karşı manevi tazminat davası açabilmektedir. Bu durumda mağdur hayat, sağlık ve vücut tamlığı, faaliyet ve yaşamını düzenleme özgürlüğü veya haysiyet ve onur gibi kişilik haklarının ihlal edildiğini ispat etmekle mükelleftir. Kişilik hakkının ihlal edilmediği hallerde manevi tazminata hükmedilmesi mümkün değildir<sup>64</sup>.

Psikolojik saldırı işveren tarafından değil, başka bir işçi tarafından gerçekleştirildiğinde işvereni manevi tazminattan sorumlu tutmak kolay olmayacaktır. Bu durumda işverenin tutumuna, saldırıdan haberdar olup olmadığına ve aldığı önlemlere göre hareket etmek gerekmektedir. Hiçbir şekilde psikolojik tacize önlem almayan, mağdurun şikâyetlerine tamamen duyarsız kalan işveren, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 417. maddesi kapsamında sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla başka bir işçi tarafından işçinin kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde mağdur işçi işverene manevi zararları nedeniyle tazminat açabilecektir.

Uygulamada işverenin başka bir işçi tarafından gerçekleştirilen psikolojik taciz saldırılarını görmezden gelmeyi tercih etmesi çalışma hayatında sık karşılaşılan durumdur. Burada işverenin bilinçli bir bilinçsizlik tutumu içinde olduğu görülmektedir. Özellikle çalışan sayısının çok olduğu işyerlerinde işverenin kurduğu hiyerarşik sistem aslında psikolojik tacize zemin hazırlamaktadır. Çalışanlara belirli yetkilerini devreden işveren, işyerinde meydana gelen olaylardan yetkilendirdiği kişilerden aktarım yoluyla haberdar olmaktadır. Bu durumda çalışanlar arasındaki rekabet, kıskançlık, yerini alma korkusu gibi haller sorunlara yol açmaktadır. Dolayısıyla işveren ve işçi ilişkilerinde uygun kontrol mekanizması

---

<sup>64</sup>Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.12.02.2013, E.2010/38293 K.2013/5390; www.sinerjias.com.tr, (03.02.2016).

kurulması psikolojik tacize karşı alınacak önlemler noktasında önem arz etmektedir. Psikolojik tacizin yasal dayanağı, unsurları ve sonuçları konusunda üst düzey personellerin bilinçlendirilmesi sorunları aza indirecektir.

### 3.2.2.3. Kıdem ve İhbar Tazminatı

Psikolojik tacizin söz konusu olduğu durumlarda iş akdinin işçi veya işverence feshedildiği hallerde, kıdem tazminatına hak kazanmak için gerekli çalışma süresini tamamlamış psikolojik taciz mağduru işçinin kıdem tazminatına hak kazanması noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>65</sup>.

İşverenin mağdur işçinin iş akdini ihbar öneli tanımadan haksız bir şekilde feshetmesi halinde de psikolojik tacize uğradığını ispat eden mağdur işçi ihbar tazminatı alabilecektir.

### 3.2.2.4. İşe İade Hakkı

İş güvencesi kapsamında olan psikolojik taciz mağduru işçinin işyerinde yaşanan psikolojik taciz olayları neticesinde, iş akdinin feshedilmesi durumunda işveren tarafından gösterilen geçerli nedenin hukuki niteliği ayrı bir tartışma konusudur. Psikolojik taciz mağduru işçinin yaşadığı ağır baskılar ve psikolojik çöküntü karşısında zaman zaman tepkisel olarak yanlış hareketler sergilemesi de söz konusu olabilecektir. Ancak olayların kaynağına bakıldığında zaten psikolojik taciz uygulamalarında genelde hedef, işçinin yıldırılarak işten ayrılması veya işten atılması için bir sebep üretilmesidir.

Psikolojik tacize uğrayan işçi bir yandan işini kaybetme korkusu yaşamakta, işsiz kalması durumunda oluşacak olumsuz sonuçlar için kaygılanmakta, bir yandan da sistematik olarak devam eden psikolojik tacizle savaşmak zorunda kalmaktadır. Tüm bu hususlar işçi üzerinde büyük baskı oluşturduğu hallerde, elbette işçinin kendini savunma durumundayken yaptığı bazı hataların geçerli neden oluşturmayacağı söylenebilecektir. Ancak işçinin buradaki kusurunun orantılı olup olmadığı da dikkate alınmalı ve ona göre sonuca ulaşılmalıdır. Örneğin, kendisine psikolojik tacizde bulunan diğer bir işçiye veya işverene bıçak çeken mağdurun hareketi kabul edilebilirlikten uzak iken, mağdurun yaşamış

<sup>65</sup>Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T. 24.11.2011, E.2009/19775, K.2011/45510; www.sinerjias.com.tr, (22.03.2016); Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.01.04.2011, E.2009/8046, K.2011/9711; www.sinerjias.com.tr, (22.03.2013); Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.14.03.2008, E.2008/3122, K.2008/4922, www.sinerjias.com.tr, (27.03.2016).

olduğu baskılar neticesinde işyerinde yüksek sesle bağırmasının savunma kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Psikolojik tacize dayandırılarak açılan işe iade davalarında önemli hususlardan birisinin neden sonuç ilişkisi olduğu kanaatindeyiz. Yargıtay'ın bazı kararlarında psikolojik taciz olgusunu açık bir şekilde dayanak yapmaktan kaçındığı dikkatimizi çekmiştir. Yargıtay'ın örnek bir kararında, psikolojik taciz nedeniyle davacı işçi tarafından hukuk mahkemesinde dava açılmış ve bunun üzerine işveren tarafından işçinin idari izne ayrılması istenmiştir. Gerekçesi olmayan bir idari izne ayrılma talebi kabul edilmediği için işçinin iş akdi feshedilmiştir. İşçi işe iade davası açmış ve yerel mahkeme işverenin yönetim hakkına dayanarak aldığı karara işçinin uymamasının işyeri düzenini aksatacak bir eylem olduğundan bahisle feshin geçerli nedene dayandığı sonucuna vararak davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini, işyerinde yaşandığı iddia edilen taciz olayı ile ilgili mağdur olduğunu belirten davacının işverence tek taraflı olarak idari izne çıkarılmak istenmesinin üzerinde oluşturduğu korku ve tedirginlikle işyerinden ayrılmak istemediği için feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmemiş ve işçi lehine karar vermiştir<sup>66</sup>. İşçi lehine verilen bu kararda Yargıtay'ın manevi tazminat ve/veya kıdem tazminatı istemli davalardan farklı olarak psikolojik taciz olgusunu yeterince tartışılmamış ve açık bir şekilde karara dayanak yapılmamıştır.

Psikolojik taciz saldırılarının görünürdeki şekliyle işçinin sözleşmesinin geçerli veya haklı sebeple feshine zemin hazırlanması ve yapılan saldırılar sonucu mağdur işçinin göstermiş olduğu tepkisel davranışlardan yararlanma çabası genellikle karşılaşılan hallerdendir. Bu sebeple mağduriyetin giderilmesi için sadece Borçlar Kanununun md. 417 ile yapılan psikolojik taciz düzenlemesinin yeterli olmayacağı, özellikle işçiyi feshe karşı korumak için psikolojik tacizin unsurlarına da yer veren içtihatlarla da konunun pekiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

### **3.2.2.5. Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**

Çalışmaktan kaçınma hakkı işçiye yasal olarak tanınan bir başka yoldur. İşçi, iş güvenliği kuruluna başvurabilecek ve kaçınma hakkını kullanabilecektir. Çalışmaktan kaçınma hakkı, TBK md.408 ile 6331

---

<sup>66</sup>Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, T.14.05.2012, E.2011/17183, K.2012/9801, <http://www.kazanci.com>, (11.02.2016).

sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) md.13 hükümlerinde düzenlenmektedir<sup>67</sup>. Öncelikli olarak işverenin İSGK'ya göre, kamu sektöründe ve özel sektörde çalışanlara tanınan bu hak yasanın 13.maddesinin 1. ve 2. fıkrasına göre “çalışmaktan kaçınma hakkı” olarak düzenlenmiştir. Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu veya işverenin, çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Bu doğrultuda, psikolojik tacizin çalışan açısından ciddi ve yakın bir tehlike oluşturması durumunda, işveren gerekli tedbirleri derhal almakla yükümlüdür. Maddede belirtilen “ciddi ve yakın bir tehlike” kavramı işyerinde psikolojik taciz açısından kanundaki tehlike tanımına uygun tehlike “işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışmanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyel”ini kastetmektedir. Her psikolojik taciz vakasının ciddi ve yakın bir tehlike oluşturmayabileceğinden hareketle, psikolojik tacize katlanılmasının imkânsız bir noktaya gelmesi ve çalışanın sağlığını olumsuz yönde etkilemeye başlamasıyla mağdurun çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesini kabul etmek gerekir<sup>68</sup>.

