

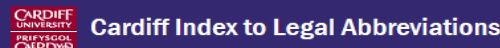
ISSN: 2146-1082



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

**Cilt: 9 – Sayı: 1**  
**Ocak – Haziran 2018**

**Vol.: 9 – No: 1**  
**January – June 2018**



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

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

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

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

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

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

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (InÜHFD)  
Tüm hakları saklıdır. İnÜHFD hakemli uluslararası dergidir. İnÜHFD'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 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) - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

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

*Sahibi - Owner*

**Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU**

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

Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Editörler-Editors**

Doç. Dr. Tamer BUDAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Bahar ÖCAL APAYDIN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi. 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. Müslüm AKINCI	Kocaeli 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. Zarife 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. Oğuz S. AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi 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, [hukuk@inonu.edu.tr](mailto:hukuk@inonu.edu.tr) adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.  
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:  
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayım yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

## PUBLICATION RULES

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

## İÇİNDEKİLER

<b>Emre ESEN</b>	
Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti .....	1-26
<b>Burçak YILDIZ</b>	
Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları .....	27-60
<b>Yaprak ÖNTAN</b>	
Kovuşturma Evresinde Uzlaşmanın Sonucu Olarak Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmesinin Yerindeliği .....	61-76
<b>Burçak TATLI</b>	
Türkiye Elektrik Pazarında Güncel Gelişmeler ve Avrupa Birliği Komisyonunun Cez Kararı .....	77-104
<b>Tuba BİRİNCİ UZUN</b>	
Artık Değere (TMK MD 237 F.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK MD 276 F.3) Katılma Anlaşmalarıyla Saklı Pay Kurallarının Bertaraf Edilmesi: Bir Medeni Hukuku Anomalisi .....	105-132
<b>Ashhan KAYIK AYDINALP</b>	
İş Hukukunda Yabancı İrtibat Bürosu Çalışanları .....	133-152
<b>Nurten İNCE</b>	
Miras Bırakanın Güven Sorumluluğu (CULPA IN TESTANDO) .....	153-184
<b>Merve ERDEM</b>	
Silahlı Çatışma Esnasında Kültürel Malların Uluslararası Toplum Yararına Korunması .....	185-216
<b>Anıl ÇAMYAMAÇ</b>	
Açıkta Konumlanan Derin Su Limanlarının Hukuki Statüsü: Gdansk Körfezinde İnşa Edilecek Derin Su Limanına Dair .....	217-244
<b>Hatice Derya ORMANOĞLU</b>	
Modern Devletin Bir unsuru Olarak Egemenlik ve Uluslararası Ceza Mahkemesi .....	245-274
<b>Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR</b>	
Çeninin Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Maddi Zararının Tazmini .....	275-302
<b>Foziya Feleke GELETU</b>	
Etiyopya Kadın Hakları Hukuku .....	303-322
<b>Ahmet Hulusi AKKAŞ</b>	
Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi .....	323-348
<b>Agah Kürşat KARAUZ</b>	
Kişilik Hakkı Bağlamında Cesedin Defnedileceği Yere Kim Karar Verir? .....	349-370
<b>Deniz POLAT AKGÜN</b>	
7062 Sayılı Yüksek Seçim Kurulu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Üzerine Değerlendirmeler .....	371-386

<b>Serdar DEMİRCİ</b>	<b>387-418</b>
Sigorta Kooperatifçiliği: Türkiye Uygulaması .....	
<b>Arzu OĞUZ</b>	<b>419-444</b>
Yargı Kararları Işığında Tanınmış Marka İtirazında Haklı Sebep Kavramı .....	
<b>Eylem APAYDIN</b>	<b>445-476</b>
Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği .....	
<b>Elif KÜZECİ</b>	<b>477-506</b>
Sağlık Bilişim Teknolojileri ve Yeni Hukuksal Soru(n)lar .....	
<b>Şeyma SAĞDIÇ</b>	<b>507-528</b>
Anayasa Değişiklikleriyle Türkiye’de Yargıda Çoğulculuk Uygulamaları .....	
<b>Deniz TEKİN APAYDIN</b>	<b>529-560</b>
Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme .....	
<b>Metin CEYLAN</b>	<b>561-582</b>
İslam Hukukunda Şefe Hakkı ve Sınırları .....	
<b>Çeviri</b>	
<b>Sezgin BAŞ</b>	<b>583-608</b>
Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi No.09-751 Davacı Albert Snyder v. Davalı Fred W. Phelps ve Diğerleri Birleşik Devletler 4. Temyiz Mahkemesi Kararının Temyiz Başvuru Müzekkeresi Üzerine [2 Mart 2011] .....	
<b>Karar İncelemesi</b>	
<b>Özge ÖZSOY</b>	<b>609-622</b>
Türk Markalarının Avrupa Birliği Markası olarak Tescil Edilmemesinin Sonuçları – Şenpiliç Markası Özelinde Bir İncelene .....	



## CONTENTS

<b>Emre ESEN</b> Exemption of Legal Persons From Security for Costs Under the Hague Convention on Civil Procedure .....	<b>1-26</b>
<b>Burçak YILDIZ</b> Traditional Specialities Guaranteed in Terms of Industrial Property Code .....	<b>27-60</b>
<b>Yaprak ÖNTAN</b> The Expediency of The Deferral of The Announcement of The Verdict as a Result of Mediation in The Prosecution Phase .....	<b>61-76</b>
<b>Burçak TATLI</b> Current Developments Within the Turkish Electricity Market and the Cez Decision of the European Commission .....	<b>77-104</b>
<b>Tuba BİRİNCİ UZUN</b> Eliminating Statutory Indefeasible Entitlements Making Marital Agreements on Participation in the Surplus (TCC art.237 parag.2) and Common Property (TCC art.276 parag.3): a Civil Law Anomaly .....	<b>105-132</b>
<b>Ashhan KAYIK AYDINALP</b> Employees at the Foreign Liaison Offices in Terms of Labor Law .....	<b>133-152</b>
<b>Nurten İNCE</b> Trust Liability of The Deceased Person .....	<b>153-184</b>
<b>Merve ERDEM</b> Protection of Cultural Property for the Sake of the International Community During the Armed Conflict .....	<b>185-216</b>
<b>Anıl ÇAMYAMAÇ</b> The Legal Status of Offshore Deepwater Ports: on the Project of Construction of a Deepwater Port in The Gulf of Gdansk .....	<b>217-244</b>
<b>Hatice Derya ORMANOĞLU</b> Sovereignty and International Criminal Court, as a Constituent of the Modern State ...:	<b>245-274</b>
<b>Burcu Gülseren ÖZCAN BÜYÜKTANIR</b> Compensation of Pecuniary Damage in Case of Bodily Integrity of Unborn Child .....	<b>275-302</b>
<b>Foziya Feleke GELETU</b> Ethiopian Women's Rights Law .....	<b>303-322</b>
<b>Ahmet Hulusi AKKAŞ</b> The Effects of Lowness of the Value of the Goods Obtained Through Committed Crime on Criminal Responsibility .....	<b>323-348</b>
<b>Ağah Kürşat KARAUZ</b> Who Decides Where The Corpse Will be Buried in The Context of Personal Right ...:	<b>349-370</b>

<b>Deniz POLAT AKGÜN</b>	
Review on the Law no.7062 on Organization and Duties of the Supreme Election Council .....	<b>371-386</b>
<b>Serdar DEMİRCİ</b>	
Insurance Cooperation : Turkey Practice .....	<b>387-418</b>
<b>Arzu OĞUZ</b>	
Concept of Due Cause Concerning Opposition on the Ground of Well-Known Trademark in Light of Judicial Decisions .....	<b>419-444</b>
<b>Eylem APAYDIN</b>	
The Necessity of a Legislative Regulation on The Joint Custody After the Dissolution of Marital Union .....	<b>445-476</b>
<b>Elif KÜZECİ</b>	
Ehealth and New Legal Problems .....	<b>477-506</b>
<b>Şeyma SAĞDIÇ</b>	
Practices on Judicial Diversity in the Constitutional Amendments in Turkey .....	<b>507-528</b>
<b>Deniz TEKİN APAYDIN</b>	
Turkish Legal System in the Monism-Dualism Conundrum: the Reasons of the Doctrinal Disagreement on the Viewpoint on International Law and a Review in the Light of EU Law .....	<b>529-560</b>
<b>Metin CEYLAN</b>	
Shafa Right and Its Borders in Islamic Law .....	<b>561-582</b>
<b>Translation</b>	
<b>Sezgin BAŞ</b>	
Snyder v. Phelps Et Al. Certiorari to the United States Court of Appeals Fort he Fourth Circuit no. 09-751. Argued October 6,2010-Decided March 2, 2011.....	<b>583-608</b>
<b>Case Study</b>	
<b>Özge ÖZSOY</b>	
Results of Failure to Register Turkish Trademarks as European Union Trademarks an Analysis Based on Şenpiliç Trademark .....	<b>609-622</b>

# HUKUK USULÜNE DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA YABANCI TÜZEL KİŞİLERİN TEMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN MUAFİYETİ

## EXEMPTION OF LEGAL PERSONS FROM SECURITY FOR COSTS UNDER THE HAGUE CONVENTION ON CIVIL PROCEDURE

DOI: 10.21492/inuhfd.358545

Emre ESEN\*

### Özet

1 Mart 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin 17. maddesinde, bir âkit devlette ikamet eden âkit devlet vatandaşlarından, herhangi bir âkit devletin mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunmaları hâlinde, yabancı olmaları veya o ülkede ikametgâh veya mesken sahibi olmamaları sebebiyle, herhangi bir teminat istenemeyeceği öngörülmüştür. Yargıtay'ın 2013 ve 2016 yıllarında verdiği iki kararda, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesi çerçevesinde teminat muafiyetinden yararlanacak kişilerin "vatandaş" (*national*) tabiriyle ifade edilmiş olmasından ve 1954 tarihli Sözleşme'nin yerini alması amacıyla hazırlanan 25 Ekim 1980 tarihli Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin 14. maddesinde, 1954 tarihli Sözleşme'den farklı olarak, tüzel kişilerin teminat muafiyeti kapsamında olduğunun açıkça düzenlenmiş olmasından hareket edilerek; 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesindeki teminat muafiyetinin sadece gerçek kişiler için getirilmiş olduğu ve bu muafiyetten tüzel kişilerin yararlanamayacağı sonucuna varılmıştır. Bu çalışma, Yargıtay'ın bu kararlarından hareketle, tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı meselesini; 1954 tarihli Sözleşme'nin lafzı ve özü bakımından yorumlanması suretiyle, 1980 tarihli Sözleşme'nin gerek metninin gerekse açıklayıcı raporunu nazara alarak ve 1954 tarihli Sözleşme'ye taraf devlet mahkemelerinin yargısal içtihatları ışığında ele almayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşme, teminat, teminat muafiyeti, tüzel kişiler

### Abstract

Article 17 of the Hague Convention of 1 March 1954 on Civil Procedure provides that no security, bond or deposit of any kind may be imposed by reason of their foreign nationality, or of lack of domicile or residence in the country, upon nationals of one of the Contracting States, having their domicile in one of these States, who are plaintiffs or parties intervening before the courts of another of those States. The Turkish Supreme Court ruled in two different decisions rendered in 2013 and in 2016 that the exemption

---

\* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (emreesen@istanbul.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 28.11.2017

Makale Kabul Tarihi: 04.01.2018

from security for costs provided in article 17 of the Convention of 1954 is only for physical persons and that legal persons are not under the scope of such exemption on the grounds that the personal scope of such exemption is specified by the term “national” in the Convention of 1954 and that, unlike Convention of 1954, legal persons are expressly included in scope of the exemption from security for costs under the article 14 of the Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice which is intended to substitute the Convention of 1954. This paper attempts to tackle the issue whether legal persons are under the scope of the exemption from security for costs provided in article 17 of the Convention of 1954, with reference to the above mentioned decisions of the Turkish Supreme Court, by means of literal and teleological construction of the Convention of 1954, taking the text and the explanatory report of the Convention of 1980 into consideration and in the light of the jurisprudence of the member states’ courts of the Convention of 1954.

**Keywords:** Hague Convention of 1954 on Civil Procedure, security for costs, exemption from security for costs, legal persons

## I. KONUNUN TAKDİMİ

Türkiye’de dava açan veya davaya katılan yahut icra takibinde bulunan gerçek veya tüzel kişinin “*yabancı*” olması hâlinde<sup>1</sup>, teminat gösterme yükümlülüğü gündeme gelmektedir<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Tüzel kişilerin tabiiyetinin tespitinde kullanılan üç temel kriter mevcuttur: tüzel kişinin kurulduğu devletin tabiiyetine sahip olacağı anlamına gelen “kuruluş yeri kriteri”; tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu devletin tabiiyetine sahip olacağı anlamına gelen “idare merkezi kriteri” ve tüzel kişinin, fiilen ve hukuken kontrolünü elinde bulunduran kişilerin tabiiyetinde sayılması anlamına gelen “kontrol kriteri”. Türk hukukunda bir tüzel kişinin yabancı olup olmadığının tayininde, kuruluş yeri ve idare merkezi kriterlerinin iç içe geçmiş şekilde birlikte uygulandığını söyleyebiliriz. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre, Türkiye’de bir şirket kurulabilmesi için, şirketin idare merkezi olarak Türkiye’de bir yer gösterilmesi ve şirketin bu yerdeki ticaret siciline tescil edilmesi şarttır. Buna göre, idare merkezi olarak yabancı bir ülkenin gösterildiği bir şirketin Türk hukukuna göre kurulması mümkün bulunmadığı gibi; yabancı bir ülkede kurulan bir şirketin idare merkezi olarak Türkiye’de bir yeri göstermesi de bu şirketi Türk şirketi hâline getirmeyecektir. Aynı durum dernekler ve vakıflar açısından da geçerlidir. Dolayısıyla, Türk hukukuna göre kurulmamış olan ve idare merkezi de Türkiye dışında bulunan tüzel kişiler “yabancı” kabul edilecektir. Detaylı bilgi için bkz. GÜNGÖR, Gülin: *Tâbiyet Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 207 vd.; ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli: *Yabancılar Hukuku*, 23. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 36-37; NOMER, Ergin: *Devletler Hususî Hukuku (Devletler Hususî Hukuku)*, 22. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 498; AYBAY, Rona / ÖZBEK, Nimet: *Vatandaşlık Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 313 vd.; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 429; TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: “Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, 2010, s. 202.

<sup>2</sup> Teminat yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. TURHAN, Turgut: “Davacının

Zira 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>3</sup> [MÖHUK] m.48(1) uyarınca: “*Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır.*”

Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, bu teminat yükümlülüğü, müteakabiliyet (karşılıklılık) bulunması hâlinde ortadan kalkmaktadır: “*Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yaparı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar.*”

MÖHUK m.48(2)’de öngörülen bu müteakabiliyet; akdî, kanunî veya fiilî olabilir. Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu bazı iki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde, teminattan muafiyet öngören hükümler bulunmaktadır<sup>4</sup>. Bu sözleşmelerden biri de, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı bünyesinde hazırlanan milletlerarası sözleşmelerden olan ve Türkiye Cumhuriyeti’nin 1972 yılından beri taraf olduğu 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi<sup>5</sup>’dir.

---

veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977, s. 853 vd.; NOMER, Devletler Hususî Hukuku, s. 497 vd.; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM B., Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 644 vd.; ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 153 vd.; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 427 vd.; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 82 vd.; ÖZDEN, Bülent: Türk Hukukunda Yabancı Şahısların Teminat Mükellefiyeti, Alfa Yayınevi, İstanbul 1999; TÜTÜNCÜBAŞI, s. 183 vd.; ÇALIŞKAN, Zeynep: Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

<sup>3</sup> RG: 12.12.2007-26728.

<sup>4</sup> Türkiye’nin taraf olduğu, teminattan muafiyet öngören milletlerarası sözleşmelerin listesi için bkz. ÇELİKEL, Aysel / ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre: Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 19 vd.

<sup>5</sup> RG: 23.05.1972-14194. Sözleşmeye taraf devletler şöyledir: Almanya, Arjantin, Arnavutluk, Avusturya, Belarus (Beyaz Rusya), Belçika, Bosna-Hersek, Çek Cumhuriyeti, Çin (sadece Makau Özerk Bölgesi), Danimarka, Ermenistan, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Karadağ, Kazakistan, Kırgızistan, Kıbrıs, Letonya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Mısır, Moğolistan, Moldova, Norveç, Özbekistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Surinam, Türkiye, Vatikan, Ukrayna.

1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin 17. maddesinde, bir âkit devlette ikamet eden âkit devlet vatandaşlarından, herhangi bir âkit devletin mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunmaları hâlinde, yabancı olmaları veya o ülkede ikametgâh veya mesken sahibi olmamaları sebebiyle, herhangi bir teminat istenemeyeceği öngörülmüştür.

Yakın sayılabilecek bir tarihe kadar, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında tüzel kişilerin teminat muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusu Türk yargısını ve doktrinini meşgul etmemiştir.

Ne var ki, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 02.07.2013<sup>6</sup> tarihli ve 11.02.2016<sup>7</sup> tarihli kararlarında, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinin sadece gerçek kişiler bakımından geçerli olduğu ve tüzel kişilerin bu muafiyetten yararlanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Yargıtay'ın bu kararları vesilesiyle, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden tüzel kişilerin yararlanıp yararlanamayacağı sorusu Türk Hukuku bağlamında gündeme gelmiş bulunmaktadır.

Çalışmamızın amacı, Yargıtay'ın bu kararlarından hareketle, tüzel kişilerin 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda değerlendirmelerde bulunmaktadır.

## **II. YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ'NİN 02.07.2013 TARİHLİ VE 11.02.2016 TARİHLİ KARARLARININ ÖZETİ**

Öncelikle ve önemle belirtilmelidir ki, bu iki karardan, önceki tarihli kararda yapılan değerlendirme ve varılan sonuç, sonraki tarihli kararda aynen tekrar edilmektedir. Bir başka ifadeyle, ilk karardaki davacının “İspanya uyruklu”<sup>8</sup> bir şirket olması, ikinci karardaki davacının ise “Hollanda uyruklu”<sup>9</sup> bir şirket olması dışında, her iki Yargıtay kararı arasında herhangi bir farklılık mevcut değildir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 02.07.2013 tarihli kararına konu olayda, “İspanya uyruklu” bir şirketin Türkiye’de başlattığı icra takibi

<sup>6</sup>Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E.2013/17436, K.2013/24686, T.02.07.2013; www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

<sup>7</sup>Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E.2015/26555, K.2016/3489, T.11.02.2016; www.kanunum.com (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

<sup>8</sup>Bu tabir, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 02.07.2013 tarihli kararından aynen alınmıştır.

<sup>9</sup>Bu tabir, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 11.02.2016 tarihli kararından aynen alınmıştır.

kapsamında teminat yatırmasının gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuştur. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 11.02.2016 tarihli kararına konu olayda ise, "Hollanda uyruklu" bir şirketin Türkiye'de başlattığı icra takibi kapsamında teminat yatırmasının gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuştur.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, her iki kararında; yabancı alacaklının Türkiye'de icra takibi yapabilmesi için teminat gösterme yükümlülüğü bulunduğunu, bu yükümlülüğün istisnasının alacaklının tabiiyetinde bulunduğu devlet ile Türkiye arasında mütekabiliyet esasına göre iki veya çok taraflı bir sözleşme yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet bulunması olduğunu ve gerek Türkiye'nin gerekse icra takibini yapan şirketlerin uyruğunda bulunduğu İspanya'nın ve Hollanda'nın 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'ne taraf olduğunu belirttiikten sonra, İspanya uyruklu şirketin ve Hollanda uyruklu şirketin 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin 17. maddesindeki teminat muafiyetinden yararlanamayacağı, zira bu muafiyetin sadece gerçek kişiler için getirilmiş olduğu ve tüzel kişilerin bu muafiyet kapsamı dışında kaldığı sonucuna vararak, Türkiye'de icra takibinde bulunan İspanya uyruklu şirketin ve Hollanda uyruklu şirketin teminat yatırması gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay, bu kararlarına gerekçe olarak, 1980 tarihli Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin 14. maddesini göstermiştir. Bahse konu madde de teminattan muafiyeti düzenlemektedir ve bu muafiyetten yararlanacak kişilerin kapsamının ifade edildiği kısımda, parantez içinde "tüzel kişiler de dâhil" ibaresine yer verilmiştir. Böylece, 1980 tarihli Sözleşme'deki teminat muafiyetinden tüzel kişilerin yararlanıp yararlanmayacağı meselesi açık bir hükümle düzenlenmiştir. Yargıtay, 1980 tarihli Sözleşme'nin 14. maddesinde getirilen düzenlemeden hareket ederek, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinin tüzel kişileri kapsamadığı çıkarımında bulunmuştur. Kararların ilgili kısmı şöyledir:

*"13.04.1972 tarih ve 7/4283 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 244 Sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca onaylanması kararlaştırılarak 23.05.1972 tarih ve 14194 sayılı resmi gazetede ilan edilen 01.03.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 17/1. maddesinde 'Akit devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan akit bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgah veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne*

*isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istenemez.’ hükmü düzenlenmiştir.*

*Tüzelkişilerin bu sözleşme kapsamına dahil edilmesi için Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı bünyesinde hazırlanan 25.10.1980 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 07.07.2004 tarihinde imzalanan "Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin" 14/1. maddesinde "Bir akit devlette mutat meskeni olup, diğer bir akit devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerden (tüzelkişiler de dahil), sırf yabancı uyruklu olmaları veya davaların açıldığı devlette ikamet etmemeleri ya da mutat meskenlerinin olmamaları sebebiyle her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet ya da depozito istenemez." değişikliği yapılmıştır. "Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun tasarısı" hazırlanarak meclise sunulmuş, ancak tasarının henüz yasalaşmadığı anlaşılmıştır.*

*Bu durumda, 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesine tüzelkişilerle ilgili anılan eklemenin yapılması, sözleşmenin ilk halinin tüzelkişileri kapsamadığını göstermektedir."*

Yargıtay, 1954 tarihli Sözleşme'nin teminat yükümlülüğünden muafiyet konusunu düzenleyen 17. maddesinin kapsamına tüzel kişilerin dâhil olmadığı sonucuna varırken, 1980 tarihli Sözleşme'nin 14. maddesinde "*tüzel kişiler de dâhil*" ibaresine açıkça yer verilmiş olmasını dayanak olarak göstermekle birlikte; problemin esas kaynağı, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde yer alan düzenlemede yer verilen "*Âkit bir Devletin vatandaşları*" (*nationals of one of the Contracting States*) tabirinin tüzel kişileri kapsayıp kapsamadığıdır ve Yargıtay bu konuda "*vatandaş*" (*national*) tabirinin gerçek kişilere özgü olduğundan hareket etmiştir.

Bu itibarla, çalışmamızda esasen 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde yer alan teminat muafiyetinden kimlerin yararlanacağı konusunun üzerinde durularak, düzenlemede yer verilen "*Âkit bir Devletin vatandaşları*" (*nationals of one of the Contracting States*) ibaresinin tüzel kişileri kapsayıp kapsamadığı sorusuna açıklık getirilecektir. Bu bağlamda, 1980 tarihli Sözleşme'nin 14. maddesinde "*tüzel kişiler de dâhil*" ibaresine açıkça yer verilmiş olmasının, tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesindeki teminat muafiyetinin



dışında bırakıldığı sonucunu çıkarmaya elverişli olup olmadığı da değerlendirilecektir.

### III. 1954 TARİHLİ HUKUK USULÜNE DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ MADDE 17'DE ÖNGÖRÜLEN TEMİNAT MUAFİYETİNİN KİŞİ BAKIMINDAN KAPSAMI

#### A. Genel Olarak

1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin 17. maddesinin, Resmî Gazete'de yayımlanan Türkçe metnine göre<sup>10</sup>:

*“Âkit Devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir Devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan Âkit bir Devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgâh veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istenemez.*

*Aynı kaide mahkeme masraflarını karşılamak için davacı veya müdahilden istenen tediyata da tatbik olunacaktır.*

*Âkit Devletlerin, vatandaşlarının ikamet şartı olmaksızın teminat akçesinden veya mahkeme masrafları karşılığı tediyattan muaf tutulmalarını derpiş ettikleri sözleşmeler tatbik olunmaya devam edilecektir.”*

Bu hükme göre, teminattan muaf olabilecek kişiler: (i) bir âkit devletin vatandaşı olup, (ii) bir âkit devlette ikamet eden ve (iii) diğer bir âkit devlet mahkemesinde davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerdir.

#### B. Âkit Devlet Vatandaşı Olmak

Teminat muafiyetinden yararlanabilmek için ilk koşul, “*âkit bir devletin vatandaşı*” (*national of one of the Contracting States*) olmaktır. 1954 tarihli Sözleşme'de “*vatandaş*” (*national*) tabiri tanımlanmamış, tüzel kişileri de kapsayıp kapsamadığı açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle, “*vatandaş*” (*national*) tabirinden ne anlaşılması gerektiği ve tüzel

<sup>10</sup>1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin 17. maddesinin İngilizce metni şöyledir:

*“No security, bond or deposit of any kind may be imposed by reason of their foreign nationality, or of lack of domicile or residence in the country, upon nationals of one of the Contracting States, having their domicile in one of these States, who are plaintiffs or parties intervening before the courts of another of those States.*

*The same rule shall apply to any payment required of plaintiffs or intervening parties as security for court fees.*

*All conventions under which Contracting States have agreed that their nationals will be exempt from providing security for costs or for payment of court fees regardless of domicile shall continue to apply.”*

kişilerin de bu tabir kapsamında kabul edilip edilmeyeceği problemi ortaya çıkmıştır.

Türkçe metinde kullanılan “*vatandaş*” tabiri, Türk Vatandaşlık Hukuku literatüründe, kural olarak sadece *gerçek kişiler* için kullanılabilir bir tabir olarak kabul edilmektedir<sup>11</sup>. Bununla birlikte, tüzel kişiler, gemiler veya hava araçları bakımından da devlete aidiyet söz konusudur. Zira bir devletin kendi tüzel kişilerinin, gemilerinin veya hava araçlarının menfaatlerini diğer devletler karşısında koruma ihtiyacı söz konusu olmaktadır<sup>12</sup>. Ancak bu aidiyeti ifade eden tabir bakımından bir belirsizlik mevcuttur.

*Nomer*'e göre, vatandaşlık sadece bir devlete bağlılığı ifade eden bir tabir olarak nitelendirilirse ve böylelikle, vatandaşlığın temel unsurunu teşkil eden sadakat ilişkisinden vazgeçilirse, gerçek kişi dışındaki varlıkların da vatandaşlığından söz edilebilir. Tüzel kişiler, gemiler ve hava araçları özel bir bağ vasıtasıyla belirli bir devlete, diğer devletlere oranla daha kuvvetle bağlı bulunuyorlarsa, bu bağlılık gerçek kişilerin vatandaşlığından daha farklı bir anlamda da olsa, “vatandaşlık” veya “bir devlete aidiyet” olarak ifade edilmektedir<sup>13</sup>. *Nomer* bu tespitinden hemen sonra, tüzel kişilerin bir devlete bağlılığını anlatırken “tüzel kişilerin vatandaşlığı” tabirini kullanmaktadır<sup>14</sup>.

*Erdem* de, benzer şekilde, bir kişinin bir devlete aidiyeti olarak tanımlanan vatandaşlık tabirinin niteliği itibariyle ancak gerçek kişiler için kullanılabilir bir kavram olduğunu zira bir devletin vatandaşlarını yabancılardan ayıran en önemli fark olan sadakat duygusunun sadece gerçek kişilerin hissedebileceği bir duygu olduğunu, eğer sadakat yükümlülüğü tüzel kişiler için aranmayacak olduğu takdirde tüzel kişilerin vatandaşlığından söz edilebileceğini, bunun ise aslında sadece bir tüzel kişinin bir devlete ait olduğunu gösteren hukukî bir bağ teşkil ettiğini, devletlerin kendilerine ait olan tüzel kişileri belirlemek ve böylece hem onların menfaatlerini korumak hem de üzerlerinde otorite kurabilmek arzularından ötürü Devletler Hukukunun tüzel kişilerin de bir devlete bağlanabileceğini kabul ettiğini belirttikten hemen sonraki cümlesinde; “[t]üzel kişilerin vatandaşlığını tespit etmek için kullanılan kriterler”in,

<sup>11</sup>NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku (Vatandaşlık), 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 45; AYBAY / ÖZBEK, s. 11 vd.; DOĞAN, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, s. 5; ERDEM B., Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 27; GÜNGÖR, s. 1-2.

<sup>12</sup>NOMER, Vatandaşlık, s. 45.

<sup>13</sup>NOMER, Vatandaşlık, s. 45.

<sup>14</sup>NOMER, Vatandaşlık, s. 46.

tüzel kişinin merkezi, tüzel kişinin faaliyetlerinin merkezi, şirketi kuran hukuk veya fiilen şirketin kontrolüne sahip olan şahısların vatandaşlığı olduğunu ifade etmek suretiyle “tüzel kişilerin vatandaşlığı” tabirini kullanmaktadır<sup>15</sup>.

*Aybay/Özbek* de “vatandaşlık” tabirinin gerçek kişilere özgü olduğunu ve tüzel kişilerin veya gemilerin yahut uçakların vatandaşlığından söz etmenin kuramsal olarak yerinde olmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte, yazarlara göre, şirketler gibi tüzel kişilerin ve deniz yahut hava gemilerinin gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde gittikçe artan önemi, bunlarla belirli devletler arasındaki hukuksal ilişkilerin düzenlenmesini zorunlu kılmıştır ve özellikle şirketlerin ekonomik yaşamda tuttıkları yer nedeniyle, tüzel kişiler ile devletler arasında da uyruklu ilişki bulunduğunu kabul etmek bir takım hukuk sorunlarının çözümü için gerekli olmuştur. Yazarlar şöyle devam etmektedir: “*Ancak, vatandaş (yurttaş) deyimini, sadece gerçek kişiler için kullanmak yerinde olacaktır. Tüzel kişiler ve nesnelere (deniz ve hava gemileri) için uygun olan deyim uyrukluğudur (nationality; nationalité)*”<sup>16</sup>. Yazarlar böylece “nationality” tabiri kullanıldığında sadece gerçek kişilerin değil, tüzel kişilerin de bir devlete aidiyetinin ifade edildiğini kabul etmiş olmaktadır.

*Tekinalp*, tüzel kişilerin, gerçek kişilerle tam uyumlu olmasa da, vatandaşlığa sahip olduğunu kabul etmektedir<sup>17</sup>. Benzer şekilde, *Çelikel/Öztekin-Gelgel* de “tüzel kişilerin vatandaşlığı” tabirini açıkça kullanmaktadır<sup>18</sup>.

Buna karşılık, *Doğan*’a göre, “vatandaşlık” tabiri yalnızca gerçek kişileri devlete bağlayan hukukî ve siyasî bağı ifade etmektedir ve tüzel kişilerin vatandaşlığından bahsedebilme imkânı yoktur; tüzel kişilerin de belirli bir devletle hukukî bağlantı içinde bulunma zorunluluğu söz konusu olsa da bu bağlantıyı vatandaşlık olarak anlamak doğru değildir. Bu görüşe göre, tüzel kişilerin aidiyetini ifade etmek amacıyla kullanılması gereken kavram *tabiiyet* olmalıdır<sup>19</sup>.

<sup>15</sup>ERDEM, s. 27-28.

<sup>16</sup>AYBAY / ÖZBEK, s. 12.

<sup>17</sup>TEKİNALP, Gülören: “Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 50. Yıl Armağanı – Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, s. 554 vd.

<sup>18</sup>ÇELİKEL / ÖZTEKİN-GELGEL, s. 35, 37.

<sup>19</sup>DOĞAN, s. 5-6.

*Güngör* ise eserinde, tabiiyet tabirini hem gerçek kişiler hem tüzel kişiler hem de deniz veya hava araçları bakımından kullanmayı, vatandaşlık tabirini ise sadece gerçek kişilerin bir devletle olan siyasî ve hukukî bağına ifade etmek üzere kullanmayı tercih ettiğini ortaya koymaktadır<sup>20</sup>.

Buraya kadar ortaya koyduğumuz veriler göstermektedir ki, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>21</sup>,ndaki anlamı bağlamında gerçek kişilere özgü bir tabir olan “vatandaşlık”, daha geniş açıdan bakıldığında, bir hukuk tabiri olarak tüzel kişilerin veya hava yahut deniz araçlarının bir devlete aidiyetini göstermek bakımından tercih edilebilen ve kullanılabilen bir tabir olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, *vatandaşlık* ve *tabiiyet* tabirlerinin, tüzel kişileri ve şeyleri de kapsayacak surette eş anlamlı olarak kullanılmasının, hatalı bir kullanım teşkil etmeyebileceğini, kullanımın doğru olup olmadığı veya bir başka ifadeyle, kullanılan *vatandaşlık* tabirinin sadece gerçek kişilere yönelik olarak mı kullanıldığı yoksa hem gerçek kişileri hem de tüzel kişileri veya şeyleri de kapsayacak surette mi kullanıldığı konusunda ilgili hukukî düzenlemenin amacının ve mahiyetinin de dikkate alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Daha da önemlisi, yukarıda yer verilen değerlendirmeler, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinin Türkçe metninde “*vatandaş*” tabirinin kullanılmış olması üzerine yapılmaktadır. Bununla birlikte, 17. maddenin İngilizce metninde yer verilen “*national*” tabiri üzerinden bir değerlendirme yapılacak olursa, durum daha da netleşmektedir.

İlk akla gelen husus, “*national*” veya “*nationality*” tabirlerinin Türkçe'ye tercümesi esnasında “*vatandaş-vatandaşlık*” tabirleri yerine “*teba-tabiiyet*” tabirlerinin tercih edilmesinin mümkün olmasıdır. Zira İngilizce-Türkçe sözlüklere bakıldığında, “*nationality*” tabirinin karşılığı olarak “*tabiiyet*” tabirine de yer verildiği ve ayrıca “*nationality*” tabirinin tüzel kişilerin veya gemilerin yahut hava araçlarının bir devlete aidiyetini belirtmek amacıyla da kullanıldığı görülmektedir<sup>22</sup>. Türk Hukukunda *Aybay/Özbek* de “*nationality*” tabirinin karşılığı olarak uyrukluğ/tabiiyet tabirini kullanmaktadır<sup>23</sup>. 1954 tarihli Sözleşme Türkçe'ye çevrilirken bu

<sup>20</sup>GÜNGÖR, s. 1.

<sup>21</sup>RG: 12.06.2009-27256.

<sup>22</sup> Bkz. TUĞLACI, Pars: İngilizce-Türkçe Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 4. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul 2002, s. 333; DAYINLARLI, Kemal: Dictionary of Legal Terms English-Turkish, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 2010, s. 664.

<sup>23</sup>AYBAY / ÖZBEK, s. 6.

nüansa dikkat edilmiş ve “*national*” tabirinin karşılığı olarak “*vatandaş*” yerine “*teba*” tabiri kullanılmış olsaydı, Yargıtayımız da bu konuda bir tereddüde düşmeyebilirdi.

İkinci olarak, önemle belirtilmelidir ki, milletlerarası sözleşmelerde “*national*” veya “*nationality*” tabirlerinin, tüzel kişileri veya şeyleri de kapsayacak surette kullanıldığına dair aşikâr örnekler mevcuttur.

Meselâ Milletlerarası Sivil Havacılık Hakkında 1944 tarihli Chicago Sözleşmesi<sup>24</sup>,nin (*Convention on International Civil Aviation*) 17. maddesi, “*Nationality of Aircraft*” başlığını taşımaktadır. Madde metninde ise, hava araçlarının, tescil edildikleri devletin tabiiyetinde (vatandaşlığında) buldukları öngörülmüştür<sup>25</sup>. Buradan çıkan sonuç, milletlerarası sözleşmelerde yer verilen “*nationality*” tabirinin sadece gerçek kişileri kapsayacak şekilde “*vatandaşlık*” tabirinin karşılığı olarak kullanılmadığı, gerçek kişi dışında kalan hava araçları bakımından da “*nationality*” tabirinin kullanılabilenidir. Buna bağlı olarak da, bir milletlerarası sözleşmede “*nationality*” tabiri kullanıldığında, muhakkak ve sadece gerçek kişilerin kast edildiğinin kabul edilmesinin doğru bir yaklaşım olmayacağı çıkarımını yapmak mümkündür.

Bir başka örnek olarak gösterebileceğimiz, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (*United Nations Convention on the Law of the Sea*) m.91 hükmü “*Nationality of Ships*” başlığını taşımaktadır ve madde metninde ise, gemilerin, bayrağını çekme hakkına sahip oldukları devletin tabiiyetinde (vatandaşlığında) buldukları öngörülmüştür<sup>26</sup>. Buradan da, milletlerarası sözleşmelerde yer verilen “*nationality*” tabirinin sadece gerçek kişileri kapsayacak şekilde “*vatandaşlık*” tabirinin karşılığı olarak kullanılmadığı, gerçek kişi dışında kalan gemiler bakımından da “*nationality*” tabirinin kullanılabilenidir. Buna bağlı olarak da, bir milletlerarası sözleşmede “*nationality*” tabiri kullanıldığında, muhakkak ve sadece gerçek kişilerin

<sup>24</sup>RG: 12.06.1945-6029. Sözleşme’de yapılan değişiklikler için <http://mevzuat.shgm.gov.tr/index.php/kanunlar/> adresine bakılabilir.

<sup>25</sup>“*Nationality of Aircraft – Article 17: Aircraft have the nationality of the State in which they are registered.*”

<sup>26</sup>“*Nationality of ships – Article 91: (1) Every State shall fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag. Ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly. There must exist a genuine link between the State and the ship. (2) Every State shall issue to ships to which it has granted the right to fly its flag documents to that effect.*”

kast edildiği şeklinde bir yorumun hatalı bir yaklaşım olacağı sonucu çıkarılabilir.

Sonucu örneğimiz ise tüzel kişilere ilişkindir. Devlet ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Konvansiyon<sup>27</sup> [*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID)*] m.25 hükmünün ikinci fıkrasının (b) bendinde, ICSID'in yargılama yetkisinin koşullarından olan, yatırım uyuşmazlığının taraflarından birinin “diğer âkit devlet vatandaşı” (*national of another contracting state*) olması koşulunu açıklarken, “Diğer âkit ülke vatandaşları deyimi aşağıdakileri kapsar: ... (b) Âkit ülke vatandaşlığına sahip herhangi bir yasal kişi [tüzel kişi] haricinde tarafların rızasıyla anlaşmazlığın arabuluculuk ve hakemliğe sunulduğu tarihte taraf olan devlet veya söz konusu tarihte anlaşmazlığa taraf olan âkit devlet vatandaşlığına sahip olan herhangi bir yasal kişi [tüzel kişi]...” düzenlemesine yer vermektedir<sup>28</sup>. Bu düzenleme, milletlerarası sözleşmelerde kullanılan “*nationality*” tabirinin yalnızca gerçek kişilerle sınırlı bir anlama sahip olmadığını ve tüzel kişileri de kapsayabileceğini açık ve net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Meselenin tam anlamıyla açıklığa kavuşturulabilmesi için, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinin lafzına ilişkin bütün bu açıklamalara ek olarak, maddenin özüne ve amacına göre de bir değerlendirme yapılmasında yarar görülmektedir.

1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesi, birçok devlette yabancıların yargı mercilerine müracaat edebilmesinin bir ön koşulu olarak karşımıza çıkan *teminat yükümlülüğünden* muafiyeti düzenlemektedir. Teminat yükümlülüğü, *yargıya erişim hakkına* (*access to justice*) yönelik bir sınırlamadır. Yargıya erişim hakkının varlığı ve sağlanması esas olduğu için, *teminat yükümlülüğü* istisnâî bir karaktere sahiptir. İstisnaların dar yorumlanmasını öngören genel hukuk ilkesinin de ışığında, *yargıya erişim hakkı* gibi çok temel bir hakkın istisnasını teşkil eden teminat yükümlülüğünü öngören hukuk kurallarının mümkün merteye dar

<sup>27</sup>RG: 6.12.1988–20011.

<sup>28</sup>“*National of another Contracting State*” means: ... (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.”

yorumlanması gerekmektedir. Teminattan muafiyet öngören hukuk kurallarının da, yargıya erişim hakkı lehine hükümler olmaları sebebiyle, daha geniş yorumlanmaları ve bu yorum faaliyeti esnasında ortaya çıkan tereddüt veya belirsizliklerin *yargıya erişim hakkı lehine* değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Bu itibarla, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinin gerek lafzî yorumunun gerekse özüne ve amacına göre yapılacak yorumun, tüzel kişileri de kapsadığı sonucuna götürdüğü kanaatindeyiz.

Bu sonucu destekleyen bir başka delil olarak, Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi Hakkındaki Açıklayıcı Rapor'da (*Explanatory Report to the European Convention on State Immunity*) yapılan bir açıklama gösterilebilir. Rapor'da; Devletin Yargı Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 17. maddesinde, bir âkit devletin mahkemelerinde diğer bir âkit devlet aleyhine dava açan kişilere ilişkin teminat yükümlülüğü konusunda getirilmiş olan düzenleme hakkında yapılan açıklamada, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinin kapsamına tüzel kişilerin ve ticaret şirketlerinin de dâhil olduğunun *-yargı içtihatlarının bu istikamette olduğu gerekçesiyle-* açıkça ifade edilmiştir<sup>29</sup>.

Konu hakkında gerek Türk literatüründe gerekse yabancı literatürde yaptığımız detaylı araştırmada, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesindeki teminat muafiyetinden tüzel kişilerin yararlanıp yararlanamayacağı meselesini irdeleyen pek fazla çalışmaya rastlanmamıştır. Bunun sebebi, aşağıda görüleceği üzere, tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanamayacağı yönündeki görüşün, -bütün âkit devlet mahkemeleri arasında- ilk kez ve sadece Türk mahkemeleri tarafından benimsenmiş olmasıdır.

Türk literatüründe *Şanlı*, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında teminat muafiyetinden yararlanacak kişilerin gerçek kişilerle sınırlı olmadığını, tüzel kişilerin de bu muafiyet kapsamında bulunduğunu ifade etmiştir<sup>30</sup>. Bunun dışında konuya temas eden eserlerde ise,

<sup>29</sup>“Under Article 17 of the Hague Convention of 1 March 1954 relating to civil procedure, only nationals of Contracting States are exempt from the obligation to provide security for costs. The authorities indicate that this exemption covers legal persons and commercial companies”. Bkz. <https://rm.coe.int/16800c96c3>, (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

<sup>30</sup>ŞANLI, s. 160.

Yargıtay'ın yukarıda zikredilen kararlarına atıf yapılmakla yetinildiği ancak kararlarda varılan sonuç hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir<sup>31</sup>.

Yabancı literatürde *Százy*, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden şirketlerin ve diğer tüzel kişilerin de yararlanacağını ve hatta bir başka âkit devlet mahkemesinde dava açan veya davaya katılan bir âkit devletin dahi bu muafiyetten yararlanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>32</sup>.

Literatürde, 1954 tarihli Sözleşme m.17 kapsamında sadece gerçek kişilerin teminat yükümlülüğünden muaf olduğu, şirketlerin m.17 kapsamında teminat muafiyetinden yararlanamayacağı görüşünü savunan *Sandrock*, bu görüşüne gerekçe olarak, Sözleşme'nin 32. maddesini göstermektedir<sup>33</sup>. Ne var ki, yazar bu kadarını söylemekle yetindiği için, 1954 tarihli Sözleşme'nin 32. maddesinin, tüzel kişilerin teminat muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda nasıl bir etki doğuracağı konusunda ancak fikir yürütmek suretiyle bir değerlendirme yapmamız mümkün olabilecektir.

1954 tarihli Sözleşme'nin 32(1). maddesi, her bir âkit devlete, Sözleşme'nin 17. maddesinin uygulanmasını, mutad meskeni kendi ülkesinde bulunan âkit devlet vatandaşları ile sınırlama imkânı tanımaktadır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, birinci fıkrada öngörülen imkânı kullanmış olan bir âkit devlet, 17. maddenin diğer âkit devletler tarafından ancak mahkemeleri huzuruna davacı veya müdahil olarak çıkacağı âkit devletin ülkesinde mutad meskene sahip bulunan vatandaşlarına uygulanmasını isteme hakkına sahiptir.

Yazarın, yukarıda açıklanan 32. maddeden hareketle tüzel kişilerin 17. maddedeki teminat muafiyeti kapsamı dışında kaldığı yönündeki görüşünün; 32. maddede yer verilen “mutad mesken” kavramını ancak gerçek kişilerin sahip olacağı, tüzel kişilerin sahip olamayacağı bir kavram olarak görmesinden ileri gelmiş olabileceği kanaatindeyiz<sup>34</sup>.

<sup>31</sup>NOMER, Devletler Hususî Hukuku, s. 501, dn.226; ÇELİKEL/ERDEM, s. 656, dn. 152.

<sup>32</sup>SZÁZY, István: International Civil Procedure, Leyden 1967, s. 451.

<sup>33</sup>SANDROCK, Otto: “The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant”, Journal of International Arbitration, 14 (1997), Sayı 2, s. 20 dn. 14.

<sup>34</sup>Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı mevcuttur. Bkz. Yargıtay 11. HD, E.2012/2110, K.2012/3915, T.15.03.2012; www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 27.11.2017).



Ne var ki 1954 tarihli Sözleşme’de, tüzel kişilerin mutad meskeninin olamayacağı yönünde herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi, günümüzde Avrupa Birliği Hukukunda “Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı Tüzük” (Roma I Tüzüğü) m. 19(1) ve “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864/2007 sayılı Tüzük” (Roma II Tüzüğü) m.23 hükümlerinde, tüzel kişilerin mutad meskeni hakkında açık ve özel düzenlemelere yer verilmiş olması karşısında<sup>35</sup>, mutad mesken kavramının gerçek kişilere özgün olduğu ve tüzel kişilerin mutad meskeninin olmayacağı görüşlerini savunma imkânı bulunmadığı kanaatindeyiz<sup>36</sup>.

Buna bağlı olarak, 1954 tarihli Sözleşme’nin 32. maddesinin, tüzel kişilerin 17. maddedeki teminat muafiyetinin kapsamı dışında kaldığı şeklinde yorumlanması sonucunu doğuracak herhangi bir unsur ihtiva etmediğini düşünmekteyiz.

### C. Âkit Devlette İkamet Etmek

Teminat muafiyetinden yararlanabilmek için ikinci koşul, bir âkit devlette ikamet etmektir. Sözleşme’nin Türkçe metninde “ikamet eden” ibaresi kullanılmıştır. İngilizce metinde ise “*having their domicile*” ibaresine yer verilmiştir. İngilizce metinde yer verilen bu ibarenin Türk hukukundaki tam karşılığı “ikametgâh (yerleşim yeri) sahibi olmak”tır. Türk hukuku bağlamında, bir yerde ikametgâh sahibi olmak ile bir yerde ikamet etmek aynı anlama gelmemektedir. Bir yerde ikamet etmek, o yerde fiilen oturmak, mesken sahibi olmak veya sâkin olmak anlamına gelir. Hâlbuki Türk Medenî Kanunu m.19 uyarınca, gerçek kişilerin ikametgâhı, yerleşmek niyetiyle oturdukları yerdir. Bu tarifin içinde, “yerleşme niyeti” olarak ifade edilen unsur, “ikametgâh” ve “ikamet edilen yer” tabirlerini birbirinden ayırmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme’nin Türkçe metninde yer verilen “ikamet eden” ibaresinin “ikametgâh sahibi olan” şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Teminat muafiyetinden yararlanmaya yönelik bu ikinci koşulun, tüzel kişilerin teminat muafiyetinin dışında tutulmasını gerektirecek herhangi bir yönü mevcut değildir. Zira tüzel kişilerin de ikametgâh sahibi olabildiği genel kabul gören bir hukuk anlayışıdır. Meselâ Türk

<sup>35</sup>Detaylı bilgi için bkz. KRUGER, Thalia: “Habitual Residence: The Factors That Courts Consider”, in Beaumont, Paul / Danov, Mihail / Trimmings, Katarina / Yüksel, Burcu (ed.), Cross-Border Litigation in Europe, Hart Publishing, 2017, s. 748.

<sup>36</sup>Bkz. NOMER, Devletler Hususî Hukuku, s. 497; ARSLAN, İlyas: Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 165 vd.

Hukukunda, tüzel kişiler ikametgâh sahibi olmaktadır ve Türk Medenî Kanunu m.51 uyarınca, tüzel kişinin statüsünde belirtilen yer onun ikametgâhı (yerleşim yeri) sayılmaktadır; ancak ana statüde ikametgâh gösterilmemiş ise, idarî işlerinin yürütüldüğü yer tüzel kişinin ikametgâhı sayılacaktır.

Önemle belirtmelidir ki, bir tüzel kişinin bir devlette ikametgâh sahibi olup olmadığı, bu devletin hukukuna göre çözümlenmesi gereken bir meseledir. Bu itibarla, Türk Medenî Kanunu hükümleri bir tüzel kişinin ikametgâhının hangi devlette bulunduğunu değil, Türkiye’de bulunup bulunmadığını tayin etme kudretine sahiptir.

Buna bağlı olarak, bir tüzel kişinin bir âkit devletin hukukuna göre bu âkit devlette ikametgâh sahibi sayılması hâlinde, bu ikinci koşul bakımından teminat muafiyetinden yararlanılmasına engel bir durumdan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

#### **D. Diğer Bir Âkit Devlet Mahkemesinde Davacı veya Müdâhil Olarak Bulunmak**

1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesine göre teminattan muaf olabilmek için aranan üçüncü koşul, kişinin vatandaşı olduğu ve/veya ikametgâh sahibi olduğu âkit devlet(ler)in dışındaki bir başka âkit devletin mahkemesinde davacı veya müdâhil olarak bulunmasıdır.

Bu koşul da davacı veya müdahil konumundaki kişinin gerçek kişi veya tüzel kişi olup olmaması açısından fark gözetilen bir koşul değildir.

Bununla birlikte, Yargıtay’ın kararlarına konu olaylarda “İspanya uyruklu” ve “Hollanda uyruklu” şirketlerin teminat yatırmasını gerektiren işlem, Türk mahkemelerinde dava açmaları değil, Türk icra daireleri nezdinde icra takibi başlatmış olmalarıdır. Bu açıdan, 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesindeki teminat muafiyetinden yararlanmaya ilişkin üçüncü koşulun, kararlara konu olaylar bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği tereddüt doğurabilir.

1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesinde, âkit devlet *mahkemeleri* huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan âkit devlet vatandaşları açısından teminat muafiyetinden bahsedilmektedir. Düzenlemenin lafzına bakıldığında, sadece “mahkeme” tabirine yer verilmiş olmasından hareketle, “icra daireleri” nezdinde başlatılan icra takipleri bakımından yatırılması gereken teminattan muafiyeti kapsamadığı akla gelebilir. Ancak düzenlemenin özüne ve amacına göre yorum yapılacak olursa, hak arama hürriyetinin yargısal boyutta kullanılmasına yönelik süreçlerin başlangıcı mahiyetinde olan başvuruların teminattan muaf tutulmasını hedeflediği de düşünülebilir. Bu bağlamda, İsviçre veya Türkiye gibi

birkaç devlet dışında, “icra dairesi” nezdinde yürütülen ilâmsız icra takibi sistemine dünya üzerinde pek rastlanmadığı da dikkate alındığında, 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesi kaleme alınırken “mahkeme” tabirinin yanına “icra daireleri” tabirinin eklenmemiş olmasının, icra dairelerini hariç tutmayı amaçlayan bilinçli bir tercih olarak görülmemesi gerektiği ve bir alacağın tahsili amacıyla icra dairelerinde başlatılan ilâmsız icra takiplerinin de 17. madde kapsamında teminattan muafiyet sağlaması gerektiği kanısındayız.

#### **IV. 1954 TARİHLİ SÖZLEŞME MADDE 17’DE ÖNGÖRÜLEN TEMİNAT MUAFİYETİNİN KAPSAMINA TÜZEL KİŞİLERİN DÂHİL OLUP OLMADIĞI KONUSUNDA 1980 TARİHLİ ADALETE ULUSLARARASI ERİŞİM HAKKINDA SÖZLEŞME’NİN ROLÜ**

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin, 02.07.2013 tarihli ve 11.02.2016 tarihli kararlarında vardığı sonuca dayanak yaptığı en mühim husus, yine La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı bünyesinde hazırlanan 1980 tarihli Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme’nin 14. maddesidir.

Önemle belirtelim ki, 1980 tarihli Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme’nin 22. maddesinde; hem 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi’ne hem de 1980 tarihli Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme’ye taraf olan devletlerarasında, 1980 tarihli Sözleşme’de yer alan hükümlerin, 1954 tarihli Sözleşme’nin 17 ilâ 26. maddelerinin yerini alacağı öngörülmüştür. Buna göre, her iki sözleşmeye de taraf olan iki devlet arasında, teminat yükümlülüğü konusunda 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi’nin 17. maddesi değil, 1980 tarihli Adaletle Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme’nin 14. maddesi uygulanacaktır.

İşte Yargıtay’ımız da, teminat muafiyeti bakımından 1980 tarihli Sözleşme’nin -her iki Sözleşme’ye taraf olan devletlerarasında- 1954 tarihli Sözleşme’nin yerine geçtiğini dikkate almak ve 1980 tarihli Sözleşme’nin 14. maddesinde getirilen düzenlemeden hareket etmek suretiyle, 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesinin tüzel kişileri kapsamadığı sonucuna varmıştır.

Türkiye’nin 1980 tarihli Sözleşme’ye taraf olması amacıyla bazı hazırlıklar yapılmış ve Sözleşme’nin onaylanmasının uygun bulunduğu

dair bir kanun tasarısı<sup>37</sup> hazırlanmış olmakla birlikte, Türkiye 1980 tarihli Sözleşme'ye henüz taraf değildir. Ancak Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin kararlarında 1980 tarihli Sözleşme'nin 14. maddesi direkt olarak uygulanmadığından ve sadece 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinin kapsamını belirleyecek yorumun yapılması konusunda bir referans noktası olarak değerlendirildiğinden, 1980 tarihli Sözleşme'ye Türkiye'nin taraf olmamasının Yargıtay'ın kararlarını hatalı hâle getirdiği söylenemez.

Bununla beraber, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinin kapsamını belirleyecek yorumun yapılması konusunda 1980 tarihli Sözleşme'nin doğru bir referans noktası olarak değerlendirilmiş olup olmaması, Yargıtay'ın kararlarını hatalı hâle getirmiş olabilecektir.

Bunun tayini için, 1980 tarihli Sözleşme'nin 14. maddesine yakından bakmakta yarar görmekteyiz. Adalete Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun tasarısındaki Türkçe metinde yer alan 14. madde<sup>38</sup> şöyledir:

*“Bir âkit devlette mutat meskeni olup, diğer bir âkit devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerden (tüzel kişiler de dahil), sırf yabancı uyruklu olmaları veya davaların açıldığı devlette ikamet etmemeleri ya da mutat meskenlerinin olmamaları sebebiyle her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet ya da depozito istenemez.”*

Teminattan muafiyeti düzenleyen bu maddede, muafiyetten yararlanacak kişiler ifade edilirken, parantez içinde “tüzel kişiler de dâhil” ibaresine yer verilmek suretiyle, 1980 tarihli Sözleşme kapsamında tüzel kişilerin teminat muafiyetinden yararlanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Yargıtay, 1954 tarihli Sözleşme'nin yerini almak amacıyla düzenlenmiş bir metin olarak gördüğü 1980 tarihli Sözleşme'nin 14. maddesinde “tüzel kişiler de dâhil” ibaresine yer verilmiş olmasını, 1954 tarihli Sözleşme'de yer almayan bir imkânın tanınmış olması şeklinde değerlendirmiştir. Ne var ki, 1980 tarihli Sözleşme'nin 14. maddesinde “tüzel kişiler de dâhil” ibaresine yer verilmiş olmasının, 1954 tarihli

<sup>37</sup>Kanun tasarısının metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0303.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

<sup>38</sup>Article 14 – “No security, bond or deposit of any kind may be required, by reason only of their foreign nationality or of their not being domiciled or resident in the State in which proceedings are commenced, from persons (including legal persons) habitually resident in a Contracting State who are plaintiffs or parties intervening in proceedings before the courts or tribunals of another Contracting State.”

Sözleşme’de tereddüt doğuran bir belirsizliğin giderilmesi yahut tekrar yaşanmaması amacıyla yapılmış bir düzenleme olarak görülmesi de pek tabii mümkündür.

Bu noktadaki belirsizliğin giderilmesi bakımından, 1980 tarihli Sözleşme’nin açıklayıcı raporuna bakılmasında yarar vardır. 1980 tarihli Sözleşme’nin açıklayıcı raporunda, 1980 tarihli Sözleşme’nin 14. maddesinde tüzel kişilere açıkça atıfta bulunulmasının amacının, bu hükmün sadece gerçek kişilere değil aynı zamanda tüzel kişilere de uygulandığını açıklığa kavuşturmak olduğu (*in order to clarify that the provision applies not only to ‘natural’ persons but also to legal ones*) son derece net bir şekilde ifade edilmiştir<sup>39</sup>.

Buna göre, 1980 tarihli Sözleşme’de tüzel kişilerin teminat muafiyetinden yararlandığının açıkça düzenlenmiş olmasına istinaden, 1954 tarihli Sözleşme’de tüzel kişilerin teminat muafiyetinden yararlanamayacağı sonucunu çıkarmak için yeterli delil bulunmadığını söylemek mümkündür. Bir başka ifadeyle, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin kararlarında kurulan sebep-sonuç ilişkisi, 1980 tarihli Sözleşme’nin metninden veya açıklayıcı rapordan çıkarılamamaktadır. Zira 1980 tarihli Sözleşme’de tüzel kişiler ibaresine açıkça yer verilmesinin sebebi, yukarıda ifade edildiği üzere, tüzel kişilerin de teminat muafiyetinden yararlandığı hususuna bir açıklık getirmekten ibarettir. Kanaatimizce, bu yönüyle 1980 tarihli Sözleşme m.14 hükmü, Yargıtay’ın kabul ettiği yorumun tam aksine, 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesinin kapsamı konusundaki belirsizliği ve tartışmayı ortadan kaldırmak amacıyla getirilmiş bir hükümdür ve 1954 tarihli Sözleşme’nin kapsamına tüzel kişilerin de dâhil olduğu yönünde bir delil olarak kabul edilmesi çok daha isabetli bir yorum tarzı olacaktır<sup>40</sup>.

<sup>39</sup>MÖLLER, Gustaf: “Explanatory Report on Convention on International Access to Justice”, Tirage à part des Actes et documents de la Quatorzième session (1980), Tome IV, Entraide judiciaire- Judicial co-operation, s.281 [47]; <https://assets.hcch.net/upload/expl29.pdf>, (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

<sup>40</sup>Nitekim Norveç Yüksek Mahkemesi’nin, hemen aşağıda değineceğimiz 09.02.1996 tarihli kararında bu yorum aynen benimsenmiştir. Bkz. dn. 44.

## V. 1954 TARİHLİ SÖZLEŞME MADDE 17'DE ÖNGÖRÜLEN TEMİNAT MUAFİYETİNİN KAPSAMINA TÜZEL KİŞİLERİN DÂHİL OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN ÂKİT DEVLET MAHKEMELERİNİN YARGISAL İÇTİHATLARI

Çalışmamızda ele aldığımız konu bakımından sağlıklı bir sonuca varabilmemiz açısından, 1954 tarihli Sözleşme'ye taraf olan devletlerin mahkemelerinin bu konu hakkındaki kararları büyük önem arz etmektedir. Zira milletlerarası sözleşmelerin temel amacı ve varlık sebebi, getirdiği düzenlemelerin sözleşmeye taraf olan bütün devletlerde yeknesak bir yoruma ve uygulamaya mazhar olmasını zorunlu kılmaktadır.

Yaptığımız araştırma neticesinde erişebildiğimiz yargı içtihatlarında, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden tüzel kişilerin yararlanıp yararlanamayacağı sorusunun müstakil olarak tartışıldığı içtihatların sayısı azdır. Bununla birlikte, elimizdeki içtihatların tamamı, tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlandığını doğrudan veya dolaylı olarak ortaya koymaktadır. Daha açık bir ifadeyle, âkit devlet mahkemeleri, tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanacağı kanaatindedir.

Meselenin doğrudan doğruya tartışıldığı, Viyana Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht*) 1R30/16p sayılı ve 28.04.2016 tarihli kararına<sup>41</sup> konu olayda; davacı, 5.9.2013 tarihinde (S) şirketi ve müdürüne karşı 500.000 Euro'luk bir alacak davası açmıştır. Daha sonra davacı, dava konusu alacağı Kazak (F) derneği ile Kazak (F) fonuna devretmiştir. Bunun üzerine davalılar, yargılama masraflarını güvence altına almak amacı ile davacıların Avusturya Medenî Usul Kanunu (ZPO) m.57 uyarınca 50.000 Euro tutarında bir teminat yatırmasını mahkemeden talep etmiştir. Davacı Kazak (F) Derneği ve Kazak (F) fonu ise 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi m.17 kapsamında teminattan muaf tutulmaları gerektiğini ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, Kazakistan'ın 14.10.2015 tarihinden itibaren 1954 tarihli Sözleşme'ye taraf olduğunu ve âkit devlet vatandaşlarından birinin diğer bir âkit devlette ikametgâhı olmaması nedeniyle teminata tâbi tutulamayacağına ilişkin 17. maddedeki düzenleme bağlamında, Avusturya devleti uygulamasında “*âkit devlet vatandaşı*” ibaresinin kapsamına tüzel

<sup>41</sup>[http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT\\_2016\\_0428\\_OLG0009\\_00100R\\_00030\\_16P0000\\_000](http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_2016_0428_OLG0009_00100R_00030_16P0000_000), (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

kişilerin de girdiğini ve bu sebeple davacı tüzel kişinin teminattan muaf olacağını kabul etmiştir. Bunun üzerine davalı, yerel mahkeme kararını temyiz etmiştir. Viyana Eyalet Yüksek Mahkemesi de, 17. maddede yer alan “*vatandaş*” tabirinin, sadece gerçek kişileri kapsar şekilde anlaşılamayacağı gerekçesiyle, yerel mahkemenin kararını onamıştır.

Münih mahkemesinin 7 O 25677/11 sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararında<sup>42</sup>, yerleşim yeri Donetsk’de bulunan davacı tüzel kişinin, 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesi kapsamında teminat muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı meselesi, farklı bir açıdan tartışma konusu olmuştur. Davalı taraf, davacının yerleşim yerinin bulunduğu Donetsk’in Ukrayna Devleti’nden ayrılarak ayrı bir devlet olarak kurulduğunu ve fakat Donetsk Halk Cumhuriyeti isimli bu yeni devletin 1954 tarihli Sözleşme’ye taraf olmadığını belirterek davacının 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesi kapsamında teminat muafiyetinden yararlanamayacağını ileri sürmüştür. Mahkeme, uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak Almanya Devleti tarafından tanınmış bir Donetsk Halk Cumhuriyeti bulunmadığı gerekçesiyle davalının bu itirazını reddetmiş ve davacı yabancı tüzel kişinin 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesi kapsamında teminat muafiyetinden yararlanacağı sonucuna varmıştır.

Bielefeld mahkemesinin 9 O 257/11 sayılı ve 15.07.2013 tarihli kararında<sup>43</sup> da, çelik sektöründe faaliyet göstermek üzere 2006 yılında kurulan davacı (T) şirketi, yerleşim yeri 1954 tarihli Sözleşme’ye taraf devletlerden birinde bulunduğu için, 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesi kapsamında teminat muafiyetinden yararlandırılmıştır.

Benzer şekilde Norveç Yüksek Mahkemesi de, davacı Alman şirket ile davalı Norveç şirketi arasındaki uyuşmazlığa ilişkin 09.02.1996 tarihli ve HR-1996-71-K / Rt-1996-296 sayılı kararında<sup>44</sup>, tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme’nin 17. maddesindeki teminat muafiyeti kapsamında olduğu sonucuna, 1954 tarihli Sözleşme’ye taraf devletlerin mahkemelerinin tatbikatının da bu yönde olduğunu belirtmek suretiyle, varmıştır.

<sup>42</sup><https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw-rr%2F2015%2Fcont%2Fnjw-rr.2015.635.1.htm&pos=0&hlwords=on>, (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

<sup>43</sup><https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2014%2Font%2Fbeckrs.2014.09706.htm&pos=229>, (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

<sup>44</sup>[www.lovddata.no](http://www.lovddata.no), (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

Meselenin dolaylı olarak değerlendirildiği içtihatlardan biri olan, İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen ve birden çok petrol şirketinin dâhil olduğu bir uyuşmazlıkta (X) şirketi tarafından (Y) şirketi aleyhine açılan ve 5 milyon ABD Doları'nın talep edildiği davada, davalı şirket davacı şirketin yabancılık teminatı yatırması gerektiğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi, davacı şirketin yerleşim yerinin 1954 tarihli Sözleşme'ye taraf olan bir devlette bulunduğu gerekçesiyle davalının bu itirazını reddetmiştir. Davalı şirket, kararı temyiz ederken, davacı şirketin yerleşim yerini 1954 tarihli Sözleşme'ye taraf olmayan Moğolistan'a taşıdığı iddiasıyla teminat itirazını yinelemiş ve davacının 400.000 İsviçre Frangı tutarında teminat yatırmasını talep etmiştir. Davacı şirket, bu meblağın aşırı olduğunu ve AİHS m.6(1) hükmü bağlamında adalete erişim hakkının kabul edilemeyecek biçimde kısıtlandığını ileri sürerek davalının bu itirazına karşı çıkmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, kendi geçmiş içtihatlarını ve AİHM içtihatlarını dayanak göstererek, davacının talep ettiği teminat miktarının aşırı olmadığı ve AİHS m.6(1) hükmünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır.<sup>45</sup> Bu davada tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı doğrudan tartışılmamakla birlikte, davacı yabancı şirketin yerleşim yerinin 1954 tarihli Sözleşme'ye taraf olan bir devlette bulunduğu sürece teminat muafiyetinden faydalandığı ve kararın temyizi aşamasında davacı şirketin yerleşim yerini 1954 tarihli Sözleşme'ye taraf olmayan bir başka devlete nakletmesi üzerine teminat muafiyetinin ortadan kalktığı dikkate alındığında, İsviçre mahkemelerinin tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanacağı kanaatinde olduğunu söylemek mümkündür.

Türk yargı içtihatlarına bakıldığında da *-işbu çalışmada irdelenen Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 02.07.2013 ve 11.02.2016 tarihli kararları haricinde-* tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı meselesini doğrudan ele alan bir içtihadın bulunmadığı ve fakat Yargıtay'ın iki kararında vardığı sonuçlardan, tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanacağı kanaatinde olduğu çıkarımını yapmanın mümkün bulunduğu görülmektedir.

---

<sup>45</sup>ATF 132 I 134. Bkz. KIESTRA, Louwrens Rienk: The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law, Springer, 2014, s. 124 vd.



Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 22.01.2004 tarihli kararına<sup>46</sup> konu olayda, yabancı uyruklu donatanın Türk acentesi tarafından Türk mahkemelerinde açılan davada, yerel mahkeme, davacı konumundaki donatan M. Shipping And Trade Company Ltd.nin -karardaki tabirle- “Rusya Federasyonu uyuşunda” bulunduğu ve Rusya Federasyonu'nun 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'ne taraf olduğunu dikkate alarak, davacı konumundaki donatanın teminattan muaf olduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay ise, “M/V N.” gemisinin uyuşmazlığın doğmasından evvel Rus uyruklu firma tarafından Nevis Adaları Devleti uyuşunda bulunan “M. Shipping And Trade Company Ltd.” şirketine satıldığı gerekçesiyle, teminattan muafiyeti sağlayacak müteakabiliyetin Türkiye ile Nevis Adaları Devleti arasında aranması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yerel mahkeme, tüzel kişilerin 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinden yararlanacağını çok açık bir şekilde kabul etmiştir. Yargıtay da bunu reddetmemekle birlikte, davaya konu gemi dava açılmadan önce el değiştirerek Nevis Adaları Devleti'nde kurulu bulunan bir başka şirkete devredildiği için, davacı konumundaki şirketin de değiştiğini ve bu nedenle müteakabiliyetin Rusya ile değil Nevis Adaları Devleti ile Türkiye arasında aranması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay'ın bu kararından hareketle, davaya konu gemi devredilmemiş ve Rusya'da kurulu bulunan şirket davacı konumunu muhafaza etmeye devam etmiş olsaydı, Rusya'da kurulu bulunan şirketi 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesi kapsamında teminattan muaf tutacağını söylemek mümkündür.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 01.03.2011 tarihli kararında<sup>47</sup> ise, - karardaki ifadeyle- “Amerika Birleşik Devletleri firması” olan davacının MÖHUK m.48 uyarınca teminat yatırıp yatırmayacağını tayininde, “davacının uyuşu olan Amerika Birleşik Devletleri” ile Türkiye arasında adli yardım sözleşmesi bulunmadığı ve ayrıca Amerika Birleşik Devletleri'nin 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'ne de taraf olmadığı gerekçesiyle davacının teminat yatırması gerektiği sonucuna varılmıştır. Yargıtay'ın bu kararından şöyle bir sonuç çıkarmak mümkündür: Eğer Amerika Birleşik Devletleri, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'ne taraf olsaydı, davacı taraf gerçek

<sup>46</sup>Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2003/6352, K.2004/571, T.22.01.2004; www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

<sup>47</sup>Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E.2010/8123, K.2011/3601, T.01.03.2011; www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

kişi olmamasına rağmen teminattan muaf tutulacaktı. Bir başka ifadeyle, eğer Yargıtay bu kararı verdiği tarihte tüzel kişilerin 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi çerçevesinde teminattan muaf olamayacağı kanısında olsaydı, Amerika Birleşik Devletleri'nin 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'ne taraf olup olmadığına bakmaya gerek duymazdı.

## VI. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yargıtay'ın, 1954 tarihli Sözleşme çerçevesinde teminat muafiyetinden yararlanacak kişilerin “vatandaş” (*national*) tabiriyle ifade edilmiş olmasından ve 1954 tarihli Sözleşme'nin yerini alması amacıyla hazırlanan 1980 tarihli Adalet Bakanlığı Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'de tüzel kişilerin teminat muafiyeti kapsamında olduğunun açıkça düzenlenmiş olmasından hareket ederek; 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesindeki teminat muafiyetinden tüzel kişilerin yararlanamayacağı çıkarımında bulunmuş olması kanaatimizce isabetli olmamıştır.

Zira “*national*” ve “*nationality*” tabirlerinin Türkçe'ye -tüzel kişileri de kapsamına alacak şekilde- “*teba*” ve “*tabiiyet*” şeklinde tercüme edilmesi mümkün olduğu gibi; birçok milletlerarası sözleşmede “*national/nationality*” tabirlerinin, tüzel kişilerin veya hava araçlarının yahut gemilerin bir devlete aidiyetini ifade edecek surette kullanıldığı da görülmektedir. Bu nedenle, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde “*national*” tabirinin kullanılmış olmasının, tüzel kişilerin 17. madde kapsamında olmadığı yönünde bir yoruma tek başına dayanak teşkil etmesi mümkün görünmemektedir.

Bunun yanında, 1980 tarihli Sözleşme'nin gerek metninde gerekse açıklayıcı raporunda, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesindeki teminat muafiyetinden tüzel kişilerin yararlanamayacağı sonucunu çıkarmaya elverişli bir hüküm veya açıklama da bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak, 1980 tarihli Sözleşme'ye dayanarak, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesindeki teminat yükümlülüğünden tüzel kişilerin yararlanamayacağı sonucunu çıkarmak mümkün değildir.

Daha da önemlisi, *yargıya erişim hakkı* esas olduğu ve teminat yükümlülüğü, *yargıya erişim hakkına* yönelik bir sınırlama olması itibariyle istisnâî nitelik taşıdığı için, teminat konusunda ortaya çıkan tereddüt ve belirsizliklerin, *yargıya erişim hakkı* lehine çözümlenmesi gerekmektedir. Hâlbuki Yargıtayımız bu konudaki belirsizliği *yargıya erişim hakkı* aleyhine yorumlamıştır.

Son olarak, 1954 tarihli Sözleşme'ye taraf devletlerin mahkemelerince verilmiş kararlar incelendiğinde, tüzel kişilerin de 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesindeki teminat muafiyetinden yararlanacağı yönünde bir içtihadın yerleşmiş bulunduğu görülmektedir. Yargıtayımızın bu yerleşmiş içtihadtan sapmış olması, milletlerarası sözleşmelerin âkit devletlerin tamamında yeknesak bir şekilde yorumlanması ve uygulanması yönündeki temel amaca aykırılık teşkil etmektedir.

Bütün bu açıklamalarımıza binaen, 1954 tarihli Sözleşme'nin 17. maddesinde öngörülen teminat muafiyetinin kapsamına tüzel kişilerin de dâhil olduğu sonucuna varmaktayız.

### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ARSLAN, İlyas: Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- AYBAY, Rona / ÖZBEK, Nimet: Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- ÇALIŞKAN, Zeynep: Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B.Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli: Yabancılar Hukuku, 23. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- ÇELİKEL, Aysel / ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre: Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- DAYINLARLI, Kemal: Dictionary of Legal Terms English-Turkish, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 2010.
- DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- DOĞAN, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017.
- ERDEM B., Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- GÜNGÖR, Gülin: Tâbiyet Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- KIESTRA, Louwrens Rienk: The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law, Springer, 2014.
- KRUGER, Thalia: "Habitual Residence: The Factors That Courts Consider", in Beaumont, Paul / Danov, Mihail / Trimmings, Katarina / Yüksel, Burcu (ed.), Cross-Border Litigation in Europe, Hart Publishing, 2017, s. 740 vd.
- MÖLLER, Gustaf: "Explanatory Report on Convention on International Access to Justice", Tirage à part des Actes et documents de la Quatorzième session (1980), Tome IV, Entraide judiciaire- Judicial co-operation, s.281 [47].
- NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 22. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- NOMER, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 22. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

- ÖZDEN, Bülent: Türk Hukukunda Yabancı Şahısların Teminat Mükellefiyeti, Alfa Yayınevi, İstanbul 1999.
- SANDROCK, Otto: “The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or The Duty of an Alien Claimant to Provide Security for the Costs of the Defendant”, Journal of International Arbitration, 14 (1997), Sayı 2, s. 17 vd.
- SZÁZY, István: International Civil Procedure, Leyden 1967.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- TEKİNALP, Gülören: “Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 50. Yıl Armağanı – Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, s. 554 vd.
- TUĞLACI, Pars: İngilizce-Türkçe Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 4. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul 2002.
- TURHAN, Turgut: “Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977, s. 853 vd.
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: “Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, 2010, s. 183 vd.

# SINAI MÜLKİYET KANUNU AÇISINDAN GELENEKSEL ÜRÜN ADLARI

## TRADITIONAL SPECIALITIES GUARANTEED IN TERMS OF INDUSTRIAL PROPERTY CODE

DOI: 10.21492/inuhfd.373419

**Burçak YILDIZ\***

### Özet

Geleneksel ürün adı kavramı hukukumuzda 2017'de 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile girmiştir. Geleneksel ürün adı kavramı; üzerinde yer aldığı ürünün üretiminde geleneksel unsurlar kullanılmış olduğunu, bu sayede söz konusu ürünün aynı kategorideki benzer ürünlerde bulunmayan, üstün bazı özelliklere sahip olduğunu göstermektedir. Bir adın geleneksel ürün adı olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca, bu adın ilgili piyasada söz konusu ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıldır kullanılıyor olması da şarttır.

Türk hukukunda geleneksel ürün adları sınai mülkiyet hakkı olarak kabul edilmemiştir. Bununla birlikte Sınai Mülkiyet Kanunu bu hak tipini de düzenlemiş ve düzenlediği sınai mülkiyet haklarına uygulanan pek çok hükmün bu hak tipine de uygulanacağını belirtmiştir.

Söz konusu kavram, coğrafi işaret kavramına büyük benzerlik göstermektedir. Örneğin sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösteren bütün üreticiler, tescilli geleneksel ürün adını kullanma hakkına sahiptir. Bununla beraber geleneksel ürün adları, coğrafi işaretlerden farklı olarak ürünün coğrafi kökenini göstermemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Geleneksel ürün adı, coğrafi işaret, sınai mülkiyet, Sınai Mülkiyet Kanunu

### Abstract

The concept of Traditional Specialities Guaranteed (TSG) has *entered into Turkish law in 2017*, by Industrial Property Code, no. 6769. A name shall be eligible for registration as a TSG where it describes a specific product or foodstuff that results from a mode of production, processing or composition corresponding to traditional practice for that product or foodstuff. In order to be qualified as a TSG, the name must have been used traditionally at least for thirty years to describe the relevant product in the related market.

Traditional Specialities Guaranteed right has not been accepted as an industrial property right under Turkish law. On the other hand, Industrial Property Code regulated

---

\* Doç. Dr. Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (burcakyildiz@gmail.com)

Makale Gönderilme Tarihi: 01.01.2018

Makale Kabul Tarihi: 10.01.2018

this type of right as well and expressed that many of the articles regarding the industrial property rights shall be applicable for TSGs.

TSG right bears a resemblance to the geographical indication right. For instance, a name registered as a traditional speciality guaranteed may be used by any operator marketing a product that conforms to the corresponding specification. However, differently from geographical indications, TSGs do not designate to the geographical origin of the product.

**Keywords:** Traditional specialities guaranteed, TSG, geographical indications, industrial property, Industrial Property Code

## I. KAVRAM HAKKINDA

### 1. Genel Olarak

Geleneksel ürün adı kavramı hukukumuzda 2017’de 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu<sup>1</sup> (SMK) ile girmiştir. Söz konusu kavram; üzerinde yer aldığı ürünün üretiminde geleneksel unsurların kullanıldığını, bu sayede ürünün aynı kategorideki benzer ürünlerde bulunmayan, üstün bazı özelliklere sahip olduğunu göstermektedir. Ürüne bu üstün özellikleri, üretiminde kullanılan geleneksel üretim ya da işleme metodu, geleneksel bileşim yahut geleneksel hammadde veya malzeme sağlıyor olabilir. Kanun koyucu ayrıca bu adın ilgili piyasada söz konusu ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıldır kullanılıyor olması şartını da aramıştır.

Geleneksel ürün adı kavramı, coğrafi işaret kavramına büyük benzerlik göstermektedir. Ancak bu kavram, coğrafi işaretlerden farklı olarak, ürünün coğrafi kökenine işaret etmemektedir. Benzer şekilde söz konusu adın ilişkin olduğu ürünün belirli bir coğrafi çevrede üretilmiş olması şartı da aranmamaktadır.

6769 sayılı Kanun’la beraber, geleneksel metotlarla veya geleneksel hammaddeyle üretilen, ancak belirli bir coğrafi bölgeye hasredilemeyen ürünler de koruma kapsamına alınmıştır. Baklava, pastırma, cezerye, döner, örme peynir, ekşi pestil gibi ürün adları artık ülkemizde ve ardından da Avrupa Birliği’nde tescil edilme olanağı kazanmıştır<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> RG. 10.01.2017, S. 29944.

<sup>2</sup>Örnekler için bkz. TPMK: Coğrafi İşaretler Başvuru Kılavuzu, <http://www.turkpatent.gov.tr> (Erişim tarihi: 19.09.2017; Çalışmamızdaki bütün linkler, 19.09.2017 itibarıyla etkindir); TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Sınai Mülkiyet Kanunu, Vedat, İstanbul 2017, s. XXVII; 2009 tarihli “Coğrafi İşaretlerin ve Geleneksel Özellikli Ürün Adlarının Korunması Hakkında Kanun Tasarısı, m. 1’in gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0798.pdf> (Çalışmamızda bu metin, kısaca “2009 tarihli Tasarı’nın Gerekçesi” olarak anılacaktır).

## 2. İlgili Hukukî Düzenlemeler

### A. Avrupa Birliği Hukukunda

#### a. 1151/2012 sayılı Tüzük Öncesi Dönem

Avrupa Birliği (AB) hukukunda geleneksel ürün adları, coğrafi işaretlerle aynı dönemde korunmaya başlanmış ve söz konusu iki kavram birbirine paralellik arz edecek şekilde düzenlenmiştir<sup>3</sup>.

Hukukumuz için yeni bir kavram olmakla beraber, Avrupa Birliği hukukunda geleneksel ürün adları, 1992'den bu yana korunmaktadır. Anılan adlara ilişkin ilk düzenleme, Tarım ve Gıda Ürünleri için Belirli Nitelik Sertifikasına ilişkin 2082/92 sayılı Tüzük'tür<sup>4</sup>. Tüzük'te "geleneksel ürün adı" terimi kullanılmamış, bunun yerine "belirli nitelik sertifikası" (*certificate of specific character*) terimi tercih edilmişti. Söz konusu adlara ilişkin olarak Birlik çapında faaliyet gösterecek bölgesel bir sicil kurulması, ilk kez bu düzenlemede öngörülmüştür.

Anılan Tüzük 2006'da yürürlükten kaldırılmış, yerine Geleneksel Ürün Adı Niteliğindeki Tarım ve Gıda Ürünlerine İlişkin 509/2006 sayılı Tüzük<sup>5</sup> kabul edilmiştir. Tüzük, günümüzde de kullanılmakta olan "geleneksel ürün adı" ("*Traditional Specialities Guaranteed*") terimini tercih etmiştir.

Bu düzenleme 2012'de 1151/2012 sayılı Tüzük'le yürürlükten kaldırılmıştır.

#### b. 1151/2012 sayılı Tüzük'teki Düzenlemeler Hakkında

Avrupa Birliği'nde geleneksel ürün adları, Tarım Ürünleri ve Gıda Maddelerinde Kalite Plânlamasına İlişkin 21 Kasım 2012 tarih ve 1151/2012 sayılı Tüzük'le<sup>6</sup> düzenlenmektedir<sup>7</sup>. Anılan Tüzük, 6769 sayılı

<sup>3</sup> Buna rağmen Avrupa Birliği'nin geleneksel ürün adlarına ilişkin düzenlemeleri, coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemeleri kadar verimli uygulanamamış; üreticilerden yeterli ilgiyi görmemiştir. Bkz. GRAGNANI, Matteo: "The EU Regulation 1151/2012 on Quality Schemes for Agricultural Products and Foodstuffs", *European Food and Feed Law Review*, 8(6), 2013, s. 382.

<sup>4</sup> *Council Regulation (EEC) No 2082/92 of 14 July 1992 on Certificates of Specific Character for Agricultural Products and Foodstuffs*, OJ 24.07.1992, L208/9-14.

<sup>5</sup> *Council Regulation (EC) No 509/2006 of 20 March 2006 on Agricultural Products and Foodstuffs as Traditional Specialities Guaranteed*, OJ 31.03.2006, L93/1-11.

<sup>6</sup> *Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on Quality Schemes for Agricultural Products and Foodstuffs*, OJ 14.12.2012, L343/1-19 (Çalışmamızda bu düzenleme kısaca "Tüzük" olarak anılacaktır). Ayrıca, söz konusu Tüzük'ün uygulanışını göstermek üzere, 13 Haziran 2014 tarih ve 668/2014 sayılı "Tarım Ürünleri ve Gıda Maddelerinde Kalite Plânı Hakkında 1151/2012 sayılı Tüzük'ün Uygulanmasına Yönelik Kuralların Kabulüne İlişkin Tüzük" de çıkarılmıştır. Bkz. *Commission Implementing Regulation (EU) No 668/2014 of 13*

Kanun'un geleneksel ürün adı ile ilgili düzenlemelerine mehz teşkil ettiğinden hukukumuz açısından büyük önem taşımaktadır. -Ancak SMK'dan farklı olarak- Tüzük, sadece belirli tarım ve gıda ürünleri üzerindeki geleneksel ürün adlarına ilişkin düzenlemeler içermektedir (m. 17 vd.).

Tüzük'ün en önemli özelliği, geleneksel ürün adlarının bölgesel bir sicile tescil edilmesi ve tek bir tescil işlemiyle tüm Birlik çapında korunması olanağını sunmasıdır (Tüzük 22). Söz konusu sicil aleni olup, internet üzerinden erişimi mümkündür<sup>8</sup>.

Tescilin ardından, şartları taşıyan tüm üreticiler, ürünleri üzerinde -aşağıda gösterilen- Avrupa Birliği geleneksel ürün adı amblemini (ve “*Traditional Specialities Guaranteed*” teriminin kısaltılması olan “TSG” ibaresini) kullanma hakkına sahip olmaktadır (Tüzük 23).



2017 Ekim itibariyle Sicil'e 56 tane geleneksel ürün adı tescil edilmiştir; 13 tane geleneksel ürün adı da başvuru ve yayın aşamasındadır. Örneğin “Mozzarella peyniri” ve “Napoliten pizza” İtalya'daki, “Trakya kayser pastırma macunu” (*Kayserovan vrat Trakiya*) ise Bulgaristan'daki üreticiler adına tescil ettirilmiştir<sup>9</sup>. Henüz ülkemizdeki üreticiler adına AB Geleneksel Ürün Sicili'ne başvuru yapılmamıştır.

### c. 1151/2012 sayılı Tüzük Uyarınca Türk Geleneksel Ürün Adlarının Avrupa Birliği'nde Korunması

AB Geleneksel Ürün Adı Sicili, hem Birlik içinden hem de üye olmayan devletlerden yapılan başvuruları kabul etmektedir. Bu itibarla Türk geleneksel ürün adları da bu sicile tescil edilebilmekte ve tüm Birlik

---

*June 2014 Laying down Rules for the Application of Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council on Quality Schemes for Agricultural Products and Foodstuffs*, OJ 19.06.2014, L179/36-61.

<sup>7</sup>Söz konusu Tüzük, hem coğrafi işaretleri hem de geleneksel ürün adlarını düzenlemektedir. Böylece 1992-2012 arasında, birbirini takip eden numaralı Tüzüklerde (2081/92 ve 2082/92 sayılı Tüzüklerde; ardından 509/2006 ve 510/2006 sayılı Tüzüklerde) ve ayrı ayrı düzenlenmiş olan söz konusu iki hak tipi, 2012'de aynı Tüzük'te bir araya getirilmiştir.

<sup>8</sup> Bkz. <http://ec.europa.eu/agriculture/quality/door/list.html>.

<sup>9</sup> Bkz. <http://ec.europa.eu/agriculture/quality/door/list.html>.



çapında korunabilmektedir<sup>10</sup>. Bir Türk geleneksel ürün adı için AB Sicili'ne başvurulabilmesi, ancak ürünün 1151/2012 sayılı Tüzük'de sayılan tarım ürünleri ve gıda maddelerine ilişkin olması<sup>11</sup> ve adın ülkemizde tescil edilmiş olması şartlarıyla mümkündür<sup>12</sup>.

Bir Türk geleneksel ürün adının AB Geleneksel Ürün Adı Sicili'ne tescili için başka bir devletteki yetkisiz üretici grubu tarafından başvurulduğu durumlar söz konusu olabilir. Böyle durumlarda anılan başvuruya: başvurunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde, ülkemiz ve/veya ülkemizdeki gerçek ya da tüzel kişilerden hukukî menfaati bulunanlar itiraz edebilmektedirler (Tüzük 51.1).

Bir Türk geleneksel ürün adının başka bir devletteki grup tarafından AB Geleneksel Ürün Adı Sicili'ne tescil ettirilmiş olması halinde ise, ülkemizdeki ilgililer hükümsüzlük davası açabilmektedirler (Tüzük 54).

## B. Hukukumuzda

### a. SMK'dan Önceki Dönem

SMK'nın kabulünden önceki dönemde coğrafi işaretler, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'yle korunmaktaydı<sup>13</sup>. Söz konusu KHK'nın yürürlükten kaldırılması ve yerine bir kanun kabul edilmesi yönünde çeşitli yasama çalışmaları yürütülmüştü. Bunlardan biri de, 2009 tarihli "Coğrafi İşaretlerin ve Geleneksel Özellikli Ürün Adlarının Korunması Hakkında Kanun Tasarısı" idi.

Adından da anlaşılacağı gibi, söz konusu Tasarı'nın kapsamı coğrafi işaretlerle sınırlı değildi. Tasarı, hukukumuzda yeni bir kavram kazandırmayı ve geleneksel (özellikli) ürün adlarını *sui generis* şekilde düzenleyen ilk düzenleme olmayı da amaçlamaktaydı. O tarihte yürürlükte bulunan 509/2006 sayılı Tüzük'ü temel almış olan Tasarı,

<sup>10</sup>Kıyasen bkz. Türk coğrafi işaretlerinin Avrupa Birliği'nde korunması hakkında YILDIZ, Burçak: "Türk Coğrafi İşaretlerinin Avrupa Birliği'nde Korunması Kapsamında, Ülkemiz Açısından Önem Taşıyan Bazı Coğrafi İşaretlerin Avrupa Birliği Coğrafi İşaret Sicili'ne Diğer Devletlerdeki Gruplar Tarafından Tescillerinin Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 2311 vd.

<sup>11</sup>Aşağıda ele alınacağı üzere, SMK'da geleneksel ürün adı olarak nitelenebilecek ürün tipleri bundan çok daha geniştir. Bu itibarla hukukumuzda tescil edilebilen her geleneksel ürün adı, AB Geleneksel Ürün Adı Sicili'ne tescil edilemez.

<sup>12</sup>Henüz Türk Patent Marka Kurumu'na (TPMK) tescil edilmiş bir geleneksel ürün adımız söz konusu olmadığından, hâlihazırda, AB Geleneksel Ürün Adı Sicili'ne tescil edilmiş ya da başvurusu yapılmış Türk geleneksel ürün adı da mevcut değildir.

<sup>13</sup>RG. 27.06.1995, S. 22326.

Avrupa Birliği'ndeki terimin dilimize daha doğru bir tercümesi olan "geleneksel *özelliikli* ürün adı" terimini tercih etmekteydi.

Söz konusu Tasarı kanunlaşmamış; ancak daha sonra kanunlaşacak olan bir başka Tasarıyı etkilemiştir. Şöyle ki; söz konusu Tasarı'yla yakın tarihlerde hazırlanmış olan "Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu Tasarısı"<sup>14</sup> Alt Komisyon'da görüşülürken, (o zamanki adıyla) Türk Patent Enstitüsü bir öneride bulunmuştur. Enstitü, "Coğrafi İşaretlerin ve Geleneksel Özelliikli Ürün Adlarının Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın da yürürlüğe gireceği düşüncesiyle, söz konusu Tasarı'nın gıda kodeksine ilişkin 23. maddesine geleneksel ürün adlarının denetimine ilişkin bir hüküm eklenmesini önermiştir. Anılan hükme eklenen ikinci fıkraya göre: "Bakanlık, tarım ve gıda ile ilgili coğrafi işaret veya *geleneksel ürün adlarının* kullanımının tescilde belirtilen özelliklere uygunluğunu denetler."<sup>15</sup>

Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu Tasarısı kabul edilerek 5996 Kanun numarası ile yayımlanmış; bu kapsamda geleneksel ürün adlarının kullanımının denetleneceğine ilişkin hüküm de yürürlüğe girmiştir<sup>16</sup>. Böylelikle 5996 sayılı Kanun 23 hükmü; pozitif hukukumuzda geleneksel ürün adlarını konu edinen ilk düzenleme olmuştur<sup>17</sup>.

Geleneksel ürün adlarına ilişkin mevzuat ihtiyacı 2015-2018 dönemine ilişkin Ulusal Coğrafi İşaret Strateji Belgesi ve Eylem Planı'nda da vurgulanmıştır<sup>18</sup>.

### **b. SMK'daki Düzenlemeler Hakkında**

6769 sayılı SMK'yla birlikte, geleneksel ürün adı kavramı *sui generis* bir düzenlemeye kavuşmuş ve bir hak tipi olarak ilk kez

<sup>14</sup>Söz konusu Tasarı'nın TBMM Başkanlığı'na arzı Bakanlar Kurulu'nca 01.06.2009 tarihinde kararlaştırılmış; 15.02.2010 tarihinde ise Tasarı TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir.

<sup>15</sup>Bkz. Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonları Raporları (1/806), Dönem: 23 Yasama Yılı: 4 TBMM (S. Sayısı: 498), Tarım, Orman ve Köyişleri Komisyonu Raporu, 14/4/2010 Esas No.: 1/806, Karar No: 29 (www.tbmm.gov.tr).

<sup>16</sup>Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu, RG. 13.06.2010, S. 27610.

<sup>17</sup>5996 sayılı Kanun 23'de sözü edilen geleneksel ürün adı kavramının içeriği ancak 2017 yılında SMK'yla düzenlenebildiğinden, hükmün geleneksel ürün adlarına ilişkin kısmı SMK'ya kadar uygulanamamıştır.

<sup>18</sup>Bkz. Yüksek Planlama Kurulu: Ulusal Coğrafi İşaret Strateji Belgesi ve Eylem Planı 2015-2018, Mart 2015, RG. 04.07.2015, S. 29406.

düzenlenmiştir. Kanun'un ilgili düzenlemelerine büyük ölçüde, Avrupa Birliği'nin 1151/2012 sayılı Tüzüğü mehz teşkil etmektedir<sup>19</sup>.

Kanun'un ikinci kitabı (m. 33-54), coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarına özel düzenlemeler içermektedir. Ayrıca SMK'da tüm hak tipleri için ortak esaslar getiren hükümlerden bazıları da, geleneksel ürün adlarına uygulanmaktadır (SMK 164).

Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te de, geleneksel ürün adlarına ilişkin hükümler yer almaktadır<sup>20</sup>.

### 3. Terminoloji

Yukarıda da belirtildiği gibi, günümüzde SMK'da “geleneksel ürün adı” olarak adlandırılan kavram, AB düzenlemelerinde ve 2009 tarihli Tasarı'da farklı şekillerde ifade edilmiştir.

Avrupa Birliği'nde, 1992 yılından 2006'ya kadar olan dönemde yürürlükte kalan 2082/92 sayılı Tüzük'te “*certificate of specific character*” terimi tercih edilmiştir. Anılan kavramın dilimizdeki karşılığı “belirli nitelik sertifikası” şeklindedir<sup>21</sup>.

2006'dan sonra ise Avrupa Birliği'nde “*Traditional Specialities Guaranteed*” ve bu terimin kısaltılması olan “TSG” terimi kullanılmaya başlanmıştır. Söz konusu terimin aslında dilimize birebir çevirisi: “geleneksel özelliği garanti edilmiş” ürün şeklindedir.

2009 tarihli Tasarı'da söz konusu terimi ifade etmek üzere: “geleneksel özellikli ürün adı” terimi tercih edilmiştir<sup>22</sup>.

Buna karşın SMK, “geleneksel ürün adı” terimini kabul etmiştir.

### 4. Tanımı ve Unsurları

#### A. Tanımı

SMK'da geleneksel ürün adı kavramı şöyle tanımlanmıştır:

<sup>19</sup>Kanun'un kapsamının, AB'nin ilgili düzenlemelerinin yanı sıra, “ülke ihtiyaçları ve mevcut durumun göz önünde bulundurularak belirlendiği” hususunda bkz. ILICALI, Gonca: “Geleneksel Ürün Adı ile Yeni Bir Başlangıç Yapalım”, MAPADERgi, 1, 2017, <https://www.mapader.org/mapadergi-ilk-sayisiyla-karsinizda>, s. 28.

<sup>20</sup>RG. 24.04.2017, S. 30047 (Çalışmamızda bu düzenleme kısaca “Yönetmelik” olarak anılacaktır). Yönetmelik'in ikinci kitabı (SMK 35-46), coğrafi işaretlerle birlikte geleneksel ürün adlarına ayrılmıştır.

<sup>21</sup>Söz konusu terimin “özel karakter sertifikası” şeklindeki tercümesi için bkz. 2009 tarihli Tasarı m. 2 gerekçesi.

<sup>22</sup>2009 tarihli Tasarı'da “geleneksel özellikli ürün adı” terimi temel alınmışken, bu Tasarı'nın tamamlayıcısı olarak Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu Tasarısı'na yapılan eklemeye (SMK 23.2) “geleneksel ürün adı” teriminin tercih edilmesi ise uyumsuzluğa yol açmıştır.

“Menşe adı veya mahreç işareti kapsamına girmeyen ve ilgili piyasada bir ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıl süreyle kullanıldığı kanıtlanan adlar, aşağıdaki şartlardan en az birini sağlaması halinde geleneksel ürün adı olarak tanımlanır:

- i. Geleneksel üretim veya işleme yöntemi yahut geleneksel bileşimden kaynaklanması
- ii. Geleneksel hammadde veya malzemedен üretilmiş olması”<sup>23</sup> (SMK 34.3).

### **B. Unsurları**

#### **a. Menşe Adı veya Mahreç İşareti Kapsamına Girmiyor Olmalıdır**

Geleneksel ürün adı olarak tescil edilebilmenin ön şartı, söz konusu adın coğrafi işaret niteliği taşıyor olmasıdır. Aşağıda ele alınacağı gibi, geleneksel ürün adı kavramı coğrafi işaretlere büyük benzerlik göstermekte ve genellikle ortak hükümlerle düzenlenmektedir. Ancak iki hak tipi birbirinden bağımsızdır. Bu itibarla bir ad, coğrafi işaret niteliği taşıyorsa, geleneksel ürün adı olarak tescile konu olamaz.

Söz konusu yasağın, geleneksel ürün adının unsurları arasında değil, tescil engelleri kapsamında düzenlenmesi yerinde olurdu.

#### **b. İlgili Piyasada Belirli Bir Ürünü Tarif Etmek İçin Geleneksel Olarak En Az Otuz Yıl Süreyle Kullanıldığı Hususu Kanıtlanmalıdır**

##### **aa. Geleneksel Olarak Kullanılma Unsuru Hakkında**

Geleneksel ürün adı kavramının temelinde yer alan “geleneksel” kavramıyla ne kastedildiği, SMK’da tanımlanmamıştır. Mehaз Tüzük’te ise, bu kavram: “otuz yıldan az olmamak şartıyla, nesilden nesle geçişe imkân verecek kadar uzun süre boyunca kullanıldığı kanıtlanmış olan” şeklinde ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

Görüldüğü gibi, en az otuz yıl kullanılmış olma şartı zaten geleneksellik unsurunu ifade etmektedir. SMK’da ise, söz konusu süre boyunca kullanımın “geleneksel olarak” yapılması şartı da mükerrer şekilde aranmıştır.

##### **bb.İlgili Piyasada Belirli Bir Ürünü Tarif Etmek İçin Kullanılma Unsuru Hakkında**

<sup>23</sup> Bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük 18.1.

<sup>24</sup> 1151/2012 sayılı Tüzük 3.3. Söz konusu asgari süre, bir önceki Tüzük olan 509/2006 sayılı Tüzük’te 25 yıl olarak belirlenmişti. Bkz. 509/2006 sayılı Tüzük 2.1.

SMK, geleneksel ürün adının, ilgili piyasada *söz konusu ürünü*<sup>25</sup> tarif etmek için en az otuz yıldır kullanılıyor olmasını şart koşmuştur.

Geleneksel ürün adının varlığı saptanırken aranan “ilgili piyasada belirli bir ürünü tarif etmek için kullanılma” unsuru ile, sadece ad ile ürünün özdeşleşmiş olması kastedilmektedir. Buna karşın anılan unsur kapsamında, üretim tekniğinin içeriğinin ilgili piyasada biliniyor olması şartı aranmamaktadır. Örneğin sadece bir ailenin bireylerinin ya da sadece bir üreticinin bildiği ve nesilden nesle aktardığı bir üretim tekniğiyle üretilen bir ürün de, -şartları varsa- bu ada konu olabilir. Buna göre az sayıda üretici tarafından üretilse ve üretim tekniğinin içeriği kamuya açıklanmamış olsa bile, eğer ad ilgili piyasada anılan ürünü tarif etmek için kullanılacak kadar yaygınlaşmışsa<sup>26</sup>, bu şart sağlanmış olacaktır. Buna karşın sözü edilen türde saklı üretim teknikleri/tarifler kullanılarak üretilmiş ürünler, eğer sınırlı bir çevreye ulaşıyor ve söz konusu ad, ilişkin olduğu ürünün tarif edilmesi için ilgili piyasada kullanılacak kadar tanınmıyorsa, geleneksel ürün adından söz edilemez.

Saklı üretim tekniğinin/tarifin geleneksel ürün adı olarak tesciline ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken husus; bu üretim tekniğinin/tarifin içeriğinin tescil belgesinde yer almasının ve ilân edilmesinin zorunlu olduğudur. Dolayısıyla anılan türde gizli üretim tekniklerine ilişkin olarak, uygulamada üreticilerin geleneksel ürün adı korumasını tercih etmeleri beklenmemektedir.

### c. Geleneksel Nitelikte Üretim Unsurları Kullanılıyor Olmalıdır.

Geleneksel ürün adından söz edilebilmesi için, bu adın ilişkin olduğu ürünün üretim unsurlarında geleneksellik söz konusu olmalıdır. Buna göre ürün şu iki şarttan birini sağlıyor olmalıdır:

- i. Ya geleneksel üretim veya işleme yöntemi yahut geleneksel bileşimden kaynaklanıyor olmalı ya da
- ii. Ya da geleneksel hammadde veya malzemeden üretilmiş olmalıdır (SMK 34.3).

Söz konusu geleneksel unsurlar; anılan ürünü aynı kategorideki benzer mallardan ayırt ediyor ve ona “belirli bir nitelik” kazandırıyor

<sup>25</sup> Buna karşın mehaz Tüzük'te, geleneksel ürün adının tescili için, bir *üretim tekniğinin* en az otuz yıldır kullanılıyor olması şartı aranmaktadır.

<sup>26</sup> Tüzük'te kullanımın bir gelenek olarak nitelenebilmesi için ne kadar çok kişi tarafından biliniyor olması gerektiğine değinilmemiştir. Bu konudaki eleştiriler için bkz. *TOSATO, Andrea*: “The Protection of Traditional Food in the EU: Traditional Specialities Guaranteed”, *European Law Journal*, 19(1), 2013, s. 552.

olmalıdır<sup>27</sup>. Bu unsurlar, ürünün fiziksel, kimyasal, mikrobiyolojik veya yapısal özelliklerine ilişkin olabilmektedir.

Buna karşın ürünün sunulmuş biçiminin, örneğin ambalajının geleneksel olması yeterli değildir. Benzer şekilde ürünün üretim unsurlarında geleneksellik unsuru bulunmamasına rağmen, ürünün belirli bir üne ulaşmış olması da, geleneksel ürün adı olarak nitelenebilmesini sağlayamaz<sup>28</sup>.

## 5. İşlevleri

Geleneksel ürün adı korumasının işlevlerinin başında; geleneksel karaktere sahip ürünlerin teşvik edilmesi ve ürün çeşitliliğinin geliştirilmesi gelmektedir. Bu yolla söz konusu ürünlere katma bir değer sağlanacağından, bunların piyasa değerlerinin artırılması amaçlanmaktadır. Böylece bölgesel ve kırsal ekonomilerin güçlendirilmesine katkı sağlanacak<sup>29</sup> ve yerel üreticilerin geliri artacaktır<sup>30</sup>.

Geleneksel ürün adları, tüketicilerin korunması açısından da önem taşımaktadır. Üretim metoda ilişkin denetim olanağı sunulması suretiyle tüketicilerin yanıltılması engellenmektedir<sup>31</sup>.

Konunun bir diğer boyutu, kültürel mirasın korunmasına ilişkindir<sup>32</sup>. SMK'nın gerekçesinde; "Anadolu kültürünün zengin birikimi dikkate alındığında, geleneksel özellik taşıyan çok sayıda ürünümüzün bulunduğu" hatırlatılmıştır<sup>33</sup>. Gerekçe'de ayrıca; "ülkemize özgü geleneksel ürünlerin üretimine ilişkin yöntemlerin ve kültürümüze ait öğelerin nesile aktarılması ve standart üretim prosedürlerinin belirlenerek garanti altına alınması'nın ülkemizin menfaatine olacağı da belirtilmiştir<sup>34</sup>. 2009 tarihli Tasarı'nın Gerekçesinde de: "... Geleneksel özellikli ürünlerimizin korumaya alınması ve kökleri derinlere uzanan Türk kültür ve tarihi kapsamında daha pek çok sayıda ürünümüzün ulusal

<sup>27</sup> 1151/2012 sayılı Tüzük 3.5.

<sup>28</sup> *TOSATO*, s. 565.

<sup>29</sup> Bkz. 2009 tarihli Tasarı, Genel Gerekçesi.

<sup>30</sup> 1151/2012 sayılı Tüzük Dibace no. 1, 3.

<sup>31</sup> Bkz. 2009 tarihli Tasarı, Genel Gerekçesi.

<sup>32</sup> Geleneksel ürün adlarının kültürel mirasın korunması açısından büyük önem taşıdığı hususunda bkz. GRAGNANI, s. 376.

<sup>33</sup> SMK gerekçesi için bkz. Sıra Sayısı: 341, Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı (1/699) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, m. 33'ün gerekçesi.

<sup>34</sup> Bkz. SMK 33'ün gerekçesi.

ve uluslararası arenada haksız rekabetten korunması(nın) amaçlanmış” olduğu ifade edilmiştir<sup>35</sup>.

## 6. Hukukî Niteliği

### A. Sınâî Mülkiyet Hakkı Niteliği Taşımadığı Hususunda

SMK, geleneksel ürün adlarına sınâî mülkiyet hakkı niteliği tanımamıştır. Kanun’a göre sınâî mülkiyet hakları: marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı modelden ibarettir (SMK 2.1.1; Yön. 3.1.o).

Kanun’un, başlığında yer alan “sınâî mülkiyet” ifadesinin aksine, sınâî mülkiyet hakkı olarak nitelmediği geleneksel ürün adlarını da düzenlemiş olması, başlığıyla kapsamı arasında uyumsuzluğa yol açmıştır<sup>36</sup>.

### B. Değerlendirmeler

Geleneksel ürün adları, AB hukukunda da sınâî mülkiyet hak tipi olarak kabul edilmemektedir. Söz konusu tercih, Avrupa Komisyonu’nun 1999 tarihli bir raporuna dayanmaktadır<sup>37</sup>. Rapor’da bunun nedeni olarak; geleneksel ürün adlarına ilişkin düzenlemelerin (o tarihte yürürlükte olan 2082/92 sayılı Tüzük’ün) belirli bir coğrafi alana özgü olmayan ve tüm üreticilerin kullanımına açık olan üretim tekniklerini düzenlemek amacıyla kabul edilmiş olması gösterilmiştir<sup>38</sup>. Ancak Rapor’da iddia edildiğinin aksine, bir hak tipinin tüm üreticilerin kullanımına açık olması ve tescil ettirene bir tekel hakkı vermemesi, o hak tipinin sınâî mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmemesi için gerekçe olamaz. Söz konusu gerekçe, coğrafi işaretlerin sınâî mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesi karşısında yerinde değildir<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Bkz. 2009 tarihli Tasarı m. 1’in gerekçesi.

<sup>36</sup> Üstelik sınâî mülkiyet hakları da, Kanun’da düzenlenmekte olan hak tiplerinden ibaret olmayıp, bu Kanun dışındaki düzenlemelerde yer alan sınâî mülkiyet hakları da vardır (ıslahçı hakkı, entegre devre topografyaları gibi). Bu itibarla; Kanun’un, “*Bazı Sınâî Mülkiyet Hakları ve Geleneksel Ürün Adlarının Korunması Hakkında Kanun*” gibi, içerikle uyumlu ve diğer sınâî mülkiyet hak tiplerinin de varlığını dikkate alan bir başlığı olması gerekirdi.

<sup>37</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: “Report from the Commission to the Council under Article 21 of Regulation (EEC) No 2082/92 on Certificates of Specific Character for Agricultural Products and Foodstuffs on the Implementation of the Regulation”, Brussels, 19.07.1999 COM (1999) 374 Final, <http://aei.pitt.edu/13439/1/13439.pdf>, s. 15.

<sup>38</sup> Rapor’da; (o tarihte yürürlükte olan 2082/92 sayılı) Tüzük’ün; her bir üretici tarafından farklı şekilde üretilmekte olmasına rağmen, “geleneksel”, “özel” gibi adlar altında sunulan ürünlere karşı tüketicileri korumayı hedeflediği belirtilmiştir. Bu itibarla belirli geleneksel bir tarifi tescil edilmesiyle söz konusu ürüne ilişkin olarak yeknesaklığın sağlanacağı belirtilmektedir.

<sup>39</sup> TOSATO, s. 575.

AB hukukunda coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları, fikrî mülkiyetin korunması kapsamında değil, tarım politikası kapsamında değerlendirilmiştir<sup>40</sup>. 1151/2012 sayılı mehzaz Tüzük, *Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın*<sup>41</sup> “tarım politikasına ilişkin” 43. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır<sup>42</sup>. Ancak söz konusu neden de, geleneksel ürün adlarının sınaî mülkiyet hakkı sayılmaması için yeterli değildir; zira aynı saikle düzenlenmiş olan coğrafi işaretler, sınaî mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmektedir.

Öğretide, ayrıca, anılan hak tipinin Paris Sözleşmesi ya da TRIPs'de sayılmadığı için sınaî mülkiyet hakkı olarak nitelenemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>43</sup>. Bu yaklaşım da yerinde değildir; zira anılan sözleşmelerdeki hak tipine ilişkin sayım, sınırlı sayıda değildir. Dolayısıyla söz konusu sözleşmelerde sayılmamış olması, bir hak tipinin sınaî mülkiyet hakkı niteliği kazanmasını engelleyemez.

Bu itibarla, geleneksel ürün adlarının sınaî mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmemesinin haklı bir nedeni bulunmamaktadır. Söz konusu haklara sınaî mülkiyet hakkı niteliğinin tanınması, coğrafi işaretlerle olan paralelliği sağlamaştırmak ve hak sahiplerini etkin şekilde korumak için yerinde olacaktır.

### **C. Sınaî Mülkiyet Hakkı Niteliği Taşımıyor Olmasının Uygulanacak Hükümler Açısından Sonuçları**

SMK'nın beşinci kitabı, “Ortak ve Diğer Hükümler” başlığını taşımaktadır. Adından da anlaşıldığı üzere, SMK 146 vd.'da düzenlenen esaslar, Kanun kapsamındaki tüm sınaî mülkiyet hakları için ortaktır. Geleneksel ürün adlarının sınaî mülkiyet hakkı niteliği taşımıyor olması

<sup>40</sup>Bkz. YILDIZ, Burçak: “510/2006 Sayılı Tüzük'teki Düzenlemeler Işığında Avrupa Birliği Hukukunda Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri Üzerindeki Menşe Adları ile Coğrafi İşaretlerin Korunması” (510/2006 Sayılı Tüzük), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 8(2), 2008, s. 18; ayrıca coğrafi işaretler açısından bkz. SCHWAB, Bertold: “The Protection of Geographical Indications in the European Community”, Symposium on the International Protection of Geographical Indications, Funchal (Madeira, Portugal), October 13 and 14, 1993, Organized by the World Intellectual Property Organization (WIPO) in Cooperation with the Ministry of Industry and Energy of Portugal, WIPO Publication, Geneva 1994, s. 73; HANDLER, Michael: “The EU's Geographical Indications Agenda and Its Potential Impact on Australia”, Australian Intellectual Property Journal, 15(3), 2004, s. 178.

<sup>41</sup>*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ 26.10.2012, C326/47-390.

<sup>42</sup> Bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük Dibace, c. 1.

<sup>43</sup> Bkz. TOSATO, s. 19, dn. 179'daki yazarlar.



karşısında, söz konusu ortak hükümlerin anılan hak tipine uygulanıp uygulanamayacağı hususu önem kazanmaktadır.

Kanun bu sorunu çözmek amacıyla, “Geleneksel ürün adlarına uygulanacak hükümler” başlıklı SMK 164 hükmüne yer vermiştir. Hükümde, sınaî mülkiyet hakkı niteliği taşıyıp taşımayacağına rağmen, geleneksel ürün adlarına bu ortak hükümlerden bazılarının<sup>44</sup> uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir<sup>45</sup>. SMK 164’de sayılanlar dışında kalan ortak hükümler ise, aksi açıkça belirtilmedikçe geleneksel ürün adlarına uygulanmamaktadır<sup>46</sup>.

Bu kapsamda özellikle belirtilmesi gereken husus; geleneksel ürün adlarına sınaî mülkiyet hakları üzerindeki hukukî işlemlere ilişkin SMK 148 hükmünün uygulanamayacağıdır. Geleneksel ürün adları lisans, devir,

<sup>44</sup>SMK 164, uygulanacak hükümler arasında SMK 147 hükmüne de atıf yapmıştır. Hüküm, sınaî mülkiyet hakkının birden çok kişiye ait olması haline ilişkindir; ancak geleneksel ürün adlarının sahibi yoktur. Bu nedenle hükme yapılan atıf, dikkatle değerlendirilmelidir.

<sup>45</sup> Hüküm;

Kurum nezdinde yapılacak tüm işlemlerde uyulması gereken sürelerin, açıkça belirlenmemişse, iki ay olduğuna ilişkin SMK 146,

Sınaî mülkiyet hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişilerin, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlü olduğuna ilişkin SMK 150,

Sınaî mülkiyet haklarının tükenmesine ilişkin SMK 152,

Tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilerle; hak sahibine tecavüz nedeniyle tazminat ödeyen fail tarafından piyasaya sürülmüş ve mülkiyet hakkı sahibinin el koymadığı ürünleri ticarî amaçla kullanan kişilere dava açılmayacağına ilişkin SMK 153,

Tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin davaya ilişkin SMK 154,

Görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin SMK 156,

Zamanaşımına ilişkin SMK 157,

İhtiyatî tedbire ilişkin SMK 159,

Ücretlere, ödenme süreleri ve sonuçlarına ilişkin SMK 161 düzenlemelerinin, geleneksel ürün adlarına uygulanacağını belirtmektedir.

Sınaî mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği taleplere ilişkin SMK 149 hükmüne de atıf yapılmıştır; ancak aşağıda ele alınacağı gibi, geleneksel ürün adlarında manevî zararın tazmini talep edilemez (SMK 149.4; bkz. aşağıda “V.4. Tecavüz Halinde Açılabilir Davalar” başlığı altındaki açıklamalar).

<sup>46</sup>SMK 164’te açıkça sayılmadıklarından, sınaî mülkiyet haklarında lisans alanın dava haklarına ilişkin SMK 158 hükmü ve “hızlı imha prosedürüne” ilişkin SMK 163 hükmü geleneksel ürün adlarına uygulanamaz.

Kurum nezdinde işlem yetkisi olan kişilere ve tebligata ilişkin SMK 160 ile Kurul kararlarının iptaline ilişkin veya hükümsüzlük istemli davalarda verilen kararların kesinleşmedikçe icra edilemeyeceğine ilişkin SMK 162 de, geleneksel ürün adlarına uygulanacak hükümler arasında sayılmamıştır. Ancak söz konusu iki hükmün geleneksel ürün adlarına uygulanmamasının herhangi bir haklı nedeni bulunmamaktadır.

intikal, haciz ve benzeri hukukî işlemlere konu olamaz, teminat olarak gösterilemez, miras yoluyla intikal edemez. Benzer şekilde başvuru da hukukî işlemlere konu edilemez (SMK 148.1, c. 2). Ayrıca geleneksel ürün adına tecavüz halinde, yoksun kalınan kazanç (SMK 151.6) ve manevî tazminat (SMK 149.4) talep edilemez.

## 7. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

### A. “Geleneksel Olarak Kullanılan Ad” Kavramıyla Karşılaştırılması

SMK’da geleneksel ürün adıyla karıştırılabilecek bir terim yer almaktadır: “geleneksel olarak kullanılan ad”. Coğrafi işaretlere ilişkin SMK 34.2’ye göre: “coğrafi bir yer adı içermese dahi birinci fıkrada yer alan şartları taşıyan bir ürünü belirtmek için *geleneksel olarak kullanılan*, günlük dilde yerleşmiş ve coğrafi bir yer adı içermeyen *adlar* da menşe adı veya mahreç işareti olabilir”.

Hükümde yer alan “geleneksel olarak kullanılan ad” kavramı, içinde coğrafi yer adı geçmeyen, ancak yine de coğrafi kökene göndermede bulunan adların coğrafi işaret olarak tescil edilebilmeleri ile ilgilidir. İçinde “Hatay” kelimesi geçmese de “künefe” coğrafi işaretinin Hatay’a ya da içinde “Mersin” kelimesi geçmese de “tantuni” coğrafi işaretinin Mersin’e göndermede bulunması gibi durumlarda gündeme gelmektedir. Söz konusu adlar coğrafi işaret niteliği taşımaktadır. Oysa bir adın geleneksel ürün adı sayılabilmemesinin ön şartı, coğrafi işaret niteliği taşımasıdır. Bu itibarla SMK 34.2’de düzenlenen “geleneksel olarak kullanılan ad” kavramı, geleneksel ürün adı kavramından farklıdır.

### B. Coğrafi İşaretle Karşılaştırılması

Geleneksel ürün adı kavramı, aşağıda ele alınacağı gibi, coğrafi işaret kavramına büyük benzerlik göstermektedir. Nitekim bu benzerlik nedeniyle, öğretide söz konusu kavramın coğrafi işaretin bir alt dalı olduğu savunulmuştur<sup>47</sup>. Ancak anılan görüşü kabul edebilmeye olanak yoktur. Zira geleneksel ürün adı kavramı, coğrafi işaretten ayrı, bağımsız bir hak tipidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, bir adın geleneksel ürün adı olarak tescil edilebilmesinin ön şartı, coğrafi işaret niteliği taşımasıdır. Üstelik coğrafi kökenle herhangi bir bağının bulunmuyor olması, bu adların coğrafi işaret olarak tescilini engellemektedir. Tarihî gelişimlerine bakıldığında da, söz konusu iki hak tipinin, her ne kadar birbirine paralel düzenlenmiş olsalar da, kanun koyucu tarafından her zaman bağımsız iki hak tipi olarak kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

<sup>47</sup> TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. XXVII.

### **a. Başlıca Benzerlikleri Hakkında**

Her iki hak tipi de kolektif nitelikteki haklardır. Bu hakların sahibi bulunmamakta, tescil ettiren kişinin söz konusu haklar üzerinde inhisar (tekelleşme) hakkı doğmamaktadır (SMK 45.4). Sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösteren herkesin bu adları kullanabiliyor olması da, her iki hak tipinin ortak özelliklerindedir. Tescilin ardından geleneksel ürün adları da coğrafi işaretler gibi süresiz olarak korunmaktadır.

Nitekim söz konusu temel benzerlikler nedeniyle SMK, geleneksel ürün adı kavramıyla coğrafi işaretleri aynı bölümde (Kanun'un ikinci kitabında) düzenlemiştir. Coğrafi işaretlere ilişkin hükümlerin hemen hepsi, aynı zamanda geleneksel ürün adlarına da uygulanacak şekilde kaleme alınmıştır. Örneğin geleneksel ürün adlarına konu olabilecek ürün tipleri (SMK 33), tescil için başvuru hakkına sahip olan kişiler (SMK m.36.1-2), tescilin tescil ettirene inhisarî hak sağlamadığı (SMK 45.4), başvuru, tescil, tescilin sonuçları, kullanma hakkı, hakkın sona ermesi gibi hususlar, coğrafi işaretlerle kural olarak aynıdır<sup>48</sup>.

### **b. Başlıca Farklılıkları Hakkında**

#### **aa. Sınaî Mülkiyet Hakkı Niteliği Taşımaması**

SMK, coğrafi işaretlerin aksine, geleneksel ürün adlarını sınaî mülkiyet hakkı olarak nitelendirmemektedir (SMK 2.1.1). Bu konu yukarıda ele alınmıştır.

#### **bb. Coğrafi Kökenin Önem Taşımaması**

Geleneksel ürün adları, coğrafi işaretlerden farklı olarak, ilişkin olduğu ürünün coğrafi kökenini göstermemektedir. Geleneksel ürün adının ilişkin olduğu ürünü, içinde bulunduğu kategorideki benzer ürünlerden ayıran üstün özellikler, coğrafi kökeniyle ilgili değildir. Söz konusu üstünlük, geleneksel üretim ya da işleme metodu ya da geleneksel bileşim yahut geleneksel hammadde veya malzeme kullanımından kaynaklanmaktadır<sup>49</sup>.

Oysa coğrafi işaretlerin temel özelliği, ilişkin olduğu ürünün coğrafi kökenini göstermesi ve ürünün söz konusu kökenden kaynaklanan belirli nitelik, özellik ya da üne sahip olmasıdır (SMK m.34.1.a). Menşeyiş

<sup>48</sup> SMK'nın coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemeleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÇAĞLAR, Hayrettin / YILDIZ, Burçak / İMİRLİOĞLU, Dilek: Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, Adalet, Ankara 2017, s. 147 vd.

<sup>49</sup>van COUTER, Yves/DATH, Florence: "Protecting the Origin of Foodstuffs in the European Union, Indications of Origin and Trademarks as Intellectual Property Tools", European Food and Feed Law Review, 4, 2016, s. 291.

adlarında, söz konusu coğrafi kökenden kaynaklanan özellikler, gösterilen coğrafi alana özgü “doğal ve beşerî” unsurlardan kaynaklanıyor olmalıdır. Bu itibarla sadece beşerî unsurlardan ibaret menşe adından bahsedilemez. Buna karşın mahreç işaretlerinde belirgin nitelik, ün veya diğer özelliklerin gösterilen coğrafi alanla bağlantısı, yalnızca beşerî unsurlarla (örneğin üretim tekniğiyle) ilgili olabilir. Hatta söz konusu beşerî unsurlar, aynı zamanda geleneksel nitelik arz ediyor, diğer bir deyişle otuz yılı aşkın süredir kullanılıyor da olabilir. İşte bu nitelikteki mahreç işaretleriyle geleneksel ürün adları arasındaki sınırın çizilmesi büyük önem taşımaktadır.

Dikkat edilmesi gereken husus; coğrafi kökenle bağ, geleneksel ürün adlarında aranmazken, bunun coğrafi işaretlerde temel unsur olduğudur. Bu itibarla söz konusu beşerî unsurların belirli bir coğrafi alana özgü olup olmadığına dikkat edilmelidir. Eğer beşerî unsurlar belirli bir coğrafi alana özgü ise, bu coğrafi alanla bağlantılı ise, anılan unsurlar aynı zamanda geleneksellik şartlarını sağlasalar dahi, geleneksel ürün adından söz edilemeyecektir.

Bu kapsamda özellikle coğrafi köken olarak bütün bir ülkenin gösterildiği coğrafi işaret başvurularına dikkat edilmelidir. Zira aslında “coğrafi kökenle bağı olmayan”, bu nedenle de geleneksel ürün adı niteliği taşıyan bir ada daha üstün bir koruma kazandırılabilmesi için zorlama yorumlar yapılmış olabilir; ürünün üstün özelliklerinin kaynaklandığı bir coğrafi alan bulunmadığından, bunların bütün bir ülkeden kaynaklanan beşerî unsurlara dayandığı iddia edilmiş olabilir. Böyle adların coğrafi işaret sayılamayacağı ve sadece geleneksel ürün adı olarak nitelenebileceği açıktır. Buna karşın, başvuru konusu adın sağladığı üstün nitelik, özellik ya da ün, belirli bir coğrafi alandan kaynaklanıyorsa, söz konusu beşerî unsurla coğrafi alan arasında -zayıf da olsa- bir bağ mevcut ise, anılan durumda kaynaklandığı alan olarak bütün ülke gösterilmiş olsa bile, mahreç işaretinden söz edilmelidir.

cc. Amblem Kullanma Zorunluluğunun Bulunmaması

Coğrafi işaretlerin aksine (SMK 44), geleneksel ürün adlarında amblem kullanılması zorunlu kılınmamıştır (SMK 46.4). Aşağıda ele alınacağı üzere, amblem kullanılmamasının sonucu sadece söz konusu adlara SMK'nın uygulanmaması şeklinde düzenlenmiştir.

dd. Belli Süre Şartı

Bir adın geleneksel ürün adı olarak nitelendirilebilmesi için, ilgili piyasada söz konusu ürünü tarif etmek için geleneksel olarak en az otuz yıldır kullanılıyor olması şartı aranmaktadır (SMK 34.3). Oysa coğrafi işaretlerde belirli bir süre söz konusu değildir. Aksine coğrafi işaretlerde

coğrafi kökenden kaynaklanan belirli nitelik, özellik ya da ünün doğabilmesi, genellikle bundan çok daha uzun zamanda gerçekleşmektedir.

## II. TESCİLİ

### 1. Tescil Edilebileceği Ürün Tipleri

Bir adın SMK 34'te yer alan geleneksel ürün adı tanımına uygun olması, tescil edilebilmesi için yeterli değildir; bunun yanı sıra söz konusu adın ilişkin olduğu ürünün mevzuatta sayılmış belirli ürün tiplerinden birine dahil olması da şarttır.

Kanunumuza göre geleneksel ürün adları sadece şu beş ürün tipine ilişkin olabilir: gıda ürünleri, tarım ürünleri, maden ürünleri, el sanatları ürünleri ve sanayi ürünleri (SMK 33.1).

Kanun'da ana hatlarıyla sayılmış olan ürün tipleri, Yönetmelik'te ayrıntılı olarak sınıflandırılmıştır<sup>50</sup>.

### 2. Yabancı Geleneksel Ürün Adlarının Tescili

Fikrî mülkiyet hukukunda geçerli olan ülkesellik ilkesi, -her ne kadar SMK kapsamında sınaî mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmemekte iseler de- geleneksel ürün adları için de söz konusudur. Buna göre; geleneksel ürün adlarının TPMK'ya tescil edilmeleri sadece ülkemiz alanıyla sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Benzer şekilde diğer devletlerde korunmakta olan geleneksel ürün adları da, ülkemizde tescil edilmedikçe, kendiliğinden korunmamaktadırlar.

TPMK'ya Türk geleneksel ürün adlarının yanı sıra, yabancı geleneksel ürün adlarının da tescil edilebilmeleri mümkündür (SMK 3). Bunun için ülkemizden kaynaklanan geleneksel ürün adlarının tescili için aranan başvuru şartlarının yanı sıra; bazı ek başvuru şartları aranmaktadır<sup>51</sup>:

- i. Başvuru konusu yabancı geleneksel ürün adının kendi kaynak ülkesinde veya kaynak ülkesinin dahil olduğu uluslararası topluluk tarafından korunuyor olduğunun (SMK 39.1.a),
- ii. Ülkemizde geleneksel ürün adları için aranan denetim şartlarının (SMK 49), yabancı geleneksel ürün adının

<sup>50</sup>Bkz. Yön. 35.5. Yönetmelik'in sınıflandırması sınırlı sayıda değildir. Oysa AB hukukunda geleneksel ürün adlarının dahil olması gereken ürün sınıfları, sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu konuda bkz 1151/2012 sayılı Tüzük 2.1; Ek I. Ayrıca bkz. YILDIZ, 510/2006 Sayılı Tüzük, s. 23 vd.

<sup>51</sup> Uluslararası anlaşmaların saklı olduğuna ilişkin bkz. SMK 39.1.

kaynak ülkesindeki denetimde de sağlanmış olduğunun (SMK 39.1.b) ve

- iii. Söz konusu kaynak ülkenin, ülkemizden yapılacak geleneksel ürün adı başvurularına eşit koruma sağlıyor olduğunun (SMK 39.1.c) ispatlanması zorunludur<sup>52</sup>.

Ayrıca başvuru sahibinin SMK 3'deki şartlardan birini sağlıyor olması da gereklidir.

Ancak bazı durumlarda tescil için başvurusu yapılmış olan yabancı geleneksel ürün adı, ülkemizde zaten önceden tescil edilmiş olabilir. Söz konusu duruma özellikle komşu ya da kültürü bize yakın devletlerin ülkelerinden kaynaklanan ve her iki ülkede de yerleşmiş bulunan ortak değerleri konu edinen geleneksel ürün adlarında rastlanabilir. Örneğin pastırma, Bulgaristan'da da sıklıkla üretilen bir geleneksel ürün adıdır. Ülkemizde pastırmanın tescil edilmesinin ardından Bulgaristan'daki bir pastırma üreticisi grubunun TPMK'ya başvurması söz konusu olabilir. Böyle durumlarda başvuru incelenirken: bölgesel ve geleneksel kullanım dikkate alınmalıdır. Ayrıca benzer adların tüketici tarafından birbiriyle karıştırılması riski göz önünde bulundurulmalıdır<sup>53</sup>. Anılan durumlarda, söz konusu yabancı geleneksel ürün adı tescil edilirse, bu adın kullanımı sırasında, etikette, ürünün üretildiği kaynak ülkenin açık ve görülebilir şekilde belirtilmesi zorunludur<sup>54</sup> (SMK 39.2).

### 3. Tescil Engelleri

Geleneksel ürün adına ilişkin tescil engelleri SMK m. 35.2'de sıralanmıştır. Bunlardan ilki; Kanun'da (SMK 34) yapılan geleneksel ürün adı tanımına uymayan adlardır. Örneğin aslında coğrafi işaret niteliği taşıyan bir adın geleneksel ürün adı olarak başvuru konusu yapılması, başvurunun reddedilmesine yol açacaktır.

Tescil engellerinden ikincisi; ürünün genel özelliğini ifade eden adlar olarak belirtilmiştir. Kanun, coğrafi işaretlerden farklı olarak “öz ad” kavramını değil, “ürünün genel özelliğini ifade eden ad” kavramını temel almıştır<sup>55</sup>.

Kendi ülkesinde korunmayan, koruması sona eren veya kullanılmayan (SMK 35.2) yabancı geleneksel ürün adları da tescil edilemez. Kanun'da diğer tescil engelleri; ürünün niteliği konusunda halkı

<sup>52</sup> Ayrıca bkz. Yön. 37.1.

<sup>53</sup> SMK 39.2; ayrıca bkz. Yön. 37.2.

<sup>54</sup> Ayrıca bkz. Yön. 37.2-3.

<sup>55</sup> Aynı yönde bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük 18.4.

yanıltabilecek adlar ve kamu düzeni veya genel ahlâka aykırı adlar olarak sayılmıştır.

#### 4. Başvuru Hakkına Sahip Olanlar

Kanun'da geleneksel ürün adı tescili için başvurabilecek kişiler, dört grup halinde sayılmıştır. Sayılan hak sahiplerinden herhangi birinin diğer hak sahiplerine göre bir önceliği bulunmamaktadır.

##### A. Üretici Grupları

Üretici grupları kanunî oluşumuna veya bileşimine bakılmaksızın aynı ürünün üreticilerinden oluşan birliği ifade etmektedir<sup>56</sup> (Bkz. SMK 36.2). Anılan grubun kalıcı bir yapı arz edip etmediği de önem taşımamaktadır<sup>57</sup>. Hatta söz konusu grup, başvuru konusu ürünün üreticilerinin sadece tescil amacıyla bir araya gelmeleriyle dahi oluşmuş olabilir.

##### B. İstisnaî Durumlarda Tek Üretici

Üretici; tarım ürünlerini, gıda maddelerini, madenleri, el sanatları ve sanayi ürünlerini üreten veya işleyen yahut tedarik zincirinde yer alarak ürünün tescile konu özelliklerini etkileyen bir işlem yapan kişiyi ifade etmektedir (Bkz. SMK 36.2).

Tek bir üreticinin başvuruda bulunması kural olarak mümkün değildir. Ancak üretici, ürünün tek üreticisi konumundaysa, bu durumu ispat etmesi şartıyla başvurabilmektedir (SMK 36.1).

##### C. Ürünle İlgili Kamu Kurum ve Kuruluşlarıyla Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları

Kanun'da geleneksel ürün adı başvurusu yapabilecek bir diğer kişi olarak: “Ürün veya ürünün kaynaklandığı coğrafi alanla ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” gösterilmiştir. Ancak hükümdeki “coğrafi alanla ilgili” olma kıstası, geleneksel ürün adlarının niteliğiyle uyumlu değildir. Şöyle ki; Kanun'da başvuru yapabilecek kişiler, coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları açısından ortak düzenlenmiştir. Anılan grup ise, aslında coğrafi işaret açısından kaleme alınmış olan ve mülga 555 sayılı KHK 7.c'de yer alan “Konu ve coğrafi yöre ile ilgili kamu kuruluşları” hükmünün genişletilmiş şeklidir. Bu hüküm SMK'ya aktarılırken korunmuş ve kapsamı genişletilmiştir. Geleneksel ürün adları için başvuru yapabilecek kişiler ise ayrı bir maddede düzenlenmeyip, söz konusu hükmün aynı zamanda geleneksel ürün adları için de hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. İşte bu

<sup>56</sup> Ayrıca bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük 3.2 ve Dibase no. 57.

<sup>57</sup> 2009 tarihli Tasarı, m. 13'ün gerekçesi.

aşamada, coğrafi işaretlerden farklı olarak, geleneksel ürün adlarında “ürünün kaynakladığı coğrafi alan” kavramının bulunmadığı göz ardı edilmiştir. Dolayısıyla geleneksel ürün adı için başvurabilecek kişiler belirlenirken, söz konusu hükmün sadece “ürünle ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” kısmı dikkate alınmalıdır<sup>58</sup>.

Bu kapsamda örneğin belediyeler, ticaret ve sanayi odaları, vilayet, kaymakamlık başvurabilmektedir.

#### **D. Ürünle İlgili Olarak Kamu Yararına Çalışan veya Üyelerinin Ekonomik Çıkarlarını Korumaya Yetkili Dernekler, Vakıflar ve Kooperatifler**

Ürünle ilgili olarak kamu yararına çalışan veya üyelerinin ekonomik çıkarlarını korumaya yetkili dernekler, vakıflar ve kooperatiflere başvuru hakkı tanıyan bu düzenleme, hukukumuzda özgü olup, mehzaz Tüzük'te bulunmamaktadır. Üretici gruplarının başvuru yapmadıkları ve hatta geleneksel ürün adı kavramı ve bu hak tipinden doğan haklar konusunda bilinçli olmadıkları durumlar göz önünde bulundurulur kabul edilmiştir.

#### **5. Başvuru**

Geleneksel ürün adlarının tescil başvurusu TPMK'nın Coğrafi İşaretler Dairesi Başkanlığı'na yapılmaktadır (5000 sayılı Türk Patent ve Marka Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun<sup>59</sup> 15/B). Bu işlemlerde hak sahiplerini Kurum nezdinde marka vekilleri temsil edebilmektedir (SMK 2.1.g; Yön. 3.1.j).

Geleneksel ürün adı başvurusunda yer alması gereken bilgiler, SMK 37.2 ve Yön. 35.4 hükümlerinde sayılmıştır<sup>60</sup>.

Kurum, geleneksel ürün adı başvurularını şu iki husus açısından inceleyebilmektedir (SMK 38.1; Yön. 36.1).

- i. SMK 33-37. maddelere uygunluk: Başvuru konusu adın ilişkin olduğu ürünün sayılan beş ürün grubundan birine, adın ise geleneksel ürün tanımına, tescil engelleri kapsamına girip girmediği, başvuru sahibinin yetkili olup

<sup>58</sup>Mehaz 1151/2012 sayılı Tüzük'te söz konusu kurumlar için başvuru hakkı öngörülmemiştir.

<sup>59</sup>RG. 19.11.2003, S. 25294.

<sup>60</sup>Ayrıca bkz. TPMK: C201 kodlu Geleneksel Ürün Adı Başvuru Formu, [www.turkpatent.gov.tr](http://www.turkpatent.gov.tr).



olmadığı, başvuru için Kanun'da sayılmış olan belgelerin sunulmuş olup olmadığı<sup>61</sup>,

- ii. SMK 39'a uygunluk: Eğer yabancı bir geleneksel ürün adının tescili için başvurulmaktaysa, yabancı geleneksel ürün adı başvurusu için aranan ek başvuru şartlarının sağlanmış olup olmadığı.

Kurum, değerlendirme sonucunda başvuru şartlarının sağlanmadığına kanaat getirirse veya eksiklikler süresi içinde giderilmezse<sup>62</sup>, başvuru reddedilmektedir. Başvurusu reddedilen kişi Kurum'a itiraz edebilmektedir<sup>63</sup>. İtiraz süresi, kararın bildirim tarihinden itibaren iki aydır<sup>64</sup> (SMK 40.1).

Buna karşın Kurum, değerlendirme sonucunda başvuruyu yerinde görürse, başvuru, Resmi Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Bülteni'nde yayımlanmaktadır<sup>65</sup> (SMK 38.5).

## 6. Başvuruya İtiraz

Geleneksel ürün adı başvurusuna, ilgili üçüncü kişiler, başvurunun Bülten'de yayımlandığı tarihten itibaren üç ay içinde itiraz edebilmektedirler<sup>66</sup> (SMK 40.2).

İtiraz edilebilecek hususlar Kanun'da sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre; sadece, SMK 33'e aykırılık (başvuru konusu adın geleneksel ürün adının ilişkin olması gereken beş ürün tipinden birine dahil olmadığı), SMK 37'ye aykırılık (başvuru şartlarının sağlanmadığı) ya da SMK 39'a aykırılık (yabancı geleneksel ürün adı başvuruları için aranan ek başvuru şartlarının sağlanmadığı) gerekçeleriyle itiraz edilebilir<sup>67</sup>.

SMK 40 hükmü, coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adlarına itiraz sürecini ortak düzenlemektedir. Hükümde itiraz edilebilecek kişiler ve itiraz sebepleri arasında, ayrıca SMK 48'e atf yapılarak, önceki tarihli marka sahiplerinin itirazı hususu da düzenlenmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus; ortak düzenleme getiren bu hükmün atf yaptığı SMK 48'in, sadece coğrafi işaretlerle marka arasındaki ilişkiyi düzenlemekte olduğudur. Bu itibarla, önceki tarihli marka sahiplerinin söz

<sup>61</sup> Bkz. SMK 38.4, c. 1; Yön. 36.4, c. 1.

<sup>62</sup> Bkz. SMK 38.2-3; Yön. 36.2-3.

<sup>63</sup> Bkz. SMK 40.1-3; Yön. 39.1-3.

<sup>64</sup> Kurul'un ilgili kurum veya kuruluşlardan görüş talep edebileceği hususunda bkz. SMK 40.4.

<sup>65</sup> Geleneksel ürün adı başvurusunun Bülten'deki yayımında yer alması gereken bilgiler için bkz. Yön. 38.2.

<sup>66</sup> Ayrıca bkz. bkz. SMK 40.3; Yön. 39.2-3.

<sup>67</sup> Ayrıca bkz. Yön. 39.3.

konusu hükme dayanarak başvuruya itiraz edebilme olanakları, sadece coğrafi işaret başvuruları için kabul edilmiştir. Geleneksel ürün adlarının daha önceden marka olarak tescil edilmiş olmaları halinde, marka sahibinin SMK m. 48'e dayanabilmesi mümkün değildir<sup>68</sup>.

İtiraz Kurum'a yapılmaktadır. Ancak itirazı değerlendiren makam Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı bünyesinde yer alan Kurul'dur (SMK 2.1.f; 40.4).

İtiraz halinde başvuru sahibine bilgi verilmektedir. Başvuru sahibinin, itiraza ilişkin görüşünü tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde Kurum'a bildirme yetkisi bulunmaktadır<sup>69</sup>.

İtirazların incelenmesi sırasında<sup>70</sup> Kurum gerekli görmesi halinde tarafları uzlaşmaya davet edebilmektedir (SMK 40.5; Yön. 40).

İtirazın incelenmesi sonucunda Kurul'un verebileceği kararlardan ilki, başvurunun reddi kararıdır. Böyle bir durumda söz konusu ret kararı Bülten'de yayımlanmaktadır (SMK 40.7).

Kurul, başvurunun biçim veya kapsamında değişiklik yapılması yönünde karara varmış da olabilir. Bu durumda başvurunun son hali, değişikliğe uğrayan kısım ayrıca belirtilmek suretiyle Bülten'de yayımlanmaktadır<sup>71</sup>.

Başvuruya hiç itiraz edilmemiş ya da itiraz nihaî olarak reddedilmiş ise, tescil aşamasına geçilmektedir.

### **7. Tescil İşlemi ve Etkisi Hakkında**

Geleneksel ürün adları, TPMK nezdinde tutulmakta olan Geleneksel Ürün Adı Sicili'ne<sup>72</sup> tescil edilmektedir<sup>73</sup>. Ardından tescil belgesi<sup>74</sup> Bülten'de yayımlanmaktadır (SMK 41.1).

Söz konusu sicil, alenidir<sup>75</sup> (SMK 41.2; Yön. 135).

Geleneksel ürün adlarının SMK kapsamında korunabilmesinin ön şartı, tescil edilmeleridir (SMK 45.1). Bununla birlikte geleneksel ürün adlarının tescili zorunlu değildir; diğer bir deyişle tescil yapılmamış olmasının herhangi bir yaptırımı yoktur. Ancak söz konusu adlar tescil

<sup>68</sup> Karş. mehoz 1151/2012 sayılı Tüzük 21.1.b.

<sup>69</sup> Yön. 39.4.

<sup>70</sup> Kurul'un itiraz edenlerden ek bilgi talep etme hakkı için bkz. Yön. 39.5; ilgili kurumlardan görüş talep hakkı için bkz. SMK 40.4; Yön. 39.6.

<sup>71</sup> Söz konusu yayıma itiraz edilemeyeceği hususunda bkz. SMK 40.6.

<sup>72</sup> Bkz. SMK 2.1.i; aynı yönde bkz. Yön. 3.1.p.

<sup>73</sup> Tescil ücretine ilişkin bkz. SMK 41.1.

<sup>74</sup> Geleneksel ürün adı tescil belgesinde yer alan bilgiler için bkz. Yön. 41.3.

<sup>75</sup> Bu sicile [www.turkpatent.gov.tr](http://www.turkpatent.gov.tr) adresinden ulaşılabilmektedir.

edilmediği sürece sadece haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunabilmektedirler.

Geleneksel ürün adı tescilinin sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı, kural olarak, tescilin Bülten’de yayımlandığı tarih itibariyle hüküm ifade etmeye başlamaktadır (SMK 45.3)<sup>76</sup>.

Söz konusu koruma belirli süreyle sınırlanmamıştır; bu itibarla tescilin belirli dönemlerde yenilenmesi gerekmemektedir<sup>77</sup>.

### III. TESCİL SONRASI SİCİLDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

#### 1. Tescil Belgesinin İçeriğinde Değişiklik

Bir geleneksel ürün adı tescil edildikten sonra, tescile konu özelliklerinde değişiklik gerçekleşmiş olabilir. Örneğin üretimde kullanılan malzemelerden bazıları, iklim değişikliği nedeniyle artık üretilmiyor olabilir; teknolojik gelişmeler ve üretimde yeni metotların geliştirilmesi gibi nedenlerle tescil belgesinde değişiklik yapılması zorunlu hale gelmiş olabilir. Benzer şekilde tescil belgesindeki bilgilerde hata bulunuyor olabilir. İşte böyle durumlarda, Kanun, geleneksel ürün adının hükümsüz kılınması ve değişen şartlara göre hazırlanmış yeni bir tescil belgesinin tescil edilmesi yerine, TPMK’ya başvurularak, sicilde değişiklik yapılması olanağı tanımıştır<sup>78</sup>. Buna göre; menfaati bulunan herkes, tescil içeriğinin değiştirilmesi veya düzeltilmesi konusunda talepte bulunabilmektedir (SMK 42.1; Yön. 42.1). Anılan başvuruyu geleneksel ürün adını tescil ettirmiş olan kişi yapabileceği gibi, menfaati bulunan diğer ilgililer de yapabilmektedir<sup>79</sup> (Yön. 42.5, c. 1).

Değişiklik talebinde<sup>80</sup> bulunulduğunda, Kurum, âdeta yeni bir başvuru yapılmış gibi, yeni bir başvuruda izlenen aşamaları işletmektedir (Bkz. SMK 38, 42.2; Yön. 42.4-5).

#### 2. Başvuru Yapan veya Tescil Ettirenlerde Değişiklik

Geleneksel ürün adını tescil ettirmiş olan kişinin gerçekte hak sahibi olmadığı hususu sonradan mahkeme ya da Kurum tarafından tespit

<sup>76</sup> Başvuru sahibinin açabileceği davalar için bkz. aşağıda “V.3.C. Başvuru Sahibi” başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>77</sup> Bir geleneksel ürün adının tescil edilmiş olması, coğrafi işaretlerin aksine, onun ürünün genel özelliğini ifade eden ada dönüşmesini kendiliğinden engelleyemez. Karş. SMK 44.4.

<sup>78</sup> Bkz. SMK 42; Yön. 43. Mehaç için bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük 53, Dibace no. 61; 668/2014 sayılı Tüzük 10.2.

<sup>79</sup> Değişiklik talebinde bulunanın tescil ettiren dışındaki bir kişi olması haline ilişkin bkz. Yön. 42.5.

<sup>80</sup> Değişiklik talebinde yer verilmesi gereken bilgi ve belgeler için bkz. Yön. 42.2-3.

edilmiş olabilir. Benzer şekilde tescil ettiren, denetime ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmiyor olabilir. Bir başka ihtimal de, tescil ettirenin ya da başvuru sahibinin, sicilde tescil ettiren olarak kendisi yerine başka bir yetkilinin gösterilmesini talep etmiş olması<sup>81</sup>, hatta gerçek hak sahibiyle bu hususta anlaşmış olması ihtimalidir<sup>82</sup>. İşte böyle durumlarda hükümsüzlük davası açılmasına gerek kalmaksızın, Kurum kararıyla, tescil ettiren kişinin (ya da başvuru sahibinin) yerine gerçekte yetkili olan kişinin adının tescili mümkündür.

Bu doğrultuda ilkin tespit, karar ya da değişiklik beyanı, Bülten’de yayımlanmaktadır (SMK 43.1). Yayımlanma tarihinden itibaren üç ay içinde, gerçekte başvuru hakkına sahip olan ilgililer, tescil kayıtlarında değişiklik yapılması ve tescil ettiren olarak kendilerinin kaydedilmesi yönünde talepte bulunulabilmektedirler<sup>83</sup> (SMK 43.1). Talep olmaması veya yapılan taleplerin uygun bulunmaması hâlinde ise, geleneksel ürün adı hakkı sona ermektedir<sup>84</sup>.

#### IV. KULLANMA HAKKI

##### 1. Kullanma Hakkı Olanlar

Geleneksel ürün adları, tıpkı coğrafi işaretler gibi, kolektif nitelikte haklardır<sup>85</sup>. Söz konusu hakkı tescil ettiren kişinin, adı kullanma konusunda bir inhisar (tekel) hakkı yoktur. Bu itibarla, geleneksel ürün adlarında hakkın sahibi yoktur; “tescil ettiren” ya da “başvuru yapan” vardır.

Sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösteren bütün üreticiler, tescilli geleneksel ürün adını kullanma hakkına sahiptir (SMK 46.1; 1151/2012 sayılı Tüzük 23.1).

Söz konusu kolektif niteliğinin sonucu olarak geleneksel ürün adları devredilemez, rehnedilemez, hacedilemez, teminat olarak gösterilemez, miras yolu ile intikal etmez ve hukukî işlemlere konu olamaz (SMK 148).

Coğrafi işaretlerden farklı olarak geleneksel ürün adlarında adın coğrafi kökenle bağı bulunmaması nedeniyle, yetkili kullanıcıların üretimin bazı aşamalarında da olsa belirli bir coğrafi alanla bağı olmaları

<sup>81</sup> Bkz. Yön. 43.1.

<sup>82</sup> Bu konuda bkz. SMK 43.2; Yön. 43.6-8.

<sup>83</sup> Ayrıca bkz. Yön. 43.2-3.

<sup>84</sup> Sona erme durumu Bülten’de yayımlanmaktadır. SMK 43.1.

<sup>85</sup> Bkz. 2009 tarihli Tasarı m. 7’nin gerekçesi.

şartı aranmaz. Bu itibarla ülkenin her yerindeki yetkili üreticilerin söz konusu adı kullanma hakları vardır<sup>86</sup>.

## 2. Bildirim Yükümlülüğü

Kullanıcıların geleneksel ürün adını kullanabilmeleri için, tescil ettirenden izin almaları söz konusu değildir. Tescil ettiren de, sicildeki şartlara uygun üretim yapan veya bu nitelikteki ürünlerin pazarlamasında faaliyet gösteren kişilerin geleneksel ürün adını kullanmasını engelleyemez.

Bununla birlikte, yetkili kullanıcılar, tescil ettirene, geleneksel ürün adına yönelik üretim ve pazarlama faaliyeti gösterdiklerine dair bildirimde bulunmaktadırlar<sup>87</sup> (SMK 46.1, c. 2; Yön. 44.1). Söz konusu bildirim yükümlülüğü; sicilde belirtilen şartlara uygun olan ürünlerin üretimi veya pazarlamasında faaliyet gösterenler için öngörülmüştür. Buna karşın yalnızca satış faaliyetinde bulunanların bildirim yükümlülüğü yoktur. Bildirim, kural olarak faaliyete başlama tarihinden itibaren<sup>88</sup> altı ay içinde yapılmalıdır.

Tescil ettiren de, kendisine yapılan bildirimleri, denetime ilişkin olarak tuttuğu kullanıcı listesine eklemek ve bu bilgileri güncel şekilde tutmak zorundadır. Bu liste denetimler açısından esas teşkil etmekte olup; talep edilmesi halinde Kurum'a sunulmaktadır (Yön. 44.1).

## 3. Yetkili Kullanımın Kapsamı ve Saptanması

Bir ürün üzerindeki geleneksel ürün adının yetkili şekilde kullanılmakta olduğu amblemle anlaşılmaktadır<sup>89</sup>. Amblem:

“Coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adlarının bu Kanun hükümlerine uygun olarak tescil edilmiş olduğunu gösteren ve Kurum tarafından oluşturulan; tescil edildiği adla birlikte ürün veya ambalajı üzerinde kullanılan ya da niteliği gereği ürünün kendisi veya ambalajı üzerinde kullanılmadığı durumlarda

---

<sup>86</sup> BARJOLLE, Dominique / SYLVANDER, Bertil: “Protected Designations of Origin and Protected Geographical Indications in Europe: Regulation or Policy?”, Recommendations, European Commission, PDO and PGI Products: Market, Supply Chains and Institutions, Fair 1 - CT 95 - 0306 Final Report, June 2000, <http://www.origin-food.org/pdf/pdo-pgi.pdf>, s. 36, dn. 24.

Bu durum öğretilerde eleştirilmiş; anılan adı çok fazla sayıda üreticinin kullanabileceği, bunun da istismara yol açabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. TOSATO, s. 569.

<sup>87</sup>Bkz. TPKM: C303 kodlu Üretim ve Pazarlama Alanında Faaliyet Gösterenleri Bildirme Formu, [www.turkpatent.gov.tr](http://www.turkpatent.gov.tr).

<sup>88</sup> Diğer durumlar için bkz. Yön. 44.1.

<sup>89</sup> Amblemin, söz konusu işaretin bilinirliğini artırmayı amaçladığı hususunda bkz. 2009 tarihli Tasarı, Genel Gerekeşi.

kolayca görülebilecek şekilde hak sahibi kullanıcılar tarafından uygulanan ve coğrafi işaretler bakımından kullanılması zorunlu olan işareti”

ifade etmektedir<sup>90</sup>. Bu kavram, hukukî niteliği itibariyle garanti markasına benzerlik göstermektedir.

Kurum, geleneksel ürün adları üzerinde yer alacak amblemi, Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adı Amblem Yönetmeliği ile belirlemiştir<sup>91</sup>.



Geleneksel ürün adı kullanımının SMK hükümlerine tâbi tutulabilmesi için, amblem kullanılıyor olması ön şarttır. Geleneksel ürün adının amblemsiz kullanımı SMK hükümlerine tâbi değildir (SMK 46.4). Buna göre; geleneksel ürün adlarında amblem kullanılmaması halinde bunun bir yaptırımı ya da yetkisiz kullanım durumu söz konusu olmamakta; ancak söz konusu kullanım sadece genel hükümlere (özellikle haksız rekabet hükümlerine) göre korunabilmektedir.

Tescil edilmiş geleneksel ürün adını kullanma hakkına sahip olan kişiler, söz konusu geleneksel ürün adını, amblemle birlikte ürün veya ambalajı üzerinde kullanmaktadırlar (SMK 46.2). Ürünün niteliği gereği, amblemle birlikte geleneksel ürün adının ürünün kendisi veya ambalajı üzerinde kullanılmadığı durumlarda, amblem ile tescilli işaret veya ad, kullanma hakkına sahip olanlar tarafından işletmede kolayca görülecek şekilde bulundurulmaktadır (SMK 46.3).

## V. YETKİSİZ KULLANIM - TECAVÜZ

### 1. Yetkisiz Kullanım Sayılan Haller

Geleneksel ürün adının yetkisiz kullanımı sayılan ve tecavüz olarak nitelenen haller şunlardır:

- i. Geleneksel ürün adı tescilinde belirtilen ürün özelliklerini taşımadığı halde, amblemin tescilli ürün adıyla birlikte

<sup>90</sup>SMK 2. 1.a; Yön. 3.1.a. Aynı yönde bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük 23.2 ve 668/2014 sayılı Tüzük 13.

<sup>91</sup> RG. 29.12.2017, S. 30285.

kullanılması suretiyle, ürünün ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımı veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran ürünlerle ilgili olarak tescilli ürün adına tahsis edilen amblemin ticarî amaçlı kullanımı,

- ii. Amblemin tüketiciyi yanıltıcı biçimde kullanımı,
- iii. Geleneksel ürün adı tescilinde belirtilen ürün özelliklerini ve amblemi taşımadığı halde, ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede ürünün tescilde belirtilen özellikleri taşıdığına ilişkin yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi<sup>92</sup> (SMK 45.2, 54.1).

Söz konusu yetkisiz kullanım hallerinin, coğrafi işarete tecavüz olarak nitelenen hallere oranla daha dar kapsamlı olduğu görülmektedir. Örneğin ürünün gerçek niteliğini belirten açıklamalar yahut stilinde, tarzında, tipinde, türünde, yöntemiyle gibi terimler içerse veya başka bir dile tercüme edilmiş olsa dahi, tescilli geleneksel ürün adının, tescil kapsamındaki özelliklerini taşımayan ya da çağrışım yapacak şekilde benzeri olan ürün üzerindeki yanıltıcı kullanımının veya taklidinin kullanımı, açıkça tecavüz kapsamında sayılmamıştır<sup>93</sup>. “Sulandırma” (*dilution*) ya da “etkisizleştirme” olarak adlandırılan bu tür kullanımlar, coğrafi işaretler kapsamında açıkça tecavüz sayılırken, Kanun’da geleneksel ürün adına tecavüz kapsamında bunlara yer verilmemiştir<sup>94</sup>. Kanun’un bu yaklaşımı mehzadaki düzenlemeye (Tüzük m.24) paralel olup; 1151/2012 sayılı Tüzük de, geleneksel ürün adlarını coğrafi işaretlere oranla daha düşük düzeyde korumaktadır.

## 2. İyi Niyetli Kullanım İstisnası

Geleneksel ürün adı olarak tescil edilmiş adlar, gerçek kişilerin adlarında ya da tüzel kişilerin unvanında yer alıyor olabilir. Böyle durumlarda söz konusu kişilerin ya da haleflerinin bu ad ya da ticaret unvanlarını ticaret sırasında kullanmaları halinde, kullanımın halkı yanıltıcı mahiyette olup olmadığı önem taşımaktadır. Söz konusu adların ticaret sırasında halkı yanıltıcı mahiyette olmayan kullanımları, geleneksel ürün adlarının yetkisiz kullanımı niteliğinde değerlendirilemez (SMK 47).

<sup>92</sup> Söz konusu tecavüz fiillerine hem SMK 45.2’de hem de 54.1’de yer verilmiş olup; mükerrer düzenleme yapıldığı görülmektedir.

<sup>93</sup> Bkz. Tüzük 24.1.

<sup>94</sup> Karş. SMK 44.2.b.

### **3. Tecavüz Halinde Dava Açabilecek Kişiler**

#### **A. Tescil Ettiren**

Tecavüz halinde dava açma hakkı, temel olarak, tescil ettirene tanınmıştır (SMK 54.2).

#### **B. Kullanma Hakkı Olanlar**

Kanun, geleneksel ürün adını kullanma hakkına sahip olanlara da belli şartlarla dava açma hakkı tanımıştır. Şöyle ki; kullanma hakkı olanlar, geleneksel ürün adı hakkına tecavüz edildiğini tespit ederlerse, tecavüz durumunu tescil ettirene noter vasıtasıyla bildirerek, ondan dava açmasını talep edebilmektedirler. Tescil ettirenin talebi kabul etmemesi veya bildirim aldığı tarihten itibaren üç ay içinde gerekli davayı açmaması hâlinde, kullanma hakkına sahip olanlar, yaptıkları bildirim de ekleyerek dava açabilmektedir<sup>95</sup>.

Ancak ciddi bir zarar tehlikesi karşısında, kullanma hakkına sahip olanlar, süreye bağlı kalmaksızın ihtiyatî tedbire karar verilmesini mahkmeden talep edebilmektedir (SMK 54.2).

#### **C. Başvuru Sahibi**

Kural, geleneksel ürün adı tescilinin sağladığı hakların, üçüncü kişilere karşı tescilin Bülten’de yayımlandığı tarih itibariyle hüküm ifade etmesidir (SMK 45.3). Bununla birlikte belli durumlarda henüz başvuru aşamasındaki geleneksel ürün adına ilişkin olarak da, başvuru sahibi tarafından tecavüz davası açılabilmesi mümkündür.

Ancak söz konusu husus, Kanun’da iki ayrı hükümde ve içerikleri farklı şekilde düzenlenmiştir.

SMK 45.3’de, başvuru sahibinin tecavüz halinde tazminat davası açmaya yetkili olduğu; ancak mahkemenin, tescilin Bülten’de yayımlanmasından önce karar veremeyeceği düzenlenmiştir.

SMK 54.3’de ise, başvuru sahibinin tecavüz nedeniyle hukuk davası açma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu hükümde açılacak davalar tazminat davasıyla sınırlanmamış, tecavüz nedeniyle her türlü hukuk davasının açılacağı öngörülmüştür. SMK 54.3 hükmünün SMK 45.3’den bir diğer farklılığı da, bu hükme dayanılarak dava açılabilmesi için bazı durumlarda başvurunun yayımlanmış olması şartının dahi aranmamasıdır. Buna göre tecavüz eden, başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş (kötü niyetli) ise, başvurunun yayımından önce de tecavüzün varlığı kabul edilmektedir.

---

<sup>95</sup> Açılan davanın tescil ettirene ihbar olunacağı hususunda bkz. SMK 54.2.



Söz konusu ikili ve uyumsuz düzenlemenin nedeni özensizlikten kaynaklanmaktadır. Şöyle ki; SMK 45.3, markaya ilişkin SMK 7.4 hükmüyle; SMK m. 54.3 ise tasarıma ilişkin SMK 81.2 ve patente ilişkin SMK 141.3 hükümleriyle paralellik kurma arzusuyla kaleme alınmıştır. Görüldüğü gibi SMK'da geleneksel ürün adlarına ilişkin özel hükümlerin (33-54 arasında) sayısı az olmasına rağmen, bu hükümler arasında dahi uyumsuzluk bulunmaktadır.

#### 4. Tecavüz Halinde Açılabilir Davalar

Geleneksel ürün adlarına tecavüz halinde açılabilir davalar, SMK'da özel olarak düzenlenmemiştir. SMK 149 vd. hükümlerinde yer alan ve tüm sınâî mülkiyet hakları için ortak esaslar içeren düzenlemeler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, geleneksel ürün adlarına da uygulanmaktadır.

Anılan hükme göre; hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

- i. Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti,
- ii. Muhtemel tecavüzün önlenmesi,
- iii. Tecavüz fiillerinin durdurulması,
- iv. Tecavüzün kaldırılması ile maddî zararın tazmini,
- v. Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması,
- vi. El konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması<sup>96</sup>,
- vii. Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere, el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki ibarelerin silinmesi veya geleneksel ürün adı hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası,
- viii. Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilân edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi<sup>97</sup> (SMK 149).

Ancak geleneksel ürün adına tecavüz halinde yoksun kalınan kazanç (SMK 151.6) ve manevî tazminat (SMK 149.4) talep edilemez.

<sup>96</sup> Ayrıca bkz. SMK 149.2.

<sup>97</sup> İlâna ilişkin bkz. SMK 149.3.

## VI. ÖNCEKİ TARİHLİ SİNAİ MÜLKİYET HAKLARI KARŞISINDAKİ DURUMU

SMK 48, coğrafi işaretlerle marka ilişkisini düzenlemiş; coğrafi işaret koruması başlamadan önce tescil edilmiş marka hakkının ancak iyi niyetli kazanılmışsa korunabileceğini düzenlemiştir. SMK 155 ise; marka, patent veya tasarım hakkı sahibinin, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınaî mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremeyeceğini düzenlemiştir. Ancak söz konusu hükümler geleneksel ürün adları için uygulama alanı bulamaz (SMK 164).

Aksine SMK 45.5, bu Kanun kapsamında geleneksel ürün adlarına sağlanan korumanın, başta coğrafi işaretler ve markalar olmak üzere diğer sınaî mülkiyet hakları kapsamında kazanılmış haklara halel getirmeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır. Söz konusu düzenleme<sup>98</sup>; geleneksel ürün adlarının sınaî mülkiyet hakkı niteliği taşıyor oluşunun bir sonucudur. Bu itibarla kanun koyucu; marka, coğrafi işaret gibi sınaî mülkiyet hakları daha sonra geleneksel ürün adı olarak tescil edilse dahi, söz konusu hakların herhangi bir şekilde bu tescilden etkilenmeyeceklerini açıkça ifade etmiştir<sup>99</sup>.

## VII. DENETİMİ

Geleneksel ürün adlarının denetimi ile tescilli geleneksel ürün adlarını taşıyan ürünlerin üretimi, piyasaya arzı veya dağıtımı aşamalarında veya ürün piyasada iken kullanımının tescilde belirtilen özelliklere uygunluğunun denetimine ilişkin her türlü faaliyet kastedilmektedir<sup>100</sup> (SMK 49.1; Yön. 45.1).

Denetim mercii<sup>101</sup>, tescilli geleneksel ürün adını taşıyan ürünlerin tescilde belirtilen özelliklere uygunluğunu ve amblem kullanımını denetlemekte; ardından da hazırladığı denetim tutanaklarını<sup>102</sup> tescil ettirene sunmaktadır (SMK 49.1; Yön. 45.3).

Tescil ettiren ise denetim tutanaklarına dayanarak<sup>103</sup> denetim raporları hazırlamakta<sup>104</sup> ve bunları yılda bir<sup>105</sup> Kurum'a sunmaktadır<sup>106</sup>

<sup>98</sup> Ayrıca bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük 43 ve Dibase no. 56.

<sup>99</sup> Karş. Avrupa Birliği Markasına İlişkin 2017/1001 sayılı Tüzük 7.1.1 (*Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark*, OJ 16.06.2017, L154/1-99).

<sup>100</sup> Tüketicilerin geleneksel ürün adlarına duydukları güvenin korunabilmesi için denetimin etkin şekilde yapılması gerektiği hususunda bkz. 1151/2012 sayılı Tüzük Dibase no. 46.

<sup>101</sup> Denetim mercii hakkında bkz. SMK 49.2; Yön. 45.2.

<sup>102</sup> Bkz. Yön. 45.5.

<sup>103</sup> Bu konuda bkz. Yön. 45.7.

(SMK 49; Yön. 45). Tescil ettiren, ayrıca denetime esas teşkil etmek üzere tescilli geleneksel ürün adını taşıyan ürünlerin üreticilerinin ve pazarlamasında faaliyet gösterenlerin listesini de tutmaktadır<sup>107</sup>.

Denetim işlemlerinin SMK'da öngörülen biçimde yerine getirilmemiş olması, geleneksel ürün adının hükümsüzlüğüne yol açabilmektedir (SMK 50.2.c).

Geleneksel ürün adlarının denetimine ilişkin bir diğer düzenleme de<sup>108</sup>, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nda yer almaktadır<sup>109</sup>. Gıda kodeksine uygunluk denetimine ilişkin m 23 hükmü; Bakanlık'a, tarım ve gıdayla ilgili geleneksel ürün adlarının kullanımının tescilde belirtilen özelliklere uygunluğunu denetleme görevi vermektedir<sup>110</sup>.

### **VIII. SONA ERMESİ**

Geleneksel ürün adlarının tescilinin etkisi süreyle sınırlı olmadığından, tescilin yenilenmesi gerekmemektedir. Bu itibarla, sona erme sebepleri gerçekleşmedikçe tescil varlığını sürdürmektedir.

Geleneksel ürün adlarına ilişkin olarak SMK'da iptal kurumu da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, geleneksel ürün adlarının -örneğin kullanmama nedeniyle- iptali söz konusu değildir<sup>111</sup>.

Kanun'da "Hakkın Sona Ermesi" başlığı altında iki sona erme şekline yer verilmiştir (SMK 50 vd.): hükümsüzlük davası ve tescilin sağladığı hak ve sorumluluktan vazgeçme.

#### **1. Hükümsüzlük**

Menfaati olan herkes, sicilde tescil ettiren olarak kayıtlı kişiye karşı, SMK 50.2'deki gerekçelere dayanarak hükümsüzlük davası açabilmektedir<sup>112</sup>.

<sup>104</sup> Bkz. Yön. 45.8.

<sup>105</sup> Bkz. SMK 49.3; Yön. 45.9

<sup>106</sup> Bkz. SMK 49.4; Yön. 45.10-11.

<sup>107</sup> Bkz. SMK 49.5; Yön. 45.4, 45.12. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda "IV.2. Bildirim Yükümlülüğü" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>108</sup> 5996 sayılı Kanun'un getirdiği denetimin SMK'daki denetimden bağımsız olduğu hususunda bkz. SMK 49.7; Yön. 45.13.

<sup>109</sup> Bu konuda bkz. yukarıda "I.2.B.a. SMK'dan Önceki Dönem" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>110</sup> Ayrıca bkz. Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliği 8, RG. 29.12.2011, S. 28157 (3.mükerrer).

<sup>111</sup> Karş. 1151/2012 sayılı Tüzük 54.1.b. AB hukukunda, geleneksel ürün adlarını taşıyan ürünlerin kullanımına yedi yıldan uzun süre ara verilmesi, iptal sebebidir.

<sup>112</sup> Bu davalarda Kurum'un taraf gösterilemeyeceğine ilişkin bkz. SMK 50.3.

Geleneksel ürün adını kullanma hakkı sahiplerinin kötü niyetli hareket etmesinden zarar görenlerin tazminat talepleri saklı kalmak üzere, geleneksel ürün adının hükümsüzlüğü kararı geriye dönük etki doğurmaktadır (SMK 51.1). Kararın geriye etki doğuracağı kuralına Kanun'da iki istisna öngörülmüştür. Bunlardan ilki; karardan önce tescilin sağladığı haklara tecavüz sebebiyle verilen kesinleşmiş ve uygulanmış kararlardır. Diğeri ise “karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeler” olarak gösterilmiştir (SMK 51.2). Ancak söz konusu istisnanın uygulama alanı yoktur<sup>113</sup>. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, geleneksel ürün adları hukukî işlemlere ve dolayısıyla sözleşmelere, örneğin lisans sözleşmesine konu olamaz<sup>114</sup>.

## **2. Tescilin Sağladığı Hak ve Yükümlülüğten Vazgeçme**

Tescil ettiren denetime ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmek istemiyorsa, tescilin sağladığı haklarından ve kullanımın denetimiyle ilgili sorumluluklarından vazgeçebilmektedir (SMK 52.1).

Kanun koyucu anılan durumda, söz konusu geleneksel ürün adı için başta tescil başvurusu yapma hakkına sahip olup da, bu hakkını kullanmamış olan kişilere bir olanak sunmaktadır. Söz konusu kişiler, anılan vazgeçme talebinin Bülten'deki yayımını takip eden üç aylık süre içinde, Kurum'a başvurarak, tescil ettiren olarak sicilde kendilerinin gösterilmelerini talep edebilmektedirler<sup>115</sup>. SMK, böyle durumlarda geleneksel ürün adının sona ermesi yerine, sorumluluğun söz konusu kişilerce devralınması yöntemini benimsemiştir.

Buna karşın üç aylık süre içinde tescil ettiren kişiye ilişkin değişiklik talebinde bulunulmaması hâlinde, geleneksel ürün adı sicilden terkin edilmektedir.

---

<sup>113</sup>Konunun coğrafi işaretler açısından değerlendirilmesi için bkz. GÜNDOĞDU, Gökmen: Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması: Türk Hukukunda, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 191 vd.

<sup>114</sup> SMK 51.3 düzenlemesi de, SMK 148 karşısında yersizdir.

<sup>115</sup> Bkz. talebin incelenmesinde SMK 43'e atıf yapan SMK 52.2.

## KAYNAKÇA

- BARJOLLE, Dominique / SYLVANDER, Bertil: “Protected Designations of Origin and Protected Geographical Indications in Europe: Regulation or Policy?”, Recommendations, European Commission, PDO and PGI Products: Market, Supply Chains and Institutions, Fair 1 - CT 95 - 0306 Final Report, June 2000, <http://www.origin-food.org/pdf/pdo-pgi.pdf> (Erişim tarihi: 19.09.2017).
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: “Report from the Commission to the Council under Article 21 of Regulation (EEC) No 2082/92 on Certificates of Specific Character for Agricultural Products and Foodstuffs on the Implementation of the Regulation”, Brussels, 19.07.1999 COM (1999) 374 Final, <http://aei.pitt.edu/13439/1/13439.pdf> (Erişim tarihi: 19.09.2017).
- ÇAĞLAR, Hayrettin / YILDIZ, Burçak / İMİRLİOĞLU, Dilek: Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, Adalet, Ankara 2017.
- GRAGNANI, Matteo: “The EU Regulation 1151/2012 on Quality Schemes for Agricultural Products and Foodstuffs”, European Food and Feed Law Review, 8(6), 2013, s. 376-385.
- GÜNDOĞDU, Gökmen: Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması: Türk Hukukunda, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- HANDLER, Michael: “The EU's Geographical Indications Agenda and Its Potential Impact on Australia”, Australian Intellectual Property Journal, 15(3), 2004, s. 173-195.
- İLICALI, Gonca: “Geleneksel Ürün Adı ile Yeni Bir Başlangıç Yapalım”, MAPADERgi, 1, 2017, <https://www.mapader.org/mapadergi-ilk-sayisiyla-karsinizda>, (Erişim tarihi: 19.09.2017), s. 26-31.
- SCHWAB, Bertold: “The Protection of Geographical Indications in the European Community”, Symposium on the International Protection of Geographical Indications, Funchal (Madeira, Portugal), October 13 and 14, 1993, Organized by the World Intellectual Property Organization (WIPO) in Cooperation with the Ministry of Industry and Energy of Portugal, WIPO Publication, Geneva 1994, s. 65-75.
- TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Sınai Mülkiyet Kanunu, Vedat, İstanbul 2017.
- TOSATO, Andrea: “The Protection of Traditional Food in the EU: Traditional Specialities Guaranteed”, European Law Journal, 19(1), 2013, s. 545-576.
- TPMK: Coğrafi İşaretler Başvuru Kılavuzu, <http://www.turkpatent.gov.tr> (Erişim tarihi: 19.09.2017).
- TPMK: C201 kodlu Geleneksel Ürün Adı Başvuru Formu, [www.turkpatent.gov.tr](http://www.turkpatent.gov.tr) (Erişim tarihi: 19.09.2017).
- TPMK: C303 kodlu Üretim ve Pazarlama Alanında Faaliyet Gösterenleri Bildirme Formu, [www.turkpatent.gov.tr](http://www.turkpatent.gov.tr) (Erişim tarihi: 19.09.2017).
- VAN COUTER, Yves/DATH, Florence: “Protecting the Origin of Foodstuffs in the European Union, Indications of Origin and Trademarks as Intellectual Property Tools”, European Food and Feed Law Review, 4, 2016, s. 290-308.

- YILDIZ, Burçak: “510/2006 Sayılı Tüzük’teki Düzenlemeler Işığında Avrupa Birliği Hukukunda Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri Üzerindeki Menşe Adları ile Coğrafi İşaretlerin Korunması” (510/2006 Sayılı Tüzük), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 8(2), 2008, s. 11-75.
- YILDIZ, Burçak: “Türk Coğrafi İşaretlerinin Avrupa Birliği’nde Korunması Kapsamında, Ülkemiz Açısından Önem Taşıyan Bazı Coğrafi İşaretlerin Avrupa Birliği Coğrafi İşaret Sicili’ne Diğer Devletlerdeki Gruplar Tarafından Tescillerinin Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 2311-2332.

# KOVUŞTURMA EVRESİNDE UZLAŞMANIN SONUCU OLARAK HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI VERİLMESİNİN YERİNDELİĞİ

## THE EXPEDIENCY OF THE DEFERRAL OF THE ANNOUNCEMENT OF THE VERDICT AS A RESULT OF MEDIATION IN THE PROSECUTION PHASE

DOI:10.21492/inuhfd.380000

Yaprak ÖNTAN\*

### Özet

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 254. maddesine göre, kovuşturma evresinde uzlaşmanın sağlanması ve belirlenen edimin def'aten yerine getirilmesi halinde düşme kararı verilir. Ancak; edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği düzenlenmiştir. Bundan sonra, edim yerine getirilirse yine düşme kararı verilecek olmakla beraber yerine getirilmediğinde açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır. Uzlaştırma sürecinin işletilmesi zorunluluğu yargılamanın sonunda ortaya çıkmışsa, herhangi bir sorun söz konusu değildir. Ne var ki, kovuşturma evresinde uzlaştırmaya başvurma ihtiyacı, yargılamanın başında veya yargılama devam ederken de ortaya çıkabilir. Bu durumda, uzlaşma konusu edim yerine getirilmezse, henüz ortada hüküm olmadığından, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi uygun olmayacaktır. Ayrıca geri bırakma kararından sonra denetim süresi belirlenip belirlenmeyeceği veya sanığa bir yükümlülük yüklenip yüklenemeyeceği ya da düşme kararı verilmesi için ilgilinin kasten yeni bir suç işlememiş olmasının aranıp aranmayacağı belirsizdir. Bu hususlar ilk derece mahkemeleri kadar bölge adliye mahkemelerini de ilgilendirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kovuşturma Evresinde Uzlaştırma, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Muhakemenin Durması

### Abstract

According to the Article 254 of the Criminal Procedure Code, in case the victim-offender mediation is finalised successfully and the determined performance is fulfilled forthright, dismissal of the case shall be rendered. Nevertheless, the law stipulates that the announcement of the verdict would be deferred, in cases where the fulfilment of the performance is delayed for a later date, is structured on an instalment plan or where the performance is continuous. If the performance is fulfilled following the deferral decision, again, the dismissal of the case will be rendered, however if it isn't performed, the verdict will be announced. If the necessity to run the procedure of mediation arises at the end of the judgment, there won't be an issue. However, the necessity to apply to mediation can

---

\* Ankara Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Makale Gönderilme Tarihi: 17.01.2018

Makale Kabul Tarihi: 31.01.2018

also arise in the beginning of the judgment or during the judgment. In such cases, if the performance is not fulfilled, it wouldn't be appropriate to defer the announcement of the verdict given that there is not any verdict yet. Furthermore, it is unclear whether after the deferral, a probation period is to be specified or whether an obligation will be ordered for the accused or whether, in order to render the dismissal of the case, it is required to make sure that a new intentional crime has not been committed. Above-mentioned issues concern regional courts as well as the courts of first instance.

**Keywords:** Mediation in Prosecution Phase, Deferral of the Announcement of the Verdict, Stay of the Proceedings

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uzlaştırmaya ilişkin hükümlerinde, 2016 yılında 6763 sayılı Kanun'la<sup>1</sup> birçok değişiklik yapıldı. Bu doğrultuda, “*Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği*” yürürlüğe girdi<sup>2</sup> ve böylelikle 2007'den beri uygulanmakta olan, “*Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*” yürürlükten kalktı. Anılan Kanun'la, uzlaştırma kapsamındaki suçlardan, uzlaştırmacının görevlendirilmesine ve uzlaştırma sürecine kadar birçok konuda temel değişikliklere gidildi.

6763 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce de, kural uzlaştırmacının soruşturma evresinde söz konusu olmasıyken, kovuşturma evresinde de uzlaştırma mümkündü. Kovuşturma evresi bakımından, 2016 yılında yapılan en önemli değişiklik, kuşkusuz artık uzlaştırmacının mahkeme tarafından değil, bu evrede de soruşturma evresindeki gibi, Cumhuriyet savcısının onayıyla görevlendirilecek uzlaştırmacı tarafından yapılacak olmasıdır.

Uzlaştırmacının bu evredeki sonuçları bakımından ise herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. CMK madde 254'ün 2. fıkrası, 2006 yılında 5560 sayılı Kanun'la değiştirildiğinden bu yana şu şekildedir<sup>3</sup>:

*“Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksit bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün*

---

<sup>1</sup> 6763 sayılı “*Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>2</sup> “*Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği*”, 05.08.2017 tarih ve 30145 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>3</sup> CMK'nın 254. maddesinin ilk hali; “**MADDE 254.-** (1) Kamu davasının açılması halinde, uzlaşmaya tâbi bir suç söz konusu ise, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen usule göre, mahkeme tarafından da yapılır. (2) Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde davanın düşmesine karar verilir.” şeklindedir.



*açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.”*

Özetle kovuşturma evresinde uzlaştırmanın sonuçları 2006 yılından beri değişikliğe uğramamıştır. Buna göre, uzlaşmanın sağlanması ve belirlenen edimin def’aten yerine getirilmesi halinde davanın düşmesine karar verilecektir. Yine edimin ifasının ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması ya da süreklilik arz etmesi halinde, sanık hakkındaki hükümün açıklanması geri bırakılır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasından sonra edim ifa edilecek olursa yine düşme kararı verilmesi<sup>4</sup>, aksi durumda hükümün açıklanması gerekmektedir. Uzlaşma sağlanamayacak olursa, mahkeme yargılamaya devam ederek sonucuna göre karar vermelidir. Ayrıca mahkeme, CMK madde 254/1’in 253. maddeye yaptığı atıf ve bu doğrultuda 253’üncü maddenin 8. fıkrası uyarınca<sup>5</sup>, uzlaştırma süreci başlamış olsa da, bu evrede bir gereklilik olursa delil toplayabilir<sup>6</sup>. Bu hükümlere göre, toplanması gereken bir delil ortaya çıkar ve bu delil sanığın beraatini gerektirirse mahkeme uzlaştırma sürecinin sonucunu beklemeden beraat kararı vermelidir. Kovuşturma evresinde, uzlaştırma süreci başlamadan, sanığın derhal beraat etmesi gerektiği anlaşılırsa,

<sup>4</sup> CMK’da açıkça düzenlenmiş olmamakla beraber, süreklilik arz eden, vadeye ya da taksidde bağlanmış edimler yerine getirilip tamamlandığında, edim def’aten yerine getirilmiş olsaydı verilecek olan kararın aynısının; yani kovuşturma evresi için düşme kararının verilmesi gerekir. Kanun’da düzenlenmesi daha yerinde olacak olan bu husus, Yönetmeliğin 27/3. maddesinde, “Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesi hâlinde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir.” demek suretiyle hükme bağlanmıştır.

<sup>5</sup> CMK madde 254/1: “Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usüle göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir.”

CMK madde 253/8: “Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suçla ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.”

<sup>6</sup> Bu husus, kovuşturma evresi için, Yönetmeliğin 7/8. maddesinde, “Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma ya da kovuşturma konusu suçla ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.” demek suretiyle açıkça düzenlenmiştir.

uzlaştırmaya tabi suç olup olmadığına bakılmaksızın beraat kararı verilmelidir. Bu sonuca, “*derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez*” şeklindeki CMK’nın 223/9. maddesi göz önünde bulundurularak varılabilir.

Soruşturma evresinde uzlaşmanın sağlanması halinde, madde 253/19’a göre, belirlenmiş olan bir edim varsa ve bu def’aten yerine getiriliyorsa kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Kovuşturma evresinde, edim hiç belirlenmemişse<sup>7</sup> veya belirlenen edim def’aten yerine getirilmişse düşme kararı verilmesinin öngörülmüş olması da bununla uyumludur. Düşme kararıyla birlikte uzlaşmadan beklenen fayda sağlanmış olacaktır. Yine soruşturma evresinde, uzlaşmanın sağlanması, ancak edimin süreklilik arz etmesi, ileri bir tarihte ya da taksitler halinde yerine getirilecek olması halinde, “*171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının*” verileceği öngörülmüştür ve edim ileriki bir tarihte yerine getirilirse kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecek, getirilmezse kamu davası açılacaktır. Bu düzenleme de yerindedir, zira Cumhuriyet savcısının durma kararı vermesi mümkün değildir ve iddianame düzenlenmesi için gerekli olan yeterli suç şüphesine zaten ulaşılmıştır. Ancak, edimin süreklilik arz etmesi, ileri tarihe bırakılması ya da taksitde bağlanması halinde, kovuşturma evresinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, teknik açıdan birçok soruna yol açmaya elverişlidir.

Kovuşturma evresinde uzlaştırmacıya başvurulması ihtiyacı, kanun değişikliği halinde, örneğin; uzlaştırma kapsamına giren suçlara daha önce bu kapsamda olmayan bir suçun eklenmesiyle ortaya çıkabilir<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Kanun’da edimsiz uzlaşma sağlanabileceği açıkça belirtilmemiştir. Ancak Yönetmeliğin 33. maddesinin 2. fıkrasında, “*Taraflar uzlaştırma süreci sonunda edimsiz olarak da uzlaşabilirler.*” hükmü yer almaktadır. Edimsiz (bila edim) uzlaşılabilirliği yönündeki görüş için bkz. **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **ESER**, Funda / **ÖZSAHİNLİ**, Pakize Pelin: 100 Soruda Uzlaştırma Uzlaştırmacının El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 252.

<sup>8</sup> “*yargılama sırasında 02.12.2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 34. maddesiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesinde yapılan değişiklik neticesinde sanığa yükletilen tehdit suçunun uzlaştırma kapsamına alındığı gözetilerek uzlaştırma girişiminde bulunulması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken bu zorunluluğa uyulmadan mahkumiyet kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu anlaşılmıştır.*” **Y. 4. CD., T. 12.10.2017, E. 2017/18553, K. 2017/22211** (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).

Uygulamada<sup>9</sup> ve doktrinde kimi yazarlarca<sup>10</sup>, uzlaştırmmanın karma hukuki niteliğe sahip olduğu; yani hem bir ceza muhakemesi hukuku, hem de maddi ceza hukuku kurumu olduğu belirtilmektedir. Buna göre, tamamlanmış işlemler ve bu arada yargılamalar bakımından dahi, sonraki tarihli lehe düzenleme geçmişe uygulanabilmektedir<sup>11</sup>. Nitekim 6763 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, uzlaştırmaya tabi suçların çoğalmasıyla, kovuşturma evresinde uzlaştırmaya başvurulması ihtiyacı bu dönemde artmıştır. Bunun dışında, CMK madde 225/2 uyarınca suçun hukuki nitelendirmesiyle bağlı olmayan mahkeme, iddianameyi bu gerekçeyle iade edemez. Kaldı ki, madde 174/2’de, “*suçun hukuki nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez.*” hükmü yer almaktadır. Mahkemenin suça ilişkin nitelendirmesi iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında ya da daha sonra farklılaşırsa ve yeni nitelendirmeye göre fiilin uzlaştırmaya tabi bir suça vücut verdiği belirlenirse, kovuşturma evresinde uzlaştırmaya başvurulması söz konusu olacaktır. Üçüncü olarak, Cumhuriyet savcısının yaptığı hukuki nitelendirme değişmeyecek olsa bile, soruşturma evresinde uzlaştırmaya başvurulması gerekliliği bir şekilde fark edilmemişse ve bu durum iddianamenin değerlendirilmesi sırasında mahkemenin de gözünden kaçmışsa, kovuşturma evresine geçildikten sonra soruşturma evresine

<sup>9</sup> “uzlaştırma kurumu her ne kadar 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 253 ve 254. maddelerinde hüküm altına alınarak usul hukuku kurumu olarak düzenlenmiş ise de, fail ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da dair bulunması...” **Y. 17. CD., T. 17.07.2017, E. 2017/2913, K. 2017/9479** (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).

<sup>10</sup> **CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2017, s. 536; **ÜNVER**, Yener / **HAKERİ**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 724; **ÖZBEK**, Veli Özer / **DOĞAN**, Koray / **BACAKSIZ**, Pınar / **TEPE**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 847; **ZAFER**, Hamide: “*Türk Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK m.73/8)*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, 2006, s. 125.

<sup>11</sup> “Uzlaşma hükümlerinin kesinleşmiş hükümlere uygulanabileceğine ilişkin itiraz yönünden... Yerel mahkemece tüm suçlar yönünden, lehe yasa değerlendirmesinin duruşmalı yapılarak, hükümlünün hukuki durumunun incelenmesi zorunluluğu bulunduğundan, uyarılama yargılaması için duruşma açıldığında, öncelikle taraflar yargılamadan haberdar edilip, 5271 sayılı CMY’nin 253 ve 254. maddeleri hükümlerince, uzlaşma kapsamında yer alan suçlar yönünden, uzlaşma girişiminde bulunulacak, başarılı olunması halinde, uzlaşma koşullarına göre o davaların düşmesine veya koşulların varlığı halinde hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecek, bu şekilde uzlaşma kapsamındaki suçlarla ilgili uyumsuzluk sonuçlandırılacaktır.” **YCGK, T. 30.10.2007, E. 2007/4-200, K. 2007/219** (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017)

dönülmesi mümkün olmadığından<sup>12</sup>, artık mahkemenin kovuşturma evresinde uzlaştırma yolunu işletmesi gerekecektir<sup>13</sup>. Son olarak, kamu davasının istisnai olarak, iddianame yerine geçen belgeyle açılması halinde, Cumhuriyet savcısının yürüttüğü bir soruşturma ve iddianame söz konusu olmadığından<sup>14</sup>, uzlaştırma kapsamında bir suç varsa, süreç mecburen ancak kovuşturma evresinde işletilebilecektir<sup>15</sup>.