#### 4. HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

İş Kanunu'nun 26.maddesinde, gerek işçinin gerekse işverenin, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallere dayanarak iş sözleşmesini derhal fesih edeceği durumlarda, bu hakkın “iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak” 6 işgünü içinde “ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren” 1 yıl içinde kullanması gerektiği, bu sürenin geçmesi halinde fesih hakkının kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Doktrinde ve yargı kararlarında, bu

<sup>67</sup> LİMONCUOĞLU, Alp: “İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 105, Mart- Nisan, Ankara, 2013, s.84-85; ÜNAL, Canan: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 37, İstanbul, 2013, s.57.

<sup>68</sup> TURHAN, s.123-124

maddede belirtilen sürelerin zamanaşımı süresi değil bir hak düşürücü süre olduğu kabul edilmiştir<sup>69</sup>.

Sistematik bir biçimde uygulanan psikolojik taciz halinde mütemadi olarak uygulanan fiiller söz konusudur. Eğer unsurları oluşmuş ise, hak düşürücü sürenin uygulanmaması doğru bir karar olacaktır. Örnek içtihat- ta yerel mahkeme, hak düşürücü süre kavramını esas alarak, işçinin iş sözleşmesini fesih tarihinin, cinsel tacizi içeren olayın vukuundan başlayan 6 iş günlük süre bittikten bir hayli sonra olduğunun tespiti ile davacının davasını reddetmiştir. Yüksek mahkeme ise olayı cinsel tacizle birlikte gerçekleşen psikolojik taciz olarak nitelendirmiş ve olayların, süreklilik arz eden eylemler olduğunu belirterek, 6 işgünlük hak düşürücü sürenin işlemeye başlamadığı görüşünü açıklamıştır. Bu durumda taciz olayının etki ve sonuçları temadi etmekte olup sonuçları itibariyle bir nevi psikolojik tacize dönüşen eylemler karşısında, 6 günlük hak düşürücü sürede fesih hakkının kullanılmadığından da bahsedilemez. İş akdini fes- hetmesi nedeniyle temadi eden ve sonuçları itibariyle bir nevi psikolojik tacize dönüşen eylemler karşısında 6 günlük hak düşürücü sürenin geçtiğinden de bahsedilemeyeceğine isabetli olarak kararda yer veril- miştir<sup>70</sup>.

## SONUÇ

Çalışma hayatında yer alan birçoğumuz iş hayatına ilk atıldığımızda anlamlandıramadığımız ama özgüvenimizi sarsan psikolojik saldırılarla karşı karşıya kalmışızdır. Daha önce çalışanlar kendilerine yönelen ve yıpratıcı olan bir saldırı sürecini nitelendirmekte zorlanmakta idiler. Bu anlamda 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417/1. maddesinde yapılan düzenleme ile günümüzde işçiye karşı yapılan sürekli ve sistematik olumsuz davranışlar yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Psikolojik tacizin çalışma ilişkilerinde önlenmesi açısından en ö- nemli etkiyi yargı kararları sağlayacaktır. Uygulamada yargı kararları ve içtihatların yaygınlık kazanması sorunun çözümüne yön verecek, işveren

---

<sup>69</sup> SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul, 2015, s.730-731.; DEMİR, 2016, s.389.; ŞAKAR, 2016, s.175; ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2013; s.312-313.

<sup>70</sup>Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 04.11.2010, E.2008/37500, K.2010/31544; www.sinerjias.com.tr, (01.02.2016); LIMONCUOĞLU, 2013, s.566.; SÜZEK, 2015, s.731-732.

ve diğer işçilerin olumsuz davranışlarını önleyecektir. İşveren iş ilişkisinde, işçilere karşı psikolojik tacizden kaçınmakla ve işçilerin buna maruz kalmaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Yükümlülüğün kanunda yer alan düzenleme ile işverene yüklenmesinin mağdurların hak mücadelesine önemli bir katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Bu düzenlemeye dayanarak işçinin gerektiğinde işverenden psikolojik tacizi önlenmesini talep hakkı bulunmaktadır.

Çalışmamızda psikolojik taciz mağdurlarının başvuracağı hukuki yollar sistematik olarak incelenmiştir. Bu itibarla psikolojik taciz mağdurunun talep edebileceği haklar açısından ilgili tartışma ve fikirlere yer verilmiştir. Ancak psikolojik tacizin olup olmadığı her olayın özelliğine göre belirlenecek. Bu yönde mağdur işçilerin ispat sorunu yaşamaması için sözleşme feshedilmeden, gerekli delillerin oluşturulması ve gerektiğinde idari bir takım başvuru mekanizmalarını harekete geçirilmesi gerekmektedir.

Tüm olumlu gelişmelere rağmen verilen karar ve içtihatlarda birçok konuda belirsizlikler yaşanmaktadır. Uygulamaya yön verecek yargı kararları, bu haksız davranışın kapsamı, tarafları, unsurları ve talep edilebilecek haklar açısından bu belirsizlikleri gidermeli ve tutumunu netleştirmelidir. Örneğin işveren tarafından aynı anda birçok işçiye uygulanan saldırıyı psikolojik taciz olarak kabul etmeyen Yargıtay 7.Hukuk Dairesi kararında toplu olarak psikolojik saldırı olamayacağı şeklinde bir kanaatle işçiler mağdur olarak kabul edilmemiştir<sup>71</sup>. Eğer gerçekleşen davranış/fiiller psikolojik tacizin unsurlarını taşıyor ise, kanaatimizce saldırıya uğrayanın sayısının çokluğu dava açılması için engel teşkil etmemelidir. Kanun düzenlemesinde mağdur açısından bir sayı öngörülmemekte, bireysel veya toplu olması hakkında bir belirleme de bulunmamaktadır.

Psikolojik taciz kavramı kıdem tazminatına ilişkin davalarda ve manevi tazminat davalarında Yargıtay kararlarına açıkça konu olmaktadır. Ancak uygulamada İş Mahkemelerince verilen tazminat talebine ilişkin kararlarda olumsuzlukların sürdürüldüğü açıkça görülmektedir. Örneğin, psikolojik taciz davranışının tüm unsurlarının gerçekleşmesine rağmen,

<sup>71</sup> İzmir Barosu 3-4 Nisan 2015 tarihli İş Hukuku Günleri toplantısında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi Bektaş KAR'ın "Yeni Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Kanunu'na Göre Psikolojik Taciz ve Yargıtay Uygulaması" başlıklı sunumu., <http://www.izmirbarosu.org.tr/Videolar.aspx>, (14.04.2017).

hâkimin manevi tazminata hükmetmemesinin gerekçesi olarak, “*manevi tazminatın psikolojik tacizi ortadan kaldırmayacağı*” yönünde verilen hukuki gerekçeden yoksun kararlarla karşılaşmaktadır<sup>72</sup>. Mahkemenin davada talep doğrultusunda manevi tazminata hükmetmesi gerekirken, böyle bir gerekçe ile tazminat yönünde karar vermemesi kanunun lafzına açıkça aykırıdır.

Psikolojik taciz mağduru işçinin iş akdinin işveren tarafından feshedildiği durumlarda işlerlik kazandırılması gereken en önemli hükümlerden birinin kötü niyet tazminatı olduğu kanaatindeyiz. Yargıtay iş akdinin işçi tarafından haklı nedenle feshi halinde kötü niyet tazminatına hak kazanılamayacağını kabul etmiştir. Yargı kararları bütünlük içinde incelendiğinde kötü niyet tazminatının sınırlı bir uygulama alanında kalması yönüyle de eleştirilere neden olmaktadır<sup>73</sup>. Kötü niyet tazminatı 4857 Sayılı Yasanın 17.maddesinde düzenlenerek, iş güvencesine tabi olmayanlar açısından işverenin fesih hakkını kötüye kullanması hallerinde uygulanmasının yanı sıra, psikolojik tacize maruz kalarak iş akdinin feshedilmesi durumunda da işlerlik kazandırılması gereken bir hükümdür. Elbette ki, iş güvencesini düzenleyen hükümlerin öncelikli amacı iş akdinin devamını korumayı sağlamak olsa da fesih hakkı kötüye kullanıldıktan sonra diğer hukuki yaptırımların devreye girmesi kaçınılmazdır.

İş Kanunu kapsamında olmayan işçilerin psikolojik taciz mağduru olması halinde yeni Borçlar Kanununun 434.maddesi uyarınca kötü niyet tazminatı istenmesi yasal olarak mümkündür. Ancak Borçlar Kanunu’na yeni giren bu düzenlemenin geniş uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmektedir. Uygulamadaki mevcut durum itibariyle eleştirileri haklı bulmakla birlikte bu hükümlere işlerlik kazandırmanın gerekli olduğu kanaatindeyiz<sup>74</sup>.

Psikolojik tacize maruz kalan işçi diğer işçilerden ayrılarak sistematik bir şekilde devam eden bir dışlanmaya maruz kalmaktadır. Böylelikle psikolojik taciz iddiasının kanıtlanması durumunda ayrıca bir kötü niyet iyi niyet tartışmasına girilmesine gerek kalmaksızın kötü niyet tazminatına

---

<sup>72</sup> KAR, <http://www.izmirbarosu.org.tr/Videolar.aspx>, (14.04.2017).

<sup>73</sup> ÖZDEMİR, s.207.

<sup>74</sup> ATABAY ASLAN, Hatice-HÜSEYİNLİ, Namık: “Mobbing”in Türk Hukukuna Girişi (Etki ve Sonuçları Bakımından Genel Değerlendirme), İzmir Barosu Bülteni, Mayıs Özel Sayı, İzmir, 2013, s.13.



hükmedilebileceğini rahatlıkla söylemek mümkündür. Zira psikolojik taciz uygulamalarında iyi niyet aramak kanaatimce mümkün değildir.

Türk Borçlar Kanunu düzenlemesi sonrasında son yıllarda çıkan içtihatlar sorunun çözümü açısından olumlu bir çığır açmaktadır. Bu içtihatlar hem çalışma hayatına hem de bundan sonra verilecek mahkeme kararlarına ışık tutmaktadır. Nitekim Yargıtay kararları daha önceleri psikolojik taciz nitelendirmelerinde sürdürülen tereddütlerin belirli ölçüde ortadan kalkmış olduğunun ispatıdır.

Yasal düzenlemelere ve psikolojik taciz mağdurları lehine verilmiş içtihatlarla rağmen özellikle ispat sorunu sebebiyle mağdurlar için henüz yeterli bir koruma mevcut değildir. Özellikle mobbing mağdurları için iş akdinin feshinden önce başvurulabilecek etkin bir mekanizma oluşturmak ve işvereni bu konuda denetim altında tutmak kanaatimizce ispat sorununa katkı sağlayacaktır.

### Kaynakça

- AKGEYİK Tekin/OMAY Umut/ÜŞEN Şelale/GÜNGÖR Meltem, İşyerinde Psikolojik Taciz Olgusu: Niteliği, Yaygınlığı Ve Mücadele Stratejisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı: 56, İstanbul, 2009, s.91-150.
- Ankara 8. İş Mah. T.20.12.2006. E.2006/19, K.2006/625.
- ATABAY ASLAN, Hatice-HÜSEYİNLİ, Namık. “Mobbing”ın Türk Hukukuna Girişi (Etki ve Sonuçları Bakımından Genel Değerlendirme), İzmir Barosu Bülteni, Mayıs Özel Sayı, İzmir, 2013, s.8-19.
- BACAK, Bünyamin - YİĞİT, Yusuf; Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Çalışma Koşullarına İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, Kamu-İş Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, s.1-31.
- BAYRAM, Fuat. Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, s.551-574.
- BAZAROV T. Y./YEREMİN B.L., Heyetin İdare Edilmesi, (Eds. T.Y.Bazarov, B.L.Yeremin), Rusya Federasyonu Üniversite Dersliyi, Bakü, 2012.
- ÇELİK, Nuri – CANİKLİOĞLU, Nurşen – CANBOLAT Talat; İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2014.
- ÇELİK, Nuri. İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 2013.
- ÇELİK, Nuri: İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar, Legal İHD, 2007, S.14, s.485-496.
- ÇETİN HALMAN, Emine. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), <http://www.hukabdergi.com/p2108/>, (06.04.2016).
- ÇİL, Şahin. Yargıtay İlke Kararları, 4. Baskı Ankara, 2011.

- ÇİL, Şahin. 6100 sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, İÜHF M Cilt: LXXII, Sayı: 2, 2014, (ss.87-102).
- ÇSGB, İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Bilgilendirme Rehberi, Ankara, [http://www.cs.gb.gov.tr/cs.gbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/cs.gb/dosyalar/kitap/kitap07\\_mobbing](http://www.cs.gb.gov.tr/cs.gbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/cs.gb/dosyalar/kitap/kitap07_mobbing), (29.03.2016), 2014.
- Danıştay 1.Dairesi, T.09.02.2011, E.2011/99, K.2011/253, [www.ishukuku.org](http://www.ishukuku.org), (06.03.2016).
- Danıştay 8.Dairesi, T.16.04.2012, E.2008/10606, K.2012/1736, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (07.03.2016).
- DEMİR, Fevzi. İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2016.
- DEMİR, Şamil. Mobbing Olgusunun Hukuki Değerlendirmesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2, Ankara, 2009, s.139-145.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan. Kişilik Hakkı İhlâlinin Ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (MOBBİNG), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: XI, Sayı:1-2, Ankara, 2007, s.113-145.
- ERDEM, Mustafa Ruhan – PARLAK, Benay. Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing, TBB, YIL: 23, Sayı: 88, Mayıs - Haziran. Ankara, 2010, s.261-286.
- GÖKÇE TOKER, Asiye. "Mobbing: İş Yerinde Yıldırma Özel ve Resmi İlköğretim Okulu Öğretmen ve Yöneticileri Üzerinde Yapılan Bir Araştırma". Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dergisi, 2012, s.272-286.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 1. Cilt, İstanbul, 2013.
- GÜZEL, Ali-ERTAN, Emre. İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz Ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum, Cilt:1, Sayı:16, İstanbul, 2008, s.149-170.
- KANTARCI, Nihan Gizem; Türk İş Hukukunda Mobbing, Ankara, 2016.
- KESER, Hakan: İş Sözleşmesinin Mobbing Sebebi İle Feshi Üzerine Bir Değerlendirme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Prof. Dr. Fevzi Demire Armağan, 2016. s.261-277.
- KESER, Hakan: İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara, 2016.
- KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül; İş Hukukunun Uluslar arası Kaynakları Işığında Kadın İşçilerin Korunması, İstanbul, 2013.
- KÖSE, Sevinç - UYSAL Şener. Kamu Personelinin Yıldırma (Mobbing) ve Boyutları Hakkındaki Düşünceleri Üzerine Bir Çalışma: Manisa Tarım İl Müdürlüğü Örneği, Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt. 8 Sayı: 1, Manisa, 2010, s.261-276.
- LİMONCUOĞLU, Alp. "İş Hukuku Kapsamında Psikolojik Tacizin Değerlendirilmesi ve Mağdurların Kullanabilecekleri Haklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:105, Mart- Nisan, Ankara, 2013, s.51-88.
- LİMONCUOĞLU, S. Alp. İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 15, 2014, s.547-581.
- ODYAKMAZ Zehra/GÜZEL, Oğuzhan. İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 2013, s.20-55.
- OĞUZMAN, Kemal/SELÇİ, Özer/ÖZDEMİR OKTAY, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2016.

- ÖZDEMİR, Erdem. İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçlar, İstanbul, 2006.
- ÖZDEMİR, Erdem. Yeni Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerinin 4857 Sayılı Kanun Kapsamındaki İş İlişkilerine Etkileri, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs, S.2, İzmir, 2012, s.204-231.
- ŞAHBAZ, Başak; İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Nedeniyle Manevi Tazminat, İstanbul Barosu Dergisi Cilt:91, Sayı:1, 2017, s.117-132.
- ŞAKAR, Müjdat; İş Hukuku Uygulaması, İstanbul, 2016.
- Sakarya 1. İdare Mahkemesi, T.17.01.2011, E.2010/474; K.2011/187 sayılı karar.
- SAVAŞ, Fatma Burcu. İş Yerinde Manevi Taciz. İstanbul, Beta Yayınları, 2007.
- SUR, Melda; İş İlişkinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ Sayı:37 s.33-51.
- SÜZEK, Sarper. İş Hukuku, İstanbul, 2015.
- T.B.B. Hukuk Etkinlikleri-I, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları 3.Bölüm Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Şahin Çil'in sunumu -www.barobirlik.org.tr, (20.03.2013).
- TAŞKIN, Ahmet. Mobbingin Benzeri Kavramlardan Farkı, MESS, Aralık, Sayı: 28, 2012, s.57-72.
- TBMM. Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, NO: 6, Nisan, Ankara, 2011.
- TINAZ, Pınar - BAYRAM, Fuat - ERGİN, Hediye; Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- TINAZ, Pınar, GÖK Sibel ve KARATUNA Işıl. Sosyal Güvenlik Kurumu Çalışanlarının İşyerinde Psikolojik Taciz Algıları: Yaygınlık, Türleri, Nedenler ve Bireysel Mücadele Yöntemleri”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Ocak 2013, C.4, S:1, 2013, s.39-53.
- TINAZ, Pınar. İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta, İstanbul, 2006.
- TURHAN, KASAPÖĞLU Mine. Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları, TBB Dergisi Sayı: 105, Ankara, 2013, s.89-128.
- TUTUMLU, Mehmet Akif. İşçinin Psikolojik Taciz Sonucu İstifa Etmesi Olgusunun Emare ile İspatı, Terazi Hukuk Dergisi Sayı: 22, Ankara, 2008, s.129-131.
- ÜNAL, Canan. “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 37, İstanbul, 2013, s.15-73.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim. Medeni Yargılama Hukuku B. 6, İstanbul, 1997.
- YAVUZ, Nihat. Borçlar Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Ankara, 2012.
- ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuku, Kişiler Hukuku, Ankara, 1992.
- Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T.27.12.2013 ve E.2013/693, K.2013/30811, <http://www.kazanci.com>, (07.03.2016).

- Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, T.14.05.2012, E.2011/17183, K.2012/9801,  
<http://www.kazanci.com>, (11.02.2016).
- Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, T.21.02.2014, E.2014/2157, K.2014/3434,  
<http://www.kazanci.com>, (11.02.2016).
- Yargıtay 7.Hukuk Dairesi, T.16.09.2014, E.2014/7903, K.2014/17277,  
<http://www.kazanci.com>, (10.02.2016).
- Yargıtay 7.Hukuk Dairesi, T.20.01.2015, E.2014/14808, K.2015/131.,  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (05.08.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.01.04.2011, E.2009/8046, K.2011/9711;  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (22.03.2013).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.01.04.2011, E.2009/8046, K.2011/9717.  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (23.03.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.04.02.2014, E.2012/2473, K.2014/2959;  
<http://www.kazanci.com>, (25.03.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.04.11.2010, E.2008/37500, K.2010/31544;  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (01.02.2016)
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.08.05.2002, E.2002/219, K.2002/7309, TÜHİS, Mayıs -  
Ağustos 2003.
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.12.02.2013, E.2010/38293 K.2013/5390;  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (03.02.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.12.10.2009, E.2009/115, K.2009/24348;  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (03.02.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.14.03.2008, E.2008/3122, K.2008/4922,  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (27.03.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.14.10.2014, E.2012/25934, K.2014/29487.,  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (05.08.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.24.11.2011, E.2009/19775, K.2011/45510;  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (22.03.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.28.01.2010, E.2008/14529, K.2010/1463,  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (09.03.2016).
- Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.30.05.2008, E.2007/9154, K.2008/13307,  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (12.03.2016).
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.11.11.2015, E.2014/4-110, K.2015/2600,  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (05.08.2016).
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.25.09.2013, E.2012/9-1925, K.2013/1407,  
[www.sinerjias.com.tr](http://www.sinerjias.com.tr), (09.03.2016).

# ÇEVİRİ



# MİLLETLERARASI ARABULUCULUK UZLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN SINIR-ÖTESİ TENFİZİNE DAİR SÖZLEŞME TASLAĞI\*

Chang-fa Lo\*\*  
Winnie Jo-Mei Ma\*\*\*

DOI: 10.21492/inuhfd.357698

Çevirenler: Necla ÖZTÜRK\*\*\*\*  
Güven YARAR\*\*\*\*\*

## Özet

“Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme” Taslağı, Taipei’de düzenlenen çok sayıda tahkim ve arabuluculuk konferanslarının ve bir araştırma projesi ile bağlantılı bir dizi tartışma ve görüşmelerin bir sonucudur. Bu Taslağın ana fikri, Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmelerinin (International Mediated Settlement Agreements - iMSA’lar) sınır-ötesi tenfizinin cazibesini tanımak, iMSA’lar için öngörülen tenfiz koşullarını belirlemek ve ülkelerin iMSA’ları tenfiz etmelerini sağlamaktır. Taslak, tenfiz talep edilen akit devlet dışında başka bir akit devlette sonlandırılan kurumsal ya da ad hoc arabuluculuktan doğan ticari konulardaki iMSA’ları da içeren sınır-ötesi tanıma ve tenfiz için uygun olan iMSA’ların kapsamını tanımlamaktadır. Taslak, akit devletlere iMSA’ları tanıma ve tenfiz zorunluluğu getirmektedir. iMSA’lar için tanıma ve tenfize uygun olma koşulları asgaridir, ancak bu iMSA’ların gerçekten yapıldığından emin olmak amacıyla kurumsal arabuluculuk ile ad hoc arabuluculuktan kaynaklanan İMSA’lar arasında bazı küçük farklılıklar gözetilmiştir. iMSA’ların tenfiz edilmeme nedenleri ayrıca bunların tenfizini haklı kılan nedenleri zayıflatacak bazı temel sorunlarla sınırlı tutulmuştur. Bu taslak, iMSA’ların tenfizinde paralel ve bir arada mevcut olan rejimleri de tanımlamaktadır; aynı zamanda, gizli bilgilerin korunması gereğini de öngörmektedir. Akit devletin,

---

\* Makalenin özgün atf bilgisi için bkz. **Chang-fa Lo / Winnie Jo-Mei Ma: Draft “Convention on Cross-Border Enforcement of International Mediated Settlement Agreements”**, 7 Contemporary Asia Arbitration Journal, Volume 7, 2014, s. 389-403.

\*\* Anayasa Mahkemesi Yargıçısı; Prof. Dr. Ulusal Tayvan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, lohuang@ntu.edu.tw

\*\*\* Onursal Yrd. Doç. Dr. Bond Üniversitesi, Avustralya, wma@bond.edu.au

\*\*\*\* Doç. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD. Başkanı, ozturknecla@akdeniz.edu.tr

\*\*\*\*\* Araştırma Görevlisi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD, guvenyarar@akdeniz.edu.tr

*arabulucular veya arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlar tarafından arabuluculuk hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin kalite güvence mekanizmalarını geliştirilmesi yanında, teknik yardımın teşviki hususunda birbirleriyle ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapması beklenmektedir. Daha geniş yargılama alanı sağlamak için devleti, ayrı gümrük bölgelerini de kapsayacak şekilde tanımlamaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** MSA, arabuluculuk uzlaşma sözleşmesi, uzlaştırmaya dayalı sözleşme, AB Arabuluculuk Direktifi, Uzlaşma Model Kanunu, New York Sözleşmesi.

## GİRİŞ

Milletlerarası arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin (iMSA'lar) sınır ötesi tenfize ilişkin uluslararası bir belge yapılmasının teşviki, bu Taslak Sözleşmenin yazarları tarafından birkaç yıldan beri öngörülmüştür. iMSA'ların sınır ötesi tenfizi, 2012 ve 2013 yıllarında Dünya Ticaret Örgütü Asya Merkezinin ev sahipliği yaptığı Taipei Milletlerarası Tahkim ve Arabuluculuk Konferanslarının, Dünya Ticaret Örgütü, Uluslararası Sağlık Hukuku, Tayvan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Millî Politikası (ACWH) ile bu Taslak Sözleşmenin yazarlarının bildiri sunduğu Çin Tahkim Derneğinin (Tayvan) en önemli konularından biridir. Ayrıca Sözleşme Taslağının yazarları, Kasım 2013 tarihinde Bond Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kolokyumuna katılmış ve MSA'ların sınır ötesi tenfizde milletlerarası bir sözleşmeye ihtiyaç olup olmadığı ve bu sözleşmenin nasıl olması gerektiği konularına odaklanmışlardır. MSA'ların küresel çapta tenfizde potansiyelin keşfedilmesi için uluslararası bir işbirliği projesi olan "MSA Projesi", MSA'ların tenfizde yürürlükteki rejimle, yerine geçmesi bile, uyum sağlayacak bir uluslararası belgenin tasarlanması için yol haritası oluşturulması amacıyla, Taslak Sözleşmenin yazarları yanında *Laurence Boulle* ve *Bobette Wolski*'nin katılımıyla başlatılmıştır.

Bu çalışmalar sırasında, bu tür bir belgenin yapılmasına karşı harici görüşler ifade edilmiştir; çünkü hem nihai uygulama bakımından MSA'lar tahkim hükümleri (rızaî kararlar) içerisine dâhil edilebilir ve hem de MSA'lar tenfiz amaçları yönünden sıradan uzlaşma sözleşmelerinden farklı değildir. Bizim görüşümüz ise, "uygunluk esaslı tahkim kararlarının" belli türlerine dayanmak yerine, yani sadece tenfizin teknik amaçları için bir MSA'yı dâhil



etmek üzere tahkim sürecine başvurmaktan ziyade, MSA'larda yansıtılan sonuçların tenfizini temin edecek özgün mekanizmaların bulunması gerektiği yönündedir. Tenfize yönelik hantal ve hatta yapay melez süreçler ise arabuluculuk veya tahkimin kalitesi ve hatta bütünlüğünü ihlal eden tehlikeler demektir. Ayrıca, tenfiz sürecinde MSA'lara sıradan uzlaşma sözleşmesinden farklı davranmanın teorik ve pratik gerekçelerinin bulunduğunu düşünüyoruz. Çağdaş Asya Tahkim Dergisi'nin Özel Sayısı (Mayıs 2014, Cilt 7 Numara 1), iMSA'ların tenfizine ilişkin bu teorik ve pratik konuları ele alıp tartışan ve ayrıntılı inceleyen makaleler yayımlamıştır. Taslak Sözleşmenin yazarları, bu hususlara yönelik çeşitli yaklaşımları araştırarak bu Özel Sayıya katkıda bulunmuşlardır.