Kovuşturma evresinde uzlaştırmaya gidilebilecek bu durumların, kovuşturma evresinin herhangi bir devresinde ve bu arada ilk devre olan duruşma hazırlığında dahi ortaya çıkması mümkündür. Kanun değişikliği bu devrede söz konusu olabileceği gibi, mahkeme iddianameyi değerlendirirken dahi fiilin hukuki nitelendirmesini farklı yapabilir<sup>16</sup>. Yine suçun uzlaştırmaya tabi olduğu fark edilmeksizin iddianamenin kabul edildiğinin hemen kovuşturma evresinin başında anlaşılması mümkündür.

<sup>12</sup> **KUNTER**, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989, s. 747; **CENTEL / ZAFER**, s. 546; **ZAFER**, s. 135.

<sup>13</sup> “uzlaşma kapsamında olan suç hakkında soruşturma aşamasında, CMK'nın 253. maddesi gereğince sanıkla mağdur arasında uzlaştırma işlemleri gerçekleştirilmeden dava açıldığı, kovuşturma aşamasında da, aynı Kanunun 254. maddesi uyarınca bu eksikliğinin giderilmediği, buna göre, mahkemece CMK'nın uzlaşma başlıklı 253 ve 254. madde hükümleri uygulanmak suretiyle sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, uzlaşma işlemleri tamamlanmadan yargılamaya devamla, yazılı şekilde hüküm kurulması, ...Kanuna aykırı olup...” **Y. 12. CD., T. 11.04.2017, E. 2016/12895, K. 2017/3017** (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).

<sup>14</sup> **TOROSLU**, Nevzat / **FEYZİOĞLU**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2017, s. 35.

<sup>15</sup> Kovuşturma evresinde uzlaştırmaya başvurulmasını gerektirecek bu nedenler Yönetmelik'te de sayılmıştır:

“**MADDE 22 – (1)** Kamu davası açıldıktan sonra aşağıdaki durumların varlığı hâlinde, uzlaştırma işlemleri mahkemenin talebi doğrultusunda Kanunun 253 üncü maddesinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma bürosunca yerine getirilir:

- a) Kovuşturma konusu suçun hukukî niteliğinin değişmesi nedeniyle uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması,
- b) Soruşturma evresinde uzlaşma teklifinde bulunulması gerektiğinin ilk olarak kovuşturma evresinde anlaşılması,
- c) Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmeksizin, iddianame yerine geçen belge ile doğrudan mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tâbi bir suçun varlığı,
- d) Kovuşturma evresinde kanun değişikliği nedeniyle suçun uzlaşma kapsamına girmesi.”

<sup>16</sup> Kovuşturma evresinde suçun hukuki nitelendirmesinin değişmesinin yalnızca duruşma devresinde söz konusu olabileceği, deliller ortaya konulup tartışılmadan hukuki nitelendirmenin değişmesinin de mümkün olmayacağı hakkında bkz. **ŞAHİN**, Cumhuriyet / **GÖKTÜRK**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, C: II, 6. Baskı, Ankara 2017, s. 218. Ancak duruşma hazırlığı devresinde de bu değerlendirmenin yapılabileceği, böylece örneğin; görevsizlik kararı verilebileceği düşünülmektedir.

Dava açan belgeyle önüne gelen uyuşmazlıklar bakımından, mahkemenin uzlaştırmaya tabi bir suçun söz konusu olup olmadığı değerlendirmesini zaten derhal bu aşamada yapması beklenir. Tüm bu durumlarda, uzlaştırma yolunun işletilmesinin bir muhakeme (yargılama, dava, kovuşturma) şartı (engeli) olduğu görüşü de göz önünde bulundurularak<sup>17</sup>, mahkemenin öncelikle uzlaştırma sürecini işletmesi gerektiği ortadadır<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> **CENTEL / ZAFER**, s. 536; **GÖKCEN**, Ahmet / **ALŞAHİN**, Mehmet Emin / **ÇAKIR**, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, C: 1, Ankara 2017, s. 74; **KARAKEHYA**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 432; **ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE**, s. 128; **ÖZTÜRK**, Bahri / **TEZCAN**, Durmuş / **ERDEM**, Mustafa Ruhan / **SIRMA GEZER**, Özge / **SAYGILAR KIRIT**, Yasemin F. / **ÖZAYDIN**, Özdem / **ALAN AKCAN**, Esra / **ERDEN TÜTÜNCÜ**, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 59; **ŞAHİN**, Cumhur: Ceza Muhakemesi Hukuku, C: 1, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 78; **YENİSEY**, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 615. “Sanığın üzerine atılı suçun basit yaralama olarak kabul edilmesine göre, 5237 Sayılı TCK’nin 86/2. maddesinde düzenlenen suçun uzlaşma kapsamında kaldığı, sanığın soruşturma aşamasında uzlaşmayı kabul edip, uzlaşma teklif formunu imzaladığı ancak müşteki...’a uzlaşma soruşturması ve kovuşturma aşamalarında uzlaşma teklifinin yapılmadığının anlaşılması karşısında; kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğinden, öncelikle 5271 Sayılı CMK’nun 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma girişiminde bulunulması ve sonuçsuz kalması halinde yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, ... Bozmayı gerektirmiş, ...” **Y. 3. CD., T. 13.06.2017, E. 2016/14712, K. 2017/8556** (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017). Ayrıca bkz. **Y. 14. CD., T. 22.05.2017, E. 2014/8091, K. 2017/2769; Y. 14. CD., T. 16.05.2017, E. 2014/7299, K. 2017/2668** (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).

<sup>18</sup> “**İTİRAZ NEDENLERİ: ... Uzlaşmaya tâbi suçlarda Cumhuriyet savcısının durumu fark etmeyerek dava açması ve mahkemece de bunun 15 günden sonra anlaşılması yahut suçun nitelik değiştirerek uzlaşma kapsamında bulunan bir suça dönüşmesi hâlinde, prosedürüne başvurulmadan kovuşturmanın sürdürülmesi mümkün değildir. Bu durumda uzlaştırma kovuşturma şartı olmaktadır. Suçun, uzlaştırmaya bağlı bir suç olması hâlinde, soruşturma veya kovuşturma aşamasında uzlaştırma girişiminde bulunulması zorunludur. Bu sebeple de uzlaştırma muhakeme (yargılama) şartı olmaktadır. Özetle uzlaştırma soruşturma aşamasında dava açılmasını önleme fonksiyonuna sahip olması sebebiyle soruşturmayı sona erdiren, kovuşturma aşamasında da davayı düşüren bir yargılama hukuku işlemidir... itiraz bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, hükümün açıklanan sebeple BOZULMASINA, ...” **Y. 4. CD., T. 01.06.2017, E. 2017/1772, K. 2016/16513** (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).**

Uzlaştırmaya gidilebilmesi için duruşma açılması gerektiği de ileri sürülmüştür. **ÜNVER / HAKERİ**, s. 732. Aksine, uzlaştırma yolunun işletilebilmesi için duruşma açılmasına gerek olmadığını, kararın evrak üzerinden de verilebileceğini ifade eden görüş için bkz. **ÇETİN**, Soner H.: “*Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 82, 2009, s. 29. Kanun’da ‘kamu davası açıldıktan

Ne var ki, süreç uzlaşmayla sonuçlanır ve bir edim belirlenir, bu edim ise defaten yerine getirilen bir edim olmazsa, bu durumda yargılamaya başlamış olsa da sonuç çıkarma devresine gelmemiş olan mahkemenin, hükmün açıklanmasını geri bırakması gerekmektedir. Her ne kadar “231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceği” öngörülmüşse de, henüz sanık hakkında verilebilecek bir hüküm ortada yokken mahkemenin bu kararı vermesi yerinde değildir. Zira mahkeme bu kararı verir, sanık vadesinde edimi yerine getirmez veya süreklilik arz eden edimin ifasında kesinti olur ya da taksitlerden birini ifa etmezse, Kanun’a göre hükmün açıklanması gerekir. Oysa muhakemenin kaldığı yerde, açıklanacak bir hüküm oluşmamıştır.

Mahkeme uzlaştırma sürecini başlattığında, bir yandan yargılamaya devam edemez. Uzlaştırma sürecinin işletilmesinin bir muhakeme şartı olduğu görüşü ile ne derece uygun düştüğü tartışmalı olmakla birlikte, bir gereklilik ortaya çıkarsa, 254. maddenin 253. maddeye yaptığı atıfla bu maddenin 8. fıkrasına ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği’nin 7/8. maddesindeki mevcut düzenlemelere göre, delil toplanabilecek ya da koruma tedbirlerine başvurulabilecek; bir diğer ifadeyle durma kararı verilmesi halinden farklı olarak kimi ceza muhakemesi işlemleri yapılabilecektir; fakat delillerin ortaya konularak tartışılması, yargılama yapılması mümkün değildir. Bu nedenlerle, sonuç çıkarma devresine gelinmeksizin uzlaştırma sürecine başvurulmuş hallerde, edimin yerine getirilmemesi durumunda, olmayan hükmün nasıl açıklanacağı belirsizdir ve uygulamada sorun yaratmaya elverişlidir. Bu durumu bertaraf etmenin tek yolunun, kovuşturma evresinde uzlaştırmaya gidilmesi gerekliliği ortaya çıktığında, bunun yargılamanın sonucunda yapılması olduğu akla gelebilir. Mevcut hükümler nedeniyle, mahkeme yargılama sonunda, bir mahkûmiyet hükmü verilmesi gerektiği kanaatinde olursa uzlaştırma sürecini işletmelidir şeklinde bir görüş de ileri sürülmüştür<sup>19</sup>. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının

---

sonra’ ibaresi kullanıldığından ve artık uzlaştırmayı mahkeme yapmadığından, uzlaştırmaya iddianamenin kabulünden sonra, gerekliliğin anlaşıldığı herhangi bir anda başvurulabileceği kabul edilebilir.

<sup>19</sup>Bu yönde bkz. Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Rehberi ve Arabuluculuk Mevzuatı, İstanbul 2013, s. 97-98 ([https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiAvorAjdLYAhUMJ5oKHfzhCV4QFgg\\_MAQ&url=http%3A%2F%2Fcontent.bahcesehir.edu.tr%2Feditor%2Fceza-muhakemesinde-uzlasma-rehberi-ve-arabuluculuk-mevzuati.pdf&usg=AOvVaw3s4QKyAl3zxghbHJSFukYD](https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiAvorAjdLYAhUMJ5oKHfzhCV4QFgg_MAQ&url=http%3A%2F%2Fcontent.bahcesehir.edu.tr%2Feditor%2Fceza-muhakemesinde-uzlasma-rehberi-ve-arabuluculuk-mevzuati.pdf&usg=AOvVaw3s4QKyAl3zxghbHJSFukYD)) (Erişim Tarihi: 12.12.2017); **KAYMAZ**, Seydi / **GÖKCAN**, Hasan Tahsin: Uzlaşma ve Önödeme, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 199; Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, s.

verilmesi nedeniyle ortaya çıkan uyumsuzluktan kaynaklanan bu öneri, uzlaştırmanın temel mantığıyla bağdaşmamaktadır. Onarıcı adaletin en temel görünümü olan uzlaştırmanın yararları arasında, hiç kuşkusuz, mağdur ve faili uzun süren yargılamalardan<sup>20</sup>, mahkemeleri iş yükünden ve devleti yargılama masraflarından kurtarmak vardır<sup>21</sup>. Uzlaştırmaya başvurulmasının kovuşturmaya engel olan bir muhakeme şartı olduğu kabul edilirse de, bu şart gerçekleşmeden muhakemeye devam edilmesi zaten mümkün değildir<sup>22</sup>. Bu nedenle, en iyi çözüm düzenlemede değişikliğe gidilmesi olacaktır.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde akla gelebilecek sorunlar bununla sınırlı değildir. Belirtildiği üzere, Kanun 254/2. maddesinde, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının 231. maddedeki şartlar aranmaksızın verileceğini ve uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde de, madde 231/11'de yer alan şartlar aranmaksızın hükümün açıklanacağını düzenlemiştir. Ancak, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte sanığa denetim süresinin uygulanıp uygulanmayacağı, denetim süresi belirlenecekse bunun beş yıl olarak mı yoksa edim gözetilerek mi belirleneceği, sanığa herhangi bir yükümlülük yüklenip yüklenemeyeceği, yükümlülük yüklenebilecekse bu yükümlülüğün ihlali halinde ya da hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesinden edimin yerine getirilmesine kadar geçen sürede kasten yeni bir suç işlenmesi halinde ne olacağı hususları yine de belirsizlik arz etmektedir.

59 (<http://www.tr.undp.org/content/dam/turkey/docs/demgovdoc/CEZA-UNDP-1.pdf?download>) (Erişim Tarihi: 20.12.2017).

<sup>20</sup> ÇETİNTÜRK, s. 180, 185.

<sup>21</sup> ÇETİNTÜRK, s. 190-195; SOYASLAN, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 352; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 209-210; ZAFER, s. 118. “suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasındaki çekişmeyi bir uzlaştırmanın girişimiyle kısa zamanda tarafların özgür iradeleriyle ve adli merciler daha fazla meşgul edilmeden sonuçlandırmayı amaçlayan uzlaşmanın soruşturma ve kovuşturmalarda mutlaka öncelikle uygulanması zorunlu bir maddi ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olması...” Y. 19. CD., T. 12.09.2017, E. 2016/9421, K. 2017/6722 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).

<sup>22</sup> “uzlaşmanın soruşturma ve kovuşturmalarda mutlaka öncelikle uygulanması zorunlu bir maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kurumu olması karşısında, sanık hakkında 6763 Sayılı Kanun'un 34. maddesiyle değişik CMK'nın 253 ve 254 maddelerinin uygulanması zorunluluğu...” Y. 19. CD., T. 09.01.2017, E. 2015/13982, K. 2017/91 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).

Uzlaştırma sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, sadece kararın verilmesi için gerekli olan şartlar bakımından değil, karar verildikten sonraki denetim süresi ve yükümlülük gibi hususlar bakımından da 231. maddedeki düzenlemeler göz önünde bulundurulmadan uygulanması isabetli olacaktır. Bu açıdan, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle belirlenen bir denetim süresinden ziyade edimin yerine getirileceği bir süre söz konusu olur ve buna göre bir süre belirlenmesi gerekir<sup>23</sup>. Zira bir denetim süresi belirlenebileceği kabul edilecek olsa dahi, bunun beş yıl olarak belirlenmesi, edimin yerine getirilmesi gereken sürenin daha az olması ihtimali göz önünde bulundurulduğunda yerinde olmayacaktır. Örneğin; edim altı ay içerisinde yerine getirilirse beş yıllık süre beklenmeksizin düşme kararı verilmelidir. Bu nedenle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilirken uzlaştırma sonucu kararlaştırılan edime göre bir süre belirlenebilir<sup>24</sup>. Ayrıca sanığa 231. madde çerçevesinde bir yükümlülük yüklenmesi de yerinde olmayacaktır. Burada sanık zaten üzerinde uzlaşmaya varılan bir edimi yerine getirmekle yükümlüdür ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin nedeni, bu edimin tek seferde ve hemen yerine getirilemeyecek olması nedeniyle edimin yerine getirilmesini teminat altına almaktır<sup>25</sup>. Son olarak, bu söylenenler ışığında, sanığın kasten yeni bir suç işlemesi halinde, hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılarak hükmün açıklanması da kabul edilemez<sup>26</sup>. Uzlaştırma

<sup>23</sup> GÜNGÖR, Devrim / OKUYUCU ERGÜN, Güneş: “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S:4, 2016, s. 1959.

<sup>24</sup> Aynı doğrultuda bkz. KAYMAZ / GÖKCAN, s. 198-199; Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, s. 59.

<sup>25</sup> Aynı yönde bkz. Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, s. 58.

<sup>26</sup> Aksi halde, edimi def’aten yerine getiren sanıkla edimi ileri bir tarihte, taksidde bağlı olarak ya da sürekli bir biçimde yerine getirecek olan sanık bakımından bir eşitsizliğin söz konusu olacağı şeklindeki ve aynı yöndeki görüş için bkz. SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket: Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, İstanbul 2008, s. 180. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından sonra edimin ifa edilmesi durumunda ne hüküm verileceğinin 254. maddede düzenlenmemiş olması nedeniyle, bu durumda, 231. maddenin uygulama alanı bulacağı ve maddenin 10. fıkrasına göre kasten yeni bir suç işlememiş ve yükümlülüklerle uygun davranmış olma şartlarının gerçekleşmesi halinde düşme kararı verileceği yönündeki aksi görüş için bkz. KAYMAZ / GÖKCAN, s. 200. Ayrıca bkz. Kovaşturma Aşamasında Uzlaştırma Usulü, Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Bu Aşamada Uzlaşmanın Hukuki Sonuçları, (<http://www.uzlasma.adalet.gov.tr/doc/ihityac/grprplr/9grupkitap.pdf>) (Erişim Tarihi: 20.12.2017).



sürecinin sonunda bu kararın verilmesi, sanığın yeni bir suç işlemekten caydırılmasına değil, edimin yerine getirilmesine yöneliktir. Ancak mevcut haliyle düzenleme belirsizlik arz etmektedir ve farklı uygulamalara yol açmaya elverişlidir.

Bütün bu nedenlerle, kovuşturma evresinde uzlaşma sağlanacak olur ancak edimin ileri bir tarihte, taksitler halinde ya da sürekli olarak yerine getirileceği kararlaştırılırsa, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı yerine durma kararı verilmesinin düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Hatta bunun bir muhakeme şartı olduğu görüşü de dikkate alınarak, uzlaştırmaya başvurulması gerekliliği ortaya çıktığında, durma kararı verilebilir<sup>27</sup>. Kovuşturma evresinde delil toplanması

<sup>27</sup>Hâlihazırdaki düzenlemeler ışığında da, uzlaştırma süreci başlatıldığında, durma kararı verilmesi gerektiği; ancak durma kararı verilmesinin, dosyanın geri dönmesi halinde mahkemenin yeni bir esas numarası üzerinden yargılamaya devam etmek zorunda kalacak olması ve durma kararına itirazın mümkün olması gibi sakıncaları olduğu, bu nedenle de daha pratik bir yöntemin bulunması gerektiği hakkında bkz. **ÖZBEK**, Veli Özer: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükmüleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 11, S: 32, Aralık 2016, s. 23. Uzlaştırmaya ilişkin hükümlerde değişiklik olması halinde, zaman bakımından uygulamada, duruşmaya başlanmış ancak henüz hüküm verilmemişse, mahkemenin durma kararı vererek dosyayı uzlaştırma bürosuna göndermesi gerektiği hakkında bkz. **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE**, s. 846.

Uygulamada da bazı mahkemeler, dosya uzlaştırma bürosuna gönderileceği zaman durma kararı vermektedirler. “*sanığın üzerine atılı suçların 6763 Sayılı Kanun hükümleri gereğince uzlaştırmaya tabi olması sebebiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/8. maddesi uyarınca kamu davasının durmasına, sanık hakkında uzlaştırma işlemlerinin sonuçlanmasının akabinde kovuşturmanın bulunduğu aşamadan devamına dair Karamürsel Asliye Ceza Mahkemesi'nin 21/12/2016 tarihli ve 2016/328 esas, 2016/835 Sayılı kararına karşı O Yer Cumhuriyet savcılığınca yapılan itirazın kabulüyle (...) Kanun yararına bozma isteyen tebliğnamede, Dosya kapsamına göre, sanığın üzerine atılı suçların hakaret, tehdit ve kasten yaralama suçları olup, sevk maddeleri itibarıyla hakaret ve kasten yaralama suçlarınının 6763 Sayılı Kanun değişikliği öncesinde de uzlaştırma kapsamında bulunmasına rağmen usulüne uygun olarak uzlaştırma işlemlerinin yapılmadığı, sadece ifadelerinin alınması sırasında sanık ve müştekiye uzlaştırmayı kabul edip etmediklerinin sorulmasıyla yetinildiği, tehdit suçunun ise 6763 Sayılı Kanun değişikliği sonrasında uzlaştırma kapsamına alındığı, her üç suçun birlikte işlendiği de dikkate alındığında uzlaştırma işlemlerinin usulüne uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla verilen durma kararının yerinde olduğu gözetilmeden yapılan itirazın reddi yerine kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309.maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olduğu anlaşılmıştır (...) 5237 Sayılı Kanun'un 7/2. maddesindeki, Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. şeklinde ve kesinleşen hükümlerde de uzlaşma*

gerekmesi zaten son derece sınırlı durumda, örneğin; daha önce soruşturma evresinde toplanmış delillerin doğruluğunun sınıranabilmesi amacıyla söz konusu olmalıdır. Uzlaştırma süreci boyunca koruma tedbirine başvurulmasından vazgeçilmesi suretiyle, bu evrede uzlaştırma sürecince ve uzlaşma sağlanacak olursa edim yerine getirilene kadar durma kararı verilmesi daha yerinde olacaktır. Nitekim kovuşturma evresinde uzlaştırmaya başvurulması, ancak sürecin başarısızlıkla sonuçlanması halinde, mahkeme tarafından yargılamaya devam edilerek hüküm verilmesi gerektiği doktrinde ve yargı kararlarında belirtilmektedir<sup>28</sup>. Bu husus, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği ekinde yer alan uzlaştırma teklif formunun “*Uzlaştırmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin sonuçları*” başlığı altında da yazmaktadır<sup>29</sup> ve Kanun’daki mevcut düzenleme ile çelişki

---

*hükümlerinin uygulanması gerektiğinin anlaşılması karşısında, 6763 Sayılı Kanun değişikliğiyle getirilen uzlaşma düzenlemesinin hükümlü yönünden yeniden değerlendirilmesi talebinin kabul edilerek dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesine dair Karamürsel Asliye Ceza Mahkemesi’nin 21/12/2016 tarihli kararına itiraz üzerine merci Kocaeli 4. Ağır Ceza Mahkemesi’nin itirazın reddi yerine kabulüne karar vermesinde isabet görülmediğinden kanun yararına bozma isteminin yerinde olduğu anlaşılmaktadır.” Y. 4. CD., T. 13.07.2017, E. 2017/18093, K. 2017/19362 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).*

Ancak, bağlayıcı olmamakla beraber, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün, 7.12.2016 tarih ve 24340503-659-0005-2016-E.3/78731 sayılı yazısında; “*Kovuşturma aşamasında olan dosyalarda uzlaşma kapsamına alınan, vasıf değişikliği nedeniyle uzlaştırma kapsamına giren ya da etkin pişmanlık hükümlerine ilişkin sınırlamanın kaldırılması nedeniyle uzlaştırma kapsamında kalan suçlarla ilgili olarak usul ekonomisi gereğince durma kararı verilemeyeceği, bu durumda mahkemenin duruşmayı uzlaştırma işlemlerinin sonuçlanmasına kadar talik etmesi gerektiği,...*” ifade edilmiştir. ([http://www.cigm.adalet.gov.tr/uzlastirma\\_duyuru.pdf](http://www.cigm.adalet.gov.tr/uzlastirma_duyuru.pdf)) (Erişim Tarihi: 27.12.2017).

<sup>28</sup> **ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE**, s. 842. “*Sanığın üzerine atılı, uzlaşmaya tabi olmayan TCK’nın 102/1. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu ile, uzlaşmaya tabi olan TCK’nın 86/2. maddesindeki kasten basit yaralama suçunu farklı zaman aralıklarında işlediği dolayısıyla TCK’nın 86/2. maddesinde düzenlenen kasten basit yaralama suçunun uzlaşma kapsamında kaldığı gözetilerek, sanık ile katılına uzlaşma teklifinde bulunulması gerektiği anlaşılmalı; sanık ile katılan arasında CMK’nın 253. ve 254. maddeleri gereğince uzlaştırma işlemi yapılması, uzlaştırma girişiminin başarısızlıkla sonuçlanması halinde yargılamaya devamla hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,...*” Y. 3. CD., T. 20.06.2017, E. 2016/16497, K. 2017/9183 (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).

<sup>29</sup> Gerçekten, Yönetmelik ekindeki uzlaştırma teklif formunun “*Uzlaştırmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin sonuçları*” başlığı altında on sekizinci sırada, “*Kovuşturma evresinde uzlaşmanın gerçekleşmesi ve edimin yerine getirilmesi halinde, sanık hakkında düşme kararı verilir ve adli sicile kaydedilmez. Aksi halde yargılamaya devam olunur.*” ifadesi yer almaktadır.

oluşturmaktadır. Bu nedenlerle, Kanun'da, mahkemenin durma kararı vererek<sup>30</sup> dosyayı uzlaştırmacı görevlendirilmesi için büroya göndermesi, bundan sonra, uzlaşma sağlanır ve edim def'aten yerine getirilirse düşme kararı vermesi gerektiği hükme bağlanmalıdır. Aynı doğrultuda, edimin yerine getirilmesi süreklilik arz eder, ileri tarihe bırakılır ya da taksidde bağlanırsa, edim tamamıyla yerine getirilinceye kadar muhakemenin duracağı, edim süresi içerisinde yerine getirilmezse durma kararı kaldırılarak yargılamaya devam olunacağı ve sonucuna göre hüküm kurulacağı şeklindeki bir düzenleme yerinde olacaktır. Buna göre, uzlaştırma süreci başarısızlıkla sonuçlanırsa da, mahkeme yine durma kararını kaldırarak yargılamaya devam etmelidir.

CMK'nın 2/1-f maddesine göre, olağan kanun yolları da kovuşturma evresine dâhildir. Uzlaştırmaya tabi bir suç bakımından uzlaştırma süreci işletilmeksizin yargılama yapılmış ve ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmü verilmişse, bu durumun temyiz incelemesi sırasında ortaya çıkması halinde Yargıtay'ın bozma kararı vermesi gerekecektir<sup>31</sup>. Ancak istinafta, bölge adliye mahkemesi yalnızca 289. maddeye aykırılık halinde bozma kararı verebildiğinden ve 289. maddede uzlaştırma sürecinin işletilmemesi yer almadığından bölge adliye mahkemesinin uzlaştırma sürecini işletmesi gerekir<sup>32</sup>. Uzlaştırma süreci başarıyla sonlandığında, edim def'aten yerine getirilebilir bir edim

<sup>30</sup> Durma kararının, kovuşturma evresinde duruşma dışında, duruşma hazırlığı devresinde de verilebileceği hakkında bkz. **KUNTER**, s. 899-900.

<sup>31</sup> **ÖZBEK**, s. 24.

<sup>32</sup> **GÜNGÖR**, Devrim /**ALBAYRAK**, Adem: İstinaf, Ankara 2016, s. 25; **ÖZBEK**, s. 24. Uygulamada bazı bölge adliye mahkemelerinin bu durumda bozma kararı verdiği, oysa buldukları yer uzlaştırma bürosu aracılığıyla uzlaştırma sürecinin işletilmesi gerektiği belirtilmektedir. **ERDEM / ESER / ÖZŞAHİNLİ**, s. 313; **KAYMAZ / GÖKCAN**, s. 203. "Sanığın üzerine atılı tehdit suçunun hüküm tarihinden sonra 02.12.2016 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı yasanın 34. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nun 253/1-b maddesine eklenen 3. bendi uyarınca TCK'nun 106/1 maddesinde düzenlenen tehdit suçunun uzlaşmaya tabi hale getirilmesi gözetilip CMK'nun 254. Maddesinin öngörülmediği biçimde yöntemine uygun uzlaşma önerisinde bulunulması, sonuçsuz kalması halinde yargılamanın sürdürülmesi ve neticesine göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, SONUÇ: Kanuna aykırı ve istinaf başvurusunda bulunan sanığın istinaf nedenleri yerinde görülüş olduğundan başka yönleri incelenmeyen hükmün CMK'nın 289/1-h, 280/1-b maddeleri uyarınca HÜKMÜN BOZULMASINA, dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine GÖNDERİLMESİNE, ..." **İstanbul BAM 19. CD., T. 06.01.2017, E. 2017/1, K. 2017/38** (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).

olarak belirlenmemiş olursa, bölge adliye mahkemesinin de sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermesi gerekecektir<sup>33</sup>. Bu nedenle, yukarıda yapılan eleştiriler istinaf kanun yolu bakımından da geçerlidir.

Sonuç olarak, tüm bu gerekçelerle, kovuşturma evresinde uzlaşmanın sağlanması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı veriliyor olması yerinde değildir ve bunun yerine durma kararı verilmesi gerektiği yönünde bir düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır. Bu şekilde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinden vazgeçilmesi ile denetim süresinin belirlenip belirlenmeyeceği, sanığa yükümlülük yüklenip yüklenmeyeceği ve düşme kararı verilebilmesi için kasten yeni bir suç işlenmemiş olmasının aranıp aranmayacağına dair tereddütler de ortadan kalkacaktır.

### KAYNAKÇA

- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2017.
- ÇETİN, Soner H.: “*Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 82, 2009, ss. 1-33.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem: Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara 2017.
- ERDEM, Mustafa Ruhan / ESER, Funda / ÖZŞAHİNLİ, Pakize Pelin: 100 Soruda Uzlaştırma Uzlaştırmacının El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2017.
- GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, C: 1, Ankara 2017.
- GÜNGÖR, Devrim: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2016.
- GÜNGÖR, Devrim / ALBAYRAK, Adem: İstinaf, Ankara 2016.
- GÜNGÖR, Devrim / OKUYUCU ERGÜN, Güneş: “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*”, Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S:4, 2016, s. 1951-1965.
- KARAKEHYA, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.
- KAYMAZ, Seydi / GÖKCAN, Hasan Tahsin: Uzlaşma ve Önödeme, 2. Baskı, Ankara 2007.
- KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1989.
- ÖZBEK, Veli Özer: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumunun 6763 Sayılı Kanun Hükmüleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 11, S: 32, Aralık 2016, s. 23.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ÖZAYDIN, Özdem / ALAN

<sup>33</sup> Bölge adliye mahkemelerinin de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verebilecekleri hakkında bkz. GÜNGÖR, Devrim: Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara 2016, s. 123; GÜNGÖR / ALBAYRAK, s. 25.

- AKCAN, Esra / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2017.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2016.
- SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket: Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu, İstanbul 2008.
- ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesi Hukuku, C: I, 8. Baskı, Ankara 2017.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, C: II, 6. Baskı, Ankara 2017.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2017.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2017.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017.
- ZAFER, Hamide: “*Türk Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK m.73/8)*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, 2006, ss. 117-140.
- Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Rehberi ve Arabuluculuk Mevzuatı, İstanbul 2013 ([https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiAvorAjdLYAhUMJ5oKHfzhCV4QFgg\\_MAQ&url=http%3A%2F%2Fcontent.bahcesehir.edu.tr%2Feditor%2Fceza-muhakemesinde-uzlasma-rehberi-ve-arabuluculuk-mevzuati.pdf&usg=AOvVaw3s4QKyAI3zxghbHJSFUKYD](https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiAvorAjdLYAhUMJ5oKHfzhCV4QFgg_MAQ&url=http%3A%2F%2Fcontent.bahcesehir.edu.tr%2Feditor%2Fceza-muhakemesinde-uzlasma-rehberi-ve-arabuluculuk-mevzuati.pdf&usg=AOvVaw3s4QKyAI3zxghbHJSFUKYD)) (Erişim Tarihi: 12.12.2017).
- Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, Ankara 2009 (<http://www.tr.undp.org/content/dam/turkey/docs/demgovdoc/CEZA-UNDP-1.pdf?download>) (Erişim Tarihi: 20.12.2017).
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)) (Erişim Tarihi: 28.12.2017).
- Kovuşturma Aşamasında Uzlaştırma Usulü, Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Bu Aşamada Uzlaşmanın Hukuki Sonuçları (<http://www.uzlasma.adalet.gov.tr/doc/ihtiyac/grprplr/9grupkitap.pdf>) (20.12.2017).
- [http://www.cigm.adalet.gov.tr/uzlastirma\\_duyuru.pdf](http://www.cigm.adalet.gov.tr/uzlastirma_duyuru.pdf) (Erişim tarihi: 27.12.2017)



# TÜRKİYE ELEKTRİK PAZARINDA GÜNCEL GELİŞMELER VE AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONUNUN CEZ KARARI

## CURRENT DEVELOPMENTS WITHIN THE TURKISH ELECTRICITY MARKET AND THE CEZ DECISION OF THE EUROPEAN COMMISSION

DOI: 10.21492/inuhfd.383109

**Burçak TATLI\***

### Özet

Serbestleşme ve özelleşme süreçleriyle hızlı bir şekilde yeniden şekillenen Türkiye elektrik sektöründe nihai hedef rekabete açık, şeffaf ve sürdürülebilir bir elektrik pazarı yaratmaktır. Bu amaca ulaşmanın önünde bulunan en büyük engel elektrik piyasasının kendine has pazar yapısıdır. Bu yapıya göre, doğal tekel niteliğindeki iletim ve dağıtım faaliyetleri ile rekabete açık elektrik üretimi ve tedariki gibi piyasa faaliyetleri dikey bütünlük yapıdaki şirketler tarafından yürütülür. Bu durum piyasa faaliyetlerinin yürütüldüğü üretim ve tedarik pazarlarında istenilen rekabet seviyesinin oluşmama nedenlerinden biri olarak sayılabilir. 6446 s. Elektrik Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuat hukuki ayrıştırma modelini benimseyerek elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlerin dikey bütünlük yapısını değiştirmeyi hedeflemektedir. Fakat Avrupa Birliği Rekabet Komisyonu'nun verdiği CEZ kararı hukuki ayrıştırmanın serbestleşmeden elde edilmek istenen amacın gerçekleşmesi açısından yetersiz kalabileceğini göstermektedir. Bu makale CEZ kararı ışığında Türkiye elektrik pazarında ayrıştırma modelinin yeniden gözden geçirilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Elektrik Piyasası, Elektrik Piyasasının regülasyonu, Dikey Ayrıştırma Modelleri, Avrupa Birliği Enerji Müktesebatı, CEZ Kararı

### Abstract

The main goal within the Turkish electricity market which is newly liberalised and regulated is to create an open, transparent and sustainable electricity market. The unique market structure of the electricity markets seems to be the one of the obstacles in reaching this aim. As a result of this market structure, transmission and distribution activities, which are natural monopolies, are carried out by vertically integrated energy companies who also operate in electricity generation and supply markets. This vertical integration could prevent the development of competition within the electricity generation and supply markets. The Electricity Market Code No.6446 and the secondary legislation adopt vertical separation through the legal separation model. However, CEZ decision of the European Union Competition Commission shows that legal separation may be insufficient in terms of realizing the goal of liberalization. In the light of the CEZ decision, this article points out that the legal separation model in the Turkish electricity market needs to be reconsidered.

**Keywords:** Electricity market, Sector-specific regulation of electricity markets, Vertical Separation models, the electricity acquis of the European Union, CEZ decision

---

\* Öğr.Gör.Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

Makale Gönderilme Tarihi: 24.01.2018

Makale Kabul Tarihi: 01.02.2018

## Giriş

Elektrik pazarı tarihsel süreç içerisinde devletlerin doğrudan kontrol ettikleri bir pazar olagelmıştır. Bu durum hem elektriğin stratejik bir öneme sahip olan enerji ürünü olması hem de elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tedarik faaliyetlerinin yüksek sermaye gerektiren faaliyetler olmasından kaynaklanmaktaydı. İktisadi ve teknolojik gelişmeler bu işleyişin değişmesine sebep olmuş ve elektrik pazarında, pazarın kendine has özelliklerini de dikkate almak suretiyle, yeni bir yapı oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyacı karşılamak adına pazarda liberalleşme hareketleri başlamıştır. Bunun doğal bir sonucu olarak da pazarın rekabete açılması ve regüle edilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Pazarda rekabetin sağlanması ile sınırlı kaynaklar etkin şekilde kullanılacak, bu ise maliyetlerin düşmesine, pazarda yatırımların çoğalmasına ve tüketici refahının artmasına yardımcı olacaktır. Fakat enerji pazarında rekabetin oluşması pazarın karakteristik özellikleri sebebiyle emek ve uğraşı gerektirmektedir<sup>1</sup>. Zira enerji pazarında pazarın işleyişi şebekeye bağımlı bir haldedir. Dolayısıyla üretim ve pazarlama gibi serbest piyasa faaliyetlerinin yanı sıra şebeke faaliyetlerine yönelik olarak farklı düzenlemeler yapılması gerekliliği mevcuttur.

Enerji pazarındaki yaşanan gelişmeler neticesinde başta Amerika Birleşik Devletleri, takiben Avrupa Birliği ve üye ülkeler tarafından enerji pazarının rekabete açılması ve regüle edilmesi, bu regülasyonun etkin bir hale dönüşmesi için önemli adımlar atılmıştır<sup>2</sup>. Atılan adımlardan biri de hiç şüphesiz, enerji pazarının bel kemiği olan şebekelerle ilgili olarak dikey ayrıştırmanın sağlanması adına tedbirler alınmasıdır. Dikey ayrıştırma ilk olarak Amerika Birleşik Devletlerinde uygulama alanı bulmuş daha sonra Avrupa Birliğinin enerji politikalarında temel prensip olarak yerini almıştır<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> EROĞLU, Muzaffer: “Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları”, Rekabet Dergisi 11(1), 2012, s. 109

<sup>2</sup> JAMASB, Tooraj / POLLITT, Michael: “Electricity Market Reform in the European Union: Review of Progress towards Liberalisation and Integration”, The Energy Journal, Vol. 26, 2006, s.11-41

<sup>3</sup> POLLITT, Micheal: “Vertical Unbundling in the EU Electricity Sector”, Intereconomics, 2007, file:///C:/Users/hukukhp-99/Downloads/555590658.pdf (Erişim, 24.01.2018); KROES, Neelie: “Improving Competition in European Energy Markets through Effective Unbundling”, Fordham International Law Journal, Vol.31, Issue 5, 2007, s.1387; ALLISON, Gary: “Evaluation of US Electricity Energy Regulation: From Natural Monopoly Regulation to Regulated Competition” The Journal of American Bar, 2006



Bu akımdan en nihayetinde Türkiye de etkilenmiş ve liberalleşme hareketleri ile devlet yavaş yavaş pazardaki payını azaltmış, eski 4628 s. Elektrik Piyasası Kanunu (EPK) yürürlüğe girmiş ve pazarın dikey bütünlük yapısı ayrıştırılmaya başlanmıştır. Ne var ki, gelinen son aşamada serbest piyasa faaliyetlerinin yürütüldüğü üretim, toptan ve perakende satış pazarlarında istenilen rekabet ortamı sağlanamamıştır. Bu durum elektrik üretim pazarında yapılan sözleşmeler<sup>4</sup>, özelleştirme yöntemleri<sup>5</sup> ve serbest tüketici limitinin varlığı gibi pek çok nedene bağlanabilir. Fakat bu makale bu nedenlerden biri olarak sayılan ve 6446 s. EPK tarafından benimsenen dikey ayrıştırma modelini inceleyecek ve modelin aksayan yönlerini tartışacaktır. Makalenin amacı Türkiye’de uygulanan modelin çıkış noktası olan Avrupa Birliği’nde uygulanan güncel modelleri incelemek ve Avrupa Birliği Komisyonu tarafından verilen kararlar ışığında Avrupa Birliği’nin yaklaşımını ortaya çıkarmaktır. Bu cihetle aşağıda öncelikle Türkiye elektrik pazarının tarihsel gelişimi ve pazar faaliyetleri anlatılacak, arkasından dikey ayrıştırma modelleri incelenecek, son safhada ise Avrupa Birliği tarafından özümşenen stratejiler, Avrupa Birliği Rekabet Komisyonu’nun verdiği CEZ kararı ve Türkiye’nin karardan çıkarabileceği dersler tartışılacaktır.

## I. TÜRKİYE ENERJİ PAZARINDA SERBESTLEŞME SÜRECİ

### A. Tarihsel Altyapı

Anadolu’da 1902<sup>6</sup> yılında oluşmaya başlayan elektrik pazarı yapısal değişimler göstererek günümüze kadar ulaşmıştır. Osmanlı Devleti

---

[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/environment\\_energy\\_resources/resources/allison\\_electric\\_regulation.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/environment_energy_resources/resources/allison_electric_regulation.authcheckdam.pdf) (Erişim: 24.01.2018)

<sup>4</sup> Bu konuyla ilgili daha fazla bilgi edinmek için bkz. KARAMUSTAFAOĞLU, Mert: Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.84, Ankara 2007

<sup>5</sup> Elektrik pazarında yapılan özelleştirmelerle ilgili daha çok bilgi için Bkz. BAŞ, Fulya Canan / ÜLGEN, Nedim Seçkin: Türkiye Elektrik Piyasası İçin Özelleştirme Önerileri, TÜSİAD Enerji Stratejisi Dizisi No.3, 2008 file:///C:/Users/hukukhp-99/Downloads/TESD-3.pdf (Erişim: 24.01.2018); ATİYAS, İzak: Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, 1. Bası, Tesev Yayınları, İstanbul 2006

<sup>6</sup> İlk elektrik üretimi İsviçre ve İtalya grubu tarafından Tarsus’ta bir su değirmenine bağlanan ve 2kW elektrik üretimi gerçekleştiren dinamo sayesinde gerçekleşmiştir. İlk kez yabancı özel sektör tarafından Selanik, Şam ve Beyrut şehirleri elektriğe kavuşmuş ve ilk kanuni düzenleme 1910 yılında çıkarılan 982 sayılı Menafi-i Umumiye Mütteallik İmtiyaz Kanunu ile hayata geçirilmiştir. Bkz. ASLAN, Yılmaz / KATIRCIOĞLU, Erol / ALTINAY, Galip / ARDIYOK, Şahin / ILICAK, Ali / GÜLTEKİN, Banu / ÖNAL,

döneminde özellikle yabancı özel sektör tarafından hayata geçirilen üretim tesisleri Cumhuriyet'in ilanında sonra kamulaştırılmış ve kamunun enerji pazarındaki rolü ağırlaşmıştır<sup>7</sup>. 1950'lerde özel sektör elektrik pazarında tekrar yer bulmaya başlamış, 1952 yılından itibaren yerli ve özel sermayeli dört anonim şirkete (ÇEAŞ, Kepez A.Ş., Kayseri A.Ş. ve Aktaş A.Ş.) bölgesel imtiyaz tanınmıştır. 1970'lere gelindiğinde yükselen üretim, dağıtım ve tüketim oranı Türkiye Elektrik Kurumu'nun kurulmasını zorunlu kılmış (TEK) ve farklı kamu kurumları ve Belediyelere ait tüm elektrik santralleri TEK'e devredilmiş böylece elektrik pazarında dikey bütünleşik yapı varlık kazanmıştır<sup>8</sup>. 1984 yılına kadar elektrik pazarının büyük bir kısmı devlet tekelinde iken, bu tarihte TEK kamu iktisadi kuruluşu haline dönüştürülmüş<sup>9</sup>, yap-işlet-devret (YİD), işletme hakkı devri (İHD) modelleri ile elektrik üretimi, dağıtımı ve ticareti pazarlarında özel sektöre de yer açılmıştır<sup>10</sup>.

1990'lı yıllarda enerji ihtiyacının artması ve gerekli yatırımların kamu kaynaklarından karşılanmasında yaşanan zorluklar özel sektöre başvurulması gerekliliğini doğurmuştur<sup>11</sup>. Bu nedenle elektrik pazarının özel sektöre açılması ve özel sektör yatırımlarının arttırılması çalışmaları bu yıllarda hız kazanmıştır. 1993 yılında TEK, Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş. (TEAŞ) ve Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. (TEDAŞ) olarak iki ayrı İktisadi Devlet Teşekkülü olarak yeniden yapılandırılmıştır<sup>12</sup>. Böylece TEAŞ tarafından gerçekleştirilen üretim ve iletim faaliyetleri,

---

Emre / AKÇAOĞLU, Can: Enerji Hukuku: Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon Cilt 1, 1. Bası, Ekin Yayınevi, Ankara 2007, s. 2

<sup>7</sup> Bu durum sadece Türkiye'de yaşanmamıştır. 1929 ekonomik buhranından sonra Batı ülkelerinde de elektrik pazarında kamunun gücü artmıştır.

<sup>8</sup> Devlet Su İşleri ve Etibank Elektrik İşletmeleri Müesseseleri bu dönemde elektrik üretimi gerçekleştiren kamu kurumları arasında sayılabilir.

<sup>9</sup> 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun

<sup>10</sup> 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun

<sup>11</sup> ATİYAS, İzak / DUTZ, Mark: "Competition and Regulatory Reform in the Turkish Electricity Sector Prepared for presentation at the Conference on EU Accession: Turkey", May 10-11, 2003, <http://myweb.sabanciuniv.edu/izak/files/2008/10/atiyas-dutz-electricity-2004.pdf> (Erişim 03.10.2017), s.8

<sup>12</sup> ASLAN, KATIRCIOĞLU, ALTINAY, ARDIYOK, ILICAK, GÜLTEKİN, ÖNAL, AKÇAOĞLU, s. 7

TEDAŞ tarafından yürütülen dağıtım faaliyetlerinden ayrılmıştır<sup>13</sup>. 2000’li yıllara gelindiğinde ise elektrik sektörünün yeniden yapılandırılması ile ilgili önemli adımlar atılmış TEAŞ, Türkiye Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) olmak üzere üç tüzel kişiliğe bölünmüştür.

2001 yılında elektrik piyasası reformunun yasal çerçevesi ilk kez 4628 s. EPK ile çizilmiştir. 4628 s. EPK elektrik pazarını ciddi bir şekilde serbestleştirmeyi ve piyasalar etrafında örgütlemeyi hedeflemiştir. Kanun, elektrik sektöründe dikey ayrıştırmanın sürdürülmesini ve kamuya ait mevcut varlıkların üretim, dağıtım, iletim olarak ayrı şirketler bünyesinde örgütlenmesini öngörmüştür. Ayrıca, üretim ve dağıtımda özelleştirmeye gidilmesine rağmen iletimin kamu mülkiyetinde kalması öngörülmüş<sup>14</sup>. Bu noktada hayata geçirilen bir diğer yenilik ise ‘serbest tüketici’ kavramıdır. Belli bir limitin üstünde elektrik tüketimi yapan tüketicilere tedarikçilerini seçme hakkı verilmiş, böylece ikili anlaşmalara dayalı bir piyasa tasarımı amaçlanmıştır. Aynı zamanda perakende pazarında serbest tüketici oluşturmak suretiyle ortaya çıkacak rekabet ortamı doğrudan elektrik üretim ve toptan tedarik pazarını da rekabet anlamında olumlu yönde etkileyecektir<sup>15</sup>.

Bu Kanun kapsamında 2001 yılında Enerji Piyasa Düzenleme Kurumu (EPDK) kurulmuştur. Sürekli gelişim halinde olan elektrik sektöründe değişen koşullara cevap veremeyen Kanun revize edilmiş ve 2013 yılında 6446 sayılı yeni Enerji Piyasası Kanunu (6446 s. EPK) yürürlüğe girmiştir.

## **B. Günümüzde Elektrik Sektörünün Pazar Yapısı**

### **1. Genel Olarak**

En temel haliyle elektrik pazarı regülasyonunun amacı piyasa aksaklıklarını gidermek ve piyasa etkinliğini sağlamaktır. Bu hedefle yürürlüğe sokulan 6446 s. EPK “elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulmasını” Kanunun amacı olarak belirtmiştir. Kanun açıkça bu amacın

<sup>13</sup> ŞAHİN, Selen Yersu: Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.131, s. 65

<sup>14</sup> ASLAN, KATIRCIOĞLU, ALTINAY, ARDIYOK, ILICAK, GÜLTEKİN, ÖNAL, AKÇAOĞLU, s. 10

<sup>15</sup> WADDAMS, Catherine: “Switching Energy Suppliers: It’s not All about the Money”, CCP Working Paper 17-5, 2017, file:///C:/Users/hukukhp-99/Downloads/SSRN-id3024534.pdf (Erişim: 23.01.2018) s. 5

özel hukuk hükümlerine göre rekabetçi bir ortamda faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından gerçekleştirilebileceğini ve böylece istikrarlı, şeffaf ve iktisadi açıdan güçlü bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulmasının mümkün olacağını ifade etmiştir<sup>16</sup>.

Elektrik sektöründe faaliyet alanları dört farklı aşamaya ayrılabilir. Sektörün dikey bütünleşik yapıya sahip olması bu dört aşamanın teknik olarak birbirine bağlı olmasından kaynaklanmaktadır. Bütünleşik yapının ilk aşaması üretimdir. İkinci aşamayı ise üretilen elektriğin yüksek voltajlı olarak tüketim merkezlerine ulaştırılmasını sağlayan iletim aşaması oluşturur. İletimi takiben devreye dağıtım girer. Elektriğin voltajının düşürülmesinden sonra tüketiciye ulaşmasını sağlayan aşama dağıtım aşamasıdır. Son aşama ise elektriğin nihai tüketiciye satışı, tüketilen elektriğin faturalandırılması ve tüketim bedelinin tahsil edilmesi hizmetlerinden oluşmaktadır<sup>17</sup>. Dikey bütünleşik yapının yukarıda belirtilen aşamaları teknik ve iktisadi açıdan rekabete açılabilir hizmetler ve açılmaz hizmetler olarak gruplandırılabilir. Serbest rekabetin desteklenip gelişmesinin sağlanabileceği hizmetler üretim ve pazarlama iken, rekabete kapalı hizmetler (doğal tekel) ise iletim ve dağıtım hizmetleridir<sup>18</sup>.

Pazardaki mevcut bütünleşik yapıyı takiben 6446 s. EPK'nu elektrik sektörü faaliyetlerini “üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat” faaliyetleri olarak tanımlamıştır<sup>19</sup>. Ayrıca elektrik pazarında yer alabilmek için alınması gereken lisansları üretim, iletim, dağıtım, tedarik ve piyasa işletim lisansları olarak belirtmiştir<sup>20</sup>. Elektrik enerjisinin toptan ve perakende satışını ayrı ayrı tanımlamak yerine tek bir tanım altında toplamış ve elektrik enerjisinin ve/veya kapasitesinin toptan ve/veya perakende

<sup>16</sup> 6446 s. EPK m 1.

<sup>17</sup> CAN, Mustafa Erdem: Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.36

<sup>18</sup> CAN, s. 37

<sup>19</sup>EPK'nda mevcut olan başlıklara bakacak olursa sektör dört bölüme ayrılmıştır. Perakende ve toptan satış faaliyetleri ‘Toptan ve perakende satış faaliyetleri’ başlığı altında toplanmıştır. EPK tarafından aynı başlık altında toplanmış olsa dahi bu iki faaliyetin birbirinden farklı olmasından ve farklı pazar oyuncularını tarafından gerçekleştirildiği için makalede birbirlerinden ayrı ayrı inceleneceklerdir.

<sup>20</sup>Elektrik pazarında faaliyet göstermek isteyen tüm teşebbüsler bu arzularını gerçekleştirirse arz fazlası problemi ortaya çıkabilir. Elektrik depolanamayan bir ürün olması sebebi ile arzın kontrol altında olması gerekir. Bu ve benzeri nedenlerle elektrik pazarında lisans verilmesi veya verilecek lisansın sayısının sınırlandırılması söz konusu olabilir.

satılması, ticareti, ithalatı ve ihracatı ile uğraşan tüzel kişileri tedarik şirketi olarak belirtmiştir. İletim ve dağıtım doğal tekel<sup>21</sup> niteliğine sahipken üretim, toptan ve perakende satış pazarları rekabete açık pazarlar olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamanın en doğal sonucu iletim ve dağıtımın ayrı ayrı regülasyona tabi tutulmasıdır<sup>22</sup>.

## 2. Üretim

Kanunda yer alan tanıma göre üretim, enerji kaynaklarının elektrik enerjisine dönüştürülmesi faaliyetidir<sup>23</sup>. Enerji üretimi enerji üretim tesislerinde gerçekleştirilir. Üretim lisansı alınması zorunlu lisanslar arasında sayıldığından, üretim ile iştegal edecek olan şirketlerin lisans almaları zorunludur.

Üretim pazarı rekabete açık bir pazar olduğundan birden çok üretici çeşitli enerji kaynaklarını kullanarak elektrik enerjisi üretilir ve bu enerjiyi serbest tüketicilere veya tedarikçilere satabilir. Elektrik enerjisine aracılık eden toptan satış şirketleri ve perakende satış şirketleri ve hatta ürettiği fazla elektriği satabilme kabiliyetine sahip otoprodüktör ve otoprodüktör grubu lisansı sahibi tüzel kişiler tedarikçi olarak belirtilebilir<sup>24</sup>.

Türkiye’de üretilen toplam elektrik enerjisinin yaklaşık %10’u EÜAŞ tarafından, %20’si Yİ, YİD, İHD santralleri tarafından, kalan %70’i ise özel sektör santralleri tarafından üretilmektedir<sup>25</sup>. Yİ ve YİD ve İHD santralleri tarafından üretilen elektriğin garantili fiyatlar üzerinden TETAŞ’a satılıyor olması piyasadaki rekabeti daraltmaktadır. Bununla birlikte, enerji alım garantisi hem serbestleşme sürecinde üretimin özel sektöre geçişini kolaylaştırmak hem de arz güvenliğinin sağlanması açısından öneme sahiptir. Arz güvenliğinin sağlanması ile pazarda

<sup>21</sup> Doğal tekel, genel olarak, bir pazardaki bütün talebin en az maliyetle tek bir teşebbüs tarafından karşılandığı durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile doğal tekel halinde bir mal veya hizmetin tek bir teşebbüs tarafından üretilmesi toplumsal refah açısından daha avantajlıdır. Bkz. ARDIYOK, Şahin: Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu, Yayın No:0077, Lisansüstü Tez Serisi No:9, Ankara 2002, s. 25; PAŞAOĞLU, Ömer: Doğal Tekeller, Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:14, Yayın No: 0096, Ankara 2003, s. 46

<sup>22</sup> CAN, s. 39

<sup>23</sup> Türkiye’de elektrik üretimi için kullanılan enerji kaynakları hidroelektrik, taş kömürü ve linyit, doğalgaz, motorin, ithal kömür ve fuel-oil gibi yakıtlar güneş, rüzgâr ve jeotermal gibi doğal kaynaklardır.

<sup>24</sup> YAVUZ, Mustafa: Elektrik Piyasası Kanunu’nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri – Özellikle İkili Anlaşmalar, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 55

<sup>25</sup> <http://www.enerjiatlası.com/elektrik-uretimi/> (Erişim, 09.05.2017)

rekabetin oluşturulması çabaları elektrik pazarında birbiri ile çelişen hedefler olarak belirtilebilir. Bahsi geçen sözleşmelerin 2018 ila 2022 tarihlerinde bitmesi ile elektrik arz pazarında rekabetin güçlenmesi beklenmektedir<sup>26</sup>.

### 3. İletim

İletim, elektrik enerjisinin yüksek gerilimle iletim şebekesi kullanılarak taşınmasıyken, iletim faaliyeti, üretilen elektriğin iletim hatları kullanılarak dağıtım şebekesine veya arada dağıtım hattı olmaksızın doğrudan iletim hattına bağlı olan son kullanıcılara ulaştırılmasıdır. 6446 s. Kanun'unun 8. maddesine göre, TEİAŞ münhasıran iletim faaliyetini yürütmekle görevlendirilmiştir. İletim sadece elektriğin nakliyesi işletiminden ibaret olmayıp elektrik arz endüstrisinin bel kemiğidir. TEİAŞ farklı yerlerde üreticilerin şebekeye elektrik aktarmasını sağlarken, arz güvenliğinden de sorumludur. Bundan dolayı iletim faaliyeti gerçekleştirilirken sürekli olarak gerekli yatırımların yapılması ve bir miktar sermayenin hazır tutulması önemlidir<sup>27</sup>.

TEİAŞ ayrıca sistem işletmecisi ve piyasa işletmecisidir<sup>28</sup>. Buna göre; iletim tesislerine yatırım planı yapmak, bu yatırım planlarını hayata geçirmek ve kamu nezdindeki iletim şebekelerini devralmak TEİAŞ'nin görevidir. Sistem ve piyasa işletmecisi olarak ise TEİAŞ elektrik arz ve talebini dengelemek ve dengeleme sırasında ortaya çıkan dengesizliği mali açıdan uzlaştırmakla görevlidir. Bundan dolayı, tüm piyasa TEİAŞ üzerinden işlenmektedir.

Ölçek ekonomisine göre, rekabeti arttırmak adına ikinci bir iletim hattının çekilmesi hem teknik açıdan hem de iktisadi olarak verimli değildir. Bu nedenle iletim doğal tekel niteliğine sahiptir<sup>29</sup>. Başka bir deyişle, iletim faaliyetlerinin ve iletim sistemlerinin tekelleşmesi ve tek elden yürütülmesi hem iktisadi açıdan hem de teknik açıdan daha verimli sonuçlar ortaya çıkaracaktır.

TEİAŞ elektrik piyasasında faaliyet gösteren şirketlere eşit davranmak zorundadır. Bu zorunluluk kanundan doğar. 6446 s. Kanuna,

<sup>26</sup> Rekabet Kurumu, Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Araştırması, 2015, Ankara, s. 128

<sup>27</sup> AKCOLLU, Yeşim: Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.131 Ankara 2003, s.7

<sup>28</sup> Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği, m.5/5: "Piyasa İşletmecisi ve Sistem İşletmecisi gerekli her türlü koordinasyon ve haberleşmeyi sağlayarak, elektrik enerjisi arz ve talebini dengelemek amacıyla dengeleme mekanizması faaliyetlerini ve bu faaliyetler için gereken ilgili usul ve esasları yürütür."

<sup>29</sup> AKCOLLU, s.7

göre TEİAŞ işletmekte olduğu iletim hattı üzerinden elektrik nakli gerçekleştirmek isteyen şirketlere eşit davranmakla yükümlüdür. Kanunun dışında iletim hatlarının doğal tekel niteliğine sahip olması onları Rekabet Hukuku açısından zorunlu unsur haline getirmektedir<sup>30</sup>. Bu durum dahi tek başına TEİAŞ'ın omuzlarına piyasada faaliyet gösteren şirketler arasında ayrımcılığa sebep olmayacak şekilde iletim hatlarının kullanımını açma sorumluluğu yüklemektedir. Aksi halde, zorunlu unsurun kullanılmasının önlenmesi, zorlaştırılması, eşit koşullarda verilmemesi halleri bu tutumlara maruz kalan teşebbüslerin pazardan dışlanması veya rekabette dezavantajlı bir konuma gelmesi ile sonuçlanacaktır<sup>31</sup>. Bu durum ise Rekabet Hukuku açısından hukuka aykırılık doğurur<sup>32</sup>.

#### 4. Dağıtım

Dağıtım, elektrik enerjisinin belirli bir gerilimin altında nakledilmesini, dağıtım şirketi ise belirli bir coğrafyada elektriğin dağıtılması işini üstlenen tüzel kişiyi ifade etmektedir. Dağıtım sistemi dağıtım faaliyetiyle uğraşan teşebbüsün kendi faaliyet alanında işlettiği tesis olarak tanımlanırken, dağıtım tesisi ise iletimin sona erdiği yerden itibaren, dağıtım için inşa edilmiş tesis olarak belirtilir.

Dağıtım tıpkı iletim gibi doğal tekel niteliğine sahiptir. Dolayısıyla her dağıtım bölgesindeki dağıtım şebekesi tek bir elden işletilir ve tekeldir. Türkiye'de dağıtım faaliyetleri 21 bölgeye ayrılmıştır ve bu bölgelerde dağıtım faaliyeti dağıtım şirketleri tarafından gerçekleştirilmektedir. Her dağıtım bölgesinde faaliyet gösterecek dağıtım şirketi dağıtım lisansı almak zorundadır.

6446 s. EPK'nun 9. maddesine göre; dağıtım şirketi bölgesindeki dağıtım sistemini rekabet ortamını bozmayacak bir şekilde işletir. Maddede rekabet ortamının korunmasına yönelik vurgu yapılması dağıtım şirketlerinin tekel olmasından dolayı rekabet ihlali doğuracak davranışlarda bulunma ihtimallerinin yüksek olmasından

<sup>30</sup>Zorunlu unsur doktrini; hâkim durumda (genellikle doğal ya da yasal tekel) olan teşebbüsün sağladığı mal veya hizmeti kullanarak alt pazarlarda faaliyet göstermek isteyen teşebbüslerin, bu mal ya da hizmeti başka bir yerden sağlaması mümkün olmayan hallerde, hâkim işletmenin bu mal veya hizmeti sağlama yükümlülüğünü ifade eder. Bkz. ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ekin Kitabevi, İstanbul 2015, s. 195.

<sup>31</sup>4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, m.6

<sup>32</sup>Avrupa Birliği Rekabet Komisyonu'nun bu konuda vermiş olduğu kararlar: GDF Foreclosure Case Comp/39386; GDF Foreclosure Case Comp/39316; RWE Gas Foreclosure Case Comp/39402; BEH Electricity Case Comp/38767

kaynaklanmaktadır. Özellikle üretim ve elektrik tedariki gibi piyasa faaliyetleri gerçekleştiren şirketlerle aynı ana şirkete bağlı olan dağıtım şirketlerinin sahip oldukları tekel gücünü kendi ana şirketleri lehine kullanmaları söz konusu olabilir. Bu noktada Elektrik Enerjisi Lisans Yönetmeliği (Lisans Yönetmeliği) dağıtım şirketlerinin hak ve yükümlülüklerini düzenlemiş ve bahsi geçen şirketlere bir takım sorumluluklar yükleyerek piyasadaki rekabet ortamını korumaya çalışmıştır. İlgili yönetmeliğin 33. maddesine göre; dağıtım şirketleri tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına, özellikle kendi faaliyet bölgelerinde perakende satış ile iştirak eden teşebbüslere, eşit davranmakla ve ayrımcılık yapmaksızın hizmet sunmakla yükümlüdür. Ayrıca, dağıtım şirketleri serbest tüketicilerin tercih etmeleri için herhangi bir tedarikçiyi öne çıkaramayacakları gibi serbest tüketicilerin sağlayıcı değiştirmeye karar vermeleri halinde gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Tüm bu hükümler dağıtım şirketlerinin rekabete açık pazarlarda faaliyet gösteren tedarik lisansı sahibi şirketler arasında bulunabilecek bağı kötüye kullanmalarını, tedarik pazarındaki rekabeti ortadan kaldıracı davranışlar içine girmemeleri için düzenlenmiştir. Zira 6446 s. EPK'nun benimsediği ayrıştırma modeline göre dağıtım şirketleri ile tedarik faaliyeti yürüten şirketler arasında kontrol ilişkisi bulunabilir. Bu ilişki ve ayrıştırma modeli aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde tartışılacaktır.

### **5. Toptan ve Perakende Elektrik Tedariki**

6446 s. Kanun toptan ve perakende satış faaliyetlerini elektrik enerjisi tedariki olarak tek tanımda toplanmıştır. Buna göre, tedarik lisansı sahibi şirketler ile üretim şirketleri toptan ve perakende satış faaliyetleri gerçekleştirebilirler<sup>33</sup>.

Elektrik enerjisinin toptan satışı, başka bir ifade ile tekrar satış için satışı, hem özel sektör şirketleri hem de kamu şirketleri tarafından yapılabilir. Lisans Yönetmeliği'nin 34. maddesinin 7. fıkrasında TETAŞ'ın tedarik lisansı sahibi olduğu ve böylece devletin toptan satış pazarında TETAŞ eliyle faaliyet gösterdiği belirtilmiştir. TETAŞ'ın sahip olduğu enerji alım satım yükümlülüğü kamu tarafından daha önce imzalanan uzun dönemli sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Bu yükümlülükler dışında TETAŞ EÜAŞ'tan ve elektrik üretim santrallerinden (özellikle Yİ-YİD-İHD santralleri) elektrik satın almakta ve aldığı bu elektriği görevli tedarik şirketlerine geri atmaktadır. TETAŞ tarafından görevli tedarik şirketlerine satılacak enerji miktarı her yıl Enerji Piyasası Kurulu tarafından belirlenir. Bu durum üretim ve toptan satış

---

<sup>33</sup> 6446 s. EPK m.10/1.



pazarlarında rekabet ortamının oluşmasını engeller niteliktedir. Zira alım garantili üretilen elektriğin TETAŞ aracılığıyla görevli tedarik şirketlerine satışı bağımsız enerji şirketlerinin toptan satış pazarındaki faaliyet alanını daraltmaktadır. Yİ-YİD-İHD santrallerine ilişkin alım garantili sözleşmeler yakın bir tarihte sona erecek olmakla birlikte nükleer santraller ve yerli kömürden elektrik üretimine izin verilmesi yeni alım garantilerini ortaya çıkaracaktır. Bu noktada alım garantilerinin mümkün mertebe kısa tutulması, piyasa şeffaflığının korunması, kamunun rolünün fiyat oluşumuna suni etkisinin azaltılması piyasadaki rekabetin gelişmesi açısından önem taşımaktadır<sup>34</sup>.

Perakende satış ise; elektriğin tüketicilere satışını ifade etmektedir. Aşağıda daha ayrıntılı belirtileceği gibi, 2013 yılından itibaren dağıtım şirketleri ile perakende satış yapan tedarik şirketleri arasında hukuki ayrışma sağlanmıştır<sup>35</sup>. Bundan böyle elektriğin perakende satışını dağıtım şirketleri değil görevli tedarik şirketleri gerçekleştirilir<sup>36</sup>. Perakende satış pazarında serbest olmayan tüketicilere görevli tedarik şirketleri tarafından tarife kapsamında<sup>37</sup> elektrik enerjisi satışı yapılırken, serbest tüketicilere görevli tedarik şirketleri veya bağımsız tedarik şirketleri tarafından elektrik satışı gerçekleştirilmektedir. Serbest tüketici limitinin aşağı çekilmesi ve elektrik piyasasındaki teorik açıklık oranının artmasıyla birlikte serbest tedarik şirketlerinin faaliyet alanı genişlemiştir. Fakat bu durum rekabetin gelişeceği anlamına gelmemektedir. Zira her serbest tüketici sağlayıcısını değiştirme eğiliminde değildir. Rekabet Kurumu'nun Elektrik Sektörü Araştırma Raporu'na göre 2014 yılında teorik piyasa

<sup>34</sup>Rekabet Kurumu, 'Elektrik Sektöründe Rekabet Hukuku Çalıştayı Sonuç Bildirgesi' 2016, Ankara, <https://www.google.com.tr/search?q=TRANSLAET&oq=TRANSLAET&aqs=chrome..69i57j0l5.1295j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8> (Erişim: 23.01.2018), s. 7

<sup>35</sup> Yüksek Planlama Kurulu'nun 18.05.2009 tarih ve 2009/11 sayılı Kararı ile "dağıtım, üretim ve perakende satış faaliyetlerini birlikte yürüten dağıtım şirketleri 1 Ocak 2013 tarihine kadar bu faaliyetlerini ayrıştırma ve bu tarihten sonra söz konusu faaliyetleri ayrı tüzel kişiler çatısı altında" sürdürmesi öngörülmüştür. [http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FArz\\_Guvenligi\\_Strateji\\_Belgesi.pdf](http://www.enerji.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBelge%2FArz_Guvenligi_Strateji_Belgesi.pdf), (Erişim 07.10.2017)

<sup>36</sup> 6446 s. EPK m.10/4.

<sup>37</sup> "Tarife; elektrik enerjisinin iletimi, dağıtım, satışı ve/veya kapasitenin kullanımı ve satışı ile bunlara dair hizmetlere ilişkin fiyatları, hükümleri ve şartları içeren düzenlemelerdir. (Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği m.4). Perakende satış fiyatı, görevli tedarik şirketleri tarafından serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik enerjisi ve/veya kapasite satışı için hazırlanan perakende satış tarifesine göre belirlenir. Perakende satış tarife görevli tedarik şirketi tarafından önerilir, Enerji Piyasası Kurulu tarafından onaylanır."

açıklık oranı yaklaşık olarak %70 iken, fiili piyasa açıklık oranı %35 civarındadır. Bu veriler göstermektedir ki tüketicileri serbest kılmak pazarda aktif rekabet ortamının oluşması için yeterli değildir<sup>38</sup>. Rekabetin sağlanması tüketicilerin bilinçlendirilmesine, tüketicilerin sağlayıcı değiştirenken karşılaştıkları geçiş maliyeti gibi zorlukların ortadan kaldırılmasına ve yerleşik tedarik şirketlerin dağıtıcı şirketlerle aynı ekonomik bütünlük içerisinde olmalarından elde ettikleri menfaatleri temin edememelerine bağlıdır<sup>39</sup>.

Elektrik sektöründe pazar yapısının incelenmesinden sonra tartışılması gereken konu sektörde faaliyet gösteren şirketlerin dikey bütünlük yapısını değiştiren dikey ayrıştırmanın ne olduğu, önemi ve Türkiye’de nasıl bir dikey ayrıştırma politikası izlenmiştir.

### C. Elektrik Pazarında Regülasyon ve Dikey Ayrıştırma

Regülasyon, başka bir ifade ile sektöre özgü düzenleyici kurallar, bir teşebbüsün faaliyetlerinin devlet tarafından kontrol edilmesi anlamına gelmektedir. Devletin oluşturduğu bu kontrol, kanunlar, kararnameler, yönetmelik ve tebliğler aracılığı ile sağlanmaktadır. Doktrindeki hâkim görüşe göre enerji pazarında regülasyona ihtiyaç duyulmasının iki önemli sebebi mevcuttur. Bu sebepler; doğal tek el işleticilerinin fiyatları arttırmak veya müşterileri arasında ayrımcılık yapmak suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullanmalarına engel olmak ve pazar oyuncularını devletin umulmadık karar ve davranışlarından korumaktır<sup>40</sup>. Dünyada ve Türkiye’de enerji pazarlarının liberalleşme süreçleri esnasında izlenen politika rekabete açılacak hizmetlerin rekabete açılması, diğer hizmetlerin ise sektöre özgü düzenleyici kurallar ile regüle edilmesidir. Elektrik sektörünün rekabete açılması sürecinde özellikle dikkate alınması gereken noktalar pazar gücünün kötüye kullanılmasının engellenmesi<sup>41</sup>,

<sup>38</sup> Rekabet Kurumu, Elektrik Toptan ve Perakende Satış Sektör Araştırması, 2015 Ankara, s.32

<sup>39</sup> Rekabet Kurumu, Elektrik Sektöründe Rekabet Hukuku Çalıştayı Sonuç Bildirgesi, 2016, Ankara, s. 2

<sup>40</sup> NAPAL, Rabindra / JAMASB, Tooraj: “Caught between Theory and Practice: Government, Market and Regulatory Failures in Electricity Sector Reforms, CWPE 1309, 2014, <http://www.econ.cam.ac.uk/research-files/repec/cam/pdf/cwpe1308.pdf> (Erişim: 23.01.2018)

<sup>41</sup> Bu aşamada devreye Rekabet Hukuku kurallarının girmesi kaçınılmazdır. 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesi hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamış, bu amaçla “rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni girişlerin engellenmesi halinde” idari para cezası uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.

iletim ve dağıtım şebekeleri için rekabet modelleri oluşturulması<sup>42</sup>, dikey ayrıştırmanın benimsenmesi ve serbest tüketici limitinin sıfırlanmasıdır<sup>43</sup>. Dolayısıyla dikey ayrıştırma elektrik pazarının regüle edilmesi ve rekabete açılması noktasında göz ardı edilemez bir öneme sahiptir.

Dikey ayrıştırma genel olarak üretim, dağıtım gibi elektrik piyasası hizmetlerinin birbirinden ayrılmasıdır<sup>44</sup>. Elektrik pazarı özelinde dikey ayrıştırma ise ister özel ister kamu hukuku tüzel kişisi olsun bir ticari şirket grubundaki üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin birbirinden ayrılmasıdır<sup>45</sup>. Dikey ayrıştırma aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin ayrımcılık yapmasını ve/veya çapraz sübvansiyonu engellemesi açısından önemlidir<sup>46</sup>. Başka bir deyişle elektrik pazarında regülasyonun başarılı olabilmesi için rekabete uygun olan elektrik tedariki ve üretimi faaliyetlerinin doğal tekel özelliğine sahip olan iletim ve dağıtım faaliyetlerinden ayrıştırılması gerekmektedir. Fakat tek başına ayrıştırma yeterli değildir, ayrıca piyasanın tüm faaliyet alanlarının uyumlu ve koordineli bir şekilde çalışması sağlanmalıdır. Bu noktada rekabet ortamı içinde serbest piyasa faaliyeti yürüten teşebbüsler ayrımcılığa maruz kalmadan doğal tekel niteliğindeki iletim ve dağıtım şebekelerini kullanabilmeleri sağlanmalıdır.

### 1. Dikey Ayrıştırmanın Önemi

Genel olarak elektrik sektöründe, doğal tekel niteliğindeki elektrik iletim ve dağıtım birimleri ile alt ve üst pazarlarda rekabetçi niteliğe sahip birimler dikey bütünleşik olarak yer alır. Böyle bir yapı içerisinde iletim ve dağıtım şebekelerindeki tekel gücünü alt ve üst piyasa faaliyetlerinde avantaja çevirmek amacıyla hareket eden teşebbüslerin varlığı kaçınılmazdır.

İletim ve dağıtım şebekelerini ellerinde bulunduran hâkim elektrik teşebbüslerinin oluşturduğu en yaygın pazara giriş engeli rakiplerinin

<sup>42</sup>İletim ve dağıtım faaliyetleri doğal tekel niteliğinde olduklarından şebekelerin kullanımının rekabete açılabilmesi için şebekelerin işletilmesinin bir forma sokulması gerekmektedir. Bu amaçla şebekeye erişim modeli, tek alıcı modeli ve havuz modeli gibi modeller ortaya konmuştur. Makalenin konusu ve kapsamı gereği bu modellerle ilgili tartışma yapılmayacaktır. Bkz. DEVİR, Kenan: Türk Elektrik Piyasası İşleyişi, 1. Bası, Dora Basım-Yayım, Bursa 2017, s. 71

<sup>43</sup> AKCOLLU, s.18

<sup>44</sup> Rekabet Terimleri Sözlüğü s.63

<sup>45</sup> EROĞLU, s. 113

<sup>46</sup>YAVUZ, Mustafa: “Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayrıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C.8 S.4, 2008, s. 40

şebekelere erişimini kısıtlamaları veya engellemeleridir<sup>47</sup>. Üretim veya tedarik pazarlarında rekabetin sağlanıp korunabilmesi için bu pazarlardaki pazar oyuncularının iletim ve/veya dağıtım gibi şebeke hizmetlerinden adalete uygun ve eşitlikçi bir anlayışla uygun fiyatlarla yararlanması gerekmektedir<sup>48</sup>. Aksi halde pazarın yeni teşebbüslere açılarak rekabetin oluşması veya gelişmesi söz konusu olamaz.

Şebekeyi kontrolünde bulunduran teşebbüslerin uygulayabileceği tarife ve fiyat ayrımcılığı sektörü düzenleyen regülatif düzenleyici kurullarla engellenebilirken tarife ve fiyat ayrımcılığı dışında uygulamada karşımıza çıkan ayrımcı davranışlar regülatif kurullar ile sınırlandırılmamaktadır. Bilgi akışında ayrımcılık, hizmetin geç ifası, karmaşık sözleşme hükümleri, yüksek tutarlı banka garantilerinin talep edilmesi gibi davranışlar bunlara örnek gösterilebilir<sup>49</sup>.

Şebeke faaliyetleri ile piyasa faaliyetleri arasındaki çıkar çatışması bütünlük yapıdaki elektrik teşebbüslerinin stratejik olarak iletim ve/veya dağıtım hatlarına yatırım yapmaktan kaçınmasına (*strategic underinvestment*)<sup>50</sup>, mevcut üretim kapasitelerini tam kullanmamasına (*capacity withholding*)<sup>51</sup>, çapraz sübvansiyon gibi yollara başvurmaya neden olabilir. Bu davranışlar ile elektrik teşebbüsleri potansiyel rakiplerini pazar dışına itebilir, tedarik edecekleri elektrik enerjisinin fiyatının yükselmesini sağlayabilir ve yüksek kar getiren pazar faaliyetlerinden elde ettikleri ekonomik gücü diğer faaliyetlerin yürütülmesi için kullanabilirler<sup>52</sup>.

Dikey ayrıştırma yukarıda saydığımız pazar aksaklıklarının oluşmasının önüne geçilmesini sağlayacak en önemli araçlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira piyasa faaliyetleri ile yapısal bağı kalmayan iletim ve/veya dağıtım hattı şirketleri şebeke faaliyetlerine

<sup>47</sup> DG Competition Report on Energy Sector Inquiry 10 January 2007 SEC(2006) 1724, para.497

<sup>48</sup> ŞAHİN, s. 4

<sup>49</sup> POLLITT Michael: “The Arguments For and Against Ownership Unbundling of Energy Transmission Networks”, CWPE 0730 ve APRG 0714 <https://econpapers.repec.org/paper/camcamdae/0737.htm> (Erişim, 07.10.2017); ŞAHİN, s. 65

<sup>50</sup> Avrupa Birliği Rekabet Komisyonu’nun verdiği ENI Kararı stratejik olarak üretim kapasitesinin azaltılmasına örnek gösterilebilir. (Commission Decision Case COMP/39315).

<sup>51</sup> Avrupa Birliği Rekabet Komisyonu’nun verdiği E.ON- German Electricity Wholesale Market Kararı stratejik olarak üretim kapasitesinin azaltılmasına örnek gösterilebilir. (Commission Decision Case COMP/39388).

<sup>52</sup> AKCOLLU, s. 37

odaklanacak, şebeke kapasitelerini arttırmak için gerekli yatırımları zamanında hayata geçirecek ve piyasa oyuncuları arasında ayırım gözetmeyeceklerdir<sup>53</sup>.

## 2. Dikey Ayrıştırma Modeller

Dikey ayrıştırma en basitten en karmaşığa kadar farklı seviyelerde oluşturulabilir. *Muhasebe ayrıştırması* dikey ayrıştırma modelleri arasında en basit model olarak karşımıza çıkmaktadır. Muhasebe ayrıştırmasına göre; dikey bütünlük yapıdaki teşebbüslerin iletim ve dağıtım faaliyetlerine ilişkin ayrı muhasebe kaydı tutmaları yeterlidir. Bu modelde amaç şebeke faaliyetleri ile piyasa faaliyetleri arasında ayrı muhasebe oluşturularak maliyet ve kar/zarar aktarımlarını içeren çapraz sübvansiyonun önüne geçmektir.

Diğer bir model *yönetim ayrıştırmasıdır*. Buna göre, şebekeyi yöneten birim, şebekenin işletilmesi, yönetici ve çalışanların atanması konularında dikey bütünlük yapıdan bağımsız hareket edebilir.

*Organizasyonel ayrıştırma* dikey ayrıştırmayı yönetim ayrıştırmasından bir seviye daha ayrıntılı düzenlemektedir. Organizasyonel ayrıştırmanın hedefi iletim ve dağıtım faaliyetlerinin ana şirketin diğer faaliyetlerinden bağımsız olarak yürütülmesini sağlamaktır. Bu hedef gerçekleşebilmesi için, gerekli olan finansal ve fiziksel kaynaklar ile insan kaynağı şebeke birimine sağlanmalıdır. Bu modelde önemli olan şebeke faaliyetleri ile piyasa faaliyetleri arasında Çin Seddi örülmesidir. Böylece bölümler birbirleri ile önemli bilgileri paylaşamayacak ve üçüncü kişilere ayrımcılık yapılamayacaktır<sup>54</sup>.

Başka bir model olan *hukuki ayrıştırmada* ise dikey bütünlük yapıdaki teşebbüsün her faaliyetinin farklı tüzel kişilikler tarafından yürütülmesi amaçlanmaktadır. En katı uygulanan ayrıştırma modeli ise *mülkiyet ayrıştırmasıdır*. Buna göre, her faaliyeti gerçekleştiren tüzel kişilikler farklı mülkiyet ilişkisi içerisinde olmalıdır. Başka bir ifade ile piyasa faaliyetleri ile şebeke faaliyetlerini gerçekleştiren kimseler ortak mülkiyet ilişkisi içerisinde yer almamalıdır. Böylece faaliyetler arasındaki bütünlük yapı tamamıyla ortadan kaldırılacaktır<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> OECD, “Report on Structural Separation”, OEAC Journal: Competition Law and Policy, (2006) Vol.8(2), s.12-21; BEARD Randolph / KASERMAN David / MAYO John: “Regulation, Vertical Integration and Sabotage”, The Journal Industrial Economics, (2001) Vol.9(3), s. 331

<sup>54</sup> AKIN İrfan: “Enerji Direktiflerinde Ayrışma”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.8 S.1/208, s.26

<sup>55</sup> EROĞLU, s. 115

Hukuki ayrıştırmanın çeşitleri olarak tanımlanabilecek olan ve sıklıkla Avrupa Birliği üye ülkeleri arasında uygulama sahası bulan iki farklı modelden daha bahsetmek gerekmektedir. Bunlar *bağımsız iletim operatörü* (BİO) ve *bağımsız sistem operatörü* (BSO) modelleridir. BİO ve BSO modelleri aşağıda ayrıntılı bir şekilde tartışılacağından burada sadece isimlerinin zikredilmesiyle yetinilecektir.

Dikey ayrıştırma modellerine ve modellerin uygulanma şekline bakıldığında dağıtım şebekelerine kıyasla iletim şebekelerinin daha kapsamlı bir şekilde ayrıştırmaya tabi tutuldukları göze çarpmaktadır. Bunun gerekçesi olarak; şebeke kısıtlarının daha çok iletim hatlarında ortaya çıkması, rekabet sorunlarının ekseriyetle iletim hatlarına erişim verilmemesinden kaynaklanması, yatırımların iletim şebekelerinde sekteye uğraması ve arz güvenliğinin daha çok iletim şebekeleriyle ilişkilendirilmesi gösterilebilir. Bununla birlikte, dağıtım şebekesinin nihai tüketiciyle ilişki içerisinde olduğu, görevli tedarik şirketlerinin tedarikçi seçiminde serbest tüketiciyi etkileyebileceği, tedarikçi değişimi sırasında yaşanan sorunların çoğunlukla dağıtım şirketinin ortaya çıkardığı problemlerden kaynaklandığı ve dağıtım şirketleri tarafından rakip tedarikçilere ayrımcı davranılabileceği unutulmamalıdır<sup>56</sup>. Bundan dolayı etkili bir ayrıştırma modeli hem iletim şebekeleri hem de dağıtım şebekeleri için hayata geçirilmelidir.

### 3. Türkiye Elektrik Pazarında Dikey Ayrıştırma

Yukarıda değinildiği gibi, serbestleşme sürecinin başlamasından evvel, Türkiye’de elektrik piyasası faaliyetleri dikey bütünleşik yapıdaki TEK tarafından yürütülmekteydi. Yeniden yapılandırılma süreciyle birlikte, elektrik piyasasında farklı seviyelerinde faaliyet göstermek üzere

<sup>56</sup>Dikey ayrıştırmanın perakende satış pazarında rekabetin sağlanması ve devam ettirilebilmesi açısından önemi su götürmez bir gerçektir. Bu konuyla ilgili doktrinle önemli tartışmalar mevcuttur. Perakende satış pazarında rekabetin verimli bir şekilde işlemesi toptan satış pazarını ve üretim pazarındaki rekabetin tesisini de etkileyecektir. Dağıtım faaliyetlerini yürüten teşebbüsler ile perakende satış faaliyetlerini yürüten teşebbüsler arasındaki bağ, dağıtım şirketlerinin alt pazardaki rakiplerine karşı ayrımcılık yapmasını, serbest tüketicilerin sağlayıcı değiştirmesini zorlaştırıcı davranışlar içerisine girmesini körükleyecektir. Bkz. ÖZBUĞDAY, Fatih Cemil: “Enerji Piyasalarında Dikey Ayrıştırma ve Perakende Satış Rekabet” <http://www.tenva.org/enerji-piyasalarinda-dikey-ayrıştırma-ve-perakende-satis-rekabeti/> (Erişim: 05.12.2017); ŞAHİN, Selen Yersu: “Elektrik Dağıtım ve Tedarik Şirketlerine Rekabet Soruşturması”, <https://pazarlardanhaberler.com/2016/08/10/elektrik-dagitim-ve-tedarik-sirketlerine-rekabet-sorusturmasi/> (Erişim: 15.12.2017). Ayrıca bu konuyla ilgili olarak verilmiş Rekabet Kurulu kararı için Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, Dosya sayısı 2014-1-84, Karar sayısı 14-47/860-390, Karar tarihi 03.12.2014

devlet eliyle kurulan kamu iktisadi teşekkülleri dikey ayrıştırmanın ilk adımı olarak gösterilebilir<sup>57</sup>. Günümüzde ise 6446 s. EPK hem iletim hem dağıtım faaliyetleri için hukuki ayrıştırma modelini benimsenmiştir.

Yasal düzenlemeler ile iletim faaliyetlerinin tamamı TEİAŞ bünyesinde ve kamu tekelinde bırakılmıştır. Böylece üretim ve tedarik faaliyetleri gerçekleştiren kamu şirketleri ile TEİAŞ arasında hukuki ayrıştırma sağlanmıştır. Hedeflenen özelleştirmelerin tamamının gerçekleştirilmesiyle, başka bir deyişle devletin elektrik üretimi ve tedarikindeki payı ortadan kalktığına, iletim faaliyetleri ile piyasa faaliyetleri arasında mülkiyet ayrıştırması hayata geçecektir. Bununla birlikte mevcut sistemde kamu hukuku tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin rekabet içinde olduğu bir düzende TEİAŞ'ın, kamu şirketleri lehine ayrımcılık yapma riski her zaman mevcuttur. Bu riskin bertaraf edilebilmesi için iletim şebekelerinin rekabetin korunması ve geliştirilmesi hedeflerine sadık kalınarak yönetilmesi gerekmektedir. Bu yönetim anlayışının kabul görmesi ve tehlikeye düşmemesi açısından TEİAŞ'ın bağımsız bir kamusal birim tarafından kontrol edilmesi tavsiye edilebilir<sup>58</sup>.

Dağıtım faaliyetleri için ise, EPDK'nın 4019 sayılı Kararı neticesinde, 2013 yılından itibaren hukuki ayrıştırma modeli uygulanmaya başlanmıştır. Kararın 4. maddesinde “dağıtım şirketleri, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerini (...) ayrı tüzel kişiler altında yürütürler” denilmektedir. Bununla birlikte aynı kararda dağıtım şirketleri ile piyasa faaliyeti yürüten üretim ve/veya tedarik şirketleri arasında kontrol ilişkisinin mevcut olabileceği belirtilmektedir<sup>59</sup>. Buna göre, dağıtım şirketleri ile üretim ve/veya tedarik şirketleri aynı ekonomik bütünlük içerisinde faaliyet gösterebilir.

Kontrol ilişkisinin mevcudiyeti göz önünde bulundurulduğunda, tedarik ve dağıtım faaliyetlerinin ayrı tüzel kişilikler altında yürütülmesi,

<sup>57</sup> Türkiye Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ) ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) oluşturulması.

<sup>58</sup> ATİYAS, İzak: Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, 1. Bası, TESEV Yayınları, İstanbul 2006, s. 66; TEİAŞ, EÜAŞ ve TETAŞ gibi elektrik piyasası oyuncuları ile birlikte Enerji Bakanlığı'nın ilgili kuruluşlar listesindedir.

<sup>59</sup> “Kontrol: Bir tüzel kişi üzerinde ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukukten belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan hakları, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir tüzel kişinin malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir tüzel kişinin organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan hakları veya sözleşmelerle meydana getirilen hakları ifade etmektedir.” (6446 s. EPK m.3(1)/r)

ayrımcılık riskinin tamamen ortadan kaldırılması veya dağıtım şirketlerinin, bağlı tedarik şirketlerinin ticari menfaatini düşünmeksizin hareket etmesini sağlaması açısından yeterli olmayacaktır. Bu noktada Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği bir takım sektörel düzenlemeler getirerek hukuki ayrıştırmayı pekiştirmeye çalışmaktadır. Bu düzenlemelere göre:

- Dağıtım lisansı olan teşebbüsler elektrik pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüslere doğrudan ortak olamaz veya dağıtım lisansı sahibi bu teşebbüslere ortaklık yapısında doğrudan pay sahibi olarak yer veremez.
- Görevli tedarik şirketleri ile dağıtım faaliyetiyle iştirak eden teşebbüslerin genel müdür yardımcıları, genel müdürleri ve yönetim kurulu üyeleri aynı kişilerden oluşamaz.
- Görevli tedarik şirketleri ve dağıtım lisansı olan teşebbüslerin genel müdür yardımcıları, genel müdürleri ve yönetim kurulu üyeleri belli başlı görevleri icra etmek üzere ana şirketin veya bu şirketin kontrolündeki şirketlerin yönetim kurulunda yer alamaz. Bu görevler, dağıtım ve perakende elektrik tedariki faaliyetlerini izlemek, yönetmek, koordine etmek ve denetlemekten ibarettir.
- Dağıtım faaliyeti yürüten teşebbüs ile görevli tedarik şirketi arasında bağ olduğu izlenimi verecek davranışlardan kaçınılır. Örneğin, bu teşebbüslerin logo, marka ve unvanları birbirlerinden farklı oluşturulmalıdır.
- Muhasebe, finans, hukuk, insan kaynakları gibi yönetim ve destek hizmetleri görevli tedarik şirketleri tarafından hizmet alımı yoluyla ya da kendileri tarafından oluşturulmak suretiyle karşılanabilir. Dağıtım lisansına sahip teşebbüsler bu tür hizmetleri ana şirketten ya ana şirketin kontrolündeki şirketlerden sağlayamazlar.
- Görevli tedarik şirketleri ile dağıtım faaliyeti yürüten teşebbüsler farklı bilgi sistemleri kullanmak ve fiili olarak işlerini farklı fiziksel ortamda yürütmek zorundalardır.

Tüm bu düzenlemelere rağmen mevcut hukuki ayrıştırma modelinin yeterli olmadığı Rekabet Kurumu tarafından vurgulanmıştır. Kurumun Elektrik Sektörü Araştırma Raporuna göre hukuki ayrıştırmanın etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için organizasyonel yapı ayrıştırılmalı, yönetsel bağımsızlık ve pazarda şeffaflık sağlanmalıdır. Bu kapsamda rapora göre, (i) şirketler fiziksel olarak birbirlerinden farklı yerlerde



bulunmalı ve bu durum EPDK tarafından kontrol edilmeli; (ii) şirketlerin kendilerine ait insan kaynağı ve finansal kaynağı mevcut olmalı; (iii) şirketler bağımsız hareket etmeli ve birbirlerinin karar alma süreçlerine müdahale edemeyecekleri garanti altına alınmalı; (iv) en önemlisi şirketler arası bilgi alış-verişi kesilmelidir<sup>60</sup>.

Son tahlilde mülkiyet ayrıştırması dışında hiçbir model ilgili şirketlerin birbirlerinden tamamen ayrılıp bağımsız hareket etmelerini sağlayacak nitelikte değildir. Bu nedenle, elektrik piyasasının serbestleşme ve rekabete açılma sürecinin nihai hedefine ulaşabilmesi için hem iletim faaliyetleri hem de dağıtım faaliyetleri piyasa faaliyetlerinden mülkiyet ayrıştırması modeli ile ayrılmalıdır. Böylece şirketler arasındaki bilgi alış-verişi kesilecek ve şirketlerin salt kendi faaliyet alanlarına yönelmesi, ayrımcı yaklaşımlardan uzaklaşması sağlanacaktır. Aşağıda göreceğimiz gibi Avrupa Birliği'nde mülkiyet ayrıştırma modeli yanı sıra BİO ve BSO modelleri getirilmiş olsa dahi Avrupa Birliği Rekabet Komisyonu (Komisyon) en etkin yöntemin mülkiyet ayrıştırması olduğunu işaret etmektedir.

## **II. Avrupa Birliğinde Enerji Pazarında Uygulanan Dikey Ayrıştırma Modelleri**

Enerji piyasası AB'nin kuruluşu aşamasında acilen müdahale edilmesi gereken bir alan olarak değerlendirilmezken, enerji politikalarının yıllar içerisinde değişmesi ve gelişmesi neticesinde 2009 yılında ortaya çıkan Lizbon Anlaşmasıyla enerji pazarı AB'nin gündemine oturmuştur.

AB enerji pazarının regüle edilmesi enerji piyasalarına yönelik olarak ortaya çıkarılan direktiflerle gerçekleştirilmiştir. Enerji paketleri olarak tabir edilen elektrik ve doğalgaz direktifleri üç ayrı nesilden oluşmaktadır. Birinci nesil enerji direktifleri 1996 ve 1998'de yayınlanmış ve böylece enerji pazarının serbestleşme sürecinde ilk adım atılmıştır<sup>61</sup>. Birinci nesil enerji paketinde enerji pazarının tümüyle serbestleşmesi söz konusu değildir fakat bazı asgari standartlarda yeknesaklık sağlanması amaçlanmıştır. Bahsi geçen direktiflerde yönetim ayrıştırılması düzenlenmiş ve farklı seviyelerde faaliyet gösteren dikey bütünleşik

<sup>60</sup> Rekabet Kurumu, Elektrik Toptan ve Perakende Satış Sektör Araştırması, Ocak 2015 Ankara, s. 89-92

<sup>61</sup> Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the Internal market in electricity [1996] OJ L 2720; Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the Internal market in natural gas [1998] OJ L 204/1

yapıdaki teşebbüslerin faaliyetleri arasında bilgi akışının engellenmesi Çin Seddi inşa edilmesi ile sağlanmıştır<sup>62</sup>.

İkinci nesil enerji paketi 2003 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>63</sup>. İkinci nesil enerji paketinin getirdiği önemli yenilikler arasında üçüncü kişilerin iletim ve dağıtım hatlarına erişiminin düzenlenmesi ve muhasebe/yönetim ayrıştırma seçeneklerine ek olarak hukuki ayrıştırmanın da direktiflerde yer alması olarak sayılabilir. Yeni düzenlemelere rağmen AB bünyesi içerisinde enerji pazarında ‘ideal’ rekabet seviyesine ulaşılamamış<sup>64</sup> ve pazarın aksayan yönlerini ortaya çıkarmak amacıyla Komisyon tarafından 2007 yılında enerji sektörü ilerleme raporu yayımlanmıştır<sup>65</sup>. Komisyon’un raporuna göre enerji pazarında meydana gelen aksaklıkların nedenlerinden biri dikey bütünleşik yapıda faaliyet gösteren teşebbüslerdir. Çünkü bu teşebbüsler pazar paylarını korumak adına rekabete açık üretim, toptan satış ve perakende satış pazarlarına yeni girişleri engellemek için iletim hatlarına üçüncü kişilerin erişimini engellemekte ve iletim şebekelerine yapılması gereken yatırımları yavaşlatmaktadır<sup>66</sup>. Rapor dikey bütünleşik yapının ortadan kaldırılması için kullanılacak en etkin yöntemin mülkiyet ayrıştırması olduğunu açıkça belirtmiştir<sup>67</sup>.

Komisyon’un yayımladığı enerji sektörü ilerleme raporu ışığında üçüncü enerji paketi 2009 senesinde yürürlüğe girmiştir<sup>68</sup>. Üçüncü nesil enerji paketinin en önemli amacı şebekeye erişim konusunda pazar oyuncuları arasında ayrımcılık yapma güdüsünü doğuran dikey bütünleşik şirket yapısının tamamen ortadan kaldırılmasını sağlayacak bir ayrıştırma yöntemi benimsemek ve bu yöntemin verimli bir şekilde uygulanmasını

---

<sup>62</sup>CAMERON, Peter: Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 348

<sup>63</sup>Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the Internal market in electricity [2003] OJ L 176/37; Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the Internal market in natural gas [2003] OJ L 176/57

<sup>64</sup> Commission, ‘Making the internal market work’ COM(2012)663 final, s. 2

<sup>65</sup> DG Competition Report on Energy Sector Inquiry 10 January 2007 SEC(2006) 1724

<sup>66</sup> DG Competition Report on Energy Sector Inquiry 10 January 2007 SEC(2006) 1724, para.497

<sup>67</sup> DG Competition Report on Energy Sector Inquiry 10 January 2007 SEC(2006) 1724, para. 155, 156, 157

<sup>68</sup>Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the Internal market in electricity [2009] OJ L 211/55; Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council concerning common rules for the Internal market in natural gas [2009] OJ L 211/94

sağlamaktır<sup>69</sup>. Bu hedef ışığında direktifler üç alternatif ayrıştırma yöntemi öngörmüşlerdir. Bunlar mülkiyet ayrıştırması, BSO ve BİO'dur.

Üçüncü nesil enerji paketinde benimsenen mülkiyet ayrıştırması modeline göre, iletim faaliyeti gerçekleştiren her teşebbüs iletim sistem operatörü olarak tanımlanacak ve aynı kişiler hem iletim sistem operatörlerini hem de üretim ve enerji tedariki faaliyetlerini gerçekleştiren teşebbüsleri doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol altında tutamayacaklardır. Buna ek olarak, üretim veya enerji tedariki pazarında faaliyet gösteren bir teşebbüsü kontrol eden kişiler, iletim sisteminin ya da iletim sistem operatörünün yönetim kurulu, denetim kurulu veya teşebbüsü temsil kabiliyetini haiz organlarına üye olamayacaklardır. İlave olarak, bir kişi aynı anda hem üretim ve enerji tedarik faaliyetleri gösteren bir teşebbüsün hem de bir iletim sistem operatörünün denetim kurulu, yönetim kurulu ve temsil yetkisine sahip organının üyesi olamayacaktır.

Üçüncü enerji paketinin öngördüğü BSO ayrıştırma modeline göre, iletim sisteminin mülkiyeti dikey bütünlük yapıda kalmakla birlikte sistem işletimi dikey bütünlük yapıdan bağımsız bir işleticiye ait olmaktadır. Bağımsız işletici ile üretim ve tedarik faaliyeti gösteren teşebbüsler arasında kontrol ilişkisi bulunmamalıdır. Ayrıca, bağımsız işleticinin yönetim ve denetim organlarına üye olan veya üye atayan kişiler üretim ve tedarik faaliyeti gösteren teşebbüslerde aynı görevi icra ediyor olamazlar. Bununla birlikte, sistemin işletimi için gerekli finansal güç, insan kaynağı, teknik ve fiziksel ihtiyaçlar sistem işleticinin kontrolünde olmalıdır. BSO üçüncü kişilerin şebekeye erişimi, yatırım planlaması gibi konularda söz sahibi iken bunların hayata geçirilmesi için gerekli olan bilginin ve finansal desteğin verilmesi görevi şebeke malikine aittir.

Üçüncü nesil enerji paketinde öngörülen son seçenek BİO ayrıştırma modelidir. Burada da BSO'da olduğu gibi iletim sisteminin mülkiyeti dikey bütünlük yapıya aittir fakat iletim sistemi aynı mülkiyet ilişkisi içerisinde başka bir kişi tarafından işletilir. Burada iletim sistemi ile üretim ve tedarik faaliyetleri arasındaki bağı koparacak olan unsur BİO'nun faaliyetlerini yürütebilmesi için ihtiyaç duyduğu tüm kaynakların kendisine tahsis edilmesi ve böylece dikey bütünlük teşebbüse ait hizmet ve personel kaynaklarına ihtiyaç duymamasıdır.

<sup>69</sup> LOWE, Philip: "Effective Unbundling of Energy Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry" Competition Policy Newsletter No.1, 2007 [http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007\\_1\\_23.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_1_23.pdf) (Erişim: 18.12.2017); ŞAHİN, s. 16

BİO'nun denetim kurulu günlük faaliyetleri yerine getirecek personeli görevlendirecektir, böylece ana şirket ile BİO arasında personelden doğan bağ kırılmış olacaktır. İletim sisteminin dikey bütünleşik yapıdan bağımsız işletilebilmesi için BİO'nun ihtiyaç duyduğu finansal kaynak ivedilikle sağlanmalıdır. Ayrıca BİO kurumsal kimliği, markası, iletişim adresi, kullandıkları bilgi teknolojileri sistemleri ve cihazları, güvenlik sistemleri dikey bütünleşik yapıdan farklı olmalıdır.

Üçüncü nesil enerji paketi dağıtım şebekelerinin dikey bütünleşik yapıdan ayrıştırılması için hukuki ayrıştırma yöntemini benimsemiştir. Buna göre, dağıtım hatları dikey bütünleşik teşebbüslerin mülkiyetinde yer alsa bile ayrı bir tüzel kişilik tarafından işletilecektir. Dağıtım şebekelerinin diğer faaliyetlerden ayrıştırılması, dağıtım sistem operatörlerinin diğer piyasa faaliyetlerinin günlük işlerine iştirak etmemesi, yönetim kadrolarının birbirlerinden farklı olması, şebeke işletimi ile ilgili kararların bağımsızca alınması ve işletim gerekli kaynakların tahsisi edilmesi ile gerçekleşecektir. Ana şirket sadece yıllık finansal planı onaylama ve dağıtım şirketinin borçlarına üst limit getirme gibi yetkilerle donatılmıştır. Ayrıca dağıtım şirketi iletişim bilgileri ve marka olarak ana şirketten ayrıştırılmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, enerji direktifleri şebeke sahiplerinin hukuki düzenlemelere uyup uymadıklarını denetleme görevini hem rekabet otoritelerine hem de düzenleyici denetleyici kurumlara vermiştir.

#### **A. Avrupa Birliği Rekabet Komisyonu'nun Cez Kararı**

Avrupa Birliği'nde ilginin enerji pazarına yönelmesiyle birlikte elektrik pazarında başlatılan rekabet soruşturmaları 2000li yılların başından itibaren hız kazanmaya başlamıştır. Fransa<sup>70</sup>, Almanya<sup>71</sup> ve İspanya'daki<sup>72</sup> dev enerji şirketlerinden sonra Komisyon dikkatini uluslararası rakiplerine göre daha küçük fakat ulusal pazarlarda hâkim durumdaki enerji teşebbüslerine çevirerek Bulgaristan<sup>73</sup> ve Çek pazarlarına<sup>74</sup> yönelik rekabet soruşturmaları açmıştır. Aşağıda incelenecek olan kararda bahsi geçen enerji teşebbüsü CEZ, Çek elektrik pazarında faaliyet gösteren, devlet kontrolünde olan ve dikey bütünleşik

---

<sup>70</sup> GDF Foreclosure Case Comp/39386, GDF Foreclosure Case Comp/39316,

<sup>71</sup> RWE Gas Foreclosure Case Comp/39402, E.ON German Electricity Balancing Market Case Comp/39389, E.ON German Electricity Wholesale Market Case Comp/39388,

<sup>72</sup> Gas Natural Case Comp/37542

<sup>73</sup> BEH Electricity Case Comp/38767

<sup>74</sup> CEZ Case Comp/39727

yapıya sahip bir teşebbüstür. Kararda Komisyon CEZ'in elektrik pazarında sahip olduğu hâkim durumu kuvvetlendirmek için pazardaki rekabeti ortadan kaldırıcı davranışlar içerisine girdiğini ve sonuç olarak pazara yeni oyuncuların girmesini engellediğini, ayrıca elektrik toptan satış fiyatının artmasına neden olduğunu belirtmektedir.

Kararın ayrıntılarına geçmeden önce Çek elektrik pazarına ayrıntılı olarak bakmak faydalı olacaktır. İlgili pazarda iletim faaliyetleri hukuki ayrıştırma modeli ile diğer faaliyetlerden ayrılmış, iletim şebekesinin işletilmesi devlet kontrolünde olan CEPS isimli teşebbüse bırakılmıştır<sup>75</sup>. Elektrik üretimi, tedariki ve dağıtım pazarlarında ise kamu teşebbüsü olan CEZ hâkim durumdadır. CEZ kendi mülkiyetinde bulunan nükleer santraller ve linyit kömürü rezervleri sayesinde elektriği düşük maliyetlere üretilen elektriğin toptan satışını gerçekleştirme ve Çek Cumhuriyeti'ndeki en geniş dağıtım hattının işletmeciliğini elinde bulundurarak perakende elektrik satışı yapmaktadır. Komisyon, CEZ'in hâkim durumda olduğunu üç unsur ile ileri sürmektedir. Bunlar; elektrik toptan satış pazarının yapısı, CEZ'in dikey bütünleşik yapısı ve sahip olduğu elektrik üretim araçları ve son olarak pazara giriş engellerinin mevcut olmasıdır.

Komisyonun soruşturma raporuna göre, CEZ elektrik üretim ve toptan satış pazarlarına yeni teşebbüslerin girmesini engellemek amacıyla iletim hattı kapasitesini daha sonra kullanılmak üzere sistem kullanım sözleşmesi ile kendisine tahsis edilmesini sağlamıştır. CEZ linyit ve gaz yakıtlı termik santrallere yaptığı yeni yatırımları sözleşmeye gerekçe olarak göstermiştir. Fakat Komisyon yaptığı incelemede sözleşme ile yapılan yatırımların uyuşmadığını ortaya koymuştur. Komisyonun raporuna göre, CEZ, ileri sürdüğü yatırımı gerçekleştirecek miktarda linyit kömürünü elde edecek durumda değildir. Ayrıca sözü edilen doğalgaz termik santrali CEZ'in büyüme politikası ile örtüşmemektedir. Buna ek olarak, sistem kullanım sözleşmesi santral yatırım planının ileri sürülmesinden önce yapılmıştır. Sonuç olarak, CEZ'in potansiyel rakipleri tarafından kullanılabilir olan iletim hattı kapasitesi CEZ'in kullanımı için ayrılmış ve pazara girişler engellenmiştir.

<sup>75</sup> O'DONELL, Earle: Electricity Regulation in 27 Jurisdictions Worldwide 2013, Law Business Research Ltd., London 2013, s. 43; Çek Cumhuriyeti Enerji Kanunu No.458/2000 (CR); CEZ'in %70 hissesi kamuya aitken CEPS tamamı kamuya aittir ve Endüstri ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Bkz. <http://www.cez.cz/en/cez-group/cez-group.html> ve <http://www.ceps.cz/ENG/O-spolecnosti/Pages/Akcionari.aspx> accessed 12/04/2014 Erişim:19.10.2017

Tüm bunlara ilaveten Komisyon iletim hatlarını elektrik üreticileri için vazgeçilmez bir girdi olarak tanımlamaktadır. Zira üretilen elektrik iletim hatlarına enjekte edilmeli ve her üretim santrali bir bağlantı noktasından iletim hattına bağlanmalıdır. Bağlantı noktasının üretim tesisinde uzaklaşması hem yatırım maliyetlerini hem de elektrik kayıplarını arttıracaktır. İletim hattına yapılacak bağlantının iletim hattı işletmecisi tarafından engellenmesi elektrik pazarına girişi geciktirecek ve pazara giriş engeli oluşturacaktır. Somut olayda buna örnek bir durum yaşanmıştır. İletim hattı işletmecisi, CEZ'in potansiyel rakibine ait linyit yakıtlı termik santralin iletim hattına bağlantı talebini kapasite yetersizliği nedeniyle reddetmiş böylece CEZ'e rakip olacak bir teşebbüsün üretim ve toptan satış pazarına girmesi engellenmiştir.

Soruşturma raporunu alan CEZ soruşturmanın taahhüt mekanizması ile sonlandırılması için Komisyona uygulanabilecek taahhütleri sunmuştur<sup>76</sup>. Buna göre, CEZ sahip olduğu üretim santrallerinin bir kısmını kendisinin kontrolünde olmayan başka bir teşebbüse satmayı ve on yıl boyunca satılan üretim faaliyetlerini kontrol etmesini sağlayacak mekanizmaları elde etmeyeceğini taahhüt etmiştir. Dönemin Rekabet Komiseri soruşturmanın üretim tesislerinin mülkiyetinin değişmesi ile sonuçlanmasını rekabetin pekişmesi ve elektrik fiyatlarının düşmesi sonucunu doğuracağı için memnuniyetle karşılamıştır<sup>77</sup>.

Rekabet soruşturmasının üretim tesislerinin mülkiyetinin el değiştirilmesi ile sonuçlanması mevcut problemin asıl kaynağını tespit etmekte yetersiz kalmıştır. Elektrik pazarın somut olaydaki gibi rekabet sorunlarının çıkmasının temel kaynağı kamu teşebbüsünün üretim, toptan satış ve dağıtım faaliyetlerinde bulunurken iletim hatlarının yine kamu kurumunca işletiliyor olmasıdır. Bu eksikliğe rağmen Komisyon'un vermiş olduğu karar Türkiye tarafından dikkate alınması gereken bir karar niteliğine sahiptir.

<sup>76</sup> Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'na göre Komisyon tarafından yürütülen rekabet soruşturmaları taahhüt yolu ile sonlandırılabilir. Bunun için soruşturma konusu teşebbüsün rekabet ihlalini ortadan kaldırabilecek kabiliyetteki yapıya veya davranışsal değişiklikleri taahhüt olarak Komisyon'a sunması gerekir. Komisyon sunulan taahhütlerin rekabet ihlalini ortadan kaldıracağına kanaat getirirse yasaklayıcı bir karar oluşturmadan taahhütleri bağlayıcı kılarak soruşturmayı sonlandırır. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. TATLI, Burçak: "Avrupa Birliği Komisyonu'nun Enerji Pazarında Verdiği Rekabet Hukuku Kararlarının BEH Kararı Işığında Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XX Sayı 4, 2016

<sup>77</sup> Joaquin ALMUNIA Avrupa Birliği Rekabet Eski Komiseri

### III. Avrupa Birliği Rekabet Komisyonu'nun Cez Kararından Çıkarılabilecek Dersler

CEZ kararında soruşturma konusu yapılan Çek elektrik pazarı ile Türkiye elektrik pazarı birebir örtüşmese de mevcut benzerlikler dolayısıyla Türkiye bu karardan bazı dersler çıkarabilir. Her iki pazarda da devlet kontrolünde olan teşebbüsler üretim ve tedarik pazarlarında faaliyet göstermektedir. Türkiye'den farklı olarak Çek elektrik pazarında piyasa faaliyetleri hâkim durumdaki tek bir teşebbüs (CEZ) tarafından gerçekleştirilmektedir. Buna karşılık şebeke hattının yine devlet kontrolünde olan teşebbüsler tarafından işletilmesi her iki ülkenin elektrik pazarının ortak noktalarından biridir. Ayrıca her iki pazarda hukuki ayırıştırma ile piyasa faaliyetlerinden ayrılmış teşebbüsler iletim hattı işleticisi olarak faaliyet göstermektedir.<sup>78</sup>

Kararda dikkat çekici olan en önemli nokta iletim sisteminin iletim hattı işleticisi tarafından işletilmesi ve işleticinin hukuki olarak diğer faaliyet alanlarında yer alan oyunculardan ayırıştırılmış olmasına rağmen pazarda rekabet ihlali oluşmasıdır. Somut olay göstermektedir ki; hukuki ayırıştırma aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer alan teşebbüslerin ana teşebbüs menfaatine hareket etme eğilimini ortadan kaldırmamaktadır. Türkiye ve Çek pazarlarındaki ortak noktalar benzer ihlallerin Türkiye'de de doğabileceğinin göstergesidir. Bugüne kadar iletim şebekesinin işletilmesine yönelik rekabet ihlali oluşmaması bundan sonra oluşmayacağı anlamına gelmemektedir. Kaldı ki benzer bir durum dağıtım şebekesine erişim aşamasında yaşanmış ve Rekabet Kurulu tarafından ilgili dağıtım şirketine idari para cezası uygulanmıştır<sup>79</sup>.

Bu noktada çıkartılması gereken ders hiç şüphesiz pazarın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki dikey bütünleşik yapının tamamen ortadan kaldırılması gerekliliğidir. Bu amaçla kullanılabilir en etkin yöntemin mülkiyet ayırıştırması olduğu hem doktrin hem de Komisyon tarafından kabul görmektedir. Türkiye için bundan sonra atılması gereken adım mülkiyet ayırıştırması modelinin iç hukuka adapte edilmesi olacaktır.

<sup>78</sup> Çek pazarında bu görevi CEPS üstlenirken Türkiye pazarında ilgili teşebbüs TEİAŞ'tır.

<sup>79</sup> Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, Karar sayısı 03-72/874-37, Karar tarihi 10.11.2003. Bu karar Danıştay tarafından 'soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu' gerekçesiyle iptal edilmiş, Kurul yeniden karar oluşturmuştur. Bkz. Rekabet Kurumu Başkanlığı, Rekabet Kurulu Kararı, Karar sayısı 07-13/101-30, Karar tarihi 08.02.2007

## SONUÇ

Elektrik pazarında yaşanan iktisadi ve ekonomik gelişmeler sonucunda başta Avrupa Birliği olmak üzere dünyada elektrik pazarlarının regülasyona tabi tutulması ve bu pazarların rekabete açılması söz konusudur. Bu akımın doğal bir sonucu olarak 2000li yılların başından beri Türkiye elektrik pazarında serbestleşme süreci yaşanmaktadır. Bu süreç içerisinde devletin pazardaki payını azaltmak maksadıyla özelleştirmeler yapılmış, doğal tekel niteliğindeki iletim ve dağıtım faaliyetlerinin regüle etmek amacıyla regülatif düzenleyici kurallar yürürlüğe konulmuş ve serbest piyasa faaliyetlerinin yürütülebileceği üretim ve elektrik tedariki pazarları rekabete açılmıştır. Elektrik pazarının her aşamasının uyum içerisinde yürütülmesini sağlayan regülatif düzenleyici kurallarla birlikte pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin bütünlük yapılarını değiştirerek dikey ayrıştırmayı sağlayan kurallar devreye girmiştir.

6446 s. EPK ile benimsenen ayrıştırma modeli hukuki ayrıştırma modelidir. Bu modele ve yapılan hukuki düzenlemelere göre; Türkiye elektrik pazarındaki iletim faaliyetlerinin tamamı TEİAŞ bünyesinde toplanmış ve kamu tekelinde bırakılmıştır. Böylece iletim faaliyeti üretim ve elektrik tedariki faaliyetleri ile iştigal eden diğer kamu teşebbüslerinden hukuki olarak ayrıştırılmıştır. Bu noktada iletim hattının doğal tekel niteliğine sahip olmasından Rekabet Hukuku ve dolayısıyla Rekabet Kurumu'nun önemi göz ardı edilmemelidir. TEİAŞ hâkim durumdaki teşebbüs olması dolayısıyla mutlaka Rekabet Hukuku kurallarına uygun hareket etmekte ödevlidir. Dağıtım faaliyetleri ise 21 dağıtım şirketine bırakılmıştır. Dağıtım şirketleri aynı tüzel kişilik altında üretim ve tedarik faaliyetlerinde bulunamaz fakat aynı ekonomik bütünlük içerisinde serbest piyasa faaliyeti gösteren teşebbüslerle ortak kontrol altında tutulabilir. Böylece ortak mülkiyet ilişkisinde farklı tüzel kişiliklere sahip teşebbüsler hem dağıtım hem de üretim ve elektrik tedariki faaliyetlerini yürütebilirler. Mevcut hukuki ayrıştırma modeli, ortak yöneticiye sahip olmama, farklı fiziksel ortam ve bilgi sistemi kullanımı gibi, yan yükümlülükler ile desteklenmiş olsa dahi teşebbüsler arasındaki potansiyel koordinasyonu tam olarak ortadan kaldırma kabiliyetine sahip değildir. Dolayısıyla bu model elektrik pazarının farklı seviyelerinde, özellikle iletim/dağıtım ve üretim/elektrik tedariki pazarlarında, faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki bağı tam olarak ortadan kaldıramamakta, teşebbüsler arasındaki bilgi alış-verişini kesmemekte ve teşebbüslerin alt ya da üst pazarlarda rekabete aykırı davranışlarla menfaat elde etme arzularını bertaraf edememektedir. Bu



durum elektrik pazarında pazar aksaklıklarının devam etmesine neden olan gerekçelerden biri olarak sayılmaktadır. Bu görüş Avrupa Birliği müktesebatındaki gelişmeler ve Avrupa Birliği Komisyonu'nun verdiği kararlarla da desteklenir durumdadır. Bu noktada bu makale Türkiye elektrik pazarının güncel yapısını belirtmiş, mevcut hukuki düzenlemeleri tartışmış, Avrupa Birliğinde benimsenen ayrıştırma modellerini anlatmış ve son olarak da Avrupa Birliği Komisyonu'nun verdiği CEZ kararını Türkiye'ye örnek teşkil etmesi açısından değerlendirmeye açmıştır. Son tahlilde makale Türkiye elektrik pazarında şebeke kullanımından kaynaklı rekabet sorunlarının çıkmaması, pazarın kaliteli, sürekli ve düşük maliyetli bir şekilde işletilebilmesi için dikey ayrıştırma modeli olarak mülkiyet ayrıştırması modelini uygulamaya sokulması gerektiğini ifade etmektedir.

### KAYNAKÇA

- ALLISON, Gary: "Evolution of US Electricity Energy Regulation: From Natural Monopoly Regulation to Regulated Competition" The Journal of American Bar, 2006
- AKCOLLU, Yeşim: Elektrik Sektöründe Rekabet ve Regülasyon, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.131, Ankara, 2003
- AKIN, İrfan: "Enerji Direktiflerinde Ayrışma", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.8 S.1/2028
- ARDIYOK, Şahin: Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Rekabet Kurumu, Yayın No:0077, Lisansüstü Tez Serisi No:9, Ankara, 2002
- ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku Ders Kitabı, 5. Bası, Ekin Kitabevi, İstanbul 2015
- ASLAN, Yılmaz / KATIRCIOĞLU, Erol / ALTINAY, Galip / ARDIYOK, Şahin / ILICAK, Ali / GÜLTEKİN, Banu / ÖNAL, Emre / AKÇAOĞLU, Can: Enerji Hukuku: Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon Cilt 1, 1. Bası, Ekin Yayınevi, Ankara 2007
- ATİYAS, İzak / DUTZ Mark: Competition and Regulatory Reform in the Turkish Electricity Sector The Conference on EU Accession: Turkey, 2003
- ATİYAS, İzak: Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, 1. Bası, TESEV Yayınları, 2006
- BAŞ, Fulya Canan / ÜLGEN, Nedim Seçkin: Türkiye Elektrik Piyasası İçin Özelleştirme Önerileri, TUSİAD Enerji Stratejisi Dizisi No.3, 2008
- BEARD, Randolph / KASERMAN, David / MAYO, John: Regulation, Vertical Integration and Sabotage, The Journal Industrial Economics, (2001) Vol.9(3)
- CAMERON, Peter: Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union, Oxford University Press, 2002
- CAN, Mustafa Erdem: Hukuki Açından Elektrik Piyasasında Rekabet, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006
- Commission, 'Making the internal market work' COM(2012)663 final
- DEVİR, Kenan: Türk Elektrik Piyasası İşleyişi, 1. Bası, Dora Basım-Yayım, Bursa 2017

- DG Competition Report on Energy Sector Inquiry 10 January 2007 SEC(2006) 1724  
EROĞLU, Muzaffer: “Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları”, Rekabet Dergisi 11(1), 2012
- GÜLTEKİN, Banu / ÖNAL, Emre / AKÇAOĞLU, Can: Enerji Hukuku: Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Ekin Yayınevi, Ankara 2007
- JAMASB, Tooraj / POLLITT, Michael: “Electricity Market Reform in the European Union: Review of Progress towards Liberalisation and Integration”, The Energy Journal, Vol. 26, 2006
- KARAMUSTAFAOĞLU, Mert: Elektrik Üretimi Pazarındaki Mevcut Sözleşmelerin Pazarın Rekabetçi Yapısı Üzerindeki Etkileri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.84, Ankara 2007
- KROES, Neelie: “Improving Competition in European Energy Markets through Effective Unbundling”, Fordham International Law Journal, Vol.31, Issue 5, 2007
- NAPAL, Rabindra / JAMASB, Tooraj: “Caught between Theory and Practice: Government, Market and Regulatory Failures in Electricity Sector Reforms, CWPE 1309, 2014
- LOWE, Philip: “Effective Unbundling of Energy Transmission Networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry” Competition Policy Newsletter No.1, 2007
- O’DONELL, Earle: Electricity Regulation in 27 Jurisdictions Worldwide 2013, Law Business Research Ltd., 2013
- OECD, ‘Report on Structural Separation’, OEAC Journal: Competition Law and Policy, (2006) Vol.8(2)
- PAŞAOĞLU, Ömer: Doğal Tekeller, Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:14, Yayın No: 0096, Ankara, 2003
- POLLITT, Micheal: “Vertical Unbundling in the EU Electricity Sector”, Intereconomics, 2007
- POLLITT, Michael: The Arguments For and Against Ownership Unbundling of Energy Transmission Networks, CWPE 0730 ve APRG 0714
- Rekabet Kurumu: ‘Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Araştırması’, Ankara, 2015
- Rekabet Kurumu: ‘Elektrik Sektöründe Rekabet Hukuku Çalıştayı Sonuç Bildirgesi’, Ankara, 2016
- ŞAHİN, Selen Yersu: Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No.131
- TATLI, Burçak: “Avrupa Birliği Komisyonu’nun Enerji Pazarında Verdiği Rekabet Hukuku Kararlarının BEH Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XX Sayı 4, 2016
- YAVUZ, Mustafa: “Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayrıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C.8 S.4, 2008
- YAVUZ, Mustafa: Elektrik Piyasası Kanunu’nun Öngördüğü Hukuki Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri – Özellikle İkili Anlaşmalar, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2011
- WADDAMS, Catherine: “Switching Energy Suppliers: It’s not All about the Money”, CCP Working Paper 17-5, 2017

**ARTIK DEĞERE (TMK MD.237 F.2) VE ORTAKLIK  
MALLARINA (TMK MD.276 F.3) KATILMA  
ANLAŞMALARıyla SAKLI PAY KURALLARININ BERTARAF  
EDİLMESİ: BİR MEDENİ HUKUK ANOMALİSİ**

**ELIMINATING STATUTORY INDEFEASIBLE ENTITLEMENTS  
MAKING MARITAL AGREEMENTS ON PARTICIPATION IN THE  
SURPLUS (TCC ART.237 PARAG.2) AND COMMON PROPERTY (TCC  
ART.276 PARAG.3): A CIVIL LAW ANOMALY**

DOI: 10.21492/inuhfd.388339

**Tuba BİRİNCİ UZUN\***

**Özet**

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak benimsenmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden her biri veya evlilik birliğinin ölümüyle sona ermesi halinde mirasçılar, artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Artık değere katılma anlaşmalarıyla başka bir oranın belirlenmesi mümkündür. TMK md.237 f.2 hükmünde, “*Bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez*” denmektedir. Benzer bir düzenleme, seçimlik mal rejimlerinden mal ortaklığı bakımından da söz konusudur. TMK md.276 hükmünde “*Eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi hâlinde, her eşe veya mirasçılarının ortaklık mallarının yarısı verilir. Mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı kararlaştırılabilir. Bu tür anlaşmalar altsoyun saklı paylarını zedeleyemez*” denmektedir. Artık değere ve ortaklık mallarına katılma anlaşmalarına ilişkin bu düzenlemeler (TMK md.237 f.2 ve md.276 f.3), Türk Medeni Kanunu'nda benimsenen miras hukuku sistemiyle uyumlu değildir. Ayrıca bu düzenlemeler, kanun koyucunun amacını aşan sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ortaklığı rejimi, saklı paylı mirasçılık, mirasta denkleştirme, ölüme bağlı tasarruf.

**Abstract**

According to Turkish Civil Code (TCC) (Law No.4721), the regime of participation in acquired property is the statutory marital property regime. In this property regime, each spouse or his or her heirs is or are entitled to one-half of the surplus of the other spouse. A different participation in the surplus may be agreed by marital agreement. In the article 237 paragraph 2 of TCC, it is stated that “*Such agreements must not adversely affect the statutory inheritance entitlements of children who are not the common issue of the spouses or those of the issue of such children*”. In the regime of community of property which is an optional marital property regime, there is a similar provision. In the

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. [tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr](mailto:tbirinciuzun@akdeniz.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 01.02.2018

Makale Kabul Tarihi: 04.04.2018

article 276 of TCC, it is stated that “*If the community of property regime is dissolved by the death of a spouse or the implementation of a different marital property regime, each party or his or her heirs is entitled to one-half of the common property. A different method of division may be agreed by marital agreement. Such agreements must not adversely affect the statutory inheritance entitlements of the spouse’s issue*”. These provisions (TCC art. 237 parag. 2 and art.276 parag.3) do not comply with the system founded by inheritance law regulated in TCC. Besides these provisions emerge some consequences which go beyond the purpose of the legislature.

**Keywords:** The regime of participation in acquired property, the regime of community of property, statutory indefeasible entitlements, hotchpot duty of the heirs, testamentary disposition.

## Giriş

Mirasbırakanın terekesi üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olan kişiye *mirasçı* denir<sup>1</sup>. Mirasçılık sıfatı ya kanundan doğar ya da mirasbırakanın iradesine dayanır. Buna göre, iki çeşit mirasçı vardır. Birincisi, yasal mirasçıdır; ikincisi, atanmış mirasçıdır. Mirasbırakanın yasal mirasçıları, birinci zümrede onun altsoyudur (TMK md.495 f.1). Mirasbırakandan önce ölmüş olan çocukların yerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır (TMK md.495 f.3). Mirasbırakanın yasal mirasçıları, ikinci zümrede onun ana ve babasıdır (TMK md.496 f.1). Mirasbırakandan önce ölmüş olan ana ve babanın yerlerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır (TMK md.496 f.2). Altsoyu, ana ve babası ve onların altsoyu bulunmayan mirasbırakanın mirasçıları, büyük ana ve büyük babalardır (TMK md.497 f.1). Mirasbırakandan önce ölmüş olan büyük ana ve büyükbabaların yerlerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır (TMK md.497 f.2). Bunlar, mirasbırakanın üçüncü zümre yasal mirasçılarıdır. TMK md.499 uyarınca, sağ kalan eş de mirasbırakanın yasal mirasçılarındandır.

Yasal mirasçılardan bazıları, saklı paylı mirasçıdır. Saklı pay, mirasbırakanın üzerinde tasarrufta bulunamayacağı miras payıdır. Başka bir deyişle, saklı pay bertaraf edilemeyen miras payıdır<sup>2</sup>. Saklı paylı

<sup>1</sup> İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 10. Bası, Der, İstanbul 2014, s.12; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku, 11. Bası, Filiz, İstanbul 2017, N.43; ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, 3. Bası, Legal, İstanbul 20015, s.38; KILIÇOĞLU, Ahmet: Miras Hukuku, 8. Bası, Turhan, Ankara 2018, s.24; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan, Ankara 2014, s.16; SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 5. Bası, Seçkin, Ankara 2018, s.113, N.133; AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Bası, Seçkin, Ankara 2016, s.33; SARI, Suat: Uygulamalı Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz, İstanbul 2016, s.19.

<sup>2</sup> ANTALYA/SAĞLAM, s.264; SARI, 2016, s.75; TURANBOY, Kürşat Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, 1. Bası,

mirasçılar, birinci zümrede mirasbırakanın altsoyudur. İkinci zümrede yalnızca mirasbırakanın ana ve babası saklı paylı mirasçıdır<sup>3</sup>. Üçüncü zümrede ise saklı paylı mirasçı yoktur. Bunların dışında, sağ kalan eş de mirasbırakanın saklı paylı mirasçısıdır. Saklı paylı mirasçılar sınırlı sayıdadır<sup>4</sup>. Bunların saklı payları da yasal miras paylarının belirli bir bölümünden ibarettir<sup>5</sup>. Saklı pay oranları, TMK md.506'da düzenlenmiştir. Buna göre, birinci zümrede mirasbırakanın altsoyunun yasal miras payının yarısı, ikinci zümrede yalnızca mirasbırakanın ana ve babasının yasal miras paylarının dörtte biri<sup>6</sup>, birinci ve ikinci zümre ile birlikte mirasçı olması halinde sağ kalan eşin yasal miras payının tamamı ve diğer hallerde sağ kalan eşin yasal miras payının dörtte üçü, mirasbırakanın üzerinde tasarrufta bulunamayacağı paylardır.

TMK md.505 f.1 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan mirasbırakan, *mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında* ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Bu mirasçılardan hiçbiri yoksa mirasbırakan mirasının tamamında tasarruf edebilir (TMK md.505 f.2). Saklı paylar dışında kalan ve mirasbırakanın üzerinde tasarrufta bulunabileceği bu kısma, tasarruf oranı (nisabı) veya tasarruf edilebilir kısım denir<sup>7</sup>. Mirasbırakan, *tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde*, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunabilir (TMK md.514 f.1). Görüldüğü üzere, saklı paylı yasal mirasçılık nedeniyle Türk Medeni Hukuku'nda mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğü sınırlıdır<sup>8</sup> ve saklı paylı mirasçılar, mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunurlar<sup>9</sup>. Saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar,

Yetkin, Ankara 2010, s.45; ÇAĞA, Tahir: Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti, 1. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950, s.3.

<sup>3</sup> İkinci zümrede kardeşlerin saklı payı, 4.5.2007 tarihli ve 5650 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kaldırılmıştır. Bu kanun, 26518 sayılı ve 10 Mayıs 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>4</sup> Mirasbırakanın saklı paylı mirasçıları belirleme yetkisi yoktur. Saklı paylı mirasçılar, kanun koyucu tarafından belirlenir (TURANBOY, s.46).

<sup>5</sup> ANTALYA/SAĞLAM, s.265; SARI, 2016, s.75; İMRE/ERMAN, s.231.

<sup>6</sup> İkinci zümrede kardeşlerin saklı payı, 4.5.2007 tarihli ve 5650 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kaldırılmıştır. Bu kanun, 26518 sayılı ve 10 Mayıs 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

<sup>7</sup> TURANBOY, s.45-46; DURAL/ÖZ, N.1040; İMRE/ERMAN, s.231; SARI, 2016, s.77; ANTALYA/SAĞLAM, s.264.

<sup>8</sup> İMRE/ERMAN, s.231; DURAL/ÖZ, N.1038.

<sup>9</sup> DURAL/ÖZ, N.1038.

mirasbırakanın tasarruf oranını (nisabını) aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler (TMK md.560 f.1). Buna göre tenkis, saklı pay ihlalinin yaptırımıdır<sup>10</sup>.

TMK md.202 f.2 hükmü uyarınca, “Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır”. Bu hükümlerle edinilmiş mallara katılma rejimi<sup>11</sup>, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. TMK md.236 f.1 hükmü uyarınca, “Her eş veya mirasçılığı, diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar”. Buna karşılık, TMK md.237 f.1 hükmü uyarınca, “Artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir”. Örneğin evlilik birliğinin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi halinde<sup>12</sup>, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde sağ kalan eşin, diğer eşe ait artık değerinin ¾’ü veya tamamı üzerinde hak sahibi olacağına ilişkin bir mal rejimi sözleşmesi yapılabilir.

<sup>10</sup> İMRE/ERMAN, s.261.

<sup>11</sup> Edinilmiş mallara katılma rejimi hakkında detaylı bilgi için bkz. ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2017; SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 1. Bası, Beşir, İstanbul 2007; ŞIPKA, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Bası, On İki Levha, İstanbul 2013; KILIÇOĞLU, Ahmet: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, Turhan, Ankara 2002; KILIÇOĞLU, Ahmet: Katkı-Katılma Alacağı, 4. Bası, Turhan, Ankara 2014; ATEŞ, Turan: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 3. Bası, Bilge, Ankara 2013; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2004; YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, 1. Bası, Güncel Hukuk, İzmir 2007; KIRMIZI, Mustafa: Açıklamalı-İçtihatlı Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, 3. Bası, Ankara 2014; UZUN, Neşe: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009; YAZGAN, Selda: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Paylaşımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt: III: Aile Hukuku, 13. Bası, Filiz, İstanbul 2018, N.1066 vd.; YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 1. Bası, Savaş, Ankara 2014, s.99 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan, Ankara 2017, s.270 vd.; KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin, Bursa 2011, s.643 vd.; ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan, Ankara 2015, s.435 vd.; HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2013, s.89 vd.; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Aile Hukuku, Beta, 20. Bası, İstanbul 2017, s.154 vd.; ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2018, s.267 vd.

<sup>12</sup> Önemle belirtmek gerekir ki doktrindeki baskın görüşe göre, eşlerden birinin gaipliği halinde, gaiplik kararının kesinleşmesiyle, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya hakkında gaiplik kararı verilen kişiden son haberin alındığı tarihten itibaren, edinilmiş mallara katılma rejimi kendiliğinden sona ermiş olur (ZEYTİN, s.108; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.1113; ERDEM, s.281).

Bu şekilde sağ kalan eş lehine yapılan anlaşmalar, ölen eşin yani mirasbırakanın tereke mevcudunu azaltacağı için, saklı paylı mirasçılarının saklı payını ihlal edebilir<sup>13</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki evlilik birliğinin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi halinde, sağ kalan eşin, artık değerinin tamamı üzerinde hak sahibi olacağına ilişkin bir mal rejimi sözleşmesi yapılmışsa ve ölen eşin terekesinin aktif ediniilmiş mallardan oluşuyorsa böyle bir durumda, sağ kalan eş dışındaki mirasçılarının ölen eşin mirasından hiçbir şey alamaması ihtimali ortaya çıkar<sup>14</sup>. Bu noktada TMK md.237 f.2 hükmü devreye girer. TMK md.237 f.2 hükmü uyarınca, “*Bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez*”. Başka bir deyişle miras hukuku hükümleri uyarınca söz konusu olan saklı paylı mirasçılık korumasından, yalnızca eşlerin ortak olmayan çocukları ve bunların altsoyları yararlanır. Buna karşılık eşlerin ortak çocukları ile bunların altsoyları ve ikinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçıları yani ölen eşin ana ve babası, miras hukuku hükümleri ile kendilerine bahşedilen saklı paylı mirasçılık korumasından yararlanamazlar<sup>15</sup>.

Benzer bir düzenleme, seçimlik mal rejimlerinden mal ortaklığı bakımından da söz konusudur. Şöyle ki TMK md.276 hükmü uyarınca, “*Eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi hâlinde, her eşe veya mirasçılarının ortaklık mallarının yarısı verilir. Mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı kararlaştırılabilir. Bu tür anlaşmalar altsoyun saklı paylarını zedeleyemez*”. Buna göre, miras hukuku hükümleri uyarınca söz konusu olan saklı paylı mirasçılık korumasından, yalnızca ölen eşin altsoyu yani birinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçıları yararlanır. Buna karşılık ölen eşin ikinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçıları yani ana ve babası, miras hukuku hükümleri ile kendilerine bahşedilen saklı paylı mirasçılık korumasından yararlanamaz<sup>16</sup>. Oysa miras hukuku sistemimizde, *yalnızca* mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma ve

<sup>13</sup> ŞENOCAK, Zariye: “Ediniilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.2, 2009, s.379.

<sup>14</sup> ŞENOCAK, 2009, s.379.

<sup>15</sup> ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 5. Bası, Seçkin, Ankara 2016, s.126; ŞİPKA, s.278-279; ŞENOCAK, 2009, s.396; ÖZUĞUR, 2004, s.51; ZEYTİN, s.320; SARI, 2007, s.241.

<sup>16</sup> İMRE/ERMAN, s.237; ARBEK, Ömer: Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, 1. Bası, Yetkin, Ankara 2013, s.50.

mirastan yoksunluk gibi istisnai hallerde, saklı paylı yasal mirasçılarının saklı payları, mirasbırakan tarafından ihlal edilebilir<sup>17</sup>.

Bazı yazarlara göre<sup>18</sup>, miras hukuku, “*buyruklar, yasaklar ve sınırlamalar hukukudur*”. Örneğin ölüme bağlı tasarruflar *yalnızca vasiyetname*<sup>19</sup> veya miras sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Zira şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerlidir. Bunun yanı sıra, vasiyetname ve miras sözleşmesi, sıkı şekil şartlarına tabidir; öngörülen şekilde yapılmamaları halinde geçersiz olurlar<sup>20</sup>. Buna karşılık, mal rejimi sözleşmeleriyle eşlerin ölüme bağlı tasarrufta bulunmaları hatta yukarıda belirtilen hükümler (TMK md.237 f.2 ve TMK md.276 f.3) uyarınca, bazı yasal mirasçılarının saklı paylarını ihlal edebilmeleri mümkündür. Bunun yanı sıra, TMK md.237 f.2 hükmünde, *ortak altsoy ve ortak olmayan altsoy* şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Böylelikle mirasbırakanın birinci zümre yasal mirasçıları arasındaki eşitlik bozulmaktadır. Oysa TMK md.669 f.1 hükmü uyarınca, “*Yasal mirasçılar, mirasbırakandan, miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler*”. Denkleştirmenin amacı ise mirasçılar arasında eşitliğin sağlanmasıdır<sup>21</sup>. Görüldüğü üzere, mal rejimlerine ilişkin TMK md.237 f.2 ve TMK md.276 f.3 hükümleri, miras hukuku sistemimizle uyum içinde değildir.

Bu çalışmada, TMK md.237 f.2 ve TMK md.276 f.3 hükümlerinin, miras hukuku sistemimiz karşısındaki durumu çeşitli yönlerden incelenmiş ve kanun koyucunun amacı ile miras hukukunun ilkeleri dikkate alınarak, bazı değişiklik önerilerinde bulunulmuştur.

<sup>17</sup> TURANBOY, s.45.

<sup>18</sup> SEROZAN/ENGİN, s.67, N.45.

<sup>19</sup> Miras hukukumuzda vasiyetnamenin üç türü bulunur. Bunlar; el yazılı vasiyetname, resmi vasiyetname ve sözlü vasiyetnamedir. Detaylı bilgi için bkz. GÖNEN, Doruk: El Yazılı Vasiyetname, 1. Bası, Legal, İstanbul 2007; SANBERK, Mustafa Turgut: Resmi Vasiyetname, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002; KOYUNCU, Ferhat: Sözlü Vasiyetname, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2014.

<sup>20</sup> TMK md.557 b.4 uyarınca, ölüme bağlı tasarruf kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa ölüme bağlı tasarrufun iptali için dava açılabilir. Detaylı bilgi için bkz. TURAN, Gamze: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, 1. Bası, Turhan, Ankara 2009.

<sup>21</sup> TURAN BAŞARA, Gamze: Miras Hukukunda Denkleştirme, 1. Bası, Turhan, Ankara 2013, s.19-20; TURANBOY, s.29; İMRE/ERMAN, s.512; KILIÇOĞLU, 2018, s.469; AYAN, s.309; SEROZAN/ENGİN, s.586, N.39a; ANTALYA/SAĞLAM, s.451; ÖZTAN, 2014, s.506.



## I. MAL REJİMİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ: SAĞLARARASI KAZANDIRMA MI YOKSA ÖLÜME BAĞLI TASARRUF MU?

Mal rejimi sözleşmelerinin sağlararası kazandırma mı yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğu tartışmalıdır<sup>22</sup>. Konuya ilişkin çeşitli görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre<sup>23</sup>, artık değere katılma anlaşmaları, tamamen sağ kalan eş lehine yapılmış olsa dahi mal rejimi hukukuna özgü sağlararası bir hukuki işlem olarak ele alınmalıdır. Zira artık değere katılma anlaşmaları; şekil, ehliyet ve sona erme bakımından özel hükümlere tabi tutulmuştur. Başka bir görüşe göre<sup>24</sup>, bu anlaşmalar her ne kadar eşlerin sağlığında yapılıyor olsa da, hüküm ve sonuçları eşlerden birinin ölümü halinde meydana geldiğinden, ölüme bağlı tasarruf niteliğinde kabul edilmelidir. Bir diğer görüş<sup>25</sup> ise, artık değere katılma anlaşmalarının ölüme bağlı tasarruf ya da sağlararası kazandırma niteliğinde olabileceği yönündedir. Bu görüşe göre, eğer yapılan anlaşma, TMK md. 237 hükmü kapsamında bir anlaşma ise ölüme bağlı tasarruf niteliğindedir; buna karşılık yapılan anlaşma, TMK md. 238 hükmü kapsamında bir anlaşma ise sağlararası bir kazandırma niteliğinde olacaktır.

Konuya ilişkin belli başlı görüşler, yukarıda ifade edildiği gibidir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki TMK md. 238 hükmü uyarınca, *“Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması halinde geçerlidir”*. Buradan hareketle, hangi hallerde uygulanacağı belirtilmeden yapılan artık değere katılma anlaşmalarının, yalnızca eşlerden birinin ölümü halinde yani evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde hüküm ifade edeceği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>26</sup>. O halde, TMK md.237 hükmü kapsamında yapılan mal rejimi sözleşmeleri, ölüme bağlı tasarruf

<sup>22</sup> İsviçre doktrinindeki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞENOCAK, 2009, s.398 vd.

<sup>23</sup> ŞENOCAK, 2009, s.402.

<sup>24</sup> ACAR, s.129.

<sup>25</sup> ŞIPKA, s.281.

<sup>26</sup> ŞIPKA, s.281; ACAR, s.121; ŞENOCAK, 2009, s.389; ZEYTİN, s.318; SARI, 2007, s.243.

niteliğindedir<sup>27</sup>. Bu durum, şüphesiz şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflara hâkim olan sınırlı sayı ilkesi bakımından sorunludur.

Üzerinde durulması gereken önemli bir diğer konu, ölüme bağlı tasarruf ehliyetidir. TMK md.502 hükmü uyarınca, “*Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir*”. Buna göre, on beş yaşını doldurmuş olan küçükler ve kısıtlılar, ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla vasiyetname yapabilirler<sup>28</sup>. Öte yandan, TMK md.503 hükmü uyarınca, “*Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir*”. Başka bir deyişle, miras sözleşmesi yapabilmek için tam fiil ehliyeti gerekir. Buna göre, ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılar ve küçükler, miras sözleşmesi yaparak ölüme bağlı tasarrufta bulunamazlar<sup>29</sup>. Buna karşılık, TMK md.204 hükmü uyarınca, ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılar ve küçükler, yasal temsilcilerinin rızasıyla mal rejimi sözleşmesi yapabilirler<sup>30</sup>. Yani miras sözleşmesiyle ölüme bağlı tasarrufta bulunamayan ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ve küçükler, mal rejimi sözleşmeleriyle ölüme bağlı tasarrufta bulunabilirler<sup>31</sup>. Bu durum da ölüme bağlı tasarruf ehliyeti bakımından çelişkili bir durumdur.

<sup>27</sup> MK md.237 hükmü kapsamında yapılan mal rejimi sözleşmelerinin ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olduğu dikkate alındığında, mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk sebeplerine dayanılarak, bu sözleşmelerden dönülebileceği kabul edilmektedir (SARI, 2007, s.232; ZEYTİN, s.325; ŞİPKA, s.281).

<sup>28</sup> Ehliyetsizlik, TMK md.557 b.1 hükmü uyarınca, ölüme bağlı tasarruf bakımından bir iptal sebebidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki vasiyetçinin hangi sebeple kısıtlandığı önemlidir. Eğer vasiyetçi, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlanmış ise bu durumda karine olarak vasiyetçinin vasiyetname yaptığı anda ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edilir. Böyle bir durumda vasiyetnamenin yapıldığı esnada vasiyetçinin ayırt etme gücüne sahip olduğunun ispat edilmesi gerekir. Buna karşılık eğer vasiyetçi, başka bir sebeple kısıtlanmış ise bu durumda karine olarak vasiyetçinin vasiyetname yaptığı anda ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilir. Böyle bir durumda ise vasiyetnamenin yapıldığı sırada vasiyetçinin ayırt etme gücüne sahip olmadığının ispat edilmesi gerekir. İMRE /ERMAN, s.65-66.

<sup>29</sup> Bir miras sözleşmesinde, her iki taraf ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği gibi, yalnızca taraflardan biri de ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafı bakımından genel ehliyet kuralları uygulanır. Eğer yapılan işlem tek taraflı ivazsız bir miras sözleşmesi ise ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, bu işlemi tek başına yapabilir. Buna karşılık yapılan işlem tek taraflı ancak ivazlı bir miras sözleşmesi ise ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı yasal temsilcisinin izniyle bu işlemi yapabilir. Ayrıca TMK md.463 b.5 hükmü uyarınca, miras sözleşmeleri bakımından vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gereklidir. Bkz. İMRE/ERMAN, s.189; DURAL/ÖZ, N.290-293.

<sup>30</sup> KILIÇOĞLU, 2014, s.81.

<sup>31</sup> ŞENOCAK, 2009, s.402.

## II. MİRAS HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Miras hakkı, mirasın açılması yani mirasbırakanın ölümü ile doğar. Mirasbırakanın ölümüne kadar, bir miras hakkından bahsedilemez ancak beklenen bir hak söz konusudur<sup>32</sup>. Bazı yazarlara göre<sup>33</sup>, miras hakkı beklenen hak olarak kabul edilemez. Zira mirasçılar, mirasbırakanın ölümünden önce esasen mirasçılık sıfatı taşımadıkları gibi mirasbırakanın muhtemel terekesi üzerinde de hak sahibi değildir. Oysa beklenen haktan bahsedebilmek için bekleme durumunun hakkın kazanılması aşamasında hukuk düzeni tarafından korunuyor olması gerekir<sup>34</sup>. Bu duruma örnek olarak, mirasbırakanın ölümünden önce muhtemel mirasçıların tespit, tenkis ve iptal davası açamaması ve miras payının alacaklılar tarafından haczedilememesi gösterilmektedir<sup>35</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki muhtemel miras hakkının, mirasbırakanın ölümünden önce hukuk düzeni tarafından *tam olarak* korunamaması, eşyanın doğasından kaynaklanır. Zira kimin önce öleceği belli değildir. Bu yönüyle mirasbırakan ve mirasçılık sıfatı tesadüfidir. Örneğin ana, baba ve ortak çocuktan oluşan bir ailede, önce ananın ölmesi halinde, mirasbırakan sıfatı anaya, mirasçı sıfatı ise baba (1/4) ve çocuğa (3/4) ait olur; önce babanın ölmesi halinde, mirasbırakan sıfatı babaya, mirasçı sıfatı ise ana (1/4) ve çocuğa (3/4) ait olur. Buna karşılık, önce çocuğun ölmesi halinde mirasbırakan sıfatı çocuğa, mirasçılık sıfatı ise ana (1/2) ve babaya (1/2) ait olur. İşte, muhtemel miras hakkının, mirasbırakanın ölümünden önce tam olarak korunamaması miras hukuku bakımından kimin hangi sıfatı taşıyacağıının belli olmamasından ileri gelir.

Muhtemel miras hakkı, tamamen korunmasız bırakılmış bir hak değildir<sup>36</sup>. Öncelikle, muhtemel miras payının korunmasına yönelik olarak, delil tespiti talebinde bulunmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Bu konuya ilişkin olarak Akkanat şöyle bir örnek vermektedir:

<sup>32</sup> DURAL/ÖZ, N.880; ALBAŞ, Hakan: “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.Özel, 2007, s.535, 540, 541, 543, 546.

<sup>33</sup> SEROZAN/ENGİN, s.36, N.6; ANTALYA/SAĞLAM, s.49-50; AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, 1. Bası, Filiz, İstanbul 2004, s.6.

<sup>34</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ANTALYA/SAĞLAM, s.45 vd.

<sup>35</sup> ANTALYA/SAĞLAM, s.52; SEROZAN/ENGİN, s.36, N.6.

<sup>36</sup> Muhtemel mirasçıların menfaatlerini korumaya yönelik işlemler hakkında detaylı bilgi için bkz. AKKANAT, Özel Hukuk, s.7 vd.

<sup>37</sup> AKKANAT, Özel Hukuk, s.7.

“Kendisinde akıl hastalığı belirtileri görülmeye başlanmış bir mirasbırakan, hastalığının başlangıç döneminde bir ölüme bağlı tasarruf yapmış ya da yapmak üzeredir. Eğer bu dönemde bir doktor muayenesi söz konusu olmamış ise, daha sonraki bir zaman diliminde, bu ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği ile ilgili olarak açılacak bir davada, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetine sahip olup olmadığının ispatı ya imkânsız olacak veya çok büyük güçlük arz edecektir. Bu sebeple muhtemel mirasçı bakımından, mirasbırakanın söz konusu ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı dönemdeki zihni durumun tespiti büyük bir önem taşıyacaktır<sup>38</sup>”.

Mirastan feragat sözleşmesi de muhtemel miras hakkının hukuk sistemi tarafından korunmasına örnek olarak gösterilebilir. Zira mirasçının rızası olmaksızın, mirasbırakan mirasçının saklı payı üzerinde *tek başına* tasarrufta bulunamaz; onu saklı payından mahrum edemez.

Mirasbırakanın sağlığında, muhtemel mirasçılar tarafından, miras hakkının belirlenmesine ilişkin bir tespit davası veya bir iptal davası açılmasa da mirastan feragat sözleşmesinin tarafı olan muhtemel mirasçının, mirasbırakanın sağlığında, bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebileceği ve geçersizlik durumunun tespitine ilişkin bir dava açabileceği<sup>39</sup>; mirasbırakanın ise bu sözleşmenin geçerliliğinin tespitini mahkmeden talep edebileceği<sup>40</sup> de kabul edilmektedir. Bu durum yalnızca mirastan feragat sözleşmeleri bakımından geçerli değildir. Miras sözleşmelerinin şekle aykırılık veya ehliyetsizlik nedeniyle hükümsüz olduğunun taraflarca, mirasbırakanın sağlığında ileri sürülebileceği belirtilmektedir<sup>41</sup>.

Muhtemel miras hakkı, her ne kadar haczedilemez olsa da üzerinde hiçbir tasarrufta bulunulamayan bir hak değildir. Zira TMK md.678 f.1 hükmü uyarınca, bir mirasçı mirasbırakanın katılmasıyla veya izniyle, mirasın açılmasından önce de miras payını diğer mirasçılara veya üçüncü bir kişiye devredebilir<sup>42</sup>. Böyle bir durumda, muhtemel miras payını

<sup>38</sup> AKKANAT, Özel Hukuk, s.8.

<sup>39</sup> AKKANAT, Özel Hukuk, s.10.

<sup>40</sup> AKKANAT, Özel Hukuk, s.13.

<sup>41</sup> İMRE/ERMAN, s.193-194.

<sup>42</sup> Detaylı bilgi için bkz. SAPANOĞLU, Süleyman: Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri, 1. Bası, Yetkin, Ankara 2011, s.248 vd. Mirasın açılmasından önce yapılan miras payının devri sözleşmesinin, mirasın açılmasından sonra yapılan miras payının devri sözleşmesi ile karşılaştırılması hakkında bkz. GENÇ ARIDEMİR, Arzu:

devreden mirasçı, mirasçılık sıfatını kaybetmez; muhtemel miras payını devralan da mirasçılık sıfatını kazanmaz yalnızca bir talep hakkı elde eder<sup>43</sup>. TMK md.648 hükmü uyarınca, “*Açılmış mirasta bir mirasçının payını devralmış veya haczettirmiş olan ya da elinde mirasçıya karşı alınmış borç ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklı, sulh hâkiminden bu mirasçının yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteyebilir*”. Bu hüküm, mirasın açılmasından sonra yapılan pay devri sözleşmelerine ilişkindir. Zira mirasçılardan alacaklıları, alacak haklarını, paylaşma sonucunda mirasçıya isabet eden malvarlığı değerleri üzerinden alacakları için, paylaşmanın nasıl yapılacağı mirasçılardan alacaklılarını yakından ilgilendiren bir konudur<sup>44</sup>. Bu hükmün, kıyasen mirasın açılmasından önce yapılan pay devri sözleşmeleri bakımından da uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Buna göre, mirasın açılmasından önce mirasçının muhtemel miras payını devralan alacaklı da paylaşmaya katılmak üzere kayyım atanmasını talep edebilir. Bunun yanı sıra, mirasın açılmasından önce yapılan miras payının devri sözleşmelerinin geçerliliğine veya geçersizliğine ilişkin bir tespit davasının, mirasbırakanın ölümünden önce de açılabilmesi kabul edilmektedir<sup>46</sup>.

Son olarak, mirasbırakanın kısıtlanması da *dolaylı olarak* muhtemel mirasçılardan beklenen miras haklarını koruyucu etkili sonuçlar doğurur<sup>47</sup>. Mirasbırakanın TMK md.405 veya TMK md.406 hükümleri uyarınca kısıtlanması halinde durum böyledir. TMK md.405 hükmü uyarınca, “*Akil hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır*”. Bunun yanı sıra, TMK md.406 hükmü uyarınca, “*Savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya malvarlığını kötü yönetmesi sebebiyle kendisini veya ailesini darlık veya yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan ve bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma muhtaç olan ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden her ergin kısıtlanır*”. Kısıtlılar ise

---

Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2012, s.112 vd.

<sup>43</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz, İstanbul 1987, s.547; İMRE/ERMAN, s.557.

<sup>44</sup> BAYGIN, Cem: Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2005, s.182.

<sup>45</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.548; İMRE/ERMAN, s.558.

<sup>46</sup> AKKANAT, Özel Hukuk, s.12.

<sup>47</sup> AKKANAT, Özel Hukuk, s.16-17; ANTALYA/SAĞLAM, s.52.

ayırt etme gücüne sahip olsalar dahi yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler (TMK md.16). Hatta bazı işlemler bakımından yasal temsilcinin rızası yeterli değildir; vesayet organlarının izni de gereklidir (TMK md.462 ve md.463). Böylelikle kısıtlanan kişinin malvarlığı korunur. Kısıtlının malvarlığının korunması ise tereke değerlerinin yani muhtemel mirasçılarının beklenen miras haklarının korunması anlamına gelir<sup>48</sup>.

Miras hakkının, beklenen hak niteliğinde olduğu; mirastan feragat sözleşmesi yapılmadan, mirasbırakanın mirasçısının saklı payı üzerinde tasarrufta bulunmadığı; mirasbırakanın katılımı veya izniyle mirasçının muhtemel miras payı üzerinde tasarruf edebilmesinin mümkün olduğu; miras sözleşmelerinin geçersizliğinin mirasbırakanın ölümünden önce de ileri sürülebildiği; delil tespiti ve bazı şartların gerçekleşmesi halinde mirasbırakanın kısıtlanmasını talep etme gibi yollarla muhtemel miras hakkının korunabildiği dikkate alındığında, bu hakkın, artık değere (TMK md.237 f.2) ve ortaklık mallarına (TMK md.276 f.3) katılma anlaşmalarıyla tamamen mirasbırakanın ve eşinin tasarrufuna terk edilmiş olması, yine çelişkili bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

### III. MİRASBIRAKANIN TASARRUF ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI

#### A. Genel Olarak

Saklı paylı yasal mirasçılık nedeniyle Türk Medeni Hukuku'nda mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf yapma özgürlüğü sınırlıdır<sup>49</sup>. Böylelikle saklı paylı yasal mirasçılar, mirasbırakanın tasarruflarına karşı korunurlar<sup>50</sup>. Saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, mirasbırakanın tasarruf oranını (nisabını) aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler (TMK md.560 f.1). Buna göre tenkis, saklı pay ihlalinin yaptırımıdır<sup>51</sup>. Miras hukuku sistemimizde, yalnızca mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma ve mirastan yoksunluk<sup>52</sup> gibi istisnai hallerde,

<sup>48</sup> ANTALYA/SAĞLAM, s.52.

<sup>49</sup> ÇAĞA, s.3, 63; İMRE/ERMAN, s.231; DURAL/ÖZ, N.1038.

<sup>50</sup> DURAL/ÖZ, N.1038.

<sup>51</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.360; İMRE/ERMAN, s.261.

<sup>52</sup> Mirastan yoksunluk halinde, mirasbırakanın tasarruf oranının nasıl hesaplanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, mirastan yoksunluk halinde mirasbırakanın tasarruf oranı, mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi hesaplanır. Zira mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarılmanın tamamlayıcısıdır. Bkz. İMRE/ERMAN, s.313. Buna karşılık, bir başka görüşe göre, mirastan yoksunluk halinde mirasbırakanın tasarruf oranı, mirastan reddinde olduğu gibi hesaplanır. Bkz. SARI, 2016, s.90; ANTALYA/SAĞLAM, s.289.

mirasbırakanın tasarruf oranı (nisabı) genişler<sup>53</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki bu hallerde de mirasbırakanın tasarruf oranının genişlemesi mutlak değildir. Aşağıda sırasıyla mirasçılıktan çıkarma, mirastan feragat ve mirastan yoksunluk hallerinin mirasbırakanın tasarruf oranı (nisabı) üzerindeki etkileri incelenmiştir.

## **B. Mirasbırakanın Tasarruf Özgürlüğünün Genişlemesi**

### **1. Mirasçılıktan Çıkarma Halinde**

TMK md.510 hükmü uyarınca; mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemişse ya da mirasçı, mirasbırakana veya mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse<sup>54</sup>, mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir. Buna cezai mirasçılıktan çıkarma<sup>55</sup> denir. Cezai mirasçılıktan çıkarma, *aile bağına layık olmadığını gösteren kimseye uygulanan bir medeni hukuk yaptırımı* olarak tanımlanmaktadır<sup>56</sup>. Buna

<sup>53</sup> Benzer bir değerlendirme için bkz. TURANBOY, s.45.

<sup>54</sup> Yarg. 2. HD., 30.9.1971, 5309/5424 (<http://www.kazanci.com>, 21 Mart 2017); Yarg. 2. HD., 30.3.1976, 2467/2802 (<http://www.kazanci.com>, 21 Mart 2017); Yarg. 2. HD., 4.2.2002, 194/1169 (<http://www.kazanci.com>, 21 Mart 2017).

<sup>55</sup> Detaylı bilgi için bkz. YAĞCI, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2013; ÇUBUKGİL, Rıza: “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3-4, 1950, ss.441-467; ÇUBUKGİL, Rıza: “Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 1951, ss.595-609; SEZEN, Cehdi Cihan: Türk Hukukunda Mirastan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008; KARACA, Beytul Fatih: Cezalandırma Amacıyla Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008; BAYDAR, Utku: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005; ÇAKIN, Nur: “Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 1974, ss.523-536; ŞENOCAK, Zariife: “Cezai Iskat ve Cezai Iskatın Hükümleri”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, ss.421-429.

<sup>56</sup> YAĞCI, s.33; ÇUBUKGİL, 1950, s.443; SEZEN, s.7, 46; BAYDAR, s.5-6. Ayrıca bkz. SEROZAN/ENGİN, s.398, N.183: “*Mirasçılıktan çıkarma (exheredation) ... yasal mirasçının saklı payını elinden alır. Bu ağırlığı ile de tipik bir özel hukuk cezası oluşturur. MK 510-512 kurallarında düzenlenmiş olan bu cezayı haklı kılan düşünce şudur: Miras bırakanı bir eliyle arkadan hançerleyen saklı paylı hisım veya eş öteki eliyle miras talep etmeye kalkışmamalıdır*”.

karşılık, mirasçılıktan çıkarmanın, aile hukukundan doğan hak ve yükümlülüklerle bir etkisinin olmadığı ifade edilmektedir<sup>57</sup>.

TMK md.511 f.1 hükmü uyarınca, mirasçılıktan çıkarılan kimse, beklenen miras hakkını kaybeder<sup>58</sup>. TMK md.511 f.2 hükmü uyarınca, “*Mirasbırakan başka türlü tasarrufta bulunmadıkça mirasçılıktan çıkarılan kimsenin miras payı, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi mirasçılıktan çıkarılanın varsa altsoyuna, yoksa mirasbırakanın yasal mirasçularına kalır*”. Buna göre, mirasçılıktan çıkarmada, kural olarak mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçı da dikkate alınarak, saklı paylar hesaplanır; mirasçılıktan çıkarılan saklı paylı mirasçıya isabet eden saklı pay oranı, mirasbırakanın tasarruf oranına (nisabına) eklenir<sup>59</sup>. Buna karşılık TMK md.511 f.3 hükmü uyarınca, “*Mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir*”. Bu durumda, mirasçılıktan çıkarılan kimsenin altsoyu bulunmuyorsa veya mirasçılıktan çıkarılanın altsoyu saklı paylı mirasçı değilse mirasçılıktan çıkarılanın saklı payı, mirasbırakanın tasarruf oranına (nisabına) eklenir. Böylelikle mirasbırakanın terekesinin tasarruf edilebilir kısmı genişler<sup>60</sup>.

## 2. Mirastan Feragat Halinde

Mirastan feragat, gelecekte mirasçı olma ihtimali bulunan bir kişinin, beklenen miras hakkından, mirasın açılmasından yani mirasbırakanın ölümünden önce vazgeçmesi olarak tanımlanabilir<sup>61</sup>. Mirasın açılmasından yani mirasbırakanın ölümünden sonra mevcut miras hakkından vazgeçme ise ancak mirasın reddedilmesiyle mümkündür<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> YAĞCI, s.358. Ayrıca bkz. HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 7. Bası, Vedat, İstanbul 2018, s.124, N.34: “*İskat (mirasçılıktan çıkarma) (TMK. 510) ve mahrumiyet (mirastan yoksunluk) (TMK. 578) kan hısımlığına değil sadece mirasçılığa son verir, iskat edilenin veya mahrum kalanın mirasçı olmasını önlerler*”. Bazı yazarlara göre, mirasbırakan mirasçılıktan çıkardığı mirasçısına ölüme bağlı tasarrufla bir mal vasiyeti dahi yapabilir. Çünkü mirasçılıktan çıkarmada mirasçı, mirasçı olma ehliyetini kaybetmemiştir. Bkz. ÖZTAN, 2014, s.160; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: “Miras Hakkından İskat”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 1996, s.349. Mirasçılıktan çıkarmanın hüküm ve sonuçları bakımından temkinli bir yaklaşım için bkz. SERT, Selin: “Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.5, S.16, 2014, s.240.

<sup>58</sup> İMRE/ERMAN, s.254.

<sup>59</sup> DURAL/ÖZ, N.1180; İMRE/ERMAN, s.255; YAĞCI, s.468.

<sup>60</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.408; İMRE/ERMAN, s.255; DURAL/ÖZ, N.1183.

<sup>61</sup> ANTALYA, Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, 1. Bası, Alkım, İstanbul 1999, s.29; ANTALYA/SAĞLAM, s.228; DURAL/ÖZ, N.880; ALBAŞ, s.535.

<sup>62</sup> ANTALYA/SAĞLAM, s.228; İMRE/ERMAN, s.198.



Mirasbırakan ile müstakbel ve muhtemel bir mirasçısı arasında yapılacak bir miras sözleşmesi ile bu sözleşmenin tarafı olan müstakbel ve muhtemel mirasçı, beklenen miras payından feragat edebilir. Mirastan feragat sözleşmesi, miras sözleşmesi şeklinde yapılır. Aksi takdirde mirastan feragat sözleşmesi geçersiz olur<sup>63</sup>.

Mirastan feragat sözleşmesinin tarafları, mirasbırakan ile mirasbırakanın müstakbel ve muhtemel mirasçısıdır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki mirastan feragat sözleşmesi mirasbırakanın müstakbel ve muhtemel her türlü mirasçısı ile yapılabilir<sup>64</sup>. Ancak saklı paylı mirasçılar dışındaki yasal mirasçılar ile mirastan feragat sözleşmesi yapmak gereksizdir<sup>65</sup>. Zira mirasbırakan, saklı paylı mirasçıları dışında kalan yasal mirasçılarının payları üzerinde zaten dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Buna karşılık, mirasçılıktan çıkarma sebebi bulunmadıkça veya mirastan feragat sözleşmesi yapılmadıkça, mirasbırakan saklı paylı mirasçılarının saklı payları üzerinde tasarrufta bulunamaz<sup>66</sup>. Başka bir deyişle, mirasçılıktan çıkarılabilmesi için geçerli bir sebep bulunmayan müstakbel ve muhtemel saklı paylı mirasçının beklenen saklı payı üzerinde mirasbırakan ancak bu mirasçının saklı payından kendi isteğiyle feragat etmesi halinde tasarrufta bulunabilir. Zaten mirastan feragat sözleşmesinin amacı, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletmek ve tasarruf oranını (nisabını) artırmaktır<sup>67</sup>.

Mirastan feragat sözleşmesi, ivazlı veya ivazsız olabilir (TMK md.528 f.1). Mirastan feragat eden mirasçılık sıfatını kaybeder (TMK md.528 f.2). Mirastan feragat ivazlı olarak yapılmışsa, sözleşmede aksi

<sup>63</sup> YİBK, 11.2.1959, 16/14: "... kanunumuza göre mirastan feragat mukavelesi, miras mukavelesinin bir nevinden ibarettir. Bu itibarla mirastan feragat mukavelesinin (bütün miras mukaveleleri gibi) Medeni Kanununun 492. maddesi hükmünce resmi vasiyet şeklinde yapılması gerektir" (<http://www.kazanci.com>, 21 Mart 2017); Yarg. 7. HD., 20.12.1990, 16105/15573: "Mirastan feragat sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, miras sözleşmeleri gibi resmi vasiyet şeklinde yapılması gerekir" (<http://www.kazanci.com>, 21 Mart 2017); Yarg. 2. HD., 22.1.2009, 15407/507: "Davalılar, davacının mirasbırakan ile yaptığı sözleşme nedeniyle, mirastan pay alamayacağını ileri sürmüşlerdir. Mirastan feragat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması geçerlilik koşuludur (TMK. md.545). Miras haklarından feragat ancak resmi şekilde yapılacak bir sözleşme ile sonuç doğurur. Mirasbırakan ile davacı arasında mirasbırakanın sağlığında 28.10.1995 tarihinde adi yazılı şekilde düzenlenen sözleşme mirastan feragat niteliğinde değildir" (<http://www.kazanci.com>, 21 Mart 2017).

<sup>64</sup> DURAL/ÖZ, N.886; ALBAŞ, s.536.

<sup>65</sup> İMRE/ERMAN, s.198; DURAL/ÖZ, N.888; ALBAŞ, s.536-537.

<sup>66</sup> DURAL/ÖZ, N.889; ALBAŞ, s.542.

<sup>67</sup> ALBAŞ, s.537, 542.

öngörülmedikçe, feragat edenin altsoyunu da etkiler (TMK md.528 f.3). Yani feragat edenin altsoyu, mirasbırakanın saklı paylı mirasçısı olsa dahi kök içinde halefiyet ilkesi uyarınca feragat edenin yerini alarak, saklı payını talep edemez<sup>68</sup>. Buna karşılık, ivazsız feragat, feragat edenin altsoyunu etkilemez. Yani feragat edenin yerine onun altsoyu geçer. Peki, mirastan feragat, mirasbırakanın tasarruf oranını (nisabını) nasıl etkiler? Acaba mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünü genişletir mi?

Hem ivazlı hem de ivazsız feragat, mirasbırakanın tasarruf oranını (nisabını) genişletebilir<sup>69</sup>. Zira mirastan feragat halinde, kural olarak feragat eden saklı paylı mirasçı da dikkate alınarak, saklı paylar hesaplanır; mirastan feragat eden saklı paylı mirasçıya isabet eden saklı pay oranı, mirasbırakanın tasarruf oranına (nisabına) eklenir<sup>70</sup>. Ancak ivazsız feragat, feragat edenin altsoyu bakımından hüküm ve sonuç doğurmayacağından, ivazsız feragatte, feragat edenin altsoyunun saklı paylı mirasçı olması halinde, mirasbırakanın tasarruf oranı (nisabı) değişmez<sup>71</sup>. Çünkü mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi, ivazsız feragatte de feragat edenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir<sup>72</sup>. Buna karşılık, ivazsız feragatte, feragat edenin altsoyu bulunmuyorsa veya feragat edenin altsoyu saklı paylı mirasçı değilse feragat edenin saklı payı, mirasbırakanın tasarruf oranına (hesabına) eklenir. Böylelikle mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü genişler<sup>73</sup>.

TMK md.508 uyarınca, “*Mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmaları, tenkise tabi oldukları ölçüde, tasarruf edilebilir kısmın hesabında terekeye eklenir*”. Bunun yanı sıra, TMK md.565 b.2 hükmü uyarınca, miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar, ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabidir. Buna göre, ivazlı feragatte, mirasbırakanın müstakbel ve muhtemel saklı paylı mirasçısına ödemiş olduğu ivaz, tasarrufa esas terekenin hesabında terekeye eklenir. Bu durumda, öncelikle mirasbırakanın tasarrufa esas terekesi artar. Mirasbırakanın tasarrufa esas terekesinde meydana gelen bu artış, elbette mirasbırakanın terekesinin tasarruf edilebilir kısmını

<sup>68</sup> DURAL/ÖZ, N.897; İMRE/ERMAN, s.200.

<sup>69</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.410; İMRE/ERMAN, s.245; ANTALYA/SAĞLAM, s.285; ANTALYA, s.192.

<sup>70</sup> ANTALYA, s.192; ANTALYA/SAĞLAM, s.285; İMRE/ERMAN, s.245; DURAL/ÖZ, N.1188.

<sup>71</sup> İMRE/ERMAN, s.245; DURAL/ÖZ, N.1189; ANTALYA/SAĞLAM, s.288.

<sup>72</sup> ANTALYA/SAĞLAM, s.288; ANTALYA, s.192-193, 195.

<sup>73</sup> İMRE/ERMAN, s.245; ANTALYA/SAĞLAM, s.287-288; ANTALYA, s.195.

çoğaltacaktır<sup>74</sup>. Bunun yanı sıra, mirastan feragat halinde, kural olarak feragat eden saklı paylı mirasçı da dikkate alınarak, saklı paylar hesaplanıp, mirastan feragat eden saklı paylı mirasçıya isabet eden saklı pay oranı, mirasbırakanın tasarruf oranına (nisabına) ekleneceğinden, yani diğer saklı paylı mirasçıların saklı payları değişmeyeceğinden başka bir deyişle sabit kalacağından, ivazlı feragatte mirasbırakanın tasarruf oranı (nisabı) genişler<sup>75</sup>. Feragat edenin altsoyunun bulunması ise ivazlı feragat bakımından önemli değildir. Zira mirastan feragat ivazlı olarak yapılmışsa, sözleşmede aksi öngörülmedikçe, feragat edenin altsoyunu da etkiler (TMK md.528 f.3).

### 3. Mirastan Yoksunluk Halinde

TMK md.578 hükmü mirastan yoksunluk sebeplerine ilişkindir. TMK md.578 hükmü, konuyu şu şekilde düzenlemektedir:

*“Aşağıdaki kimseler, mirasçı olamayacakları gibi; ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak da edinemezler:*

- 1) *Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler,*
- 2) *Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler,*
- 3) *Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmesini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla sağlayanlar ve engelleyenler,*
- 4) *Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar.*

*Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın affıyla ortadan kalkar”.*

Örneğin, mirasbırakanı öldürmeye teşebbüs eden altsoy, mirastan yoksundur. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki mirastan yoksunluk kendiliğinden hüküm ifade eder; mirasbırakanın herhangi bir tasarrufta bulunmasına gerek yoktur<sup>76</sup>. Mirastan yoksunluk da mirasçılıktan çıkarma gibi mirasçıyı mirastan uzaklaştırma amacı taşır<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> DURAL/ÖZ, N.1188; İMRE/ERMAN, s.245; ANTALYA/SAĞLAM, s.286; ANTALYA, s.193.

<sup>75</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.410; DURAL/ÖZ, N.1188; İMRE/ERMAN, s.245; ANTALYA/SAĞLAM, s.286; ANTALYA, s.193-194.

<sup>76</sup> ENGİN, Baki İlkay: Mirastan Yoksunluk, 1. Bası, Beşir, İstanbul 2010, s.168; SEROZAN/ENGİN, s.465, N.33a; DURAL/ÖZ, N.1516; HATEMİ, s.125, N.39;

TMK md.579 hükmü uyarınca, “*Mirastan yoksunluk, yalnız yoksun olanı etkiler. Mirastan yoksun olanın altsoyu, mirasbırakandan önce ölen kimsenin altsoyu gibi mirasçı olur*”. Buna göre, mirastan yoksun olanın altsoyunun saklı paylı mirasçı olması halinde, mirastan yoksun olan kimsenin altsoyu, o kimse mirasbırakandan önce ölmüş gibi saklı payını isteyebilir. Bu ihtimalde, mirasbırakanın tasarruf oranında (nisabında) herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Buna karşılık mirastan yoksun olan kimsenin altsoyu bulunmuyorsa veya mirastan yoksun olan kimsenin altsoyu saklı paylı mirasçı değilse mirastan yoksun olanın saklı payı, mirasbırakanın tasarruf oranına (nisabına) eklenir. Böylelikle mirasbırakanın terekesinin tasarruf edilebilir kısmı genişler<sup>78</sup>.

Öte yandan bazı yazarlara göre<sup>79</sup>, mirastan yoksunluk halinde mirasbırakanın tasarruf oranı, mirasın reddinde olduğu gibi hesaplanmalıdır. Oysa mirastan yoksunluk kurumunun mirasçılıktan çıkarma kurumunun tamamlayıcısı olduğu düşünüldüğünde, mirastan yoksunluk halinde mirasbırakanın tasarruf oranının (nisabının), mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi hesaplanması daha uygun olur<sup>80</sup>.

### **C. Artık Değere (TMK md.237 f.2) ve Ortaklık Mallarına (TMK md.276 f.3) Katılma Anlaşmaları Yapılmış Olması Halinde**

Mirastan feragat sözleşmesi yapılmamış ve mirasçılıktan çıkarma veya mirastan yoksunluk sebeplerinden birinin gerçekleşmemiş olmasına rağmen bazı saklı paylı yasal mirasçıların saklı payından mahrum bırakılabilmesi, TMK md.237 f.2 ve TMK md.276 f.3 hükümleri kapsamında yapılan mal rejimi sözleşmeleriyle mümkündür. Şöyle ki TMK md.237 f.1 hükmü uyarınca, artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebilir. TMK md.237 f.2 hükmüne göre ise bu tür anlaşmalar, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemez. Buna göre, miras hukuku hükümleri uyarınca söz konusu olan saklı paylı mirasçılık korumasından, yalnızca eşlerin ortak olmayan çocukları ve bunların altsoyları yararlanır. Buna karşılık eşlerin ortak çocukları ile bunların altsoyları ve ikinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçıları yani ölen eşin ana ve babası,

---

İMRE/ERMAN, s.309; KILIÇOĞLU, 2018, s.266; AYAN, s.185-186, 260, 261; ÖZTAN, 2014, s.369; ANTALYA/SAĞLAM, s.321.

<sup>77</sup> ENGİN, s.6; DURAL/ÖZ, N.1515; SEROZAN/ENGİN, s.464, N.32.

<sup>78</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.411; İMRE/ERMAN, s.313-314.

<sup>79</sup> SARI, 2016, s.90; ANTALYA/SAĞLAM, s.289.

<sup>80</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.411; İMRE/ERMAN, s.314.

miras hukuku hükümleri ile kendilerine bahşedilen saklı paylı mirasçılık korumasından yararlanamaz. Ayrıca TMK md.276 hükmü uyarınca, eşlerden birinin ölümü veya diğer bir mal rejiminin kabulü sebebiyle mal ortaklığının sona ermesi hâlinde, her eşe veya mirasçılara ortaklık mallarının yarısı verilir; mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşma oranı kararlaştırılabilir; bu tür anlaşmalar altsoyun saklı paylarını zedeleyemez. Buna göre, miras hukuku hükümleri uyarınca söz konusu olan saklı paylı mirasçılık korumasından, yalnızca ölen eşin altsoyu yani birinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçıları yararlanır. Buna karşılık ölen eşin ikinci zümrede yer alan saklı paylı mirasçıları yani ana ve babası, miras hukuku hükümleri ile kendilerine bahşedilen saklı paylı mirasçılık korumasından yararlanamaz<sup>81</sup>. Görüldüğü üzere, TMK md.237 f.2 ve TMK md.276 f.3 hükümleri saklı paylı yasal mirasçılık kurumunu sulandırıp zayıflatmaktadır.

Saklı paylı yasal mirasçılık kurumunun kabul edilmesinin sebebi, mirasbırakan ile bazı yasal mirasçılar arasındaki sıkı aile bağlarıdır. Buna karşılık TMK md.237 f.2 ve TMK md.276 f.3 hükümleri, bu bağları göz ardı etmektedir. Kaldı ki yasal mal rejimi ile kanun koyucunun her şeyi matematiksel bir yaklaşımla ele aldığı; bu yaklaşım tarzının ise toplumsal gerçeklerle bağdaşmadığı çünkü ailenin yalnızca eşler için kurulan bir kurum olmadığı; çocukların da aileyi oluşturan bireylerden olduğu ve kanun koyucunun ailenin bütün bireylerine karşı eşit mesafede durması gerektiği doktrinde<sup>82</sup> daha önce de ifade edilmiştir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, mal rejimi sözleşmelerinin tarafları ve bu sözleşmelerin etki alanıdır. Mal rejimi sözleşmeleri, eşler arasında yapılır. Ancak TMK md.237 f.2 ve TMK md.276 f.3 hükümleri kapsamında yapılan mal rejimi sözleşmeleri, üçüncü kişilerin yani ortak olmayan altsoyun veya ölen eşin ana ve babasının beklenen miras payları üzerinde de etkili olur. Bu durum, şüphesiz sözleşmelere hâkim olan nispi ilkesi bakımından sorunludur<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> İMRE/ERMAN, s.237; ARBEK, s.50.

<sup>82</sup> AKKANAT, Halil: “Yasal Mal Rejimi Değişikliğine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.1, 2004, s.55-56.

<sup>83</sup> Bu durum, ivazsız olarak yapılan mirastan feragat sözleşmesine ilişkin bir tartışmayı hatırlatmaktadır. Şöyle ki TMK md.528 f.3 hükmü uyarınca, bir karşılık sağlanarak mirastan feragat, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altsoyu için de sonuç doğurur. Bu hükümde geçen “aksi öngörülmedikçe” ifadesinin kapsamı tartışmalıdır. Şüphesiz bu hükme göre, ivazlı olarak yapılan mirastan feragat sözleşmesinin, feragat edenin altsoyu bakımından sonuç doğurmayacağı kararlaştırılabilir. Acaba ivazsız olarak

#### IV. MİRASÇILAR ARASINDA EŞİTLİĞİN SAĞLANMASI: DENKLEŞTİRME

Mirasta denkleştirme TMK md.669 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. TMK md.669 f.1 hükmü uyarınca, “*Yasal mirasçılar, mirasbırakandan, miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlararası karşılıksız kazandırmaları, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri vermekle birbirlerine karşı yükümlüdürler*”. Buradan şu sonuca ulaşılmaktadır: mirasbırakanın terekesi yalnızca ölümü anında mevcut olan malvarlığı değerlerinden ibaret değildir<sup>84</sup>. Zira mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu *karşılıksız kazandırmalar*, yasal mirasçıların paylarını azaltır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu bütün karşılıksız kazandırmalar, denkleştirmeye tabi değildir. Yalnızca yasal mirasçıların mirasbırakandan karşılıksız olarak elde ettiği menfaatler denkleştirmeye tabidir<sup>85</sup>.

Miras hukukunda denkleştirmenin amacı, mirasçılar arasında eşitliğin sağlanmasıdır<sup>86</sup>. TMK md. 669 f.2 hükmü uyarınca, “*Mirasbırakanın çeyiz veya kuruluş sermayesi vermek ya da bir malvarlığını devretmek veya borçtan kurtarmak ve benzerleri gibi karşılık almaksızın altsoyuna yapmış olduğu kazandırmalar, aksi mirasbırakan tarafından açıkça belirtilmiş olmadıkça denkleştirmeye tabidir*”. Görüldüğü üzere, altsoy lehine yapılan karşılıksız kazandırmalar, *kendiliğinden* denkleştirmeye tabidir<sup>87</sup>. Altsoy lehine yapılan karşılıksız

---

yapılan mirastan feragat sözleşmesinin, feragat edenin altsoyu bakımından sonuç doğuracağı kararlaştırılabilir mi? Bazı yazarlara göre, feragat ivazsız ise yapılan sözleşme, feragat edenin altsoyunu etkilemez ancak aksi kararlaştırılabilir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.302; İMRE/ERMAN, s.200). Buna karşılık bazı yazarlara göre, feragat ivazsız ise feragat edenin altsoyunun da mirasçı olamayacağı yönünde bir anlaşma yapılamaz (DURAL/ÖZ, N.898). “*Çünkü, ivazlı feragatte aksinin kararlaştırılması altsoy lehine bir durum yaratır. Buna karşılık ivazsız feragatte durum tamamen aksine olup, altsoy, kanunun kendisine tanıdığı bir haktan mahrum bırakılmaktadır. Nihayet bir kimsenin sahip olduğu bir haktan, onun adına başkasının vazgeçmesi hukuk mantığına da aykırıdır. ... ivazsız feragatin altsoyu etkileyeceği kararlaştırılabilirse, onlar kanunun kendilerine tanıdığı haktan yoksun kalacaklardır ki, bu da kendi iradelerinin dışında olacaktır*”(Naklen: DURAL/ÖZ, N.898).

<sup>84</sup> İMRE/ERMAN, s.512.

<sup>85</sup> DURAL/ÖZ, N.1347.

<sup>86</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.441; TURAN BAŞARA, s.19-20; TURANBOY, s.29; İMRE/ERMAN, s.512; KILIÇOĞLU, 2018, s.469; AYAN, s.309; SEROZAN/ENGİN, s.586, N.39a; ANTALYA/SAĞLAM, s.451; ÖZTAN, 2014, s.506.

<sup>87</sup> ANTALYA/SAĞLAM, s.456. Ancak denkleştirme yükümlüsü, denkleştirmeden kaçırırsa elbette denkleştirme alacaklısının bir dava ile denkleştirmenin yapılmasını sağlaması gerekir (DURAL/ÖZ, N.1423). Bu noktada sağ kalan eşin, mirasbırakanın

kazandırmalar, yalnızca mirasbırakan tarafından *açıkça* belirtilmiş olması halinde denkleştirmeden kurtulurlar. Buradan hareketle miras hukukunda denkleştirmenin asıl amacının, *altsoy arasında eşitliği sağlamak* olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>88</sup>. Buna karşılık, TMK md.237 f.2 hükmünde *ortak altsoy* ve *ortak olmayan altsoy* ayırımı yapıldığı görülmektedir. Böylelikle mirasbırakanın birinci zümre yasal mirasçıları yani altsoy arasındaki eşitlik bozulmaktadır<sup>89</sup>. Bu noktada bir hususa dikkat etmek gerekir. İlgili hüküm dolayısıyla saklı payını dahi alamayan ortak altsoyun, mirasbırakandan elde ettiği sağlararası karşılıksız kazandırmayı terekeye iade etme yükümlülüğü TMK md.669 f.2 hükmü uyarınca devam eder.

Mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu kazandırmaların tespit edilmesi her zaman kolay değildir. Bu durumu öngören kanun koyucu, mirasçılara bir bilgi verme yükümlülüğü getirmiştir. Buna ilişkin düzenleme, TMK md.649 f.2 hükmüdür. Bu hükme göre, “*Mirasçılar, mirasbırakan ile aralarındaki ilişkiler hakkında paylaşmanın eşitliğe ve adalete uygun olması için göz önüne alınması gereken bütün bilgileri birbirlerine vermekle yükümlüdürler*”. Bu hüküm karşısında, mirasbırakandan denkleştirmeye tabi sağlararası karşılıksız kazandırma elde eden bir yasal mirasçının bu durumu diğer yasal mirasçılara bildirmesi gerekir. Aksi takdirde bilgi verme yükümlülüğünü ihlal eden yasal mirasçı, TBK md.112 uyarınca, diğer yasal mirasçıların bu ihlal nedeniyle uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlü olur<sup>90</sup>. Buna göre, TMK md.237 f.2 hükmü uyarınca saklı payını dahi alamayan buna karşılık mirasbırakandan elde ettiği sağlararası karşılıksız kazandırmayı terekeye iade etme yükümlülüğü devam eden ortak altsoyun, TMK md.649 f.2 hükmü uyarınca diğer yasal mirasçılara bu hususa ilişkin bilgi verme yükümlülüğü de devam eder; eğer ortak altsoy mirasbırakandan elde ettiği sağlararası karşılıksız kazandırmayı diğer yasal mirasçılardan

---

altsoyuyla birlikte mirasçı olması halinde denkleştirme alacaklısı olup olamayacağı tartışılabilir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜRPINAR, Damla: “Mirasbırakanın Sağlığında Altsoyuna Yaptığı Karşılıksız Kazandırmaların Denkleştirilmesinde Sağ Kalan Eşin Durumu”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2017, s.105-139. Yazara göre, “*Mirasbırakanın bu yönde bir irade açıklaması olmadığı sürece, sağ kalan eş altsoy karşısında denkleştirme alacaklısı olabilmelidir*” (s.135).

<sup>88</sup> İMRE/ERMAN, s.512; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.444; DURAL/ÖZ, N.1367.

<sup>89</sup> Edinilmiş mallara katılma rejiminin aile bireyleri arasında eşitliği sağlamaktan uzak olduğu ve aile bireyleri arasında adaletsizlik meydana getirdiği ileri sürülmektedir (AKKANAT, Mal Rejimi, s.56).

<sup>90</sup> DURAL/ÖZ, N.1959.

saklarsa yani bilgi verme yükümlülüğünü ihlal ederse böyle bir durumda TBK md.112 uyarınca, diğer yasal mirasçılardan bu ihlal nedeniyle uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlü olur.