MSA Projesindeki bu gelişmeler, ilk kez 2014 Taipei Milletlerarası Tahkim ve Arabuluculuk Konferansı'nda sunulan ve *Lawrence Boo, Mary Thomson, Nadja Alexander, Robert Home* ve diğerlerinin değerli yorumlarıyla geliştirilen mevcut haliyle "Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmelerinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme" Taslağının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Taslak hazırlama süreci, MSA'ların uygulamasına ilişkin çok taraflı bir sözleşme yapılmasındaki diğer inisiyatiflerle örtüşmektedir; bunlardan bilhassa Temmuz 2014'te New York'taki UNCITRAL'ın 47'inci oturumunda sunulan Amerika Birleşik Devletleri teklifi, UNCITRAL Çalışma Grubu II'nin yüksek öncelikli projesi olması muhtemeldir.

Taslak Sözleşme, milletlerarası arabuluculuk ile ilgilenenlere iletmeli, böyle bir milletlerarası sözleşme ihtimalini ve uygunluğunu değerlendirmek üzere konuya ilgi duyanlar için somut bir temel oluşturmalıdır. Bu Sözleşme Taslağının üç amacı bulunmaktadır: konuya ilişkin farkındalığı artırmak, iMSA'ların sınır-ötesi tenfizi fikrini teşvik etmek ve sonuç olarak böyle bir milletlerarası sözleşmenin kabulünü sağlamak. Hâlen uluslararası toplum tarafından henüz üzerinde uzlaşma sağlanmamış meseleler kalmasına rağmen, bu Sözleşme Taslağının iMSA'ların sınır-ötesi tenfizi tartışmalarının bütünü ve böyle bir milletlerarası sözleşmenin nihai sonuca ulaşmasına anlamlı bir katkı olacağını umut ediyoruz.

## MİLLETLERARASI ARABULUCULUK UZLAŞMA SÖZLEŞMESİNİN SINIR-ÖTESİ TENFİZİNE İLİŞKİN SÖZLEŞME TASLAĞI

### Önsöz

Bu Sözleşmeye Akit Devletler,

Arabuluculuğun, tarafların ihtiyaçlarına göre hazırlanmış süreçler vasıtasıyla ticari meselelerdeki uyuşmazlıkların uygun maliyetli çözümünü sağlayabileceğini, uyuşmazlığın tarafları arasındaki dostane ilişkileri koruyabileceğini, uluslararası işlemleri kolaylaştırabileceğini ve sözleşmeye akit devletlerce adaletin tanziminde tasarruf edilebileceğini kabul ederek,

Tarafların gittikçe artan sayıdaki sözleşmelerine arabuluculuk kayıtlarının çeşitli biçimlerini dâhil ettiğini ve arabuluculuğun milletlerarası nitelikteki ticari konularda giderek önem kazandığını kabul ederek,

Tarafsız üçüncü kişilerin yardımıyla yürütülen bir usuller dizisinden ortaya çıkan arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin sıradan uzlaşma sözleşmelerinden farklı olduğunu ve taraflar için arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin yerine getirilmemesinden doğan uyuşmazlıkları çözmek için dava veya tahkim gibi başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurmayı arzu etmediklerini kabul ederek,

Ayrıca, arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin sınır-ötesi tenfiz hükümlerinin eksikliği yüzünden, tarafların gelecekteki muhtemel tenfiz için arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin içeriğini kapsamak üzere tahkim usullerine sık sık dayandığını ve arabuluculukla varılan sonucun tenfizi amacına ulaşmak üzere bazı tarafların, hakemlerin tahkimi arabuluculuğa dönüştürmesi ve muhtemelen tekrar tahkime geri dönmesine izin vermek üzere ve arabuluculuk uzlaşma sözleşmesine uymama ihtimaline karşı arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinin tenfizini temin etmek amacıyla tahkim kararı içerisine arabuluculuk uzlaşma sözleşmesi dâhil etmek üzere kendi sözleşmelerine Tahkim-Arabuluculuk veya Tahkim-Arabuluculuk-Tahkim hükümleri gibi çeşitli biçimlerde karma kayıtlar koymayı kabul ederek,

Tahkim kararlarına arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin içeriğini dâhil etmenin gereksiz masrafları ve teknik güçlüklerinden

kaçınmak amacıyla tenfiz mekanizmaları ile güvence altına alınan arabuluculuk uzlaşma sözleşmeleri için pratik bir ihtiyacın bulunduğunu tanıyarak ve arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin sınır-ötesi tenfizinin arabuluculuğun kullanılmasını teşvik eden pratik bir işleve sahip olduğunun farkında olarak,

Arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin sınır-ötesi tenfizi hakkında bazı sorunlarla ilgilenen ve her ikisi de arabuluculuk uzlaşma sözleşmelerinin tenfizini cazip gören 21 Mayıs 2008 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Arabuluculuğa İlişkin 2008/52 EC sayılı Avrupa Parlamentosu Direktifi ve UNCITRAL Uluslararası Ticari Uzlaşma Model Kanunu gibi milletlerarası belgelerin bulunduğunu kabul ederek,

Uzlaşmanın bütünüyle isteğe bağlı niteliği, tarafların bağımsız iradesi ve kendi kaderini belirlemesi, arabulucunun yansız ve tarafsızlığı, usul adaleti, gizliliği ve sonucun iradeselliği içerisindeki değerlerini korumak niyetiyle,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

## **Madde 1**

### *Uygulama Alanı*

1. Bu Sözleşme, tenfiz talep edilen devlet dışında bir akit devletin ülkesinde sonuçlanan; tarafların iş yerlerinin veya yükümlülüklerinin önemli bir kısmını yerine getirdiği ya da en sıkı ilişkili yer ile uyumsuzluk konusunun farklı yargı çevreleri olduğu<sup>1</sup>; uzlaşmaya varılabilecek ticari konularda bireyler arasındaki uyumsuzlukları (fiziki veya hukuki) milletlerarası arabuluculuk uzlaşma sözleşmesinin (iMSA) idare ettiği kurallara göre arabuluculuk yoluyla veya iMSA'nın tenfiz

<sup>1</sup> Madde 1, "iMSA"yı ve bu Taslak Sözleşmenin uygulama alanını belirlemektedir. Uluslararası gereksinimler, New York Sözleşmesi madde I ve Uzlaşma Model Kanun madde 1(4)'den uyarlanmıştır.

edilmek istendiği yer hukukuna göre çözen milletlerarası arabuluculuk sözleşmelerinin tenfizinde uygulanacaktır<sup>2</sup>.

2. Ticari konulara örnek olarak, bunlarla sınırlı olmamak üzere, sözleşmeye dayalı olan ya da olmayan ticari nitelikteki tüm ilişkilerden doğan her türlü mal ve hizmetin tedarik edilmesi ve değişimini içeren ticari işlemleri, distribütörlük (dağıtım) sözleşmesi, ticari temsil veya acenta faaliyeti, factoring, finansal kiralama, inşaat, danışmanlık, mühendislik, lisans, yatırım, finans, bankacılık, sigorta, işletme anlaşması veya imtiyaz hakkı, *joint venture* (ortak girişim) ve diğer endüstriyel ve sanayiye dair işbirliği biçimleri ile yolcu ve malların hava, deniz, demir yolu, kara yoluyla taşınmasını içerir<sup>3</sup>.

<sup>2</sup>Arabuluculuğa elverişlilik meselesi, Avrupa Birliği (AB) Arabuluculuk Direktifinin önsözünde (10) yer almaktadır. " tarafların ilgili uygulanacak hukuka göre özgürce kararlaştırmadığı meseleler" (örneklere İş Hukuku da dâhildir) arabuluculuğa uygun değildir.

(AB Arabuluculuk Direktifi m. 1(2)'de kullanılan) "ilgili uygulanacak hukuk" yerine hukuk seçimi yöntemi belirlenmiştir. Arabuluculuğa elverişlilik, iMSA'yı idare eden hukuka tabi olmalıdır. Bununla birlikte, iMSA'nın tenfiz edilmeye çalışıldığı yer hukukunda arabuluculuk yoluyla çözülemeyecek bir meseleyse, burada iMSA'nın tenfizi beklenmemelidir.

<sup>3</sup> Madde 1(2), Uzlaşma Model Kanun madde 1(1) dipnotta 3'de yer alan ticari konularının kapsamlı olmayan listesinin aynısıdır. Ticari konulardaki sınırlama "evrensel bir uyumu kolayca sağlayamayan ticari olmayan konularda uzlaşmanın prensip meselesi olduğuna değindiğinin fark edilmesinin bir sonucudur": bkz. UNCITRAL, UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL CONCILIATION WITH GUIDE TO ENACTMENT AND USE 2002, 29 (2004) [Bundan böyle *Uzlaşma Model Kanun Rehberi* olarak anılacaktır].

Her ne kadar AB Direktifi "hukuki ve ticari konuları" içeriyorsa da Taslak Sözleşme, üç nedenden dolayı ticari nitelikteki iMSA'ların sınır-ötesi tenfiziyle sınırlıdır. Öncelikle Uzlaşma Model Kanun "uluslararası ticari uzlaşma" ile sınırlandırılmıştır. Uzlaşma Model Kanunu benimseyen ve uygulayan ülkelerin, ticari iMSA'ların tenfizi konusunda uluslararası bir sözleşmeyi kabul etme ve uygulama olasılıkları daha yüksektir. İkinci olarak, aile, evlilik ve miras gibi medeni hukuka ait konular, bazı yargı çevrelerinde tarafların özgür iradesine veya eğilimine tabiyken, bu konular hala farklı kültürlere ve yasal kurallara tabi olabilir. Bu özellikteki iMSA'ları tenfiz etmek durumunda kalan ülkeler tereddüt edebilir ve hatta direnç gösterebilir. Üçüncü olarak, ticari iMSA'lara tenfiz etmenin kapsamının sınırlamak, uluslararası ticarete karşılıklı güveni artırma ve uluslararası ilişkileri kolaylaştırma ile aynı derecede rasyoneldir.

## Madde 2

### Tanımlar

Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, aşağıdaki terimlerin tanımlanması gerekmektedir.

Buna göre, sözleşmede geçen;

(a) *Arabuluculuk*; uzlaşma veya benzer nitelikte bir terim<sup>4</sup> ile adlandırılması önem taşımaksızın iki veya daha fazla kişinin gönüllü olarak üçüncü bir kişi(ler)den (arabulucu veya uzlaşmacı) anlaşmazlık yaşadığı uyuşmazlıkta (Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesi veya iMSA) uzlaşmaya varmak için usulüne uygun olarak kurulmuş bir arabuluculuk kuruluşundan (kurumsal arabuluculuk) veya bir arabulucu ve/veya taraflardan (*ad hoc* arabuluculuk)<sup>5</sup> yardım talep ettiği usuldür. Arabuluculuk, hakemlerin tahkim yargılaması sırasında çözümü sağlamak için girişimde buldukları faaliyetleri de içerir<sup>6</sup>. Bu bağlamda arabuluculuk hizmeti

<sup>4</sup> Uzlaşma Model Kanunu, verilen isimden ya da usulden bağımsız olarak bu Kanunun uygulanacağını ve “arabuluculuk usulü ve yaklaşımları arasındaki herhangi bir farklılık yaratma amacı olmadığını” vurgulamak için “uzlaştırma, arabuluculuk ya da benzeri manada bir deyim” ifadesini kullanmıştır. Burada amaçlanan “taraflarca gönüllü olarak ve tarafsız üçüncü kişinin yardımıyla yürütülen geniş bir kavramı” ifade etmektir: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 32. Buradaki ortak özellik “üçüncü kişinin rolünün, uyuşmazlığı çözmek için taraflara yardımcı olmakla sınırlı olması ve tarafları bağlayıcı karar verme konusunda zorlama yetkisinin olmamasıdır”: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 7.

<sup>5</sup> Uzlaşma Model Kanun hem kurumsal hem de *ad-hoc* arabuluculukta uygulanır: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 32. Taslak Sözleşme de bu yaklaşımı benimsemektedir ve bu nedenle sınır-ötesi tenfiz *ad-hoc* arabuluculuğu da içermektedir. Bununla birlikte, kurumsal arabuluculuk, belirli kural ve yöntemiyle usul ve sonuçlar için gerekli kalitenin sağlanmasında uzmanlaşmış bir uzmana sahip olma beklentisi içinde olabilir. Dahası, anlaşan tarafların, *ad-hoc* arabuluculuğu, yasadışı amaçlar için elde ettikleri iMSA’ları sahte uyuşmazlıkları çözmek için kullanma olasılığı da yüksektir. Bu iki nedenden dolayı, kurumsal ve *ad hoc* arabuluculuk arasında tenfiz koşulları açısından uygun bir ayırım olmalıdır. Taslak Sözleşme madde 4.1(b), *ad hoc* arabuluculukta arabulucuya iMSA’yı imzalama koşulu getirerek, arabulucuyu dürüst ve profesyonel davranma konusunda zorlayarak bu hususa işaret etmektedir.

<sup>6</sup> Bu Sözleşme Taslağı gönüllülükle ilgili olası kaygılar nedeniyle mahkeme katımlı arabuluculuğu kapsamaz. AB Arabuluculuk Direktifi 3(a) maddesi, sadece uyuşmazlıkla ilgili herhangi bir yargı usulünden bağımsız, hâkim

sunan kuruluşlar tahkim kurumları altında görev yapan hakemleri de içerir<sup>7</sup>.

- (b) *Arabulucu veya uzlaştırmacı*; taraflar üzerinde uyuşmazlığı çözmek için zorlayıcı hiçbir otorite kurmaksızın arabuluculuk faaliyetini yetkinlik ve tarafsızlık ile yürütmek için atanan veya talep edilen herhangi bir üçüncü kişidir<sup>8</sup>.
- (c) *Milletlerarası arabuluculuk uzlaşma sözleşmesi veya iMSA*; bir akit devlette imzalanan ve tarafların işyerlerinin bulunduğu yerde, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin önemli bir kısmını yerine getirdikleri yerde veya uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili yerdeki bir akit devlette tenfizi istenen ve taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesi neticesinde yazılı veya usulüne uygun olarak

---

tarafından yürütülen arabuluculuğu içerir. Önsöz (12) “söz konusu olan uyuşmazlıkla ilgili yargı usulü bağlamındaki uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkeme veya hâkim tarafından yapılan girişim” ve “mahkeme veya görevli hâkimin yardım veya yetkili kişi/uzman kişiden tavsiye talep ettiği dava”yı kapsamaz. Uzlaşma Model Kanununun 1(9)(a) maddesi de hâkim veya hakemlerin yargı veya tahkim işlemleri sırasında uzlaşmaya çalıştırdıkları davaları kapsamaz. Tahkimi içeren karma arabuluculuk, iMSA hakem kararını içerdiği takdirde New York Sözleşmesine tabi olabilir. Ancak uyuşmazlığın tarafları, sözleşmenin içeriğine hakem kararını dahil etmek yerine ayrı bir iMSA’ya karar verirse, böyle bir iMSA bu Sözleşme Taslağının kapsamı ile uyumlu olmalıdır.

<sup>7</sup> Bu Sözleşme Taslağı hakemin arabulucu veya arabulucunun hakem gibi hareket ettiği usulleri engellemez. Nihai karar bir iMSA’da belirtildiği takdirde, böyle anlaşmalar Sözleşme Taslağı kapsamındadır. Uzlaşma Model Kanununda taraf iradesine tabi olan tamamlayıcı hüküm madde 12’ye göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, arabulucu arabuluculuk konusu olan veya olmuş uyuşmazlık bakımından hakem gibi hareket etmeyecektir: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 78.

Hakemin arabulucu gibi hareket etmesi bakımından, Taslak hükmü Uzlaşma Model Kanunundan silinmiştir çünkü “Model Kanun hakemin, uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk usulünde hakem olarak davranıp davranamayacağı veya sürece katılıp katılmayacağını belirtmeyi amaçlamamış” ve “meseleyi uygulanacak hukuk ve kuralları bağlamında hareket eden tarafların ve hakemlerin takdirine bırakılması gereken bir konu olarak görülmüştür”: bkz. Arabuluculuk Model Kanun Rehberi, m. 81.

<sup>8</sup> Arabulucu tanımı AB Arabuluculuk Direktifi m. 3(b) ve Uzlaşma Model Kanun m. 1(3)’den alınmıştır.

oluşturulmuş onaylanmış elektronik form şeklindeki anlaşmadır<sup>9</sup>.

(d) *Tenfiz devleti*; iMSA'nın tenfizinin istenildiği akit devlet.

### Madde 3

#### *iMSA'nın Tenfiz Yükümlülüğü*

Her akit devlet iMSA'yı, Sözleşmeye uygun bağlayıcılık özelliği kazandırarak tenfiz etmelidir<sup>10</sup>.