Miras hukukunda denkleştirmenin asıl amacının altsoy arasında eşitliği sağlamak olduğu; mal rejimlerine ilişkin TMK md.237 f.2 hükmünde ise *ortak altsoy* ve *ortak olmayan altsoy* ayırımı yapıldığı ve eşler arasında yapılan mal rejimi sözleşmeleriyle eşlerin ortak çocuklarının ve onların altsoylarının kısmen veya tamamen saklı paylarından mahrum bırakılabileceği dikkate alındığında, TMK md.669 f.2 hükmüyle tesis edilmeye çalışılan altsoy arasındaki eşitliğin başka bir kanun hükmüyle bozulduğu yani TMK md.237 f.2 hükmünün, TMK md.669 f.2 hükmüyle çeliştiği görülmektedir. TMK md.237 f.2 hükmü uyarınca saklı payını dahi alamayan ortak altsoyun TMK md.669 f.2 hükmü uyarınca mirasbırakandan elde ettiği sağlararası karşılıksız kazandırmayı terekeye iade etme yükümlülüğünün devam etmesi ve TMK md.649 f.2 hükmü uyarınca söz konusu olan bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde TBK md.112 uyarınca, diğer yasal mirasçılardan bu ihlal nedeniyle uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlü olması ise hakkaniyete aykırıdır.

## V. MİRASÇILARIN MİRASBIRAKANIN BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU

TMK md.599 f.2 hükmünde,“ ... mirasçılar, ... mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar” denmektedir. TMK md.641 f.1 hükmünde ise “*Mirasçılar, tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar*” ifadesine yer verilmiştir. Buna göre, mirasçılar mirasbırakanın borçlarının tamamından müteselsil ve sınırsız olarak kişisel malvarlıklarıyla sorumlu olurlar<sup>91</sup>. Bu sorumluluk, mal rejimi sözleşmeleri nedeniyle saklı payını alamayan mirasçılar bakımından da söz konusudur. Zira bu kişilerin, mirasçılık sıfatı devam etmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki evlilik birliğinin eşlerden birinin ölümüyle sona ermesi halinde, sağ kalan eşin, artık değerini tamamı üzerinde hak sahibi olacağına ilişkin bir mal rejimi sözleşmesi yapılmışsa ve ölen eşin terekesinin aktifini yalnızca edinilmiş mallardan oluşuyorsa böyle bir durumda, sağ kalan eş dışındaki mirasçılardan ölen eşin mirasından hiçbir şey alamaması buna karşılık mirasbırakanın borçlarını ödemesi ihtimali ortaya çıkar. Bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde ise mirasçılar, mirası reddetme yoluna giderler. Zira mal rejimi sözleşmesi

<sup>91</sup> İMRE/ERMAN, s.455; DURAL/ÖZ, N.1890; BAYGIN, s.52-53.



nedeniyle saklı payını alamayan bu mirasçılar için tereke adeta borca batıktır; bu mirasçılar için terekede yalnızca borç vardır. Saklı payını alamayan mirasçıların, mirası reddetme yoluna gitmesi ise mirasbırakanın alacaklıları bakımından olumsuz sonuçlar doğurur. Zira mirasbırakanın alacaklılarının başvurabileceği kişi sayısı azalmış olur.

## SONUÇ

Artık değere (TMK md.237 f.2) ve ortaklık mallarına (TMK md.276 f.3) katılma anlaşmalarına ilişkin düzenlemelerin, miras hukuku sistemimiz karşısındaki durumunun çeşitli yönlerden incelenmesi neticesinde, bu düzenlemelerin, Türk Medeni Kanunu'nda benimsenen miras hukuku sistemiyle ve sözleşmelere hâkim olan nispiyet ilkesi ile bağdaşmadığı kanaatine ulaşılmaktadır. Bu durumun, gerçek olmayan kanun boşluğunun varlığından kaynaklandığı düşünülmektedir. Zira bir hükmün somut olaya olduğu gibi uygulanmasının kanunun amacına ve menfaatler dengesine aykırı düşmesi halinde, gerçek olmayan kanun boşluğu söz konusu olur. Başka bir deyişle, hükmün uygulanması halinde tatmin edici olmayan sonuçlar meydana gelir<sup>92</sup>. Bazı yazarlara göre<sup>93</sup>, bu durum kanundaki düzenlemenin yetersizliğinden ileri gelir. Gerçek olmayan bir kanun boşluğunun söz konusu olması halinde ise hâkim hukuk yaratarak bu boşluğu dolduramaz; böyle bir hükmü düzeltmek kanun koyucunun işidir<sup>94</sup>.

Yeni Medeni Kanun'da saklı pay oranlarının indirilmesiyle mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün genişlediği<sup>95</sup>; zaman içinde sağ kalan eşe verilen önemin arttığı<sup>96</sup> ve mirasbırakan tarafından altsoy dışındaki yasal mirasçılara yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmaların, *mirasbırakan tarafından aksi belirtilmiş olmadıkça* denkleştirmeye tabi olmadığı dikkate alındığında, eşler arasındaki mal rejiminin mal ortaklığı olduğu hallerde, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda öngörülen paylaşma oranından başka bir paylaşma oranının kararlaştırılabileceğini düzenleyen

<sup>92</sup> DURAL, Mustafa/ SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt: I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 12. Bası, Filiz, İstanbul 2017, N.868.

<sup>93</sup> AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 11. Bası, Beta, İstanbul 2014, s. 127.

<sup>94</sup> DURAL/SARI, N.868.

<sup>95</sup> Detaylı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet: Medeni Kanun'unuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Turhan, Ankara 2014, s.324 vd.; İŞGÜZAR, Hasan: Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, 1. Bası, Yetkin, Ankara 2003, s.33 vd.

<sup>96</sup> KILIÇOĞLU, 2018, s.208.

ve bu yönde yapılan anlaşmaların altsoy dışındaki yasal mirasçılarının saklı paylarını zedelemesine izin veren TMK md.276 f.3 hükmü, gerçek olmayan kanun boşluğunun varlığına rağmen *makul* karşılanabilir. Ancak artık değere katılma anlaşmalarına ilişkin TMK md.237 f.2 hükmü, kanun koyucu tarafından yeniden düzenlenmelidir.

Yeni bir düzenleme yapabilmek için, öncelikle TMK md.237 f.2 hükmünde, neden ortak altsoy-ortak olmayan altsoy ayırımı yapıldığı üzerinde durulmalıdır. İlgili hükümde böyle bir ayırım yapılmasının nedeni, mal rejimi sözleşmesiyle bir menfaat sağlayan sağ kalan eşin, aynı zamanda ortak çocukların ana veya babası olması ve sağ kalan eşin ölümü halinde, ilk önce ölen eşin edinilmiş malvarlığı değerlerinin de ortak altsoya intikal edecek olmasıdır<sup>97</sup>. Ancak önemle belirtmek gerekir ki bu durum, her zaman böyle değildir. Mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma, mirasbırakanın ölümü anında sağ olmama veya malvarlığı değerlerinin harcanması gibi ihtimaller, ortak altsoyun bu menfaatten hiçbir zaman yararlanamaması riskini taşır<sup>98</sup>. Kanun koyucunun amacı ise bu değildir; geç de olsa ortak altsoyun ilk önce ölen eşin edinilmiş malvarlığı değerlerinden pay almasıdır.

Kanun koyucunun amacının bu şekilde olduğu dikkate alındığında, artık değere katılma anlaşmalarına ilişkin yeni bir düzenleme yapılırken, artmirasçı atamaya ilişkin hükümlerden yararlanılabileceği düşünülmektedir. Bu noktada, ilk önce ölen eş ile ortak altsoy arasında kanundan doğan bir artmirasçılık ilişkisi kurulabilir. TMK md.521 f.1 hükmünde, “*Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla önmirasçı atadığı kişiyi mirası artmirasçıya devretmekle yükümlü kılabilir*” denmektedir. Benzer şekilde, sağ kalan eş de artık değere katılma anlaşması nedeniyle

<sup>97</sup> ŞENOCAK, 2009, s.381; ŞIPKA, s.278; ACAR, s.128.

<sup>98</sup> Her ne kadar ortak çocukların TMK md.237 f.2 hükmünden yararlanmasına gerek olmadığı belirtilmiş olsa da çalışmasının devamında ACAR tarafından, şu hususlar tespit edilmiştir: “*Ortak çocukların sağ kalan eşe geçen malvarlığının sonradan mirasçısı olacağı yönündeki yaklaşım da yeterli gözükmemektedir. Çünkü altsoyun miras yoluyla bu değerlere ulaşması kolaylıkla olmaz. Mirası elde edebilmeyi engelleyen sağ olmama, yoksunluk, çıkarılma, ebeveyn tarafından sağlığında malların tüketilmesi (TMK md.565) gibi riskler daima olumsuzluk yaratacaktır. Ayrıca, mal rejimi sözleşmesi her ne kadar sağlıkta yapılıyor bile olsa etkisini eşlerden birinin ölümü üzerine göstermekte, ölen eşin terekesini oluşturacak değerlerden bir kısmının diğer eşe kalmasını sağlamaktadır. Yani ölüme bağlı tasarruf etkisini göstermektedir. Dolayısıyla ölüme bağlı tasarruflar gibi TMK m. 505, 506’da ortaya konulan saklı pay kurallarına tabi olması gerekir. Diğer bir ifadeyle TMK m.237/2’nin getirdiği himayeden önceki evlilikten doğan altsoyun yanı sıra, ölüm ile son bulan evlilikten doğan ortak altsoyun da yararlanması gerekir. Ortak çocukların böyle bir himayeye ihtiyaçları olabilir*” (s.129).

saklı payını kısmen veya tamamen alamayan ortak altsoya karşı, bu payı devretmekle yükümlü tutulabilir. Yani sağ kalan eş, önmirasçı; saklı payı kısmen veya tamamen ihlal edilen ortak altsoy ise artmirasçı gibi düşünülebilir. Bu noktada şöyle bir soru yöneltilebilir: Bu pay devri ne zaman gerçekleşecektir? TMK md.522 f.1 hükmünde, “*Tasarrufta geçiş anı belirtilmemişse miras, önmirasçının ölümüyle artmirasçıya geçer*” denmektedir. Kanun koyucunun amacının, artık değere katılma anlaşmalarıyla “*eşlerden birinin ölümü üzerine diğerinin kalan yaşamını güvence altına almak*” olduğu<sup>99</sup> dikkate alındığında, artık değere katılma anlaşmasıyla ihlal edilen saklı payın sağ kalan eşin ölümüyle ortak altsoya geçeceği kabul edilebilir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, artık değere katılma anlaşmasıyla bir menfaat elde eden sağ kalan eşin ölümü halinde, ilk önce ölen eşin edinilmiş malvarlığı değerlerinin ortak altsoya geçip geçmeyeceği belli değildir. Belki de ortak altsoy bu menfaatten hiçbir zaman yararlanamayacaktır. Bu noktada, yine artmirasçılık bakımından söz konusu olan mirasın sulh mahkemesi tarafından defterinin tutulması, mirasın önmirasçının güvence göstermesi halinde önmirasçıya teslim edilmesi, taşınmazlarda mirası geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilmesi ve önmirasçının güvence göstermemesi veya artmirasçının beklenen haklarını tehlikeye düşürmesi halinde mirasın resmen yönetilmesi gibi tedbirlere (TMK md.523) başvurulabilir.

### KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 5. Bası, Seçkin, Ankara 2016.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Aile Hukuku, 20. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- AKİPEK, Jale G./ AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 11. Bası, Beta, İstanbul 2014.
- AKKANAT, Halil: “Yasal Mal Rejimi Değişikliğine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.1, 2004, s.54-57. (Mal Rejimi)
- AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, 1. Bası, Filiz, İstanbul 2004. (Özel Hukuk)
- ALBAŞ, Hakan: “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.Özel, 2007, ss.535-552.
- ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku 3. Bası, Legal, İstanbul 2015.
- ANTALYA, Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, 1. Bası, Alkım, İstanbul 1999.

<sup>99</sup> ŞENOCAK, 2009, s.381.

- ARBEK, Ömer: Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi, 1. Bası, Yetkin, Ankara 2013.
- ARIDEMİR, Arzu Genç: Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2012.
- ATEŞ, Turan: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 3. Bası, Bilge, Ankara 2013.
- AYAN, Mehmet: Miras Hukuku, 9. Bası, Seçkin, Ankara 2016.
- BAYDAR, Utku: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- BAYGIN, Cem: Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2005.
- ÇAĞA, Tahir: Türk-İsviçre Hukukuna Göre Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti, 1. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1950.
- ÇAKIN, Nur: “Türk Hukukunda Mirastan Iskat ile İlgili Problemler”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, 1974, ss.523-536.
- ÇUBUKGİL, Rıza: “Medeni Kanunumuzda Mirastan Adi Iskatın Hüküm ve Neticeleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.3-4, 1951, ss.595-609. (1951)
- ÇUBUKGİL, Rıza: “Mirastan Adi Iskatın Hukuki Mahiyeti ve Sebepleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3-4, 1950, ss.441-467. (1950)
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt: III: Aile Hukuku, 13. Bası, Filiz, İstanbul 2018.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt: IV: Miras Hukuku, 11. Bası, Filiz, İstanbul 2017.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt: I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 12. Bası, Filiz, İstanbul 2017.
- ENGİN, Baki İlkay: Mirastan Yoksunluk, 1. Bası, Beşir, İstanbul 2010.
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2018.
- GÖNEN, Doruk: El Yazılı Vasiyetname, 1. Bası, Legal, İstanbul 2007.
- GÜRPINAR, Damla: “Mirasbırakanın Sağlığında Altsoyuna Yaptığı Karşılıksız Kazandırmaların Denkleştirilmesinde Sağ Kalan Eşin Durumu”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2017, s.105-139.
- HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2013.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 7. Bası, Vedat, İstanbul 2018.
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 13. Bası, Der, İstanbul 2017.
- İŞGÜZAR, Hasan: Yeni Türk Medeni Kanunu’na Göre Miras Hukuku Hükümlerindeki Değişiklikler ve Yenilikler, 1. Bası, Yetkin, Ankara 2003.
- KARACA, Beytul Fatih: Cezalandırma Amacıyla Mirasçılıktan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan, Ankara 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, Turhan, Ankara 2002.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Katkı-Katılma Alacağı, 4. Bası, Turhan, Ankara 2014. (2014)

- KILIÇOĞLU, Ahmet: Medeni Kanun'unuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Turhan, Ankara 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Miras Hukuku, 8. Bası, Turhan, Ankara 2018. (2018)
- KIRMIZI, Mustafa: Açıklamalı-İçtihatlı Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, 3. Bası, Ankara 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz, İstanbul 1987.
- KOYUNCU, Ferhat: Sözlü Vasiyetname, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2014.
- KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Bası, Ekin, Bursa 2011.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan, Ankara 2015. (2015)
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 6. Bası, Turhan, Ankara 2014. (2014)
- ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: "Miras Hakkından İskat", Ankara Barosu Dergisi, S.3, 1996, ss.346-353. (1996)
- ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 1. Bası, Seçkin, Ankara 2004. (2004)
- SANBERK, Mustafa Turgut: Resmi Vasiyetname, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- SAPANOĞLU, Süleyman: Miras Paylaşma ve Miras Payının Devri Sözleşmeleri, 1. Bası, Yetkin, Ankara 2011.
- SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 1. Bası, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007. (2007)
- SARI, Suat: Uygulamalı Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz, İstanbul 2016. (2016)
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 5. Bası, Seçkin, Ankara 2018.
- SERT, Selin: "Mirasçılıktan Çıkarmanın Nafaka Yükümlülüğüne Etkisi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.5, S.16, 2014, ss.229-243.
- SEZEN, Cehdi Cihan: Türk Hukukunda Mirastan Çıkarma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- ŞENOCAK, Zariye: "Cezai İskat ve Cezai İskatın Hükümleri", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, ss.421-429. (1998)
- ŞENOCAK, Zariye: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, S.2, 2009, ss.377-411. (2009)
- ŞIPKA, Şükran / KAPLAN, Hasan Ali: "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre Eşlerin Artık Değere Katılma ve Paylaşma Oranı ile İlgili Olarak Yapacakları Mal Rejimi Sözleşmelerinin Altsoya Etkisi", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, ss.263-274.
- ŞIPKA, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 3. Bası, On İki Levha, İstanbul 2013.
- TURAN BAŞARA, Gamze: Miras Hukukunda Denkleştirme, 1. Bası, Turhan, Ankara 2013.
- TURAN, Gamze: Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, 1. Bası, Turhan, Ankara 2009.
- TURANBOY, Kürşat Nuri: Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, 1. Bası, Yetkin, Ankara, 2010.

- UZUN, Neşe: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- YAĞCI, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul 2013.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, 1. Bası, Güncel Hukuk, İzmir, 2007.
- YAZGAN, Selda: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Paylaşımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- YILDIRIM, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, 1. Bası, Savaş, Ankara 2014.
- ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2017.

# İŞ HUKUKUNDA YABANCI İRTİBAT BÜROSU ÇALIŞANLARI EMPLOYEES AT THE FOREIGN LIAISON OFFICES IN TERMS OF LABOR LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.407927

**Aslıhan KAYIK AYDINALP\***

## **Özet**

Yabancı yatırımcılar, Türkiye’de faaliyetlerini gerçekleştirirken farklı yollara başvurmaktadır. Yabancı yatırımcılar Türkiye’de doğrudan şirket kurabilirler. Türkiye’de doğrudan şirket kurmak yerine şube açabilirler veya pazar araştırması yapmak ya da ürünlerinin ülke içinde satışını gerçekleştiren distribütörlere teknik, idari destek sağlamak gibi amaçlarla irtibat bürosu açma yoluna da başvurabilirler. Bu yollar ile sağlanan yabancı yatırımlar gelişmekte olan ülkelere, sermaye açığının kapatılması, döviz ihtiyacının karşılanması, istihdamın artırılması gibi konularda katkı sağlamaktadır. Bu kapsamda ülkemizde yabancı yatırımların teşvik edilmesi amacıyla Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu kabul edilmiştir. Çalışmamızın konusunu yabancı yatırımcıların Türkiye’de faaliyette bulurken başvurmuş olduğu yollardan, ticari faaliyette bulunmamak üzere açmış oldukları irtibat büroları oluşturmaktadır. İrtibat büroları pek çok hukuk alanını ilgilendirmekle birlikte, çalıştırılan personel açısından iş hukukunun konusunu meşgul etmektedir. İrtibat büroları iş hukuku açısından daha ziyade çalıştırılan personelin hukuki niteliği, dolayısıyla iş güvencesi ve işçilik alacakları noktasında yargı kararlarına konu olmuştur. Çalışmamızda öncelikle irtibat bürolarının genel kuruluş ilkeleri ve faaliyet alanları incelenecek olup akabinde yabancı yatırımcı, irtibat bürosu ve çalışanlar İş Kanunu’nun temel kavramları açısından incelemeye konu olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Doğrudan yabancı yatırımlar kanunu, irtibat bürosu, yabancı yatırımcı, genel müdür, iş güvencesi.

## **Abstract**

Foreign investors refer to different ways while performing their activities in Turkey. Foreign investors either can establish their companies directly in Turkey and open needed branch offices or they can establish a liaison office with objectives such as doing market research and/or providing technical and administrative support to distributors who realize reselling of products and solutions inside the country. These investments contribute to developing countries, such as the closure of capital outflows, the need for foreign exchange, and the increase in employment. In this context, the Foreign Direct Investment Law was adopted in order to encourage foreign investments in our country. The subject of

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuku Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD. email:aslihan.kayik@inonu.edu.tr  
Makale Gönderilme Tarihi: 02.03.2018  
Makale Kabul Tarihi: 25.04.2018

our study consist of established liaison offices; referred ways by foreign investors, which do not have any commercial activity objectives. The liaison office is concerned with many legal fields, but also is a subject of labor law with regards to the employment of the employed personnel. The liaison office has been the subject of judicial decisions at the point of the legal character of the employed, therefore, at the point of employment security and workmanship receivables. In our study, first of all, the general corporate principles and fields of activity of the liaison offices will be examined and then the foreign investor, the liaison office and the employees will be examined in terms of the basic concepts of the Labor Law.

**Keywords:** Foreign direct investment law, liaison office, foreign investor, general manager, employment security.

## GİRİŞ

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu m. 2'ye göre, “doğrudan yabancı yatırım, yabancı yatırımcı tarafından yurtdışından getirilen ya da yurtiçinden sağlanan kıymetler aracılığıyla yeni şirket kurma ya da şube açmayı ve menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı” ifade eder. Diğer bir anlatımla, yabancı ülkedeki bir şirketin satın alınması veya yeni kurulan bir şirkete sermaye tahsis ederek ya da var olan bir şirketin sermayesini artırarak yapılan yatırımlardır<sup>1</sup>.

Doğrudan yabancı yatırımlar, gelişmekte olan ülkelerin sermaye açıklarını kapatmak amacıyla başvurdukları yollardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Yabancı yatırımlar ülkedeki sermaye açığının kapatılmasının yanı sıra, ülkeye döviz girişini sağlaması, istihdama katkısı<sup>2</sup> gibi ekonomik büyümeye etkileri nedeniyle de önem taşımaktadır. Dolayısıyla Türkiye'deki yabancı yatırımları özendirmek ve yabancı yatırımcıların haklarını gözetmek amacıyla Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Kanunun kabulü ile teşvik amacıyla yabancı

---

<sup>1</sup> KARLUK, Rıdvan: Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyümeye Katkısı, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye Paneli 2007, s.100; DEMİR GÖKYAYLA, Cemile/ SÜRAL, Ceyda: 4875 Sayılı Doğrudan Yabancılar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2004, s. 138.

<sup>2</sup> CÖMERT, Faruk: “İstihdam Sorunu ve Yabancı Sermaye”, Hazine Dergisi, Ocak 2000, S. 13, s. 16; SABIR, Hasan: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Gelişmekte Olan Ülkelere Yönlendirici Politikalar”, Dış Ticaret Dergisi, Ekim 2002, S. 26, s. 2.

<sup>3</sup> 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı ve Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında Tebliğ'i yürürlükten kaldırmıştır.



yatırımlara uygulanan izin ve onay sistemi kaldırmış, bilgilendirme sistemi kabul edilmiştir<sup>4</sup>.

Ekonomik büyüme beraberinde yeni pazarlara erişme ihtiyacını doğurmuştur. Şirketler uluslararası sermayenin hareketliliğinden faydalanarak gelişen ticaret hayatında, merkez açık şube kurmanın yanı sıra irtibat bürosu gibi yapılanmalara da başvurumaktadırlar. Vergisel avantajlar ve yönetim giderleri açısından bakıldığında yabancı yatırımcılar, ticari faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma eğilimi göstermektedirler. İrtibat büroları; ticari faaliyette bulunmamak şartıyla temsil, ağırlama, yatırımın gerçekleştirileceği ülkede pazar araştırması yapan, teknik destek, haberleşme ve bilgi aktarmak gibi daha ziyade iktisadi olmakla birlikte sosyal ve kültürel amaçlarla yurtdışında ikamet eden kişi ve kuruluşlarca açılan bürolardır<sup>5</sup>. İş hukuku açısından irtibat büroları, büronun ve çalışanların hukuki durumu, hak ve borçları noktasında önem taşımaktadır. Bu hususların açıklanabilmesi için önem arz eden irtibat bürolarının kuruluşu ve faaliyet konuları öncelikle anlatılacaktır. Daha sonra irtibat bürolarının ve çalışanların hukuki durumu incelenecektir.

## I. İRTİBAT BÜROLARININ KURULUŞU

İrtibat bürolarının kuruluşuna ve faaliyetine ilişkin esaslar, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği<sup>6</sup>’nde düzenlenmiştir. Dolayısıyla irtibat bürolarının kuruluşu ve faaliyeti hakkındaki açıklamalar, yönetmelik hükümleri dikkate alınarak yapılacaktır. Yönetmelik m. 6’ya göre, “Bakanlık, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye’de ticari faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma izni vermeye ve bu izinlerin süresini uzatmaya yetkilidir.”. İrtibat bürosu açmaya ilişkin talepler değerlendirilirken şirketin sermayesi, faaliyet konusu, istihdam edilen personel sayısı gibi hususlar dikkate alınır. Bu talepler, istenilen belgelerin eksiksiz olması şartıyla, başvurudan itibaren onbeş iş günü içinde neticelendirilir. Özel mevzuatı bulunan para ve sermaye piyasaları Yönetmelik m. 6’ya göre, “sigortacılık gibi alanlardan faaliyette bulunmak amacıyla yapılan irtibat bürosu açma talepleri, ilgili mevzuatı gereği yetkili kılınan kurum veya kuruluşlarca değerlendirilir. Bakanlık

<sup>4</sup> DEMİR GÖKYAYLA / SÜRAL, s. 135; YILMAZ, Lerzan: 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y: 5, S. 10, 2006/2, s. 179.

<sup>5</sup> ÖĞRENDİK, Güray: İrtibat Büroları, Yaklaşım Dergisi, Y. 2005, S. 151.

<sup>6</sup> RG., 20.08.2003, S. 25205.

gerekli görmesi halinde irtibat bürosu açma taleplerini bu kurum ya da kuruluşların görüşlerini alarak neticelendirebilir”.

Yönetmelik m. 7’de müracaatta sunulması gerekli belgeleri belirtilmiştir. Buna göre, “İrtibat bürosunun kuruluş işlemlerinin başka bir kimse aracılığıyla yürütülmesi durumunda vekaletname, İrtibat bürosunun faaliyetlerini yürütmekle görevli olarak atanan kişiye/kişilere verilecek yetki belgesi, Yabancı şirket hakkında hazırlanmış faaliyet raporu veya bilanço ve gelir tablosu, Yabancı şirkete ait ve ilgili Türk Konsoloslughunca veya Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı çerçevesinde hazırlanan Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi hükümlerine göre tasdik edilmiş faaliyet belgesi, İrtibat bürosu tarafından yürütülecek işlerin kapsamını ve büronun ticari faaliyet yürütmeyeceğine ilişkin taahhüdü içeren beyanname ve beyannameyi imzalayan yabancı şirket yetkilisinin imza yetkisini gösterir belge, Başvuru formu.”

İlk başvuruda azami üç yıl süreli izin verilir. Faaliyet süresinin uzatılmak istenmesi durumunda, en fazla 3 yıl olarak verilen bu süre dolmadan önce Genel Müdürlük’e başvurulması zorunludur. Bu talepler Genel Müdürlük tarafından değerlendirilirken Yönetmelik m. 8’e göre, “büronun geçmiş yıl faaliyetleri, yabancı şirketin Türkiye’de geleceğe yönelik iş planı ve hedefleri, mevcut ve öngörülen harcama tutarı ile istihdam edilen personel sayısı” gibi hususlar dikkate alınır. İrtibat bürosu, yabancı şirket ürünlerini ya da hizmetlerini tanıtmak ya da pazar araştırması yapmak amacıyla kurulmuşsa, süre uzatımı talepleri geri çevrilecektir.

## II. İRTİBAT BÜROLARININ FAALİYET KONULARI

Doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin uygulama yönetmeliğine bakıldığında, irtibat bürolarının hangi alanlarda faaliyette bulunabileceklerinin sayıldığı görülmektedir. Yönetmeliğin irtibat bürolarının işleyişi hakkındaki 8. maddesine bakıldığında, “Yabancı şirketin sektörel kuruluşlar nezdinde ve ilgili organizasyonlarda temsil edilmesi, yabancı şirket yetkililerinin Türkiye’deki iş temaslarının koordinasyonu ve organizasyonu” irtibat bürolarının faaliyet konularından biridir. İrtibat büroları, “yabancı şirket adına üretim yaptırılan firmaların, yabancı şirketin kalite standartları çerçevesinde değerlendirilmesi, yabancı şirketin ürün ve üretici taleplerinin teminini” sağlar. “Distribütörlere yönelik eğitim veya teknik destek sağlanması, tedarikçi üreticilere kalite standartlarının artırılması yönünde destek hizmeti sunulması”, “Türkiye ile iş ilişkisi içinde bulunan yabancı şirkete iletilmek üzere piyasadaki

gelişmeler, tüketici eğilimleri, rakip firmaların ve distribütörlerin satış durumları, performansları gibi konulara ilişkin bilgilerin toplanması ve aktarılması” irtibat bürolarının bir diğer faaliyet alanını oluşturur. “Yabancı şirketin, diğer ülkelerdeki birimlerine yönelik olarak, yatırım ve yönetim stratejilerinin oluşturulması, planlama, tanıtım, satış, satış sonrası hizmetler, marka yönetimi, finansal yönetim, teknik destek, AR-GE, dış tedarik, yeni geliştirilen ürünlerin test edilmesi, laboratuvar hizmetleri, araştırma ve analiz, çalışanların eğitimi gibi faaliyetlere ilişkin koordinasyon ve yönetim hizmeti sağlanması” da irtibat bürolarının faaliyet alanları arasında yer almaktadır.

### III. İRTİBAT BÜROLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İrtibat bürolarının hukuki niteliğini tayin ederken öncelikle işyerinin tanımının yapılması gerekmektedir. İş Kanunu<sup>7</sup> m. 2’ye göre işyeri, işin yapıldığı yer ile işyerine bağlı yerlerden, eklentilerden ve araçlardan oluşan, maddi olan ve olmayan unsurlarla iş gücünün bir araya gelerek örgütlendiği üretim birimidir<sup>8</sup>. İşyerini, mal veya hizmet

<sup>7</sup> RG, 10.06.2003, S. 25134.

<sup>8</sup> ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 84; GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi, İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 81; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012, s. 217; EKONOMİ, Münir: “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan ESENER’ e ARMAĞAN, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 330; TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 61; EYRENCİ, Öner: “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme”, Legal İSGHD, Yıl 2004, C. 1, S. 1, s. 19; KÖSEÖĞLU, s. 8, 9; ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 8; KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 55, 56; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 217-220; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015, s. 40; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul 2017, s. 118 EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 43; AKI, Erol: “İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, Yıl 8, Sayı 29, s. 7; REİSOĞLU, Seza: “İşyerinin Bir Diğer İşverene Devrinin Hizmet Akitlerine Etkisi”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’ e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001, s. 1281,1282; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 43; AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, İstanbul 2016, s. 123, 124; SENYEN KAPLAN, s. 40; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017, s. 193; ULUCAN, Devrim: “İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni İle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s. 75; AKI, s. 6; AKYİĞİT, s. 56; AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001, s. 9, 42; MANAV, Eda: “İşyeri Devrinde İş

üretmeye ilişkin teknik bir amaca yönelmiş organizasyon olarak tanımlamak da mümkündür<sup>9</sup>. Uygulamada işyeri ve işletme kavramlarının sıklıkla birbiri yerine kullanıldığını görmekteyiz. Oysa ki işletme, işyeri kavramından daha geniş ve iktisadi içerik taşımasına rağmen, işyeri daha dar ve teknik bir kavramdır<sup>10</sup>. İşletme daha geniş bir iktisadi organizasyon anlamına geldiğinden, işyerini de içine alan bir kavram olup, her bağımsız işyeri aynı zamanda bir işletmeyken, bir ya da birden fazla işyerinin bir araya gelmesiyle oluşan birim ise işletmedir<sup>11</sup>.

İşyeri ve işletme tanımlarından hareketle, irtibat bürolarının hangi kavrama dahil olduğuna bakıldığında, irtibat bürosu aracılığıyla Türkiye’de ticari olmamak şartıyla faaliyette bulunan yabancı yatırımcı şirket, işletme olarak nitelendirilecektir. Zira yabancı yatırımcı şirket, şirket merkezinin yanı sıra, diğer ülkelerde şube açmak ya da irtibat bürosu kurmak suretiyle varlığını sürdürmektedir. Dolayısıyla merkez, şube ve irtibat bürolarıyla birlikte yabancı şirket, işletme sıfatına sahip olacaktır. Ülkesinde ya da diğer ülkelerde kurulu şubeleri veya irtibat büroları ise işyeri sıfatını taşıyacaktır. Zira şirket, irtibat büroları vasıtasıyla hizmet üretmektedir. Dolayısıyla İş Hukuku’nda işyerine ilişkin hükümler, irtibat büroları açısından hüküm ve sonuç doğuracaktır.

---

Güvencesi”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’ e ARMAĞAN, İstanbul 2011, s. 1346; KORKMAZ, Fahrettin / ALP, Nihat Seyhun: Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 90; DEMİRCİOĞLU, Murat/ CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2015, s. 45; ANDAÇ, Faruk: İş Hukuku, Detay Yayıncılık, Ankara 2014, s. 72, 74; ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 46-48; CANBOLAT, Talat: “4857 sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri”, 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016, s. 41.

<sup>9</sup> GÜZEL, s. 80; SENYEN KAPLAN, s. 40; AYDINLI, s. 10; AKTAY Nizamettin/ ARICI, Kadir/SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 38, 39; TAŞKIN Ahmet: “İş Hukukunda İşletme Kavramı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, S. 32, s. 75, 76.

<sup>10</sup> GÜZEL, s. 59 vd.; AYDINLI, s. 8; KÖSEOĞLU, s. 27; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 118; AYDINLI, 174; DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007 s. 35-36; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 48; SENYEN KAPLAN, s. 48; DEMİRCİOĞLU / CENTEL, s. 48; TULUKÇU, Binnur: “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleriyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, Yıl 5, Sayı 18, s. 138; SÜZEK, İş Hukuku, s. 198.

<sup>11</sup> ESENER, s. 82; DOĞAN YENİSEY, s. 36; KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004, s. 13,14, 28; AYDINLI, s. 8; ÖZKARACA, s. 19; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 48; KORKMAZ/ALP, s. 97.

## IV. İRTİBAT BÜROSU ÇALIŞANLARI VE HUKUKİ STATÜLERİ

### A. Genel Olarak

İrtibat bürolarında birbirinden farklı sınıflara sahip kişilerin çalışması mümkündür. Uygulama Yönetmeliği'nin müracaatta aranacak belgelere ilişkin m.7' de, "irtibat bürosunun faaliyetlerini yürütmekle görevli olarak atanan kişiye verilecek yetki belgesi" yer almaktadır. Dolayısıyla irtibat bürosunun açılabilmesi için yetki belgesine sahip bir kişinin olması gerekmektedir. Yine Uygulama Yönetmeliği'nin 8. maddesine baktığımızda irtibat bürolarının işleyişi hakkında hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Faaliyet konuları yukarıda ayrı başlık halinde incelenmiş olup, irtibat büroları bu faaliyetleri gerçekleştirebilmek için teknik, idari personele ihtiyaç duyabilirler. Bu çerçevede yabancı yatırımcı ile ilgili personel arasındaki hukuki ilişki vekâlet sözleşmesine dayanabileceği gibi iş sözleşmesine de dayanabilir<sup>12</sup>.

### B. Yabancı Yatırımcı

İş Kanunu m. 2, "bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzelkişiye ya da tüzelkişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren" şeklinde işvereni tanımlamıştır<sup>13</sup>. İşveren sıfatı sadece gerçek kişilere ait olmayıp, şirket, vakıf, dernek, sendika, kooperatif, devlet ya da kamu hukuku veya özel hukuk tüzelkişisine veya adi ortaklıklara da ait

<sup>12</sup> İş sözleşmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 73 vd.; ESENER, s. 126; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 301; SENYEN KAPLAN, s. 27; SÜZEK, İş Hukuku, s. 235; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 202 vd.; GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2013, s. 190 vd.; ÇİL, s. 523 vd.; CANBOLAT, İş Kanununun Temel Kavramları, s. 28.

<sup>13</sup> TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 55; ESENER, s. 69, 70; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 163; SÜZEK, İş Hukuku, s. 146; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 29; AKYİĞİT, s. 66; SENYEN KAPLAN, s. 31; SÜZEK, Sarper: "Türk İş Hukukunda İşveren", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010, s. 17; Kanunda yer alan tüzelkişiliği olmayan kurum ve kuruluşların işveren sayılacağına ilişkin düzenleme hakkında getirilen eleştirilen hakkında bkz. CANBOLAT, İş Kanununun Temel Kavramları, s. 31, 32; Alman Hukukunda ise işveren tanımına kanunda yer verilmemiş olup, iş sözleşmesi tanımından hareket edilerek, "İş sözleşmesinde işçinin karşısında yer alan, iş görme ediminin alacaklısı, ücret ödeme borcunun sorumlusu" olarak ya da "En az bir işçi çalıştıran kişi" olarak doktrinde tanımlanmaktadır; PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 4. Auflage, Köln 2012, s. 44; İsviçre Hukukunda işveren, iş sözleşmesinde kendisine karşı iş görme ediminin borçlanılan, kendisinin de bunun karşılığında asli edim borcu olarak ücret ödemeyi borçlandığı kişi olarak tanımlanır, GEISER, Thomas/ MULLER, Roland: Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2012, s. 52.

olabilir<sup>14</sup>. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda yabancı yatırımcı, “yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşlarını, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzelkişileri ve uluslararası kuruluşları” ifade eder şekilde tanımlanmıştır. Bu nedenle sayılan bu yabancı yatırımcılar, iş hukuku anlamında işveren olarak nitelendirilecektir.

İş sözleşmesine göre işverenin işçiden işin yapılmasını isteme ve talimat verme hakkı mevcuttur. Bazen bu iki hak tek bir kişi bünyesinde birleşirken, bazen de ayrı ayrı kişilerde olabilir<sup>15</sup>. İşin yapılmasını talep ve talimat verme hakkının farklı kişilerde bulunması durumu daha ziyade tüzelkişilerde karşımıza çıkmaktadır. Tüzelkişilerde yönetim yetkisi ve talimat verme hakkı, zorunlu olarak şirketin organı tarafından kullanılır<sup>16</sup>. Ancak işveren sıfatı tüzelkişiye aittir. Yabancı yatırımcılar daha ziyade tüzelkişi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla işveren sıfatı, işçi çalıştıran yabancı yatırımcıya ait olacaktır.

### C. Yetki Belgesine Sahip Çalışan

İşyerlerinde çalışan işçi sayısı dikkate alındığında, işverenin işçilerin hepsine karşı bizzat yönetim hakkını kullanması, işin ifasını talep etmesi çoğu kez imkânsızdır<sup>17</sup>. İşverenin tüzelkişi olması halinde de bu yetkilerin bizzat tüzelkişi tarafından kullanılması olanaksızdır<sup>18</sup>. Bu nedenle faaliyetlerin sürdürülebilmesi için işyerinde işverenmiş gibi hareket eden yardımcı kişilere ihtiyaç duyulmuştur. Diğer ülkelerde faaliyetlerini şube ya da irtibat bürosu kurarak gerçekleştiren, uluslararası alanda faaliyet gösteren şirketlerde, bu ihtiyaç daha da önem taşımaktadır. İş Kanunu m. 2/ f. 4' e baktığımızda, “işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimseler işveren vekili” şeklindeki tanımları görmekteyiz. Bunlar işyerinde, genel müdür, müdür, şef, ustabaşı, insan kaynakları müdürü gibi pozisyon ve sıfatlarla karşımıza

<sup>14</sup> ESENER, s. 71; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 80; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 29; SENYEN KAPLAN, s. 31; SÜZEK, Türk İş Hukukunda İşveren, s. 17.

<sup>15</sup> ESENER, s. 69, 70; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 80; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 55; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 167; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.29; SENYEN KAPLAN, s. 32; SÜZEK, Türk İş Hukukunda İşveren, s. 18.

<sup>16</sup> SÜZEK, Türk İş Hukukunda İşveren, s. 19; Aynı yazar, İş Hukuku, s. 154; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 30.

<sup>17</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.42; SÜZEK, İş Hukuku, s.186; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 210; AKYİĞİT, s. 69; SENYEN KAPLAN, s. 32; KORKMAZ/ ALP, s. 87.

<sup>18</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 210; AKYİĞİT, s. 69; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 42; SÜZEK, İş Hukuku, s. 186; SENYEN KAPLAN, s. 32; KORKMAZ/ ALP, s. 87.

çıkabilir. Sorumluluk konusuna değinmek gerekirse işveren vekili sıfatı ile işçilere karşı yapılan işlem ve yükümlülüklerden, doğrudan temsil ilkesinin bir sonucu olarak işveren sorumlu olacaktır<sup>19</sup>. Bu kişilerin diğer işçilerden farkı ise işveren tarafından kendilerine temsil yetkisi verilmiş olmasıdır<sup>20</sup>.

Temsil yetkisinin verilmesi bir sözleşme olmayıp, tek taraflı bir hukuksal işlemidir<sup>21</sup>. Çoğu zaman temsil yetkisinin verilmesi ile vekâlet sözleşmesi birbirine karıştırılmaktadır. Oysa ki her vekâlet sözleşmesinin temelinde bir temsil ilişkisi varken, her temsil ilişkisi bir vekâlet sözleşmesine dayanmaz<sup>22</sup>. Temsil yetkisi, vekâlet, iş, ortaklık ya da eser sözleşmesiyle, sözleşme ilişkisi kurularak verilmiş olabilir<sup>23</sup>. Diğer bir anlatımla temsil yetkisi, temsil olunan ve temsilci arasındaki temel ilişkiye dayanır<sup>24</sup>. Temsil ilişkisi her ne kadar bir temel ilişkiye dayansa da temel ilişkiden ayrı ve ondan bağımsız bir işlemdir<sup>25</sup>. Temsil yetkisinin verilmesi taraflar arasında hak ve borç doğurmayıp, tarafların hak ve borçları temsil yetkisi dışındaki temel ilişkiye dayanır<sup>26</sup>. Türk Borçlar Kanunu m. 42' ye göre, temsilcinin temsil yetkisi haklı bir sebep

<sup>19</sup> ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 81; CANBOLAT, İş Kanununun Temel Kavramları, s. 39; AKYİĞİT, s. 71; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 43; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 59, 60; SÜZEK, İş Hukuku, s. 186; KORKMAZ/ALP, s. 89; SENYEN KAPLAN, s. 32.

<sup>20</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 210; Bu yöndeki kararlar için bkz., Y. 9. HD., E. 2016/29585, K. 2017/19387, T. 29.11.2017; Y. 9. HD., E. 2016/29585, K. 2017/19387, T. 29.11.2017, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.2.3.2018.

<sup>21</sup> EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 455, 460; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 626; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, s. 225; HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 107; NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 136; HACİMAHMUTOĞLU, Sibel/ ÖZBAY, Recep: "Hukuk Terminolojisinin Öğretimi ve Çevirisine Disiplinlerarası ve Analitik Yaklaşım", Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, s. 235, <http://www.efdergi.hacettepe.edu.tr/yonetim/icerik/makaleler/408-published.pdf>, E.T. 12.3.2018.

<sup>22</sup> KILIÇOĞLU, s. 225.

<sup>23</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 627, 647; EREN, s. 459, 461; KILIÇOĞLU, s. 229; HACİMAHMUTOĞLU/ ÖZBAY, s. 235; "Tacir ile ticari temsilci arasındaki iç ilişki de vekâlet sözleşmesine dayanabileceği gibi iş ya da şirket sözleşmesine dayanabilir", ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2012, s. 167.

<sup>24</sup> EREN, s. 459; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 647.

<sup>25</sup> EREN, s. 459.

<sup>26</sup> KILIÇOĞLU, s. 230.

olmaksızın geri alınarak son bulması halinde de temsilcinin bu yüzden uğradığı zararların tazmini, temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkinin dayandığı vekâlet, şirket, iş ya da eser sözleşmesi gibi bir sözleşmeye dayanabilir<sup>27</sup>. Temel ilişkiye son verilmesi halinde ise hâkim görüşe göre, temsil yetkisi de kural olarak son bulmuş olacaktır<sup>28</sup>.

İş hukukunda temsil yetkisi özellikle işveren vekilliği konusunda karşımıza çıkmaktadır. Buradaki temsil yetkisinin dayanağını oluşturan temel ilişki, iş sözleşmesidir. İş Kanunu m.2/f 5’ te, “İşveren vekilliği sıfatı, işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden hareket edilerek İş Kanunu’nun işveren vekilliğini, iş sözleşmesine dayandırdığı sonucuna varmaktadır<sup>29</sup>. Dolayısıyla temsil yetkisine vücut veren temel ilişki iş sözleşmesidir. İşveren vekillerine işin gereği olarak yetki belgesi verilmişse, bu belgenin işlevi temsil yetkisinin sınırlarını çizmektir. Bu nedenle yetki belgesinin verilmesi, işveren vekillerinin işçi sıfatına sahip olması, temel ilişkinin ise iş sözleşmesi olması gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır.

Uygulama Yönetmeliğine bakıldığında, irtibat bürosunun faaliyetlerini yürütmekle görevli olarak yetki belgesine sahip bir kişinin atanmasının zorunlu olduğu görülmektedir<sup>30</sup>. Yetki belgesine sahip bu kişiler daha ziyade irtibat bürosu müdürü, irtibat bürosu genel müdürü ya da bölge müdürü gibi sıfatlarla adlandırılmaktadır. Yetki belgesi ile hareket eden bu kişi ile yabancı şirket arasındaki hukuki ilişki, daha önceden var olan iş sözleşmesine dayanabileceği gibi, yetki belgesinin verilmesi ile de kurulmuş olabilir. Dolayısıyla yetki belgesi çerçevesinde hareket eden irtibat bürosu müdürü ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin, yukarıdaki açıklamalar nedeniyle, iş sözleşmesine dayandığı görüşündeyiz. İşin gereği olarak verilen yetki belgesi, aradaki hukuki ilişkiyi vekâlet sözleşmesine çevirmeksizin, bu kişilerin yetki sınırlarını çizmektedir.

<sup>27</sup> HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 107; EREN, s. 469; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 651, 708; KILIÇOĞLU, s. 244; Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu’nun “ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerinin sona” ermesine ilişkin m. 554’e baktığımızda, işletme sahibinin “tacir yardımcılarının yetkilerini, aralarındaki hizmet, vekalet, ortaklık ve benzeri sözleşmelerden doğan hakları saklı kalmak şartıyla, her zaman geri alabileceği” düzenlenmiştir.

<sup>28</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 651.

<sup>29</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 213.

<sup>30</sup> Yetki belgesi ile verilen temsil yetkisi temsil olunanın kendi rızasına dayandığından, kapsamını ve sınırlarını dilediği gibi belirlemek imkanına sahiptir, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 654.



Yetki belgesi, ticari faaliyet yürütmek ve irtibat bürosunun faaliyetleriyle sınırlı olmak şartıyla, irtibat bürosunu dolayısıyla şirketi üçüncü kişiler nezdinde temsil ve ilzam etme konusunda verilip, yetki sınırını çizmektedir. Bu çerçevede irtibat bürosu müdürü, Türk yetkili makamları huzurunda irtibat bürosunun faaliyetlerini, yönetimini ve sona erdirilmesini gerçekleştirmek, irtibat bürosunu Türkiye'deki bakanlıklar, daireler ve diğer resmi organlar nezdinde temsil etmek, işyeri ve diğer yerlere ilişkin kira sözleşmesi yapmak, iş sözleşmesi yapmak ve feshetmek, kamu ihalelerinde yer alınması amacıyla gerekli görülen her türlü evrakı imzalamak gibi yetkilerle donatılır.

Yetki belgesi çerçevesinde verilen yetkiler işveren vekilliğine ilişkin hükümler açısından değerlendirildiğinde bizi, bu kişilerin işveren hesabına hareket edip işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev aldığı sonucuna götürmektedir. Dolayısıyla irtibat bürosunun yasal temsilcisi olan irtibat bürosu müdürü, iş hukuku açısından işveren vekili olarak nitelendirilir. İş Kanunu m 2/ f. 5'teki hüküm nedeniyle İş Kanunu'nda ve ilgili diğer mevzuatta işçilere yönelik düzenlemelerden, istisna hükümler saklı kalmak şartıyla, işveren vekili konumunda bulunan irtibat bürosu müdürleri de faydalanacaktır.

İş güvencesi hükümlerinden faydalanabilme şartları arasında yer alan işveren vekillerine yönelik getirilen olumsuz şart olarak İş Kanunu m 18'in sonuncu fıkrasına bakıldığında, "işletmenin bütünü sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütünü sevk ve idare eden, işçiyi işe alma işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekillerinin" bu haktan yararlanamayacakları görülmektedir<sup>31</sup>. Dolayısıyla irtibat bürosu müdürlerinin, iş güvencesi hükümlerinden faydalanıp faydalanamayacağı hususu önemlidir<sup>32</sup>. Daha önce açıklandığı üzere yabancı şirket, diğer

<sup>31</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz., Y.9.HD., E.2017/21587, K.2017/10486, T.14.06.2017; Y.9.HD., E.2016/32553, K. 2016/18193, T.20.10.2016; Y.9.HD., E.2015/33962, K.2016/17615, T.10.10.2016; Y.9.HD., E.2015/25694, K. 2015/32154, T. 12.11.2015, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.tr., E.T.27.02.2018.

<sup>32</sup> İş güvencesi açısından 30 işçi ölçütünün irtibat büroları açısından değerlendirilmesi konusu hakkında bkz. TUNCAY, Can: Y. 9. HD., E. 2006/32297, K. 2007/3272, T. 12.02.2007 Kararının İncelenmesi, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.tr., E.T.27.02.2018; Yargıtay'ın aksi yönde kararı: "Kanun koyucu tarafından yurtdışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmadığı gibi aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine dair bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. Uluslararası çalışan ve birçok ülkede işyeri açan bir kuruluşun açtığı işyerini bulunduğu ülke mevzuatına göre kurması ve bu şubenin ayrı bir tüzel kişilik olması, aynı iş kolunda birçok işyeri olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu sebeple

ülkelerde kurulu şube ve irtibat büroları ile birlikte düşünüldüğünde işletme olarak kabul edilmelidir. Bu kapsamda “işletmenin bütününe sevk ve idare eden”, CEO olarak isimlendirilen işveren vekili ve genel müdür yardımcısı olarak anılan bu işveren vekili yardımcıları, iş güvencesine ilişkin hükümlerden faydalanamayacaklardır<sup>33</sup>.

Yabancı şirketin işletme olarak kabul edilmesi halinde diğer ülkelerde kurulu şube ve irtibat bürolarının işyeri niteliği taşıyacağı hususuna yukarıda değinilmiştir. İş güvencesi açısından

uluslararası çalışan ve Türkiye'de şubesi ya da acentesi bulunan şirketler bakımından Türkiye'deki işyerinde çalışan işçi sayısının 30'dan az olduğu gerekçesi ile o işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yoksun bırakılması Kanun'un gerekçesine ve ölçülülük ilkesine uygun olmayacaktır. Somut olayda, davalı şirketin uluslararası alanda faaliyet gösteren ve Türkiye'de şubesi bulunan bir şirket olduğu, Türkiye'de 7, dünya genelinde ise binlerce çalışan olduğu hususları taraflar arasında ihtilafı olmayıp ihtilaf, yurt dışındaki şubelerde çalışan işçilerin de işçi sayısı ve iş güvencesi hükümleri bakımından dikkate alınıp alınmayacağı noktasındadır. Yukarıda belirtilen ilkeler ve benzer olaylarda Dairemiz ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlar gözetildiğinde, davalı işyeri bakımından fesih tarihinde 30 işçi şartının oluştuğunun kabulüyle esasa girildiğinde davacıya kıdem ve ihbar tazminatının ödenerek iş akdinin feshedildiğinin tartışmasız olduğu ancak feshin İş kanunu 19. maddesine göre yazılı olmadığı ve sebepleri açık ve kesin bildirilmediğinden fesih konusunda yasadaki usule uyulmadığı anlaşıldığından, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile 30 işçinin belirlenmesinde salt Türkiye'de çalışan işçi sayısının nazara alınmasının gerektiği gerekçesiyle davanın reddi isabetli olmamıştır”, Y.7.HD., E.2015/34705, K.2016/3452, T.17.2.2016, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.tr., E.T.2.3.2018.

<sup>33</sup> “ Davalı işveren, davacının doğrudan şirket CEO'suna bağlı işveren vekili yardımcısı olduğunu, bu nedenle işçi alma ve çıkarma yetkisinin aranmayacağını belirtmiştir. Gerçekten işletme bazında davacı doğrudan işveren vekiline bağlı ise işveren vekili yardımcısı konumunda kabul edilmelidir. Bu durumda ayrıca işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunup bulunmadığı önemli değildir. Dosyada mevcut organizasyon şemasına göre işyerinde bir yapılanma olup olmadığı ve davacının işveren vekili yardımcısı konumunda bulunup bulunmadığı kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra karar verilmesi gerekirken, yetersiz organizasyon şemasına dayanılarak ve davacının işçi alma ve çıkarma yetkisinin bulunmadığı gerekçesinden hareketle işveren vekili veya yardımcısı konumunda bulunmadığı sonucuna varılmış olması hatalı olmuştur”, Y. 9. HD., E. 2008/34062, K. 2009/15081, T. 01.06.2009; Aynı yönde bkz. “Somut uyuşmazlıkta fesih tarihinde davacı danışman olarak görev yaptığı gibi dosya içerisindeki organizasyon şemasına göre davacı şirketin işveren vekili düzeyinde CEO'sunun olduğu, ona bağlı işveren vekili yardımcısı konumunda operasyon ve satış direktörü bulunduğu , davacının ise şemaya göre bölge müdürüne bağlı kulüp genel müdürü olduğu; işletmeyi bütünüyle sevk ve idare etmediği, iş yerine işçi alma çıkarma yetkisinin bulunmadığı ve bu nedenle iş güvencesi hükümlerinden yararlanması gerektiği anlaşılmaktadır”, Y. 9. HD., E. 2015/22944, K. 2015/31785, T. 10.11.2015, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www. kazanci.com.tr., E.T. 02.03.2018;

değerlendirildiğinde, irtibat bürosu müdürü “işçiyi işe alma ve işten çıkarma” yetkisine sahipse, iş güvencesine ilişkin hükümlerden faydalanamayacaktır. İşe alma işten çıkarma yetkisi yoksa, diğer şartların da mevcut olması halinde, iş güvencesi hükümlerinden faydalanabilecektir.

İrtibat bürosu müdürü, işletmenin bütününe yönetmeksizin, işletmenin bütününe yöneten işveren vekili yardımcısı sıfatına sahipse, hiç şüphesiz ki yine iş güvencesinden faydalanamayacaktır. Yargıtay da irtibat büroları hakkında konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarında işletmenin bütününe yönetim hakkına sahip genel müdür ve yardımcılarını, işletmenin bütününe yönetmeyip işyerini bütün olarak yöneten, aynı zamanda “işçiyi işe alma ve işten çıkarma” yetkisine sahip işveren vekillerinin iş güvencesinde yararlanamayacağını belirtmiştir<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> “Davacı vekili, müvekkilinin davalı işveren States Soybean Export Council ilişkili kuruluş Soybean Association bünyesinde yaklaşık 10 yıl çalıştığını, 12.06.2008 tarihinde iş sözleşmesinin feshedildiğini müvekkilinin davalının İstanbul Türkiye' de bulunan irtibat bürosunda bölge direktörü görevini yürütürken yurtdışında iş gezisinde bulunduğu esnada işine son verildiğini belirterek müvekkilinin işe iadesine ve yasal haklarına karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, davacının 28 Nisan 2008 tarihli hizmet sözleşmesinin 2.01. maddesi uyarınca İstanbul ' da bulunan Türkiye İrtibat bürosunda bölge direktörü ve irtibat bürosu genel temsilcisi olarak görev yaptığını, Ortadoğu ve Kuzeydoğu Afrika bölgesinden “sorumlu olduğunu, işyerinde işin bütününe sevk idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan davacının iş güvencesi kapsamı dışında kaldığını, fesih işleminin usulüne uygun olduğunu ve geçerli sebebe dayandığını, davacının hizmet sözleşmesinin 4. maddesini ihlal ettiğini ve işverene fesih hakkı veren haklı sebepten olduğunu savunarak davanın reddini” istemiştir. “İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekilleri her şeyden önce, işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekilleri ile yardımcılar olduğuna göre, işletmenin tümünü yöneten genel müdürler ile yardımcılar iş güvencesi hükümlerinden yararlanamayacaktır. Ancak belirtelim ki, işyerinde genel müdür veya genel müdür yardımcısı unvanının kullanılması tek başına iş güvencesi kapsamı dışında bulunma sonucunu doğurmaz. Önemli olan, kendisine temsil yetkisi verilip verilmediği ve işletmenin bütününe yönetip yönetmediğidir; bu hususta görev tanımı ve konumuna bakmak gerekir. İş güvencesinden yararlanamayacak işveren vekillerinin ikinci grubunu, işletmenin değil de işyerinin bütününe yöneten ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleridir. Buna göre, işletmenin bütününe sevk ve idare edenler, başka bir şart aranmaksızın işveren vekili sayılırken; işletmenin değil de işyerinin bütününe sevk ve idare edenlerin 18'nci madde anlamında işveren vekili sayılabilmesi için ilave olarak, işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olması şartı aranır. İşyerinin tümünü sevk ve idare ile işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi katlanmış olarak, birlikte aranır. Bu işyeri işletmeye bağlı bir işyeri de olabilir. Ancak işletmeye bağlı bir işyerinde, bu işyerinin tümünü sevk ve idare eden, ayrıca işe alma ve işten çıkarma yetkisi olan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz.”, Y. 9. HD., E. 2010/3359, K. 2011/17090, T.

Bu hususu tayin ederken işyerinde kullanılan unvanlar tek başına yeterli olmayıp, görev tanımı ve işletme organizasyon şemasındaki konum önemlidir. Organizasyon şeması incelendiğinde, irtibat bürosu müdürü ile işletmenin bütününe yöneten CEO arasında, hiyerarşi açısından birden fazla kişi giriyorsa, yani irtibat bürosu müdürü doğrudan CEO'ya bağlı olmayıp ara kademede bağlı olduğu başka kişiler varsa, işletmenin bütününe yöneten işveren vekili yardımcısı sıfatını kazanamayacaktır. Uygulamaya bakıldığında irtibat bürosu müdürleri genellikle alt bölge müdürüne, alt bölge müdürleri bölge müdürüne, bölge müdürleri şirket genel müdür yardımcısına, bunlar da CEO olarak isimlendirdiğimiz şirket genel müdürüne bağlıdır. Dolayısıyla genel olarak irtibat bürosu müdürleri, işletmeyi yöneten işveren vekili yardımcısı konumunda değildir.

#### D. Diğer Çalışanlar

İş Kanunu m 2/ f. 1' de işçi, "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişidir" şeklinde tanımlanmıştır<sup>35</sup>. Sosyal güvenlik ve toplu iş hukukunda işçi kavramı, sadece iş sözleşmesine göre çalışanları değil<sup>36</sup>, diğer bazı sözleşme türlerine dayanarak çalışanları da kapsamaktadır<sup>37</sup>.

8.6.2011, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T. 2.3.2018.

<sup>35</sup> EKONOMİ, Ferdi İş Hukuku, s. 40 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 150; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 46; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s. 69; AKYİĞİT, s. 64; SÜZEK, İş Hukuku, s. 137; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 24; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAK, s. 26 vd.; SENYEN KAPLAN, s. 27; GÜNAY, s. 165 vd.; CANBOLAT, İş Kanununun Temel Kavramları, s. 27, 28; "Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren olarak tanımlanmıştır. İşçi ve işveren sıfatları aynı kişide birleşemez. Aynı kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasına göre iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Ücret, iş görme ve bağımlılık iş sözleşmesinin belirleyici öğeleridir.", Y.22.HD., 07.02.2014, E.2013/19399, K 2014/1630, <http://www.hukuklink.com/>, E.T. 25.5.2015; 3008 sayılı Kanunda yer alan işçi tanımına bakıldığında; "Bir iş akdi dolayısıyla başka bir şahsın işyerinde bedenen yahut bedenen ve fikren çalışan kimseye işçi denir.", burada işçi sıfatının tayininde görülen işin niteliği esas alınmıştır, 1475 sayılı İş Kanununa göre işçi, "Bir hizmet akdine dayanarak herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denir.", ESENER, s. 46, 48; Alman Hukukunda hakim doktrin görüşü ve yargı kararlarına göre işçi, "Çalışmaya ilişkin özel hukuk sözleşmesi nedeniyle başka bir kişiye iş görme borcu bulunan kişi" olarak tanımlanmaktadır, PREIS, s. 51; İsviçre Hukukunda ise, ücret karşılığında iş görme ediminin borçlusunu olarak tanımlanmaktadır, GEISER/ MULLER, s. 53.

<sup>36</sup> Türk İş Hukukunda, kanun koyucu işçi niteliğini işçi ve işveren arasında yapılan iş sözleşmesine bağlamış ve iş sözleşmesi kıstasını kabul etmiştir, ESENER, s. 47; İş sözleşmesi ile çalışma aynı zamanda işçi ve memur arasındaki farkı da ortaya koyar; işçi

Yönetmelik m. 8' de yer alan irtibat bürolarının işleyişi hakkındaki hükümlere bakıldığında, irtibat bürolarının faaliyetlerini gerçekleştirebilmeleri için teknik ve idari personele ihtiyaç duydukları görülmektedir. Bu personel ile yabancı yatırımcı arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı görülmektedir. İrtibat bürolarına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı diğer kanunlara bakıldığında, bunların iş sözleşmesi ile çalıştıkları kabul edilerek, buna ilişkin hükümlerin getirildiği görülmektedir. Örneğin Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan vergi muafiyeti uygulanması sadece iş sözleşmesine göre çalıştırılan personele ilişkindir. İrtibat bürosu çalışanlarının almış oldukları ücretler, gelir vergisi açısından kanunun konusu olmuştur. Gelir vergisinden muaf tutulan ücretlere ilişkin Gelir Vergisi Kanunu m. 23' e bakıldığında “Kanuni ve iş merkezi Türkiye’de bulunmayan dar mükellefiyete tabi işverenlerin yanında çalışan hizmet erbabına, işverenin Türkiye dışında elde ettiği kazançları üzerinden döviz olarak ödediği ücretler” düzenlemesi görülmektedir<sup>38</sup>. Düzenlemede yer alan “kanuni ve iş merkezi Türkiye’de bulunmayan dar mükellefiyete tabi işverenler” ifadesinin kimleri kastettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Söz konusu düzenlemeye gelir idaresinin görüşleri çerçevesinde yön verilmiştir<sup>39</sup>. İlk olarak bu konuya ilişkin 147 Seri Numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliğ<sup>40</sup> yayınlanmıştır. İstisna hükmü uygulanırken İlgili Tebliğ’e göre şu noktalara dikkat edilecektir; “İşveren sıfatıyla ücret

tarafının karşılıklı iradesine dayanarak çalışırken, memur belli bir göreve atama yoluyla gelir, ESENER, s. 48; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 26; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, s. 46; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 153, 154; İşçi ve memur arasındaki ayrımın tarihi gelişimi hakkında bkz. ESENER, s. 54-66.

<sup>37</sup> ESENER, s. 51; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 69; SENYEN KAPLAN, s. 27; 6356 sayılı STİSK’na göre, “taşıma yayın, komisyon, eser, vekâlet, adi şirket sözleşmeleri ile çalışanlar” da işçi sayılırken; 5510 sayılı SSGSSK’na göre, “sendika ile ilişkileri vekâlet sözleşmesi olan sendika başkan ve yönetim kurulu üyeleri de işçi gibi” sigortalı sayılmıştır, MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 157, 158; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s. 69; SENYEN KAPLAN, s. 27.

<sup>38</sup>“Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği m.8/ç’de irtibat bürolarının, her yıl en geç mayıs ayı sonuna kadar büronun geçmiş yıl faaliyetleri hakkında İrtibat Bürolarının Faaliyetine İlişkin Bilgi Formu doldurularak, Hazine Müsteşarlığı’na gönderilmesi gerekir. Bu müracaatlara büronun geçmiş yıl harcamalarının yurt dışından gönderilen dövizlerle karşılandığına ilişkin belgeler eklenir. Bu hükümden hareketle, irtibat bürosunun tüm masraflarının yurt dışından getirilerek dövizle karşılanacağı sonuca varılabilir”, DEMİR GÖKYAYLA/ SÜRAL, s. 160.

<sup>39</sup> YILMAZ, Altan: İrtibat Büroları ve İrtibat Bürolarında Çalışanların Vergilendirilmesi, Diyalog Dergisi, 01.10.2014, s. 2.

<sup>40</sup> RG., 09.02.1986, S. 19014.

ödemesinde bulunan kurumların, Türkiye'de herhangi bir kanuni merkezinin veya iş merkezinin bulunmaması gerekir. Türkiye'de kanuni ve iş merkezi olmayan kurumların ise tam mükellef oldukları devlette hangi statüyü taşıdıkları, tüzel kişiliklerinin bulunup bulunmadığı herhangi bir iktisadi işletmelerinin varlığı ya da yokluğu önem taşımayacaktır. Türkiye'de hizmet arz eden gerçek kişinin işveren sıfatıyla bağlı olduğu dar mükellef kurum, söz konusu kişiye döviz olarak ödediği ücretleri, doğrudan doğruya yurt dışında elde ettiği gelirinden ayırıp vermeli, hiçbir zaman için Türkiye'de elde ettiği kazanç ile ilgilendirmemelidir. Bu çerçevede ücret erbabının Türkiye'de tam mükellef veya dar mükellef statüsünü taşıması hiçbir önem taşımayacaktır. Ödeme, yurt dışında elde edilen gelir üzerinden yapılacağı için, Türkiye'deki faaliyetler nedeniyle bu ücretler Gelir Vergisi Kanunu'nun 40. maddesi hükmüne göre gider olarak dikkate alınmayacaktır.” İlgili düzenleme konuya yeterli açıklık getirmediğinden dolayı idare tarafından iki genel yazı yazılmıştır<sup>41</sup>. Bu yazılardan uygulamaya yön veren 12.12.1986 tarihli genel yazıda ücretlere yönelik istisnanın uygulanabilmesi için; “Türkiye’de hizmet arz eden gerçek kişinin bağlı olduğu işverenin dar mükellef kurum olması, dar mükellef kurumda çalışan kişinin hizmet erbabı ve yapılan ödemenin de ücret niteliğinde olması, dar mükellef kurumun Türkiye’de personeline yapılacak ödemenin bu kurumun yurtdışı kazançlarından karşılanması, ücret olarak yapılan ödemelerin Türkiye’de gider yazılamaması, ücretin döviz olarak ödenmesi zorunluluğu” gerekmektedir<sup>42</sup>. İstisna hükmünden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin idarenin getirmiş olduğu detaylı düzenlemelere bakıldığında hükmün istisna özelliğini kaybetmesini istemediği anlaşılmaktadır. İdarenin getirdiği istisna hükmün uygulanmasına ilişkin esaslara ve irtibat bürolarının özelliklerine bakıldığında, istisna hükmün sadece irtibat bürolarında, iş sözleşmesine dayanarak çalışanlara uygulanacağı anlaşılmaktadır<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Yılmaz, s. 3.

<sup>42</sup> Yılmaz, s. 4.

<sup>43</sup> Yılmaz, s. 6; İrtibat bürosunda iş sözleşmesi ile çalışanları ilgilendirebilecek diğer bir kanun ise 5510 sayılı SSGSSK’ dur. Bu kişiler yabancı şirket bünyesinde çalışsalar da Türkiye’de iş sözleşmesi ile ücret karşılığı istihdam edildikleri için, sosyal sigorta primlerinin yatırılması gerekecektir. Zira 5510 sayılı SSGSSK m.4’ e göre, “iş sözleşmesi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar sigortalı” olarak sayılacaktır. Dolayısıyla irtibat bürolarında iş sözleşmesine dayalı olarak çalışanlar bu kanun kapsamında sayılacağından sigorta primlerinin yatırılması gerekecektir.

## SONUÇ

Uluslararası sermayenin hareketliliği göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı şirketlerin ve özellikle, yönetim giderleri ve vergisel avantajları dikkate alındığında, yabancı irtibat bürolarının arttığı görülmektedir. İrtibat bürolarındaki işçiler işçilik alacaklarından ziyade, iş güvencesi hükümleri açısından iş yargılamasını meşgul etmektedir. Uyuşmazlıklar genellikle işyeri niteliğine haiz irtibat bürosu çalışan sayısının, diğer ülkelerdeki çalışan sayısı ile birlikte değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve irtibat bürosu müdürlerinin iş güvencesinden istisna tutulan işveren vekilleri arasında yer alıp almadığı konusunda yoğunlaşmaktadır. Çalışmamızda daha ziyade ikinci durum üzerinde durulmuştur. Sonuç olarak, irtibat bürosu müdürlerinin iş güvencesinden yararlanamayan işveren vekilleri arasında yer alıp almadığı değerlendirilirken, sıfatlarından ziyade işletme organizasyon şemasındaki konumlarına bakılarak değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuca temsil yetkisine sahip irtibat bürosu müdürleri ile şirket arasındaki, temsil yetkisinin dayanağını oluşturan temel hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olduğu tespitinden hareket edilerek varılmıştır.

## KAYNAKÇA

- AKTAY Nizamettin/ ARICI, Kadir/SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2013.
- AKI, Erol: “İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, Yıl 8, Sayı 29.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 11. Basım, İstanbul 2016.
- ANDAÇ, Faruk: İş Hukuku, Detay Yayıncılık, Ankara 2014.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2012.
- AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001.
- CANBOLAT, Talat: “4857 sayılı İş Kanununun Temel Kavramlara İlişkin Hükümlerinden Doğan Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri”, 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, 26-27 Nisan 2013, Ankara 2016.
- CÖMERT, Faruk: “İstihdam Sorunu ve Yabancı Sermaye”, Hazine Dergisi, Ocak 2000, S. 13.
- ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul 2017.
- ÇİL, Şahin: İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile/ SÜRAL, Ceyda: 4875 Sayılı Doğrudan Yabancılar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2004.

- DEMİRCİOĞLU, Murat/ CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2015.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.
- EKONOMİ, Münir: “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan ESENER’ e ARMAĞAN, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- EYRENCİ, Öner: “4857 sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Değerlendirme”, Legal İSGHD, Yıl 2004, C. 1, S. 1.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- GEISER, Thomas/ MULLER, Roland: Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 2012,
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2013.
- GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi, İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.
- KARLUK, Rıdvan: Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımlarının Ekonomik Büyümeye Katkısı, Ekonomik İstikrar, Büyüme ve Yabancı Sermaye Paneli 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Cilt 1, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 5. Bası, İstanbul 2010.
- KORKMAZ, Fahrettin / ALP, Nihat Seyhun: Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul 2004.
- HACİMAHMUTOĞLU, Sibel/ ÖZBAY, Recep: “Hukuk Terminolojisinin Öğretimi ve Çevirisine Disiplinlerarası ve Analitik Yaklaşım”, Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, <http://www.efdergi.hacettepe.edu.tr/yonetim/icerik/makaleler/408-published.pdf>, E.T. 12.3.2018.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017.
- MANAV, Eda: “İşyeri Devrinde İş Güvencesi”, Prof. Dr. Sarper SÜZEK’ e ARMAĞAN, İstanbul 2011.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012.
- NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2017.
- ÖĞRENDİK, Güray: İrtibat Büroları, Yaklaşım Dergisi, Y. 2005, S. 151.
- ÖZKARACA, Ercüment: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.



- PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 4. Auflage, Köln 2012.
- REİSOĞLU, Seza: “İşyerinin Bir Diğer İşverene Devrinin Hizmet Akitlerine Etkisi”, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’ e Armağan, Cilt II, İstanbul 2001.
- SABIR, Hasan: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Gelişmekte Olan Ülkelere Yönlendirici Politikalar”, Dış Ticaret Dergisi, Ekim 2002, S. 26.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 7. Baskı, Ankara 2015.
- SÜZEK, Sarper: “Türk İş Hukukunda İşveren”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2010.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2017.
- TAŞKIN Ahmet: “İş Hukukunda İşletme Kavramı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, S. 32.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- TULUKÇU, Binnur: “Şirket Birleşmelerinde İşletme Gereklileriyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2010, Yıl 5, Sayı 18.
- TUNCAY, Can: Y. 9. HD., E. 2006/32297, K. 2007/3272, T. 12.02.2007 Kararının İncelenmesi, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr., E.T.27.02.2018.
- ULUCAN, Devrim: “İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni İle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- YILMAZ, Altan: İrtibat Büroları ve İrtibat Bürolarında Çalışanların Vergilendirilmesi, Diyalog Dergisi, 01.10.2014.
- YILMAZ, LERZAN: 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y: 5, S. 10, 2006/2.



# MİRAS BIRAKANIN GÜVEN SORUMLULUĞU (CULPA IN TESTANDO)

## TRUST LIABILITY OF THE DECEASED PERSON

DOI: 10.21492/inuhfd.379585

Nurten İNCE\*

### Özet

Borçlar hukukunda karşı tarafın güveni, irade serbestisini sınırlarken; miras hukukunda miras bırakanın iradesinin hâkim olduğu görülmektedir. Miras bırakan yasal mirasçılarının saklı payları dışındaki kısım üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir. Miras hukukunda en çok karşılaşılan hukuki işlem olan vasiyetname tek taraflı olup, varması gerekli olmayan bir irade beyanıdır; ayrıca miras bırakan (vasiyet eden) herhangi bir sebep göstermeksizin dilediği zaman vasiyetnameden dönebilmektedir. Bu nedenle doktrinde mirasçılığın beklenen bir hak olmadığı, sadece bir beklenti olduğu ileri sürülmüştür. Kanuni mirasçılık dışında ancak ölüm anında geçerli bir ölüme bağlı tasarruf varsa kişi, mirasçı olarak hak sahibi olmaktadır. Ancak bazı olaylarda miras bırakan, biri lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunacağını bu kişiye bildirmekte ve kişide bu hususta büyük bir güven uyandırmaktadır. Miras bırakanın bu iradesine güvenen ve tabu olan ölüm konusu nedeniyle şekil şartına bağlı olan bir miras sözleşmesi yapılmasını istemeyen kişi ise bu vaade dayanarak hayatında büyük değişiklikler yapabilmektedir. (Örneğin miras bırakan için ücretiz çalışma, öğrenim yaptığı alanı değiştirme gibi) Bu kişiler, miras bırakanın ölümüyle aslında kendileri lehine ölüme bağlı tasarruf yapılmadığını veya yapılan ölüme bağlı tasarrufların geri alındığını öğrenmektedirler. Bu nedenle bu çalışmada miras hukukunda miras bırakanın menfaati (tasarruf serbestisi) dışında, atanmış mirasçı olacağına güven duyan kişilerin menfaatlerini koruyacak culpa in testando sorumluluğuna ihtiyaç duyulup duyulmadığı incelenecektir. Bilerek ve isteyerek sağlığında bir kişinin hayatını etkileyen miras bırakanın, doğan zararlardan sorumlu olup olmayacağı cevaplandırılması önemli bir konudur.

**Anahtar Kelimeler:** Miras hukuku, güven sorumluluğu, culpa in testando, vasiyetname, tasarruf serbestisi

### Abstract

While private autonomy defines the limit of the opponent's trust protection in the law of obligations, whereas the inheritance law remains largely dominated by the will of the deceased Person. The deceased as lord of his property may arrange his financial circumstances, referring the mandatory parts to his relatives for the time after his death, on the basis of testamentary freedom. The will (testament) is a unilateral legal transaction and is not required to be received, and the testator may revoke this legal act at any time without

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı. E-mail: nurten.ince@marmara.edu.tr.

Makale Gönderilme Tarihi: 16.01.2018

Makale Kabul Tarihi: 26.04.2018

having to provide reasons. It is accepted that heritage does not provide a secured legal position of eligibility; it just provides a possibility. But there are cases in which the deceased does not silently meet his inheritance regulation; he rather offers someone a certain testamentary disposition as certain. In such situations, the testamentary successors cannot demand a formative inheritance contract from the deceased because a special bond has been established and death is a taboo subject. The reason for the deceased' request is that testamentary successors made many changes in life in the hope of getting inheritance, i.e. working free of charge for the deceased and changing the subject of study. In the end, it turns out that the deceased has changed his will and made nothing in favour of this person. Therefore, it is necessary to study in this paper whether culpa in testando can find a place for a trust liability in inheritance, which in addition to the interests of the deceased, is also in the interests of the testamentary successors in need of protection. It has to be clarified whether the responsibility of the deceased has been actually excluded if the deceased has taken influence in the interest of another during his lifetime by culpable conduct.

**Keywords:** Inheritance, trust, culpa in testando, testament, testamentary freedom

## I. GİRİŞ

Gerek Alman gerekse Türk hukukunda miras bırakanın tasarruf serbestisi olup Federal Alman Anayasası'nın 14. maddesi ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet ve miras hakkı güvence altına alınmıştır. Miras bırakanın saklı paylar haricinde serbestçe tasarruf edeceği bir kısım olduğu her iki ülkede kabul edilmiştir. Mirasçılarının, saklı pay dışında beklenen başka hakları olmadığı kabul edilmektedir. Mirasçılarının beklenen herhangi bir hakkı olmadığını ifade etmek için *nuda spes* (çıplak ümit) kavramının kullanıldığı görülmektedir<sup>1</sup>. Mirasçılar beklenen bir hakka sahip olmadığı için miras bırakanın, birine vasiyetname veya miras sözleşmesiyle bir şeyi vadedmesinin geçerli olmadığı belirtilmektedir<sup>2</sup>. Hatta bu husus Alman Medeni Kanunu'nun 2302. maddesinde açıkça yer almaktadır. Bu maddeye göre *miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapıp yapmayacağı ya da ölüme bağlı tasarrufu geri alıp almayacağına ilişkin yaptığı borçlandırıcı sözleşmeler geçersizdir*. Her ne kadar Alman Medeni Kanunu'nun 2302. maddesinde bu tarz borçlandırıcı sözleşmelerin geçersiz olduğu belirtilmiş olursa da bunun tek taraflı hukuki işlemlere

<sup>1</sup> GUTMANN, Thomas: Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, C.H. Beck, München 2001, s. 208; NEHLSSEN, Hermann: "Die Einwirkung von Grundrechten auf die Gültigkeit von Verfügungen von Todes wegen am Beispiel von Heiratsklauseln-Ein Beitrag zur Wirksamkeit erbrechtlicher Potestativ Bedingungen" Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb-, und Gesellschaftsrecht, Mathias Schmoeckel (Hrgs.), Baden Baden 2008, s. 28; BLOMBERG, Eva Maria: Freiheit und Bindung des Erblassers, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, s. 190.

<sup>2</sup> GUTMANN, s. 208; BLOMBERG, s. 190, NEHLSSEN, s. 26.

yani vasiyetnamelere de uygulanacağı kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Miras bırakan tarafından mirasçıda haklı beklentiler yaratılan bazı hallerde miras bırakanın vasiyetname yapma zorunluluğu olmasa bile mirasçı olacağına inanan kişide yarattığı bu güvene aykırı hareketten dolayı sorumlu olup olmayacağı (culpa in testando) son yıllarda tartışılmaya başlanmıştır<sup>4</sup>. Türk-Alman hukukunda mevcut olan kanuni düzenlemelerin bu güven ilişkisini korumakta yeterli olup olmadığı ve culpa in contrahendo (sözleşme öncesi) sorumluluğuna benzer bir sorumluluğun miras hukukunda geçerli olup olmadığına incelenmesi son derece önemlidir. Bu çalışmada öncelikle lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağına güven duyan kişilerin bu güveninin boşa çıktığına dair örnekler verilip, Alman ve Türk-İsviçre hukukunda kanunda bu konu hakkında yeterli korumanın olup olmadığını ve yeterli korumanın olmaması halinde culpa in testando sorumluluğunun gündeme gelip gelmeyeceği incelenecektir.

## II. MİRAS BEKLENTİLERİNİN BOŞA ÇIKTIĞI OLAY ÖRNEKLERİ

Miras bırakan, birinin lehine vasiyetname yapacağını bildirerek o kişinin hayatında büyük değişiklikler yaratabilir. Bu gibi hallerde miras bırakanın sorumluluğunu incelemeyi önce konunun daha açık anlaşılabilmesi için aşağıda Alman hukukunda mahkeme kararlarına konu olan olaylardan esinlenerek yazılmış olan üç örneği incelemeyi uygun bulduk.

### **Sevdiği yeğenine çiftliğini bırakacak olan miras bırakan olayı:**

Bay M tarım ve çiftlik işleriyle uğraşmakta olup kendisine bu işlerde yardımcı olacak bir erkek çocuğu bulunmamaktadır<sup>5</sup>. İktisadi İdari Bilimler Fakültesi'nde işletme 2. sınıf öğrencisi olan yeğen Y ise vakit buldukça amcasına yardıma gelmekte olup karşılığında amcasından cüzi bir miktar harçlık almaktadır. Yeğen Y'nin 20 yaşına girmesi nedeniyle yapılan doğum günü kutlamasında amcası kutlamaya katılan misafirlerin önünde yeğenine duyduğu sevgiyi dile getirip, çiftliğinin tamamını vasiyetnameyle yeğenine bırakacağını belirtir. Miras bırakan M bu

<sup>3</sup> BayObLG, FamRZ 2001, s. 771; BayObLG, NJWE-FER 2001, s. 126; MUSIELAK, Münchener Kommentar zum BGB 7. Auflage 2017, § 2303 BGB, Nr. 1.

<sup>4</sup> MISERRE, Roman: Die „Culpa in Testando“ Ernst und Werner Giekseking, Bielefeld, 2002, s. 24; ZANK, Wolfgang: “Culpa in Testando bei Widerruf und Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen“, NZ 1995, s. 265; SEROZAN, Rona: ”Wohin steuert das Ebrecht?“ Successio 2014, s. 10.

<sup>5</sup> Benzer olay için bkz. MISERRE, s. 24; ZANK, NZ 1995, s. 265; ATLAN, Hülya: Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu, MÜHF-HAD, C. 23, S. 2, 2017, s. 269.

açıklamadan sonra defalarca bu konu hakkında yeğeniyle konuşup eğer çiftliğe sahip olmak istiyorsa çiftlikle daha fazla uğraşması gerektiğini belirtir. Yeğeni Y, amcasının bu ısrarlarına daha fazla dayanamayıp öğrenimini yarıda bırakarak haftada sadece 250 TL karşılığında, yemek ve yatacak yeri amcasına ait olmak üzere çırak olarak çiftlik işleriyle uğraşmaya başlar. Amcası yaşlı olduğunu ve çiftliğin tek başına yeğeni kalacağını ifade ederek çiftliğe bazı yatırımların yapılması gerektiğini söyler. Süt makinesi gibi çok eskimiş olan bazı teçhizatı yeğeni Y biriktirmiş olduğu harçlığından ödeyerek alır. Yine Y çiftlik için gereken bir traktörü alabilmek için bankadan kredi almak zorunda kalır. İleride tek başına sahip olacağı çiftliği gereği gibi idare etmek adına ziraat alanında özel bir eğitim almaya başlar ve bu özel eğitimi karşılığında ayda 300 TL kurs bedeli ödemek zorunda kalır. Ancak hem kredi alıp hem bu zamana kadar birikmiş olan tüm paralarını tüketmiş olduğundan dolayı Y'nin söz konusu bu eğitim masrafları ebeveynleri tarafından karşılanır. Kendini geliştirmek için Y bu kadar çaba harcarken miras bırakan M; eşi ve kızıyla sıkça çiftliği yeğeni Y'ye bırakacağı için tartışmaktadırlar ve bu durum karşısında daha fazla dayanamayan M kaybetmiş olduğu aile huzurunu tekrardan kazanmak için yeni bir vasiyetnameyle tüm malvarlığını kızı ve karısına bırakır. Ancak M vasiyetnamede yapılan bu değişikliği yeğeni Y'ye hiçbir şekilde bildirmez. Y amcası ölüp miras açıldığında durumu öğrenir ve büyük hayal kırıklığına uğrar.

**Şirket temsilcisini kaptırmak istemeyen miras bırakan:** Çocuğu olmayan miras bırakan M, orta ölçekli bir ticari işletme sahibi olup, yıllardır yanında çalışan son derece çalışkan şirket temsilcisi T ile çok iyi anlaşmaktadır<sup>6</sup>. T'nin maaşına zam yapılması isteklerine ise M kayıtsız kalmaktadır. T rakip işletmelerin birinden daha iyi koşullarda bir iş teklifi aldığını, bu nedenle aralarındaki sözleşmeyi feshetmek istediğini M'ye bildirir. T'nin şirkette kalmasını sağlamak için M gerçekte böyle bir arzusu olmadığı halde T'ye çocuklarının olmadığını ve onu çok sevdiği için ticari işletmeyi vasiyetnameyle ona bırakacağını söyleyerek işi bırakmaması hususunda T'yi ikna eder. T işletmenin kendisine kalacağı beklentisiyle özveriyle çalışır. 2 yıl sonra M öldüğünde M'nin vasiyetname yapmadığını üzülenek öğrenir.

**Oğluna çiftlik bırakacak miras bırakan:** Dört çocuğu olan miras bırakan M ve eşi E, oğlu O'ya çiftliğinin tamamını M öldüğünde bırakmak istediklerini açıklarlar. Tüm çiftliğin sahibi olacak olan O'nun bazı fedakârlıklarda bulunması gerektiğinin altını çizerek. Bunun

<sup>6</sup> Benzer olay için bkz. MISERRE, s. 28.

karşılığında O kışın 8 saat, yazın ise 12 saat çiftliğin sahibi olacağı hayalleriyle dur durak bilmeksizin karşılıksız çalışır. Babasının ölümüyle çiftliğin kendisine bırakılmadığını öğrendiğinde durumu açıklığa kavuşturmak için soluğu annesi E'nin yanında alır. Annesi oğlu O'nun evlenmesi şartıyla ona çiftliğin tamamının bırakılacağını, şart gerçekleşmediği için böyle bir vasiyetnamenin yapılmadığını belirtir. Oğlu O ise böyle bir şartın kişilik haklarından biri olan eş seçimini son derece zedeleyeceğini ve çiftliğin kendisine bırakılacağı hususunda bir güven yaratılarak iş gücünün kullanıldığını ileri sürer.

Yukarıda verdiğimiz bu üç örnekte tartışılması gereken konu, lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunacağını bildirip beklenti oluşturan hatta bu yolla bir menfaat elde etmiş olan miras bırakanın sorumlu olup olmayacağıdır.

### III. MİRAS BIRAKANIN GÜVEN SORUMLULUĞU VE MEVCUT HUKUKİ DÜZENLEMELERİN SAĞLADIĞI KORUMANIN İNCELENMESİ

Doktrinde bir görüşe göre lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağını düşünen kişinin, beklenen ve korunması gereken bir hakkı yoktur<sup>7</sup>. Zira kişi miras bırakanın ölümüyle geçerli bir ölüme bağlı tasarruf varsa ancak hak sahibi olacaktır. Mirasın geçişine kadar lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağını düşünen kişinin sadece bir beklentisi/umudu olup, hukuken korunan bir hakkı bulunmamaktadır<sup>8</sup>. Mirasçı olacağını düşünen kişinin bir hakkı olmadığını belirtmek için *nuda spes* (çıplak ümit) tasviri kullanılmaktadır<sup>9</sup>. Bu görüş taraftarlarına göre miras bırakanın tasarruf serbestisi olduğu için dilediği gibi ölüme bağlı tasarruflarda bulunabilir ve vasiyetnameyi sözleşmelerden ayıran en önemli özellik tek taraflı bir hukuki işlem olmasıdır<sup>10</sup>. Doktrinde vasiyetname yapılması için miras bırakanın irade beyanını herhangi birine yöneltmesine gerek olmadığı, ayrıca vasiyetname yapacağını bildirmesinin bir bağlayıcılığının bulunmadığı; miras bırakanın, istediği zaman bu iradesini serbestçe geri

<sup>7</sup> MEYER Rolf G.: Die formlose Hoferbenbestimmung, Fotodruck Präzis Barbara v-Spangenberg KG Tübingen, 1969, s. 65; GUTMANN, s. 208; BLOMBERG, s. 190, NEHLSSEN, s. 26.

<sup>8</sup> GUTMANN, s. 208; BLOMBERG, s. 190, NEHLSSEN, s. 26 ; STUMPF, Cordula: Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, Berlin 1991, s. 61 dn. 104; MEYER, s. 65.

<sup>9</sup> GUTMANN, s.208; BLOMBERG, s. 190, NEHLSSEN, s. 26; ZIMMERMANN, Reinha: “Lachende Doppelerten? – Erbfolge und Schadensersatz bei Anwaltsverschulden”, FamRZ 1980, s. 101; OLG Frankfurt 1997, s. 1023.

<sup>10</sup> BROX, Hans: Erbrecht, 19. Auflage, Köln 2000, Nr. 195.

alabileceği ve yeni bir vasiyetname düzenleyebileceği belirtilmiştir<sup>11</sup>. Bu nedenle tek taraflı olan vasiyetnamelere güven duyulmasından bahsetmenin doğru olmayacağı ileri sürülmüştür<sup>12</sup>. Yine bu görüş taraflarına göre biri lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunmak (vasiyetname yapmak) karşılıksız bir kazandırma olup böyle karşılıksız kazandırmalarda bireylerin güveninin boşa çıkmasından söz etmek doğru olmayacaktır<sup>13</sup>. Gerek Alman gerekse İsviçre-Türk hukukunda miras bırakanın vasiyetnameyi geri alabileceği kanunla düzenlendiği için bu hususta beklentisi olanın korunan bir hukuki hakkının bulunmadığı, bu nedenle miras bırakanın rencide edici bir şekilde (schikanös) hatta bazen kötü niyetli olarak ölüme bağlı tasarruftan dönmesi halinde bile söz konusu bireylerin korunmayacakları belirtilmiştir<sup>14</sup>. Ayrıca umutlarının boşa çıkmasını istemeyen bireylerin dilerlerse miras sözleşmesiyle kendi haklarını koruyabilecekleri, bunun yapılmaması durumunda ise güvenlerinin boşa çıktığı iddiasıyla koruma beklemelerinin doğru olmayacağı belirtilmiştir<sup>15</sup>.

Dikkat edilirse bu görüş taraftarlarına göre mirasçılık beklenen bir hak değildir. Söz konusu ileri sürülen argümanlar tek başına doğru olsa da lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan kişinin duygusal bağı olan miras bırakanla, tabu olan ölüm konusunu konuşup miras bırakana güvenmediğini belirtmesi ve bu nedenle kendisini koruma altına almak için miras sözleşmesi yapmasının çok zor olduğu ve söz konusu olaylarda hakkaniyete aykırı durumların ortaya çıktığı savunulmuştur<sup>16</sup>. Bu çalışmamızda öncelikle miras bırakanın lehine vasiyetname yapacağına olan güveninden dolayı miras bırakan lehine çalışmış veya mirasçı olacağı düşüncesine dayanarak masraflarda bulunmuş olan birinin mevcut hukuki düzenlemeler tarafından yeterince korunup korunmadığını inceleyeceğiz.

### A. Miras Sözleşmesi

Miras bırakanın vaadine (lehine vasiyetnamede bulunacağına) güvenip bir edimi yerine getiren kişiyle miras bırakan arasında miras sözleşmesinin kurulmuş olup olmadığının incelenmesi gerekir<sup>17</sup>. Gerek

<sup>11</sup> MEYER, s. 65; SCHLÜTER, Wilfred/BARTHOLOMEYCIK, Horst: Ebrecht, 16. Auflage, C.H. Beck, München 2007, s. 67 vd.

<sup>12</sup> MEYER, s. 65.

<sup>13</sup> MEYER, s. 65; ZIMMERMANN, FamRZ 1980, s. 101; BGH, MDR 1967, s. 480.

<sup>14</sup> LANGE, Hermann/KUCHINKE, Kurt: Lehrbuch des Erbrechts, 4. Auflage, München 1995, s. 388.

<sup>15</sup> MEYER, s. 65.

<sup>16</sup> THOLE, s. 76-79.

<sup>17</sup> MISERRE, s. 33 vd.



Alman gerekse İsviçre-Türk hukukunda miras sözleşmesi şekil şartına bağlıdır<sup>18</sup>. Bu nedenle miras bırakanın, birine ölüme bağlı tasarrufta bulunacağına ilişkin vaadi, şekil şartına uymadığı için taraflar arasında geçerli bir miras sözleşmesinin meydana gelmediği kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Yine ön sözleşmenin kural olarak asıl sözleşmeyle aynı şekil şartına bağlı olduğu ve bu nedenle taraflar arasında bir ön miras sözleşmesinin de meydana gelmediği belirtilmektedir. Ayrıca Alman Medeni Kanunu'nun 2302. maddesinde bu tür ön sözleşmelerin geçersiz olduğu kanun koyucu tarafından açıkça kaleme alınmıştır. Ancak bazı hallerde şekil şartının gerçekleşmediğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Doktrinde dürüstlük kuralı uyarınca şekil şartına uymayan bir sözleşmenin geçerli olarak kabul edilebileceği ve bu nedenle bu tarz olaylarda da miras sözleşmesinin şekle aykırılığına rağmen geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>20</sup>.

Tarafların miras sözleşmesi yapması hususunda iradelerinin olmadığını, bu nedenle miras sözleşmesinden bahsedilmesinin doğru olmadığını düşünmekteyiz. Şekle aykırı bir miras sözleşmesini dürüstlük kuralı uyarınca geçerli saymak, miras bırakana güvenip zararları doğan kişinin korunmasının gerektiğini gözler önüne sermektedir.

### **B. Hizmet Sözleşmesi**

Alman hukukunda kişinin, lehine ölüme bağlı tasarruflarda bulunulacağı beklentisiyle iş gördüğü ve bunun karşılığında ücret almadığı durumlarda kişiyi korumak adına taraflar arasında bir hizmet sözleşmesinin meydana geldiği kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Alman iş mahkemeleri yukarıda verdiğimiz örneklerde miras bırakanın, çiftliği bırakacağı vadiyle oğlunu veya yeğenini çalıştırması ve ölümüyle birlikte lehlerine vasiyetname yapmaması halinde taraflar arasında bir hizmet

<sup>18</sup> HIRSCHLEHNER, Anna: "Culpa in testando – Vertrauenshaftung des Erblassers", AJP 2017, s. 1181. Türk Medeni Kanunu'nun 545. maddesine göre miras sözleşmesi resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmelidir. Yani söz konusu bu sözleşme iki tanığın katılımıyla resmi memur (sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş kişi) önünde yapılmalıdır. Alman Medeni Kanunu'nun 2276. maddesi uyarınca noter huzurunda iki tarafın hazır olması kaydıyla miras sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır.

<sup>19</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1176, 1181.

<sup>20</sup> BGH, DNotz 1954, s. 307; BGH, NJW 1957, s. 787.

<sup>21</sup> MISERRE, s. 35; Miras bırakanın, birine ölüme bağlı tasarrufla bir çiftliğin mülkiyetini devretmeyi taahhüt ettiği ve bu söze güvenerek mirasçı olacağı saikiyle ücretsiz çalışan kişiyle miras bırakan arasında hizmet sözleşmesinin kurulup kurulmadığına dair geniş bilgi için bkz.: THOLE, s. 76-79.

sözleşmesi (iş görme sözleşmesi) kurulduğunu kabul etmiştir<sup>22</sup>. Mahkemeler tarafların hizmet sözleşmesi hususunda anlaşıp ücret hususunda bir anlaşma yapmadığı durumlarda Alman Medeni Kanunu'nun 612. maddesinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Mahkemelere göre söz konusu olan madde, tarafların sözleşme bedelini sadece başlangıçta kararlaştırmamış olduğu hallerde değil, kararlaştırılan karşı edimin geçersiz olduğu hallerde de uygulama alanı bulacaktır<sup>23</sup>. Mahkemeler taraflar arasında kararlaştırılmış olan bedelin (çiftliği bırakma vadinin) Alman Medeni Kanunu'nun 2302. maddesi uyarınca geçersiz olduğunu, bu nedenle Alman Medeni Kanunu'nun 612. maddesinin uygulama alanı bulacağını belirtmiştir. Ayrıca mahkemeler miras bırakanın uzun yıllar yaşaması halinde kişinin ücret alacağını zaman aşımına uğramasını engellemek için ödeme ertelemesi olduğunu (Stundungsvereinbarung) kabul etmiştir<sup>24</sup>. Mahkemelere göre hizmet sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların açık bir şekilde hizmet sözleşmesinden bahsetmesine gerek yoktur<sup>25</sup>. İki tarafın beklentisinin aynı olması veya taraflardan birinin (işveren/miras bırakan) diğer kişinin bu beklentisini (işçinin) bilmesi veya bilebilecek durumda olması sözleşmenin kurulması için yeterlidir.

Alman hukukunda bu tarz davaları hizmet sözleşmesi olarak çözüme bağlayan mahkeme kararları doktrinde bir kesim tarafından son derece başarılı bulunup hâkimin hukuk yaratması<sup>26</sup> olarak görülürken; başka bir görüş tarafından eleştirilmiştir<sup>27</sup>. Bu kararları eleştirenlere göre, mahkemelerin amacı, lehine vasiyetname yapılacak olan kişinin zedelenen güvenini ve menfaatini korumak olup bu nedenle taraflar arasında fiili (Rechtschein) bir hizmet sözleşmesinin varlığından yola çıkılması yanlıştır. İş mahkemesinin bir tarafın miras beklentisini irade beyanı olarak saymış olması son derece eleştirilmiştir. Mahkemenin taraflar arasında hizmet sözleşmesinin kurulup, ödeme ertelemesini kabul etmesinin doğru olmadığı ve dayanaktan yoksun olduğu belirtilmiştir; zira miras bırakanın ölümüyle, geçerli bir vasiyetnamenin olması halinde ne bu fiili sözleşme ilişkisi ne de ödeme ertelemesi geçerli olacaktır<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Kararlar için bkz. BAG AP § 612, Nr. 15; BAG AP § 612, Nr. 20; BAG AP § 612, Nr. 29; BAG AP § 612, Nr. 32.

<sup>23</sup> BAG AP § 612 Nr. 20 (Blatt 154).

<sup>24</sup> BAG AP § 612 Nr. 20; BGH NJW 1965, s. 1255.

<sup>25</sup> BAG AP 612 Nr. 23.

<sup>26</sup> DIEDERICHSEN, Uwe: "Urteilsanmerkung zu BAG (5 AZR 2/66)", AP § 612 Nr. 24.

<sup>27</sup> MISERRE, s. 38; MEYER, s. 112 vd.

<sup>28</sup> MISERRE, s. 38.

O halde mahkeme taraflar arasında geçerli bir hizmet sözleşmesinin meydana geldiğini, ücretten ise ancak geçerli bir vasiyetname olması halinde vazgeçileceği hususunda bir anlaşma olduğu sonucuna varmaktadır ki bu aslında mahkemenin güvenin boşa çıkmasını koruma çabası olarak nitelendirilmiştir. Ancak böyle durumlarda olayın sözleşme dışı sorumluluk kaynaklarıyla çözülebileceği, tarafların iradeleri olmadığı için bunun hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin doğru olmayacağı kabul edilmiştir<sup>29</sup>.

Yine İsviçre Federal Mahkemesi'nin<sup>30</sup> benzer konuyu incelediği görülecektir. Franz Brenn babasının pastanesinde yıllarca sadece cep harçlığı karşılığında çalışıp geçirdiği bir hastalık sonucunda ölmüştür. Franz Brenn'nin eşi ve kızı Franz Brenn'nin babasına karşı alacak davası açmıştır. Mahkeme bu uyuşmazlığı Alman İş Mahkemesi kararlarına benzer bir şekilde çözmüştür. Mahkeme Franz Brenn'in ergin biri olduğunu, sırf aile bağlarından dolayı babasının pastanesinde yıllarca ücretsiz çalışamayacağını, Franz Brenn'nin amacının kendisine<sup>31</sup> ve ailesine bir gelecek sağlamak olduğunu ve aslında babasının ölümüyle söz konusu işletmenin mülkiyetinin kendisine geçeceği umuduyla çalıştığını belirtmiştir<sup>32</sup>. Mahkemeye göre artık Franz Brenn öldüğüne göre söz konusu beklentileri gerçekleştiremeyecektir ve taraflar arasında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesi uyarınca bir hizmet sözleşmesi meydana gelmiş olup alacağın zaman aşımına uğradığı def'i kabul edilemez<sup>33</sup>. Mahkeme ödeme ertelemesi olduğunu kabul etmiştir ve Franz Brenn için babası tarafından yapılan düğün masrafları ve hastane masraflarının takas edilerek diğer ücretlerin yasal mirasçılara ödenmesine hüküm etmiştir.

Doktrinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 320. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mahkemenin taraflar arasında zımni bir hizmet sözleşmesi ve buna bağlı olarak erteleme sözleşmesini kabul etmesi eleştirilmiştir<sup>34</sup>. Buna göre sadece hizmet sözleşmesi değil, diğer sözleşmeler de zımni

<sup>29</sup> MISERRE, s. 39.

<sup>30</sup> BGE 90 II 443.

<sup>31</sup> BGE 90 II 445.

<sup>32</sup> BGE 90 II 445.

<sup>33</sup> BGE 90 II 448.

<sup>34</sup> BERGER, Bernhard: "Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhafung und Vertrauenshaftung – Zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 324", Recht 2002, s. 208; THIEBAUD, Alain: Von der Bundesgerichtlichen Bonus-Rechtsprechung zur materiellen Entgeltlichkeit von Arbeitsverträgen, Zürich 2015, s. 16; RUSCH, Arnold F.: Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich 2010, s. 365 vd.

olarak kurulabilir ve bir sözleşmenin zımni olarak kurulup kurulmadığına ilişkin sorunun İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası dikkate alınarak çözülmesi gerekir. Ayrıca sözleşmelerin zımni olarak kurulması için irade beyanı gerekli olup burada hizmet sözleşmesine yönelik bir irade beyanı olmadığı, ancak mirasın kendisine kalacağına olan güven ve bu güvenin boşa çıkmasından dolayı fiili bir sözleşme ilişkisi kurulabileceği belirtilmiştir<sup>35</sup>. Fiili sözleşme ilişkisinin amacının taraflardan birini korumaktan ziyade hukuki güvenliği korumak olduğu savunulmuştur<sup>36</sup>. Söz konusu olayda hizmet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinin geçerliliğine olan güvenin boşa çıkmadığı, fiili sözleşme ilişkisi ile güvenin boşa çıkmasının farklı olduğu belirtilmiştir<sup>37</sup>.

Türk hukukunda bu hususta mahkeme kararları bulunmamakla birlikte Borçlar Kanunu'nun 394. maddesi uyarınca *bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belirli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır*. Ancak Türk hukukunda, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi böyle durumlarda zımni bir hizmet sözleşmesinin kurulduğunu savunmak kanımızca doğru olmayacaktır. Fiili hizmet sözleşmesinin amacı bazı durumlarda bir sözleşme ilişkisinin varlığını kabul ettirip taraflara kurulmuş olduğu kabul edilen sözleşmenin asli edim borçlarını yükletmektir<sup>38</sup>. Ancak burada amaç taraflar arasında geçerli bir ölüme bağlı tasarrufun varlığını kabul ettirmek değildir. Böyle bir kabulleniş anayasal koruma altına alınmış olan miras hakkını ve miras hukukundaki irade serbestisini ortadan kaldırmaktır. Ayrıca taraflar arasında fiili bir hizmet sözleşmesinin varlığını kabul etmek sadece mirasçı olacağı düşüncesiyle bir edimi ifa eden kişiyi korumaktadır; ama kişi bir iş görme borcu altına girmeden de hayatını değiştirebilir. Örneğin yeğen Y çiftlikte çalışmamasına rağmen işletme öğrenimini yarıda kesip ziraat fakültesinde okumaya başlayabilirdi. Bu durumlarda fiili bir hizmet sözleşmesinden bahsedilmese bile bu kişilerin güveninin boşa çıkması halinde bu kişileri koruyacak bir başka çözüm önerisine ihtiyaç vardır. Yukarıda açıkladığımız temsilci örneğinde temsilci çalışıp ücretini almaktadır; ancak lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağı umuduyla rakip işletmeye geçmemekte ve bu şekilde zarara uğramaktadır.

<sup>35</sup> RUSCH, s. 365 vd.

<sup>36</sup> RUSCH, s. 365 vd.

<sup>37</sup> BERGER, Recht 2002, s. 208; THIEBAUD, s. 16.

<sup>38</sup> RUSCH, Arnold F.: "Gutgläubiger Fahrniserverwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre", Jusletter 28. Januar 2008, s. 3

### C. Vekâletsiz İş Görme

Alman hukukunda lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağını düşünen bireyin miras bırakan için gerçekleştirmiş olduğu iş ve masrafları vekâletsiz iş görme kapsamında isteyebileceği bu nedenle başka hukuki normlara ihtiyaç olmayacağı savunulmuştur. Ancak doktrinde haklı olarak genellikle böyle olaylarda lehine vasiyetname yapılacağını düşünen tarafın, başkasının işini görme (Fremdgeschäftsführung) iradesini taşımadığı, kendi yararı ve geleceği için çalıştığı, bu nedenle her zaman Alman Medeni Kanunu'nun 670. ve 683. maddelerinin koşullarının oluşmadığı belirtilmiştir<sup>39</sup>.

İsviçre hukukunda lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağı düşüncesinde olan kişinin, başkasının işini görme iradesinin ve miras bırakanın yapılan işten habersiz olmadığı gerekçesiyle vekâletsiz iş görmenin (İsviçre Borçlar Kanunu'nun 419. maddesi) koşullarının gerçekleşmediği savunulmuştur<sup>40</sup>.

Türk hukukunda vekâletsiz iş görmeyi gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak ayırmak mümkündür. Gerçek vekâletsiz iş görmede iş gören, iş sahibinin menfaatine ve onun var sayılan iradesine uygun davranmakta olup; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş sahibinin menfaatine ve onun varsayılan iradesine uygun bir iş görmesi gerekmemektedir<sup>41</sup>. Ancak gerek gerçek gerekse gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden bahsedilebilmesi için iş görenin bu işi yapmak için herhangi bir yetkisi bulunmamalıdır. Örneklerden anlaşılacağı üzere lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulacağını düşünen kişi bu işi yetkisiz olarak yapmamakta hatta çoğu zaman miras bırakanın yoğun ısrarı karşısında yapmaktadır. Ayrıca başkasının menfaatinden ziyade kişi kendisine kalacağı bir malvarlığı için harcama yapmakta ve bu amaçla çalışmaktadır. Bu nedenle kanımızca taraflar arasında vekâletsiz iş görmenin olduğunu kabul etmek her zaman doğru olmayacaktır. Ayrıca vekâletsiz iş görme, miras bırakan lehine bir iş görme olmadan miras

<sup>39</sup> MISERRE, s. 53; MEDICUS, Dieter: Bürgerliches Recht 18. Auflage, Köln 1999, Nr. 692; KÜPPER, Wolfgang: Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, Duncker & Humblot, Berlin 1988, s. 167.

<sup>40</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1178. İvazsız sağlar arası yapılan edimlerin vekaletsiz iş görmeyle ilişkisini konu alan mahkeme kararlarının değerlendirilmesi için bkz. MAISSEN, Eva/PURTSCHERT, Tina/RUSCH Arnold F.: "Unentgeltliche Hilfeleistung: GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag?" Jusletter, 9. September 2013, s. 5 vd.

<sup>41</sup> BAŞ SÜZEL, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015, s. 7 vd.

bırakanın malvarlığında bir artma meydana geldiğinde uygulama alanı bulamayacaktır<sup>42</sup>.

#### D. Sebepsiz Zenginleşme

Alman hukukunda doktrinde mirasçı olacağını düşünen kişinin miras bırakana yaptığı hizmet ve masrafları sebepsiz zenginleşme uyarınca istemesine engel bir durum olmadığı belirtilmiştir<sup>43</sup>. Sebepsiz zenginleşmenin birden fazla türü olduğu için bu tarz uyumsuzluklarda hangi türünün gündeme geleceği hususunda tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Alman Yargıtay'ı bazı kararlarında amacın gerçekleşmemesinden bahsetmiştir<sup>44</sup>. Mahkemeye göre amaç üzerinde iki tarafında anlaşması gerekir, ancak amacın açık bir şekilde belirtilmesine gerek yoktur. Bu nedenle bir tarafın belli bir amacı varsa ve bu karşı tarafça biliniyorsa bu durumda amacın zımni olarak kararlaştırılmasından bahsedilmektedir. Mahkemeye göre mirasçı olacağı düşüncesiyle hareket eden ve çalışan kişiyle, kişinin bu davranışlarına sebebiyet veren miras bırakan arasında özel bir güven ilişkisi ve amaç vardır<sup>45</sup>. Ancak doktrinde, bu olayların amacın gerçekleşmemesi olarak değerlendirilmesinin doğru olmayacağı savunulmuştur. Zira amacın gerçekleştirilmesi için taraflar arasında bir hukuki işlemin olması gerektiği, bu hukuki işlemin ise çoğunlukla sözleşme olduğu ama bu tür olaylarda zaten geçerli bir hukuki ilişkinin olmamasının asıl sorun olduğu belirtilmektedir<sup>46</sup>. Ayrıca mirasçı olmanın sadece bir tasavvur (saik) olduğu ama ulaşılması gereken bir amaç olmadığı savunulmuştur. Ancak amacın gerçekleşmemesinin burada analog uygulanabileceği<sup>47</sup> veya amacın miras bırakanın mirasçı lehine

<sup>42</sup> BAŞ SÜZEL, s. 23.

<sup>43</sup> BATTES, Robert: "Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des deutschen Zivilrechts", AcP 178 (1978), s. 373 vd; FENN, Herbert: "Die juristische Qualifikation der Mitarbeit bei Angehörigen und ihre Bedeutung für die Vergütung", FamRZ 1968, s. 296; EHMANN, Horst: Gesamtschuld, Berlin 1972, s. 190 vd.; WELKER, Gerhard: Bereicherungsansprüche wegen Zweckverfehlung? Berlin 1974, s. 110; LIEB, Manfred: Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970, s. 110; ZANK, NZ 1995, s. 266; THOLE, Gerhard: Hofübergabevertragsverhältnis auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage, Münster 1960, s. 31; KÜPPER, s. 167; MEYER, s. 127 vd.

<sup>44</sup> BGH, NJW 1989, s. 2747.

<sup>45</sup> BGH, NJW 1989, s. 2747.

<sup>46</sup> MISERRE, s. 60; WELKER, s. 110; FLUME, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin 1979, s. 92.

<sup>47</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm: "Atypische faktische Arbeitsverhältnisse", BB 1967, s. 168.

vasiyetname yapma hususunda iradesini geri almama şeklinde yorumlanabileceği belirtilmiştir<sup>48</sup>.

Türk-İsviçre hukukunda sebepsiz zenginleşme kapsamında özellikle geçerli olmayan (*condictio sine causa*), gerçekleşmemiş (*condictio causa data causa non secuta; condictio ob rem*) ve sonra sona ermiş bir sebebe dayanması (*condictio ob causam finitam*) halinde iade yükümlülüğünün doğacağı belirtilmiştir. Burada lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağını düşünen kişinin taraflar arasında geçerli bir miras sözleşmesi olduğunu ve bu sözleşmeye güvenerek edimi yerine getireceği düşünüldüğünde geçerli olmayan bir sözleşmeye dayanarak edimlerin istenebileceği belirtilmiştir. Başka bir anlatımla taraflar arasındaki sözlü açıklamalar ve davranışlar tarafların bir miras sözleşmesi yapmak istedikleri şekilde değerlendirdiğinde, şekle aykırılıktan dolayı geçersiz olan bu sözleşmede tarafların sebepsiz zenginleşmeye dayanabileceği belirtilmiştir<sup>49</sup>. Yine *condictio ob rem* olarak adlandırılan amacın gerçekleşmemesinin olabileceği belirtilmiştir; zira ilgili kişinin lehine ölüme bağlı tasarruf yapılmasının her iki tarafın amacı olduğu miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufla bunu yapmaması halinde amacın gerçekleşmemiş olacağı belirtilmektedir<sup>50</sup>.

### E. Adi Şirket

Lehine vasiyetname yapılacağını düşünen kişinin haklarının korunması için taraflar arasında bir adi şirket anlaşması olup olmadığının incelenmesi gerekir<sup>51</sup>. Doktrinde taraflar arasında ortak bir amacın olduğu ve bu amacın gerçekleşmesi için mirasçı olacağını düşünen bireyin, emeğini ve/veya sermayesini hemen ortaya koyarken miras bırakanın ise sermayeyi yani gerekli olan kazandırmayı daha sonra ölüme bağlı tasarrufla yerine getireceği belirtilmektedir. Tarafların ekonomik bir birliktelik meydana getirmek istediği kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Dolayısıyla böyle durumlarda adi şirket hükümlerinden yararlanabileceği belirtilmiştir. Adi şirketin oluşabilmesi için tarafların adi şirketin tüm hukuki sonucunu bilmelerine gerek olmadığı savunulmuştur<sup>53</sup>. Ayrıca taraflardan birinin ölümü ile şirketin sona ereceği ancak bu zamana kadar getirilen sermayenin mülkiyetinin şirkete geçeceği belirtilmiştir. Şirkete

<sup>48</sup> MISERRE, s. 53.

<sup>49</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1179.

<sup>50</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1179.

<sup>51</sup> Bu hususta detaylı bilgi için bkz: THOLE, s. 65-76.

<sup>52</sup> PIKALO, Alfred: Urteilsanmerkung zu BGH (V BLw 60/53), RdL 1954, s. 193.

<sup>53</sup> MOCK, Sebastian: Die Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, s. 340.

ortaklardan birinin borcu olması halinde ise bu borç ölen ortağın mirasçılardan istenecektir<sup>54</sup>.

Taraflar arasında gerek Alman gerekse Türk-İsviçre hukukunda adi bir şirketin olabilmesi için tarafların emek ve/veya sermayelerini bir araya getirmeleri gerektiği ancak miras bırakanın emek veya sermaye getirmediği ve taraflar arasında ortak bir amacın kurulmadığı yani bir irade açıklaması olmadığı belirtilmiştir<sup>55</sup>. Ayrıca Alman mahkeme kararları incelendiğinde mahkemenin taraflar arasında bir sözleşme olmadan<sup>56</sup> ve taraflardan birinin bir edimi veya malvarlığını hemen yerine getirmediği durumlarda yine bir şirket olamayacağından bahsettiği görülmektedir.

#### **F. Haksız fiil Sorumluluğu**

Alman ve Türk-İsviçre hukukunda lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulacağına güvenen ve bu şekilde zararları oluşan kişinin haksız fiile dayanarak zararlarını tazmin edebileceği belirtilmiştir<sup>57</sup>. Bu görüş taraftarlarına göre taraflar arasında geçerli bir sözleşme veya sözleşme benzeri bir hukuki ilişki olmadığı için genel hükümlere gidilip haksız fiilin koşullarının oluşması durumunda miras bırakanın bundan dolayı sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>58</sup>. Yukarıda verdiğimiz temsilci örneğinde olduğu gibi miras bırakanın amacının hiçbir şekilde ölüme bağlı tasarruf yapmak olmadığı sırf bir menfaat elde etmek amacıyla yapmış olduğu açıklamaları nedeniyle ahlaka aykırı olarak kasten birine zarar veren kişinin meydana gelen zararlardan sorumlu olacağını düzenlemiştir<sup>59</sup>.

Ancak doktrinde haksız fiilin meydana gelebilmesi hukuka aykırı bir durum olması gerektiği, mirasçı olacağı beklenen kişinin hukuken korunan bir menfaati olmadığı bu nedenle haksız fiil hükümlerinin her zaman uygulama alanı bulmayacağı belirtilmiştir<sup>60</sup>.

#### **G. Legatum Debiti (Borç Vaadi)**

Legatum debiti sağlar arasında meydana gelen hukuki ilişkiden kaynaklanan bir borcun miras bırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufla

<sup>54</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017 s. 1177 vd.

<sup>55</sup> MISERRE, s. 41.

<sup>56</sup> BGHZ 12, 304.

<sup>57</sup> MEYER, s. 104; SOMMER, Ueli: “Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht-und Obligationenrechts?“, AJP 2006, s. 1032.

<sup>58</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1179; THOLE, s. 31.

<sup>59</sup> KÜPPER, s. 168, 174.

<sup>60</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1179.



ödenmesi olarak adlandırılmaktadır<sup>61</sup>. Legatum debiti sağlar arasında hukuki işlemlerde borcun yenilenmesine benzetilmiştir<sup>62</sup>. Roma hukukunda sağlar arası hukuki bir işlemin borçlusu olan miras bırakanın hiçbir açıklama ve gerekçe göstermeksizin birini mirasçı olarak ataması kabul edilmemektedir. Bu durumda alacağına kavuşan kişinin yeterli açıklamalar olmaksızın aynı zamanda mirasçı olarak atanmasının sıkıntılar meydana getireceği, adaletsizlikler yaratacağı kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Fakat bu durum legatum debiti'nin tamamen kabul edilmediği anlamına gelmemelidir. Miras bırakanın gerekli açıklamaları yaptığı hallerde legatum debiti yapabileceği kabul edilmektedir. Miras Hukuku'nda legatum debiti alacaklı için ispat kolaylığı sağlamanın yanında alacaklının durumunu da sağlamlaştırmaktadır; zira bu sayede alacaklı, kendisini lehine bir vasiyetname yapılmış durumda bulmaktadır. Ayrıca alacağı olduğunu ve bunun sebebi gibi hususları ispat etmek zorunda kalmayacaktır<sup>64</sup>.

Miras bırakanın birinin lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu hallerde amacının tespit edilmesi gerekir. Miras bırakan sağken elde etmiş olduğu bir edimin örneğin kendisine yapılan bir hizmetin karşılığında oluşan borcunu vasiyetnameyle ifa ediyorsa legatum debiti'den bahsedilmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi bir uyuşmazlıkta<sup>65</sup> lehine ölüme bağlı tasarruf yapılan kimsenin alacaklı olarak belirtilmesinin onu özellikle ispat açısından koruyacak bir durum olduğuna karar vermiştir. Olayda 4 çocuğunun yansira miras bırakan yanında yıllardır çalışan ve kendisine bakmış olan yardımcısına (Erna Farner'e) iki zarf ve öldüğünde bu zarflarının sahibinin Erna Farner olacağına ilişkin el yazısıyla (tarih ve imzalı) yazdığı mektubu (vasiyetname) da vermiştir. Miras bırakanın ölümünden sonra Erna Farner vasiyetname ve kendisine bırakılan zarflardan biriyle ilgili makama giderek vasiyetin yerine getirilmesi talebinde bulunmuştur. Bu zarflarda binlerce Frank değerinde kıymetli evraklar bulunduğu tespit edilmiş ve yasal mirasçıların saklı paylarını alabilmesi Erna Farner tenkis yapılmasına rıza göstererek alacağı miktarın

<sup>61</sup> BALDUS, Christian: "Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik", Facetten des römischen Erbrechts: Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Jan Dirk Harke (Hrsg.), Springer, Berlin 2012, s. 20 vd.

<sup>62</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1179; BALDUS, s. 20.

<sup>63</sup> BALDUS, s. 20.

<sup>64</sup> BALDUS, s. 21.

<sup>65</sup> BGE 71 II 147.

azalmasına göz yummuştur. İkinci zarfın daha sonraki bir süreçte açılmasıyla yine bu zarfta kıymetli evraklarda saklı paylar için tenkis yapılmasına izin vermiştir ve mahkeme miras bırakanın torunları lehine koyduğu şartları da dikkate alındığında artık yardımcı olan Erna Farner'in alacağı bir miktar kalmadığını belirtmiştir. Buna karşılık Erna Farner bir dava açarak kendisinin, miras bırakana sağlığında baktığını ve bunun karşılığında miras bırakanın ona yaşarken Erna Farner'in ölümüne kadar geçinmesi için gerekli olan şartları sağlayacağını belirttiğini, karşılıksız bir kazandırma olmadığını, tersine miras bırakana sağlığında baktığı için legatum debiti olduğunu, miras bırakanın kendisine borçlu olduğunu açıklamıştır. Mahkeme söz konusu uyuşmazlıkta bunun bir legatum debiti olup olmamasından ziyade mirasçılardan açmış olduğu tenkis davasında Erna Farner'in kendisine verilen kıymetli evrak tutarında tenkis yapılmasına izin verilmesinden yola çıkmıştır. Mahkemeye göre İsviçre Medeni Kanun'u uyarınca ancak karşılıksız kazandırmalar tenkise konu olmaktadır ve Erna Farner tenkise rıza göstermiştir. O halde bunların karşılıksız kazandırma olduğunu kabul ederek daha sonra miras bırakana hizmetleri karşılığında alacaklı olduğunu ve miras bırakanın bu borcunu ödemediği olgusu çelişkilidir. Ayrıca mahkemeye göre miras bırakanın Erna Farner kendisine baktığı için ileride onun Erna Farner'in geleceğini garanti altına alacağına ilişkin ifadelerinin miras sözleşmesi olarak adlandırılmasının çok doğru olmadığı, bunların belirsiz ve soyut ifadeler olduğunu açıklamıştır. Mahkemeye göre legatum debiti için lehine ölüme bağlı tasarruf yapacak bireyin miras bırakandan alacağı vardır. Söz konusu bu alacak sözleşmeden, vekâletsiz iş görmeden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir ve taraflar mevcut olan bu borcun mal vasiyetiyle ödenmesi hususunda anlaşmışlardır. Miras bırakanın tarafların anlaşığı gibi borcunu ölüme bağlı tasarrufla ifa etmediği durumlarda ise alacaklı olan kişi mirasçılara karşı borcun doğduğu hukuki ilişkiye (sözleşme, sebepsiz zenginleşme) dayanarak bu alacağı elde edecektir.

Kanımızca miras bırakanın, birine onun lehine ölüme bağlı tasarrufla bulunacağını belirterek bir güven duygusu uyandırıp daha sonra bu iradesini geri aldığı veya zaten bu iradeye sahip olmadığı hallerde ise legatum debiti bir koruma sağlamayacaktır. Zira yukarıda belirtildiği gibi legatum debiti olabilmesi taraflar arasında sağlar arası bir borç ilişkisi olmalı ve bu borç ölüme bağlı tasarrufla ödenmelidir. Başka bir ifadeyle legatum debiti'de miras bırakan ölüme bağlı tasarrufla bulunmakta ama tenkiste bunun karşılıksız bir kazandırma mı yoksa borcun ifası mı olduğu hususunda tartışmalar vardır. Oysaki bizim incelediğimiz olaylarda miras

bırakan böyle bir ölüme bağlı tasarrufu hiçbir şekilde yapmamaktadır ve bundan dolayı zararlar doğmaktadır.

#### IV. KANUNİ KORUMA YOLLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıdaki verilen örnekler göstermektedir ki mirasçı olacağı düşüncesiyle bir kimse bir edimde bulunup hatta hayat planını değiştirebilir. Özellikle böyle durumlarda kişinin beklenen ve korunması gereken bir menfaatinin olmadığı, taraflar arasında geçerli (şekil şartlarına uygun) bir miras sözleşmesinin olmamasından yola çıkılması halinde bunun hakkaniyetle bağdaşmadığı ortaya çıkmaktadır. Böyle durumlarda özellikle mirasçı olacağı düşüncesiyle hizmette bulunmuş kişileri mahkemelerin korumak istediği ve kanundaki düzenlemelerden yola çıkarak bir çözüm bulmaya çalıştığı görülmektedir. Bir yandan vasiyetnamenin tek taraflı irade beyanı olması, miras bırakanın bunu dilediğinde geri alabilmesi; diğer yandan ise miras bırakanın, lehine vasiyetname yapacağı sözüne güvenen kişinin menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır.

Mirasçılığın beklenen bir hak olmadığı, mirasçının haklarını ancak miras bırakanın ölümüyle geçerli ölüme bağlı tasarrufuyla elde edeceği düşüncesine rağmen mahkemelerin güvenen bireyi bir şekilde korumaya çalıştığı görülmektedir. Bu nedenle hem Alman hem İsviçre mahkemeleri tarafından mirasçı olacağını düşünen kişiyle miras bırakan arasında zımni bir hizmet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca mirasçı olacağı düşüncesiyle miras bırakana hizmet eden veya mal varlığında bir artış meydana getiren kişinin haksız fiil, sebepsiz zenginleşmeye başvuracağı belirtilmiştir. Ancak miras bırakanın malvarlığında bir artışa sebebiyet vermeyen zararlar sebepsiz zenginleşme uyarınca istenemeyecek<sup>66</sup> ve bu borç kaynaklarında (haksız fiil, sebepsiz zenginleşme) ispat yükünün zor olması, zaman aşımı süresinin kısa olması gibi sebeplerle, lehine vasiyetname yapılacağını düşünen kişi için bu borç kaynaklarına başvurmanın avantajlı olmayacağı ve bu kaynakların yeterli korumayı sağlamayacağı söylenebilir<sup>67</sup>. Aslında miras bırakanın sessizce yapabileceği ölüme bağlı tasarrufu kişiye bildirmesi bu açıklamasının ardından taraflar arasında daha güçlü bağın oluşması, yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi mirasçı olacağını düşünen kişinin, miras bırakanın lehine bir takım edimlerde bulunması sonucunda toplumdaki tüm

<sup>66</sup> Benzer görüş için bkz. KÜPPER, s. 168.

<sup>67</sup> Kanuni yolların genel olarak yeterli korumayı sağlamadığı ve çiftlik konusunda hiç değilse mirasçı olacağını düşünenin çiftlikte kalabilme ihtimali için bkz. THOLE, s. 29.

bireylere karşı genel olarak duyulan güvenin korunmasına hizmet eden haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi hükümlerin sunduğundan daha fazla koruma beklemesini haklı kılmaktadır<sup>68</sup>.

Ayrıca miras bırakan için çalışmamış ve/veya malvarlığında bir artış meydana getirmemiş olan mirasçının yine mirasçı olacağı vaadine inanarak hayatında büyük değişiklikler meydana getireceği, örneğin eğitim fakültesini yarıda bırakarak tarım arazilerinin kendisine kalacağı düşüncesiyle ziraat mühendisliği okuması gibi durumlarda bu kanuni düzenlemelerin yeterince koruma sağlayamadığı açıktır. Alman ve İsviçre hukukunda özellikle son yıllarda birkaç eserde böyle durumlarda bireylerin daha etkin korunması gerektiği ve bu durumun sözleşme öncesi sorumluluğuna benzetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Nasıl ki sözleşme serbestisi olmasına rağmen sözleşme görüşmelerini kesen tarafın culpa in contrahendo uyarınca sorumlu olup olmayacağı tartışılıyorsa, miras hukukunda da vasiyetnameyi geri aldığı bildirmeyen veya aslında hiç vasiyetname yapma iradesi olmadığı halde başkalarında haklı bir güven yaratıp bu güveni kullanan miras bırakanın culpa in testando sorumluluğunun olup olmayacağı tartışılmaya başlanmıştır. Alman hukukunda 2002 yılında Alman Medeni Kanunu'nda yer alan değişikliklerle birlikte artık culpa in contrahendo sorumluluğu kanunda düzenlenmiştir. Miras hukukunda vasiyetnamelerin tek taraflı özellikleri dikkate alınarak culpa in testando sorumluluğunun geliştirilmesi isabetli olacaktır. Bu nedenle aşağıda culpa in testando sorumluluğunun koşulları incelenecektir.

## V. CULPA İN TESTANDO SORUMLULUĞU VE KOŞULLARI

Doktrinde gerek Alman gerekse Türk-İsviçre hukukundan culpa in testando sorumluluğuna benzer kurumların olduğunu ve bu nedenle culpa in testando sorumluluğunun kabulünün aslında bu ülke hukuklarına çok yabancı olmadığı belirtilmiştir. Bilindiği üzere Rudolph von Jhering tarafından Alman hukukunda bir boşluk olduğu düşüncesiyle sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) geliştirilmiştir<sup>69</sup>. Culpa in contrahendo ile taraflar asıl edim yükümlülüğü altına girmeden sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen olumsuz zararlardan sorumlu olmaktadır ve bu sorumluluğunun temel sebebi tarafların aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca

<sup>68</sup> MEYER, s. 128.

<sup>69</sup> VON JHERING, Rudolf: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JherJB 4 (1861), s. 1 vd; ATLAN, s. 272, 275.

sözleşme görüşmelerini tek taraflı olarak kesip durumu karşı tarafa bildirmeyen kişinin yine culpa in contrahendo sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, yaratılan güven ilişkisine aykırı davranış gerekli aydınlatmada bulunmamış olan miras bırakanın bundan dolayı sorumlu olması gerektiği belirtilmiştir.

Gerek Alman gerekse Türk-İsviçre hukukunda bireylerin güveninin korunmasına ilişkin düşünce ve güvenin boşa çıkmasından dolayı sorumluluk fikri zaten vardır. Dolayısıyla sözleşme alanında tanınmış olan bu güvenin miras hukukunda da uygulanabileceği belirtilmiştir.

### A. Özel Bağlantının Kurulması

Culpa in testando sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için aranması gereken ilk şart, zarar verici davranış gerçekleştirildiği sırada taraflar arasında bir özel bağlantının (Sonderverbindung) bulunmasıdır<sup>70</sup>. Özel bağ, bireyin duyduğu güvenin hukuki anlamda dikkate alınmasını ve korunmasını mümkün kılmaktadır<sup>71</sup>. Miras hukukunda culpa in testandoya ihtiyaç duyulmasının sebebi şu şekilde açıklanabilir. Normalde tek taraflı bir hukuki işlem olan vasiyetname, varılması gerekli olmayan bir irade beyanıyla yapılır. Miras bırakan buna rağmen birine bilerek ve isteyerek gelecekte onun lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunacağını bildirmektedir<sup>72</sup>. Bu açıklamadan yola çıkılarak aslında mirasçıyla miras bırakan arasında özel bir bağ olduğunu ve bu özel bağın korumaya değer olduğunu söylemek mümkündür<sup>73</sup>. Ölüme bağlı tasarruf yapacağı vaadinde bulunan miras bırakanla ilgili kişi arasında her ne kadar hukukten korunan bağlayıcı bir hukuki ilişki olmasa da taraflar arasında özel bir ilişkinin doğduğu aşikârdır. Birinin lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağına bildirilmesi hukuki menfaatlerin birbirine açılması anlamına gelir ve bu durum kişilerin birbirilerine karşı normalin üzerinde bir güven duyduklarını gösterir. Bu nedenle toplumdaki tüm bireylere karşı genel olarak duyulan güvenin korunmasına hizmet eden haksız fiil hükümlerinin

<sup>70</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm: Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, s. 444; HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1181; SOMMER, AJP 2006, s. 1035; MISERRE, s. 215.

<sup>71</sup> DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 181; SEROZAN, Rona: “Culpa In Contrahendo, Akdın Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, MHAD, Yıl 2, Sayı 3, 1968, s. 122 vd; SOMMER, AJP 2006, s. 1035.

<sup>72</sup> MISERRE, s. 215.

<sup>73</sup> ATLAN, s. 278.

sağladığı korumadan daha fazla, daha özel bir koruma beklenmesi son derece doğaldır<sup>74</sup>. Culpa in testando sorumluluğunun amacı culpa in contrahendo sorumluluğunda olduğu gibi taraflara daha fazla koruma sağlamaktır. Her ne kadar miras bırakan dilediği zaman tek taraflı irade beyanıyla vasiyetnameyi geri alabilse de taraflar arasında özel bir ilişki doğduğu ortadan kalkmamaktadır<sup>75</sup>. Ancak tarafların arasında özel bir bağın olmadığı, mirasçının korunmaya değer bir malvarlığının olmadığı, lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağını düşünen tarafın menfaatini koruma altına alması için miras sözleşmesi yapma imkânı olduğu ve bunu yapmadığı için özel korunması gereken bir güven sorumluluğunun olmadığı belirtilmektedir<sup>76</sup>. Bu görüşe göre kanun kişiyi zaten yeterince korumaktadır. Buna rağmen bu korumadan yararlanmayan kimsenin güveninin korunmasını istemesinin doğru olmadığı belirtilmiştir<sup>77</sup>.

Ancak doktrinde haklı olarak taraflar arasında özel bir bağın kurulması için mutlaka taraflar arasında hukuki işlemlerin olmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Açıkça birinin yaşam alanına girilmesi ve özel bir güven oluşturulması özel bir bağın kurulduğunun kabulü için yeterli görülmüştür.

### **B. Haklı bir güven olması**

Culpa in testando sorumluluğunun temelinde, bir başkası nezdinde uyandırılan güvenin ihlâli yatar<sup>78</sup>. Dolayısıyla bu sorumluluğunun doğabilmesi için diğer taraf nezdinde güven uyandırmaya elverişli bir davranışın varlığı gereklidir. Güven, söz ve yazıyla, yani olumlu bir davranışla uyandırılabilceği gibi açıklanması gereken bir hususun açıklamamasıyla da oluşturulabilir<sup>79</sup>. Miras hukukunda tasarruf serbestisi ve irade serbestisinin olması nedeniyle haklı güvenin oluşması kavramının son derece dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekir. Burada söz konusu olan haklı güveni miras bırakanın davranışları oluşturmaktadır<sup>80</sup>. Miras bırakan açıkça hatta kimi zaman başka kişilerin huzurunda ilgili kişi lehine ölüme bağlı tasarrufta bulanacağını belirtmektedir ve bu irade açıklamasını karşı tarafta bilerek isteyerek duyurup bir beklenti

<sup>74</sup> CANARIS, s. 358.

<sup>75</sup> MISERRE, s. 215.

<sup>76</sup> BGE 133 III 449 Nr. 4.1; ve 142 III 84 Nr. 3.3.

<sup>77</sup> MEYER, s. 65.

<sup>78</sup> ZANK, NZ 1995, s. 267; ATLAN, s. 272 vd.

<sup>79</sup> Genel olarak güvenin yaratılması için bkz. OTT, Schäfer: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer Gabler, 5. Auflage, Berlin 2012, s. 537-557.

<sup>80</sup> ZANK, NZ 1995, s. 267.

uyandırmaktadır<sup>81</sup>. Burada baştan beri olmayan veya sonradan ortadan kalkan vasiyetname iradesine rağmen miras bırakan, vaatte bulunduğu kişinin haklı güveni nedeniyle yapacağı masrafların bilincinde olmasına rağmen, dürüstlük kuralı uyarınca onu bilgilendirmekten kaçınmaktadır.

Miras bırakan, ölüme bağlı tasarruf yapmamasından veya tasarrufu geri almasından sorumlu tutulmamaktadır. Burada açık bir şekilde lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağı bildirilen kişiye yine durumun değiştiğinin açık bir şekilde bildirilmesi gerektiği halde, (actus contrarius) bunu yapmayan miras bırakanın sorumluluğundan bahsedilmektedir<sup>82</sup>. Sorumluluğun sebebi haklı güvenin ihlali ve bunun kötüye kullanılmasıdır. Bu olaylarda miras bırakanın hukukun kendine tanıdığı imkânları ve irade serbestisini kötüye kullanmış olduğu ileri sürülmektedir<sup>83</sup>. Bu sebeple böyle bir sorumluluğun miras hukukundaki irade serbestisiyle tasarruf serbestisine aykırı bir durum oluşturmadığı belirtilmektedir. Sözleşmelerden farklı olarak vasiyetnamelerde haklı bir güvenin olmayacağı ileri sürülmesi doktrinde eleştirilmiştir. Miras bırakanın sınırsız bir tasarruf serbestisi tanımının doğru olmayacağını bunun sonunda miras bırakanın ölüme bağlı tasarruflarda şart ve yüklemelerle, sağ kalan bireylerin kişilik haklarının zedeleneyeceği hususu Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına bile konu olmuşken miras hukukunda taraflar arasında güven ilişkisinin kurulacağını savunmanın pek yanlış olmayacağı ileri sürülmüştür<sup>84</sup>.

Vasiyetname ve miras sözleşmelerinin şekle bağlı olduğu, şekil şartlarının amacının miras bırakanı korumak olduğu, bu nedenle şekil şartlarına uygun olmadan, sırf sözel yapılan irade açıklamalarının kişilerde güven oluşturmaya yetmediği fikri eleştirilmiştir, zira Alman ve İsviçre Federal Mahkemeleri gerek iradi gerekse kanuni şekil şartına bağlı sözleşmede karşı tarafı oyalayarak sözleşme görüşmelerini tamamlamayan tarafın vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunu kabul etmiştir<sup>85</sup>. Karşılıksız olan (unentgeltlich) hukuki işlemlerde güven sorumluluğunun olmayacağını savunmak doğru değildir. Doktrinde sözleşme öncesi sorumluluğun karşılıksız olan sözleşmelerde uygulanabilirliği kabul

<sup>81</sup> Culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından güven konusu hakkında bkz. CANARIS, s. 491 vd; DEMİRCİOĞLU, s. 178-181.

<sup>82</sup> MISERRE, s. 241.

<sup>83</sup> MISERRE, s. 218 vd.

<sup>84</sup> KIPP, Theodor/COING, Helmut: Erbrecht, 14. Auflage, Tübingen 1990, s. 109.

<sup>85</sup> İradi Şekil şartı için bkz. BGE 105 II 75, 79-81 Taşınmaz satımı için bkz. BGer 4A\_229/2014 vom 19.09.2014 E. 4.1; BGH, NJW 1984, s. 607; BGH, JZ 1997, s. 468; MISERRE, s. 127; KÜPPER, s. 316.

edilmiştir<sup>86</sup>. Örneğin hizmet sözleşmelerinde tarafların ücretsiz deneme süresi kararlaştırabilecekleri ve bu sürenin sonunda iş sahibi tarafından veya işçi tarafından koşulların beğenilmemesi halinde sözleşme yapma zorunluluğunun olmadığı belirtilmiştir ve iş sahibinin deneme süresini kötüye kullandığı hallerde her ne kadar sözleşme yapma zorunluluğu olmasa da güven oluşturup bu güveni kötüye kullanmasından doğan zararlardan sorumlu olacağı belirtilmiştir<sup>87</sup>. Alman hukukunda yine bağış sözleşmelerinde sözleşme öncesi sorumluluk kabul edilmiştir. Bu örnekler bize göstermektedir ki karşılıksız hukuki ilişkilerde güvenin boşa çıkması korunmaktadır.

Yine hatır işlerinde haklı bir güvenin doğup doğmadığının tespit edilmesi gerekir. Zira miras hukukunda biri lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulacağını belirtmesi bu açıdan bakıldığında karşılıksız bir işlemdir ve mirasçı olacağını düşünen kimsenin edimleri ise yine hatır ilişkisine dayanmaktadır. Hatır ilişkilerinde tarafların bir hukuk işlem iradesi olmaksızın bağlayıcı olmadan birbirine yardım ettikleri bu nedenle taraflar arasında korunması gereken güvenin olmadığı fikri kanımızca haklı eleştirilere maruz kalmıştır; zira taraflar arasında geçerli bir hukuki ilişkinin bulunmaması haklı güvenin oluşmasına engel değildir<sup>88</sup>. Zaten taraflar arasında geçerli bir hukuki işlem varsa haklı bir güvenin oluşup oluşmadığının tespit edilmesine gerek olmayıp, bu hukuki ilişki uyarınca taraflar sorumlu tutulacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin hatır ilişkilerinde haklı güvenin doğacağına ilişkin kararları mevcuttur<sup>89</sup>. Hatır ilişkisi uyarınca bir edimi yerine getireceğini belirten kişi özel bir güven ilişkisi uyandırabilir ve yine karşı tarafta bir güven oluştuğunu bilebilir veya en azından bilebilecek durumdadır<sup>90</sup>. Haklı güven, karşılıksız olan hukuki işlemlerde veya hukuk işlem iradesinin taşınmadığı hatır işlerinde oluşabilir ancak burada kusur tespiti yapılırken hatır ve karşılıksız

---

<sup>86</sup> GERNHUBER, Joachim: Das Schuldverhältnis, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Tübingen 1989, s. 201 vd; MISERRE, s. 132-135; GRUNDMANN, Stefan: "Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198(1998), s. 473 vd; REINICKE, Dietrich/TIEDTKE, Klaus: "Schadensersatzverpflichtungen aus Verschulden beim Vertragsabschluss nach Abbruch von Vertragsverhandlung ohne triftigen Grund", ZIP 1989, s. 1096.

<sup>87</sup> STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art.319-362, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, s. 75.

<sup>88</sup> MISERRE, s. 152.

<sup>89</sup> PALLMANN, Hans-Dietrich: Rechtsfolgen aus Gefälligkeitsverhältnissen, Dissertation, Regensburg 1971, s. 84.

<sup>90</sup> MISERRE, s. 152.



olmaları dikkate alınacaktır. Böyle durumlarda tarafların sadece kastlarından veya ağır ihmallerinden sorumlu olacağı belirtilmiştir<sup>91</sup>.

### C. Aydınlatma Yükümlülüğünün İhlali

Miras bırakan kendisine tanınan irade serbestisi ve miras hukukundaki düzenlemeler ışığında dilediği zaman ölüme bağlı tasarrufundan dönebilir. Miras bırakanın sadece haklı sebep göstererek ölüme bağlı tasarruftan dönmesini beklemek miras bırakanın irade serbestisinde büyük bir sınırlama yapılması anlamı gelir<sup>92</sup>. Miras bırakanın daha sonra meydana gelen olaylar karşısında ölüme bağlı tasarruftan vazgeçmesi veya bunu değiştirmesi çelişkili davranış (venire contra factum proprium) değildir<sup>93</sup>. Dikkat edilmesi gereken husus ise miras bırakanın aslında ölüme bağlı tasarruftan döndüğü halde böyle bir iradesi varmış gibi davranarak bunu karşı tarafa bildirmemesidir<sup>94</sup>. Başka bir anlatımla hukuk düzeniyle çelişen davranış, ölüme bağlı tasarruflarda haklı sebep olmaksızın vazgeçme veya bunları yapmama değil, karşı tarafın gerçeğe aykırı şekilde yönlendirilerek yanıltılmasıdır<sup>95</sup>. Haklı güven oluşmasıyla haklı bir sebebe dayanarak ölüme bağlı tasarruflardan dönme farklı kavramlar olup bunların birbirine karıştırılmaması gerekir. Culpa in testando sorumluluğu, miras bırakanın dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak görülmektedir. Dürüstlük kuralı, daha önce lehine ölüme bağlı tasarruf yapacağı hususunda güven oluşturduğunun bilincinde olan miras bırakanı, bu iradesinde meydana gelen değişikliği ya baştan itibaren böyle bir iradesi olmadığı hususunda bilgilendirme yükümlülüğü altına koymaktadır<sup>96</sup>. Bu durumun bildirilmemesi gerçek iradesine aykırı olarak kişiyi yanıltmak ve onda mirasçı olma umudu yaratmak veya bu umudu güçlendirmek olur. Karşı tarafta böyle bir umut yaratılması hatta bununla yetinilmeyip karşı edimlerin alınması, karşı tarafın hayatında büyük değişiklikler doğurması halinde menfaatlerin dengelenmesi gerekmektedir. Doktrinde miras bırakanın culpa in testando sorumluluğunun doğabilmesi için karşı tarafı aydınlatmanın miras bırakan için katlanabilir bir durum olması gerektiği savunulmuştur<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> MISERRE, s. 152.

<sup>92</sup> ATLAN, s. 279.

<sup>93</sup> KÜPPER, s. 220.

<sup>94</sup> Aydınlatma borcu ve kapsamı için KÜPPER, s. 173-196.

<sup>95</sup> ZANK, NZ 1995, s. 266.

<sup>96</sup> MISERRE, s. 236, 260 vd; ATLAN, s. 281 vd.

<sup>97</sup> MISERRE, s. 260 vd, ATLAN, s.283.

Bir tarafta miras bırakının anayasalarda bile koruma altına alınmış olunan tasarruf serbestisi diğer yanda lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağına güvenen ve hayatında önemli değişiklikler yapan bir birey bulunmaktadır. Miras bırakan nasıl ve kimin lehine ölüme bağlı bir tasarruf yapabileceğine sessizce karar vermeyip bunu ilgili kişiye (miras vaadinde bulunulana) aktardığı için bu iradesinden vazgeçtiğinde durumu karşı tarafa bildirmesinin kendisi için katlanabilir olduğu belirtilmiştir<sup>98</sup>. Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve böylece dürüstlük kuralına aykırı davranışlarıyla karşı tarafın duyduğu güveni boşa çıkaran miras bırakan, karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalır. Burada amaç miras bırakana geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yaptırmak ve irade serbestisine müdahale etmek değildir. Culpa in testando sorumluluğunun amacı irade beyanında meydana gelen değişikliği ilgili kişiye bildirmeyen miras bırakanın doğacak zararları karşılamasıdır<sup>99</sup>. Miras bırakanın düşüncesinin sonradan ortadan kalkması veya değişmesi halinde, bunu ilgili kişiye derhal bildirerek sorumluluğunun doğmasına veya artmasına engel olabileceği kabul edilmektedir<sup>100</sup>. Miras bırakanın iradesini dış dünyaya, gerçeğe uygun bir şekilde yansıtması halinde irade serbestisinden yararlanacağı, aksi durumun irade serbestisinin kötüye kullanımı olduğu savunulmuştur<sup>101</sup>.

#### D. Kusur

Tüm sorumluluk türlerinde, tazminat yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için, kanunda aksi öngörülmedikçe kusurun varlığı şarttır. Kusur kast veya ihmâl şeklinde olabilir. Kusur esası culpa in testando sorumluluğu için kabul edilip haklı güveni ihlal eden miras bırakanın kusurlu olması gerekir. Vasiyetname yapma niyeti olmayıp veya vasiyetnamenin geri alınmasına rağmen ilgili kişiye bu bildirilmeyip durumun devam ettirilmesi dikkate alındığında, basit bir ihmâlin ötesinde bir kusurdan, yani ağır ihmâlden veya kasttan bahsedileceği şüphesizdir<sup>102</sup>. Alman doktrininde vasiyetnamelerin tek taraflı ve

<sup>98</sup> MISERRE, 243 vd

<sup>99</sup> Böyle durumlar sadece olumsuz zarar değil, miras bırakanın geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yaptığı kabul edilmesi gerektiğini savununlar da vardır. Ayrıca bu hususta Amerikan Mahkeme kararları da bulunmaktadır. James W. Wright Jr Respondent v. Neli W. Trask, Appellant No.2761 8 December 1997.

<sup>100</sup> MISERRE, s. 300.

<sup>101</sup> BELLING, Detlev: "Einführung in das Recht der gewillkürten Erbfolge" Jura 1986, s. 625; KAULBACH, Ann-Marie C.: Gestaltungsfreiheit im Erbrecht, Wolfgang Metzner, Frankfurt Am Main 2012, 88 vd.

<sup>102</sup> MISERRE, s. 257.

karşılıksız olmasından yola çıkılarak miras bırakanın sadece kastından sorumlu olması gerektiği<sup>103</sup>, zira tasarruf serbestisinin çok fazla sınırlandırılmaması gerektiği belirtilmiştir<sup>104</sup>. Özellikle baştan beri ölüme bağlı tasarruf yapma iradesinin olmadığı hallerde miras bırakanın durumu farklı yansıtması halinde ortada bir kast olduğu açıktır. Miras bırakan, kusuru olmadan meydana gelen geçersiz ölüme bağlı tasarruflardan ve buna bağlı olarak meydana gelen zararlardan sorumlu değildir<sup>105</sup>.

### E. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, culpa in testando sorumluluğunun şartlarından bir diğerini oluşturur. Gerçekten culpa in testando sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilmesi gereken zararlar, güven uyandırıcı davranışla uygun illiyet bağı içinde bulunmalıdır<sup>106</sup>. Meydana gelen zararlar geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yapılacağına olan güven sonucunda ortaya<sup>107</sup> çıkmışsa bunların tazmin edilmesi gerekir. Miras bırakan gerekli aydınlatmayı yapıp ölüme bağlı tasarrufu yapmadığını veya geri aldığını bildirseydi kişinin buna rağmen yapacağı masraflarda nedensellik olmadığı için bunlar talep edilemeyecektir<sup>108</sup>.

### F. Zarar

Miras bırakanın sorumlu olabilmesi için zararın oluşması gerekir. Miras bırakanın vasiyetname yapacağına ilişkin karşı taraf nezdinde uyandırdığı haklı güven, karşı tarafın zarara uğramasına yol açmış olmalıdır<sup>109</sup>. Bu masraflar kişinin lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağına olan güveni dolayısıyla yapılmalıdır. Burada karşılanan zararlar geçerli bir vasiyetname (ölüme bağlı tasarruf) olsaydı bireyin malvarlığında meydana gelen artış değildir<sup>110</sup>. Yukarıda verdiğimiz örnekte yeğen Y çiftliğin değerini değil, lehine ölüme bağlı tasarruf olmadığı için çiftliğe almış olduğu traktör, onardığı aletlerin, ücretsiz yaptığı hizmetlerin bedelini talep edebilecektir. İfa talebinin olmaması, miras bırakanın ifaya zorlanmaması bu zararların tazmin edilmesini engellemez<sup>111</sup>. Nasıl ki culpa in contrahendo sorumluluğunda tarafların sözleşme yapma talebinde bulanamamaları zararların talep edilmesini engellemiyorsa miras

<sup>103</sup> MISERRE, s. 257.

<sup>104</sup> MISERRE, s. 257.

<sup>105</sup> MISERRE, s. 260, ATLAN, s. 288.

<sup>106</sup> ZANK, NZ 1995, s. 268 ve 269.

<sup>107</sup> MISERRE, s. 262.

<sup>108</sup> MISERRE, s. 262.

<sup>109</sup> MISERRE, s. 261; ZANK, NZ 1995, s. 268.

<sup>110</sup> MISERRE, s. 261; ZANK, NZ 1995, s. 268; ATLAN, s. 289 vd.

<sup>111</sup> MISERRE, s. 262; ZANK, NZ 1995, s. 268

hukukunda da, geçerli bir vasiyetnamenin yapılmasını istememek zararların talep edilmesine engel teşkil etmez<sup>112</sup>.

Culpa in testando sorumluluğunun zararı tespit edilirken dikkat edilmesi gereken hususlardan biri geçerli bir vasiyetname iradesi olup bunun daha sonra ortadan kalkması, vasiyetnamenin geri alınmasından sonra doğan zararların tazmini istenmektedir<sup>113</sup>. Ancak yukarıdaki temsilci örneğinde olduğu gibi baştan itibaren vasiyetname iradesi olmadığı, böyle bir iradesi varmış gibi yansıtan miras bırakandan (mirasçılardan) baştan itibaren yapılan tüm zararlar istenecektir. Ancak hemen belirtelim ki miras bırakanın haklı bir sebeple vasiyetnameyi geri aldığı ve karşı tarafın bunu bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde miras bırakan meydana gelen zararlardan sorumlu değildir<sup>114</sup>. Örneğin lehine vasiyetname yapılan kişi miras bırakana veya miras bırakanın yakınlarına karşı ağır bir suç işlemişse ve bu sebepten dolayı miras bırakan tarafından vasiyetname geri alınmışsa miras bırakan meydana gelen zararlardan culpa in testando uyarınca sorumlu olmayacaktır. Yine zarar miktarı belirlenirken birlikte kusur da dikkate alınır<sup>115</sup>.

Miras bırakanın sorumluluğuna bir üst sınır getirmenin hakkaniyetli olacağını, miras bırakanın üst sınır olarak vadettiği ölüme bağlı tasarrufun miktarıyla sınırlı olacak şekilde sorumlu olacağı belirtilmiştir<sup>116</sup>. Mirasçı olacağını düşünen kişinin, ölüme bağlı tasarrufu geçerli olsaydı elde edeceğinden daha fazlasını zarar olarak talep etmesinin doğru olmayacağı belirtilmiştir. Lehine yapılacak ölüme bağlı tasarruftan daha fazla masraf yapan bireyin, riski kendisinin taşınması gerektiği, zira bu durumda zararların aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranıştan kaynaklanmadığı belirtilmiştir<sup>117</sup>.

Doktrinde sadece olumsuz zararların talep edilmesi gerektiğini savununlar<sup>118</sup> olduğu gibi, mirasçı olacağını düşünen bireylerin gerçek anlamda korunabilmesi için mirasçı olmaları gerektiğini savunanlar bulunmaktadır<sup>119</sup>. Yukarıda verdiğimiz örneklerde kişilerin çiftlik- işletme sahibi olmaları halinde gerçek bir korumadan bahsedileceği belirtilmiştir. Bu görüş temsilcilerine göre Amerikan hukukunda 1997 yılındaki Wright

<sup>112</sup> MISERRE, s. 262.

<sup>113</sup> MISERRE, s. 262.

<sup>114</sup> MISERRE, s. 265.

<sup>115</sup> MISERRE, s. 264; KÜPPER, s. 284

<sup>116</sup> MISERRE, s. 263; ZANK, NZ 1995, s. 268.

<sup>117</sup> MISERRE, s. 263; ZANK, NZ 1995, s. 268.

<sup>118</sup> MISERRE, s. 263; ZANK, NZ 1995, s. 268, ATLAN, s. 289.

<sup>119</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1187.

v. Trask davasında<sup>120</sup> mahkemenin miras bırakanın vaadine güvenen kişiyi mirasçı olarak kabul etmesinin diğer ülkelerde de uygulanabileceği savunulmuştur<sup>121</sup>.

## VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Borçlar hukukunda özellikle sözleşmelerde tarafların güven ilişkisinin korunmasına yönelik bir kabul vardır. Miras hukukunda ise miras bırakanın tek taraflı hukuki işlemleri ve tasarruf serbestisi hâkimdir. Ancak bazı olaylarda miras hukukunda güvenin korunması gerektiği ileri sürülmüş ve doktrinde culpa in testando sorumluluğu tartışılmaya başlanmıştır. Culpa in testando gerek Alman gerekse Türk-İsviçre hukukunda kanunda düzenlenmemiştir. Ancak culpa in contrahendo (sözleşme öncesi) sorumluluğunun örnek alınabileceği belirtilmektedir. Nitekim Alman hukukunda culpa in contrahendo artık Alman Medeni Kanunu'nun 311. maddesinde düzenlenmiştir. Miras hukukunda güven ilişkisinin korunmasını gerektiren durumlar olabilmektedir. Mahkeme kararları incelendiğinde özellikle lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağını düşünen kimsenin bir iş gördüğü hallerde miras bırakanın tasarruf serbestisine mahkemelerce bir sınır getirildiği, taraflar arasında bir hizmet sözleşmesi kurulduğunun kabul edildiği görülmektedir. Bir taraftan miras bırakanın dilediği zaman geriye alabileceği vasiyetnameler, diğer taraftan özellikle Alman Medeni Kanunu'nun 2302. maddesi uyarınca miras bırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapıp yapmayacağı veya ölüme bağlı tasarrufu geri alıp almayacağına ilişkin borçlandırıcı sözleşmelerin geçersiz olmasına rağmen lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağına güvenen bireyin korunması gerektiği savunulmuştur. Ancak korumanın, borcun kaynaklarında yapılan dar ayırımla zor olacağı belirtilmiştir. Miras bırakanın, açıklamalarıyla kişide mirasçı olacağı güvenini uyandırıp kusurlu davranışı ve haklı bir sebep olmaksızın bu güveni ortadan kaldırılması hallerinde sorumluluğunun gündeme gelebileceği belirtilmiştir. Söz konusu bu olaylarda miras bırakan ise mirasçı olacağını düşünen kişi arasında özel bir bağın olduğu belirtilmiştir. Birinin lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulacağını o kişiye bildirmenin belirli kişiler arasında kurulan ve sadece tarafları bağlayan özel bir ilişkinin göstergesi olarak kabul edilmiştir. Aslında varması gerekli olmayan irade beyanıyla

<sup>120</sup> James W. Wright Jr Respondent v. Neli W. Trask, Appellant No.2761 8 December 1997. <https://law.justia.com/cases/south-carolina/court-of-appeals/1997/2761-3.html>

<sup>121</sup> HIRSCHLEHNER, AJP 2017, s. 1187.

vasiyetname yapılabilecekken, miras bırakanın, lehine ölüme bağlı tasarruf yapacağını kişiye bildirmesinin ardından taraflar arasında güçlü ve özel bir bağın kurulduğu görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi mirasçı olacağını düşünen kişinin mirasçının lehine bir takım edimlerde bulunması sonucunda toplumdaki tüm bireylere karşı genel olarak duyulan güvenin korunmasına hizmet eden haksız fiil, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin sunduğu korumadan daha fazla ve özel bir korumayı beklemesi son derece doğaldır. Taraflar arasında özel bir ilişkinin olduğu durumlarda bu ilişkinin korunması gerektiği hususu Alman ve Türk-İsviçre hukukuna yabancı değildir. Culpa in testando sorumluluğunun aslında ülkelerin hukuk sistemine yabancı olmadığı ve hâkimin hakkaniyet gereğince böyle bir sorumluluk hali yaratabileceği savunulmuştur. Kanımızca Türk-İsviçre hukukuna karşın daha kazuistik olan Alman hukukunda hâkimler sözleşme öncesi sorumluluğunun Alman Medeni Kanunu'nun 311. maddesinde düzenlenmiş olmasından yola çıkarak dürüstlük kuralından böyle bir sorumluluğun doğabileceğini kabul edebilirler. Türk-İsviçre hukukunda hâkime boşlukları doldurma, hukuk yaratma yetkisi veren Medeni Kanun'un 1. ile 4. maddeleri ve dürüstlük kuralını düzenleyen 2. maddeden yola çıkılarak culpa in testando sorumluluğu kabul edilebilir. Culpa in testando sorumluluğunun kabulünün miras bırakanın tasarruf serbestisine aykırılık teşkil ettiği savı kabul edilemez. Burada amaç miras bırakanın tasarruf serbestine müdahale etmek, ona baştan beri yapmak istemediği veya sonradan geri aldığı irade beyanından yola çıkarak geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yaptırmak değildir.

Sorun, birinin lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunacağını bildiren miras bırakanın kendisi için katlanabilir olmasına rağmen bu iradesini geri aldığı veya gerçekte böyle bir arzusu olmadığını ilgili kişiye bildirmemesidir. Amaç miras bırakanın irade serbestisine müdahale etmek değil, onun artık böyle bir ölüme bağlı tasarruf yapmayacağını bile bile bunu saklamasını hatta bundan dolayı bir takım menfaatler elde etmesini engellemektir. Miras bırakanın tasarruf serbestisi olması ona başkalarının malvarlığı ve kişilik haklarına müdahale etme hakkı vermemektedir. Aslında bu durum bir nevi sözleşme görüşmelerini haksız olarak kesen tarafın sorumluluğuna benzetilebilir. Tartışmalar ve farklı kararlar olmasına rağmen başta sözleşme yapma niyeti olmayan kişinin bu görüşmelere başlaması veya sonradan iradesi değişip sözleşme yapmak istemeyen bir kimsenin bunu karşı tarafa bildirmemesi halinde oluşan olumsuz zararları ödemesine benzeyen bir durum vardır. Burada amaç tarafları sözleşme yapmaya zorlamak değil, sözleşmenin kurulacağına

duyulan güven nedeniyle meydana gelen zararların tazmin edilmesidir. Lehine ölüme bağlı tasarruf yapılacağına güvenen kişinin mantıklı davranıp miras bırakanla miras sözleşmesi yaparak kendi hakkını güvence altına almadığı, bu nedenle artık hukuken korunmaya muhtaç olmadığı kabul edilebilir bir gerekçe değildir. Almanya ve İsviçre’de mahkeme kararlarında böyle durumlarda fiili bir hizmet sözleşmesinin olduğunun kabul edilmeye çalışılması aslında bu kişilerin korunmaya muhtaç menfaatlerinin olduğunun göstergesidir. Ayrıca üzerinde konuşulması tabu olan ölüm konusuyla aralarında özel ve duygusal bağ olan kişilerin, diğerine güvenmediğini ima etmesi, kendini koruma altına almak için miras sözleşmesi yapma talebinde bulunulmasının çok kolay olmadığını söylemek mümkündür. Özellikle Alman hukukunda duygusal bağların önemli olduğu, bazı hukuki işlemlerin yapılması veya yapılmamasında son derece önemli etkilerinin olduğu mahkeme kararlarında kabul edilmiştir. Nitekim babası için kefil olan genç bir kızın yaptığı kefalet sözleşmesi geçerli şekil şartına rağmen Alman hukukunda ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilmiştir<sup>122</sup>. Bu örnekte yine tarafların duygusal bağ içinde olduğu ve ölüm gibi ciddi ve tabu bir konuda kendini daha fazla koruma altına almak için çekingen davranabilecekleri gözler önüne serilmektedir.

Alman ve Türk-İsviçre hukukunda mirasçı olacağına haklı bir şekilde güvenen, bu hususta zararları doğan kişinin olumsuz zararlarının tazmin edilmesi söz konusu olabilir. Miras bırakanın güven ilişkisinden dolayı sorumlu tutulması onun tasarruf serbestisine bir müdahale teşkil etmemektedir. Burada amaç miras bırakanın malvarlığını eşit paylaştırıp paylaşmadığının veya yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların kontrolü değildir. Amaç miras bırakanın, başkalarının malvarlığına ve kişilik haklarına bu tasarruf serbestisini kullanarak müdahale etmesinin önüne geçilmesidir. Bu düşünce hukuk sistemimize uzak değildir. Evlenme vaadiyle nişanlanıp bireyler evliliğe zorlanamasa da haksız yere nişanı bozan tarafın tazminat ödemesi durumu vardır<sup>123</sup>. Miras hukukunda bu düşüncelerin uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

<sup>122</sup> BVerfGE 89, s. 214, 234

<sup>123</sup> KÜPPER, s. 208 vd.

## KAYNAKÇA

- ATLAN, Hülya: “Miras Sözü Vermeden Doğan Kusurlu Sorumluluk: Culpa In Testando Sorumluluğu”, MÜHF-HAD, C. 23, S. 2 2017, s. 267-295.
- BALDUS, Christian: “Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik“, Facetten des römischen Erbrechts: Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Jan Dirk Harke (Hrsg), Springer, Berlin 2012, s. 1-33.
- BAŞ SÜZEL, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015.
- BATTES, Robert: “Der erbrechtliche Verpflichtungsvertrag im System des deutschen Zivilrechts“, AcP 178 (1978), s. 337-380.
- BELLING, Detlev: ”Einführung in das Recht der gewillkürten Erbfolge” Jura 1986, s. 625-633.
- BERGER, Bernhard: “Zur Unterscheidung zwischen Rechtsscheinhaftung und Vertrauenshaftung – zugleich eine Besprechung von BGE 128 III 324“, recht 2002, s. 201-220.
- BLOMBERG, Eva Maria: Freiheit und Bindung des Erblassers, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- BROX, Hans: Erbrecht, 19. Auflage, Köln 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: ”Atypische faktische Arbeitsverhältnisse”, BB 1967, s. 165-170.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- DIEDERICHSEN, Uwe: ”Urteilsanmerkung zu BAG (5 AZR 2/66)“, AP § 612, Nr. 24.
- EHMANN, Horst: Gesamtschuld, Berlin 1972.
- FENN, Herbert: ”Die juristische Qualifikation der Mitarbeit bei Angehörigen und ihre Bedeutung für die Vergütung”, FamRZ 1968, s. 291-302
- FLUME, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin 1979.
- GERNHUBER, Joachim: Das Schuldverhältnis, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Tübingen 1989.
- GRUNDMANN, Stefan: “Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, AcP 198(1998), s. 457-488.
- GUTMANN, Thomas: Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, C.H. Beck, München 2001.
- HIRSCHLEHNER, Anna: “Culpa in testando – Vertrauenshaftung des Erblassers“ AJP 2017, s. 1174-1187.
- KAULBACH, Ann-Marie C.: Gestaltungsfreiheit im Erbrecht, Wolfgang Metzner, Frankfurt Am Main 2012.
- KIPP, Theodor/COING, Helmut: Erbrecht, 14. Auflage, Tübingen 1990.



- KÜPPER, Wolfgang: Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo, Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- LANGE, Hermann/KUCHINKE, Kurt: Lehrbuch des Erbrechts, 4. Auflage, München 1995.
- LIEB, Manfred: Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970.
- MAISSEN, Eva/PURTSCHERT, Tina/ RUSCH Arnold F.: "Unentgeltliche Hilfeleistung: GoA, Gefälligkeit oder unentgeltlicher Auftrag?" Jusletter, 9. September 2013, s. 1-10.
- MEDICUS, Dieter: Bürgerliches Recht, 18. Auflage, Köln 1999.
- MEYER ROLF G.: Die formlose Hoferbenbestimmung, Fotodruck Präzis Barbara v-Spangenberg KG, Tübingen 1969.
- MISERRE, Roman: Die „Culpa in Testando“, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2002.
- MOCK, Sebastian: Die Heilung fehlerhafter Rechtsgeschäfte, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- NEHLSSEN, Hermann: "Die Einwirkung von Grundrechten auf die Gültigkeit von Verfügungen von Todes wegen am Beispiel von Heiratsklauseln-Ein Beitrag zur Wirksamkeit erbrechtlicher Potestativ Bedingungen" Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb-, und Gesellschaftrecht, Mathias Schmoeckel (Hrsgs.), Baden Baden 2008, s. 26-41.
- OTT, Schäfer: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer Gabler, 5. Auflage, Berlin 2012.
- PALLMANN, Hans-Dietrich: Rechtsfolgen aus Gefälligkeitsverhältnissen, Dissertation, Regensburg 1971.
- REINICKE, Dietrich/TIEDTKE, Klaus: "Schadensersatzverpflichtungen aus Verschulden beim Vertragsabschluss nach Abbruch von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund", ZIP 1989, s. 1093-1102.
- RUSCH, Arnold F.: "Gutgläubiger Fahrniserwerb als Anwendungsfall der Rechtsscheinlehre", Jusletter 28. Januar 2008, s. 1-18.
- RUSCH, Arnold F.: Rechtsscheinlehre in der Schweiz, Habil, Zürich 2010.
- SEROZAN, Rona: "Culpa İn Contrahendo, Akdın Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", MHAD, Yıl 2, Sayı 3, 1968, s. 108-129.
- SEROZAN, Rona: "Wohin steuert das Ebrecht?" Successio 2014, s. 4-23.
- SCHLÜTER, Wilfred/BARTHOLOMEYCZIK, Horst: Ebrecht, 16. Auflage, C.H. Beck, München 2007
- SOMMER, Ueli: "Vertrauenshaftung, Anstoss zur Neukonzeption des Haftpflicht- und Obligationenrechts?", AJP 2006, s. 1031-1041.
- STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger: Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012.

- STUMPF, Cordula: Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, Berlin 1991.
- THIEBAUD, Alain: Von der Bundesgerichtlichen Bonus-Rechtsprechung zur materiellen Entgeltlichkeit von Arbeitsverträgen, Zürich 2015.
- THOLE, Gerhard: Hofübergabevertragsverhältnis auf nicht-rechtsgeschäftlicher Grundlage, Münster 1960.
- VON JHERING, Rudolf: Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JherJB 4 (1861), s. 1-112.
- WELKER, Gerhard: Bereicherungansprüche wegen Zweckverfehlung?, Berlin 1974.
- ZANK, Wolfgang: "Culpa in Testando bei Widerruf und Formungültigkeit letztwilliger Verfügungen", NZ 1995, s. 265-270.
- ZIMMERMANN, Reinha: "Lachende Doppelerben? – Erbfolge und Schadensersatz bei Anwaltsverschulden", FamRZ 1980, s. 99-103.

# SİLAHLI ÇATIŞMA ESNASINDA KÜLTÜREL MALLARIN ULUSLARARASI TOPLUM YARARINA KORUNMASI

## PROTECTION OF CULTURAL PROPERTY FOR THE SAKE OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY DURING THE ARMED CONFLICT

DOI: 10.21492/inuhfd.373697

**Merve ERDEM\***

### **Özet**

Kültürel malvarlığının korunması, sadece malvarlığının bulunduğu devleti değil, uluslararası toplumu da ilgilendirmektedir. Kültürel mirasa gelen her zarar, insanoğlunun ortak zararı ve kaybıdır. İşbu nedenle, kültürel malvarlığını korumak, uluslararası hukukun, özellikle insancıl hukukun konularından birini oluşturmuştur.

Kültürel malvarlığını korumak için akdedilen antlaşmalar ve ek protokollerle, silahlı çatışmalarda çatışan taraflara, kural olarak, çatışma alanında yer alan kültürel malvarlığını tahrip etmeme ya da yok etmeme yükümlülüğü öngörülmüştür. İlgili yükümlülüğün ihlali, ciddi insancıl hukuk ihlaline verecek ve devletler kendi iç hukuk düzenlerinde, sorumluları yargılayabileceklerdir. Ayrıca Uluslararası Ceza Mahkemesi de savaş suçları kapsamında kültürel malvarlığını koruma yükümlülüğünün ihlallerini yargılamakla yetkilendirilmiştir.

Her ne kadar kültürel malvarlığı, uluslararası hukuk sisteminde, koruma altına alınsa ve yükümlülüğün ihlali için bireysel cezai sorumluluk öngörülse de kültürel malvarlığının tahribi ve yok olması geri dönülemez zararlara yol açmaktadır. İşbu nedenle, kültürel malvarlığının pasif korunması yanında, zarar görmeden ya da yok olmadan korunmasını temin altına alacak, aktif koruma araçlarının varlığı daha da önem arz etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kültürel malvarlığının korunması, 1954 Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme, 1977 Ek Protokol I, 1977 Ek Protokol II, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Savaş Suçları.

### **Abstract**

The protection of cultural property concerns not only the state where it is situated but also the international community as a whole. Any harm to cultural heritage also represents a loss for human culture and international society. Therefore, the protection of cultural property has become a subject of international law and humanitarian law in particular.

---

\* Arş. Grv. Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuku Anabilim Dalı,  
E-mail: merverdem1987@hotmail.com  
Makale Gönderilme Tarihi: 02.01.2018  
Makale Kabul Tarihi: 17.05.2018

Treaties and additional protocols enacted for the protection of cultural heritage, in principle, provide an obligation to conflicting parties to not destroy or destruct cultural property in conflict zones. Any breach of this obligation constitutes a serious violation of humanitarian law, and it is the states who are competent to adjudicate on the responsible actor in their domestic legal systems. Further, the International Criminal Court is given jurisdiction over breaches of the obligation to protect cultural heritage within the context of war crimes.

Although the international legal system provides protection for cultural property and individual criminal responsibility in cases of the breach of this protection, the destruction of cultural property causes irreversible damages. For this reason, in addition to passive protection of cultural property, active protection tools have to be provided in order to protect cultural property before any damage or destruction occur.

**Keywords:** The protection of cultural property, 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1977 Additional Protocol I, 1977 Additional Protocol II, The International Criminal Court, War Crimes.

## I. GİRİŞ

Uluslararası hukuk kurallarının ihlali, onların varlık sorununa değil etkililik sorununa işaret etmektedir. İşbu etkililik sorunu bakımından en çok karşılaştığımız meseleler de *jus ad bellum* ve *jus in bello* kurallarının uygulanmasına ilişkindir. Hem kuvvet kullanma yasağı, hem de silahlı çatışmalar esnasında insancıl hukuk en çok ihlal edilen hukuki rejimlerdenidir. Bir silahlı çatışmada, insancıl hukukun gerektirdiği sınırlar her zaman aşılmakta, yükümlülükler daima taraflarca göz ardı edilmektedir. Söz konusu ihlaller, sivilleri ve en nihayetinde de uluslararası toplumu olumsuz etkileyen boyutlara ulaşmaktadır. Uluslararası toplumu olumsuz etkileyen işbu ihlallerin bir boyutu da önemli kültürel malların, silahlı çatışmalarda yıkıma ve tahribe maruz kalması veya tamamen yok olmasıdır.

İlgili yıkım ve tahrip, özellikle 20. yüzyılda insanlığın sık sık karşılaştığı bir olay haline gelmiş, kültürel mallar, alınan önlemlere rağmen 21. yüzyılda da çatışmaların temel hedefi haline gelmekten kurtulamamıştır. Halbuki, kültürel malvarlığı sadece bir ulusun kültürel mirası değil, tüm insanlığın mirasıdır<sup>1</sup>. Dolayısıyla, kültürel malvarlığına verilen zarar sadece, kültürel malvarlığının bulunduğu ülke halkını değil, uluslararası toplumun bütününe ilgilendirmektedir.

Nitekim en son insanoğlu, yoğunlukla Irak ve Suriye’de faaliyet gösteren Irak-Şam İslam Devleti olarak kendini ilan eden terör örgütünün 2015 yılı Şubat ayının sonlarında Musul Halk Kütüphanesi’ni ateşe

---

<sup>1</sup> O’KEEFE, Roger: The Protection of Cultural Property in Armed Conflict (The Protection of Cultural Property), Cambridge University Press, UK 2006, s. 104.

vermesi ve Musul Müzesi'ne saldırarak, Müze'de bulunan heykel ve diğer sanat eserlerini tahrip etmesine seyirci olmuştur<sup>2</sup>. Yine benzer bir tahribat aynı yılın Ağustos ayında Palmira antik kentinde yaşanmıştır<sup>3</sup>.

2015 yılından günümüze yaşanan olaylar, kültürel malvarlığının korunmasını yeniden gündeme getirmiştir<sup>4</sup>. İşbu çalışma, yaşanan bu olaylardan yola çıkarak uluslararası hukuk açısından kültürel malvarlığının uluslararası ve uluslararası silahlı çatışmalarda korunması yükümlülüğünü, yükümlülüğün ihlali halinde uygulanabilecek yaptırımları incelemeyi ve nihayetinde rejimin etkililiğini değerlendirmek amacıyla kaleme alınmıştır.

## II. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN KÜLTÜREL MALVARLIĞININ KORUNMASI

### A. Kültürel Malvarlığının Korunması'nda UNESCO Sözleşmeleri'nin ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Rolü

Kültürel malvarlığının korunması hem savaş/silahlı çatışma düzeni hem de barış düzeni bakımından, kültürel malvarlığının tahribi, yok edilmesi ve yasadışı ticaretini yasaklamayı içermektedir. İşbu husus cılız da olsa ilk olarak 18. yüzyılda *Vattel* tarafından dile getirilmiştir. *Vattel*, *The Law of Nations* isimli kitabında, sanat eserlerinin tahrip edilmesi ya da savaş ganimeti olarak zapt edilmesine karşı çıkararak, bazı nesnelere savaşın sebep olabileceği yıkıcı etkisinden uzak tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak özellikle kültürel malvarlığının zapt edilmesine yönelik önerileri, söz konusu dönemde kabul görmemiştir<sup>5</sup>.

<sup>2</sup><https://www.haberler.com/isis-in-musul-muzesi-ne-saldirisi-7015091-haberi/> (Erişim Tarihi: 10.12.2017).

<sup>3</sup>“ISIS destroy Palmyra's Roman amphitheatre after 'beheading 4 and shooting 8 dead in ancient city'”, <http://www.mirror.co.uk/news/world-news/isis-destroy-palmyras-roman-amphitheatre-9657148>, (Erişim Tarihi: 20.12.2016)

<sup>4</sup>“Destruction of Cultural Heritage in the Middle East by ISIS”, [http://www.gecmun.com/uploads/2/3/7/0/237\\_02810/gecmun\\_iii\\_unesco.pdf](http://www.gecmun.com/uploads/2/3/7/0/237_02810/gecmun_iii_unesco.pdf), (Erişim Tarihi: 20.12.2017); “Syria, Destruction of Cultural Heritage”, <https://casebook.icrc.org/case-study/syria-destruction-cultural-heritage> (Erişim Tarihi: 20.12.2017)

<sup>5</sup>BHAT, P. Ishwara: “Protection of Cultural Property Under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends”, *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law*, No: 4, 2001, s. 49; ÖZEL, Sibel: *Uluslararası Alanda Kültürel Malvarlığının Korunması (Kültürel Malvarlığının Korunması)*, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998, s. 91; TOMAN, Jiri: *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Protection of Cultural Property)*, UNESCO Publishing, Paris, 1996, s. 5.

*Vattel*'den sonraki dönemde zamanla, *Rousseau*'nun kamu malı – özel mal ayrımının da etkisiyle, düşmanın kamu mallarının savaş esnasında yok edilebileceği, ancak askeri amaçlarla kullanılmayan kamu mallarının belli bir korumaya tabi olması anlayışı ortaya çıkmıştır. Özellikle silahlı çatışma esnasında, tapınakların, kiliselerin, okulların, kütüphanelerin, laboratuvarların ve koleksiyonların korunmasına özen gösterilmeye başlanmıştır<sup>6</sup>.

19. yüzyıla gelindiğinde ise, savaş esnasında kültürel malvarlığının korunmasına dair başka yeni gelişmeler baş göstermiştir. İşbu gelişmelerden biri de, Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilen Lieber Code'dur. Söz konusu metinde, savaşı kazanan ordunun taşınır malvarlığına el koyma hakkının bulunduğu, ancak kiliseler, hayır ve eğitim kurumlarındaki eşyalara dokunulamayacağı belirtilmiştir<sup>7</sup>. Aynı şekilde 1874 yılında yapılan Brüksel Konferansı'nda kabul edilen Deklarasyon'da, sanata hasredilmiş malvarlığının zapt veya tahrip edilmesi yasaklanmıştır, ancak söz konusu deklarasyon metni, antlaşma metni olarak onaylanmamıştır<sup>8</sup>.

1874 Brüksel Deklarasyonu'nun ardından bir diğer gelişme I. Lahey Barış Konferansı neticesinde akdedilen 1899 Lahey Sözleşmeleri ile II. Lahey Barış Konferansı neticesinde akdedilen 1907 Lahey Sözleşmeleri olmuştur<sup>9</sup>. 1899 II Nolu Kara Savaşının Yasa ve Teamülüne Dair Sözleşme kültürel malvarlığına ilişkin spesifik düzenleme XXVII. madde ile düzenlenmiştir<sup>10</sup>. Buna göre; “*askeri amaçlarla kullanılmayan; dine, sanata, bilime ve vakıf amacına özgülenmiş yapıların, tarihi anıtların, askeri amaçlarla kullanılan binaların korunması için tüm önlemlerin alınması*” öngörülmüştür. İşbu maddede belirtilen koruma, direkt zarar verme ya da yakın hedeflere yapılan bombardıman sonucu kazara fırlayan mermi kapsülü, şarapnel, enkaz ya da askeri mühimmatın yol açtığı hasardan korumayı içermektedir. Ancak koruma altındaki eser

<sup>6</sup> TOMAN, The Protection of Cultural Property, s. 5

<sup>7</sup> POUST, Jordan: “Dr. Francis Lieber and Lieber Code” (Lieber Code), Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 95, 2001, ss. 112- 115; TECHERA, Erika: “Protection of Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The International Legal Framework Revisited” (Protection of Cultural Heritage), Macquarie J. Int'l&Comp. Env'tl.L, 4(1), 2007, s. 3.

<sup>8</sup> TOMAN, The Protection of Cultural Property, s. 9; ÖZEL, Kültürel Malvarlığının Korunması, s. 93.

<sup>9</sup> SCOTT, James Brown (ed.): The Hague Convention and Declarations of 1899 and 1907, <https://archive.org/stream/hagueconventions00inteuoft#page/n5/mode/2up>, (Erişim Tarihi: 10.12.2017), 1915, ss. 1 – 30.

<sup>10</sup> 1899 Lahey Sözleşmesi II.

ve yapıların zarar görmesi her türlü tedbire rağmen engellenemediyse, hukuka aykırı değildir<sup>11</sup>.

Yine aynı şekilde 1907 IX Nolu Savaşta Deniz Kuvvetlerinin Bombardımanına Dair Sözleşme'nin II. maddesi uyarınca, *“deniz kuvvetleri kumandanının askeri bir hedefi bombalamayı hedeflediği sürece, yapılan bombardıman neticesinde koruma altındaki yapı ve eserlerin zarar görmesinin engellenemediği durumlarda, ilgili taraf devletin sorumluluğu olmadığı”* düzenlenmiştir<sup>12</sup>.

1907 IV. Nolu Kara Savaşları Sözleşmesi'nin Lahey Sözleşmeleri'nin LVI. maddesi ile işgal altındaki devlet bakımından kültürel malvarlığının korunmasına ilişkin özel bir düzenleme öngörülmektedir. Buna göre; *“belediye malları, dine, vakıf kurumlarına ve eğitime, sanat ve bilime özgülenmiş enstitülerin devlet malı olsa dahi özel malvarlığı gibi muamele görmeleri”* gerektiği düzenlenmiştir. Bunun yanında LVI. maddede, söz konusu bina ve yapılara verilecek zararın, hukuki kovuşturmanın konusu olacağı öngörülmüştür<sup>13</sup>.

1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri ile kültürel malların korunmasına ilişkin bir takım koruyucu düzenlemeler öngörülmüş olsa bile, I. Dünya Savaşı'nda, Sözleşme'nin pek çok kez ihlal edildiği ve bazı önemli tarihi ve dini yapılara zarar verildiği görülmüştür. Nitekim Belçika'daki Louvain kütüphanesinin yakılması, Fransa'da Reims katedralinin bombalanması bunlara örnek olarak gösterilebilir<sup>14</sup>. I. Dünya Savaşı'nda kültürel malvarlığına karşı gerçekleştirilen saldırılardan sonra; 1919 Savaşta Kural ve Örflerin İhlalinden Sorumluluk için kurulan Alt Komisyon ile Paris Barış Konferansı Sorumluluklar Komisyonu Almanya ve müttefiklerin savaş kural ve örflerini ihlaline ilişkin hususları tespit etmekle yetkilendirilmiştir. Kurulan Alt Komisyon savaş suçlarına ilişkin bir taslak liste oluşturmuş, dini, hayır veya eğitim için tahsis edilmiş binaların, tarihi bina ve eserlerin kasıtlı tahrip ve yıkımı savaş suçu olarak nitelendirilmiştir<sup>15</sup>.

1923 yılına gelindiğinde ise, hava bombardımanını düzenlemeye ilişkin taslak kurallar hazırlamak amacıyla toplanan Hukukçular Komisyonu, 1923 Lahey Hava Savaşı Taslak Kuralları başlıklı bir metin

<sup>11</sup> O'KEEFE, The Protection of Cultural Property, s. 24; TECHERA, Protection of Cultural Heritage, s. 5

<sup>12</sup> 1907 Lahey Sözleşmesi IX

<sup>13</sup> 1907 Lahey Sözleşmesi IV.

<sup>14</sup> ÖZEL, Kültürel Malvarlığının Korunması, s. 94.

<sup>15</sup> O'KEEFE, The Protection of Cultural Property, ss. 43 – 44.

hazırlamıştır. Söz konusu metnin, kültürel malvarlığının korunmasını özel olarak düzenleyen XXIV. maddesinde; *“hava aracı tarafından gerçekleştirilen bombardıman esnasında askeri amaçlarla kullanılmayan, kamuya, sanata, bilime, vakıf işlerine özgülünen binalardan ve tarihi anıtların korunması için gerekli tüm tedbirlerin alınması”* öngörülmüştür. Ancak söz konusu yapı ve binaların hava aracı tarafından ayırt edilebilir olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>16</sup>.

Devam eden yıllarda ise, Pan-Amerikan Birliği nezdinde 1935 yılında akdedilen Sanatsal ve Enstitüler ile Tarihi Anıtların Korunması Antlaşması, kültürel malvarlığının korunmasına ilişkin kaleme alınan diğer bir metin olmuştur. Kısa adıyla Roerich Paktı olarak da anılan Antlaşma; tarihi anıt, müze ve bilimsel, sanatsal, eğitim ve kültürel enstitülerin hem savaş hem de barış zamanı korunmasını düzenlemektedir. Söz konusu Pakt’ın V. maddesinde; *“askeri kullanımın ilgili eser ve yapıların ayrıcalığını ortadan kaldıracabileceği, ancak askeri gerekliliğin işbu yapılara zarar vermek bakımından meşruluk sebebi olamayacağı”* düzenlenmiştir. Kültürel malvarlığına ayırt edici bayrak konulması da, ihtiyari de olsa, öngörülmüştür<sup>17</sup>.

1936 yılında cereyan eden İspanya iç savaşı, kültürel malvarlığının korunması meselesini bir kez daha uluslararası toplumun gündemine getirmiştir. İç savaş esnasında kültürel malvarlığının uğradığı tahribat, Uluslararası Müzeler Dairesi (OIM)’ni harekete geçirmiş ve Daire bünyesinde, Savaş Zamanında Tarihi Binalar ve Sanat Eserlerinin Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme metni hazırlanmıştır. Söz konusu Sözleşme, Lahey Sözleşmeleri’nde olduğu gibi dini, sanatsal, bilimsel ya da vakıf amacına tahsis edilmiş binaları kapsamayıp, sadece tarihi yapıları koruma amacı gütmektedir<sup>18</sup>.

Ancak II. Dünya Savaşı’nın başlamasıyla, Savaş Zamanında Tarihi Binalar ve Sanat Eserlerinin Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşme’nin onaylanması sekteye uğramış; II. Dünya Savaşı da pek çok önemli yapının tahribata uğraması ya da önemli sanat eserlerine ve tarihi eserlere el konulması olaylarına sahne olmuştur. Örneğin Nazi ordusu savaş esnasında Einsatzstab adını verilen bir birim eliyle sistematik olarak

<sup>16</sup> O’KEEFE, The Protection of Cultural Property, s. 46; TOMAN, The Protection of Cultural Property, ss. 15 – 16.

<sup>17</sup> TOMAN, The Protection of Cultural Property, ss. 16 – 17; O’KEEFE, The Protection of Cultural Property, s. 52.

<sup>18</sup> TOMAN, The Protection of Cultural Property, ss. 16- 17; O’KEEFE, The Protection of Cultural Property, s. 52.



Avrupa'daki sanat galerilerini, kilise ve müzeleri yağmalamış, ele geçirdikleri eserleri Almanya'ya götürmüştür<sup>19</sup>. Bunun yanında İtalya'daki Monte Cassino manastırının tahrip edilmesi de savaş esnasında, kültürel malvarlıklarının korunması sisteminin yetersiz kaldığını gösteren başka bir olay olmuştur<sup>20</sup>.