### Madde 4

#### *iMSA'ların Tenfizi için Gerekenler*

1. Tenfiz için başvuran taraf aşağıdakileri sağlamalıdır;

(a) İMSA'nın aslı veya usulüne uygun şekilde onaylanmış bir kopyası, kopyanın yazılı ya da usulüne uygun bir tarzda tasdik edilmiş olması ve uyuşmazlığın taraflarınca usulüne uygun bir şekilde imzalanmış ya da elektronik olarak imzalanmış olması gerekir,

(b) Arabulucu(ların) söz konusu uyuşmazlıkta arabuluculuk hizmeti görmüş oldukları gerçeğini yansıtmak üzere iMSA'nın aslı veya bir *ad hoc* arabuluculuğun arabulucu(lar) tarafından usulüne uygun olarak imzalanan veya elektronik olarak imzalanmak suretiyle usulüne uygun şekilde onaylanmış bir kopyası<sup>11</sup>,

(c) iMSA tenfiz istenen devletin resmî dilinde değilse, iMSA'nın tenfiz istenen devletin resmî diline çevrilmiş hâli

<sup>9</sup> "iMSA" tanımı uluslararası ihtiyaçlar doğrultusunda hem New York Sözleşmesi m. (1) hem Uzlaşma Model Kanun m. 1(4)'den alınmıştır.

<sup>10</sup> Madde 3 akit devletlere İMSA'nın tenfizi konusunda zorunluluk getirmektedir. Bu Sözleşme Taslağı üye devlette tenfiz için, başka bir üye devlette tanınmış ve tenfiz edilmiş bir İMSA'ya ihtiyaç duyan AB Arabuluculuk Direktifi Önsöz (20)'den farklılık gösterir.

Bu Sözleşme Taslağı akit devletlere kendi koşullarına uygun bir iMSA'yı tanıma ve tenfiz etme zorunluluğu getirdiği için, başka bir üye devlette tenfiz edilmiş iMSA'nın bir üye devlette tenfizinde ek koşullar aranmaz.

<sup>11</sup> *Ad hoc* arabuluculukta, ek olarak arabulucunun imza koşulu hakkında yukarıdaki dipnot 5'e bakınız. Arabulucunun imzası, bir iMSA'nın *ad hoc* arabuluculuktan kaynaklandığını ve bu iMSA'nın sıradan bir uzlaştırma anlaşması olmadığını en açık ve kullanışlı kanıttır. Arabulucunun imzası, onun ne iMSA'nın tarafı olduğu ne herhangi sözleşmesel yükümlülüğü olduğunu göstermeyip, statüsünü ve süreteki rolünü gösterir.

- (d) iMSA'nın sonuç kısmında bulunan ve yetkili bir mahkeme tarafından tenfizine karar verilmeden önce, tenfiz sırasında veya tenfiz sonrasında verilen yazılı veya elektronik onay belgesi<sup>12</sup>
2. Madde 4.1'e uygun olarak hazırlanan iMSA aşağıdakileri içermelidir:
- (a) Arabulucu(lar)ın ve arabuluculuk hizmeti sağlayan kuruluşun isim(ler)i<sup>13</sup>,
- (b) Arabulucu(lar)ın ve arabuluculuk hizmeti sağlayan kuruluşun arabuluculuk konusu uyuşmazlıkla ilgili çıkar çatışması olmadığı<sup>14</sup> ve;
- (c) Taraflara iddialarını sunma veya sözlü ya da yazılı olarak arabuluculuktan beklentilerini ifade etme fırsatı verildiğinin kanıtı<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> AB Arabuluculuk Direktifi m. 6(1) tenfizin "tarafarca veya diğer tarafın açık izniyle taraflardan biri tarafından" talep edileceğini belirtmektedir.

<sup>13</sup> iMSA'nın arabuluculuk faaliyeti (*ad hoc* veya kurumsal) sonucunda meydana geldiğinin anlaşılabilmesi ve iMSA'nın tenfiz amacıyla hazırlanan sıradan bir uzlaşma sözleşmelerinden farkının belirlenmesine yardımcı olabilmesi için iMSA'da arabulucu(lar)ın ve arabuluculuk sürecini yürüten kuruluşların isimlerinin de yer alması gereklidir.

<sup>14</sup> Arabulucunun beyanı veya tenfiz isteyen tarafın açıklaması arabulucunun konuyla ilgili menfaat çatışması içerisinde olmadığını göstermelidir. Uzlaşma Model Kanunu m. 5(5) uyarınca arabulucu; "tarafsızlığı veya bağımsızlığı konusunda haklı şüpheler doğuracak her durumu açıklamalıdır". Uzlaşma Model Kanun Rehberi arabulucunun bazı hususları gizlemesinin "uygulanacak sözleşme hukukuna göre kurulmuş uzlaşma sözleşmesinin bir kenara bırakılması için zemin oluşturamaktadır" görüşüne dikkat çeker: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 52.

<sup>15</sup> Tenfiz isteyen tarafça ileri sürülen ve arabuluculuk usulünü düzenleyen arabuluculuk kuralları, taraflara davalarını açıklama veya arabuluculuktan beklentilerini hızlı bir şekilde ifade etme fırsatı sunulduğunu kanıtlamalıdır. *Ad hoc* arabuluculukta önceden oluşturulmuş arabuluculuk kuralları bulunmayabilir. Taraflara bu tür fırsatların sunulmuş olduğunun belirlenebilmesi için iMSA'da bir beyana ihtiyaç vardır. Uzlaşma Model Kanunu m. 6/3 uyarınca arabulucular "taraflara adil davranılmasını sağlamak ve bu sayede davanın koşullarını göz önünde bulundurmamak zorundadır". Herkese eşit muameleyi içeren bu durum "uzlaşma sözleşmesinin içeriğinden ziyade uzlaşma sürecinin yürütülmesini idare etmeyi amaçlayan temel bir yükümlülük ve asgari bir standarttır": bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 55.



## Madde 5

### *iMSA'nın Tenfiz Usulü*

1. Madde 4'de sayılan gereklilikleri yerine getiren bir iMSA, tenfiz edilecek devletin hukuku uyarınca bir mahkeme veya diğer yetkili merci tarafından bir yargı kararı veya muteber bir belge ile tenfiz edilmiş olur.<sup>16</sup>
2. Akit devletlerden her biri hukuki sistemi içerisinde iMSA'nın tenfizine yönelik uygun hükümler düzenler.<sup>17</sup>

## Madde 6

### *iMSA'nın Tenfiz Edilememe Sebepleri*

1. İMSA'nın tenfizi, aleyhine tenfiz istenen tarafın talebi üzerine reddedilebilir. Ancak bunun için ilgili tarafın tenfiz talep edilen Devletin yetkili merciiine şu kanıtları sunması gerekir:
  - (a) Madde 4 ile belirtilen şartlardan herhangi birinin karşılanmamış veya yerine getirilmemiş olması
  - (b) Taraflardan herhangi birinin tenfiz devletin milletlerarası özel hukuk kurallarına uyarınca yetkili hukuka göre ehliyetsiz olması halinde
  - (c) iMSA'nın kendi hükümlerine göre taraflar üzerinde henüz bağlayıcılık ve icra edilebilirlik kazanmamış olması<sup>18</sup> veya;

<sup>16</sup> AB Arabuluculuk Direktifinin 6/2. maddesine göre, iMSA'nın bir mahkeme veya diğer yetkili makam kararı veya hükmü veya yetkili tenfiz devletin hukukuna uygun bir yolla tenfizinin sağlanması gerekir.

<sup>17</sup> Uzlaşma Model Kanunu m. 14'de onaylayan devletlerin "uzlaşma sözleşmesinin tenfiz edilme usulüne yönelik hüküm getirmelerine veya tenfize ilişkin hükümlere atıfta bulunabilmelerine" izin verilmiştir. A/CN.9/822 sayfa 5'de belirtildiği gibi "Milletlerarası Ticari Uzlaşmaya Dair Uzlaşma Model Kanunu'nun gelişimi sırasında tenfizle ilgili yeknesak düzenleme taslaklarının hazırlanmasının zor olacağı belirtilmiştir; çünkü uzlaşma sözleşmesinin hızlı bir şekilde tenfizini sağlamak hukuk sistemleri ile yerel usul hukuku kurallarına dayanan sistem arasında büyük farklılık göstermiştir. Bununla birlikte Çalışma Grubu, New York Konvansiyonu gibi devletlerin kendi iç hukuk sistemlerinde kabul ettiği sözleşmeler aracılığıyla (bu durumda, uzlaşma sözleşmesinin tenfizi) bu amaca ulaşmak için özel usulü uyumlaştırmaya çalışmadan söz konusu zorlukları en aza indirebilir: bkz. UNCITRAL 57. Kısım. Planlanmış ve Muhtemel Gelecek Çalışmaları –Bölüm 3. Amerika Birleşik Devletleri Hükümetinin Önerisi, Çalışma Grubu için Gelecekteki Çalışmalar II-5, A/CN.9/822 (2 Haziran 2014) [Bundan sonra A/CN. 9/822 olarak anılacaktır].