Söz konusu olayların da etkisiyle II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO)'nün bünyesinde Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Sözleşme ve ihtiyari Protokol hazırlanmış ve ilgili metinler 14 Mayıs 1954 tarihinde kabul edilmiştir<sup>21</sup>.

1954 Lahey Sözleşmesi kültürel malların korunması bakımından genel ve özel olmak üzere ikili koruma sistemi öngörmüş; taraf devletlere idari, askeri, cezai yaptırım ve teknik hususlara ilişkin yükümlülükler getirmiştir<sup>22</sup>.

1954 Lahey Sözleşmesi'nin I. maddesi uyarınca;

*“menşe veya sahipleri ne olursa olsun; dini veya laik, mimari veya tarihi anıtlarla sanat anıtları, arkeolojik değerdeki yerler, bütünü itibariyle tarihi ve artistik bir alaka arz eden yapı toplulukları, sanat eserleri, el yazmaları, kitap ve başkaca tarihi, artistik veya arkeolojik değer taşıyan eşya, bilim koleksiyonları, önemli kitap, arşiv reproduksiyon koleksiyonları ve emsali gibi milletlerin kültür mameleklerinde büyük önemde yeri olan menkul ve gayrimenkul mallar ve gerçek ve başlıca görevi menkul kültür mallarını koruma veya teşhirden ibaret olan müze, büyük kitaplık, arşiv deposu gibi binalar, söz konusu menkul kültürel malların silahlı çatışma halinde korunması için tahsis edilmiş sığınaklar, anıt merkezleri”* kültür malları olarak tanımlanmıştır.

1954 Lahey Sözleşmesi'nde tanımlanan kültür mallarının koruma altına alınması ve söz konusu korumaya riayet II. maddeyle düzenlenmiş; devam eden III. ve IV. maddelerinde de koruma altına alma ve riayet tanımlamıştır.

<sup>19</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Kültürel Malvarlığının Korunması, ss. 95 – 100.

<sup>20</sup> TECHERA, Protection of Cultural Heritage, s. 6.

<sup>21</sup> T.C. Resmî Gazete, 12145, 8 Kasım 1965. Bundan sonra 1954 Lahey Sözleşmesi olarak anılacaktır.

<sup>22</sup> HLADIK, Jan: “The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict: Some Observations on the Implementation at the National Level” in Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, International Committee of the Red Cross, Geneva, 2002, ss. 2 – 3.

Buna göre, “*taraf devletler kendi ülkeleri üzerindeki kültür mallarını silahlı bir çatışmanın önceden tahmin edilebilecek etkilerine karşı koruma altına almayı ve koruma için uygun görecekleleri tedbirleri barış zamanından itibaren hazırlamayı taahhüt ederler.*”

IV. maddede ise, “

“*Sözleşme’ye taraf devletler, gerek kendi ülkelerinde gerek diğer yüksek akit tarafların ülkelerinde bulunan kültür mallarıyla bunların koruduğu yapıları ve civarlarındaki yerleri, silahlı bir çatışma halinde bu eserleri tahribe veya bozulmaya maruz bırakabilecek maksatlar için kullanmaktan sakınmak ve bu mallara karşı her türlü düşmanca davranıştan kaçınmak suretiyle işbu mallara riayeti taahhüt ederler.*”

Bunun yanında; “*taraf devletler kültür mallarının her ne yoldan olursa olsun çalınması, yağma edilmesini veya kaçırılmasını, bunlara karşı girişilecek her türlü tahrip fiilini yasajlamayı ve önlemeyi, icabında bu tür faaliyetleri durdurmayı da ayrıca taahhüt ederler. Başka bir taraf devletin ülkesi üzerinde bulunan menkul kültür mallarına el koymaktan sakınırlar.*” Aynı şekilde kültür mallarına karşı misilleme hareketine girişmek yasaklanmıştır.

Aynı şekilde, genel koruma tedbirlerini düzenleyen bölüm içinde işgal halinde kültürel malvarlığının korunması hususu düzenlenmiştir. İlgili V. madde uyarınca;

“*bir taraf devletin ülkesini kısmen veya tamamen işgal eden diğer bir taraf devlet/devletler, işgal altındaki ülkenin yetkili millî makamlarınca kendi kültür mallarının koruma altına alınması ve muhafazası yolunda gösterilecek gayretleri imkân nispetinde destekleyeceklerdir.*”

1954 Lahey Sözleşmesi aynı zamanda barış zamanı alınması gereken tedbirleri düzenlemektedir. Buna göre;

“*taraf devletler, barış zamanlarından itibaren askeri kıtalarına ait nizamname ve talimatnamelere, işbu Sözleşmeye riayet edilmesini sağlayacak hükümler vazetmeyi ve keza barış zamanından itibaren silâhlı kuvvetleri mensuplarında, bütün, milletlerin kültürüne ve kültür mallarına karşı bir saygı zihniyeti uyandırmayı taahhüt ederler. Taraf devletler barış zamanından itibaren silâhlı kuvvetleri bünyesinde, görevi kültür mallarına karşı saygılı davranılmasına nezaret etmek ve bu malların muhafazası ile vazifeli mülkî makamlarla işbirliği etmek olan servisler*

veya mütehasıs memurlar yetiştirmeyi veya ihdas etmeyi taahhüt ederler.”<sup>23</sup>

Sözleşme'nin XVIII. ve XIX. maddesi, Sözleşme'nin uygulanabileceği çatışmaları tanımlamaktadır. Sözleşme'nin tatbiki başlıklı XVIII. madde uyarınca;

*“barış zamanından itibaren yürürlüğe girecek olan hükümler dışında işbu Sözleşme, ilân edilmiş bir harp veya Yüksek Akit Taraflardan ikisi veya daha fazlası arasında zuhur edecek silâhlı bir çatışma halinde, harp hali bunlardan biri veya birkaçı tarafından kabul edilmemiş dahi olsa tatbik edilecektir. Sözleşme keza Yüksek Akit Taraflardan birine ait ülkenin kısmen veya tamamen işgalini tazammun eden bütün hallerde, bu işgal hiçbir askerî mukavemetle karşılanmamış dahi olsa tatbik edilecektir. Aynı zamanda, taraflardan biri Sözleşme'nin tarafı olmasa bile, Sözleşme'nin tarafı olan devletler yine işbu Sözleşme ile bağlı olmaya devam edecektir. Taraf olmayan devlet de şayet Sözleşme'nin hükümlerini kabul ettiğini beyan eder ve hükümlere uygun davranırsa, Sözleşme hükümleri ile bağlı kalacak demektir.”*

XIX. maddede ise; uluslararası nitelikte olmayan çatışma halleri bakımından Sözleşme'nin uygulanırlığı düzenlenmiştir. Buna göre;

*“uluslararası nitelikte olmayıp taraf devletlerden birinin ülkesinde silâhlı bir çatışma halinde, hasım taraflardan her biri, bu Sözleşmenin hiç değilse kültür mallarına karşı saygılı bulunmasıyla ilgili hükümlerine riayetle mükellef olacaklardır. Çatışmada hasım taraflar, özel anlaşma yoluyla işbu Sözleşme'nin diğer hükümlerinden bir kısmını veya tamamını yürürlüğe koymağa gayret edeceklerdir.”*

Maddenin devamında öngörülen ve uluslararası nitelikte olmayan çatışmalar bakımından önem arz eden bir diğer husus, işbu Sözleşme'nin ilgili çatışmaya uygulanmasının, çatışan tarafların hukuki durumu üzerinde hiçbir etki yaratmayacak olmasıdır.

1954 Lahey Sözleşmesi'nin ikinci bölümünde de özel koruma tedbirlerine ilişkin rejim öngörülmüştür. Öncelikle, Sözleşme hangi kültürel malvarlığı eser ve yapıların özel koruma altına alınabileceğini düzenlemiştir. Buna göre; *“silahlı bir çatışma halinde menkul kültür mallarının muhafazasına mahsus sayısi mahdut bir kısım sığınak, anıt merkezleri ve büyük önem taşıyan başlıca gayrimenkul mallar özel koruma altına alınabilirler.”*

<sup>23</sup> 1954 Lahey Sözleşmesi, VII. madde.

Sözleşme, bazı kültürel malların özel koruma rejimine tabi olabilmesi için belli şartlar öngörmüştür. Buna göre;

*“söz konusu kültürel mallar büyük bir endüstri merkezinden ve bir hava alanı, bir radyo istasyonu, millî müdafaa hizmetinde çalışan bir müessese, önemli bir liman veya bir demiryolu istasyonu yahut büyük bir ulaştırma yolu gibi hassas bir nokta teşkil eden herhangi mühim bir askerî hedeften gereği kadar uzak bir mesafede bulunmalı ve askerî maksatlarla kullanılmamalıdır.”*

Kültür malları, “özel koruma altında bulunan kültür malları milletlerarası sicili”ne kaydedilmekle özel koruma altına alınırlar. Bu kaydın icrası ancak işbu Sözleşme hükümleri dairesinde ve bu Sözleşmenin tatbikatıyla ilgili Tüzükte bildirilen şartlar altında mümkün olabilir<sup>24</sup>.

Özel korumanın kapsamına giren bir diğer husus da söz konusu malların naklinin mümkün olmasıdır.

Sözleşme uyarınca; *“taraf devletler, uluslararası sicile kaydedilmelerinden itibaren özel koruma altına alınan kültür mallarına karşı her türlü tecavüz hareketinden sakınmak ve civarlarını herhangi askerî maksatlarda kullanılmaktan kaçınmak suretiyle bunların dokunulmazlığını teminini taahhüt ederler.”*<sup>25</sup>

Kültürel malların nakline ilişkin XII. madde uyarınca ise;

*“kültür mallarının gerek ülke içinde gerekse başka ülkeye nakli, ilgili taraf devletin isteği üzerine, Tüzükte açıklanan şartlar içinde özel koruma altında yapılır. Özel koruma altındaki nakil, XVI. maddede açıklanan belirtici işareti taşır ve tatbikat tüzüğünde bildirilen milletlerarası murakabe altında yapılır. Taraf devletler özel koruma altında yapılan nakliyata karşı herhangi düşmanca bir harekete girişmekten kaçınırlar.”*

1954 Lahey Sözleşmesi hem genel koruma tedbirleri hem de özel koruma tedbirleri bakımından, kültürel malların işaretlenmesini öngörmüştür. Genel koruma rejimi uyarınca malların işaretlenmesi ihtiyaridir ve ilgili taraf devletin takdirine bırakılmıştır. Özel koruma altına alınan mallar bakımından ise, söz konusu işaretleme bir zorunluluk arz etmektedir<sup>26</sup>. Gerek genel koruma gerek özel koruma tedbirlerine tabi kültürel mallar ise, XVI. maddede belirtildiği üzere, Sözleşme'nin belirtici

<sup>24</sup> 1954 Lahey Sözleşmesi, VIII. madde.

<sup>25</sup> 1954 Lahey Sözleşmesi, IX. madde.

<sup>26</sup> 1954 Lahey Sözleşmesi, X. madde.

işareti, uç tarafı sivri, çaprazlama çivit mavisi - beyaz bir arma ile işaretlenecektir<sup>27</sup>. Bu işaret tek olarak veya XVII. maddede bildirilen şartlar altında, bir üçgen teşkil edecek şekilde üç kere tekrarlanmış olarak kullanılacaktır.

1954 Lahey Sözleşmesi, metinde öngörülen yasakların ihlali halinde, sorumlu kişilerin maruz kalacağı yaptırımı taraf devletlere bırakmıştır. Cezalar başlıklı XXVIII. madde uyarınca;

*“taraf devletler işbu Sözleşmeyi ihlâl eden veya bu yolda bir emir veren kimsenin, hangi milletten olursa olsun, araştırılarak ceza hukuk ve disiplin cezalarına çaptırılmaları için kendi ceza hukuku sistemleri çerçevesi içinde gereken bütün tedbirleri almayı taahhüt ederler.”*

1954 Lahey Sözleşmesi ile aynı tarihte imzalanan I. Protokol, Sözleşme ile tanımlanan kültürel malların, işgal edilmiş ülkeden taşınmasına ve başka bir taraf devlete yediemin olarak bırakılmasına ilişkin hükümler öngörmektedir. Protokol, kültürel malların yasadışı ihracını yasaklamakla birlikte, yediemin olarak başka bir taraf devlete verilmesine cevaz vermektedir.

1954 Lahey Sözleşmesi'nin akdedilmesinden sonra, insancıl hukukta meydana gelen gelişmeler neticesinde, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne ek iki protokol kaleme alınmıştır. Söz konusu protokoller hem uluslararası nitelikte hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak düzeni öngörmekle birlikte, kültürel malvarlığının korunmasına ilişkin de koruyucu hükümler içermektedir. Söz konusu protokollerde, 1899 ve 1909 Lahey Sözleşmeleri'nde olduğu gibi özel mülkiyetin dokunulmazlığı, ayrıca kültürel malvarlığının korunması özel olarak ele alınmıştır. Söz konusu protokoller, mevcut Sözleşme'yi değiştirmekten ziyade, 1954 Sözleşmesi'nin öngördüğü yükümlülükleri teyit etme amacındadır<sup>28</sup>.

Uluslararası silahlı çatışmaları düzenleyen 1977 Ek Protokol I'in LII. maddesi uyarınca, askeri hedef olmayan tüm mallar, sivil nitelikte mallar sayılır ve Protokol'ün koruması altındadır<sup>29</sup>. Dolayısıyla

<sup>27</sup> Köşebentlerinde biri, armanın uç tarafına tatbik edilmiş çivit mavisi bir kare ile bunun üst tarafına resmedilmiş yine çivit mavisi bir üçgenden mürekkep bir arma kare ile üçgen her iki yanda birer beyaz üçgen meydana getirirler.

<sup>28</sup> Practical Advice for Protection of Cultural Property by ICRC, 2002, <https://www.icrc.org/en/document/practical-advice-protection-cultural-property-event-armed-conflict-guidelines>, (Erişim Tarihi: 15.12. 2017), s. 6.

<sup>29</sup> Türkçe Metin için bkz. BATUR YAMANER, Melike/ÖKTEM, Emre, KURTDARCAN, Bleda R./UZUN, Mehmet C.: 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre

Protokol'ün öngördüğü bu düzenlemeyle dahi, kültürel malvarlığı minimum koruma altına alınmış durumdadır. Kültürel malların korunmasının tek istisnası doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere katkıda bulunan ve kısmen ya da tamamen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi muhakkak askeri avantaj sağlayan objeler bakımındandır. LIII. maddede ise, kültürel malların ve ibadet yerlerinin korunması başlığı altında özel hükümler getirilmiştir. İlgili maddede;

*“1954 Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Malların Korunması Hakkında Sözleşme ve diğer uluslararası kaynaklarının hükümlerine hâlel gelmemek üzere, insanların kültürel ve ruhani miraslarını oluşturan tarihi anıtlar, sanat eserleri ya da ibadet yerlerine karşı yöneltilen muhasamat eylemleri, söz konusu malların askeri faaliyetler için kullanılması ve bu tür malların misilleme hedefi haline gelmesi yasaklanmıştır.”*

Sözleşme'nin IV. bölümünde özel koruma altına alınmış mevki ve alanlar düzenlenmiştir. LIX. Maddede savunulmayan mevki, LX. maddede askerden arındırılmış bölge tanımlanmıştır. Söz konusu bölgeler çatışmanın taraflarının saldırısından vareste tutulduğu için, kültürel malvarlığı da dâhil olmak üzere, ilgili bölgeler belli bir koruma rejimi altına alınmış olmaktadır.

Söz konusu Protokol I'in yaptırıma ilişkin hükümleri LXXXV. maddede, işbu protokolün ihlallerinin bastırılması başlığı altında düzenlenmiş; 4. fıkranın d bendinde kültürel malvarlığının korunmasına ilişkin ihlallerin bastırılması özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

*“halkın kültürel ve ruhani mirasını teşkil eden ve yetkili bir uluslararası örgüt çerçevesinde, özel düzenleme ile özel koruma rejimi açıkça tanımlanan tarihi abideler, sanat eserleri veya ibadet yerlerini saldırının hedefi haline getirmek suretiyle aşırı tahribatına yol açmak”* işbu protokolün ihlali kabul edilmektedir.

İşbu tahribatın kasten yapılması gerekmektedir. İlgili protokolün ihlalinin tespiti için malların askeri faaliyetlerin desteklenmesi için kullanıldığına dair açık delil olmalı ve hasar görmüş abide, sanat yerleri ve ibadet yerlerinin askeri hedeflere yakın olmaması gerekir.

1977 Ek Protokol II'de uluslararası olmayan silahlı çatışmaların hukuki rejimi düzenlenmiş ve söz konusu çatışmalar bakımından da

---

Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri (Cenevre Sözleşmeleri), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 42, İstanbul, ss. 179 – 264.

kültürel malların korunması rejimi getirilmiştir<sup>30</sup>. İlgili XVI. madde uyarınca;

*“1954 Lahey Sözleşmesi’nin hükümleri saklı kalmak üzere, halkların kültürel ve manevi miraslarını oluşturan tarihi anıtlara, sanat eserlerine ya da ibadet yerlerine karşı herhangi bir düşmanca davranışta bulunmak ve işbu yapıları askeri faaliyetleri desteklemek amacıyla kullanmak yasaklanmıştır.”*

Görüldüğü üzere, XVI. madde de askeri gereklilik gibi bir istisna getirmemiş, ancak misillemeyi yasaklayan bir hükme de yer vermemiştir. Aynı şekilde Protokol II, sivil halkın mallarına ilişkin bir düzenleme de öngörmemektedir. Söz konusu Protokol II’nin de düzenlemelerinin, kültürel malvarlığının uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda dahi, konumu ve doğası gereği askeri bir amaca hizmet etmediği sürece korunmasının bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı oluştuğunun göstergesi olduğu ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

1980’lerle birlikte başlayan İran - Irak Savaşı’nda, İran’da yer alan kültürel mirasın, oldukça zarar görmesi üzerine, 1991’de I. Körfez Savaşı’nda Kuveyt’teki kültürel malların, 1991 yılında Yugoslavya’da başlayan çatışmalarda Dubrovnik’in zarar görmesi gibi olaylar bir kez daha 1954 Lahey Sözleşmesi’nin mercek altına alınmasına sebep olmuştur<sup>32</sup>. Bunun üzerine UNESCO’da yapılan genel konferansta, UNESCO Genel Direktörü’ne, 1954 Lahey Sözleşmesi’nin uygulanmasını sağlamaya yönelik yeni tedbirler üzerine çalışma görevi verilmiştir<sup>33</sup>.

1954 Lahey Sözleşmesi’nin kültürel malvarlığı tanımı benzer şekilde 1999 Protokolü’nde de yer almıştır<sup>34</sup>. Protokol’ün V. maddesinde, barış zamanına ilişkin olarak kültürel malların koruma altına alınması öngörülmüştür. Silahlı çatışma zamanına ilişkin olarak, VI. maddede yine kültürel mallara riayet öngörülmüştür. VI. madde, 1954 Lahey Sözleşmesi’nin IV. maddesinde düzenlenen istisna bendine ilişkin yeni

<sup>30</sup> BATUR YAMANER/ÖKTEM/KURTDARCAN/UZUN, Cenevre Sözleşmeleri, ss. 265 – 276.

<sup>31</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie: “New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict: The Significance of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict” (New Rules), in Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, International Committee of the Red Cross, Geneva, 2002, s. 28.

<sup>32</sup> O’KEEFE, The Protection of Cultural Property, s. 237.

<sup>33</sup> Records of the General Conference, 1991, s. 57, <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000904/090448E.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.11.2017)

<sup>34</sup> 1999 Lahey Sözleşmesi Ek Protokol.

düzenlemeler öngörülmüştür. Buna göre; askeri kültürel malvarlığına karşı direkt saldırı, ancak kültürel malvarlığının askeri amaçlarla kullanılması ve çatışmanın diğer tarafına karşı askeri avantaj elde etmek için söz konusu kültürel malvarlığına saldırmak dışında başka bir seçenek olmaması halleri için askeri gereklilik kapsamında meşru kabul edilebilecektir. Böylelikle 1954 Lahey Sözleşmesi'nin IV. maddesi ile getirilen istisna daraltılmıştır. 1999 Protokolü'nün VII. maddesinde ise,

*“çatışmanın tarafları, askeri operasyon düzenlerken, operasyon hedeflerinin 1954 Lahey Sözleşmesi'nin IV. maddesi ile korunan kültürel mallardan biri olmadığını teyit etmekle yükümlüdür. Aynı zamanda, çatışmanın tarafları kültürel malvarlığının kazara zarar görmesini engellemek veya en aza indirmek için gerekli tedbirleri almalıdır.”*

Yine VIII. maddede de taşınır kültür mallarının korunmasına ilişkin taraflara tedbir alma yükümlülüğü öngörülmüş; IX. maddede ise, işgal altındaki ülke bakımından kültürel malvarlığının korunmasına ilişkin 1954 Lahey Sözleşmesi'ne ek yükümlülükler getirilmiştir.

1954 Lahey Sözleşmesi'nde olduğu gibi; 1999 Protokolü'nde de kapsamlı koruma başlığı altında kültürel malvarlığı bakımından özel bir koruma rejimi öngörülmüştür. Ancak Protokol uyarınca, 1954 Lahey Sözleşmesi'nde olduğu gibi, kültürel malvarlığının kapsamlı koruma altına alınması için belli başlı şartları taşıması gerekmektedir<sup>35</sup>. Buna göre;

*“kültürel malvarlığının insanlık için büyük önem arz etmesi, korunması için kültürel ve tarihi değerinin tanınarak gerekli teknik ve idari tedbirlerin alınmış ve en yüksek seviyede korunuyor olması ve askeri amaçlarla kullanılmıyor olması ve kültürel malvarlığının askeri amaçlarla kullanılmadığının, ilgili devlet tarafından beyan edilmesi gerekmektedir.”*

Söz konusu statünün elde edilebilmesi için, her bir taraf 1999 Protokolü ile kurulan Komite'ye, kapsamlı koruma altına alınmasını istediği kültürel malların listesini ibraz etmelidir<sup>36</sup>.

1999 Protokolü'nde Sözleşme'nin ve Protokol'ün ihlali halinde sorumluluk ve yargı yetkisine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. Protokol'ün ciddi ihlallerinin düzenlendiği XV. madde uyarınca;

<sup>35</sup> 1999 Protokolü X. madde.

<sup>36</sup> 1999 Protokolü XI. madde.



“kapsamlı koruma altına alınan kültürel malvarlığına kasten saldırı, askeri faaliyetleri desteklemek amacıyla kapsamlı koruma altındaki kültürel malvarlığının ya da civarının kullanılması, işbu Protokol ve Sözleşme ile korunan kültürel malvarlığının saldırı, çalınma ve yağmaya maruz kalması veya şiddet içeren faaliyetlere maruz kalması” Protokol’ün ciddi şekilde ihlaline vücut vermektedir. Ayrıca Protokol’ün ciddi ihlalini gerçekleştiren kişilerin ulusal ve uluslararası hukuktan doğan bireysel cezai sorumluluğunun bertaraf edilemeyeceği belirtilmiştir.

1999 Protokolü’nün XXII. maddesi, uluslararası nitelikte olmayan çatışmalara ilişkin olarak da Protokol’ün uygulanırlığını düzenlemiştir. Ancak Protokol’ün söz konusu silahlı çatışmalara uygulanması, “*taraf devletin egemenlik haklarına, ülke içerisinde yeniden düzen ve nizamın kurulması için gerekli meşru tedbirler almasına, milli birlik ve ülkesel bütünlüğünü savunmasına halel getirmeyecektir.*” Ayrıca taraf devletin XV. maddede öngörülen ihlaller bakımından öncelikli yargı yetkisi mevcuttur. 1999 Protokolü, 1954 Lahey Sözleşmesi ile kurulan kültürel malvarlığının korunması sistemine ek olarak Silahlı Çatışmalar Halinde Kültürel Mirasın Korunması Komitesi ve Silahlı Çatışmalar Halinde Kültürel Malvarlığının Korunması Fonu’nu getirmiştir<sup>37</sup>.

UNESCO Genel Konferansı, 27. oturumda, silahlı çatışmada kültürel malvarlığının korunması için gerekli temel ilkeleri beyan etmiştir. Söz konusu ilkeler hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından çatışmanın taraflarının Sözleşme’den doğan yükümlülüklerini ortaya koyan işbu kuralların uluslararası örf ve adet hukuku kuralları haline geldiğinin söylenebileceği ifade edilmiştir<sup>38</sup>.

Buna göre 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri’nin özellikle kültürel malvarlığının korunması bakımından, uluslararası örf ve adet hukuku kuralına dönüştüğü ifade edilmektedir<sup>39</sup>. Aynı şekilde, silahlı çatışmalarda kültürel malvarlığının korunmasına ilişkin özel olarak akdedilen ve geniş katılımlı bir sözleşme olan 1954 Lahey Sözleşmesi’nin kültürel malların korunmasına ilişkin temel kurallarının da uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına dönüştüğü ifade edilmektedir<sup>40</sup>. Nitekim silahlı çatışmalarda

<sup>37</sup> 1999 Protokolü XXIV. ve XXIX. madde.

<sup>38</sup> Records of the General Conference, (1993), s. 40, <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000956/095621E.pdf> (Erişim Tarihi: 10.11.2017)

<sup>39</sup> Practical Advice for Protection of Cultural Property by ICRC, 2002, s. 5; PARTSCH, Karl Josef: “Protection of Cultural Property”, in Fleck, Dieter (ed.), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict, Oxford University Press, New York 2004, s. 382.

<sup>40</sup> HENCKAERTS, New Rules, s. 27.

kültürel malların kasten tahrip ya da yok edilmesine ilişkin kuralların uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) *Dario Kordic ve Mario Cerkez* kararında teyit edilmiştir<sup>41</sup>.

Sonuç olarak uluslararası hukuk bünyesinde silahlı çatışmalar esnasında kültürel malvarlığının korunması yükümlülüğü ayrıntılı olarak düzenlenmiş, getirilen koruma rejimi belli şartlara bağlanmıştır. Sözleşme'nin ve Protokol'ün geniş katılıma sahip olması dolayısıyla, artık kültürel malvarlığının korunmasını öngören temel kuralların, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralına dönüştüğü kabul edilmektedir. Bu nedenle de Sözleşme ve Protokollerin ilgili hükümleri silahlı çatışmalarda yer alan tarafların tümünü bağlamaktadır.

## **B. Kültürel Malvarlığının Korunmasında Uluslararası Ceza Hukukunun Rolü**

### **1. Genel Olarak**

Klasik uluslararası hukuk bakımından uluslararası hukukun süjeleri, devlet ve uluslararası örgütler olarak ifade edilmekte; işbu tüzel kişiliklerin uluslararası hukuk düzeni içinde hak ve yükümlülükleri olduğu görülmektedir. Ancak uluslararası hukuk düzeninin geçirdiği/geçirmekte olduğu dönüşüm/yenilikler dolayısıyla, hukuk düzeninin hak ve yükümlülükler verdiği yeni aktörler de karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası hukuk düzeni artık gerçek kişileri de korumaya ilişkin kural ve sistemler içermektedir. Bunun yanında gerçek kişilere verilen haklar yanında, gerçek kişilerin uluslararası hukuk kurallarına riayet etme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bunun nedeni olarak da uluslararası kuralların ihlal edilmesi halinde devletlerin gerçek kişilere yaptırım uygulayamaması ve uluslararası hukuk düzenini ihlal eden bazı suçların cezasız kalması olarak gösterilmektedir<sup>42</sup>.

Uluslararası toplumun huzur ve düzenini bozan ve uluslararası toplumun maruz kaldığı fiiller uluslararası suç olarak adlandırılmaktadır<sup>43</sup>. Uluslararası suçun işlenmesi safhasında, suç işleyen kişinin devletle bir bağlantısının olması veyahut devlet ajanı olması şart değildir. Uluslararası suçlar genelde sınıraşan bir niteliğe sahipse de devletin ülke sınırları

<sup>41</sup> Procecutur v. Dario Kordic and Mario Cerkez Judgement, IT-95-14/2-T, 26 February 2001, para. 206.

<sup>42</sup> AYDIN, Devrim: "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(4), 2002, s. 140

<sup>43</sup> TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat: Uluslararası Ceza Hukuku (Uluslararası Ceza), Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 37.

içinde gerçekleşen, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar esnasında işlenen bazı fiiller de uluslararası suç sayılabilmektedir. Bunun yanında belli bir devlet ülkesi sınırları işlense de, uluslararası suçun niteliği gereği, sorunun salt ulusal olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>44</sup>.

Kültürel malvarlığının korunması bakımından uluslararası insancıl hukukun kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler getirdiği ve işbu kuralların hem uluslararası silahlı çatışmalar hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanmasının artık bir uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği ifade edilebilir.

## 2. Kültürel Malvarlığının Korunması ve Savaş Suçları

Uluslararası insancıl hukukun düzenlediği kültürel malvarlığının korunmasına rejimine ilişkin en zayıf husus, Sözleşmelerin ihlali halinde, sorumluların maruz kalacağı yaptırım rejimidir. 1999 Protokolü dışında, diğer tüm metinler, Sözleşmelerin ihlali halinde ilgililerin maruz kalacağı yaptırımı düzenlemeyi taraf devletlere bırakmıştır. Kültürel malvarlığının korunması konusunda dahi etkili olamayan devletler, çatışma sonrası, sorumluları cezalandırmakla görevlendirilmektedir. Bu durum kanımızca Sözleşme'nin yaptırım sisteminin etkisiz kalmasına, somut olaylarda da görüldüğü üzere, sebep olmaktadır.

Söz konusu etkisizlik, uluslararası cezai sorumluluk kavramı ile bir nebze de olsa giderilmeye çalışılmaktadır. Nitekim uluslararası ve uluslararası olmayan çatışmalarda sivil mallara ya da dini eğitim, sanat, bilim ya da vakıf amacına öngülenen, tarihi yapılar gibi askeri olmayan hedeflere doğrudan yapılan saldırılar savaş suçu kabul edilerek bireylerin cezai sorumluluğuna vücut vermektedir<sup>45</sup>.

Savaş suçları da tıpkı diğer uluslararası suçlar gibi yeni bir kavram değildir. Nuremberg Mahkemesi Şartı'nda (I. madde), EYUCM Statüsü'nde (III. madde) ve Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde (IV. madde) yer almıştır. Savaş suçlarının aynı zamanda uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı oluşturduğu ifade edilmektedir. Örneğin Nuremberg yargılamalarında 1907 Lahey Sözleşmeleri'nin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarını içerdiği, Sözleşmelerin açıkça düzenlenmesi dahi ihlallerinin savaş suçuna vücut vereceği belirtilmiştir<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza, s. 38.

<sup>45</sup> Practical Advice for Protection of Cultural Property by ICRC, 2002, s. 6.

<sup>46</sup> CRYER, Robert/ FRIMAN, Hakan/ROBINSON, Darry/WILMSHURST, Elizabeth: An Introduction to International Criminal Law and Procedure (An Introduction), Cambridge University Press, UK 2014, s. 271.

Savaş suçları kavramı 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde doğrudan kullanılmamış; Sözleşmelerde ciddi ihlal kavramına yer verilmiştir. Nitekim savaş suçları genel olarak insancıl hukuk ihlallerinin ciddi ihlali olarak tanımlanmaktadır, bu bakımından sıradan insancıl hukuk ihlallerinden ayrılmaktadır<sup>47</sup>. Daha az ağırlığa sahip ihlaller salt Sözleşmelerin ihlali olup, Sözleşme'lerin söz konusu ihlallerde öngördüğü yaptırıma tabi olacaktır<sup>48</sup>.

Savaş suçunun vücut bulabilmesi için bir uluslararası ya da uluslararası nitelikte olmayan çatışmanın varlığı şarttır<sup>49</sup>. Tarihsel süreç içerisinde savaş suçu kavramı uluslararası silahlı çatışma halleri bakımından ortaya çıkmıştır ve bu nedenle de sadece uluslararası silahlı çatışma halleri bakımından söz konusu olabileceği anlayışı hâkim olmuştur<sup>50</sup>. Ancak EYUCM'nin 2 Ekim 1995 tarihinde verilen *Tadic* kararı ile savaş suçlarının, uluslararası niteliğe haiz olmayan silahlı çatışmalar bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir.<sup>51</sup> Nitekim 1995 *Tadic* kararından sonra uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da savaş suçları işlenebileceği Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü ile de kabul edilmiştir<sup>52</sup>.

Uluslararası silahlı çatışmalar bakımından ilgili kuralların uygulanmasında sorun olmasa da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda kültürel malvarlığının korunması yükümlülüğünün ve savaş suçuna ilişkin yaptırımların uygulanmasının bir takım sorunlara yol açabileceği belirtilmektedir<sup>53</sup>. Söz konusu uygulamaya ilişkin en temel sorun uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmanın tespittir. Nitekim

<sup>47</sup> SMEULERS, Alette/GRUNFELD, Fred: *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations a Multi and Interdisciplinary Textbook (International Crimes and Other Gross Human Rights Violations)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, s. 40.

<sup>48</sup> BANTEKAS, Illias/NASH, Susan: *International Criminal Court*, Routhledge, UK 2007, s. 113.

<sup>49</sup> AKSAR, Yusuf: *Implementing International Humanitarian Law from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court (Implementing International Humanitarian Law)*, Routhledge, London 2004, s. 120.

<sup>50</sup> DARCY, Shane: *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law (Judges, Law and War)*, Cambridge University Press, UK 2014, ss. 266 – 278.

<sup>51</sup> *Prosecutor v. Dusko Tadic (a/k/a Dule)*, No IT-94-1-AR-72, 2 Ekim 1995, para. 87 – 93.

<sup>52</sup> Ayrıca bakınız. SCHABAS, William: *An Introduction to the International Criminal Court (An Introduction)*, Second Edition, Cambridge University Press, UK 2004, ss. 51 – 65.

<sup>53</sup> ROWE, Peter: “War Crimes”, in McGOLDRICK, Dominic/ROWE, Peter/DONNELLY, Eric (ed.), *The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues*, Hart Publishing, USA 2004, s. 230.

UCM Roma Statüsü'nde yer verilmekle birlikte uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar tanımlanmamıştır. Bu noktada uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalardan ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir.

Öncelikle UCM Roma Statüsü'nün uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından, 1977 Ek Protokol II'deki koşulların aynısını aramadığı söylenebilir<sup>54</sup>. Dolayısıyla uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda UCM'nin devreye girebilmesi için çatışmanın yoğunluğu ve tarafların belli ölçüde örgütlenmiş olması ölçütleri yeterli olacaktır. Bir başka deyişle, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların Statü bakımından tespiti için, uluslararası insancıl hukuk standartlarının katı uygulanması söz konusu olmayacaktır<sup>55</sup>. Ayrıca Statü'de basit iç gerginlikler, iç karışıklıklar ve münferit ve düzensiz şiddet olayları ile uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar arasında bir ayrıma gidilmektedir. Statü'de düzenlenen savaş suçlarının uygulama alanı genişletilmiş olsa da basit iç gerginlikler ve iç karışıklıklar Statü'nün kapsamından müstesna tutulmuştur. Ancak bir devletin toprakları içinde hükümet kurumları ile organize silahlı gruplar arasında uzun süreli silahlı çatışma meydana gelirse uygulanır<sup>56</sup>.

Aynı zamanda UCM Roma Statüsü, EYUCM içtihadına da paralel bir biçimde hiçbir hükümetle bağlantılı olmayan, iki veya daha fazla muhalif organize grup arasındaki çatışmalarda da savaş suçu işlenebileceğini öngörmektedir. Organize olma dışında, sadece çatışmanın süresine ilişkin bir kıstas getirilmiş, işbu kıstas da organize silahlı grubun uzunca bir süre boyunca askeri operasyon planlama ve icra etme kabiliyetine sahip olması şeklinde ele alınmıştır<sup>57</sup>.

Toparlamak gerekirse EYUCM İstinaf Dairesinin *Tadic* kararına tespit edilen ve UCM Roma Statüsü'nde de benimsendiği üzere savaş suçundan bahsedebilmek için şu dört koşul aranmalıdır: İhlal, uluslararası insancıl hukukun herhangi bir kuralına aykırılık teşkil etmelidir; söz konusu kural uygulanabilir bir antlaşma hükmünde ya da uluslararası örf ve âdet hukukunda yer almalıdır; ihlal ciddi olmalıdır, yani söz konusu kural önemli değerleri korumalı ve mağdur bakımından ağır sonuçlar

<sup>54</sup> DARCY, Judges, Law and War, s. 109.

<sup>55</sup> AKSAR, Implementing International Humanitarian Law, s. 123.

<sup>56</sup> UCM Roma Statüsü, 8/II-f bendi.

<sup>57</sup> *Tadic Judgement*, para. 70; Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza, s. 478; BIANCHI, Andrea- NAQVI, Yasmin: International Humanitarian Law and Terrorism, Hart Publishing, USA 2011, s. 114.

doğruldur; ihlal hem uluslararası antlaşmalar hukuku hem de örf ve âdet hukuku kuralları bakımından bireysel cezai sorumluluğun doğmasını gerektirmelidir<sup>58</sup>.

Savaş suçları ile insanlığa karşı suçlar arasındaki fark bakımından, savaş suçlarının en önemli unsuru silahlı çatışmalar esnasında ciddi insancıl hukuk ihlallerinin vücut bulmasıdır. Dolayısıyla bir ihlalin savaş suçuna vücut verebilmesi için ihlale sebep olan fiilin silahlı çatışma ile ilgili olması gerekmektedir. İnsanlığa karşı suçlar da aslında savaş suçları ile alakalı olsa da insancıl hukukun belli bir ağırlığa varmayan ihlallerini kapsam içine almaktadır. Burada en önemli unsur, fiilin sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik bir saldırı biçiminde cereyan etmesidir. İnsanlığa karşı suçun, savaş suçundan ayrılan bir diğer unsuru da ihlale yol açan fiillerin silahlı çatışma ile bağlantısı olmasının şart olmamasıdır<sup>59</sup>.

Savaş suçunun manevi unsuru kasttır. İşbu suçun oluşması için genel kast yanında, özel kast da aranmaktadır. Söz konusu özel kast silahlı çatışmanın varlığı ve saldırı kastı dışında, savaş kurallarını ihlaldir<sup>60</sup>. Savaş suçlarının düzenlendiği UCM Roma Statüsü'nün 8/II-a.iii bendi uyarınca; *“askeri gereklilik olmaksızın keyfi ve yasadışı olarak malların yaygın bir şekilde yok edilmesi veya sahiplenilmesi suretiyle 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ciddi ihlali”*, 8/II-b.ix bendi uyarınca,

*“askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat veya vakıf amacına özgülennmiş binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve*

<sup>58</sup> Tadic Judgement, para. 94. Ayrıca YUCM çeşitli davalarda silahlı muhalif grupların iç organizasyonunun gelişmişlik derecesini gösterebilecek bazı kıstaslar önermektedir.<sup>58</sup> Bu kıstaslar kabaca şöyle ifade edilebilir: Bir emir komuta sisteminin varlığı, grup içerisinde disiplin kurallarının ve disiplin mekanizmalarının varlığı, merkezlerin mevcudiyeti, grubun belirli bir bölgeyi kontrol ediyor oluşu, grubun silahlara ve diğer askeri teçhizata ulaşma kabiliyeti, grubun adam toplama ve askeri eğitim verme konularında ne derece başarılı olduğu, grubun birlik olarak hareket ve lojistik içeren askeri operasyonlar planlama, koordine etme ve gerçekleştirme kabiliyeti, grubun belirli askeri stratejiler belirleme ve askeri taktikler kullanma yeteneği, grubun tek ses olabilme, müzakere edebilme, ateşkes veya barış antlaşması imzalama kabiliyeti. Bkz. YUCM, Prosecutor v Haradinaj, Dava No. IT-04-84-84-T, (Dava Dairesi), 3 Nisan 2008, para. 60. Ayrıca YUCM, Prosecutor v. Boskoski, Dava No. IT-04-82, (Dava Dairesi), 10 Ağustos 2008, para.199 – 203.

<sup>59</sup> BAŞAK, Cengiz: Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar (Uluslararası Ceza Mahkemesi), Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 182; CASSESE, Antonio: International Criminal Law, Oxford University Press, UK 2003, ss. 54 – 56; SMEULERS/GRUNFELD, International Crimes and Other Gross Human Rights Violations, s. 46;

<sup>60</sup> BAŞAK, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s. 181; CASSESE, International Criminal Law, ss. 57 – 58.

*yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi suretiyle mevcut kurulu uluslararası hukuk çerçevesinde savaş hukukuna uygulanabilir kural ve örf ve adet hukukunun ihlal edilmesi”;*

8/II-e.iv bendinde; “askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya vakıf amacına özgülenmiş binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandıkları yerlere bilerek saldırı suretiyle mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde uluslararası savaş hukukuna uygulanabilir uluslararası nitelikte olmayan çatışmalara uygulanan kural ve örf ve adet hukukuna aykırı faaliyetler” kültürel malvarlığının korunmasına aykırı faaliyetler bakımından savaş suçuna vücut veren ihlaller olarak düzenlenmiştir.

1949 Cenevre Sözleşmeleri’nde de ortak 3. maddenin uygulandığı durumlar bakımından, çatışma dışı kalmış kişilere karşı şiddet, kasten öldürme, sakat bırakma, acımasız muamele ve işkence, insan onuruna hakaret eden ve aşağılayan davranışlar, rehine alınması, yargısal güvenceler olmaksızın yargılama ve infaz, savaş suçları arasında sayılmıştır.

Görüldüğü üzere, UCM Roma Statüsü, uluslararası inancıl hukuk kurallarının ihlaline ilişkin bireysel cezai sorumluluğa ilişkin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarını yansıtmakta, yeni bir suç kategorisi yaratmamaktadır<sup>61</sup>. Bunun yanında, kültürel malvarlığına karşı saldırının, UCM Roma Statüsü’nün 7/1-h bendinde kaleme alınan insanlığa karşı suç da oluşturduğu ifade edilmektedir. Çünkü kültürel malvarlığına saldırının, sivil halka karşı yaygın ve sistematik saldırı olarak yorumlanabileceği belirtilmektedir<sup>62</sup>.

Kültürel malvarlığının korunması bakımından getirilen istisna ise askeri gereklilik ve kültürel malların askeri amaçlarla kullanılması halidir. Nitekim askeri gereklilik ilkesi, düşmanın teslim olmasını sağlamak amacıyla alınabilecek askeri tedbirler şeklinde tanımlanmaktadır. Bu ilke savaştan tarafın, düşmanın kısmen veya tamamen boyun eğmesini sağlamaya yetecek derecede kuvvet kullanılmasına imkân vermektedir<sup>63</sup>. Askeri gereklilik ilkesi, insancıl hukuk ihlallerinin istisnası olarak hem uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarında hem de sözleşmelerde yer

<sup>61</sup> ROWE, s. 208; SCHEFFER, David: “The International Criminal Court” in SCHABAS, William/BERNAZ, Nadia (ed.), Routhledge Handbook of International Criminal Law, Routhledge, London 2010, s. 72.

<sup>62</sup> O’KEEFE, The Protection of Cultural Property, ss. 351 – 352.

<sup>63</sup> GÜNEYSU, Gökhan: “Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Ankara Barosu Dergisi, 4, 2012, s. 99.

almaktadır. Her ne kadar uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından askeri gereklilik ilkesinin varlığı tartışılrsa da uluslararası hukuk kuralları uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da malvarlığının korunması bakımından istisna olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>64</sup>.

Kültürel malvarlığının askeri amaçlarla kullanılması halinde ise, kültürel malvarlığı askeri hedef haline gelecektir. Askeri hedef; nitelikleri, yeri, amacı veya kullanımı, askeri harekâta etkin katkı sağlayan ve tamamen veya kısmen tahribi, zaptı veya etkisiz kılınması saldırının yapıldığı andaki hal ve şartlar altında kesin yarar sunan mallardır. Askeri hedef olmayan tüm hedeflerse, sivil hedef sayılır. Hedefin niteliğinden kuşku duyuluyorsa, askeri hedef olarak nitelendirilmez. Askeri gereklilik ve askeri amaç kavramları, kültürel malvarlığına saldırıyı meşrulaştırdığı için, kültürel malvarlığına saldırı nedeniyle oluşan savaş suçları bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir<sup>65</sup>.

Özetle kültürel mallara yapılan saldırıların savaş suçu sayılabilmesi için öncelikle ortada uluslararası veya uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma olmalıdır. Söz konusu saldırı neticesinde kültürel malvarlığı zarar görmeli, malvarlığı askeri amaçlarla kullanılmamalı ve askeri hedeflere de çok yakın olmamalıdır. Kültürel mallara saldırı kasten yapılmalıdır.

Uluslararası ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda gerçekleştirilen faaliyetlerin savaş suçu olarak nitelendirilmesi, meselenin başlangıç aşamasını teşkil etmektedir. Savaş suçlarının işlendiğinin tespit edilmesinden sonra, suçun faillerinin yargılanması gündeme gelecektir. Nitekim savaş suçlarının faillerinin yargılanması tarih boyunca son derece güç bir sorun olmuş ve sorunun bertaraf edilip savaş suçlarının yargılanması için farklı çözümler ileri sürülmüştür. İleri sürülen çözümlerden biri, savaş suçu faillerinin ulusal mahkemelerde yargılanmasıdır<sup>66</sup>. Bu nedenle günümüzde uluslararası hukukun suça ve suçlulara ilişkin temel ilkesi mülkilik ilkesi olmuştur. Söz konusu ilkeye

---

<sup>64</sup> DARCY, Judges, Law and War, 146.

<sup>65</sup> TÛTÛNCÛ, Aysenur: İnsancıl Hukuka Giriş (İnsancıl Hukuk), Beta Yayınları, İstanbul 2006, s. 82.

Ancak askeri gereklilik ilkesinin ne olduğu ve kim tarafından tayin edileceği konusunda çeşitli tartışmalar ve farklı yaklaşımlar mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. BHAT, s. 54.

<sup>66</sup> Nitekim ilgili husus 1954 Lahey Sözleşmesi'nde bizzat öngörülmüştür.



göre, suçun işlendiği ülkenin devleti uygulanacak hukuk ve yargılama bakımından öncelikle yetkilidir<sup>67</sup>.

Mülkilik ilkesi haricinde, uluslararası suçlar bakımından evrensel yargı yetkisi kabul eden devletler, kendi ülke sınırları dışında gerçekleşen silahlı çatışmalar esnasında işlenen savaş suçları dolayısıyla yargı yetkisine sahip olabilecektir. Evrensellik ilkesi gereğince, devletlerin savaş suçu sanıklarının bireysel cezai sorumluluğunu ortaya koyması yeterli olamayıp devletlerin savaş suçlusu sanıklarını tutuklama, soruşturma ve yargılama yükümlülüğü mevcuttur. Tabi bu yükümlülük savaş suçları ya da genel olarak uluslararası suçlar bakımından evrensellik ilkesini kabul eden devletler nezdinde mevcut olacaktır<sup>68</sup>. Devletler ayrıca, kişi bakımından yargı yetkisi sebebiyle, kendi tabiiyetinde bulunan kişilerin ülke sınırları dışında işledikleri savaş suçları dolayısıyla, ilgili kişileri yargılayabilecektir<sup>69</sup>. Son olarak UCM'nin zaman bakımından yargı yetkisinden bahsetmek gerekmektedir. Buna göre UCM, Statü'nün yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2002 tarihinden itibaren işlenen suçlar bakımından yetkili olacaktır<sup>70</sup>.

UCM'ye, ulusal mahkemeler karşısında tamamlayıcılık statüsü verilmiştir<sup>71</sup>. Bu durumda ulusal mahkemeler ile uluslararası mahkemeler arasında yarışan yetki sorunu karşımıza çıkmaktadır. Yarışan yetki halinde UCM Roma Statüsü ile düzenlenen bir suçun ulusal bir mahkemede yargılanması durumunda, UCM'nin yetkisizlik kararı vermesi gerekmektedir. Ulusal mahkemenin yargılama konusunda isteksiz olması ya da yargılama yapamaması üzerine, bir uluslararası mahkeme olarak UCM'nin yargı yetkisinden bahsetmek mümkün olabilecektir<sup>72</sup>. Ayrıca Devletlerin uluslararası suçlar bakımından yargılama yetkisini kullanmadıkları zaman başka bir devletin bu yargı yetkisini kullanmasına

<sup>67</sup> ÇINAR, Fatih: Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı (Uluslararası Ceza Divanı), Kazancı, İstanbul 2004, s. 38; SCHABAS, An Introduction, ss.78 – 79.

<sup>68</sup> ÇINAR, Uluslararası Ceza Divanı, s. 41; SMEULERS/GRUNFELD, International Crimes and Other Gross Human Rights Violations, s. 44.

<sup>69</sup> ÇINAR, Uluslararası Ceza Divanı, s. 39; RASTAN, Rod: "Jurisdiction", in STAHN, Catsyen (ed.), The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford University Press, UK 2015, ss.151 – 163.

<sup>70</sup> UCM Statüsü, XI. madde.

<sup>71</sup> UCM Statüsü, Giriş Bölümü.

<sup>72</sup> HALATÇI, Ülkü: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları", Uluslararası Hukuk ve Politika, 2(3), 2005, s. 59; ÖNOK, Murat: Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 139.

izin vermesi ya da UCM'nin yargılamasına sevk etme hakları her zaman mevcuttur<sup>73</sup>.

Uluslararası suçlar bakımından maddi yargı yetkisi kapsamında savaş suçlarının UCM tarafından yargılanabilmesi için, UCM'nin yargı yetkisinin kabul edilmesi gerekmektedir. UCM'nin yargı yetkisini kullanabilmesinin önkoşulları, UCM Roma Statüsü 12. maddede sayılmıştır. Söz konusu madde esas olarak şu üç durumu düzenlemektedir: Öncelikle UCM'nin, Statüye taraf devletler ile ilgili olarak yargı yetkisini kullanabileceği suçlar, Statü'ye taraf olan hangi devletler için yargı yetkisini kullanabilemesinin kapsamı ve sınırı, Statü'ye taraf olmayan devletler için yargı yetkisinin durumu<sup>74</sup>.

UCM'nin maddi yargı yetkisinin yanında kişi bakımından yargı yetkisi uyarınca yargılanacak şahsın uyruğunda olduğu devletin ya da suçun işlendiği ülkenin devletin Statü'ye taraf olması ya da Statü'ye taraf olmadan UCM'nin yargı yetkisini kabul ettiğini bildirmesi gerekmektedir<sup>75</sup>. UCM Statüsü'nü kabul eden ve dolayısıyla UCM'nin yargı yetkisini kabul eden devlet Statü'de yer alan suçlarla ilgili bir dava getirebileceği gibi, Mahkeme savcısı da kendiliğinden harekete geçebilir<sup>76</sup>.

Son olarak konumuz bakımından da önem arz eden husus, Statü'ye taraf olmayan devletler bakımından UCM'nin yargı yetkisidir. Söz konusu durumda, çatışmanın tarafı olan devlet Statü'ye taraf olmadan da tek taraflı beyanıyla, UCM'nin yargı yetkisini kabul edebilir. Hem Statü'ye taraf olmayıp hem de UCM'nin yargı yetkisini kabul etmemiş devletler bakımından ise, UCM'nin yargı yetkisinin doğmasının tek yolu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararı ile ilgili devletteki durumun UCM'ye sevk edilmesidir<sup>77</sup>. Nitekim Güvenlik Konseyi'nin 31 Mart 2005 tarihli ve 1593 sayılı kararı ile Sudan'da işlenen suçlar UCM'ye sevk edilmiştir<sup>78</sup>. Devam eden yıllarda, Libya'daki iç yavaş sonucunda başgösteren ağır

<sup>73</sup>BAŞAK, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s. 64; CRYER/FRIMAN/ROBINSON/WILMSHURST, An Introduction, ss. 153- 162; El ZEIDY, Mohamed M.: The Principle of Complementarity in International Criminal Law Origin, Development and Practice, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2010, ss. 157-238.

<sup>74</sup> HALATÇI, s. 60; ŞEN, Ersan: Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2009, s. 83 – 85.

<sup>75</sup> UCM Roma Statüsü, XII. Madde.

<sup>76</sup> UCM Roma Statüsü, XIII. Madde.

<sup>77</sup> UCM Roma Statüsü, XVI. Madde.

<sup>78</sup> S/RES/1593, 2005, s. 1.

insan hakları ihlalleri ile de ilgili olarak 26 Şubat tarihli ve 1970 sayılı Güvenlik Konseyi kararıyla, Libya'daki durum da, UCM'ye sevk edilmiştir<sup>79</sup>. Son olarak Suriye'de yaşanan iç savaşla ilgili durum da UCM'ye sevk edilmek istenmiş, ancak Çin ve Rusya'nın vetosu nedeniyle sevk kararı alınamamıştır<sup>80</sup>.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne verilen işbu yetki Roma Konferansı sırasında tartışma konusu olmuş, bazı devletler Güvenlik Konseyi'nin UCM'yi harekete geçirme yetkisinin olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Söz konusu çekimserliğin temel sebebi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin yapısından kaynaklanan bir sorunsaldır. Böyle bir durumda, Güvenlik Konseyi'nin üyelerinin yaklaşımlarına göre, benzer nitelikteki durumlar karşısında farklı sonuçlar ortaya çıkmasının mümkün olabileceği ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

### III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sonuç olarak uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışmalar bakımından, kültürel mallarına karşı yapılan saldırılar, ciddi insancıl hukuk ihlallerine vücut verecektir. Bu durumda, silahlı çatışmalarda devletin ve devlet ajanlarının kültürel malvarlığının korunmasına ilişkin yükümlülüklerle bağlı oldukları aşikârdır. Bu yükümlülüğün ihlali, savaş suçuna vücut verecek ve devlet adına hareket eden bireylerin uluslararası suçlar bakımından cezai sorumluluğu doğacaktır.

Uluslararası nitelikte olmayan çatışmalar bakımından, devlet dışı aktörlerin de, yukarıda saydığımız istisnalar dışında, insancıl hukukla bağlı olduğu artık kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kültürel malvarlığına saldırı yasağı, devlet dışı aktörlerin ve devlet dışı aktörler adına faaliyette bulunan bireyler için de mevcuttur. Söz konusu aktörlerin kültürel malvarlığına vereceği zarar, uluslararası silahlı çatışmalarda olduğu gibi, ciddi insancıl hukuk ihlalleri olarak kabul edilip savaş suçuna vücut verecektir<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> S/RES/1970, 2011, s. 2

<sup>80</sup> "Referral of Syria to International Criminal Court Fails as Negative Votes Prevent Security Council from Adopting Draft Resolution", 22 May 2014, <http://www.un.org/press/en/2014/sc11407.doc.htm> (Erişim Tarihi: 10.11.2017)

<sup>81</sup> HALATÇI, s. 75.

<sup>82</sup> IŞİD'in Irak'taki faaliyetleri bakımından Birleşmiş Milletler Irak Yardım Misyonu ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin Aralık 2014 tarihinde yayınladığı raporda; IŞİD'in Irak'ta kültürel malvarlığına gerçekleştirdiği saldırılara değinilerek, raporun sonuç kısmında işbu saldırıların savaş suçuna ve insanlığa karşı suça vücut verebileceği ifade edilmiştir. Bkz. Report of the office of the united nations

high commissioner for human rights on the human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups (Report),

([http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session30/Documents/A\\_HRC\\_30\\_66\\_ENG.docx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session30/Documents/A_HRC_30_66_ENG.docx) (Erişim Tarihi: 10.11.2017), s. 12.

Raporun bireysel cezai sorumluluk başlıklı kısmında İŞİD'in Irak'ta dini açıdan etnik farklılıkları olan gruplara yönelik faaliyetleri, söz konusu grupların ibadet yerlerine saldırıları ve tarihi eserlerin maruz kaldığı saldırıların savaş suçu teşkil ettiği ifade edilmiştir. Söz konusu suçların yargılanması için Irak hükümetini Roma statüsüne taraf olmaya, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'ni de Güvenlik Konseyi'ni Irak'ta işlenen uluslararası suçların kovuşturulması için karar almaya davet etmesini önermiştir. (Report, ss. 15 – 16)

Söz konusu rapor sonrasında farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Fransa Dış İşleri Bakanı *Laurent Fabius*, meselenin Güvenlik Konseyi tarafından UCM'ye sevk edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. (NICHOLS, 2015) ABD Dış İşleri Konseyi'nde danışmanlık yapan *John B. Bellinger* de söz konusu raporla ilgili olarak, raporun pratik değerinin olmadığı, ortada davalı sıfatıyla yargılanacak kimse olmadığını ifade etmiş ve UCM'nin yapacağı soruşturmanın acizce yapılan uluslararası hukuki bir pratik teşkil edip etmeyeceğini sorgulamıştır. *Bellinger* sorduğu bu soruya olumsuz cevap vererek, İŞİD militanlarının işlediği suçların UCM kapsamına girdiği, militanların ulusal mahkemelerde yargılanmak yerine, UCM'de yargılanmasının daha mantıklı olduğunu ileri sürmüştür. (BELLINGER, John B.: Make ISIS' Leaders Face Justice, [https://www.nytimes.com/2015/04/03/opinion/make-isis-leaders-face-justice.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2015/04/03/opinion/make-isis-leaders-face-justice.html?_r=0) (Erişim Tarihi: 10.11.2017).

Londra Üniversitesi Profesörü *Kevin Jon Heller*, *Bellinger*'in yorumunu eleştirerek, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi başvurusunun gerekli olmadığını, UCM'nin ülkesel yetkisi yanında kişi bakımından yargı yetkisi de olduğunu ifade etmiştir. Nitekim İŞİD liderlerinden pek çoğunun UCM statüsü'ne taraf devlet vatandaşı olduğunu belirtilmiştir. Burada en çok adı geçen kişi Birleşik Krallık vatandaşı olan Jihadi John'dur. Bunun yanında Heller, yapılan başvuruda Suriye'de merkezi yönetimle savaşıyan diğer grupları yetki dışı bırakmasının mümkün olup olmayacağını sorgulamaktadır. İşbu grupların faaliyetlerinin yargılanmasının bu kez ABD, Fransa ve Birleşik Krallık tarafından da istenilen bir durum olmayacağı belirtilmiştir. Heller, UCM'nin kaynaklarının zaten kısıtlı olduğunu belirterek ve İŞİD liderlerinin ABD, Birleşik Krallık, Japonya gibi devletler tarafından yargılanabilecekken neden UCM'nin işbu devletler yerine ve bu devletler için çalışacağını sorgulamıştır. Dolayısıyla da UCM'nin, uluslararası suçları kovuşturmak bakımından en iyi çözüm olduğu varsayımından vazgeçmemiz gerektiğini, zaten UCM'nin yargılayacağı kişilerin de bir elin parmaklarını geçmeyeceği yorumunda bulunmuştur. Son olarak *Heller*, Darfur'da yaşandığı üzere, başka bir başarısız savunmaya ihtiyacımız olmadığını vurgulamıştır. (HELLER, Kevin John: John Bellinger's Op-Ed on ISIS and the ICC, <http://opinio.juris.org/2015/04/02/john-bellingers-curious-op-ed-on-isis-and-the-icc/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2017)

İşbu meselede tartışmalara sebep olan husus Suriye ve Irak'ta yaşananların direkt UCM'ye sevk edilmesi halinde, UCM'nin yargı yetkisinin bütün taraflar bakımından doğacak olmasıdır. İlgili durumda Rusya ve Çin'in veto yetkisini kullanması söz konusu olabilecektir. Karşı karşıya olduğumuz bu siyasi meselenin çözümü bakımından

Buna göre; evrensel suçlarda mülklik ilkesi öncelikli olduğu için savaş suçlarına vücut veren kültürel malvarlığına saldırının sorumlularının, suçun işlendiği yer mahkemeleri tarafından yargılanması mümkündür. Ancak suçun işlendiği devletler, geçirdikleri ağır çatışma ortamı yüzünden, çoğu zaman sorumluları gerektiği gibi yargılamak mümkün olmamaktadır.

Hal böyle olunca, uluslararası suçlarda yargı yetkisi bakımından ikinci olasılık devreye girmektedir: kişi bakımından yargı yetkisi. Buna göre, özellikle devlet-dışı aktörler bakımından, savaş suçu işleyen kişiler suçun vuku bulduğu devletten başka bir devletin vatandaşı ise, o devlet de kişi bakımından yargı yetkisi dolayısıyla, savaş suçu işleyen şahsı yargılayabilir.

Ulusal yargı yetkileri yanında, UCM'nin yargı yetkisi ancak belli şartlarda mümkün olabilecektir. Savaş suçunun vuku bulduğu devletin UCM Roma Statüsü'ne taraf olması halinde, yer bakımından yargı yetkisi dolayısıyla, UCM'nin ilgili suç bakımından suçu işleyen şahıslar üzerinde yargı yetkisi olabilecektir.

---

uluslararası hukuk profesörü *William Schabas*'ın önerisi bir hayli ilginçtir. *Schabas*, UCM Roma Statüsü'ne taraf olmayan bir devlette faaliyet gösteren bir grubun faaliyetlerinin UCM'ye sevk edilmesinin imkansız olduğunu söyleyen bir kural olmadığını dile getirmiştir. Yani *Schabas*, salt bir grup olarak tek başına IŞİD'in faaliyetlerinin UCM önüne getirilebileceğini, IŞİD'e ilişkin yapılacak başvurunun meşru olduğunun kabul edilmesi halinde, bunun savcı ve hakimler için bir ilk olacağını belirtmiştir. UCM'nin devreye girmesi halinde -ki *Schabas* bu şekilde girebileceği görüşündedir- Güvenlik Konseyi başvurusunu, yorum yoluyla Suriye ve Irak'taki tüm gruplar bakımından genişletmesinin de mümkün olduğunu ifade etmiştir. (NICHOLS, Michelle: France Presses at U.N. for Islamic State to Face World Court, <http://m.thestar.com.my/story.aspx?hl>

=France+presses+at+UN+for+Islamic+State+to+face+world+court&sec=ews&id=%7B9B37534F-CA36-4759-BDBA-AADE5789CAFE%7D , (Erişim Tarihi: 10.11.2017).

UCM savcısı *Fatou Bensouda* 8 Nisan 2015 tarihinde yaptığı açıklamada, IŞİD'in gerek Irak'ta gerek Suriye'de gerçekleştirdiği faaliyetler dolayısıyla, 2014 yazından bu yana UCM savcılığına pek çok suç duyurusu ulaştığını ve şikayet edilen eylemler arasında kültürel malvarlığının kasten yok edilmesinin de dahil olduğunu ifade etmiştir. Savcı, IŞİD'in bölgede gerçekleştirdiği faaliyetlerin pek tabi uluslararası topluma karşı ciddi bir suç teşkil ettiğini kabul etmekle birlikte, hem Irak'ın hem de Suriye'nin UCM Roma Statüsü'ne taraf olmaması sebebiyle, UCM'nin ilgili suçlar bakımından yargı yetkisi olmadığını açıkça beyan etmiştir. (Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, *Fatou Bensouda*, on the alleged crimes committed by ISIS (2015), <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1> (Erişim Tarihi: 10.11.2017).

UCM'nin yargı yetkisine ilişkin ikinci olasılık da, özellikle devlet-dışı örgütlerde faaliyet gösteren şahıslar açısından, vatandaşı oldukları devletin UCM Statüsü'ne taraf olması halinde, sorumlu şahısların UCM'de yargılanmasıdır.

Son olarak, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin UCM'yi yetkilendirmesi de söz konusu olabilir. İşbu durumda gerek uluslararası çatışmalarda gerek uluslararası olmayan çatışmalarda, savaş suçu işleyen bireylerin Güvenlik Konseyi'nin yetkilendirmesiyle, UCM'de yargılanması mümkün olabilecektir. Ancak Güvenlik Konseyi daimî üyelerinin veto yetkisi dolayısıyla, UCM'nin yetkilendirilmesi devletlerin siyasi tercihleriyle bağlı olacaktır.

İnsancıl hukuk kuralları, çatışan tarafların hak ve yükümlülüklerini öngörmüş olsa da söz konusu ihlaller halinde bireylerin cezai sorumluluğunun öngörüldüğü uluslararası ceza hukukunun yaptırımlarına başvurmak, kültürel malvarlığının korunması rejiminin en etkili araçlarından biridir. Ancak önemli olan, kültürel malvarlığının zarar görmeden korunmasını sağlamak olmalıdır. Söz konusu rejim pasif bir koruma sağlamakta, koruma yükümlülüğüne ek olarak zarar görme halini de cezalandırmaktadır. Halbuki zarar gördükten sonra, kültürel malvarlığının korunmasına ilişkin yükümlülük getirmenin ve yükümlülüğün ihlali halinde cezai yaptırım öngörülmesi, malvarlığının tahribi ve yok olması karşısında önemini yitirmektedir. İşbu durumda kültürel malvarlığının zarar görmesi ve yok olmasını engelleyecek aktif koruma araçlarının geliştirilmesi gereği aşıkardır.

## Kaynakça

### Kitaplar ve Kitap Bölümleri

- AKSAR, Yusuf: *Implementing International Humanitarian Law from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court* Routhledge, London 2004.
- BANTEKAS, Illias/NASH, Susan: *International Criminal Court*, Routhledge, UK 2007, s. 113.
- BAŞAK, Cengiz: *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Suçlar (Uluslararası Ceza Mahkemesi)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- BATUR YAMANER, Melike/ÖKTEM, Emre, KURTDARCAN, Bleda R./UZUN, Mehmet C.: *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri (Cenevre Sözleşmeleri)*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 42, İstanbul.
- BIANCHI, Andrea- NAQVI, Yasmin: *International Humanitarian Law and Terrorism*, Hart Publishing, USA 2011.
- CASSESE, Antonio: *International Criminal Law*, Oxford University Press, UK 2003.
- CRYER, Robert/ FRIMAN, Hakan/ROBINSON, Darry/WILMSHURST, Elizabeth: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure (An Introduction)*, Cambridge University Press, UK 2014.
- ÇINAR, Fatih: *Uluslararası Ceza Mahkemelerinin Gelişimi Işığında Uluslararası Ceza Divanı*, Kazancı, 2004.
- DARCY, Shane: *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law (Judges, Law and War)*, Cambridge University Press, UK 2014.
- EL ZEIDY, Mohamed M.: *The Principle of Complementarity in International Criminal Law Origin, Development and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2010.
- HENCKAERTS, Jean-Marie: “New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict: The Significance of the Second Protocol to the 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict” in *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, International Committee of the Red Cross, Geneva 2002.
- HLADIK, Jan: “The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict: Some Observations on the Implementation at the National Level” in *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, International Committee of the Red Cross, Geneva 2002.
- O’KEEFE, Roger: *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press, UK 2006.
- ÖNOK, Murat: *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- ÖZEL, Sibel: *Uluslararası Alanda Kültürel Malvarlığının Korunması (Kültürel Malvarlığının Korunması)*, Alkım Yayınları, İstanbul 1998.

- PARTSCH, Karl Josef: "Protection of Cultural Property", in Fleck, Dieter (ed.), The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict, Oxford University Press, New York 2004.
- RASTAN, Rod: "Jurisdiction", in STAHN, Catsbyen (ed.), The Law and Practice of the International Criminal Court, Oxford University Press, UK 2015.
- ROWE, Peter: "War Crimes", in MCGOLDRICK, Dominic/ROWE, Peter/DONNELLY, Eric (ed.), The Permanent International Criminal Court: Legal and Policy Issues, Hart Publishing, USA 2004.
- SCHABAS, William: An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition, Cambridge University Press, UK 2004.
- SCHEFFER, David: "The International Criminal Court" in SCHABAS, William/BERNAZ, Nadia (ed.), Routhledge Handbook of International Criminal Law, Routhledge, London 2010.
- SCOTT, James Brown (ed.): The Hague Convention and Declarations of 1899 and 1907, <https://archive.org/stream/hagueconventions00inteuoft#page/n5/mode/2up>, (Erişim Tarihi: 10.12.2017), 1915.
- SMEULERS, Alette/GRUNFELD, Fred: International Crimes and Other Gross Human Rights Violations a Multi and Interdisciplinary Textbook, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rıfat Murat: Uluslararası Ceza Hukuku Seçkin Yayınları, Ankara 2014.
- TOMAN, Jiri: The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, UNESCO Publishing, Paris 1996.
- TÜTÜNCÜ, Ayşenur: İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

### **Makaleler**

- AYDIN, Devrim: "Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(4), 2002, 131 – 167.
- BELLINGER, John B.: Make ISIS' Leaders Face Justice, [https://www.nytimes.com/2015/04/03/opinion/make-isis-leaders-face-justice.html?\\_r=0](https://www.nytimes.com/2015/04/03/opinion/make-isis-leaders-face-justice.html?_r=0) (Erişim Tarihi: 10.11.2017).
- BHAT, P. Ishwara: "Protection of Cultural Property Under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends", ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law, No: 4, 2001, 47 – 71.
- GÜNEYSU, Gökhan: "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", Ankara Barosu Dergisi, 4, 2012, 91 – 108.
- HALATÇI, Ülkü: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanabilmesinin Önkoşulları", Uluslararası Hukuk ve Politika, 2(3), 2005, 57 – 76.
- HELLER, Kevin John: John Bellinger's Op-Ed on ISIS and the ICC, <http://opiniojuris.org/2015/04/02/john-bellingers-curious-op-ed-on-isis-and-the-icc/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2017)
- NICHOLS, Michelle: France Presses at U.N. for Islamic State to Face World Court, <http://m.thestar.com.my/story.aspx?hl=France+presses+at+UN+for+Islamic+State+to+face+world+court&sec=ews&id=%7B9B37534F-CA36-4759-BDBA-AADE5789CAFE%7D> , (Erişim Tarihi: 10.11.2017).
- POUST, Jordan: "Dr. Francis Lieber and Lieber Code", Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), 95, 2001, 112 – 115.



TECHERA, Erika: "Protection of Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The International Legal Framework Revisited" (Protection of Cultural Heritage), *Macquarie J. Int'l&Comp. Env'tl.L.*, 4(1), 2007, 1 – 20.

### Belgeler

Records of the General Conference, (1993), s. 40, <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000956/095621E.pdf> (Erişim Tarihi: 10.11.2017)

Records of the general conference, 1991, s. 57, <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000904/090448E.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.11.2017)

Report of the office of the united nations high commissioner for human rights on the human rights situation in Iraq in the light of abuses committed by the so-called Islamic State in Iraq and the Levant and associated groups, ([http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session30/Documents/A\\_HRC\\_30\\_66\\_ENG.docx](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session30/Documents/A_HRC_30_66_ENG.docx)) (Erişim Tarihi: 10.11.2017), s. 12.

S/RES/1593, 2005, s. 1.

S/RES/1970, 2011, s. 2

Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the alleged crimes committed by ISIS (2015), <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-stat-08-04-2015-1> (Erişim Tarihi: 10.11.2017)

T.C. Resmi Gazete, 12145, 8 Kasım 1965.

### Linkler

"ISIS destroy Palmyra's Roman amphitheatre after 'beheading 4 and shooting 8 dead in ancient city'", <http://www.mirror.co.uk/news/world-news/isis-destroy-palmyras-roman-amphitheatre-9657148>, (Erişim Tarihi: 20.12.2016)

"Referral of Syria to International Criminal Court Fails as Negative Votes Prevent Security Council from Adopting Draft Resolution", 22 May 2014, <http://www.un.org/press/en/2014/sc11407.doc.htm> (Erişim Tarihi: 10.11.2017)

"Syria, Destruction of Cultural Heritage", <https://casebook.icrc.org/case-study/syria-destruction-cultural-heritage> (Erişim Tarihi: 20.12.2017)

Destruction of Cultural Heritage in the Middle East by ISIS, [http://www.gecmun.com/uploads/2/3/7/0/23702810/gecmun\\_iii\\_unesco.pdf](http://www.gecmun.com/uploads/2/3/7/0/23702810/gecmun_iii_unesco.pdf), (Erişim Tarihi: 20.12.2017)

<https://www.haberler.com/isis-in-musul-muzesi-ne-saldirisi-7015091-haberi/> (Erişim Tarihi: 10.12.2017).

Practical Advice for Protection of Cultural Property by ICRC, 2002, <https://www.icrc.org/en/document/practical-advice-protection-cultural-property-event-armed-conflict-guidelines>, (Erişim Tarihi: 15.12.2017)

### Kararlar

Prosecutor v Haradinaj, Dava No. IT-04-84-84-T, (Dava Dairesi), 3 Nisan 2008.

Procecutur v. Dario Kordic and Mario Cerkez Judgement, IT-95-14/2-T, 26 February 2001.

Prosecutor v. Boskoski, Dava No. IT-04-82, (Dava Dairesi), 10 Ağustos 2008.

Prosecutor v. Dusko Tadic (a/k/a Dule), No IT-94-1-AR-72, 2 Ekim 1995.



# AÇIKTA KONUMLANAN DERİN SU LİMANLARININ HUKUKİ STATÜSÜ: GDANSK KÖRFEZİNDE İNŞA EDİLECEK DERİN SU LİMANINA DAİR

## THE LEGAL STATUS OF OFFSHORE DEEPWATER PORTS: ON THE PROJECT OF CONSTRUCTION OF A DEEPWATER PORT IN THE GULF OF GDANSK

DOI: 10.21492/inuhfd.378476

Anıl ÇAMYAMAÇ\*

### Özet

1970'lerde petrol ihtiyacı ve sıkıntısı ciddi bir çalkantıya sebep olmuştur. Bu iklim altında, Batılı devletlere petrolün verimli biçimde taşınması gereği büyük tankerlerin inşasını da beraberinde getirmiştir. Fakat, bu büyük taşıtların limanlarda ağırılanmasına dair yeni bir sorun da ortaya çıkmıştır. O günlerde, sanayileşmiş devletlerde bu büyüklükteki taşıtları misafir edebilecek uygunlukta bir liman bulunmamaktaydı. Böylece, denizlerin bu devasa taşıtlarını misafir edecek derin su limanı projeleri geliştirildi. Günümüzde, bu trend devam etmekte ve sadece tankerlerle de sınırlı olmamaktadır; misal, sayılan bu nedenlerden ötürü devasa ebatlarda konteyner gemileri inşa edilmektedir. Derin su limanı inşaatı ihtiyacı günümüzde hiç olmadığı kadar önemlidir. Bu kısa makalede, Gdansk'ta inşa edilecek derin su limanı özelinde kıyıda açıkta konumlanan derin su limanlarının hukukî statüsü ele alınacaktır. Böylelikle, bu makale şu şekilde oluşturulmuştur. Sırasıyla limanların, demiryerlerinin ve derin su limanlarının tanımlanması; derin su limanlarının önemi; plânlanan ve halihazırda inşa edilmiş derin su limanları; uluslararası deniz hukukunda derin su limanlarının hukukî statüsü; gdansk Körfezinde inşa edilecek derin su limanının kısa bir değerlendirmesi ve sonuç.

**Anahtar Kelimeler:** Limanlar, demiryerleri, derin su limanları, yapay adalar, Gdansk Körfezi.

### Abstract

The demand for and shortage of petroleum caused a serious turmoil in the 1970s. Under this climate, the necessity to transport petroleum to the Western Countries efficiently brought forward the construction of huge tankers. But, then a different kind of problem had come to being, which was the accommodation of these enormous vehicles in the ports. In those days, there were no sufficient ports that could host vehicles of these size in the industrialized states. Thus, deepwater port projects had been developed in order to host these gigantic vehicles of the sea. Today, this trend continues and is not limited merely to the tankers; for example, container ships of gigantic proportions have been built because of these aforementioned enterprises. Now more than ever, the need to build deepwater ports is crucial. In this short article the legal status of the offshore deepwater ports will be dealt with, by situating the offshore deepwater port project of Gdansk under scrutiny. Henceforth with the article will be arranged as follows: definitions of ports,

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kıbrıs İlim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi. E-mail: acamyamac@yahoo.com

Makale Gönderilme Tarihi: 13.01.2018

Makale Kabul Tarihi: 22.05.2018

roadsteads, and deepwater ports respectively; the importance of the deepwater ports; the planned and already built projects of deepwater ports; the legal status of the deepwater ports in international law of the sea; the brief assessment of said deepwater port project that will be built in the Gulf of Gdansk, and conclusions.

**Keywords:** Ports, roadsteads, deepwater ports”, artificial islands, Gulf of Gdansk.

## Giriş

Polonya'nın en önemli limanlarından Gdansk'ın da bulunduğu aynı adlı körfezinde<sup>1</sup> inşa edilmesi plânlanan derin su limanına ilişkin haberlerle<sup>2</sup> birlikte, 1970'lerin başında özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkan ve tartışılan<sup>3</sup> derin su limanlarının hukukî statülerinin ne olması gerektiği konusundaki tartışmaları bir kez daha ele almak ve bugünkü statülerini değerlendirmekte fayda vardır.

<sup>1</sup> Baltık Denizinin güney doğusunda yer alan ve kendi içerisinde de ayrıca iki küçük körfezi barındıran Gdansk Körfezi iki devlet, Polonya ve Rusya Federasyonu ile çevrilidir. Bir yanda körfezin batısında yer alan çengel biçimli uzanım olan Hel yarımadası kuzey batıda Puck Körfezini oluştururken, diğer yanda körfezin güneydoğusunda Gdansk Körfezine akan Vistula Nehrinin lagününü oluşturan ve Baltiiski Boğazıyla bağlanan aynı adlı lagün ve lagünü ayıran Vistula Dili bulunmaktadır. Belirtilmelidir ki, günümüzde Polonya'ya ait kısımda kalan Gdansk, I. Dünya Savaşı sonrasında Danzig olarak Polonya'dan bağımsız serbest bir şehir konumundayken, Polonya'nın ticaretini kuvvetlendirmek adına onun 15 km kuzeyinde, Gdyna'da, Polonya'nın kendi sınırları dâhilinde kalacak bir liman kurulması kararlaştırılmış ve böylece ilgili alanda Gdyna Limanı kurulmuştur. Bu limanlara dair ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. MIKOLAJSKI J., Polish Sea-Ports, Their Hinterlands and Forelands, *Geographica Polonica*, vol. 2, 1964, s. 221-229, özellikle s. 222-224. Ayrıca bkz. OCIOZYŃSKI T., Poland on the Baltic, Polonia Publishing House, Warsaw 1960, özellikle s. 58-64.

<sup>2</sup> Bkz. “Polonya Derin Deniz Limanı İnşa Ediyor”, *Deniz Haber*, via [www.denizhaber.com.tr/polonya-derin-deniz-limani-insa-ediyor-haber-77912.htm](http://www.denizhaber.com.tr/polonya-derin-deniz-limani-insa-ediyor-haber-77912.htm) (ziyaret tarihi: 20/11/17); “Poland to Construct New Deep-Water Port with 100 MMT Cargo Turnover”, *Hellenic Shipping News*, November 24 2017 via [www.hellenicshippingnews.com/poland-to-construct-new-deep-water-port-with-100-mmt-cargo-turnover/](http://www.hellenicshippingnews.com/poland-to-construct-new-deep-water-port-with-100-mmt-cargo-turnover/) (son ziyaret tarihi: 05/01/18). Kuşkusuz bu eğilim Gdansk Limanıyla sınırlı değildir. Aşağıda da görüleceği üzere, bağımsız olarak kıyıda açıkta inşa edilmiş birçok derin su limanı bir kenara, hâlihazırda, Gdansk Limanının kendisi de dâhil mevcut önemli limanların, kendi bünyelerinde, sınırlı da olsa derin su rıhtımları olmasına karşın, kıyıda açıkta derin su limanı birimlerinin inşasını plân ve projelendirdikleri gözden kaçırılmamalıdır. Meselâ, Rotterdam Limanında Maasvlakte 2 göz önüne alınabilir. Bkz. “Rotterdam, the Most Important Port in Europe”, via [www.maasvlakte2.com/en/index/show/id/682/economic-importance](http://www.maasvlakte2.com/en/index/show/id/682/economic-importance) (ziyaret tarihi: 15/12/17).

<sup>3</sup> 1970'lerdeki tartışmalara dair kaynaklar için makalenin sonuna iliştirilen kaynakçaya bakılması önerilmektedir.

Şüphesiz, Gdansk açıklarında inşa edilmesi plânlanan yeni derin su limanı bu çerçevede ne günümüzdeki ne de onun öncesindeki tek proje konumundadır. Birçok derin su limanı günümüze kadar hayata geçirilmiş, el’ân birçok ilgili proje de kıyı devletlerinin ihtiyaçları doğrultusunda konuya ilişkin hazırlanmaya devam etmektedir<sup>4</sup>.

Bu kısa çalışmada, derin su limanının tanımı, onlara neden ihtiyaç duyulduğu, bugüne kadar inşa edilmiş ve günümüzde inşa edilmesi plânlanan veya projelendirilen derin su limanlarının tanımını yaptıktan sonra, hukukî statüleri tartışılmaya çalışılacaktır. Bu itibarla da, ilk ortaya çıktıkları andaki hukukî statülerine ilişkin değerlendirmeler ile günümüzdeki mevcut durumları karşılaştırılmak suretiyle, Gdansk Körfezindeki inşa edilmesi düşünülen derin su limanının hukukî statüsü ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## I. TANIMLARA DAİR

Derin su limanlarının tanımı için öncelikle basit bir liman tanımına ihtiyaç duyulmaktadır. Uluslararası deniz hukukunun temel belgesi olarak kabul edilebilecek 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde ne yazık ki herhangi bir liman tanımı yoktur. Bununla birlikte, gerek 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde, gerek onun öncesinde kabul edilmiş olan 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesinde demiryerleri adı altında liman gelişkinliğine sahip olmayan tesislerle ilgili de düzenlemeye gidildiği gözlenmektedir. Bu itibarla, derin su limanlarına ilişkin bir tanım vermeden önce liman ve demiryerlerine ilişkin tanımların ele alınması uygun olacaktır.

### 1. Liman Tanımına Dair

Her ne kadar 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde, belirtildiği üzere, bir liman tanımına yer verilmemiş olsa da, uluslararası hukuk çerçevesinde, gerek bazı Sözleşmelerde, gerek bazı dâvalarda liman tanımına rastlanılmaktadır.

Uluslararası hukukta bu konuda en çok değinilen dâvalardan biri *Möve Dâvası* olmaktadır. Bu dâvada hakem mahkemesi liman tanımına dair şu açıklamayı getirmiştir: “*Gemilerin, yükleme ve boşaltma, indirme ve bindirme amacıyla mutat olarak geldikleri yer*”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Bkz. *infra* III. Bölüm.

<sup>5</sup> Aktarım için bkz. COLOMBOS C.J., *The International Law of the Sea*, 6th edition, Longman Group Limited, London 1967, s. 175; DEGAN V.D., *Internal Waters, Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 17, 1986, s. 13.

İçtihat bir kenara, bugüne kadar limanlara ilişkin gerçekleştirilen en önemli sözleşmelerden biri olan 1923 tarihli Cenevre Deniz Limanlarının Uluslararası Rejimine Dair Statünün (*Statute on the International Regime of Maritime Ports*)<sup>6</sup> 1. maddesinde liman tanımı şu şekilde reçetelendirilmiştir: “Normal olarak denizde giden gemilerce sıklıkla uğranılan ve yabancı (dış) ticaret için kullanılan tüm limanlar mevcut Statü dâhilinde deniz limanları olarak kabul edilecektir”<sup>7</sup>.

Öte yandan, Avrupa Toplulukları Limanlar Çalışma Grubunun hazırlamış olduğu bir raporda oldukça ayrıntılı bir liman tanımının ise şu şekilde ortaya konulduğu gözlenmektedir:

“(Liman) Gemilerin kabulüne, onların yüklenmesi ve boşaltımlarına, malların depolanmasına ve kara nakliyesiyle gelen bu malların alım ve dağıtımlarına temel olarak izin verilmesiyle birlikte deniz nakliyesine bağlı her türlü iş faaliyetini de kapsayabilecek türde iyileştirme çalışmaları ve ekipmanlardan oluşan kara ve su alanıdır”<sup>8</sup>.

Günümüzde, Komisyonun sitesinde ise, liman tanımına şu şekilde yer verildiği görülmektedir: “Bir liman ticaret gemilerinin genelde doğrudan bir iskeleye bağlanarak yüklerini yükleyip boşaltmaları veya yolcularını araca bindirip, araçtan indirmeleri için tesisata sahip bir yerdir”<sup>9</sup>.

Doktrinde de, şüphesiz, limanlara ilişkin tanımlara veya açıklamalara yer verilmektedir. Örneğin, *Weigend*, limanları, gerek artülkeye (*hinterland*), gerek denizcilik örgütlenmesine hizmetler sağlayan, deniz ve kara alanları arasında kontak alanı olarak tarif etmiştir<sup>10</sup>. Benzer şekilde, limanlara ilişkin açıklamalarında *Johnson* da limanın bir devletin kara ülkesiyle deniz arasındaki hayatî bağı teşkil ettiğini belirterek okyanus ticareti için zarurî olan bu alanların devlet

<sup>6</sup> İlgili Sözleşmenin ve Statünün tam metni için bkz. via [www.imli.org/lmenu5.htm](http://www.imli.org/lmenu5.htm) (son ziyaret tarihi: 27/09/08).

<sup>7</sup> Bu maddenin ayrıntılı değerlendirmesine dair bkz. ÇAMYAMAÇ A., *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açından Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 147.

<sup>8</sup> Bkz. “*Legal Aspects of Port Management*”, *Report by the UNCTAD Secreteriat*, UNCTAD/SHIP/639, February 11 1993, s. 23 paragraf 74 via <http://unctad.org/en/docs/poshipd639.en.pdf> (ziyaret tarihi: 29/11/17).

<sup>9</sup> Bkz. “*Glossary-Port*” via <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Glossary:Port> (ziyaret tarihi: 30/11/17).

<sup>10</sup> Bkz. WEIGEND G.G., *Some Elements in the Study of Port Geography*, *Geographical Review*, vol. 48/2, 1958, s. 185.

ülkesinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu ve iç yörelere doğrudan çıkış sağladığını belirterek limanların devletin mutlak egemenliği altında olduğuna işaret etmiştir<sup>11</sup>. Esasen, gerek Weigend'in, gerek Johnson'un açıklamalarına bakıldığında, ortaya konulanan, bir liman tanımdan öte, limanların işlevlerinin ve az çok hukukî statülerinin açıklanmasına yönelik olduğu görülmektedir. *Dunfee* de, benzer şekilde, limanın deniz ve kara nakliyesi arasında bir etmen olarak faaliyet gösterdiğine işaret ederek; limanı gemilerin yükleme ve boşaltma için geldikleri yer olarak nitelemiştir<sup>12</sup>.

Doktrinde liman tanımına ilişkin en eski değerlendirmelerden birinde *Hale* şu şekilde bir tespit gerçekleştirmiştir: "... (limanlar) gemilerin yüklerini boşaltmak için geldikleri deniz kesimi(dir)"<sup>13</sup>.

Bu konuda doktrinde en eski liman tanımlarından bir diğeri ise *Laun* tarafından şu hususlar ortaya konulmak suretiyle gerçekleştirilmiştir: bazen karadan suya, bazen sudan karaya ve nihayetinde bazen de deniz ulaşım araçlarının birinden diğeri benzer bir ulaşım aracına kişilerin ve yüklerin nakliyesine yönelik kurulmuş tesisler<sup>14</sup>.

Fransız hukukçu *Gidel* ise, liman tanımını şu şekilde aktarmaktadır: "*Limanlar, umumiyetle insan eseri olan ve gemilerin emniyet içinde yük ve insan alıp indirdikleri ve kumanyalarını tamamladıkları mahallerdir*"<sup>15</sup>.

Liman tanımını, *Grosdidier de Matons* tarafından, *deniz ticareti amaçlarına hizmet etmesi için yetkili idarî otorite tarafından özellikle belirlenmiş kıyadaki bir yer* şeklinde reçetelendirilmiştir<sup>16</sup>.

Bir diğeri liman tanımını ise şu şekilde oluşturulmuştur: "... *liman, kargo ve yolcuları yüklemek ve boşaltmak için çeşitli tesis, terminal ve malzemelerin sağlandığı yer anlamına gelir*"<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Bkz. JOHNSON L.S., *Coastal State Regulation of International Shipping*, Oceana Publications, Inc., New York 2004, s. 35.

<sup>12</sup> Bkz. DUNFEE G.E., *Territorial Status of Deepwater Ports*, *San Diego Law Review*, vol. 15/3, 1978, s. 612-613.

<sup>13</sup> Aynen aktarım için bkz. COLOMBOS, s. 175.

<sup>14</sup> Bkz. LAUN R., *Le régime international des ports*, *Recueil des cours*, vol. 15, 1926-V, 1926, s. 5.

<sup>15</sup> *Gidel*'in liman tanımının Türkçeye çevrilerek aktarımı için bkz. GÖZE A., *Devletin Ülke Unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebeti)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959, s. 106 dipnot: 226.

<sup>16</sup> Aynen aktarım için bkz. "*Legal Aspects of Port Management*", s. 23 paragraf 72.

<sup>17</sup> Bkz. WALKER G.K. (ed.), *Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012, s. 276.

Liman tanımına dair hukukî olarak en kapsamlı tanımlardan biri ise Türk doktrininde *Akın* tarafından şu şekilde ortaya konulmuştur:

“Bir liman, insan emeği ile düzenlenip gemilerin yanaşıp demir atmalarına, yük ve yolcu alıp vermelerine, gemilerin teknik, idarî ihtiyaçlarını gidermelerine yarayan, idaresi ve bakımı belli nizamlara tabi olan ve memleket içi ve uluslararası deniz ticaretinin kolaylıkla yürütülmesini temin eden bir tesisler düzenidir”<sup>18</sup>.

## 2. Demiryerleri Tanımına Dair

Yukarıda da vurgulandığı üzere, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi kapsamında limanlar dışında, demiryerleri (*roadsteads*) olarak da adlandırılan tesislere ilişkin birtakım düzenlemelere de yer verilmiştir<sup>19</sup>. Ne yazık ki, demiryerlerine ilişkin, gerek 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde, gerek bir başka sözleşmede herhangi resmî bir tanım oluşturulmamıştır<sup>20</sup>. Resmî bir tanımın mevcut olmamasına karşılık<sup>21</sup>, doktrinde bu konuda bazı tanım denemelerine rastlanılmaktadır. Bu itibarla, *Dunfee* hukuk sözlüğündeki tanıma yer veririz<sup>22</sup>; *Walker* tarafından ise, güvenlik sebebiyle gemilerin demirleme niyetinde oldukları kıyıya yakın alanlar olarak tanımlanan demiryerlerinin, ayrıca, genelde, sığ kıyı girintilerinde yer aldıklarına dikkat çekilmiştir<sup>23</sup>.

Demiryerlerine ilişkin Türk doktrininde *Gönlübol* ise şu şekilde bir tanımlama yapmayı tercih etmiştir:

<sup>18</sup> Bkz. AKIN M.Z., Karasuları, İç Sular, Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi ve Kıt'a Sahaneliği, Ankara, 1978, s. 193.

<sup>19</sup> Sadece 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde değil, onun öncesinde kabûl edilmiş olan 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesinin 9. maddesinde de demiryerlerine ilişkin düzenleme mevcuttur.

<sup>20</sup> Bkz. CHURCHILL R.R., Roadsteads, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf 1 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10).

<sup>21</sup> Hem 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 9, hem de 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 12 çerçevesinde getirilen düzenlemelerde yer alan şu ifade, her ne kadar kanımızca doğrudan bir tanım niteliğini haiz olmasa da, yazarlarca bu çerçevede kullanılan bir ifade olarak ortaya konulabilir: “Tamamen veya kısmen karasularının dış sınırının ötesinde kalan demiryerleri mutaden gemilerin yüklendiği, boşaltıldığı ve demirlendiği zaman karasularına dâhildir.”

<sup>22</sup> Bu çerçevede, *Dunfee* şu tanıma yer vermiştir: “Lengerin dibi bulunduğu ve sabitlendiği herhangi bir yer olmayıp bu sebeple ünlenen ve adıyla ayrıştırılan, gemiler için bilindik genel bir istasyon(dur)”. Bkz. DUNFEE, s. 618.

<sup>23</sup> Bkz. WALKER, s. 284.



“Umumiyetle limanların hemen dışında bulunan ve bir arazi teşekkülâtı ile bilhassa mahfuz tutulmuş olan, gemilerin muhtelif maksatlarla demirde durmak üzere mutaden kullandıkları yerlere «demir yeri» denilmektedir”<sup>24</sup>.

Her ne kadar kafî bir tanım söz konusu olmasa da, demiryerleri, limanlar kadar gelişkin olmayan ve daha çok gemilerin sığınmalarına yönelik kullanılan kıyıya yakın alanlar olarak mütalâa edilebilir. Tam da bu noktada, özellikle devletlerin ekonomik düzeyleri ve gelişmişlikleri demiryeri ve liman ayırımı yapmakta güçlük çıkartabilecektir. Gelişmiş bir devletteki demiryerleri, gelişmemiş bir devletin limanından daha modern ve gelişkin durumunda bulunabilir. Bu çerçevede, demiryerlerine ilişkin bir belirlemeye gidilirken, demiryerinin bulunduğu coğrafyanın da göz önünde tutulması, tartışmasız, belirleyici rol oynayacaktır.

### 3. Derin Su Limanı Tanımına Dair

Limanlar değişik sınıflara ayrılabilir. Bununla birlikte, uluslararası hukukta limanlara ilişkin ayırım, genelde, deniz ve nehir limanları olarak gerçekleştirilmektedir<sup>25</sup> ki, bu iki liman sınıfının hukukî statülerinin birbirinden farklılık taşıdığı ifade edilebilir<sup>26</sup>. Bu ayırım bir kenara, hukukî niteliği ön plânda olmasa da deniz limanları içerisinde bu makalede konu edilen derin su limanlarının gün geçtikçe öneminin arttığı bir gerçektir. Bu itibarla, liman ve hattâ olası demiryerleri tanımlarına ilişkin açıklamalardan sonra artık derin su limanlarına dair bir tanım üzerinde yoğunlaşılabilir.

Derin su limanları, bir kaynakta şu şekilde tarif edilmiştir: “ (Derin su limanları) temel olarak Panama Kanalının havuz boyutları çerçevesinde belirlenen Panamax gemilerin tam yüklü hâlleriyle onları

<sup>24</sup> Bkz. GÖNLÜBOL M., Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukukî Statüsü, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1959, s. 108.

<sup>25</sup> Bkz. LAUN, s. 5; VERZIJL J.H.W., International Law in Historical Perspective: State Territory, vol. III, A.W. Sijthoff, Leyden 1970, s. 23, 123 ve 239.

<sup>26</sup> Burada, *Vitányi*'nin açıklamaları konuya ışık tutar niteliktedir. Bu itibarla *Vitányi*'nin eserinde, deniz limanlarına giriş konusunun ve özellikle deniz hukuku çerçevesinde konunun ele alınması karşısında, nehir limanlarının farkına işaret edilmiş, her ne kadar deniz ticareti için kullanılan nehir limanlarında deniz kıyısında konumlanan limanlar gibi hareket edildiğinin görüldüğü belirtilse de, nehrin ilerleyen kısımlarında özellikle başka devletlere ait nehir limanlarında statünün değiştiği vurgulanmıştır. Bkz. VITÁNYI B., The International Regime of River Navigation, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn 1979, s. 6-11. Öte yandan, kuşkusuz, limanlar başka şekillerde sınıflandırılabilir. Meselâ, hukuken bir diğer önemli sınıflandırma ticarî ve askerî limanlar şeklinde gerçekleştirilebilir.

*ağırlayabilen her türlü liman(dır)*<sup>27</sup>. Aynı kaynakta, ayrıca yoğun olarak yüklenmiş ve derinlikleri 30 fit ve üzeri gemileri ağırlayabilecek konumdaki limanların derin su limanı olarak kabul edilebilecekleri hususuna da yer verilmiştir<sup>28</sup>. Öte yandan, Amerika Birleşik Devletleri'nde 1974 yılında yürürlüğe giren ve 2002 yılında değişiklik geçiren “Birleşik Devletler Derin Su Limanları Kanunu”nun (*United States' Deepwater Port Act*) ilgili maddesi derin su limanlarını şu şekilde betimlemektedir:

*“Derin su limanı (a) devletin deniz yönlü sınırlarının ötesinde konumlanan ve herhangi bir devlete veya devletten petrol veya doğal gaz nakliyesi, depolaması veya bunların daha ileri düzeyde işlenmesi için liman veya terminal olarak kullanılan veya kullanılması amaçlanan ve bir gemi teşkil etmeyen her türlü sabit veya yüzer insan yapımı yapı veya yapılar grubu anlamına gelir”*<sup>29</sup>.

Her ne kadar derin su limanı denildiğinde akla ilk olarak kıyıda açıkta ve dolayısıyla derinde konumlandırılmış liman tesisleri gelse de, genelde bu limanlar deniz kıyısında, kıyının derin olduğu veya derinleştirildiği alanlarda da konumlanmaktadır. Buna karşılık, bazı derin su limanları, gerçekten de, kıyıda açıkta ve derin sularda konumlanmaktadır. Aşağıda, III. Bölüm altında, kısaca, derin su limanlarına dair bilgilendirme yapılacaktır.

*Churchill*, konuya ilişkin tam bir netlik olmasa da, derin su limanlarının demiryerlerinden ayrı nitelikte olduğunu ortaya koymuştur<sup>30</sup>. Yazarın bu tespiti haklı olsa da, demiryerlerine dair kesin bir tanımın ortaya konulmadığının belirtildiği ve hattâ tanımın devletlerin gelişmişlik düzeyleri bağlamında değişiklik göstereceğinin düşünüldüğü bir ortamda, bu yönlü bir kaniya varmanın doğruluğu ayrıca değerlendirilmelidir.

## II. DERİN SU LİMANLARININ ÖNEMİNE DAİR

Derin su limanlarının önemine veya daha doğru bir anlatımla neden tercih edildiğine dair değerlendirmelere geçmeden evvel, öncelikle limanların genel olarak önemine işaret edilmelidir. Bunun için, belki de, 100 evvel *Adatci*'nin Barselona Konferansı esnasında gerçekleştirmiş olduğu şu tespiti tekrarlamak faydalı olabilecektir:

<sup>27</sup> Bkz. “What Are Deep Water Ports?”, via [www.marineinsight.com/ports/what-are-deep-water-ports/](http://www.marineinsight.com/ports/what-are-deep-water-ports/) (ziyaret tarihi: 24/11/17).

<sup>28</sup> *ibid.*

<sup>29</sup> Bkz. 33 U.S. Code § 1502 (9).

<sup>30</sup> Bkz. CHURCHILL, paragraf 3.

“Limanlar, tüm zamanlarda ve tüm yerlerde, onlara sahip olan ülkelerin hayatî parçalarını teşkil ederler (...) abartılmadan şu ifade edilebilir ki, birçok ülke için onların yabancı ülkelerle bağlantı kurmalarına müsaade eden limanlar, varlıkları için temel organlardır”<sup>31</sup>.

Her ne kadar, bu tespit geçtiğimiz yüzyılın başında ortaya konulmuş olsa da, bugün dahi geçerliliğini sonuna kadar korumaktadır.

Gerçekten de devletlerin dışarıya açılan en önemli kapıları olan limanların gerek ülke ekonomisine, gerek ülke ticaretine sağladıkları katkı tartışılmaz boyuttadır. Bu önemi ortaya koyan ciddi bir örnek *Rotterdam Limanı* için verilebilir. II. Dünya Savaşı esnasında yoğun bombardımana maruz kalan Rotterdam Limanının önemli bölümü kullanılamaz hâle gelmiş, savaş sonrasında gelen yardımlarla şehirden evvel öncelikle liman yeniden inşa edilmiştir<sup>32</sup>. Bu da limanların önemini ortaya koymakta, kanımızca, esaslı bir misal teşkil etmektedir. Nitekim, II. Dünya Savaşı sonrasında neredeyse tamamı yıkılan Rotterdam Limanı, bugün için dünyanın en önemli limanlarından biri hâline gelmiş ve günümüzde Hollânda ekonomisine hayat veren damarlardan biri konumundadır<sup>33</sup>.

Nitekim, Avrupa Birliği (AB) Komisyonu tarafından hazırlanan bir çalışmada Birlik üyesi ülkelerdeki büyük limanların sadece kendi ülkelerinin ekonomisi için değil, birçok başka üye ülkenin ekonomisi için, hattâ tüm AB için büyük rol oynadığına işaret edildikten sonra, trans-Avrupa liman şebekesini oluşturan toplam 329 limandan 104’ünün temel öneme sahip olduğu, 2007 ilâ 2013 yılları arasında *AB Komisyonunun* liman projelerine 485 milyon Avro sağladığı, yine bu yıllar arasında liman projeleri için *Avrupa Yatırım Bankasından* 2 milyar 180 milyon Avro tutarında borç verildiği, bu limanlarda doğrudan 469.000 kişiye iş olanağı sağlanmışken, dolaylı olarak bu rakamın üç milyona çıktığı ve 2012

<sup>31</sup> Bkz. “*Verbatim Reports and Texts Relating to the Convention on Freedom of Transit*”, Geneva, 1921, s. 151.

<sup>32</sup> Bkz. WEIGEND, s. 188-189.

<sup>33</sup> Meselâ, 2008 yılında tüm ekonomiye katkısının 15 milyar Avro olduğu vurgulanan Rotterdam Limanının, böylece 2008 yılındaki krize rağmen bu güçlü pozisyonun etkilenmediğinin altı çizilmektedir. Bkz. “Rotterdam, the Most Important Port in Europe”, *supra* dipnot: 2. Hattâ, bazı yazarlar, büyük limanların ekonomiye yaptıkları katkının artılkeyle sınırlı kalmadığına, yaptıkları ekonomik katkının küresel ölçekte mercek altına alınması gereğine işaret ederek, dünya ticaretinin Rotterdam Limanı ve çevresine olan etkisini ele almışlardır. Bkz. HEIJMAN W. & GARDEBROEK C. & van OS W., *The Impact of World Trade on the Port of Rotterdam and the Wider Region of Rotterdam-Rijnmond, Case Studies on Transport Policy*, vol. 5/2, 2017, s. 351-354.

yılında AB limanlarında toplam eleçlenen yük miktarının 3.7 milyar tonu bulunduğu ortaya konulmuştur<sup>34</sup>. Sadece bu rakamlar dahi limanların önemini ortaya koymaya kâfi gelecektir.

Limanların önemi ortaya konulduktan sonra, derin su limanlarının önemi ve öncelikle de onlara neden gerek duyulduğunun belirtilmesi isabetli olacaktır. Bu itibarla, teknolojik gelişmelerin ekonomik ihtiyaçlarla harmanlanması sonucu derin su limanlarına ihtiyacın kaçınılmaz bir biçimde ortaya çıktığının ve önemlerinin tam da bu noktada belirlediğinin ifade edilmesi yanlış olmasa gerektir.

1970'lerin başında yaşanan petrol krizi petrolün önemini, özellikle enerji ihtiyacı olan Batılı devletler açısından bir kez daha ortaya koymuş ve her ne kadar bu devletler çeşitli önlemlerle petrol ithalatlarını dengelemeye çalışmışlarsa da bu konudaki dışa bağımlılıklarını sonlandırmakta zorlanmışlar, bunun sonucunda da dıştan sağladıkları petrolün en ekonomik biçimde ülkelerine getirilmesi bir zorunluluk hâline gelmiştir ki, tam da bu noktada teknolojik gelişmelerin de el vermesiyle artan tanker boyutları derin su limanlarına olan ihtiyacı gündeme taşımıştır<sup>35</sup>. Tanker boyutları bir yana<sup>36</sup>, günümüzde deniz ticaretinin lokomotiflerinden olan konteyner gemiciliğinde de gitgide artan gemi boyutlarıyla karşılaşılmaktadır<sup>37</sup>. Boyutları büyüyen bu dev gemilerin

<sup>34</sup> Bkz. "Ports: An Engine for Growth—Where We're Headed One Year on", *European Commission – Directorate General for Mobility and Transport*, 2014, özellikle s. 2 ve 8-9 via [http://ec.europa.eu/transport/modes/maritime/ports\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/modes/maritime/ports_en.htm) (ziyaret tarihi:08/12/17).

<sup>35</sup> Genel olarak bu konuda bkz. HIRSCH A., *Special Circumstances: Superports*, in *Law of the Sea: The Emerging Regime of the Oceans*, edited by Gamble & Pontecorvo, Ballinger Publishing Company, Massachusetts 1973, s. 219-220; GRAHAM K.A., *The Regulation of Deepwater Ports*, *Virginia Journal of International Law*, vol. 15/4, 1975, s. 927-928; LAWRENCE W.H., *Superports, Airports and Other Fixed Installations on the High Seas*, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 6/4, 1975, s. 577 ve özellikle dipnot: 20; ERRICKSON D.C., *The American Superport-Destiny or Dinosaur?*, *Marine Affairs Journal*, vol. 10, 1986, s. 127-132. Ayrıca, bkz. DORSHAW S.A., *The International Legal Implications of Off-Shore Terminal Facilities*, *Texas International Law Journal*, vol. 9/2, 1974, s. 205.

<sup>36</sup> Tanker boyutlarının tarihî gelişimi bağlamında bir değerlendirmeye dair bkz. ERRICKSON, s. 127-128. Ayrıca, ilâveten bkz. *infra* dipnot: 51.

<sup>37</sup> Konteyner gemilerinin boyutları, tıpkı tankerlerde olduğu gibi her geçen gün artmaktadır. 2002 yılında yayınlanan bir makalede ele alınan büyüklüklere bakıldığında ilerlemenin boyutları gözler önüne serilecektir. Baird, 2002 yılındaki makalesinde konteyner gemilerine ilişkin gerçekleştirdiği değerlendirmelerde konteyner gemilerinin boyutlarındaki gelişmeyi ele almış, o gün için en büyük geminin 346.7 metre uzunluğu haiz ve gerçek TEU kapasitesinin ise 7760 olduğunu dile getirmiş, ilerleyen yıllarda varsayımsal olarak 15000 TEU'luk gemiler inşa edilebileceğini ve bunların olası

mevcut limanlar tarafından misafir edilmesi her geçen gün zorlaşmakta ve limanlar buna göre yenilenmek ve modernleştirilmektedir<sup>38</sup>. Kıyılarıdaki birçok limanın dip kazısı yoluyla derinliklerinin arttırılmaya çalışıldığı ve limanlara erişim için de deniz diplerinin derinleştirilmesi suretiyle erişim kanallarının açıldığı veya yine kıyıda ama derinliği fazla olan alanlarda yeni limanlar inşa edildiği gözlenmektedir. Meselâ, Akdeniz’de Fransa’ya ait Marsilya Limanının büyüyen tankerleri misafir edememesi ve özellikle sömürgelerin bağımsızlıklarını kazanmasından sonra Marsilya Limanına gelen yük miktarının ciddi şekilde düşmesiyle baş edebilmek adına 1960’ların başında yine Marsilya yakınlarında Fos Körfezinin kıyısında derin su limanı inşa edilmesi gündeme gelmiş, inşa çalışmaları 1965 yılında başlamış ve 1971’de liman işlevsel hâle getirilmiştir<sup>39</sup>.

uzunluklarının 400 metreyi bulabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. BAIRD A.J., Container Vessels in the New Millenium: Implications for Seaports, *Ocean Yearbook*, vol. 16, 2002, s. 300-327. Günümüzde konteyner kapasitesinin çoktan 15000 TEU’yu geçtiği ve gemi boyutlarının gerçekten de 400 metreye ulaştığı gözlenmektedir. Konteyner gemilerinin boyutlarının büyümesinde tek duraklama 2008 yılında küresel boyutta yaşanan ekonomik krizle gerçekleşmiş, ama 2010 yılından itibaren bu büyüme trendi yine yakalanmıştır. Bugün dünyanın en büyük 10 konteyner gemisinin boyutları her şeyi gözler önüne sermektedir. Bu itibarla el’an günümüzdeki en büyük konteyner gemileri, uzunlukları, ağırlıkları ve konteyner kapasiteleri sırasıyla şu şekilde sıralanmaktadır: OOCL Hong Kong (399.87 metre, 197317 DWT, 21413 TEU); Madrid Maersk (399 metre, 192672 DWT, 20568 TEU); MOL Triumph (400 metre, 192672 DWT, 20170 TEU); MSC Diana (399.999 metre, 197708 DWT, 19462 TEU); MSC Ingy (399.990 metre, 201869 DWT, 19462 TEU); MSC Eloane (399.990 metre, 201869 DWT, 19462 TEU); MSC Mirjam (399.990 metre, 196000 DWT, 19462 TEU); MSC Rifaya (399.990 metre, 196000 DWT, 19462 TEU); MSC Leanne (399.990 metre, 172785 DWT, 19462 TEU) ve MSC Jade (398.400 metre, 199000 DWT, 19224 TEU). Bkz. “10 World’s Biggest Container Ships in 2017”, *Marine Insight*, 2017 via [www.marineinsight.com/know-more/10-worlds-biggest-container-ships-2017/](http://www.marineinsight.com/know-more/10-worlds-biggest-container-ships-2017/) (ziyaret tarihi: 29/11/17). Görüldüğü üzere, günümüzdeki en büyük konteyner gemisi 21000 TEU sınırını geçmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, belirtilmelidir ki, konteyner gemilerinin boyutlarının büyüme trendi devam edecektir ve bugün için ortaya konulan bu büyüklüklerin kısa sürede aşılacağını ileri sürülmesi yanıltıcı olmasa gerekir.

<sup>38</sup> Fransa’nın, Atlantik Okyanusu kıyısındaki en büyük limanı olan Le Havre Limanının kuzeyinde, aşağıda değinileceği gibi, Antifer’i inşa etmesi örneğinde görüldüğü üzere. Bkz. *infra* bir sonraki bölüm (III. Bölüm) ve dipnot: 46.

<sup>39</sup> Bkz. TUPPEN J.N., The Port-Industrial Complex of Fos: A Regional Growth Centre?, in *Seaport Systems and Spatial Change: Technology, Industry, and Development Strategies*, edited by Hoyle & Hilling, John Wiley & Sons, Suffolk 1984, s. 303-325, özellikle s. 304-305. Ayrıca, Fos Limanının sağlamış olduğu iş imkânları haricinde çevresinde geliştirilen sanayi merkezinin de istihdama katkısına dikkat çekilmektedir.

Bu çerçevede bir başka çözüm ise, makalenin de konusunu teşkil eden ve nispetten daha derin sularda bu dev gemileri ağırlayabilecek nitelikte açıkta konumlanan derin su limanları inşa edilmesi olmaktadır. Açıkta konumlanan derin su limanlarının inşasına ilişkin büyüyen gemi boyutları bir yana, diğer bir neden günümüzde ortaya çıkan güvenlik kaygıları olarak ifade edilebilir. Nitekim, 11 Eylül sonrasında Amerika Birleşik Devletleri'ne gelen büyük gemilerin kıyıda çok uzakta inşa edilecek bir limanda yüklerinin güvenli bir şekilde boşaltılması ve bu limandan kıyıda ki limanlara daha küçük gemilerle taşımacılığın yapılmasının önerildiğine şahit olunmuştur<sup>40</sup>.

### III. MEVCUT VE PLÂNLANAN KIYIDAN AÇIKTA KONUMLANAN BAZI DERİN SU LİMANLARINA DAİR

Kıyılardaki derin su limanlarına, yukarıda da vurgulandığı üzere, ticarete kullanılan gemi boyutlarının devasa hâle gelmesi sonucunda, sıklıkla rastlanmaktadır<sup>41</sup>. Hattâ, kıyıda konumlanan önemli limanların belirli kesimlerinde derin su rıhtımları oluşturulmaktadır<sup>42</sup>. Daha evvelde belirtildiği üzere, bu makale kıyıda konumlanan bu tür limanlarla ilgilenmemektedir.

1970'lerin başında ortaya çıkan petrol kriziyle birlikte sanayileri petrol ve türevi hammaddelere bağımlı olan sanayileşmiş devletlerde, özellikle de Amerika Birleşik Devletleri'nde, petrolün en ekonomik biçimde taşınması gündeme gelmiş ve bunun için de en belirgin çözüm teknolojinin de sağlamış olduğu yardımla petrol ve türevi maddeleri taşıyan tankerlerin, yukarıda da belirtildiği gibi, boylarının büyütülmesi olmuştur. Bu da beraberinde yetersiz liman sorunu doğurmuştur. Daha açık bir ifadeyle, mevcut limanlar, boyutları muazzam hâle gelen bu

<sup>40</sup> Bkz. ÇAMYAMAÇ A., Yapay Adalar ve Uluslararası Deniz Hukuku, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 82 Sayı 1, 2017, s. 100.

<sup>41</sup> Kıyıda konumlanan derin su limanlarının Avrupa Kıtasındaki en eskilerinden Fransa'ya ait ikisinden biri Akdeniz'de konumlanan Fos Limanı iken bir diğeri Atlantik Okyanusunda konumlanan Antifer'dir. Günümüzde en büyük konteyner limanı olarak belirtilen Çin'in Şangay kentinin güneyinde Hangzhou Körfezindeki Büyük ve Küçük Yangshan Adalarının kıyısında konumlandırılmış Yangshan Derin Su Limanı en büyük konteyner gemilerini misafir edebilecek şekilde inşa edilmiştir. Bkz. "Yangshan Deep Water Port" via [www.topchinatravel.com/china-attractions/yangshan-deep-water-port.htm](http://www.topchinatravel.com/china-attractions/yangshan-deep-water-port.htm) (ziyaret tarihi: 05/12/17).

<sup>42</sup> Rotterdam Limanında, daha o dönemde bile örneğin büyük tankerleri ağırlayabilecek derin su rıhtımlarının olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. CHARLIER J., The Benelux Seaport System, *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, vol. 87/4, 1996, s. 313-314.

tankerleri ağırlayacak niteliği haiz değildir<sup>43</sup>. Daha öncede yer verildiği üzere, 1974 yılında bu konuya ilişkin Amerika Birleşik Devletleri'nde *Derin Su Limanları Kanunu* yayınlamıştır.

Açıkta konumlanan derin su limanlarından en önemlilerinin başında 1972'de inşası tamamlanan ve Amerika Birleşik Devletleri'nin bu alandaki ilk limanı konumundaki "Louisiana Kıyı Açığı Petrol Limanı" (*Louisiana Offshore Oil Port/LOOP*) gelmektedir<sup>44</sup>. Louisiana Eyaletinin kıyılarından yaklaşık 29 km (18 deniz mili) açıkta Meksika Körfezinin derin sularında konumlanan bu liman<sup>45</sup> hâlen Birleşik Devletler'in bu konudaki en önemli limanı konumundadır<sup>46</sup>. LOOP dışında Amerika Birleşik Devletleri'nde şu an için iki aktif derin su limanı daha vardır ki, bu itibarla Gloucester'in (Massachusetts) 10 mil güneyinde konumlanan *Neptune Derin Su Limanı*<sup>47</sup> ve Massachusetts Körfezinin 13 mil açığında

<sup>43</sup> Meselâ, *Dunfee*, o dönem için, bu süper tankerlerin, limanlar ve erişim kanalları için gerektirdiği minimum derinliğin 94 fit olduğunu, buna karşılık Amerika Birleşik Devletleri'nde, gerek batı, gerek doğu kıyılarındaki mevcut limanlardan en derinlerinin ancak 44 fite ulaşabildiğini aktarmıştır. Bkz. DUNFEE, s. 604.

<sup>44</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde aynı dönemde projelendirilen, fakat hayata geçirilemeyen bir diğer kıyıda açıkta konumlandırılacak derin su limanı SEADOCK olarak bilinmektedir. Teksaslı sekiz petrol şirketinin ortaklığında Aralık 1975'te ortaya çıkan proje ile SEADOCK adlı bu derin su limanının Freeport, Teksas'ın 26 mil açığında konumlandırılması plânlanmıştır. SEADOCK'a dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. GRAHAM, s. 932-933; MARCUS H.S., *Marine Transportation Management*, Croom Helm, Kent 1987, s. 201-220, özellikle s. 201-206.

<sup>45</sup> *Louisiana Kıyı Açığı Petrol Limanı*na ilişkin teknik veriler için bkz. via <https://www.loopllc.com/Information-Central/Port-Information> (son ziyaret tarihi: 01/12/17).

<sup>46</sup> Bkz. ERRICKSON, s. 134-136; MARCUS, s. 201-220, özellikle s. 201-206. LOOP'un 300000 DWT ve üzeri tankerleri ağırlayabilecek Amerika Birleşik Devletleri'ndeki tek liman olduğu belirtilmektedir. Bkz. "Oil Tanker Sizes Range from General Purpose to Ultra-Large Crude Carriers on AFRA Scale", September 16 2014 via [www.eie.gov/todayinenergy/detail.php?id=17991](http://www.eie.gov/todayinenergy/detail.php?id=17991) (ziyaret tarihi: 03/01/18). Öte yandan, özellikle bu limanın inşaa süreci ve çevresel etkilerine dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. THERIOT J.P., *Building America's First Offshore Oil Port: LOOP*, *Journal of American History*, June 2012, s. 187-196; THERIOT J.P., *American Energy Imperiled Coast: Oil and Gas Development in Louisiana's Wetlands*, Louisiana State University Press, Bouton Rouge 2014, s. 104-130.

<sup>47</sup> Kuzeybatı bölgesinin doğal gaz ihtiyacı çerçevesinde faaliyetlerini sürdüren bu derin su limanı, talepteki düşüş nedeniyle 22 Haziran 2013 tarihinde "Birleşik Devletler Denizcilik İdaresi"ne (*The US Maritime Administration*) başvurarak faaliyetlerini 5 yıl boyunca askıya alma izni istemiş, İdare de bu isteğe 22 Haziran 2013 tarihinde ilgili tesisin sürdürülebilir konumunu muhafaza etmesi koşuluyla olumlu yanıt vermiştir. Bkz. "Approved Application and Operational Facilities", *The U.S. Maritime Administration*,

konumlandırılan *Northeast Gateway Derin Su Limanı*<sup>48</sup> önemli kıyı açığı limanlar arasındadır<sup>49</sup>. Öte yandan, 2004 yılında izni alınan 2005 yılında faaliyete geçen ve 2011 yılında piyasa koşulları sebebiyle kapatılan kıyıda açıkta inşa edilmiş olan doğal gaz limanı *Gulf Gateway Derin Su Limanı*<sup>50</sup> da yine dönemi için ön plâna çıkan örneklerden olmuştur.

Fransa'da 1970'lerin başında Seine Körfezinin doğusunda Le Havre'nin hemen kuzeyinde inşa edilen Antifer Limanı ise, dönemin en büyük tankerleri olan 540000 DWT'luk Batillus sınıfı tankerleri misafir edebilecek şekilde projelendirilmiştir<sup>51</sup>. Kıyıda, tepenin hemen eteğinde 35 hektarlık petrol depolama ve pompalama tesislerinin olduğu limanda, kıyıda başlayan ve çengel şeklinde açığa uzanan 3,5 km'lik bir dalga kıran ile korunan, 8 ilâ 22 metre derinliği haiz ve aynı anda iki dev tankeri ağırlayacak şekilde tasarlanan bu limana ulaşım için 25 metre derinliğinde ve 550 metre genişliğinde derin su kanalları kazılmıştır<sup>52</sup>.

Esasen Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa gibi ülkelerde derin su limanlarına ilişkin projeler ortaya çıkarken, ham petrolün çıkartıldığı en

---

via <https://www.marad.dot.gov/ports/office-of-deepwater-ports-and-offshore-activities/approved-applications-and-operational-facilities/> (son ziyaret tarihi: 15/12/17). Ayrıca, bkz. via <https://www.lngworldnews.com/usa-neptune-suspends-lng-deepwater-port-operations/> (ziyaret tarihi: 15/12/17).

<sup>48</sup> Bkz. via <http://exceleerateenergy.com/project/northeast-gateway-deepwater-port/> (ziyaret tarihi: 15/12/17).

<sup>49</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde derin su limanı için "Birleşik Devletler Denizcilik İdaresi"nden lisans alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, onaylanmış 10 derin su limanı başvurusundan günümüze kadar sadece yedi tanesine lisans verilmiştir. Bunlardan üçü, yukarıda metin içerisinde de belirtildiği üzere, hâlihazırda aktif faaliyet gösteren LOOP, Neptune Derin Su Limanı ve Northeast Gateway Derin Su Limanı iken, diğer üçü lisanslarını geri iade etmiş (Gulf Landing Derin Su Limanı, Dolphin Derin Su Limanı, Pelikan Derin Su Limanı) ve lisans verilen sonuncusu ise, metin içerisinde de belirtildiği üzere, sökülüştür. Bkz. "Approved Application and Operational Facilities", *supra* dipnot: 47.

<sup>50</sup> Bkz. "Approved Application and Operational Facilities", *supra* dipnot: 47.

<sup>51</sup> Irak-İran Savaşı esnasında vurularak kızağa alındıktan sonra büyütülen Knock Nevis veya Jahre Viking (458 metre) bir yana günümüze kadar inşa edilen en büyük tanker konumundaki Batillus sınıfı tankerler Fransa'nın St Nazaire tersanesinde inşa edilmiş dört kız kardeş gemiden oluşmaktaydı: Batillus, Bellamy, Pierre Guillaumat, Prairial. Toplam uzunlukları yaklaşık 412 metre ve derinlikleri 70 metre olan tankerlerin her biri 550000 DWT ve üzeriydi. Üçü 1980'li yıllarda parçalanmış bu tankerlerden sonuncusu olan Prairial ise 2003 yılında parçalanmıştır. Günümüzde en büyük tankerler arasında 440000 DWT'luk *Euronav Şirketinin* tankerleri dikkat çekmektedir. Konuya dair bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 94 dipnot: 37.

<sup>52</sup> Bkz. CLOUT H., Le Havre—Antifer: A Giant Channel Port, *GeoForum*, vol. 6/3&4, 1975, özellikle s. 252.



önemli merkezlerden biri konumundaki Ortadoğu'da, özellikle de Basra Körfezinde daha o dönemde kıyıda açıkta konumlanmış birçok derin su limanı olduğu gözden kaçırılmamalıdır<sup>53</sup>. Günümüzde, Basra Körfezindeki derin su limanları içerisinde öne çıkanlar arasında şunlara yer verilebilir: Ras Tanura (Suudi Arabistan), Ras Laffan (Katar), Kharg Adası Petrol Terminali (İran), Mina Al-Ahmadi (Kuveyt). Ayrıca, Basra Körfezindeki derin su limanları arasında en yenilerinden biri Birleşik Arap Emirlikleri'nin 4.6 mil açığında konumlandırılmış olan Khalifa Limanı da es geçilmemelidir<sup>54</sup>.

1970'lerde Kuzey Denizde plânlanan ve hayata geçirilemeyen derin su limanı bir yana<sup>55</sup>, 2008'de Karadeniz'de Romanya açıklarında konumlandırılmış Midia Limanı<sup>56</sup> ve yine Avrupa'da bu kez Trieste açıklarında "T" şeklinde proje aşamasında olan kıyıda açıkta konumlandırılacak derin su limanı<sup>57</sup> örnek olarak bu minvalde dikkat çekmektedir.

En son olarak, bu makaleye de ilham kaynağı olan ve Gdansk Körfezinin içerisinde inşa edilmesi plânlanan yeni bir diğer derin su limanı projesi de göz önünde tutulmalıdır<sup>58</sup>.

Ele alınarak kısaca tanıtılmaya çalışılan bu derin su limanlarının örnek amacıyla verildiği, günümüzde sayılarının bu kadarla sınırlı olmayıp çok daha fazla olduğu ve artan gemi boyutları, güvenlik gibi temel nedenlerle derin su limanlarının sayısında kaçınılmaz olarak yine bir artış yaşanacağına ilâve edilmesi yanlış olmayacaktır.

<sup>53</sup> Nitekim, *Dunfee*, makalesinde, 1976 yılının başındaki bir haberden alıntılıdığı üzere, daha o dönemde 100'ün üzerinde derin su limanının faaliyette olduğu bilgisine yer vermiştir. Bkz. DUNFEE, s. 605.

<sup>54</sup> Bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 97-98.

<sup>55</sup> 1970'lerin başında Kuzey Denizde Londra'nın kuzeybatısına denk gelen bir mahalde, Maplin Kumulları üzerinde uluslararası bir havaalanıyla birlikte derin su limanı projesinin gündeme getirildiği ifade edilmektedir. Bkz. KOERS A.W., *Artificial Islands in the North Sea*, in *Law of the Sea: The Emerging Regime of the Oceans*, edited by Gamble & Pontecorvo, Ballinger Publishing Company, Massachusetts 1973, s. 224.

<sup>56</sup> Romanya'nın Konstanza Kentinin 13.5 km güneyinde kıyıda 8.5 km açıkta konumlanmış bir liman tesisidir. Bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 98.

<sup>57</sup> Bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 99.

<sup>58</sup> Bkz. *supra* dipnot: 2.

## IV. DERİN SU LİMANLARININ HUKUKÎ STATÜSÜNE DAİR

### 1. Genel Olarak İçsuların Hukukî Statüsüne Dair

Derin su limanlarının hukukî statüsünü irdelemeden evvel, içsuların hukukî statüsüne dair kısa bir bilgilendirme yapılması yerinde olacaktır. İçsular, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatların berisinde kalan ve dolayısıyla devletin münhasır egemenliği haiz olduğu alanlardır<sup>59</sup>. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde içsulara dair ayrıntılı bir düzenlemenin söz konusu edilmediği ve bu itibarla da ağırlıklı olarak içsuların dış sınırını teşkil eden esas hatlar bağlamında açıklamalara yer verildiği gözlenmektedir<sup>60</sup>. Nitekim, uluslararası doktrin tarafından da içsuların uluslararası deniz hukukunca ayrıntılı biçimde ele alınmadığı belirtilerek<sup>61</sup>, buna neden olarak da devletlerin kendi kara ülkelerinde yararlandıkları düzeyde egemenlik haklarını kullandıkları alanlardan olan içsuların denizlerin genel düzenini teşkil eden kurallardan etkilenmemesi olarak ifade etmişlerdir<sup>62</sup>.

İçsular dâhilinde yer alan limanlara ilişkin düzenleme ise şu şekilde reçetelendirilmiştir:

<sup>59</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 8 şu şekildedir: “*IV. kısım saklı kalmak kaydıyla, karasuları esas hattının kara tarafında kalan suları, devletin içsular kesimini oluşturur*”.

<sup>60</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 8 ilâ m. 14. İçsulara dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. DEGAN, s. 3-44; LAGONI R., *Internal Waters, Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier Amsterdam 1995, s. 1036-1041; BANGERT K., *Internal Waters, Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10). Ayrıca, bkz. BROWN E.D., *International Law of the Sea: Introductory Manual*, vol. I, Dartmouth Publishing Company, Dartmouth 1994, s. 22-42; CHURCHILL R.R. & LOWE A.V., *The Law of the Sea*, 3rd edition, Manchester University Press, Manchester 1999, s. 60-70; ROTHWELL D.R. & STEPHENS T., *The International Law of the Sea*, 2nd edition, Hart Publishing, Oxford 2016, s. 53-59; TANAKA Y., *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 77-83. Konu hakkında Türk doktrini için bkz. AKIN, s. 189-247; ÖZMAN A., *Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 247-280; KURAN S., *Uluslararası Deniz Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı*, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2016, s. 33-71.

<sup>61</sup> Karşı görüş için bkz. KOHEN M.G., *Is the Internal Waters Regime Excluded from the United Nations Convention on the Law of the Sea?*, in *Law of the Sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, edited by del Castillo, Brill Nijhoff, Leiden 2015, s. 110-124.

<sup>62</sup> Bkz. DEGAN, s. 3. Ayrıca, bkz. BANGERT, paragraf 2.

*“Karasularının sınırlandırılması amacı için, bir liman sisteminin ayrılmaz parçasını oluşturan tesislerden en dıştaki daimî liman tesisleri kıyının ayrılmaz bir parçası olarak kabûl edilirler. Kıyıdan açıkta konumlanan tesisler ve yapay adalar daimî liman tesisleri olarak değerlendirilmezler”<sup>63</sup>.*

İçsuları dâhilinde kalan limanlar, doğal olarak, devletlerin tam egemenliği altındadır. Bu itibarla, yabancı devlet gemilerinin limanlara girişi konusunda doktrindeki hâkim görüş, her ne kadar aksini savunan hukukçular olsa da, ilgili egemen devletin takdirinin geçerli olduğu yönündedir<sup>64</sup>.

## **2. Açıkta Konumlanan Derin Su Limanlarının Hukukî Statüsüne Dair**

İçsuların statüsünden sonra, açıkta konumlanan limanların hukukî statüsünün değerlendirilmesi gerekecektir. Her ne kadar, limanların hukukî statüsü bağlamında, genel olarak, içsular değerlendirilmeliyse de, makalede ele alınan kıyı açığında konumlanan derin su limanlarının hukukî statüsünün, istisnâî durumlar hariç, içsularından farklı olduğu aşikârdır. Bazı yazarların önerdiği üzere<sup>65</sup>, derin su limanlarına ülkesellik tanınıp tanınmayacağı, en azından 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde belirgin değildir<sup>66</sup>. Kıyının açığında konumlanmış derin su limanlarının hukukî statüsüne dair 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi özel bir düzenleme öngörmemiştir. Bu limanların veya liman tesislerinin, her şeyden evvel geniş anlamda yapay ada konumunda olduklarını belirtmek yanlış olmasa gerektir<sup>67</sup>. Bu itibarla, derin su limanlarının ada konumunda olamayacakları ve kendilerine ait başta karasuları olmak üzere deniz yetki alanlarını haiz olmadıkları belirtilmelidir<sup>68</sup>. Burada, inşa edildikleri

<sup>63</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 11.

<sup>64</sup> Limanlara giriş konusu hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ÇAMYAMAÇ, 2012, s. 150-152.

<sup>65</sup> Bkz. DUNFEE, s. 606 vd.

<sup>66</sup> Her ne kadar belirgin değildir gibi bir tespit yapılmış olsa da, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 11’in bu konuda getirdiği düzenleme göz önüne alındığında, kıyı açığında konumlanan derin su limanlarına ülkesellik tanınmasının imkân dâhilinde olmadığını kabûl etmek gerekir.

<sup>67</sup> Geniş anlamda yapay ada tanımı, sadece yapay adaları değil aynı zamanda ilgili maddede belirtilen tesis ve yapıları da kapsar bir biçimde ele alınan yapay ada tanımıdır. Yapay ada tanımı başta olmak üzere, ayırım hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 83-91 ve özellikle de s. 90-91.

<sup>68</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 60/8.

alanlara göre genel bir belirlemeye gidilebilir. Böylelikle, bu alt başlık altında öncelikle inşa yetkisi değerlendirilmeye çalışılacak, sonrasında sırasıyla çevrelerinde ne gibi deniz yetki alanlarının söz konusu olabileceği ve deniz yetki alanlarının hesap edilmesinde göz önüne alınıp alınmayacaklarına dair hususlar kısaca irdelenmeye çalışılacaktır.

#### **a. Derin Su Limanlarının İnşa Yetkisine Dair**

Karasuları dâhilinde yer alan yapay ada konumundaki derin su limanlarının inşası konusunda egemenliğinin de doğal sonucu olarak kıyı devletinin tam yetkili olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte, karasularında inşa edilecek derin su limanı bağlamında, kıyı devleti, zararsız geçiş hakkını engelleyecek şekilde bir konumlandırmaya gitmemeye özen göstermelidir. Bitişik bölge, kıyı devletine sadece belirli konularda idarî ve cezaî yetki tanınan bir deniz alanı olmasından ötürü<sup>69</sup> derin su limanlarının inşa yetkisi açısından bir özellik göstermemektedir.

Karasularının ötesinde, kıta sahanlığı üzerinde ve/veya ilân edilmişse münhasır ekonomik bölge üzerinde derin su limanı inşası konusuna gelince, ilk değerlendirecek alan olan kıta sahanlığında, devletlerin bu alanda canlı ve cansız kaynakların aranması ve işletilmesi konusunda egemen yetkileri haiz olduğu<sup>70</sup>, ikinci alan olarak deniz dibi ve toprakaltı dışında su blokunu da kapsayan münhasır ekonomik bölgede ise daha da geniş olarak yine kıyı devletinin ekonomik yönde egemen hakları haiz olduğu<sup>71</sup> görülmektedir. Bu deniz yetki alanlarında da kıyı devletinin yapay ada ve dolayısıyla derin su limanı inşa yetkisi genel olarak kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Bununla beraber, belki sorulabilecek soru, münhasır ekonomik bölge ilân etmeyen bir devletin kıta sahanlığı üzerinde konteyner limanı inşa etmesinin mümkün olup olmamasına ilişkin olabilir. Çünkü, her ne kadar 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi bu konuda münhasır ekonomik bölgeye ilişkin düzenlemelerinin *mutadis mutandis* kıta sahanlığına da uygulanacağını belirtmiş olsa da, burada dikkat edilmesi gereken husus kıta sahanlığı üzerinde inşa edilecek bir yapay tesisin kıta sahanlığı kaynaklarının çıkartılıp işletilmesine dair olması gereğidir<sup>73</sup>. Petrol ve doğal gaz taşıyan tankerleri misafir etme amaçlı inşa edilecek bir derin su liman tesisi bu amacı gerçekleştirebilse de, konteyner limanının doğrudan bu amacı

<sup>69</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 33.

<sup>70</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 77.

<sup>71</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 56.

<sup>72</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 60 & m. 80.

<sup>73</sup> Konu hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 133-134.

gerçekleştirdiğini iddia etmek zor görünmektedir. Hattâ ilk durum için bile derin su limanını inşa eden devletin kendi kıta sahanlığından çıkartılmayan petrol ve doğal gazın ithali ve orada işlenmesi için bu limanı inşa etmesi durumunda dahi münhasır ekonomik bölgenin ilân edilmemiş olması derin su limanının inşa edilebilirliğini hukukî açıdan sorgulanır hâle getirebilecektir. Tüm bu sorunlar, bu alanda, basit bir biçimde, ilgili kıyı devletince münhasır ekonomik bölge ilân edilmesiyle aşılabilecektir.

Açık denizlerde<sup>74</sup> tanınan özgürlükler arasında yapay adaların, tesislerin ve yapıların inşasına da yer verildiği düşünülürken<sup>75</sup>, hiçbir devletin açık deniz alanlarını egemenliğine katamayacağı, açık deniz alanlarının herkesin (her devletin) kullanımına açık olacağı düzenlemeleri<sup>76</sup> göz önünde tutularak ve seyrüseferin engellenmemesi koşullarına uygun biçimde derin su limanlarının inşa edilebileceği düşünülebilir<sup>77</sup>.

#### **b. Derin Su Limanlarının Çevresindeki Yetki Alanlarına Dair**

Öte yandan, inşa yetkisi bir yana, karasularının ötesinde konumlandırılmış derin su limanlarının yapay ada statüsünde oldukları kabûl edilirse, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde kendilerine ait deniz yetki alanları olamayacağı, sadece azamî 500 metre genişliğinde bir güvenlik bölgesiyle çevrelenebileceklerinin öngörüldüğü belirtilmelidir<sup>78</sup>. İlgili devlet

<sup>74</sup> Deniz yatağına ilişkin inşa yetkisinin değerlendirilmesi bakımından bkz. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 147/2(a). Ayrıca, bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 137.

<sup>75</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 87/1(d).

<sup>76</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 88 & 89.

<sup>77</sup> Hemen belirtilmelidir ki, açık denizlerde inşa edilecek bir derin su limanı vesilesiyle açık denizlerin işgâli niteliğini doğuracak bir durum kesinlikle yaratılmamalıdır. Ancak, derin su limanının niteliği düşünülürken açık denizin ilgili alanını iktisap etmeden bunun nasıl başarılacağı tartışmaya açıktır. Öte yandan, bilindiği üzere, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi öncesinde 1958 tarihli Cenevre Açık Denizler Sözleşmesinde yapay ada, tesis ve yapı inşasına ilişkin özgürlüğe açıkça yer verilmemiştir. Nitekim, o dönemde konuyu tartışan yazarlardan *Lawrence*'ın, açık denizlerde derin su limanı inşasının (sadece limanları değil, geniş olarak tüm tesisleri değerlendirmiş) açık denizlerin hukukî niteliğiyle bağdaşmadığını dile getirdiği görülmektedir. Bkz. LAWRENCE, s. 588.

<sup>78</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 60/5.

tarafından belirlenecek bu güvenlik bölgesinin duyurulması gerektiği de açıkça yer verilen bir diğer düzenlemedir<sup>79</sup>.

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi öncesi yazarların yapay adalardan bazılarına, özellikle inşa işlevleri doğrultusunda deniz yetki alanları tanınmasını, en azından bir bölümüne karasuları hakkı verilmesi gerektiğini savundukları gözlenmiştir<sup>80</sup>. Ama, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde yer verilen kesin düzenleme karşısında artık bu tür bir öneri söz konusu olmamaktadır<sup>81</sup>.

Ancak, yapay adaların kendilerine ait deniz yetki alanları olmaması mâkul karşılanabileceken, güvenlik bölgesi olarak sadece 500 metre genişliğin öngörülmesinin, gerçekten de bazı yapay adaların işlevleri göz önüne alındığında, bu genişliğin yetersiz kaldığını düşündürmektedir. Nitekim, özellikle derin su limanlarının çevresinde belirlenecek güvenlik bölgelerinin daha geniş olması gereği vurgulanmıştır<sup>82</sup>. Artan gemi büyüklükleri hesaba katıldığında ve derin su limanlarının temel olarak bu büyük gemiler için inşa edildikleri düşünüldüğünde, gerçekten de 500 metrelik güvenlik bölgesinin yetersizliği görülecektir. Derin su limanlarının misafir etmeyi amaçladığı gemilerin boyutlarının neredeyse 400 metre ve üzeri olduğu ve büyüklükleri ve ağırlıkları sebebiyle durma mesafelerinin diğer gemilerle mukayese edildiğinde oldukça uzun olması

<sup>79</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 60/3.

<sup>80</sup> Özellikle yerleşim amaçlı inşa edilecek yapay adalar için karasuları başta olmak üzere deniz yetki alanlarının önerildiği gözlenmektedir. Meselâ, *Papadakis*, yerleşim amaçlı inşa edilen yapay adalar çevresinde karasuları hakkının tanınmasını savunmuş, *Beazley* ise yine yerleşim amaçlı inşa edilen yapay adaların çevresinde 500 metrelik tamamen yasaklı bir bölge ile birlikte 12 deniz mili genişliğinde bitişik bölge tanınması gerektiğini dile getirmiştir. Sırasıyla bkz. PAPANAKIS N., *The International Legal Regime of Artificial Islands*, Sijthoff Publications, Leyden 1977, s. 104-106; BEAZLEY P.B., *Territorial Sea Baselines*, *International Hydrographic Review*, vol. 48/1, 1971, s. 151. Ayrıca, bkz. PHYLACTOPOULOS A., *Artificial Islands and Installations: A Call for International Legislative Action*, *International Relations*, vol. 4/5, 1972, s. 434; PAWSON O., *Implications of Floating Communities for International Law*, *Marine Policy Reports*, vol. 1/1, 1989, s. 114.

<sup>81</sup> Bkz. *supra* dipnot: 68.

<sup>82</sup> Bkz. KNIGHT H.G., *International Legal Aspects of Deep Draft Harbor Facilities*, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 4/3, 1973, s. 395; PAPANAKIS, s. 109; DUNFEE 610 vd. Konuya ilişkin ayrıca, bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 148-149.

gibi hususlar<sup>83</sup> göz önüne alındığında daha geniş güvenlik bölgelerinin mâkul karşılanabileceği ifade edilebilir<sup>84</sup>.

Öte yandan, belirtilmelidir ki, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 60/5'te yer verilen düzenleme çerçevesinde, iki durumda, kıyı devletlerince 500 metrenin üzerinde de güvenlik bölgesi belirlenebileceği öngörülmüştür: genel olarak kabul gören uluslararası standartların ortaya çıkması veya yetkili uluslararası örgütün bu konudaki tavsiyesi<sup>85</sup>. Ama, ne var ki, belirlenebilecek veya kabul görecektir uluslararası standartların ne şekilde, kimin tarafından veya hangi şartlarla oluşacağı açık olmadığı gibi, hangi kurumun tavsiyede bulunabileceği veya daha açık ifadeyle Uluslararası Denizcilik Örgütü dışında başka bir kurumun tavsiyede bulunup bulunmayacağı gibi temel hususlar yeterli açıklıkta değildir<sup>86</sup>. Ayrıca, bu düzenlemenin istisnası ise bilimsel

<sup>83</sup> 1970'li yıllardaki bir çalışmada 250000 DWT'luk bir tankerin ideal hava şartlarında tam durma mesafesinin 22 dakika sürdüğü ve asgarî üç deniz millik mesafeyi gerektirdiği aktarılmıştır. Bkz. DUNFEE, s. 610.

<sup>84</sup> Derin su limanlarının büyük bir bölümünün inşa teknikleri göz önüne alındığında sabit olmadığı gözlenmektedir. Bu çerçevede, sabit nitelikte olmayan bir tesis çevresinde kabul edilecek 500 metrelik güvenlik bölgesinin de bir anlam ifade etmeyebileceği ayrıca göz önünde tutulmalıdır. Derin su limanlarının inşa teknikleri açısından sınıflandırılmasına dair bkz. ERRICKSON, s. 129.

<sup>85</sup> Doktrindeki yazarların çoğunun konuyu değerlendirmede, ancak küçük bir bölümünün konuyu belirtmekle yetindiği gözlenmektedir. Konuyu belirten yazarlar için bkz. ATTARD D., *The Exclusive Economic Zone in International Law*, Clarendon Press, Oxford 1987, s. 90; SYMONIDES J., *The Legal Status of Islands in the New Law of the Sea*, *Revue de droit international, de sciences, politiques et diplomatiques*, vol. 65/1, 1987, s. 176; KWIATKOWSKA B., *The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1989, s. 120; CHURCHILL & LOWE, s. 167; ELFERINK A.G.O., *Artificial Islands, Installations and Structures*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraf 15 via [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com) (son ziyaret tarihi: 04/10/10).

<sup>86</sup> Konuya dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ÇAMYAMAÇ, 2017, s. 147-148. Buna karşılık, *Elferink* bu konuda gerçekleştirdiği açıklamalarında Uluslararası Denizcilik Örgütü tarafından yetkilendirilen veya tavsiye edilen durumlar haricinde şeklinde bir belirlemeye gitmek suretiyle, bu istisnanın yetki veya tavsiye şeklinde sadece Uluslararası Denizcilik Örgütüne gerçekleştirileceğini vurgulamaktadır. Bkz. ELFERINK, paragraf 15. Kuşkusuz bu konuda "Uluslararası Denizcilik Örgütü"nü yetkisi ve önderliği inkâr edilemese de, tek yetkili olması konusu, kanımızca, tartışmaya açıktır. Meselâ, yeri geldiğinde "Uluslararası Sivil Havacılık Teşkilâtı" veya "Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı" gibi diğer örgütlerin de devreye girebileceği veya en azından Uluslararası Denizcilik Örgütü ile koordineli biçimde çalışılabileceği düşünülmelidir.

araştırma tesisleri için oluşturulmuştur ki, bu tesislerin çevresindeki güvenlik bölgeleri 500 metreyi hiçbir şekilde geçmeyecektir<sup>87</sup>.

**c. Derin Su Limanlarının Deniz Yetki Alanlarına Sahip Olunması Açısından Göz Önüne Alınıp Alınmayacaklarına Dair**

Kendilerine ait bir deniz yetki alanına sahip olamayacakları ve fakat sadece güvenlik bölgesini haiz olabilecekleri ortaya konulduktan sonra, açıkta konumlanan derin su limanlarının kıyı devletinin deniz yetki alanlarının belirlenmesinde kullanılıp kullanılmayacaklarının da kısaca ele alınması gerekmektedir.

*Bowett*, örneğin, yapay adaların karasularının olamayacağı ve deniz yetki alanlarının sınırlandırmasına etki edemeyecekleri yönlü düzenlemenin yapay adaların esas hattın belirlenmesinde kullanılmalrı açısından da bir olumsuzluk yaratacağını, buna karşılık m. 11'in ilk cümlesinde yer alan en dıştaki liman tesislerinin kıyının bir parçasını oluşturur düzenlemesinin<sup>88</sup> bu konuda bir istisna yarattığını ama daha sonra eklenen bir cümleyle kıyıda açıkta konumlanan tesis ve yapay adaların daimî liman tesisi sayılmayacaklarının düzenlendiğini belirtmiş ve bu düzenlemeye karşın ortada yine belirsizliklerin olduğunu dile getirmiştir<sup>89</sup>. Yazar, özellikle "limanın ayrılmaz parçasını teşkil eden tesisler" (*integral harbour works*) ile "kıyıda açıkta konumlanan tesisler" (*offshore installations*) ayırt edilmesinin zorluğuna dikkat çekmiş ve bunlar arasında suyla bir ayırım bulunmadığı takdirde, kıyıda ne kadar uzakta konumlanırlarsa konumlanırlar, daimî liman tesisi olarak kabûl edilebileceklerine işaret etmiştir<sup>90</sup>.

Nitekim, *Bowett*'i haklı çıkarırcasına Katar'ın kıyıda 4,5 mil açığa kadar uzanan Ras Laffan Liman tesislerinin veya iki ayrı set/mendirek olarak kıyıda liman tesisinden bir milin  $\frac{3}{4}$ 'ü oranında açığa uzanan Suudi Arabistan'a ait Ra's Tannurah Petrol terminalinin ve hattâ tek bir mendirek olarak dört deniz mili açığa uzanan yine Suudi Arabistan'a ait Ra's Al Ju'aymah LPG terminalinin ülkelerinin esas hat noktalarını teşkil

<sup>87</sup> 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 260 şu şekildedir: "Bu Sözleşmenin ilgili hükümlerine uygun olarak bilimsel araştırma tesislerinin çevresinde 500 metreyi aşmayacak mâkul genişlikte güvenlik bölgeleri oluşturulabilir".

<sup>88</sup> *Bowett* 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 8 ile taslak metin m. 11'i karşılaştırmıştır.

<sup>89</sup> Bkz. BOWETT D.W., *The Legal Regime of Islands in International Law*, Oceana Publications, New York 1979, s. 136-138.

<sup>90</sup> Bkz. BOWETT, s. 138.



ederek karasularını ileriye doğru genişlettiği ifade edilmektedir<sup>91</sup>. Bu çerçevede, *Carleton*, özellikle İngiliz uygulamasında kıyıdan belirli uzaklıkta konumlanan ve doğrudan liman tesisinin bir parçasını teşkil etmeyen liman tesislerinin bu niteliği haiz olamayacağının kabûl edildiğini vurgulayarak, meselâ kıyıdan açıkta konumlanan tesisin sadece deniz altından bir petrol boru hattıyla bağlı olmasının o tesisi esas hat noktası yapmayacağına işaret etmiştir<sup>92</sup>.

## V. GDANSK KÖRFEZİNDE İNŞA EDİLECEK AÇIKTA KONUMLANMIŞ DERİN SU LİMANINA DAİR

Tüm bu değerlendirmelerle birlikte, girişte bu makalenin yazılmasına vesile olan Gdansk Körfezinde inşa edilecek yeni derin su limanını da bu çerçevede kısaca ele almak gereklidir. Her şeyden evvel, Gdansk Körfezi dâhilinde gerçekleştirilecek derin su limanı projesi muhtemeldir ki<sup>93</sup>, Polonya karasuları hattâ körfezin kapatma hattının berisinde yâni Polonya içsuları dâhilinde kalacaktır<sup>94</sup>. Bu çerçevede de,

<sup>91</sup> Bkz. CARLETON C., Problems Relating to Non-Natural and Man-Made Basepoints under UNCLOS, in *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, edited by Symmons, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, s. 36-42. Karşı görüş için bkz. JAYEWARDENE H.W., *The Regime of Islands in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1990, s. 9.

<sup>92</sup> Bkz. CARLETON, s. 38. Yazar bu bağlamda, yine Ra's Tannurah'ta 1,5 ilâ 2¼ deniz mili uzaklıkta konumlanan Deniz Adaları Terminallerini (*Sea Islands Terminals*) örnek olarak göstermiştir.

<sup>93</sup> Gdansk Limanının mevcut hâlinde petrol ve sıvı gaz terminallerinin kıyıdan açığa uzanan mendireklerden oluştuğu görülmektedir. Bkz. via [www.portgdansk.pl/about-port/general-info](http://www.portgdansk.pl/about-port/general-info) (son ziyaret tarihi: 05/01/18).

<sup>94</sup> Oldukça geniş bir körfez olan Gdansk Körfezinin bir bölümü Rusya Federasyonuna (Kaliningrad) aittir. İki devlet, Polonya ve Rusya (SSCB) bu alanda doğrudan deniz sınırlandırmasına ilişkin olarak sırasıyla şu üç antlaşmayı imzalamışlardır: 1958 tarihli "Baltık Denizinin Gdansk Körfezinde Polonya ve Sovyet Karasularının Sınırlandırılmasına İlişkin Polonya Halk Cumhuriyeti Hükûmeti ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Hükûmeti Arasındaki Protokol" (*Protocol between the Government of the Polish People's Republic and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics Concerning the Delimitation of Polish and Soviet Territorial Waters in the Gulf of Gdansk of the Baltic Sea*), 1969 tarihli "Baltık Denizinin Güneydoğu Kesimi ve Gdansk Körfezinde Kıta Sahaneliği Sınırlandırılmasına İlişkin Polonya Halk Cumhuriyeti ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Arasındaki Antlaşma" (*Treaty between the Polish People's Republic and the Union of Soviet Socialist Republics Concerning the Boundary of the Continental Shelf in the Gulf of Gdansk and the South-Eastern Part of the Baltic Sea*) ve 1985 tarihli "Baltık Denzinde Karasularının, Ekonomik Bölgenin, Balıkçılık Bölgesinin ve Kıta Sahaneliğinin Sınırlandırılmasına Dair Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve Polonya Halk Cumhuriyeti Arasındaki Antlaşma" (*Treaty between the Union of Soviet Socialist Republics and the People's*

derin su limanını inşa etme yetkisi münhasıran Polonya devletine ait olacaktır. Buna rağmen, Gdansk Körfezi dâhilinde inşa edilecek derin su limanı Gdansk Körfezi kıyısında konumlanmış başta Gdynia ve Gdansk limanları olmak üzere diğer gemi güzergâhlarını olumsuz şekilde etkilemeyecek bir konumda inşa edilmelidir.

İnşa edilecek bu kıyı açığı liman tesisinin deniz yetki alanlarının belirlenmesinde esas hat noktası olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususu öncelikle kıyıya bağlantısının nasıl olacağıyla doğrudan ilişkili olacaktır. Ama, daha da önemlisi, ilgili bu körfez alanında Polonya ve diğer kıyıdaş devlet konumundaki Rusya Federasyonu arasında, hâlihazırda, gerek karasuları, gerek kıta sahanlığının mevcut antlaşmalar dâhilinde sınırlandırılmış olması gerçeği karşısında inşa edilmesi plânlanan derin su limanının Polonya tarafından esas hatlarının belirlenmesinde dikkate alınacak bir unsur olmayacağını düşündürmektedir<sup>95</sup>.

*Republic of Poland on the Delimitation of the Territorial Sea (Territorial Waters), the Economic Zone, the Fishery Zone and the Continental Shelf in the Baltic Sea*. İlk Antlaşma iki devlet arasında 18 Mart 1958 tarihinde imzalanmış ve aynı yılın 29 Temmuz'unda yürürlüğe girmişken, ikinci antlaşma 28 Ağustos 1969 tarihinde imzalanmış ve 13 Mayıs 1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Üçüncü antlaşma ise, 17 Temmuz 1985 tarihinde imzalanmış ve 13 Mart 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hemen belirtilmelidir ki, son antlaşmanın 4. maddesi uyarınca ilgili hükümleri ilk iki antlaşmanın ilgili hükümleri yerine geçecektir. Bunun ötesinde, Polonya Hel Yarımadasından Sovyetlerle olan sınır noktasına çizdiği bir kapatma hattını Gdansk Körfezi için kullanmış, fakat ilk iki antlaşmada gerçekleştirilen sınırlandırmalarda bu kapatma hattının göz ardı edildiği görülmüştür. Bu kapatma hattı 29.6 deniz millik uzunluğuyla uluslararası hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır. 1977 yılında Polonya bu hattı uluslararası hukuka uygun bir biçimde yeniden düzenlemiş ve son antlaşmada bu hat da dikkate alınmıştır. Polonya ve Rusya arasındaki ilgili antlaşmalara ve sınıra ilişkin yorum için bkz. FRANCKX E., Poland-Soviet Union, in *International Maritime Boundaries*, vol. II, edited by Charney & Alexander, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1996, s. 2039-2050. Öte yandan, bu antlaşmalardan 1958 tarihli Protokolün ve 1969 tarihli Antlaşmanın İngilizce metinleri için, sırasıyla, bkz. *United Nations-Treaty Series*, vol. 340, no: 4861, 1959, s. 94-97; *United Nations-Treaty Series*, vol. 769, no: 10978, 1971, s. 82-87. Ayrıca, bu üç antlaşmanın da İngilizce metinleri için bkz. CHARNEY J.I. & ALEXANDER L.M. (eds.), *International Maritime Boundaries*, vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1996, s. 2051-2056. Bu açıklamalara ilâve edilmelidir ki, *Bouchez*'in, daha 1958 yılında, 24 deniz millik ölçütle Polonya'nın Gdansk Körfezinin bir kısmını ulusal suları (içsuları) olarak belirleyebileceğine işaret ettiği görülmektedir. Bkz. BOUCHEZ L.J., *The Regime of Bays in International Law*, A.W. Sijthoff, Leiden 1963, s. 70.

<sup>95</sup> Özellikle belirtilmelidir ki, Polonya'nın Gdansk Körfezindeki kapatma hattının berisine düşen bir alanda inşa düşünülüyorsa, zaten esas hat kapatma hattı olduğu için konuyu bu açıdan değerlendirmeye dahi gerek yoktur. Nitekim, açıklanan plânda Gdansk

## SONUÇ

Ülkelerin dış dünya ile bağlantısının en önemli unsurlarından birini teşkil eden limanların, özellikle büyüyen gemi boyutları sebebiyle genişletilme ve derinleştirilme ihtiyacı ortaya çıkmış; bu durumun sonucunda da birçok limanın derin su rıhtımlarıyla genişletildiği veya karada derinliği fazla olan yerlere taşınmak suretiyle yenilendiği görülmektedir. Hattâ, günümüzde sıklıkla limanların kıyıda açıkta, derin alanlarda konuşlandırıldığı gözlenmektedir.

Bu derin su limanlarından birisi de, Gdansk Körfezinde inşa edilmesi plânlanan ve aynı adlı limanın uzantısı olarak projelendirilen tesislerdir. Kıyıda açıkta konumlanan derin su limanlarının veya tesislerinin yapay ada niteliğini haiz olması sebebiyle inşa yetkileri inşa edildikleri deniz yetki alanına göre tespit edilmelidir. Bu çerçevede, Gdansk Körfezinde kıyıda açıkta inşa edilecek derin su limanının/tesisinin muhtemel olarak karasuları, hattâ daha da büyük olasılıkla içsuları dâhilinde olması sebebiyle inşa yetkisi münhasıran Polonya devletine aittir. Bununla beraber, bu limanın mevcut seyrüsefer güzergâhları üzerinde inşa edilmemesi gerekmektedir.

İlgili körfez alanında diğer kıyıdaş Rusya ile sınırlandırmaların yapıldığı hususu da göz önüne alındığında, Polonya'nın bu limanı veya tesisi esas hatlar olarak ele alması pek muhtemel görünmemektedir. Yapay ada niteliğinde görülerek ele alınması olası bu limanın kendine ait deniz yetki alanı olmamakla birlikte, Polonya devleti, ilgili bu derin su limanı çevresinde 500 metre genişliğinde güvenlik bölgesi ilân edebilecektir. Zaten, bu derin su limanı Polonya'nın karasuları veya daha da muhtemel içsuları dâhilinde kalacağı için bu minvalde ciddî bir problemin de ortaya çıkmayacağını mütalâa etmek yanlış olmasa gerektir.

## KAYNAKÇA

- AKIN M.Z., Karasuları, İç Sular, Gemilerin Bu Sulardaki Rejimi ve Kıt'a Sahaneliği, Ankara, 1978.
- ATTARD D., The Exclusive Economic Zone in International Law, Clarendon Press, Oxford 1987.
- BAIRD A.J., Container Vessels in the New Millenium: Implications for Seaports, *Ocean Yearbook*, vol. 16, 2002, s. 300-327.

---

Körfezinde inşa edilmesi düşünülen bu limanın yeri, en azından şimdilik, kapatma hattının berisinde kalmaktadır. Bkz. "Poland to Construct New Deep-Water Port with 100 MMT Cargo Turnover", *supra* dipnot: 2.

- BANGERT K., Internal Waters, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10).
- BEAZLEY P.B., Territorial Sea Baselines, *International Hydrographic Review*, vol. 48/1, 1971, s. 143-154.
- BOUCHEZ L.J., The Regime of Bays in International Law, A.W. Sijthoff, Leiden 1963.
- BOWETT D.W., The Legal Regime of Islands in International Law, Oceana Publications, New York 1979.
- BROWN E.D., International Law of the Sea: Introductory Manual, vol. I, Dartmouth Publishing Company, Dartmouth 1994.
- CARLETON C., Problems Relating to Non-Natural and Man-Made Basepoints under UNCLOS, in *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, edited by Symmons, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2011, s. 31-65.
- CHARLIER J., The Benelux Seaport System, *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, vol. 87/4, 1996, s. 310-321.
- CHARNEY J.I. & ALEXANDER L.M. (eds.), International Maritime Boundaries, vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1996.
- CHURCHILL R.R., Roadsteads, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10).
- CHURCHILL R.R. & LOWE A.V., The Law of the Sea, 3rd edition, Manchester University Press, Manchester 1999.
- CLOUT H., Le Havre—Antifer: A Giant Channel Port, *GeoForum*, vol. 6/3&4, 1975, s. 247-254.
- COLOMBOS C.J., The International Law of the Sea, 6th edition, Longman Group Limited, London 1967.
- ÇAMYAMAÇ A., Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açından Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- ÇAMYAMAÇ A., Yapay Adalar ve Uluslararası Deniz Hukuku, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 82, Sayı: 1, 2017, s. 79-175.
- DEGAN V.D., Internal Waters, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 17, 1986, s. 3-44.
- DORSHAW S.A., The International Legal Implications of Off-Shore Terminal Facilities, *Texas International Law Journal*, vol. 9/2, 1974, s. 205-223.
- DUNFEE G.E., Territorial Status of Deepwater Ports, *San Diego Law Review*, vol. 15/3, 1978, s. 603-622.
- ELFERINK A.G.O., Artificial Islands, Installations and Structures, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (son ziyaret tarihi: 04/10/10).
- ERRICKSON D.C., The American Superport-Destiny or Dinosaur?, *Marine Affairs Journal*, vol. 10, 1986, s. 127-141.
- FRANCKX E., Poland-Soviet Union, in *International Maritime Boundaries*, vol. II, edited by Charney & Alexander, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1996, s. 2039-2050.
- GÖNLÜBOL M., Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukukî Statüsü, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1959.
- GÖZE A., Devletin Ülke Unsuru (Sınırları ve Devletle Olan Münasebeti), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959.

- GRAHAM K.A., The Regulation of Deepwater Ports, *Virginia Journal of International Law*, vol. 15/4, 1975, s. 927-957.
- HEIJMAN W. & GARDEBROEK C. & van OS W., The Impact of World Trade on the Port of Rotterdam and the Wider Region of Rotterdam-Rijnmond, *Case Studies on Transport Policy*, vol. 5/2, 2017, s. 351-354.
- HIRSCH A., Special Circumstances: Superports, in *Law of the Sea: The Emerging Regime of the Oceans*, edited by Gamble & Pontecorvo, Ballinger Publishing Company, Massachusetts 1973, s. 217-222.
- JAYEWARDENE H.W., The Regime of Islands in International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1990.
- JOHNSON L.S., Coastal State Regulation of International Shipping, Oceana Publications, Inc., New York 2004.
- KNIGHT H.G., International Legal Aspects of Deep Draft Harbor Facilities, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 4/3, 1973, s. 367-395.
- KOERS A.W., Artificial Islands in the North Sea, in *Law of the Sea: The Emerging Regime of the Oceans*, edited by Gamble & Pontecorvo, Ballinger Publishing Company, Massachusetts 1973, s. 223-231.
- KOHEN M.G., Is the Internal Waters Regime Excluded from the United Nations Convention on the Law of the Sea?, in *Law of the Sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, edited by del Castillo, Brill Nijhoff, Leiden 2015, s. 110-124.
- KURAN S., Uluslararası Deniz Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2016.
- KWIATKOWSKA B., The 200 Mile Exclusive Economic Zone in the New Law of the Sea, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1989.
- LAGONI R., Internal Waters, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, edited by Bernhardt, North-Holland/Elsevier, Amsterdam 1995, s. 1036-1038.
- LAUN R., Le régime international des ports, *Recueil des cours*, vol. 15, 1926-V, 1926, s. 1-143.
- LAWRENCE W.H., Superports, Airports and Other Fixed Installations on the High Seas, *Journal of Maritime Law & Commerce*, vol. 6/4, 1975, s. 575-591.
- “Legal Aspects of Port Management”, *Report by the UNCTAD Secretariat*, UNCTAD/SHIP/639, February 11 1993 via <http://unctad.org/en/docs/poshipd639.en.pdf> (ziyaret tarihi: 29/11/17).
- MARCUS H.S., Marine Transport Management, Croom Helm, Kent 1987.
- MIKOLAJSKI J., Polish Sea-Ports, Their Hinterlands and Forelands, *Geographica Polonica*, vol. 2, 1964, s. 221-229.
- OĆIOSZYŃSKI T., Poland on the Baltic, Polonia Publishing House, Warsaw 1960.
- ÖZMAN A., Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- PAPADAKIS N., The International Legal Regime of Artificial Islands, Sijthoff Publications, Leyden 1977.
- PAWSON O., Implications of Floating Communities for International Law, *Marine Policy Reports*, vol. 1/1, 1989, s. 101-118.
- PHYLACTOPOULOS A., Artificial Islands and Installations: A Call for International Legislative Action, *International Relations*, vol. 4/5, 1972, s. 427-436.

- ROTHWELL D.R. & STEPHENS T., *The International Law of the Sea*, 2nd edition, Hart Publishing, Oxford 2016.
- SYMONIDES J., *The Legal Status of Islands in the New Law of the Sea*, *Revue de droit international, de sciences, politiques et diplomatiques*, vol. 65/1, 1987, s. 161-180.
- TANAKA Y., *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- THERIOT J.P., *Building America's First Offshore Oil Port: LOOP*, *Journal of American History*, June 2012, s. 187-196.
- THERIOT J.P., *American Energy Imperiled Coast: Oil and Gas Development in Louisiana's Wetlands*, Louisiana State University Press, Bouton Rouge 2014.
- TUPPEN J.N., *The Port-Industrial Complex of Fos: A Regional Growth Centre?*, in *Seaport Systems and Spatial Change: Technology, Industry, and Development Strategies*, edited Hoyle & Hilling, John Wiley & Sons, Devon 1984, s. 303-325.
- “Verbatim Reports and Texts Relating to the Convention on Freedom of Transit”, Geneva, 1921.
- VERZIJL J.H.W., *International Law in Historical Perspective: State Territory*, vol. III, A.W. Sijthoff, Leyden 1970.
- VITÁNYI B., *The International Regime of River Navigation*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn 1979.
- WALKER G.K. (ed.), *Definitions for the Law of the Sea: Terms not Defined by the 1982 Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2012.
- WEIGEND G.G., *Some Elements in the Study of Port Geography*, *Geographical Review*, vol. 48/2, 1958, s. 185-200.

# MODERN DEVLETİN BİR UNSURU OLARAK EGEMENLİK VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

## SOVEREIGNTY AND INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, AS A CONSTITUENT OF THE MODERN STATE

DOI: 10.21492/inuhfd.383612

**Hatice Derya ORMANOĞLU\***

### Özet

Modern devletin vazgeçilmez unsurlarından biri olan egemenlik anlayışı önemli bir dönüşüme uğramıştır. Bugün Jean Bodin'in kurumsallaştırdığı; mutlak, bölünemez ve sürekli olarak nitelendirilen klasik egemenlik anlayışından bahsetmemiz mümkün değildir. Klasik egemenlik anlayışının geçirdiği dönüşümün çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bu sebepleri hukuk devleti, insan hakları, kuvvetler ayrılığı prensibi ve uluslararası kuruluşlar olarak ifade etmemiz mümkündür. Özellikle Birinci ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan uluslararası kuruluşlar devletlerin egemenliğine müdahale konusunda oldukça dikkat çekicidir.

Egemenlik anlayışının geçirdiği bu dönüşüm sırasında dünya birçok katliama ve savaşlara tanıklık etmiştir. Bu doğrultuda da önce ad hoc mahkemeler kurulmuş ardından da Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşuna giden süreç başlamıştır. 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilip, 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe giren Roma Statüsü ile de Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Devlet egemenliğine önemli bir müdahale anlamına gelen Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisi konusunda tamamlayıcılık ilkesinin kabul edilmesiyle, devlet egemenliğine yapılan müdahalenin daha aza indirgenmesi amaçlanmıştır. Aynı zamanda da Statü'ye taraf olacak devlet sayısını arttırmak amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Egemenlik, modern devlet, Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası hukuk, tamamlayıcılık ilkesi

### Abstract

Our understanding of sovereignty, which is one of the essential factors of modern state, has undergone a significant transformation in time. Today, it is impossible to mention a classical understanding of sovereignty which was institutionalized by Jean Bodin as; absolute, indivisible and perdurable. There are various reasons that caused the transformation of classical sovereignty; it can be said that these reasons are constitutional state, human rights, principle of separation of powers and international organizations. The

---

\* Arş. Gör. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,  
E-mail: hdormanoglu@anadolu.edu.tr  
Makale Gönderilme Tarihi: 25.01.2018  
Makale Kabul Tarihi: 23.05.2018

international organizations, especially established after the First and Second World Wars, are quite significant instruments in the process of intervening to the sovereignty of states.

During the transformation of understanding of sovereignty, the world had witnessed numerous massacres and wars. In this respect, firstly ad hoc tribunals had been established, after that the process towards the establishment of International Criminal Court started. International Criminal Court was established with Rome Statute which was acknowledged on July, 17, 1988 and inured on July, 1, 2002. Through the acceptance of complementarity principle in terms of International Criminal Court's jurisdiction, it is intended to minimize the intervention to the sovereignty of states. Also, it is aimed to increase the number of states parties to the Statute.

**Keywords:** Sovereignty, modern state, International Criminal Court, international law, the principle of complementarity

## GİRİŞ

*En üstün iktidar* anlamında kullanılan egemenlik, modern devletin vazgeçilmez unsurları arasında yer almaktadır. Tarihsel süreç içerisinde egemenlik kavramının evrim geçirerek farklı boyutlara ulaştığı görülmektedir.. Modern öncesi dönemde dünyevi nitelik taşımayan siyasi iktidar, feodalitenin hüküm sürdüğü dönemde parçalanmış görünüm sergilerken, feodal dönemin bu parçalanmış iktidar anlayışını ortadan kaldırmak amacıyla iktidar merkezileştirilmiş ve mutlak monarşiler ortaya çıkmıştır. Mutlak monarşilerin en çarpıcı özelliği ise egemenliğin mutlak, sürekli, bölünmez, devredilemez niteliğe bürünmüş olmasıdır. Ancak Jean Bodin'in kuramsallaştırılan 16. yüzyılın mutlak, sürekli, bölünmez niteliklere sahip klasik egemenlik anlayışı bir evrim sürecinden geçmiştir. Hukuk devletinin, insan haklarının ve uluslararası hukukun sahneye çıkıp gelişim göstermesi egemen eşit devletler kavramını ortaya çıkarmış, mutlak egemenlikten sınırlı egemenliğe doğru bir yönelim olmuştur.

Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen uluslararası belgeler, ortaya çıkan uluslararası kuruluşlar egemenliğin sınırlı bir anlam ifade etmesine yol açan etmenler arasındadır. Ardından oluşan Avrupa Birliği, üye devletlerinin hem siyasi hem de hukuki sistemlerini etkilemiş ve üye devletlerin egemenlik yetkisini kullanmalarında sınırlandırıcı bir etkiye sahip olmuştur.

Uluslararası arenada devletlerin egemenlik hakkına müdahale niteliği taşıyan diğer bir oluşum ise Uluslararası Ceza Mahkemesi'dir. Dünyada ardı ardına gerçekleşen katliamlar daimi bir mahkemenin kuruluşunu zorunlu kılmıştır. Uzunca bir süredir kurulması planlanan ancak hayata geçirilemeyen Uluslararası Ceza Mahkemesi 17 Temmuz 1998 tarihinde kabul edilip, 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe giren Roma Statüsü ile kurulmuştur.



Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü'ne göre mahkemenin yargı yetkisi kapsamındaki suçlar soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçu ve saldırı suçundan ibarettir. Mahkemenin bu suçlar bakımından yargılama yetkisine sahip olması devlet egemenliğine önemli bir müdahaledir. Ancak mahkemenin tamamlayıcı niteliğe sahip olması, taraf devletlerin egemenlik haklarına yapılan müdahaleyi daraltmaktadır.

Çalışmada ele alınan temel sorunun Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin devlet egemenliğine olan müdahalesi olduğunu ifade ettikten sonra, öncelikle egemenlik kavramına, modern devletin bir unsuru olarak egemenliğin boyutlarına, egemenliğin tarihsel süreç içerisinde geçirdiği değişim ve dönüşüme değinilecektir. Çalışmada ikici olarak ele alınan husus ise Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu, Mahkeme'nin yargılama yetkisi, tamamlayıcılık ilkesi ışığında Mahkeme'nin devlet egemenliğine müdahalesidir. Sonuç bölümünde yapılan değerlendirme ile çalışma sonlandırılacaktır.

## 1. MODERN DEVLETİN AYIRDEDİCİ BİR UNSURU OLARAK EGEMENLİK

Siyasal iktidarın günümüze kadar geçirdiği evrim sonucunda ortaya çıkan ve kurumsallaşmış siyasal iktidarı ifade eden modern devletin bazı ayırt edici özellikleri bulunmaktadır<sup>1</sup>. Modern devletin ayırt edici özelliklerini şiddet tekeli, egemenlik<sup>2</sup>, toprak, anayasallık, kişisel olmayan iktidar, kamu bürokrasisi, yetki ve vatandaşlık olarak sıralamamız mümkündür<sup>3</sup>. Bu çalışmada modern devletin unsurlarından yalnızca biri olan egemenlik kavramı üzerinde durulacaktır.

### 1.1. Egemenlik Kavramı

Gerek kamu hukukunun gerekse de siyaset biliminin temel kavramlarından olan, uluslararası hukuku da yakından ilgilendiren<sup>4</sup>

<sup>1</sup> SAYGILI, Abdurrahman: "Modern Devletin Çıplak Sureti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59(1), 2010, s. 63.

<sup>2</sup> Kapani "egemenlik" kavramını irdelerken klasik yaklaşıma göre egemenliğin devletin bir unsuru olarak görüldüğünü ifade ettikten sonra bu görüşe katılmadığını ve egemenliği birbiriyle sıkça karıştırılan siyasal iktidar kavramı ile birlikte değerlendirmenin daha doğru olacağını belirtmektedir. KAPANİ, Münci: Politika Bilimine Giriş, 17. Bası, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 54-55.

<sup>3</sup> PIERSON, Christopher: Modern Devlet, 1. Bası, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2000, s. 24. Geleneksel egemenlik anlayışına göre de egemenlik bir devletin ayırt edici unsuru olarak yer almaktadır. TURHAN, Mehmet: "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, 20, 2003, s. 216.

<sup>4</sup> LÜTEM, İlhan: Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk, Sakarya Basımevi, Ankara, 1947, s 3.

egemenliğin ortaya çıkışının 12. yüzyıla kadar götürülmesi mümkündür<sup>5</sup>. Avrupa’da iktidar mücadeleleri sırasında monarşiler, feodalite, Kilise ve Roma-Germen İmparatorluğu sürekli karşı karşıya gelmiştir. Fransa bu iktidar savaşının kazananı olmuş ve Fransa kralları tarafından egemenlik hukuki bir yöntem olarak kullanılmıştır. Egemenlik kavramının kullanılmasındaki amaç da devletin toprak parçası içinde kendi varlığına karşı çıkabilecek iktidar odaklarını engellemek, başka iktidar odaklarının varlığını kabul etmemek, devletin toprakları haricinde de daha yüksek bir güç bulunmadığını ifade etmektir<sup>6</sup>. Kavramın etimolojik kökenine bakıldığında Latince “*superanus*”<sup>7</sup> kelimesinden kaynaklandığı görülmektedir. Kavram daha sonra “en üstün iktidar” anlamına gelen Fransızca *souveraineté* ve İngilizcede ise *sovereignty* kelimeleri ile ifade edilmektedir<sup>8</sup>.

Üstün buyurma gücü şeklinde ifade ettiğimiz egemenliğin kendisi dışında hiçbir şey tarafından belirlenememek ve kendine has bir niteliği olan irade anlamına geldiğini söylememiz mümkündür. Bu noktada da egemenin harekete geçmesini sağlayacak neden yine kendisinden kaynaklanmaktadır. Egemenin kendi iradesi haricindeki hiçbir neden onu yönlendirme gücüne sahip değildir<sup>9</sup>. Kendisinden daha üstün bir gücün yer almadığı düzeni ifade eden egemenlikte laiklik vurgusu göze çarpan bir husustur. Çünkü bireylerin siyasi iktidarla kurdukları ilişki tanrısal olmayıp, dünyevidir ve akla dayanmaktadır<sup>10</sup>.

Egemenlik kavramının kurumsallaşması ile ilgili olarak Jean Bodin bir dönüm noktasıdır. Zira Bodin egemenlik kavramını modern bir bağlam

<sup>5</sup> GÖZTEPE, Ece: Avrupa Birliğinin Siyasal Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 20.

<sup>6</sup> KAPANİ, s. 55-56.

<sup>7</sup> Latince bulunmayan “*superanus*” kelimesi Latince “süper” ve “superus” kelimelerinden türetilmiştir. GÖZTEPE, 2008, s. 21.

<sup>8</sup> GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 162; GÖZTEPE, s.20-21; KAPANİ, s. 56.

<sup>9</sup> Duguit bahsi geçen egemenlik tanımında Alman hukukçuların egemenliğin tanımı konusundaki yaklaşımına yer vermektedir. Bu tanımda da egemenlik “yetkisini yetkisinden alan bir irade” olarak yani gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği fiiller konusunda belirleyici aktör olarak karşımıza çıkmaktadır. DUGUIT, Leon: “Egemenlik ve Özgürlük” in Devlet Kuramı. Akal, Cemal Bali (Ed.), Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 383.

<sup>10</sup> GRATTON, Peter: The State of Sovereignty. Lessons from the Political Fictions of Modernity. Albany : State University of New York Press, 2012, s. 13. AKKAYA KİA, Rukiye: Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 104.

içinde kullanmıştır<sup>11</sup>. Modern devlet Avrupa’da Orta Çağın sonlarına doğru ortaya çıkmıştır ve egemenliğin sahibi hükümdarlar kendi ülkelerindeki insanlar üzerindeki yargı yetkisini ve üstün otoritesini ilan ettiği dönemde yani 16. ve 17. yüzyılda olgunluğa ulaşmıştır<sup>12</sup>. Schmit modern devletin temelini dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramına dayandığını ifade eder. Zira modern devlet anlayışında her şeyi yapma gücüne sahip olan Tanrı yerine, kanun koyucu figürü yer almaktadır<sup>13</sup>. Bodin’in yaşadığı dönem de 16. yüzyıla yani modern devletin ortaya çıkıp olgunlaşmaya başladığı döneme denk gelmektedir<sup>14</sup>. Bodin devleti “birçok ailenin ortak çıkarlarını sağlamaları için bir egemen tarafından adaletle yönetilmesidir”<sup>15</sup> şeklinde tanımlamaktadır. Devleti bu şekilde tanımlayan Bodin, egemenlik kavramını vatandaşlar üzerindeki en üstün, en mutlak ve en sürekli güç, olarak ifade etmiştir. Egemenlik devletin ayırıcı özelliğidir ve devlet bu sayede diğer topluluklardan ayrılır<sup>16</sup>.

Egemenliğin mutlak olması, egemenliğin başka herhangi bir güç tarafından sınırlandırılmamış olması anlamına gelmektedir. Bu noktada “bir prens belli şartlar ve yükümlülükler altında verilmiş olan egemenlik ne egemenliktir ne de mutlak erktir”<sup>17</sup>. Egemenin kimsenin görüşünü almak gibi bir zorunluluğu bulunmamakla birlikte, toplumdaki diğer iktidar merkezleri de egemenden kaynaklanmaktadır<sup>18</sup>. Bu hususların yanında egemenliğin mutlaklığının göstergelerinden biri de yasalarla ilgili olarak egemenin ne kendi yaptığı yasalarla ne de kendinden önceki

<sup>11</sup> NAGAN, Winston P. /HADDAD, Aitza M.: Sovereignty in Theory and Practice. San Diego International Law Journal, 13(2), 2012, s. 438. [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sdintl13&div=14&start\\_page=429&collection=journals&set\\_as\\_cursor=14&men\\_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sdintl13&div=14&start_page=429&collection=journals&set_as_cursor=14&men_tab=srchresults) (Erişim Tarihi: 15.01.2018); SAYGILI, Abdurrahman: “Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 63 (1), 2014, s. 187.

<sup>12</sup> ENGSTER, Daniel: Divine Sovereignty. The Origins of Modern State Power. Northern Illinois University Press, Dekalb, 2001, s. 3.

<sup>13</sup> SCHMITT, Carl: Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm. (Çev. Emre Zeybekoğlu). Dost Kitabevi, Ankara, 2002, s.41.

<sup>14</sup> SAYGILI, s. 187.

<sup>15</sup> SAYGILI, s. 188.

<sup>16</sup> AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler, 5. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 407. Devletin ayırıcı özelliği olan egemenliğin de birtakım ayırıcı özellikleri bulunmaktadır. Bu özellikler egemenliğin mutlak, sürekli, devredilemez ve bölünemez olması şeklinde sıralanmaktadır. SAYGILI, s. 189 vd.

<sup>17</sup> AĞAOĞULLARI, s. 407.

<sup>18</sup> SAYGILI, s. 190.

yasalarla bağılı olmasıdır<sup>19</sup>. Egemen yasa yapımında herhangi bir organın görüşünü almakla da sınırlandırılmış durumda değildir<sup>20</sup>.

Bodin'in modern devlet konusundaki en önemli katkısı olan egemenliğin sürekliliği, egemen ile yönetici arasında bir ayrımı gerektirmektedir. Yönetici egemenin iradesinden kaynaklanmaktadır ve egemenin belirlediği süre ile sınırlı olarak yönetme yetkisini kullanır. Egemen ise ömür boyu sahip olduğu egemenlik hakkını kendinden sonraki egemene devreder. Yani krallar değişse de devletin sürekliliği hep devam eder<sup>21</sup>.

Egemenliğin bölünmezliği ve devredilmezliği ise parçalanamaması anlamına gelmektedir. Egemenliğin parçalanmadığı sürece bir prence ya da toplumun tamamına ait olması mümkündür<sup>22</sup>. Bu doğrultuda egemenliğin parçalanmış bir halini ifade eden feodal yönetim biçimi egemenliğin ortadan kaybolmasına neden olmaktadır<sup>23</sup>.

Bodin'in egemenlik anlayışının egemenliğin modern bağlamda kullanılması bakımından büyük bir öneme sahip olduğu söylenmekle birlikte, modern egemenlik konusunda oldukça fazla eksikliğini bulunmaktadır. Bu konuda da Hobbes'un yaklaşımı oldukça yol göstericidir<sup>24</sup>. Uyruklar ile egemen arasındaki ilişkiyi esas aldığı toplum sözleşmesinde barışın ve güvenliğin gerçekleşebilmesi için, doğal hakların egemene devredilmesi söz konusudur. Bir kişi ya da kuruldanda oluşan egemen sözleşmenin tarafı değildir. Sözleşmeye katılan uyruklar arasında eşit bir ilişki bulunmasına rağmen, sözleşmenin tarafı olmayan egemen ile uyruklar arasında eşitsiz bir ilişki bulunmaktadır<sup>25</sup>. Hobbes'un Leviathan olarak adlandırdığı egemene sözleşmenin tarafları yargılama ve anlaşmazlıkları çözme hakkını, güç kullanma hakkını devretmektedirler. Bu haklara ek olarak savaşa ve barışa karar verme hakkı, para cezası ya da

<sup>19</sup> Egemenin kanunlarla olan ilişkisi yani kanunlarla hangi dereceye kadar bağılı olduğu sorusu egemenlik kavramının tartışmasında sıkça değinilen hususlardandır. Schmitt (2002), s.15.

<sup>20</sup> AĞAOĞULLARI, s. 408.

<sup>21</sup> SAYGILI, s. 190.

<sup>22</sup> Bodin, "Devletin Altı Kitabı" adlı eserinde üç devlet şeklinden söz etmektedir. Bu devlet şekilleri de egemenlik bir kişiye aitse monarşi, egemenlik tarafından kullanılıyorsa aristokrasi ve nihayet egemenlik halkın elinde bulunuyorsa demokrasi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bodin'in tercih ettiği devlet şekli de monarşidir. SAYGILI, s. 190.

<sup>23</sup> AĞAOĞULLARI, s. 409.

<sup>24</sup> HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 31.

<sup>25</sup> AĞAOĞULLARI, s. 442.

bedensel ceza verme hakkı devredilmektedir<sup>26</sup>. Hobbes'un egemenlik anlayışı da mutlak, bölünmez ve vazgeçilmez niteliklere sahiptir. Egemenin sözleşmenin tarafı olmaması, egemeni sınırlayan herhangi bir mekanizma bulunmamasına rağmen egemenin uyruklar üzerinde ciddi müdahalelerde bulunabilmesi egemenliğin mutlak olduğunun göstergelerindedir<sup>27</sup>.

Klasik egemenlik anlayışından halk egemenliği anlayışına geçişte önemli bir durak olan Rousseau'nun egemenlik anlayışı ise mutlak, sınırsız ve yanılmaz niteliklerine sahip olsa da diğer egemenlik anlayışlarından “meşruiyet” unsuru bağlamında ayrılmaktadır. Bu da halk egemenliği teorisiyle gerçekleştirilmiştir<sup>28</sup>. Halk egemenliği teorisi, egemenliğin halka dolayısıyla da halkı meydana getiren tek tek bireylere ait olmasını ifade etmektedir<sup>29</sup>.

### 1.2. İç Egemenlik ve Dış Egemenlik Ayrımları

Egemenliğin iç egemenlik ve dış egemenlik şeklinde iki yansıması bulunmaktadır. İç egemenlikte kavramın ülke içinde konumlanması söz konusu olurken, dış egemenlikte devletin diğer devletlerle olan ilişkilerinde konumlanması karşımıza çıkmaktadır<sup>30</sup>.

#### 1.2.1. İç Egemenlik

İç egemenlik devletin kendi ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenlik türüdür<sup>31</sup>. İç egemenlik kavramının da iki şekilde ele alındığı görülmektedir. İç egemenliğin birinci anlamında iktidarın kendisi ifadesini bulurken, ikinci anlamında iktidarın niteliği ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

İktidarın kendisi anlamına gelen egemenlik türünden, iktidarın içeriği anlaşılmalıdır. İktidarın yetkilerini de ifade eden bu tanımlamada Bodin'in tanımlamalarından birinde yer alan kanun yapma, yargılama yapma, savaş ve barış ilanına karar verme, vergi toplama, para basma gibi yetkileri yer alır<sup>33</sup>.

İktidarın niteliklerini ifade eden egemenlik türünde de iktidarın içeriğine bakılmaksızın, nitelikleri ele alınmaktadır. Bu nitelikler de

<sup>26</sup> AĞAOĞULLARI, s. 444.

<sup>27</sup> AĞAOĞULLARI, s. 446.

<sup>28</sup> SANCAR, Mithat: “Değişen Egemenlik Anlayışında Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen” Anayasa Yargısı Dergisi, 20, 2003, s. 159.

<sup>29</sup> GÖZLER Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Anayasa Hukukunun Genel Teorisi), C I, 1. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011 s. 445.

<sup>30</sup> HAKYEMEZ, s.78.

<sup>31</sup> GÖZLER, s. 164.

<sup>32</sup> GÖZLER, s. 164; KAPANİ, s. 58.

<sup>33</sup> GÖZLER, s. 164; KAPANİ, 58.

egemen iktidarın en üstün, asli<sup>34</sup>, mutlak, sınırsız, devredilemez ve bölünemez olması şeklinde sıralanabilir<sup>35</sup>.

İç egemenlikte, ülkedeki tüm siyasi ya da sosyal oluşumlara karşı bir üstünlük söz konusudur. Devlet ülke sınırlarına giren tüm insanlar ya da mallar üzerinde güçlü bir denetim mekanizmasına sahiptir<sup>36</sup>. Devletin iç egemenlik yetkisine dayanarak vatandaşlar üzerinde birtakım yükümlülükler getirmesi de devletin o ülkedeki en üstün otorite olmasının sonucudur ve bu durum pozitif egemenlik olarak da adlandırılmaktadır<sup>37</sup>.