<sup>18</sup> ABD'nin UNCITRAL'den önceki önerisi iMSA'nın taraflarınca uygulanan, forum seçimi veya çözüm yollarıyla ilgili diğer kısıtlamalar gibi kısıtlamalara

- (d) iMSA tarafların ortak iradesiyle usulüne uygun olarak geri çekilmesi veya yetki alanı içerisindeki bir mahkeme tarafından tenfiz edilemez olarak hükmedilmesi<sup>19</sup>;
2. Ayrıca tenfiz Devleti yetkili makamının aşağıdakileri tespit etmesi hâlinde, iMSA'nın tenfizi reddedilebilir.
- (a) Arabuluculuğa konu uyuşmazlık tenfiz devletinin hukukuna göre arabuluculuk yoluyla çözülmeye elverişli değilse,
- (b) iMSA'nın tenfiz edilmesi tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olması halinde.

### *Madde 7*

#### *iMSA'nın Diğer Rejimlerde Tenfizi*

1. Bu Sözleşme akıt devletler tarafından iMSA'nın tenfizine ilişkin olarak kabul edilen diğer çok taraflı, bölgesel veya iki

---

nasil uyulacağı sorusunu gündeme getirmektedir: bkz. A/CN.9/822, m. 5. Bu sınırlamalar iMSA'nın tenfiz edilememesi sonucunu doğurursa iMSA m. 6 (1)-c hükmüne göre tenfiz edilmemiş olur. Mahkemenin, iMSA'nın tenfiz edilmesi hususunda yargı yetkisi olup olmadığına karar vermesi için iMSA'nın tenfizinin talep edildiği devletin usul kurallarına uyulacaktır. Tenfizin sadece özel bir yargı çevresinde gerçekleşebileceğine ilişkin bir hükmün olması hâlinde, normalde seçilmeyen mahkeme kendi usul kurallarına göre yargı yetkisine sahip olmayacaktır. ABD'nin önerisinde yer alan tenfiz hakkındaki diğer olası sınırlamalara ilişkin olarak (bkz. A/CN.9/822, m. 5), bu Taslak Sözleşme uzun vadeli yükümlülükler içeren iMSA'ların, sadece iMSA'da belirtilen sınırlı süre için uygulanabilir olacağını belirtir. Arabuluculuğa elverişli olması halinde, iMSA'ların maddî nitelikte olmayan unsurları da bu taslak Sözleşme hükümlerine göre tenfiz edilebilir.

<sup>19</sup> iMSA'nın tenfiz edilemeyeceğini belirten bir “yetkili mahkeme” muhtemelen iMSA'nın sonuçlandığı mahkeme olacaktır. Uyuşmazlığın tarafları, iMSA'yı imzalamaya yönelik dolandırıcılık, baskı, nüfusu kötüye kullanma, kararsızlık veya zorlama gibi sözleşmeden kaynaklı savunmaları ileri sürebilir. Bazı hukuklarda, bu savunmalar, iMSA'nın tenfizini reddetmek için zorunlu nedenlerdir. Örneğin, 2010 tarihli Ontario Ticari Arabuluculuk Sözleşmesinin 13/6 maddesine göre, b) anlaşma, hile sonucunda elde edilmişse, c) anlaşma, uyuşmazlığın çözümünde taraflarca kararlaştırılan hükümleri doğru bir şekilde yansıtmıyorsa tenfiz edilmez. Bununla birlikte, bu sözleşme taslağı, bu şekildeki sözleşmeye dayalı savunmaları, tenfizin reddi gerekçesi olarak görmemektedir; aksi takdirde bir iMSA'nın tenfizi, sadece böyle bir gerekçenin varlığına iddia edilerek kolayca önlenebilirdi.

New York Sözleşmesi'nin V(i)(e) maddesi uyarınca alınan bir iptal kararıyla kıyaslandığında, bir millî mahkemenin bir iMSA'nın tenfiz edilemez olduğuna dair verdiği beyan, bu iMSA'nın tenfiz edilemez olduğunu doğrulamalıdır.

tarafli düzenlemelerin geçerliliğini ve uygulanabilirliğini etkilemez.

2. Bu Sözleşmedeki hiçbir husus herhangi bir tarafın tenfiz hakkını, tenfiz istenen devletin iç hukuku uyarınca izin verilen ve kabul edilen ölçüde önlemez veya hanel getirmez<sup>20</sup>.

## **Madde 8**

### *Gizlilik*

Taraflar aksini kabul etmedikçe, ne arabulucular ne de arabuluculuk hizmeti sağlayan kuruluşlar bir arabuluculuk sürecinden kaynaklanan veya ilişkili olan bilgiler hususundaki tanıma ve tenfiz işlemleri dâhilinde delil vermeye zorlanamaz, meğer ki İMSA'nın içeriğini ifşa etmek, o İMSA'nın tanınması ve tenfizi için gerekli olsun<sup>21</sup>.

## **Madde 9**

### *iMSA'ların Kalitesinin Sağlanması*

iMSA'nın kalitesinin sağlanması için, Akit Devletler uygun gördükleri herhangi bir yolla, arabulucuların ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşların gönüllük esasına dayanan davranış kurallarını yanı sıra arabuluculuk hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin diğer kalite kontrol mekanizmalarının geliştirilmesi ve bağlılığını teşvik edeceklerdir.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Taslak Sözleşmenin 7. maddesi AB Arabuluculuk Direktifi ve UNCITRAL Model Kanunun muhtemel etkileşimine göre daha elverişli hükümler içeren New York Sözleşmesinin VII(1) maddesinden uyarlanmıştır.

<sup>21</sup> Taslak Sözleşmenin 8. maddesi "tenfiz" yerine "yargı usulü veya hakemlik" ifadesini kullanan AB arabuluculuk direktifinin 7(1) maddesinden uyarlanmıştır. Uzlaşma Model Kanununun 9. maddesi uyarınca, iMSA'nın tanınması veya tenfiz edilmesi amacıyla kanunda açıklanması gerekli olan hususlar hariç "uzlaşma süreciyle ilgili tüm bilgiler" güvenli bir şekilde saklanmalıdır. Bu tür bilgiler sadece uzlaşma sürecinde açıklanan bilgileri değil, aynı zamanda bu işlemler sırasında ve sonucunda uzlaşma sözleşmesi yapılmadan önce gerçekleşen uzlaşma süreciyle ilgili konuları da kapsar: bkz. Uzlaşma Model Kanun Rehberi, m. 61. Bununla birlikte, Taslak Sözleşmenin taraflarca yapılan açıklamalarla ilgilenilmesi gereksizdir, çünkü bu açıklama, bu Taslak Sözleşmedeki tenfiz kurallarından ziyade ilgili arabuluculuk kurallarına tâbi olmalıdır.

<sup>22</sup> Taslak Sözleşmenin 9(1). maddesi AB Arabuluculuk Direktifinin 4(1). maddesinden uyarlanmıştır. Madde 4(2) uyarınca devletler "arabuluculuğun

Akit Devletler arabulucular için iki taraflı veya bölgesel teknik yardım ile eğitim imkânlarını ve bilgi değişimini teşvik etmek üzere birbirleriyle ve arabuluculuk hizmetleri sunan kurumlarla işbirliği yapacaklardır.

### **Madde 10**

#### *Akit Devletler*

Bu sözleşme bütün Devletler ve Ayrı Gümrük Bölgeleri olarak faaliyet gösteren bütün yetkili alanlarının imzasına açıktır. İşbu Sözleşmede kullanılan “devlet” ve “devletler” terimlerinden, bütün bu tür Ayrı Gümrük Bölgelerini kapsadığı kabul edilir.

### **Madde 11**

#### *Yürürlük*

Bu Sözleşme, kırkıncı onaylama, kabul, tasdik, resmî onay veya katılma belgesinin depositöre tevdi tarihini takiben doksanıncı günde yürürlüğe girer.

## **KAYNAKÇA**

- |       |   |
|-------|---|
| Kitap | UNCITRAL (2004), UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL CONCILIATION WITH GUIDE TO ENACTMENT AND USE 2002.  |
| Rapor | UNCITRAL, <i>Planned and Possible Future Work Part III, Proposal by the Government of the United States of America: Future Work for Working Group II</i> , A/CN.9/822 (June 2, 2014). |

---

taraflar ile bağlantılı olarak etkin, tarafsız ve ehil bir şekilde yürütülmesini sağlamak için arabulucuların başlangıçta ve gelecekte eğitimini teşvik etmelidir".