Ülke üzerindeki en üstün güç bizzat o devletin kendisi tarafından kullanılmalıdır. Aksi durumda bir devletin ülkesi üzerinde egemenliğe sahip olduğundan bahsetmemiz mümkün değildir. Bir devlet içinde karar mekanizması olarak kendi anayasal organları dışında başkalarının mevcut olmaması gerekir. 2003 yılında Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'nin liderliğinde Irak'a gerçekleştirilen müdahalede Irak'ta meydana gelen durum iç egemenliğin ortadan kalkmasına örnek teşkil etmektedir<sup>38</sup>.

### 1.2.2. Dış Egemenlik

Dış egemenlik kavramı da bir devletin başka bir devlet otoritesine bağlı olmaması, diğer devletlerden daha aşağı bir konumda olmaması ve başka devletlerle ilişki kurması halinde diğer devletlere eşit olması anlamına gelir<sup>39</sup>. Bu bağlamda egemenlik uluslararası hukukta bağımsızlıkla eşdeğer biçimde kullanılmaktadır<sup>40</sup>.

Yetki sahibi olma konusunda devlet egemenliği ve uluslararası hukuk arasındaki rekabet yüzyıllardır artarak ve genişleyerek devam etmektedir<sup>41</sup>. 1648 Westphalia Barışı devlet egemenliği konusunda önemli bir dönüm noktasıdır. Westphalia Barışı sadece din savaşlarını

<sup>34</sup> KOÇAK, Mustafa: Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 125.

<sup>35</sup> KAPANİ, 58.

<sup>36</sup> KOÇAK, s. 123.

<sup>37</sup> UYGUN Oktay: "Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi", İstanbul Üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, 1989, s. 396-397.

<sup>38</sup> HAKYEMEZ, s. 80.

<sup>39</sup> KAPANİ, s. 57.

<sup>40</sup> PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 148.

<sup>41</sup> DREZNER, Daniel W: "On the Balance Between International Law and Democratic Sovereignty", 2 Chicago Journal International Law, 2(2), 2001, s. 321. [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjil2&div=31&collection=journal&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults&terms=On|the|Balance|Between|International|Law|and|Democratic|Sovereignty&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjil2&div=31&collection=journal&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=On|the|Balance|Between|International|Law|and|Democratic|Sovereignty&type=matchall) (Erişim Tarihi: 15.01.2018)

sonlandırmamış, devletlerin birbirlerinin egemenliklerini tanımlarını da sağlamıştır. Böylece de uluslararası hukuk düzeni oluşmaya başlamıştır<sup>42</sup>. Bir devletin ülkesi üzerinde başka bir devletin ya da uluslararası örgütün hukuki denetim yetkisinin olmaması da dış egemenliğin bir gereğidir<sup>43</sup>. Bir devletin uluslararası anlaşmalar yoluyla kendi ülkesel sınırı içerisinde üs ya da ekonomik bölge kurulmasını sağlaması mümkündür. Bu oluşumlar devletin rızası ile gerçekleştirildiği için dış egemenliği ortadan kaldırmamaktadır<sup>44</sup>.

Dış egemenlik ilkesi devletlerin egemen eşitliği ve iç işlerine karışmama (müdahale yasağı) alt başlıklarına ayrılarak incelenebilir<sup>45</sup>.

### 1.2.2.1. Devletlerin Egemen Eşitliği

Devletlerin egemen eşitliği ilkesinden, uluslararası hukukta devletlerin aynı hukuki statü içerisinde yer aldıkları anlaşılır. Devletlerin egemen olmalarının bir neticesi, egemen devletlerin eşitliğidir<sup>46</sup>. Ancak devletlerarasında askeri, ekonomik açıdan fiili farklılıklar bulunması mümkündür. Egemen eşit devletler aralarında yer alan fiili farklılıklara rağmen uluslararası hukukta hak sahibi olma ve yükümlülük altına girme açısından eşittirler. Bu durum Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 2/1. maddesinde<sup>47</sup> de yer almaktadır<sup>48</sup>. Dış egemenlik konusunda mutlak egemenlik anlayışından söz etmemiz mümkün değildir. Zira uluslararası hukukta her devlet egemendir<sup>49</sup>.

### 1.2.2.2. İçişlerine Karışmama İlkesi (Müdahale Yasağı)

Bir diğer netice ise içişlerine karışmama ilkesidir. Bu ilkeye göre devletlerin egemenlik hakkının bir neticesi olarak devletlerin birbirlerinin içişlerine karışmaması gerekir. İçişlerine karışmama ilkesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 21.12.1965 tarihli ve 2131 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Söz konusu karar ile birlikte Devletlerin İçişlerine Karışılmasının Reddi ve Bağımsızlıklarının ve Egemenliklerinin Korunması Konusundaki Bildiri kabul edilmiştir<sup>50</sup>.

<sup>42</sup> NAGAN/HADDAD, s. 446; HAKYEMEZ, s. 89; PAZARCI, s. 148.

<sup>43</sup> HAKYEMEZ, s. 90.

<sup>44</sup> HAKYEMEZ, s. 92.

<sup>45</sup> ERDAL, Selcen: Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Devlet Egemenliğine Etkisi, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 51 vd.; GÖZLER, s. 163.

<sup>46</sup> PAZARCI, s. 150.

<sup>47</sup> <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2018)

<sup>48</sup> GÖZLER, s. 163; PAZARCI, s. 150.

<sup>49</sup> HAKYEMEZ, s. 90.

<sup>50</sup> PAZARCI, s. 150-151.

## 2. KLASİK EGEMENLİK ANLAYIŞINDA MEYDANA GELEN DÖNÜŞÜM

Klasik egemenlik anlayışının oluşumunda temel amaç feodal dönemdeki parçalanmış iktidarı ve düzensizlikleri ortadan kaldırıp güçlü bir merkezi yönetimi meydana getirmektir. Nitekim bu amaç da gerçekleştirilmiş ve tarih mutlak monarşilerin kuruluşuna tanıklık etmiştir<sup>51</sup>. Ancak yukarıdaki açıklamalarımızda Bodin'den beri ifade ettiğimiz klasik egemenlik mutlak, bölünemez, devredilemez olması gibi nitelikleri zaman içerisinde bir değişim ve dönüşüm geçirmiştir. Bu değişim de 20. yüzyıldan itibaren gerçekleşmiştir<sup>52</sup>. Klasik egemenlik anlayışında meydana gelen dönüşümü çeşitli alt başlıklar altında incelememiz mümkündür<sup>53</sup>.

### 2.1. Hukuk Devleti ve İnsan Haklarının Klasik Egemenlik Anlayışına Etkisi

Günümüz hukuk devleti ve sınırlı iktidar anlayışı, klasik egemenlik anlayışının sınırsız ve mutlak olması özellikleriyle çatışmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi ya da devlet iktidarı arasında bir tercih sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada devlet iktidarının kendi kendini sınırlandırabileceği anlamına gelen otolimitasyon düşüncesi ileri sürülmektedir. Klasik egemenlik anlayışının özelliklerini bütünüyle taşıyan devletlere bugün rastlanması çok da mümkün gözükmemektedir<sup>54</sup>. Hukuk devleti ilkesi gereğince hukuk kuralları sadece bireyleri değil aynı zamanda devleti de bağlar. Devletin egemenlik yetkisine dayalı olarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemler de yargısal denetime tâbi olur. Bu noktada klasik egemenlik anlayışında hiçbir iradeye bağlı olmaksızın hüküm süren iktidarla, hukuk devleti ilkesine uymakla yükümlü günümüz iktidar anlayışı bağdaşmamaktadır<sup>55</sup>. Bu konuda devletin hükümran olma niteliği düzenle ilgilidir. Devlet herhangi bir baskı aracı değildir, olmamalıdır<sup>56</sup>.

Devlet iktidarını sınırlandıran pek çok araç bulunmakla birlikte, anayasalar en yetkin iktidarı sınırlandırma araçları arasında yer almaktadır. Bu nedenle de hukuk devleti ilkesinin yerleşik bir biçimde uygulandığı, birey hak ve özgürlüklerine tam koruma sağlanan anayasal

---

<sup>51</sup> KOÇAK, s. 128.

<sup>52</sup> KAPANİ, s. 59.

<sup>53</sup> HAKYEMEZ, s. 104 vd.

<sup>54</sup> KAPANİ, s. 60.

<sup>55</sup> HAKYEMEZ, s. 107.

<sup>56</sup> SCHMITT, s. 31.



devlet anlayışı önem arz etmektedir<sup>57</sup>. Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gerekçeler nedeniyle bugün geçmişteki klasik egemenlik anlayışı ancak tarihi bir değere sahiptir ve bugün "egemenlik" denildiğinde ya "sınırlı bir egemenlik" anlaşılmakta ya da "devlet kudreti" anlaşılmaktadır<sup>58</sup>.

Klasik egemenlik anlayışı kamu hukukunda ve uluslararası hukukta büyük bir engel teşkil etmektedir. İnsanın sadece insan olması sebebiyle sahip olduğu ve dokunulması, devredilmesi, vazgeçilmesi, zamanaşımına uğraması mümkün olmayan haklar söz konusu olduğu kabul edilmektedir. Devletin bu haklara dokunmama yükümlülüğü bulunur ve bu haklarla ilgili sınırlama yaptığında da uyması gereken kurallar bulunmaktadır. Bu nedenle de insanların sadece insan oldukları için sahip olduklarını ileri sürdüğümüz insan hakları karşısında artık devletin mutlak egemenliğinden söz etmemiz mümkün değildir<sup>59</sup>.

Günümüzde insan hakları evrensel boyutlara ulaşmıştır, insan haklarını korumak demokratik devlet olmanın ön koşulları arasında yer almaktadır.<sup>60</sup> Bugün hem Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında insan hakları uluslararası düzeyde korunmakta ve devletlerin iç hukuklarında da bu yönde düzenlemeler yapılmaktadır<sup>61</sup>. Bu nedenle de artık egemen devlet anlayışının yerini "devletin egemenliği" ve "ulusal yetki" almıştır. Devletlerin insan hakları ihlalleri konusunda "egemenlik" ve "içişlerine karışmama" gibi gerekçelerle sorumluluktan kurtulmaları mümkün değildir<sup>62</sup>. Modern devletin gelişimi çizgisinde hukukun siyasi iktidarı sınırlandırıcı bir işleve sahip olması ve insan haklarının evrensel niteliği klasik egemenlik anlayışındaki değişimi kaçınılmaz kılmıştır.

## **2.2. Kuvvetler Ayrılığı Prensibinin Klasik Egemenlik Anlayışına Etkisi**

İlk kez Locke tarafından devletin işlevlerinin üç temel erk düzeyinde ele alınması gerektiği hususu ele alınmışsa da, kuvvetler ayrılığı prensibi

<sup>57</sup> HAKYEMEZ, s. 106.

<sup>58</sup> KAPANİ, s. 61-62.

<sup>59</sup> DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri, Derbil Süheyp (çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 68.

<sup>60</sup> KOÇAK, s. 139.

<sup>61</sup> KOÇAK, s. 139. Ancak insan haklarının uluslararası düzeyde korunması konusunda egemenliklerine müdahale edilmesini istemedikleri için Dünya Savaşları gibi büyük felaketler neticesinde rıza gösterebilmişlerdir. HAYATİ, Hazır: Devlet Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (1), 1990, s. 24.

<sup>62</sup> KAPANİ, s. 62.

Montesquieu tarafından kuramsallaştırılmıştır. Yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında kesin bir ayrılığın olmasını gerektiren prensip siyasal özgürlüklerin korunması açısından olmazsa olmaz bir niteliğe sahiptir<sup>63</sup>. Montesquieu devletin üç temel görevini kanun yapma, kanunları uygulama ve uyuşmazlıkları çözme şeklinde ifade ettikten sonra, bu üç görevin devletin farklı erkleri tarafından yerine getirilmesiyle kuvvetin kuvveti durduracağını belirtmektedir<sup>64</sup>. Montesquieu'nün temellerini attığı kuvvetler ayrılığı prensibi daha sonraki kuramcılar tarafından geliştirilerek demokrasinin olmazsa olmazı haline getirilmiştir<sup>65</sup>. İktidarın kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla iktidarın bizzat iktidar tarafından durdurulması gerektiğini öne süren Montesquieu, yargı konusuna oranla yasama ve yürütme erklerinin birbirinden ayrılmasının üzerine daha çok eğilmiştir<sup>66</sup>.

Feodal dönemde parçalanmış iktidarlardan merkezi devletlere geçişte oluşturulan mutlak monarşilerdeki bölünmez ve mutlak olan iktidarın yerini kuvvetler ayrılığı prensibinin alması klasik egemenlik anlayışındaki dönüşümün sebeplerinden biri arasında yer almaktadır<sup>67</sup>.

### **2.3. Uluslararası Kuruluşların Klasik Egemenlik Anlayışına Etkisi**

Modern devletin egemenlik anlayışındaki değişim ve dönüşümün yalnızca insan haklarının korunmasıyla ya da hukuk devleti ilkesiyle sınırlandırılması mümkün değildir. Teknoloji, rekabet ve siyaset alanında yaşanan değişimler klasik egemenlik anlayışından vazgeçilip, devletlerin birlikte hareket etmesini sağlayacak boyutlara ulaşmıştır<sup>68</sup>. Egemenlik kavramı ile ilgili değişim ve dönüşüm aslında içinde bulunulan dönemin zorunluluklarından da kaynaklanmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında yeni uluslararası antlaşma biçimlerinin ortaya çıkması Avrupa Topluluklarının kurulması egemenlik kavramının yeniden tartışılmasını gerektirmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında tüm devletlerde görülen

<sup>63</sup> AĞAOĞULLARI, s. 559.

<sup>64</sup> SARICA, Murat: 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, 1. Bası, Milenyum Yayınları, İstanbul, s. 125, 126.

<sup>65</sup> SARICA, s. 127.

<sup>66</sup> AĞAOĞULLARI, s. 561-562.

<sup>67</sup> TURHAN, s. 224.

<sup>68</sup> Böylece de bir devletin egemen olduğunu söyleyebilmemiz için mutlak hâkimiyet anlayışının ve başka hiçbir gücün kabul edilmemesi anlayışının yok olduğunu söyleyebiliriz. KARAKEHYA, Hakan: "Modern Düşünce Yapısında Görülen Değişimler Bağlamında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Taraf Devletlerin Egemenlik Haklarına Müdahalesi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı, 13, 2013, s. 135.

değişim özellikle Avrupa Birliği üyesi devletlerde hukuki ve siyasi açıdan büyük çaplıdır<sup>69</sup>. AB'nin kendisine devredilmiş olan yetkiler bağlamında üye devletler açısından nihai kararlar alması ve ulus devletlerin sahibi olduğu bazı yetkileri kullanması egemenlik anlayışındaki değişimin göstergesidir<sup>70</sup>.

Avrupa Birliği'nde sadece Avrupa Birliği hukukuna uymak yeterli olmamakta bununla birlikte yasama organının çıkaracağı kanunların da Avrupa Birliği hukukuna uyumlu bir biçimde olması gerekmektedir. Bu bağlamda Avrupa Birliği'ne üye devletler bakımından egemenlik hakkına yasama, yürütme ve yargı organları bakımından bir sınırlama mevcuttur<sup>71</sup>.

Birçok Avrupa devleti tarafından imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, devletlerin iç hukukları haline gelmiş ve AİHS ile birlikte kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile dış bir iktidardan bağımsız olmayı ifade eden 1648 Westphalia egemenliğinden<sup>72</sup> vazgeçilmiştir. Zira devletler AİHM önünde mahkûm olmakta ve kararlar da icra edilmektedir<sup>73</sup>.

### 3. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN KURULUŞUNA GİDERKEN

Uluslararası camia birçok acıya, katliama tanıklık etmiş ve katliamları gerçekleştirenler gereken cezaya çarptırılmamıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşuna giden yolun oldukça geriye götürülmesi mümkündür. 1674'te Roma - Germen İmparatorluğu Mahkemesi'nin Alman İmparatoru Peter Von Hagenbach'ı yargılayıp mahkum etmesi önemli ve ilk adımdır<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> GÖZTEPE, s. 58.

<sup>70</sup> GÖZTEPE, s. 60.

<sup>71</sup> GÜNDÜZ, Aslan: "İktidar ve Milletlerarası Sınırları" İstanbul Barosu Dergisi, 64(1-2-3), 1990, s. 69.

<sup>72</sup> Krasner Westphalia egemenliğinden sapma ya da kısmen vazgeçmenin andlaşma, sözleşme, zorlama ya da dayatma yoluyla dört biçimde gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. GÖZTEPE, s. 60.

<sup>73</sup> GÖZTEPE, s. 60. Devletlerin yaşanan dönüşüm neticesinde Westphalia egemenliğine yapılan müdahalenin çıkış noktasının irdelenmesi gerekmektedir. Zira devletlerin kendilerini bağlayıcı andlaşmalara taraf olurken kendi iradesiyle mi yoksa savaş mağlubiyeti ya da siyasi zayıflıktan kaynaklanan bir nedenle mi hareket ettiği önem arz etmektedir. Göztepe, devletlerin bir uluslararası andlaşmayı imzalarken sahip oldukları irade arasında meydana gelebilecek farklılıklara örnek olarak Almanya'nın Birinci Dünya Savaşı sonrasında imzaladığı Versay Antlaşmasındaki iradesi ile İkinci Dünya Savaşı sonrasında imzaladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalarken sahip olduğu irade farkını örnek olarak göstermiştir. GÖZTEPE, s. 61.

<sup>74</sup> TEZCAN, Durmuş: "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı" Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, s. 272-273.

Birinci Dünya Savaşı'nın bitiminde imzalanan Versay Antlaşmasına göre Alman İmparatoru II. Wilhelm'in yargılanması fikri uluslararası ceza yargılamasının ilk örneğidir. Ancak imparator Hollanda'ya kaçmıştır ve Hollanda da imparatorun yargılanması talebini geri çevirmiştir. Böylece de yargılama konusundaki bu girişim amacına ulaşamamıştır<sup>75</sup>.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu yönünde asıl gelişmeler İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanmıştır. Savaş sonrasında mağlupların yargılanması için galiplerin kurduğu iki önemli *ad hoc* mahkeme bulunmaktadır. Bunlardan biri Almanya'da kurulan Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi, diğeri ise Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'dir. Ancak kurulan iki mahkeme de işlenen tüm fiillerin ve faillerin yargılamasını gerçekleştirilememiştir<sup>76</sup>.

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi birbiriyle çok fazla ortak yönü bulunan mahkemelerdir ve uluslararası niteliğe sahip olsalar da bir mahkemenin taşınması gereken en önemli niteliklerden biri olan tarafsızlık niteliğine sahip olmadıkları için ağır eleştirilere maruz kalmışlardır<sup>77</sup>. Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi 1945 Londra Antlaşması ile kurulmuştur, Tokyo Uluslararası Ceza Mahkemesi ise 1946 yılında ABD'li General Mc Arthur tarafından bildiri ile kurulmuştur<sup>78</sup>.

Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin kuruluşunun ardından uluslararası ceza yargılamaları konusunda dikkate şayan iki gelişme karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi 12 Eylül 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kabul ettiği "Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Antlaşma"dır. İkincisi ise 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme dört parçadan oluşmaktadır<sup>79</sup>.

Uluslararası Ceza Yargılamaları konusunda bir başka önemli gelişme ise Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşudur. Ancak bu iki mahkemenin kurulmasından önce 1989'da Trinidad Tobago'nun uyuşturucu kaçakçılarının yargılanması ile Irak'ın Kuveyt'i işgal etmesi nedeniyle

<sup>75</sup> ALİBABA, Arzu: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 49 (1-4), 2000, s. 184.

<sup>76</sup> UZUN, Elif: "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü" Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (2), 2003, s. 26.

<sup>77</sup> ALİBABA, s. 185.

<sup>78</sup> PAZARCI, s. 660.

<sup>79</sup> TÖNGÜR, Ali Rıza: Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku. Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2005, s. 9.

devlet başkanı Saddam Hüseyin'in yargılanması istemi yönündeki hareketler gerçekleşmiştir<sup>80</sup>.

Bu dönemde Eski Yugoslavya bölgesinde yaşanan etnik temizlik amaçlı katliamlar, işkence ve insanlık dışı muameleler ile cinselliğe karşı işlenen fiiller uluslararası ad hoc bir ceza mahkemesinin kurulmasını zorunlu kılmıştır<sup>81</sup>. BM Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın VII. Bölümünün kendisine verdiği yetkiye dayanarak 25 Mayıs 1993 tarihinde, 1991'den itibaren gerçekleştirilen kanlı eylemlerin yargılamasının kurulan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi aracılığıyla gerçekleştirilmesine karar vermiştir<sup>82</sup>. EYUCM'nin yargılama yetkisinin kapsamındaki suçlar 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin ağır ihlâli, savaşta uyulması gereken kuralların ihlâli ile soykırım ve insanlığa karşı suçlardır<sup>83</sup>.

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşuna sebep olan olaylar da Ruanda'daki Hutular ve Tutsiler arasında gerçekleşen katliamlardır. Yaklaşık bir milyon insanın katledildiği olaylar neticesinde 8 Kasım 1994 tarihinde BM Güvenlik Konseyi tıpkı Yugoslavya'daki gibi Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü'nün kendisine verdiği yetkiye dayanarak RUCM'yi kurmuştur. Mahkeme 1 Ocak 1994 ile 31 Aralık 1994 arasında Ruanda'da gerçekleşen soykırım ve insancıl hukuka aykırı eylemlerin yargılamasını yapmak konusunda yetkilendirilmiştir<sup>84</sup>. Soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçlar ile Cenevre Sözleşmesi ile Ek II Numaralı Protokol'ündeki ihlâller mahkemenin yargılama yetkisi kapsamındadır<sup>85</sup>. İnsanlığa karşı suçların iç çatışmalara da uygulanması RUCM'nin dikkat çekici özelliğidir<sup>86</sup>.

Yukarıda saydığımız ad hoc mahkemeler dünyada gerçekleştirilen soykırım, gayri insani fiiller, savaş suçları ve cinselliğe karşı işlenen fiillerin cezalandırılması noktasında daimi bir mahkeme kadar olmasa da önemli birer adımdır. Kısaca bilgi verdiğimiz mahkemeler gerek

<sup>80</sup> ALİBABA, s. 188.

<sup>81</sup> TÖNGÜR, s. 9.

<sup>82</sup> ALİBABA, s. 189.

<sup>83</sup> RANCILIO, Peggy E: "From Nuremberg to Rome: Establishing an International Criminal Court and the Need for U.S. Participation", University of Detroit Mercy Law Review, 77, s. 167-168  
[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/udetmr77&div=12&start\\_page=155&collection=journals&set\\_as\\_cursor=2&men\\_tab=srchresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/udetmr77&div=12&start_page=155&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults) (Erişim Tarihi: 22.01.2018); UZUN, s. 30.

<sup>84</sup> TÖNGÜR, s. 11-12.

<sup>85</sup> TÖNGÜR, s. 11-12.

<sup>86</sup> UZUN, s. 30.

tarafsızlık, gerek suç ve cezalarda kanunilik ilkesi gibi birtakım ceza ve ceza muhakemesi ilkelerinden yoksundur ancak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşunu tetiklemişlerdir.

#### 4. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN KURULUŞU

Uluslararası Ceza Mahkemesi 17 Temmuz 1998'de kabul edilip, 1 Temmuz 2002'de yürürlüğe giren Roma Statüsü ile kurulmuştur. Roma Statüsü'nün önsözündeki ifadelerden anlaşılacağı üzere Uluslararası Ceza Mahkemesi, 20. yüzyılda yaşanan katliamlar neticesinde uluslararası toplumu ilgilendiren suçların cezasız kalmaması bu bağlamda da gerek ulusal gerekse de uluslararası düzeyde gerçekleştirilecek işbirliği yoluyla etkin bir kovuşturmanın gerçekleştirilmesinin yanında bu suçları önleme amacını da taşımaktadır.

Ad hoc mahkemelerin doğal yargıç ilkesine aykırılık teşkil etmeleri, zaman ve yer bakımından sınırlı olmaları, delillerin toplanması bakımından çeşitli sakıncalar taşımaları daimi bir mahkemeye duyulan ihtiyacı kuvvetlendirmiştir<sup>87</sup>. Zira ad hoc mahkemeler olayın gerçekleşmesinden sonra kurulduğu için ayrıca kuruluşu da zaman aldığı için bu esnada delillerin karartılması söz konusu olabileceği gibi daha fazla can kaybı da olabilmektedir<sup>88</sup>. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşuyla birlikte silahlı çatışmalarda askeri gereklilik ilkesine uygun olmayan hareketlerin engellenmesi ve kalıcı bir barışın gerçekleştirilmesi de hedeflenmiştir<sup>89</sup>. Ad hoc mahkemeler kurumsal bir yapıya sahip olmadığı için, gerek savcılarının bulunmasında gerekse de mahkeme heyetinin toplanmasında ve eğitiminde yaşanan sıkıntılar etkili bir yargılamanın yapılmasını engellemektedir<sup>90</sup>. Daimi bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesinin kuruluşuyla yargılama konusunda yaşanan bu engeller ortadan kaldırılmak istenmiştir.

Hollanda'nın Lahey şehrinde kurulan ve gerekli görürse başka yerde de toplanabilecek olan Uluslararası Ceza Mahkemesi uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir ve Başkanlık, Temyiz, Yargılama ve Önyargılama, Savcılık ve Sekreteryaya olmak üzere dört organdan meydana gelmektedir<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> ERDAL, s. 87.

<sup>88</sup> SADAT, Leila Nadya: *The International Criminal Court and The Transformation Of International Law: Justice For The New Millenium*, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2002, s. 31.

<sup>89</sup> ASLAN, M. Yasin: "Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 56 (4), 2007, s. 59.

<sup>90</sup> SADAT, s. 31.

<sup>91</sup> Bkz. Roma Statüsü'nün 3., 4. ve 34. maddeleri.

## 5. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN YARGI YETKİSİ

Roma Statüsü'nün 12. maddesinde, Statü'ye taraf olmakla, 5. maddeye konu olan suçlar bakımından Mahkeme'nin yargı yetkisinin kabul edilmiş olacağı hüküm altına alınmıştır. Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamına giren bir suç için, Mahkeme'nin harekete geçirilmesi üç farklı biçimde gerçekleşebilmektedir:

Bunlardan ilki Statüye taraf olan bir devletin Mahkeme'nin yargılama yetkisi kapsamındaki bir suçun işlendiğine dair durumu Savcı'ya bildirmesi hâlidir. Bu durum Statü'nün 13. ve 14. maddelerinde düzenlenmiştir. Taraf devletlerin yetkisine ilişkin bu düzenlemede “durum” ifadesinin tercih edilmesinin temelinde yer alan sebep ise, birden fazla failin yer aldığı bir suç söz konusu olduğunda, taraf devletin yargı yetkisinin kendi menfaatine olacak biçimde yalnızca bir fiille sınırlandırmasını önlemektir<sup>92</sup>.

Mahkeme'nin harekete geçirilebilmesi için ikinci durum ise Savcı'nın yetkisidir. Savcı, Statü'nün kendisine verdiği yetkiye dayanarak kendiliğinden soruşturma yapabilir. Savcının soruşturma başlatabilmesi için suç işlendiğine ilişkin olarak Statü'nün 15. maddesinde belirtilen kaynaklardan ek bilgi istemesi mümkündür<sup>93</sup>.

Mahkeme'nin harekete geçirilebilmesi için üçüncü durum ise BM Güvenlik Konseyi'nin yetkisini kullanmasıyla gerçekleşmektedir. BM Güvenlik Konseyi, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçun Statü'nün 13. maddesine göre BM Şartı'nın VII. Bölümü bağlamında dünya barışını ihlal ve tehdit edici nitelikte olduğundan hareketle Savcı'ya başvurabilir<sup>94</sup>.

### 5.1. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisine Giren Suçlar

Roma Statüsü'nün 4. maddesinin 2. fıkrasında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statü ile kendisine verilen görev ve yetkilerini herhangi bir taraf devlet ülkesinde ve özel bir anlaşma ile herhangi bir devletin ülkesinde uygulayabileceği hüküm altına alınmıştır. Statü'nün bu hükmü egemenliğin başkasına devredilmemesi ve paylaşılmaması noktasında ceza yargılaması alanında klasik egemenlik anlayışından vazgeçildiğinin

<sup>92</sup> TURHAN, s. 129.

<sup>93</sup> TURHAN, s. 129.

<sup>94</sup> TURHAN, s. 129.

göstergesidir<sup>95</sup>. Mahkemenin yargılama yetkisine giren suçlar Roma Statüsü'nün 5. maddesi gereğince soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur. Mahkeme bu suçları işleyen bireyler hakkında yargılama yetkisine sahiptir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin dört suç tipyle sınırlandırıldığı görülmektedir. Devletin egemenlik hakkının en önemli yansımalarından biri yargılama yetkisidir. Bir devlet için son derece önemli bir alan olan yargılama konusuyla ilgili olarak mahkemenin yargı yetkisinin belli suçlarla sınırlı tutulmasındaki amaç, daha çok devletin Roma Statüsü'ne taraf olmasını sağlamaktır<sup>96</sup>.

Soykırım suçu, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar mahkemenin yargı yetkisi konusunda en kolay uzlaşılabilir suçlar arasındadır. Uyuşturucu madde kaçakçılığı ve terör hareketleri ile ilgili suçlar üzerinde devletler uzunca bir süre tartışmış ancak uzlaşma sağlayamadıkları için bu suçlar mahkemenin yargı yetkisinin kapsamı dışında kalmıştır<sup>97</sup>.

Özel olarak değinmek istediğimiz saldırı suçu ile ilgili olarak yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Görüşmeler sırasında Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesi saldırı suçunun Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine dâhil edilmesinin koşulu olarak Güvenlik Konseyi'nin bir fiilin saldırı suçu olarak nitelenip nitelenemeyeceği konusunda kararının olması gerektiğini ileri sürmüştür ancak kabul görmemiştir. Zira Güvenlik Konseyi'nin siyasi kararlar verebileceği düşüncesi bu önerinin kabul edilmemesine neden olmuştur<sup>98</sup>.

İlk başta saldırı suçunun tanımına Roma Statüsü'nde yer verilmemiştir. Statü'nün 5. maddesinde birinci fıkrada, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlar belirtildikten sonra saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisinin aynı maddenin ikinci fıkrasındaki şartın gerçekleşmesine bağlı

<sup>95</sup> YÜCEL, Bülent: "20. Yüzyılda Ulus Devletin Egemenlik Yetkisine Yapılan Son Müdahale: Uluslararası Ceza Mahkemesi" Eskişehir Barosu Dergisi, Haziran Sayısı, 2005, s. 237-238.

<sup>96</sup> ALİBABA, s. 192. Sınırlı suçlarla da olsa, devletlerin yargılama yetkilerine uluslararası bir mahkemenin müdahalesine izin vermesi uluslararası hukuk camiasında önemli bir başarıdır. KARAKEHYA, 136.

<sup>97</sup> Mısır Türkiye ve Siri Lanka gibi ülkeler uyuşturucu madde kaçakçılığı ve terör hareketlerinin mahkemenin yargı yetkisine dahil olmasını istemişlerdir. Ancak ağırlıklı olan görüş bu suçların ülkelerin milli mahkemeleri tarafından yargılanmasının daha uygun olacağı düşüncesinde olduğu için mahkemenin yargı yetkisine dahil edilmemişlerdir. ALİBABA, s. 192.

<sup>98</sup> ALİBABA, s. 192.



olarak kullanılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>99</sup>. Statü'nün 5. maddesinin ikinci fıkrasında ise Statü'nün değiştirilmesine ilişkin 121. ve Statü'nün gözden geçirilmesine ilişkin 123. maddesine atıfta bulunulmuştur. Aynı maddede düzenlemenin Birleşmiş Milletler Şartı'nın ilgili düzenlemelerine de uygun olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Böylece de saldırı suçu, Statü'nün yürürlüğe girmesinden itibaren yedi yıllığına askıya alınmıştır<sup>100</sup>. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlar Statü'nün 5. maddesinde belirtildikten sonra 2010 yılında Kampala'da gerçekleştirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Gözden Geçirme Konferansı'nda tanıma kavuşmuştur. Bu konferansta saldırı suçu sadece tanımlanmakla kalmamış, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisinin de 2017'de başlaması kararlaştırılmıştır<sup>101</sup>.

Kampala'da gerçekleştirilen düzenlemelerle Statü'ye eklenen 15 bis maddesi ile Mahkeme'nin Statü'ye taraf olmayan bir devlet açısından; Statü'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde veya o devletin vatandaşları tarafından işlenen saldırı suçları üzerinde yargı yetkisini kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu özel düzenleme ile Statü'nün 12. maddesinde yer alan genel kuralın uygulanması söz konusu olmayacaktır<sup>102</sup>. Saldırı suçu bakımından özellik arz eden bir başka husus ise, bu suç bakımından BM Güvenlik Konseyi'nin başvurusu üzerine Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmasına ilişkindir. Bu konuda Statü'nün 15 ter maddesindeki düzenleme, saldırı suçuna ilişkin 15 ter maddesindeki ön şartların gerçekleşmesinin gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır. Böylece de saldırı suçunda BM Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanması bakımından, Güvenlik Konseyi diğer Mahkeme'yi harekete geçirme yollarına göre oldukça güçlü konuma gelmiştir.<sup>103</sup> Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin gücünün yansımaları aynı zamanda Statü'nün 8 bis maddesinde ifade edilen saldırı suçunun tanımında görmektediriz. Zira tanımda hem BM Güvenlik Konseyi

<sup>99</sup> AKSAR, Yusuf: Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 154.

<sup>100</sup> Saldırı suçu bakımından Roma Statüsü'nde 5. maddede hüküm altına alınan bu geçici çözüm saldırı suçunun teamüli uluslararası hukukta varlığının örtülü olarak kabulü anlamına gelmektedir. KREß, Claus ve HOLTZENDORFF, Leonie von: "Saldırganlık Suçunda Kampala Uzlaşması", Ozan Erözden (çev.), Küresel Bakış, 1 (2), 2011, s. 17.

<sup>101</sup> KURŞUN, Günal: 100 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Bası, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2011, s. 14.

<sup>102</sup> EMİR, Nergiz: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), 2015, s. 132.

<sup>103</sup> EMİR, s. 137-138.

Şart'na hem de BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1974 tarih ve 3314 (XXIX) sayılı kararına atıfta bulunmaktadır<sup>104</sup>.

Mahkeme'nin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisini kullanabilmesi için 15 bis ve 15 ter maddelerine göre otuz taraf devletin kararının aranmaktadır ve nihayet 14 Aralık 2017 tarihinde toplanan Taraf Devletler Asamblesi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisinin 17 Temmuz 2018 tarihinde başlamasına karar vermiştir<sup>105</sup>.

## **5.2. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kişi ve Yer Bakımından Yetkisi**

Roma Statüsü'nün 12. maddesine göre Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin doğması ile ilgili üç ihtimal ortaya çıkmaktadır<sup>106</sup>:

- a) Suçun işlendiği ülkenin Roma Statüsü'ne taraf olması (ülkesellik),
- b) Sanığın Roma Statüsü'ne taraf olan bir devletin vatandaşı olması (uyrukluk),
- c) Bir devlet Roma Statüsü'ne taraf olmasa da Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini geçici olarak kabul etmiş olması.

Ülkesellik ilkesi gereğince kişiler hangi ülkenin vatandaşı olduklarına bakılmaksızın Statü'ye taraf devlet ülkesinde suç işleyenleri ve uyrukluk ilkesi gereğince de andlaşmaya taraf olan devletlerin vatandaşlarını resmi görevleri ve bağışlıkları önemsenmeksizin yargılama yetkisine sahiptir<sup>107</sup>. Böylece Statü'ye taraf olan herhangi bir devlet Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisini kabul etmektedir ve Roma Statüsü'nün 12. maddesi gereğince suçun meydana geldiği devlet bağlamında, suçun bir gemide ya da uçakta işlenmesi halinde geminin ya da uçağın kayıtlı olduğu devlet Roma Statüsü'ne tarafsa ya da mahkemenin yargılama yetkisini kabul etmişlerse Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kullanması mümkün olacaktır. Ülkesellik ilkesi gereğince kişilerin hangi ülkenin vatandaşı olduklarına bakılmaksızın Statü'ye taraf devlet ülkesinde suç işleyenleri ve uyrukluk ilkesi gereğince de andlaşmaya taraf olan devletlerin vatandaşlarını yargılama yetkisine sahiptir.

<sup>104</sup> AKSAR, s. 154.

<sup>105</sup> [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res6-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res6-ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 23.01.2018)

<sup>106</sup> TURHAN Faruk: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi, Uluslararası Ceza Divanı", Feridun Yenisey (ed.), Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 127.

<sup>107</sup> ERDAL, s. 137.

Ülkesellik ve uyrukluuk ilkeleri bağlamında Roma Statüsü'nün görüşmeleri sırasında birçok devlet Mahkeme'nin yargı yetkisinin doğabilmesi için hem suçun işlendiği ülke hem de suçun failinin vatandaşı olduğu ülke tarafından Mahkeme'nin yargı yetkisinin kabul edilmiş olması şartının aranmasını istemişlerdir<sup>108</sup>. Ülkesellik ve uyrukluuk ilkelerinin birlikte uygulanması ile suçun işlendiği devlet bakımından da failin vatandaşı olduğu devlet bakımından da Mahkeme'nin yargı yetkisi üzerinde veto yetkisi kullanma şeklinde sonuç doğuracak bu talep sonuçsuz kalmıştır<sup>109</sup>.

Roma Statüsü'ndeki düzenlemeye göre mağdurun Statü'ye taraf olan bir devletin vatandaşı olması halinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yargılama yetkisinin tanınmadığı görülmektedir<sup>110</sup>. BM Güvenlik Konseyi tarafından Savcılığın harekete geçirilmesi halinde Statü'ye taraf devletin ülkesinde veya vatandaşı tarafından işlenmesi şartı aranmaz. Böylece Mahkeme Statü'ye taraf olsun veya olmasın bir ülke üzerinde işlenen suçlarla ilgili yargılama yetkisini kullanabilir<sup>111</sup>.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisi konusunda Amerika Birleşik Devletleri'nin gösterdiği dirençten bahsetmemiz yerinde olacaktır. ABD Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşunu başlangıçta destekler gibi görünmesine rağmen 31 Aralık 2000 tarihinde imzaladığı Statü'den daha sonra -6 Mayıs 2002'de- imzasını geri çekmiştir. ABD, vatandaşlarının ve askerleri ile Barış Gücü personelinin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yargılanması olasılığının önüne geçmek için yoğun bir çaba sarf etmiştir<sup>112</sup>. ABD'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine ilişkin olarak sergilediği tavır klasik egemenlik hakkından vazgeçmek istemediğinin göstergesidir<sup>113</sup>.

### **5.3. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Zaman Bakımından Yetkisi**

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisi Statü'nün 11. maddesinde belirtildiği üzere Statü'nün yürürlüğe

<sup>108</sup> ÖNOK, R. Murat: Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 143.

<sup>109</sup> ÖNOK, s. 143.

<sup>110</sup> TURHAN, s. 127.

<sup>111</sup> YEE, Lionel: "The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13 (b) and 16" in Lee, Roy S. (ed.), The International Criminal Court The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, Hague, 1999, s. 145; ERDAL 110.

<sup>112</sup> AKSAR, Yusuf: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (2), 2003, s. 125.

<sup>113</sup> KARAKEHYA, s. 137.

girmesinden sonra gerçekleştirilen fiiller bakımından geçerlidir ve Statü'nün 24. maddesinde düzenlenen kişi bakımından geriye yürümezlik ilkesi gereğince de kimse Statü'nün yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen fiillerden dolayı sorumlu olamaz.

Statü'nün 126. maddesinde, Statü'nün yürürlüğe gireceği tarih olarak altmışıncı onay, kabul, tasdik veya taraf olma belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne verilmesini izleyen 60 gün sonraki ayın ilk günü belirlenmiştir.

Mahkeme'nin zaman bakımından yetkisi konusunda üç istisna bulunmaktadır. Bu istisnalardan biri 124. madde gereğince savaş suçları konusunda bir devletin Statü'nün yürürlük tarihinden başlayarak yedi yıl için bu suçların kendi vatandaşları tarafından ya da kendi toprakları üzerinde işlenmesi durumunda tek taraflı beyanla Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmediğini ifade etmesi halidir. İkinci istisna ise Statü'nün 12. maddesi gereğince taraf olmayan bir devletin yargı yetkisini belli olaylar için geçici olarak kabul etmesi halidir. Üçüncü ve son istisna ise BM Güvenlik Konseyi tarafından bir olayın Savcı'ya götürülmesi halinde, fiilin işlenmesinden sonra Mahkeme'nin yargı yetkisinin doğmasının söz konusu olmasıdır<sup>114</sup>.

#### **5.4. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi'nin Genelliği**

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşundan önce gerçekleşen uluslararası ceza yargılamaları bahsinde belirttiğimiz ad hoc mahkemeler geçici nitelikte olup belli olaylar için uluslararası bir andlaşma ile ya da Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kararı ile kurulmalarına rağmen, Uluslararası Ceza Mahkemesi daimi bir mahkemedir, çok taraflı bir andlaşma ile kurulmuştur ve belli bir zaman ya da olaylar için kurulmamıştır<sup>115</sup>.

Mahkeme'nin Birleşmiş Milletler bünyesinde olmaması, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak nitelendirilmesi açısından da önem taşımaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasıyla BM Güvenlik Konseyi'nin gerektiğinde yetkisini kullanarak ad hoc nitelikli uluslararası ceza mahkemelerinin kurulması uygulamasına da son verilmiştir<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> UZUN, s. 38-39.

<sup>115</sup> ERDAL, Selen: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18 (1), 2008, s. 171.

<sup>116</sup> ERDAL, s. 94.

## 6. TAMAMLAYICILIK İLKESİ VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN EGEMENLİK HAKKINA MÜDAHALESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin tamamlayıcılık ilkesinin ifade edilebilmesi bakımından ad hoc nitelikli uluslararası ceza mahkemelerinin durumuna değinmekte fayda vardır. Nuremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri'nin ulusal ceza yargılamasına kıyasla üstün bir konumda olduğunu ifade etmek gerekir<sup>117</sup>. Uluslararası Eski Yugoslavya ve Ruanda Ceza Mahkemeleri de yargılamanın her evresinde ulusal mahkemeler tarafından gerçekleştirilen kendileri tarafından yargılamasının gerçekleştirilmesini isteme hakkı tanınmıştı. Söz konusu durum da her iki mahkemenin ulusal ceza yargısı konusunda üstünlüğünün ve önceliğinin göstergesidir<sup>118</sup>.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin devlet egemenliği karşısında üstünlüğü sorunsalını halledebilmek amacıyla Statü'nün Giriş kısmının 10. paragrafı ve Statü'nün 17. maddesi gereğince Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ulusal yargı yetkisi karşısında tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Tamamlayıcılık ilkesi UCM'nin Stataü'de yer alan suçlar konusunda devletlerin yargı yetkisine doğrudan müdahalesini engellemektedir<sup>119</sup>. Tamamlayıcılık ilkesinden çıkarılabilecek bazı sonuçlar bulunmaktadır, bunlar:

- Her ne kadar Statü'de tarafların birbirlerine göre önceliği ve üstünlüğü hususuna yer verilmese de konu bakımından ulusal yargı yetkisinin önceliği mevcuttur. Zira yetkili bir devletin bir uluslararası suç ile ilgili olarak cezai kovuşturma gerçekleştirmesi ve hüküm kurması halinde UCM'nin kovuşturma yapması 17. maddenin 1. fıkrasının a-c bentleri gereğince söz konusu olmayacaktır<sup>120</sup>.
- Öncelikle yetkili olan ulusal ceza mahkemesi suçun kovuşturulması noktasında isteksiz davranırsa veya yetersizse 17. maddenin 1. fıkrasının a ve b bentleri gereğince ulusal

<sup>117</sup>Çünkü bu mahkemeler yargılama faaliyetini vatandaşlarının yargılamaya maruz kaldığı ülkelerde gerçekleştirmişler ve ülkeler de yargılama faaliyetinin gerçekleştirilmesine karşı çıkmamışlardır. ESER, Albin: Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri. Turhan Faruk (çev.) in. Feridun Yenisey (ed.), Uluslararası Ceza Divanı İstanbul, 2007, s. 20.

<sup>118</sup>TURHAN, s. 131.

<sup>119</sup>ŞEN, Ersan: Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 78.

<sup>120</sup>ESER, s. 21.

mahkemenin önceliği ortadan kalkacaktır. Ulusal ceza yargısının yetersizliği de, sanık hakkında etkin bir uluslararası yargılamanın yapılmasını engellemek amacıyla göstermelik bir ulusal ceza yargılamasının yapılması halinde söz konusu olmaktadır. Bu duruma örnek olarak da ulusal mahkemenin sanık hakkında beraatle sonuçlanacak bir yargılama gerçekleştirmesi böylece de uluslararası kovuşturmanın engellenmesi gösterilebilir<sup>121</sup>.

- Ulusal Mahkeme ile UCM arasında çıkacak bir yetki uyuşmazlığının ne şekilde çözüleceği noktasında karar verme yetkisine sahip olanın üstün olacağı açıktır. Bu konu Statü'de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte örneğin ulusal mahkemenin bir dava konusunda yetersiz olmasının belirlenmesinin md. 17/3 gereğince UCM'ye ait olması sebebiyle üstünlüğün UCM'de olduğu sonucu doğmaktadır. Ancak ulusal mahkemenin isteksizliğinin ve yetersizliğinin tespiti konusunda UCM'nin sahip olduğu takdir yetkisi devlet egemenliğine müdahale niteliğindedir<sup>122</sup>. Takdir yetkisi kavramının sınırlarının belirlenmesinin zor olması ve bu belirleme sırasında siyasal etkilerden arınma sorunu, tamamlayıcılık ilkesinin devlet egemenliğiyle ilgili yarattığı olumlu etkiyi zedelemektedir<sup>123</sup>.
- Statü'nün 9. bölümünde düzenlenen ulusal yargının UCM ile işbirliği yükümlülüğü altında olması da bir hayli önemlidir<sup>124</sup>.

Tamamlayıcılık ilkesi doğrultusunda devletlerin egemenlik konusuna verdikleri önem nedeniyle<sup>125</sup> ve uluslararası ceza adaletinin gerçekleştirilmesi açısından da ulusal yargıya öncelik verilmekte ancak ulusal yargının etkili bir ceza kovuşturması yapma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde de UCM'nin bu duruma seyirci kalması söz konusu olmamaktadır. Zira uluslararası suçlar söz konusu olduğunda sadece bir ulusun değil tüm uluslararası camianın da hakları zedelenmektedir<sup>126</sup>.

Tamamlayıcılık ilkesinin var olmasının bir nedeni de ulusal yargı sistemlerinin daha yerleşik bir yapıya sahip olmaları nedeniyle daha etkin ve hızlı bir biçimde işlemlerinden kaynaklanmaktadır. Siyasi nedenler ve

<sup>121</sup> ESER, s. 21.

<sup>122</sup> ERDAL, s. 141.

<sup>123</sup> KILIÇ, Ali Şahin: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58 (3), 2009, s. 642.

<sup>124</sup> ESER, s. 22.

<sup>125</sup> ERDAL, s. 139.

<sup>126</sup> ESER, s. 22.

Roma Statüsü'ne daha çok ülkenin taraf olmasının amaçlanması da tamamlayıcılık ilkesinin Statü'de yer almasının nedenleri arasındadır<sup>127</sup>. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin koşulsuz yargı yetkisine sahip olması sadece devletlerin egemenlik haklarından vazgeçemedikleri<sup>128</sup> için Statü'ye taraf olmalarını engelleyici bir etkiye sahip olmakla kalmayıp, aynı zamanda mahkemenin çok ağır bir iş yükünün altına girmesine de neden olacak ve böylece de etkin bir yargılama faaliyeti gerçekleştirmesini de önüne geçmiş olacaktır<sup>129</sup>.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin devlet egemenliği açısından sorun yaratan bir başka yönü de Roma Statüsü'nün 13. maddesinin b bendi gereğince BM Güvenlik Konseyi'nin BM Sözleşmesi'nin VII. Bölümünden yola çıkarak Mahkeme'nin savcılığı harekete geçirmesidir. Böylece ülkesellik ve uyrukluk ilkesi dikkate alınmaksızın barışa yönelik bir tehdidin varlığıyla yetinilerek bir olay savcılık aracılığıyla Mahkeme önüne götürülebilmektedir<sup>130</sup>. İstisnai yargı yetkisinin kullanıldığı bu hale Sudan ile ilgili olarak 2005 yılında Darfur Bölgesi'nde işlenen suçların ve 2011 yılında da Libya'da işlenen suçların BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı kararlar Mahkeme'nin önüne getirilmesini örnek gösterebiliriz<sup>131</sup>. BM Güvenlik Konseyi'nin ülkesellik ve uyrukluk kriterlerine bağlı kalınmaksızın bir suç Mahkeme'nin önüne getirebilmesi yetkisi dışında, dünya barışı ve güvenliğinin korunması amacıyla, Mahkeme'nin davaya bakmasını engelleme yetkisine de sahip olması, BM Güvenlik Konseyi'nin yetkileri bağlamında oldukça eleştirilen bir husustur<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> ERDAL, s. 139-140.

<sup>128</sup> Devletlerin Statü'nün kabul edilmesi konusunda yavaş hareket etmelerinin en önemli nedeni, modern devletin bir unsuru olan ve egemenliğin en önemli göstergelerinden şiddet tekeline verdikleri önemlidir. KARAKEHYA, Hakan: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57 (2), 2008, s. 158.

<sup>129</sup> KARAKEHYA, s. 139.

<sup>130</sup> ERDAL, s. 154. CARTER, Linda E.: "2021 Yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi", (Çev. Müslüm Fincan). Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, 7 (22), ss. 119-131.

<sup>131</sup> AKSAR, s. 166.

<sup>132</sup> TURHAN, s. 130.

## SONUÇ

Devletin en önemli unsurlarından biri olan parçalanamaz, bölünemez, sürekli ve mutlak niteliğe sahip klasik egemenlik anlayışı bugün geçerliliğini korumamaktadır. Modern devletin ortaya çıkışıyla kabuk değiştirmeye başlayan egemenlik anlayışı büyük bir değişim ve dönüşüm yaşamıştır. Kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, insan haklarının evrensel düzeye ulaşması ve uluslararası düzeyde korunması gerekliliği, uluslararası kuruluşların ortaya çıkması mutlak egemenlik anlayışından egemen eşit devlet anlayışına geçişe sahne olmuştur. Küresel düzeyde yaşanan gelişmeler klasik egemenlik anlayışının asla kabul edemeyeceği bir biçimde egemenlik anlayışının değişimine neden olmuştur.

Egemenlik anlayışındaki değişimin göstergelerinden sadece biri olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden bahsetmemiz mümkün olacaktır. Uluslararası Ceza yargılamaları konusunda yaklaşık dört yüz yıllık bir birikimin neticesinde, insanlık tarihinde yaşanan katliamlara, savaflara dur demek için, daha iyi bir dünya için Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. UCM kurulurken yaşanan kan dondurucu nitelikteki olaylar sonrasında kurulan ad hoc nitelikteki uluslararası ceza mahkemelerinin tarafsızlık, suç ve cezaların kanuniliği, doğal yargıç ilkesi gibi ceza ve ceza muhakemesi hukuku ilkeleri açısından eksikliklerini ortadan kaldırmak ve olaylar karşısında daimi bir mahkemeye hızlı ve etkin bir çözüm üretmek amaçlanmıştır.

Soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldırı suçu yargılama yetkisine konu edinen mahkeme, kabul ettiği tamamlayıcılık ilkesi sayesinde devletlerin egemenlik haklarına yapacağı müdahaleyi en aza indirmeye çalışmaktadır. Bu sayede de daha fazla devleti son derece hassas oldukları egemenlik yetkisiyle ilgili bir kısıtlama içine girip Mahkeme'nin Statüsü'ne taraf olmaları sağlanmıştır.

Her ne kadar tamamlayıcılık ilkesiyle ulusal yargı yetkisine öncelik verilse de ulusal mahkemenin yargılama konusunda *isteksiz* ve *yetersiz* olması gibi gerekçelerle ve bu hususların ölçütünün UCM tarafından belirlenmesi suretiyle devletin egemenlik yetkisine müdahalede bulunulabilecektir. Bununla birlikte BM Güvenlik Konseyi'ne mahkemeyi harekete geçirmek konusunda tanınan yetki de egemenlik yetkisine ciddi bir müdahale niteliğindedir. Ne var ki, küreselleşen dünyada devletlerin egemenlik konusunda böyle bir dönüşüm yaşaması, müdahaleye rıza göstermesi de kaçınılmaz bir hâl almıştır.



## KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, 5. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- AKKAYA KİA, Rukiye: Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- AKSAR, Yusuf: "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52 (2), 2003, ss. 125-139.
- AKSAR, Yusuf: Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- ALİBABA, Arzu: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 49 (1-4), 2000, ss. 181-207.
- ASLAN, M. Yasin: "Uluslararası Ceza Divanı ve Türkiye'ye Etkileri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 56 (4), 2007, ss. 55-79.
- CARTER, Linda E.: "2021 Yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi", (Çev. Müslüm Fincan). Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, 7 (22), ss. 119-131.
- DREZNER, Daniel W: "On the Balance Between International Law and Democratic Sovereignty", 2 Chicago Journal International Law, 2(2), 2001, ss. 321-336.  
[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjil2&div=31&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults&terms=On|the|Balance|Between|International|Law|and|Democratic|Sovereignty&type=matchall](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cjil2&div=31&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=On|the|Balance|Between|International|Law|and|Democratic|Sovereignty&type=matchall) (Erişim Tarihi: 15.01.218)
- DUGUIT, Leon: "Egemenlik ve Özgürlük" in Devlet Kuramı. Akal, Cemal Bali (Ed.), Dost Kitabevi, Ankara, 2000.
- DUGUIT, Leon: Kamu Hukuku Dersleri, Süheyp Derbil (çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, Ankara.
- EMİR, Nergiz: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), 2015, ss. 118-143.
- ENGSTER, Daniel: Divine Sovereignty. The Origins of Modern State Power. Northern Illinois University Press, Dekalb, 2001.
- ERDAL, Selcen: "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18 (1), 2008, ss. 147-206.
- ERDAL, Selcen: Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Devlet Egemenliğine Etkisi, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ESER, Albin: Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri. Turhan Faruk (çev.) in. Feridun Yenisey (ed.), Uluslararası Ceza Divanı İstanbul, 2007, s. 20.
- GÖZLER Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Anayasa Hukukunun Genel Teorisi), C I, 1. Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, Güncelleştirilmiş Düzeltilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.
- GÖZTEPE, Ece: Avrupa Birliğinin Siyasal Bütünleşmesi ve Egemenlik Yetkisinin Paylaşılması Sorunu, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

- GRATTON, Peter: *The State of Sovereignty. Lessons from the Political Fictions of Modernity*. Albany: State University of New York Press, 2012.
- GÜNDÜZ, Aslan: “İktidar ve Milletlerarası Sınırları” *İstanbul Barosu Dergisi*, 64(1-2-3), 1990, ss. 14-69.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- HAZIR, Hayati: *Devlet Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (1), 1990, s. 15-34.
- KAPANİ, Münci: *Politika Bilimine Giriş*, 17. Bası, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 2005.
- KARAKEHYA, Hakan: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (2), 2008, ss. 133-163.
- KARAKEHYA, Hakan: “Modern Düşünce Yapısında Görülen Değişimler Bağlamında Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Taraf Devletlerin Egemenlik Haklarına Müdahalesi”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı*, 13, 2013, ss. 131-141.
- KILIÇ, Ali Şahin: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 58 (3), 2009, ss. 615-657.
- KOÇAK, Mustafa: *Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- KREß, Claus ve HOLTZENDORFF, Leonie von: “Saldırganlık Suçunda Kampala Uzlaşması”, (Çev. Ozan Erözden), *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, 1 (2), 2011, ss. 13-65.
- KURŞUN, Günel: *100 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, 1. Bası, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2011.
- LÜTEM, İlhan: *Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk*, Sakarya Basımevi, Ankara, 1947.
- NAGAN, Winston P. /HADDAD, Aitza M.: *Sovereignty in Theory and Practice*. San Diego International Law Journal, 13(2), 2012, ss. 429-520. [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sdintl13&div=14&start\\_page=429&collection=journals&set\\_as\\_cursor=14&men\\_tab=schresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sdintl13&div=14&start_page=429&collection=journals&set_as_cursor=14&men_tab=schresults) (Erişim Tarihi: 15.01.2018)
- ÖNOK, R. Murat: *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- PIERSON, Christopher: *Modern Devlet*, 1. Bası, Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul, 2000.
- RANCILIO, Peggy E: “From Nuremberg to Rome: Establishing an International Criminal Court and the Need for U.S. Participation”, *University of Detroit Mercy Law Review*, 77, ss. 155-195. [http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/udetmr77&div=12&start\\_page=155&collection=journals&set\\_as\\_cursor=2&men\\_tab=schresults](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/udetmr77&div=12&start_page=155&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=schresults) (Erişim Tarihi: 22.01.2018)
- SADAT, Leila Nadya: *The International Criminal Court and The Transformation Of International Law: Justice For The New Millenium*, Transnational Publishers, Inc. Ardsley, New York, 2002.
- SANCAR, Mithat: “Değişen Egemenlik Anlayışında Meşruiyet Sorunu ve Anayasal Düzen” *Anayasa Yargısı Dergisi*, 20, 2003, ss. 158-169.
- SAYGILI, Abdurrahman: “Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (1), 2014, ss. 185-198.

- SAYGILI, Abdurrahman: “Modern Devletin Çıplak Sureti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59(1), 2010, ss. 61-97.
- SCHMITT, Carl: Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm. (Çev. Emre Zeybekoğlu). Dost Kitabevi, Ankara, 2002.
- ŞEN, Ersan: Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- TEZCAN, Durmuş: “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı” Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2000, ss. 271-296.
- TÖNGÜR, Ali Rıza: Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku. Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2005.
- TURHAN Faruk: ”Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi, Uluslararası Ceza Divanı”, Feridun Yenisey (ed.), Arkan Yayınları, İstanbul, 2007.
- TURHAN, Mehmet: “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, 20, 2003, ss. 215-248.
- UYGUN Oktay: “Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, 1989, s. 389-421.
- UZUN, Elif: “Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü” Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (2), 2003, ss. 25-47.
- YEE, Lionel: “The International Criminal Court and The Security Council: Articles 13 (b) and 16” in Lee, Roy S. (ed.), The International Criminal Court The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, Hague, 1999.
- YÜCEL, Bülent: “20. Yüzyılda Ulus Devletin Egemenlik Yetkisine Yapılan Son Müdahale: Uluslararası Ceza Mahkemesi” Eskişehir Barosu Dergisi, Haziran Sayısı, 2005, s. 229-243.
- “Charter Of The United Nations And Statute of The International Court of Justice”, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2018)
- Resolution ICC-ASP/16/Res.6 [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res6-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ASP16/ICC-ASP-16-Res6-ENG.pdf) (Erişim Tarihi: 23.01.2018)



# CENİNİN BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDE MADDİ ZARARININ TAZMİNİ

## COMPENSATION OF PECUNIARY DAMAGE IN CASE OF BODILY INTEGRITY OF UNBORN CHILD

DOI: 10.21492/inuhfd.403025

**Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR\***

### Özet

Cenin, anne karnında olan ancak doğumu henüz gerçekleşmemiş ve kişi olması sağ doğum koşuluna bağlanmış varlıktır. Ceninin hukuki statüsü onun haklara sahip olmasının belirlenmesi açısından önemlidir. Henüz doğmadığı için kişiliğe sahip olamayan cenin, hak süjesi olarak bedensel bütünlük ihlalinin doğan zararını talep edebilecektir. Cenin, sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hakkın süjesi olur (TMK madde 28/II). Beden bütünlüğü hakkının korunması da en az yaşam ve sağlık hakkı kadar önemlidir. Ceninin de beden bütünlüğü hakkının korunması vazgeçilmez bir gerçektir. Ceninin anne karnında olduğu dönemde nadiren de olsa doğrudan cenine yönelik tıbbi müdahale nedeniyle ya da anneye yönelik tıbbi müdahale nedeniyle beden bütünlüğü ihlal edilebilir. Ayrıca üçüncü kişilerin, trafik kazası gibi, anneye yönelik haksız fiilleri nedeniyle de ceninin beden bütünlüğü ihlal edilebilir. Ceninin beden bütünlüğü ihlalinde doğan maddi zararın hukuki dayanağı farklı durumlara göre üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ya da haksız fiil hükümleri olabilir.

**Anahtar Sözcükler:** Cenin, bedensel bütünlük, hak ehliyeti, ceninin bedensel bütünlük ihlali.

### Abstract

Unborn child is a creature existent in mother's womb who has not born yet and whose acquisition of personality is conditional upon being born alive. The legal status of unborn child is important regarding determination of its rights. Unborn child, who does not have legal personality because of not being born yet, may claim compensation as the subject of right, for damage it has suffered due to violation of bodily integrity. Unborn child becomes subject of right starting from conception with the condition of being born fully and alive (Turkish Civil Code Article 28/2).

Protection of bodily integrity is as important as the protection of the right to life and health. The protection of the bodily integrity of unborn child is an indispensable reality. During the period when the unborn child is in mother's womb, due to medical

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

E-mail: [ozcanbuyuktanir@gmail.com](mailto:ozcanbuyuktanir@gmail.com)

Makale Gönderilme Tarihi: 07.03.2018

Makale Kabul Tarihi: 04.06.2018

interventions directed at mother, the bodily integrity of embryo may rarely be violated. Also, the bodily integrity of unborn child may be violated as a result of torts of third persons directed at mother, such as traffic accidents. Depending on different situations, the legal ground of compensation claims for pecuniary damage resulting from the violation of bodily integrity of unborn child may be contract for the benefit of third person, contract with the protecting effect towards third person or tort law rules.

**Keywords:** Unborn child, bodily integrity, capacity to have rights, violation of bodily integrity of unborn child

## I. GİRİŞ

Kişinin sağlığının ve beden bütünlüğünün korunmasında hukuki yararı olduğu kaçınılmaz bir gerçektir. Sağlığın korunması da beden bütünlüğünün korunması kapsamındadır. Beden bütünlüğünün ve sağlığının korunmasının iki yönü vardır: fiziksel bütünlüğün korunması ve ruhsal bütünlüğün korunması. Kişinin yaşamının, beden bütünlüğünün ve sağlığının korunması onun en temel kişilik haklarını oluşturur. Çocuk gibi anne karnındaki ceninin de beden bütünlüğü hakkı vardır.

Beden bütünlüğünün korunmasının hukuki dayanaklarının belirlenmesinde, ceninin hak süjesi olması ve hukuki statüsü önemlidir. Bir adım ileride tüpte yapay dölleme, hak ehliyetinin başlangıç anı, beden bütünlüğünün korunmasının ne zamandan başlayacağı sorusunun yanıtını oluşturur. Ceninin kişiliğinin başlangıcı ve hak ehliyeti, onun hukuki statüsünü oluşturur. Hak ehliyeti, bir anlamda ceninin hukuksal kişiliğidir.

Cenin hak ehliyetinin başlangıç anı, onun haklarının korunmasının ne zamandan itibaren başlayacağı sorusunun da yanıtını verir. Çalışmada anne karnındayken bedensel bütünlük ihlalinde ceninin bu ihlale bağlı maddi zarar kalemleri ile bunların talebinin hukuki dayanakları üzerinde durulacaktır. Öncelikli olarak ceninin hukuki statüsü anlatılacak daha sonra ise ceninin bedensel bütünlük ihlali ve ceninin istemlerinin hukuki dayanakları üzerinde durulacaktır. En son olarak ise bedensel bütünlük ihlaline bağlı olarak talep edilecek maddi zarar kalemleri incelenecektir.

## II. TÜRK HUKUKUNDA CENİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

Cenin hukuki statüsü onun haklara sahip olmasının belirlenmesi açısından önemlidir. Henüz doğmadığı için kişiliğe sahip olamayan cenin hak süjesi olarak bedensel bütünlük ihlalinde doğan zararını talep edebilecektir.

### A. Cenin Kavramı

Cenin, anne karnına düşmüş ancak doğmamış olan çocuktur<sup>1</sup>. Cenin, anne karnında olan ancak doğumu gerçekleşmemiş ve kişi olması sağ doğum koşuluna bağlanmış varlıktır. Embriyo ise, ceninin anne karnındaki ilk döneminde henüz organların tam olarak şekillenmediği halidir<sup>2</sup>. Embriyo, yumurta ile spermin döllenenmesinden (doğal yolla döllene ya da tüpte yapay dölleneyle) sonra cenin olma aşamasına kadar geçen süreçteki hücreler topluluğudur. Döllenenmeden itibaren anne karnında 8. haftaya geçen sürede insan organizması embriyo iken, 8. haftadan sonra cenin adını alır<sup>3</sup>.

### B. Ceninin Hak Ehliyeti

Kişilik sağ doğumla başlar. Ancak ceninin hak ehliyeti, sağ ve tam doğmak koşuluyla ceninin anne karnına düştüğü andan itibaren başlar (bkz. TMK madde 28/II)<sup>4</sup>. Hak ehliyeti, bir anlamda ceninin hukuksal kişiliğidir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ÖZTAN, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 2001, 10. Baskı, s. 14; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 15; ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu (Gerçek Kişiler), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, 4. Bası, s. 17; ZEVLİLİLER/ ACARBEY/GÖKYAYLA, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, 6. Baskı, s. 220; HAUSHEER, Heinz/ AEBI-MÜLLER, Regina, E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2008, Art. 31 N. 03.12.

<sup>2</sup> HONSELL/VOGT/ GEISER, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-46 ZGB, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014 Basel, Art. 31 III 2 N.14; AYDIN ÜNVER, Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 8.; DÖLEN, İsmail, Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 35.

<sup>3</sup> HONSELL/VOGT/ GEISER, Art. 31 III 2 N.14; AYDIN ÜNVER, S. 9; KURT, Müjde Leyla, "Cenin Malvarlığı Hakları," İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2011, s. 180; DÖLEN, s. 35; KESKİN, Dilşad, Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Yıl 2013, S. 1-2, s. 745; KRIARI-CATRANIS, Ismini, (ÖZSUNAY, Ergun, General Rapporteur, Topic IV, Human Rights), Rights of Embryo and Foetus in Public and Private Law, International Academy of Comparative Law, XVIth International Congress of Comparative Law, 14-20 July 2002, s. 1.

<sup>4</sup> SEROZAN, Rona, Doğum Öncesi (Pretanal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması, (Kişiliğin Korunması) Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 313. Alman hukukunda ceninin hak ehliyetine ilişkin genel bir düzenleme olmayıp hak ehliyetinin başlangıcını da doğum anıdır (§1 BGB). Ancak ceninin korunması gerekliliği karşısında çocuğun anne karnında olduğu dönem için 823§ BGB'ye dayanarak zararının giderilmesini isteme olanağı tanınmıştır. Cenini korumaya yönelik düzenlemelerle somut olaya göre sağ doğma koşuluna bağlı olarak ceninin hak ehliyetinin olduğu kabul

Cenin adına doğum öncesi bedensel bütünlük ihlalinin doğan zararının tazmininin talep edilmesi gerektiğinin savunulması halinde ceninin anne karnındayken gördüğü zararın tazminini isteyip isteyemeyeceği onun hak ehliyetinin başlangıç anı ile ilintilidir. Çünkü anne karnında olan cenin zarar gördüğü sırada henüz hak süjesi değildir. Ceninin de korunmaya değer yaşam ve sağlık hakkı olduğu da gerçektir<sup>6</sup>. Ceninin anne karnındayken uğradığı zararların tazmini sağ doğması koşuluna bağlıdır<sup>7</sup>. Sağ doğan cenin anne karnındayken uğradığı zararlarının giderilmesini sanki yaşarken meydana gelmiş gibi talep edebilecektir<sup>8</sup>. Cenin, sağ doğma geciktirici koşuluna bağlı olarak anne karnına düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacaktır<sup>9</sup>. Ceninin

---

edilmektedir (örneğin §1912, § 1913 ya da § 2108 Abs. 1 BGB, § 1923 Abs. 2 BGB gibi). Ayrıca ceninin üçüncü kişi yararına sözleşme kapsamında korunması da mümkündür. Üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmede sözleşmenin tarafı ceninin doğumunda önce ölürse, borçlu cenine ifadan sadece sözleşmede bu hakkını saklı tutmuşsa cenine ifadan kaçınılabılır (§331 Abs. 2 BGB). Ceninin § 844 Abs. 2 BGB'ye göre haksız fiil sonucu ölen kişinin desteğinden yoksun kalacağı gerekçesi ile henüz doğmamış olmasına karşın haksız fiil failinden tazminat isteme hakkı vardır. Ayrıca § 823 BGB 'ye dayanarak ceninin en azından doğrudan zararlarına yönelik olarak korunması mümkündür. Cenin, henüz anne karnındayken olan olaylar nedeniyle doğumdan sonra § 844 Abs. 2 ya da § 823 BGB'ye dayanarak zararının tazminini yasal temsilcisi aracılığıyla talep edebilecektir. Alman hukukunda ceninin haklarının korunması bu şekilde gerçekleştirilmektedir (bkz. ELLENBERGER, Jürgen, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010,, § 1, N.1; HAHN, Dieter, Kindheits, Jugend- und Erziehungsrecht, Alle Rechtsfragen von der Entstehung des Menschen bis zur Volljährigkeit, München 2004, N. 1-5; N.11-13; WOLF, Manfred/NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, Die Rechts, München 2016, 11. Auflage, 2 § 11 IV N. 12).

<sup>5</sup> SEROZAN, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, 4. Bası, §1 I P. 4; SEROZAN, Kişiliğın Korunması, s. 313.

<sup>6</sup> HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Art 31 N. 03.20; ÖZTAN, s. 17.

<sup>7</sup> ÖZTAN, s. 17.

<sup>8</sup> HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Art 31 N. 03.21; HONSELL/VOGT/ GEISER, Art. 31 III 5 N. 25.

<sup>9</sup> Ceninin anne karnına düştüğü andan itibaren sağ ve tam doğması koşulunun gerçekleşmesi anına kadar bekleyen bir hakka sahiptir. ceninin geciktirici koşula bağlı olarak anne karnına düştüğü andan itibaren korunmasıyla, cenine kişiye tanınan haklar sağlanmıştır. Öztan'a göre ceninin bozucu koşula bağlı olarak ya da geciktirici koşula bağlı olarak hak ehliyetine sahip olmasının pratik sonucu açısından fark yoktur. Her iki halde de ceninin hak ehliyetine sahip olması, doğum olayına bağlıdır (ÖZTAN, s. 14, 15); Ceninin sağ doğması ile birlikte geçmişe dönük olarak hak ehliyetini kazanmasının geciktirici şart benzeri bir şart olduğu görüşü için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2011, 8. Baskı, s. 245; Geciktirici koşulun olduğu hakkında ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, 3. Bası, s.



hak ehliyetinin geçmişe dönük ve sağ doğma koşuluna bağlı olması önemini ceninin sağ doğmaması halinde gösterir. Sağ doğmayan cenin adına anne karnında olduğu dönemde herhangi bir hukuki istemde bulunulamayacaktır<sup>10</sup>.

Ceninin anne karnına düştüğü anı tıp bilimi belirleyecektir. Bugün tıp biliminin geldiği noktada konuya ilişkin yasal düzenlemelerin (TMK madde 287/II'nin ve TMK 302/I'in) kıyasen uygulanması sonucunda ceninin, doğumundan önceki 300. gün ile 180. gün arasında ana rahmine düştüğü kabul edilebilir<sup>11</sup>. Ancak amaç cenini korumak olduğu için daha uzun süre olan 300 gün önce ana rahmine düşmüş olmayı kabul etme, ceninin yararına olacaktır. Aksi kanıtlanmadıkça ceninin doğumdan 300 gün önce ana rahmine düşmüş olduğu kabul edilmelidir<sup>12</sup>. Günümüz koşullarında bilimin de gelişmesiyle birlikte ana rahmine düşmenin bir adım ilerisine giderek tüpte yapay dölleme, hak ehliyetinin başlangıç anı dölleme anına kadar götürülebilir. TMK madde 28/II'deki “ana rahmine düşme” ifadesini geniş yorumlanarak günümüz koşullarında yapay dölleme “dölleme anı” olarak kabul etmek ceninin haklarının korunması açısından önemlidir<sup>13-14</sup>. Tüpte döllemenin<sup>15</sup> sağ doğum

272; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, s.20; DURAL/ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 19; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 15; ZEVKLİLER/ ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 221.; Yargıtay'a göre de ceninin hak ehliyeti geciktirici koşula bağlıdır: Y21.HD, 04.04.2014 T., 2013/13684 E., 2014/3834 K.; Y21.HD, 30.04.2014 T., 2014/7579 E., 2014/9615 K.; Y4.HD, 23.10.1984 T., 1983/6447 E., 1984/2849 K sayılı kararları (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 18.02.2018); Ceninin geciktirici koşula değil de bozucu koşula bağlı olarak doğmadan önce hak ehliyetine sahip olacağı yönündeki tartışma ve görüşler için bkz. Öztan, s. 14 dipnot 16; OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.15, dipnot 32.

<sup>10</sup> HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Art 31 N. 03.15.

<sup>11</sup> KURT, s. 183.

<sup>12</sup> Bkz. KURT, s. 184, dipnot 27.

<sup>13</sup> Aynı görüşte OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 13; SEROZAN, Medeni Hukuk §1 I N. 7c; SEROZAN, Kişiliğin Korunması, s. 315; ZEVKLİLER/ ACARBAY/GÖKYAYLA, s. 224; aksi görüşte Öztan'a göre, kanun koyucu “ana rahmine düşme”den söz ettiği için yapay dölleme embriyonun ana rahmine transferinden sonra sağ ve tam doğumla hak ehliyeti kazanılacağı yönündedir (ÖZTAN, s. 18); Kılıçoğlu'na göre dışarıda yapay dölleme ile oluşturulan embriyonun hak ehliyeti sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine transfer yapıldığı andan itibaren başlar (KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Ankara 2016, Turhan Kitabevi, s. 203); aynı şekilde dışarıda yapay dölleme ile oluşturulan embriyonun sağ ve tam doğmak koşuluyla hak ehliyetinin ana karnına transfer ile başlayacağı yönünde HONSELL/VOGT/ GEISER, Art. 31 III 2 N. 17; HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Art 31 N. 03.26.

koşuluyla hak ehliyetinin başladığı ana kadar yürümesi ceninin mirasçılık haklarını da etkileyecek ve döllenmenin yapıldığı an mirasçılığın başladığı an olacaktır<sup>16</sup>. Bu durumda babanın ölümünden sonra annenin rahmine yerleştirme halinde de cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacaktır<sup>17</sup>.

### III. CENİNİN BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİ

Gebelik sürecinde anneye yönelik üçüncü kişinin haksız fiiliyle ya da hekimin hatalı tıbbi müdahalesi ile ceninin bedensel bütünlüğünün zarar görmesi ve hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle istenmeyen gebeliğin yaşanması cenine ilişkin temel hukuki problemlerdir. Ceninin doğum sırasında yine hekimin hatalı tıbbi uygulaması nedeniyle zarar görmesi söz konusu olabilir. İstenmeyen gebelik aile planlamasıyla ilgili olup, ceninden bağımsız bir konudur.

<sup>14</sup> Yapay döllenme için verilen yumurta ve sperm onu veren kişinin beden bütünlüğü içinde değerlendirilir. Vücuttan ayrılan parçaların beden bütünlüğü içinde değerlendirilmesinde önemli olan nokta kişinin egemenlik alanı içinde olmasıdır (FUCHS, Maximilian, Deliktsrecht, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2009, 7. Auflage, s. 10, 11). Vücutun ayrılabilir parçalarının tümüyle ayrılması ve parça olma özelliğini yitirmesi halinde artık, söz konusu parça kişinin beden bütünlüğü içinde değerlendirilmez. Geçici olarak vücuttan ayrılan ve tekrar takılacak olan şeyler ile fonksiyonel olarak ayrılma da vücutun bir parçası sayılan sayılan şeyler (organ nakli için organın alınması, yapay döllenme için yumurta ve sperm verilmesi, kan bağıışı için kan verilmesi ) beden bütünlüğü içinde değerlendirilir (SPRAU, Hartwig, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010, § 823 N. 4 ; SCHULZE, Reiner, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, Nomos Kommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014, N. 7.) Kişinin kesilen saçı üzerindeki kişilik hakkı ise, kişilik hakkının koruma alanının sadece beden bütünlüğüne dayanmaması, kişilik değerlerinin korunması olması nedeniyle (SCHULZE , N.5).

<sup>15</sup> Tüpte yapay döllenme, evli kişiler için hukukumuz tarafından kabul edilen yöntemdir. Tüpte yapay döllenme “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Merkezleri Hakkında Yönetmelik”te düzenlenmiştir (30/09/2014 tarihli ve 29135 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan yönetmelik, madde 1). Yapay döllenme yöntemleri ve yapay döllenmeyle ilgili hukuki sorunlar için açısından bkz. ÖZSUNAY, Ergun, Üremeye yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 57 vd.; ÖZPINAR, Berna, Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 33 vd.

<sup>16</sup> KURT, Cenin s. 186.

<sup>17</sup> KURT, Cenin s. 186; aksi görüşte NOMER, Haluk N., Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 580, 581. Nomer, yapay döllenmede (yazar suni döllenme kavramını kullanır) çocuğun evlilik ürünü sayılabilmesi için dışarıda döllenmiş yumurtanın evlilik sona ermeden önce ana rahmine yerleştirilmesi gerektiğini söylemektedir.

### A. Bedensel Bütünlüğün İhlali

Zarar görenin fiziksel bütünlüğünde ya da ruh sağlığında oluşan maddi ya da manevi eksiklikler bedensel bütünlük ihlalidir<sup>18</sup>. Kişinin fiziksel bütünlük ihlali dışarıdan fark edilecek şekilde olabileceği gibi iç organlarına yönelik de olabilir<sup>19</sup>. Herhangi bir ağrı ya da acı olmasa da kişinin organlarının hukuka aykırı fiille zarar görmesi ve işlevlerini tam olarak ya da hiçbir şekilde yerine getirememeleri halinde beden bütünlüğü ihlali vardır<sup>20</sup>. Ayrıca kişinin tıp bilimi tarafından sağlığının bozulduğunun tespit edildiği durumlarda da bedensel bütünlük ihlali vardır<sup>21</sup>. Aynı durum fiziksel bütünlük ihlali olmasa bile ruh sağlığının bozulduğu ihlaller için de söz konusudur. Ruh sağlığının bozulması sadece sıradan bir üzüntü yaşanması, bir olayın etkisi ile kısa süreli bir elem yaşanması değildir. Zarar görenin zekâsında, duygusal durumunda ya da irade yeteneklerinde bir değişiklik olması halinde ruh sağlığının bozulduğu kabul edilecektir. Ruh sağlığının bozulması sonucunda kişi, yaşamını eskisi gibi idame ettirememekte, duygusal bir değişim yaşamakta ya da iradesini etkileyecek nitelikte yaşam yeteneklerinden mahrum kalmaktadır<sup>22</sup>.

### B. Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlali

Cenin bedensel bütünlük ihlali, onun iç organlarının ya da dışarıdan fark edilecek şekilde uzuvlarının zarar görmesi ve işlevlerini tam olarak ya da hiç yerine getirememesi halidir. Cenin, sağ doğum gerçekleşikten sonra tedavi edilebilir ya da tedavi edilemez nitelikte bedensel zarara uğramış olabilir. Uğranılan bedensel zarar, doğumdan sonra yaşamsal desteğe gereksinim duyulmasını ya da özel eğitim alınmasını gerektirecek düzeyde de olabilir. Ceninin bedensel bütünlüğü, dışarıdan anneye yönelik hukuka aykırı bir fiil nedeniyle ihlal edilebileceği gibi, hekimin, cenin anne karnındayken ya da doğum sırasında anneye ya da cenine uyguladığı tıbbi müdahale nedeniyle de ihlal edilebilir.

Cenin bedensel bütünlüğünün ihlal edilmediği iki durum söz konusudur: Bunlardan biri, hekimin cenindeki anomaliyi fark etmemesi

<sup>18</sup> FUCHS, s. 93, 94; OĞUZMAN/ÖZ, s. 92; EREN, s. 744.

<sup>19</sup> OFTINGER /STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich 1995, s. 275.

<sup>20</sup> FUCHS, s.10.

<sup>21</sup> FUCHS, s.10.

<sup>22</sup> EREN, Kişiyi İlişkin Zarar, s. 61.

hali, diğeri ise Alman hukukunda tartışılan ve kabul gören aile planlamasına ilişkin tıbbi müdahalenin hatalı uygulanması nedeniyle sağlıklı da olsa istenmeyen çocuğun dünyaya gelmesidir<sup>23</sup>. İlk durum yukarıda anılan hekimin cenindeki anomaliyi tespit edip edememesi noktasındadır. Burada sadece anne karnında müdahale ile ceninin sağlığına kavuşması mümkünken bunun hekimin tıbbi hatası nedeniyle anomaliyi fark edememesi nedeniyle gerçekleştirilememesi halinde cenin bedensel bütünlük ihlali olabilir. Ancak bu halde hekiminin anomali hakkında anne babayı bilgilendirmemesi, cenin bedensel bütünlük ihlalden bağımsız olup hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranması söz konusudur<sup>24</sup>. Hekimin cenine karşı sorumluluğu, sadece giderme olanağına sahip olabileceği anomaliyi gebelik sürecinde fark edemeyeceği için doğacaktır. İkinci durumda sorun, ceninin vücut bütünlüğü ihlali değil; ceninden tümüyle bağımsız anne babanın aile planlaması hakkı ve bunun kişilik hakkı olup olmadığı sorunu ile ilgilidir.

#### **IV. CENİNİN BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNE BAĞLI TAZMİNAT İSTEMİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI**

Cenine yönelik bedensel bütünlük ihlalleri daha çok hatalı tıbbi müdahaleye dayanır. Bunun dışında üçüncü bir kişinin anneye yönelik haksız fiilinden cenin de zarar görebilir<sup>25</sup>. Hukuka aykırı davranışın tıbbi müdahaleden kaynaklanması halinde söz konusu tıbbi müdahale doğrudan cenine yönelik olabileceği gibi, anneye yönelik bir tıbbi müdahale nedeniyle de ceninin zararı doğabilir. Tıbbi müdahale nedeniyle hekimin hukuki sorumluluğunun kaynağını sözleşme ya da haksız fiil sorumluluğu oluşturabilir. Hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığı hallerin dışında da anneye ya da cenine yönelik hukuka

<sup>23</sup> Bkz. ŞENOCAK, Zariye, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat (İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk), Ankara 2009, Turhan Kitabevi, s.62-90.

<sup>24</sup> Hekim, TBK madde 502 gereğince kendisiyle aynı konumdaki hekimden beklenen en yüksek özeni göstermelidir. Hekim özen yükümlülüğünün bir sonucu olarak cenindeki anomaliyi tespit edip anne babayı bilgilendirmelidir (bkz. ŞENOCAK, s. 39vd.). Anne baba gebeliğe devam edip etmeme kararını bu bilgi ışığında verecektir. Hekimin anomalinin varlığını tespiti yönelik tetkikleri gerçekleştirmeli ve sonuçları hakkında anne ve babayı tam olarak bilgilendirmelidir. Ancak anne ve baba, konu hakkında bilmeme haklarını<sup>24</sup> kullanacaklarını açıkça hekime bildirmişlerse hekimin bilgi verme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Hekimin anomaliyi fark edememesi ya da fark etse dahi bilgi vermemesi hekimlik sözleşmesinin ihlalini oluşturacaktır. Ayrıca bkz. KESKİN, s. 751.

<sup>25</sup> WOLF/NEUNER, 2 § 11 IV N. 12.

aykırı fiille, bir şekilde cenine zarar verilmesi halinde ise, failin haksız fiil sorumluluğu olacaktır.

Ceninin hak ehliyetinin ana rahmine düştüğü ana kadar geriye yürütmesi sayesinde ceninin kişilik hakkı korunmaktadır. Bedensel bütünlüğün korunması da onun temel kişilik hakkıdır. TMK madde 28’de, sağ ve tam doğmak koşuluna bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyeti tanınmıştır<sup>26</sup>. Sağ ve tam doğan cenin, beden bütünlüğü ihlaline neden olan fiilin gerçekleştiği anda hak ehliyetine sahip olmasa da geciktirici koşula bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacağı için, beden bütünlüğü ihlaline dayanarak doğan zararının da tazminini talep edebilecektir<sup>27</sup>. Cenini hukuken korumak için ona, sağ ve tam doğmak koşuluyla hak ehliyeti tanınmıştır. Ceninin hakkın süjesi olabilmesi doğum olayına bağlıdır. Sağ ve tam doğmayan cenin hakkın süjesi olmayacaktır<sup>28</sup>.

#### **A. Doğrudan Cenine Yönelik Tıbbi Müdahale Nedeniyle Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlali**

Bedensel bütünlük ihlali doğrudan ceninin kendisine yönelik olabilir. Anne karnındayken hekimin cenine tıbbi müdahalede bulunması halinde doğrudan cenine yönelik bedensel bütünlük ihlali vardır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin aydınlatılmış rızasının alınması gerekir.

Cenine yönelik tıbbi müdahalede, cenin adına tıbbi müdahaleye rızayı anne veya anne ve baba verecektir. TMK madde 16 gereği, karşılıksız kazandırma ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar dışında küçükler

<sup>26</sup> FUCHS, s. 11; Alman hukukunda Federal Mahkeme kararları ve çeşitli yasal düzenlemelerle ceninin mirasçılığı ve diğer hakları korunmuştur. Örneğin cenin anne karnındayken annenin uğradığı haksız fiil nedeniyle gördüğü zararın tazminini §823/I BGB ‘ye dayanarak doğumdan sonra haksız fiil failinden talep edebilecektir (FUCHS, s. 11,12).

<sup>27</sup> Aksi görüşte SEROZAN, Medeni Hukuk §1 I N. 7b; SEROZAN, Kişiliğin Korunması, s. 315vd.; ÖZTAN, s. 17. Öztan’a göre ceninin olay gerçekleştiğinde hak süjesi olmaması nedeniyle ancak ceninin de korunmaya değer doğacak bir hakkı olduğu için çocuk bedensel bütünlük ihlali nedeniyle doğan zararının tazmini davasını açabilir. Serozan da davayı çocuğun açması gerektiğini belirtmektedir. Serozan’a göre çocuk, daha önce yapılan ihlalin sonuçlarını yaşadığı dönemde bu zararların giderilmesini doğrudan haksız fiile dayanarak isteyebilir. Bunun için üçüncü kişi yararına sözleşmeye dayanmaya gerek yoktur. Cenin doğduktan sonra yaşayan bir kişi olur. Ceninin hangi nedenle olursa olsun anne karnındayken gördüğü zararlar için doğumdan sonra, herhangi bir insanın sağlık hakkı ihlal edilmiş gibi, çocuk da koşulların oluşması halinde zararının tazminini talep edebilir (SEROZAN, Kişiliğin Korunması, s. 315, 316; ayrıca bkz. SEROZAN, Medeni Hukuk, §1 I N. 7b).

<sup>28</sup> Bkz. ÖZTAN, s. 14, 15.

ve kısıtlılar, veli ya da vasilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleri ile borç altına giremezler. 1219 sayılı Kanunun 2008 yılında 5728 sayılı Kanunla değiştirilmiş 70. maddesine göre de küçükler ve kısıtlılara tıbbi müdahalede veli ya da vasilerinin rızası gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği 24. maddede ise küçük ya da kısıtlıya tıbbi müdahale için veli ya da vasisinin izninin alınacağı düzenlenmiştir. Cenin açısından da bu maddeler kıyas yoluyla uygulanarak anne<sup>29</sup> veya anne ve babanın rızası ile cenine anne karnındayken tıbbi müdahalede bulunulabilir. Cenine tıbbi müdahalede aydınlatma anne ve varsa babaya yapılacaktır. Aydınlatmanın en geç tıbbi müdahalenin yapılmasından hemen önce gerçekleştirilmesi ve devamında rızanın alınması gerekir.

Cenine doğrudan yapılan tıbbi müdahalenin dayanağı hekimlik sözleşmesidir. Hekimlik sözleşmesini velayet hakkının kime ait olduğuna göre anne ve/veya baba yapmaktadır. Cenin daha kişilik kazanmamış olup, kişilik kazanması beklenmekle birlikte onun yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü haklarının korunması gerekliliği açıktır. Doğum gerçekleşinceye kadar cenin, annenin bir parçası olmakla birlikte sağ doğumla hak ehliyeti geçmişe etkili olarak kazanılacağından doğumdan önce, yararına tedavi sözleşmesi yapılarak ona henüz anne karnındayken tıbbi müdahalede bulunulabilir<sup>30</sup>. Beden bütünlüğü ihlaline neden olan hatalı tıbbi uygulama ise anne-babanın ya da annenin ileride doğması beklenen çocuk yararına yapılan tedavi sözleşmesine dayanmaktadır. Ceninin korunması üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmedir<sup>31</sup>.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, borç ilişkisinde edimin ya da edimlerden birinin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiye ifa edilmesidir<sup>32</sup>. TBK 129. maddede üçüncü kişi yararına sözleşmede

<sup>29</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 16.

<sup>30</sup> Ceninin doğum öncesi anne ile yapılacak sözleşmenin koruma alanına girdiği hakkında bkz. ŞENOCAK; İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk, s. 156, 157; KURT, s. 191, dipnot 66; aksi görüşte, BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, P. 868. Yazara göre, ceninin annenin bir parçası sayılması ileride doğacak çocuğun ebeveynlerin doğum öncesi hekimle yaptıkları sözleşmenin koruyucu etkisine girmesini engeller. Çocuk sözleşmenin tarafı olmadığı gibi, lehine sözleşme yapılmış üçüncü kişi sıfatını da taşımaz. Ayrıca bkz. dipnot 31.

<sup>31</sup> HAHN, N.11.

<sup>32</sup> EREN, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 1169; ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, P.1247-1284; KARABAĞ BULUT, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 26; Y11.HD, 07.04.2016 T., 2015/8658 E., 2016/3866 K. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:

sözleşmenin kendi adına yapılmasına rağmen edimin üçüncü kişiye ifa edilmesi şeklinde düzenleme yer almaktadır<sup>33</sup>. Tıbbi müdahalenin cenine yapılması için yapılan hekimlik sözleşmesinin tarafları anne ve baba ile hekim, cenin de kendisine ifanın yapıldığı üçüncü kişidir<sup>34</sup>. Üçüncü kişinin sözleşmenin yapıldığından haberdar olması zorunluluğu olmadığı gibi<sup>35</sup>, sözleşme yapıldığında henüz kişilik kazanmamış da olabilir<sup>36</sup>. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu, yapma, yapmama, verme gibi her türlü edim oluşturabilir<sup>37</sup>. Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin aşılması ve üçüncü kişilerin sözleşmenin tarafı olmamasına karşın sözleşme ilişkisine dâhil olmalarıdır<sup>38</sup>.

Sağ doğumla hak ehliyeti kazanacak olan cenine tıbbi müdahale için anne babasının rızasıyla gerçekleştirilmektedir. Yani henüz hak ehliyeti olmadığı dönemde sağlık hakkının korunması gerekliliği nedeniyle onun yararını korumak ve belki de sağ doğumun gerçekleşmesini sağlayabilmek için tıbbi müdahalede bulunmaktadır. Kendisine tıbbi müdahalede bulunulması için anne babasının hekimlik sözleşmesi yaptığı cenin üçüncü kişi yararına sözleşme ile tıbbi müdahale nedeniyle doğan bedensel zararını hekimden talep edebilecektir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, tam üçüncü kişi yararına sözleşme ve eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak ikiye ayrılır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, üçüncü kişi sözleşmenin kendisine ifasını talep edebilirken;

20.02.2017); HORNBERGER, Thomas, Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter, Juristische Arbeitsblätter, 2015, Heft 1, s. 7.

<sup>33</sup> Üçüncü kişi yararına sözleşme, Alman hukukunda 328 § BGB’de düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre de sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi, sözleşmenin kötü ifası nedeniyle doğan zararının tazminini borçludan talep edilmektedir. Bkz. HORNBERGER, s. 11 vd.

<sup>34</sup> Tedavi sözleşmesinin üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturacağı hakkında: “... Somut uyumsuzlukta, taraflar arasındaki ilişki üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bu sözleşmede davacı hastane hastanın tedavisini taahhüt etmektedir. Davalı hasta yakını ise tedavi giderlerini davacıya ödemeyi borçlanmaktadır.” (Y13. HD, 11.05.2017 T., 2015/ 36872 E., 2017/5861 K. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.02.2017)).

<sup>35</sup> “... üçüncü kişi yararına sözleşmeyi özgün ve ilginç kılan özellik, üçüncü kişinin kendi bilgisi ve isteği dışında, salt böyle bir sözleşmeyi kuranlar öyle istedi diye, borçludan edimi doğrudan ve kestirmeden talep etme olanağına kavuşmasıdır...” SEROZAN (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm), İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, § 3 P.3a.

<sup>36</sup> EREN, s. 1170.

<sup>37</sup> EREN, s. 1171.

<sup>38</sup> HORNBERGER, s. 9; YHGK, 29.11.2017 T., 2017/ 11-406 E., 2017/1460 K. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.02.2017).

eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişinin sözleşmenin ifasını talep hakkı yoktur<sup>39</sup>. Cenine yapılacak tıbbi müdahale için anne babası hekimlik sözleşmesi yapsa da sözleşmenin ifasını fiili olarak sadece anne baba talep edebileceği için ceninin dayanağı eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olacaktır. Her ne kadar anne karnındayken hekimlik sözleşmesinin kötü ifası nedeniyle uğradığı zararın tazminini, çocuk haksız fiil hükümlerine göre de talep edebilirse de, aradaki sözleşme ilişkisine dayanmak zamanaşımı ve ispat açısından daha lehe olacaktır.

### **B. Anneye Uygulanan Hatalı Tıbbi Müdahale Nedeniyle Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlali**

Anne, hekimle sözleşme yaparken hekimin kendisine uygulanacak tıbbi müdahale için ya da rutin gebelik kontrolleri için hekimlik sözleşmesi yapması halinde sözleşmenin ihlali TBK madde 112'ye göre borca aykırılık oluşturacaktır. Sağlıklı bir kişiden sağlıklı olarak doğma şansına sahip olan cenin, hekimin anneye yönelik hatalı tıbbi uygulaması nedeniyle bedensel zarara uğradığında zararının giderilmesini isteme hakkına sahip olacaktır<sup>40</sup>. Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi nedeniyle ceninin de zarar görmesi halinde, ceninin hekime yönelteceği zararının giderilmesi talebinin hukuki dayanağı üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir<sup>41</sup>. Taraflar arasındaki borç ilişkisi nedeniyle yakınları zarar gördüğünde üçüncü kişi olan zarar gören haksız fiil hükümlerine göre zararının sözleşmenin karşı tarafından talep edebilirse de bu bazen hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabilir. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmenin diğer tarafının korunmasını beklediği yakınlarını da koruma yükümlülüğündedir<sup>42</sup>. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanan ceninin zararının giderilmesi istemi, hekimle anne ve baba ya da sadece anne arasında hekimlik sözleşmesinin olduğu durumlarda sözleşmenin ihlali nedeniyle doğan zararın tazmini de gündeme gelecektir.

Sözleşmenin nisbiligi ilkesinin bir sonucu olarak, sözleşmenin ihlalinde öncelikli olarak sözleşmenin taraflarının talep hakkı vardır. Sözleşmenin tarafları, temelde menfaati korunması gereken yegâne kişilerdir. Üçüncü kişilerin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanarak zararın giderilmesini isteyebilmek için edime yakın olması

<sup>39</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 219 vd.

<sup>40</sup> ÖZTAN, s. 18.

<sup>41</sup> KURT, Cenin, s. 191.

<sup>42</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 824.



gerekmektedir<sup>43</sup>. Edime yakın olmak, edimin sözleşmeye uygun ifası halinde zararının doğmamasıdır. Sözleşmenin tarafının, sözleşmenin diğer tarafından korunmasını haklı olarak beklediği kişilerin, edime yakın oldukları kabul edilmektedir.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme<sup>44</sup>, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bir istinası olup, sözleşmenin tarafı olmadığı halde zarar görenin, sözleşmenin tarafının, yani annenin, korunmasını beklemede haklı menfaati olan ceninin zararlarının giderilmesi isteminin dayanağıdır<sup>45</sup>. Annenin ceninin korunmasındaki haklı menfaati, onu edime yakın hale getirmektedir. Sözleşmenin tarafının koruma yükümleri kapsamında, karşı taraftan sözleşmenin tarafı olmasa da özellikle bedensel bütünlüklerinin ve sağlıklarının korunmasını beklediği kişiler edime yakın kişilerdir. Cenin sağ doğmak koşuluyla geçmişe dönük olarak hak ehliyetine sahip olduğu dönemde- anne karnındayken- üçüncü kişi olarak sözleşme konusu edime yakın olan<sup>46</sup> ve annenin haklı olarak tıbbi müdahale sırasında zarar görmemesini beklediği kişidir. Cenine karşı anneye olan tedavi sözleşmesi kapsamında hekimin kaynağı dürüstlük kuralı olan koruma

<sup>43</sup> SEROZAN, Rona, Culpa in Contrehando, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2, Sayı 3, 1968, s. 117; GOTTWALD, Peter, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, BGB § 328 Vertrag zugunsten Dritter, Münchener Kommentar, zum BGB, 7. Auflage 2016, N. 170; JANOSCHEK, (BAMBERGER/ ROTH/ HAU/POSECK), BGB § 328 Vertrag zugunsten Dritter, Beck'scher Online-Kommentar, 43. Auflage, 2017, N. 52; KARABAĞ BULUT, s. 31 vd.

<sup>44</sup> Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede korunması beklenen menfaat ihlal edilmekte ve genelde sözleşmenin tarafının yanında üçüncü kişi de zarar görmektedir. Her ikisi de taraf olunmayan sözleşme nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminini esas almakla birlikte üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu ile üçüncü kişinin zararını tazmin kurumu farklıdır. Üçüncü kişinin zararını tazminde zarar gören ve aslında bu nedenle alacaklı olan üçüncü kişi, zararının giderilmesini doğrudan talep hakkına sahip değildir; onun adına asıl alacaklı zararının tazminini talep eder. Üçüncü kişinin zararını tazminat ekişi değerlerinden çok malvarlığı değerleri korunmaktadır. Üçüncü kişiye alacaklıdan bağımsız bir koruma sağlayan kurum, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir, üçüncü kişinin zararını tazminde üçüncü kişi, sözleşmenin tarafına bağlıdır (KARABAĞ BULUT, s. 21 vd). Üçüncü kişinin zararını tazmin kurumu için ayrıca bkz. KARABAĞ BULUT, s. 20 vd.

<sup>45</sup> GOTTWALD, N. 177;

<sup>46</sup> Edime yakın olanlar için aslında üçüncü kişi olmakla birlikte, sözleşmenin tarafı olmayan ama sözleşmenin tam ve doğru ifasında menfaati olan kişilerdir. Sözleşmenin tarafının dürüstlük kuralı gereği haklı olarak sözleşmenin ifası sırasında zarar görmemesini beklediği kişiler, edime yakın olan ve üçüncü kişi konumunda olan kişilerdir (bkz. JANOSCHEK, BGB § 328 N. 52).

yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>47</sup>. Hekim koruma yükümlülüğü kapsamında, cenine zarar verecek tıbbi uygulamalardan kaçınmak zorundadır. Çünkü koruma yükümlülüğü, sadece sözleşmenin taraflarını değil, üçüncü kişileri de korumayı hedefler<sup>48</sup>. Hekimin özen yükümlülüğü de bunu gerektirmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilişkisi, sadece sözleşmenin karşı tarafının değil; edime yakın olan üçüncü kişinin de sağlığını ve esenliğini korumayı yükümlendiğinin kabul edilebileceği durumlarda söz konusu olur<sup>49</sup>. Edime yakın olan kişiler, üçüncü kişi de olsa haklı olarak sözleşmenin tarafının korunmasında menfaatinin olduğunun dürüstlük kuralı gereği kabul edilen kişilerdir.

Cenin, sağ doğum koşulu gerçekleştiğinde, anne karnındayken uğradığı bedensel bütünlük ihlalinin doğan zararları, anne ile hekim arasındaki sözleşmeye dayanarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında doğrudan hekimden talep edilebilir<sup>50</sup>.

### **C. Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Haksız Fiil Sorumluluğu**

Cenin bedensel zararının giderilmesinde hekim dışındaki üçüncü kişilerin ya da hekimin haksız fiil sorumluluğu doğabilir. Hekim dışındaki üçüncü kişilerin gebelik sürecinde temelde anneye yönelik hukuka aykırı fiilleri ceninin de zarar görmesine neden olduğunda koşulları varsa failin, haksız fiil sorumluluğu doğacaktır. Hekimin gebelik sürecinde anneye ya da cenine hatalı tıbbi müdahalesi ya da doğum sırasındaki hukuka aykırı fiili ceninin de zarar görmesi halinde de koşulları varsa zarar haksız fiil sorumluluğuna gidilecektir<sup>51</sup>.

Hekimin hukuki sorumluluğu temelde tedavi sözleşmesine dayanmakla birlikte haksız fiil sorumluluğunun doğduğu durumlar da vardır. Cenine ya da anneye tıbbi müdahale özel hastanede hastane ile yapılan hekimlik sözleşmesi ilavesiz tam hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında yapılıyorsa hekimin meslek hatası nedeniyle hekime doğrudan haksız fiil hükümlerine dayanılarak dava açılabilir<sup>52</sup>. Ayrıca hastanenin de tedavi sözleşmesine aykırılık nedeniyle zarardan sorumluluğu vardır. Anne ile rutin gebelik kontrolleri için ya da anne veya

<sup>47</sup> SEROZAN, s. 117, 118; ayrıca bkz. KARABAĞ BULUT, s. 32.

<sup>48</sup> Bkz. SEROZAN, s. 118, 119.

<sup>49</sup> JANOSCHEK, BGB § 328, N. 52.

<sup>50</sup> Bkz. JANOSCHEK, N. 53.

<sup>51</sup> Bkz. AYDIN ÜNVER, s. 87.

<sup>52</sup> ŞENOCAK, s. 110; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 33, Yıl 2015, s. 24.

cenine uygulanacak tıbbi müdahale için hekimlik sözleşmesi yapıldığında hekimin haksız fiil sorumluluğu ile hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu yarışacaktır. Hekimin kamu hastanesinde çalışması halinde ise doğrudan hekime karşı haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak dava açılmaz<sup>53</sup>. Kamu hastanesinde çalışan hekimin hizmet kusuru nedeniyle açılan zararın giderilmesi istemine yönelik dava, idareye açılır<sup>54</sup>.

Ayrıca doğum sırasında ceninin beden bütünlüğü ihlal edildiğinde hekimin haksız fiil sorumluluğu doğabilir. Doğum hem anneyi hem de cenini ilgilendiren bir tıbbi müdahaledir. Doğumun gerçekleştirilmesinde hekimin meslek hatası nedeniyle ceninin beden bütünlüğü ihlal edildiğinde, anne ile hekim arasında sözleşme ilişkisi yoksa hekim ya da hekim özel hastane çalışanı ise ve hastane ile hekimlik sözleşmesi ilavesiz tam hastaneye kabul sözleşmesi yapıldığında hekimin haksız fiil sorumluluğu doğar.

Haksız fiil sorumluluğunda hekimin özen yükümlülüğü objektif özen yükümlülüğüdür. Hekim kendisiyle aynı konudaki hekimden somut olaya göre beklenecek özeni göstermekle yükümlüdür. Özen yükümlülüğünün ihlali hekim açısından çoğunlukla ihmali hareketle ortaya çıkar. Hekim cenine doğrudan tıbbi müdahale uygularken kendisinden beklenen özeni gerçekleştirmediği için ceninin bedensel bütünlük ihlali sorumluluğunda sorumlu olacaktır.

Haksız fiil sorumluluğunda çocuk ya da cenin anne karnındayken yapılan müdahaleden doğan maddi ve manevi zararlarının giderilmesini hekimden isteyebilir. Çocuğun bedensel bütünlük ihlali nedeniyle özel bir eğitime ihtiyaç duyması halinde eğitim masraflarını anne baba gidermekle yükümlü olduğu için onlar da hekimden bu masrafların giderilmesini isteyebilirler.

## **V. CENİNİN BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN KAYNAKLANAN MADDİ ZARARLARI**

TBK madde 54'e göre bedensel bütünlüğün ihlali sonucunda oluşan maddi zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün

<sup>53</sup> Kamu hastanesinde çalışan hekimlerin sorumluluğu hakkında bkz. CANBOLAT, Ferhat, Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, Yıl, 2009, s. 156-181.

<sup>54</sup> ŞENOCAK, Zariye, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998, s. 110; ŞENOCAK, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk, s. 45; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi (Hekimlik Sözleşmesi), Vedat Kitapçılık, 2006, s 24-26; ŞATIR, s. 41; CANBOLAT, s. 160, 161.

azalmasından ya da kaybindan doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardır. Ayrıca varsa kişi, diğer maddi zarar kalemlerini de somut olaya göre talep edebilir.

Çocuğun anne karnındayken bedensel bütünlüğünün ihlaline bağlı olarak doğan maddi zararları, onun tedavi ve varsa özel eğitim giderleridir. Çocuk, kişiliğini geliştirme ve eğitim hakkı kapsamında özel ihtiyaçları doğrultusunda eğitim alma hakkına sahiptir. Ayrıca bedensel bütünlük ihlali çocuğun çalışma gücü kaybına neden olmuşsa çalışma gücü kaybı ile ekonomik geleceğin sarsılması da hesaplanır. Çocuğun hangi mesleği seçeceği belli olmayacağı için hakim ailesinin sosyo-ekonomik durumunu ve anne babasının mesleklerini de göz önüne alarak farazi bir meslek seçimi üzerinden hesaplama yapacaktır.

### A. Ceninin Tedavi Giderleri

Bedensel bütünlük ihlali nedeniyle ortaya çıkan ilk zarar kalemi tedavi giderleridir. Ceninin anne karnındayken doğumdan sonra gerekli olacak tedavi giderlerini talep etme hakkı vardır. Tedavi giderlerinin içine cenin için hastanede yapılan tüm tedavi harcamaları ve devamında gerekli ise yapılacak fizik tedavi gibi ek tedavi masrafları da girer<sup>55</sup>. Cenin ve çocuk adına yasal temsilcisinin tedavi için özel hastaneyi tercih etmesi onun tazminat istemini etkilemez<sup>56</sup>. Devlet hastanesi yerine özel hastane tercihinde tedavi masraflarının tümü tazmin edilecek<sup>57</sup> olsa da yapılan

<sup>55</sup> ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 461.

<sup>56</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 605; "...davacı sigortalının özel hastane masrafını kendisi karşılayarak kurum bu giderlere katlanmaktan kurtulmuş ve sebepsiz zenginleşmiştir."(Y.21.HD, 05.06.2007 T., 2006/10937E., 2007/9105 K. sayılı Yargıtay Kararı www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.01.2017); "... Dosyadaki bilgi ve belgelerden tarafların murisinin sağlığında kendi arzu ve isteği ile tedavi olmak için özel hastaneye yattığı ve tedavi gördüğü anlaşılmaktadır. İnsanın hastalandığında en iyi şekilde tedavi olmayı istemek en tabii hakkıdır. Murise, tabii olduğu sigorta hastanelerinde tedavi olması gerektiği şeklinde herhangi bir kısıtlama getirilemez" (Y.13.HD, 06.05.2002 T., 2002/3343 E., 2002/ 5167 K. sayılı Yargıtay Kararı www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.01.2017).

<sup>57</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 695. "... Davacının devlet hastanesi yanında özel hastanede de tedavi edildiği dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Bilirkişi doktor, resmi hastane ücretlerini baz alarak davacının tedavi gideri zararını hesaplamış ve mahkemece bu rapor doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Oysa davacının yaralanması nedeniyle yapılan tedavi giderlerinin belgelerde yazılan miktarlar ve özle hastane faturası gözetilerek aynen hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece özel hastane giderleri yerine resmi hastane karşılıklarını esas alan yetersiz bilirkişi raporu

tedavi masrafları zarar görenin sosyo-ekonomik durumuna da uygun olmalıdır. Yasal temsilci bu masrafları bizzat yapmış olsaydı özel hastaneyi mi yoksa devlet hastanesini mi tercih edeceği gerçeğine uygun bir tazminata karar verilecektir<sup>58</sup>. Somut olayda gerekli olmayan tedavi masraflarının fiilen yapılmış olsalar dahi tazmini mümkün değildir<sup>59</sup>.

Çocuğun tedavisinde kullanılan ilaç giderleri, gerekli ise çocuğun gereksinim duyduğu protez giderleri tedavi masrafı olarak tazminat konusu olabilir. Ayrıca sadece iyileştirme amaçlı tedavi giderleri değil; bir sakatlığı ya da hastalığı önlemeye yönelik olan zorunlu tedavi giderleri de tazminat konusu olacaktır<sup>60</sup>. Tedavi giderlerinin içine varsa tıbbi müdahale sonrasında evde bakım hizmetleri de girmektedir. Ambulans ücreti, yol ücreti, varsa konaklama giderleri de tedavi giderleri arasındadır<sup>61</sup>. Ancak evde bakım hizmetlerinde uygulamada genelde bakıcı giderinin tamamının tazminine değil; belli oranda indirim yapılarak tazmin edilmesine karar verilmektedir<sup>62</sup>. Burada tazmin edilen zarar

*doğrultusunda hüküm kurulması bozmayı gerektirir.”* (Y4.HD, 24.10.2005T., 2004/15003 E., 2005/11410 K. sayılı Yargıtay Kararı, www.kazanci.com.tr).

<sup>58</sup> EREN, s. 746; ANTALYA, s. 462.

<sup>59</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 93.

<sup>60</sup> EREN, s. 746.

<sup>61</sup> OFTINGER/STARK, s. 282.; REY, Heinz, Ausvertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich- Basel-Genf 2003, N. 229; Y17.HD, 06.11.2014 T., 2014/15291E., 2014/15197 K.; Y. 4.HD, 19.01.2016 T., 2015/14870 E.,2016/601 K.; Y.4.HD, 05.10.2015 E., 2015/10733 K. sayılı Yargıtay Kararları (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.01.2017).

<sup>62</sup> “... Yapılacak iş, hükme esas alınan hesap raporunda tespit edilen bakıcı gideri nedeniyle oluşan maddi tazminat alacağından, davacının aile içi bakım dayanışmasından da yararlanılacağı gözetilerek uygun bir miktar hakkaniyet indirimi yapılarak çıkacak sonuca göre kazanılmış haklar gözetilerek karar vermekten ibarettir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” (Y21.HD, 26.12.2016 T., 2016/5097 E., 2016/15513 K. sayılı Yargıtay Kararı, www.kazanci.com.tr); “... yaralanan evli ise eşinin 4721 sayılı Medeni Yasa'nın 185. maddesinde öngörülen yardım yükümlülüğünün bulunduğu; başkasının bakması durumunda ise, yaralananın herhalde gelirinden bakım için bir tutar pay ayırması gerekeceği göz önünde tutulmalı ve belirlenen bakıcı giderine ilişkin tazminat tutarından, Borçlar Yasası'nın 43. ve 44. maddeleri gereğince indirim yapılmalıdır. Dava konusu olayda, davacının isteyebileceği bakıcı gideri, tutarının, hesaplanan bakıcı gideri zararının %50'si kadar olacağı kabulü dosya kapsamına daha uygundur...” (Y4. HD 23.09.2014 T., 2013/ 16547 E., 2014/ 12142 K. sayılı karar (KAYA, s. 157)). Bakıcı giderinden hakkaniyet gereği %50 oranında indirim yapılması gerekliliği ancak bu reddedilen oran için davacı aleyhine vekalet ücreti takdirinde dikkate alınmaması gerektiği hakkında Y21. HD, 24.10.2017 T., 2016/1072 E., 2017/ 8254 K. sayılı karar; aile içi dayanışma gereği sürekli bakıcı çalıştırılmayacağı için hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği hakkında Y21. HD, 26.09.2017 T., 2016/4729

bakım zararı olduğu için zararın giderilmesinde önemli olan zarar görenin bakım gereksiniminin doğmasıdır. Yoksa bakıcının mutlaka tutulması, evde bakım hizmeti alınması gerekliliği yoktur<sup>63</sup>.

Tedavi giderlerinin her türlü delille ispatı mümkündür. Tedavi giderleri tam olarak kanıtlanamıyorsa hakim hakkaniyete göre takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarının hakkaniyet uygun olarak belirlenir (TBK madde 50/2)<sup>64</sup>. Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirlenir (TBK madde 51/I).

### **B. Ceninin Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle İstenen Zararlar**

Çalışma gücü, kişinin beden ve zihnen etkin bir şekilde çalışma yaşamı içinde yer alabilmesidir. Kişinin beden gücü ya da zihinsel yeteneklerindeki azalma, çalışma gücü kaybına neden olacaktır<sup>65</sup>. Aynı şekilde kişinin ruhen de sağlıklı olmaması çalışma gücünü etkileyebilecektir. Çalışma gücünün azalması, kişinin bedensel bütünlüğünün ihlali sonucunda belli bir süre ya da sürekli olarak çalışamaz hale gelmesi ya da kişinin fiziksel, ruhsal ve zihinsel yetilerindeki değişiklik nedeniyle işgücünün belli bir süre için ya da sürekli olarak bedensel bütünlük ihlalden önceki duruma oranla

---

E., 2017/ 6845 K. sayılı karar ; aksi yönde olan bakıcı giderlerinde indirim yapılmadan tam olarak hesaplanması yönündeki 17. Daire'nin kararları için Y17. HD, 10.10.2017 T., 2015/2933 E., 2017/ 8854 K.; Y17. HD, 03.10.2017 T., 2015/2107 E., 2017/ 8505 K.; Y17. HD, 15.06.2017 T., 2015/17464 E., 2017/ 6831 K.; Y17. HD, 05.06.2017 T., 2016/16355E., 2017/ 6345 K. sayılı kararlar (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2018).

<sup>63</sup> ANTALYA, s. 461.

<sup>64</sup> "... TBK 50. madde yol gösterici olup aynı zamanda zararın gerçek miktarını belirleyecek olan hakime de bir görev yüklemektedir. Bu durumda davacıya hastaneler dışında yapılan masraflarını (ulaşım vs. gibi) kanıtlanma imkanı tanınmalı, davacının bu giderlerini kanıtlayamaması halinde belgelenemeyen ancak tedaviye bağlı olarak yapılması olanaklı bulunan ulaşım, refakatçi gideri gibi giderleri yönünden davacının tüm tedavi evraklarının getirtilerek yaralanma derecesi ve iyileşme süreci de gözetilerek uzman doktor bilirkişiden alınacak rapor sonucuna göre TBK 50. maddesi gereğince olayın özelliği değerlendirilmek suretiyle bu kalem istekler hakkında karar verilmesi gerekirken olumlu ya da olumsuz hiç karar verilmemesi doğru görülmemiştir." Y17.HD, 06.11.2014 T., 2014/15291E., 2014/15197 K. Sayılı Yargıtay Kararı (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 18.01.2017).

<sup>65</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 694; REY, N. 231; ANTALYA, s. 464; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 64, 65.

azalmasıdır<sup>66</sup>. Çalışma gücünün azalması ya da tümüyle kaybı halinde durumun sürekli ya da geçici bir süre olup olmamasına göre tazminat miktarı da değişecektir.

Ceninin anne karnındayken bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle çalışma gücü kaybı yaşaması doğası gereği sürekli bir çalışma gücü kaybı şeklinde olur<sup>67</sup>. Bu çalışma gücü kaybı tam çalışma gücü kaybı ya da kısmi çalışma gücü kaybında şeklinde olabilir. Çalışma gücünün geçici kaybında ise zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar olan kazanç kaybı olarak ortaya çıkar<sup>68</sup>. Sağ ancak çalışma gücü kaybıyla doğan cenin, henüz çalışmaya başlamadığı için geçici bir çalışma gücü kaybı da olmayacaktır. Çalışma gücünün sürekli olarak azalması ya da kaybı halinde tazmin edilmesi gereken zarar miktarı farazi bir miktar olup ayrı bir hesaplama gereksinim duyulmaktadır.

Çalışma gücünün ne oranda azaldığı hesaplanırken zarar görenin mesleği de dikkate alınmalıdır. Kaybı nedeniyle çalışma gücünün azalmasına neden olan organın eksikliği her meslek için farklı olacaktır. Bu nedenle çalışma gücünün kaybı tıp biliminin verilerine göre belirlenecektir<sup>69</sup>. Çalışma gücünün sürekli kaybı halinde ya da kısmen kaybı halinde zarar gören anne karnındaki cenin, zararı talep anında çocuk, olduğu için küçüğün gelecekteki muhtemel çalışma alanı dikkate alınarak bir hesaplama yapılacaktır. Muhtemel çalışma alanı bulunurken de çocuğun anne babasının meslekleri, gelir düzeyleri entelektüel durumları, çocuğun büyüdüğü ortam, varsa kardeşlerinin durumu dikkate alınarak yargıç tarafından bir karara varılacaktır. Çocuğun fiziksel durumu

<sup>66</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 604; ANTALYA, s. 464; EREN, Kişiyi İlişkin Zarar, s. 62.

<sup>67</sup> Çocuğun %95 oranında çalışma gücünü yitirmesi nedeniyle ömür boyu yaşayacağı işgücü kaybı nedeniyle maddi tazminat isteminin kabulü hakkında YHGK 20.10.2004 T., 2005/13-97, 2005/150 K. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 27.02.2018).

<sup>68</sup> REY, N. 236; Geçici çalışma gücünün kaybı hesaplanırken zarar görenin geliri de çalışma kaybının sürekli olarak kaybında dikkate alınmalıdır. Çalışma gücünün kaybında hesaplamada dikkate alınacak gelir, zarara neden olan olayın olduğu tarihteki gelirdir. Bu gelire ayrıca ileriki yıllar için olacak artış oranları da dikkate alınmalıdır. Zarar görenin geliri hesaplanırken, tüm gelirleri (zarar veren olayın olduğu tarihteki gelirleri + artış oranları + ek gelirleri (fazla mesai, ikramiye, lojman vs.) göz önüne alınacaktır. Tüm gelirlerin içine maaş, ikramiyeler, ek olanaklar (lojman, araba sağlanması gibi), artış primleri vs. girer (OĞUZMAN/ÖZ, , s. 95).

<sup>69</sup> EREN, Kişiyi İlişkin Zarar, s.64; OFTINGER/STARK, s.288.

ve zekâsı, yetenekleri de dikkate alınacaktır<sup>70</sup>. Çalışma gücünün sürekli olarak tamamen ya da kısmen kaybı halinde tazminat hesabı yapılırken zarar görenin gelir durumu, çalışma gücünün kayıp oranı ve kalan çalışma süresi dikkate alınır. Çocuk açısından çalışma gücünün sürekli kaybı halinde çalışma gücünün kaybı oranı ve yaşam süresi farazi bir hesaplama tabii tutulacaktır. Çünkü kişinin yaşam süresi ve ortalama çalışma süresi de tazminat miktarının hesaplanmasında önemlidir.

Tazminatın hesabında dikkate alınması gereken bir başka husus da zarar görenin başka işkolunda iş bulma olanağının olup olmadığıdır. Zarar gören, uğradığı kazanç kaybını bu yolla telafi edebilecekse tazminatın hesabında bu da dikkate alınmalıdır<sup>71</sup>. Çocuğun yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda belirlenecek farazi mesleğine göre çalışma gücü kaybı zararı tespit edilecek ve başka işkolunda iş bulma olanağı da bu çerçevede dikkate alınacaktır. Ceninin çalışma gücü hesabında her iki kalem de ayrı ayrı ve farazi bir değerlendirmeye hesaplanacaktır.

### **C. Ceninin Ekonomik Geleceğın Sarsılması Nedeniyle Oluşan Maddi Kayıp**

Ekonomik geleceğın sarsılması, çalışma gücünün azalmasına bağılı olarak zarar görenin mesleki geleceğının olumsuz yönde etkilenmesidir<sup>72</sup>. Ekonomik geleceğın sarsılması, zarar görenin çalışma gücünü etkilememiş olmasına karşın, onun mesleki ilerlemesini tehlikeye girdiğı durumlar olarak da değerlendirilebilir<sup>73</sup>. Somut olaya göre çalışma gücü kaybı olsun olmasın kişinin ekonomik geleceğı sarsılabilir. Ekonomik geleceğın sarsılmasında doğan zararlar çok geniş kapsamlı olup, zarar görenin uğradığı tüm zararları içerir. TBK madde 54'te düzenlenen "ekonomik geleceğın sarsılması" zararları, farazi hesapları içeren, ispatı zor olan ve yaşamın olağan akışında da her giderin ispatlanmasının beklenemeyeceğı ve hesabında hakimın takdir yetkisi olan kararlardır<sup>74</sup>.

Cenin açısından ekonomik geleceğın sarsılması zararı ile çalışma gücünün tümüyle kaybı nedeniyle uğranılan zarar karıştırılmaya çok açık

<sup>70</sup> Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 605; OĞUZMAN/ÖZ, s. 96; EREN, Kişiyeye İlişkin Zarar, s. 64; OFTINGER/STARK, s. 290; REY, N. 251; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 74, 81.

<sup>71</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 96.

<sup>72</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 65.

<sup>73</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 89.

<sup>74</sup> Y17. HD, 10.10.2017 T., 2015/2933 E., 2017/ 8854 K. sayılı kararlar (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2018).



ve birbirine çok yakındır. Ceninin doğum sırasında yüzünde dış görünümü olumsuz etkileyecek kalıcı hasar oluşması, çalışma gücünün kaybı değil; ekonomik geleceğin sarsılması olarak değerlendirilebilir<sup>75</sup>. Gerçekten de bedensel bütünlük ihlali kişinin her ne kadar çalışma gücünü etkilemese de kişi çalışma yaşamında diğer meslektaşlarına göre daha dezavantajlı duruma gelebilir ya da iş alanını değiştirmek zorunda kalabilir, yeni bir iş bulmakta ya da işini değiştirmekte güçlük çekebilir. Bu hallerde kişinin ekonomik geleceğinin etkilenmesinden söz edilecektir<sup>76</sup>. Önemli olan nokta, ceninin bedensel bütünlük ihlalinin ileride istediği mesleği seçmesini veya seçtiği meslekte ilerlemesi engelleyecek boyutta olmasıdır<sup>77</sup>. Ceninin bedensel zararı onun ileride seçeceği meslek seçeneklerini daraltacak nitelikteyse ekonomik geleceğin sarsılması zararı söz konusu olur<sup>78</sup>.

Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle doğan zarar, ayrı hesaplanması gereken maddi bir zarar kalemi olup<sup>79</sup> zarar görenin haksız fiil olmasaydı gelecekte elde etmesi muhtemel kazanç ile haksız fiilden sonraki bedeni durumu nedeniyle elde edeceği kazanç arasındaki farktır<sup>80</sup>. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zarar, varsayımsal bir hesaba dayanır ve zarar görenin ortalama çalışma süresi, mesleği, ekonomik durumu dikkate alınır<sup>81</sup>. Piyanistin el parmaklarını kullanamaz hale gelmesi gibi zarar görenin fiziksel değişikliği de mesleğinin özelliği gereği onun ekonomik geleceğini etkileyebilir<sup>82</sup>. İhlal aynı olsa bile, her kişinin bedensel bütünlük ihlali, onun mesleğine ve kişisel özelliklerine göre ekonomik geleceğinin sarsılma oranı farklı boyutta olmasına neden olacaktır<sup>83</sup>. Anne karnında zarar gören cenin açısından ise doğumdan sonra açılan davada küçüğün, mümkünse yetenekleri ve özellikleri ile ailesinin sosyo-ekonomik durumu, eğitim düzeyleri, varsa kardeşlerinin

<sup>75</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; ANTALYA, s. 466; Bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, P. 89; Y17. HD, 03.10.2017 T., 2015/2145 E., 2017/ 8517 K. sayılı kararlar (www. kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2018).

<sup>76</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 612; EREN, s. 750; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98; ANTALYA, s. 466.

<sup>77</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.612; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98.

<sup>78</sup> Bkz. REY, N. 253.

<sup>79</sup> EREN, Kişisel Zararlar, s.66.

<sup>80</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 615; REY, N. 253; EREN, Kişisel Zararlar, s.66.

<sup>81</sup> BÜYÜKSAĞIŞ, P. 78, 81.

<sup>82</sup> Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 98, 99; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 71.

<sup>83</sup> Bkz. REY, N. 254; OĞUZMAN/ÖZ, s. 98, 99; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 71.

eğitim durumu ve yetenekleri dikkate alınarak ekonomik geleceğin sarsılması zararı belirlenir<sup>84</sup>.

Burada sözü edilen zarar, her ne kadar çalışma gücünün kısmen ya da tamamen kaybı nedeniyle oluşan gelecekteki kazanç kaybı da zarar görenin ekonomik geleceğini etkilese de çalışma gücünün kaybı nedeniyle uğranılan zarar değildir<sup>85</sup>. Ekonomik geleceğin sarsılması, çalışma gücünün kaybindan ayrı bir kalem olarak TBK madde 54/4'de sayılmıştır.

#### **D. Diğer giderler:**

Diğer giderler, her somut olaya göre ortaya çıkması muhtemel tazminat kalemleridir. Yukarıda sayılan tedavi giderleri, çalışma gücü kaybı ve ekonomik geleceğin sarsılması zararları dışında kalan bedensel bütünlüğünün ihlali nedeniyle doğan zararlarının tazminin istenmesi mümkündür. Örneğin bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle zarar görenin asansörü olan bir apartmana taşınması gereği gibi daha önce yaşadığı evde yaşaması olanaksız hale geldiği için ev değiştirmek zorunda kalması halinde bundan doğan zararın da tazmini gerekir<sup>86</sup>. Diğer giderlerin içine dava açılması gerekmişse avukata yapılan vekâlet ücreti ödemesi de girer<sup>87</sup>. Cenin açısından diğer giderlerin kapsamına bedensel zararına bağlı olarak özel eğitim alması gerekiyorsa eğitim masrafları girecektir. Ayrıca cenin, bakıma muhtaç hale gelmişse, bakımının sağlanmasına yönelik masraflar da diğer giderler kapsamında olacaktır.

#### **VI. Ceninin Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Kaynaklanan Maddi Zararı Talep Edebilecek Kişiler**

Davada taraf olma ehliyeti fiil ehliyetinin görünümülerindedir. Fiil ehliyetine sahip olmayan çocuğun hukuki işlemleri, velayet hakkı sahibi anne babasının ya da vasisinin rızası ile gerçekleştirilir. Çocuğun tam ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetsiz olmasına göre temsili esasları da değişecektir. Ancak doğumdan sonra ceninin zararının tazminde zamanaşımı da düşünüldüğünde, tam ehliyetsiz olan çocuk adına bedensel zararın tazmini talep edilecektir. Çocuk üzerinde velayet hakkı sahibi anne ve/veya baba bedensel zararın tazminini isteyebilirken, vesayet söz konusu ise vasi, çocuğun anne karnındayken uğradığı bedensel zararının giderilmesini zarar verenden talep edebilir.

<sup>84</sup> Bkz. OFTINGER/STARK, s. 290; REY, N. 251; EKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 605; OĞUZMAN/ÖZ, s. 96; EREN, Kişiyeye İlişkin Zarar, s. 64; BÜYÜKSAĞIŞ, P. 74, 81.

<sup>85</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 98.

<sup>86</sup> OFTINGER/STARK, s. 282.

<sup>87</sup> EREN, Kişisel Zararlar, s.62.

Velayet hakkı sahibi anne baba, üçüncü kişilere karşı çocuğun yasal temsilcisi konumundadırlar (TMK madde 342/I). Anne baba evli ise velayet hakkını birlikte kullanacakları için ceninin bedensel zararının tazminini de birlikte talep edeceklerdir<sup>88</sup>. TMK 342/II ‘deki düzenlemeye göre iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla çocuk adına işlem yaptığını varsayabilirler (TMK madde 342/II). Kanımızca velayet hakkına birlikte sahip olan anne babadan birinin de çocuğun yararı önceliğinde anne karnındayken uğradığı bedensel zararının tazminini talep etmeleri mümkündür. Bu durumda davanın diğer tarafa da ihbar edilmesinde yarar olacaktır. Velayet hakkını birlikte ve çocuğun yararına uygun olarak kullanmakla yükümlü olan anne baba, diğer tarafın çocuğun bedensel zararının giderilmesini haklı neden olmaksızın talep etmemesi halinde de çocuğun yararını korumak için tek başına zararın giderilmesini isteyebilmelidir.

Ayrı yaşama kararının varlığı ya da boşanmış olmaları halinde ise bedensel zararın tazminini velayet hakkı sahibi olan taraf talep edebilecektir. Boşanma sonrasında birlikte (ortak) velayet<sup>89</sup> söz konusu ise yine çocuk adına anne baba birlikte hareket edecektir. Anne ya da babanın gaipliğine karar verilmişse velayet hakkını kullanan ebeveyn, çocuğun bedensel zararının giderilmesini talep edecektir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verilen velayet hakkı sahibi olmayan ebeveyn, bedensel zararın giderilmesini talep etme yetkisine sahip değildir. Anne babanın evli olmaması ve annenin doğumdan sonra çocuk adına bedensel zararın tazminini talep edemeden vefatı halinde, velayet hakkı doğrudan babaya geçmeyeceği için baba, bedensel zararın giderilmesini hemen

<sup>88</sup> Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Aile Hukuku, C. III, İstanbul 2012, 6. Bası, s. 331.

<sup>89</sup> Türk Hukukunda boşanma halinde anne babanın birlikte velayeti düzenleyen yasa hükmü yoktur. Ancak çocuğun yararı açısından birlikte velayet tartışılması gereken bir konudur<sup>89</sup>. Bununla birlikte 14 Mart 1985 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan “11 No’lu protokol ile değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 No’lu Protokol” ün 25 Mart 2016 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 6684 sayılı Kanunla uygun bulunmasıyla artık birlikte velayet Türk Hukuku açısından da uygulama alanı bulacaktır. Çünkü Protokolün 5. Maddesi kapsamında boşanma halinde çocuğun yararına uygun olarak birlikte (ortak) velayet anne babaya verilebilecektir. Usulüne uygun olarak kabul edilip yürürlüğe giren uluslararası antlaşmalar, yasa hükmündedir. Ayrıca asıl olan birlikte velayet olup, istisna anne ya da babanın tek başına velayetidir. Bu durumda da çocuğun yararı belirleyici ilke olacaktır ( Y2.HD, 20.02.2017 T.,2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı Yargıtay kararı, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 26.03.2108) (Birlikte velayet hakkında bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004; SERDAR, İlknur, Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.1, 2008, s. 155-197).

istemeyecektir. Öncelikle velayet hakkının kendisine verilmesini talep etmesi gerekir.

## VII. SONUÇ

Cenin, anne karnında olan ancak doğumu henüz gerçekleşmemiş ve kişi olması sağ doğum koşuluna bağlanmış varlıktır. Ceninin hukuki statüsü onun haklara sahip olmasının belirlenmesi açısından önemlidir. Henüz doğmadığı için kişiliğe sahip olamayan cenin, hak süjesi olarak bedensel bütünlük ihlalden doğan zararını talep edebilecektir. Ceninin bir hakkın süjesi olması onun hak ehliyetine sahip olmasına bağlıdır. TMK madde 28/II'deki açık düzenlemeye göre çocuk, sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacaktır. Günümüz bilimsel ve teknolojik koşullarında mümkün olan tüpte yapay dölleme bizim hukuk sistemimiz tarafından da kabul edilmektedir. TMK madde 28'de yer alan "ana rahmine düşme" ifadesini geniş yorumlayarak tüpte yapay döllemede, hak ehliyetinin başlangıcı, sağ ve tam doğmak koşuluyla dölleme anına kadar götürülebilir. Bu şekilde dölleme sırasında ve dölleme sonrasında oluşacak kişilik hakkı ihlallerini karşı da koruma sağlanmış olacaktır. Ceninin hak ehliyetinin kapsamında kişilik hakları da vardır. Kişinin bedensel bütünlüğü üzerindeki hakkı da en temel hakkıdır ve ceninin bedensel bütünlük hakkının korunması gerçekliği açıktır.

Cenin bedensel bütünlük ihlali halinde, TMK madde 28'in açık düzenlemesi gereği, sağ doğum gerçekleşmişse, geçmişse dönük olarak cenin adına bedensel bütünlük ihlaline bağlı maddi zararların tazmini talep edilebilir. Cenin adına sağ doğum gerçekleştikten sonra bedensel bütünlüğünün ihlaline dayanan zararlarının tazminini yasal temsilcisi talep edebilecektir. Ceninin yasal temsilcisi, velayet altında ise annesi ve/veya babası vesayet altında ise vasisi olacaktır.

Cenin bedensel bütünlüğünün ihlalden doğan zararlarının tazmini, sözleşmeye ya da haksız fiile dayanabilir. Sözleşmeye dayanan tazminat talebi üçüncü kişi yararına sözleşmeye ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ilişkisine dayanabilir. Anne karnındayken cenine yönelik tıbbi müdahaleden doğan zararın tazmini üçüncü kişi yararına yapılan hekimlik sözleşmesinin ihlaline dayanırken, anneye yapılan tıbbi müdahaleden etkilenen ceninin de hekimlik sözleşmesinin koruma alanına girmesi ve annenin ceninin korunmasında haklı menfaati olması nedeniyle üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme ilişkisine dayanır. Tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun haksız fiile dayanması ya da anneye yönelik üçüncü

kişilerin haksız fiilleri nedeniyle ceninin de zarar görmesi halinde sorumluluğun hukuki dayanağı haksız fiil olacaktır.

#### KAYNAKÇA

- AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2011, 8. Baskı.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, 3. Bası.
- AYDIN ÜNVER, Tülay, Ceninin Hukuki Konumu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- CANBOLAT, Ferhat, Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, Yıl, 2009, s. 156-181.
- DÖLEN, İsmail, Tıbbi Açından Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 35-40.
- DURAL/ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 8. Bası, İstanbul 2006.
- DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul 2012.
- ELLENBERGER, Jürgen, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, München 2010, 69. Auflage (bearbeitet von Bassege, Burdermüller, Diederichsen, Edenhofer, Ellenberger, Grüneberg, Sprau, Thorn, Weidenkaff).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara 2017.
- FUCHS, Maximilian, Deliktsrecht, Springer Verlag, Berlin Heidelberg 2009, 7. Auflage.
- GOTTWALD, Peter, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, BGB § 328 Vertrag zugunsten Dritter, Münchener Kommentar, zum BGB, 7. Auflage 2016, N. 170.
- HAHN, Dieter, Kindheits-, Jugend- und Erziehungsrecht, Alle Rechtsfragen von der Entstehung des Menschen bis zur Volljährigkeit, München 2004.
- HAUSHEER, Heinz/ AEBI-MÜLLER, Regina, E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Auflage, Bern 2008.
- HEGNAUER, Cyril, Kindesrecht – Ein Wietes Feld, Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag am 15. August 2005, Verlag Ernst und Werner Gieseking, s. 1385-1400.
- HONSELL/VOGT/ GEISER, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-46 ZGB, 5. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014 Basel.
- HORNBERGER, Thomas, Grundfälle zum Vertrag zugunsten Dritter, Juristische Arbeitsblätter, 2015, Heft 1, s.7-12.
- JANOSCHEK, (BAMBERGER/ ROTH/ HAU/POSECK), BGB § 328 Vertrag zugunsten Dritter, Beck'scher Online-Kommentar, 43. Auflage, 2017.

- KARABAĞ BULUT, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- KESKİN, Dilşad, Doğum Öncesi Gerçekleşen Zarar Verici Fiil Nedeniyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, Yıl 2013, S. 1-2, s. 743-775.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KRIARI-CATRANIS, Ismini, (ÖZSUNAY, Ergun, General Raporteur, Topic IV, Human Rights), Rights of Embryo and Foetus in Public and Private Law, Internaitonal Academy of Comparative Law, XVIth International Congress of Comparative LAW, 14-20 July 2002.
- KURT, Müjde Leyla, “Ceninin Malvarlığı Hakları,” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Y. 2011, s 177-208.
- NOMER, Haluk N., Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 545-594.
- OFTINGER, Karl /STARK, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Zürich 1995.
- OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- ÖZPINAR, Berna, Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 33-56.
- ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, 4. Bası.
- ÖZSUNAY, Ergun, Üremeye yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar, Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, s. 57-83.
- ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 2001, 10. Baskı.
- REY, Heinz, Ausvertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich- Basel-Genf 2003.
- SCHULZE, Reiner, Schulze Bürgerliches Gesetzbuch, Nomos Kommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014.
- SERDAR, İlknur, Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.1, 2008, s. 155-197.
- SEROZAN, Rona, (KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm), İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002.
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, (Medeni Hukuk) İstanbul 2013, 4. Bası.
- SEROZAN, Rona, Culpa in Contrehando, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 2, Sayı 3, 1968 s. 108-130.
- SEROZAN, Rona, Doğum Öncesi (Pretanal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması, (Kişiliğin Korunması) Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, S. 311-324.

- SPRAU, Hartwig, Palandt Bürgerliches Gezettsbuch, München 2010, 69. Auflage (bearbeitet von Bassenge, Burdermüller, Diederichsen, Edenhofer, Ellenberger, Grüneberg, Sprau, Thorn, Weidenkaff).
- ŞENOCAK, Zarife, İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat (İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk), Ankara 2009, Turhan Kitabevi.
- ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.
- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- WOLF, Manfred/NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts, Die Rechts, München 2016, 11. Auflage.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 33, Yıl 2015, s. 19-61.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi (Hekimlik Sözleşmesi), Vedat Kitapçılık, 2006.
- ZEVKLİLER/ ACARBAY/GÖKYAYLA, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankra 1999, 6. Baskı.

İnternet Kaynağı

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)





# ETİYOPYA KADIN HAKLARI HUKUKU\*

## ETHIOPIAN WOMEN'S RIGHTS LAW

DOI : 10.21492/inuhfd.420527

Foziya Feleke GELETU\*\*

### Özet

Etiyopya, uluslararası insan hakları ve kadın hakları belgelerinin çoğunu onaylamıştır. 1995 Etiyopya Anayasası'nda genel olarak eşitlik ilkesi ve özel olarak kadın hakları ilkeleri yer almaktadır. Etiyopya Anayasası ülkenin en yüce kanunu olduğundan toplumsal cinsiyet eşitliği ve kadın haklarına ilişkin anayasal ilkeler ile çelişen herhangi bir yasa ve hükümet kararının hiçbir etkisi yoktur. Bu çalışmanın amacı, Etiyopya kanunlarını Anayasa'daki toplumsal cinsiyet eşitliği ilkesi ile kadın haklarına uygunluğu açısından analiz etmektir. Bu çerçevede Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu ile Ceza Kanunu'nun kadın haklarına ilişkin olan hükümleri ele alınmıştır. Çalışmada ulaşılan sonuç, adı geçen iki temel yasanın da kadın haklarının hayata geçirilmesine yönelik olarak önceki kanunlara göre bazı iyileştirmeler içerdiği, fakat buna rağmen Etiyopya'nın taraf olduğu uluslararası antlaşmaların gerektirdiği seviyede bir kadın hakları koruması sağlama noktasında hâlâ yetersiz olduklarıdır. Bu çalışmanın paydaşlara kadın haklarının Etiyopya'daki durumu hakkında bilgi vermesi ve ayrıca Etiyopya'da kadın haklarıyla ilgili daha ileri çalışmalar için bir referans belge olarak kullanılması beklenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan hakları, Etiyopya'da kadın hakları, cinsiyet eşitliği.

### Abstract

Ethiopia ratified most of the international instruments on human rights and women's rights. The 1995 Ethiopian Constitution contains the principle of equality generally and women's rights specifically. Since the Ethiopian Constitution is the supreme law of the land, any law and government decision contradicting with the constitutional principles of gender equality and women's rights shall be of no effect. The aim of this paper is to analyze laws of Ethiopia in terms of their conformity with the principle of gender equality and women's rights in the Constitution. Within this context, women's right-related provisions of the Revised Family Code and the Criminal Code were discussed. The conclusion reached in the paper is that although both above-mentioned main codes contain some improvements with respect to the previous codes, toward the realization of women's rights, they are still insufficient on the point of providing a women's rights protection required by the international conventions that Ethiopia is a party to. It is expected that this study will inform stakeholders about the status of women's rights in Ethiopia and to be used as a reference document for further study in relation to women's rights in Ethiopia.

**Keywords:** Human rights, women's right in Ethiopia, gender equality.

\* Bu makale, "Etiyopya'da Kadın Haklarının Gelişim Süreci: Anayasal Çerçeve ve Gerçekler" başlıklı yüksek lisans tezinin ikinci bölümünden türetilmiştir.

\*\* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında yüksek lisans öğrencisi, E-posta: foziyafeleke406@gmail.com

Makale Gönderilme Tarihi: 02.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 05.06.2018

## GİRİŞ

Etiyopya Federal Demokratik Cumhuriyeti (EFDC), uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinin çoğunu onaylamıştır. Etiyopya tarafından onaylananlar, EFDC Anayasası'nın 9(1). maddesine göre Etiyopya hukukunun bir parçasıdır. Ayrıca Anayasa'nın 25. maddesi kadın erkek eşitliğini, 35. maddesi de kadın haklarını içermektedir.

Kültüre önem veren bir ülke olarak Etiyopya, çok sayıda geleneksel uygulamaya sahiptir. Ancak, geleneklerin çoğu toplumsal cinsiyet dostu değildir. Bazı zararlı geleneksel uygulamalar (ZGU) kadınların insan haklarını ciddi şekilde etkilemektedir. Anayasa, devlete, kadınları zararlı geleneklerin etkisinden koruma sorumluluğu getirmektedir.

Anayasa ülkenin yüce kanunu olduğu için, Etiyopya, Anayasa'da ve uluslararası insan hakları belgelerinde yer verilen kadın haklarına uygun yasalar çıkarmak için yasal bir reform gerçekleştirmiştir. Ancak, gözden geçirilmiş Etiyopya yasalarının özellikle Ceza Kanunu'nun kadın haklarının korunması konusunda hâlâ bazı kusurları vardır. Bunlar aşağıda bazı detaylarıyla tartışılacaktır.

### 1. 1995 ETİYOPYA ANAYASASI'NDA KADIN HAKLARI

1995 Anayasası Etiyopya hukukunun en üstün yasası olduğuna göre Etiyopya'da kadın haklarının Anayasa'ya dayanması gerektiği söyleyebilir. Anayasa'nın 25. maddesi genel anlamda eşitlik hakkından bahsetmekte; ırk, cinsiyet, renk, dil ve diğer kabul edilemez gerekçelere dayalı ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. 1995 Anayasası aynı zamanda Anayasa'daki sosyal, ekonomik, politik ve diğer hak ve güvencelerden yararlanmada kadın erkek eşitliğini sağlayan temel kadın haklarını da tanımaktadır. Etiyopya'da kadın haklarının temel dayanağını oluşturan Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

“35. Madde

Kadın Hakları

- 1) Kadınlar, Anayasa'da öngörülen hak ve güvencelerden yararlanmada, erkeklerle eşit haklara sahiptir.
- 2) Kadınlar, Anayasa'da öngörüldüğü şekilde evlilikte erkeklerle eşit haklara sahiptir.
- 3) Etiyopya'da kadınların maruz kaldığı eşitsizlik ve ayrımcılık tarihî mirası dikkate alındığında, kadınlar, bu mirası telafi edebilmek için pozitif ayrımcılık hakkına sahiptirler. Bu ayrımcılığın amacı, kadınların siyasal, sosyal ve ekonomik hayatın yanı sıra kamu kurumlarında ve özel kurumlarda

- erkeklerle eşitlik temelinde yarışma ve [bu adı geçen alanlara] katılmalarını sağlamak üzere onlara özel önem vermektir.
- 4) Devlet, kadınlara zararlı geleneklerin etkilerini ortadan kaldırma hakkını sağlar. Kadınlara eza ya da bedensel veya zihinsel zarar veren yasalar, gelenekler ve uygulamalar yasaktır.
  - 5) (a) Kadınların tam ücretli doğum izni hakkı vardır. Doğum izninin süresi işin niteliği, annenin sağlığı ve çocuğun ve ailenin refahı dikkate alınarak kanunla belirlenir.  
(b) Doğum izni, kanun hükümlerine uygun olarak, tam ücretli doğum öncesi iznini de içerebilir.
  - 6) Kadınlar, ulusal kalkınma politikalarının oluşturulmasında, projelerin hazırlanması ve yürütülmesinde, özellikle de kadınların menfaatlerini etkileyen projeler söz konusu olduğunda, tam danışma hakkına sahiptir.
  - 7) Kadınlar mülk edinme, idare etme, kontrol etme, kullanma ve devretme hakkına sahiptir. Özellikle toprak kullanımı, devri, idaresi ve kontrolü bakımından erkeklerle eşit haklara sahiptir. Mülklerin verasetinde de eşit muamele görürler.
  - 8) Kadınlar istihdam, teşvik, ödeme ve emeklilik haklarının devri konularında eşitlik hakkına sahiptir.
  - 9) Hamilelik ve doğumdan kaynaklanan zararları önlemek ve sağlıklarını korumak için kadınlar aile planlaması eğitimine, bilgisine ve kapasitesine erişme hakkına sahiptir.”

Etiyopya anayasacılık tarihinde kadın haklarını detaylı olarak tarif eden ilk hüküm olan bu 35. madde, kadınlara yalnızca birtakım haklar tanımakla kalmamış, aynı zamanda kadın haklarını uygulaması, kadınlara yönelik zararlı geleneksel uygulamaların olumsuz etkilerini ortadan kaldırması ve özellikle devlet politikaları ve projeleri kadınların menfaati üzerinde etkili olduğunda kadınlara danışması hususunda devlete yükümlülük yüklemiştir.

Kadın haklarıyla doğrudan ilişkisi olan diğer Anayasa hükmü 34. maddedir. Bu maddeye göre, kadınlar evlilik, kişisel ve aile haklarında erkeklerle eşit hakka sahiptir. Evlilikle ilgili olarak kadınlar evlenmede, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde erkeklerle eşittirler.

EFDC Anayasası, eşler arasındaki kişisel ve aile hukuku ile ilgili uyuşmazlıkların kültür ve dine göre çözümlenmesine izin vermektedir<sup>1</sup>. Bazı yazarlar, kültür ve dine uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak izin

<sup>1</sup> Article 34(5) of the FDRE Constitution.

verilmesinin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (CEDAW) 5(a) maddesiyle çeliştiğini savunmaktadırlar<sup>2</sup>. CEDAW'ın 5(a) maddesine göre taraf devletlerin, erkeklerin veya kadınların aşağılığı veya üstünlüğü fikrine dayanan önyargı ve gelenekleri ortadan kaldırmak için toplumun sosyal ve kültürel uygulamalarını değiştirmeleri öngörülmektedir. Etiyopya'nın kültürü ve dinleri uluslararası ve ulusal kadın hakları hukuku ile birçok açıdan benzer olmadığından, kültür ve dinin uyumsuzluklara uygulanmasına izin verilmesi, erkeklerin ve kadınların eşitliğini olumsuz etkileyecektir. Etiyopya'da pratikte evlenme ve boşanma da dâhil olmak üzere aile hukukuna ilişkin anlaşmazlıkları şeriata göre çözen Müslüman aileler bulunmaktadır. Bu da aynı ülkede Müslüman ve gayrimüslim kadınlar için farklı hukuk sistemlerinin uygulandığı anlamına gelmektedir<sup>3</sup>. Tek bir ülkedeki farklı kadın gruplarına farklı dinî ve kültürel hukukların uygulanmasının etkisi ise daha fazla araştırmaya muhtaçtır<sup>4</sup>.

## 2. ULUSAL YASALAR VE POLİTİKALAR

Bir ülkede kadın haklarının korunması, anayasada erkeklerin ve kadınların eşit olduğunu beyan eden hükümlerle sınırlandırılmamalıdır. Farklı alanlardaki ulusal yasa ve politikalar da toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamalıdır. Buna göre Etiyopya'da da Anayasa'daki kadın erkek eşitliği ilkesini hayata geçiren yasalar bulunmaktadır.

377/2003 sayılı İş Kanunu ve 515/2007 sayılı Federal Devlet Memurları Kanunu istihdam, maaş, terfi, performans değerlendirmesi, eğitim, izin ve disiplin önlemlerine ilişkin hükümler içermektedir. Bu

<sup>2</sup> YESHWAS, Tigist: Challenges for the Implementation of International Women's Human Rights in Domestic Content: The Case of Ethiopia. The Law and the Practice, Unpublished Bachelor Degree Thesis, Addis Ababa University Faculty of Law, Addis Ababa 2007, S. 47.

<sup>3</sup> Burada, kültürel göreceliğin argümanını, insan haklarının evrenselliğine bir meydan okuma olarak görülmektedir. Kültürel göreliliğe radikal yaklaşım, kadınların insan haklarını ihlal etmektedir. Kadınların ekonomik, sosyal, fiziksel ve psikolojik sömürsünü kültür adına sürdürmelerine izin vermek uygun değildir. Kadınların insan haklarını ihlal eden kültürel uygulamalar açığa çıkarılmalı ve kültür olarak kabul edilmemelidir. COOMARASWAMY, Radhika: "Different but Free: Cultural Relativism and Women's Rights as Human Rights", in Courtney, Howland (ed), Religious Fundamentalism and the Human Rights of Women, Palgrave Macmillan, New York 1999, s.79-82.

<sup>4</sup> Yukarıda tartışıldığı gibi, kültürel göreceliğe radikal yaklaşımın kadın erkek eşitliği ilkesini etkilemesine izin verilmemelidir. Dinin ve kültürün uygulanmasına verilen iznin kapsamı ülkedeki kadın haklarını etkilemesi açısından incelenmeli ve ona göre düzenlenmelidir.

hükümler düzenlenirken diğer hususların yanı sıra cinsiyet temelinde de hiçbir ayrımcılık yapılmamalıdır. Federal Kırsal Arazi İdaresi Kanunu, kadınların araziye eşit erişimini vurgulayan hükümler içermektedir. Arazi kullanımı, idaresi, mülkiyeti, devri ve kontrolü hususlarında kadınlara eşitlik sağlamakta<sup>5</sup>, aynı zamanda bölgesel arazi kanunlarının da arazi kullanımı, idaresi, mülkiyeti, devri ve kontrolünde kadınların eşit haklarını teyit etmesini öngörmektedir<sup>6</sup>. Ayrıca kadınların mülkiyet haklarını kazanma ve arazi dağıtım süreçlerine katılma konusundaki özel ihtiyaçlarını da belirtmektedir<sup>7</sup>.

Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu ve yeni Ceza Kanunu, Anayasa'daki kadın erkek eşitliği ilkesine dayanılarak hazırlanan en önemli kanunlardır. Bu kanunların eski versiyonlarında cinsiyet ayrımcılığını yansıtan birçok hüküm bulunmaktaydı. Ancak, kadın haklarının Anayasa'ya dâhil edilmesinden sonra, Anayasa'ya aykırı olan yasaların geçersiz olmasından dolayı bu kanunların değiştirilmesi gerekmiştir<sup>8</sup>. Yeni kanunlarla ilgili detaylı açıklama aşağıda ilgili başlık altında yapılacaktır.

Etiyopya ayrıca politikalarını ülkedeki toplumsal cinsiyet eşitliğini teşvik etmeye yardımcı olacak şekilde formüle etmiştir. Örneğin Ulusal Nüfus Politikası eğitim, istihdam ve kadınların güçlendirilmesine odaklanmakta, kadınların ekonomik ve sosyal gelişimini engelleyen zararlı geleneksel uygulamaları önlemeyi amaçlamaktadır<sup>9</sup>. Etiyopya Eğitim ve Öğretim Politikası eğitim kurumlarındaki cinsiyet farkının kapatılması ve kadın eğitiminin yararına ilişkin ülkedeki yanlış algının değiştirilmesi gereğini vurgulamaktadır<sup>10</sup>. Sağlık Politikası (1993), Kalkınma Sosyal Yardım Politikası (1996), ve Etiyopya Ulusal Kadın Politikası (1993) aynı şekilde kadın ve erkek eşitliğini desteklemektedirler.

<sup>5</sup> Article 5(4) of the Federal Rural Land Administration Proclamation no. 89/97.

<sup>6</sup> Article 6(1) of the Federal Rural Land Administration Proclamation no. 89/97.

<sup>7</sup> Article 6(10) of the Federal Rural Land Administration Proclamation no. 89/97. Etiyopya Anayasası'nın 40(3). maddesine göre, devlet ve Etiyopya halkının arazi mülkiyeti edinme münhasır hakkı vardır. Bu nedenle, bireyler için arazi üzerindeki mülkiyet hakkı satma veya değiştirme hakkını içermez.

<sup>8</sup> Article 9(1) of the FDRE Constitution.

<sup>9</sup> Federal Democratic Republic Government of Ethiopia National Population Policy (1993).

<sup>10</sup> Federal Democratic Republic Government of Ethiopia Education and Training Policy (1994).

### 3. KADIN HAKLARINA İLİŞKİN KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

Etiyopya ulusal kadın hakları hukukunda önemli gelişme sağlayan yasal değişiklikler burada aile ve ceza hukuku ayırımına tabi tutularak iki grupta ele alınacaktır. 2004 tarihli yeni Ceza Kanunu, 1957 tarihli eski Ceza Kanunu'nu yürürlükten kaldırmış olup diğerlerinin yanı sıra kadın sünneti, kaçırma yoluyla evlilik ve erken evlilik hususlarında kadın haklarına ilişkin güvenceleri iyileştiren düzenlemeler getirmiştir. 2000 tarihli Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu ise müstakil bir kanun olarak yenidir. Aile hukukuna ilişkin hükümler önceden Medeni Kanun'un bir parçası olarak düzenlenmişti. Yeni aile hukuku hükümleri ise, kadın erkek eşitliğini temel alan yeni bir yaklaşımı getirirken biçimsel olarak da yenilenmiş, Medeni Kanun kapsamından çıkarılarak "Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu" adıyla müstakil olarak düzenlenmiştir. 1960 tarihli Medeni Kanun, aile hukukuna ilişkin eski hükümleri hariç olmak üzere hâlâ yürürlüktedir.

#### A. Ceza Hukukundaki Değişiklikler

##### 1. Kadın Sünneti

Yeni Etiyopya Ceza Kanunu kadınlara yönelik suçlarla ilgili olarak 1957 tarihli Ceza Kanunu'nda temel değişiklikler yapmıştır. Kadın sünneti açısından bakıldığında, kadın sünnetini Etiyopya tarafından onaylanan uluslararası belgelerin ve Anayasa'nın hükümleriyle uyumlu bir şekilde ele alan düzenlemelerin mevcut olmaması, eski Ceza Kanunu'nun değiştirilmesinin nedenleri arasındadır<sup>11</sup>. 1957 tarihli eski Kanun'da kadın sünnetini doğrudan ele alan bir hüküm bulmak mümkün değildir. Kadın sünneti klitorisi ve vajina girişini parçalayan bir uygulamadır ve bedensel yaralanmaya neden olduğundan kasıtlı yaralama suçu kapsamında ele alınması kabul edilebilir bir argüman olabilir. Bununla birlikte, eski Ceza Kanunu'nda kasıtlı yaralama suçunun basit ve nitelikli halleri için öngörülen cezalar, kadın sünnetinin olumsuz etkisi göz önünde bulundurulduğunda kadın sünneti vakalarını cezalandırmada orantılı sayılamayacak kadar düşüktü<sup>12</sup>. Dahası, bu tür suçlar, failin kabul edilemez argümanlarını ve savunmalarını önlemek için her ülkenin ceza kanununda özel hükümlerle düzenlenmelidir. Bu husus, bazılarının ZGU'ları kadınlara karşı zararlı olduğuna inanmadan uygulaması gerçeği

<sup>11</sup> TESHOME, Telahun: Harmful Tradition Practices under Ethiopian Laws, Ethiopian Woman Lawyers' Association, Addis Ababa 2005, s. 9.

<sup>12</sup> Article 538 and 539 of the 1957 Penal Code.

karşısında, bu tür uygulamaların tehlikesini vurgulamak açısından da önemlidir.

Yeni Ceza Kanunu kadın sünnetini ikiye ayırarak düzenlemiştir: kadın sünneti ve kadınlık organının infibülasyonu<sup>13</sup>. Birinci tür kadın sünneti için Kanun üç aydan kısa olmamak üzere hapis cezası veya beş yüz Birr'den (ETB) az olmamak üzere para cezası öngörmektedir<sup>14</sup>. Ayrıca vücutta yaralanmaya veya sağlığın bozulmasına sebep olunması durumunda üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezası uygulanmaktadır<sup>15</sup>. Kadın sünnetinin ikinci türü olan infibülasyon içinse beş yıldan on yıla kadar ağır hapis cezası getirilmiştir<sup>16</sup>. Kadın sünneti eylemlerini de kapsayan yeni Ceza Kanunu'nun bu eylemler için getirdiği cezalar, özellikle ülkenin kırsal kesimlerinde kadın sünneti gibi zararlı geleneksel uygulamaların yüksek oranda görülmesi karşısında, hâlâ yeterli değildir. Kadın sünnetinin kadınlar üzerindeki olumsuz etkisi ile kıyaslandığında cezaların düşük kaldığını kabul etmek gerekmektedir.

## 2. Kaçırma Yoluyla Evlilik

Eski Ceza Kanunu'nda kaçırma suçlarına verilen ceza üç yılı aşmayan ağır hapis cezasıydı<sup>17</sup>. Bu hüküm ağır hapis cezasını düzenleyen hükümle birlikte düşünüldüğünde, kaçırma ile suçlanan kimse en az bir yıl ve en fazla üç yıl hapis cezası ile karşı karşıyaydı. Kaçırma suçuna eski Ceza Kanunu'nda verilen bu ceza, suçun kadınlar üzerindeki etkisi düşünüldüğünde, orantılı sayılamayacak derecede düşüktü. Üstelik kaçırma eyleminin ardından, kaçırılan kızın kaçıran adamla evlenmeye

<sup>13</sup> Tıp literatüründe kadın sünneti ikiden fazla türe ayrılrsa da Etiyopya Ceza Kanunu'nda ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Genel olarak kadın sünneti diye adlandırılan birinci uygulama, kadınlık organının dışarıdaki bölümünün kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasıdır. İnfibülasyon olarak bilinen ikinci uygulama ise birinci uygulamaya ek olarak, evlilik öncesi cinsel ilişkiyi önlemek için vajina girişinin dikişle daraltılmasıdır. Verdiği zarar açısından infibülasyon sünnetten daha tehlikelidir. TOUBIA, Nahid / IZETT, Susan: Female Genital Mutilation: An Overview, World Health Organization, Geneva 1998, s.1-6.

<sup>14</sup> 25 Şubat 2018 günü geçerli olan kura göre 500 ETB, 69,51 TL'ye veya 18,35 USD'ye denk gelmektedir.

<sup>15</sup> Yeni Ceza Kanunu kadın sünnetinin vücudun zarar görmesine veya sağlığın bozulmasına yol açması halinde üç yıldan beş yıla kadar ağır bir hapis cezası vermekte ise de normal olarak tüm kadın sünneti uygulamalarının vücut bütünlüğünü veya sağlığı olumsuz etkileyeceği muhakkaktır. Buna göre, yeni Ceza Kanunu'nun kadın sünnetinin bazen vücut bütünlüğüne veya sağlığa olumsuz etkisi olmadığını kabul ettiği görülmektedir.

<sup>16</sup> Article 565 and 566 of the Criminal Code of Ethiopia.

<sup>17</sup> Article 558(1) of the 1957 Penal Code.

rıza göstermesi halinde kaçırma eylemi suç olmaktan çıkıyordu<sup>18</sup>. Başka bir deyişle, kaçırma suçunun cezası çok az olmakla kalmıyor, kaçırılan kızın evliliğe razı olması halinde suç tamamen ortadan kalkıyor, kaçırma eylemini yapan kişi hukuka uygun olarak serbest kalıyordu.

Eski Ceza Kanunu'ndaki bu düzenleme, hukukun kaçırmaya göz yumduğu veya kaçırma suçunu suç olarak dahi görmediği şeklinde yorumlanmaya müsaittir<sup>19</sup>. Çünkü kaçırma suçunun mağduru olan kızlar genellikle faille evlenmeye rıza göstermektedirler. Rızanın başlıca sebebi toplum baskısıdır. Failler neredeyse her seferinde mağdurları cinsel ilişkiye zorlamaktadır ve mağdurlar eğer faillerle evlenmeyi kabul etmezlerse gelecekte kendi sosyal statülerine uygun bir erkekle evlenme ihtimalleri düşmektedir<sup>20</sup>. Bu nedenle kızın ailesi de onu faille evlenmeye zorlayabilmektedir<sup>21</sup>. Dolayısıyla eski Ceza Kanunu'nun söz konusu hükümlerinin kaçırma yoluyla evliliği önleme mücadelesinde olumlu etkisi olmadığını söylemek gerekir<sup>22</sup>.

Kaçırma yoluyla evliliğe ilişkin eski Ceza Kanunu hükümleri yeni kanunla değiştirilmiştir. Yeni Ceza Kanunu'nun kaçırma suçuyla bağlantılı olarak yaptığı değişikliklerden ilki, kaçırma suçu mağdurunun faille evlenmeye rıza göstermesinin faili ceza sorumluluğundan kurtarmayacak olmasıdır. Bu da kaçırılan kızın evlenmeye yönelik rızasının suç için bir savunma olarak gündeme getirilemeyeceği anlamına gelmektedir<sup>23</sup>.

Yeni Ceza Kanunu'nun getirdiği diğer değişiklik ise kaçırma suçunun cezasının ağırlaştırılmasıdır. Bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngören 1957 tarihli Kanun'un aksine yeni Ceza Kanunu'na göre verilebilecek ceza yedi yıldan başlamakta ve on yıla kadar çıkabilmektedir<sup>24</sup>. Ayrıca, kaçırma eyleminin ardından zorla cinsel ilişki de gerçekleşmişse yeni Ceza Kanunu'na göre kaçırmaya ek olarak tecavüzle ilgili hükümler de uygulanacaktır. Genel olarak cezaların ağırlaştırılmasıyla suç işlenmesinin engellenemeyeceğini veya en aza

<sup>18</sup> Article 558(2) of the 1957 Penal Code of Ethiopia.

<sup>19</sup> TESHOME, s. 13.

<sup>20</sup> Çünkü geleneğin ve kültürün çok baskın olduğu Etiyopya gibi toplumlarda evlenecek kızın bakire olması çok önemlidir. Fakat kaçırılma mağduru olan kızlar daima tecavüze uğramaktadırlar. Bu durumdaki kadınlar toplumun gözünde evliliğe uygun adaylar olarak görülmemektedirler.

<sup>21</sup> TESHOME, s. 13.

<sup>22</sup> TESHOME, s. 13.

<sup>23</sup> Article 587(3) of the Criminal Code.

<sup>24</sup> Article 587(1) of the Criminal Code.



indirilemeyeceğini savunan argümanlar olsa bile<sup>25</sup> kaçırmanın kadınlar üzerindeki olumsuz etkisi ile karşılaştırıldığında, eski Ceza Kanunu'nda bu suç için öngörülen en fazla üç yıllık hapis cezası çok düşüktü ve suçla da orantılı değildi.

Yeni Ceza Kanunu ayrıca kaçırma suçu mağdurunun kaçırılmasından dolayı çektiği maddi ve manevi zarar için medeni hukuk hükümlerine göre tazminat talep etme hakkına sahip olduğunu da açıkça ortaya koymaktadır<sup>26</sup>.

### 3. Erken Evlilik

Yeni Ceza Kanunu'nun 1957 tarihli eski Kanun'a göre değişik düzenleme içerdiği hususlardan biri de erken evliliğdir. Eski Ceza Kanunu'nda erken evliliği doğrudan suç olarak tanımlayan bir hüküm bulunmamaktaydı. İlgili en yakın madde, yasak evliliğin akdedilmesini sağlayan kişinin sorumluluğunu düzenlemekteydi<sup>27</sup>. Eski Kanun'da "yasak evlilik" teriminin anlamı açık olmamakla birlikte erken evliliğin bu madde kapsamında yasal evlilik olarak yorumlanması mümkündür. Yasak evliliğin akdedilmesini sağlayan dini otorite veya evlendirme memuru bu madde uyarınca para cezası ya da hafif hapis cezasıyla cezalandırılabilirdi. Fakat bu hükmün erken evliliğe uygulanmasını sorunlu kılabilecek hukuki problemlerin ortaya çıkması da mümkündür<sup>28</sup>.

Yeni Ceza Kanunu erken evliliği suç olarak açıkça tanımıştır<sup>29</sup>. Ayrıca erken evlilik eylemini farklı şekilde cezalandırmak üzere ikiye ayırmıştır. Birinci tür erken evlilik, yaşı 13 ve daha fazla olan bir kızla yapılan evliliğdir. Bu durumda ceza üç yılı aşmayan ağır hapis cezasıdır<sup>30</sup>. İkinci tür erken evlilik ise 13 yaşın altında olan bir kızla yapılan evliliğdir. Böyle durumlarda da yedi yılı geçmeyen ağır hapis cezası

<sup>25</sup> HAKERI, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 3.

<sup>26</sup> Article 587(4) of the Criminal Code.

<sup>27</sup> Article 615 of the old Penal Code.

<sup>28</sup> 1957 Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine göre suç ve cezanın kanunda açık bir şekilde yer alması gerekmektedir. Erken evlilik Kanun'da yasak evlilik olarak tanımlanmadığı halde yasak evliliğin akdedilmesini sağlayan kişinin sorumluluğuna dair hükmü erken evliliğe uygulamak, suç ve ceza hükümlerinin açıklığını gerektiren kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Ayrıca yasak evliliğin akdedilmesini sağlama suçuna verilen ceza sadece yasak evliliğin kurulmasını sağlayan kişi (evlendirme işlemiyle yetkili olan evlendirme memuru veya dini otorite) için geçerlidir. Bu madde, kızın kocası veya ailesi gibi esas suçlu olarak görülmesi gereken kişiyi kapsamamaktadır.

<sup>29</sup> Article 648 of the revised Criminal Code.

<sup>30</sup> Article 648(a) of the revised Criminal Code.

uygulanmaktadır<sup>31</sup>. Erken evlilik ayrıca Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu'na göre evliliğin geçersiz sayılmasının sebeplerinden biri olarak kabul edilmiştir<sup>32</sup>.

Yeni Ceza Kanunu'nda erken evlilik, zararlı geleneksel uygulamalara ilişkin bölümde yer almamaktadır. Erken evlilik toplumsal kültür ve geleneğin bir parçası olduğu için ve çocuk yaşta yapılan evliliklerle mücadeleye daha fazla dikkat çekilmesi açısından erken evliliğin Kanun'un zararlı geleneksel uygulamalara ilişkin bölümüne dâhil edilmesi düşünülebilirdi.

#### 4. Diğer Değişiklikler

Eski Ceza Kanunu ile yeni Kanun arasındaki farklılıklardan bir diğeri doğum kontrol yöntemlerinin reklamları ve kürtaja ilişkindir. Eski Ceza Kanunu'na göre doğum kontrol yöntemlerinin reklamını yapmak suçtu<sup>33</sup>. Ancak, bu tür kanunlar kadın haklarını zedelediği gibi ana babanın çocuk sayısını ve çocukların yaş aralıklarını serbestçe belirleme doğal hakkını da olumsuz yönde etkilemektedir<sup>34</sup>. Yeni Ceza Kanunu da bu anlayışla doğum kontrol yöntemlerinin reklamının yapılmasını suç olmaktan çıkarmıştır. Günümüzde ulusal televizyon ve radyoda doğum kontrol yöntemlerine ilişkin reklamlara rastlamak normaldir.

Yeni Ceza Kanunu kürtajla ilgili olarak da bazı değişiklikler getirmiştir. Olağanüstü ciddiyet arz eden fiziksel veya zihinsel sıkıntı hali, özellikle de yoksulluk, ensest ve tecavülden kaynaklandığı durumlarda, eski Ceza Kanunu'na göre kürtaj suçuna verilecek ceza hafifletici sebep olarak kabul edilmişti<sup>35</sup>. Yeni Ceza Kanunu'nda ise diğerlerinin yanı sıra ensest ve tecavüz kürtaj için cezayı hafifletici sebep olarak değerlendirilmek yerine kendi başlarına kürtaj için meşru gerekçe teşkil etmekte, kürtajı suç olmaktan çıkarmaktadırlar<sup>36</sup>. Ancak, Batı ülkelerinin kanunlarıyla karşılaştırıldığında Etiyopya'nın yeni Ceza Kanunu da kürtaja hâlâ çok sınırlı bir zemin sağlamaktadır. Yeni Ceza Kanunu; kürtaj talebini, doğum kontrolünün başarısız olmasını, ailedeki çocuk sayısını,

<sup>31</sup> Etiyopya'da evlilik yaşı 18 olup 18 yaş altındaki tüm evlilikler erken evlilik olmasına rağmen 13 yaş altı kızla yapılan evliliklerde ağır cezai yaptırım uygulamak cezayı suçla orantılı kılmaktadır.

<sup>32</sup> Article 7 and 31 of Revised Family Code.

<sup>33</sup> Article 528 and 802 of the old Penal Code.

<sup>34</sup> NEWMAN, Karem / FELDMAN-JACOBS, Charlotte: "Family planning and human right- what is the connection and why is it important?", <http://www.prb.org/pdf15/family-planning-rights-brief.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.10.2017)

<sup>35</sup> Article 533 of the old Penal Code.

<sup>36</sup> Article 551 of the revised Criminal Code.

HIV/AIDS hastalığını, evli olmayan kadınların içine düşeceği zor durumu ve diğer ekonomik ve sosyal durumları kürtaja meşru gerekçe olarak görmemektedir<sup>37</sup>.

### B. Aile Hukukundaki Değişiklikler

Ceza hukukunda yapıldığı gibi aile hukukunda da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Evlilik yaşıyla ilgili olarak Etiyopya'nın eski Medeni Kanun hükümleri ile Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu arasında fark vardır. Eski hükümlere göre kızlar için evlilik yaşı 15, erkekler için 18'dir<sup>38</sup>. Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu'nda ise hem kızlar hem erkekler için evlilik yaşı 18 olarak belirlenmiştir. Ayrıca eyalet devletlerinin aile kanunlarında da yeni kurala uygun olarak evlilik yaşı hem erkekler hem de kızlar için 18 olarak belirtilmektedir<sup>39</sup>. Evlilikte bu yaş şartına uyulmaması, yani 18 yaş altındakilerin evlendirilmesi, evliliğin geçersiz kılınmasının yanı sıra ceza sorumluluğuna da yol açmaktadır<sup>40</sup>. Eski hükümlerin aksine Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu'nda kızlar ve erkekler için aynı evlilik yaşının uygulanması kadın erkek eşitliğinin gözetildiğini göstermektedir.

Eski aile hukuku ve Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu arasındaki diğer fark ise yeni Kanun'da eski hükümlerin aksine erkeğin üstünlüğünü ima eden bir hüküm bulunmamasıdır. Medeni Kanun'un eski aile hukuku kitabında, erkeğin kadın üzerindeki üstünlüğünü açıkça belirten veya yansıtan bir dizi hüküm bulunmaktaydı. Örneğin, kocanın aile reisi olduğu belirtilmekteydi. Kadın, emirleri hukuka uygun olduğu sürece kocasına itaatle yükümlü kılınmıştı<sup>41</sup>. Eşlerin işbirliği yapmaları da zorunluydu, fakat işbirliği kocanın rehberliğinde olmalıydı<sup>42</sup>. Ailenin ikamet yerinin

<sup>37</sup> WAD, Tsehai: "Abortion Law in Ethiopia: A Comparative Perspective", Mizan Law Review, 2(1), 2008, s. 1-22.

<sup>38</sup> Article 581 of the Civil Code.

<sup>39</sup> EFDC Anayasası'nın 52. maddesine göre eyaletler anayasa da dâhil olmak üzere kendi yasalarını çıkarıp uygulayabilirler. Günümüzde yedi eyalet devleti kendi aile kanunlarını uygulamakta olup diğerleri de federal Aile Kanunu'nun temel ilkeleriyle çelişmeden kendi aile kanunlarını kendi kültür ve dinlerine göre yürürlüğe koyma sürecindedirler. Tigray eyalet devletinin eski aile yasasında evlilik yaşı erkekler için 22, kızlar için 18 olarak belirlenmişti: Article 27 of Tigray Family Code proclamation no. 33/91. Tigray eyalet devleti bu kuralın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu değerlendirdikten sonra, gözden geçirilen aile yasasında federal yasaya uygun olarak iki cinsiyet için de evlilik yaşını 18 olarak belirlemiştir: Article 16 of Tigray Family Code proclamation no. 116/99.

<sup>40</sup> Article 7 and 31 of the Revised Family Code and Article 648 the revised Criminal Code of Ethiopia.

<sup>41</sup> Article 635(1) and (2) of the Civil Code.

<sup>42</sup> Article 637 of the Civil Code.

koca tarafından seçileceği öngörülmüştü<sup>43</sup>. Eski hükümler kocaya, karısına bedensel zarar veren kişiden tazminat talep etme hakkını da vermişti<sup>44</sup>. Erkeğin üstünlüğünü gösteren bu tür hükümler Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu'na alınmamıştır. Yeni Kanun'un tüm hükümlerin kadın erkek eşitliği ilkesiyle uyumlu olmasına dikkat edilmiştir.

Aile hukukundaki bu değişikliklerin Etiyopya'da kadın haklarının geliştirilmesinde olumlu etkisi yüksektir. Kadınlar için evlilik yaşının 15'ten 18'e çıkarılmasının ülkedeki kadınların yaşamı üzerinde güçlü bir etkisi olduğu düşünülmektedir<sup>45</sup>. Bir araştırmaya göre, Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu'nun uygulanmasına başlanan iki federal şehir ile eyalet hükümetlerine ev sahipliği yapan büyük şehirlerde kadınların eğitimi, ev dışında istihdamı ve ücretli işlere girmeleri açısından önemli kazanımlar elde edilmiştir<sup>46</sup>.

#### 4. KADIN HAKLARI HUKUKUNDA GİDERİLEMEYEN EKSİKLİKLER

Etiyopya'nın yeni ceza ve aile yasalarının mevcut ayrımcı yasaları gözden geçirek kadın haklarının gelişmesinde büyük fark yarattığı inkâr edilemez bir gerçektir. Ancak, bunlar yeni yürürlüğe girmiş yasalar olmalarına rağmen, özellikle Ceza Kanunu'nda hâlâ geliştirilmesi gereken alanlar vardır. Uluslararası kadın hakları hukukunda ve diğer hukuk sistemlerinde suç sayılan, fakat yeni Ceza Kanunu'nun suç olarak tamamen kapsamadığı eylemler bulunmaktadır.

Yeni Ceza Kanunu'nun tam olarak kapsamadığı ilk husus cinsel tacizdir. Cinsel taciz literatürde (1) “quid pro quo” cinsel taciz ve (2) “düşmanca çevre (hostile environment)” cinsel taciz olarak ikiye ayrılmaktadır. “Quid pro quo” cinsel taciz, önemli kararların alınması karşılığında cinsel tatmin talebi olarak tanımlanabilir<sup>47</sup>. Örneğin patronun terfi karşılığında çalışanından cinsel lütuf talep etmesi “quid pro quo” cinsel taciz olarak değerlendirilebilir. Cinsel tacizin diğer türü, kadınlara karşı kasten gerçekleştirilen, cinsel nitelikte istenmeyen sözel ve fiziksel

<sup>43</sup> Article 641 of the Civil Code.

<sup>44</sup> Medeni Kanun'un “sözleşme dışı sorumluluk” başlığı altında, 2115. maddesinde yer alan bu hüküm, kabul edilemez bir şekilde, kadının kocasının malı gibi değerlendirildiği izlenimini vermektedir.

<sup>45</sup> MARY, Hallward-Drimeier / OUSMAN, Gajigo: “Strengthening Economic Rights and Women's Occupational Choice: The Impact of Reforming the Ethiopian Family Law”, World Development, 70, 2015, s. 271.

<sup>46</sup> MARY / OUSMAN, s. 271.

<sup>47</sup> GARNER, Garner: Black's Law Dictionary, 8. Bası, Thomson West, USA 2007, s. 1407.

istismarlardır.<sup>48</sup> Bu tür cinsel tacize “düşmanca çevre” denir. Randevu talebi, omuz veya sırt sürtünmesi, kişinin görünümü hakkında yorum yapılması gibi tehlikeli, saldırgan veya rahatsız edici bir ortam yaratan istenmeyen cinsel davranışlar düşmanca çevre cinsel tacizine dahil edilebilirler.<sup>49</sup>

Yeni Ceza Kanunu’nda cinsel tacizi doğrudan düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Cinsel taciz niteliğindeki eylemlerin bazıları Kanun’un farklı hükümlerinde düzenlenmektedir.<sup>50</sup> Örneğin otorite konumundaki bir kimsenin iş yapma karşılığında cinsel talepte bulunması suç kabul edilmiştir. Öğrenme ve çalışma ortamlarında otorite pozisyonundaki bir kişinin cinsel talepleri buna göre 625. madde kapsamında değerlendirilebilir. Ancak, cinsel taciz niteliğindeki eylemlerin birçoğu yürürlükte olan yeni Ceza Kanunu’nun kapsamına girmemekte ya da cinsel taciz olarak değil de cinsellik unsurunu içermeyen alelade bir suç kapsamında cezalandırılabilir.

Yeni Ceza Kanunu yalnızca otorite pozisyonundaki kişinin cinsel taleplerini cezalandırmakla yaşama, çalışma ve öğrenme ortamlarında gerçekleşmekte olan düşmanca çevre cinsel tacizlerinin çoğunu dışlamaktadır.<sup>51</sup> Hâlbuki bu türden cinsel taciz özellikle okullarda sık görülen bir sorundur. Bir okulda yapılan araştırmada, kız öğrencilerin yüzde 50,7’si rahatsız edici cinsel hikâye ve şakaları sürekli duyduğunu, yüzde 45,7’si istenmeyen romantik ilişki girişimlerine maruz kaldığını ve yüzde 29’u istenmeyen temaslarla rahatsız edildiğini belirtmiştir.<sup>52</sup>

Etiyopya ceza Kanunu’na suç olarak dâhil edilmeyen ikinci eylem evlilik içi tecavüzdür. Evlilik içi tecavüz, karı koca arasında kadının izni olmaksızın gerçekleşen cinsel ilişki olarak tanımlanabilir.<sup>53</sup> Evlilik içi tecavüze tolerans gösterilmesinin birtakım sebepleri vardır. En önemlileri toplumsal inanç ve evlilik kurumunun yanlış anlaşılmasıdır. Bazı toplumların evlilik sözleşmesine göre erkeğin karısıyla cinsel ilişki

<sup>48</sup> ADINEW, Yohanes / HAGOS, Mihiret: “Sexual Violence in University Students in Ethiopia”, BMC International Health and Human Rights, 17(19), 2017, s. 2.

<sup>49</sup> ESHETU, Ejeta: “Assessment of Sexual Harassment and Associated Factors Among Grade 9-12 Female Students at Schools in Ambo District, Oromia National Regional State, Ethiopia”, Science Journal of Public Health, 3 (1), 2015, s. 99.

<sup>50</sup> Tecavüz 620. maddede, hastanede veya gözaltında tutulanlara cinsel taciz 624. maddede, kadının sıkıntısından veya bağımlılığından yararlanma 625. maddede düzenlenmektedir.

<sup>51</sup> Ministry of Women, Children and Youth Affairs: Assessment of Conditions of Violence Against Women in Ethiopia. Final Report, Argano, Addis Ababa 2013, s. 70.

<sup>52</sup> ESHETU, s. 99.

<sup>53</sup> GARNER, s. 1288.

hakkına sahip olduğu ve kadının kocasının malı olduğuna dair inançları ve bunların yanı sıra evlilik ilişkisinin mahremiyetinin korunması gerektiği inancı evlilik içi tecavüzün suç olarak kabul edilmemesi fikrini desteklemektedirler<sup>54</sup>. Ayrıca, karı koca arasındaki uzun süreli cinsel birlikteliğin evlilik içi tecavüz eylemindeki zorlama unsurunu ayırt etmeyi güçleştirdiği ve bu yüzden de eylemi tecavüz olarak nitelemenin zor olduğu da savunulmuştur<sup>55</sup>.

ABD, İngiltere, Güney Kore, Avustralya, Kanada, İngiltere, Almanya, İspanya ve İsveç gibi ülkeler evlilik içi tecavüzü suç olarak düzenlemişler ve böylece evlilik içi tecavüzün kadının temel insan haklarının ihlali olduğunu kabul etmişlerdir<sup>56</sup>. Araştırmalar, eylem bizzat kadınların kocası tarafından gerçekleştirildiği için mağdurların sürekli korku, depresyon, öfke, kontrol kaybı gibi evlilik içi tecavüzün olumsuz etkilerinden kurtulmada güçlük yaşadıklarını göstermesine rağmen<sup>57</sup> ve evlilik içi tecavüz eylemi failin mağdurun kocası olması dışında tecavüz suçunun tüm unsurlarını taşıdığı halde Etiyopya'nın da dahil olduğu bazı ülkelerin ceza kanunları evlilik içi tecavüzü suç olarak addetmemeyi tercih etmektedirler.

Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri'ye (DEVAW) göre evlilik içi tecavüz kadınlara yönelik şiddettir<sup>58</sup>. Etiyopya'nın yeni Ceza Kanunu ise evlilik içi tecavüzü açıkça tecavüz suçunun kapsamı dışında bırakmaktadır. Tecavüz suçunu düzenleyen madde şöyle demektedir:

<sup>54</sup>ENGLAND, Debora: "The History of Marital Rape", <https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/crime-penalties/marital-rape.htm>, (Erişim Tarihi: 28.10.1017)

<sup>55</sup>CHAUDRI, Pooja: "Marital Rape Laws Will be Misused by Women's" is a Flawed Argument: Here is How the Accused Can be Punished", <https://thellogicalindian.com/awareness/marital-rape-can-be-proven/>, (Erişim Tarihi: 30.10.1017)

<sup>56</sup>Evlilik tecavüzünü suç saymayan 36 ülke bu linkte belirtilmiştir. India Today: "Marital Rape in India: 36 Countries Where Marital Rape is Not a Crime", <http://indiatoday.intoday.in/education/story/marital-rape/1/618337.html> (Erişim Tarihi: 1.11.1017)

<sup>57</sup>GELAW, Kebkab: Marital Rape as a Human Right Violation of Women in Ethiopia: A Case Study of Alumni Association of the Faculty of Law of Addis Ababa University and Ethiopian Women Lawyer Association (EWLA), Unpublished Master's Thesis, Addis Ababa University, Addis Ababa, s. 36.

<sup>58</sup>Article 2 of the United Nations General Assembly Declaration on the Elimination of Violence against Women. (December 1993). İngilizce metin için <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm> bakınız.

*“Şiddete başvurarak veya ciddi şekilde korkutarak ya da bilinçsiz veya direnemez hale getirdikten sonra bir kadını evlilik birliği dışında cinsel ilişkiye girmeye zorlayan kimse beş yıldan on beş yıla kadar hapisle cezalandırılır.”*<sup>59</sup>

Evlilik içi tecavüz yabancı bir kimse tarafından yapılan tecavüzden daha az bir fiziksel ve psikolojik zarar vermemesine rağmen, yukarıdaki hüküm açıkça, sırf karı koca arasında evlilik birliği olduğu için, şiddet kullanımı da dâhil olmak üzere karısına tecavüz eden erkeği tecavüz suçunun faili olarak değerlendirmemektedir.

Etiyopya Kadın Hukukçular Derneği (EWLA) ve ücretsiz bir hukuki yardım merkezi olan Addis Ababa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mezunlar Derneğince yapılan bir araştırmada, görüşülen kadınların yüzde 60’ı kocalarıyla cinsel ilişki kurmaya zorlandıklarını söylemişlerdir<sup>60</sup>. Araştırmalar ülkede evlilik içi tecavüz oranının yüksek olduğunu göstermekte olup evlilik içi tecavüzü suç olarak Ceza Kanunu kapsamına almak üzere vakit kaybetmeden harekete geçilmelidir. Evlilik içi tecavüzün suç addedilmesi, farkındalık yaratma programları gibi diğer tedbirlerle birlikte Etiyopya’da evlilik içi tecavüzün önlenmesine olumlu bir etki yapacaktır.

Yeni Ceza Kanunu’nda tam olarak düzenlenmeyen üçüncü kavram, kadına karşı şiddettir (KKŞ). KKŞ genel bir terimdir ve hakareten tecavüze kadar çeşitli suçlar içerir. Ancak, KKŞ’yi aile, eğitim kurumu veya toplumda meydana gelen fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet olarak gruplamak mümkündür<sup>61</sup>. (DEVAW) madde 1’de KKŞ şu şekilde tanımlanmıştır: Kamusal ya da özel hayatta gerçekleşen, fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar veya acı verme etkisi olan veya böyle bir etkiyi potansiyel olarak taşıyan toplumsal cinsiyete dayalı eylem, kadına karşı şiddettir<sup>62</sup>. DEVAW’a göre tecavüz, cinsel taciz, evlilik içi tecavüz, kadın sünneti, kaçırılma gibi zararlı geleneksel uygulamalar KKŞ olarak görülmekte olup kadınların insan haklarının ihlalidir<sup>63</sup>.

Etiyopya’da KKŞ’nin nedeni olarak sosyal algı, ekonomik koşullar, alkol ve uyuşturucu tüketimi sayılabilir<sup>64</sup>. Ancak, farklı toplumlarda

<sup>59</sup> Article 620 of the Revised Family Code.

<sup>60</sup> GELAW, s. 45.

<sup>61</sup> UN women: Preliminary Gender Profile of Ethiopia, UN Women, Addis Ababa 2014, s. 54.

<sup>62</sup> Article 1 of DEVAW.

<sup>63</sup> Article 2 of DEVAW.

<sup>64</sup> UNFPA: Gender Based Violence, unpublished training manual for law enforcing bodies, 2009, s. 28.

KKŞ'nin birçok biçiminin altında yatan neden, erkeklerin kadınlar üzerindeki sistematik üstünlüğü veya ataerkilliktir<sup>65</sup>. KKŞ çoğu zaman, erkeğin sertlik, egemenlik ve genellikle bir uyuşmazlık çözme aracı olarak şiddet kullanımıyla ilişkilendirildiği toplumlarda görülmektedir<sup>66</sup>. Etiyopya toplumu da yukarıda belirtilen erkeklik özelliklerine inanmaktadır. Bu sebeple Etiyopya'da KKŞ'nin yaygın olması şaşırılacak bir durum değildir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan araştırmalara göre, Etiyopyalı kadınların yüzde 71'i yaşamlarının bir döneminde eşlerinden fiziksel ve cinsel şiddet görmekteylerdir<sup>67</sup>.

KKŞ'nin genel tanımı, eş tarafından dövülme gibi aile içi şiddeti de kapsamaktadır.<sup>68</sup> Aile içi şiddet, Etiyopya'da kadınların ortak sorunudur. Etiyopya Kadınları Derneği Ağrı (EKDA) tarafından 2013 yılında yapılan bir araştırmaya göre, kadınlara karşı şiddet uygulayanların yüzde 59,4'ü aile üyesi gibi mağdurla yakın ilişki içinde olan kişilerdir<sup>69</sup>. Dahası, bazı kadınların da hemfikir olduğu üzere toplumun genel tutumu, ev içi şiddetin özellikle de eş dayacağının suç olarak görülmemesidir. Toplumun bir kısmı da bunu evlilikte gerekli bir şey olarak görmektedir.

Birtakım değişikliklere rağmen, Etiyopya'nın KKŞ ile ilişkili yasal çerçevesi hâlâ zayıftır. Etiyopya Ceza Kanunu'nda<sup>70</sup> KKŞ, zararlı geleneksel uygulamaların düzenlendiği bölümde bir suç olarak görülmektedir. Bir Evlilik Ortağı veya Düzensiz Birliktelikte Yaşayan Kişilere Karşı Şiddet başlıklı 564. madde, evli olunan eşe veya düzensiz bir birliktelikte birlikte yaşanan kişiye yönelik şiddet davasında kasten yaralama suçunun basit ve nitelikli hallerine ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir<sup>71</sup>. Bu hükmün aile içinde meydana gelen şiddet olaylarına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Ceza hukukunda, DEVAW'da tanımlandığı gibi kadına yönelik şiddeti genel olarak düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle şiddet, toplumsal

<sup>65</sup> Ministry of Women, Children and Youth Affairs, s. 20.

<sup>66</sup> UNFPA, s. 23.

<sup>67</sup> World Health Organization: (2005). "World Health Organization Intimate Partner Violence and Alcohol Fact Sheet, [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/factsheets/ft\\_intimate.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/factsheets/ft_intimate.pdf), (Erişim Tarihi: 17.7.1017)

<sup>68</sup> Article 1 of DEVAW.

<sup>69</sup> Network of Ethiopian Women's Association: "Kenjit", Network of Ethiopian Women's Association, 7(4), 2014, s. 2.

<sup>70</sup> The Criminal Code of the Federal Democratic Republic of Ethiopia. Proclamation No.414/2004. İngilizce metin için <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/et/et011en.pdf> bakınız.

<sup>71</sup> Article 555-560 of the Criminal Code of Ethiopia.



cinsiyete bağlı olsa bile, ceza kanunu açısından sıradan bir kasıtlı yaralama gibi değerlendirilecektir<sup>72</sup>. Bu nedenle, ceza kanunu, KKŞ eylemlerine ilişkin olarak 564. madde kapsamına girmeyen bir failin cesaretini kırarak yeterli cezai sorumluluğu sağlamamaktadır<sup>73</sup>. Etiyopya hukuk sisteminde KKŞ ile ilgili diğer boşluklar ise KKŞ mağdurlarının koruma kararı, çocuğun velayetini isteme, kocanın konuttan uzaklaştırılmasını isteme, parasal giderim/tazminat, sığınma evine yerleşme ve tıbbi yardım gibi medeni haklara sahip olmamalarıdır.

Ülkede kadına yönelik şiddetle etkin bir şekilde mücadele etmek için, özellikle toplumun tutumunun değiştirilmesine özel önem verilmesi gerektiğinden çok fazla ölçüm yapılmalıdır. Çünkü toplumun kadınlara karşı genel tutumu bireysel failleri yansıtmaktadır<sup>74</sup>. Ayrıca toplumun kadına yönelik tutumunun değiştirilmesi, KKŞ vakalarının sayı ve etkisini asgariye indirme şeklinde olumlu bir etki yapacaktır. Toplumun tutumunun değiştirilmesi Etiyopya’da basit bir görev olmadığından devlet ile STK’ların, özellikle de medyanın işbirliği yapmasına ihtiyaç bulunmaktadır<sup>75</sup>.

## SONUÇ

Eşitlik hakkı ve kadın hakları 1995 EFDC Anayasası’na dâhil edilmiştir. Anayasa ülkenin yüce kanunu olduğundan, Anayasa ile çelişen her türlü kanun, uygulama ve karar geçersizdir. Buna göre, kadın haklarını ihlal eden bazı Etiyopya yasaları, cinsiyet eşitliği ile bağdaştırılmaları ve kadınlara karşı zararlı geleneksel uygulamaların ortadan kaldırılması için değiştirilmiştir. Gözden Geçirilmiş Aile Kanunu ve yeni Ceza Kanunu, kadınların insan haklarının en iyi şekilde korunmasını sağlayacak hukuksal güvencelerin düzenlenmesi amacıyla gözden geçirilen en önemli yasalardır. Ancak, bu gözden geçirilmiş yasalar, diğer yasal sistemlerde ve uluslararası insan hakları belgelerinde suç olarak kabul edilen evlilik içi tecavüz, cinsel taciz ve kadına karşı şiddet gibi suçlarla ilgili kadın hakları ihlallerini tam olarak içerememektedir. Bu suçlar, kadınların insan

<sup>72</sup> TADESE, Hillina: The Right of Women Under the Ethiopian Penal Law, Unpublished EWLA Sponsored research, 1997, s. 77.

<sup>73</sup> FITE, Megersa: (2014). “The Ethiopia’s Legal Framework on Domestic Violence against Women: a Critical Perspective”, International Journal of Gender and Women’s Studies, 2(1) 2014, s. 55.

<sup>74</sup> Amicus Media Promotion and Communication: “Muhaz”, Amicus Media Promotion and Communication, 2(1), 2012, s. 15.

<sup>75</sup> Amicus Media Promotion and Communication, s. 15.

haklarını ihlal ettiği için doğrudan Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmelidir.

Yeni Ceza Kanunu'ndaki bazı zararlı geleneksel uygulamaların cezaları hala düşüktür. Etiyopya'daki zararlı geleneksel uygulamalarla mücadele, toplumun konuya karşı tutumu gibi farklı nedenlerle kolay bir iş olmadığı için, yeni Ceza Kanunu'nun zararlı geleneksel uygulamalar bölümü zararlı geleneksel uygulamaları oluşturan bazı suçların cezalarının artırılması için yeniden gözden geçirilmelidir. Böylece kültürle ilgili suçların azalmasında ve kadınların insan haklarının korunmasında daha etkili sonuçlara ulaşılabilecektir.

### Kaynaklar

- ADINEW, Yohanes / HAGOS, Mihret: "Sexual Violence in University Students in Ethiopia", BMC International Health and Human Rights, 17(19), 2017, s. 1-7.
- Amicus Media Promotion and Communication: "Muhaz", Amicus Media Promotion and Communication. 2 (1), 2012, s. 1-20.
- CHAUDRI, Pooja: "Marital Rape Laws Will be Misused by Women's" is a Flawed Argument: Here is How the Accused Can be Punished", <https://thelogicalindian.com/awareness/marital-rape-can-be-proven/> (Erişim Tarihi: 30.10.1017)
- COOMARASWAMY, Radhika: "Different but Free: Cultural Relativism and Women's Rights as Human Rights", in Courtney, Howland (ed), Religious Fundamentalism and the Human Rights of Women, Palgrave Macmillan, New York 1999, s.79-82.
- ENGLAND, Debora: "The History of Marital Rape", <https://www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/crime-penalties/marital-rape.htm>, (Erişim Tarihi: 28.10.1017)
- ESHETU, Ejeta: "Assessment of Sexual Harassment and Associated Factors Among Grade 9-12 Female Students at Schools in Ambo District, Oromia National Regional State, Ethiopia", Science Journal of Public Health, 3 (1), 2015, s. 97-100.
- FITE, Megersa: (2014). "The Ethiopia's Legal Framework on Domestic Violence against Women: a Critical Perspective", International Journal of Gender and Women's Studies, 2(1) 2014, s. 49-60.
- GARNER, Brayan: Black's Law Dictionary, 8. Bası, Thomson West, USA 2007.
- GELAW, Kebkab: Marital Rape as a Human Right Violation of Women in Ethiopia: A Case Study of Alumni Association of the Faculty of Law of Addis Ababa University and Ethiopian Women Lawyer Association (EWLA), Unpublished Master's Thesis, Addis Ababa University, Addis Ababa.
- HAKERI, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

- India Today: “Marital Rape in India: 36 Countries Where Marital Rape is Not a Crime”, <http://indiatoday.intoday.in/education/story/marital-rape/1/618337.html> (Erişim Tarihi: 1.11.1017)
- MARY, Hallward-Drimeier / OUSMAN, Gajigo: “Strengthening Economic Rights and Women’s Occupational Choice: The Impact of Reforming the Ethiopian Family Law”, *World Development*, 70, 2015, s. 260-273.
- Ministry of Women, Children and Youth Affairs: *Assessment of Conditions of Violence Against Women in Ethiopia. Final Report*, Argano, Addis Ababa 2013.
- Network of Ethiopian Women’s Association: “Kenjit”, *Network of Ethiopian Women’s Association*, 7(4), 2014, s. 1-11.
- NEWMAN, Karem / FELDMAN-JACOBS, Charlotte: “Family planning and human right-what is the connection and why is it important?”, <http://www.prb.org/pdf15/family-planning-rights-brief.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.10.2017)
- TADESE, Hillina: *The Right of Women under the Ethiopian Penal Law*, Unpublished EWLA Sponsored research, 1997.
- TESHOME, Telahun: *Harmful Tradition Practices under Ethiopian Laws*, Ethiopian Woman Lawyers’ Association, Addis Ababa 2005.
- TOUBIA, Nahid / IZETT, Susan: *Female Genital Mutilation: An Overview*, World Health Organization, Geneva 1998.
- UN women: *Preliminary Gender Profile of Ethiopia*, UN Women, Addis Ababa 2014.
- UNFPA: *Gender Based Violence*, unpublished training manual for law enforcing bodies, 2009.
- WAD, Tsehai: “Abortion Law in Ethiopia: A Comparative Perspective”, *Mizan Law Review*, 2(1), 2008, s. 1-33.
- World Health Organization: (2005). “World Health Organization Intimate Partner Violence and Alcohol Fact Sheet”, [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/factsheets/ft\\_intimate.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/factsheets/ft_intimate.pdf), (Erişim Tarihi: 17.7.1017)
- YESHWAS, Tigist: *Challenges for the Implementation of International Women’s Human Rights in Domestic Content: The Case of Ethiopia. The Law and the Practice*, Unpublished Bachelor Degree Thesis, Addis Ababa University Faculty of Law, Addis Ababa 2007.



# SUÇ KONUSU MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

## THE EFFECTS OF LOWNESS OF THE VALUE OF THE GOODS OBTAINED THROUGH COMMITTED CRIME ON CRIMINAL RESPONSIBILITY

DOI : 10.21492/inuhfd.407978

**Ahmet Hulusi AKKAŞ\***

### Özet

Ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlarda, suç konusu malın değerinin azlığı suçun haksızlık içeriğini azaltıcı bir etkiye sahiptir. Bu durumu öngören kanun koyucu hakime, bazı suç faillerinin cezasında indirim yapma ve hatta bazı suç faillerini hiç cezalandırmama imkanı vermiştir. Suç konusu malın değerinin azlığı, kanun koyucunun hakkında herhangi bir düzenleme yapmadığı suçlar açısından da etkili olabilir ve bu suçlarda nasıl bir etkiye sahip olduğunun da araştırılması gerekir. Diğer taraftan suç konusu malın değerinin azlığı, düzenleme bulunan suçlarda dahi aynı sonucu ortaya çıkarmamaktadır. Söz konusu problem arz eden hususların daha yakından incelenmesi gerekmektedir.

Suç konusu malın değerinin azlığı sadece tamamlanmış suçlarda değil, teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da önem arz eder. Bunun yanında suç tamamlandıktan sonra failin etkin pişmanlık göstermesi ve birden fazla suçun işlenmesi durumunda değer azlığının nasıl değerlendirilmesi gerektiğinin de ortaya konulması gerekir. Son olarak suç konusu malın değerinin azlığının, fail hakkında kurulacak hükme nasıl etki edeceğinin de bu hususa ilişkin hakkında hüküm bulunan suçlar ve hakkında hüküm bulunmayan suçlar bakımından değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Değer azlığı, zimmet, yağma, hırsızlık, suçun konusu.

### Abstract

In the crimes committed for economic benefit, lowness of the value of goods that is the object of the committed crime has an effect to reduce the level of unjustness of offences. The legislators have granted judges the power to reduce punishment or even in some cases not punish perpetrators. The lowness of the value of goods obtained through committed crime might affect quantity of punishment for those crimes which are not clearly regulated by the legislators as well, and the effect on these offences must also be ascertained. On the other hand, even for those crimes regulated by the legislators do not constitute the same results. Hence, the abovementioned problems must be reanalyzed closely.

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı. (E-mail: ahakkas@erciyes.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 02.03.2018

Makale Kabul Tarihi: 12.06.2018

The lowness of the value of goods means importance not only for completed offences but also attempting to commit an offence. In addition, it must be showed how to appraise lowness of the value of goods in cases of active repentance of perpetrator after committing a crime or committing multiple crimes. Lastly, the assessment of the effect of the lowness of the value of goods on sentence is necessary in terms of crimes with and without considering the special provision on the lowness of the value.

**Keywords:** Lowness of the value of goods, embezzlement, plunder, theft, object of offence.

## GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan (TCK) bazı suçlarda suç konusu malın değerinin az olmasının ceza sorumluluğuna etki edeceği kabul edilmiştir. Kanunumuzda malın değerinin az olmasına ilişkin sadece hırsızlık, yağma ve zimmet suçlarıyla bağlantılı açık düzenlemeler bulunmaktadır. Suç konusu malın değerinin az olması, açık düzenleme bulunan bu suçlarda dahi aynı sonucu doğurmamaktadır. Zikredilen suçlardan yağma ve zimmet suçunda, failin alacağı cezanın indirilmesi kabul edilirken; hırsızlık suçunda cezadan indirim yapılabildiği gibi, fail tamamen cezasız da kalabilmektedir<sup>1</sup>. Suç konusu malın değerinin azlığı, hakkında bu yönde açık hüküm bulunmayan suçlarda da söz konusu olabilir. Bu nedenle, hakkında suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açık düzenleme bulunmayan suçlarla ilgili, nasıl bir cezalandırma yoluna gidileceğinin de ortaya konulması gerekir. Çalışmamızda ilk başta suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açık düzenleme bulunan halleri değerlendirmeye, onun akabinde de hakkında düzenleme bulunmayan haller ile ilgili görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

## I. DEĞER AZLIĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Suç konusu malın değerinin az olmasının hukuki niteliğinin belirlenmesi, onun kast kapsamında değerlendirilip değerlendirilmemesi bakımından büyük öneme sahiptir. Eğer suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin düzenlemelerin kast kapsamı dışında olduğu kabul edilirse fail, somut olayda malın değerinin az olması durumunda bu hükümlerden, objektif bir mahiyet arz etmeleri nedeniyle, her halükarda yararlanacaktır.

---

<sup>1</sup> Karşılaştırmalı hukukta örnek kabilinden zikredilebilecek Alman hukukunda, suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açık düzenleme sadece hırsızlık ve zimmet suçları ile ilgili ortak hükümde düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu (StGB) § 248a'da suç konusu malın değerinin azlığının hırsızlık ve zimmet suçlarının takibini şikayete bağlı hale getireceği; suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında kamusal bir yarar söz konusu olması durumunda ise takibatın resen yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. HOHMANN Olaf; Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB 248a, Bd. 4, 2. Auflage, München, 2012, kn. 1; JUNGWIRTH, Anton; "Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert", NJW, 1984, s. 954 vd.

Ancak fail, suç konusu malın değerinin azlığından hareket etmiş ve fakat gerçekte malın değeri fazla ise bu durum kast üzerinde herhangi bir etki doğurmayacağı için malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerden faydalanamayacaktır<sup>2</sup>.

Suç konusu malın değerinin azlığının kast kapsamında kaldığı kabul edilecek olursa, çözümün şu şekilde olması gerekir: fail çaldığı, yağmaladığı veya zimmetine geçirdiği malın değerinin az olduğunu düşünmüş; fakat malın değeri gerçekte çok ise kastı kaldıran hata hükümleri çerçevesinde hareket edilmesi gerekecektir<sup>3</sup>. Böyle bir durumda failin çaldığı, yağmaladığı veya zimmetine geçirdiği malın değeri gerçekten azmış gibi kabul olunacak ve fail hakkında suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümler uygulama kabiliyeti bulabilecektir. Suç konusu malın değerinin az olmasına rağmen fail, bu malı değerinin fazla olduğu düşüncesi ile çalmış, yağmalamış veya zimmetine geçirmiş ise suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümler kural olarak uygulanamaz. Fakat suç konusu malın değerinin az olması, failin ise değerini fazla olduğunu düşünerek suçu işlemesi halinde de objektif bir değerlendirme yapılarak, suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasının gerektiği savunulmaktadır<sup>4</sup>. Başka bir görüş ise hırsızlık suçu özelinde, failin suç konusu malın değeri konusundaki yanılığısına herhangi bir önemin atfedilemeyeceği ve böyle

<sup>2</sup> Alman hukukundaki bir görüş, suç konusu malın değerinin azlığının hırsızlık ve zimmet suçlarının takibini şikayete bağlı kılması nedeniyle, bu hükmün bir ceza muhakemesi kurumu olduğunu ve bunun sonucu olarak da suç konusu malın değerine ilişkin düşülen hatanın hükmün uygulanması üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmadığını savunmaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre, doğrudan somut durumdan hareket edilerek bir değerlendirme yapılmalıdır. Bkz. JUNGWIRTH, s. 957.

<sup>3</sup> KÖPRÜLÜ, Timuçin; "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 2007, sayı 71, s. 261; YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 91; ARTUÇ, Mustafa; Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007, s. 89. TCK'nın 145. Maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde açıkça dile getirilmese de hataya ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği "*Örneğin çantanın içinde yüksek meblâğda paranın bulunduğu beklentisiyle işlenen hırsızlık suçunda çantanın içinde para bulunmaması veya çok az miktarda bulunması dolayısıyla cezada indirim yapıp yapılmaması konusunda karar verilirken suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde bulundurulmasını sağlamak amacıyla bu değişiklik önergesi verilmiştir.*" şeklinde belirtilmiştir.

<sup>4</sup> ERDEM, Mustafa Ruhan; "Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, s. 514, erişim tarihi 14.04.2017; YENİDÜNYA, s. 91; ARTUÇ, s. 89.

bir durumda malın objektif değerinden hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>5</sup>.

Yağma suçu özelinde düzenlenen suç konusu malın değerinin az olmasının bir nitelikli hal olduğu belirtilmektedir<sup>6</sup>. Zira yağma suçunda suç konusu malın değerinin az olması, failin cezasında sadece bir indirim yapılması sonucunu doğurmaktadır. Bunun yanında hırsızlık suçu özelinde düzenlenen suç konusu malın değerinin azlığının, yeri geldiği zaman failin cezasından indirim yapılmasını gerektiren bir nitelikli hal; yeri geldiğinde ise cezasızlık sebebi olduğu kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Bir başka görüş ise hırsızlık suçu özelinde düzenlenen suç konusu malın değerinin azlığı halinin cezada indirim yapılmasını yahut cezanın kaldırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur olduğunu belirtmektedir. Zira taşınır malın maddi ya da manevi değerinin önemi suçun oluşumuna etki etmeyecektir. Taşınır malın bir değere sahip olması gerekli ve fakat iktisadi bir değere sahip olması şart değildir<sup>8</sup>.

Hırsızlık suçu özelinde düzenlenen suç konusu malın değerinin azlığı ile hakime cezada indirim yapabilme, suçun işlenme biçimi ve özelliklerinin dikkate alınması suretiyle yerine göre de ceza vermektен vazgeçebilme olanağı sağlanmakta; bir yandan da tayin olunacak cezanın bireyselleştirilmesine imkan sağlanmaktadır<sup>9</sup>. Bu yüzden kanımızca suç konusu malın değerinin az olması, bu hususa ilişkin açık bir düzenleme ihtiva eden suçlarda failin daha az ceza ile cezalandırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir<sup>10</sup>. Çünkü suç konusu malın

<sup>5</sup> EKER, Hüseyin; Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 346; Alman hukukundaki bir görüşe göre, failin değeri az bir malı çalmak veya sahiplenmek istemesine rağmen, bu mal yerine veya bu mal ile birlikte değeri yüksek bir malı çalması veya sahiplenmesi durumunda (StGB) § 248a hükümleri uygulanamaz. İcra hareketlerinin tamamlanamaması ve failin hiç bir şey alamadığı haller hariç olmak kaydıyla, tersi bir durumda ise ilgili hüküm uygulanabilir. Bkz. MükoStGB/HOHMANN, kn. 13.

<sup>6</sup> KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 584.

<sup>7</sup> YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ, Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 4722; TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; ÖNOK, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara, 2017, s. 679.

<sup>8</sup> YENİDÜNYA, s. 29.

<sup>9</sup> YAZICIOĞLU, Yılmaz; “TCK md. 145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ Hırsızlık Suçunda ‘Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin’ Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, Ceza Hukuku Dergisi, yıl 6, sayı 15, Nisan 2011, s. 32.

<sup>10</sup> Aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 208.



değerinin az olması durumunda, suçun haksızlık içeriği, her ne kadar tam olarak kalkmasa da<sup>11</sup>, azalmaktadır. Kanun koyucu da “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenir” (TCK m. 3/1) hükmü ile haksızlık içeriğinin azalması durumunda, faile daha az ceza verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu yönüyle suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin düzenlemeler ile TCK’nın 3’üncü maddesinin birinci fıkrası düzenlemesi uyum içerisindedir<sup>12</sup>.

Nitelikli hallerin bulunduğu bir durumda suçun temel şekline ilişkin bütün unsurların bulunmasının yanında, temel şekle eklenen bir veya birden fazla unsur bulunmaktadır<sup>13</sup>. Suçun temel şekline ilave edilen bu nitelikli unsurlar, 5237 sayılı TCK sisteminde sadece cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğurmazlar. Bunun yanında failin cezasının azaltılması sonucunu da doğurabilirler<sup>14</sup>. Açık düzenleme bulunan hallerden hırsızlık suçunda suçun işlenme biçimi ve özellikleri de göz önünde bulundurularak suç konusu malın değerinin azlığı, bazen cezada indirim yapılmasının yanında, failin hiç cezalandırılmaması sonucunu da doğurabilir. Suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin açık düzenleme bulunan zimmet ve yağma suçlarında ise bu durum daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Nitelikli haller de kastın kapsamına dâhil oldukları için<sup>15</sup>, suç konusu malın değerinin azlığı durumunda yukarıda kasta ilişkin çözümün kabul edilmesi gerekir.

Hakkında açık düzenleme bulunmayan bir suçta da suç konusu malın değeri fazla olabilir. 5237 sayılı TCK uygulamasında haklı olarak, bu durumun sadece 61’inci madde uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

## II. DEĞER AZLIĞININ BELİRLENMESİ

İşlenen suçta suç konusu malın değerinin azlığına hakimnin kendisi karar verecektir. Bu bakımdan 765 sayılı kanun döneminde yapıldığının

<sup>11</sup> MükoStGB/HOHMANN, kn. 1.

<sup>12</sup> ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 614.

<sup>13</sup> HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2016, s. 143.

<sup>14</sup> ÖZGENÇ, s. 205; HAKERİ, s. 143.

<sup>15</sup> KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 155; ÖZGENÇ, s. 228.

<sup>16</sup> Bkz. TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 679, dn. 214.

aksine, suç konusu malın değerine ilişkin bir skala oluşturulmayacaktır<sup>17</sup>. Suç konusu mala atfedilen değer zamanla değişmesinin muhtemel olması nedeniyle, malın değerinin her somut olayda hakim tarafından takdir edilmesinin yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin normal bir zamanda önemsiz olarak görülen bir mal, savaş zamanında değerli bir hale gelebilir<sup>18</sup>.

Somut olayda hakim, suç konusu malın değerinin az olup olmadığına hükmederken, malın hüküm tarihindeki değerini değil, suçun işlendiği zamanki değerini esas almalıdır<sup>19</sup>. Zira failin hukuk düzenine karşı geldiği anda işlediği suçla bağlantılı olarak suçun konusunun değeri önem arz eder. Suç konusu malın değerinin azlığının hesaplanmasında malın objektif değeri esas alınır, yoksa işlenen suça bağlı oluşan zararlar suç konusu malın değerinin azlığının hesaplanmasında dikkate alınmazlar<sup>20</sup>. Ayrıca mağdurun suç konusu mala gereğinden fazla değer atfetmiş<sup>21</sup> ya da mağdurun çok fakir olmasının bir önemi yoktur<sup>22</sup>.

Uyuşturucu madde gibi yasak ürünlerin örneğin çalınması durumunda o ürünün illegal piyasa değerinin göz önünde bulundurulacağı

<sup>17</sup>Yargıtay 5237 sayılı Kanun döneminde kendisinden yıllık değer ölçülerinin belirlenmesinin beklenmemesi gerektiğine karar vermiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...*Bu itibarla, 5237 sayılı Yasanın 145. maddesinin konuluş amacı gözetilmeli, anılan hükmün 765 sayılı TCY'nın 522. maddesinden farklı olduğu kabul edilmelidir. Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, suçun işleniş şekli, mağdur veya sanığın konumu, olayın gerçekleştiği yer ve zamanı dikkate alarak, TCY'nin 3. maddesinde işaret edildiği üzere, “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde bir cezaya hükmetmek suretiyle ceza adaletini sağlayacaktır.*” (YCGK, 15.12.2009 tarih ve E. 2009/6-242, K. 2009/291 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 22.04.2017). Alman hukukunda da suç konusu malın değerinin az olup olmadığına olay hakiminin karar vereceği kabul edilmektedir. Bkz. MükoStGB/HOHMANN, kn. 6.

<sup>18</sup>SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH; Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München, 2014, §248a, kn. 7; Alman hukukunda suç konusu malın değerinin azlığı, hırsızlık ve zimmet suçlarının takibini şikayete bağlı hale getirmesi nedeniyle, mağdurun malını önemli olarak görmesi durumunda şikayet hakkını kullanabileceği belirtilmektedir. Bkz. JUNGWIRTH, s. 957.

<sup>19</sup>ARTUÇ, s. 89; YENİDÜNYA, s. 90; EKER, s. 345; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4723; YAZICIOĞLU, s. 34; MükoStGB/ HOHMANN, kn. 4; WITTIG Petra: Beck'sher Online Kommentar, StGB 248a, 34. Edition, München, 2017, kn. 4; KİNDHÄUSER, Urs; Strafgesetzbuch, StGB § 248a, 4. Auflage, Baden-Baden, 2013, kn. 4; KÜHL, Khristian, Lackner/Kühl StGB § 248a, 28. Auflage, München, 2014, kn. 3; SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 7.

<sup>20</sup>MükoStGB/HOHMANN, kn. 5; SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 5.

<sup>21</sup>KİNDHÄUSER, kn. 4.

<sup>22</sup>SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 7; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 681.

savunulmaktadır<sup>23</sup>. Bu görüşün hukukumuz açısından geçerli olmadığını düşünmekteyiz. Zira uyuşturucu maddelerin üzerinde mülkiyet veya zilyetlik tesis edilemeyeceği için bunlar, malvarlığına karşı işlenen suçların konusunu oluşturmazlar<sup>24</sup>. Söz konusu ürünlerin, malvarlığına karşı işlenen suçların konusunu oluşturmamaları nedeniyle, bunların değerinin az olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Örneğin bir bedel karşılığında uyuşturucu madde satın alan kimseden, bir başkası bu maddeyi cebir veya tehdit kullanarak zorla almış olabilir. Böyle bir durumda uyuşturucu maddeyi zorla alan kimsenin cebir veya tehdit suçlarından; eğer cebir basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralamanın ötesine geçmiş ise kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekir.

### III. DEĞER AZLIĞINA YER VEREN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Hırsızlık Suçunda Suç Konusu Malın Değerinin Azlığı (m. 145/1)

TCK'nın 145'inci maddesinin birinci fıkrasına göre "*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulur, ceza vermektense de vazgeçilebilir*"<sup>25</sup>. Kanun koyucu, 5377 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki halinde ise suçun işleniş şekli ve özelliklerine maddede yer vermemiş ve suç konusu malın değerinin azlığının ceza sorumluluğuna doğrudan etki edeceğini kabul etmişti.

Kanun koyucu, hırsızlık suçunda suç konusu malın değerinin azlığında hakime, faile ceza vermeme veya daha az ceza verme yetkisi vermiştir. Hakim somut olayın şartlarına göre, bu yetkilerinden birisini kullanabileceği gibi, bunların hiç birisini de kullanmayabilir<sup>26,27</sup>.

<sup>23</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 7.

<sup>24</sup> Aynı yönde bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 634.

<sup>25</sup> Öğretideki bir görüş bu düzenlemeyi bir hafifletici neden olarak görmektedir. Bkz. KÖPRÜLÜ, s. 258. 5237 sayılı TCK'da nitelikli unsurları belirtmek üzere ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler ifadesi kullanılmamaktadır. Bu nedenle bu görüşün hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s. 205.

<sup>26</sup> Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, TBMM Adalet Komisyonu İle Genel Kurulunda Türk Ceza Kanunu Tasarısının Maddeleri Üzerindeki Görüşmeler, Yayın yeri ve tarihi belirtilmemiştir, s. 545.

<sup>27</sup> Yargıtay, somut olayda malın değerinin az olup olmadığını, dolayısıyla TCK'nın 145'inci maddesinin uygulanabilir olup olmadığını denetlerken; suç konusu malın değerinin azlığı durumunda hakimin, daha az ceza verme veya hiç ceza vermeme yönünde vermiş olduğu kararını dahi denetime tabi tutmaktadır. Konuya ilişkin

Öğretideki bazı yazarlar ise cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olmasını tek başına yeterli saymaktadır. Buna karşılık ceza vermektен vazgeçilebilmesi için suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır<sup>28</sup>. Yargıtay da hırsızlık suçu özelinde bu görüş doğrultusunda kararlar vermiştir<sup>29</sup>. Ancak yüksek mahkeme, yağma suçu açısından, suç konusu malın değerinin az olmasını hırsızlık suçunun aksine cezada doğrudan bir indirim sebebi olarak görmemektedir<sup>30</sup>.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Somut olayda sanığın, gündüz sayılan saat 05.00 sıralarında, evraki tefrik edilip hakkında ayrıca soruşturma açılan A. Ç. ile yakınana ait evin balkon kapısının açık olduğunu görmeleri üzerine, A.'in omuzlarına basarak, yakınanın evinin balkonuna çıkıp, balkonun önünde bulunan odanın içindeki kanepenin üzerindeki yakınana ait pantolonu alarak, balkondan aşağıya A.'a uzattığı, bu sırada yakınanın kendisini görmesi üzerine, balkondan atlayarak kaçtığı, pantolonun cebinde olan cüzdan içerisinde 545 lira para ve bir bankaya ait maaş kartının bulunduğu anlaşılmaktadır. Olayın özelliği nazara alındığında, hırsızlık yapmak amacıyla girdiği evde ne bulursa alma kastı ile hareket eden sanık hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nın 145. maddesi uygulanarak, cezasından indirim yapılması kabul edilemez.”(YCGK, 27.04.2010 tarih ve E. 2010/6-73, K. 2010/97 sayılı kararı); “Geceyi geçirmek için girdiği ana sınıfta bulunan kumbara içindeki 5 Liranın tamamını alıp sabah saat 06.00 sıralarında suç yerini terk eden sanığın, ana sınıfı öğretmeni olan mağdur ...'in de beyanlarından anlaşılacağı üzere sınıfta paradan başka kıymeti haiz olan televizyon ve VCD bulunmasına rağmen bu eşyaya yönelik bir eyleminin bulunmaması karşısında, sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nun 145. maddesinin uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ancak suçun işleniş şekli ve özellikleri ile sanığın kısa aralıklarla birden çok hırsızlık eylemi gerçekleştirdiği gözetildiğinde cezada indirim yapılması gerekirken ceza verilmesinden tamamen vazgeçilmesi isabetsizdir.” (YCGK, 24.11.2015 tarih ve E. 2015/6-9, K. 2015/420 sayılı kararı), www.kazanci.com, erişim tarihi 27.04.2017.

<sup>28</sup> YENİDÜNYA, s. 83; ayrıca bkz. KÖPRÜLÜ, s. 258; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 617; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 681.

<sup>29</sup> “Anılan Yasanın 145. maddesine göre, faile verilen cezada indirim yapılabilmesi için malın değerinin az olması yeterli olup, hakim indirim oranını TCK'nın 3. maddesinde öngörüldüğü üzere “işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı” olacak şekilde saptamalıdır. Ceza vermektен vazgeçme kararı verilecekse malın değerinin azlığı yanında “suçun işleniş şekli ve özellikleri” de dikkate alınmalıdır. TCK'nın 145. maddesinin uygulanmasında hakime takdir hakkı tanınmış olup, hakim takdir hakkını kullanırken keyfiliğe kaçmadan, her somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle uygulama yapılmalıdır.” (Y. 13. CD, 06.03.2013 tarih ve E. 2011/32645, K. 2013/5451 sayılı kararı), benzer yönde kararlar için bkz. Y. 13. CD, 04.03.2014 tarih ve E. 2013/1009, K. 2014/7179; Y. 13. CD, 04.06.2014 tarih ve E. 2014/13264, K. 2014/20040; Y. 13. CD, 29.09.2014 tarih ve E. 2014/10208, K. 2014/27010; Y. 17. CD, 26.01.2016 tarih ve E. 2015/8050, K. 2016/881; Y. 17. CD, 08.02.2016 tarih ve E. 2015/8229, K. 2016/1205; Y. 17. CD, 24.03.2016 tarih ve E. 2015/10994, K. 2016/4047; Y. 17. CD, 20.04.2016 tarih ve E. 2015/13593, K. 2016/5865, www.kazanci.com, erişim tarihi 25.04.2017.

<sup>30</sup> “Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi, sanığın özgülünen kastı, yakınanın etkilenimi ve olayın vahameti de gözetilmek suretiyle, değer olarak da gerçekten az olan

Kanuni düzenlemede "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ibaresinin ceza verilmesinden vazgeçilebileceği ibaresinden önce yer alması nedeniyle, hakimın her halükarda cezada indirim yapacağı; suçun işlenme biçimi ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak ceza vermektен vazgeçebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Ancak madde metninde cezada indirimin dahi mutlak bir şekilde uygulanmayacağı açıkça belirtildiği için bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz<sup>31</sup>. Farklı uygulamaların ve görüş ayrılıklarının önüne geçmek için düzenlemenin, "*Suçun işlenme biçimi ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektен de vazgeçilebilir*" şeklinde olmasının daha doğru olacağı kanısındayız<sup>32</sup>.

---

*şeylerin alınması durumunda, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, somut olayda koşulları bulunmadığı halde, 150. maddenin 2. fıkrasına sevki amacıyla dışarıda yorumlar getirilerek cezadan indirim yapılması"* (Y. 6. CD, 20.07.2011 tarih ve E. 2007/9988, K. 2011/35692), www.kazanci.com, erişim tarihi 25.04.2017.

<sup>31</sup> Aynı yönde bkz. MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013, s. 2399; ayrıca bkz. YAZICIOĞLU, s. 31, dn. 7.

<sup>32</sup> Yargıtay da hakimın takdir yetkisinin faile hiç ceza vermeme veya failin cezasında indirim yapma şeklinde olduğunu bir kararında belirtmiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "...Görüldüğü gibi madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim veya ceza verilmemesinden ibaret değildir. Olayın özelliği, mağdurun konumu, failin kişiliği ve suçun işleniş şekli, her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza verilmeme haliyle ilgili seçeneğin, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceği belirlenecek ve takdirin gerekçesi de kararda gösterilecektir." (YCGK, 15.12.2009 tarih ve E. 2009/6-242, K. 2009/291 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 22.04.2017). Ayrıca bkz. YCGK, 13.11.2007 tarih ve E. 2007/6-210, K. 2007/234 sayılı kararı. Yargıtay, takdir yetkisinin faile hiç ceza vermeme veya failin cezasında indirim yapma şeklinde olduğunu başka bir kararında daha açık bir şekilde vurgulamıştır. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "5237 sayılı TCY'nın 145.maddesinde düzenlenen "malın değerinin azlığı" kavramı, olayın özelliği, sanığın kişiliği ve mağdurun konumu da değerlendirilerek, hakim'e cezada indirim yapabilme ya da ceza vermektен vazgeçebilme konusunda seçenekli bir takdir hakkı tanıyan yeni bir kurumdur. Hakim öncelikle belirtilen ölçütleri dikkate alarak, malın değerinin az olup olmadığını değerlendirecek, ikinci aşamada da, değer azlığı nedeniyle indirim yapmayı yapmamayı veya ceza verip vermemeyi takdir edecektir. Hakime tanınan bu yetki keyfi ve sınırsız değil ise de, bu yetkinin kullanılmasındaki takdir yanılığının olağanüstü bir yasa yolu olan, yasa yararına bozma konusu yapılması olanaklı değildir." (YCGK. 11.12.2007 tarih ve E. 2/267, K. 2007/271 sayılı kararı, MALKOÇ, s. 2400).

Suç konusu malın değerinin az olması durumunda hakim, suçun işleniş şekli ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak faile ya hiç ceza vermeyecek veya vereceği cezada indirim yapacaktır. Hakimin bu iki seçenekten birisini kullanmasında göz önünde bulundurulacak husus, suçun işlenme biçimi ve özellikleri olacaktır. Malın değerinin, ceza verilmesinden vazgeçilebilmesi ve cezada indirim yapılabilmesi için farklı olması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında bu husus açıkça vurgulanmıştır<sup>33</sup>.

Somut olayda hakimin, failin cezasından indirim yapma yolunu tercih ettiği zaman bunun hangi oranda olacağına ilişkin TCK md. 145'te bir açıklık yoktur. Zira kanunda sadece ceza vermektен vazgeçilebileceği gibi, cezadan indirim yapılacağı belirtilmiş; indirim oranının ne nispette olacağı belirtilmemiştir. Öğretideki bir görüş bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini; zira cezaların arttırılmasının, azaltılmasının veya değiştirilmesinin ancak kanuni düzenleme var ise mümkün olabileceğini belirtmektedir. Kanunda indirim oranının belirtilmemesi uygulamada keyfiliğe yol açacaktır<sup>34</sup>. Bunun karşısındaki bir görüş ise kanun koyucunun, indirim oranını belirleme konusunda hakime takdir yetkisi bıraktığını belirtmektedir<sup>35</sup>. Bir üçüncü görüşe göre de bu halde TCK 49/1'den hareketle indirim miktarını bulmak gerekir. Buna göre, hakim süreli hapis cezasının alt sınırını bir aya kadar indirebilir<sup>36</sup>.

Kanımızca ilk görüşte isabet vardır. Zira aşağıda da bahsedileceği üzere, yağma suçunda suç konusu malın değerinin azlığı bir indirim sebebi olabilmekte ve hakim indirim yapma yolunda tercihini kullanacaksa, bunun oranının ne olacağı TCK md. 150'de açıkça belirtilmiştir. Aynı müessesenin öngörüldüğü suçlar arasında farklı uygulamalara yer verilmemesi için; hakimin cezada indirim yapma yolunu

<sup>33</sup> "...Maddenin ilk metninden sonraki değişiklikle; "suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurulur" ibaresinin, "cezada indirim" seçeneğinden sonra ve "ceza vermektен vazgeçilebilir" seçeneğinden önce yazılmasının, suça konu malın değerini farklılaştırmayacağı açıktır. Bu nedenle; "az ceza verme" seçeneğinde daha yüksek değer aranacağı, "ceza vermektен vazgeçme" halinde ise daha az bir değer aranmasının gerekli olduğu düşünülmemelidir." (YCGK, 13.11.2007 tarih ve E. 2007/6-210, K. 2007/234 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 13.05.2017). Ayrıca bkz. YCGK, 15.12.2009 tarih ve E. 2009/6-242, K. 2009/291 sayılı kararı.

<sup>34</sup> CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 3. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 340, dn. 212; YENİDÜNYA, s. 90; KÖPRÜLÜ, s. 258; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 619.

<sup>35</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 570.

<sup>36</sup> YAZICIOĞLU, s. 44.

tercih ettiği zaman, bunun oranının ne nispette olacağını kanunda belirlenmiş olmasının gerektiği kanısındayız<sup>37</sup>. Ayrıca suç konusu malın değerinin az olması yanında, verilecek cezada indirim ya da artırım yapılmasını gerektiren başka bir nitelikli halin bulunması, mevcut durumda, sonuç cezanın belirlenmesini sorunlu hale getirecektir. Açıklanan gerekçelerden dolayı, hırsızlık suçunda, suç konusu malın değerinin az olması durumunda, cezadan ne kadar indirim uygulanabileceği kanun metninde gösterilmelidir.

### **B. Yağma Suçunda Suç Konusu Malın Değerinin Azlığı (m. 150/2)**

TCK'nın 150'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, *"Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir"*<sup>38</sup>. 5377 sayılı kanun ile değiştirilmeden

<sup>37</sup> Hırsızlık suçunda, suç konusu malın değerinin az olması halinde cezadan indirim yapma yolunun tercih edilmesi durumunda indirim oranını neden belirlenmediği hususuna Özgenç şu gerekçelerle bir açıklama getirmiştir: *"Cezadan tamamen vazgeçebilme yetkisini hakime tanıdıktan sonra, cezada yapılacak olan indirimin oranını belirlemenin mantıksızlık olduğunu düşünerek buraya bir oran yazmadık. Burada, cezada indirim yapıldığında, eğer söz konusu olan hapis cezasıysa, hapis cezasının alt sınırı zaten bu sistemde bir aydır. Bir aydan da aşağı inemeyecektir. Ya bir aya kadar hapis cezası verecektir veyahut da ceza vermektan tamamen vazgeçecektir."*, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, s. 547. Ancak benzer durum TCK'nın 129/1'de de mevcuttur; bu hükme göre, hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi durumunda, verilecek cezada indirim yapılabilir veya ceza vermektan de tamamen vazgeçilebilmektedir. Her ne kadar farklı bir müessese olduğu kabul edilse bile, kanun koyucu hakaret suçu özelinde indirim oranını da belirlemiş ve buna göre, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebilecektir. Hakaret suçuna ilişkin düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, hırsızlık suçuna ilişkin TCK'nın 145'inci maddesinde indirim oranının belirtilmemesinin gerekçesi tam olarak anlaşılammaktadır.

<sup>38</sup> Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK m. 522'ye göre suç konusu malın değerinin azlığı, cezada indirim; buna karşılık değer in fazlalığı, cezada artırımı nedeni olarak öngörölmüş; buna karşılık indirimin yağma ve adam kaldırma suçları bakımından uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştı. Söz konusu madde metni *"TCK'nun 522. maddesinin birinci fıkrasında, onuncu babta yazılı suçların işlenmesinde, suç konusu şey in veya verilen zarar in değer inin cezayı artırımı veya indirim nedeni olarak kabul edildiği, gasp suçu ile hırsızlık suçunun benzer nitelikte olmasına karşın, hırsızlık suçundan ceza verilirken, suçun konusu olan şey in değeri gözönüne alınarak cezada indirim yapıldığı halde, gasp suçunun işlenmesinde, gasbedilen şey in değerine bakılmaksızın ceza verildiği ve 522. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca cezadan bir indirim yapılmadığı, bu sebeple itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu"* gerekçesi ile somut norm denetimi suretiyle Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmişti. Anayasa Mahkemesi ise başvuruyu, *"TCK'nun onuncu babının ikinci faslında öğeleri ve cezaları düzenlenen yağma, yol kesmek suçları, yalnız eşyaya karşı değil, aynı zamanda kişinin özgürlüğüne, beden bütünlüğüne, ruh sağlığına yönelik*

önce fıkra metninde geçen “indirilir” ibaresi “indirilebilir” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece suç konusu malın değerinin azlığı halinde, hakim her halükarda failin cezasından indirim yapması bir zorunluluk olmaktan çıkarılmış; bu, hırsızlık suçunda olduğu gibi, hakim somut olayın şartlarına göre takdir yetkisini kullanabileceği bir hale getirilmiştir<sup>39</sup>. Hırsızlık suçundan farklı olarak yağma suçunda hakim sadece cezada indirim yapabileceği kabul edilmiş, faile ceza vermektен vazgeçmesi ise kabul edilmemiştir. Yağma suçunda fail, mağdurun elinden malını zorla almakta, ona karşı cebir veya tehdit kullanarak onun hem irade özgürlüğünü hem de beden bütünlüğü gibi kişisel değerlerini ihlal etmektedir<sup>40</sup>. Bu nedenle kanun koyucu, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında en ağır ve en tehlikeli olan yağma suçunda, suçun konusunu oluşturan malın değeri az olsa da failin yine de cezalandırılması gerektiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla yağma suçu ile hırsızlık suçunda, suç konusu malın değerinin az olmasının sonuçları arasında, kanunda belirtildiği şekilde bir farkın oluşturulabileceği görüşündeyiz.

### C. Zimmet Suçunda Suç Konusu Malın Değerinin Azlığı (m. 249/1)

TCK 249/1’e göre “Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir”. Benzer bir düzenleme bankacılık zimmeti ile ilgili olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 161/6’da yer almaktadır. İlgili düzenlemeye

*olarak malın, cebir, şiddet ve tehdit kullanmak suretiyle alınmasıdır. Bu nedenle, gasp suçu, toplumsal yarar ve cezanın önleyiciliği ve caydırıcılığı yönünden sırf mala karşı işlenen öteki suçlardan farklı tutularak daha ağır ceza yaptırımına bağlanmıştır. Yasakoyucu, kuşkusuz Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırma da güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın nevi ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabilir. Mala karşı olduğu kadar kişi özgürlüğüne, beden ve ruh sağlığı ve bütünlüğüne de yönelik olması nedeniyle onuncu babın ikinci faslında yazılı suçlar için verilecek cezalarda 522. maddenin üçüncü fıkrasındaki itiraz konusu kural uyarınca Devletin ceza politikasının sonucu, suça verilen önem, cezalandırmada güdülen amaç gözetilerek eşyanın değerinin hafif olmasına bağlı olarak indirim yapılmaması, hukuk devleti ilkesine aykırı değildir. Hırsızlık ve gasp suçları, öğeleri ve korunmak istenen yarar farklı olduğundan itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir” gerekçesi ile ve oy çokluğu ile reddetmiştir. Kararın tam metni için bkz. www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi 17.06.2017.*

<sup>39</sup> “...yakınlarının cebinde ne kadar para bulunduğu sanık tarafından bilinmediği gibi, amacının yakınlarının cebindeki bütün parayı alma olduğu ve böylece yanlış yorumla suç konusu eşyanın değeri az kabul edilerek...” (Y. 6. CD, 06.12.2005 tarih ve E. 2005/12008, K. 2005/11360 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 13.05.2017).

<sup>40</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 581.



göre “Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir”<sup>41</sup>. Yağma ve hırsızlık suçlarındaki düzenlemelerin aksine; ilgili düzenlemelerde indirim yapma konusunda hakime herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Zimmete geçirilen malın değerinin azlığı halinde, hakim zorunlu olarak failin cezasını indirecektir. Düzenlemeler hakimin takdir yetkisini tamamen ortadan kaldırmış değildir. Hakim yapacağı indirim oranının üçte bir ile yarı oranı arasında ne kadar olacağını belirlerken takdir yetkisini kullanacaktır.

Çalınan, yağmalanan veya zimmete geçirilen değeri az olan örneğin bir makine parçası, değeri az olmakla birlikte makinenin çalışmasında büyük önemi haiz olabilir veya bu parça olmaksızın makine herhangi bir fonksiyon görmeyebilir<sup>42</sup>. Hırsızlık ve yağma suçlarında bu durumu öngören kanun koyucu, suç konusu malın değerinin az olduğu her durumda cezada indirim yapılmasını veya faile ceza verilmemesini kabul etmemiştir. Buna karşılık zimmet suçunda, ilgili düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, suç konusu malın değerinin azlığı sebebiyle indirim yapılmak zorundadır. Yağma ve hırsızlık suçlarında ortaya çıkan durumun zimmet suçu açısından da gerçekleşmesi mümkün olduğu için zimmet suçunda doğrudan bir indirimin kabul edilmesinin hatalı olduğunu, zimmet suçunda da aynen hırsızlık ve yağma suçlarında olduğu gibi, suçun konusu malın değerinin azlığı halinde hakime indirim yapıp yapmama konusunda takdir yetkisinin tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Zimmet suçunda suç konusu malın değerinin azlığının hesaplanmasında, failin suçtan elde ettiği doğrudan menfaat dikkate alınmalı; bunun karşısında, idarenin uğramış olduğu zarar, yoksun kalınmış gelirler veya gecikme zammı veya faiz gelirleri dikkate alınmamalıdır<sup>43</sup>. Suç konusu malın değerinin azlığı diğer suçlarda olduğu gibi, zimmet suçunda da suçun işlendiği zamana göre yapılmalıdır. Suç

<sup>41</sup> Öğretideki bir görüş zimmet suçunda suç konusu malın değerinin az olmasını, hırsızlık suçunda olduğu gibi, cezayı hafifleten bir sebep olarak görmektedir. Bkz. OKUYUCU ERGÜN, Güneş; Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s. 128. 5237 sayılı TCK hükümleri karşısında bu görüşün isabetli olmadığını yine belirtmek gerekmektedir.

<sup>42</sup> Böyle bir durumda da değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabilir olduğu yönündeki görüş için bkz. SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 11-14.

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. EKER, s. 357.

işlendikten sonra, suç konusu malın değerinin artması veya azalması, değer azlığının belirlenmesinde önem arz etmemelidir<sup>44</sup>.

#### IV. DEĞER AZLIĞINA YER VERMEYEN DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

765 sayılı TCK'da suç konusu malın değerinin az olması, sadece failin cezasından indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olup, buna karşılık 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi faile verilecek cezadan sarfinazar edilmesi sebebi teşkil etmese de, ilgili hüküm 5237 sayılı TCK'da öngörülmeven dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma (emniyeti suistimal), mala zarar verme, hırsızlık malını bilerek satın alma ve kabul etme suçları açısından da uygulama kabiliyeti bulabilmekteydi<sup>45</sup>. Benzer bir durum 5237 sayılı TCK'da öngörülmemiş, suçun konusu malın değerinin azlığı ortak bir hüküm olarak değil de her bir suç ile bağlantılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bundan dolayı, hakkında hüküm bulunmayan suçlarda, suç konusu malın değerinin az olması faile ceza verilmemesi veya failin cezasından indirim yapılması sonucunu doğurmaz<sup>46</sup>. Yargıtay'ın da haklı olarak belirttiği üzere, işlenen suçun faile ceza verilmemesi veya failin cezasından indirim yapılmasını öngören suçta benzediğinden hareketle, suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin hakkında hüküm bulunmayan suç için uygulanması mümkün değildir<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> OKUYUCU ERGÜN, s. 129.

<sup>45</sup> EKER, s. 343.

<sup>46</sup> Alman hukukunda da suç konusu malın değerinin az olmasının sadece hakkında açık düzenleme bulunan hırsızlık ve zimmet suçlarının takibini şikayete bağlı hale getireceği, uygulamanın bu suçlar ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. MükoStGB/HOHMANN, kn. 2; BeckOK StGB/WITTIG, kn. 3; KINHÄUSER, kn. 2.

<sup>47</sup> "5237 sayılı TCY'nin 145. maddesinin hırsızlık suçlarında uygulanabileceği düşünülmeden, sanık Baki hakkında hırsızlık malı satın alma suçunda uygulanması" (Y. 6. CD, 28.09.2010 tarih ve E. 2006/22704, K. 2010/14549, EKER, s. 359, dn. 715); "Askeri mahkemece; sanığın arkadaşı I.'ye ait gözlük ve kabının çalınmasıyla ilgili olarak suçun sübuta erdiği kabul edilmesine rağmen, malın değerinin az olması sebebiyle 5237 sayılı TCK'nın 145'nci maddesi uyarınca sanık hakkında "ceza verilmesine yer olmadığına", karar verilmiş ise de; Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 31.5.2007, 2007/73-69 E-K sayılı kararında da belirtildiği üzere, ASCK'nın 132'nci maddesinde düzenlenen askeri suçla ilgili uygulamada, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen hırsızlık suçuyla ilgili 145'inci maddesinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK uygulamasına ilişkin olmakla birlikte, As.Yrg.lçt.Brl.'nun 22.1.1954, 3208-17 sayılı kararıyla da; çalınan eşya veya paranın suç tarihi itibarıyla değerinin az olması ya da çalınan eşya veya paranın soruşturmaya başlanılmadan iade edilmesi hâllerinde ceza indirimi öngören 765 sayılı TCK'nın 522 ve 523'üncü maddelerinin, ASCK'nın 132'inci maddesi gereğince yapılan yargılamada uygulanamayacağı kabul edilmiştir." ( Askeri

Hakkında hüküm bulunmayan suçlarda da suç konusu malın değerinin az olması önem arz edebilir. Örneğin mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçlarında suç konusu malın değerinin az olması ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda suçun konusu malın değerinin azlığı, sadece temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken bir sebep teşkil edebilir. Nitekim kanun koyucu, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin TCK m. 61/1- d bendinde suçun konusunun taşıdığı önem ve değeri temel cezanın belirlenmesinde bir kriter olarak öngörmüştür. Nasıl ki suç konusu malın değerinin yüksekliği temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaksa<sup>48</sup>; suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hakkında açık hüküm bulunmayan bir suçta, suç konusunun değerinin azlığı, hakim için cezayı alt sınırdan belirleme hususunda bir gerekçe oluşturacaktır.

Suç konusu malın değerinin azlığının faile daha az ceza verilmesini gerektiren bir hal veya hiç ceza verilmemesini sonuçlayan bir hal olarak açıkça düzenlendiği durumlarda ise hakim, değer az olmasını temel cezanın belirlenmesinde değil, söz konusu nitelikli halin veya cezasızlık sebebinin uygulanmasında göz önünde bulundurmalıdır. Böylece çifte değerlendirme yasağına riayet edilmiş olacaktır<sup>49</sup>. Nitekim TCK m. 61/3'e göre, *birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz*<sup>50</sup>.

---

Yargıtay 4. Dairesi, 08.10.2008 tarih ve E. 2008/1908 K. 2008/1893, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4731). Ancak Yargıtay, Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçuna ilişkin vermiş olduğu bir kararında, bu suçun konusunu oluşturan değer az olabileceğini ve bu nedenle hırsızlık suçu özelinde düzenlenen değer azlığına ilişkin hükümlerin bu suç için de uygulanabileceğini kabul etmiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Mahkemenin takdiri gözetilerek hükümlülerin kaybolmuş eşyayı bulup sahiplenmek suçundan 5237 Sayılı TCK.nun 160. maddesine göre taktiren 5'er gün adli para cezasıyla cezalandırılmalarına, kazanılmış hak kuralı gözetilip 5237 Sayılı TCK m. 145 gereğince cezalarında taktiren 2/3 oranında indirim yapılarak 1'er gün adli para cezasıyla cezalandırılmalarına, 5237 Sayılı Yasanın 52/2. maddesi gereğince 1 gün karşılığı 20 YTL. Olarak takdir edilip hükümlülerin sonuç olarak 1A20=20.00'er YTL adli para cezasıyla cezalandırılmalarına, infazın bu miktar üzerinden yapılmasına,” (Y. 11. CD, 13.07.2006 tarih ve E. 2006/4192, K. 2006/6667 sayılı kararı, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), erişim tarihi 22.04.2017).

<sup>48</sup> ÜZÜLMEZ, İlhan; “Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, EÜHFD, C.X, Yıl 2006, sayı 3-4, s. 210.

<sup>49</sup> ÜZÜLMEZ, s. 210.

<sup>50</sup> TCK'nın 61'inci maddesinin gerekçesinde çifte değerlendirme yasağında ilişkin şu yönde bir açıklama mevcuttur: “Maddenin birinci fıkrasında temel cezanın

## V. TEŞEŞEBBÜS, ETKİN PİŞMANLIK ve ZİNCİRLEME SUÇ HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINDA DEĞER AZLIĞI

### A. Suça Teşebbüste Değer Azlığına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

5237 sayılı TCK'da 765 sayılı TCK'nın aksine, teşebbüste eksik ve tam teşebbüs şeklinde bir ayırım yapılmasından vazgeçilmiş; kanunun 35'inci maddesinde teşebbüs eksik ve tam teşebbüs hallerini de içine alarak kişinin işlemeyi kastettiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması şeklinde tanımlanmıştır. Öğretideki bazı yazarlar, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve fakat suç konusunun değerinin belirlenemediği durumda, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca failin değer azlığına ilişkin hükümlerden faydalanması gerektiği görüşündedir<sup>51</sup>. Buna karşılık teşebbüs aşamasında kalan hallerde suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin kural olarak uygulanmayacağı, somut olayda failin teşebbüs ettiği malın değerinin azlığının belirlenmesi durumunda ise hükmün uygulanabileceği savunulmaktadır<sup>52</sup>. Yargıtay ise vermiş olduğu bazı kararlarında, teşebbüs aşamasında kalmış hırsızlık suçunda suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini kabul ederken<sup>53</sup>; diğer bazı kararlarında, suç konusu malın değerinin

---

*belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan bazıları, özel suç tanımlarında cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli unsurlar, birinci fıkraya göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Bu düşüncelerle maddenin ikinci (üçüncü) fıkrasında mükerrem değerlendirme yasağı vurgulanmıştır”.*

<sup>51</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 618; ERDEM, s. 514; KÖPRÜLÜ, s. 261; YAZICIOĞLU, s. 36; Yargıtay 765 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında aynı gerekçelere dayanmıştır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Mağdur Cahit'in evinden yapılan hırsızlık eksik kalkışma aşamasında kalmış olmasına göre sanığın çalmak istediği para veya eşya miktarı belirlenmemiş olmasına rağmen "kuşkudan sanık yararlanır" genel ilkesi uyarınca TCK.nun 522. maddesinin pek hafif değere ilişkin hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi" (YCGK, 27.04.1987 tarih ve E. 1987/6-94, K. 1987/237 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 14.04.2017); suçun tamamlanmasına rağmen, suçun konusunun değerinin hesaplanamaması durumunda dahi şüpheden sanık yararlanır kuralının geçerli olduğu görüşü için bkz. KİNDHÄUSER, kn. 1; ayrıca bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 681.

<sup>52</sup> YENİDÜNYA, s. 91; MALKOÇ, s. 2400.

<sup>53</sup> "Somut olayda müştekiye ait tezgahın sadece 2 TL değerindeki bisküvileri çalmak isterken yakalanan sanık hakkında hırsızlık suçunun oluşurunu malın değerinin az olması ve sanığın neticeye götürülen kastının da fiili gibi 2 adet bisküviye yönelik bulunması sebebiyle sanık hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nın 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması," ( Y. 13. CD, 25.03.2014 tarih ve E. 2013/13278, K. 2014/11054 sayılı kararı), benzer yönde kararlar için bkz. Y. 13. CD, 13.

azlığına ilişkin hükümlerin sadece tamamlanmış suçlar bakımından uygulama kabiliyeti bulabileceğini, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını<sup>54</sup> belirtmiştir.

Teşebbüs halinde kalsa da failin gerçekleştirmek istediği suçta kastının yöneldiği konu belirlenmiş olabilir. Diğer bir ifadeyle, suç konusunun ne olduğu hususunda bir tereddüt bulunmayabilir. Kanımızca suçun konusunun kesin bir şekilde belirlenebildiği durumlarda, suçun konusunun azlığına ilişkin hükümler uygulanabilmelidir<sup>55</sup>. Çünkü teşebbüs aşamasında kalmış hareket ile tamamlanmış hareket arasında haksızlık muhtevaları bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Kanun koyucunun, tamamlanması nedeniyle daha fazla cezalandırdığı bir harekete değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasını; bunun yanında teşebbüs aşamasında kaldığı için bir hareketten dolayı fail hakkında verilecek cezaya değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanmaması tezatlık teşkil eder. Bu hükümlerin şüpheden sanık yararlanır ilkesinden yola çıkılarak uygulanması ise doğru değildir. Zira suç konusu malın değerinin azlığı durumunda faile hiç ceza verilmemesi veya failin cezasından indirim yapılacağına ilişkin hükümler istisnayı teşkil eden hükümlerdir. Ceza hukuku, kamu hukukunun bir alt dalıdır ve kamu hukukunda istisna teşkil eden hükümlerde kıyasın yapılamayacağı kuralından hareketle bu hükümlerin uygulanabilmesi için suç konusu malın değerinin açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılır.

Teşebbüs aşamasında kalan suç hırsızlık ise faile hiç ceza verilmeyebileceği gibi, failin cezasında indirim de yapılabilir. Teşebbüs aşamasında kalan suç yağma veya zimmet suçu ise failin cezasında, kanunda öngörülen aralıkta indirim yapılacaktır. Bu durumda sorun teşkil eden husus, hem teşebbüsten hem de suç konusu malın değerinin az olması nedeniyle yapılacak indirimin hangi sıra takip edilerek yapılacağıdır. Konuya ilişkin TCK m. 61'e göre somut ceza belirlendikten

10. 2014 tarih ve E. 2014/8432, K. 2014/27865; Y. 13. CD, 20.06.2016 tarih ve E. 2015/7642, K. 2016/11319 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 27.04.2017.

<sup>54</sup> “Kalkışma aşamasında kalan suçlarda 5237 sayılı TCY.nın 145. maddesi uyarınca değer azlığı nedeniyle indirim yapılamayacağı halde, takdir hakkı kullanılarak indirim yapılması ve kalkışma nedeniyle indirim oranının takdiri ile bireyselleştirmenin yapılması için duruşma açılmasının zorunlu bulunduğu gözetilmeden, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi” (Y. 6. CD, 07.03.2007 tarih ve E. 2006/20136, K. 2007/2572 sayılı kararı), benzer yönde bkz. Y. 6. CD, 16.03.2011 tarih ve E. 2007/3031, K. 2011/2602 sayılı kararı, www.kazanci.com, erişim tarihi 27.04.2017.

<sup>55</sup> ÖZGENÇ, s. 463.

sonra, belirlenen bu ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenecektir. Cezada yapılacak indirimde bu sıralamanın takip edilmesinin sebebinin keyfiliği önlemek olduğu belirtilmektedir<sup>56</sup>. Dolayısıyla hırsızlık suçunda failin cezasında indirim yapılacak olması durumunda ve yağma ve zimmet suçlarında ilk başta suç konusu malın değerinin az olmasından dolayı failin cezasından indirim yapıldıktan sonra, teşebbüs nedeniyle yapılacak indirim gerçekleştirilmelidir.

### **B. Etkin Pişmanlıkta Değer Azlığına İlişkin Hükümlerin Uygulanması**

Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık göstererek işlemiş olduğu fiilin oluşturduğu zararları gidermesi yönünde sergilemiş olduğu davranışları ifade eder<sup>57</sup>. Etkin pişmanlığın kural olarak ceza sorumluluğu üzerinde bir etkisi yoksa da; 5237 sayılı TCK'da, cezayı kaldıran veya daha az ceza verilmesini gerektiren şahsi bir sebep olarak etkin pişmanlık halleri sadece bazı suç tipleri ile ilgili düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren durumlarda aslında ortada tamamlanmış bir suç bulunmakta, ancak fail, kanunda öngörülen aşamalarda etkin pişmanlık göstermektedir. Suçtan kaynaklanan zararın veya mağduriyetin ya da işlenen fiilin etkilerinin tamamen giderilmesi suretiyle etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilmesi için mağdurun rızasına gerek yoktur<sup>58</sup>. Suçun etkilerinin kısmen giderildiği hallerde ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi mağdurun rızasına bağlıdır. Kısmi ödemenin yapılarak etkin pişmanlık gösterildiği ve mağdurun da kısmi ödemeyi kabul ettiği bir durumda, suç konusu malın değerinin azlığında geriye kalan ödenmeyen değer değil; suç konusu malın tamamının değeri göz önünde bulundurulmalıdır<sup>59</sup>. Çünkü etkin pişmanlık gösterilmiş olsa bile ortada tamamlanmış bir suç vardır. Suç konusu malın değerinin az olup olmadığı da tamamlanmış suçta göre belirlenmelidir. Suç tamamlandıktan sonra failin kısmi ödemede bulunmuş olması ise işlenen haksızlığı ortadan kaldırmamakta, sadece failin cezasında indirim yapılabilme imkanı sunmaktadır.

<sup>56</sup> ÜZÜLMEZ, s. 206.

<sup>57</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 428.

<sup>58</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 428.

<sup>59</sup> TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 682.

### C. Zincirleme Suçlarda Değer Azlığına İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi ve işlenen bu suçlardan bir kısmında veya tamamında değer azlığının gündeme gelmesi durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Suç konusu malın değerinin az olmasına ilişkin hakkında açık düzenleme bulunan yağma suçunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir (TCK m. 43/3). Dolayısıyla zincirleme şekilde gerçekleştirilen yağma suçunda, zincirin her bir halkasında suç konusu malın değerinin az olması problemi bağımsız olarak çözüme kavuşturulacaktır. Başka bir deyişle işlenen her bir yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olup olmaması, sadece bağımsızlığını koruyan suç nedeniyle faile verilecek ceza üzerinde etkili olacaktır.

Esas sorun teşkil eden husus, TCK m. 43/3'teki istisnalar arasında sayılmayan ve fakat zincirleme şekilde işlenen suçlarda, değer azlığının suçların toplamı göz önünde bulundurularak mı, yoksa yine zincirin halkasını oluşturan her bir suç göz önünde bulundurularak mı belirleneceğidir? Öğretideki bazı yazarlar herhangi bir gerekçe göstermeden, zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği hırsızlık suçlarında, her bir hırsızlığı oluşturan malın değerinin değil; bilakis bütün hırsızlıklardan elde edilen malların tamamının değerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir<sup>60</sup>. Buna karşılık yine hırsızlık suçunun zincirleme şekilde işlendiği durumlarda, malın değerinin toplam değer üzerinden değil de zincirin halkasını oluşturan her bir suç üzerinden hesaplanmasının gerektiği belirtilmektedir<sup>61</sup>.

Kanımızca zincirin halkasını oluşturan suçlardan birisinde malın değerinin az olması durumunda, değer azlığına ilişkin hüküm bu suç bakımından diğerlerinden bağımsız olarak uygulanabilmelidir. Zira zincirleme suçun söz konusu olduğu durumlarda bağımsızlığını koruyan birden fazla suç vardır. Bu suçlar sadece kanunda belirtilen tek bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirildikleri için faile tek bir ceza verilmekte ve fakat failin tek suçtan aldığı cezanın artırılması gerekmektedir. Buradan da anlaşılacağı gibi, kanun koyucu gerçek

<sup>60</sup> EKER, s. 345; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4723; ARTUÇ, s. 89.

<sup>61</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 570; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 618; YAZICIOĞLU, s. 44; zimmet suçu açısından aynı yöndeki görüş için bkz. OKUYUCU ERGÜN, s. 129.

içtimain uygulanması gereken hale kanuni bir istisna getirmiştir. İstisnai hükmün uygulanabilmesi için TCK'nın 43'üncü maddesi gibi açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin, kanunda zincirleme suç hükümlerinde bir istisna öngörülmediği için değer azlığının zincirin her bir halkasını oluşturan suçlar bakımından göz önünde bulundurulması gerekir<sup>62</sup>. Belirtilen bu hususun, zincirin halkasına dahil olan her bir suçta suç konusu malın değerinin az olması durumunda geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Başka bir deyişle örneğin zincirleme şekilde gerçekleştirilen hırsızlık suçunda zincirin halkasını oluşturan suçlardan birisinde suç konusu malın değeri az değil ise suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hüküm uygulama kabiliyeti bulamaz<sup>63</sup>.

Fiilin tek, ancak suç konularının birden fazla ve değerlerinin de az olduğu durumda ise konuların toplam değerinin esas alınması gerekmektedir<sup>64</sup>. Somut olayda hakim konuların toplam değerinin az olmadığına hükmetmiş ise doğal olarak suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hükümler de uygulanamaz. Örneğin konutta yapılan bir hırsızlıkta, birden fazla eşya çalınmış ve fakat bunların her birisinin ayrı ayrı ekonomik değeri çok düşük olsa bile, değerlendirme bu malların hepsinin toplam değeri üzerinden yapılmalıdır.

## VI. SUÇ KONUSU MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ KURULACAK HÜKME ETKİSİ

Hırsızlık suçunda faile hiç ceza verilmemesi, onun fiilinin hukuka uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Hakim, olayın şartlarını ve malın değerinin az olmasını da göz önünde bulundurarak faile ceza vermeme yolunu tercih etmiş olabilir. Böyle bir durumda aslında ortada suç teşkil eden bir fiil bulunmaktadır. Başka bir deyişle failin gerçekleştirmiş olduğu fiil haksızlığını muhafaza etmektedir. Bu nedenle fail hakkında aklanma anlamına da gelen beraat kararı değil, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-d gereğince, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir<sup>65</sup>.

Yağma suçunda ise suç konusu malın değerinin azlığı, fail hakkında sadece daha az ceza verilmesi sonucunu doğurabilir. Başka bir deyişle, fail, yağma suçundan dolayı her halükarda hapis cezasına mahkum olacaktır. Bu nedenle suç konusu malın değeri az olsa da fail hakkında mahkumiyet kararı verilecektir. Benzer bir durum TCK m. 247 ve 5411

<sup>62</sup> Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 90.

<sup>63</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 342.

<sup>64</sup> SCHÖNKE/SCHRÖDER, kn. 11-14.

<sup>65</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 570; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4728; MALKOÇ, s. 2403.



sayılı Bankacılık Kanunu m. 161'de düzenlenen zimmet suçları açısından da geçerlidir.

Suç konusu malın değerinin az olduğu yağma ve zimmet suçlarında ve ayrıca somut olayda hakimnin daha az cezalandırmayı gerektiren bir hal olarak kabul ettiği hırsızlık suçunda, değer azlığının yanında başka nitelikli haller de gerçekleşmiş olabilir ve bu nitelikli hallerden bir kısmı cezanın artırılmasını, bir kısmı ise daha az ceza verilmesini gerektirebilir. Suç konusu malın değerinin azlığı yanında uygulanacak olan nitelikli hallerin de daha az cezayı gerektirmesi durumunda ortada bir sorun yoktur. Zira hakim somut olaya bütün nitelikli halleri sırasıyla uygulayabilir. Böyle bir durumda hangi nitelikli halin önce, hangisinin sonra uygulandığının pek bir önemi bulunmamaktadır. Eğer uygulanacak diğer nitelikli haller cezanın artırılmasını gerektiriyorsa, ilk başta bunlara göre artırım yapıldıktan sonra, suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin nitelikli halde öngörülen indirim uygulanmalıdır (TCK md. 61/4)<sup>66</sup>.

Suç konusu malın değerinin azlığı gerekçesi ile hakim, somut olayda fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verecekse, bunu doğrudan uygulamalıdır. Fail hakkında verilecek ceza tespit edildikten sonra, suç konusu malın değerinin azlığı nedeniyle ceza vermektan vazgeçme yönünde bir uygulama yapılması doğru değildir. Böyle bir uygulama hüküm çeşitlerinin düzenlendiği CMK'nın 223'üncü maddesine de aykırılık teşkil eder<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> ÜZÜLMEZ, s. 219.

<sup>67</sup> "Malın değerinin azlığı başlığı altında düzenlenen 5237 sayılı TCK m. 145 "Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle ... suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermektan vazgeçilebilir." şeklinde, yine duruşmanın sona ermesi ve hüküm başlığı altında düzenlenen 5271 sayılı CMK m. 223/4-d'nin "işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir." şeklinde düzenlendikleri de gözetilerek, somut olayda olay tarihinde mağdura ait işyeri önünde kola kilitli meşrubat dolabından kola almak isterken yakalanan suçta sürüklenen çocuk hakkında hüküm kurulurken mahkemece somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmek suretiyle 5237 sayılı TCK'nın 145 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/4-d maddeleri uyarınca doğrudan ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği düşünülmeden suçta sürüklenen çocuk hakkında yazılı şekilde 5237 sayılı TCK'nın 142/1-b, 143, 35 ve 31/3. maddeleri uyarınca 10 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildikten sonra "suça sürüklenen çocuğun eyleminin konusunun kola içeceği olması, savunmasında kola almak istediğini samimiyetle kabul etmesi, eylemini maddi zorluklar sebebi ile kendisine içecek alamadığından gerçekleştirdiğini bildirmesi sebebi ile TCK 145. maddesi gereğince ceza verilmesinden vazgeçilmesi ile neticeten ceza verilmesine yer olmadığına" şeklinde hüküm kurulması sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni

Hakkında hüküm bulunmayan suçlarda da suç konusu malın değerinin az olabileceğini belirtmiştik. Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarında, bu suçlarda konunun değerinin az olması durumunda, hakimin CMK m. 223/4-d gereğince fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verebileceğini kabul etmiştir<sup>68</sup>. Yüksek mahkeme, diğer bazı kararlarında ise yalnızca suç tipi ile ilgili açık bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda fail hakkında suçun konusu malın değerinin azlığı sebebi ile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceğini belirtmiştir<sup>69</sup>.

Kanaatimizce “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” nedeniyle verilecek ceza verilmesine yer olmadığı kararı, bütün suçlar için geçerli olan bir düzenlemedir. Yargıtay’ın bazı kararlarında belirttiği ikinci görüşün kabul edilmesi durumunda, CMK m. 223/4-d sadece hırsızlık suçuna uygulanabilen bir hüküm olacaktır. Zira 5237 sayılı TCK’da yalnızca hırsızlık suçunda suç konusu malın değerinin azlığı bir cezazırlık sebebi olarak düzenlenmiştir. Oysa CMK m. 223’te herhangi bir suç ile bağlantılı olmaksızın, yapılan yargılama sonucunda verilebilecek hüküm çeşitleri sayılmıştır. Yargıtay’ın söz konusu ikinci görüşünün kabulü, CMK m. 223 düzenlemesinin anlamsız hale gelmesi ve bütün hüküm

---

yapılmamıştır” (Y. 13. CD, 17.11.2016 tarih ve E. 2015/10971, K. 2014/15463 sayılı kararı), [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), erişim tarihi 20.06.2017.

<sup>68</sup> “Gerçekte yeşil kartı bulunmayan sanığın, usulsüz olarak yeşil kart çıkartıp, bu kartla hastanede tedavi görerek, ilgili kurumun toplam 0,58 TL zararına sebebiyet vermek suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, suçta konu haksız menfaatin değerinin 0.58 TL olması nedeniyle haksızlık içeriğinin çok az olduğu dikkate alınarak, 5271 sayılı CMK’nın 223/4-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamıştır.” (Y. 15. CD, 23.06.2014 tarih ve E. 2014/10982, K. 2014/12474 sayılı kararı), [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), erişim tarihi 20.06.2017.

<sup>69</sup> “Sanık ... hakkında mala zarar verme suçundan kurulan hükümde, CMK’nun 223/4-d maddesindeki düzenlemede, fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle bu kurumun hangi hallerde uygulanabilir olduğuna dair bir hüküm içermediği, sanığın katılanlar ... ve ...’e ait dükkanın pencere camını sopa ile vurarak kırmasından ibaret eylem ile yükletilen mala zarar verme suçunu işlediği, her ne kadar zarar değeri az ise de, bu suç yönünden şahsi cezazırlık ve etkin pişmanlık sebepleri dışında failin cezalandırılmasına engel herhangi bir düzenlemenin Türk Ceza Kanunu’nda yer almadığı gözetilmeden, yasal ve yerinde olmayan gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”, (Y. 4. CD, 23.02.2016 tarih ve E. 2015/25266, K. 2016/3233 sayılı kararı), benzer yönde bkz. Y. 23. CD, 18.02.2016 tarih ve E. 2015/17412, K. 2016/1619 sayılı kararı, Y. 18. CD, 04.11.2015 tarih ve E. 2015/13203, K. 2015/10285 sayılı kararı, Y. 11. CD, 22.06.2016 tarih ve E. 2015/9667, K. 2016/5829 sayılı kararı, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr), erişim tarihi 20.06.2017.

türlerinin ilgili suç tipi altında düzenlenmesi gerektiği sonucuna bizi götürür. Şöyle ki örneğin TCK m. 81'de bir başkasını kasten öldüren kimsenin müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu suç tipi ile ilgili devamı maddelerde ise hangi durumda hangi kararın verileceği ise yazmamaktadır. Kanun koyucu bilinçli olarak, maddi ceza hukuku genel hükümlerdeki kuralların suç tipine işletilmesini ve ulaşılan sonuca göre ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine de uyarak sanık hakkında ilgili suç tipinde öngörülen cezanın, cezanın ağırlaştırılarak veya hafifletilerek verilmesini ya da sanık hakkında hiç ceza verilmemesini kabul etmiştir. Bu bakımdan CMK m. 223, genel bir düzenlemedir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı da bu kararlardan birisidir ve kanun koyucu hangi hallerde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebileceğini de belirtmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/4-d varken kanun koyucunun, hırsızlık, zimmet ve yağma suçları ile ilgili neden söz konusu düzenlemelere ihtiyaç duyduğu sorusu da akla gelebilir. Kanaatimizce, yağma ve zimmet suçlarındaki ilgili düzenlemeler sayesinde kanun koyucu, bu suçlarda suç konusu malın değeri az olsa bile failin yine de cezalandırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Zira suç konusu malın değerinin az olması, söz konusu hükümlerde sadece failin cezasında indirim yapılması sonucunu doğuran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Hırsızlık suçunda ise faile daha az ceza verilmesinin yanında hiç ceza verilmeyebileceğini kabul eden kanun koyucu, bu duruma da işaret etmek amacıyla faile hiç ceza verilmeyebileceğini de hüküm altına almıştır. Böyle bir durumda fail hakkında hangi yönde karar verileceği ise CMK'nın 223'üncü maddesinde yazmaktadır. Açıklanan bu gerekçelerden dolayı ilgili suç tipinde hüküm bulunmasa bile somut olayda hakim CMK'nın 223'üncü maddesinden hareket ederek fail hakkında yine de ceza verilmesine yer olmadığı kararı verebileceğini düşünmekteyiz.

## SONUÇ

5237 sayılı TCK'da suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin sadece zimmet, hırsızlık ve yağma suçları ile ilgili açık düzenleme bulunmaktadır. Suç konusu malın değerinin az olması, belirtilen bu suçlardan zimmet ve yağma suçlarında sadece failin daha az cezalandırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş iken; hırsızlık suçunda bunun yanında failin hiç cezalandırılmaması sonucunu da doğurabilmektedir. Suç konusu malın değerinin azlığı suç eşyasının satın alınması, mala zarar verme ve dolandırıcılık gibi suçlarda da

gündeme gelebilmesine rağmen, kanunumuzdaki düzenlemeler sadece başta belirtilen üç suç tipi ile sınırlıdır. Hakkında açık düzenleme bulunmayan suçlarda suç konusu malın değerinin azlığı, sadece temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulabilir. Zira söz konusu hükmün uygulanabilmesi için kanunda bu hususa ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gereklidir.

Suç konusu malın değerinin azlığı hırsızlık suçu ile bağlantılı olarak TCK m. 145'te şu şekilde düzenlenmiştir: *"Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulur, ceza vermektense vazgeçilebilir"*. Kanuni düzenlemede *"suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulur"* ibaresinin ceza vermektense vazgeçilebileceği ibaresinden önce yer alması nedeniyle, hakimin her halükarda cezada indirim yapacağı; suçun işlenme biçimi ve özelliklerini de göz önünde bulundurur ceza vermektense vazgeçebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarını bu düşünce doğrultusunda şekillendirmiştir. Oysa madde ile hakime failin cezasından indirim yapma veya faile hiç ceza vermeme yönünde karar verebilme olanağı getirilmiştir. Bu nedenle farklı uygulamaların ve görüş ayrılıklarının önüne geçmek için TCK'nın 145'inci madde düzenlemesinin, *"Suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulur, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir"* şeklinde olmasının daha doğru olacağı kanısındayız.

Yağma suçunda suç konusu malın değerinin azlığı bir indirim sebebi olabilmekte ve hakim indirim yapma yolunda tercihini kullanacaksa, bunun oranının ne olacağı TCK md. 150'de açıkça belirtilmiştir. Hırsızlık suçu açısından ise hakimin failin cezasından ne kadar indirim yapacağı belirtilmemiştir. Aynı müessesenin öngörüldüğü suçlar arasında farklı uygulamalara yer verilmemesi için; hakimin cezada indirim yapma yolunu tercih ettiği zaman, bunun oranının ne nispette olacağının kanunda belirlenmiş olması gereklidir.

Yağma ve hırsızlık suçlarındaki düzenlemelerin aksine; ne Bankacılık Kanununda ne de TCK'da düzenlenen zimmet suçları ile ilgili düzenlemelerde indirim yapma konusunda hakime herhangi bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu düzenlemeler gereğince zimmete geçirilen malın değerinin az olması durumunda hakim, failin cezasını indirmek zorundadır. Gerek benzer müesseseler arasında birliğin sağlanması

gerekse de hakime takdir yetkisinin tanınmasının daha doğru olacağı düşüncesi ile zimmet suçlarında da suç konusu malın değeri az ise yapılacak indirimin takdiri hale getirilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

Hırsızlık, yağma ve zimmet suçlarının teşebbüs aşamasında kalması halinde, eğer konu belirlenebiliyorsa ve konunun değeri de az ise değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabileceği görüşünderiz. Çünkü teşebbüs aşamasında kalmış hareket ile tamamlanmış hareket arasında haksızlık muhtevaları bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır.

5237 sayılı TCK sisteminde etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlık göstererek işlemiş olduğu fiilin oluşturduğu zararları gidermesi yönünde sergilemiş olduğu davranışları ifade eder. Kısmi bir ödemenin yapılması suretiyle etkin pişmanlık gösterilmiş ise de değer azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için ödmeden geriye kalan kısmın ekonomik değeri değil, suç konusunun toplam değeri göz önünde bulundurulmalıdır.

Zincirleme suçun söz konusu olduğu durumlarda bağımsızlığını koruyan birden fazla suç bulunduğu için zincirin halkasını oluşturan suçlardan birisinde malın değerinin az olması durumunda, değer azlığına ilişkin hüküm bu suç bakımından diğerlerinden bağımsız olarak uygulanabilmesi gerekir. Zincirin halkasını oluşturan suçların konularının toplamı üzerinden hareket etmek zincirleme suç düzenlemesine aykırılık teşkil eder.

Suç konusu malın değerinin az olması sadece hırsızlık suçu failinin hiç cezalandırılmaması sonucunu doğurabilir. Böyle bir durumda hakim, fail hakkında aklanma anlamına da gelen beraat kararı değil, CMK m. 223/3-d gereğince, ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermelidir. Yağma ve zimmet suçlarında ise sadece ceza indirimi söz konusu olduğu için fail hakkında yine de mahkumiyet kararı verilecektir. Son olarak CMK m. 223'teki hüküm türleri bütün suçlar için geçerli olduğu için “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” nedeniyle hakkında suç konusu malın değerinin azlığına ilişkin hüküm bulunmayan suçların failleri hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilir.

## KAYNAKLAR

- Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, TBMM Adalet Komisyonu İle Genel Kurulunda Türk Ceza Kanunu Tasarısının Maddeleri Üzerindeki Görüşmeler, Yayın yeri ve tarihi belirtilmemiştir.
- ARTUÇ, Mustafa; Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007.
- CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 3. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016.

- EKER, Hüseyin; Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- ERDEM Mustafa Ruhan; “Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>.
- HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, 2016.
- HOHMANN Olaf; Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, StGB 248a, Bd. 4, 2. Auflage, 2012.
- JUNGWIRTH, Anton; “Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert”, NJW, 1984.
- KINDHÄUSER, Urs; Strafgesetzbuch, StGB § 248a, 4. Auflage, Baden-Baden, 2013.
- KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KÖPRÜLÜ, Timuçin; “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 2007, sayı 71.
- KÜHL, Khristian, Lackner/Kühl StGB § 248a, 28. Auflage, München, 2014.
- MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2. cilt, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş; Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008.
- ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAĞIZ, Pınar; TEPE, İlker; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER/BOSCH; Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München, 2014.
- ÜZÜLMEZ, İlhan; “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, Erzincan Üniversitesi HFD, C.X, Yıl 2006, sayı 3-4.
- WITTIG Petra; Beck’sher Online Kommentar, StGB 248a, 34. Edition, München, 2017.
- YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ, Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YAZICIOĞLU, Yılmaz; “TCK md. 145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ Hırsızlık Suçunda ‘Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin’ Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması”, Ceza Hukuku Dergisi, yıl 6, sayı 15, Nisan 2011.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).
- [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr).

# KİŞİLİK HAKKI BAĞLAMINDA CESEDİN DEFNEDİLECEĞİ YERE KİM KARAR VERİR?

## WHO DECIDES WHERE THE CORPSE WILL BE BURIED IN THE CONTEXT OF PERSONAL RIGHT?

DOI : 10.21492/inuhfd.394289

Agâh Kürşat KARAUZ\*

### Özet

Ölmüş bir kimsenin defnedileceği yer hususunda kişinin ölümünden sonra zaman zaman yakınlarının ihtilafa düştükleri bilinmektedir. Bu sebeple, kişinin defnedileceği yere karar verme yetkisinin tespit etmeden önce bu meselenin bir kişilik hakkı meselesi olduğu belirtmek gerekir. Kişinin hayatta iken ölümünden sonra cesedi üzerinde tasarruflarda bulunma hakkı vardır. Bu konuda karar verme yetkisi öncelikle ölen kişindir. Her ne kadar ölüm ile birlikte kişilik sona ermiş olsa da, kişinin yaşarken defnedileceği yere ilişkin talepleri ve istekleri dikkate alınmalıdır. Bu sebeple, kişilik haklarının ölüm sonrasında korunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilke, kişinin açık veya örtülü talep ve isteklerini yerine getirmeyenlere karşı yakınlarına dava hakkı da tanımaktadır. Kişinin defnedileceği yere ilişkin açık veya varsayılan iradesi tespit edilemezse, bu durumda yakınlarının iradesine başvurulur. Ancak bu yakınlar arasında ihtilaf olduğunda kime öncelik tanınacağı tespit edilmelidir. Kişilik hakkı kapsamındaki tanınan bu yetkinin ölen kişinin yaşantısına uygun bir şekilde kullanılması gerekir. Buna göre, kişi hayatta iken aralarındaki ilişki ve duygu yoğunluğu dikkate alınmalıdır. Şüphesiz ki; kişinin eşi ve kan hısımları bu anlamda ilk akla gelenlerdir. Ancak bu yetkiyi aile hukuku anlamında aile kavramı sınırlandırmak doğru olmaz. Bu sebeple, kişinin ölümü anında aileden veya aileden olmayan taraflar ile kişi arasındaki ilişkinin dikkate alınması gerekir.

**Anahtar Sözcükler:** Kişilik hakkı, ceset, defin yeri, yakınlar, ölüm.

### Abstract

It is known that the relatives are sometimes in conflict about where the body will be buried. Thus, before identifying who is authorized to decide where to bury the body, we need to say that it is primarily a problem about the personal rights. A person has a right to dispose of his dead body while he is alive. The authorization about this issue primarily belongs to the person who dies. Even though the personality ends with the death, the will and the demands which a person express when he is alive should be considered. Thus, the principle of protection of the personal rights after death is accepted. This principle gives a chance to the relatives to bring a law suit against the ones who does not fulfill the will of the dead person. If the clear or default will of the dead person about where to bury his body can not be identified, the relatives should be consulted. However, in this case it needs to be identified who has priority when there is a conflict between the relatives. This authorization which is considered of personal right should be identified according to the

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,  
(E-mail: agahkursatkarauz@gmail.com)

Makale Gönderilme Tarihi: 13.02.2018

Makale Kabul Tarihi: 12.06.2018

life of the dead person. This means that the relation and the emotional density between the dead person and the others when he is alive should be considered. It is obvious that the spouse and the blood relatives come to mind first. However, it would not be correct to come to limit this authorization with the family which is defined in Family Law. Thus, it must be considered that the relations between the dead person and the people who are in the family or not in the family.

**Keywords:** Personal right, corpse, burial place, relatives, death.

## 1. HUKUKİ SORUN

Batman'ın Sason'a bağlı Örengil köyünde yaşayan Ermeni asıllı F.G. altmış yıl önce Müslüman olmuştur. Kendisi gibi Ermeni asıllı olan eşi F.G., evlendiğinde Müslüman olmasına rağmen, sonradan tekrar Hıristiyanlık dinini seçmiştir. Ailenin on bir çocuğundan yedisi Müslümanlığı, dördü Hıristiyanlığı kabul etmiştir. Müslüman çocuklar, cenazenin camiden ve İslami usullere göre kaldırılmasını istemiştir. Onlara göre F.G., ölene kadar bir Müslüman gibi yaşamış, oruç tutmuş, namaz kılmış, hatta hacca gitmek için Diyanet'e müracaat etmiştir. Hıristiyan çocukları ve eşi ise, cenazenin kiliseden kalkması gerektiğini, vefat edenin baskılardan dolayı dinini değiştirdiğini iddia etmişlerdir. Sonuç olarak, müteveffanın eşinin iradesine üstünlük tanınmış ve vefat eden Balıklı Ermeni mezarlığına gömülmüştür<sup>1</sup>. Bu durumda, ortaya çıkan sorun şudur: *Bir kimsenin ölmesi halinde defnedileceği yere kim karar verecektir?*

Bu konuyu sadece “*cesedin nereye defnedileceğine karar verme yetkisi*” bağlamında tartışmak aslında uygun olmayacaktır. Çünkü konu geniş perspektifte ceset üzerindeki tasarrufları da içermektedir. Örneğin ölen kişinin organ ve dokularının nakli veya ölen kişinin cesedinin gömülmek yerine bilimsel amaçla kullanılmasına karar verme yetkisi de bu kapsamda değerlendirilebilir. Özellikle diğer ülkelerde bu konu hakkında değerlendirmelere, sınırlı da olsa düzenlemelere ve hatta mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Bunun temelinde “*cesedin yakılması veya gömülmesi yetkisi*” tartışması yer almaktadır. Türk Hukuku açısından 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu m. 224 ve 225'te

---

<sup>1</sup> Bkz. <http://www.radikal.com.tr/turkiye/dini-islam-cenazesi-kilisede-1253206/>, e.t. 20.01.2018. Şahsının da şahit olduğu bir olayda, ölen kadının eşi ile kardeşleri, hastane morgunda cenazenin gömüleceği yer konusunda ihtilaf nedeniyle kavga etmişlerdir. Ölenin eşi, ikametgâhları dışında uzak bir yerde olan aile mezarlığının olduğu yere eşinin cenazesini defnetmek istemiştir. Ancak eşinin babası ve kardeşleri, hem vefat edenin ve eşinin ikametgâhı olan ve hem de kendi memleketleri olan şehre cenazenin defnedilmesini istemişlerdir. Ancak söz konusu ihtilaf, üçüncü kişilerin araya girmesi ile eşin isteği doğrultusunda çözülmüştür.



cesetlerin yakılmasına izin vermiştir<sup>2</sup>. İlgili kanunun 224. maddesi, ölümlerin yakılması için fırınlar yaptırma yetkisini belediyelere vermiştir. Ancak ülkemizde hiçbir belediye buna yanaşmamış ve bu sebeple krematoryum (ölü yakma yeri) bulunmamaktadır. Yani cesedinin yakılmasını isteyen kimse açısından hukuki değil fiili bir imkânsızlık söz konusudur. Ayrıca, ölüden organ ve doku nakli meselesi, hemen hemen tüm ülkeler açısından düzenlenmiş ve sınırları tespit edilmiştir. Bu yüzden, bu konuda bir boşluktan bahsedilemez. Oysa nereye defnedileceğine karar verme yetkisi konusunda herhangi bir hukuk kuralı veya örf-adet kuralı yoktur. Başka bir deyişle, hukuk boşluğu bulunmaktadır. Yine şunu da belirtmek gerekir ki; bu alan hukuk dışı bir alan olarak nitelendirilemez. Sonuç olarak; cesedin nereye gömüleceğine karar verme yetkisinin tespiti, ülkemizde sık karşılan bir problemdir. Ancak bu problemin çözümüne ilişkin doğrudan bir çalışma yapılmamıştır.

## 2. HUKUKİ ANLAMDA ÖLÜM

Hukuk düzeni çeşitli amaç ve bağlarla ölüm konusuyla doğrudan doğruya ilgilendirir. Türk Medeni Kanunu m. 28'e göre, kişilik ölümle sona erer<sup>3</sup>. Ayrıca, ceza hukukunda kişinin öldürülmesi yasaklanmıştır ve kişinin ölümünün tespiti önem taşır. Veya miras hukuku açısından mirasın terekesinin paylaşılabilmesi için ölüm olayı gerçekleşmelidir. Keza tedaviye son verme, evliliğin sona ermesi, organ nakli meselesi için de ölüm olayının belirlenmesi gerekir. Bu sebeple, hukuk düzeni tarafından yaşam ve ölüm arasındaki tespit edilmesi gerekir. Ölüm olayının ve anının belirlenmesi, tıp bilimi açısından olduğu kadar hukuk bilimi açısından da oldukça önemlidir. Ölüm ve ölü kavramlarını tanımlarken klinik, sosyal ve ahlaki değerlendirmeler doğrudan etkilidir<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Bu kanuna göre, bir kimsenin cesedinin yakılabilmesi için hayatta iken açıkça cesedin yakılmasını istediğini beyan eden yazılı bir vesika veya şifahen bu tür talebi olduğunu belirtilen en az üç kişinin yazılı beyanı aranır. Buna göre, kişinin bu konuda yazılı veya şifahi bir talebi yoksa yakınları bu konuda karar veremezler.

<sup>3</sup> Ölüm olayının tespitinde hukukun tam bir ölçü veremeyeceği; bu konuda tıp biliminin esaslarının dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, TUFAN: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2017, s. 24; OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016, s. 19; Ölüm olayının "hukuki olay mahiyetinde olduğu" hakkında bkz. AKİPEK Jale G./ AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ KARAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku Cilt I, İstanbul, 2016, s. 246.

<sup>4</sup> CLAUSING, Marilee: The Acceptance of Brain Death as a Legal Definition of Death in Illinois: In Re Haymer, DePaul Law Review, Vol. 33, 1, 1983, s. 211.

Yaşam ve ölüm arasında açık bir ayırım olduğu varmış gibi görülebilir. Ancak gerçekte bu ayırım bulanık bir düzlemedir. Geleneksel biyolojik anlayışlarda ölüm, bir bireyin nefes almasının kesilmesi veya kalbinin atmasının durmasıdır. Bununla birlikte, bu tür kardiyolo-solunum yetmezliği günümüz açısından yeterli bir ölüm anlayışı değildir. Tıbbî teknolojik gelişmeler sonucunda günümüzde bağımsız olarak solunum durmasına karşı; yapay solunumun yeniden başlatılması sağlanmaktadır. Bunun sonucunda, bir zamanlar ölü olarak görülen, nefes almayan ve /veya kalbi artık atmayan biri yeniden canlandırılabilir. Bu sebeple, kardiyolo-solunum yetmezliği artık ölümü tespit için yeterli bir ölçüt değildir<sup>5</sup>.

Teknolojik gelişmeler sonucunda, bir kişinin bilinçli haline dönme ihtimalini ortadan kaldıran büyük çaplı beyin hasarının yaşanmasına rağmen, geleneksel kriterler<sup>6</sup> dikkate alındığında kişi destek cihazlarına bağlı olarak solunuma devam ettiği için yaşamaya devam edebilir. İşte bu teknolojik gelişmelerin ölüm teşhisinde yarattığı zorluk ve beyin aktivitesindeki tıbbî ilerlemeler ile birlikte, tıbbî açıdan ölüm=beyin ölümü olarak anlaşılmasına neden olmuştur. Ancak maalesef, hukuk camiası, ölümün belirleyicisi olarak beyin ölümü kabulünde tıp camiasının gerisinde kalmıştır. Böylece bazı ülkelerde, herhangi bir serebral işlevi olmayan bir kişi tıbben ölü olmasına rağmen, hukuken kişi olarak kabul edilmeye devam edilmiştir<sup>7</sup>.

Türk Hukuku açısından, tıbbî ölümün gerçekleştiğine, 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu m. 11'e göre, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilmesi gerekir. Ayrıca 2238 sayılı kanuna dayanılarak hazırlanan Organ ve Doku Yönetmeliği Ek-1'de, hukuki anlamda ölüm, beyin ölümü olarak kabul edilmiştir. Bu

<sup>5</sup> CLAUSING, s. 211; SARBEY, Ben: Definitions of Death: Brain Death And What Matters In A Person, Journal of Law and the Biosciences, Vol. 3, Issue 3, 2016, s. 743,744.

<sup>6</sup> Ölümün geleneksel hukuki tanımlaması, bir kişinin kalp ve solunum sistemlerinin çalışmaması ve geri döndürülememesi anlamına gelmektedir. Bugün hala bu anlayış Japon, Çin, Hindistan, -Avrupa'da bu anlayışa sahip tek ülke- Danimarka, Yahudi Hukukunda hâkimdir. Bu anlayışa göre beyin ölümü ölüm olayını tayinde tek başına yeterli değildir. Bkz. STEINBERG, Avraham: Organ Transplantation and Definition of the Moment of Death–Jewish Perspectives., 2012; www.hods.org; e.t. 01.06.2018.

<sup>7</sup> WALLACE, Henry: Deadly serious – The Definition Of Death in New Zealand, The New Zealand Medical Student Journal Issue 21, 2015, s. 24; SARBEY, s. 746 vd.

düzenlemeye göre, beyin ölümü klinik bir tanı olup, tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı anlamına gelir. Hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır<sup>8</sup>. Sonuç olarak beyin

<sup>8</sup> “Yargıtay'a göre ise ölümün gerçekleşmesi için bütün organların işlevlerini yitirmiş olması gerekir. Yargıtay I. Ceza Dairesinin 11.8.1972 tarihli kararına göre "ölüm anı bütün organlarının durduğu andır." Bkz. ÖZEL, Çağlar: Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFĐ, Cilt: 51, 2002, s. 53. Beyin ölümü gerçekleşen kimse hakkında, hekimin tıbbi desteği yavaşılatması veya kesmesine yönelik herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır. Bkz. HAKERİ, Hakan: Beyin Ölümü ve Hukuk, Medimagazin Sağlık Çalışmalarının Gazetesi, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-beyin-olumu-ve-hukuk-72-64-2175.html>; e.t. 26.01.2018. **ABD Hukukunda**, Uniform Determination of Death Act 26-34-2'e göre, ölümü tanımlamak için beyin ölümü görüşü ile klasik kardiyosolunum tanımı birlikte kullanılır: “ (1) dolaşım ve solunum fonksiyonlarının geri dönüşsüz kaybı veya (2) tüm beyin fonksiyonlarının beyin sapı da dahil geri dönüşsüz kaybı halinde, kişi ölü. Ölüm kararı, kabul edilmiş tıbbi standartlara uygun olarak yapılmalıdır. " Son zamanlarda, bu tanımsal ikilemi gidermek için, Illinois Temyiz Mahkemesi kararında In re Haymer'de hukuki anlamda ölüm için, beyin ölümünü kabul etti. "Bu karar yalnızca Birinci Bölgede bağlayıcı olmasına rağmen, yine de diğer Illinois mahkemeleri açısından destekleyicidir". Bkz. CLAUSING, s. 210 vd. **İngiltere**'de hem klinik hem hukuki algı beyin sapı ölümü üzerinde yoğunlaşmaktadır. Beyin kökü ölümü (BSD), İngiltere'deki mahkemeler tarafından hukuki ölüm şekli olarak kabul edilir. ReA (1992) v. Med.L.R davasında beyin ölümü hukuki anlamda ölüm olarak kabul edilmiştir. Söz konusu davada, genç bir erkeğin kafa yaralanması ile hastaneye götürülmesi sonucunda kazazede makineye bağlandı ancak daha sonra beyin sapının ölü olduğu belirtildi. Ailesi, kendi uzmanlarının gerçekleşecek hukuki işlemler için bedeninin incelemesini sağlamak amacıyla gencin yaşam destek ünitesinde tutulmasını istedi. Ancak doktorlar tarafından makine ile bağlantısı kesildi. Bu olay üzerine, mahkeme çocuğun hukuki olarak öldüğünü ve doktorların çocuğun bağlantısını keserek hukuka aykırı davrandıklarını iddiasını reddetti. Beyin sapı ölümünün hukuki olarak ölüm kabul edilmesi, daha sonra Airedale'daki Lordlar Kamarası tarafından onaylandı. NHS Trust v Bland [1993] 1 Hillsborough felâketinde şiddetli beyin hasarına maruz kalan genç bir adam-Anthony Bland'a ilişkin olayda, Lord Keith, "Tıp dünyasının ve kanunların gözünde beyin sapının işlevini sürdürdüğü sürece bir kişi klinik olarak ölü değildir" demiştir. Bkz. KERRİDGE, IH/ SAUL, P/ LOWE, M/ McPHEE, J/ WILLIAMS, D.: Death, Dying And Donation: Organ Transplantation And The Diagnosis Of Death, Journal of Medical Ethics 2002, 28, s. 92. **Alman Hukukunda**, Alman Tıp Birliği 1982 yılında, ölümü (Bundesärztekammer – BÄK), üst beyin, küçük beyin ve beyin sapının işlevlerinin toplam fonksiyonlarını geri döndürülemez şekilde kaybedilmesi olarak tanımlayan karar yayınlamıştır. Bu karar, Alman Organ Nakli Kanuna (Transplantationsgesetz, TPG) da girmiştir. Bu kanunun § 3 Abs. 2 Nr.'a göre, Alman Tıp Birliği, tıp bilimi hakkındaki kılavuz ilkeler doğrultusunda beyin ölümünü (Der Hirntod) hukuki anlamda ölüm olarak kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KACZYNSKI, Anika: Rechtliche Regelung der Organspende in Deutschland: Kritische.

ölümü gerçekleşmiş kimse hukuki anlamda ölü olarak kabul edilmektedir, artık kişilik sona erer ve bedeni ceset olarak kabul edilir<sup>9</sup>.

### 3. CESET ÜZERİNDEKİ KİŞİLİK HAKLARI

Mezar bir insanın ölümlü kalıntılarının yani cesedinin son dinlenme yeridir<sup>10</sup>. Cenazelerin ortadan kaldırılmasına ilişkin yasal düzenlemelerin yanı sıra birçok dini kurallar da mevcuttur. Ölüm tecrübesi tüm insanlar için evrenseldir, ceset imhasına ilişkin uygulamalar hemen hemen toplumun kendi kültürünün bir parçasıdır.

TMK m. 28 kapsamında, ölüm kişiliği sona erdirmektedir. Ancak ölüm sonrası kişiliğin korunması, kişisel özgürlük anlamında tanınması gerekir. Bir kişinin hayatı süresince, kendi ölümü sonrasında gelecekte cesedinin akıbetini belirlemek ve yetkisiz müdahalelerin engellemesini isteme hakkına sahiptir<sup>11</sup>. "Ceset" terimi, bir insanın ölümlü kalıntılarını

---

Bestandsaufnahme des Transplantationsgesetzes und mögliche Reformvorschläge, Hamburg, 2011, s. 22 vd. **İsviçre Hukukunda**, Aralık 2003'te yürürlüğe giren İsviçre Transplantasyon Kanunu (Transplantationsgesetz), bir kişinin ölümü olarak "beyin sapı da dahil beyninin işlevlerinin geri döndürülemez yitirilmesi" olarak Madde 9, Abs. 1'de tanımlanmaktadır.

<sup>9</sup> Türk Hukukunda beyin ölümünün gerçekleşmesi ile hukuki anlamda kişiliğin sona erdiği hakkında bkz. DURAL/ ÖĞÜZ, s. 24; OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 19; ATAMER Yeşim: Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar, MHB, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 19, 2011, s. 133 vd.

<sup>10</sup> Şüphesiz ki; defnedilecek yerin öncelikle mezarlık vasfı taşıması ve idare tarafından ölümlerin defnedilmesine tahsis edilmesi gerekir. Bu konu çalışmamızın dışında olduğu için değinilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TOKAT, Hüseyin: Türk Hukukunda Mezarlıklar, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2016, s. 159.

<sup>11</sup> İsviçre Hukukunda post-mortal yani ölüm sonrası kişiliğin korunması ilkesi reddedilmektedir. Bunun yerine İsviçre Mahkemeleri tarafından kabul edilen görüş, hatıraları koruma doktrindir. Buna göre, kimse ölen kişinin adının bir temsilcisi olarak dava açamaz. Ancak, yakın aile üyeleri bu amaçla en az bir yakın akraba veya arkadaş itibar koruyarak bizzat kendi adlarına dava açabilirler. MAURER, Susan/ KERSTING, Daniel: Ist der Leichnam eine Sache?, Jusletter, 2011, 29.8, s. 9. (Kararlar İçin Bkz. BGE 109 II 353 B 4a, sayfa 359, BGE 104 II 225, E. 5b, sayfa 234 ff; BGE 101, II, 177, E. 5a, 190 ff; BGE 70 II 127, E. 2). Alman Hukukunda ölüm sonrası kişiliğin korunması Mephisto davasında kabul edilmiştir. (BGHZ 50, 133 ff ..) İsviçre doktrininde, OTTO/GRIEDER, hatıraların korunması doktrinini ölenin kişiliğinin korunması için yetersiz olduğunu iddia etmiştir. Bir yakının kendisinin ölenin kişiliğine müdahale etmesi halinde, kendi kişiliği etkilenir ve bu sonucunda taraflar arasında çıkar çatışması oluşmaktadır. Ayrıca, ölenin akrabası yoksa ya da bir şey yapmak istemedikleri takdirde hatıraların korunması doktrinini yine başarısız olur. Son olarak, bu doktrine göre, ölenin kişiliğini dolaylı koruma yeterli koruma sağlamaz. Ölen kimsenin düşünceleri ve dünya görüşleri aynı olmayabilir. Ölümünden sonra kişiliğin korunmasına ilişkin ilkeye göre bile, insanın ölümle birlikte yasal olarak kişiliği sona erer. Eleştiri için bkz. OTT,

tanımlamak için kullanılır. Önceden yaşayan kişinin kendi kaderini tayin hakkı, hayatta kalan kurtulanların haklarının önünde gelmektedir. Ancak şüphesiz ki, ölenin sözlü veya yazılı ölüme bağlı tasarrufu yoksa yakınların talepleri dikkate alınacaktır<sup>12</sup>. Mesela ölümden sonra doktorun hastası hakkındaki dosyada yer alan tıbbi bilgilerin korunmasına ilişkin sır saklama yükümlülüğü devam eder<sup>13</sup>.

Ölümünden sonrası kişinin kendi cesedi üzerinde taleplerinin yerine getirilmesinin hukuki dayanağı mülkiyet hakkı değildir. Yaşayan bir insanoğlunun bedeni ve onunla sıkı sıkıya bağlı kısımlar, şahıs varlığına ait olup, eşya niteliğinde değildir. Dahası, ceset miras hukukunun konusu da değildir, çünkü bir kişinin vücudu, mirasçılara intikal eden varlıklar arasında kabul edilemez. Varoluşu başka kişi ile ilişki gerektirdiğinden aile hukukuna da ait olamaz. Bu sebeple kişinin yaşarken, öldükten sonra vücudu ile ilgili tasarruflarda bulunmasının (gömülme şekli, töreni, yeri gibi) kaynağı kişilik haklarından çıkar<sup>14</sup>.

Ölüm ile birlikte kişinin hak sahipliği ve kişilik hakkı sona erdiği için ölenin kararlarının ve beyanlarının neye dayanarak yerine getirilmesi gerektiği ve bunların takip edileceği tespit edilmelidir. Bu bağlamda, çoğu hukuk sistemlerinde organların nakline ve cenaze defnine ilişkin mevzuat kullanılabilir. Mesela, bazı hukuk sistemlerinde mezarın türünün vefat edenin iradesi ile belirlendiği düzenlemeler bulunmaktadır<sup>15</sup>. Yine otopsi

---

Walter/ GLİDER, Thomas: Plädoyer für den Postmortalen Persönlichkeitsschutz, AJP 2001, s. 628.

<sup>12</sup> ÖZBİLEN, Arif Barış: İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, 2011, s. 38 vd.

<sup>13</sup> İsviçre Hukukunda ölüm sonrası –postmortal- korumayı sadece organ nakli kanunu ile (Transplantationsgesetzes) değil, aynı zamanda **Fikri Mülkiyet Hakları Kanunu (Urheberrechts)** ile de korumaktadır. Avusturya ve Almanya'da bugün, var olan kişiliğin haklarının ölümden sonra da devam ettiği bilinmektedir. Bkz. OTT/GRIEDER, s. 630; MAURER/ KERSTING, s. 9. Bu koruma, Avusturya hukuk sistemine de yabancı değildir: kişinin ölümünden sonra fikri haklarının korunmasına ilişkin § 77 UrhG düzenlenmesi bulunmaktadır. Yine bir kimsenin yaşarken § 62a KAKuG'e göre, ölüsüne otopsi yapılmasını yasaklama hakkına sahiptir. Bkz. MAYER, Elisabeth: Der Umgang mit der Leiche, Dissertation an der juristischen Fakultät der Universität Wien, 2010, s. 33.

<sup>14</sup> MAURER/ KERSTING, s. 9; MAYER, s. 32.

<sup>15</sup> **Avusturya Hukukundaki düzenlemeler** için bkz. § 20 Abs 2 bgl Leichen- und BestattungswesenG; § 12 Abs 2 nö BestattungsgG; § 17 Abs 2 oö LeichenbestattungsgG; § 15 Abs 1 sbg Leichen- und BestattungsgG; § 17 Abs 1 stmk LeichenbestattungsgG; § 3 Abs 2 vbg BestattungsgG; § 28 Abs 2 wr Leichen- und BestattungsgG. 137 § 10 Abs 3 ktn BestattungsgG; § 31 Abs 2 GemeindesaniättsdienstG. **Alman Hukukundaki düzenlemeler** için bkz. Hessen Friedhofs- und Bestattungsgesetz (FBG) § 14 Abs. 1;

yapılıp yapılamayacağı konusunda, vefat edenin iradesinin dikkate alınacağı düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu hükümlerden ölenlerin iradesinin esas önemli olduğu söylenebilir. Bu görüş, post-mortal (ölüm sonrası) kişilik hakkı doktrinine dayanır. Bu düzenlemeler, kişilik haklarını korumanın ölümle sonuçlanmadığı gösterir. Bu nedenle, ölenin sadece bir emir verme hakkı yoktur; ayrıca bu emir takip edilmelidir. Ölenin bu talepleri yerine getirilmediğinde bu yerine getirme görevini başkaları devralmalıdır. Örneğin vasiyeti yerine getirme görevlisi veya temsilcisi, ölen kişinin talebini yerine getirmelidir<sup>16</sup>.

Ölüm sonrası kişilik haklarının söz konusu olamayacağına ilişkin görüşlerin dayanağı, TMK m. 28 (ZGB Art. 31/1) olarak gösterilmektedir. Ancak bu görüş ikna edici nitelikte değildir. Ölünün cesedini, yakınlarının hatıralarından bağımsız olarak ölüm sonrası bir kişisel hak aracılığıyla hukuki koruma altına almak, onu metafizik veya dini bir takım boyutlarda canlı olarak kabul edip bir kişilik sahibi olarak tanımlanacağı anlamına gelmez<sup>17</sup>. Ölüm sonrası kişiliğin tanınması, cesedin doğrudan korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle ceset üzerinde yaşayan kişilerin özerkliği ve irade serbestisi ile değil, vefat edenin yakınlarından bağımsız gerçek değerleri, hisleri veya sözleşmeleri ile sınırlı olarak tasarrufta bulunulur<sup>18</sup>.

Bununla birlikte, ölüm sonrası kişilik haklarının tanınması kavramının zayıf noktaları da bulunmaktadır. Şöyle ki; kişilik haklarının sınırlandırılmasının tanımlanmasında, belirsiz bir kişilik hakları varsayımı gerçekçi değildir. Öte yandan, TMK m. 28'in (ZGB Art. 31/1) aşırı dar ifadesi ve son olarak da doğru hak sahibinin tanımında sorunlar bulunmaktadır. Burada korunan ölü bir kişi yani ceset değildir. Daha önceden yaşayan bir kimsenin kişiliği ve sağ kalanların ölenin yakını olarak onunla ilgili hatıralarının korunması ile ilgili menfaatleridir. Ölüm sonrası kişilik haklarının korunması, ekonomik hakların korunmasını sağlamaz. Bu durumda, kişinin görüntüleri, sesleri gibi ölümle birlikte devam eden menfaatleri ölüm sonrası kişilik haklarının korunması kapsamında kabul edilmez, ancak üçüncü kişilerin kullanımına da açılmaz. Bu menfaatler, mirasçılara geçer. Miras hukukunun

---

Bestattungsgesetz § 32 Abs 1; Nordrhein-Westfalen BestG NRW § 12 Abs 1; Saarland BestattG § 27 Abs. 2; Rheinland-Pfalz Bestattungsgesetz § 8 Abs 4.

<sup>16</sup> MAYER, s. 33.

<sup>17</sup> MAURER/ KERSTING, s. 10; BÜCHLER, Andrea: Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern: Zur Dialektik von Ich und Mein, Archiv für die civilistische Praxis, 2006, s. 340; ÖZBİLEN, s. 39.

<sup>18</sup> MAURER/ KERSTING, s. 10; BÜCHLER, s. 341; ÖZBİLEN, s. 39.

amaçlarından birisi de ölenin menfaatleri ve iradesini vermektir<sup>19</sup>. Hem Türk hem İsviçre Hukukunda cesedin kaderi ile ilgili vasiyetname yapma imkânı sadece tanınmış olmakla kalmayıp, aynı zamanda kanunla da düzenlenmiştir<sup>20</sup>.

Ölenin yakınlarının ceset üzerindeki tasarrufları, vefat edenin varsayılan iradesi ile de sınırlıdır. Ölümünden sonra kişinin kişilik hakkı devam ettiği için, açıklanamayan ancak tespit edilebilir iradesi de dikkate alınmalıdır. Ancak, ölen kişinin iradesi önceki ifadelerden, beyanlarından ya da koşullardan tayin edilemezse, yakınları ceset ile ilgili karar vermekle özgürdürler. Ancak bu yetki yine ölenin kişilik hakkından bağımsız değildir. Örneğin yaşamında dindar olarak bilinen bir kimsenin inandığı dine veya inanca aykırı bir ritüelle cesedin yakılmasına karar verilmesi uygun olmayacaktır<sup>21</sup>.

Ölüm sonrası kişilik haklarının korunması gerektiği ceza hukukunda da düzenlenmiştir. Ceza hukukunda, kişinin hatırasına hakaret suçunda, korunan hukuki değer, ölenin kişilik haklarıdır. Ölenin "*Şerefi*" terimi, bu maddenin, ölenlerin şereflerini korumakla ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Ölen kişi hukuki olarak hak sahibi değildir ve bu nedenle şeref sahibi olamaz. Bununla birlikte, şerefinin post-mortal kişilik hakları bağlamında devam ettiği kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

#### 4. KİŞİNİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUF İLE DEFİN YERİNİ TAYİN ETMESİ

Ölüme bağlı tasarruf deyince, miras bırakanın mirasçılara geçen malvarlıkları ile ilgili ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğuracak tasarruflar anlaşılır<sup>23</sup>. Ancak ölüme bağlı tasarrufların mutlaka tereke yani murisin malvarlığına ilişkin olmasına gerek yoktur. Bir kimsenin ölüme

<sup>19</sup> BÜCHLER, s. 340 vd.

<sup>20</sup> Türk Hukukundaki düzenlemeler: 2238 sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun (Ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası) m. 14; 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu (Ölünün Yakılmasına İlişkin) m. 224-225.

<sup>21</sup> MAYER, s. 43.

<sup>22</sup> MAYER, s. 68. Türk Hukukunda da ölenin devam eden kişilik haklarının korunduğu hakkında bkz. KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 462

<sup>23</sup> Hem Türk Medeni Kanununda hem de doktrinde miras ve tereke kavramının birbiri ile eş anlamlı şekilde kullandığı ancak her iki kavramın birbirinden farklı olduğu ileri sürülmüştür. "Tereke" kavramı içerisine mirasbırakanın sadece malvarlığı ile ilgili değerleri girerken, "miras" kavramı içerisine mirasçılara intikal tüm yetkiler ve değerler girmektedir. Bu noktada "miras" kavramı, "tereke" kavramından daha geniştir. Bkz. AYİTER Nuşin / KILIÇOĞLU Ahmet M., Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1991, s. 37.

bağlı tasarruf ile aile veya kişiler hukukuna ilişkin birtakım işlemlerin yerine getirilmesini talep edebilir<sup>24</sup>. Örneğin bir kimse ölüme bağlı tasarruf ile kendisi öldükten sonra çocuklarının gidecekleri okula veya seçecekleri mesleğe ilişkin bir tasarrufta bulunabilir. Bu tür tasarrufların parasal değeri olduğu söylenemez<sup>25</sup>.

Şüphesiz ki; ölüme bağlı tasarruf ile kişinin ölümünden sonra kendi defin yeri ile ilgili tasarruflarda bulunması da mümkündür. Bir kimse cenaze töreninin şekli, cenaze töreninde gelenlere verilecek yemekler, mezar taşına yazılacak yazı, defnedileceği yer hakkında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Kişinin organlarının bağışlanması veya cesedinin bilimsel amaçlı olarak kullanılmasına ilişkin tasarrufların hepsi ölüme bağlı tasarrufa konu edilebilir. Ancak bu tür tasarruflar kişilik hakkına ilişkindir. Bu sebeple, bu tür tasarrufların ölüme bağlı tasarrufların içine hapsedilmesi uygun olmayacaktır<sup>26</sup>. Başka bir deyişle, ölüme bağlı tasarrufların katı şekilciliği yani sadece vasiyetname veya miras sözleşmesi ile kişinin defin yerini belirleyebilmesi aksi takdirde bu tür tasarrufların iptal edilebilir olduğu kabul edilemeyecektir. Kişinin ölümün sonrasında devam edecek post-mortal (ölüm sonrası) kişiliğin korunması yerine getirilmesi gereken bu taleplerin muhakkak ölüme bağlı tasarrufla ve kanunun öngördüğü şekil şartı ile belirlenmesi gerekmez. Çünkü kişinin öldükten sonra cesedinin akıbetini tayin etmesi, cenaze merasimi ile ilgili istekleri kişilik haklarına ilişkindir<sup>27</sup>. Bu sebeple, kişinin ölümünden sonra bile bu isteklerinin karşılanması gerekir. Bu istekler, miras hukuku alanına ait olmayıp, kişiler hukukuna aittir. Bu sebeple, kişiler hukukuna ilişkin TMK m. 25 yer alan saldırıyı önleme, saldırıya son verme ve hukuka aykırılığın tespiti davaları ile korunur<sup>28</sup>. Miras hukukuna ilişkin öngörülen davalar ise miras sebebiyle istihkak, tenkis, mirasın reddi müessesleri malvarlığına yani terekeye ilişkin davalardır.

<sup>24</sup> İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2015, s. 58; SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkyay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 286.

<sup>25</sup> SEROZAN, Rona: Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Miras Bırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Haklar, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 315.

<sup>26</sup> SEROZAN/ENGİN, s. 287.

<sup>27</sup> Kişinin ölümünden sonraki dileklerinin parasal açıdan yakınlarla ağır yükümlülükler içermesi halinde örneğin ünlü bir heykeltıraşa mezarın yaptırılmasının talep edilmesi halinde bu dileğin artık "yükleme" olarak değerlendirilip ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılması gerekir. SEROZAN/ENGİN, s. 287.

<sup>28</sup> PETEK, Hasan: Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, Ankara, 2015, s. 308 vd.; SEROZAN, s. 315.



## 5. KİŞİNİN HAYATTA İKEN DEFİN YERİNİ BELİRLEMESİ ŞEKİL ŞARTINA TABİ DEĞİLDİR

Bir kimsenin hayatta iken, öldüğünde kendi cesedi ile ilgili talepleri bulunması halinde, bu talepler açısından herhangi bir şekil şartı zorunluluğu yoktur. Bununla birlikte, ispat açısından bir kimsenin cesedi üzerindeki isteklerini ölüme bağlı tasarruf ile açıklaması daha uygun olacaktır. Ölen kişinin ilan edilmiş bir iradesi yoksa dini inançları (örneğin dindarlığı veya dinsizliği) ve postmortem (ölüm sonrası) kişilik hakları nedeniyle, onun hayattaki davranışlarından yola çıkılarak varsayılan iradesine göre hareket edilmesi gerekir. Kişinin varsayılan iradesinin tespiti için ölenin daha önceki ifadeleri, davranışları veya tanık ifadeleri dikkate alınmalıdır<sup>29</sup>. Sonuç olarak denilebilir ki; kişinin hayatta iken defin yeri veya cenaze töreni ile ilgili istekleri herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Kişi bu konudaki iradesini yazılı ve sözlü olarak belirleyebilir. Ayrıca kişinin açıkça irade beyanında bulunmasına da gerek yoktur, kişinin hayatta iken davranışlardan veya tutumlarından çıkarılabilen varsayılan iradesi tespit ediliyorsa, bunlar dikkate alınmalıdır. Örneğin, kişi sağlığında yakın akrabasının defnedildiği yere itiraz etmiş veya memleketine defin edilmek istemediğini ve ikamet ettikleri şehirdeki mezarlığa defnedilmenin daha mantıklı olacağını söylemiş ise, artık bu düşünceleri dikkate alınmalıdır.

## 6. DEFNEDİLECEĞİ YERE İLİŞKİN TALEBİ YERİNE GETİRECEK KİMSELER

Kişinin ölümünden sonra kişilik haklarının korunmasını kabul etmek, tek başına sorunu çözer nitelikte değildir. Ölüm olayı ile birlikte kişilik sona ereceği için ölen kişinin haklarını kimin kullanacağını da belirlenmesi gerekecektir. Kişi hayatta iken ölümünden sonra bu haklarını koruması için bir kimseyi yetkilendirme hakkına sahiptir<sup>30</sup>. Bu yetkilendirme işi de, defin yeri belirlemekte olduğu gibi, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Yani bir kişi ölmeden önce kendisinin defnedilmesi istediği yer ile ilgili olarak bir akrabasını veya arkadaşını yetkilendirmiş olabilir. Ancak kişi hayatta iken bu taleplerini bir vasiyetname ile düzenlemiş ve vasiyeti yerine getirme görevlisi de atamış olabilir. Bu durumda yetkili vasiyeti yerine getirme görevlisidir<sup>31</sup>. İşte kişinin kendi

<sup>29</sup> MAYER, s. 33; MAURER/ KERSTING, s. 10.

<sup>30</sup> OTT/ GRIEDER, s. 629. Yazara göre, ZGB Art. 392 (TMK M. 426) düzenlenen temsil kayyımlığı hükümleri kıyasen kişilik haklarının korunması için de tanınmalıdır. Bkz. OTT/GRIEDER, s. 629.

<sup>31</sup> CONWAY, Heather: The Law and the Dead, London, 2016, s. 93; KOCAAĞA, Köksal: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Ankara, 2006, s. 40.

iradesi ile belirlediği bu yetkili kimseler, vefat edenin yakınlarından öncelikli konumdadır. Ayrıca bir kimse örneğin cenazesinde misafirlere verilecek ikramlar konusunda başka bir kimseyi, adına bir kimseye yardım edilmesi konusunda başka kimseyi, kendisinin istediği şehre gömülmesi konusunda başka bir kimseyi yetkilendirmesi mümkündür. Bu istekleri yerine getirme konusunda yetkilendirilen kimseler kendi istekleri doğrultusunda değil, ölenin iradesi ve istekleri doğrultusunda hareket etmeleri gerekir.

Talepleri yerine getirme konusunda açık veya örtülü herhangi bir şekilde yetkilendirme yapılmamışsa, bu durumda istekleri yerine getirmekle yükümlü kimseler yakınlardır. Bu durumda yakınların konumu ikincil nitelikte olup sadece yetkilendirme olmaması halinde kullanılır<sup>32</sup>. Akraba kavramından farklı olarak yakınlar, kişinin vefat etmesinden önce sıkı ilişki içerisinde olduğu kimselerdir<sup>33</sup>. Aile hukuku anlamında hısımlık kavramından farklı bir içeriğe sahiptir. Yine bu kavram, miras hukukundaki mirasçılar sıfatından da farklıdır. Yakınlık kavramını, kişinin yasal veya atanmış mirasçıları sınırlandırmak doğru olmayacaktır. Bu nedenle, hayata iken beraber yaşadığı eşi, hayat arkadaşı, çocukları, anne babası, torunları, kardeşleri veya diğer akrabaları bu kapsamda kabul edilir. Yetkilendirilmiş kişinin ölenin kişilik haklarını bizzat ihlal etmesi halinde veya ihlal edilmesine ses çıkarmaması halinde, yakınların her birinin dava açma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir<sup>34</sup>. Yine yetkilendirme olmadığı için eş tarafından defin yerine ilişkin talep yerine getirilirken bir ihlal gerçekleşmesi durumunda, diğer yakınların dava yoluyla müdahale etmesi de mümkündür.

## 7. KİŞİNİN İRADESİNDEN TESPİT EDİLEMİYORSA DEFNEDEBİLECEĞİ YERİ KİM BELİRLER?

Kişi hayatta iken açık veya örtülü olarak defin edileceği yere ilişkin herhangi bir irade beyanında bulunmamışsa veya varsayılan iradesinden herhangi bir tespit yapılamıyorsa, bu durumda cesedin nereye defnedileceği konusunda karar verecek kişiyi tespit etmek gerekir.

<sup>32</sup> MAURER/ KERSTING, s. 10; PETEK, s. 125.

<sup>33</sup> Birleşik Krallık Hukukunda, 2008 tarihli Kremasyon Talimatnamesi (The Cremation (England and Wales) Regulations 2008) m. 15'te yakın akraba kavramı tanımlanmış olup, bu kavram aile kavramından farklı bir içeriğe sahiptir. Bu düzenlemeye göre "yakın akraba", ölenin dul kadın veya erkek eşi ya da ölenin hayatta kalan hayat partneri, ölen kişinin ebeveyni veya çocuğu, ya da genellikle ölen kişiyle ikamet eden diğer akrabaları veya ölü doğan bebeğin ebeveynidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CONWAY, s. 71.

<sup>34</sup> PETEK, s. 125,126.

Öncelikle belirleme yetkisine sahip yakınlar, genellikle aile ve akrabalarıdır. Günümüzde, “aile” kavramı yasal olarak belirlenmiş olup, etik ve kültürel farklılıklara tabidir. Hukuki olarak, bir aile grubu yalnız evlilik ile akraba veya yakınlığa dayanabilir; ancak kan ilişkisi veya hukuk düzeni tarafından tanınmayan evlilik ilişkisi olmaksızın de facto ilişkiler olabilir. Aile sınıflandırmaları, psikolojik, sosyolojik ve antropolojik grup sınıflandırmalarına göre daha dar ve katı olma eğilimindedirler<sup>35</sup>. Günümüzde anne, baba ve çocuklardan oluşan geleneksel çekirdek aile yapısına meydan okuyan birliktelikler yakınlık kavramını da etkilemektedir. Bu anlamda kişilik hakkı kapsamında yakın kavramı, aile veya mirasçı sıfatının ötesindedir<sup>36</sup>. Amerika’da görülen bir davada, merhumun annesi ve kardeşi, merhumun Ortodoks Yahudi inancına göre cenaze töreni ve ardından gömmek için ceset üzerinde hâkimiyet kurdular. Buna, merhumun beş yıllık hayat ortağı tarafından karşı çıkılmış; herhangi bir kayıt olmamasına rağmen kişinin yakılmak istediği belirtilmiştir. Mahkeme, ikisi arasında var olan yakın, eş-benzeri ilişkiyi kabul etmiş ve hayat arkadaşının ölenin taleplerinin temsilcisi olduğunu tanımıştır<sup>37</sup>.

Genellikle bir kişinin ölümünden sonra defin yerinin tespiti yakınlar arasında tartışmasız bir şekilde belirlenir<sup>38</sup>. Ancak bazı durumlarda yakınlar arasında cenazenin nereye defnedileceğinin tespiti uyuşmazlıklara ve hatta tartışmalara neden olabilir. Bu durumda hangi yakının iradesinin diğer yakınların iradesinden üstün olduğunun tespit edilmesi gereklidir. Türk Hukukunda, mezarlıklar ve ölümlerin defnine ilişkin hükümler içeren 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nda ve Mezarlık Yerlerinin İnşası İle Cenaze Nakil Ve Defin İşlemleri Hakkında

<sup>35</sup> SLABBERT, Magda: Burial Or Cremation – Who Decides?, De Jure (Pretoria), vol. 49, n. 2, Pretoria 2016, s. 236.

<sup>36</sup> SMOLENSKY, Kirsten Rabe: Rights Of The Dead, Hofstra Law Review, Vol. 37, 2006, s. 784; SLABBERT, s. 236.

<sup>37</sup> Bkz. Stewart v. Schwartz Brother-Jeffers Memorial Chapel Davası, 606 N.Y.S.2d 965,966 (Sup. Ct. 1993). Yine Amerika’da, Betty Brannam v Edward Robeson davasında, ölen kimse hayatta iken cesedinin yakılması konusunda temsilci beraber yaşadığı ve üç çocuğunun annesini olan hayat ortağını yetkilendirmiştir. Hayat ortağı temsilci, ölenin uzatmalı eşi ile irtibat geçmiştir. Uzatmalı eş yakılmak yerine gömülmesini talep etmiş ve yakılma istemine itiraz etmiştir. Merhumun yazılı irade beyanı cenaze evine verilmesine rağmen, cenaze evi resmi eşi olmaması sebebiyle bu talebi reddetti. Bunun üzerine hayat arkadaşı cenaze evini ölenin isteklerini uymakla yükümlü kılan karar aldırdı. Bkz. Betty Brannam v Edward Robeson Funeral Home Davası, No 43141/96 (N.Y. Sup. Ct. Nov 14, 1996).

<sup>38</sup> MAYER, s. 161; SLABBERT, s. 231; SMOLENSKY, s. 770.

Yönetmelikte defin yerine karar verme yetkisine ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Söz konusu duruma ilişkin bir hukuk boşluğu vardır.

Bu konuya ilişkin Almanya’da dava konusu edilen bir ihtilafta, ölenin torunu tarafından, ölen kimsenin oğlunun hazırladığı cenaze yerine ve törenine itiraz edilmiştir. Torunu, dedesinin ölümünden kısa bir süre önce kendisini vasiyetnameyi yerine getirmekle görevlendirdiği ve yine dedesinin defin yeri belirlemek konusunda nenesine yetki verdiğini belirterek, defin işlemine karşı mahkemeden geçici tedbir talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, daha fazla tanık olduğu düşüncesiyle torun lehine karar vermiştir. Merhumun oğlu ise bu kararı temyiz etmiştir. Bölge Mahkemesi şu şekilde karar vermiştir:

*“Her şeyden önce, ölen kişinin nerede ve hangi koşullarda gömülmesi sorusu, merhumun ömrü boyunca tespit edilen ifadelerine ve iradesine göre belirlenir. Bu iradeyle, merhum vasiyetname yoluyla veya hatta sözlü olarak talimatlar vermişse, o zaman bu talimatlara ölümünden sonra yakınlar tarafından saygı gösterilmesi gerekir. Ancak, ölen tarafından böyle bir ifade tespit edilemezse, ölenin akrabaları, son işi halletme izni olan kişiler olarak düşünülür. Mahkemeler, yakın akrabalar arasında uyumsuzlukların olası bir sıralamasını belirlemek için 1934 yılından itibaren geçerli olan bir kanundan dayanak alırlar:05.15.1934 tarihli Kremasyon Kanunu ( Gesetz über die Feuerbestattung) § 2 Abs. 3’e göre, yakınlar arasında cenaze türüne ilişkin anlaşmazlık olması halinde sırayla şunlar yetkilidir; Eş, yetişkin çocuk, anne ve baba, dedesi, yetişkin kardeşler ve torunlar”<sup>39</sup>.*

Türk Hukukunda, Alman Hukukunda<sup>40</sup> olduğu gibi ceset üzerinde tasarrufa ilişkin uyumsuzluk olması halinde, kimin iradesinin dikkate alınacağına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kişinin ölümünden sonra yakınlarının ceset üzerinde tasarrufuna (post-mortal kişilik hakkı ile ilgili) ilişkin hukukumuzda iki düzenleme yer almaktadır:

**Norm 1:** Şehitlik Yönetmeliği “Şehitliği Defin Süreci” başlıklı madde 5:

*“Şehitliğe defin kararı veren makam tarafından hayatını kaybeden kişinin sırasıyla eşinden, en büyük reşit çocuğundan, anasından,*

<sup>39</sup> **LG München II, Urteil vom 19.07.2012, Az.: 8 S 1752/12;** <https://www.juris.de/jportal/prev/SBLU000046913>.

<sup>40</sup> Avusturya Hukukunda Tirol eyaleti dışındaki tüm federal devletler, cesedin akibeti hakkında, eşinin, merhumun çocuklarının, ebeveynlerinin ve ardından yakın akrabalarının yetkili olduğunu düzenlemişlerdir. Bkz. MAYER, s. 161.

*babasından, en büyük reşit kardeşinden hangi şehitliğe ya da mezarlığa defin yapılmasını talep ettiğine dair yazılı beyan alınır ve bu beyan defin yapılacağı il valiliğine bildirilir. Söz konusu beyan belirtilen sıraya uygun olarak hayatını kaybeden kişinin yalnızca bir yakınından alınır”.*

Bu düzenlemeye göre, şehit olan kimsenin nereye defnedileceğine öncelikle eşinden yoksa en büyük reşit çocuğundan yoksa annesinden, babasından en son en büyük kardeşinden alınan yazılı beyan sonucunda karar verilir.

**Norm 2:** Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun “*Ölüden Organ Ve Doku Alma Koşulu Ve Cesetlerin Bilimsel Araştırma İçin Muhafazası*” başlıklı madde 14:

*“Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir”.*

Kişi hayatta iken organların alınmasını yasaklama hakkına sahiptir. Bu durumda yakınlar, kişinin iradesinin aksine organlarının nakline karar veremezler. Daha önce belirttiğimiz üzere, kişiliğin ölüm sonrası korunması kapsamında ceset üzerinde öncelikli belirleme yetkisi kişinin kendisindedir. Ancak bu konuda ölenin bir irade beyanı yoksa organ nakli konusunda belirleme hakkı, ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları anne veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakındır. Ölüm sonrası ceset üzerindeki diğer kişilik haklarından farklı olarak, burada özellik arz eden durum, ölüm anında ölenin yanında bulunma zorunluluğudur. Yani ölüm anında yanında bulunmayan yakınların yetkisi söz konusu değildir. Kanunda belirtilen aynı derecedeki kimselerden anne veya baba ya da reşit çocuklar organ nakli konusunda ihtilaf düşerlerse, bu durumda organın alınmaması gerekir. Böyle bir durumda, ölümden sonra kişilik hakkının korunması ilkesi, kamusal üstün yarardan önceliklidir<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> AKINCI, Şahin: “Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler Bazı Çözüm Önerileri”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006 Erzincan, Ankara, 2007, s.72; HAKERİ Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 166. Karşıt görüş bkz. Yazara göre dört reşit çocuktan üçü muhalefet etse bile sadece birinin irade beyanını organ nakli için yeterlidir. PARLAK, Şafak: “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar” TBBB, Sayı 83, Yıl 2009, s. 213; kanunda anne veya baba dediği için

Kanaatimizce, bu iki normun kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir. Öncelikle organ nakline ilişkin düzenlemelerde yer alan yanında olma şartının defin yerinin tespiti açısından bir önemi yoktur. Ayrıca ölüden organ nakli alınmasının zamana karşı yarış niteliğinde olması sebebiyle yanında olanların rızası aranmıştır. Oysa defin yeri için böyle bir yarış söz konusu değildir. Yine bir diğer husus, organ naklinde kamusal menfaat vardır, başka bir deyişle başka kimsenin veya kimselerin verilen organlar nedeniyle menfaati söz konusudur. Ancak defin yerinin belirlenmesinde benzer bir menfaatten bahsedilemez.

Bir diğer düzenleme olan şehitlerin defin yerinin belirlenmesi, özel bir düzenleme niteliğindedir. Şehitlik hukukumuzda tanımlanmamış olmamakla beraber, vatan savunmasında hayatını kaybedenlere verilen millî bir kıymet takdiridir<sup>42</sup>. Bu sebeple, şehitliğe defnedilecek kimseler, defin kararı ve defin süreci ile ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır. Şehitler ile diğer kimselerin cesetlerinin aynı hukuki değere sahip olduklarını söylemek mümkün değildir ve bu sebeple aynı seviyede değere sahip olmayan bu olgular sebebiyle kıyasta uygun olmaz. Şüphesiz her kişinin vefat etmesi ile birlikte yakınlarının bu vefat olayı sebebiyle üzüntü, acı duyacağı tartışmasızdır. Hukuki değer farklılığının sebebi, devletin şehitler verdiği için önem ve cenaze töreninden defnedileceği yere ilişkin özel ve oldukça kapsamlı bir düzenleme yapmasıdır. Ayrıca şehitlik yönetmeliğinde yer alan, defnedileceğe yere karar verecek kimsenin yazılı beyanı şartı, alelade kişiler açısından gereksiz bir şart niteliğinde olur. Şöyle ki; kişinin yaşarken defnedileceğe yere ilişkin varsayılan rızası yeterli iken; yakınları açısından yazılı şekli şartı aramak mantıkî açıdan doğru değildir.

Yukarda açıklanan nedenlerle, defin yerinin tespitine ilişkin doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak bir hukuk kuralı mevcut değildir. Ancak gerek ölümden sonra kişilik haklarına ilişkin özel düzenlemelerde, gerekse aşağıda belirtilecek kararlarda ölenin hayatta kalan eşinin öncelikli belirleme yetkisine sahip olduğu söylenebilir. Bu konuya ilişkin bir mahkeme kararında, yakınların cesedin gömülmesi ile

---

ikisinden birinin oyunun yeterli olduğu hakkında bkz. GÖKÇEN, Ahmet: Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 77. Türkiye için tercih edilmesi gereken sistemin zimni onay sistemi olması gerektiği yani ancak alınması konusunda bir yasaklama bulunmuşsa organları alınmamalıdır. Aksi takdirde herkes organların zimnen alınmasına rıza göstermelidir. Bkz. ATAMER, s. 147-148.

<sup>42</sup> Tanım için bkz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, T. 04.12.2003; E. 2003/733; K. 2003/195.

ilgili olarak birtakım hakları ve görevleri bulunduğu belirtilmiştir. Ardından evli bir kişinin ölümüyle birlikte, hayatta olan eş, merhumun kalıntılarının ve gömülmesinin sağlanması konusunda en öncelikli hak sahibi olduğuna karar verilmiştir<sup>43</sup>. Bir diğer mahkeme kararında, sıradan anlamda ceset üzerinde bir mülkiyet hakkı olmadığı, ancak hayatta olan eşe veya yakınlarından birine, ölenin bedeni üzerindeki haklarının korunması gerekli olduğundan mülkiyet hakkının tanınması gerektiğine karar verilmiştir<sup>44</sup>.

Yine bir diğer mahkeme kararında, ceset üzerinde hâkimiyet ve defnetme konusunda öncelikli yetkinin eşe ait olduğu belirtilmekle beraber, hayatta kalan bir eşin ceset üzerindeki bu yetkisinden rızasıyla feragat etmesi veya başka bir türlü vazgeçmesi mümkün olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca hayatta kalan eş için bu yetkinin, yani cenaze töreni ve gömme hakkının mutlak anlamda olmadığı hususu da vurgulanmıştır. Örneğin, eğer bir eş, bu konudaki öncelik hakkını derhal beyan etmezse, defin için ceset üzerindeki hâkimiyet yetkisi, bir sonraki yakınına geçeceği belirtilmiştir<sup>45</sup>. Ancak, ölüm anında normal bir ebeveyn ve oğul ilişkisinin yok ise, yetişkin bir çocuk, ebeveyninin gömülme biçimini ve yerini belirlemek için yakın akraba olarak en üst düzeyde bir hak talebinde bulunamaz<sup>46</sup>.

Yine bir diğer mahkeme kararına göre, eğer ölen kişi defin için özel bir yer belirtmişse, öncelikli olarak o yer düşünülmelidir. Bununla birlikte, böyle bir durumun yokluğunda, hayatta olan eşin defin yerini seçme hakkı vardır. Hayatta kalan eş ile bir sonraki akrabası arasında herhangi bir anlaşmazlık ortaya çıkarsa, o zaman eşin tercihi öncelikli olup, defin yeri ve zamanını ve elden çıkarılma şeklini eş seçer<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Radomer Russ-Pol Unterstutzung Verein v. Posner Davası, 176 Md. 332 (Md. 1939); Bkz. STIMMEL, Stimmel/ SMITH P. C.: Rights and Obligations As To Human Remains and Burial, p. 12; <https://www.stimmel-law.com/en/articles/rights-and-obligations-human-remains-and-burial>; e.t. 08.02.2018.

<sup>44</sup> Lubin v. Sydenham Hospital Davası, Inc., 181 Misc. 870 (N.Y. Sup. Ct. 1943); e. t. 20.01.2018; <https://www.stimmel-law.com>.

<sup>45</sup> Southern Life & Health Ins. Co. v. Morgan Davası, 21 Ala. App. 5 (Ala. Ct. App. 1925); Bu yetkinin aynı zamanda bir görev olduğu ve yakınların bu görev kapsamında cesedi gecikmeden gömmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Çünkü ölü bir beden potansiyel olarak tehlikeli olup, bir an önce imha edilmesi gerekir. Bkz. LAWRENCE, S. Grean/ PAUL, Hesse: Delay in Delivery of Cadaver to Next of Kin, 16 Clev.-Marshall L. Rev. 116, 1967, s. 117.

<sup>46</sup> In re Application Pursuant to Article 4200 of the Pub. Health Law, 196 Misc. 2d 599 (N.Y. Sup. Ct. 2003); e. t. 20.01.2018; <https://www.stimmel-law.com>.

<sup>47</sup> In re Estate of Barner Davası, 50 Misc. 2d 517 (N.Y. Sur. Ct. 1966); e. t. 20.01.2018; <https://www.stimmel-law.com>.

Hayatta kalan bir eş yoksa veya hayatta olan eşin defin yerini tespit etme hakkından vazgeçmesi durumunda, ölü bir kimsenin defnedileceği yere karar verme hakkı, merhumla olan ilişkileri sırasına göre yakınlarla verilir. Diğer bir deyişle, hayatta kalan bir koca veya eş yoksa sağ, merhumla olan ilişkileri sırasındaki sonraki akrabalıkta genellikle aşağıdaki sırada olmalıdır: Reşit çocuklar, ebeveynler, kardeşler ve dahası uzak akrabalar. Bu öncelik kuralı mantık çerçevesinde uygulanmalıdır. Bu kural esnek olup ve zamanın koşullarına göre sıralama değiştirilebilir<sup>48</sup>. Bununla birlikte, yakınlarında eşit konumda yer alan iki veya daha fazla kişi olması ve bunlar arasında defnedileceği yer konusunda uyumsuzluk olması halinde, ölen kişiyle en yakın ilişkisi olan kişi tercih yapılır<sup>49</sup>. Kişi öldüğünde hayatta kalan bir eşin yokluğunda, bir sonraki yakının ceset üzerindeki istekleri akrabalık yakınlığına ve onlarla ölen kişi arasındaki ilişkilere bağlıdır. İstisnai durumlarda, uzak bir akraba veya herhangi bir kan ilişkisi olmayan bir arkadaşın üstün bir hakkı olabilir<sup>50</sup>. Ölen kişinin cesedinin gömüldükten veya yakıldıktan sonra kalıntılarının hâkimiyeti için aile bireylerinin haklarını belirlerken, mahkemeler açıkça önceliği merhumun kendi irade beyanına tanır. Ayrıca, ölen kişinin tercihi ölüme bağlı tasarrufa ve ölüme bağlı tasarrufa dayanmayan beyanlarına dayanarak belirlenebilir<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Pettigrew v. Pettigrew Davası, 207 Pa. 313 (Pa. 1904). Benzer kararlar için bkz. Darcy v. Presbyterian Hospital, 202 N. Y. 259, 95 N. E. 249 (1911); Bkz. St. John's Law Review, Dead Bodies--Disinterment--Damages (Gostkowski v. Roman Catholic Church, 262 N.Y. 320 (1933), 2014, s. 159.

<sup>49</sup> In re Estate of Weiss Davası, 2009 Phila. Ct. Com. Pl. LEXIS 236 (Pa. C.P. 2009)); e. t. 20.01.2018; <https://www.stimmel-law.com>.

<sup>50</sup> Pettigrew – Pettigrew Davası, 207 Pa. 313 (Pa. 1904)).

<sup>51</sup> Sherman v. Sherman Davası, 330 NJ Super. 638 (Ch.Div. 1999); e. t. 20.01.2018; <https://www.stimmel-law.com>. Bir kişinin cesedinin gömülme veya bertaraf edilme konusunda eşi lehine yapmış olduğu tasarruf, merhumun zihinsel durumu koşullarına bağlıdır. Bununla birlikte, bir merhumun ayırt etme gücünden yoksun olduğu kanıtlanırsa, belirtilen istekler sonuç doğurmayacaktır. Karar için bkz. Rosenblum v. New Mt. Sinai Cemetery Asso Davası., 481 S.W.2d 593 (Mo. Ct. App. 1972). Türk Hukuku açısından ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin ölümden sonra kişilik hakkına ilişkin yaptığı tasarruf hükümsüz olacaktır. Türk Hukukunda ölüme bağlı tasarrufların ehliyetsizliği iptal sebebi olup, iptal edilene kadar bu tasarruf geçerlidir. Ancak kişinin defin yerinin tespiti, miras hukukuna değil kişiler hukuku alanına ait olduğundan ehliyetsiz kimse tarafından yapılması geçersizlik sebebidir.



## SONUÇ

Bir kimsenin öldükten sonra cesedinin nereye gömüleceği konusu zaman zaman tartışmalara neden olmaktadır. Öncelikle tespit edilmesi gereken husus, kişinin ölümlü kalıntılarının ebedi bir şekilde ortadan kaldırılmasına dair uyumsuzluk, kişiler hukukuna ilişkindir. TMK m. 28 (ZGB Art. 31/1) gereğince kişilik hakkı ölümle birlikte sona erer. Ancak kişinin ölümü sonucunda, her ne kadar hak sahibi olmayacağı kabul edilse de, kişinin ölümünden sonra kişilik haklarının korunmasına imkân vermek gerekir. Örneğin kişi hayatta iken öldükten sonra bedeni üzerinde defnedileceği yerin tespiti, otopsi yapılmaması, organ nakli veya cesedinin yakılması gibi talep ve isteklerde bulunabilir. Bu taleplerinin yerine getirilmesi veya bu taleplerin ihlal edilmesi halinde dava açma imkânı, kişiliğin ölümünden sonra korunması kapsamındadır.

Kişinin hayatta iken öldükten sonra bedeni üzerinde karar verme hakkı öncelikle kendisininindir. Bu hakkına kişinin ölümünden sonra yakınları tarafından saygı gösterilmesi gerekir. Kişinin nereye defnedileceğine ilişkin kararı veya tespiti herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Kişi, iradesini yazılı veya sözlü olarak beyan edebilir. Ayrıca bu irade beyanının açık olmasına da gerek yoktur. Kişinin kendisi hakkında defnedileceğe yere ilişkin herhangi bir beyanı bulunmasa bile, örneğin başka bir kimsenin gömüleceği yere itiraz etmiş ise artık itiraz ettiği yere gömülmesi uygun olmayacaktır. Bu kapsamda, öncelikli olarak kişinin iradesine bakılmalıdır, eğer açık bir irade beyanı yoksa “varsayılan iradesi” tespit edilip buna göre karar verilmelidir.

Kişinin defnedileceğe yere ilişkin bir irade beyanı yoksa ve varsayılan iradesi de tespit edilemiyorsa, bu durumda defnedileceği yere karar verme yetkisi yakınlarınınındır. Yakınların bu yetkisi, kişinin hayatta iken yaşantısına aykırı olamaz. Örneğin dindar bir kimsenin çocukları tarafından cesedinin yakılmasına karar verilmesi uygun değildir. İkincil nitelikte yetki sahibi olan yakınların kim olduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişilik hakkı kapsamında “yakın” kavramı, aile hukukundan veya miras hukukundaki mirasçı kavramından bağımsızdır. Bu durumda, kişinin hayatta iken beraber yaşadığı, sevgi ve saygı duyduğu, karşılıklı yoğun duygusal ilişki içerisinde olduğu kimse yakındır. Bu sebeple, Şehitlik Yönetmeliği’nde yer alan hükmün diğer tüm kişilere uygulanması uygun değildir. Bu yönetmelikte belirtilen sıralama, kişinin eşi, en büyük reşit çocuğu, anası, babası, en büyük reşit kardeşi şeklindedir. Daha öncede belirtildiği üzere, hukuk sistemlerinde ve mahkeme kararlarında beraber yaşadığı eş genellikle en yakın olarak kabul edilmiştir. Ancak bu

şekilde bir genelleme her zaman için doğru sonuçlar doğurmayacaktır. Örneğin, bir aylık evli bir kişinin ölümü halinde, annesinden babasından uzak bir yere gömülmesini isteyen eşin iradesi her zaman için uygun sonuçlar doğurmaz. Veya bir kimse evli olmasına rağmen eşi ile beraber yaşamıyor, başka bir kişi ile uzun süreli bir birlikteliği var ve hatta bu birliktelikten çocuğu olmuş olabilir. Aralarında medeni hukuk bağlamında bir evlilik ilişkisi olmayan bu kişi ile ölene kadar ortak bir hayat sürmüş olabilirler. Bunun sonucunda, salt resmi nikâhlı eşi olduğu için uzun süredir irtibatları olmayan ve birbirleri arasında duygusal bir yakınlık bulunmayan kimseye defnedileceği yeri seçme yetkisi vermek uygun olmayacaktır. Bu sebeple, bir sıralama yapmak yerine akraba veya akraba olmayan yakın kişinin ceset üzerinde öncelikli defin yerini belirleme hakkına sahip olması gerekir.

### KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: Organ Nakillerini Güçleştiren Hukuki Problemler Bazı Çözüm Önerileri, Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006 Erzinan, Ankara, 2007.
- AKİPEK Jale G./ AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ KARAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku Cilt I, İstanbul, 2016.
- ATAMER Yeşim: Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar, MHB, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 19, 2011, ss. 115-159.
- AYİTER Nuşin / KILIÇOĞLU Ahmet M., Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 1991.
- BÜCHLER, Andrea: Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern: Zur Dialektik von Ich und Mein, Archiv für die civilistische Praxis, 2006.
- CLAUSING, Marilee: The Acceptance of Brain Death as a Legal Definition of Death in Illinois: In Re Haymer, DePaul Law Review, Vol. 33, 1, 1983.
- CONWAY, Heather: The Law and the Dead, London, 2016.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, TUFAN: Tük Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2017.
- GÖKÇEN, Ahmet: Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milenyum Armağanı, C.8, S.1-2, Y. 2000.
- HAKERİ, Hakan: Beyin Ölümü ve Hukuk, Medimagazin Sağlık Çalışlarının Gazetesi, <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-beyin-olumu-ve-hukuk-72-64-2175.html>; e.t. 26.01.2018.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2012.
- İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 2015.
- KACZYNSKI, Anika: Rechtliche Regelung der Organspende in Deutschland: Kritische Bestandsaufnahme des Transplantationsgesetzes und mögliche Reformvorschläge, Hamburg, 2011.
- KERRIDGE, IH/ SAUL, P/ LOWE, M/ McPHEE, J/ WILLIAMS, D.: Death, Dying And Donation: Organ Transplantation And The Diagnosis Of Death, Journal of Medical Ethics 2002.

- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2017.
- KOCAAĞA, Köksal: Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi, Ankara, 2006.
- LAWRENCE, S. Grean/ PAUL, Hesse: Delay in Delivery of Cadaver to Next of Kin, 16 Clev.-Marshall L. Rev. 116, 1967.
- MAURER, Susan/ KERSTING, Daniel: Ist der Leichnam eine Sache?, Jusletter, 2011, 29.8.
- MAYER, Elisabeth: Der Umgang mit der Leiche, Dissertation an der juridischen Fakultät der Universität Wien, 2010.
- OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016.
- OTT, Walter/ GLIDER, Thomas: Plädoyer für den Postmortalen Persönlichkeitsschutz, AJP 2001.
- ÖZBİLEN, Arif Barış: İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul, 2011.
- ÖZEL, Çağlar: Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFĐ, Cilt: 51, 2002.
- PETEK, Hasan: Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması, Ankara, 2015.
- SARBAY, Ben: Definitions of Death: Brain Death And What Matters In A Person, Journal of Law and the Biosciences, Vol. 3, Issue 3, 2016.
- SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2014.
- SEROZAN, Rona: Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Miras Bırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Haklar, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, ss. 311-317.
- SLABBERT, Magda: Burial Or Cremation – Who Decides?, De Jure (Pretoria), vol. 49, n. 2, Pretoria 2016.
- SMOLENSKY, Kirsten Rabe: Rights Of The Dead, Hofstra Law Review, Vol. 37, 2006.
- STEINBERG, Avraham: Organ Transplantation and Definition of the Moment of Death– Jewish Perspectives., 2012; www.hods.org; e.t. 01.06.2018.
- STIMMEL, STIMMEL& SMITH P. C.: Rights and Obligations As To Human Remains and Burial, <https://www.stimmel-law.com/en/articles/rights-and-obligations-human-remains-and-burial> ; e.t. 08.02.2018.
- TOKAT, Hüseyin: Türk Hukukunda Mezarlıklar, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2016.
- WALLACE, Henry: Deadly serious – The Definition Of Death in New Zealand, The New Zealand Medical Student Journal Issue 21, 2015.



# 7062 SAYILI YÜKSEK SEÇİM KURULU'NUN TEŞKİLAT VE GÖREVLERİ HAKKINDA KANUN ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

## REVIEW ON THE LAW NO. 7062 ON ORGANIZATION AND DUTIES OF THE SUPREME ELECTION COUNCIL

DOI: 10.21492/inuhfd.429242

Deniz POLAT AKGÜN\*

### Özet

Seçimler, demokrasinin vazgeçilmez unsurudur. Yalnızca seçimlerin varlığı demokrasi için yeterli olmasa da; seçim olmadan demokratik bir yönetimden bahsetmek de mümkün değildir. Bununla birlikte, bir rejimin demokratik sayılabilmesi için seçimlerin de bir takım nitelikleri taşıması gerekir. Buna göre; seçimler, serbest, adil ve güvenilir olmalıdır. Gerçekten de, yalnızca belirli zaman aralıklarıyla oy sandığına gidiliyor oluşu, o yönetimin demokratik olarak nitelendirilebilmesi için tek ölçüt değildir. Serbest, adil ve güvenilir seçimlerden söz edebilmek için de öncelikle seçim mevzuatında, seçimleri serbest, adil ve güvenilir kılacak kurumlara ve mekanizmalara yer verilmesi yaşamsaldır. Dolayısıyla, seçim takviminin başlangıcından bitişine kadar her türlü seçim uyuşmazlığında son yetkili merci olan Yüksek Seçim Kurulu'nun teşkilatına, işleyişine ve çalışma düzenine ilişkin yapılacak bir düzenleme büyük önem taşımaktadır. Çalışmada, öncelikle, 7062 sayılı Yüksek Seçim Kurulu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun bu ölçütler çerçevesinde değerlendirilecektir. Ardından, düzenlemenin, seçim hukukundaki ihtiyaçlara cevap verip veremediği, seçim hukukuna ilişkin mevzuat ve Yüksek Seçim Kurulu kararları çerçevesinde ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa, seçim hukuku, seçim uyuşmazlıkları, Yüksek Seçim Kurulu, 7062 sayılı Yüksek Seçim Kurulu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun.

### Abstract

Elections are indispensable elements for democracy. Although the existence of elections is not sufficient for democracy, it is impossible to consider a government as "democratic" without elections. However, in order for a regime to be considered democratic, elections must have a number of qualities. Accordingly, elections should be free, fair and reliable. Indeed, going to the polls periodically is not the only criterion for a government to qualify as democratic. In order to speak of free, fair and reliable elections, it is vital that the institutions and mechanisms that will make the elections free, fair and reliable are included in the electoral legislation. Since the Supreme Election Council is the supreme authority on electoral disputes from the beginning of the electoral calendar, a legislation regarding the organization, functioning and working order of it is of great

---

\* Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (E-mail: deniz06286@gmail.com)  
Makale Gönderilme Tarihi: 31.05.2018  
Makale Kabul Tarihi: 20.06.2018

importance. First of all, this article deals with the Law No. 7062 on Organization and Duties of the Supreme Election Council within the framework of these criteria. Secondly, within the scope of the legislation on electoral law and the decisions of the Supreme Election Council, it will be argued whether or not the new regulation meets the requirements of the electoral law.

**Keywords:** Constitution, electoral law, electoral disputes, the Supreme Election Council, the Law No. 7062 on Organization and Duties of the Supreme Election Council.

## GİRİŞ

Demokrasi kavramını nasıl anladığımız, demokratik kurumların tasarlanmasına ve iyileştirilmesine yönelik tercihlerimize de rehberlik eder<sup>1</sup>. Bu kurumların başında seçimler gelir. Demokratik bir devlette, siyasi tercihler ve siyasi iktidar seçimler yoluyla belirlenir; gerektiğinde de yine seçimler yoluyla el değiştirir<sup>2</sup>. Elbette ki, seçim mekanizması, demokrasi için tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Ne var ki, demokrasinin vazgeçilmez unsuru niteliğindeki seçimler olmadan demokratik bir yönetimden bahsetmek de mümkün değildir. Bir yönetimin demokratik olarak tanımlanabilmesi içinse, seçimlerin de bir takım özelliklere sahip olması gerekir. Bu çerçevede, seçimlerin serbest, adil ve güvenilir olması büyük önem taşır.

Serbest, adil ve güvenilir seçimlerden söz edebilmek için öncelikle seçim mevzuatında, seçimleri serbest ve adil kılacak kurum ve kurallara ve bunların etkin bir biçimde uygulanmasını sağlayacak mekanizmalara yer verilmesi; dolayısıyla, uygun hukuki altyapının kurulması gerekir<sup>3</sup>. Bu açıdan, seçim uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin en üst merci olan Yüksek Seçim Kurulu'nun teşkilatına, görevlerine, işleyişine ve çalışma düzenine ilişkin hukuki düzenlemeler özellikle önemlidir. Çalışmanın konusunu oluşturan 7062 sayılı Kanun, bu nedenle ayrı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır.

Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) yapısına ve işleyişine ilişkin düzenlemeler içeren 7062 sayılı "Yüksek Seçim Kurulu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun" 30 Kasım 2017 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan

---

<sup>1</sup> OWEN, David: "Democracy", Political Concepts içinde, Bellamy, Richard / Mason, Andrew (ed.), Manchester University Press, Manchester 2003, s. 105.

<sup>2</sup> OWEN, s. 105-107; PRZEWORSKI, Adam: "Minimalist Conception of Democracy: A Defense", Democracy's Value içinde, SHAPIRO, Ian / HACKER-CORDON, Casiano (ed.), Cambridge University Press, Cambridge 1999, s. 46-47.

<sup>3</sup> GÖNENÇ, Levent: Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları (2008), Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 2.

Kanun, 12 Aralık 2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>4</sup>.

Kanunun gerekçesinde, son yıllarda yapılan Anayasa değişiklikleri ile artan seçimler; nüfus artışına bağlı olarak artan seçmen sayısı ve bunlara bağlı olarak değişen ihtiyaçlar karşısında YSK'nın artan iş yüküne değinilmiş ve bu nedenlerle ayrı bir teşkilat kanununun düzenlenmesine ihtiyaç duyulduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, YSK'nın ve birimlerinin görevleri, personelin atanması usulü ve özlük işleri gibi aslen bir teşkilat kanununda düzenlenmesi gereken konulara 298 sayılı Kanun'da dağınık şekilde yer verildiği; bu kuralları bir araya getirmek ve Kurul'un teşkilat yapısını güçlendirmek adına ayrı bir kanuna gerek görüldüğü belirtilmiştir.

## **I. YÜKSEK SEÇİM KURULU'NUN OLUŞUMUNA VE KARAR VERME USULÜNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER**

Öncelikle, 7062 sayılı Kanun'un gerekçesinde de yer alan YSK'ya ilişkin kuralların seçim mevzuatı içinde dağınık bir görünüm çizdiği tespitine katılmak gerekir<sup>5</sup>. Söz konusu hükümler, Anayasa'nın 79. maddesinde, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yer almaktadır. Bu durum, YSK'nın işleyişine ve seçim uyumsuzluklarına ilişkin birçok konuda yeknesak olmayan düzenlemelere ve dolayısıyla tartışmalara neden olmaktadır. Bununla birlikte, 7062 sayılı Kanun ile bu dağınık görünümün ve bunun yarattığı sorunların giderilip giderilmediği ise kuşkuludur.

7062 sayılı Kanun'un getirdiklerini incelemeye geçerken ilk olarak değinilmesi gereken, YSK'nın oluşumu ve görevleri başlıdır. Anayasa'nın 79. maddesine göre YSK, yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyu ile seçilir. Yedek üyeler ise seçim aşamasında değil, seçildikten sonra ad çekme usulüyle belirlenir. 7062 sayılı Kanun'un, Kurul'un oluşumunu düzenleyen 4. maddesi, Anayasa'nın bu hükmünü tekrar etmiştir. Burada dikkate alınması gereken husus ise YSK üyelerinin kendi kurumlarıyla olan ilişkilerinde ortaya çıkan özlük hakları tartışmasıdır.

<sup>4</sup> Bkz. RG. 12.12.2017, S. 30268.

<sup>5</sup> Kanunun gerekçesi için bkz. TBMM Başkanlığı, Esas No. 2/1929, 21 Kasım 2017, s. 13-14.

Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından seçilmeleri dolayısıyla YSK üyeleri “yüksek yargıç” statüsündedir. Bu konuda bir kararsızlığa yer olmamakla birlikte; YSK üyelerinin, üyelikleri süresince idari ve mali açıdan bağlı oldukları yüksek yargı kurumlarıyla olan ilişkileri geçmişte tartışma konusu olmuştur. Bunun nedeni, mevzuatta konuya ilişkin açık bir düzenleme olmamasıdır. Bugüne kadar 298 sayılı Kanun’un, YSK Başkanı’nın özlük haklarını düzenleyen 11. maddesi dikkate alınmış ve söz konusu hükmün kıyasen diğer üyelere de uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Maddenin 7. fıkrasına göre; Kurul’un Başkanı, başkanlık görevi süresince, kurumundan izinli sayılır. Ancak, kurumundaki aylık, ödenek ve her türlü zam ve tazminatlar ile diğer özlük haklarından aynen yararlanmaya devam eder<sup>6</sup>. Bununla birlikte, öğretide, *argumentum a contrario* ilkesi gereği bu tür bir ayrıcalığın yalnızca Kurul’un Başkanı’na tanındığı; dolayısıyla, YSK Başkanvekili ve diğer üyelerin bu haklara sahip olmadığı ifade edilmektedir<sup>7</sup>. 7062 sayılı Kanun ise konuya ilişkin açık bir düzenleme getirerek, tartışmalara son vermiş görünmektedir<sup>8</sup>. Kanun’un 4/10 maddesine göre Başkan ve Başkanvekili, görevleri süresince; üyeler ise ihtiyaç duyulması hâlinde, Kurulca belirlenen süre zarfında kurumlarından izinli sayılırlar. Ancak, kurumlarındaki aylık, ödenek ve her türlü zam ve tazminatlar ile diğer özlük haklarından aynen yararlanmaya devam ederler.

Yüksek Seçim Kurulu’nun oluşumuna ilişkin bir diğer tartışmalı konu yedek üyelerin statüsü, görev ve yetkilerine ilişkindir. Hemen belirtmek gerekir ki, asıl üyeliklerden birinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, bu üyeliklerin yedek üyeler tarafından mı doldurulacağı veya böyle bir sona erme durumunda seçimlerin ne zaman yapılacağı; asıl üyeler mazeretli olduklarında yedek üyelerin toplantılara katılıp katılamayacakları yahut asıl üyeyi ikame edecek olan yedek üyenin, asıl üyenin seçildiği kurum dikkate alınarak mı üyeliğe vekalet edeceği gibi sorular tartışma yaratabileceği gibi; bu olası sorunlara ilişkin 298 sayılı Kanun’da da bir açıklık yoktur<sup>9</sup>. Söz konusu sorulara yorum yoluyla ve YSK’nın kararları çerçevesinde çözümler aranmıştır. Ne var ki, 7062 sayılı Kanun da bu sorunların tamamına çözüm sunamamaktadır.

<sup>6</sup> Söz konusu fıkra, 298 sayılı Kanun’un 11. maddesine 05.06.1997 tarihli ve 4265 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile eklenmiştir.

<sup>7</sup> GÖNENÇ, 2008, s. 114.

<sup>8</sup> 7062 sayılı Kanun’un 12/6 maddesi ile 298 sayılı Kanun’un 11. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>9</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖNENÇ, 2008, s. 115.



Yalnızca, Kanun'un 4/8 maddesi "*Kurul üyelerinin görev süresi dolmadan herhangi bir sebeple üyeliklerinin sona ermesi hâlinde, bu üyelerin yerine yeni üye seçimi yapılır*" diyerek, asıl üyeliklerin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, bu üyeliklerin yedek üyeler tarafından mı doldurulacağı yoksa yeni üye seçimi mi yapılacağı sorusuna açık cevap verir niteliktedir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu kural, 298 sayılı Kanun'da yer almamakla birlikte, YSK'nın kararı ile geçmişte de çözüme kavuşturulmuştur. YSK'nın konuyla ilgili kararına göre; YSK'da, Kurul'un dönemi içinde herhangi bir üyelik açıldığı zaman, Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullarınca boş üyeliği doldurmak üzere yapılacak seçim sonucunda seçilecek üyenin, yerini doldurduğu üye gibi; asıl veya yedek üye olarak Kurul'da bulunması gerekmektedir<sup>10</sup>. Kararda, *boş üyeliği doldurmak üzere yapılacak seçim* denildiğine göre, herhangi bir sebeple sona eren üyelik, yedek üye tarafından değil; yeni seçilen üye tarafından doldurulacaktır. 7062 sayılı Kanun ise söz konusu kararı ve devam eden uygulamayı kanun hükmüne dönüştürmüştür. Bununla birlikte, bir noktayı da gözden kaçırmamak gerekir. YSK'da bir üyeliğin herhangi bir sebeple sona ermesini takiben yapılacak yeni üye seçimi için ne 7062 sayılı ne de 298 sayılı Kanun'da bir zaman sınırı vardır. Dolayısıyla, söz konusu yeni üye seçiminin ne zaman yapılacağına dair bir açıklık olmadığını söylemek mümkündür. Bu konuda, Kurul'un sürekliliği ilkesi yol gösterici olabilir<sup>11</sup>. Öyle ki, bu ilke gereği, boşalan üyelikler için seçimin en kısa zamanda yapılması ve seçime kadar geçecek süre zarfında da boşalan üye yerine yedek üyenin toplantılara katılması gerektiği kabul edilmelidir<sup>12</sup>. Buna karşın, yedek üyelikle ilgili diğer sorunların 7062 sayılı Kanun'da ele alınmadığı görülmektedir. Öyleyse, olası sorunların, daha önceden izlenen yöntemler ve yorumlar çerçevesinde çözümlenmeye çalışılacağını ifade etmek mümkündür<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Bkz. YSK, 1963/25, RG. 21.09.1963, S. 11511.

<sup>11</sup> Yüksek Seçim Kurulu'nun sürekliliğine ilişkin YSK Kararı için bkz. YSK, 1962/405, RG. 01.03.1962, S. 11048.

<sup>12</sup> Aynı yönde bkz. GÖNENÇ, 2008, s. 116.

<sup>13</sup> Örneğin, asıl üyeyi ikame edecek olan yedek üyelerin seçtikleri kurum dikkate alınarak mı üyeliğe vekâlet edecekleri sorusu da öğretilerde cevap bulmaktadır. Buna göre, YSK üyeleri arasında geldikleri yüksek yargı yerlerinin farklı olmaları dışında, herhangi bir statü, seviye veya işlev farkı yoktur. Dolayısıyla, Yargıtay Genel Kurulunca seçilmiş bir asıl üyeyi Danıştay Genel Kurulunca seçilmiş bir yedek üyenin ikame etmesinde herhangi bir sorun yoktur. Aynı saptama, mazeretli olduklarında toplantıya katılamayan asıl üyelere vekâlet eden yedek üyeler için de geçerli olmalıdır. Söz konusu yorumlar ve sorunlara çözüm önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖNENÇ, 2008, s. 115-116.

7062 sayılı Kanun'a ilişkin tartışılması gereken bir diğer başlık, Kurul'un karar yetersayısına ilişkin hükümdür. Kanun'un 5. maddesine göre YSK, kararlarını salt çoğunlukla alır. Oyların eşitliği hâlinde Başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur. Görüldüğü üzere, ilgili hükümle, yalnızca karar yetersayısı düzenlenmiş; şimdiye kadar asıl tartışma konusu olan toplantı yetersayısına ilişkin ise herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa ki, seçim uyuşmazlıklarının çözümünde, uyuşmazlık çözme makamlarının toplantı ve karar yeter sayıları açısından hangi yöntemleri kullanacağı özellikle önemlidir. Öyle ki, yeter sayılara ilişkin saptanan kurallar, karar alma sürecini de doğrudan etkilemektedir. Buna karşın, mevzuattaki dağıntık hükümleri sistematik biçimde düzenlemek iddiasında olan 7062 sayılı Kanun'un, özellikle toplantı yetersayısına ilişkin bir açıklık getirmemiş olması eleştiriye açıktır.

YSK'nın toplantı yeter sayısı 298 sayılı Kanun'un itiraz yoluna ilişkin 113. maddesinde düzenlenmektedir. Hükme göre, "*Yüksek Seçim Kurulu, seçimin sonunda verilecek tutanaklara karşı yapılan itirazların incelenmesinde, tam sayısı ile toplanır. Diğer hususlarda kurulun mürettep adedinin çoğunluğu ile toplanabilir.*" Tartışmaya geçmeden önce madde metnindeki "tam sayı" ve mürettep adet" kavramlarına açıklık getirmek gerekir. Mürettep adet, herhangi bir meclisi veya heyeti oluşturan oy sahibi üyelerin, hazır olsun veya olmasın, hepsinin oluşturduğu sayıdır<sup>14</sup>. Başka bir ifadeyle, "üye tam sayısı" anlamına gelmektedir. Buradaki sorun ise, 113. maddenin hem "tamsayı" hem de "mürettep adet" terimlerini, sanki farklı anlamlara geldikleri izlenimini yaratacak biçimde, aynı maddede kullanmış olmasıdır. Maddenin gerekçesinde, sahip olduğu önem nedeniyle, seçim sonunda düzenlenen tutanaklara karşı yapılan itirazların incelenmesinde YSK'nın tam sayı ile toplanarak; salt çoğunlukla karar vermesi konusunda 5545 sayılı Kanun'da yer alan hükmün aynen korunduğu ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Dolayısıyla, 16.02.1950 tarihli ve 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu'ndaki<sup>16</sup> hükümlerin, 298 sayılı Kanun'u yorumlarken dikkate

<sup>14</sup> Bkz. TÜRK HUKUK KURUMU: Türk Hukuk Lûgati, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 3. b., Ankara 1991, s. 257.

<sup>15</sup> Bkz. HATİPOĞLU, Muzaffer / PARLAR, Ali: Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Seçim Kanunları ve Seçim Suçları, Ankara 2004, s. 261.

<sup>16</sup> 5545 sayılı Kanun'un ilk hali için bkz. RG. 21.02.1950, S. 7438. Kanun'un 6272 sayılı Kanun ile değiştirilmiş hali için bkz. RG. 23.02.1954, S. 8641. Ayrıca bkz. ERDEM, Tarhan: Anayasalar ve Seçim Kanunları: 1876-1982, Milliyet Yayınları, İstanbul 1982, s. 227; 239-240.

alınması gerekecektir. 5545 sayılı Kanun'un ilgili 122. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Yüksek Seçim Kurulu'nun, bu Kanun'un 123. maddesinin 3, 4 ve 5. bentlerindeki itirazları tetkik ederek karara bağlayabilmesi için adedi mürettebi olan 11 kişi ile toplanması şarttır<sup>17</sup>.” Maddenin 2. fıkrasına göre de “Diğer hususlarda Kurul, adedi mürettebinin ekseriyetiyle de toplanabilir ve her iki halde de mutlak ekseriyetle karar verir.” O halde, mürettep adet açıkça 11 kişi olarak belirlenmiştir. Söz konusu hüküm, 5545 sayılı Kanun'un YSK'nın oluşumunu düzenleyen 120. maddesiyle birlikte ele alınmalıdır. 120. maddenin 1. fıkrasına göre ise, “Yüksek Seçim Kurulu bir başkan ve on üyeden teşekkül eder.” O halde, Kanun'daki “mürettep adet” ifadesiyle yalnızca “asıl üyelerin toplamı”nın kastedildiği anlaşılmaktadır<sup>18</sup>.

298 sayılı Kanun'un, YSK'nın toplantı yetersayısına ilişkin 113. maddesindeki düzenlemeye baktığımızda ise iki farklı toplantı türünün belirlendiği görülür. Toplantı yetersayısına ilişkin kurallar da buna göre farklılık arz etmektedir. Maddenin 3. fıkrasına göre, tutanaklara karşı yapılan itirazların incelenmesinde toplantı yetersayısı üye tam sayısı; yani asıl üyelerin toplamıdır. Başka bir ifadeyle, YSK, tutanak itirazlarını 7 üyenin katılımıyla inceler. 113. maddenin 4. fıkrasına göre ise Kurul, diğer hususlarda mürettep adedinin çoğunluğu ile toplanabilir. Yani, tutanak itirazı dışındaki diğer tüm konularda YSK'nın toplantı yetersayısı, mürettep adedinin (üye tamsayısının) çoğunluğu olan 4'tür<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Söz konusu itirazlar, 5545 sayılı Kanun'un 123. maddesinde kaleme alınmıştır. Maddenin 3. bendine göre, “il seçim kurullarının teşekkülüne, işlemlerine ve kararlarına karşı yapılmış olup da, zamanında kesin karara bağlanmamış olan itirazlar”; 4. bendine göre, “milletvekilliğine seçildiğine dair tutanak verilen bir kimsenin seçilmemesini mucip olacak vakıalar hakkındaki itirazlar” ve 5. bendine göre, “milletvekilliğine seçildiğine dair tutanak verilen bir kimsenin seçilme yeterliliğini hazi olmadığına dair yapılan itirazlar” bu kapsamdadır. Bkz. Erdem, 239-240.

<sup>18</sup> DEMİROĞLU, Kemal / KARAGİL, Nevzat: Yeni Seçim Kanunlarının Mufassal Şerhi ve Tatbikatı, Sıralar Matbaası, İstanbul 1961, s. 27; GÖNENÇ, 2008, s. 85.

<sup>19</sup> GÖNENÇ, 2008, s. 86; COŞKUN, Sabri: Seçim Hukuku, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara 2007, s. 462; DEMİROĞLU / KARAGİL, s. 27. YSK da bir kararında; “298 sayılı Kanun'un 113. maddesinde gereğince, yalnız YSK'nın çoğunlukla toplanabileceği hükme bağlanmış olup; diğer kurullar için böyle bir kural gerek bu maddede gerekse diğer maddelerde kabul edilmiş değildir” diyerek; Kanun'da belirtilen hallerde çoğunlukla toplanabileceğini ifade etmiştir. Bkz. YSK 21.09.1963/37, RG 27.09.1963, S. 11516. Her ne kadar, 298 sayılı Kanun'da YSK'nın toplantı yetersayısı bu şekilde belirlenmiş olsa da; uygulamada Kurul toplantılarının asıl ve yedek tüm üyelerin katılımıyla gerçekleştiği not edilmelidir. Toplantıya katılan yedek üyeler, oy kullanmasalar da konular üzerinde görüş bildirebilmektedirler. Bunun yanında, eğer

Öncelikle, 7062 sayılı Kanun, toplantı yetersayısına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermediğinden; Kurul'un toplantı ve karar yetersayıları farklı kanunlarda hükme bağlanmış olmaktadır. İkinci olarak, kanun koyucunun seçim sürecinde ortaya çıkacak uyuşmazlıklar ve toplantı türleri arasında neden böyle bir ayrıma gittiğini anlamak da güçtür. Bu açıdan, 298 sayılı Kanun'un 113. maddesinin gerekçesinde söz edildiği gibi, diğer seçim uyuşmazlıklarının, tutanaklara karşı yapılan itirazlardan daha az önemli olduğunu kabul etmek de mümkün değildir<sup>20</sup>. Bunun yanında, maddedeki bir diğer sorun terim karmaşasıdır. Aynı anlama gelen "üye tam sayısı" ve "mürettep adet" ifadelerinin kullanım tercihleri nedeniyle yaratılan karışıklık henüz giderilebilmiş değildir. Yine, "adedi mürettep" ifadesinden yalnızca asıl üyelerin mi anlaşılacağı, geçmiş Kanun hükümlerine bakılarak, yorum yoluyla cevaplanmaya çalışılacaktır. Ayrıca, söz konusu terminolojik karmaşa, evrensel seçim hukuku ölçütlerine de uygun değildir. Öyle ki, uluslararası seçim hukuku kaynaklarında, seçimlere ilişkin her türlü hukuki düzenlemede kullanılan dilin tutarlı, anlaşılır ve açık olması gerektiği; ayrıca dilde yeknesaklığın önemi sıklıkla ifade edilmektedir<sup>21</sup>.

7062 sayılı Kanun, Yüksek Seçim Kurulu'nun karar yetersayısını ise 298 sayılı Kanun'a paralel şekilde düzenlemiştir. 298 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre; Kurul, kararlarını salt çoğunlukla verir; oyların eşitliği halinde başkanın katıldığı taraf üstün tutulur. Görüldüğü üzere, 7062 sayılı Kanun ile 298 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri arasında herhangi bir fark yoktur. Burada değinilmesi gereken husus, başkanın katıldığı tarafın üstün tutulması yönteminin devam ettirilmiş olmasıdır. Öğretide de ifade edildiği üzere, seçim sürecinin kendine özgü nitelikleri düşünüldüğünde, seçim uyuşmazlıklarında, bu sürece katılanların tümü veya büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilebilecek bir kararın alınmasına elverişli bir yöntem benimsenmelidir<sup>22</sup>. Başkanın görüşünün

---

gündemdeki konu, yedek üyenin uzmanlık alanına giriyorsa, bu durumda konuyu Kurul'a yedek üye sunar ve oy hakkını da kullanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. COŞKUN, s. 102.

<sup>20</sup> GÖNENÇ, 2008, s. 86. Yazara göre, eğer seçim uyuşmazlıkları arasında bir ayrım yapılacaksa, idari işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar ile kazai işlemlere ilişkin uyuşmazlıklar arasında bir ayrıma gidilmesi düşünülebilir.

<sup>21</sup> OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS (OSCE): "Resolving Election Disputes in the OSCE Area: Towards a Standard Election Dispute Monitoring System", 2000, para. 18, s. 11, <https://www.osce.org/odihr/elections/17567?download=true>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018).

<sup>22</sup> GÖNENÇ, 2008, s. 83.

üstün tutulması usulü ise bu uzlaşmayı sağlayabilecek en elverişli yöntem değildir. Örneğin, YSK, tutanaklara itirazlar dışındaki diğer konulara ilişkin gerçekleştirilen bir toplantıda, üyelerinin çoğunluğu ile yani dört kişi ile toplanabilecektir. Bu durumda, iki üye aynı yönde oy kullanıp, diğer iki üye de aksi yönde oy kullanacak olursa; YSK Başkanı'nın oy vermek istediği taraf üstün tutulacaktır. Bu ise, zaten az bir çoğunlukla alınabilecek olan bir kararın, daha az uzlaşmacı ve daha az demokratik bir yöntemle alınmasına yol açacaktır. Dolayısıyla, en azından üç üyenin oy çoğunluğunun gerekli olduğu şeklinde bir düzenlemeye gidilmesinin daha uygun olacağı yönündeki görüşlere katılmak mümkündür<sup>23</sup>.

Kurul'un karar verme sürecine yönelik değiştirilmesi gereken son değişiklik, kararların yayımlanmasına ilişkindir. 7062 sayılı Kanun'un 5/2 maddesine göre, "*Kurulun prensip kararları on beş gün içerisinde Resmî Gazete'de yayımlanır; seçime ilişkin diğer kararları ise Kurulun resmî internet sitesinde yayımlanır.*" Kanun, 298 sayılı Kanun'un aynı konuyu düzenleyen 13. maddesini de ilga etmiştir. Söz konusu 13. madde, Yüksek Seçim Kurulu'nun nihai kararları ile prensip kararlarının Resmî Gazete'de en kısa zamanda yayımlanmasını öngörmekteydi. Dolayısıyla, kararların yayımlanma süresine ilişkin herhangi bir açık süre sınırı yoktu. Düzenlemede her ne kadar "en kısa zamanda" ifadesi geçse de, uygulamada Kurul'un kararlarının yayımlanması zaman alabilmekteydi. 7062 sayılı Kanun ise kararların yayımlanmasına belirli bir süre sınırı getirmiş ve Kurul'un bu konudaki takdir yetkisini sınırlamıştır. Demokratik seçim ilkesi gereğince, kararların en kısa sürede açıklanması ve herkesçe ulaşılabilmesi önemlidir. Bu açıdan, düzenlemeyle süre sınırına gidilmesi olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Ne var ki, on beş gün olarak belirlenen söz konusu süre sınırı, yalnızca Kurul'un ilke kararları için geçerli kılınmıştır. Seçime ilişkin diğer kararların yayımlanması için herhangi bir süre öngörülmediği gibi; bu kararların Resmî Gazete'de yayımlanma zorunluluğu da yoktur. Öyle ki, Kanun, "*resmî internet sitesinde yayımlanır*" ifadesiyle, seçime ilişkin kararların yalnızca Kurul'un resmi internet sitesinde yayımlanacağını belirterek; bunun dışında Resmî Gazete'de yayımlanmayacağını kaleme almış olmaktadır. Başka bir ifadeyle, Kanun, Kurul'un resmi internet sitesini resmi yayın organı olarak kabul etmiş ve seçime ilişkin kararların yalnızca burada yayımlanmasını zorunlu ve yeterli görmüştür. Usûl ekonomisi ve kararlara erişim kolaylığı açısından bu kabul elverişli görülebilir. Bununla

<sup>23</sup> Bkz. DEMİROĞLU / KARAGİL, s. 27.

birlikte, seçime ilişkin kararlar büyük tartışmalara, hatta kimi zaman seçim sürecinde ve sonucunda değişikliklere yol açabilmektedir. Bu açıdan, ilke kararları yanında, seçime ilişkin diğer kararların da yayımlanması için belirli bir süre sınırının öngörülmesinin daha yerinde olacağı düşünülebilir.

## II. YÜKSEK SEÇİM KURULU'NUN TEŞKİLATINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

7062 sayılı Kanun ile Yüksek Seçim Kurulu'nun teşkilat yapısında da bir takım değişikliklere gidilmiştir. Kanun'un 7. maddesine göre, Kurul, merkez ve taşra teşkilatı olmak üzere iki ana birimden oluşacaktır<sup>24</sup>. Madde kapsamında Kurul'un idari fonksiyonlarını üstlenecek yeni birimler kurulmuştur. Düzenleme bu açıdan olumlu sayılmalıdır. Öyle ki, YSK'nın kazai (yargısal) ve idari (yönetmel) işlevlerinin ayrılarak; idari işlevlerine dahil olan görevlerinin, yeni oluşturulacak bir seçim bürokrasisine verilmesi gerektiği; böylece Kurul'un yargısal işlevlerini daha verimli şekilde yerine getirebileceği önerisi, öğretide de dile getirilmiştir<sup>25</sup>.

Kanun'un söz konusu 7. maddesine göre ilçe ve yurt dışı ilçe seçim kurullarına bağlı seçim müdürlükleri oluşturulmaktadır. Burada dikkate sunulması gereken nokta, seçim müdürlüklerinde görev yapacak olan seçim müdürleri ve seçim müdür yardımcılarının göreve alınma usulleridir.

Kanun'un 10/3 maddesine göre,

*“seçim müdürü ve seçim müdür yardımcıları, Kurul personeli arasında yapılacak veya yaptırılacak yazılı ve sözlü sınav sonucuna göre Başkan tarafından atanır”.*

Kanun'un 10/4 maddesine göre ise

*“seçim müdürü ve seçim müdür yardımcılığına atanacaklarda, hukuk fakültesi veya siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yükseköğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olma şartı aranır.”*

<sup>24</sup> 7062 sayılı Kanun madde 7: (1) Kurul teşkilatı, merkez ve taşra birimlerinden oluşur.

(2) Merkez teşkilatı; Seçmen Kütüğü Genel Müdürlüğü, Seçim Hizmetleri Genel Müdürlüğü, İnsan Kaynakları Dairesi Başkanlığı, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı ve Özel Kalem Müdürlüğünden oluşur.

(3) Taşra teşkilatı; ilçe ve yurt dışı ilçe seçim kurullarına bağlı seçim müdürlüklerinden oluşur. Kurul, gerekli görülen illerde, il seçim kuruluna bağlı seçim müdürlüğü kurabilir.

<sup>25</sup> GÖNENÇ, 2008, s. 30; GÖNENÇ, Levent: “Yüksek Seçim Kurulu Yasası Üzerine Bir Değerlendirme” (2017), Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Aralık 2017, s. 2.

Yine, Kanun'un 10/7 maddesine göre;

*“seçim müdürü ve seçim müdür yardımcıları, nüfusa kayıtlı oldukları ilçelerde görev yapamazlar; geçici görevde geçen süreler de dâhil aynı yerde altı yıldan fazla çalışamazlar. Ancak bu süreyi dolduranlar, ihtiyaç duyulması hâlinde Başkanın kararıyla en fazla bir yıl daha aynı yerde çalışabilirler”.*

7062 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, seçim müdürlerinin ve yardımcılarının nasıl seçileceği, seçilmek için gerekli olan şartların neler olduğu ve görev sürelerinin kaleme alınmış olması olumlu olarak değerlendirilebilir. Buna karşın, seçim süresince önemli görevler üstelenecek olan bu personelin sözlü sınav yöntemiyle seçilmesi, yöntemin nesnelliği açısından tartışma yaratabilecek niteliktedir<sup>26</sup>. Ekleme gerekir ki, seçim müdürü ve seçim müdür yardımcılarının atanmasına ilişkin yetkinin Kurul'a değil de doğrudan “Başkan'a” verilmiş olması ve yine görev sürelerini dolduran personelin çalışmaya devam edebilmeleri için Kurul'un değil, “Başkan'ın” kararına ihtiyaç duyulması da eleştiriye açıktır. Kurul'un teşkilat yapısı içinde yer alan seçim müdürlüğü ve seçim müdür yardımcılığı gibi üst düzey kadrolarda görev alacak personelin belirlenmesinde büyük çapta bir uzlaşmanın aranması, şeffaf bir seçim ve tarafsızlık tartışmalarının giderilebilmesi adına önemlidir. Söz konusu atamaların tek bir kişinin yetkisine bağlı olması ise bu tartışmaları gündeme getirebilecek niteliktedir.

7062 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklere ilişkin değinilmesi gereken son başlık, personel alımına ilişkin tercih edilen sınav yöntemleridir. Kanun'da, söz konusu sınavlara yönelik düzenlemelerin yeknesak olmadığı görülmektedir. Örneğin, Kanun'un 10/3 maddesinde, “yazılı ve sözlü sınav” ibaresi yer alırken; 10/5 maddesinde “uygulamalı sınav” ifadesine rastlanmaktadır<sup>27</sup>. Kanun'un başka hiçbir yerinde uygulamalı sınav ibaresine yer verilmemiştir. Dolayısıyla, söz konusu sınav yöntemi ile yazılı sınav arasında bir fark olup olmadığı yahut “yazılı”, “sözlü” ve “uygulamalı” sınav olmak üzere üç tür göreve alım usulünün mü belirlendiği Kanun metninden anlaşılamamaktadır. Bu nedenle, konuyla ilgili olarak, Yüksek Seçim Kurulu'nun, 7062 sayılı

<sup>26</sup> Aynı yönde bkz. GÖNENÇ, 2017, s. 2.

<sup>27</sup> 7062 sayılı Kanun madde 10/5: (5) Kurul kadrolarına ilk defa atanacak diğer personel Kamu Personel Seçme Sınavında, yönetmelikte belirlenen puan türünde asgari puanı almış olanlar arasından, yapılacak sözlü ve gerektiğinde uygulamalı sınav sonucuna göre Başkan tarafından atanır. Sınava, ilan edilecek kadro sayısının beş katına kadar aday çağrılır.

Kanun sonrasında çıkarmış olduğu ve 18 Şubat 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan, “Yüksek Seçim Kurulu Memur Sınav, Atama, Yer Değiştirme ve Nakil Yönetmeliği” ile “Yüksek Seçim Kurulu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği”ne bakmak yerinde olacaktır<sup>28</sup>. Adı geçen yönetmeliklerden, “Yüksek Seçim Kurulu Memur Sınav, Atama, Yer Değiştirme ve Nakil Yönetmeliği”, sözlü sınava ek olarak uygulamalı sınav yöntemine de yer vermiştir. Yönetmelik’in 4/1 maddesinin (i) bendine göre; uygulamalı sınav, ilgilinin atanacağı kadronun gerektirdiği mesleki becerinin değerlendirildiği sınav olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu tanımın, yazılı sınav ile uygulamalı sınav arasındaki farkı ortaya koyabilen bir açıklıkta olduğunu söylemek güçtür. Öyle ki, aynı Yönetmelik’in 13. maddesine göre de uygulamalı sınava ilişkin usul ve esaslar ilan edilen sınav duyurusunda belirtilecektir. Bununla birlikte, “Yüksek Seçim Kurulu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği”nde ise “uygulamalı sınav” ibaresine hiç yer verilmemiştir. Dolayısıyla, ilk kez atanabilmek veya görevde yer değiştirebilmek için uygulamalı sınav yöntemi kullanılacak; görevde yükselme veya unvan değişikliği söz konusu olduğunda yazılı sınav uygulanacaktır. Bu tercih farkının gerekçesini saptayabilmek güçtür. Uygulamalı sınav kavramının taşıdığı bu gibi belirsizliklerin ise hem uluslararası seçim hukuku ölçütlerinde yer verilen ve yukarıda da bahsedilen, seçim mevzuatında kullanılan dilin açık ve yeknesak olması gerektiğine yönelik ilkeyi karşılamadığını hem de personel alımını ve dolayısıyla seçim sürecini tartışmalı hale getirebileceğini ifade etmek mümkündür.

---

<sup>28</sup> Bkz. RG. 18.02.2018, S. 30336.



## SONUÇ

Seçim takviminin başlangıcından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve güvenliği ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma; seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur. Bu nedenle, 7062 sayılı Kanun'un gerekçesinde de ifadesini bulan, Kurul'un iş yükünün arttığı ve ayrıntılı bir teşkilat kanununa ihtiyaç duyulduğu tespitine katılmak gerekir. Dolayısıyla, Kurul'un teşkilatına, oluşumuna, görev, yetki ve çalışma usulüne ilişkin seçim mevzuatında dağınık halde bulunan kuralların derlenmesi ve gerekli değişikliklerin yapılması adına ayrı bir kanunun kaleme alınması yerinde olmuştur. Buna karşın, söz konusu hedefleri gerçekleştirmek amacıyla hazırlanan bir kanun metninde bugüne kadar seçim hukukunda yaşanan uyuşmazlıklarda tartışma konusu olmuş pek çok konunun ele alınmadığı ve seçim mevzuatında var olan bir takım çelişkilerin ve tutarsızlıkların giderilmediği görülmektedir. Oysaki Yüksek Seçim Kurulu'nun yapısını ve işleyişini sistematik bir biçimde düzenlemeyi amaçlayan bir kanun metninde, var olan sorunların çözülmesi ve eksikliklerin giderilmesi yerinde olabilirdi. Güçlü bir teşkilat kurma iddiasıyla hazırlanan 7062 sayılı Kanun'un ise bu beklentileri tam olarak karşılayamadığı ifade edilmelidir. Kanun, bu açıdan eleştiriye açıktır.

Bitirirken eklemek gerekir ki, Kanun teklifinin ilk halinde yer alan ve seçim sürecinin ayrılmaz bir parçası olan siyasi partilerin bu sürece katılmalarını büyük ölçüde zorlaştıran bir takım düzenlemeler, Anayasa Alt Komisyonu'nda teklif metninden çıkarılmıştır<sup>29</sup>. Teklif metni üzerinde

<sup>29</sup> Teklifin özgün halinde yer alan ve Anayasa Alt Komisyonu'nda metinden çıkarılan düzenlemelerin ilki, sandık başkanlarını belirleme yöntemine ilişkindi. Teklifin, 298 sayılı Kanun'un 22. maddesini değiştiren 12/4 maddesine göre, ilçe seçim kurulu başkanı, ilçede görev yapan ve sandık kurulu başkanlığına mani hali bulunmayan kamu görevlilerinin listesini yapacak ve bu listeden sandık kurulu başkanlarını belirleyecekti. Böylece, siyasi partiler, sandık başkanını belirleme sürecinde etkisiz hale gelmiş olacaktı. İkinci olarak, teklifin, 298 sayılı Kanun'un 25. maddesini değiştiren 12/6 maddesiyle, siyasi partiler ve bağımsız adaylar tarafından müşahit görevlendirilebilmesi süreci ciddi ölçüde zorlaştırılmaktaydı. Buna göre; ilçede bulunan sandık sayısının iki katına kadar müşahit adına düzenlenmiş fotoğraflı müşahit kartı ilçe seçim kurulu başkanlığına teslim edilmeli; müşahit kartları ilçe seçim kurulu başkanlığınca kontrol edilerek mühürlenmeli ve oy verme gününden önce ilgili siyasi parti temsilcisi veya bağımsız adaya teslim edilmeliydi. Aynı maddeye göre, müşahit kartı yanında

yapılan bu değişikliklerin serbest, adil, şeffaf ve güvenilir bir seçim süreci adına yerinde olduğu belirtmek gerekir. Ayrıca, söz konusu değişikliklerin, Komisyon görüşmelerinde iktidar ve muhalefet partilerinin uzlaşması sonucunda gerçekleştirilmiş olması da seçim hukuku alanında yapılan bu gibi düzenlemelerin yapım süreçleri adına olumlu bir örnek olarak değerlendirilebilecektir. Buna karşın, 13.03.2018 tarihli ve 7102 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, bu yorumları kısmen geçersiz kıldığı da ifade edilmelidir. Öyle ki, 7062 sayılı Kanun'a ilişkin teklifin özgün halinde yer alan; ancak, Anayasa Alt Komisyonu'nda metinden çıkarılan ve siyasi partileri seçim sürecinde etkisiz hale getireceği gerekçesiyle eleştirilere konu olan "sandık kurulu başkanlarını belirleme" sürecine ilişkin düzenleme, 7102 sayılı Kanun ile hukuk hayatına girmiş bulunmaktadır<sup>30</sup>.

## KAYNAKÇA

### I. Kitaplar ve Makaleler

- COŞKUN, Sabri: Seçim Hukuku, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara 2007.  
DEMİROĞLU, Kemal / KARAGİL, Nevzat: Yeni Seçim Kanunlarının Mufassal Şerhi ve Tatbikatı, Sıralar Matbaası, İstanbul 1961.  
ERDEM, Tarhan: Anayasalar ve Seçim Kanunları: 1876-1982, Milliyet Yayınları, İstanbul 1982.  
GÖNENÇ, Levent: Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

---

bulunmayan veya istenildiğinde ibraz etmeyen kişiler sandık başı işlemlerini takip edemeyeceklerdi. Buna ek olarak, müşahit kartının şekil ve içeriği ile teslim edilme süresi Yüksek Seçim Kurulunca belirlenecek ve süresi içinde söz konusu kartları teslim etmeyen siyasi partiler ve bağımsız adaylar, sandık başında müşahit bulunduramayacaklardı. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu, Esas No. 2/1929, Karar No. 7, 28.11.2017, s. 24-67.

<sup>30</sup> Bkz. 7102 sayılı Kanun Madde 3:

"298 sayılı Kanunun 22 nci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

Sandık kurulu başkanının belirlenmesi

MADDE 22- İlçede görev yapan tüm kamu görevlilerinin listesi, mülki idare amiri tarafından yerleşim yeri adresleri esas alınmak suretiyle ilgili ilçe seçim kurulu başkanlıklarına gönderilir. İlçe seçim kurulu başkanı, bu kamu görevlileri arasında ihtiyaç duyulan sandık kurulu başkanı sayısının iki katı kamu görevlisini ad çekme suretiyle tespit eder ve bu kişiler arasından mani hali bulunmayanları sandık kurulu başkanı olarak belirler.

Sandık kurulu başkanının göreve gelmemesi halinde, kamu görevlileri arasından belirlenen üye, bu üyenin de bulunmaması durumunda en yaşlı üye kurula başkanlık eder."

- GÖNENÇ, Levent: “Yüksek Seçim Kurulu Yasası Üzerine Bir Değerlendirme”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, Aralık 2017.
- HATİPOĞLU, Muzaffer / PARLAR, Ali: Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı Seçim Kanunları ve Seçim Suçları, Ankara 2004.
- OWEN, David: “Democracy”, Political Concepts içinde, Bellamy, Richard / Mason, Andrew (ed.), Manchester University Press, Manchester 2003.
- PRZEWORSKI, Adam: “Minimalist Conception of Democracy: A Defense”, Democracy's Value içinde, SHAPIRO, Ian / HACKER-CORDON, Casiano (ed.), Cambridge University Press, Cambridge 1999.
- TÜRK HUKUK KURUMU: Türk Hukuk Lûgatı, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü, 3. b., Ankara 1991.

## II. Diğer Kaynaklar

- OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS (OSCE): “Resolving Election Disputes in the OSCE Area: Towards a Standard Election Dispute Monitoring System”, 2000, <https://www.osce.org/odihr/elections/17567?download=true>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018).
- Resmi Gazete, Çeşitli Sayılar.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu, Esas No. 2/1929, Karar No. 7, 28.11.2017.
- Yüksek Seçim Kurulu, Çeşitli Kararlar.
- Yüksek Seçim Kurulu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Teklifi, TBMM Başkanlığı, Esas No. 2/1929, 21 Kasım 2017.



# SİGORTA KOOPERATİFÇİLİĞİ: TÜRKİYE UYGULAMASI

## INSURANCE COOPERATION: TURKEY PRACTICE

DOI: 10.21492/inuhfd.399619

Serdar DEMİRCİ\*

### Özet

Sigorta, bir sosyal dayanışma mekanizmasıdır. Kooperatifler ise ortaklarının ekonomik menfaatlerini koruyup, kollamak ve güçlendirmek amacıyla kurulan, bu amaç çerçevesinde de ortakları arasında yardımlaşma, dayanışma ve kefalet fonksiyonlarını “karşılıklılık” prensibi bağlamında hayata geçiren ortaklıklardır. Gerek sigortacılık gerekse kooperatifçilik, münferit güçlerin birleştirilerek sosyal ve ekonomik olarak dayanışma halinde sorunların ortaklaşa ve karşılıklı olarak çözümlenmesinin hedeflendiği benzer modellerdir. Sigortacılık ve kooperatifçiliğin, bu çerçevede kesiştiği ortak nokta karşılıklı (mütüel) sigortadır. Karşılıklı sigorta, aynı sahada ticari faaliyette bulunan grup üyelerinin, birbirlerinin sigortacısı olmasını ve herhangi bir hasar durumunda, grup üyelerinin katkılarıyla oluşturulmuş fonun, hasarın karşılanmasında kullanılması esasına dayanan özel bir sigorta sözleşmesidir. Karşılıklı sigortanın temel karakteristiğini ortaya koyan “karşılıklılık” (mutuality); ortak menfaatleri için, sigorta fonuna prim ödemek suretiyle katkı sağlayanların, gerek sigortacılık faaliyeti sonucunda oluşan ihtiyaç fazlasından pay alabilme gerekse hasar bedelini temin edebilme hakkına sahip olmalarını ifade etmektedir. Ülkemizde karşılıklı sigortanın “kooperatif” çatısı altında yürütülmesi tercih edilmiştir. Bu çalışmada da özetle, karşılıklı sigorta faaliyetinin icra edildiği sigorta kooperatiflerine ve ülkemizdeki mevcut durumuna değinilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kooperatif, sigorta, sigorta kooperatifi, mütüel sigortacılık, karşılıklı sigorta şirketi.

### Abstract

Insurance is a social solidarity mechanism. The Cooperatives are partnerships which are established in order to protect and strengthen the economical benefits of their partners, and which accordingly put the cooperation, solidarity and security functions among the partners in practice within the principle of “reciprocity”. Both insurance and the cooperative systems are similar models in which the problems are aimed to be solved mutually and reciprocally in social and economical solidarity by having individual powers coming together. The common point where insurance and cooperative system intersect within this frame is the mutual insurance. The mutual insurance is an insurance agreement which relies on the principle of getting group members, which carry on commercial activities on the same field, to be each other’s insurers, and in the event of a damage, to afford the damage from the fund which is established by the contributions of the group members. “Mutuality” which reveals the basic characteristic feature of mutual insurance means that contributors contributing premiums to the insurance fund for their joint interests, have the right both to obtain a surplus arising as a result of the insurance activity

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. (E-mail: serdar.demirci@inonu.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 28.02.2018

Makale Kabul Tarihi: 20.06.2018

and to claim damages. In our country, it is preferred to carry on the mutual insurance under the "cooperative" institutional structuring. This study touched in brief upon the current situation of the insurance cooperative system in which mutual insurance activity is carried out in our country.

**Keywords:** Cooperative, insurance, cooperative insurance, mutual insurance, mutual insurance company.

## GİRİŞ

Sigorta, kişilerin hayatları boyunca karşılaşılması olası, ekonomik yıkıma sebebiyet veren hadiselerin sonuçlarından korunmak maksadıyla, zarar öncesi tedbir alma ihtiyacından doğmuştur<sup>1</sup>. Sigortada karşılıklı yardım esas olduğundan, muhtemel tehlikelerin sonuçlarını önceden giderebilmek için, başkalarının mali desteğine başvurmak zorunlu görülmüştür<sup>2</sup>. Bu anlamıyla sigorta, bir sosyal dayanışma mekanizmasıdır<sup>3</sup>. Sigorta, kavram olarak topluma güveni çağırıştırır<sup>4</sup>. Sigortacılık ile benzer risklere muhatap olan bireyler oluşturdukları topluluğu korumak ve bizzat korunmak amacıyla, prim adı verilen ödemelerde bulunarak fon havuzları oluşturmakta ve bu fonlar sayesinde güvence sağlamaktadır<sup>5</sup>.

Uluslararası Kooperatifler Birliği'nin (ICA-International Cooperative Alliance) tanımına göre kooperatif; *“ortak ekonomik, sosyal ve kültürel ihtiyaçları ve istekleri, müşterek sahip olunan ve demokratik olarak kontrol edilen bir işletme yoluyla karşılamak üzere, gönüllü olarak bir araya gelen insanların meydana getirdiği özerk bir teşkilattir”*<sup>6</sup>.

Bu noktada sigorta ve kooperatifçilik arasında benzerlikler bulunmaktadır. Kooperatifler gibi sigortacılık da, dünya tarihinde köklü bir geçmişe sahip en eski yardımlaşma ve dayanışma mekanizmalarından

<sup>1</sup> Sigorta kavramının tanımı için bkz: KUBİLAY, Huriye: “Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Sigorta Sözleşmeleri-Sigorta Kurumları-Örnek Olaylar-Yargıtay Kararları-Sigorta Genel Koşulları, İzmir 2003, s.1 vd.; ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2010, s.5.

<sup>2</sup> ABRAHAM, Kenneth S.: Insurance Law And Regulation Cases And Materials, Foundation Press, USA 2015, s.4; “LOWRY, John / RAWLINGS Philip: Insurance Law Cases And Materials, “USA 2004, s.3; KENDER, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015, s.1.

<sup>3</sup> ABRAHAM, s.1.

<sup>4</sup> AKAY, Hüseyin: Hayat Sigorta Şirketlerinde Hesap İşleri Düzeni, İstanbul 2001, s.1; “ÖZKAN, Mehmet: Sigorta İşlemleri ve Muhasebesi, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul 1998, s.10.

<sup>5</sup> ÖZBOLAT, Murat: Temel Sigortacılık, Ankara, 2006, s. 25; ABRAHAM, s.3.

<sup>6</sup> <http://ica.coop/en/what-co-operative>, (Erişim Tarihi: 03/03/2017)

birisidir<sup>7</sup>. Gerek sigortacılık gerek kooperatifçilik, sosyal ve ekonomik olarak dayanışma halinde, sorunların ortaklaşa ve karşılıklı olarak çözümlenmesinin hedeflendiği modellerdir<sup>8</sup>. Sigortacılık mantığında da, muhtelif risklere karşı ekonomik menfaatlerinin korunması amacıyla topluluk üyelerinin maddi güçlerini birleştirdiği, küçük birikimlerle ortaklaşa oluşturulan finansal fondan, riske maruz kalan topluluk üyesinin uğradığı zararın giderildiği bir kooperatif yapısı ve kültürü mevcuttur<sup>9</sup>. Bu nedenle dünyada sigorta sisteminin oluşumunda ve gelişiminde, kooperatiflerin önemli bir işlevi söz konusu olmuştur<sup>10</sup>. Hatta günümüzde Avrupa ve Amerika’da çok sayıdaki güçlü sigorta şirketinin temelinde kooperatif sigortacılığı yer almaktadır<sup>11</sup>.

Ülkemizde de Osmanlı İmparatorluğu döneminde başlayan ahilik teşkilatı, kooperatifleşmenin tarihsel sürecinin dönüm noktası olduğu gibi, sigortacılık sisteminin de başlangıcını oluşturmuştur<sup>12</sup>. Ahilikte öngörülen yardım sandıkları, sigorta mantığıyla hareket ederek, ölüm ve yangın gibi risklere karşı üyelerini korumuştur<sup>13</sup>.

Felsefi anlamda benzer özellikler ihtiva eden sigortacılık ve kooperatifçiliğin kesiştiği ortak nokta ise karşılıklı (mütuel) sigortadır. Zira, kooperatifler ortakları arasında yardımlaşma, dayanışma ve kefalet işlevlerini “*karşılıklılık*” prensibi bağlamında hayata geçiren ortaklıklardır<sup>14</sup>. Kooperatiflerin, üyelerinin risklerini en aza indirirken,

<sup>7</sup> Sigortanın tarihi gelişimi için bkz: ÇEKER, Mustafa: Sigorta Hukuku, Ankara, 2012, s.6 vd.

<sup>8</sup> ABRAHAM, s.4 vd.; ULAŞ, s.5 ; MARTİNEZ, Leo P.: Cases And Materials on Insurance Law, Sixth Edition, USA 2010, s.25 vd.

<sup>9</sup> AKAY, s.7.

<sup>10</sup> “BAKER, Tom: Insurance Law and Policy, Cases Materials and Problems, “Second Edition, USA 2008, s.12 vd.

<sup>11</sup> ÜSTÜN, Yusuf: “Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı”, Karınca Dergisi, Mart 2014, Yıl:80, Sayı:927, s.4-5.

<sup>12</sup> Ahilik kültürü insana saygı ve sevgiyi işleyen, sürekli bir dayanışma ve sosyal yardımlaşmaya dayanan, kaliteli bir üretimi benimseyen ve teşvik eden, haksız rekabeti ortadan kaldıran bir teşkilat modelidir (Ayrıntılı bilgi için bkz: CAN, Ozan: “Ahilik İlkeleri İçerisinde Rekabet Hukukunun Yeri” , 2. Uluslararası Ahilik Sempozyumu, Cilt 1, s.415); AKAY, s.9; YILDIRIM, B. Önal / MADRAN, Canan: “Türk Sigortacılık Sektöründe Pazarlama Sorunları-Bu Sorunların Sektörün Finansal Yapısı Üzerine Etkileri ve Çözüm Önerileri, Sigortacılık Sektörü Bilimsel Çalışma Yarışması 1997”Üçüncülük Ödülü, Milli Reasürans T.A.Ş. Yayını, s.81.

<sup>13</sup> Ahi Birlikleri’nde, günümüzdeki çağdaş kooperatifçilikte geçerli olan ilke ve kaidelere katı ve titiz bir şekilde uyulmuştur (Bkz: BİLGİN, Necdet / TANIYICI, Şaban: “Türkiye’de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi”, “KMU İİBF Dergisi, Yıl:10, Sayı:15, Aralık/2008, s.138).

<sup>14</sup> ÜSTÜN, Yusuf / AYDIN, Muhittin: Kooperatifler Hukuku, Ankara, 2017, s.41 vd.

sosyal güveni artırmaya yönelik çalışma mantığı, karşılıklı sigortacılıkla kooperatifçiliği uyumlu hâle getirmektedir. Bu kapsamda, gerek mütüel sigortacılıkta gerek kooperatif yapılanmasında esas olan dayanışma ve kefalet esasları, karşılıklılık prensibiyle birbirini tamamlayan bir yapı hâline dönüşmektedir.<sup>15</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1402. maddesinde bu husus, “*karşılıklı sigorta faaliyeti ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebilir*” hükmüyle yasal alt yapıya kavuşturulmuştur.

Çalışmamızda da bu temel üzerinde öncelikle; karşılıklı sigortacılık uygulaması için öngörülen kooperatif yapılanmasının felsefi mantığına ve ülkemizde kooperatifçiliğin ne şekilde gelişim gösterdiğine değinilerek, sigortacılık ve kooperatifçilik arasındaki yasal ve amaçsal ilişki ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ardından sigorta kooperatifçiliği, mevzuatımızdaki alt yapısı ve faaliyet esasları çerçevesinde irdelenecektir. Ancak bu değerlendirmeden önce, karşılıklı sigorta kavramı ve karşılıklılık esasına göre faaliyet yürüten şirketlere ilişkin genel bir değerlendirme yapılmasının uygun olacağı düşünülmüştür.

Çalışmada yer yer uluslararası uygulama ve örneklere atıf yapılmakla birlikte, çalışmanın kapsamı itibarıyla mukayeseli hukuk boyutunda bir inceleme yapılmasından kaçınılmıştır. Buna ilaveten uzunca bir süredir gündemde olan “Kooperatifler Kanunu Tasarısına”na ilişkin, ilgili kurum ve kuruluşlarca henüz resmi bir taslak metnin kamuoyuyla paylaşılmamış olması nedeniyle, söz konusu tasarı ile mevzuat bakımından bir karşılaştırma olanağı elde edilememiştir.

## 1- KOOPERATİFÇİLİK

### 1.1. Dünyada Kooperatifçilik

Çağdaş anlamda kooperatif örgütlenmelerinin temeli, sendikacılık yapılanmasında olduğu gibi endüstri devrimi sonrasında işçi sınıfının geçim ve çalışma koşullarının ağırlığından kaynaklanan sorunlara dayanmaktadır. Özellikle sanayi devriminin ortasında kalan İngiltere’de, işsizlik, iç göç, gelir dağılımının bozulması gibi sorunlar sonucunda, işçiler tarafından başlatılan tüketim kooperatifçiliği akımı kooperatiflerin doğuşunda büyük etkiye sahip olmuştur<sup>16</sup>. Almanya ve Fransa gibi diğer

<sup>15</sup> “<http://koop.gtb.gov.tr/haberler/kooperatif-sigortaciligi-anlatildi>, (Erişim tarihi: 03/03/2016); ULAŞ, s.12.

<sup>16</sup> Tüketim alanındaki ilk kooperatif İngiltere’de “Rochdale öncülüleri” olarak tüm dünyada ün salan ve sonrasında ICA tarafından kooperatifçilik ilkeleri olarak benimsenen temel kuralları uygulamış bulunan 28 dokuma işçisi tarafından 1844 yılında kurulmuştur. Almanya’da 1849’da “esnaf hammadde alım kooperatifi”, 1850’de “esnaf kredi kooperatifi”, kurulmuşken; Fransa’da ilk kooperatif 1831 yılında marangozlar tarafından



ülkelerdeki başarılı örnekler de kooperatifçiliğin küresel boyutta yaygınlık kazanmasına yol açmıştır<sup>17</sup>.

Ekonomik ve sosyal yaşam alanı ile kamu yönetiminde yaşanan değişimler sonucunda devletler, ekonomik rollerini azaltmış, planlı ekonomilerden piyasa ekonomisine doğru yönelmiştir. Gelişmiş birçok ülkede, kooperatifler gibi üyelerin kendi aralarında yardımlaşmaları ve birbirlerinin sorumluluklarını üstlendikleri ekonomik dayanışma örgütleri, kamusal otoritenin çekildiği alanlarda ortaya çıkan boşluğu doldurmuştur<sup>18</sup>.

Zaman içinde kooperatifler, yalnızca zayıf kesimlerin dayanışma kuruluşu olmaktan çıkmış, ticari hayatta başarılı girişim örnekleri hâline gelmiştir. İş sahalarının oluşturulması, kaynakların etkin hale getirilmesi, yatırımların teşvik edilmesi gibi ekonomik fonksiyonlar, kooperatifleri, toplum açısından da önemli bir etkiye sahip kılmıştır<sup>19</sup>.

Kısa süre içinde yaygın bir uygulama alanına sahip olan kooperatif hareketi, 1895 yılında uluslararası düzeyde bir örgüte kavuşmuştur. Kısaca ICA olarak bilinen<sup>20</sup> Uluslararası Kooperatifler Birliği tarafından; “gönüllü ve herkese açık ortaklık, ortaklar tarafından gerçekleştirilen demokratik denetim, ortakların ekonomik katılımı, özerklik ve bağımsızlık, eğitim-öğrenim ve bilgilendirme, kooperatifler arasında işbirliği ve topluma karşı sorumlu olma” şeklinde belirlenen temel yedi ilke, kooperatiflerin tanımlanmasında esas teşkil eden temel prensipleri ortaya koymuştur<sup>21</sup>.

## 1.2. Ülkemizde Kooperatifçilik

Anadolu Selçuklu Devletinin sonlarına doğru kendini gösteren “Ahi Birlikleri” nde çağdaş kooperatifçiliğe ilişkin kural ve ilkelerin

---

kurulmuş, bunu 1835 yılında Lyon’da tüketim kooperatifleri izlemiştir [Bkz: <http://ica.coop/en/whats-co-op/history-co-operative-movement>, (Erişim Tarihi: 15/03/2017)].

<sup>17</sup> GERAY, Cevat: “Kooperatifçiliğin Dünyada ve Türkiye’deki Nicel Gelişimi”, SBF Dergisi, 1992, C. 47, s.1.

<sup>18</sup> “T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü, Türkiye Kooperatifçilik Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2016, “s.1.

<sup>19</sup> ÜSTÜN / AYDIN, s.41 vd.

<sup>20</sup> “Bugün ICA’daki 8 sektör örgütünden biri de Uluslararası Karşılıklı Sigorta Kooperatifleri“Federasyonu“(International Cooperative And Mutual Insurance Federation-ICMIF)’dur. ICMIF“dünyada uzunca bir geçmişe sahip ve önemli çalışmalar gerçekleştiren kooperatif üst örgütlerinden biridir“(Bkz: ÜSTÜN, s.4).

<sup>21</sup> Bu ilkelerin detayları ve uygulama esasları için bkz: <https://www.ncba.coop/7-cooperative-principles>, (Erişim Tarihi: 15/03/2017). Ayrıca bkz: ÜSTÜN / AYDIN, s.3 vd.

uygulandığı bilinmektedir. Ahi Birlikleri, 1727 yılında Gedik ve Loncalara dönüştürülmüş, 1913 yılında ise tamamen kaldırılmıştır. Ortaya çıkan bu boşluk daha sonra meslek odaları ile doldurulmuştur<sup>22</sup>.

Çağdaş kooperatifçiliğin Türkiye’deki ilk uygulamasının Osmanlı Devleti döneminde Mithat Paşa’nın katkılarıyla 1863 yılında devlet eliyle kurulan ve tarım kredi kooperatifçiliği benzeri bir yapı sergileyen “*Memleket Sandıkları*” ile başladığı kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Ancak, kooperatifçiliğimizde esaslı gelişmeler Cumhuriyet dönemine rastlamaktadır. Toplumsal ve ekonomik faktörler nedeniyle ilk olarak tarımsal alanda ortaya çıkan kooperatifçilik faaliyeti daha sonra, ekonomik ve sosyal yapıdaki değişimler ve ihtiyaçlar sebebiyle, başta konut/işyeri inşaatı olmak üzere, taşımacılık, tüketim, kredi-kefalet, turizm ve nihayet sigortacılık gibi<sup>24</sup> sahalarda yaygınlaşmıştır<sup>25</sup>.

Kooperatiflerle ilgili Türkiye’deki ilk düzenleme 1867 tarihli Memleket Sandıkları Nizamnamesi’dir. Cumhuriyet döneminde ise hem 1926 hem 1956 tarihli Ticaret Kanunları’nda kooperatif şirketlere yer verilmiş, ayrıca tarım satış/kredi kooperatifleri ile ilgili kanunlar çıkarılmış, kalkınma planlarında kooperatifçiliğin desteklenmesine önem verilmiştir. 1961 Anayasası’nın 51. ve 1982 Anayasa’sınının 171. maddesinde de kooperatifçiliğin gelişimine yönelik maddeler sevk edilmiştir.

Mevzuatımızda, kooperatif hukukunun ana kaynağını 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (KoopK.) teşkil etmektedir. 1969 yılında KoopK.’nin yürürlüğe girmesinden evvel kooperatifler, büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanunu’nun 29. fıslındaki kooperatiflere ilişkin hükümlerini örnek alan mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (eTTK) “*Kooperatif Şirketler*” başlıklı altıncı fıslında, 485 ila 502. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, KoopK. ile eTTK’nin kooperatif

<sup>22</sup> HAZAR, Nureddin: “Türkiye’de Kooperatifçilik, Türk Kooperatifçilik Kurumu Yayınları, Yayın No:88, Ankara 1997, “s.8.

<sup>23</sup> “ÖZCAN, Orhon:“Türkiye’de Kooperatifçiliğin Tarihi Gelişimi ve Cumhuriyet Dönemi Kooperatifçiliği”, “Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Kooperatifçilik Bilim Dalı, İstanbul 2007, s.108. “

<sup>24</sup> Diğer kooperatif türleri için bkz: ÜSTÜN / AYDIN, s. 32 vd; LALE, Muktedir: Kooperatifler Hukuku, Ankara 2010, s.2439 vd.

<sup>25</sup> “ERÇİN, Ferhat: Türk Hukuku’nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri, DER Yayınları, İstanbul 2005, s.44-45.

şirketleri faslı ilga edilerek, kooperatifler özel bir yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur<sup>26</sup>.

TTK’de ticaret şirketlerinin türlerini belirten 124. maddede, kooperatifler de sayılmıştır. Bahse konu düzenleme dikkate alınarak, kooperatifler, doktrinde, ne şahıs ne sermaye ortaklığı özelliği taşıyan, kategori (tür) dışı bir ticaret ortaklığı olarak kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

KoopK’nin 98 ve 99. maddelerine göre kooperatif davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılmakta ve yasada hüküm bulunmayan hallerde, TTK’nin anonim şirketlere ait hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, kooperatiflerle ilgili herhangi bir iş ve işlemin mevzuat karşısındaki durumunu belirlemek için önce KoopK.’ya, bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde ise TTK’nin anonim şirketlere ilişkin hükümlerine bakmak gerekecektir<sup>28</sup>.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 1. maddesinde kooperatif şu şekilde tanımlanmıştır:

<sup>26</sup> “POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000, POROY/ÇAMOĞLU, s.903; ÖZMEN, Kemal: Kooperatifler, 3. Bası, İstanbul 2014, s.30.

<sup>27</sup> eTTK’nin 1969 yılında ilga edilen 485. maddesine göre kooperatifler ticaret şirketi olarak kabul edilirken; KoopK’nin 1. maddesinde kooperatifler teşekkül olarak tanımlanmıştır. Ancak eTTK’nin 136. maddesinde ticaret şirketleri arasında kooperatiflerin yer almayışı, doktrinde uzunca süre kooperatiflerin tacir olup olmadığı sorusu başta olmaz üzere birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. 2004 yılında KoopK.’de yer alan “teşekkül” ibaresi kaldırılmış ve TTK’de 124. maddede kooperatifler de ticaret şirketi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca md.16/f.1’de tüzel kişi tacirler tek tek sayılmış ve bunların arasında ticaret şirketleri de zikredilmiştir. Ancak buna rağmen Yargıtay, 15. H.D.’nin T.15.09.2014 - E.2014/2787 -K.2014/5195 sayılı içtihadında olduğu gibi, muhtelif kararlarında kökleşmiş içtihatlarına dayanarak bilhassa yapı kooperatiflerini tacir olarak kabul etmemektedir. Orbay Ortaç, Can tarafından belirtildiği üzere kanuni düzenlemenin açık sözü ve gerekçesi dikkate alındığında, mahkemeler için yol gösterici nitelik taşımaktan başka işlevi bulunmayan içtihatların köklü olduğu belirtilerek kanun hükümlerinin dikkate alınmaması doru değildir (Ayrıntılı bilgi için bkz: ORTAÇ ORBAY, Nurdan/CAN, Ozan: “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.09.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi”, “Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Eylül 2016, Cilt XXXII-Sayı 3, s.91-92; POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU; Ortaklıklar Hukuku I, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2014, (POROY/TEKİNALP), s.89; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s.7; ÜSTÜN / AYDIN, s.5-6 vd.; ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, ÇEŞMEALTI 2016, s.108).

<sup>28</sup> ÖZMEN, s.30-32; ÜSTÜN / AYDIN, s.10-12; KURTULAN, Ahmet: Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, Ankara 2007, s.753; TÜNİRİ, İlker: Kooperatifler Uygulaması, Ankara 2007, s.427, 432.

*“Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir”.*

Yasadaki tanımda bilhassa kooperatiflerin amacı ile bu amacı elde etmeye yarayan araçlar vurgulanmaya çalışılmıştır. Yukarıdaki tanımda kooperatifin amacı; *ortaklarının belirli ekonomik gereksinimlerinin ve özellikle meslek ve geçimlerine ait ihtiyaçlarının sağlanıp korunması*, biçiminde ifade edilmiş ve karşılıklı yardımlaşma, dayanışma ve kefalet kurumları esas alınmıştır<sup>29</sup>.

Ülkemizde sigortacılık faaliyetleri yakın bir zamana kadar anonim şirket şeklinde kurulacak sermaye şirketlerince yapılagelmekteyken, 2007 yılında yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu (SK) ile yeniden gündeme gelen<sup>30</sup> sigorta kooperatifleri de, bir alternatif olarak sigortacılık piyasasında yer almaya başlamıştır<sup>31</sup>.

Kooperatifçilik ilkesi ışığında faaliyet gösteren, ancak mevzuat hükümleri, çalışma konuları ve amaçları bakımından diğer kooperatiflerden<sup>32</sup> farklılık arz eden sigorta kooperatiflerinin ülkemizdeki yasal alt yapısına ve çalışma esaslarına açıklık getirilmesi ihtiyaç haline geldiğinden, çalışmamızın konusu da bu yönde belirlenmiştir.

## **2- SİGORTA KOOPERATİFÇİLİĞİ**

### **2.1. Genel Olarak**

Bugüne kadar ülkemizde kooperatifçilik, çoğunlukla yapı kooperatifçiliği ile tarım kooperatifçiliği olarak algılanmış ve yapı kooperatiflerinde çoğu kooperatif üyesi mağdur edilmiştir. Tüm bunlar kooperatifçilik konusunda olumsuz bir kanaate neden olmuştur. Yasal alt yapı konusunda da yaklaşık elli yıldır yürürlükte bulunan KoopK.'nin çağın gerisinde kaldığı bir gerçektir.

<sup>29</sup> TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) 2000, s.904-905; ÜSTÜN / AYDIN, s.24 vd.; KURTULAN, s.54.

<sup>30</sup> Sigortacılık alanında, karşılıklı sigortacılık ve sigorta kooperatifçiliği uygulaması eTTK'de ve mülga sigortacılık mevzuatında da yer almasına rağmen, 5684 sayılı Kanunla revize edilmiş ve anılan Kanun döneminde üç şirket kooperatif şeklinde yapılanarak faaliyet göstermeye başlamıştır. Bkz: aşağı. “2.3- Karşılıklı (Mütuel) Sigorta Şirketi”.

<sup>31</sup> ÜSTÜN / AYDIN, s.41.

<sup>32</sup> Diğer kooperatif türlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz: LALE, s.2439 vd.; ÜSTÜN / AYDIN, s.32 vd.

Kooperatif sigortacılığı, nispeten ülkemiz açısından yeni bir yapılanma örneği<sup>33</sup> teşkil etmektedir. Anılan modelde, düzenleme-denetleme yetkisi Hazine Müsteşarlığı ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı arasında paylaşılmıştır. Bu yetki, sigortacılık faaliyetleri bakımından, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2/e maddesi gereği Hazine Müsteşarlığı ana hizmet birimlerinden Sigortacılık Genel Müdürlüğü'ne; kooperatifçilik yapılanması açısından Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesi kapsamında anılan Bakanlığın Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü'ne tahsis edilmiştir.

Sigorta kooperatifçiliğine ilişkin mevzuatımızda, TTK'nin karşılıklı sigorta faaliyetinin ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebileceğine ilişkin genel bir ifade içeren 1402. maddesi haricinde, temel düzenleme SK'nin sigorta ve reasürans şirketlerinin kuruluşunu düzenleyen 3. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer almaktadır. Bununla birlikte, kooperatif niteliğindeki sigorta şirketlerine, sigortacılık faaliyetleri dolayısıyla SK, kooperatif özellikleri gereği KoopK. ve anılan Kanunun, *"Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki Anonim şirketlere ait hükümler uygulanır."* hükmünü haiz 98. maddesindeki atıf nedeniyle TTK'nin anonim şirketlere ilişkin hükümleri<sup>34</sup> uygulanacaktır<sup>35</sup>.

<sup>33</sup>“Ülkemizde ilk kooperatif sigortacılığı aslında, “1958 yılında Halk Bankası öncülüğünde, esnaf ve sanatkarlar Kooperatifi ve elliden fazla esnaf ve sanatkarın ortaklığı ile kurulan Birlik Sigorta Kooperatifi ile hayata geçirilmiştir. Ancak, 1997 yılında “Birlik” Sigorta Kooperatifi, “sigorta kooperatifi” statüsünden anonim şirkete dönüştürülmüş, 2010“yılında da“Birlik Sigorta A.Ş. olan unvanı, Halk Sigorta A.Ş. olarak değiştirilmiştir“ [Bkz: <http://www.arabakutuphanesi.com/tanitim/birlik-sigorta>, (Erişim Tarihi: 07.04.2016)].

<sup>34</sup> Bkz: yuk. “1-1.2-Ülkemizde Kooperatifçilik”.

<sup>35</sup> Avrupa Birliği'nde de, bazı ülkelerde sigorta şirketlerine ve karşılıklı sigorta şirketlerine ilişkin özel hükümler anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerle birlikte uygulanırken; bazı ülkelerde tüm sigorta şirketleri için uygulanan özel hükümler anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerle, Macaristan'da ise özel olarak karşılıklı sigorta şirketlerine uygulanan hükümler anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerle birlikte, karma bir yapı içinde uygulanmaktadır [Ayrıntılı bilgi için bkz: “Association Internationale des Sociétés d'Assurance Mutuelle (AISAM): “Governance of Mutual Insurance Companies: The Current State of Legislation: Report by the Governance & Company Law Taskforce, led by Jeanne-Marie Camboly, of the European Legislation Working Group, chaired by Edoardo Greppi” (file:///C:/Users/acer/Downloads/AISAM%20(2006)%20Governance%20of%20Mutual

Sigorta kooperatiflerinin mevzuatımız karşısındaki değerlendirmesine geçmeden önce, karşılıklı sigorta kavramı ve bu esasa göre faaliyet gösteren karşılıklı sigorta şirketlerine ilişkin genel bir değerlendirme yapılmasının, konunun daha iyi anlaşılması bakımından yararlı olacağı düşünülmektedir.

## 2.2. Karşılıklı Sigorta Kavramı

Karşılıklı sigorta genel anlamıyla, aynı sahada ticari faaliyette bulunan grup üyelerinin, birbirlerinin sigortacısı olmasını ve herhangi bir hasar durumunda, grup üyelerinin katkılarıyla oluşturulmuş fonun, hasarın karşılanmasında kullanılması esasına dayanan özel bir sigorta sözleşmesi<sup>36</sup> uygulamasıdır.

Aslında karşılıklılık unsuru tüm sigorta sözleşmelerinde mevcuttur. Nitekim, sigorta ettirenler tarafından ödenen primlerden oluşan fon, hasar-tazminat<sup>37</sup> talepleri ile poliçe sahiplerine geri dönmektedir<sup>38</sup>.

Uluslararası uygulamada bugün çok çeşitli sigorta türlerinde uygulanmakla birlikte, gemi sahipleri tarafından kurulan koruma ve tazminat kulüplerinin (Protection and Indemnity Club) çalışma prensibi, temel olarak karşılıklı sigorta esasına dayanmaktadır<sup>39</sup>.

Karşılıklı sigortanın karakteristiğini ortaya koyan “*karşılıklılık*” (mutuality); ortak menfaatleri için, sigorta fonuna prim ödeyerek katkı sağlayanların, gerek sigortacılık faaliyeti sonucunda oluşan ihtiyaç fazlasından pay alabilme gerekse hasar bedelini temin edebilme hakkına sahip olmalarını ifade etmektedir. Karşılıklılık, prim ödeyenlerin hissedar, hissedarların da prim ödeyen kişiler olduğu birlikteliklerde esastır. Bu ilke sağlandığı sürece, yapılanmanın şekli önemli değildir<sup>40</sup>. Önemli olan, fona katkı sağlayan kişilerin sorumlulukları ile ödedikleri prim miktarı arasında

---

%20Insurance%20Companies%20the%20current%20state%20of%20legislation\_en.pdf - Erişim Tarihi: 07.04.2016)].

<sup>36</sup> “Milli Reasürans T.A.Ş.: Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü, “Haziran 2004, s.184.

<sup>37</sup> AKAY, s.4-5; ABRAHAM, s. 1 ; MARTÍNEZ, s.25 vd.

<sup>38</sup> “<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/gimanual/gim9020.htm>, “ (Erişim tarihi: 07/03/2017), HM Revenue & Customs, Mutual Insurance, What is mutual insurance?

<sup>39</sup> Detaylı bilgi için bkz: SEWARD, Robert: “The Role of Protection and Indemnity (P&I) Clubs, Deputy Chairman Tindall Riley (Britannia) Ltd, November 2002, ([http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/wks\\_MA\\_16684.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/wks_MA_16684.pdf)).

<sup>40</sup> LORD MACMILLIAN: Municipal Mutual Insurance Ltd.vHills (1932) 16TC430, s.448 (<https://books.google.com.tr/books?isbn=9881754518>, Erişim Tarihi: 01.04.2017).

makul bir ilişkinin kurulmasıdır<sup>41</sup>. Nitekim ülkemizde bu yapının “kooperatif” şeklinde olması tercih edilmiştir.

Mevzuatımızda, karşılıklı sigorta TTK'nin sigorta hukukuna ilişkin Altıncı Kitabının 1402. maddesinde, “Birden çok kişinin birleşerek, içlerinden herhangi birinin, belli bir rizikonun gerçekleşmesi durumunda doğacak zararlarını tazmin etmeyi borçlanmaları karşılıklı sigortadır. Karşılıklı sigorta faaliyeti ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebilir.” şeklinde tanımlanmıştır. SK'nin “Sigorta şirketlerinin ve reasürans şirketlerinin kuruluşu” kenar başlıklı 3. maddesinde de “Türkiye’de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulması şarttır.” hükmü yer almaktadır. Böylelikle TTK’deki karşılıklı sigorta faaliyetinin ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebileceğine ilişkin düzenleme karşısında, SK’de de, sigorta ve reasürans şirketlerinin kooperatif şirket şeklinde kurulabilmesine izin verildiği görülmektedir. Ancak, SK’nin yürürlük tarihinin TTK öncesi olduğu dikkate alındığında<sup>42</sup>, karşılıklı sigorta ile ilgili olarak eTTK ile mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu’ndaki (SMK) düzenlemeleri de incelemek gerekir.

eTTK’de sigorta sözleşmesini tanımlayan md.1263/f.3’te; “Birçok şahısların birleşerek içlerinden herhangi birinin duçar olacağı her nevi tehlikeden (Rizikodan) doğan zararları tazmin etmeyi taahhüt etmelerine “Karşılıklı sigorta” denir.” hükmüne yer verilmiştir. Ancak TTK’nin, gerekçesinde de belirtildiği üzere, sigortacılığın ilk temellerini oluşturan karşılıklı sigorta, hukuki açıdan diğer sözleşmelerden farklılık arz etmemekte, sadece sigorta sözleşmesinin özel bir uygulama şeklini oluşturmaktadır. Bu nedenle TTK’de sistematik açıdan karşılıklı sigorta, sigorta sözleşmesinin tanımının verildiği 1401. maddede yer almamış<sup>43</sup>; bu maddeden bağımsız müteakip ayrı bir maddede düzenlenmiştir<sup>44</sup>.

Bununla birlikte, sigortacılık sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesi anlamında temel yasa niteliği teşkil eden SK’de, selefî olan

<sup>41</sup> LORD WILBERFORCE: Privy Council case Fletcher v Income Tax Commissioners (1972) AC414 s.423, (<http://taxguru.in/income-tax/interest-bank-housing-society-taxable-principle-mutuality-apply.html>, Erişim Tarihi: 08.04.2017).

<sup>42</sup> 6102 sayılı TTK, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış iken; 5684 sayılı SK 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>43</sup> ÖZER, F. Dilek: Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012, s.36.

<sup>44</sup> Bahse konu maddede, mülga 7397 sayılı SMK’ye paralel şekilde, karşılıklı sigorta faaliyetinin ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebileceği hususuna da bilhassa yer verilmiştir.

7397 sayılı SMK'nin md. 2/f.3 hükmünde yer alan ve sigorta şirketlerinin “karşılıklı (mütüel) şirket” olarak kooperatiflerin tâbi olduğu esaslara göre kurulabileceğine ilişkin hatalı ifade, isabetli şekilde düzeltilmiştir. Zira, TTK'nin 124. maddesi dikkate alındığında hukuk sistemimizde, SMK'de ifadesini bulan “karşılıklı (mütüel) şirket” şeklinde bir şirket türü<sup>45</sup> mevcut olmayıp, karşılıklı sigorta; bir sigorta türünden ziyade sigortanın kendine özgü bir uygulanış şeklini teşkil etmektedir<sup>46</sup>.

### 2.3. Karşılıklı (Mütüel) Sigorta Şirketi<sup>47</sup>

Karşılıklı sigorta şirketi, tüm üyeleri tarafından kolektif şekilde sahip olunan, poliçe sahiplerinin aynı zamanda şirketin ortakları oldukları ve bütün üyelerinin üstün yararına hizmet eden bir sigorta şirkettir<sup>48</sup>.

Tarihsel olarak, yangın riskine bağlı hasarların teminat altına alınmasına yönelik 17. yüzyıl sonlarında İngiltere'de ortaya çıkan karşılıklı sigorta fikrinin sektörel yansıması Amerika'da<sup>49</sup> 1752 yılında Benjamin Franklin tarafından *Philadelphia Contrubitionship*'in kurulması ile başlamıştır<sup>50</sup>. Son yıllarda, şirket yönetimlerine ilişkin Amerika<sup>51</sup> ve

<sup>45</sup> Ticaret şirketlerinin türleri için bkz: TEKİNALP (POROY / TEKİNALP), 2014, s.89; PULAŞLI, (Şirketler), s.6 vd.; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, Adana 2013, s. 43 vd.; ŞENER, s. 108; DOMANIÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1998, s.448 ve ÜSTÜN / AYDIN, s.5-6 vd.

<sup>46</sup> ÖZER, s.36.

<sup>47</sup> Hukuk sistemimizde, “karşılıklı (mütüel) şirket” şeklinde bir şirket türü olmamakla birlikte, pratikte karşılıklılık esasına göre faaliyet gösteren sigorta şirketlerine kısaca karşılıklı (sigorta) şirket denilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda da, kullanım ve yazım kolaylığı açısından tercih edilen “karşılıklı şirket” ve “karşılıklı sigorta şirketi” ibarelerinden terminolojik anlamda “karşılıklılık esasına göre faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin” anlaşılması gerekmektedir.

<sup>48</sup> Milli Reasürans T.A.Ş., s.184.

<sup>49</sup> Amerika'daki karşılıklı sigorta şirketi uygulamasının tarihsel temeli için bkz: [www.namic.org/aboutnamic/overview.asp](http://www.namic.org/aboutnamic/overview.asp) (Erişim tarihi: 14/03/2016).

<sup>50</sup> WRIGHT, Janet / VIRGINIA, Wadsley / JANICE, Artandi: The History of the National Association of Mutual Insurance Companies, A Century of Commitment, 1895–1995. Indianapolis, 1994, IN: National Association of Mutual Insurance Companies. s.1–5.; Research on the Economic Impact of Cooperative, University of Wisconsin Center for Cooperatives, (<http://reic.uwcc.wisc.edu/mutualinsurance/>-Erişim tarihi: 07/03/2017).

<sup>51</sup> Uluslararası Karşılıklı Sigorta ve Kooperatif Şirketleri Federasyonu - America (International Cooperative And Mutual Insurance Federation-ICMIF) 2013 verilerine göre, ICMIF üyelerinin Amerika'daki toplam prim üretimi 268 milyar dolara, çalışan sayısı 280.000 kişiye ve üye/hissedar sayısı 225 milyon kişiye ulaşmıştır (Detaylı bilgi için bkz: <http://www.icmifamericas.org/icmif-members-key-statistics-2013-highlights-record-growth-icmif-members>, Erişim tarihi: 07/03/2017).



Avrupa Birliği'nde<sup>52</sup> yaşanan skandallar karşısında bugün bir alternatif olsa da, karşılıklı sigorta modeli hâlâ bakir niteliktedir. Nitekim ülkemizde yakın geçmişte karşılıklı sigorta esasına dayalı olarak hayat dışı branşta faaliyet göstermek üzere sadece üç<sup>53</sup> adet kooperatif kurulmuş, bunlardan ikisi sonradan tür değişikliğine giderek A.Ş. yapısını tercih etmişlerdir<sup>54</sup>.

Karşılıklı sigorta şirketinde, poliçe sahiplerinin aynı zamanda şirket ortağı olması, şirketin kâr maksimizasyonu ile sunulan hizmet kalitesi arasında bir denge sağlamaktadır. Üyeler kısa dönem kârından ziyade, uzun planda, düşük fiyatla, kaliteli hizmet almak amacına odaklanmaktadır. Üyeler arasındaki şeffaf ve demokratik aktif katılım, şirketin yönetim politikasını da etkileyen bir faktördür. Şirket yönetiminde üye-poliçe sahipleri bireysel olarak temel alınmakta ve stratejik karar alma mekanizmalarında belirleyici rol oynamaktadır<sup>55</sup>.

Karşılıklı sigorta şirketlerinin mantığında, hasar ödemeleri, işletme maliyetleri ve diğer giderler karşılandıktan sonra, kalan kâr ve karşılıklar, kural olarak üye-poliçe sahiplerine ait olmaktadır. Ancak düşük primlerle kaliteli hizmet alabilmeye yönelik uzun vadeli hedefler nedeniyle, kârın dağıtılmasından ziyade karşılık olarak tutulması tercih edilmektedir<sup>56</sup>. Bu

<sup>52</sup> Avrupa Karşılıklı Sigorta Şirketleri ve Sigorta Kooperatifleri Birliği (AMICE) verilerine göre de, 07.03.2017 tarihi itibarıyla anılan Birliğin 102'si Avrupa'da, biri Senegal'de olmak üzere 4'ü Avrupa dışında toplam 106 üyesi bulunmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz: <http://www.amice-eu.org/map.aspx>, Erişim tarihi: 07/03/2017).

<sup>53</sup> S.S. Kuru Sigorta Kooperatifi, S.S. Doğa Sigorta Kooperatifi ve S.S. Atlas Sigorta Kooperatifi için bkz: <https://www.hazine.gov.tr/tr-TR/Sayfalar/Sirketler>, Erişim Tarihi: 06/03/2017).

<sup>54</sup> Kuru Sigorta Kooperatifi'nin web sayfasında neden Kuru Sigorta A.Ş.'ye dönüştüğüne ilişkin yer alan; "Ülkemizin sigortacılık açısından yüksek bir potansiyele sahip olmasının da etkisiyle Kuru Sigorta, çok sayıda yeni sigorta kooperatifine ilham kaynağı olmuşsa da bu alandaki mevzuat eksikliğinin bir türlü giderilememesi, kooperatif sigortacılığı modelinin sürdürülemez bir noktaya gelmesi sonucunu doğurmuştur. Bunun üzerine kooperatifin anonim şirkete dönüştürülmesi işlemine başlanmıştır." şeklindeki kısa açıklama, aslında ülkemizde sigorta kooperatifçiliğinin içinde bulunduğu mevcut resmi ortaya koymak bakımından son derece anlamlıdır (Bkz: <https://www.korusigorta.com.tr/hakkimizda/tarihce>, Erişim Tarihi: 15/01/2018).

<sup>55</sup> [http://www.amice-eu.org/userfiles/file/AISAM\\_What\\_is\\_Mutuality\\_en.pdf](http://www.amice-eu.org/userfiles/file/AISAM_What_is_Mutuality_en.pdf), (Erişim tarihi: 07/03/2017).

<sup>56</sup> KoopK. md. 38 kapsamında, ana sözleşmelerinde hüküm bulunmak kaydıyla, olumlu gider farkının (kârın) ortaklar arasında paylaşılmasına izin verilmiştir. Sermaye şirketlerinde yıllık faaliyet sonucunda kâr ve zarar söz konusu iken; kooperatiflerde müspet ya da menfi gelir gider farkı oluşmaktadır. Kooperatiflerin ortakları ile yaptığı muamelelerden doğan kârların, ortaklara, kooperatifle yaptıkları muameleler nispetinde dağıtımına da risturn denmektedir. Kanunun 4. maddesinde, yıllık gelir gider

şirketlerde başka bir sermaye kaynağı da mevcut değildir. Kârın paylaşılmayarak sonraki yıllara karşılık olarak ayrılması, şirketin karşılıklılık vasfına hanel getirmemektedir<sup>57</sup>. İlaveten ana sözleşmede öngörülen hükümler kapsamında, poliçe sahiplerince ödenen primlerin hasarları karşılamaması durumunda, ek prim istenilebilmesi imkân dâhilindedir<sup>58</sup>. Risk, beklenenin altında gerçekleşirse, tahsil edilen primlerin iadesi yoluna da gidilebilir<sup>59</sup>.

Sigorta hizmetlerinin düşük primle sunabilmesi avantajına karşın; bu şirketlerin dar ve bölgesel nitelikleri dolayısıyla, bilhassa katastroofik rizikolarda zararın tamamının karşılanamaması bir dezavantajdır<sup>60</sup>.

Karşılıklılık unsuru, sigorta şirketinin büyüklüğü ve poliçe sahiplerinin sayısına bağlı değildir. Zira büyük çaptaki sigorta şirketleri dahi bu modelden faydalanabilir<sup>61</sup>.

Son yıllarda, sermaye ihtiyacının giderilmesi noktasında yaşanan sorunlar karşısında, “*mutual holding company*” adı verilen yeni bir karşılıklı holding şirketi yapılanması gündeme gelmiştir<sup>62</sup>. İlk olarak 1995

---

farklılıklarının hesaplama ve kullanım şekilleri ile ilgili hükümlerin kooperatif ana sözleşmesinde belirtilmiş olması öngörülmüştür. Bkz: ÖZMEN, s.78; ÜSTÜN / AYDIN, s.130; KURTULAN, s.289; TÜNERİ, s.233. Sigorta kooperatiflerinde, ilgili yasal düzenlemeler gereği, kooperatif ana sözleşmesinde “kârın ortaklar arasında paylaşılacağına” ilişkin yer alan hüküm ile hesaplama ve kullanım şekillerine ilişkin düzenlemeler kapsamında, kooperatif gelir gider farkının üye poliçe sahiplerine dağıtılması hukuken imkân dâhilindedir. Ancak, kâr dağıtımından ziyade, KoopK. “Ana sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde ortaklarla yapılan muamelelerden bir yıllık faaliyet sonunda elde edilen hasılanın tamamı gelir gider farkı olarak kooperatifin yedek akçelerine eklenir.” hükmünü amir md. 38/f.1 gereği, elde edilen kârın yedek akçelere eklenmesi tercih edilmektedir.

<sup>57</sup> Bkz: <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/gimmanual/gim9020.htm>, (Erişim tarihi: 07/03/2017).

<sup>58</sup> KoopK. md. 38/f.5’te bir yıllık faaliyet sonucu ortaya çıkan olumsuz farkın ne şekilde kapatılacağına açıklık getirilmemiştir. Bu itibarla ortaya çıkan açığın kapatılmasında öncelikle yedek akçelere başvurulacaktır. Yedek akçelerin açığı kapatmaya yetmemesi veya daha önce ayrılmış yedek akçe bulunmaması halinde ise, ana sözleşmede ortaklara ek ödeme yükümlülüğü getirilmiş olması şartıyla (KoopK. md 31), ya ek ödemelere başvurulacak ya da açık, ortakların sermaye payı ile kapatılacaktır. Bkz: Milli Reasürans T.A.Ş., s.184; KURTULAN, s.294; TÜNERİ, s.223.

<sup>59</sup> ARSEVEN, Haydar: Sigorta Hukuku, Ana Prensipler Genel Hükümler, B.2, İstanbul 1991, s. 52; ÜSTÜN / AYDIN, s.52; BLACK, Kenneth / SKIPPER, Harold D.: Life Insurance, 12. Edition, USA 1994, s.281.

<sup>60</sup> YANIK, Serhat: Sigorta İşletmelerinde Mali Yeterlilik Analizi, Ankara 2001, s.32.

<sup>61</sup> SK md.3/f.3 gereği, sadece üyeleri ile sigorta sözleşmesi akdetmek üzere kurulan kooperatif şirketlerinin ortak sayısının iki yüzden az olmaması öngörülerek asgari bir sınır belirlenmişken, azami bir ortak sayısı hukukumuzda söz konusu değildir.

<sup>62</sup> <http://www.insure.com/life-insurance/demutualization.html> (Erişim tarihi: 15/03/2016).

yılında Amerika'da Iowa Eyaletinde, konuya ilişkin yasal düzenlemeler kabul edilmiştir. 1997'de District of Columbia ve diğer sekiz eyalette benzer yasal değişiklikler hayata geçirilmiştir. 1990'ların sonunda Amerika'daki yirmi büyük karşılıklı sigorta şirketinin 7'si bu şekilde yapılanmıştır<sup>63</sup>.

Karşılıklı holding yapılanmasında, oy kullanma, kâr payı alma gibi üyelik hakları ile poliçeden doğan haklar birbirinden ayrıştırılmaktadır. Karşılıklı sigorta şirketinde mevcut üyelik hakları, holding şirketindeki üyelik haklarına dönüşürken; karşılıklı şirket de bir anonim şirket (converted insurer- dönüşmüş şirket) yapısına kavuşmaktadır. Bununla birlikte, karşılıklı holding yapılanması, tartışmasız şekilde karşılıklılık esasına (mutuality) dayanan şirket yapısını, sermaye şirketi yapılanmasına doğru götüren (demutualization) sürecin ön basamağını teşkil etmektedir. Bu nedenle, müteakabiliyet esası ile sermaye şirketi yapısı arasında kalan karşılıklı holding yapılanması, karşılıklı şirketin poliçe sahibi ortakları bakımından dezavantaj oluşturacağı endişesiyle eleştirilmekte; bu ara süreç yerine şirketlerin doğrudan sermaye şirketine dönüşmesi gerektiği fikri doktrinde ileri sürülmektedir<sup>64</sup>.

### 3- SİGORTA KOOPERATİFÇİLİĞİ TÜRKİYE UYGULAMASI

Karşılıklı sigorta ve mütüel şirketlere ilişkin genel değerlendirme sonrasında, mevzuatımız kapsamında Sigortacılık Kanunu, Kooperatifler Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri dâhilinde, sigorta kooperatiflerinin kuruluş, teşkilat, sermaye yapıları ve ortaklık özellikleri çerçevesinde faaliyet esaslarına değinmeye çalışacağız.

#### 3.1. Kuruluş

SK md.3/f.1'de, Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması ve sigortacılık işlemleri ile bunlarla doğrudan bağlantısı bulunan işler dışında herhangi başka bir iş ile iştigal etmemesi şart koşulmuştur. Bu kapsamda, sigorta şirketlerinin yanı sıra, ülkemizde örneği bulunmasa

<sup>63</sup> BASTETTER, Robert / CARMICHAEL, David / DUNHAM, Wolcott / SMALLENBERGER, James: The Mutual Holding Company: A New Structural Option, West Virginia 1997, s.69.

<sup>64</sup> Detaylı bilgi için bkz: BASTETTER / CARMICHAEL / DUNHAM / SMALLENBERGER, s.82-83; RAMBECK, Richard; "Mutual Holding Company: A Shell Game Without Pea", Insurance Journal, April 2001, (<http://www.insurancejournal.com/magazines/partingshots/2001/04/23/21980.htm> ve <http://www.insure.com/life-insurance/demutualization.html> Erişim Tarihi: 15/03/2016).

da<sup>65</sup>, reasürans şirketleri bakımından da kooperatif şeklinde yapılanmaya izin verildiği anlaşılmaktadır.

KoopK'nin 3. maddesi kapsamında, kooperatif şeklinde kurulacak olan sigorta ve reasürans şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan kuruluş<sup>66</sup> izni alması gerekir. Sigortacılık faaliyetine başlayabilmeleri için ise, SK'nin 5. maddesi gereği, kuruluş işlemlerinin tamamlanmasından itibaren bir yıl içinde, faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta branşında, Hazine Müsteşarlığından ruhsat almaları zorunludur<sup>67</sup>. Kooperatif şeklinde faaliyet gösterecek sigorta şirketlerinin anılan hükmün ikinci fıkrası gereği, A.Ş. şeklinde kurulan sigorta şirketleri gibi hayat ya da hayat dışı sigorta gruplarından<sup>68</sup> sadece birinde faaliyet göstermeleri esası benimsenmiştir. Bununla birlikte, mezkur hükmün son fıkrası gereği, belirtilen sürede ruhsat başvurusunda bulunmayan sigorta kooperatiflerinin ticaret unvanlarında sigorta şirketi veya reasürans şirketi ibaresini kullanmaları yasaklanmıştır.

Kooperatif niteliğindeki sigorta ve reasürans şirketleri de, A.Ş. niteliğinde faaliyet gösteren sigorta ve reasürans şirketleri gibi, SK'nin 24. maddesi kapsamında, ruhsat almalarından itibaren en geç bir ay içerisinde, *Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği*'ne (Türkiye Sigorta Birliği-TSB) üye olmak zorundadır.

SK'de, kooperatif yapılanması kapsamında ikili bir sistem kabul edilmiş ve üyeleri veya üyeleri dışındakilerle sigorta sözleşmesi yapmak

---

<sup>65</sup> Dünyada, karşılıklılık esasına dayalı çok sayıda büyük reasürans şirketi de bulunmaktadır. Amerika'da 14 eyalette faaliyet gösteren Grinnell Mutual, Kanada'nın ilk köklü şirketlerinden Farm Mutual Reinsurance Plan Inc. (FMRP) ve Liberty Mutual Group bunlara örnek gösterilebilir. Bkz: <https://www.libertymutualgroup.com/business-insurance/business-insurance-coverages/reinsurance>, <https://www.grinnellmutual.com/>, [www.fmrp.com](http://www.fmrp.com) (Erişim Tarihi: 07.04.2016).

<sup>66</sup> Kuruluşları gereği tâbi oldukları özel mevzuatları kapsamında, kooperatif şeklinde faaliyet gösterecek şirketler KoopK.; A.Ş. şeklindeki sigorta ve reasürans şirketleri ise TTK'nın 333. maddesi kapsamında çıkarılan "Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ" in 5. maddesi kapsamında, kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri bakımından Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın iznine tâbi kılınmıştır.

<sup>67</sup> Sigortacılık alanında, Avrupa Birliği müktesebatına uyum kapsamında mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nda yer alan kuruluş öz izni kaldırılarak, sadece "faaliyet izni esası kabul edilmiştir. Bu durumda, kendi özel mevzuatına göre kurulan şirketler, sadece Müsteşarlıktan faaliyet izni almak zorundadır (Bkz: ÖZER, s.26).

<sup>68</sup> "5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 5 inci maddesi kapsamındaki sigorta branşları, 11 Temmuz 2007 tarih ve 26579 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 2007/1 Sayılı Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ kapsamında belirlenmiştir. "

üzere kooperatiflerin adeta halka kapalı ya da açık şekilde kurulabilmeleri öngörülmüştür. Bu düzenleme karşısında, sadece ortakları ile sigorta sözleşmesi akdedebilen kooperatifleri “*halka kapalı*”, ortakları dışındaki kişilerle de sigorta sözleşmesi akdedebilen kooperatifleri ise “*halka açık*” kooperatif olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır. Ancak mezkûr hükmün üçüncü fıkrasında, mütüel sigortacılık, sadece üyeleri ile sigorta sözleşmesi yapan kooperatifler için esas alınmıştır. Zira, üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi akdedemeyen kapalı kooperatifler bakımından anılan hükümde; *mütüel (karşılıklı) sigortacılık yapılması, ortak sayısının ikiyüzden az olmaması ve yöneticilerine herhangi bir ayrıcalık tanınmaması* zorunlu kılınmıştır<sup>69</sup>.

SK’de kooperatifler için kurucu sayısına ilişkin özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Ancak “*Bir kooperatif en az 7 ortak tarafından imzalanacak ana sözleşme ile kurulur.*” hükmünü amir KoopK. md.2/f.1 gereği, kooperatif şeklinde sigortacılık alanında faaliyet gösterecek şirketlerin de, A.Ş. şeklindeki sigorta ve reasürans şirketlerinden farklı olarak, en az 7 kurucu ortak tarafından kurulmuş olması gerekir. Buna ilaveten SK md.3/f.3 gereği, halka kapalı şekilde faaliyet gösterecek kooperatif şeklindeki sigorta ve reasürans şirketlerinin ortak sayısının ikiyüzden az olmaması hükme bağlanmıştır<sup>70</sup>. Kurucu sayısı bakımından özel bir nitelik öngörmeyen, sadece ortak sayısına ilişkin düzenleme içeren bu hüküm karşısında, kurucu ortaklarla birlikte ortak sayısının en az ikiyüze ulaşmış olması, kanaatimizce Kanunda aranan şartın sağlanması hususunda yeterlidir. Bununla birlikte Özer’in de belirttiği gibi, SK’de sadece kurucular ifadesine yer verilip özel bir sayı aranmadığı için, ikiyüz ortak sayısı, kuruluşta aranan ortak sayısı olarak değerlendirilmemelidir<sup>71</sup>. Ancak en geç, KoopK. gereği kuruluşunu tamamlayan Kooperatifin, SK’nin 5. maddesi kapsamında Hazine Müsteşarlığı’na ruhsat başvurusunda bulunmadan evvel, öngörülen asgari ikiyüz ortak sayısına ulaşmış olması gerekir.

Kooperatiflerde, açık kapı ilkesinin bir sonucu olarak ortak sayısının ve ortağın değişir olması esastır<sup>72</sup>. KoopK.’de kooperatiflerin tanımına bu ilke “*değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar*” denilmek suretiyle yansıtılmıştır. Ancak kooperatiflerde ortak sayısının

<sup>69</sup> ULAŞ, s.12.

<sup>70</sup> Milli reasürans piyasamızın gerçekliği göz önünde bulundurulduğunda, ortak sayısının ikiyüzden fazla olduğu halka kapalı nitelikte bir reasürans kooperatifinin varlığı günümüz şartlarında mümkün görülmemektedir.

<sup>71</sup> ÖZER, s.37.

<sup>72</sup> ÜSTÜN / AYDIN, s.56.

değişkenliği, kurucu ortak sayısını etkileyebilecek nitelikte olmadığından, kurucu ortak sayısının yediden az olması mümkün değildir. Bununla birlikte sadece üyeleriyle sigorta sözleşmesi akdetmek üzere kurulan sigorta kooperatiflerinde ise değişmeyecek ortak sayısı ikiyüzden az olamaz.

Üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapabilen kooperatifler açısından, SK'de ortak sayısına ilişkin özel bir düzenleme öngörülmediğinden, KoopK. gereği yedi kurucu ortak bu nitelikteki kooperatifler bakımından yeterli kabul edilmektedir. Üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapamayan kooperatiflerden farklı olarak, bu kooperatiflerin karşılıklı sigortacılık yapması da zorunlu kılınmamıştır. Dolayısıyla TTK'nin 1402. maddesi ile SK'nin 3. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, karşılıklı sigortanın yalnızca kooperatif şeklinde kurulan şirketler nezdinde yapılabileceği, ancak kooperatif şeklinde kurulup da üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapabilen kooperatifler bakımından karşılıklı sigorta şeklinde faaliyet gösterilmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Kooperatiflerin kuruluşunda önem taşıyan bir diğer husus ise ortaklığa kabuldür. Her ne kadar kooperatif ortaklığına kabul, yönetim kurulu (YK) kararı ile gerçekleşse de, kurucu ortaklar bakımından bu şart aranmamaktadır. Zira, kooperatif kuruluşuna izin verecek yetkili makamın onayı ile, kurucu ortakların ortak olarak kabul edilmeleri de sağlanmış olmaktadır. Bu işlemin yasal dayanağını KoopK. md.1 teşkil etmektedir.

Diğer kooperatif ortakları gibi, kurucu ortaklar bakımından Türk tabiyetinde bulunmak, gerçek ya da tüzel kişi olmak, gerek sigortacılık gerekse kooperatifçilik mevzuatı bakımından şart koşulmamıştır<sup>73</sup>.

SK'de kooperatif kurucuları açısından, A.Ş. şeklindeki sigorta şirketi kurucularından farklı, başka özel nitelikler aranmamıştır. Bu nedenle SK'nin sigorta ve reasürans şirketlerinin kuruluşunu düzenleyen 3. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde, kurucular için aranan şartlar

<sup>73</sup> KoopK. md. 1'de kooperatiflerin gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Kanunda yabancı uyrukluların kooperatiflere ortak olamayacaklarına ilişkin, Türkiye'de taşınmaz mal edinmeleri“ ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, “herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Kanun’un “Kamu ve özel hukuk tüzel kişileri amaçları bakımından ilgilendikleri kooperatiflerin kuruluşlarına yardımcı olabilir, önderlik edebilir ve ortak olabilirler.” hükmünü amir 9. maddesi kapsamında, 2004 yılında 5146 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile adi şirketler, ticaret şirketleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflar da ortak olmak olanaklarına kavuşmuşlardır. Bkz: TÜNERİ, s.89; KURTULAN, s.129; ÜSTÜN / AYDIN, s.91. Sigortacılık faaliyeti yürüten kooperatifler açısından da, SK'deki özel istisna ve kısıtlamalar hariç olmak üzere aynı hükümler geçerlidir.

ile bu şartlara ilişkin açıklayıcı bilgi ihtiva eden, Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesindeki hükümler, kooperatif kurucuları bakımından da aynen geçerlidir. Ancak, kurucu ortak sıfatını haiz olmayan diğer ortaklar bakımından, bilhassa üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapmayan kooperatif şeklinde kurulan sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin kanunen aranan zorunlu ikiyüz ortağında, sigortacılık mevzuatında öngörülen şartların aranmayacağını hatırlatmak gerekir.

### 3.2. Teşkilat Yapılanması

KoopK. md.55 gereği, kooperatif yönetim kurulunun en az üç üyeden oluşması ve bunların ve yedeklerinin kooperatif ortağı olmaları şarttır. Ancak Sigortacılık Kanunu'nda, gerek<sup>74</sup> TTK'nin 359. gerek KoopK.'nin anılan maddesinden farklı olarak, yönetim kurulu üye sayısı beş kişi olarak öngörülmüştür. KoopK.'ye göre yeni ve özel kanun niteliği arz eden ve bu hususta özel bir hüküm sevk eden SK gereği, kooperatif şeklinde faaliyet gösterecek şirketlerde de YK asgari beş kişiden teşekkül etmelidir. Kooperatif şirket YK üyelerinin, SK'nin 4. maddesinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla, KoopK.'nin 56. maddesi gereği ayrıca, kooperatif ortağı ve Türk vatandaşı olması, aynı türde başka bir kooperatifin yönetim kurulu üyesi olmaması<sup>75</sup> ve KoopK.'ya aykırı fiillerden ve Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlardan dolayı mahkûmiyetinin bulunmaması gerekir<sup>76</sup>.

KoopK. md.55/f.3 gereği, kooperatif yönetim kurulu üyeliğine tüzel kişilerin seçilmesi mümkündür. Nitekim TTK'de de A.Ş. yönetim kurulunda tüzel kişinin bulunabileceği hususu belirtilmiştir<sup>77</sup>. Ancak,

<sup>74</sup> Anonim Şirketlerde yönetim kurulunun teşekkülüne yönelik detaylı bilgi için bkz: AYDIN, Alihan: "Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesinde Yönetim Kurulu Üye Sayısının Belirlenmesi", Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2013, C: LXXI, S:2, s.21 vd; AKDAĞ, Güney: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s.112 vd.

<sup>75</sup> Kooperatif yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri için bkz: LALE, s.1304 vd.; KURTULAN, s.427 vd.; ÜSTÜN / AYDIN, s.229 vd.

<sup>76</sup> Klasik kooperatif mantığından farklı olarak mali piyasalarda hizmet gösteren ve nitelikli yönetici ihtiyacı duyan sigorta ve reasürans şirketlerinde KoopK'de YK üyeleri için aranan bazı kriterler, günümüz profesyonel şirket yönetim anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Bkz: PULAŞLI, Hasan: "Anonim Şirketlerde CEO'ların Hukuki Durumu", Batider, Haziran 2007, C:XXIV, S: 1, s.17-62; ÜNAL, Ahmet Cemil: "Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu, Ankara 2014.

<sup>77</sup> "Anonim şirketlerde tüzel kişilerin yönetim kurulu "üyeliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz: PULAŞLI, (Şirketler), s.416; KIRCA, İsmail: "Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin

TTK’de tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına sadece *bir gerçek kişi* temsilcinin belirlenip tescil ve ilan edilmesi şartı aranırken; KoopK’de yönetim kurulu üyeliğine seçilen tüzel kişilerin, *temsilcilerinin* isimlerini kooperatife bildirmeleri esas alınmıştır<sup>78</sup>.

SK’de ise bu hususta belirleyici bir düzenleme olmadığı ve konuya ilişkin KoopK’deki özel hüküm ve anılan Kanunun 98. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sigorta kooperatifleri bakımından yönetim kuruluna seçilen tüzel kişilerin birden fazla temsilci bulundurabilmelerine olanak tanıdığı değerlendirilmektedir.

SK md.4 gereği, genel müdür yönetim kurulunun doğal üyesidir. Konuya ilişkin KoopK’de herhangi bir düzenleme yer olmadığı için SK’deki ilgili hüküm kooperatifler bakımından da aynen uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bu nedenle yönetim kurulu üyeleri için aranan pay sahibi ve Türk vatandaşı olmak gibi kriterler, kanaatimizce genel müdür açısından da aranmaktadır. Bu kriterlere ilaveten genel müdür ve yardımcılarının SK md.4/f.3’te öngörülen bilhassa deneyime ilişkin diğer şartları da taşıması gerekir. A.Ş. niteliğindeki sigorta ve reasürans şirketlerinde benimsendiği üzere<sup>79</sup>, kooperatif niteliğindeki şirketlerde de kanaatimizce, ana sözleşmede yönetim kurulu için öngörülen sayıya, genel müdür dahil edilmeli, başka bir ifadeyle genel müdür bu sayıya artı bir üye olarak ilave edilmemelidir.

SK’de murahhas üyelerin<sup>80</sup> genel müdürde aranan şartları taşıması gerektiği ve başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda görev yapan diğer yöneticilerin de genel müdür ve genel müdür yardımcılara ilişkin hükümlere tâbi olduğu öngörülmüştür. Bu düzenleme çerçevesinde, kooperatif şirketlerde görevli icra ve temsil fonksiyonunu haiz üst düzey yöneticilerin de, SK’da öngörülen nitelikleri taşıması zorunludur.

---

Yönetim Kurulu Üyeliği”, Batider, Haziran 2012, C:XXVIII, S:2, s.51,53; AKDAĞ, s.16.

<sup>78</sup> Kurtulan’ın “anonim şirketlerde tüzel kişi yönetim kurulu üyesi “temsilcinin, şirket genel kurulu tarafından yönetim kurulu üyesi olarak seçildiğinden, temsil ettiği şirketle ilişkisi kesilmiş olsa dahi şirketin temsilciyi yönetim kurulundan azletmesinin mümkün olmayacağına ilişkin değerlendirmesine TTK’nin 359/f.2’deki açık hükmü karşısında katılmak mümkün değildir. Tartışmalar için bkz: KURTULAN, s.431.

<sup>79</sup> ÖZER, s.51.

<sup>80</sup> Özer’in de belirttiği gibi, Sigortacılık Kanunu’nda murahhas üyeler için aranan şartlar murahhas müdürler için de geçerli olmalıdır. Bkz: ÖZER, s.57. Bununla birlikte TTK’nin md. 370/f.2 hükmü çerçevesinde temsil yetkisinin murahhaslara devredildiği durumlarda, en az bir yönetim kurulu üyesinin de temsil yetkisini haiz olması kuralı, kooperatif yönetim kurulu bakımından da uygulanmalıdır.



Nitekim, murahhas üyelerin, murahhas müdürlerin ve başka unvanlarla istihdam edilseler dahi, yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst konumlarda görev yapan diğer yöneticilerin, genel müdürde aranan nitelikleri taşıması gerekliliği ve genel müdüre ilişkin hükümlere tâbi olduğu Kanun'un 4. maddesinin beşinci fıkrasında açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak kanaatimizce burada sadece genel müdürde aranan kooperatif kurucularına ilişkin kıstaslar ile eğitim ve mesleki tecrübeye yönelik kriterlere atıf yapılmak istenmiştir. Zira, genel müdür haricindeki sayılan tüm yöneticileri genel müdüre ilişkin hükümlere tâbi kılmak, anılan yöneticilerin hepsinin yönetim kurulunun doğal üyesi olması sonucunu doğuracaktır. Buna bağlı olarak da tüm yöneticilerin yönetim kurulu üyelerinde aranan şartları taşıyıp taşınamaması gerektiği sorusu ortaya çıkacaktır.

Kooperatif şeklinde faaliyet gösteren sigorta ve reasürans şirketlerini, teşkilat yapısı bakımından diğer sigorta ve reasürans şirketlerinden farklı kılan başka bir husus da denetçilerdir. KoopK. md.65 gereği, kooperatifin bütün işlem ve hesapları denetçiler tarafından denetlenir. Denetçilerin Türk vatandaşı olması, Kanuna aykırı fiillerden ve Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlardan dolayı mahkûmiyetlerinin bulunmaması şarttır<sup>81</sup>. Denetçiler yine mezkûr Kanun kapsamında bu görevi genel kurul adına ifa etmektedir<sup>82</sup>. Denetçileri seçme yetkisi de genel kuruldadır. Genel kurul en az bir yıllığına bir veya daha çok denetçi seçer. Yedek denetçi seçilmesi de mümkündür. Denetçilerin kooperatif ortağı olması zorunlu değildir. Öte yandan SK sigorta ve reasürans şirketlerinin, malî güç dışında sigorta şirketi ve reasürans şirketi kurucularında aranan şartları taşıyan, en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş ve sigortacılık, iktisat, hukuk, maliye, işletme ve muhasebe alanlarında asgari üç yıl deneyimi bulunan kişilerden en az iki denetçi seçmesini şart koşmuştur.

A.Ş. niteliğindeki sigorta ve reasürans şirketleri açısından, TTK'nin 397/f.1 maddesinde ise; Bakanlar Kurulunca belirlenen ve 398. madde kapsamında denetime tabi olacak A.Ş. ve şirketler topluluğunun finansal tablolarının denetiminin, 400. madde kapsamındaki bağımsız denetçiler tarafından yapılacağı öngörülmüştür<sup>83</sup>. SK'nin sigorta ve reasürans

<sup>81</sup> KURTULAN, s.568; TÜNERİ, s.382.

<sup>82</sup> Denetçilerin denetleme görevini genel kurul adına yapmaları, bir anlamda denetleme yetkisinin de kooperatif genel kuruluna ait olduğu sonucunu doğurmaktadır. Bu da denetçilerin bağımsız organ sıfatına gölge düşürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU) 2000, s.965.

<sup>83</sup> TEKİNALP (POROY / TEKİNALP), 2014, s.450 vd.; PULAŞLI, (Şirketler), s.499 vd.

şirketlerinin denetimine ilişkin eTTK döneminde öngördüğü denetçilik sisteminin etkin bir denetim modeli öngörmediği aşıkardır. Ayrıca, bu sistemin TTK'nin 330. maddesinde ifadesini bulan özel hüküm olarak değerlendirilmesi de kanaatimizce mümkün değildir. Bu kapsamda, mezkur Kanun md.397/f.1, md.528 ve Geçici 1. madde ile *Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Karar* birlikte değerlendirildiğinde, A.Ş. niteliğindeki sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin bağımsız denetime tâbi kılındıkları anlaşılmaktadır<sup>84</sup>. Hatta söz konusu Karar'ın (I) sayılı listesinin 3. maddesinde, SK kapsamında faaliyet gösteren sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri, kararın üçüncü maddesinde öngörülen ölçütlerle ilişkilendirilmeksizin, bağımsız denetime tâbi kılınmıştır. Sigorta kooperatifleri de, SK kapsamında faaliyet gösteren sigorta şirketleridir. Nitekim, Kanun kapsamında sigorta şirketi Türkiye'de kurulmuş sigorta şirketi ile yurt dışında kurulmuş sigorta şirketlerinin teşkilatını ifade etmektedir (md.2/f.1-p). Daha önce belirtildiği gibi Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta ve reasürans şirketlerinin A.Ş. veya kooperatif şeklinde kurulmalarına cevaz verildiğinden; kooperatif şeklinde kurulmuş ve anılan kanun kapsamında faaliyet gösteren bir sigorta veya reasürans şirketinin de bağımsız denetime tâbi olacağı anlaşılmaktadır. Zira “*Sigorta ve Reasürans Şirketleri ile Emeklilik Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelik*” başta olmak üzere, ikincil mevzuatta da denetim hususunda herhangi bir ayrıma gidilmediği görülmektedir.

Buna ilaveten KoopK.'nin, “*Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki Anonim Şirketlere ait hükümler uygulanır.*” hükmünü havi 98. maddesi karşısında, kooperatiflerin, denetime ilişkin özel hükümler içeren Kanunun 65 vd. maddelerinde düzenlenen hükümlere bağlı olarak denetlenmesine de devam edilmektedir. Dolayısıyla, kooperatif niteliğindeki sigorta ve reasürans şirketlerinin hem KoopK.'de aranan hem SK'de öngörülen nitelikleri taşıyan ve yine SK md.4/f.1 hükmü gereği, en az iki denetçiden oluşan bir denetleme kurulu tarafından denetlenmesi ve aynı zamanda bağımsız denetime tabi olması gerektiği görülmektedir.

### 3.3. Sermaye

Kişi kuruluşları olmakla bilhassa halka kapalı şekilde faaliyet gösteren sigorta kooperatiflerinde, üyelerin hak ve menfaatlerinin korunması ve sağlıklı bir finans piyasası için sermaye hayati önem taşımaktadır.

<sup>84</sup> ÖZER, s.58.

Ancak, KoopK. bazı sermaye şirketlerinde olduğu gibi herhangi bir alt ya da üst sermaye sınırı öngörmemiş, hatta sermaye miktarının sabitlenerek kooperatif kurulmasına izin vermemiştir<sup>85</sup>.

KoopK. md.1’de verilen tanım kapsamında kooperatiflerin, değişir sermayeli ve değişir ortaklı olduğu belirtilmiştir. Açık kapı ilkesi olarak kabul edilen bu esas, kooperatife giren ve kooperatiften ayrılan ortaklar dolayısıyla, ana sözleşmede değişiklik yapmaksızın sermayenin değişmesini ifade etmektedir. Ortak sayısının değişmesiyle taahhüt edilen ve ödenen sermaye miktarı da değişeceğinden, yapı kooperatifleri istisna tutularak, sermayenin belirli bir oranla sınırlandırılması Kanunun 2. maddesi gereği yasaklanmıştır. Dolayısıyla kooperatiflerde, diğer ortaklıklardaki şekliyle bir sermaye yoktur. Sermaye kaldırılmamış, ama anlamı değişmiştir. Kooperatiflerde, amaç için yararlanılan araç sermaye değil; karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet olduğundan, ortaklık pay bedelleri de ticaret şirketlerinin sermayelerine nazaran son derece düşük tutulmuştur.

SK açısından konuyu değerlendirdiğimizde, TTK hükümlerine göre kurulan sigorta ve reasürans şirketlerinin kuruluşlarında özel sermaye miktarının aranmadığı, düzenlemenin genel hükümlere bırakıldığı görülmektedir<sup>86</sup>. Söz konusu şirketlerin sigortacılık alanında faaliyete geçebilmesi için kuruluş sermayesini asgari beşmilyon lira olmak üzere, faaliyet gösterecekleri branşlar itibarıyla belirlenen miktara yükseltmeleri öngörülmüştür. Dolayısıyla TTK’ye tabi kuruluş işlemlerini tamamlayarak ruhsat talebinde bulunan sigorta ve reasürans şirketleri, SK md.5/f.3 gereği öngörülen asgari beş milyon liraya ilaveten, ruhsat talep ettikleri her bir sigorta branşı veya bu branşlar altında verilen teminatlar için, Hazine Müsteşarlığınca yayımlanan 2007/4 sayılı Sermaye Branşları için Öngörülen Sermaye Tutarlarına İlişkin Genelge kapsamında belirlenen tutar kadar sermayeye sahip olmalıdır.

SK’de ilke olarak kooperatif şeklinde kurulan sigorta ve reasürans şirketlerinin sermayesi, KoopK.’ya bırakılmıştır. KoopK. md.19 gereği kooperatife giren her şahıstan en az bir ortaklık pay bedeli alınması gerekir. Ana sözleşme ile en yüksek had tespit edilerek bir ortak tarafından bu had dahilinde birden fazla pay alınmasına cevaz verebilir.

<sup>85</sup> ÜSTÜN / AYDIN, s.56.

<sup>86</sup> Ticaret şirketlerindeki sermaye unsuru için bkz: PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011, s.87 vd.

Bir ortaklık payının değeri 100.TL'dir<sup>87</sup>. Kooperatife giren ortaklar en çok beşbin pay taahhüt edebilir.

Üyeleri dışındaki kişilerle sigorta sözleşmesi yapamayan kooperatifler bakımından, SK md. 3/f.3 sermayeye ilişkin özel bir hüküm sevk etmediğinden, bu şirketlerin en az ikiyüz ortakla kurulacağı varsayılarak, asgari 20.000.TL değerindeki ortaklık payının teşekkülü ile ruhsat talebinde bulunabileceği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>88</sup>. Kooperatife katılan her ortağın, beraberinde getireceği ortaklık payı ile bu miktarın artması mümkündür. Ancak söz konusu düzenleme, sigorta şirketlerinin finansal ihtiyaçlarını karşılamaktan son derece uzaktır. Teorik olarak bir ortağın kooperatife getirebileceği ortaklık pay bedeli azami 5.000X100.TL=500.000-TL'ye kadar ulaşabilse de; fiilen bu durum olası gözükmemektedir. Kaldı ki sigortalıların düşük primli poliçelere sahip olma saikiyle kooperatifleri tercih etmesi dikkate alındığında, üye poliçe sahiplerinin, bir ortaklık payına denk düşen 100.TL'yi ödemek hususunda dahi isteksiz olduğu bilinmektedir. Bu durumda sınırlı sorumluluk esasına göre kurulan<sup>89</sup> kooperatiflerin ihtiyaç duyacağı sermaye açığının hangi kaynakla kapatılacağı ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Kooperatif kurucu ortaklarının ana sözleşmede azami 5.000 pay taahhüt etmelerinin hüküm altına alınması bir çözüm olarak düşünülebilir. Böylece kuruluşta yedi kurucu ortağın ortaklık pay bedelleri toplamı 3.500.000.TL'ye ulaşır ve ilaveten aynı orandaki pay taahhüdü ile kurucu ortak sayısının yedi kişiden fazla olarak belirlenmesi de değerlendirilebilir. Ancak bu öneriler kooperatif felsefesi dâhilinde, yüklü bir ortaklık payının kurucular tarafından neden getirilmek istendiği sorusunu gündeme getirecektir. Kaldı ki, KoopK.'nin 23. maddesi gereği ortaklar, kanunun kabul ettiği esaslar dâhilinde hak ve vecibelerde eşittirler<sup>90</sup>. Dolayısıyla kuruculara yüklenecek ek mali bir yükümlülük yasal bir düzenlemeyle

<sup>87</sup> "14/7/2009 tarihli ve 2009/15233 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'na tabi kooperatiflerde, bir ortaklık payının değerinin 100.TL'ye yükseltilmesi kararlaştırılmıştır."

<sup>88</sup> SK md.1/f.2 çerçevesinde, Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta ve reasürans şirketleri anılan kanun kapsamında yer aldığından, bu kapsama giren kooperatif niteliğindeki sigorta ve reasürans şirketleri de, Kanunun Dördüncü Bölümünde düzenlenen Mali Bünyeye ilişkin hükümlere ve sermaye unsuru haricindeki teknik karşılıklar, teminatlar gibi düzenlemelere tabidir.

<sup>89</sup> KoopK. md.30/f.1, kooperatiflerin sınırlı sorumluluk esasına göre faaliyet gösterebileceğini öngörse de, kooperatif sigortacılığı bakımından, taahhüt edilen ortaklık pay bedellerinin ödenmesinde dahi sorun yaşanırken, sınırlandırılmış ilave bir sorumluluk karşısında kooperatifin üye sigortalı bulabilmesi olası değildir (Bkz: TUNERİ, s.222-223).

<sup>90</sup> TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) 2000, s.936; TUNERİ, s.180 vd.

gerçekleştirilmek durumundadır. Ancak, kurucular tarafından getirilecek yasal anlamdaki azami ortaklık payı, ilerleyen dönemlerdeki sermaye ihtiyacı noktasında yine sorunu çözümlenmekten uzak kalabilecektir.

Halka açık kooperatifler de ise, SK md.3/f.3 gereği, sermaye miktarı Hazine Müsteşarlığınca belirlenecek miktara yükseltilecek durumundadır. Bu şirketlerde yine kurucu ortaklar ve varsa kurucu ortak dışındaki diğer ortaklar, KoopK. gereği öngörülen asgari ortaklık payını kooperatife getirmekle yükümlüdür. Anılan şirketlerin üyeleri dışındakilerle sözleşme akdedebilmesi mümkün olduğundan, üye olmayan ortakların pay bedeli ödemesi söz konusu değildir. Bu durumda, halka açık kooperatiflerde de SK gereği aranan sermayenin muhatabı yine kooperatif kurucu ortakları olacaktır.

### 3.4. Sigorta Kooperatif Ortaklığı

Sigorta kooperatif ortaklığı, sigorta kooperatifleri ile kooperatif üyeleri arasındaki sigorta sözleşmesine dayalı olan ilişkiyi ifade etmektedir.

Ortaklık sıfatı, halka kapalı kooperatifler bakımından önem taşımaktadır. Zira diğer kooperatifler açısından, sigorta sözleşmesi akdedebilmek için üyelik koşulu şart değildir. Halka kapalı kooperatiflerle sözleşme akdedebilmek için, en azından sigorta sözleşmesi boyunca kooperatif ortağı olmak zorunludur. Kooperatifçiliğin amacı gereği kooperatif üyeliğinin sadece sigorta sözleşmesi ile sınırlı olmaması esastır. Kooperatif üyesi olmaya bağlanan uzun dönemli bazı hak ve ayrıcalıklarından yararlanarak, düşük primli sigorta sözleşmeleri akdedebilme imkânı, teorik olarak üyeliğin uzun süre devam etmesine bağlıdır.

Kooperatiflerde ortaklık sıfatının kazanılması muhtelif yollarla<sup>91</sup> mümkün ise de, sigorta kooperatiflerinde en etkin yol, ortak olmak

<sup>91</sup> Ortaklık sıfatının kooperatiflerde kazanılması; kuruluşta kurucuların, kuruluşun gerçekleşmesiyle ortaklık sıfatını kazanması, ortaklığın devir alınması, ana sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla veraset yoluyla ortak olunması ve ortaklığın taşınmaz mülkiyetine“ veya bir teşebbüsün işletilmesine bağlandığı durumlarda, taşınmazın veya işletmenin devir alınması halinde mümkündür. Bkz: ÖZMEN, s.63 vd.; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) 2000, s.919 vd.; TÜNERİ, s.72; ÜSTÜN / AYDIN, s.85 vd. Bir yatırım ya da yatırım niteliği arz etmeyen sigorta kooperatif ortaklığının teoride, ortaklık payının devri suretiyle kazanılması mümkünse de; uygulamada 100.TL’lik ortaklık payıyla kazanılan ve kooperatif ortağı olduğunun dahi bilincinde olmayan üye pay sahiplerinin, paylarını üçüncü kişilere devretmesi ve bu surette ortaklık hakkının kazanılmasına sık rastlanılmamaktadır.

isteyenlerin kuruluştan sonra kooperatife yazılı<sup>92</sup> olarak yaptıkları başvurularının kabul edilmesidir.

Ortak olmak isteyen gerçek ve tüzel kişiler, ana sözleşme hükümlerini bütün hak ve ödevleriyle birlikte kabul ettiklerini belirten bir yazıyla yönetim kuruluna başvururlar. Kooperatif, ortaklarına kendi varlığı dışında şahsi bir sorumluluk veya ek ödemeler yükleyorsa, ortak olmak isteği, bu yükümlülüklerin yazılı olarak kabul edilmesi halinde değer taşır. Ancak uygulamada genellikle, sigorta sözleşmesi ekindeki matbu bir belgeyle üyelik başvuru talebi, belgenin içeriğine dahi vâkıf olmadan imzalanmaktadır. Hatta çoğu sigortalılar, sözleşme dönemi boyunca risk gerçekleşmezse, kooperatif ortağı olduklarının bilincine dahi varamamaktadır. Bu nedenle akdedilen sözleşmelerde, *Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik*'in uygulanması ve sigortalılara kooperatif üyesi oldukları hususunun açık ve net bir şekilde izah edilmesi büyük önem taşımaktadır<sup>93</sup>.

KoopK. ortaklığa giriş konusunda kabul yetkisini yönetim kuruluna devretmiştir. YK, ortaklar ile ortak olmak için müracaat edenlerin ana sözleşmede gösterilen ortaklık şartlarını taşıyıp taşımadıklarını, hukuki ve cezai sorumlulukları saklı kalarak araştırmak zorundadır (md.8/f.2)<sup>94</sup>.

Sigorta sözleşmesi sigortacıyla, sigorta ettiren arasında karşılıklı anlaşma ile doğmakta ve başlamaktadır. Ancak sigortacının sorumluluğu sigorta priminin veya prim taksite bağlanmışsa ilk taksitin ödenmesi ile başlar<sup>95</sup>. Öte yandan SK gereği halka kapalı bir kooperatifle akdedilecek sigorta sözleşmesinin geçerliliği, sigorta ettirenin anılan kooperatifin üyesi olmasına, üye değilse üyelik talebinin kooperatif yönetim kurulunca kabul edilmesi şartına bağlıdır<sup>96</sup>. Daha öncesinde üyeliği bulunanlar bakımından sorun teşkil etmemesine karşın, üyeliği bulunmayanların üyeliğinin yönetim kurulunca kabul edilmesine kadar, kooperatifle yaptığı sözleşmenin geçerliliği de önem arz eden bir konudur. KoopK. gereği,

<sup>92</sup> Kooperatif giriş talebinin şartsız ve yazılı olması gerekir. Ancak Yargıtay'ın yazılı giriş bildiriminin geçerlilik şartı olmadığına ilişkin kararları da mevcuttur. TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU) 2000, s. 920 vd.; ÜSTÜN / AYDIN, s.88.

<sup>93</sup> DEMİRÇİ, Serdar: Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Problemi, TSEV Sigorta Araştırmaları Dergisi, Aralık 2010, S:7, s.7 vd.

<sup>94</sup> LALE, s. 1388; TUNERİ, s. 358.

<sup>95</sup> Bkz: ÖZBOLAT, s.121, Ayrıca sigorta sözleşmesinin başlangıcı (şekli, teknik ve maddi başlangıcı) için bkz: BOZKURT, Tamer: Themis, "Ticaret Hukuku"-Cilt IV Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı, s.61 vd.; ULAŞ, s.55 vd.

<sup>96</sup> KoopK.'nin 8. maddesi gereği, ortak olmayan isteyen gerçek ve tüzel kişilerin yönetim kuruluna başvuruları öngörülmüşken, yönetim kurulunun bu başvuruya ilişkin ne gibi bir işlem yapacağı belirtilmemiştir. Bkz: KURUTULAN, s.111.

üyelik her durumda YK kararı ile işlerlik kazanacaktır. Sigorta sözleşmesinin akdinden, YK kararına kadar geçen sürede sözleşme, bir anlamda askıda geçerli olacaktır. Uygulamada ise YK, üyelik başlangıcını çoğu kez sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren geçerli kılarak, sorunu pratik şekilde çözümlenmektedir. Ancak, uygulamadaki sorunların önüne geçmek için, sigorta kooperatiflerinin ana sözleşmelerinde, üyeliğin, yönetim kurulunun üyelik başvurusunu kabul etmesi şartıyla, sigorta sözleşmesinin akdinden itibaren geçerli olacağına ilişkin bir hükme yer verilmesi isabetli olacaktır. En azından, yasal bir düzenleme yapılan kadar, ana sözleşmedeki bir hükümle, poliçe sahibi üyelerin, kooperatif üyesi olamamaları nedeniyle teminat haricinde kalmalarının önüne geçilmesi mümkün hâle gelecektir.

KoopK.'nin ana sözleşmede yer alacak zorunlu hükümleri düzenleyen md.4/b.4 hükmünde, ortaklığa getirilecek nakdi sermayenin en az  $\frac{1}{4}$ 'ünün peşin ödenmesi esasına yer verilmiştir. Bu kapsamda ortaklık sıfatını kazanan üyelerin, ortaklık pay bedeli olarak öngörülen 100.TL'nin asgari 25.TL'sini peşinen ödemeleri gerekmektedir. Kanaatimizce, ana sözleşmede ortaklık payının peşinen ödenmesine ilişkin mevcut bir hüküm, şirketin ihtiyaç duyduğu finansmanın bir an önce kooperatif kasasına girmesi noktasında isabetli olacaktır.

Kooperatif üyeliğinin, sigorta sözleşmesinin hitamında ne olacağı da muğlak bir konudur. Yasal olarak halka kapalı bir sigorta kooperatifi ile sigorta sözleşmesi akdetmek üyelik şartına bağlansa da, kooperatif üyeliği ve devamı sigorta sözleşmesine bağlı kılınmamıştır. Bu nedenle, sözleşme sona erse de, üyenin kooperatiften çıkma ya da çıkarılması söz konusu değilse, mevcut üyeliğin devam etmesi gerekir. Kooperatif üyesi sigortalı olmanın amacı aslında uzun dönem üyeliğinin tanıdığı hak ve ayrıcalıklardan yararlanabilmektir. Öte yandan, sadece tek bir sigorta sözleşmesi akdetmek üzere kooperatif üyesi olunan, ancak sonrasında kooperatifle herhangi bir sözleşmesel ilişkiye girilmeyen kooperatiflerde, üye sayısı artmasına rağmen kooperatifin aktif poliçe sayısı ve prim üretimi bakımından artış yaşanmayacaktır. Bu şartlar altında kooperatif ana sözleşmesinde, sigorta ilişkisi bulunmayan üyelerin kooperatif üyeliğinin sona ereceğine ilişkin hükümlerin sevk edilmesi de hukuken mümkündür. Tabii böyle bir durumda kooperatiften ayrılan ortağın ayrılma payı gündeme gelecek, bu ise kooperatifin kasasından para çıkması nedeniyle tercih edilmeyecektir. Dolayısıyla sözleşme serbestisi kapsamında KoopK. hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ortaklığa giriş-çıkış, ortaklık sıfatının kazanılması-kaybedilmesi gibi konuların

kooperatiflerce ana sözleşmelerinde belirlenebilmelerine olanak tanımak bizce daha isabetli olacaktır.

## SONUÇ

Ülkemizde kooperatifçilik modeli bugüne kadar maalesef yapı, tarım ve tüketim kooperatifleri şeklindeki yoğunlaşmanın ötesine geçememiş, başarısız yönetim politikaları kooperatifçiliğe ilişkin olumsuz bir algıya neden olmuştur. Bu nedenle AB uyum süreciyle yeniden gündeme gelen sigorta kooperatifçiliğinin, sistemin sorunları içinde boğulmadan desteklenmesi, düzenlenmesi ve denetlenmesi zorunludur. Sigorta kooperatiflerinin, Hazine Müsteşarlığınca sıkı bir denetime tabi tutulması, modelin geleceği açısından güveni artırmaktadır. Fakat kooperatif sigortacılığı hala önemli sorunlar ve acilen çözüme kavuşturulması gereken hususlar içermektedir.

Üye-poliçe sahipleri, uzun soluklu üyeliklerine bağlı olarak daha düşük primlerle daha kaliteli hizmet alabilmeyi hedeflemektedir. Bu amaçla kâr ve karşılıklar, üye poliçe sahiplerine ait olsa da, bunların dağıtılmasından ziyade, ileride meydana gelmesi muhtemel hasarlar için karşılık olarak tutulması tercih edilmektedir. Ancak ülkemiz kooperatif sigortacılığında, çoğu kez kooperatif üyesi olduğunun bilincinde dahi olmayan üyeler, sözleşme sonrasında üyelik statüsünü devam ettirmeyerek, kooperatiflerin uzun dönemdeki avantajlarını ortadan kaldırmaktadır.

Bir yanıyla mecburi nitelikte bir gelir kaynağı, diğer yanıyla prim maliyeti bakımından yük olan ortaklık pay bedelleri, sigorta kooperatiflerini diğer şirketlere nazaran dezavantajlı konuma sokmaktadır. Geleneksel sigorta şirketleri ile rekabet için, ortaklık bedellerinin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ancak ortaklık payları haricindeki sermaye ihtiyacının, hangi kaynaklarla ne şekilde giderileceği önemli diğer bir sorundur. Çözüm için kurucu ortaklara başvurulması, mevzuatımız karşısında bugün için hem yeterli hem de yasal alt yapısı olmadığından hukuki değildir.

Mevcut denetim sistemi, sigorta kooperatiflerinin denetim ihtiyacını karşılamaktan çok uzaktır. Üyeliğin yönetim kurulu onayıyla aktif hale gelmesi dolayısıyla, sigorta himayesinin hangi tarihte başlayacağı, üyelik hakkının devri, ortaklıktan çıkış, ayrılma payı gibi hususlar da çözüme kavuşturulmaya muhtaçtır.

KoopK. ve SK'deki özel düzenlemeler bu sorunları tek başına çözüme noktasında yetersizdir. Gündemde olan Yeni Kooperatifler Kanunu'na ilişkin taslak da henüz paylaşılmış değildir. İlk aşamada yasal



değişiklikler ivedilikle hayata geçirilmeli ve sonrasında düzenleyici kurumlar arasında etkin bir işbirliği ile ikincil mevzuat oluşturulmalıdır. Böylelikle kooperatif sigortacılığı, sigortacılık piyasasında daha etkin ve güçlü bir role sahip olabilecektir.

### KAYNAKÇA

- ABRAHAM, Kenneth S.: Insurance Law And Regulation Cases And Materials, Foundation Press, USA 2015.
- AKAY, Hüseyin: Hayat Sigorta Şirketlerinde Hesap İşleri Düzeni, İstanbul 2001.
- AKDAĞ, Güney: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012.
- ARSEVEN, Haydar: Sigorta Hukuku, Ana Prensipler Genel Hükümler, B.2, İstanbul 1991.
- Association Internationale des Sociétés d'Assurance Mutuelle (AISAM):Governance Of Mutual Insurance Companies, The Current State Of Legislation: Report by the Governance & Company Law Taskforce, led by Jeanne-Marie Camboly, of the European Legislation Working Group, chaired by Edoardo Greppi, (file:///C:/Users/acer/Downloads/AISAM%20(2006)%20Governance%20of%20Mutual%20Insurance%20Companies%20the%20current%20state%20of%20legislation\_en.pdf).
- AYDIN, Alihan: “Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesinde Yönetim Kurulu Üye Sayısının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:2013, C: LXXI, S:2.
- BAKER, Tom: Insurance Law and Policy, Cases Materials and Problems, Second Edition, USA 2008.
- BASTETTER, Robert /CARMICHAEL, David /DUNHAM, Wolcott/SMALLENBERGER, James: The Mutual Holding Company: A New Structural Option, West Virginia 1997.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, Adana 2013.
- BİLGİN, Necdet/TANIYICI, Şaban: “Türkiye’de Kooperatif ve Devlet İlişkilerinin Tarihi Gelişimi”, KMU İİBF Dergisi, Yıl:10, Sayı:15, Aralık/2008, (s.138-156).
- BLACK, Kenneth /SKIPPER, Harold D.: Life Insurance, 12. Edition, USA 1994.
- BOZKURT, Tamer: Themis, Ticaret Hukuku-Cilt IV Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 8. Baskı.
- CAN, Ozan: “Ahilik İlkeleri İçerisinde Rekabet Hukukunun Yeri” , 2. Uluslararası Ahilik Sempozyumu, Cilt 1, (s.405-423).
- ÇEKER, Mustafa: Sigorta Hukuku, Ankara, 2012.
- DEMİRCİ, Serdar: “Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Problemi”, TSEV Sigorta Araştırmaları Dergisi, Aralık 2010, Sayı 7, (s.71-87).
- DOMANIÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1, Adi Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1998.
- ERÇİN, Ferhat: Türk Hukuku’nda Kooperatif Tüzel Kişiliğinin Ayırıcı Özellikleri, DER Yayınları, İstanbul 2005.
- GERAY, Cevat: “Kooperatifçiliğin Dünyada ve Türkiye’deki Nicel Gelişimi”, SBF Dergisi C.47-1992, (s.427-441) (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/454/5176.pdf>).

- HAZAR, Nureddin: Türkiye’de Kooperatifçilik, Türk Kooperatifçilik Kurumu Yayınları, Yayın No:88, Ankara 1997.
- KENDER, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Güncelleştirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2015.
- KIRCA, İsmail: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği”, Batider, Haziran 2012, C:XXVIII, S: 2, (s.51-59).
- KUBİLAY, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Sigorta Sözleşmeleri-Sigorta Kurumları-Örnek Olaylar-Yargıtay Kararları-Sigorta Genel Koşulları, 2003.
- KURTULAN, Ahmet: Kooperatifler Kanunu ve Açıklaması, Ankara 2007.
- LALE, Muktedir: Koopertaifler Hukuku, Ankara 2010.
- LORD MACMİLLİAN: Municipal Mutual Insurance Ltd. v Hills (1932) 16 TC 430, (<https://books.google.com.tr/books?isbn=9881754518>).
- LORD WİLBERFORCE: Privy Council case Fletcher v Income Tax Commissioners (1972) AC414, (<http://taxguru.in/income-tax/interest-bank-housing-society-taxable-principle-mutuality-apply.html>).
- LOWRY, John / RAWLINGS Philip: Insurance Law Cases And Materials, USA 2004.
- MARTÍNEZ, Leo P.: Cases And Materials on Insurance Law, Sizth Edition, USA 2010.
- Milli Reasürans T.A.Ş.: Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü, Haziran 2004.
- ORTAÇ ORBAY, Nurdan/CAN, Ozan: “Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.09.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Eylül 2016, Cilt XXXII-Sayı:3.
- ÖZBOLAT, Murat: Temel Sigortacılık, Ankara 2006 (s.79-104).
- ÖZCAN, Orhon: “Türkiye’de Kooperatifçiliğin Tarihi Gelişimi ve Cumhuriyet Dönemi Kooperatifçiliği”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Kooperatifçilik Bilim Dalı, İstanbul 2007.
- ÖZER, F. Dilek: Sigortacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2012.
- ÖZKAN, Mehmet: Sigorta İşlemleri ve Muhasebesi, Bilim Teknik Yayınevi, İstanbul 1998.
- ÖZMEN, Kemal: Kooperatifler, 3. Bası, İstanbul 2014.
- POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000.
- POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU: Ortaklıklar Hukuku I, Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul 2014.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016 (Şirketler).
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011 (Şerh).
- PULAŞLI, Hasan: “Anonim Şirketlerde CEO’ların Hukuki Durumu”, Batider, Haziran 2007, C:XXIV, S: 1, s. 19 vd. (CEO).
- RAMBECK, Richard: “Mutual Holding Company: A Shell Game Without Pea”, Insurance Journal, April 2001 (<http://www.insurancejournal.com/magazines/partingshots/2001/04/23/21980.htm>).
- Research on the Economic Impact of Cooperative: University of Wisconsin Center for Cooperatives, (<http://reic.uwcc.wisc.edu/mutualinsurance/>).

- SEWARD, Robert: The Role of Protection and Indemnity (P&I) Clubs, Deputy Chairman Tindall Riley (Britannia) Ltd, November 2002 ([http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/wks\\_MA\\_16684.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/wks_MA_16684.pdf)).
- ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Çeşmealtı 2016.
- T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü: Türkiye Kooperatifçilik Stratejisi ve Eylem Planı 2012-2016.
- TÜNERİ, İlker: Kooperatifler Uygulaması, Ankara 2007.
- ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2010.
- ÜNAL, Ahmet Cemil: Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde CEO'nun Hukuki Konumu, Ankara 2014.
- ÜSTÜN, Yusuf-Aydın, MUHİTTİN: Kooperatifler Hukuku, Ankara, 2017.
- ÜSTÜN, Yusuf: "Sigorta, Tekafül ve Kooperatif Sigortacılığı", Karınca Dergisi, Mart 2014, Yıl:80, Sayı:927, (s.1-12) (Makale).
- WRIGHT, Janet / VIRGINIA Wadsley / JANICE Artandi: The History of the National Association of Mutual Insurance Companies, A Century of Commitment, 1895–1995. Indianapolis,1994, IN: National Association of Mutual Insurance Companies.
- YANIK, Serhat: Sigorta İşletmelerinde Mali Yeterlilik Analizi, Ankara 2001.
- YILDIRIM, B. Önal-MADRAN, Canan: Türk Sigortacılık Sektöründe Pazarlama Sorunları - Bu Sorunların Sektörün Finansal Yapısı Üzerine Etkileri ve Çözüm Önerileri, Sigortacılık Sektörü Bilimsel Çalışma Yarışması 1997 Üçüncülük Ödülü, Milli Reasürans T.A.Ş. Yayını.

<http://ica.coop/en/whats-co-op/history-co-operative-movement>  
<http://ica.coop/en/what-co-operative>  
<http://www.icmifamericas.org/icmif-members-key-statistics-2013-highlights-record-growth-icmif>  
<http://koop.gtb.gov.tr/haberler/kooperatif-sigortaciligi-anlatildi>  
<http://www.arabakutuphanesi.com/tanitim/birlik-sigorta>,  
<http://www.amice-eu.org/map.aspx>  
[http://www.amice-eu.org/userfiles/file/AISAM\\_What\\_is\\_Mutuality\\_en.pdf](http://www.amice-eu.org/userfiles/file/AISAM_What_is_Mutuality_en.pdf),  
<https://www.grinnellmutual.com/>, [www.fmrp.com](http://www.fmrp.com)  
<https://www.hazine.gov.tr/TR-Sayfalar/Sirketler>  
<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/gimmanual/gim9020.htm>  
<http://www.insure.com/life-insurance/demutualization.html>  
<https://www.korusigorta.com.tr/hakkimizda/tarihce>  
<https://www.libertymutualgroup.com/business-insurance/business-insurance-coverages/reinsurance>,  
<https://www.ncba.coop/7-cooperative-principles>  
[www.namic.org/aboutnamic/overview.asp](http://www.namic.org/aboutnamic/overview.asp)

## KISALTMALAR

- AMICE : Avrupa Karşılıklı Sigorta Şirketleri ve Sigorta Kooperatifleri Birliği  
A.Ş. : Anonim Şirket  
Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi  
dn : Dipnot  
eTTK : Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

f.	: Fıkra
ICA	: International Co-operative Alliance
ICMIF	: International Cooperative And Mutual Insurance Federation
KoopK.	: 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu
md.	: Madde
SK	: 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu
SMK	: Mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TSB	: Türkiye Sigorta Birliği
YK	: Yönetim Kurulu

# YARGI KARARLARI IŞIĞINDA TANINMIŞ MARKA İTİRAZINDA HAKLI SEBEP KAVRAMI

## CONCEPT OF DUE CAUSE CONCERNING OPPOSITION ON THE GROUND OF WELL-KNOWN TRADEMARK IN LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

DOI: 10.21492/inuhfd.419774

Arzu OĞUZ\*

### Özet

Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) md. 6/5: “*tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterini zedelenebileceği hallerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu haklı bir nedene dayanma hali saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir*” hükmüne yer vermiştir. Bu koşulun gerçekleşebilmesi için öncelikle eskiden tescil edilmiş ya da tescili için başvurulmuş markanın, Türkiye’de belli bir tanınırlık düzeyine yükselmesi aranmaktadır.

Hükme göre, söz konusu nispi tescil engelinin uygulanabilmesi için; başvuru konusu marka, Türkiye’de tanınırlık düzeyine ulaşmış marka ile aynı ya da benzer olmalıdır. Ayrıca sonraki tarihli başvuru konusu işaretin tescili, toplumda tanınırlık düzeyine ulaşmış markanın ününden haksız yarar sağlanmasına, onun itibarına zarar vermesine veya onun ayırt edici karakterinin zedelenmesine neden olmalıdır.

Önceki düzenleme 556 sayılı KHK md. 8/4’den farklı olarak SMK, sonraki tarihli başvuru sahibine başvuru yapma konusunda “haklı sebep” ileri sürme imkânı tanımış, ayrıca şartların sağlanması halinde anılan korumanın, mal/hizmetlerin aynı, benzer ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olmasına bakılmaksızın uygulanabileceğini öngörmüştür. Haklı sebep hükmün istisnasını oluşturmaktadır. Buna göre, tanınmış marka ile aynı ya da benzer bir işaret, tanınmış markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlere benzer mal ve hizmetler için kullanılsa bile “haklı sebep” varsa, tanınmış marka sahibi bu kullanıma katılmak mecburiyetindedir. Ciddi bir istisna olarak marka hukuku sistemimize getirilen “haklı sebep” kavramının, özellikle yabancı mahkeme kararları ışığında hangi ölçütlere göre uygulanması gerektiği hususu önem kazanmaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** Marka, tanınmış marka, Paris Sözleşmesi, 89/104/ Sayılı Direktif, markadan doğan haklar, benzer olmayan mal ve hizmetleri de kapsayan koruma,

---

\* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Merkezi (FİSAUM). (E-mail: aoguz@law.ankara.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 30.04.2018

Makale Kabul Tarihi: 21.06.2018

tanınmış bir marka ile benzer olan bir işaretin haklı neden olmaksızın üçüncü bir kişi tarafından kullanılması, “haklı sebep” kavramı

#### **Abstract**

Art. 6(5) of The New Law of Industrial Property Rights (SMK) provides that “A trademark application which is identical with, or similar to, an earlier registered trademark or application irrespective of whether the goods or services for which it is applied or registered are identical with, similar to or not similar to those for which the latter trademark is applied for, and the use of the latter trademark without due cause would take unfair advantage of, or be detrimental to the distinctive character or the repute of the earlier trade mark due to the reputation the earlier trademark has in Turkey; shall be refused upon opposition of the proprietor of that earlier trademark.” For the condition laid down by aforesaid provision to be fulfilled, the trademark which was registered or applied for registration earlier must have acquired a notoriety to a certain extent.

Under the provision, for the relative ground of refusal to be applied, the trademark which is asserted as ground of refusal must be identical with or similar to the trademark applied for. Furthermore, registration of latter application for trademark must result in unfair advantage of, or be detrimental to the distinctive character or the repute of the earlier trade mark due to the reputation with certain degree of notoriety.

SMK, in contrast with former regulation under Art. 8(4) of Decree Law, No: 556, provides applicant with possibility to raise a plea of “due cause” while setting down that the aforesaid protection can be granted regardless of whether goods/services are identical with, similar or indistinguishably similar to each other. Due cause is an exception to the provision. Accordingly, even if any sign identical with or similar to the well-known trademark is put into use relating to goods and services similar to the ones for which the well-known trademark is registered, proprietor of well-known trademark must tolerate the use of such sign provided that a “due cause” is present. The criteria according to which the concept of “due cause” that diffused in our trademark law as a fundamental exception become more of an issue.

**Keywords:** Trademark, well-known trademark, Paris Convention, Directive 89/104/EEC, rights arising out of trademark, protection covering dissimilar goods and services, use of a sign similar to well-known trademark by third parties without due cause, concept of due cause.

## **GİRİŞ**

1995 yılından bu yana Marka konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>1</sup>’de düzenlenmekteydi. Artık 10 Ocak 2017 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmak sureti ile 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu<sup>2</sup> yürürlüğe girmiştir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de markanın açıkça tanımına yer verilmemekle birlikte, Kararname’nin 5. maddesinde marka kavramı dolaylı olarak

---

<sup>1</sup> 556 sayılı ve 24.06.1995 tarihli Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname için bkz. RG: 27.06.1995 – 22326.

<sup>2</sup> 6769 sayılı ve 22.12.2016 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunu için bkz. RG: 10.01.2017 - 29944 (SMK).

açıklanmaktaydı. Buna göre bir marka, çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretlerden oluşur. Bu işaretler, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajlarından oluşur ve işaretler, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamalıdır.

Kanun'un 4. maddesinde marka tanımına yer verilmiştir:

*“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir”.*

Buna göre marka olabilme koşullarına bir yenisi eklenmiş olmaktadır: 1. İşaret, 2. Ayırt etmeyi sağlama, 3. Koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlama

Marka, bir ürünün kökenini göstermesi yanında tüketiciye sağladığı kalite ve garanti işlevleriyle ekonomide artı değer olarak değerlendirilmektedir.

Ancak bazı markalar köken gösterme işlevlerinin yanı sıra, kalite ve garanti işlevleri nedeniyle toplumda daha fazla ön plana çıkarlar. Toplumda belli bir tanınırlık düzeyine erişen ve bundan ötürü kendisine “tanınmış marka” adı verilen bir marka, ticaret markası olabileceği gibi hizmet markası, garanti markası ya da ortak marka da olabilir.

Bilindiği üzere bir marka belirli mal veya hizmetler için tescil edilmiş olsa bile farklı mal veya hizmetler için de tescili mümkündür. Ancak tanınmış markalar bunun istisnasını oluşturmaktadır. Aşağıda anlatılacağı gibi, tanınmış markalarda, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerden başka mal ve hizmetlerde yapılan tescile veya fiili kullanıma engel olmak mümkündür. Bununla birlikte Sınai Mülkiyet Kanunu'nda getirilen yeni bir düzenleme ile “haklı sebep” kavramına yer verilmiştir. Buna göre, tanınmış marka ile aynı ya da benzer bir işaret, tanınmış markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlere benzer mal ve hizmetler için kullanılsa bile “haklı sebep” varsa, tanınmış marka sahibi bu kullanıma katlanmak mecburiyetindedir. Tanınmış marka uygulamasında ciddi bir istisna olarak marka hukuku sistemimize getirilen “haklı sebep” kavramının ölçütlerinin ortaya konulması önem arz etmektedir. Konunun

özellikle yabancı mahkeme kararlarında somutlaştırılmaya çalışıldığı göz önünde tutularak, bazı kararlar ışığında ölçütler incelenecektir.

### 1. TANINMIŞ MARKA KAVRAMI

Bir markanın üzerinde kullanıldığı ürün veya hizmet satın alınırken söz konusu marka toplum içerisinde “Tanınmış Marka” olarak değerlendiriliyor ise, tüketici o markalı ürün veya hizmete yönelir, markanın temin ettiği kaliteden dolayı kendisini garanti altında hisseder. Ancak tanınmış markanın kanunlarda tanımlanmamıştır. Zira tanınmış marka kavramı, her somut olayda farklı değerlendirilmek gerekebilir ve önceden belirlenmiş ölçütlerin somut olaya uyarlanması zorluk arz edebilir. Bu nedenle öğretide ve yargıda tanınmış markalar için bazı ölçütler tespit edilmiştir. Ancak bunlar arasında bir birlik olduğu söylenemez.

Tanınmış marka kavramına, 27.06.1995 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 556 sayılı Markaların Korunması ile ilgili Kanun Hükmünde Kararnameden önce 1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanununda<sup>3</sup> rastlanmaktadır. Ancak, tanınmış markanın tanımı daha önce yürürlükte bulunan 551 sayılı Markalar Kanunu’nda olduğu gibi 556 sayılı KHK’de de yapılmış değildir.

Tanınmış marka kavramı, uluslararası kaynaklarda da yer almaktadır. Fakat söz konusu kaynaklarda da tanınmış markanın tanımı ve ölçütleri konusunda boşluk söz konusudur. Hem 551 sayılı Kanun’da hem de 556 sayılı KHK’de gerek tescil (556 sayılı KHK md. 7/1 (1), md. 8/4) gerek koruma hükümlerinde (556 sayılı KHK md. 42/I-b) tanınmış markalardan söz edilse de tanım ve ölçütler konusundaki mevcut boşluklar, yabancı ülke hukuklarında olduğu gibi, Türk hukukunda da doktrin ve mahkeme içtihadıyla doldurulmaktadır<sup>4</sup>.

Pek çok ülkenin kanun metinlerinde olduğu gibi, gerek eski 556 sayılı KHK’nın ilgili maddelerinde gerek, yeni SMK’nın 6. maddesinin 4. fıkrasında tanınmış marka kavramı ile ilgili olarak Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesine atıf yapılmaktadır. Esasen yeni SMK “tanınmış

<sup>3</sup> 551 sayılı ve 03.03.1965 tarihli Markalar Kanunu için bkz. RG: 12.03.1965 - 11951.

<sup>4</sup> Bu konuda bkz., ÇOLAK, Uğur. “Paris Sözleşmesi 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar”, Ankara Barosu FMR Dergisi, 2004, Sayı:2, 23-70; DIRİKKAN, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003; YASAMAN, Hamdi: “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar” in Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002, Sayı:2, 300-309; EYÜBOĞLU, Samiye: “Tanınmış Marka”, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.1, C.1, S.2, Ankara 2001, 109-120.



markayı” 6. maddede iki ayrı fıkrada nispi ret nedeni olarak düzenlemiştir<sup>5</sup>.

## 2. SINAİ MÜLKİYET KANUNU’NDA TANINMIŞ MARKA DÜZENLEMESİ

### A. Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markalar İle Aynı veya Benzer İşaretler

Bilindiği üzere ülkesellik ilkesi uyarınca her devlet, fikri ve sınai mülkiyet haklarını kendi ülke sınırları içinde korur. Sınai hakların doğumu ve kazanılması her ülkenin kendi hukuk sistemine göre belirlenir. Ülkesellik ilkesinin istisnası ise uluslararası anlaşmalar ve bunların taraf ülkelerin iç hukukunda uygulanmasıyla ortaya çıkar. Bu bağlamda 1883 yılında 11 ülke tarafından imzalanan Paris Sözleşmesi’ne Türkiye 1925 yılında taraf olmuş ve karşılıklılık ilkesi gereğince Sözleşme’ye taraf diğer ülkelerin fikri mülkiyet haklarını koruyacağını taahhüt etmiştir<sup>6</sup>.

Tanınmış markaların korunmasında mehzaz teşkil eden Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6 ıncı maddesi Birlik ülkelerinin, tanınmış bir markanın herhangi bir karışıklığa yol açabilecek bir şekilde yeniden reproduksiyonunu, taklit edilmesini veya aslına yakın bir şekilde değiştirilmesini içeren bir markanın kullanılmasını gerek mevzuat izin verdiği takdirde resen, gerekse ilgilinin isteği üzerine yasaklamayı ve tescilini reddetmeyi veya iptal etmeyi taahhüt etmesini hükme bağlamıştır.

Hüküm ile getirilen koruma sistemi sadece tanınmış markanın aynısı için değil, esas unsuru açısından karışıklık yaratabilecek benzeri için de tescilini ve kullanımı engellemeyi sağlamakla birlikte sadece aynı veya benzer mal/hizmet sınıfları bakımından tescil engeli ve hükümsüzlük nedeni yaratmaktadır.

Daha önce KHK md. 7/1 (1) bendine göre mutlak ret nedeni olarak düzenlenen bu madde Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine SMK md. 6/4 “Paris Sözleşmesinin linci mükerrer 6ıncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı ya da benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı ya da benzer mal/hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilebilir” hükmünü getirmiştir.

Belirtilmelidir ki, SMK md. 6/4’de Paris Sözleşmesi kapsamında bir markanın aynı veya benzer olması ve ayrıca mal/hizmetlerinde aynı/benzer olması şartı aranırken, md. 6/5’te Türkiye’de tanınırlık düzeyine ulaşan markalar için mal/hizmet sınıflarının aynı/benzer ya da

<sup>5</sup> ÖZER, Fatma: Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, Ankara 2017, s. 37, 38.

<sup>6</sup> Bkz. BOZKURT, Mustafa: Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markanın Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2007, s. 24 vd.

benzer olmasına bakılmayacağı ifade edilmiş ve bu bağlamda SMK md. 6/5'in koruma kapsamı, hükümde anılan hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda daha geniş tutulmuştur. Bununla birlikte, md. 6/5 hükmünden yararlanabilmek için Türkiye'de tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın tescil edilmesi şartı aranırken, md. 6/4 hükmünden yararlanacak olan Paris Sözleşmesi kapsamındaki tanınmış markanın Türkiye'de tescil edilme şartı aranmamaktadır.

### **B. Türkiye’de Tescil Edilmiş veya Tescil Başvurusu Daha Önceki Tarihte Yapılmış Tanınmış Markalar İle Aynı ya da Benzer İşaretler**

KHK 556 da olduğu gibi SMK’da da tanınmışlık düzeyine ulaşan markalara ilişkin tescil talebi, nispi ret ve hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmiştir. SMK md. 6/5

*“tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterini zedelenebileceği hallerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu haklı bir nedene dayanma hali saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir”*

hükmüne yer vermiştir. Bu koşulun gerçekleşebilmesi için öncelikle eskiden tescil edilmiş ya da tescili için başvurulmuş markanın, Türkiye’de belli bir tanınmışlık düzeyine yükselmesi aranmaktadır<sup>7</sup>.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, söz konusu nispi tescil engelinin uygulanabilmesi için; başvurusu yapılmış marka, Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka ile aynı ya da benzer olmalıdır<sup>8</sup>. Bundan başka sonraki tarihli başvuru konusu işaretin tescili, toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın ününden haksız yarar sağlanmasına, onun itibarına zarar vermesine veya onun ayırt edici karakterinin zedelenmesine neden olmalıdır<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Kanun koyucu burada bilinçli olarak farklı bir terminoloji kullanmış, “toplumda” veya “Türkiye’de” belli bir tanınmışlık düzeyine ulaşan markadan söz etmiştir. Çünkü kanun koyucu bununla sadece tanınmış markayı kastetmiş, Paris sözleşmesi md. 6 anlamında çok tanınmış markadan söz etmemiştir.

<sup>8</sup> Eski KHK md. 8/4’te “Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi” ifadesi yerine “toplumda ulaşılan tanınmışlık düzeyi” ifadesi mevcuttu.

<sup>9</sup> Bkz. İMİRLİOĞLU, Dilek: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 556 Sayılı KHK

Önceki düzenleme KHK/556 md. 8/4'den farklı olarak SMK, sonraki tarihli başvuru sahibine başvuru yapma konusunda “haklı sebep” ileri sürme imkânı tanımış, ayrıca şartların sağlanması halinde anılan korumanın, mal/hizmetlerin aynı, benzer ya da benzer olmasına bakılmaksızın uygulanabileceğini öngörmüştür<sup>10</sup>.

Bu doğrultuda SMK md. 6/5 gerekçe gösterilerek yapılan itirazlar incelenirken şöyle bir değerlendirme yapmak gerekmektedir:

- İtiraza gerekçe gösterilen ve tanınmışlığı iddia edilen markanın Türkiye’de itiraz edilen başvurudan önceki tarihte tescilinin veya tescil başvurusunun olup olmadığı,
- İtiraz edilen başvuru ile itiraza mesnet markaların aynı ya da benzer olup olmadıkları,
- İtiraza gerekçe olarak gösterilen markanın Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşıp ulaşmadığı,
- Tanınmışlık düzeyine ulaşan markanın itibarına zarar verip vermeyeceği,
- Tanınmışlık düzeyine ulaşan markanın ayırt edici karakterini zedeleyip zedelemeyeceği.

Önce ilk üç durumun tespiti yapılmalı, sonra diğer koşullara bakılmalıdır. Bu belirleme her somut olayın özelliğine göre yapılmalıdır. Haklı sebep hükmün istisnasını oluşturmaktadır<sup>11</sup>.

O halde “haklı sebep” kavramını somutlaştırmak, ölçütlerini ortaya koymak önem arz etmektedir.

### 3. HAKLI SEBEP KAVRAMI

2017/1001 sayılı AB Tüzüğü<sup>12</sup> md. 8/5 ve md. 9/1 (c) ile 2015/2436 sayılı AB Direktifi<sup>13</sup> md. 5/3 (a) ve md. 10/2 (c)’de yer alan “*without due cause*” yani “haklı sebep olmaksızın” ifadesine, 556 Sayılı KHK’da yer verilmemişti. Oysa bu uygulama, sonraki markanın kullanımının, markanın ayırt edici karakterini zedelemesi, markadan haksız yararlanılmasının, markanın sulandırılmasının istisnasını teşkil ettiği için üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Bu nedenle, teori

---

ile Karşılaştırmalı, Ankara 2017, 209; FEZER, Karl-Heinz: Markenrecht, 3. Auflage, München 2001, s. 596.

<sup>10</sup> İMİRLİOĞLU, s. 210; ÖZER, s. 101.

<sup>11</sup> İMİRLİOĞLU, s. 211.

<sup>12</sup> Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark.

<sup>13</sup> Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

tarafından sıkça, Sınai Mülkiyet Haklarının kanunlaştırılması sırasında, tanınmış markayı düzenleyen hükümlerde gerekli düzeltmenin yapılarak, “haklı bir neden olmaksızın” ibaresinin, madde metnine konulması önerilmekteydi<sup>14</sup>. Nitekim SMK md. 6/5’te yer alan düzenleme AB’deki hükümle uyumlu hale getirilmiş ve bu hallerin gerçekleşmesinde eğer haklı sebep var ise, bu hükmün uygulamasının önünde engel teşkil edebileceği hükme bağlanmıştır.

Bununla birlikte “haklı sebep” kavramının soyut bir kavram olması nedeniyle biraz daha somutlaştırmaya ihtiyaç duyduğu açıktır. Hangi sebeplerin haklı sayılabileceği konusunda ölçütler belirlenmesi de önem taşımaktadır. Burada da bazı mahkeme kararları bize ışık tutmaktadır:

#### **A. *Leidseplein Beheer BV* ve *Bay de Vries* Kararı (6 Şubat 2014)<sup>15</sup>**

*Leidseplein Beheer BV* ve *Bay de Vries* (bundan sonra sadece *De Vries* olarak anılacaktır) ve *Red Bull GmbH* aynı zamanda *Red Bull Nederland BV* (bundan sonra sadece *Red Bull* olarak anılacaktır) kararı, haklı sebebin uygulama alanı konusunda en fazla açıklık sağlayabilecek karar olarak görülmektedir.

Karara konu olan uyuşmazlık, “*Bull Dog*” işareti ile enerji içeceği üretiminin ve dağıtımının yapılmasının, ayrıca sözcükte “*Bull*” veya benzer işaretler kullanılmasının tescilli marka olan “*Red Bull*” ile iltibasa yer vereceği iddiasından ibarettir.

*Red Bull* Benelux Devletlerinde diğer markaların yanı sıra, sözcük ve şekil markası olan *Red Bull Krating-Daeng* markasını 11 Temmuz 1983 yılında 32. sınıftaki mallar (alkolsüz içecekler) tescil ettirmiştir.

*De Vries* Benelux Devletlerinde 32. sınıftaki mallarda aşağıdaki markalara sahiptir:

- 14 Temmuz 1983 tarihinde tescil olan sözcük ve şekil markası: *The Bulldog*,
- 23 Aralık 1999 tarihinde tescil olan sözcük markası *The Bulldog*
- 15 Haziran 2000 tarihinde tescil olan sözcük ve şekil markası *The Bulldog Energy Drink*.

<sup>14</sup> ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, İstanbul 2012, s. 365.

<sup>15</sup> ABAD Kararı, 6 Şubat 2014 Tarih, *Leidseplein Beheer BV* ve *Bay de Vries*, C-65/12. Kararın tam metni için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147501&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=589033> (Erişim Tarihi: 24.04.2018).

Taraflar arasında, *De Vries*'in, *Red Bull*'ün 1983 yılında markasını tescil ettirmeden önce, “*The Bulldog*” işaretini otel, restoran ve kafe hizmetlerinde içecek satışında ticari işletme adı olarak kullandığı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. *Red Bull Krating-Daeng* markasının Benelux bölgesinde belli bir tanınmışlığının olduğu da şüphesizdir.

*Red Bull* ayırt etme gücüne sahip işaret olan “*The Bulldog*”, “*Bull*” sözcüğünü içerdiği için, *Red Bull Krating-Daeng*'i ihlal ettiği iddiası ile 27 Haziran 2005 tarihinde Amsterdam Mahkemesi'nde dava açarak, *De Vries*'in, “*Bull Dog*” işareti ve “*Bull*” kelimesini içeren ve *Red Bull*'ün tescilli markaları ile iltibasa yol açabilecek diğer işaretleri taşıyan enerji içeceklerinin üretimini ve dağıtımını durdurmasını talep etmiştir.

*De Vries* de karşı dava açarak, *Red Bull*'ün, *Red Bull Krating-Daeng* markası ile bağlı sayılabilecek haklarının hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

17 Ocak 2007 tarihinde Amsterdam Asliye Mahkemesi tüm davaları reddetmiştir.

2 Şubat 2010 yılında Amsterdam İstinaf Mahkemesi, *Red Bull*'un Amsterdam Asliye Mahkemesi'nin kararına karşı başvurusunu kabul etmiştir. Amsterdam İstinaf Mahkemesi, *Red Bull Krating-Daeng* markasının Benelüks bölgesinde tanınmış olduğuna, ancak, ilgili tüketici çevresinin ortak ifade “*Bull*”un kullanımından ortaya çıkan benzerliğin ve *De Vries* tarafından enerji içecekleri için kullanılan “*The Bulldog*” işaretinin, bu marka ile işaret arasında zihinlerinde bir bağlantı kurduğunu ama bununla birlikte karıştırmayacaklarına karar vermiştir.

Amsterdam İstinaf Mahkemesi, söz konusu işaretlerin ve *Red Bull Krating-Daeng* markasının benzer oldukları ve *De Vries*'in, tanınmış bir markanın bölgesinde faaliyet göstermekle, markanın şöhretinden yararlanmak istediğini, *Red Bull*'ün enerji içeceklerindeki birkaç milyon Euro'yu bulan pazar payından yararlanmak istediği düşüncesini savunmaktadır.

Amsterdam İstinaf Mahkemesi, *De Vries* tarafından, *Bulldog* markasının 1983 yılından önce de ticarete ve özellikle içecek sektöründe kullanılmış olmasını işaretin kullanılması için haklı sebep olarak görmemiştir.

Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin gerekçesinde ayrıca, *De Vries*'in söz konusu işaretin mutlaka kullanılması gerektiğini ispat edemediği de yer almaktadır.

*De Vries* Hollanda Yüksek Mahkemesi'ne başvurarak, Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin "haklı sebep" kavramını, 89/104 Sayılı AB Direktifi'nin<sup>16</sup> 5/2'inci maddesinden daha dar yorumladığını ileri sürmüştür. Mevcut olayda, "*Bulldog*" işaretinin iyi niyetli kullanımının *Red Bull Krating-Daeng* markasının terkinin için yeterli olduğunu ileri sürmüştür.

Hollanda Yüksek Mahkemesi, önündeki bu olayda, bu kullanım için "haklı sebep" olup olmadığını belirlemek için Benelüks Yüksek Mahkemesi'nin 1 Mart 1975 tarihinde verdiği A 74/1 sayılı *Colgate Palmolive/Bols (Claeryn/Klarein)* kararında belirtilen ölçütlerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir<sup>17</sup>.

Hollanda Yüksek Mahkemesi, Amsterdam İstinaf Mahkemesi'nin "haklı sebep" kavramının yorumunu doğru yapıp yapmadığı konusunda şüpheye düşmüştür. Mahkemeye göre, bir yandan, Benelüks Anlaşması'nın<sup>18</sup> 2.20/1 (c) maddesinde de yer alan haklı sebep

<sup>16</sup> First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

<sup>17</sup> Tanınmış Hollandalı cin markası '*Claeryn*'ın sahibi *Lucas Bols*, Colgate'in bu marka ile benzer deterjan markası '*Klarein*'ı kullanmaktan men edilmesini talep eder. Bu talebi reddeden *Colgate*'e karşı *Lucas Bols*, markanın deterjanlar açısından kullanımının men için dava açar. Hollanda Yüksek Mahkemesi, davaya ilişkin iki soruyu Benelüks Adalet Divanı'na yöneltir. Benelüks Adalet Divanı'na göre önceki marka sahibinin hakkı münhasır bir yetki bahsettiğinden, sonraki kullanımın hukuka aykırılığı ancak özel hallerde bertaraf edilebilir. Divan, sonraki kullanımın ne durumda haklı sebebe dayandırılacağı konusunda da olayda ele almıştır. Mahkemeye göre, hakkı ihlal edenin makul olarak kullanımından kaçınmasını şart kılamayacak bir kullanma zorunluluğunun bulunduğu durumda haklı sebebin varlığından söz edilebilir. Ayrıca markayı kullananın, bunu kendi başına kullanmaya hakkı varsa ve bu hakkı marka sahibine bırakmak zorunda değil ise yine haklı sebepten bahsedilebilir. Böylece Benelüks Adalet Divanı'nın "haklı sebep" ölçütünü dar yorumladığı söylenebilir. Bkz.:SteinhausRijsdijk Advocaten BV: "Inconsistencies on Comparative advertising in Benelux still apparent" *World Trademark Review December/January 2010* <http://www.worldtrademarkreview.com/Magazine/Issue/22/Country-correspondents/Netherlands-SteinhausRijsdijk-Advocaten>, (Erişim tarihi: 24.04.2018). KASEKE, Elson: *Trademark Dilution: A Comparative Analysis*, University of South Africa, 2006, s. 146, 147, 149; FHIMA, Ilanah Simon: *Trade Mark Dilution in Europe and the United States*, Oxford University Press, New York 2011, s. 229.

<sup>18</sup> 25 Şubat 2005 tarihli Fikri Mülkiyet (Marka ve Tasarımlar) Hakkında Benelüks Anlaşması, 1962 tarihli Markalar Hakkında Benelüks Anlaşması ile 1966 tarihli Tasarımlar Hakkında Benelüks Anlaşması'nın yerini almıştır. Bu anlaşmalar ile Belçika, Hollanda ve Lüksemburg yeknesak marka ve tasarım hukuku düzenlemelerini hukuklarına entegre etmeyi amaçlamış ayrıca orta marka ve tasarım ofislerini teşkilatlandırmışlardır. Bu çerçevede yeknesak kurallara dayanan davalar ülkelerdeki yetkili mahkemeler önünde görülmekte ve bu kararlar diğer Benelüks ülkelerinde de

kavramının, 89/104 sayılı Direktif'in 5/2. maddesiyle uyumlu bir biçimde yorumlanması gerekir, diğer yandan, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'nın, haklı sebep kavramını, *Interflora ve Interflora British Unit* (Karar 22 Eylül Tarih, C-323/09, Slg. 2011, I-8625) kararında<sup>19</sup>, Benelüks Mahkemesi'nin *Colgate Palmolive/Bols (Claeryn/Klarein)* kararından daha geniş yorumladığı dikkate alınmalıdır.

Bu şartlar altında, Hollanda Yüksek Mahkemesi, ABAD'a ön karar talebi ile başvurmuş ve şu soruları yöneltmiştir:

İlk olarak, 89/104 sayılı Direktif md. 5/2'e göre "haklı sebep" kavramının, tanınmış marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin, üçüncü kişiler tarafından, tanınmış markanın tescilinden önce iyi niyetle kullanılmış olması halinde de yer alıp almayacağı sorulmuştur.

Dava dosyası kapsamı ve 89/104 sayılı Direktif incelendiğinde bu hükmün lafzi olarak yorumlandığında, hükmün uygulanması için sadece, tanınmış marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin, benzer olmayan mal ve hizmetler için tescil edilmiş olması gerektiği anlaşılıyor ise de, böyle bir işaretin, tanınmış markanın tescil edilmiş olduğu aynı tür veya benzer mal ve hizmetler için tescil edilmiş olması halinde de uygulanacağı hükmüne varan bir karar vardır. Karar, *Interflora Inc., Interflora British Unit ve Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Ltd* arasında geçen bir ihtilaf sonucunda verilmiştir. Kararın 68. kenar notunda aynı yöndeki başka kararlara da değinilmektedir.

Mevcut davada, ilk önce, *Red Bull Kranting-Daeng* markasının tanınmış olduğu hususu, taraflar arasında tartışmasız olduğu ve marka sahibinin *De Vries*'in, tanınmış markanın tescilli olduğu mallar ile aynı olan mallarda ürettiği markasının kullanılmasını engellemek istediği için 89/104 sayılı Direktif'in 5/2'inci maddesinin uygulanacağına karar verilmiştir.

Dava sırasında tarafların anlaşamadıkları husus "haklı sebep" kavramının anlamıdır. *De Vries*, tanınmış marka ile aynı olan işaretin, tanınmış markanın tescilinden dahi önce iyi niyetli kullanımının bu kavram içerisine gireceğini iddia etmekte iken, *Red Bull* sadece objektif

---

tanınmaktadır. Ayrıca yine bu ülkelerden gelen yargıçlardan oluşan Benelüks Adalet Divanı, yeknesak düzenlemelerin yorumlanması konusunda yetkilidir. Bkz.: WIPO: WIPO Intellectual Property Handbook, WIPO Publication 2008, s. 383.

<sup>19</sup>ABAD'ın *Interflora ve Interflora British Unit* kararının tam metni için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109942&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=348070>, (Erişim Tarihi: 24.04.2018).

zorlayıcı nedenlerin bulunması halinde “haklı sebep” kavramının gündeme geleceğini iddia etmektedir.

Önce *Red Bull, De Vries* tarafından ileri sürülen “haklı sebep” kavramının doğrudan tescilli olmayan markanın da bu kavram içerisinde değerlendirilmesi gerektiği şeklindeki geniş yorumunun kabul edilemeyeceğini, çünkü Benelüks Anlaşması’nın ve 89/104 sayılı Direktif’in uyum halinde sadece tescilli markaları koruma altına aldıklarını iddia etmiştir.

*Red Bull* ayrıca, tescilli bir marka sahibinin, Direktif’in 5/2’inci maddesine göre 5/1’de sağlanan korumadan daha az korunmasının da haksızlığa yol açtığını iddia etmiştir.

Bundan dolayı, önce “haklı sebep” kavramının anlamı açıklanmalı, daha sonra ikinci adım olarak bu tespitten yararlanarak, tanınmış markanın tescilinden önce bu markanın benzeri işaretin, tescilli markanın tescil edilmiş olduğu mal ve hizmetlerin benzerinde kullanılmış olmasının bu kavrama dâhil olup olmadığı sorgulanmalıdır.

Öncelikle “haklı sebep” kavramının anlamını araştıran Mahkeme, bu kavramın 89/104 sayılı Direktif’te tanımlanmadığını tespit etmiştir. Direktif’in 5/2’inci maddesinin lafzından *Red Bull* tarafından öne sürülen dar yoruma uygun olup olmadığı anlaşılacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, tescil edilmiş marka, sahibine Direktif’in 5. maddesi anlamında inhisari bir hak kazandırır, ancak bu hükümde bu hakkın kullanımına bazı sınırlandırmalar da getirilmiştir. İçtihadı göre marka sahibine inhisari hak tanınmasının nedeni, markanın işlevlerini yerine getirebilmesidir. Bundan dolayı inhisari hakkın kullanımı, üçüncü kişinin kullanımının markadan beklenen işlevleri yerine getirememesine engel olunması ile sınırlıdır.

Markanın işlevleri arasında sadece başlıca işlev olan, malın veya hizmetin nereden kaynaklandığını gösterme işlevi değil, aynı zamanda mal veya hizmetin kalitesinin, yatırımının ve reklam işlevinin garanti edilmesi de yer almaktadır. (Bkz. Karar 19 Eylül 2013 Tarih, *Martin Y Paz Diffusion*, C-661/11, Kenar n. 58 ve orada atıf yapılan diğer kararlar)<sup>20</sup>

Ayrıca, 89/104 sayılı Direktif’in 5/1’inci maddesine göre ve üye ülkelerin marka hukuklarının uyumlaştırılmasına göre, bir marka ile

<sup>20</sup>ABAD’ın *Martin Y Paz Diffusion* kararının tam metni için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=141764&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350665>, (Erişim tarihi: 24.04.2018).



sahibine tanınan inhisari hakkın, sahibine, üçüncü kişinin bu marka ile aynı işareti, aynı mal ve hizmetlerde kullanmasına karşı koruma sağlamak olduğu kabul edilmelidir. (Bkz., Karar *Interflora ve Interflora British Unit*, Kenar n. 36).

Kanun koyucu tarafından, marka sahibinin izni olmaksızın tescilli markanın aynısının, aynı mal ve hizmetlerde kullanılmasına karşı marka sahibine tanınan mutlak hak, ABAD tarafından, 89/104 sayılı Direktif'in 5/1'inci maddesine göre korumanın, maddenin lafzi anlamından bağımsız bir şekilde, marka sahibine, markadan beklenen işlevlerin yerine getirilmesi dikkate alınarak sağlanması gerektiği şeklinde, yani marka sahibinin, özel çıkarlarının gözetilmesi hususunun dikkate alınması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır. Mahkeme, inhisari hakkın kullanımının, üçüncü kişinin, işareti kullanmasının, markanın işlevlerini sınırlandırdığı veya sınırlandırma ihtimalinin olduğu hallerle sınırlandırmaktadır (Karar *Interflora und Interflora British Unit*, Kenar n. 37).

89/104 sayılı Direktif'in 5/2'inci maddesi tanınmış markalar için 1. fıkrada olduğundan daha geniş bir koruma öngörmüştür. Bu koruma için gereken özel koşul, tescilli marka ile aynı ya da benzer olan işaretin, markanın ayırt etme gücünü zedelemesi veya itibarına zarar vermesi ve haklı bir sebebe dayanmaksızın, markadan haksız yararlanma halinin mevcut olması veya haksız yararlanma ihtimalinin bulunmasıdır (Karar 18. Haziran 2009 Tarih, *L'Oréal u. a.*, C-487/07, Slg. 2009, I-5185, kenar n. 34 ve orada atıf yapılan kararlar)<sup>21</sup>.

Bundan dolayı üye devletler, 89/104 sayılı Direktif'in 5/2'inci maddesini uygularken, aynı ya da benzer mal ve hizmetlerde sağladıkları korumayı, benzer olmayan mal ve hizmetler için de dikkate almalıdır. Üye devletin seçim yetkisinin, tanınmış markanın gerçekten güçlü bir şekilde korunmasının gerekip gerekmediği noktasında yoğunlaşması gerekmekte olup, bu korumadan hangi vakıaların çıkarılacağını araştırmak bu yetkiye dâhil değildir. (Bkz. Karar 23. Ekim 2003 Tarih, *Adidas-Salomon v. Adidas Benelux*, C-408/01, Slg. 2003, I-12537, Kenar n. 20)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup>ABAD'ın *L'Oréal u. a.* kararının tam metni için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75459&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350971>, (Erişim tarihi: 24.04.2018).

<sup>22</sup>ABAD'ın *Adidas-Salomon v. Adidas Benelux* kararının tam metni için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48366&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=352191>, (Erişim tarihi: 24.04.2018).

Bu tespit, “haklı sebep” kavramının 89/104 sayılı Direktif’in 5/1’inci maddesinin uygulama alanı dikkate alınarak yorumlanacağı anlamına gelmez.

Savcının da isabetle belirttiği gibi Direktif’in 5/1 ve 2. maddeleri, hükümlerin basit markaların korunmasında uygulanmasını amaçlamamaktadır. 89/104 sayılı Direktif’in 5/2’inci maddesine göre tanınmış markanın sahibi, üçüncü kişilere, tescilli markası ile aynı ya da benzer olan işaretin kullanımını, markasının tescilli olduğu mal ve hizmetlerle aynı ya da benzer olmayan mal ve hizmetlerde kullanılmasını belli şartların gerçekleşmesi halinde yasaklayabilir. Tanınmış markanın korunması, basit markanın korunmasından daha geniş kapsamlıdır, çünkü üçüncü kişi tarafından aynı işaretin kullanılmasının men edilmesi ne Direktif’in 5/1 (a)’da belirtilen işaretin aynı olması koşuluna, ne de Direktif 5/1 (b)’de belirtilen karıştırma ihtimaline bağlıdır.

Özellikle tanınmış marka sahibi, 89/104 sayılı Direktif’in 5/2’inci maddesindeki korumadan yararlanabilmek için, markasının, ayırt etme gücünün ihlal edildiğini veya itibarına zarar verildiğini değil, üçüncü kişinin kendi markası ile aynı ya da benzer işareti kullanmakla haksız yarar elde ettiğini ispat etmesi gerekir.

89/104 sayılı Direktif ile markanın işlevlerinden yararlanmak isteyen marka sahibinin çıkarları ile mal ve hizmetlerini tanımlayan işaretini ticarete kullanmak isteyen tacir arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır (Bkz., Karar 27 Nisan 2006, *Levi Strauss*, C-145/05, Slg. 2006, I-3703, Kenar n. 29)<sup>23</sup>.

Direktife göre marka sahibinin, markasını koruma hakkı tamamen sınırsız olmayıp, diğer işareti kullanan tacirin, kendi marka hakkını ihlal ettiğini ispat etmesine bağlıdır (Bkz. Karar *Levi Strauss*, Kenar n. 30).

89/104 sayılı Direktif temelinde inşa edilen Benelüks Anlaşmasındaki marka korumasına göre, ticari hayatta tanınmış markaya benzer bir marka kullanmak isteyen kişinin, Direktif’in 5/2’inci maddesine göre, bu işaretin kullanılmasında “haklı sebep”inin olduğunu ispatlaması gerekir.

Marka sahibi, Direktif’in 5/2’inci maddesine göre marka ihlali olduğunu, özellikle markanın ayırt etme gücünün ve değerinin haksız bir yararlanmaya konu olduğunu ispat ediyorsa, tanınmış markaya benzer bir

---

<sup>23</sup>ABAD’ın *Levi Strauss* kararının tam metni için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56248&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=352385>, (Erişim tarihi: 24.04.2018).

işaret kullanan üçüncü kişinin, bu kullanımını “haklı sebep”e dayanarak gerçekleştirdiğini ispat etmesi gerekir (Karar 27 Kasım 2008, *Intel Corporation*, C-252/07, Slg. 2008, I-8823, Kenar n. 39)<sup>24</sup>.

Bundan dolayı “haklı sebep” kavramının sadece objektif olarak zorlayıcı nedenlerin bulunması halinde değil, tanınmış marka ile aynı ya da benzer bir işaret kullanmak isteyen üçüncü kişilerin sübjektif çıkarlarının olması halinde de kabul edileceği sonucunu çıkarmak mümkündür.

Bundan ötürü “haklı sebep” kavramı, tanınmış marka ile tanınmış markanın tescilinden önce kullanılmış olan benzer işaret arasındaki ihtilafı çözmek veya markanın sahibine tanınmış olan hakları sınırlandırmak amacıyla hizmet etmemekte, daha çok söz konusu çıkarlar arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Kavramın bu işlevi, 89/104 sayılı Direktif’in 5/2’inci maddesindeki metindeki ifade ve tanınmış markanın geniş çaplı koruması yanında bu işareti kullanan üçüncü kişinin de dikkate alınmasını mümkün kılar. Üçüncü kişi, tanınmış markanın benzerinin kullanılmasında haklı sebebinin olduğunu iddia ediyorsa, bu ona tescilli markaya bağlı tüm hakların tanındığı anlamına gelmez, ancak tanınmış markanın sahibinin, markasına benzeyen işaretin üçüncü kişi tarafından kullanılmasına katlanma mecburiyeti yükler.

Mahkeme, *Interflora* ve *Interflora British Unit* kararında, internette anahtar kelimelerin kullanılması suretiyle, mal veya hizmetler taklit edilmeksizin, markanın itibarına zarar verilmeksizin, markanın ayırt etme gücüne etki edilmeksizin ve markanın diğer işlevlerine de zarar verilmeksizin, tanınmış markayla aynı olan anahtar kelimelerin kullanılarak reklam yapılması olayında, tanınmış marka sahibinin markasının tescilli olduğu mal ve hizmetlere bir alternatif sunuluyorsa, burada söz konusu mal ve hizmetler açısından haksız olmayan bir rekabet olduğu ve “haklı sebep” mevcut olduğu sonucuna varılabileceği hükmünü vermiştir. Bundan dolayı “haklı sebep” kavramı objektif zorlayıcı nedenlerle sınırlı değildir.

Bundan başka, tanınmış bir marka ile benzer olan ve tanınmış markanın benzer olduğu mal ve hizmetlerde kullanılan bir işaretin, bu işaret, tanınmış markanın tescilinden önce kullanılmaya başlandı ise,

<sup>24</sup>ABAD’ın *Intel Corporation* kararının tam metni için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=68996&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=352461>, (Erişim tarihi: 24.04.2018).

hangi hallerde “haklı sebep” nedeniyle kullanılmasına izin verileceğinin ölçütlerinin belirlenmesi gerekir.

*De Vries*, “*The Bulldog*“ işaretini 1975 yılından bu yana gastronomi hizmetlerinde kullandığını iddia etmektedir. Daha önceki karardan, *Red Bull Krating-Daeng* markasının tescilinden önce bu kullanımın başladığı anlaşılmaktadır. Bundan başka, *De Vries* 14 Temmuz 1983 tarihinde “*Bulldog*” sözcük ve şekil markasını diğer mal ve hizmetlerin yanı sıra alkolsüz içecekler için tescil ettirmiştir. *De Vries*’in ne zamandan beri enerji içeceklerini “*Bulldog*” markası ile ürettiği ve dağıtmaya başladığı belirsizdir.

*De Vries*’in “*The Bulldog*” işaretini, *Red Bull* markasının tescilli olduğu mal ve hizmetler dışındaki mal ve hizmetler için bu marka tanınmış olmadan önce kullandığı tartışmasızdır.

Hollanda Yüksek Mahkemesi’nin kararına göre, üçüncü kişi, tanınmış markanın benzeri olan bir işareti bu markanın faaliyet gösterdiği alanda, o markanın çekim gücünden, ününden ve itibarından yararlanmak amacıyla, bunun için hiçbir mali karşılık ödemeksizin ve çaba harcamaksızın kullanırsa, o markanın sahibinin ticari çabasından, markasını yaratmak, tanıtmak ve ayakta tutmak için harcadığı emeğinden istifade etmek isterse, bu kullanımın, markanın ayırt etme gücünden ve değerinden haksız yararlanma olarak kabul edilmesi gerekir (Karş. Karar *L’Oréal u. a., Kenar Nr. 49*).

Tanınmış bir markaya benzer bir işaretin üçüncü kişi tarafından kullanılmasında, 89/104 sayılı Direktif’in 5/2’inci maddesi anlamında “haklı sebep” in mevcut olup olmadığı ve böylece bu kullanımın, markanın değerinden istifadeyi meşru kılıp kılmadığı hususunda Mahkeme iki hususu dikkate alarak karar vermiştir.

Öncelikle, söz konusu işaretin ne ölçüde ticarete kullanıldığını ve ilgili çevrede ne ölçüde bilindiğini tespit etmek gerekmektedir. Mevcut olayda, “*The Bull Dog*” işaretinin 1983 yılından önce veya 1983 yılından beri bir grup mal için ve gastronomi hizmetlerinde kullanılıyor olması tartışmalı değildir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi kararından, *De Vries*’in ne zamandan beri enerji içeceklerini pazara sürdüğü çıkartılamamaktadır.

İkinci olarak, bu işaretin kullanıcılarının hangi amacı izlediğine bakılmalıdır.

Tanınmış markaya benzer işaretin iyi niyetli olarak kullanıldığı mal ve hizmetlerin, tescilli markanın kullanıldığı mal ve hizmetlere yakınlık derecesi, ayrıca, bu işaretin ilk kez tescilli markanın içerdiği ve

tanınmışlığını kazandığı mala benzer bir mal için kullanıldığı zaman aralığı dikkate alınmalıdır.

Bir yandan, bir işaret, tanınmış markanın tescilinden önce, markanın tescil edildiği mal ve hizmetler için kullanılmış ise, bu işaret ile tescilli tanınmış marka arasında bir bağlantı kurulup kurulamayacağı, bu işaretin en son anılan mal için, halen ilgili tüketici çevresinde belli bir şöhrete sahip marka altına sunulan mal ve hizmetlerin bir devamı olarak algılanıp algılanmayacağına bakılmalıdır.

Mevcut olayda, *De Vries*'in “*The Bulldog*” işaretini içecek satışı gastronomi hizmetlerinde kullandığı tartışmasızdır. Bu durum göz önünde bulundurularak, bu işaretin ilgili tüketici çevresinde yeniden tanınacağı ve kullanıldığı mal ve hizmet türleri dikkate alınmak suretiyle, enerji içeceklerinin bu işaret ile satışa sunulması *Red Bull* markasının değerinden yararlanma olarak görülmeyecek, aksine *De Vries* tarafından sunulan mal ve hizmet yelpazesinin genişlediği şeklinde yorumlanacaktır. Bu yorum, “*The Bulldog*” işareti, *Red Bull Krating-Daeng* markası tanınmış olmadan önce enerji içecekleri için kullanılmış ise daha güçlü bir şekilde yapılacaktır.

Tanınmış markanın tescilinden önce kullanılan işaretin belli ürün yelpazesindeki mal ve hizmetler için ünü ne kadar fazla ise, sunduğu ve tescilli marka ile aynı olan mal ve hizmetler, ne kadar kendi daha önce sunduğu mal ve hizmetlerle yakın ise, bu kullanım o kadar uygun hale gelecektir.

Bütün bunlara rağmen, ön karar sorusunu cevaplandırmak için, 89/104 sayılı Direktif'in 5/2'inci maddesine göre, tanınmış markaya benzer bir işaret, üçüncü kişi tarafından, tanınmış markanın tescil başvurusunun yapılmasından önce kullanılmaya başlanmış ise ve işaretin tanınmış markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı mal ve hizmetlere ilişkin kullanımının iyi niyetli olduğu ispatlanmış ise, tanınmış markanın sahibi, tanınmış markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı olan mal ve hizmetler bakımından, üçüncü kişinin benzer işareti benzer mallar için kullanmasına “haklı sebep” nedeniyle katlanmalıdır. Bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyebilmek için ulusal mahkemelerin şu hususları değerlendirmesi gerekmektedir:

- İşaretin ilgili tüketici çevresinde ne derece bilindiği ve benimsendiği
- İşaretin geçmişte kullandığı mal ve hizmetlerle, tanınmış markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler arasındaki yakınlık

- Tanınmış markaya benzer işaretin, tartışmalı mal bakımından kullanımının ekonomik ve ticari anlamda ne derece önemli olduğu

### **B. Paco/Paco life in colour Kararı (13 Ekim 1999)<sup>25</sup>**

PACO ve PACO RABANNE markalarının sahibi olan *Paco Rabanne Parfums*, asli unsuru PACO ibaresi olan PACO LIFE IN COLOUR markasının tescil başvurusuna itiraz etmiştir. Başvuru sahibi *Paco Holdings Limited* ise, PACO sözcüğünün ilk adı olduğunu bu hususun “haklı sebep” olarak değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi’nin itiraza ilişkin verdiği kararda bu kullanım belirtilen istisna kapsamında görülmüş ve haklı sebep olmadan kullanma hali olarak kabul edilmemiştir, yani haklı sebep vardır sonucuna varılmıştır<sup>26</sup>.

1996’da *Paco Holdings Limited*, 1994 tarihli Markalar Kanunu’na<sup>27</sup> göre iki markanın tescili için başvurmuştur. Bu markalarından biri aşağıdaki gibidir. Marka başvurusu 25. sınıf için (Giysi; ayak giysisi, baş giysisi) için yapılmıştır:

PACO  
LIFE IN COLOUR



Başvuru üzerine *Paco Rabanne Parfums of France*, 1960’lardan beri *PACO* ibaresini markalarında kullandığını, *PACO RABANNE* markasının, parfüm ürününün de dahil olduğu 3. Sınıfta tescili olduğunu, ayrıca 25. Sınıfta tescilli 1066343 numaralı

**paco rabanne**

<sup>25</sup> Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi kararı, 13 Ekim 1999 Tarih, *Paco/Paco life in colour*, O/359/99. Kararın tam metni için bkz.: <https://www.ipo.gov.uk/t-challenge-decision-results/o35999.pdf>, (Erişim tarihi: 24.04.2018).

<sup>26</sup> DI CATALDO, Vincenzo: The Trade Mark with a Reputation in EU Law - Some Remarks on the Negative Condition "Without due Cause" IIC, 2011/7, 833-845, s. 833, 834.

<sup>27</sup> *Trade Marks Act 1994, Ch 26.*

markasının, 2006318 numaralı markasının, ve 2046730 numaralı

**paco**  
paco rabanne

markasının ve 14. ve 20. Sınıfta tescilli 895915 ve 1189972 numaralı markaların da sahibi olduğunu, bu markaların, başvuru konusu marka ile karıştırma tehlikesi yaratacak kadar benzer olduğunu, bu nedenle 1994 tarihli Markalar Kanunu'nun 5/2 (b) maddesine göre başvurunun reddinin gerektiğini; *PACO* ve *PACO RABANNE* markalarının Birleşik Krallık'ta kullanımları nedeniyle bir itibar elde ettiğini, başvuru konusu markaların tescilinin ve kullanımının bu itibardan haksız kazanç sağlayacağını ve bunların ayırt edici karakterini sulandıracağını iddia etmiştir.

Ofis, *PACO RABANNE* markasının parfüm için tanınmış bir marka olduğu ancak giysi sınıfında böyle olmadığı kanaatine varmıştır.

Başvuran *Paco Holdings Limited*, şirketin İrlandalı bir tasarımcı olan *Mr. Paco Graves* tarafından kurulduğunu ve *Mr. Paco Graves*'in '*Paco*' olarak tanındığını, markayı 1987 yılından beri kullandığını ve *PACO* ile *PACO LIFE IN COLOUR* markası ile satışlarının yükseldiğini iddia etmiştir.

Ofise göre itiraz edenin 25. sınıfta tescilli 2046730 numaralı markası ve başvuru konusu markanın aynı malları kapsadığına ve bunların baskın unsurunun '*PACO*' kelimesi olduğuna şüphe yoktur. Birleşik Krallık'ta *PACO* yaygın bir isim olmadığından bunun baskın ve ayırt edici olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak Ofis itiraz edenin '*PACO*' kelimesi bakımından tescil sırasında feragat ettiğini belirterek bu itirazı reddeder.

Ofise göre itiraz edenin 1066343 numaralı 25. Sınıfta tescilli markasında '*Paco*' baskın unsur değildir.

İtiraz edenin son itirazı ise 1994 tarihli Markalar Kanunu'nun 5(3). maddesine dayalıdır. Bu düzenlemeye göre:

“*Bir markanın,*

(a) *Önceki bir marka ile aynı veya benzer olması ve*

(b) *Önceki markanın koruması altındaki mal ve hizmetler ile benzer olmayan mal ve hizmetlerde tescilinin talep edilmesi halinde,*

*Eğer önceki markanın Birleşik Krallık'ta (ya da Topluluk Markaları için Avrupa Topluluğu'nda) bir itibarı bulunuyorsa veya sahip olduğu bu itibar ölçüsünde,*

*sonraki markanın kullanımının önceki markanın itibarından haksız yarar sağlayacağı veya bu itibara veya tanınırlık düzeyine zarar verebileceği durumda, haklı bir nedenin bulunmaması halinde tescil edilmez.”<sup>28</sup>*

Tanınmış marka ölçütüne dayalı bu maddeye dayanan itiraz eden, 1969 yılında 3. Sınıf için tescil edilen 946825 sayılı *PACO RABANNE* markasına dayanmaktadır. Ofise göre markanın parfüm konusunda bir tanınırlığı olduğu açıktır. Buna rağmen başvuranın giysiler için tescilini talep ettiği markasının, itiraz edenin bu markasıyla ilişkilendirilmesi zayıf bir ihtimaldir. Zira markaların konusunu oluşturan mallar birbirinden farklıdır. Mallar arasındaki farklılık göz önüne alındığında, kaynak ilişkilendirmesi bakımından bir tehlike yaratacak benzerlik bulunmamaktadır. Üstelik itiraz eden, başvuranın markasının kendi markasının ününden veya ayırt ediciliğinden haksız yarar sağlayacağını ispatlayamamıştır. Kaldı ki Ofise göre ‘*PACO*’ başvuranın kurucusunun kullandığı ilk adı olduğundan, ‘haklı neden’ bulunmadığı da söylenemez.

### **C. *Dell, Inc. v. Alexandra Dellmeier* Kararı (24 Eylül 2015)<sup>29</sup>**

Ancak, *Dell, Inc. v. Alexandra Dellmeier* arasında ABAD tarafından verilen ön kararda “haklı sebep” kavramının biraz daha dar yorumlandığı görülmektedir.

19 Şubat 2009’da Bayan *Alexandra Dellmeier*, İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi (*Office for Harmonisation in the Internal Market - OHIM*) nezdinde, 40/94 sayılı 20 Aralık 1993 tarihli Topluluk Markası Hakkındaki Tüzük’e göre topluluk markası tescili için başvuruda bulunmuştur. Marka başvurusunda bulunulan ifade “*LEXDELL*”

<sup>28</sup> Section 5(3)

A trade mark which -

(a) is identical with or similar to an earlier trade mark, and

(b) is to be registered for goods or services which are not similar to those for which the earlier trade mark is protected,

shall not be registered if, or to the extent that, the earlier trade mark has a reputation in the United Kingdom (or, in the case of a Community trade mark, in the European Community) and the use of the later mark **without due cause** would take unfair advantage of, or be detrimental to, the distinctive character or the repute of the earlier trade mark.

<sup>29</sup> Genel Mahkeme kararı, 24 Eylül 2015 Tarih, *Dell, Inc. v. Alexandra Dellmeier*, T-641/14. Kararın tam metni için bkz.: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=168569&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=380059>, (Erişim tarihi: 24.04.2018).



kelimesidir. Tescilli talep edilen mal ve hizmet sınıfları, Nice Anlaşması'nın 16, 25, 41, 45. Sınıflarıdır. 21 Temmuz 2010'da *Dell, Inc.*, 207/2009 numaralı Tüzük'ün<sup>30</sup> 41. Maddesi uyarınca anılan sınıflarda markanın tesciline itiraz etmiştir. İtiraz, diğer nedenlerle beraber, 9 Kasım 2007'de başvurusu yapılan ve 4 Kasım 2008'de tescil edilen Topluluk şekil markasına dayanmıştır:



İtiraza dayanak teşkil eden önceki marka, Nice Anlaşması uyarınca 9, 16, 25, 35, 37, 38, 40, 41 ve 42. Sınıflardaki mal ve hizmetleri kapsamakta olup, 207/2009 numaralı Tüzük'ün 8/1 (b) ve 8/5. maddesinde sayılan nedenler dayanak yapılmıştır. İtiraz, önceki markanın kapsadığı mal ve hizmetlere dayandırılmakla birlikte, başvuru tüm mal ve hizmetlere karşı yapılmıştır.

İtiraz Dairesi 28 Mart 2013 tarihinde verdiği karar ile 207/2009 numaralı Tüzük'ün 8/5'inci maddesine dayalı itirazın, 41. ve 45. sınıflardaki hizmetler için (41. sınıftaki kültürel aktiviteler, kitap kiralınması; film yapımcılığı; film kiralınması; film gösterimleri düzenlenmesi; müzik ve sahne yapımları icraları; sanatçı yönetimi; radyo ve televizyon eğlenceleri, spor müsabakaları düzenlenmesi; dergi kiralınması; çevirmenlik; basın açıklaması ve diğer halkla ilişkiler etkinliklerinin düzenlenmesi hariç) haklı olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, 207/2009 numaralı Tüzük'ün 8/1 (b). maddesine göre de, 41. sınıftaki kitap ve dergi kiralınması ve 16. ve 25. sınıftaki mallar açısından itiraz haklı bulunmuştur.

Başvuran 207/2009 numaralı Tüzük'ün 58. ve 64. maddesine göre, İtiraz Dairesi'nin kararına karşı OHİM'e başvurmuştur. 4 Haziran 2014 tarihli kararı ile OHİM Başvuru Kurulu bu başvuruyu reddetmiştir.

Başvuru Kurulu, 207/2009 numaralı Tüzük'ün 8/5. maddesi bağlamında önceki markadaki 'e' harfinin üsluplaştırılmasına ve sonraki markadaki 'lex' ibaresine rağmen karşın, markalar arasında bir benzerlik bulunduğu karar vermiştir. Ayrıca Kurul, düşük dereceli bir fonetik benzerlik olduğuna ve kısmen kavramsal bir benzerlik bulunduğu çünkü her iki markada da 'dell' ibaresinin bulunduğunu bunun da İngilizce'de küçük, ahşap çukur anlamına geldiğini belirtmiştir. Buna karşılık 'lex' ise genellikle 'hukuk' ya da 'hukuki' olarak anlaşılır. Böylece başvuru

<sup>30</sup> Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark.

konusu markanın her iki parçası da bir anlam taşımaktadır. Bu durumda Başvuru Kurulu, markalar arasında belli bir benzerlik olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca Kurul, önceki markanın 9, 37, 40 ve 42. sınıftaki mal ve hizmetler bakımından bir tanınmışlığı ve itibarı olduğunu belirtmiştir. Son olarak Başvuru Kurulu, haklı neden olmaksızın başvuru yapılan markanın kullanımının önceki markanın tanınmışlığından, İtiraz Kurulu'nun haklı bulunduğu 41. sınıftaki hizmetler ve 45. sınıftaki hizmetler bakımından haksız yarar sağlayacağına hükmetmiştir.

207/2009 numaralı Tüzük'ün 8/1 (b) maddesine göre yapılan başvuruya ilişkin olarak Kurul, itirazın haklı bulunduğu tüm mal ve hizmetler bakımından önceki ve sonraki marka arasında bir karıştırma ihtimalinin olduğuna hükmetmiştir.

Başvuran, benzerlik ve karıştırma ihtimalleri ile ilgili iddiaların yanı sıra, markayı Almanya'da 2001 yılında hukuki hizmetler için tescil ettirdiği ve markanın kendi ismi ve babasının isminin bir kombinasyonu olduğundan hareketle "haklı neden" iddiasını öne sürmüştür.

ABAD bu iddiayı reddetmiştir. ABAD kararına göre, Başvuran, bir üye devlette tescil elde etmiş olsa da, bu durum onun, AB'nin tamamı bağlamında 207/2009 numaralı Tüzük'ün 8/5. maddesinden kurtulmasını haklı kılmaz. Ayrıca Başvuru Kurulu'nun kararının 57. paragrafında belirtildiği gibi, başvuru konusu marka başvuranın ismini yinelemektense yalnızca isminin bir kısmını içermektedir. Son olarak, müdahilin de ortaya koyduğu gibi, başvuranın dayandığı 20 Mayıs 2012 tarihli *Hanseatisches Oberlandesgericht* Hamburg'un kararı, başvurana *LexDell* markasını, markanın ilk ve ikinci unsurları arasındaki farkı açığa çıkaracak biçimde kullanmayı yasaklamıştır. Bu nedenle bu karar hiçbir koşulda, Kurul'un kararına esastan itiraz etmek için kullanılamaz.

## SONUÇ

Yukarıda da belirtildiği gibi, gerek ulusal gerek uluslararası mevzuat ve uygulama, tanınmış markanın, sıradan markalara göre daha fazla korunmalarını öngörmüştür. Çünkü, marka sahibi markasını "tanınmış" yapabilmek için yoğun bir çaba harcar, yaygın bir tanıtım ve reklam ağı oluşturur, marka Dünya'nın pek çok yerinde tescil edilir. Doğaldır ki böyle bir markanın, ayırt etme gücünün azaltılması, itibarına zarar verilmesi ve ondan haksız yararlanılmasının önüne geçilmesi gerekir. Tanınmış markalar, sıradan markalara göre daha kırılgan olup, kendilerinden haksız yararlanılma girişimleri daha yoğun olur. Bu korumanın yoğun olması ile işletmenin markasını tanınmış hale getirmek

için harcadığı maddi manevi çaba ve emeklerin boşa gitmemesi mümkün kılınabilir.

SMK'nın 6. maddesinde “tanınmış marka”lara yer vererek onların diğer markalara göre daha yoğun korunmalarının koşullarını oluşturmuştur. Madde bu korumayı SMK md. 6/4 ve 5 olmak üzere iki ayrı fıkrada düzenlemiştir. Belirtilmelidir ki, SMK md. 6/4’de Paris Sözleşmesi kapsamında bir markanın aynı veya benzer olması ve ayrıca mal/hizmetlerin de aynı/benzer olması şartı aranırken, md. 6/5’te Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşan markalar için mal/hizmet sınıflarının aynı/benzer ya da benzer olmasına bakılmayacağı ifade edilmiş ve bu bağlamda SMK md. 6/5’in koruma kapsamı, hükümde anılan hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda daha geniş tutulmuştur. Bununla birlikte, md. 6/5 hükmünden yararlanabilmek için Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış markanın tescil edilmesi şartı aranırken, SMK md. 6/4 hükmünden yararlanacak olan Paris Sözleşmesi kapsamındaki tanınmış markanın Türkiye’de tescil edilme şartı aranmamaktadır.

Önceki düzenleme 556 sayılı KHK md. 8/4’den farklı olarak SMK md. 6/4, sonraki tarihli başvuru sahibine başvuru yapma konusunda “haklı sebep” ileri sürme imkânı tanımış, ayrıca şartların sağlanması halinde anılan korumanın, mal/hizmetlerin aynı, benzer ya da benzer olmasına bakılmaksızın uygulanabileceğini öngörmüştür. Haklı sebep hükmün istisnasını oluşturmaktadır. Bu durumda hukukumuzda yeni bir kavram olan “haklı sebep” kavramının ölçütlerinin ortaya konulması gerekir. Bu konuda yabancı mahkeme kararlarının bir kısmı incelenerek bazı ölçütler getirilerek “haklı sebep” kavramının somutlaştırılmasına çalışılmıştır.

Yukarıda incelenen üç mahkeme kararı dikkate alındığında, öncelikle tanınmış marka ile aynı olan işaretin, işareti kullanan kişinin ilk adı, bilindiği ad olmasının peşinen “haklı sebep” olarak görülmediği saptaması yapılabilir.

Bununla birlikte kararların “haklı sebep”in varlığı halini sadece objektif zorlayıcı nedenlerin varlığı ile sınırlı tutmadığını tespit etmek de mümkündür. Marka sahibine sağlanan inhisari hakkın nedeni, marka sahibinin markanın işlevlerinden sınırsız yararlanmasını sağlamaktır. Markanın işlevlerine sadece, malın veya hizmetin tüketiciye nereden kaynaklandığını gösterme işlevi değil, mal veya hizmetin kalitesinin, yatırımının ve reklam işlevlerinin garanti edilmesi de girer. Haklı sebep olup olmadığı tespit edilirken, tanınmış marka ile aynı ya da benzer olan

işaretin markanın işlevlerine ve markadan beklenen faydalara zarar verip vermediğinin de dikkate alınması gerekir.

Haklı sebep kavramının getirilmesinin en başta gelen nedenlerinden biri, markanın işlevlerinden yararlanmak isteyen marka sahibinin çıkarları ile mal ve hizmetlerini tanımlayan işaretini ticarete kullanmak isteyen tacir arasında bir denge kurulmasıdır.

Marka sahibi, markasının ihlal edildiğini, özellikle markanın ayırt etme gücünün ve itibarının haksız bir yararlanmaya konu olduğunu ispat ediyorsa, tanınmış markaya benzer bir işaret kullanan üçüncü kişinin, bu kullanımını “haklı sebep”e dayanarak gerçekleştirdiğini ispat etmesi gerekir.

Bundan dolayı “haklı sebep” kavramının sadece objektif olarak zorlayıcı nedenlerin bulunması halinde değil, tanınmış marka ile aynı ya da benzer bir işaret kullanmak isteyen üçüncü kişilerin subjektif çıkarlarının olması halinde de kabul edileceği sonucunu çıkarmak mümkündür.

Bundan ötürü “haklı sebep” kavramı, tanınmış marka ile tanınmış markanın tescilinden önce kullanılmış olan benzer işaret arasındaki ihtilafı çözmek veya markanın sahibine tanınmış olan hakları sınırlandırmak amacıyla hizmet etmemekte, daha çok söz konusu çıkarlar arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Kavramın bu işlevi, tanınmış markanın geniş çaplı koruması yanında bu işareti kullanan üçüncü kişinin de dikkate alınmasını mümkün kılar. Üçüncü kişi, tanınmış markanın benzerinin kullanılmasında haklı sebebinin olduğunu iddia ediyorsa, bu ona tescilli markaya bağlı tüm hakların tanındığı anlamına gelmez, ancak tanınmış markanın sahibinin, markasına benzeyen işaretin üçüncü kişi tarafından kullanılmasına katlanma mecburiyeti yükler.

Bu nedenle tanınmış bir marka ile benzer olan ve tanınmış markanın benzer olduğu mal ve hizmetlerde kullanılan bir işaretin, öncelikle tanınmış markanın ayırt etme gücüne zarar vermemesi, itibarını eksiltmemesi ve markadan haksız yararlanma halinin gerçekleşmemesi gerekmektedir. Tanınmış bir marka ile benzer olan ve tanınmış markanın benzer olduğu mal ve hizmetlerde kullanılan işaretin, tanınmış markanın tescilinden önce kullanılmaya başlanması da “haklı sebep” konusunda bir işaret olmakla birlikte, bu kullanımın, hangi hallerde “haklı sebep” nedeniyle kullanılmasına izin verileceğinin ölçütlerinin belirlenmesi gerekir. Öncelikle, söz konusu işaretin ne ölçüde ticarete kullanıldığını ve ilgili çevrede ne ölçüde bilindiğini tespit etmek gerekmektedir.

Tanınmış markanın tescilinden önce kullanılan işaretin belli ürün yelpazesindeki mal ve hizmetler için ünü ne kadar fazla ise, sunduğu ve tescilli marka ile aynı olan mal ve hizmetler, ne kadar kendi daha önce sunduğu mal ve hizmetlerle yakın ise, bu kullanım o kadar hukuka uygun hale gelecektir.

Tanınmış markaya benzer bir işaret, üçüncü kişi tarafından, tanınmış markanın tescil başvurusunun yapılmasından önce kullanılmaya başlanmış ise ve işaret, tanınmış markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı mal ve hizmetlere ilişkin kullanımın iyi niyetli olduğu ispatlanmış ise, tanınmış markanın sahibi, tanınmış markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı olan mal ve hizmetler bakımından, üçüncü kişinin benzer işareti benzer mallar için kullanmasına “haklı sebep” nedeniyle katlanmalıdır.

Bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyebilmek için, işaretin ilgili tüketici çevresindeki bilinirliği ve benimsenme derecesi, işaretin tartışmalı mal ve hizmetler bakımından kullanımının ekonomik ve ticari önemi, işaretin geçmişte kullanıldığı mal ve hizmetlerle, tanınmış markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler arasındaki yakınlık derecesi gibi hususlar değerlendirilmelidir.

Elbette “haklı sebep” kavramının soyut bir kavram olması, onun somut olay bazında değerlendirilmesini gerektirecektir.

## KAYNAKÇA

- BOZKURT, Mustafa: Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markanın Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2007.
- ÇOLAK, Uğur: “Paris Sözleşmesi 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar”, Ankara Barosu FMR Dergisi, 2004, Sayı:2, 23-70.
- DI CATALDO, Vincenzo: The Trade Mark with a Reputation in EU Law - Some Remarks on the Negative Condition "Without due Cause" IIC, 2011/7, 833-845.
- DİRİKKAN, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- EYÜBOĞLU, Samiye: “Tanınmış Marka”, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.1, C.1, S.2, Ankara 2001, 109-120.
- FEZER, Karl-Heinz: Markenrecht, 3. Auflage, München 2001.
- FHIMA, Ilanah Simon: Trade Mark Dilution in Europe and the United States, Oxford University Press, New York 2012.
- İMİRLİOĞLU, Dilek: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 556 Sayılı KHK ile Karşılaştırmalı, Ankara 2017.
- KASEKE, Elson: Trademark Dilution: A Comparative Analysis, University of South Africa, 2006.
- ÖZER, Fatma: Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, Ankara 2017.

YASAMAN, Hamdi: “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002, Sayı:2, 300-309.

#### Diğer Metinler ve Online Kaynaklar

WIPO: WIPO Intellectual Property Handbook, WIPO Publication 2008.

<<http://curia.europa.eu>> (Erişim tarihi 24.04.2018).

<[www.ipo.gov.uk](http://www.ipo.gov.uk)> (Erişim tarihi 24.04.2018).

SteinhauserRijdsdijk Advocaten BV: “Inconsistencies on Comparative advertising in Benelux still apparent” *World Trademark Review December/January 2010*,

<http://www.worldtrademarkreview.com/Magazine/Issue/22/Country-correspondents/Netherlands-SteinhauserRijdsdijk-Advocaten>, (Erişim tarihi: 24.04.2018).

# ORTAK HAYATA SON VERİLMESİ SONRASI ORTAK VELÂYET HUSUSUNDA YASAL DÜZENLEME GEREĞİ\*

## THE NECESSITY OF A LEGISLATIVE REGULATION ON THE JOINT CUSTODY AFTER THE DISSOLUTION OF MARITAL UNION

DOI: 10.21492/inuhfd.425434

Eylem APAYDIN\*\*

### Özet

Türk hukukunda, boşanma sonrası, anne babanın velayet hakkını birlikte kullanmasının mümkün olup olmadığı son yıllarda yoğun olarak tartışılmıştır.

Doktrinde baskın görüşe göre konuyu düzenleyen Türk Medeni Kanun hükümleri boşanma sonrasında, eşlerden yalnızca birinin velâyet hakkına sahip olacağını öngörmüştür. Yargıtay yerleşmiş istikrarlı kararları ile ortak velayetin Türk hukukunda mümkün olmadığına ve hatta ortak velayetin kamu düzene aykırı olduğuna hükmetmiştir. Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2016/15771E. 2017/1737K. sayılı kararında ortak velâyet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediği yönünde karar vermiştir. Bu karardan sonra Türk mahkemeleri boşanma sonrasında eşlerin velayeti birlikte kullanabileceklerine dair kararlar vermiştir.

Bu çalışmada, Türk Medeni Kanununun ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet kavramına yaklaşımı, öğretilerdeki ve yargı kararlarındaki bakış dikkate alınarak değerlendirilecektir. Bu noktada, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, uluslararası kuruluşların ve mahkemelerin kararları da göz önünde tutulacaktır. Son olarak, ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyetin bir kurum olarak kanunla düzenlemesi gerektiği görüşünün savunulmasını takiben bu kanunda yer verilmesi gereken ilkelere değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Boşanma, ortak velayet, kanun boşluğu.

### Abstract

In Turkish law, it has been intensively discussed recently whether it is possible that mother and father can use the right of custody jointly after divorce.

According to the dominant approach, the provisions of the Turkish Civil Code regulating the matter require that only one of the spouses would have the right of custody after divorce. The Court of Cassation consistently used to decide that joint custody was not possible in Turkish law and even joint custody was against the public order. However, by the 2016/15771E. 2017/1737K. numbered decision, Court of Cassation has decided that

---

\* Bu makele 4. ASOS Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda sunulan bildirinin, değiştirilmiş, genişletilmiş makale formuna getirilmiş halidir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.  
(E-mail eyapaydin@yahoo.com)

Makale Gönderilme Tarihi: 21.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 21.06.2018

joint custody is not clearly against the Turkish public order and does not breach the fundamental structure and fundamental interests of the Turkish society. After this decision, the Turkish Courts has started to render judgements that spouses can use the right of custody jointly after divorce.

In this study, the approach of the Turkish Civil Code to the notion of joint custody after the dissolution of marital union will be evaluated with reference to the legal literature and court decisions. At this point, the international treaties that Turkey signed and the decisions of international organizations and court will also be considered. Finally, following the establishment of the argument that joint custody after the dissolution of marital union should be regulated as a legal institution by a Statutory Act, the principles, which should be included in this Act, will be presented.

**Keywords:** Divorce, joint custody, lacuna in law.

## I. GİRİŞ

Türk Medeni Kanununda velayetin tanımı yapılmamıştır. Ancak velâyetin kapsamı başlığını taşıyan 339. maddenin ilk fıkrasında yer alan ifadeden “ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda, onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları almasına ve uygulamasına” imkân veren hak ve yetkidir şeklinde, kaynağını yasadan alan bir tanım çıkarılabilir.

Benzer şekilde doktrinde velâyet, küçükler veya istisnâî olarak haklarında kısıtlılık kararı alınmış ergin çocuklar hakkında gerekli kararları almaları için kanun koyucunun ana babaya tanıdığı bir yükümlülük ve yetkidir şeklinde tanımlanmıştır<sup>1</sup>. “Velayet hakkı, çocukların bakımının ve eğitiminin sağlanması amacıyla, onların kişilikleri ve malları üzerinde ana babanın sahip olduğu görev, hak ve yetkilerin bütünüdür<sup>2</sup>.”

Başlangıçta ilke olarak konulmalıdır ki; velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır, sağlararası bir hukuki işlemle başkalarına devredilemez; ölüm halinde de mirasçılara geçmez. Velayet hakkından feragat edilemez ve bu hak, bir hukuki işlemle sınırlandırılmaz<sup>3</sup>. Velayet bir bütündür. “Velayetin bütüncüllüğü ilkesi gereği, velayet kademeli (belli bir yaşa kadar bir eşe belli bir yaştan sonra diğerine) verilemez, parçalı verilemez (yıl içinde süre paylaşımlı), koşullu verilemez ve ana babadan başkasına verilemez<sup>4</sup>.”

<sup>1</sup> ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku (Aile), 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.1074.

<sup>2</sup> DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku), 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.351.

<sup>3</sup> AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku (2017), 20. Bası, Beta, İstanbul 2017, s.406-407.

<sup>4</sup> GENÇCAN, Ömer Uğur: Velayet Hukuku (Velayet), Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.101-102.



Ortak velayetten kasıt, anne ve babanın, bir bütün halindeki velayeti, eş zamanlı olarak aynı anda beraberce ve eşit olarak kullanmalarındır, tıpkı evlilik birliği devam ederken yaptıkları gibi. Velayetin ortak kullanılması, ana ve babanın, çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetecekleri anlamına gelmektedir<sup>5</sup>. Bu kurum için ortak velayet ile beraber müşterek velayet ve birlikte velayet terimlerinin kullanıldığı görülür.

Türk hukukunda, boşanma sonrası, anne babanın velayet hakkını birlikte kullanmasının mümkün olup olmadığı son yıllarda yoğun olarak tartışılmış bir konudur. Usta'ya göre, ortak velayet kavramı, özellikle kadının toplumsal yaşama katılmasının aile yapısındaki yarattığı değişikliklerin bir sonucu olarak, velayetin anneye ait olduğu karinesinin tartışılması ile ortaya çıkmış bir kavramdır<sup>6</sup>.

Konuyu tartışmada ilk ciddi adım, Koçhisarlıoğlu'nun 2004 yılında yayımlanan *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması* adlı monografisidir<sup>7</sup>. Yazar, konuyu etraflıca inceledikten sonra sonuç kısmında kırk iki paragraf ile boşanma kararı sonrası ortak velayetin kabul edilmesinin gerekliliğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>8</sup>.

Biz bu çalışmada, boşanması sonrası ortak velayetin, her açıdan özellikle de çocuğun menfaati gereği olması sebebiyle, boşanma sonrası anne veya babanın tek başına kullandığı velayete nazaran tercih edilir olduğunu<sup>9</sup> ve bu yüzden Türk hukukunda kabul edilmesi gerekliliğini tartışmayacağız. Neredeyse üzerinde ittifak edildiği üzere bu çok açıktır<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> SERDAR, İlknur: "Birlikte Velayet", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, İzmir 2008, s. 155-197. s.162.

<sup>6</sup> USTA, Sevgi: *Velayet Hukuku*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016. s.118. Bu karine Roma Hukukuna dayanmaktadır.

<sup>7</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

<sup>8</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s.237-244.

<sup>9</sup> Bu tartışma için ayrıca bakınız ŞEN, Bülent/AYBAY, Erdem: "Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s.589-615 <https://jurix.com.tr/article/5562/5/22>.

<sup>10</sup> Kiremitçi'nin araştırmasına göre "Ortak velayet, çocuklar için iki aktif sosyal destek ve aile bağlarının var olması, artan ilgi ve bakım, kadın ve erkek cinsiyet rolünü modelleme imkânı gibi belirgin faydalar sağlar. Ebeveynler, "gerçek zamanlı" ebeveynlik ile haz yaşamaya devam eder ve bu durum birincil ebeveynlik stresini ortadan kaldırır. Ortak velayet, çağdaş anne ve babaların gerçek psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılayarak iş ve aile arasında bir denge oluşturmak ve evlilik deneyimlerinden farklı bir düzeyde babaların çocuk yetiştirmeye katılım sağlamalarına izin vermek babalar için sevindirici olabilir." KİREMİTÇİ, Müge: *Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal*

Biz de bu gerekliliğe samimiyetle katılmaktayız. Ancak Türk hukukunda mevcut hükümlerin ve yargı kararlarının ortak velayet hakkında sahih bir karar vermek için yeterli olmadığı, boşanma sonrası ortak velayetin Türk Medeni Kanununda bir kurum olarak düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşlerimizi açıklayacağız.

Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu (TMK) m.336/1 gereği, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Bu hükmü izleyen m.336/2’de; “Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.” ile m.336/3’te “Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” hükümleri yer almaktadır. Bu hükümler, m.182/2’de yer alan “Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur.” hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, doktrinde birtakım aykırı görüşlere karşın, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, genel kanaat, Türk hukukunda, boşanma sonrasında, eşlerden yalnızca birinin velâyet hakkına sahip olacağının öngörülmüş olduğudur<sup>11</sup>.

Bu görüş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin bu husustaki görüş değişikliğine kadar yargı kararlarına da egemen olmuştur. Yargıtay yerleşmiş istikrarlı kararları ile ortak velayetin Türk hukukunda mümkün olmadığına ve hatta ortak velayetin kamu düzene aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 20.02.2017 tarihli 2016/15771E. 2017/1737 K. sayılı kararında her iki tarafı da İngiliz vatandaşı olan davada baba, evlilik dışı doğan ortak çocuğun velâyetinin anne ve babaya verilmek suretiyle, velâyetin ortak düzenlenmesini istemiştir. Yargıtay, söz konusu olayı, ortak velâyetin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususuna odaklanarak incelemiş ve ortak velâyet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı

---

Bakış Açısı, Legal, İstanbul 2015, s.22. Daha fazla ve aksi görüşler için Kiremitçi, s.22-24. Ortak velayetin nasıl uygulanacağı hakkında USTA, s.119-125.

<sup>11</sup> Öztan’ın kelimeleriyle: “Öğretide ağır basan görüş, kuralın emredici olduğudur. Uygulamadaki görüş de bu yöndedir. Öğretide ve uygulamada ağır basan görüş, Medenî Kanun’un 336/3’üncü maddesinin kural içi bir boşluk ihtiva etmediği, kanun koyucunun boşanmada velâyet hakkının ana babadan birine tevdi edilmesini istediği görüşüdür. ... Mevcut hukukî düzenlemeye göre, hâkim boşanmada velâyet hakkını ana babadan birine tevdi etmekle yükümlüdür ve zorunlu olarak bunu yapmalıdır.” ÖZTAN, Bilge/ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velayetin Tevdi” Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 473-495, 2016, s.483-484.

olmadığı ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediği yönünde karar vermiştir.

Bu karardan sonra Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan, sosyal medya hesabından, Türkiye'nin 14 Mart 1985 tarihinde imzaladığı 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokolün onaylanmasının 25 Mart 2016 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 6684 sayılı kanunla uygun bulunduğu, Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi hükmü gereği evliliğin boşanmayla sonlanması halinde ortak velâyet asıl olup velâyetin eşlerden birine verilmesinin istisna olduğu açıklamasını yapmıştır. Gençcan mesajında, gerekçelerini de sayarak, Aile Mahkemelerinde Ortak Velâyet İlkeleri başlığı altında ortak velâyete ilişkin altı temel ilkeyi de açıklamıştır<sup>12</sup>. Gençcan bu görüşlerini daha sonra kaleme aldığı bir makale ile de sunmuştur<sup>13</sup>. Gençcan'ın görüşleri de dikkate alındığında, Türk Medeni Kanununun mevcut hükümlerinin ortak velâyete imkan tanımadığı görüşünün hakim görüş olduğu açıkça görülmektedir. Gençcan'a göre, söz konusu uluslararası antlaşma hükmü, Türk Medeni Kanununun ortak velâyeti engelleyen hükümlerini örtülü olarak ilga etmiştir. Oysa aşağıda açıklanacağı üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Cernecki-Austria kararına göre, söz konusu antlaşma hükmü ortak velâyeti emretmemektedir.

Ülkemiz hukukunun da dâhil olduğu Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan neredeyse bütün ülke hukuklarında ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet meselesinin kanunla düzenlendiğini görüyoruz. Bizimle aynı kanunu paylaşan İsviçre'de, 1998, 2002, 2011 ve en son 2014 yıllarında yasal değişiklikler yapılarak ortak velâyet bir kurum olarak düzenlenmiştir.

Türk hukukunda, Türk kanun koyucusunun, tarafı olduğu uluslararası antlaşmalara ve üyesi olduğu uluslararası kuruluşların kararlarına uygun olarak, karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet hususunu, tercihan Türk Medeni Kanununa eklenecek hükümlerle, bir kanunla düzenlemelidir. Bu yeni kanunda, İsviçre hukukunda yer alan düzenlemelerden de yararlanılmalıdır.

<sup>12</sup> <http://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/>

<sup>13</sup> GENÇCAN, Ömer Uğur: "Ortak Velayet" (Ortak) İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı <http://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>.

Bu çalışmada, Türk Medeni Kanununun ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyet kavramına yaklaşımı, öğretideki ve yargı kararlarındaki bakış dikkate alınarak değerlendirilecektir. Bu noktada, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, uluslararası kuruluşların ve mahkemelerin kararları da göz önünde tutulacaktır. Son olarak, ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyetin bir kurum olarak kanunla düzenlenmesi gerektiği görüşünün savunulmasını takiben bu kanunda yer verilmesi gereken ilkelere değinilecektir.

## **II. YÜRÜRLÜKTEKİ HÜKÜMLERİN VE KONU HAKKINDAKİ YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. TMK m.336 Hükmünün Değerlendirilmesi**

İlgili hüküm şöyledir. “ II. Ana ve baba evli ise

MADDE 336.- Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim, velâyeti eşlerden birine verebilir.

Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”

Kanunun lafzı ve özü birlikte incelendiğinde, kanunun ilk fıkra ile ana ve babanın velâyeti, evlilik devam ettiği sürece birlikte kullanmalarını öngördüğü tartışmasızdır. Devamla, ikinci fıkrada ise boşanma olmaksızın ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmişse hâkim tarafından, velâyetin eşlerden birine verilebileceği öngörülmektedir. Bu gibi boşanma kararının henüz verilmediği fiili ortak hayata son verilme ve ayrılık hallerinde dilerse velayet ortak kullanılabilir, dilerse, hakim kararıyla, taraflardan birisine tevdi edilebilecektir. Bu yönüyle, bu hüküm emredici değildir. Bu durumda, ortak hayat sona ermiş olmasına rağmen, çocuğun velayetinin ortak velayet şeklinde eşlerce beraber yürütülebileceği tartışma konusu değildir.

Son fıkrada ise, velayetin ölüm halinde sağ kalan anne veya babaya, boşanma halinde ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağı öngörülmüştür. Bu hükme göre, devam etmekte olan bir evlilikte, eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eş velayet hakkını tek başına kullanacaktır. Hükmün ikinci kısmının lafzi yorumuna göre, boşanma halinde ise, ancak çocuk kendisine bırakılan taraf, velayet hakkına sahip olabilecektir. Bu nedenle, söz konusu hükmün boşanma sonrası ortak velayeti yasakladığından bahisle, Türk hukukunda genel kanaat, boşanma sonrasında velayetin çocuk kendisine bırakılan anne veya baba tarafından

tek başına kullanılacağı yönündedir<sup>14</sup>. Yasa koyucunun, açık bir biçimde, benimsediği ilkenin, boşanma sonrasında çocuğun velayetinin taraflardan birine bırakılması yönünde olduğu ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Benzer şekilde, TMK m.336/3'e karşılık gelen İsviçre Medeni Kanunu m.297/3 hükmünün 2011 ve 2014 öncesi haline ilişkin olarak İsviçre'de baskın öğretisi ile Federal Mahkeme hakiminin velayeti eşlerden birine tevdi etmekle yükümlü olduğu ve bu hükmün emredici olduğu belirtilmektedir<sup>16</sup>.

Literatür taraması sonucunda, bu hüküm hakkındaki fikirleri derlediğimizde dört farklı görüşle karşılaşmaktayız.

Bunlardan ilki; bu hüküm emredicidir, kanun boşanmadan sonra, velayeti eşlerden yalnızca birine bırakmaktadır ve bu çözüm doğrudur, görüşüdür<sup>17</sup>. Hatemi/Kalkan Oğuztürk'ün, m.182 hakkındaki görüşlerini açıklarken, boşanma sonrası ortak velayet hakkında, kanunda, boşanmaya rağmen, boşanan eşlerde birlikte velayetin bırakılacağı konusunda bir boşluk olmadığı, aksine bir menfi çözümün öngörüldüğü kanaatinde olduklarını görüyoruz. "...ve de lege ferenda bir öneri olarak da kanunda bu konuda ve bu yönde bir hüküm konmasını onamıyorum. Boşanmış eşlerin çocuk üzerinden "savaşlarını" devam ettirmelerine yol açabilecek bu düzenlemeyi çocuk yararına uygun görmüyorum." demektedirler<sup>18</sup>. Her ne kadar spesifik olarak boşanma sonrası için olmasa da, Ayiter de anne babası evli olmayan, evlilik dışı çocukların ortak velayete tabi tutulmasına karşı olduğunu ifade eder<sup>19</sup>.

Akıntürk/Ateş Karaman ise eserlerinin önceki basılarında boşanma ile evlilik birliği kesin olarak sona ereceği için o tarihe kadar birlikte kullanılan velayet hakkının, çocuğun menfaati gözetilerek, eşlerden birine bırakılması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>20</sup>. Çocuk boşanma kararında taraflardan hangisine bırakılmışsa sadece o taraf tek başına velayet

<sup>14</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017. s. 624. ELÇİN, Gülçin: "Türk ve İsviçre Aile Hukukundaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s. 49-58, s.56.

<sup>15</sup> BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.268.

<sup>16</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s.34-35 ve oradaki yazar ve kararlar.

<sup>17</sup> HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2018, s.188.

<sup>18</sup> HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.131.

<sup>19</sup> AYİTER, Nuşin, "Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gereğesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler", AÜHFD S.11-4, s.145-167, s.159.

<sup>20</sup> AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku (2014), 16. Bası, İstanbul 2014, s.312.

hakkına sahip olur, diğerinin velayet hakkı olmaz sözleriyle<sup>21</sup> ortak velayetin mümkün olmadığı kanaatlerini açıklamışlardır. Ancak, yazarlar eserlerinin son basısında, 7 nolu Ek Protokolü ve Yargıtay 2. HD kararını dikkate alarak, çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında yeterli olgu ve delil bulunmadığı takdirde velayetin ana ve babaya ortak verilmesinin mümkün olduğunu belirtmişlerdir<sup>22</sup>.

Dural/Öğüz/Gümüş ise hukukumuzda boşanma halinde velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılmasının kabul edilmediğini ifade etmiş, m.336/3 hükmünü anmış, ancak daha fazla bir tartışmaya eserlerinde yer vermemişlerdir<sup>23</sup>.

Kılıçoğlu da evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velayetin ana veya babadan birine ait olacağını belirtmiştir<sup>24</sup>.

Görüşlerden ikincisi ise; bu hüküm emredicidir, kanun boşanmadan sonra velayeti eşlerden yalnızca birine bırakmaktadır ve bu çözüm doğru değildir, değiştirilmelidir, görüşüdür. Bu görüş taraftarlarına göre, boşanmadan sonra ortak velayete imkan veren bir yasal düzenleme yapılmalıdır. Serozan, TMK m.336/337 kurallarında, henüz ya da artık evli olmayan ana babanın birlikte velayetine imkan tanınmadığı fikrindedir. Serozan'a göre "yapılması gereken iş, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanacak olan TC Anayasasının eşitlik ilkesi çocuğun kişiliğinin oluşturup geliştirme hakkı, ana babadan ayrılmama hakkı ve ana babanın hakları karşısında TMK m.336-337 kurallarının Anayasaya aykırılığını defî yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşımaktır."<sup>25</sup>

Baktır Çetiner'e göre,

"Boşanma ve ayrılık kararında ise tarafların (velayetin bir tarafa bırakılması söz konusu olmasa bile) velayeti birlikte kullanmaları imkansız hale gelmektedir...Türk Medeni Kanununda ise boşanma halinde velayetin çocuğun bırakıldığı tarafa ait olacağına dair açık hükmü karşısında velayetin ana baba arasında bölünebileceğini söylemek mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ın İkinci Hukuk dairesi de boşanmada,

<sup>21</sup> AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 2014, s.408.

<sup>22</sup> AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 2017, s.313 ve s.409.

<sup>23</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.143 ve s.352.

<sup>24</sup> KILIÇOĞLU, s. 624.

<sup>25</sup> SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku (Çocuk), 2. Baskı, Vedat, İstanbul 2017, s.256. SEROZAN, Rona: "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler" (Soybağı), Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 759-777, s.773.

velâyetin müşterek kullanımının Kanunumuzun sistemine uygun olmadığına karar vermiştir.<sup>26</sup>

Yazar bu satırları kaleme aldıktan sonra,

“Yargıtay, eşler boşanmayıp da fiilen ayrı yaşadıklarında, velâyetin eşler yönünden sona ermediğini bu durumda mahkemenin eşlerden birinin yanında kalmasına karar verip, diğeriyle şahsi ilişkinin belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Boşanma veya ayrılık daha fazla bir şey değildir. Fiilen ayrı yaşamakla boşanmış olarak ayrı yaşamak arasındaki fark, yalnızca resmi işlemlerdir... Bu nedenle boşanmada, nez sebepleri yoksa asıl olan velâyetin devamı olmalıdır.”

demektedir<sup>27</sup>. Bu iki referans birlikte değerlendirildiğinde, her ne kadar yazar açıkça ifade etmese de, ikinci referansta yer alan görüşün olması gereken hukuk açısından yazıldığını kabul etmekteyiz.

Baygın’a göre, “birlikte yaşama ara verilmesi ve ayrılık hallerinin aksine, boşanmada tek başına velâyet asıldır ... Türk Medenî Kanunu’nda belirli koşullarla boşanmadan sonra birlikte velâyete imkân tanıyan açık bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.”<sup>28</sup>

Uygulamada yargıç olarak yer alan Şeker’in, TMK 336/3’ün engel olmasına rağmen yargıcın velâyeti birlikte kullanılmasına karar verebileceğini düşündüğünü ifade eden<sup>29</sup> sözleriyle aşağıda anılan üçüncü görüşe dahil olacağı düşünülse de dipnotta yer alan;

“Yasal düzenleme tabi ki bu düşüncemizin gerçekleşmesine engeldir. Ancak hukukun ortaya çıkan ihtiyaçlarla gelişip ivme kazanacağını düşünerek, eşlerin boşanmalarına rağmen çocuklarının bakım, gözetim ve terbiyesi için birlikte hareket etme arzusunda olabilecekleri ihtimaline binaen bu hak ve yetkinin dokunulmaz ve mutlak niteliği de gözetilerek birlikte kullanılması için yasal bir düzenlemenin gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu kanaatimiz bundan yararlanmak

<sup>26</sup> BAKTİR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin, Ankara 2000, s.48. Haddizatında, ortak velâyette ana baba velâyetin bir kısmını değil bilakis tamamını eş zamanlı kullanır.

<sup>27</sup> BAKTİR ÇETİNER, s.108-109.

<sup>28</sup> BAYGIN, s. 268.

<sup>29</sup> ŞEKER, Hilmi: “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisiyle Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, Adalet Dergisi, 2003 No:17 s.114-129, s.120.

isteyen eşler için TMK'nın 336/son fıkrasına ilave edilecek bir düzenleme ile olanaklı kılınabilir.<sup>30</sup>

ifadesiyle ikinci görüşe katıldığı anlaşılmaktadır.

Gençcan, “Boşanma durumunda 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 336 f. 3 hükmüne göre velâyet hakkının kime verileceğini aile mahkemesi hâkimi belirler. Başka bir anlatımla boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde kural olarak hâkim velâyeti eşlerden birine vermek zorundadır.” sözleriyle söz konusu hükmün emredici olduğunu belirtir<sup>31</sup>.

“Bilindiği üzere Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan “11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol”ün onaylanması 25 Mart 2016 Tarihli ve 29664 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 6684 sayılı kanunla uygun bulunmuştur. Ek 7 No’lu Protokol”ün 5. maddesi hükmüne göre; “Eşler evliliğin sona ermesi durumunda, çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar.” Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar “kanun” hükmündedir. usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası “andlaşma” hükümlerine göre karar verilmesi zorunludur. Çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında yeterli olgu ve delil bulunmadığı anlaşıldığı takdirde velayetin ana ve babaya ortak verilmesi artık mümkündür. Düşüncemize göre 6684 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile ortak velayeti engelleyen 4721 sayılı kanun hükümleri örtülü olarak ortadan kaldırılmıştır.<sup>32</sup>”

ifadesiyle m.336/3 hükmünün örtülü olarak ilga edildiği yönündeki kanaatini açıklar.

Görüşlerden üçüncüsüne göre ise bu hüküm emredicidir olarak anlaşılrsa da, hüküm, boşanmadan sonra velayeti eşlerden yalnızca birine bırakmış gibi yazılmışsa da hükümde örtülü boşluk vardır<sup>33</sup>. Bu nedenle,

<sup>30</sup> ŞEKER, s.120, dipnot 10.

<sup>31</sup> GENÇCAN, Ortak, s.25. Benzer şekilde GENÇCAN, Velayet, s.88.

<sup>32</sup> GENÇCAN, Ortak, s.26.

<sup>33</sup> Kırca, örtülü boşluğun doldurulmasını anlatırken ortak velayet meselesini de anar. KIRCA, Çiğdem: “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama” AÜHFD cilt 50, sayı 1, 2001, s.91 -119, s.110.



hüküm amacına uygun sınırlanmalıdır ve bu yapıldığında, boşanmadan sonra ortak velayete imkan verildiği yönündeki çözüm benimsenmelidir<sup>34</sup>.

Öztan'a göre TMK m.336/3 hükmünde bir örtülü boşluk vardır ve TMK m.1/1 gereği bu örtülü boşluk hakim tarafından çocuğun yararına doldurulmalıdır<sup>35</sup>. Yazar, TMK m.336/3 maddesinde velayetin çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olduğunun öngörülmüş bulunması hükmün emredici olduğu ve bu şekilde hakim tarafından velayetin her iki eşe birlikte verilemeyeceği şeklinde dar yorumlanamayacağı kanaatinde<sup>36</sup>.

“Burada bir istisna boşluğu bulunmaktadır. Maddenin amacı boşanma halinde çocuğun yararının en iyi şekilde korunmasıdır... Maddenin teolojik yorumu yapıldığında belli bir konuda amaca uygun çözüme ulaşılamamaktadır. Bu nedenle hükmün amaca uygun olarak sınırlanmasına gidilmesi gerekir. Bu şekilde, ana baba ortak velayet sorumluluğunu taşıyabilecek durumdaysalar ve ana babanın velayeti birlikte yürütmesi çocuğun yararına olacaksa, velayet hakkının ana ve babaya birlikte verilmesi yoluna gidilmelidir<sup>37</sup>.”

Akyüz'e göre de m.336/3'teki ifadeden velayetin boşanmadan sonra yalnızca ana babadan birine verileceği sonucu çıkarılamaz. Medeni Kanun'da örtülü bir boşluk varsa bu boşluk çocuğun yüksek yararına uygun biçimde doldurulmalıdır<sup>38</sup>.

Dördüncü görüşe göre ise bu hüküm emredici değildir, bu hükme göre, boşanmadan sonra velayetin eşler tarafından ortak kullanılmasına mahkemelerce karar verilebilir. Koçhisarlıoğlu'na göre bu hüküm emredici değildir. Bunlar sadece anlaşmazlık hükümleri olarak kabul edilmeli ve hakim ana babanın bu hususta anlaşma serbestilerinin bulunduğunu göz önüne alarak onların kendi aralarında yaptıkları anlaşmaları onaylamalıdır<sup>39</sup>. Bu madde şöyle anlaşılmalıdır: “Velayet, boşanmada çocuk kendisine bırakılan ana veya baba ya da ana ile/ve babaya aittir... Boşanmada velayet, çocuk kime tevdi edilmişse ona

<sup>34</sup> ARKAN SERİM, Azra: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14 Sayı:167, s.6075-6088, s.6085.

<sup>35</sup> ÖZTAN, Bilge: “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet” (Birlikte Velayet), Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.260.

<sup>36</sup> ÖZTAN, Aile, s.782.

<sup>37</sup> ÖZTAN, Aile, s.1090-1091. Benzer görüşte SÜZEN, Begüm: “Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 133, Eylül 2015, s.27-52, s.34.

<sup>38</sup> AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara 2015, s.236.

<sup>39</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s.37.

aittir”<sup>40</sup>. Koçhisarlıoğlu’na göre daha önce kullanılan ana baba yerine bu hükümde taraf kelimesini seçmiştir. Bu noktada, kanun koyucu taraf sözcüğünü kullanmış olduğu için “Velayet... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan taraf veya taraflara ait olur” şeklindeki bir ifadenin üslup açısından uygun olmayacağını belirten yazar hükmün içeriğini belirlemede belirleyici olanın “taraf” kelimesi olamayacağı fikrindedir. Yazara göre velayet boşanmaya kadar anne ve baba tarafından birlikte kullanılmaktadır, boşanma sonrası, bir velayet konusunda değişiklik ancak velayetin eşlerden birisine bırakılması şeklinde olabilirdi. Mevcut durumun devam etmesi durumunda bunun ayrıca düzenlemesi yani velayetin boşanmış eşlere bırakılmasının ifade edilmesi mantıklı olmazdı<sup>41</sup>.

Serdar’a göre de; Türk Medeni Kanununun 182. maddesinde olduğu gibi, 336/III fıkrasında yer alan düzenlemeden de boşanma sonrasında ana babanın velayete birlikte sahip olamayacağı sonucu kesin bir şekilde çıkarılamaz<sup>42</sup>. Serdar görüşünü açıklarken maddeyi, sistematik yorum metodu ve amaçsal yorum metodu ile objektif yorum teorisine göre yorumlar ve vardığı sonucu net bir biçimde açıklar.

“TMK madde 336/3. Medeni Kanununun sistematigi içindeki düzenleme yeri ve mantigi içinde değerlendirildiğinde, 336/3 hükmünün, 182. maddede hakime verilen takdir yetkisinin sınırını oluşturduğu, onu sınırladığı sonucuna varılamaz.”<sup>43</sup>

“İkinci olarak; TMK m.182 ve m. 336/III hükümlerinin konuluş nedenini incelendiğinde görülmektedir ki kanun koyucunun amacı birlikte velayetin asıl olmasıdır. Kanun koyucunun amacı boşanma sonrasında ana babadan birine velayet hakkını verilmemesi yoluyla o tarafı cezalandırmak olmadığı gibi, ana babanın analık/babalık duygularını korumak da değildir. Amaç, çocuğun yararını korumaktır. Boşanma sonrasında velayet hakkını düzenlerken hakim için en önemli kıtas çocuğun yararidir. Boşanma sonrasında velayetin hakimin takdir yetkisi ile belirleneceği ve hakimin takdir yetkisinin sınırının ise çocuğun yararı olduğudur. Özellikle, taraflar boşanma sonrasında velayeti birlikte kullanmayı talep ediyorlarsa, hakimin bunu reddetmemesi, çocuğun yararına olmak şartıyla

<sup>40</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s.105.

<sup>41</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s.106-107.

<sup>42</sup> SERDAR, s.175. Benzer şekilde ARKAN SERİM, s.6085.

<sup>43</sup> SERDAR, s.180.

kabul etmesi gereklidir. Boşanma sonrasında birlikte velayetin kanunen mümkün olmadığı gerekçesi ile ortak velayet bir talebini reddetmemesi gerekir. Hatta, taraflarca böyle bir talep olmasa da hakim, Medeni Kanunumuzun 182. Maddesinde kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında çocuğun yararına uygun ise boşanmadan sonra velayeti ana ve babanın her ikisine birlikte verebilir.<sup>44</sup>

Köseoğlu/Kocaağa açıkça ilgili TMK hükmünün bir yasak içermediğini ifade etmiştir.

“Velayetin asıl anlamı çocuğun bakım, gözetim ve yetiştirme sorumluluğu olduğu göz önüne alınırsa Aile hukukumuzda boşanma kararına rağmen eşlerin bu yükümlülükleri devam etmektedir. Tek sorun çocuğun yer olarak hangi eşin yanında kalacağına karar verilmesidir. Yanında kaldığı eşin de velayete sahip olması sadece bir varsayımdır. Zira eşlerin maddi ve manevi görevleri devam etmektedir. Bu durumda, birlikte velâyet sorunu yalnızca mekân sınırlamasından ibarettir ve uygulama bir kavram takıntısı içindedir.<sup>45</sup>”

Erdem’e göre hüküm “boşanma halinde velayetin çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olacağını söylerken, bunun aksinin yasaklandığına ilişkin bir ifadeye sahip değildir. Hükümün zıt anlamından çıkarılan sonucun isabetli olduğunu söylenemez. Kanaatimizce, boşanma halinde velayetin birlikte kullanılmasına engel bir durum söz konusu değildir.<sup>46</sup>”

Tüm bu görüşlerin değerlendirilmesi sonucunda, şahsen vardığımız sonuç; m.336/3 hükmü emredicidir, ancak bu hükmün emrediciliğinin şöyle anlaşılması gerektiği yönündedir: Hakim, boşanmadan sonra çocuk kendisine bırakılan tarafa velayet hakkı vermek zorundadır. Ancak hüküm, hakim diğer tarafa da velayeti verip veremeyeceği hususunda hiçbir şey söylememektedir. Hüküm, boşanma sonrası eşlerin velayeti birlikte yürütüp yürütemeyeceği hususunu düzenlememekte, bu noktada menfi bir çözüm benimsememekte, zira bu kurumun varlığını bilmemektedir. Bu yönüyle, boşanmadan sonra ortak velayet hususunda, kanaatimizce, gerçek bir boşluk vardır ve hakim bu boşluğu TMK m. 1’e göre doldurmalıdır.

<sup>44</sup> SERDAR, s.180-185.

<sup>45</sup> KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Basım, Ekin Yayınevi, Bursa 2011, s.443-444.

<sup>46</sup> ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin, İstanbul 2018, s.171.

Türk Medeni Kanununun mehz kanunu olan İsviçre Medeni Kanunu, 1892 yılında kanunu hazırlamakla görevlendirilen Eugen Huber'in İsviçre özel hukuku çalışmalarının neticesi olarak 1907 yılında yasalaşmış ve 1912 yılında yürürlüğe girmiştir. Türk Medeni Kanunu da İsviçre Medeni Kanununun Fransızca aslından tercüme edilerek 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. 743 sayılı Türk Medeni Kanunu m.264/1 hükmü, şu an ki m.336/3 hükmü ile aynıdır<sup>47</sup>. Fikrimizce, kanun koyucu, yasanın yapıldığı tarihlerde boşanma sonrası ortak velayet kurumunun varlığının farkında değildir, zira dünyada böyle bir kurum yoktur.

Gülgösteren'in verdiği kısa tarihçede açıkça görülmektedir ki ortak velayet nispeten yeni bir kavramdır.

“Ortak velayet, zaman içerisinde aile yapısının değişmesi, velayetin anaya ait olduğu karinesinin yeniden gözden geçirilmesi ile ortaya çıkmıştır. Bu karine, 1970’lerde Amerika Birleşik Devletleri’nde eyaletler tarafından “çocuğun yüksek yararı” ilkesi kabul edilmeden önce, yaklaşık 40 yıldır yürürlükteydi. 1974 yılında, toplumun değişen değerlerine uygun olarak mahkemeler çocuğun velayeti için var olan bu karineyi revize etti. Çocuğun “yüksek yararı” Amerikan Barolar Birliği tarafından ilan edildi ve 1980 yılında Amerika Birleşik Devletlerindeki 50 eyaletin 47’si tarafından kabul edildi.<sup>48</sup>”

Bu yöndeki kanaatimizi desteklemek amacıyla; tartışmanın bir yönüyle, ortak velayete izin verilip verilmemesinden ziyade, ortak velayetin yasaklanıp yasaklanmadığı hususunda yoğunlaşılması gerekmektedir.

Velayet hakkı temel haklardandır. 1982 Anayasası m.13’e göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Türk Medeni Kanununda, boşanma sonrasında ortak velayetin yasaklandığını açıkça gösterir tek bir hüküm yoktur.

Ortak velayete izin verilmemesi, velayetin anne veya babadan birinden kaldırılması anlamına geldiği çok açıktır<sup>49</sup>. Bu yönüyle Türk Medeni Kanunu m.348’e göre, kanunda sayılan geçerli bir sebep olmadıkça velayetin kaldırılmasına hükmedilemez. Bu durumlardan

<sup>47</sup> Karı kocadan birinin vefatı halinde, velayeti sağ kalana ve boşanma halinde çocukların tevdi olduğu tarafa ait olur.

<sup>48</sup> GÜLGÖSTEREN, Zeynep Azya: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2017, s.157-180, s. 167.

<sup>49</sup> Benzer şekilde KOÇHİSARLIOĞLU, s.237-238.

birisinin varlığı halinde ancak velayet anne veya babadan veya her ikisinden birden kaldırılır. Bu hükmün ışığında kanaatimiz odur ki; kanunun boşanma sonrası ortak velayet konusunda ki emrediciliğinin anlaşılması gereken hal: boşanma davasında eşlerden birinin, bu iki halden birisinin gerçekleştiğini veya ortak velayetin çocuğun yararına aykırı olduğunu ispatlaması durumunda ortak velayete karar verilemeyeceğidir.

Diğer yandan, boşanma kararıyla eşlerden birinden velayetin kaldırılması durumunda, bu eşin çocuğa karşı maddi ve manevi yükümlülüklerinin devam ettiği çok açıktır<sup>50</sup>. Türk Medeni Kanununa göre, çocuk ve ana veya babanın birbirine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmek yükümlülüğü (m.322), kişisel ilişki kurulması (m.323-324), çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü (m.327) boşanma kararından sonra, velayet hakkına sahip olan eş kadar diğer eş için de devam etmektedir. Velayet sahibi eş ise, masrafları ortaklaşa karşılanmasına rağmen, çocuğun eğitimi ile kararları verecek, çocuğu temsil edecek ve çocuğun malları ile ilgilenecektir. Bu sistem açıkça, boşanma sonrasında yükümlülükleri her iki eşe paylaştırmışken, hakları velayet hakkına sahip eşe tanımıştır<sup>51</sup>. Doğa ve hukuk yükler altında olanın haklarda da söz hakkı olmasını gerektirir<sup>52</sup>. Dolayısıyla, yükümlükleri paylaşan eşler, hakları da paylaşabilmelidir. Boşanma sonrası tek başına velayete karar verilebilmesi için, öncelikle bunun bir istisna olması ve bu yönde karar verilmesi çocuğun menfaati gereği olmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında vardığımız sonuç, TMK m.336/3 boşanma sonrasında ortak velayeti düzenlemediği gibi boşanma sonrasında ortak velayet bu ve başkaca bir hükümlü açıkça yasaklanmamaktadır da. Bu durum bizi, aksi kanaatlere rağmen,<sup>53</sup> bu hususta bir kanun boşluğu olduğu fikrine götürmektedir. Fikrimizce, kanun yapılırken kanun koyucunun düşünmediği, bilerek düzenlemekten kaçınmış (bilinçli boşluk) olmadığı, olumsuz çözümü benimsemediği, açık, bir yönüyle de gerçek bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Hakim, bu boşluğu TMK m.1'e göre doldurmalıdır. Haddizatında, kanaatimce, aşağıda açıklanacağı üzere,

<sup>50</sup> KÖSEOĞLU /KOCAAĞA, s.443.

<sup>51</sup> SOLAK, Özlem Ezgi: Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s.78.

<sup>52</sup> Külfet nimete ve nimet külfete göredir. Mecelle m.88.

<sup>53</sup> HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.131.

Yargıtay'ın boşanma sonrası ortak velayet hususundaki yeni yaklaşımı bu bağlamda değerlendirilmelidir.

### **B. TMK m.182/2 Hükümünün Değerlendirilmesi**

Hüküm şöyledir: “Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.”

Bu hükmü irdelediğimizde, hükmün lafzı velayetin eşlerden birine bırakılacağı ve diğerine çocukla kişisel ilişki kurma hakkının verileceği şeklinde anlaşılabilir. Oysa Öztan'ın da açıkça işaret ettiği üzere; TMK 182/2 maddesi velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla ilişkilerinin nasıl düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Bu maddenin yorumu çocuğun velayetinin yalnızca bir eşe bırakılmasının zorunlu olduğu şeklinde yapılamaz<sup>54</sup>.

Koçhisarlıoğlu'na göre, bu hüküm de emredici değildir. TMK md.182/2'de yer alan tekil anlatımdan hareket edilerek boşanmada velâyetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği sonucuna varılması mümkün değildir; çocuğun veya çocukların taraflardan yalnız birine bırakılması olasılığı dikkate alınarak bu hüküm getirilmiştir<sup>55</sup>.

Velayet iki eşe birden verilirse velayete sahip olmayan eşin çocukla ilişki kurması ve çocuğa bir nafaka ödemesi söz konusu olmaz; bu yüzden hükmün ifadesinden mutlaka velayetin eşlerden birine bırakılması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır<sup>56</sup>.

Bizce de, TMK m.182/2 velayetin kime veya kimlere vereceği hususunda bir hüküm getirmemekte, ancak boşanma sonrası bir şekilde eşlerden birine velayet hakkı tanınmazsa, onun çocuğuyla nasıl bir kişisel ilişki kuracağına düzenlemesi gerektiğine işaret etmekte ve o eşin, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılması gerektiğini emretmektedir. Hatta, fikrimizce, bu düzenlemede, çocuğun yararlarının esas tutulması emredildiğinden, çocuğun yararı boşanma sonrası velayetin ortak kullanılmasını gerektiriyorsa, ortak velayete karar verilebilecektir.

<sup>54</sup> ÖZTAN, Birlikte Velayet, s.254. ÖZTAN, Aile Hukuku, s.782.

<sup>55</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s.104. Serdar da benzer kanaattedir. “Serdar’a göre de; hükümde yer alan “velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş” ifadesindeki tekil anlatımdan hareket edilerek de boşanmada velayetin mutlaka ana babadan birine verilmesi gerektiği sonucuna varılması mümkün değildir.” SERDAR, s.174.

<sup>56</sup> ŞEN/AYBAY, s.589-615.

**C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli E.2016/15771 K.2017/1737 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi**

Hiç şüphesiz ki, velayeti düzenleyen kurallar genel olarak kamu düzenine ilişkin hükümlerdendir<sup>57</sup>. Bu bağlamda, boşanma sonrası velayetin eşlere birlikte tevdi edilemeyeceği yönündeki görüş de kamu düzeni kapsamında değerlendirilmekteydi. Genel görüş şöyle idi: “Velâyet hakkının ana babanın her ikisi üzerinde bırakılmasına karar verilmesi Yargıtay uygulamasına göre Türk kamu düzenine aykırıdır.”<sup>58</sup>

Yargıtay, çeşitli kararlarında, velayete ilişkin konuların kamu düzenini ilgilendirmesinden hareketle, boşanma sonrası müşterek çocukların velayetini ana ve babaya birlikte veren yabancı mahkeme kararlarının TMK m. 336 hükmüne ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğuna; bu nedenle bu kararların tenfizine ilişkin taleplerin reddine hükmedegelmekteydi<sup>59</sup>. Ortak velayete engel olarak görülen m.336/3 hükmünün de kamu düzenine ilişkin olduğunda dair istikrarlı olarak kararlar veren Yargıtay,<sup>60</sup> ilk olarak, 20.02.2017 tarihli E.2016/15771 K.2017/1737 sayılı kararı ile bu görüşünü değiştirmiştir<sup>61</sup>.

Yargıtay'ın önceki tutumu eleştirilmekteydi. Yargıtay'ın velayeti kamu düzenine ilişkin olarak nitelendirip kamu düzenini emredici kurallar gibi uygulamasının hatalı olduğu; velayeti kamu düzeni ile iç içe

<sup>57</sup> AKYÜZ, s.226. Benzer şekilde REYHANİ YÜKSEL, Sera: Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, Legal, İstanbul 2016, s.29.

<sup>58</sup> GENÇCAN, Ömer Uğur: Çocuk ve Hukuk: Üçüncü Oturum: Aile Hukuku ve Çocuk: Boşanma ve Velâyet Hukukuna İlişkin Sorunlar (Çocuk ve Hukuk), Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 20, Temmuz 2011, s.6-15.

<sup>59</sup> SÜZEN, s.40. Yargıtay 2HD E.2006/6824 K.2006/13638 T.10.10.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) kararında yer alan karşı oy yazısında sayın üye, temyiz edilmediği için Yargıtay denetiminden geçmeyerek kesinleşen bazı yerel mahkeme kararlarında boşanma sonrasında ortak velayete karar verildiğinin bilinen bir gerçek olduğunu ifade eder.

<sup>60</sup> Yargıtay 2HD 22.11.2004 E.12285/K.13680. Bakınız AKYÜZ, s.235 dipnot 372. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Esas No : 2012 / 21186 Karar No : 2013 / 7440 Karar Tarihi : 19.03.2013 (www.hukukturk.com). Bu yöndeki kararların eleştirisi için bakınız. BAYATA CANYAŞ, Aslı: “Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts”, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol.27, No.3, 2013, s.310-331.

<sup>61</sup> Yazında tespit edilen ilk birlikte velâyete kararı İzmir 4.Aile Mahkemesi tarafından verilmiştir. 27.05.2009 T., 448 E., 470 K. kararda “tarafaların ortak çocukları .././2007 doğumlu, küçük E.’nin velayet hakkının taraflarca birlikte kullanılmasına” karar verilmiştir. Bakınız SERDAR, s.175.

değerlendirmenin milletlerarası özel hukuku metoduna aykırı olduğu doktrinde ifade edilmektedir<sup>62</sup>.

Nihayet Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli E. 2016 / 15771 K. 2017 / 1737 sayılı kararı ile ortak velayetin Türk kamu düzenine aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir<sup>63</sup>. Bu önemli karar sonrası, ortak velayet Türk kamu düzenine aykırı değildir<sup>64</sup>. Kararda, bu kararı izleyen mahkeme kararlarında kullanılan bir formülasyon haline gelen "Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 Nolu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye, 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 Nolu Protokol'ün 5. maddesine göre ... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır." ifadesiyle ortak velayet konusunda uluslararası anlaşmanın uygulanması gerektiği kanaatine varılmış, bu uluslararası hükmün Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı tartışılmış ve aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Konuyla ilgili birkaç kararı anmak sanırım bu noktada önemlidir.

1. Aşağıdaki kararda Yargıtay'da hakim olan görüş belirtilmiştir. Ancak karşı oylardan biri ortak velayetin kamu düzeninden olmadığından, ikincisi ise m.336/3 hükmünün "nispi emredici nitelikte" olduğunu ve eşler anlaşırса ortak velayet karar verilebileceğini ifade etmektedir.

"Tanınmasına karar verilen yabancı mahkemenin boşanma kararında "müşterek çocuk üzerindeki velayet hakkının taraflarca müştereken ifa edileceği" hüküm altına alınmış olup, boşanmadan

<sup>62</sup> SÜZEN, s.40.

<sup>63</sup> www.lexpera.com.tr. "Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramı ile ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. o halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir."

<sup>64</sup> Benzer bir başka karar: 2HD E.2019/18674 K.2017/13800 T.04.12.2017 (Yayımlanmamıştır).



sonra velayetin müştereken ifasına Türk Hukukunun cevaz vermediğine ( TMK. md.336/2 ), bu hukuki durum nazara alınarak velayetin düzenlenmiş bulunmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, KARŞI OY: Çocuğun üstün yararı ile çatışmayan “birlikte velayete” ilişkin kesin hükmü sonlandırarak adeta velayet konusunda kaos yaratan yerel mahkeme kararının bu sebeple bozulması düşüncesindeyim. KARŞI OY : “Türk hukukunda “birlikte velayet” kurumunun düzenlenmemiş olması; nispi etkilidir. Boşanma veya ayrılık kararı sonrası velayet durumunu düzenleyen Türk Medeni Kanununun 336/2-3. maddesi, “nispi emredici nitelikte” bir hükümdür. Bu nedenle, mahkemece, birlikte velayete re'sen karar verilemez. Ancak, ana/babanın bu konuda bir anlaşması mevcut ve bu anlaşma çocuğun üstün yararına aykırı değilse; anlaşma uyarınca, birlikte velayete karar verilmesi ve çocuğun hangi ebeveyninin yanında kalacağına da kararlaştırılması gerekir. Tarafların halen Almanya'da yaşadığı ve tanıma kararı sonucu konusuz kalan boşanma talebi göz önüne alındığında; mahkemece koşulları varsa, sadece boşanmanın mali sonuçları hakkında karar verilmesi ile yetinilmesi; ... velayet düzenlemesi hakkında bir karar verilememesi gerekir. Aksi tutum; iki ayrı ülkenin mahkeme kararları arasında çelişki ve çatışma yaratır. Bu şekilde bir çatışma yaratmaktan kaçınmak gerekir. Açıkladığım gerekçeyle; hükmün diğer bölümlerinin onanmasına katılmakla birlikte; velayet düzenlemesi yönünden bozulması gerektiğini düşünüyorum.<sup>65</sup>”

2. Yargıtay'ın görüş değişikliğinden sonra verilmiş bu BAM kararında, örnek bir karar olarak, ortak velayete nasıl karar verileceği açıkça gösterilmektedir.

“... Dairemizce, ayrıca taraf vekillerinin hazır olduğu celsede sosyal inceleme raporunu düzenleyen uzman huzuru ile müşterek çocuk küçük Umut'un velayet konusundaki beyanı alınmış, müşterek çocuk beyanında; annesini de babasını da çok sevdiğini, onların da kendisini sevdiğini bildiğini, her ikisinin kendisine kötü davranmadığını, her ikisiyle de sürekli görüşmek istediğini, anne ve babasının kendisi ile ilgili aldıkları kararlarda yakın zamanda

<sup>65</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Esas No: 2012 / 21186 Karar No: 2013/7440 Karar Tarihi:19.03.2013 (www.hukukturk.com).

herhangi bir tartışmalarını hatırlamadığını, bundan sonraki hayatının da aynı şekilde devam etmesini istediğini söylemiştir.

Davacı-davalı vekili istinaf duruşmasındaki beyanında, ilk derece mahkemesindeki velayet düzenlenmesinden sonra davalı-davacının çocukla daha çok ilgilenmeye başladığını, ortak velayet düzenlenmesinin o günden sonra gündeme geldiğini, ortak velayet koşullarının oluşmadığını düşündüklerini, 'velayetin müvekkilinde kalmasını talep etmiş, davalı-davacı vekili ise; öncelikle velayetin müvekkiline verilmesini, olmadığı takdirde ortak velayet düzenlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

...  
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.02.2017 tarihli 2016/15771 E. 2017/1737K. sayılı kararında "ortak velâyet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir." diyerek ortak velayetle ilgili karar verilebileceğini belirtmiştir.

İlk derece mahkemesindeki yargılama sırasında ve istinaf aşamasındaki duruşma sırasındaki beyanları ile taraf vekilleri velayetin müvekkillerine verilmesini talep etmişler, istinaf duruşmasındaki beyanları ile sosyal inceleme raporundaki velayetin ortak velayet olarak düzenlenmesinin çocuğun yararına olabileceği şeklindeki kanaate katılmadıklarını ifade etmiş olmakla birlikte velayet düzenlenmesinde asıl olan çocukların üstün yaran olup bu düzenlemede ana ve babanın yararı ile çocuğun yaran gerektirdiği takdirde çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir.

Müşterek çocuk yaş itibarıyla idrak çağında olup, sosyal inceleme raporunu düzenleyen uzman ile yaptığı görüşme sırasında ve uzman huzuru ile istinaf duruşmandaki beyanında açık bir şekilde velayet tercihi bulunmamış, hafta içinde annesinin yanında kaldığı, hafta sonunda babasının gelip aldığı, son dönemlerde anne ve babasının kendisi ile ilgili aldıkları kararlarda herhangi bir tartışma yaşamadıklarını, her ikisini de sevdiğini, anne ve babasının da kendisini sevdiklerini bildiğini, her ikisiyle de görüşmek istediğini beyan etmiştir. Ek 7 Nolu Protokolün 6684 Sayılı kanun ile yürürlüğe girmesiyle birlikte usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümler esas alınacağından (T.C Anayasa 90.maddesi) ortak

velayeti engelleyen Türk Medeni Kanununun hükümleri örtülü olarak ortadan kaldırılmıştır.

Bu sebeplerle, çocuğun güvenine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında herhangi bir iddia ve delil bulunmaması da gözetilerek çocuğun üstün yararı gereğince ortak velayete hükmedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Ortak velayet hükmü ile birlikte çocuğun her iki ebeveynde birlikte kalması düşünülemez. Ortak velayet çocukla ilgili önemli kararları birlikte almayı gerektiren bir durumdur. Çocuğun sağlığı, eğitimi, onun hayatına yön verecek ve onun üstün yararını gerektirecek hususlarda ortak hareket etmeyi gerektirir. Bununla beraber çocuğun bir düzene de ihtiyacı vardır, bu düzeni sağlamak için bir ebeveynin yanına yerleştirilmesi, diğeri ile kişisel ilişki kurulması ve yanına yerleştirilmeyen ebeveynin çocuğun giderlerine de katılması gereklidir<sup>66</sup>.

3. Bir BAM kararında ortak velayet hususunun değerlendirilmemesi kararın kaldırılması gerekçesi olmuştur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2016/15771 E., 2017/1737 K. sayılı ilamında belirtildiği üzere, iç hukukumuzda ortak velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Dosya kapsamına göre, ortak velayet ve çocukların kimin yanında kalmalarının menfaatlerine uygun olacağı hususunun araştırılması, tarafların ve çocukların mahkemece dinlenilmeleri, psikolog, pedagoğ ve sosyal hizmet uzmanından oluşacak heyetten rapor alınmak suretiyle ortak velayet hususu da değerlendirilerek yeniden hüküm kurulması için diğer yönler incelenmeksizin ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur<sup>67</sup>.

4. Bir başka BAM kararında, ortak velayet için eşlerin anlaşması aranmıştır.

... İnsan haklarını ve hürriyetlerini korumaya dair sözleşmeye ek, 7 nolu protokolün 5.maddesi gereğince eşler çocuklarıyla olan ilişkilerinde eşit haklara sahip olmakla birlikte ortak velayet açısından gönüllülük esas olup anne ve babanın rızasının bulunması gerekir. Dosya kapsamında davacı davalı annenin ortak velayete ilişkin rızası bulunmayıp tam aksine müşterek çocuğun velayetinin

<sup>66</sup> Ankara BAM 1HD E. 2017/121 K.2017/601 T.10.05.2017 (Yayımlanmamıştır).

<sup>67</sup> İstanbul BAM 10HD E.2017/578 K. 2017/386 T.26.04.2017 (Yayımlanmamıştır).

kendisine verilmesini istemektedir. O halde ortak velayet koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez<sup>68</sup>.

#### **D. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan'ın Sosyal Medya Hesabından Yaptığı Açıklamanın Değerlendirilmesi**

“Ortak Velayet Artık Mümkündür!!!” başlıklı metinde Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan, Türk Yargıtay'ının TMK m.336/3 hükmünün emredici olduğu ve boşanma sonrası ortak velayete hükmedilemeyeceği yönündeki görüşünün sona erdiğini açıklamaktadır. Bu açıklama sonrası, artık Yargıtay'ın, boşanma sonrası ortak velayet kararlarını sırf bu sebeple bozmayacağını anlamaktayız<sup>69</sup>.

Bu açıklamada Yargıtay'ın görüş değişikliğinin gerekçesi olarak Ek 7 No'lu Protokolün onaylanmasının kanunla uygun bulunmasıyla, TMK m.336/3 hükmü örtülü olarak ilga edilmesi gösterilmiştir. Gençcan, ortak velayete karar verilirken dikkate alınması gereken ilkeler açısından da kişisel kanaatini açıklamıştır. Buna göre artık boşanma sonrası ortak velayet asıldır, gönüllük esasına dayalıdır ve çocuğun güvenliği ile üstün yararına aykırı olmamalıdır. Bu hususta, idrak çağındaki çocuğun görüşü alınmalıdır. Talep halinde her bir eşin yapacağı katkı miktarı mahkemece belirlenmelidir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, aşağıda açıklanacağı üzere, Ek 7 No'lu Protokolün 5. maddesi ortak velayeti emretmemekte ve fakat mümkün kılmaktadır. Ayrıca hükümde ortak velayet anılmadığı gibi, ne şekilde verileceği de belirtilmiş değildir.

Kanaatimizce, burada gerçek bir kanun boşluğu olan alanda Yargıtay, TMK m.1 kapsamında hukuk yaratmaktadır. Ek 7 No'lu Protokolde yer almayan bu ilkelerin açıklanması da bu görüşümüzü desteklemektedir. İlkeler olması gereken hukuk açısından yerinde olabilir. Ancak bunların hakimın hukuk yaratması kavramından başka bir kavramla açıklanması mümkün değildir. Zira ne Türk Medeni Kanunundan ne de Ek 7 No'lu Protokolden bu ilkelerin bir bütün halinde çıkarılması mümkün değildir.

Bu yönüyle, anılan ilkelerin yerinde olup olmasından öte,<sup>70</sup> fikrimizce, bu ilkeleri de dikkate alarak, boşanma sonrası ortak velayet hususunda bir kanun değişikliği yapılarak TMK m.336 hükmünün

<sup>68</sup> Ankara BAM 2HD E.2017/1132 K.1471 T.05.12.2017 (Yayımlanmamıştır).

<sup>69</sup> <http://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/>

<sup>70</sup> Kişisel olarak, bu altı ilkedен 2 ve 4 numaralı olanlar dışındakilere katılmaktayız.

boşanma sonrası ortak velayeti düzenler şekilde değiştirilmesi elzemdir ve acildir. Aksi takdirde hukuk yaratma yetkisini münhasıran elinde bulunduran TBMM dışında bir organın, her ne kadar yetkisi dahilinde de olsa, kalıcı bir hukuk değişikliği yaratmış olacaktır.

**E. 11 No’lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokolün 5. Maddesinin Değerlendirilmesi**

Hüküm şöyledir: “Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.”

Hüküm açıkça, eşler arasında, evlilik devam ederken ve sona erme aşamasında, eşitliği emretmektedir. Kadın ve erkek ayrımı yapılmadan eşlerin aynı kurallara tabi tutulması bu hükmün gereğidir. Hüküm, çocuklarla kurulacak ilişki de, eşlerin eşit haklara sahip ve borçlar altında olmasını sağlayacak bir yasal düzenleme yapılması hususunda pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Hükümce yasaklanan şey, bu ilişkilerde cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapılmasıdır<sup>71</sup>.

Cernecki vs. Avusturya davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, boşanma veya ayrılık durumunda, eşler birlikte talepte bulunsa bile, çocukların velayetinin anne babadan birine tek başına verilmesini zorunlu kılan (şu an değiştirilmiş) Avusturya Medeni Kanunu m.177’nin Ek 7 No’lu Protokolün 5. Maddenin ihlali anlamına gelmediğine, yasa koyucunun boşanma sonrasında ortak velayeti engelleme kararının devlet için bırakılan takdir alanında yer aldığına karar vererek, Avusturya Medeni Kanunu m.177’nin söz konusu hükmü ihlal ettiği savıyla açılan davayı reddetmiştir<sup>72</sup>.

Bu anlamda, bu hükümden çıkarılacak ilk sonuç, ulusal kanunların eşlere eşit davranması ve cinsiyet temelli bir ayırım yapılmamasıdır. Hükümde, ortak velayet ile ilgili bir emir veya yasaklama mevcut değildir. Kanaatimizce, TMK m.336 hükmü eşler arasında cinsiyet temelli bir ayırım yapmadığı için Ek 7 No’lu Protokolün 5. Maddesine aykırı olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak bu hükmün gerçek anlam ve değerini ortak velayet düzenlemesi ile bulacağı da kesindir.

<sup>71</sup> LEACH, Philip: Taking a Case to the European Court of Human Rights, Oxford 2011. s.454.

<sup>72</sup> <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/>

Yine Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Maddesi de boşanma sonrası velayet kararı verilirken çocuğun yararının esas alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Hem Kiremitçi<sup>73</sup> hem Şen/Aybay,<sup>74</sup> hem de Canyaş'ın<sup>75</sup> çalışmalarında işaret edildiği üzere, boşanma sonrasında ortak velayete karar verilmesi çocuğun yararınadır.

Bu durumda Türk yasa koyucusunun derhal, ortak velayete izin veren bir düzenleme yapması gerekmektedir. Boşanma sonrasında ortak velayeti bir kurum olarak düzenlerken, çocuğun yararını gözetmesi ve eşler arasında eşitliği sağlar biçimde olmasına dikkat etmesi gerekmektedir.

### III. İSVİÇRE HUKUKUNDA ORTAK VELAYET DÜZENLEMESİ

İsviçre Medeni Kanununda ortak velayet ile ilgili yeni düzenlemeler yapılmadan önce, İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m.297 ve TMK m.336 aynı hükümler ihtiva etmekteydi. İsviçre'de, 1998, 2002, 2011 ve en son 2014 yıllarında yasal değişiklikler yapılarak ortak velâyet bir kurum olarak düzenlenmiştir. 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme ile kural olarak boşanma kararı, çocuk üzerindeki ortak velayeti etkilemeyecektir.

İMK m. 296 çocuk üzerindeki velayet hakkını düzenler. İlk fıkra velayetin çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceğini öngörmektedir. İkinci fıkra ise ergenlik çağına kadar çocuğun anne babanın ortak velayeti altında olacağı ifade edilmiştir. Hüküm uyarınca anne babanın evli olup olmamasından bağımsız olarak çocuk, ana babasının ortak velayeti altındadır. O nedenle, anne ve baba boşandıktan sonra da çocukları üzerindeki ortak velayeti devam ettirirler<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> KİREMİTÇİ, s.94.

<sup>74</sup> ŞEN/AYBAY, s.589-615.

<sup>75</sup> BAYATA CANYAŞ, s.310-331. Canyaş 1982-1999 yıllarında yapılan 33 çalışmanın sonuçlarına göre ortak velayet tek başına velayete nazaran çocuğun boşanmaya alışmasında daha iyi sonuçlar göstermiştir. Dolayısıyla, ortak velayet çocuk yararındadır.

<sup>76</sup> ÖCAL APAYDIN, Bahar: "İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak Benimsenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s.631-658. s.641-643.

Boşanma davasında hâkim anne ve babanın haklarını ve yükümlülüklerini İMK m. 133 uyarınca belirleyecektir. İMK m.133<sup>77</sup> şöyledir:

“Mahkeme, ana baba- çocuk ilişkisinin yasal sonuçları hakkındaki hükümlere göre ana baba haklarını ve yükümlülüklerini düzenler.

Mahkeme özellikle;

1. Ana baba yükümlülüklerini (velayet)
2. İkametgâhı
3. Kişisel ilişki kurulmasını (m.273) veya ana baba yükümlülüklerinin bölüşülmesini
4. Çocuğun bakımına katkısı; düzenler.

Mahkeme, çocuğun üstün yararı için önemli olan bütün durumları dikkate alır. Mahkeme, ana ve babanın ortak teklifini ve mümkünse çocuğun fikrini de göz önünde bulundurur.

Mahkeme, çocuğun bakımına katkının, çocuk erginliğe eriştikten sonra da ödenmeye devam etmesine karar verebilir.”

Görüldüğü üzere, artık İsviçre hukukunda boşanmada tek başına velâyet kural olmadığı gibi, birlikte velâyet de istisna değildir; her bir boşanma bakımından mahkeme somut olayın koşullarına göre velâyeti düzenleyecektir<sup>78</sup>. Ancak İMK m.298'e göre, boşanma davasında veya evlilik birliğini koruma işlemlerinde, eğer çocuğun üstün yararının korunması için gerekli görülürse, hakim eşlerden birine tek başına velayet verebilecektir.

#### **IV. TÜRK HUKUKUNDA ORTAK VELAYET KURUMU HAKKINDA YASAL DÜZENLEME YAPMA GEREĞİ**

Ortak velayetin avantaj ve dezavantajları literatürde tartışılmaktadır. Biz bu çalışmanın odağının bu olmadığını ifade etmiştik<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Bu hüküm kadar önemli bir hükümde m.134 hükmüdür. Bu hükme göre boşanma kararından sonra, velayete ilişkin değişikliklere çocuk koruma makamı karar verecektir.

<sup>78</sup> BİRİNCİ UZUN, Tuğba: "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli ", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.6, 2016, s.135-166, s.155.

<sup>79</sup> Dezavantaj olarak, ortak velayetin zaten anlaşılmayan eski eşlerin çocuğu aralarında bir koz olarak kullanmaları riski düşünülebilir. Bu konumdaki kişilerin, ortak çocukları ile ilgili önemli konularda ivedilikle uyuşarak ortak karar alabileceklerinin çok gerçekçi olmadığı ileri sürülmektedir. Avantaj olarak ise, Türk hukukunda anlaşmalı boşanmanın kabulünden sonra, eşlerin medeni kişiler olarak ilişkilerini belirli bir seviyede çocukları

Kiremitçi tarafından hazırlanan doktora tezinde, Türkiye’de 120 kişinin katıldığı anket çalışmasında boşanma durumunda çocuğun velayeti kimde olmalıdır sorusuna 55 kişi anneye, 17 kişi babaya yanıt verirken 48 kişi ortak velayetten yana görüş belirtmişlerdir<sup>80</sup>. Ortak velayetin yargı kararları ile mümkün olmadığı bir dönemde toplumun boşanma sonrası ortak velayeti azımsanmayacak bir oranda onayladığı görülmektedir.

Türkiye olarak üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi, ortak velayetle ilişkilendirilebilecek Avrupa Konseyi Eşitlik ve Ortak Ana Baba Sorumluluğu Babaların Rolü Üzerine 2079 (2015) Sayılı Tavsiye Kararı başlıklı bir tavsiye kararı almıştır<sup>81</sup>. Bu kararda, ana ve baba arasındaki eşitliğin sağlanması, çocuğun büyüme döneminde ana ve babanın birlikte rol almasının çocuğun gelişimine olumlu yönde katkı sağlayacağını, küçük yaşta çocukların gelişimi açısından ananın yanı sıra babanın da

---

için devam ettirdikleri durumlar düşünülmektedir. Özellikle, kültür seviyesi yüksek çevrelerde anne babanın çocuk üzerinde ortak söz hakkı sahibi olmak istediklerine şahit olunmaktadır. Çocuk psikolojisi açısından da bu yönde bir karar verilmesi, çocuğun, velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn tarafından terk edildiği hissini de giderecektir. Velayet hakkına sahip olmayan, ancak masrafları ödeyen ebeveynin, çocuğun hayatında daha aktif yer alarak çocuk ile ilişkisi kuvvetlenecektir. Ancak, yukarıdaki dezavantaj da düşünüldüğünde, hakimin ortak velayete yönelik talep karşısında, boşanma davasındaki eşlerin ilişki durumunu da dikkate alarak takdir yetkisini kullanması gerekmektedir. MAĞDUR ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER Danışman: Prof. Dr. Feridun YENİSEY, İstanbul 2017, s.47.

<sup>80</sup> KİREMİTÇİ, s.40 Ortak velayet düzenlemesinin yasal olarak mümkün olduğu Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa ülkelerinde yapılan çalışmaların sonucunda ortak velayetin, tekli velayete göre çocuğun uyumu ve ebeveynleriyle kurduğu kişisel ilişki açısından daha iyi olduğunu ortaya konmuştur ve çalışma sonuçlarının velayet düzenleme şeklinin, ebeveynlik becerileri ve ebeveynler arası ilişki nitelikleri ve psiko-sosyal kaynaklar üzerinde etkili ve önemli olduğu noktasında birleştikleri görülmektedir.<sup>80</sup> Kiremitçi “ülkemizde ortak velayetin yasal olarak tercih edilebilecek bir velayet düzenlemesi olmasına imkân sağlayacak hukuki değişikliklerin yapılması ve bu alana dair farkındalık düzeylerinin artırılmasına yönelik çalışmaların yapılması gerektiği düşünülmektedir.” sözleriyle vardığı sonucu açıklamaktadır. KİREMİTÇİ, s.95. Usta’ya göre “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması ve Avrupa Konseyince, belli koşullarda birlikte velayet uygulamasının, cinslerarası eşitliği de sağlamak üzere çocuk yararına olduğu tartışması kabul etmektedir.” USTA, s.122-123.

<sup>81</sup> <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnNveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMjIyMCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdc9QZGYvWFJiZi1XRc1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslparams=ZmlsZWlkPTIyMjIy>



önemli bir faktör olduğunu ve babanın rolünün resmen tanınması gerektiğini ifade etmiştir<sup>82</sup>.

Türk hukuk sisteminin dahil olduğu Kara Avrupası ülkelerinin neredeyse tamamında<sup>83</sup> ortak velayet bir kurum olarak kanunla düzenlemiştir<sup>84</sup>.

Yukarıda dile getirildiği üzere, Türk Medeni Kanununda, boşanan eşlerin ortak çocuklarının velayetini, boşanmadan sonra da, birlikte yürütüp yürütemeyeceği hususunda gerçek bir kanun boşluğu vardır. Bu boşluğu Yargıtay 2. HD, TMK m.1 hükmüne uygun olarak hukuk yaratarak doldurmaktadır. Ancak bir hukuk devletinde durumun böyle sürdürülmesi kanaatimizce doğru değildir. Türk Medeni Kanununda boşanma sonrası ortak velayet bir kurum olarak düzenlenmelidir. Boşanan eşlerin, çocuğun üstün yararı aksini gerektirmedikçe, velayeti evliyken olduğu gibi boşandıktan sonra da birlikte yürütmelerine olanak tanıyan, hakimin bu noktada karar verirken dikkate alması gereken hususları gösteren açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu noktada, Ek 7 No'lu Protokol 5. Maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Maddesi, İMK 133. Maddesi hükümleri ve konu hakkında mevcut Yargıtay uygulaması göz önünde bulundurularak Türk Medeni Kanununa bir hüküm eklenmelidir<sup>85</sup>. Zira, ortak velayet çocuğun üstün yararı gereğidir.

Bu konuda değerli eserler veren ve aslında konunun tartışılmasında büyük emeği olan Öztan “hiç şüphe yoktur ki en iyi ve en basit çözüm kanun koyucunun bu maddeyi değiştirmesidir.” demiştir<sup>86</sup>. Akyüz’e göre de “Türk Medeni Kanununun 182. ve 336. Maddeleri yeniden düzenlenmeli, kanuna çocuğun yüksek yararı gerektirmedikçe boşanan ana babanın velayeti birlikte kullanmasına imkan tanıyan açık bir hüküm konulmalıdır.<sup>87</sup>” Baygın’a göre de Türk Medeni Kanununda İsviçre’de olduğu gibi belirli koşullarla boşanmadan sonra ortak velayete imkan

<sup>82</sup> GÜLGÖSTEREN, s. 167.

<sup>83</sup> Avrupa Birliği için şu linkten kontrol edilebilir. [https://e-justice.europa.eu/content\\_parental\\_responsibility-302-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_parental_responsibility-302-en.do)

<sup>84</sup> “İsviçre, Almanya, Hollanda, Avusturya gibi ülkelerde tartışmalar sonucunda düzenlemeler yapılmış, velayetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması mümkün hale getirilmiştir.” GÜLGÖSTEREN, s. 168 “Benzer şekilde, İngiltere, Fransa ve Almanya’da da boşanma ya da ayrılık sonrası ana ve babanın çocuklarının velayetine birlikte sahip olabileceklerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.” SÜZEN, s.42.

<sup>85</sup> Bu çözüm Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi madde 9’a da uygun olacaktır.

<sup>86</sup> ÖZTAN, Birlikte Velayet, s.260.

<sup>87</sup> AKYÜZ, s.236.

taniyan açık bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır<sup>88</sup>. Şeker de aynı kanaattedir. "...Bu kanaatimiz bundan yararlanmak isteyen eşler için TMK'nın 336/son fıkrasına ilave edilecek bir düzenleme ile olanaklı kılınabilir.<sup>89</sup>" Özdemir'e göre de "Elbette ki eşlerin rızasına bağlı olarak ve hâkimin da uygun görmesine bağlı olarak uygulanabilecek ortak velayet kurumunun kabul edilmemesi bir eksikliklerdir.<sup>90</sup>" Bingöl de aynı kanaattedir. "Velayetin özellikle günümüz hukukundaki anlamı, işlevi ve amacı göz önüne alınırsa TMK'da da ilgili hükümlerin değiştirilmesi kaçınılmaz olmuştur.<sup>91</sup>" Arkan Serim de benzer düşüncededir. "Şüphesiz, yapılacak bir yasa değişikliği ile boşanma sonrası ortak velayete açıkça imkan tanınması uygun olacaktır.<sup>92</sup>" Boşanmış Babalar Platformu<sup>93</sup> ve Boşanmış Anneler Derneği de ortak velayetten yana olduklarını deklare etmişlerdir<sup>94</sup>.

Dolayısıyla, Türk kanun koyucusunun boşanma sonrası ortak velayete izin veren bir düzenleme yapması gereği çok açıkça ortadadır<sup>95</sup>. Fikrimizce, sadece ortak velayete izin veren değil, bir bütün halinde bu kararın verilmesi için gerekli ilkeleri ve düzenlemeleri içeren hatta İsviçre'dekine benzer bir çocuk koruma kurumu ihdas eden kapsamlı bir yasal değişiklik yapılmalıdır<sup>96</sup>.

Bu noktada, kişisel kanaat olarak, birtakım ilkeleri ortaya koymak gerekirse: İlk olarak, ortak velayet boşanma sonrası için de bir istisna değil, kural olmalıdır. Böylelikle ortak velayetten ayrılan hakim gerekçesini açıkça ortaya koymalıdır. Daha da ötesi, bu gerekçe çocuğun üstün yararına da uygun düşmelidir. Ortak velayet çocuğun üstün menfaati gereği olmalıdır. Çocuğun üstün yararına aykırı durumlarda, taraflar

<sup>88</sup> BAYGIN, s. 268.

<sup>89</sup> ŞEKER, s. 120 Dipnot 10.

<sup>90</sup> ÖZDEMİR, Saibe Oktay: "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı" Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, 2016, s.29-46, s.39.

<sup>91</sup> BİNGÖL, Ediz: "Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, Yıl: 2014, s.276-312, s.278.

<sup>92</sup> ARKAN SERİM, s.6085.

<sup>93</sup> <http://www.bosanmisbabalar.com/>.

<sup>94</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/bosanmis-babalar-ile-bosanmis-anneler-el-ele-6705095>.

<sup>95</sup> Bu noktada, kanun metni için öneriler de sunulmuştur. Örneğin, Birinci Uzun'un önerisi: TMK md.336 f.3 hükmü şu şekilde değiştirilebilir: "Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana aittir. Boşanmada ise hâkim, çocuğun yüksek (üstün) yararı doğrultusunda, velâyetin ana ve baba tarafından birlikte veya ana ya da baba tarafından tek başına kullanılmasına karar verebilir". BİRİNCİ UZUN, s.163.

<sup>96</sup> Çocukla kişisel ilişki hakkını kullanmak isteyen ana veya baba icra marifetiyle değil, bu kurum araçlığıyla, çocukla iletişime geçebilir.

anlaşsa dahi ortak velayete karar verilememelidir. Üçünü olarak, velayetin eşlerden kaldırılması için sebep olmamalıdır. Böyle bir sebep varsa ortak velayete karar verilemez. Eşlerden her ikisi için de böyle bir sebep varsa velayet kaldırılarak çocuğa bir vasi tayini gerecektir. Son olarak, eşlerin velayeti ortak olarak sürdürebilecek feraseti olmalıdır. Ortak velayet halihazırda boşanmış eşler için mevcut olan sorunlar üzerine yenilerini eklememeli, aralarındaki sorunları çocuklarına yansıtmayacak ve onun için en uygun kararları alabilecek anne babaya tanınmalıdır.

## SONUÇ

Fikrimizce, Türk Medeni Kanununun velâyetle ilgili m.182/2 ve m.336 hükümleri ortak velâyeti, kesin olarak yasaklamamaktadır. Bir temel hak olarak görülebilecek ortak hayata son verilmesi sonrası ortak velâyetin yasaklanması için 1982 Anayasasına göre bir kanun hükmüne ihtiyaç vardır. Böyle bir hüküm de olmadığına göre kanımızca ortak velâyet meselesinde özgürlük esas alınmalıdır. Kanaatimize göre TMK m.336'da Türk Medeni Kanununda, boşanan eşlerin ortak çocuklarının velayetini, boşanmadan sonra da, birlikte yürütüp yürütemeyeceği hususunda gerçek bir kanun boşluğu vardır. Bu boşluğu Yargıtay 2. HD., TMK m.1 hükmüne uygun olarak hukuk yaratarak doldurmaktadır. Ancak bir hukuk devletinde durumun böyle sürdürülmesi kanaatimizce doğru değildir.

Türk Medeni Kanununda boşanma sonrası ortak velayet bir kurum olarak düzenlenmelidir. Boşanan eşlerin, çocuğun üstün yararı aksini gerektirmedikçe, velayeti evliyken olduğu gibi boşandıktan sonra da birlikte yürütmelerine olanak tanıyan, hakimin bu noktada karar verirken dikkate alması gereken hususları gösteren açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu noktada, Ek 7 No'lu Protokol 5. Maddesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Maddesi, İMK 133. Maddesi hükümleri ve konu hakkında mevcut Yargıtay uygulaması göz önünde bulundurularak Türk Medeni Kanununa bir hüküm eklenmelidir.

## KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku (2014), 16. Bası, İstanbul 2014
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku (2017), 20. Bası, Beta, İstanbul 2017
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara 2015

- ARKAN SERİM, Azra: “Boşanma Halinde Ortak Velayet”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt:14 Sayı:167, s.6075-6088
- AYİTER, Nuşin, “Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkındaki Görüşler”, AÜHFD S.11-4, s.145-167
- BAKTIR ÇETİNER, Selma: Velayet Hukuku, Yetkin, Ankara 2000
- BAYATA CANYAŞ, Aslı: “Why Not Enforce? A Critical Analysis of the Refusal to Enforce Foreign Joint Custody Judgments in Turkish Courts”, International Journal of Law, Policy and the Family, Vol.27, No.3, 2013
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010
- BİNGÖL, Ediz: “Boşanmış Çiftlerin Ortak Velayet Hakkının Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Karşılaştırılması”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 2, Yıl: 2014, s.276-312
- BİRİNCİ UZUN, Tuğba: “Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yaranı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli ”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt.6, 2016, s.135-166
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku), 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- ELÇİN, Gülçin: “Türk ve İsviçre Aile Hukukundaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi” Bağçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s. 49-58
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Seçkin, İstanbul 2018.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: “Ortak Velayet” (Ortak) İzmir Barosu Dergisi 8 Mart 2017 Özel Sayısı <http://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/8-mart-2017-ozel-bulten20173813332417.pdf>.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Çocuk ve Hukuk: Üçüncü Oturum: Aile Hukuku ve Çocuk: Boşanma ve Velâyet Hukukuna İlişkin Sorunlar (Çocuk ve Hukuk), Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 20, Temmuz 2011
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Velayet Hukuku (Velayet), Yetkin Yayınları, Ankara 2015
- GÜLGÖSTEREN, Zeynep Azya: “Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2017, s.157-180
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 6. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2018
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- KIRCA, Çiğdem: “Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama” AÜHFD cilt 50, sayı 1, 2001, s.91 -119
- KİREMİTÇİ, Müge: Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal, İstanbul 2015
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004
- KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Basım, Ekin Yayınevi, Bursa 2011
- LEACH, Philip: Taking a Case to the European Court of Human Rights, Oxford 2011
- MAĞDUR ÇOCUK HAKLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER Danışman: Prof. Dr. Feridun YENİSEY, İstanbul 2017
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: “İsviçre Medeni Kanununun Velayete İlişkin Hükümlerinde Değişiklik Yapılması ve Ortak Velayetin Kural Olarak

- Benimsenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 145, Eylül 2016, s.631-658
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay: “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı” Public and Private International Law Bulletin, Volume: 35, Issue: 1, 2016, s.29-46
- ÖZTAN, Bilge/ ÖZTAN, Fırat: “Boşanmada Velayetin Tevdii” Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 473-495, 2016
- ÖZTAN, Bilge: “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet” (Birlikte Velayet), Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku (Aile), 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015
- REYHANİ YÜKSEL, Sera: Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, Legal, İstanbul 2016
- SERDAR, İlknur: “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı 1, İzmir 2008, s. 155-197
- SEROZAN, Rona: “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler” (Soybağı), Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 759-777
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku (Çocuk), 2. Baskı, Vedat, İstanbul 2017
- SOLAK, Özlem Ezgi: Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014
- SÜZEN, Begüm: “Yabancı Mahkemelerden Verilen Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 133, Eylül 2015, s.27-52
- ŞEKER, Hilmi: “Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Geçici Önlem Olarak; Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisıyla Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri”, Adalet Dergisi, 2003 No:17 s.114-129
- ŞEN, Bülent/AYBAY, Erdem: “Medeni Hukuk ve Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Birlikte Velayet Sorunu” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, Ocak 2016, s.589-615 <https://jurix.com.tr/article/55625/22>.
- USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2016 <http://echr.ketse.com/doc/31061.96-en-20000711/> <http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnceG1sL1hSZWYvWDJlURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yMjlyMCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdc9QZGYvWFJlZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslparams=ZmlsZWlkPTIyMjIw>
- <http://www.bosanmisbabalar.com/>
- <http://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/>
- <http://www.hukukmedeniyeti.org/makale/13514/bosanma-halinde-ortak-velayet-artik-mumkundur/>
- <http://www.hurriyet.com.tr/bosanmis-babalar-ile-bosanmis-anneler-el-ele-6705095>.
- [https://e-justice.europa.eu/content\\_parental\\_responsibility-302-en.do](https://e-justice.europa.eu/content_parental_responsibility-302-en.do)Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
- [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com) [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)



# SAĞLIK BİLİŞİM TEKNOLOJİLERİ VE YENİ HUKUKSAL SORU(N)LAR

## EHEALTH AND NEW LEGAL PROBLEMS

DOI: 10.21492/inuhfd.410571

Elif KÜZECİ\*

### ÖZET

Elektronik Sağlık ya da kısaca e-Sağlık olarak da nitelenebilecek sağlık bilişim teknolojileri, yeni iletişim teknolojilerinin (Information Communication Technologies-ICTs) sağlık amacıyla kullanılmasını ifade eder. Sağlık bilişim teknolojilerindeki hızlı gelişim geleneksel sağlık hizmeti sunumunda ve hasta-hekim ilişkisinde dönüşüm yaratmaktadır. Bu gelişimin daha uzun ve daha sağlıklı bir yaşam için pek çok olanak sunduğu açıktır. Ancak bazı yan etkileri olduğu da belirtilmelidir. Nitekim sağlık bilişim teknolojilerindeki hızlı gelişim kişisel verilerin işleme süreçleri ile ilgili yeni sorular ve sorunlar gündeme getirmektedir. Bu soruların yetkin bir şekilde yanıtlanması, yürürlükteki hukuk kurallarını yorumlarken ve gelecekteki hukuk kurallarını tasarlarken teknolojinin kendine özgü yapısını dikkate almayı gerektirir. Bu çalışma kapsamında öncelikle e-sağlık uygulamalarının getirdiği yenilikler karşısında ortaya çıkan hukuksal sorular değerlendirilmiştir. Ardından ise bu sorunlara çözüm olacağı umulan bazı öneriler geliştirilmiştir. Kanımızca bu sorunların çözülebilmesi, veri öznesinin kendine ilişkin bilgiler üzerindeki denetimini güçlendiren, sürecin şeffaflığını destekleyen ve teknolojinin kendine özgü unsurlarını dikkate alan bir bakış açısı ile olanaklıdır. Bu bakış açısının mevcut hukuk kurallarının yorumuna ve yeni kuralların tasarımına yansıtılması, hak ve özgürlükler ile teknolojik gelişmeler arasında dengenin kurulması açısından yararlı sonuçlar verebilir. Ayrıca teknolojinin önüne bariyerler koymadan bireyin haklarını korumak için hukuk kurallarının yanında bu bakış açısını sistemleştiren etik kurallara da başvurulması daha sağlıklı bir gelecek kurmakta yardımcı olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sağlık hukuku, sağlık bilişim teknolojileri, e-Sağlık, enformasyon ve iletişim teknolojileri, kişisel sağlık verilerinin korunması.

### ABSTRACT

Electronic health, shortly eHealth mainly refers to health informatics and means usage of Information Communication Technologies (ICTs) for health purposes. The rapid evolution of eHealth applications causes a transformation not only in healthcare, but also in the relationship between health professionals and patients. On the one hand, these developments can enable longer and healthier life for human beings. On the other hand, they present some side effects. Indeed, the rapid development of health informatics raises new problems related to personal data protection. To solve these problems, the role of the intrinsic structure of the technology should be recognised. From this point of view, this

---

\* Dr. Öğretim Üyesi, Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi. (E-mail. elifkuzeci@gmail.com; elif.kuzeci@law.bau.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 28.03.2018

Makale Kabul Tarihi: 27.06.2018

article begins with describing new developments related to eHealth. In the light of these instances, the study tries to evaluate the legal problems in the field and to propose some new solutions. In this sense, there needs to be a perspective which strengthens the control of data subject on her personal health related data, supports transparency of the process and takes into consideration different components of technology. Projecting this perspective to the interpretation of both the current regulations and the construction of new ones can be helpful to create a balance between fundamental rights and technological developments. To protect the rights of individuals without setting barriers to technology as well as applying ethical principles that systematise this perspective will foster a healthier future.

**Keywords:** Health law, health informatics technologies, eHealth, information-communication technologies (ICTs), health related data protection.

## GİRİŞ

Kişisel sağlık verilerinin korunması gerekliliği, pek çok başka bilgi türüne kıyasla, oldukça eskiye dayanır. Bir ilke olarak hasta-hekim gizliliğini Antik Yunan'a, Hipokrat Yeminine kadar götürebilmek olanaklıdır. Günümüzde halen atıf yapılan, dünyanın pek çok yerinde tıp fakültesini bitiren hekimlerin mesleğe başlamadan önce okuyarak uyacaklarını beyan ettikleri bu metnin farklı uyarlamaları bulunur. Hekimin mesleği sırasında öğrendiği bilgileri gizli tutmasına yönelik bir ilke ise bütün örneklerde yer alır. Eski kaynaklarda ilkenin “duyduklarını ve gördüklerini” başkaları ile paylaşmama üzerine kurgulanması<sup>1</sup> şaşırtıcı değildir. Sıradan bir örnekte, hekim ev ziyaretinde bulunur, hastasını muayene eder, sağlığına ilişkin bilgiler edinir ve uygun bir tedavi önerir. Hastayı ve hasta yakınlarını dikkate almazsak, sağlık hizmeti sunulması boyutunda bilgilerin kayıtlı olduğu donanım hekimin kendisi, yazılım ise onun zihnidir. Hekimin meslek etiği kurallarına uyarak bu bilgileri başkaları ile paylaşmadığı durumda gizlilik sağlanmaktadır. Bilgilerin, günümüz bilişim teknolojilerinde olduğu gibi belirsiz bir geleceğe kadar saklanması söz konusu değildir. Her şeyden önce, eskilerin dediği gibi, “*hafıza-i beşer nisyan ile maluldür*”(insan hafızası unutmaya ile sakattır). Bir insan olan hekim de edindiği bilginin en azından bir kısmını unutacaktır. Burada sistem, veri tabanlarının tam aksi yönde işler: Bilişim sistemlerinde kayıtlı bilgi saklanır, silinmesi isteniyorsa bunun için aktif bir hareket yapılmalıdır. İnsan açısından ise esas olan unutmadır<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Hippocrates, Loeb Classical Library, çev. W. H. S. Jones, Harvard University Press, ABD1923, s. 298-300.

<sup>2</sup> BURKELL, Jacquelyn Ann: “Remembering me: big data, individual identity, and the psychological necessity of forgetting”, *Ethics and Information Technology*, 18(1), 2016, s. 17-23.



Modernleşme ile birlikte pek çok alanda olduğu gibi, sağlık hizmetleri açısından da gelişim ve hatta dönüşüm gözlenir. Hastanelerin kurumsallaşmasıyla birlikte hasta kayıtlarının ortaya çıkması gecikmemiştir<sup>3</sup>. Bu kapsamda hastaların sağlık bilgileri sistemli olarak sağlık kuruluşlarında dosyalanmaya başlar. Bu gelişim çizgisi içinde hasta bilgileri, hekimin zihninden ya da kişisel notlarından hastanenin tozlu arşiv raflarına taşınır. Bu noktada hasta bilgilerine erişim fiziksel olarak bu dosyalara erişim ile ilgilidir. Reçete gibi nispeten yeni ve farklı uygulamalarda ise hastanın alması gereken ilacı hekimi dışında belki de gören tek kişi eczacıdır<sup>4</sup>. Bazı örneklerde ise reçetenin, ya da hastanın sağlık durumuna ilişkin notların, hekimin el yazısı ile şifrelendiği bile söylenebilir<sup>5</sup>. Bu durum zamanla değişmiştir. 1960'larda bilgisayarın ortaya çıkması ile hasta bilgileri önce yavaş, daha sonra hızlanarak sayısallaştırılmış, 1990'larda İnternet'in sahnedeki yerini almasıyla farklı kaynaklardaki bilgiler ilişkilendirilebilir duruma gelmiştir<sup>6</sup>. Bu dönemde sağlık bilişim teknolojilerinin hızla geliştiği gözlemlenebilir. Bu alanı e-Sağlık uygulamaları olarak ifade etmek de olanaklıdır.

Yurttaşlara, hastalara, sağlık görevlilerine, sağlık kurumlarına ve kamu kurumlarına pek çok yarar sağlayacağı düşünülen<sup>7</sup> e-Sağlık, Alman Federal Sağlık Bakanlığı tarafından, modern enformasyon ve iletişim

<sup>3</sup> Hastanelerin erken dönem örnekleri oldukça eskiye götürülebilse de bugün bildiğimiz şekliyle bir kurum olarak hastanenin gelişimi oldukça yenidir. Tarihsel gelişime ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. RISSE, Guenter B.: *Mending Bodies, Saving Souls, A History of Hospitals*, Oxford University Press, Birleşik Krallık 1999. 20. Yüzyılın başında hasta bakımı evlerden, bu işe tahsis edilmiş bir yapı olan hastanelere taşınırken hastanelerde dikkate alınması gereken gereksinimlerden biri de gizlilik olmuştur. THOMPSON, John D./ GOLDIN, Grace: *The hospital; a social and architectural history*, Yale University Press, ABD 1975.

<sup>4</sup> Modern reçeteler hekim ile eczacının rollerinin ayrılmasından sonra gelişmiştir. Bkz. *Making Medicines, A Brief History of Pharmacy and Pharmaceuticals*, Anderson, Stuart (ed.), Pharmaceutical Press, Birleşik Krallık, 2005, s. 77 vd.

<sup>5</sup> Çeşitli çalışmalarda hekimin el yazısının okunmasındaki güçlük ile pek çok örnekte karşılaşıldığına ve bunun kimi zaman hasta açısından olumsuz sonuçlara neden olabildiğine işaret edilmektedir. SOKOL, Daniel K./ HETTIGE, Samantha: "Poor handwriting remains a significant problem in medicine", *Journal of the Royal Society of Medicine*, 12 (99), 2006, s. 645-646; CAPLAN, Jeremy: "Cause of death. Sloppy doctors", *Time*, 15 Ocak 2007.

<sup>6</sup> FOLLEN, Morris C.: *Computer Medical Databases, The First Six Decades (1950-2010)*, Springer, Birleşik Krallık 2012, s. 33-55.

<sup>7</sup> European Commission: *eHealth Action Plan 2012-2020 - Innovative healthcare for the 21st century*, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, , COM(2012) 736 final, Brüksel, 6 Aralık 2012, s. 4.

teknolojilerinin hasta bakımı ve tedavisi için sunduğu olanakları kullanan uygulamaları kapsayan bir kavram olarak tanımlanmıştır<sup>8</sup>. Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization-WHO)<sup>9</sup> ise e-Sağlık'ı daha kapsayıcı bir şekilde enformasyon ve iletişim teknolojilerinin sağlık amacıyla kullanılması olarak nitelermektedir<sup>10</sup>. Daha da geniş bir bakış açısı ile e-Sağlık'ın yalnızca teknik bir gelişme olmadığı; enformasyon ve iletişim teknolojileri kullanılarak ağ dünyasına bağlanmaya, sağlık hizmetlerini yerel, bölgesel ve küresel düzeyde geliştirmeye yönelik bir düşünce ve bakış açısı olarak da nitelenebilir<sup>11</sup>. E-Sağlık çerçevesinde oldukça gelişmiş uygulamalar bulunmaktadır<sup>12</sup>. Yakın zamana kadar bilimkurgu eserlerinde karşılaşılan pek çok sağlık uygulaması, bugün denenmiş ve kullanılmaya başlanmış yöntemlerdir. Bunlar, tanı, önleme ve tedavi kapasitesinin geliştirilmesi için önemli olanaklar sunmaktadır. Öte yandan bu uygulamalar bazı olumsuz sonuçlara da neden olur. Kişisel sağlık verilerinin daha önce görülmemeyen oranda işlenmesi bu bağlamda değerlendirilebilir. Bu çalışma kapsamında e-Sağlık uygulamalarının getirdiği olumlu sonuçlarsa, bunların, başta kişisel sağlık verilerinin

<sup>8</sup> BAUER, Christoph: “Grundprinzipien des Datenschutzes bei E-Health”, in Bauer, Christoph/ Eickmeier, Frank/ Eckard, Michael (ed.), E-Health, Datenschutz, Datensicherheit, Herausforderungen und Lösungen im IoT-Zeitalter, Springer, Almanya 2018, s. 33.

<sup>9</sup> Dünya Sağlık Örgütü Anayasası, 19 Haziran-22 Temmuz 1946 tarihleri arasında New York-ABD’de gerçekleştirilen Uluslararası Sağlık Konferansında kabul edilmiş, 22 Temmuz 1946’da 61 devlet temsilcisi tarafından imzalanmış ve 7 Nisan 1948’de yürürlüğe girmiştir. Bugün Dünya Sağlık Örgütü’nün, Türkiye de dâhil olmak üzere, 150 üyesi bulunmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü bundan böyle, WHO olarak anılacaktır.

<sup>10</sup> World Health Organisation: “eHealth at WHO”, <http://www.who.int/ehealth/about/en> (Erişim Tarihi: 19 Mart 2018). AB üyesi devletlerin hukuk sistemlerindeki e-Sağlık tanımlarına ilişkin karşılaştırmalı bir değerlendirme için bkz. Overview of the national laws on electronic health records in the EU Member States and their interaction with the provision of cross-border eHealth services, Final report and recommendations, Belçika 2014, s. 23

[https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/laws\\_report\\_recommendations\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/laws_report_recommendations_en.pdf) (Erişim Tarihi: 20 Mart 2018).

<sup>11</sup> WANDHWA, Kush/ WRIGHT, David, “eHealth: Frameworks for Assessing Ethical Impacts”, in George, Carlisle/ Whitehouse, Diane/ Duquenois, Penny (ed.), eHealth: Legal, Ethical and Governance Challenges, Springer, Almanya 2013, s. 184.

<sup>12</sup> Avrupa Komisyonu’na göre e-Sağlık pazarı birbiri ile ilişkili dört büyük kategori uygulama içermektedir. Bunlar; (i) klinik enformasyon sistemleri, (ii) Tele-sağlık ve ev bakımı, kişiselleştirilmiş sağlık hizmetleri, (iii) birleştirilmiş bölgesel ya da ulusal sağlık enformasyon ağları, dağıtık elektronik sağlık kayıtları ve e-reçete, e-sevk gibi ilişkilendirilmiş hizmetler; (iv) klinik dışı sistemlerin ikincil kullanımları. Bkz. European Commission: Accelerating the Development of the eHealth Market in Europe, eHealth Taskforce report 2007, Lüksemburg 2007, s. 10.

korunması olmak üzere, çeşitli alanlarda yarattığı sorunlara ve bu sorunları çözmeye yönelik önerilere odaklanılmıştır. Kanımızca ortaya çıkan yeni hukuksal sorunların saptanması ve öneri geliştirebilmesi için öncelikle yeni teknolojinin özellikleri anlaşılmalıdır. Bu doğrultuda çalışmamız içerisinde ilk olarak sağlık bilişim teknolojilerindeki gelişmeler, ortaya çıkan yeni sorunlar dikkate alınarak örneklendirilmiştir. Ardından yeni teknolojilerin ortaya çıkardığı yeni soru(n)lar hukuksal açıdan irdelenmeye çalışılmıştır. Burada amaçlanan kuramsal düzeyde bir tartışma ortaya koyabilmektedir. Ancak hâlihazırda yürürlükte olan bazı düzenlemelere de konunun anlaşılmasını kolaylaştırılacağı düşünülen yerlerde atıf yapılmıştır. Bu noktada 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Avrupa Birliği'nde Mayıs 2018'de yürürlüğe girecek olan Genel Veri Koruma Tüzüğü, ilki Türkiye'de yürürlükte olan konuya ilişkin temel düzenleme olması, diğeri ise karşılaştırmalı hukuk açısından en gelişkin metin olarak görülmesi nedeniyle, örnek olarak seçilmiştir<sup>13</sup>.

## I. SAĞLIK BİLİŞİM TEKNOLOJİLERİ VE YENİ SORUNLAR

Sağlık teknolojilerindeki gelişmeler kanımızca bireyin kişisel verilerinin korunması alanını çeşitli açılardan etkilemektedir. Nitekim sağlık verilerinin kapsamı, değeri, edinildiği kaynaklar ve işleme kapasitesi ile bu bilgiye erişebilen kişiler açısından önemli bir farklılaşma dikkat çekmektedir. Bu süreçler birbirinden kopuk değildir ve birbirini etkileyerek gelişmektedir. Bu değişimi biraz daha yakından incelemek hukuksal süreçlerin değerlendirilmesinde yardımcı olacaktır.

### A. Kişisel sağlık verilerini işleme kapasitesindeki artış, kapsamındaki genişleme ve toplandığı kaynaklarda çeşitlenme

Çağımızda pek çok sektörün hızla sayısallaştığı görülmektedir. Tanınmış yatırımcı Marc Andreessen 2011 yılında bu durumu “yazılım dünyayı yiyor” (“Software is eating the World”) sözüyle özetlemiştir<sup>14</sup>. Sağlık teknolojilerindeki kapsam ve yaygınlaşma hızı düşünüldüğünde bu

<sup>13</sup> 6698 sayılı 24 Mart 2016 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bundan böyle KVKK olarak anılacaktır); Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Bundan böyle *AB Genel Veri Koruma Tüzüğü* ya da *GVKT* olarak anılacaktır).

<sup>14</sup> ANDREESSEN, Marc, “Why Software Is Eating the World?”, *The Wall Street Journal*, 20 Ağustos 2011.

alanın da **sayısallaşma** eğiliminin dışında kalmadığı, kişisel sağlık verilerinin artan oranda bilgisayarlarda ve veri tabanlarında tutulduğu, görülebilir. Bu gelişimin ilk aşamada hasta dosyalarının sayısal ortama taşınması ile başladığı söylenebilir<sup>15</sup>. Sayısallaşma, bilgilerin daha kolay ilişkilendirilmesini ve aktarılmasını olanaklı kılar. Örneğin elektronik sağlık kayıtları (electronic health records-EHR) ile bireyin sağlık durumuna ilişkin olarak geçmiş ve bugünü içeren kapsamlı bilgilerin sunulması hedeflenmektedir<sup>16</sup>.

İşleme, hukuksal anlamda, bilgi üzerinde gerçekleştirilen her türlü eylemi ifade eder. Kaydetme, kullanma, aktarma, muhafaza etme, silme ve yok etme gibi birbirinden farklı pek çok hareket bu kapsamdadır<sup>17</sup>. Günümüzde sağlık verilerinin işleme kapasitesi, geçmiş dönemlere kıyasla, çok daha geniş çaplıdır. Sağlık bilgilerini sayısal ortamda tutan yalnızca hekimler ya da sağlık çalışanları değildir. Bireyin, kendisine ilişkin sağlık bilgilerini kayıt ve takip edebileceği araçlar da gittikçe artmaktadır. Örneğin kişinin kullandığı ilaçları, gebelik durumunu, alerjilerini kaydettiği cep telefonu uygulamaları artmaktadır.

İnternet'in yaygınlaşması ise sağlık verilerine **uzaktan erişimi** olanaklı kılmıştır. Hekimlerin hasta dosyalarına evlerinden ulaşmaları yanında, hastalar da örneğin test sonuçlarını ilgili sağlık kuruluşunun İnternet sayfasından öğrenebilmekte, hekim ile e-posta üzerinden haberleşebilmektedir. Bu şekilde teknolojiye gelişim, hasta-hekim ilişkisindeki değişimi de beraberinde getirmektedir<sup>18</sup>. Uzaktan danışma, tanı ve hatta kimi zaman tedavi alımında e-hekim gibi uygulamalara daha sık başvurulmaktadır. Cep telefonları ve başka bazı cihazlar aracılığıyla hasta sağlık verileri düzenli olarak hekime iletilebilmektedir. Bu ise, hastanın sağlık kurumunda fiziksel olarak bulunmadan hekimine

---

<sup>15</sup> Hasta dosyalarının kâğıt ortamında tutulması ile sayısal ortama aktarılmasına ilişkin bazı değerlendirmeler için bkz. DICK, Richard S./STEEN, Elaine B./ DETMER, Don E.: The Computer Based Patient Report, National Academy Press, ABD 1997, s.56 vd.

<sup>16</sup> Article 29 Data Protection Working Party: Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), WP 131, 15 Şubat 2007.

<sup>17</sup> Aralarında bazı ufak farklılıklar olmakla birlikte pek çok hukuksal düzenlemede veri işlemenin bu temelde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin bkz. KVKK, m. 3/1, e; GVKT, m. 4/2.

<sup>18</sup> Bu konuda kapsamlı bir inceleme için bkz. WACHTER, Robert: The Digital Doctor: Hope, Hype, and Harm at the Dawn of Medicine's Computer Age, Mc Graw-Hill, ABD 2017.

danışmasını olanaklı kılar<sup>19</sup>. Bu noktada önemli bir gelişme de “mobil sağlık”tır. Klinik uygulamaları ve kamu sağlığını desteklemek için kablosuz cihazların kullanımı olarak tanımlanan mobil sağlık (m-Sağlık), e-Sağlığın önemli bir bileşeni olarak değerlendirilmektedir<sup>20</sup>. M-Sağlık’ın önleyici tedavi, sağlık hizmetlerinin daha etkin ve sürdürülebilir kılınması, nitelikli sağlık hizmetine erişim, hastaların tedavi sürecinde daha katılımcı olması gibi konularda büyük bir potansiyel taşıdığı ifade edilmektedir<sup>21</sup>.

Sağlık bilgilerinin hızla sayısallaşması ve bağlanabilir kılınması, toplandığı **kaynakların** çeşitlenmesini de sağlamaktadır. Bu husus, birkaç başlık altında değerlendirilebilir. İlk olarak ilgili **kişinin kendisinin** sağlık verisi edindiği kaynaklarda artış gözlenmektedir. Pek çok kişi, günlük yaşamında kullandığı bazı basit cihazlar ile sağlık verilerini kaydetmekte ve incelemektedir. Kullanımı yaygınlaşan giyilebilir teknolojiler, uyku düzeninden, adım sayısına, pek çok konuda bilgi sunar. Giyilebilir teknolojinin sağlık durumunun izlenmesinde, sağlık verilerine erişimde ve tıp eğitiminde önemli bir yarar sağlayacağı düşünülmektedir<sup>22</sup>. İkinci olarak, günümüzde daha önceden bilinmeyen **yeni kaynaklara** erişilebilmektedir. Genetik testlerin kapsamındaki genişleme ve bu testlere erişim kolaylığı bu açıdan değerlendirilebilir. Tükürük gibi kolay elde edilebilir bir vücut sıvısından kapsamlı ve hassas verilerin edinilmesi 20. Yüzyılda karşılaştığımız heyecan verici buluşlardan biridir. Bazı ülkelerde-*23andMe* gibi bilinen ve popüler bir örnekte olduğu gibi-birey, soy bağına ve sağlık durumuna ilişkin genetik bilgilere doğrudan

<sup>19</sup> Bu noktadaki uygulamaların on seneyi aşkın bir geçmişi bulunmaktadır. Örnek olarak The New York Times’da 2006 yılında yayımlanan şu araştırma haberi değerlendirilebilir: FEDER, Barnaby J.:“Remote Control for Health Care”, The New York Times, 9 Eylül 2006, <http://www.nytimes.com/2006/09/09/business/09node.html> (Erişim Tarihi: 19 Mart 2018).

<sup>20</sup> EXTER, André den: “eHealth Law: The Final Frontier”, in Hervey Tamara K./ Young, Calum Alasdair/ Bishop, Louise E., Research Handbook on Health Law and Policy, Edward Elgar Publishing, Birleşik Krallık 2017, s. 254; World Health Organisation: mHealth, New horizons for health through mobile technologies, Global Observatory for eHealth series-Volume 3, İsviçre 2011, s. 5 [http://www.who.int/goe/publications/goe\\_mhealth\\_web.pdf](http://www.who.int/goe/publications/goe_mhealth_web.pdf), (Erişim Tarihi: 19 Mart 2018).

<sup>21</sup> European Commission: Green Paper on mobile health (“mHealth”), COM(2014) 219 final, 10 Nisan 2014, Belçika, s. 4 vd; World Health Organization, Executive Board: mHealth: use of mobile wireless technologies for public health (Report by the Secretariat), 139th session, Provisional agenda item 6.6, EB 139/8, 27 Mayıs 2016.

<sup>22</sup> SULTAN, Nabil “Reflective thoughts on the potential and challenges of wearable technology for healthcare provision and medical education”, International Journal of Information Management, 35, 2015, s. 523-525.

tüketicieye sunulan ürünler aracılığıyla ulaşılabilir. Bunun yanında insan bedeninden sürekli veri aktaran yeni teknoloji ürünlerinin geliştiği de görülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Yiyecek ve İlaç İdaresi'nin (FDA) ilk elektronik hapi onayladığı 2012 yılından<sup>23</sup> bu yana bu alanda ciddi bir gelişme gözlenmektedir. Nitekim aynı kurum Kasım 2017'de yutulmasının ardından sayısal takip sağlayan bir hapi bazı ruhsal rahatsızlıkların tedavisinde kullanılmasını onaylamıştır<sup>24</sup>. Soğuk algınlığını henüz başlangıç aşamasında saptayan burun implantlarından, kişinin düşmesi durumunda cep telefonuna gönderdiği sinyal ile vakit kaybetmeden acil servisi aramayı sağlayan kalça protezlerine kadar pek çok **Nesnelerin İnterneti** (Internet of Things-IoT) uygulaması geliştirilmektedir<sup>25</sup>. Nesnelere her geçen gün birbirlerine daha bağlı hale gelmekte, bu ise sürekli bilgi akışını olanaklı kılmaktadır.

**Büyük Veri** (Big Data) ile ilişkili olarak da çeşitli örneklerle karşılaşmaktadır. Büyük Veri'nin çok farklı tanımları bulunmaktadır ve bunların birçoğu büyük miktardaki çok çeşitli verinin son derece hızlı bir şekilde işlenerek yeni ve öngörü içeren bilgiye ulaşma olanağı sunan yeni bir teknolojiye vurgu yapmaktadır<sup>26</sup>. Julia Cohen Büyük Veri'yi teknoloji ve süreç (process) kesişiminin kısaltması olarak nitelendirmektedir. Bu kapsamda teknoloji, büyük miktardaki verinin çok kısa sürede incelenmesi, sıralanması ve sorgulanmasını olanaklı kılan enformasyon işleme yapısı iken; süreç, verinin örüntü için araştırılması, örüntünün öngörü analitiği için ayrıştırılması ve analizlerin yeni verilere uygulanmasını kapsar. Her ikisi birlikte, veri akışının belirli ve veri merkezli bir bilgiye dönüştürülmesini sağlayan bir teknik sunar<sup>27</sup>. Büyük

<sup>23</sup> SCHMIDT, Eric/ COHEN, Jared: *The New Digital Age, Transforming Nations, Businesses, and Our Lives*, Vintage, ABD 2014, s. 26.

<sup>24</sup> US Food and Drug Administration: "FDA approves pill with sensor that digitally tracks if patients have ingested their medication", 13 Kasım 2017, <https://fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncement/ucm584933.htm> (Erişim Tarihi: 20 Mart 2018).

<sup>25</sup> Sağlık alanında *Nesnelerin İnterneti* kullanımına ilişkin olarak bkz. MAKSIMOVIĆ, Mirjana/ VUJOVIĆ, Vladimir: "Internet of Things Based E-health Systems: Ideas, Expectations and Concerns", in Khan, Samee U./Zomaya, Albert Y./ Abbas, Assad (ed.), *Handbook of Large-Scale Distributed Computing in Smart Healthcare*, Springer, Almanya 2017.

<sup>26</sup> Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD): *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, T-PD (2017)01, 23 Ocak 2017, s. 2.

<sup>27</sup> COHEN, Julie E.: "What Privacy Is For", *Harvard Law Review*, 126, 2013, s. 1920.

Veri analizleri ile “küçük” ve dağınık verilerden sağlık bilgileri ortaya çıkarılabilmektedir. Bu yöntem ile sağlık alanında ulaşılabilecek olumlu sonuçlar çeşitli çalışmalarda ileri sürülmektedir<sup>28</sup>. Ancak Büyük Veri analizlerinin yalnızca sağlık hizmeti sunmak amacıyla kullanılmadığı da bir gerçektir. ABD’de büyük bir perakendeci firma olan Target’ın hangi müşterilerinin hamile olduğunu, henüz onlar aileleri ve arkadaşları ile paylaşmadan öğrenmesi ve buna yönelik reklamlar paylaşması bu kapsamda dikkat çekici bir örnektir<sup>29</sup>.

### B. Sağlık bilgilerine erişebilen kişilerde artış

Sağlık hizmeti hasta, hekim ve sağlık çalışanları çemberinden çıkarak artan oranda başka aktörlerin de yer aldığı bir alana dönüşmektedir. Sağlık bilişim teknolojilerindeki gelişmeler ise sağlık bilgilerine eriş(ebil)en kişilerin artmasına neden olmaktadır. Bu kapsamda yetkili kişilerin, yetkisiz kişilerin ve bir de belki yeni kişilerin sağlık verilerine erişimi değerlendirilebilir.

İlk olarak, sağlık bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda kişisel sağlık verilerine erişebilecek **yetkili kişi** kümesi genişlemektedir. Doğru tanı ve tedavi amacıyla tek bir vakıda çok daha fazla sayıda kişi hasta bilgilerine erişmektedir. Ayrıca sağlık bilişim teknolojilerindeki gelişme ile bilgi işlem uzmanları, biyomedikal mühendisleri, teknisyenler gibi kişilerin de sürece dâhil olması söz konusu olabilmektedir. Bir başka anlatımla, geleneksel olarak sağlık hizmeti alımında yer almayan kişilerin kişisel sağlık verilerine erişimi bazı durumlarda olanaklı ve hatta gerekli olabilmektedir. Öte yandan özellikle tıbbi araştırmalar kapsamında açık kaynak politikaları gibi nedenlerle büyük çaplı veri paylaşımının arttığı görülmektedir<sup>30</sup>. Avrupa’daki pek çok uygulama, tıbbi araştırmalarda veri yoğunlaşmış etkinliklerin arttığını göstermektedir. Bu kapsamda sağlıkla ilgili, genomik ya da başka türdeki veriler geniş kapsamlı olarak toplanmakta, tekrar kullanılmakta ve aralarında bağlantı kurulmaktadır<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Örneğin bkz. CHAWLA, Nitesh/ DAVIS, V. Darcy A.: “Bringin Big Data to Personalized Healthcare: A Patient-Centered Framework”, Journal of General Internal Medicine, 28, 2013, s. 660-665; RAGHUPATHI, Wullianallur/ RAGHUPATHI, Viju “Big data analytics in healthcare: promise and potential”, Health Information Science and Systems, 2(3), 2014, s. 1-10.

<sup>29</sup> DUHIGG, Charles: “How companies learn your secrets”, The New York Times, 16 Şubat 2012.

<sup>30</sup> PEREIRA, Stacey/ GIBBS, Richarda/ McGUIRE, A. Amy L.: “Open Access Data Sharing in Genomic Research”, Genes, 5(3), 2014, s. 739-747.

<sup>31</sup> MOSTERT, Menno/ BREDENOORD, Annelien L./ CIH BIESAART, Monique/ DELDEN, Johannes JM van: “Big Data in Medical Research and EU Data Protection

Kişisel sağlık verilerine erişebilen **yetkisiz kişiler** açısından da artış gözlemlenebilir. Yukarıda işaret edildiği üzere modern sağlık hizmetleri öncesinde, hekim-hasta ilişkilerinin geleneksel biçimde kurulduğu dönemde, sağlık bilgilerine yetkisiz kişilerin erişimi, hekimin böyle bir paylaşımında bulunup bulunmamasına bağlıydı. Sağlık hizmetinin kurumsallaşarak hasta dosyalarının oluşturulmasından sonra ise yetkisiz erişim fiziksel olarak bu dosyalara ulaşabilmeyi gerektiriyordu. Oysa bilgilerin veri tabanlarına aktarılması ve artan oranda sayısallaşması ile uzaktan erişim olanakları gelişti. Bu ise bir anda oldukça kapsamlı bilginin mekânsal olarak uzakta bulunan kişilerce de elde edilmesini olanaklı kıldı. Ayrıca veri depolama araçlarının hızla ucuzlaması, küçülmesi ve hızlanması kurum içinden yetkisiz erişimlerde de eskiye oranla çok daha kapsamlı bilginin kısa süreden aktarılmasına neden olabilmektedir. Veri güvenliğinin öneminin pek çok alanda artan oranda hissedilmesi de bu gibi tehlikelerden kaynaklanmaktadır. Bu noktada sağlık bilişim teknolojilerinin sunduğu önemli olanak, gereken önlemler alınmadığında, onun aşıl topuğu da olabilmektedir. Sağlık alanında artan veri sızıntıları bunun bir örneği olarak değerlendirilebilir<sup>32</sup>. Günümüzde adeta bir sağlık verileri piyasası oluşmuştur<sup>33</sup>. Çalışmalar, sağlık bilgilerinin kredi kartı bilgisinden on kat daha değerli olduğunu ortaya koymaktadır<sup>34</sup>. Nitekim kredi kartının aksine, sağlık bilgileri değiştirilemez niteliktedir.

Son olarak, bilişim teknolojilerindeki hızlı gelişim dikkate alındığında yakın zamanda yeni bir “kişilik” kategorisinin de değerlendirme kapsamına alınabileceği düşünülebilir. Nitekim sağlık alanında yapay zekâ kullanımına yönelik uygulamalar ve çalışmalar dikkat çekicidir<sup>35</sup>. Yapay zekânın özellikle sağlık durumu izleme, sağlık hizmetini geliştirme, siber saldırılarının saptanması, müşteri hizmetlerinin

---

Law: Challenges of the Consent or Anonymise Approach”, *European Journal of Human Genetics*, 24, 2016, s. 957.

<sup>32</sup> Yakın tarihli birkaç örnek için bkz. “Largest Healthcare Data Breaches of 2017”, *HIPAA Journal*, 4 Ocak 2018, <https://www.hipaajournal.com/largest-healthcare-data-breaches-2017/> (Erişim Tarihi: 5 Mart 2018).

<sup>33</sup> Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz. TANNER, Adam: *Our Bodies, Our Data, How Companies Make Millions Selling Our Medical Records*, Beacon Press, ABD 2017.

<sup>34</sup> HUMER, Caroline/ FINKLE, Jim: “Your medical record is worth more to hackers than your credit card”, *Reuters*, 4 Eylül 2014, <https://www.reuters.com/article/us-cybersecurity-hospitals/your-medical-record-is-worth-more-to-hackers-than-your-credit-card-idUSKCN0HJ21I20140924> (Erişim Tarihi: 4 Mart 2018).

<sup>35</sup> HAMEY, Pavel/ TREMBLAY, Johanne: “Artificial Intelligence in Medicine”, *Metabolism Clinical and Experimental*, 9, 2017, s. 536-540.



iyileştirilmesi, hastane yönetiminde verimliliğinin artırılması gibi alanlarda kullanılması düşünülmektedir<sup>36</sup>. Bu durum gelecekte yeni bir kişilik türü olarak tanınma olasılığı bulunan yapay zekânın<sup>37</sup> sağlık verileri işlemesine ilişkin özel bir değerlendirmeyi gerekli kılabilir<sup>38</sup>.

## II. HUKUKSAL DEĞERLENDİRME

Sağlık bilişim teknolojileri sağlık hizmetinin geliştirilmesi ile daha uzun ve sağlıklı bir yaşam idealine yaklaşılmaya yönünde çeşitli olanaklar sunmaktadır. Ancak bu sistemler, yukarıda işaret edildiği üzere, kişisel sağlık verilerinin önceki döneme kıyasla daha kapsamlı işlenmesi sonucunu da beraberinde getirmektedir. Bu durum, kişisel sağlık verilerinin korunmasını, yeni teknolojileri dikkate alarak yeniden düşünmeyi zorunlu kılar. Nitekim sağlık alanında yaşasan dönüşüm karşısında, veri öznesinin haklarını yeni bir bakış açısı ile değerlendirmek gerekecektir. Kanımızca bu değerlendirmenin doğru bir şekilde yapılabilmesi için öncelikle sağlık verilerinin korunması gereksiniminin üzerinde durulmalıdır. Nitekim kişisel sağlık verilerinin korunmasının hukuksal kaynağı da burada yatar. Kanımızca bu hak alanının dayandığı temel değeri doğru değerlendirmemiz uygulamayı ve düzenlemeleri yeni gelişmeler ile uyumlu kılabilmemiz açısından son derece önemlidir. Etkin korumanın geliştirilmesine yönelik öneriler de ancak bu temelin üzerine inşa edilebilir.

### I. Sağlık bilişim teknolojileri ve kişisel sağlık verilerinin korunması

Sağlık verilerinin korunması gereksiniminin biyolojik, psikolojik, sosyal ve siyasal nedenlerden kaynaklandığı söylenebilir. Öncelikle insan, paylaşımını kimlerle, ne oranda yapacağına kendisinin karar verdiği bir özel alana gereksinim duyar. Biyologlar bunun doğal bir gereksinim olduğuna, hatta yalnızca insanlarda değil, başka memelilerde de görüldüğüne işaret etmektedir<sup>39</sup>. Psikoloji alanındaki araştırmalar, insanın farklı ilişki grupları içerisinde değişen kimliklerle bulunduğunu belirtmektedir<sup>40</sup>. Bu psikolojik bir soruna işaret etmediği gibi, duygu

<sup>36</sup> “Data doctors: How AI is changing healthcare”, The Guardian (International Edition), 26 Ocak 2018.

<sup>37</sup> Erken dönem bir tartışma için bkz. SOLUM, Lawrence B.: “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, North Carolina Law Review, 7(4) 1992, s. 1231-1287.

<sup>38</sup> CHUNG, Jason: “What Should We Do About Artificial Intelligence in Health Care?”, NYSBA Health Law Journal, 22(3), 2017, s. 37-40.

<sup>39</sup> SCHENEIER, Bruce: Data and Goliath, W.W.Norton & Company, ABD 2015, s. 126.

<sup>40</sup> *Ibid.*

durumu açısından sağlıklı da görülmektedir<sup>41</sup>. Bu gereksinimin karşılanmadığı kişilerde ise fiziksel ve ruhsal sıkıntılar görülmektedir<sup>42</sup>. Bu açıdan insanın kendine ilişkin bilgiler üzerindeki denetimini kaybettiği bir ortamda özel alanına bir müdahale oluştuğunu hissetmesi beklenir. Bu durum, bireyin kendi alanını belirleme gücünü ve ilişkilerindeki seçim hakkını kaybettiği düşüncesi ile baskı ve kaygı hissetmesine neden olabilir.

WHO'nun tanımı uyarınca sağlık “fiziksel, zihinsel ve sosyal olarak tam bir refah halidir ve salt hastalık ve güçsüzlüğün bulunmaması” değildir<sup>43</sup>. Bu tanım dikkate alınarak bireylerin sağlıklı olabilmeleri için belirli oranda özel yaşam alanına gereksinim duydukları belirtilebilir. Bireysel sağlığı etkileyebilecek bu durumun yanında kişisel sağlık verilerinin korunmaması, genel sağlığı da olumsuz yönde etkileyebilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bir kararında sağlık verilerinin korunmamasının hastaların tanı ve tedaviden kaçınmasına neden olabileceğine işaret etmiştir. Bu ise özellikle bulaşıcı hastalıklarla mücadeleyi olumsuz yönde etkileyecektir<sup>44</sup>. WHO da bu türdeki hastalıklara ilişkin olarak, kamu otoritelerinin gizliliğin sağlanmasını açıkça güvencelemediği durumlarda hastaların çoğunlukla tedavi arayışında isteksiz olduğuna dikkat çekmektedir<sup>45</sup>. Bu durum, sosyal damgalanmaya neden olabilen hastalıklar açısından daha da büyük bir tehlike oluşturur. Ayrıca yeterli korumanın olmadığı bir durumda, izlenenlerin izleyenlerin beklentilerine göre davranacağı düşüncesinden hareketle kurulan *panoptik* yapıların<sup>46</sup> toplumsal farklılıkları törpüleyerek, demokratik süreçlere zarar verebileceği unutulmamalıdır. Böyle bir ortamda kişiler maddi ve manevi zararlar ile karşılaşabilir. Ancak bu zararların ötesinde kişinin sağlık bilgilerinin korunmasının bir insan hakkı olduğu ve herhangi bir zarar oluşmadığı durumda da korunması gerektiği belirtilmelidir.

<sup>41</sup> JOURARD, Sidney M.: “Some Psychological Aspects of Privacy”, Law and Contemporary Problems, 2( 31), 1966, s. 307-318.

<sup>42</sup> SCHENEIER, s. 126.

<sup>43</sup> WHO Anayasası, Başlangıç. Anayasa, yukarıda da belirtildiği üzere, 1946 yılında kabul edilmiştir ve bu tarihten günümüze sağlık kavramının tanımı hiç değiştirilmemiştir.

<sup>44</sup> AİHM, Z, Finlandiya kararı, 22009/93, 25 Şubat 1997.

<sup>45</sup> World Health Organisation: Global diffusion of eHealth: Making universal health coverage, Report of the third global survey on eHealth, Global Observatory for eHealth, İsviçre 2016, s. 109.

<sup>46</sup> FOUCAULT, Michael Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 3. Baskı, İmge, Ankara 2006, s. 289 vd.

Kanımızca, bu gereklilikleri karşılayan etkin bir sistem için konuya ilişkin hukuk kurallarını, yukarıda örneklendirilen yeni sağlık teknolojilerini dikkate alarak değerlendirmek ve yeni kurallar üzerinde düşünmek gerekir. Bu kapsamda karşılaşılabilecek soru(n)lardan biri, hangi verilerin kişisel sağlık verisi olduğunu saptamaya ilişkindir. Gerçekten sağlık teknolojilerindeki gelişmeler sağlığa ilişkin bilgilerin farklı yöntemlerle ve çeşitli araçlarla toplanmasını sağlamaktadır. Bu ise bazı durumlarda bir bilginin kişisel sağlık verisi olup olmadığını saptamayı güçleştirir.

Kişisel veri ulusal ve uluslararası hukuksal metinlerde tanımlanmıştır. Konuya ilişkin yargısal içtihatlar ve öğretinin yorumları da oldukça gelişkindir. Belirtmek gerekir ki dünyada yüzün üzerinde devlette kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuksal düzenlemeler kabul edilmiş<sup>47</sup>, pek çok uluslararası kuruluş ve ulusüstü bir yapı olan AB bu alanı koruyan düzenlemeler benimsemiştir<sup>48</sup>. Bu nedenle kavramsal tartışmalarda yararlanılabilecek kaynaklar, ulusal sınırların ötesindedir. Hukuksal düzenleme örneklerinin büyük bir kısmında sağlık bilgilerinin özel nitelikli kişisel veriler kapsamında yer aldığı görülür. Pek çok yerde hassas kişisel veriler olarak da adlandırılan bu kategoride yer alan bilgiler, daha güçlü bir koruma sistemine tabi tutulmaktadır<sup>49</sup>.

Kişisel veriler genel olarak “belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”yi niteler<sup>50</sup>. Karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirildiğinde tanımlamalarda bazı farklılıklar görülse de temel olarak benzer bir yapının kabul edildiği söylenebilir<sup>51</sup>. Kişisel veri niteliğinde olmayan bilgiler açısından kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin uygulanmayacağı açıktır. Bu durumda hangi verilerin bu kapsama girdiği saptanmalıdır. Öte yandan bu verinin kişisel sağlık verisi niteliğinde olup olmadığı da belirlenmelidir. Nitekim bu durumda özel kategorideki verilerin işlenmesine yönelik ilkeler uygulanacaktır<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> GREENLEAF, Graham: “Sheherezade and the 101 Data Privacy Laws: Origins, Significance and Global Trajectories”, *Journal of Law, Information and Science*, 1( 23), 2014, s.4-49.

<sup>48</sup> Örneğin bkz. OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, 23 Eylül 1980; United Nations guidelines concerning computerized personal data files, 14 Aralık 1990; APEC Privacy Framework, 29 Ekim 2004; AB Veri Koruma Yönergesi; GVKT.

<sup>49</sup> Örneğin bkz. KVKK, m. 6; GVKT, m. 9.

<sup>50</sup> KVKK’da bu tanım benimsenmiştir. KVKK m. 3/1,d.

<sup>51</sup> Örneğin bkz. AB Veri Koruma Yönergesi, m. 2/a; GVKT, m. 4/1.

<sup>52</sup> KVKK, m. 6; GVKT, m. 9.

Yukarıda verilen örneklerde de görüleceği üzere, farklı kaynaklardan toplanan bilgilerin ilişkilendirilmesi sonucunda kişisel sağlık verisine ulaşılabilmektedir. İnternet üzerinden alışveriş yapılan bir sitedeki hareketlerden bir kişinin hamile olduğu bilgisinin çıkarılması, ya da klavye tuşlama ritmindeki değişiklikten sağlık durumuna işaret eden bilgilere ulaşılması<sup>53</sup> bu kapsamda sayılabilir. Kısacası sağlık bilişim teknolojilerindeki gelişmeler, kişisel sağlık verilerine ilişkin yeni bir değerlendirmeyi gerektirir.

AB Genel Veri Koruma Tüzüğünde (GVKT) sağlıkla ilgili veriler “bir gerçek kişinin, sağlık durumuna ilişkin bilgileri açığa çıkaran sağlık hizmetlerinin sağlanması da dâhil olmak üzere, fiziksel ve zihinsel sağlığıyla ilgili veriler” olarak tanımlanmıştır<sup>54</sup>. Kişinin önceki, şimdiki ve sonraki sağlık durumuna ilişkin bilgiler bu kapsamdadır. Bilginin edinildiği kaynağın ise önemi yoktur. Hekim, sağlık çalışanı, tıbbi cihaz ya da teşhis için kullanılan laboratuvar kaynak olabilir<sup>55</sup>. AB Veri Koruma Yönergesinin 29. Maddesi uyarınca kurulan ve bağımsız bir kuruluş olan 29. Madde Veri Koruma Grubu sağlık bilgilerinin yalnızca tıbbi kaynaklardan edinilen bilgileri kapsamadığına işaret etmiştir. Kişisel sağlık verileri arasında veri öznesinin fiziksel ve ruhsal sağlık durumuna ilişkin ve tıbbi kaynaklardan edinilen bilgiler-bir başka ifade ile açıkça sağlık verisi olanlar- yer aldığı gibi, kendi başına ya da başka bilgilerle birleştirilerek bir kişinin gerçek sağlık durumuna ya da sağlık riskine ilişkin sonuç çıkarılabilen veriler de bulunur. Ayrıca bu verilerin ortaya çıkardığı sonuçların doğru, meşru ya da yeterli olup olmadığına bakılmaksızın, kişinin sağlık durumuna ya da riskine ilişkin sonuçlara ulaşıldığında sağlık bilgisi olarak kabul edileceği söylenebilir<sup>56</sup>.

Mason Marks ise, ilk aşamada sağlıkla ilgili görünmeyen ancak sonradan bu bağlantının kurulduğu bilgileri “Müstakbel Sağlık Verisi” (Emergent Medical Data-EMD) olarak adlandırmaktadır. Sosyal medya üzerindeki beğenilerden, ziyaret edilen İnternet sitelerinden, elektronik

<sup>53</sup> “How your electronic DNA could be the secure login of the future”, The Guardian, 18 Temmuz 2014, <http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/18/how-your-electronic-dna-could-be-the-secure-login-of-the-future> (Erişim Tarihi: 5 Mart 2018).

<sup>54</sup> GVKT, m. 4/15. KVKK’da ise sağlık verileri tanımlanmamıştır.

<sup>55</sup> GVKT, Başlangıç par. 35.

<sup>56</sup> Article 29 Working Party: “Health Data in Apps and Devices” (Annex), Avrupa Komisyonu’nun m-Sağlık uygulamalarının ne zaman kişisel veri düzenlemelerinin kapsamına gireceğine ilişkin 29. Madde Veri Koruma Grubuna ilettiği mektuba cevaben, ekli belge, 5 Şubat 2015, s. 5 ([https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/20150205\\_letter\\_art29wp\\_ec\\_health\\_data\\_after\\_plenary\\_annex\\_en.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/20150205_letter_art29wp_ec_health_data_after_plenary_annex_en.pdf)) (Erişim Tarihi: 20 Mart 2018).

ortamda yapılan alışverişlerden derlenen bilgiler bir yapbozun parçaları gibi birleştirilerek sağlık verisine ulaşılabilmektedir<sup>57</sup>. Bu türdeki veriler, adım ölçer olarak da çalışan kalça protezinden ya da bir hastanın çevrimiçi bir forumda benzer sağlık sorunlarından dertli kişilerle karşılıklı bilgi alışverişinde bulunmasından farklıdır. Nitekim bu örneklerde kişi, sağlık bilgisini gönüllü olarak paylaşır. Eğer bu kaynaklardan hareketle başka sağlık bilgilerine de ulaşılyorsa bu durumda dolaylı bir bağlantıdan söz edilebilir. Örneğin akıllı telefon ya da saat ile izlenen uyku durumundaki değişiklik bir sağlık sorununa işaret edebilir. Bu noktada tutulan bilgi geleneksel sağlık bilgisinden farklı olsa da sağlıkla bir bağlantı taşımaktadır. Müstakbel Sağlık Verileri ise sağlıkla ilgisi bulunmayan ya da ilişkisini öngörmenin oldukça zor olduğu durumlar için geçerlidir. Bağlantının çoğu zaman karmaşık veri analizleri ile kurulduğu görülmektedir<sup>58</sup>.

Verinin hangi noktada sağlık bilgisi olarak kabul edileceğinin saptanması önemlidir. Nitekim bu an, konuya ilişkin hukuksal düzenlemelerin de uygulanmaya başlayacağı zamandır. Ancak Müstakbel Sağlık Verileri ya da sağlık durumuna ilişkin sonuç çıkarılabilen verilerin bu hassas kategoride olduğunu ilk aşamada saptayabilmek kolay değildir. Bu noktada dar yorum korumanın zayıflamasına ve hatta bazı durumlarda ortadan kalkmasına neden olabilir. Genişletici yorum ise, özellikle Büyük Veri'deki gelişmeler düşünüldüğünde, hemen hemen her tür bilgiyi bu kapsamda sayma gibi bir sonuca götürebilir. Bu ise konuya ilişkin ilkelerin uygulanabilirliği açısından sorun yaratabilir. Bir verinin kişisel sağlık verisi olup olmadığı sonraki süreçleri etkileyen temel sorudur. Nitekim kişisel sağlık verisi olduğuna karar verildikten sonra işlemenin hukuka uygun olup olmadığı incelenecektir. Bu anlamda işlemenin hukuksal dayanağı ve veri öznesinin aydınlatılmasına yönelik süreçler belirlenecektir.

Veri öznesinin kendisine ilişkin bilgiler ile arasındaki hukuksal bağın kurulmasında en önemli dayanaklardan biri rıza alımıdır. Veri öznesinin rızası hukuksal açıdan da meşru işleme nedenleri arasındadır<sup>59</sup>. Hatta örneğin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) açısından açık rızanın veri işlemenin temel meşruiyet koşulu, yani kural olarak

<sup>57</sup> MARKS, Mason: “Emergent Medical Data”, 11 Ekim 2017, <http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2017/10/11/emergent-medical-data/> (Erişim Tarihi: 3 Mart 2018).

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> AB Veri Koruma Yönergesi, m. 7/a, 8/2,a; GVKT, m. 6,9.

başvurulması gereken kaynak, olduğu görülür<sup>60</sup>. Sağlık teknolojilerindeki gelişmeler ise rıza alım süreçlerine ilişkin çeşitli soruları gündeme getirir. Bu noktada öncelikle rıza alımının hangi aşamada gerçekleştirileceği ve içeriğinin ne olacağı değerlendirilmelidir. Yukarıda da işaret edildiği gibi, sağlıkla ilgisi bulunmadığı düşünülen verilerden hareketle sağlık bilgisine ulaşılabilmektedir. Başlangıçta masum görülen bilgilerin ilk işleme amacından farklı amaçlarla ya da başka kişilerce işlenmesi veyahut çeşitli bilgilerle birleştirilmesi bu sonucu getirebilir. Bu durumda yalnızca verinin karakteristik yapısı üzerinden karar vermek yanıltıcı olacaktır, ilk ve sonraki kullanım amaçlarına da bakılmalıdır<sup>61</sup>. Bu hususun rıza beyanının içeriğine yansıtılması beklenir. Nitekim rızanın, veri öznesinin kendine ilişkin bilgiler üzerindeki denetimini sağlayabilmesi için belirli bir konuya ilişkin olması, bilgilendirilmeye dayanması ve özgür irade ile açıklanması beklenmektedir. Bu ölçütler farklı hukuksal düzenlemelerde benimsenmiştir<sup>62</sup>.

Veri öznesi, sağlık bilgisi üzerinde denetimi bulunması için, neyi kabul ya da reddettiğini bilmelidir. Nitekim kendisine ilişkin bilginin sonraki kullanım alanlarını bilmesi veri işleme süreçlerinin şeffaflığı açısından gereklidir. Veri öznesinin kişisel sağlık verilerinin işleme süreçlerine ilişkin aydınlatılmasına yönelik hükümlerin<sup>63</sup> varlığı da mantıksal kaynağını burada bulur. Ancak uygulamada-özellikle Büyük Veri ve Nesnelerin İnterneti açısından düşünüldüğünde-verilerin sonuçlarının öngörülebilmesi pek de kolay olmayabilir<sup>64</sup>. Bu ise bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüklerinin içeriği konusunda duraksamaya neden olabilir. Bir diğer husus, özellikle bu verilerin tıbbi araştırmalarda kullanılması durumunda karşımıza çıkar. Tıbbi araştırmalarda, verilerin elde edilmesi sırasında rıza alımı sonraki kullanımlar farklılaşacağı için elverişli olmayabilir. Bu durumda gündeme gelebilen ve verinin ileriki kullanım alanlarını genişçe belirleyen “kapsamlı rıza” (broad consent) gibi yöntemler ise açık, özgülenmiş, bilgilendirmeye ve özgür iradeye dayanan rıza koşullarını karşılamamaktadır<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> KVKK, m. 5, 6.

<sup>61</sup> Article 29 Working Party: “Health Data in Apps and Devices” (Annex), s. 4.

<sup>62</sup> Örneğin KVKK, m. 3/1,a; GVKT, m. 4/11.

<sup>63</sup> Örneğin, KVKK, m. 10, GVKT, m. 13-14.

<sup>64</sup> CRAWFORD, Kate/ SCHULTZ, Jason: “Big Data And Due Process: Toward A Framework To Redress Predictive Privacy Harms”, Boston College Law Review, 5, 2014, s. 93 vd.

<sup>65</sup> MOSTERT ve diğ.: s. 958.

Sağlık teknolojilerinin gelişmesi ile tekrar değerlendirme gereksinimi oluşan başka bir husus ise, kişisel sağlık verilerinin aktarımına ilişkindir. Uzaktan tanı ve tedavi, e-hekimlik, e-ilaç gibi pek çok örnekte bilgi aktarımı teknolojinin bir parçası hatta sunduğu olanığın temel koşuludur. Bu ise veri aktarımını sınırlayan hukuksal düzenlemeleri incelemeyi gerekli kılar. Nitekim kişisel sağlık verilerinin korunmasına yönelik hukuksal düzenlemelerde verilerin aktarılmasına ilişkin kurallar özel olarak belirlenmektedir<sup>66</sup>. Bu durumda veri öznesinin açık rızası ya da diğer hukuka uygunluk nedenleri mutlaka aranmalıdır. Bazı uygulamalarda ise aktarım ya da sonraki işleme etkinlikleri bulunmayabilir. Örneğin akıllı saat gibi giyilebilir teknolojiler açısından, tutulan veriler kimseye aktarılmıyorsa, yalnızca bu cihazın içinde tutuluyorsa veri korumaya ilişkin ilkelerin uygulanmayacağı düşünülebilir. 29. Madde Veri Koruma Grubu da görüşünü bu yönde açıklamıştır<sup>67</sup>. KVKK açısından bu durum, yasa hükümlerinin uygulanmayacağı durumlardan biri olan “[k]işisel verilerin (...) gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle (...) ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi” istisnası<sup>68</sup> kapsamında değerlendirilebilir.

Bunun yanında teknolojideki gelişme, veri güvenliğine ilişkin hukuksal düzenlemelerin önemini de arttırmaktadır. Veri güvenliği uyarınca riske uygun teknik ve örgütsel güvenlik önlemleri alınmalıdır<sup>69</sup>. Bu önlemler alınırken veri işlenen araçların kendine özgü nitelikleri göz önünde tutulmalıdır. Bu açıdan sağlık teknolojilerindeki gelişmeler, yalnızca sayısallaştırılmış hasta dosyalarının korunmasının ötesinde bazı önlemleri gerektirir. Nitekim kalp pili, kalça protezi gibi vücut içine yerleştirilen parçalar, giyilebilen sağlık teknolojileri gibi ürünler çeşitlenmektedir. Nesnelerin İnternet’i ise hızla gelişmekte ve daha çok sayıda nesneyi birbiri ile “konuşur” kılmaktadır. Bu, siber atakları da daha olası kılar<sup>70</sup>. Sağlık teknolojileri söz konusu olduğunda ise oldukça ciddi risklerle karşılaşılabilir. Bu kapsamda, kişilerin sağlık bilgilerine yetkisiz kişilerce erişilebilmesi, yukarıda açıklandığı üzere, kişinin kendi bilgileri üzerindeki denetimini kaybetmesi, maddi ve manevi zarara uğraması gibi olumsuz sonuçlar yaratabilir. Bunun yanında yeni teknoloji ürünlerine yönelik saldırıların kişilerin sağlığı üzerinde doğrudan etki yaratabilmesi

<sup>66</sup> KVKK, m. 8,9; GVKT, m. 44 vd.

<sup>67</sup> Article 29 Working Party: “Health Data in Apps and Devices” (Annex), s. 5.

<sup>68</sup> KVKK, m. 28/1,a.

<sup>69</sup> GVKT, m. 32/1.

<sup>70</sup> GOODMAN, Marc: “An Internet of Hackable Things”, The Wired World of 2016, Ocak 2016, s. 94-95.

de söz konusudur<sup>71</sup>. Bir siber saldırı sonrasında kalp pilinin çalışmama başlanması ya da şeker ölçüm cihazının kişiyi yanlış yönlendirecek bir konuma gelmesi olası tehlikelere örnek olarak gösterilebilir.

Rıza alım süreçleri, üçüncü kişilere aktarım ya da veri güvenliği konularında ortaya çıkan bazı sorunların çözümünde anonimleştirme bir yöntem olarak dikkate alınabilir. Belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişi ile ilişkili olmayan ya da artık veri öznesi ile ilişkilendirilmesi olanaklı bulunmayan bilgileri nitelikle için anonimlik kavramı kullanılmaktadır. Bu nedenle anonim bilgilere kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkelerin uygulanmayacağı kimi düzenlemelerde yer almaktadır<sup>72</sup>. Sağlık teknolojilerinin kullanımında ve tıbbi araştırmalar sırasında, bilgilerin yalnızca kümelenmiş biçimde paylaşılması ya da kimlik belirteçlerinin çıkarılması gizliliğin sağlanması için yeterli görülebilmektedir. Ancak çalışmalar gerçek anlamda anonimliğin sağlanmasındaki zorluğu ortaya koymaktadır<sup>73</sup>. Bu durum özellikle sağlıkla ilgili verilerin yeniden kullanımında ya da genomik veriler söz konusu olduğunda açıkça görülür<sup>74</sup>. Bu açıdan bilgilerin anonimleştirilerek paylaşılması, olası sakıncaların giderilmesinde elverişli bir yol gibi gözükse de tam anonimlik oluşmadığında sorunun çözümünü sağlamadığı, aksine sorunun üzerini örterek sağlık bilgisinin işlendiği bir durumu denetim alanının dışına çıkarabileceği belirtilmelidir.

## II. Öneriler

Sağlık bilişim teknolojilerindeki yeniliklerin getirdiği yeni soru(n)ların çözümünde, risklerin bertaraf edilmesi ya da en aza indirgenmesinde hukuk kurallarının önemli bir yeri olacaktır. Nitekim bu gereksinimden hareketle son yıllarda konuya ilişkin hukuksal

<sup>71</sup> E-Sağlık alanında güvenlik risklerini değerlendiren bir araştırma için bkz. LIVEI, Dimitri/ SARRI, Anna/Christina SKOULODI, Security and Resilience in eHealth, Security Challenges and Risks, ENISA 2015.

<sup>72</sup> GVKT, Baş. Par. 58. KVKK'da ise anonim hale getirme, "Kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesini" ifade eder (m. 3/1,b). Bu durumda anonim hale getirilen veriler için kişisel verilerin korunmasına yönelik ilkeler uygulanmayacaktır. Çünkü belirtilen nitelikteki bilgiler artık kişisel veri niteliğinde değildir.

<sup>73</sup> HEENEY, J./ HAWKINS, N./ VRIES, J. De/ BODDINGTON, P./ KAYE, J.: "Assessing the Privacy Risks of Data Sharing in Genomics", Public Health Genomics, 14, 2011, s. 17-25.

<sup>74</sup> MOSTERT ve diğ., s. 958; GYMREK Melissa/ McGUIRE, Amy L./ GOLAN, David/ HALPERIN, Eran/ ERLICH, Yaniv: "Identifying Personal Genomes by Surname Inference", Science, 339 ( 6117), 2013, s. 321-324.



düzenlemelerde artış görülmektedir. WHO verileri uyarınca elektronik sağlık kayıtlarında hastaların gizliliğini koruyan hukuksal düzenlemelerin küresel düzeyde oranı 2010 yılında %31 iken, 2015 yılında %55'e yükselmiştir. Ancak veri korumaya yönelik gelişkin düzenlemelerin olduğu bazı yerlerde de özel olarak sağlık verilerinin korunmasını düzenleyen kurallar bulunmayabilir. Bazı Avrupa devletlerinde bu durum görülmektedir<sup>75</sup>. Bu nedenle esasında düzenleme bulunan devletler belirtilenin üzerinde olabilir. Öte yandan şuna da işaret edilmelidir: Bu oran konunun hukuksal alana aktarımında bir artış olduğunu ortaya koysa da sağlık bilgilerinin korunmasına yönelik güvencenin düzeyi hakkında bir bilgi içermemektedir. Dolayısıyla bazı yerlerde konuya ilişkin hukuksal düzenlemeler bulunsada bunlar etkin koruma açısından yetersiz kalabilir. Kapsamlı düzenlemelerin kabul edildiği yerlerde ise bunların yeni teknolojilere uyumluluğu ve uygulanma yöntemine ilişkin tartışmalar sürmektedir<sup>76</sup>. Bu durumda sağlık teknolojilerinin yarattığı yan etkilere karşın güvence sisteminin nasıl olması gerektiği konusunda öneri ve görüş geliştirmek anlamlıdır. Kanımızca sorunun çözümünde sağlık teknolojilerindeki dönüşümü dikkate alan bir bakış açısı yardımcı olacaktır. Bu değerlendirme noktasından hareketle yürürlükte bulunan ve ileriki dönemde kabul edilecek hukuksal düzenlemeler ile hukuk dışı güvenceler üzerinde durulabilir.

İlk olarak **mevcut hukuksal düzenlemeler** yeni bir bakış açısı ile değerlendirilmelidir. Bu açıdan elektronik sağlık alanında sınırlı düzenleme bulunan devletlerin daha avantajlı bir konumda olduğu dahi söylenebilir. Elektronik sağlık hizmetleri öncesinde kabul edilmiş kuralları değiştirme ve uyarılama çabasıındansa, bu alana özgü yeni kurallar belirlemek daha kolay olabilir<sup>77</sup>. Ancak her hâlükârda, yani elektronik sağlık hizmetlerinin uygulamaya başlamasından sonra kabul edilmiş bir düzenleme bile olsa, hukuksal kurallar yeni teknolojilerin kendine has özellikleri ile uyumlu yorum geliştirmeye elverişli olmalıdır. Nitekim sağlık değişim hızlanarak devam etmektedir. Şu husus dikkate

<sup>75</sup> World Health Organisation: Global diffusion of eHealth: Making universal health coverage, s. 114.

<sup>76</sup> Örneğin bkz. DUMORTIER, Jos/VERHENNEMAN: "Legal Regulation of Electronic Health Records: A Comparative Analysis of Europe and the US", in George, Carlisle/Whitehouse, Diane/ Duquenoy, Penny (ed.), eHealth: Legal, Ethical and Governance Challenges, Springer, Almanya 2013, s. 25-56.

<sup>77</sup> Bu yönde bir görüş için bkz. World Health Organisation: Global diffusion of eHealth: Making universal health coverage, s. 123.

alınabilir: Günümüzde verilerin %1'den azı incelenmiş ve kullanılmıştır<sup>78</sup>. Veri hacmi ise her geçen gün artmaktadır. İleriki dönemde özellikle Büyük Veri alanındaki gelişmeler sonunda daha büyük oranda bilginin işleneceği açıktır. Bunun sonucunda hâlihazırda son derece etkileyici olan veri analizlerinden ileride neler çıkarılabileceğini kestirmek güçtür.

Hukuk kurallarının teknoloji ile aynı hızda gelişmesi ve değişmesi beklenemez. Ancak teknolojik gelişmelerin dinamiğini ve dinamizmini dikkate alarak, teknoloji geçirmez (technology-proof) bir yapıda hukuksal kurallar benimsenirse, yeni bir ürün ile karşılaşıldığında bu bakış açısı ile uyumlu uygulama ve yorum geliştirilmesi olanaklı olabilir. Buna koşut olarak süreçlerde **şeffaflığın** artırılması ve bunun ortaya konulan bakış açısının bir bileşeni olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu husus, kişisel verilerin korunması açısından genel olarak geçerlidir. Kişisel sağlık verileri açısından ise, hassas niteliği dolayısıyla, daha da önemlidir. Kişinin kendi ruhsal ve bedensel durumuna ilişkin bilgilerinin üzerinde denetimi olmalıdır. Bu, yukarıda açıklandığı üzere, aynı zamanda psikolojik bir gereksinimdir. Bunun sağlanabilmesi için ise bireyin kendisi değil, bilgilerin işleme süreçleri şeffaflaşmalıdır. Mevcut düzenlemeler bu konuda hükümler içerse de yeni gelişen teknolojiler karşısında bireyin bunları kullanabilme olanakları gerilemektedir. Konu, küresel düzeyde düşünüldüğünde daha da çarpıcı bir sorun olarak karşımıza çıkar. Örneğin WHO'ya üye devletlerin yalnızca %29'u hastalara elektronik ortamda kişisel sağlık verilerine ulaşmaya yönelik hukuksal düzenlemeleri kabul etmiştir<sup>79</sup>.

Mevcut hukuksal düzenlemelerin bazı hükümleri, veri işleme süreçlerinde şeffaflığı geliştirmeye yönelik bir bakış açısı ile yorumlandığında etkili olabilir. Kanımızca bu zemini sağlayan hükümlerin gelecekte daha fazla uygulanacağını beklemek de makuldür. Nitekim özellikle pek çok yeni teknolojinin ayrıntılı veri analizlerine dayandığı düşünüldüğünde veri öznesinin sürece müdahale yeteneği, geliştirilmesi gereken bir unsur olarak karşımızca çıkar. Bu noktada bireysel karar alma süreçlerine ilişkin sınırlamalar geliştirilebilecek hükümlere örnek olarak verilebilir. Örneğin GVKT uyarınca tamamen

<sup>78</sup> Antonio REGALADO, bu oranı 2013 yılında %0,5 olarak vermiştir. REGALADO, Antonio: "The Data Made ME Do It", MIT Technology Review, 3 Mayıs 2013, <https://www.technologyreview.com/s/514346/the-data-made-me-do-it/> (Erişim Tarihi: 4 Mart 2018).

<sup>79</sup> World Health Organisation: Global diffusion of eHealth: Making universal health coverage, s. 119.

otomatik veri işleme ile kişinin kendisi hakkında hukuksal sonuç doğuran veya onu etkileyen bir karara konu olmama hakkı bulunmaktadır<sup>80</sup>.

Kişisel verilerin aktarımına ilişkin yürürlükteki hükümlerin de önümüzdeki dönemde daha sık uygulanacağı beklenebilir. Nitekim sayısallaşma kişisel sağlık verilerinin aktarımının yaygınlaşmasını da beraberinde getirmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere bunun olumlu sonuçları olduğu gibi, bazı risklere de neden olmaktadır. Ulusal ya da uluslararası alanda olsun veri öznesinin kural olarak kişisel sağlık verilerinin aktarılacağı kişiler üzerinde denetimi olmalıdır. Çeşitli araştırmalar ilgili kişilerin kişisel sağlık verilerini hekimler ve sağlık görevlileri dışındaki kişilerle paylaşmada istekli olmadıklarını ortaya koymaktadır<sup>81</sup>. Ayrıca küresel düzeyde sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi için uluslararası bilgi paylaşımının önemi her geçen gün biraz daha anlaşılmaktadır. Ancak bu paylaşımın kuralları belirlenmiş olmalıdır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin bulunduğu yerlerde genellikle bilginin aktarılacağı hedef devlette yeterli düzeyde koruma olması koşulu aranmaktadır<sup>82</sup>. Belirtmek gerekir ki tedavi ve bakım amacıyla, elektronik sağlık bilgilerinin uluslararası aktarımının kurallarını belirleyen düzenlemeler dünyanın sınırlı bir bölümünde bulunmaktadır. Bu düzenlemeler daha çok gelişmiş devletlerde kabul edilmiştir. Aynı şekilde bu bilgilerin ülke içinde ve farklı araştırma kuruluşları arasındaki paylaşımlarına ilişkin kuralların da özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan sınırlı sayıda devlette hukuksal düzenlemelere konu olduğu görülmektedir<sup>83</sup>. Buna ek olarak, sağlık hizmetlerindeki aktörlerin ulus devletlerin sınırlarını aşan çeşitliliği de kişisel sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin kuralların küresel düzeyde uyumlaştırılması gerekliliğini arttırır<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> GVKT, m. 22. KVKK uyarınca ise veri öznesinin “[i]şlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme” hakkı bulunmaktadır. KVKK, m. 11/1, g.

<sup>81</sup> Örneğin bkz. European Commission: Attitudes towards the impact of digitisation and automation on daily life, Special Eurobarometer 460 (Summary), Avrupa Birliği 2017, s. 17 (<http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm>), (Erişim Tarihi: 20 Mart 2018).

<sup>82</sup> Örneğin bkz. KVKK, m. 9, GVKT, m. 44 vd.

<sup>83</sup> World Health Organisation: Global diffusion of eHealth: Making universal health coverage, s. 116-117.

<sup>84</sup> CALLENS, Stefaan “The EU Legal Framework on e-Health”, in Mossialos, Elias/ Permanand, Govin/ Baeten, Rita/ Hervey, Tamara K. (ed.), Health Systems Governance in Europe, The Role of European Union Law and Policy, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2010, s. 579.

Yürürlükteki hukuksal kuralların sağlık teknolojilerinin gelişmesinden kaynaklı çıkarlar ile yukarıda işaret edilen değerler arasında dengeyi sağlamada elverişsiz kaldığı durumlar olabilir. Bu noktada **yeni geliştirilecek hukuksal düzenlemeler** üzerine düşünülmelidir. Kanımızca teknolojiyi bir bütün olarak dikkate alan ve denge sağlamaya yönelik bakış açısının bu süreçte büyük önemi bulunacaktır. Nitekim teknolojinin gelişim hızı dikkate alındığında yeni kuralların hızla eskimesi söz konusu olabilir. Düzenlemelerde teknoloji geçirmez yaklaşımın yanında teknolojik çözümleri hukuksal süreçlere katma, hedef olan hak korumasının gerçekleştirilmesinde olumlu etki yaratabilir. Bu yaklaşımın bazı örneklerini GVKT’de bulmak olanaklıdır. GVKT’nin “tasarım ve varsayılan yoluyla verilerin korunması” kenar başlığını taşıyan hükmü altında veri koruma ilkelerinin sağlanmasına destek olarak başvurulabilecek bazı teknik ve yönetsel önlemler düzenlenmiştir<sup>85</sup>.

Teknoloji ile hukukun kesiştiği bir diğer alanın veri güvenliği olduğu söylenebilir. Veri koruma mevzuatında veri güvenliğine ilişkin ilkeler önemli bir yer tutmaktadır. Ancak bu ilkeler kişisel veri işleyen sistemler için öngörülmüştür. Oysaki yukarıda değerlendirildiği üzere, özellikle Büyük Veri uygulamalarında çoğu zaman ilk aşamada elde edilen verilerden çıkartılabilecek sonuçlar anlaşılabilir. Bu durum veri güvenliğinin yaygın uygulaması gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki sağlık teknolojilerinin geliştirilmesine büyük yatırımlar yapılırken, veri güvenliğine ilişkin yatırımların çoğu zaman ilk aşamada gerçekleştirilmediği, sistem çalışmaya başladıktan sonra yapıldığı görülmektedir.

E-Sağlık hizmetlerinden güvenle yararlanılmasının sağlanması için bu sistemlere büyük yatırımlar yapılırken, veri güvenliği ihmal edilmemeli ve sistem henüz kuruluş aşamasında güçlü bir veri güvenliği sistemi ile desteklenmelidir. Bu husus elbette, teknik önlemlerin yanında örgütsel önlemlerin alınmasını da gerekli kılar. Veri güvenliğine ilişkin ilkenin yer aldığı çeşitli hukuksal düzenlemelerde bu husus “teknik ve idari önlemler” olarak nitelenmektedir<sup>86</sup>. Örneğin hasta kayıt sistemlerine erişim yetkisi bulunanların sınırlandırılması ve derecelendirilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Bir başka anlatımla, veri güvenliğinin sağlanmasında kimlerin sağlık bilgilerine erişebileceğinin belirlenmesi yanında, kimlerin hangi bilgilere erişebileceği de belirlenmelidir.

<sup>85</sup> GVKT, m. 25.

<sup>86</sup> Örneğin bkz. KVKK, m. 12/1, GVKT, m. 32/1.

Yürürlükteki çeşitli düzenlemelerde yer alan bu ilkenin etkin uygulamasına yönelik olarak yeniden değerlendirilmesi yararlı olabilir. Bu noktada erişim yetkisi bulunanların kimlik denetimlerinin uygun bir usul ile yapılması da sağlanmalıdır. Elektronik imza, akıllı kartlar gibi kimlik tanımlama uygulamalarının bazı devletlerde tercih edildiği görülmektedir<sup>87</sup>. Bu uygulamaların yaygınlaştırılması veri güvenliğinin sağlanmasına yönelik olumlu etki yaratacaktır. Öte yandan veri güvenliğinin daha güçlü bir şekilde sağlanması da sağlık bilişim teknolojilerinin beklentileri gerçekleştirebilmesi için önemlidir. Bu husus, m-Sağlık uygulamaları üzerinden örneklendirilebilir. M-Sağlık kapsamında cep telefonu uygulamaları gibi gelişmekte olan alanların, gelecekte etkin ve erişilebilir sağlık hizmeti sunumuna önemli bir katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Bu uygulamalar, hekime ve sağlık kuruluşuna ulaşamayan kişilere bu olanağı sunabileceği gibi, damgalanma endişesi ile sağlık hizmeti almaktan çekinen hastaya da yardımcı olabilir<sup>88</sup>. Ancak bu olumlu etkinin gerçekleşebilmesi için sürecin her aşamasında veri güvenliğinin sağlanması elzemdir. Unutulmamalıdır ki pek çok farklı aktörün yer aldığı bir zincir en zayıf halka kadar güçlüdür<sup>89</sup>.

Teknoloji ile hukuksal kuralları kaynaştıran başka düzenlemeler üzerine de düşünülebilir. Örneğin rıza alım süreçlerinde yaşanan sorunların aşımında, teknoloji ile desteklenen farklı rıza alım yöntemlerine başvurulabilir. Bu noktada verilerin sonraki kullanımını hukuka uygun kılmaya yönelik bir öneri “dinamik rıza”dır (dynamic consent). Temel olarak dinamik rıza, enformasyon teknolojileri kullanımına ve bireylerin katılımını etkinleştirmeye dayanır. Böylelikle veri özneleri bilgilendirilebilecek ve gerektiğinde rızaları kolaylıkla alınabilecektir. Bu yönetime yöneltilen bir eleştiri ise veri öznesinin üzerinde bir bilgi yığını yaratabilecek olmasıdır<sup>90</sup>. Bu haklı eleştirinin aşılabilmesi için bu alana ilişkin toplumda farkındalık düzeyini arttıracak

<sup>87</sup> European Commission: Overview of the national laws on electronic health records..., s. 36.

<sup>88</sup> European Commission: Green paper on mobile Health, s. 4.

<sup>89</sup> Article 29 Working Party: Opinion 02/2013 on apps on smart devices, 00461/13/EN WP 202, 27 Şubat 2013, s. 5 vd.

<sup>90</sup> MOSTERT ve diğ., s. 957; KAE, Jane/ WHITLEY, Edgar A./ LUND, David, MORRISON, Michael/ TEARE, Harriet/ MELHAM, Karen: “Dynamic Consent: A Patient Interface for Twenty-First Century Research Networks”, European Journal of Human Genetics, 23, 2015, s. 141-146; STEINSBEKK, Kristin/ MYSKJA, Solum Bjørn Kâe/ SOLBERG, Berge: “Broad Consent versus Dynamic Consent in Biobank Research: Is Passive Participation a Ethical Problem?”, European Journal of Human Genetics, 21, 2013, s. 897-902.

çalışmalar yapılması yararlı olabilir. Farkındalık eksikliklerinin yalnızca bireysel haklar açısından değil, e-Sağlık hizmetlerine yönelik düşük güven dolayısıyla bu teknolojilerin gelişmesinin önünde de engel oluşturduğu dile getirilmektedir<sup>91</sup>. Hâlihazırda farkındalığı arttırmaya yönelik bazı çalışmalar saptanabilse de<sup>92</sup> bunların sınırlı kaldığı görülmektedir. Farkındalık çalışmaları ile haklarını öğrenen kişi, daha bilinçli tercihlerde bulunabilir. Ancak her halükârda rıza metinlerinin ortalama bir kişinin anlayabileceği bir dille kaleme alınmasına ve makul bir uzunlukta olmasına dikkat edilmelidir.

Dinamik rıza yanında veri öznesinin sürece katılımını arttıran başka uygulamalar da benimsenebilir. Nitekim kişisel sağlık verilerini işlemeyi meşru kılan tek yasal dayanak olarak rızanın görülmesi, korumayı eksik kılar. Rızanın bulundu durumlarda da ilgiliye çeşitli haklar tanınmalıdır. Örneğin veri öznesinin kişisel sağlık verilerinin ne zaman ve nasıl kullanıldığını öğrenmesine ve bu konuda belirlemede bulunmasına yönelik güvenceler tanınabilir<sup>93</sup>. Bu kapsamda veri öznesinin, kişisel sağlık verilerinin yayınlanmasını önleme, kimlere aktarıldığını bilme, bu bilgilere kimlerin eriştiğini öğrenme gibi haklarını<sup>94</sup> kolay ve hızlı bir şekilde kullanımı teknolojik alt yapı ile de desteklenmelidir. Veri öznesinin kimlerin verilerine eriştiğini öğrenme olanağını arttıracak uygulamaların geliştirilmesi veri güvenliği açısından da olumlu sonuç yaratacaktır.

Kanımızca sağlık teknolojilerinin geliştirilmesi sırasında, bir başka anlatımla henüz sistem tasarım aşamasındayken, veri öznesinin haklarını gözetilen bir yaklaşımın benimsenmesi çeşitli sorunların aşılmasına yardımcı olacaktır. Bu noktada hukuksal düzenlemelerin önemi büyüktür. Ancak hukuk dışı güvencelerin de veri öznesinin haklarının korunması açısından yararlı sonuçlar getirebileceği dikkatten kaçmamalıdır. Hukuksal düzenlemeleri destekleyen etik kuralların ve denetim sisteminin geliştirilmesinin yararlı olacağı kanısındayız. Nitekim e-Sağlık hizmetlerinin genişleyen uygulama alanı, dikkatlice değerlendirilmesi

<sup>91</sup> European Commission: eHealth Action Plan 2012-2020 - Innovative healthcare for the 21st century, s. 5.

<sup>92</sup> Örnek olarak WHO'nun Birleşmiş Milletler'in enformasyon ve iletişim teknolojilerine özgülenmiş birimi olan ITU ile ortaklaşa gerçekleştirdiği farkındalık çalışmaları gösterilebilir. Bkz. mHealth: use of mobile wireless technologies for public health, s. 3.

<sup>93</sup> Article 29 Working Party: Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), s. 13.

<sup>94</sup> Bu hakların bir kısmı yürürlükteki hukuksal düzenlemeler ile de tanınmıştır. Örneğin bkz. KVKK, m. 11, GVKT, m. 12 vd.

gereken pek çok etik soruyu gündeme getirmektedir<sup>95</sup>. Bu noktada önemli bir husus, sağlık bilişim teknolojileri ile ilişkili olarak, etik kuralların yalnızca sağlık görevlileri açısından düşünülmemesidir. Bu çalışmanın başında da işaret edildiği üzere hasta-hekim gizliliği ve buradan türeyen şekliyle sağlık personelinin sır tutma yükümlülüğünün eskiye dayanan bir geçmişi bulunmaktadır. Buradaki temel değerleri gözetenek ancak sağlık personeli ile sınırlı kalmayacak şekilde etik kuralların geliştirilmesi önerilebilir. Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere, sağlık teknolojilerinin seyri sağlık çalışanı olmayan başka aktörlerin de sürece eklendiğine işaret etmektedir. Belirtmek gerekir ki teknoloji ve değerler ilişkisi de uzunca sayılabilecek bir zamandır tartışılmakta ve her ikisini kaynaştırmaya yönelik değerlendirmeler yapılmaktadır<sup>96</sup>. Ayrıca tıbbi araştırmalar sırasında sağlık verilerinin yeniden kullanımının bir etik komitesi tarafından yetkilendirilme gerektirmesi<sup>97</sup> ya da yeni bir teknolojinin pazardaki yerini almadan önce etik değerlendirmeden geçirilmesi<sup>98</sup> önerilen yöntemler arasındadır.

## SONUÇ

İçinde yaşadığımız 21. yüzyılın henüz ilk çeyreğinde çağımıza bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin damga vuracağına yönelik pek çok işaret saptanabilir. Sağlık alanındaki dönüşüm de bu kapsamda değerlendirilebilir. Geleneksel sağlık hizmetini farklı bir boyuta taşıyacak yeni ürünler teknolojinin baş döndürücü bir hızla geliştiğini göstermektedir. Yukarıda bazı örnekler üzerinden değerlendirilen e-Sağlık uygulamaları da daha başarılı, ucuz ve hızlı önleme-tanı-tedavi süreçleri için pek çok olanak sunmaktadır. Ancak sağlık bilişim teknolojilerinin bizlere daha sağlıklı bir yaşam sunması olası yan etkilerinin en alt düzeyde tutulması ile olanaklı olabilir. Kanımızca bunun sağlanması için ise bireyin denetimine, sürecin şeffaflığına dayanan bir bakış açısının geliştirilmesi gerekir. Bu, yürürlükteki kuralların yorumuna ve geleceğin hukuk kurallarının tasarımına yansıtılabilmelidir. Teknolojinin yalnızca

<sup>95</sup> WANDHWA, WRIGHT, s. 185.

<sup>96</sup> Örneğin bkz. FLANAGAN, Mary/ HOWE, Daniel C./NISSENBAUM, Helen: “Embodying Values in Technology”, in OVEN, Jeroen van den/ WECKERT, John (ed.), Information Technology and Moral Philosophy, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2008, s. 322-353.

<sup>97</sup> SETHI, Nayta/ LAURIE, Graeme T.: “Delivering proportionate governance in the era of eHealth: Making linkage and privacy work together”, Medical Law International, 13, 2013, s. 168-204.

<sup>98</sup> WANDHWA, WRIGHT, s. 197.

hızla değil, aynı zamanda hızlanarak geliştiği ve yaygınlaştığı dikkate alınmalıdır. Ayrıca yasa koyucuların ve uygulayıcıların yeni teknolojilerin kendine özgü yapısını tanımalarının önemli olduğu düşüncesindeyiz. Bu, yalnızca sorunların daha doğru bir şekilde değerlendirilmesini değil, sorunların çözümünde teknolojiden daha fazla yararlanılmasını sağlayacaktır. Önümüzdeki yıllarda hukuk ile teknolojinin kaynaştığı alanları daha sık görebiliriz. Teknolojinin önünde bariyerler koymadan bireyin haklarını korumak için hukuk kurallarının yanında belirtilen bakış açısını sistemleştiren etik kurallara da daha sık başvurulması geleceğe daha güçlü, daha sağlıklı adımlarla ilerlememize yardımcı olacaktır.

### KAYNAKÇA

- ANDREESSEN, Marc, “Why Software Is Eating the World?”, The Wall Street Journal, 20 Ağustos 2011.
- Article 29 Data Protection Working Party: Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR), WP 131, 15 Şubat 2007.
- Article 29 Working Party: “Health Data in Apps and Devices” (Annex), Avrupa Komisyonu’nun m-Sağlık uygulamalarının ne zaman kişisel veri düzenlemelerinin kapsamına gireceğine ilişkin 29. Madde Veri Koruma Grubuna iletildiği mektuba cevaben, ekli belge, 5 Şubat 2015, ([https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/20150205\\_letter\\_art29wp\\_ec\\_health\\_data\\_after\\_plenary\\_annex\\_en.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/20150205_letter_art29wp_ec_health_data_after_plenary_annex_en.pdf)) (Erişim Tarihi: 20 Mart 2018).
- Article 29 Working Party: Opinion 02/2013 on apps on smart devices, 00461/13/EN WP 202, 27 Şubat 2013, s. 5 vd.
- BAUER, Christoph: “Grundprinzipien des Datenschutzes bei E-Health”, in Bauer, Christoph/ Eickmeier, Frank/ Eckard, Michael (ed.), E-Health, Datenschutz, Datensicherheit, Herausforderungen und Lösungen im IoT-Zeitalter, Springer, Almanya 2018, s. 33.
- BURKELL, Jacquelyn Ann: “Remembering me: big data, individual identity, and the psychological necessity of forgetting”, Ethics and Information Technology, 18(1), 2016, s. 17-23.
- CALLENS, Stefaan “The EU Legal Framework on e-Health”, in Mossialos, Elias/ Permanand, Govin/ Baeten, Rita/ Hervey, Tamara K. (ed.), Health Systems Governance in Europe, The Role of European Union Law and Policy, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2010.
- CAPLAN, Jeremy: “Cause of death. Sloppy doctors”, Time, 15 Ocak 2007.
- CHAWLA, Nitesh/ DAVIS, V. Darcy A.: “Bringin Big Data to Personalized Healthcare: A Patient-Centered Framework”, Journal of General Internal Medicine, 28, 2013, s. 660-665.
- CHUNG, Jason: “What Should We Do About Artificial Intelligence in Health Care?”, NYSBA Health Law Journal, 22(3), 2017, s. 37-40.
- COHEN, Julie E.: “What Privacy Is For”, Harvard Law Review, 126, 2013, s. 1904-1933.



- Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (T-PD): Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data, T-PD(2017)01, 23 Ocak 2017.
- CRAWFORD, Kate/ SCHULTZ, Jason: “Big Data And Due Process: Toward A Framework To Redress Predictive Privacy Harms”, Boston College Law Review, 5, 2014, s. 93-128.
- Data doctors: How AI is changing healthcare, The Guardian (International Edition), 26 Ocak 2018.
- DICK, Richard S./STEEN, Elaine B./ DETMER, Don E.: The Computer Based Patient Report, National Academy Press, ABD 1997.
- DUHIGG, Charles: “How companies learn your secrets”, The New York Times, 16 Şubat 2012.
- DUMORTIER, Jos/VERHENNEMAN: “Legal Regulation of Electronic Health records: A Comparative Analysis of Europe and the US”, in George, Carlisle/ Whitehouse, Diane/ Duquenoy, Penny (ed.), eHealth: Legal, Ethical and Governance Challenges, Springer, Almanya 2013, s. 25-56.
- European Commission: Attitudes towards the impact of digitisation and automation on daily life, Special Eurobarometer 460 (Summary), Avrupa Birliği 2017, s. 17 (<http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm>), (Erişim Tarihi: 20 Mart 2018).
- European Commission: eHealth Action Plan 2012-2020 - Innovative healthcare for the 21st century, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions, , COM(2012) 736 final, Brüksel, 6 Aralık 2012, s. 4.
- European Commission: Green Paper on mobile health (“mHealth”), COM(2014) 219 final, Belçika 10 Nisan 2014.
- European Commission: Accelerating the Development of the eHealth Market in Europe, eHealth Taskforce report 2007, Luxemburg 2007, s. 10.
- EXTER, André den: “eHealth Law: The Final Frontier”, in Hervev Tamara K./ Young, Calum Alasdair/ Bishop, Louise E., Research Handbook on Health Law and Policy, Edward Elgar Publishing, Birleşik Krallık 2017.
- FEDER, Barnaby J.: “Remote Control for Health Care”, The New York Times, 9 Eylül 2006, <http://www.nytimes.com/2006/09/09/business/09node.html> (Erişim Tarihi: 19 Mart 2018).
- FLANAGAN, Mary/ HOWE, Daniel C./NISSENBAUM, Helen: “Embodying Values in Technology”, in OVEN, Jeroen van den/ WECKERT, John (ed.), Information Technology and Moral Philosophy, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2008, s. 322-353.
- FOLLEN, Morris C.: Computer Medical Databases, The First Six Decades (1950-2010), Springer, Birleşik Krallık 2012, s. 33-55.
- FOUCAULT, Michael Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 3. Baskı, İmge, Ankara 2006.
- GOODMAN, Marc: “An Internet of Hackable Things”, The Wired World of 2016, Ocak 2016, s. 94-95.

- GREENLEAF, Graham: “Sheherezade and the 101 Data Privacy Laws: Origins, Significance and Global Trajectories”, *Journal of Law, Information and Science*, 1( 23), 2014, s.4-49.
- GYMREK Melissa/ McGUIRE, Amy L./ GOLAN, David/ HALPERIN, Eran/ ERLICH, Yaniv: “Identifying Personal Genomes by Surname Inference”, *Science*, 339 ( 6117), 2013, s. 321-324.
- HAMET, Pavel/ TREMBLAY, Johanne: “Artificial Intelligence in Medicine”, *Metabolism Clinical and Experimental*, 9, 2017, s. 536-540.
- HEENEY, J./ HAWKINS, N./ VRIES, J. De/ BODDINGTON, P./ KAYE, J.: “Assessing the Privacy Risks of Data Sharing in Genomics”, *Public Health Genomics*, 14, 2011, s. 17-25.
- Hippocrates, Loeb Classical Library, çev. W. H. S. Jones, Harvard University Press, ABD 1923.
- How your electronic DNA could be the secure login of the future, *The Guardian*, 18 Temmuz 2014, <http://www.theguardian.com/technology/2014/jul/18/how-your-electronic-dna-could-be-the-secure-login-of-the-future> (Erişim Tarihi: 5 Mart 2018).
- HUMER, Caroline/ FINKLE, Jim: “Your medical record is worth more to hackers than your credit card”, *Reuters*, 4 Eylül 2014, <https://www.reuters.com/article/us-cybersecurity-hospitals/your-medical-record-is-worth-more-to-hackers-than-your-credit-card-idUSKCN0HJ21I20140924> (Erişim Tarihi: 4 Mart 2018).
- JOURARD, Sidney M.: “Some Psychological Aspects of Privacy”, *Law and Contemporary Problems*, 2 ( 31), 1966, s. 307-318.
- KAE, Jane/ WHITLEY, Edgar A./ LUND, David, MORRISON, Michael/ TEARE, Harriet/ MELHAM, Karen: “Dynamic Consent: A Patient Interface for Twenty-First Century Research Networks”, *European Journal of Human Genetics*, 23, 2015, s. 141-146.
- Largest Healthcare Data Breaches of 2017, *HIPAA Journal*, 4 Ocak 2018, <https://www.hipaajournal.com/largest-healthcare-data-breaches-2017/> (Erişim Tarihi: 5 Mart 2018).
- LIVEI, Dimitri/ SARRI, Anna/Christina SKOULOU, Security and Resilience in eHealth, Security Challenges and Risks, ENISA 2015.
- Making Medicines, A Brief History of Pharmacy and Pharmaceuticals, Anderson, Stuart (ed.), Pharmaceutical Press, Birleşik Krallık 2005.
- MAKSIMOVIĆ, Mirjana/ VUJOVIĆ, Vladimir: “Internet of Things Based E-health Systems: Ideas, Expectations and Concerns”, in Khan, Samee U./Zomaya, Albert Y./ Abbas, Assad (ed.), *Handbook of Large-Scale Distributed Computing in Smart Healthcare*, Springer, Almanya 2017.
- MARKS, Mason: “Emergent Medical Data”, 11 Ekim 2017, <http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2017/10/11/emergent-medical-data/> (Erişim Tarihi: 3 Mart 2018).
- MOSTERT, Menno/ BREDENOORD, Annelien L./ CIH BIESAART, Monique/ DELDEN, Johannes JM van: “Big Data in Medical Research and EU Data Protection Law: Challenges of the Consent or Anonymise Approach”, *European Journal of Human Genetics*, 24, 2016, s. 956-960.

- Overview of the national laws on electronic health records in the EU Member States and their interaction with the provision of cross-border eHealth services, Final report and recommendations, Belçika 2014, s. 23 [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/laws\\_report\\_recommendations\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/laws_report_recommendations_en.pdf) (Erişim Tarihi: 20 Mart 2018).
- PEREIRA, Stacey/ GIBBS, Richarda/ McGUIRE, A. Amy L.: “Open Access Data Sharing in Genomic Research”, *Genes*, 5(3), 2014, s. 739-747.
- RAGHUPATHI, Wullianallur/ RAGHUPATHI, Viju “Big data analytics in healthcare: promise and potential”, *Health Information Science and Systems*, 2(3), 2014, s. 1-10.
- REGALADO, Antonio: “The Data Made ME Do It”, *MIT Technology Review*, 3 Mayıs 2013, <https://www.technologyreview.com/s/514346/the-data-made-me-do-it/> (Erişim Tarihi: 4 Mart 2018).
- RISSE, Guenter B.: *Mending Bodies, Saving Souls, A History of Hospitals*, Oxford University Press, Birleşik Krallık 1999.
- SCHENEIER, Bruce: *Data and Goliath*, W.W. Norton & Company, ABD 2015.
- SCHMIDT, Eric/ COHEN, Jared: *The New Digital Age, Transforming Nations, Businesses, and Our Lives*, Vintage, ABD 2014.
- SETHI, Nayta/ LAURIE, Graeme T.: “Delivering proportionate governance in the era of eHealth: Making linkage and privacy work together”, *Medical Law International*, 13, 2013, s. 168-204.
- SOKOL, Daniel K./ HETTIGE, Samantha: “Poor handwriting remains a significant problem in medicine”, *Journal of the Royal Society of Medicine*, 12 (99), 2006, s. 645-646.
- SOLUM, Lawrence B.: “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, *North Carolina Law Review*, 7(4) 1992, s. 1231-1287.
- STEINSBEKK, Kristin/ MYSKJA, Solum Bjørn Kåe/ SOLBERG, Berge: “Broad Consent versus Dynamic Consent in Biobank Research: Is Passive Participation a Ethical Problem?”, *European Journal of Human Genetics*, 21, 2013, s. 897-902.
- SULTAN, Nabil “Reflective thoughts on the potential and challenges of wearable technology for healthcare provision and medical education”, *International Journal of Information Management*, 35, 2015, s. 523-525.
- TANNER, Adam: *Our Bodies, Our Data, How Companies Make Millions Selling Our Medical Records*, Beacon Press, ABD 2017.
- THOMPSON, John D./ GOLDIN, Grace: *The hospital; a social and architectural history*, Yale University Press, ABD 1975.
- US Food and Drug Administration: “FDA approves pill with sensor that digitally tracks if patients have ingested their medication”, 13 Kasım 2017, <https://fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncement/ucm584933.htm> (Erişim Tarihi: 20 Mart 2018).
- WACHTER, Robert: *The Digital Doctor: Hope, Hype, and Harm at the Dawn of Medicine’s Computer Age*, Mc Graw-Hill, ABD 2017.
- WANDHWA, Kush/ WRIGHT, David, “eHealth: Frameworks for Assessing Ethical Impacts”, in George, Carlisle/ Whitehouse, Diane/ Duquenoey, Penny (ed.), *eHealth: Legal, Ethical and Governance Challenges*, Springer, Almany 2013, s. 184.

- World Health Organisation: “eHealth at WHO”, <http://www.who.int/ehealth/about/en> (Erişim Tarihi: 19 Mart 2018).
- World Health Organisation: Global diffusion of eHealth: Making universal health coverage, Report of the third global survey on eHealth, Global Observatory for eHealth, İsviçre 2016.
- World Health Organisation: mHealth, New horizons for health through mobile technologies, Global Observatory for eHealth series-Volume 3, İsviçre 2011, s. 5 [http://www.who.int/goe/publications/goe\\_mhealth\\_web.pdf](http://www.who.int/goe/publications/goe_mhealth_web.pdf), (Erişim Tarihi: 19 Mart 2018).
- World Health Organization, Executive Board: mHealth: use of mobile wireless technologies for public health (Report by the Secretariat), 139th session, Provisional agenda item 6.6, EB 139/8, 27 Mayıs 2016.

# ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİYLE TÜRKİYE'DE YARGIDA ÇOĞULCULUK UYGULAMALARI

## PRACTICES ON JUDICIAL DIVERSITY IN THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN TURKEY

DOI: 10.21492/inuhfd.424299

Şeyma SAĞDIÇ\*

### Özet

Yargıda çoğulcu uygulamalar yargı bağımsızlığını sağlayarak hukuk devletinin bir gereğinin yerine getirilmesi olarak tartışılmaktadır. Türkiye’de bu tartışmalar, yargıda çoğulculuğun sağlanmasına yönelik Anayasa değişiklikleriyle birlikte yürütülmektedir. Buna göre hukuk devletinin bir gereği olarak, yargı kurullarının oluşturulmasında çoğulcu yapının sağlanması gerektiği öne sürülmüş ve böylece söz konusu Anayasa değişikliklerinin meşru bir zemine taşınması mümkün olmuştur. Türkiye’de bu konudaki tartışmaların seyrini ele almayı amaçlayan bu çalışmada yargıda çoğulculuğun hukuk devleti için bir gereklilik olup olmadığını sorgulanırken; bir yandan da yargıda çoğulculuğun nasıl anlaşıldığını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu itibarla Türkiye’deki yüksek yargı organlarından Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun yapısına dair önemli anayasa değişiklikleri incelenmektedir. Bu inceleme sonucunda ortaya konulacağı gibi yargıda çoğulculuk, Türkiye’de farklı yorumlanarak dünyadaki diğer uygulama örneklerinden oldukça farklı anlaşılmaktadır. Bu farklı anlayış ise yargıda çoğulculuk uygulamaları adı altında Türkiye’deki düzenlemelerin, yargı bağımsızlığına gölge düşürmede araç olarak işlev görmesine kaynaklık etmektedir. Buna ek olarak dünyadaki yargıda çoğulculuğu sağlamaya ilişkin uygulamaların da doğrudan olumlamasını yapmak mümkün değildir.

**Anahtar Kelimeler:** Yargıda çoğulculuk, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, yüksek yargı kurulları

### Abstract

Practices on judicial diversity is discussed as the fulfillment of a requirement of the rule of law by providing judicial independence. In Turkey, these discussions are conducted with constitutional amendments that provide judicial diversity on the Bench. In these discussions it is suggested that, judicial diversity is necessary on the Bench as a requirement of rule of law. Therefore it has been possible that the constitutional amendments to be legitimized. This article which aims to address the direction of the discussions about judicial diversity in Turkey examines both whether judicial diversity is a necessity for the rule of law and how judicial diversity is understood in Turkey. In this respect, some of the important constitutional amendments that are related to the structure of higher judicial boards - Constitutional Court and the Council of Judges and Prosecutors- in Turkey is reviewed. As revealed in this review, in Turkey, judicial diversity is interpreted and understood differently compared with the other example countries. This different

---

\* Araştırma Görevlisi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı.  
(E-mail.seyma.sagdic@inonu.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 16.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 29.06.2018

understanding gives rise to the instrumentalisation of the regulations on judiciary in Turkey so as to detract from judicial independence. Furthermore it is not possible to accept that the practices on judicial diversity in the world always bring to positive results.

**Keywords:** Judicial diversity, rule of law, judicial independence, higher judicial boards.

## GİRİŞ

Yargı alanına ilişkin gelişmeler hukuk devleti ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır. Zira hukuk devletinin gerçekleşmesi diğer gerekliliklerin yanında, bağımsız ve tarafsız bir yargı denetiminin gerçekleşmesiyle mümkün kılınabilir. Bu açıdan Türkiye’de yargı alanına ilişkin gelişmeler de hukuk devleti tartışmaları altında yer almaktadır.

Türkiye’de yargı organının yapısına ilişkin önemli değişikliklerin başlangıç yılı olan 2010, söylemsel olarak da yargıda çoğulculuk<sup>1</sup> kavramının kullanılmaya bağlandığı döneme karşılık gelmektedir. Yargıda çoğulculuğun sağlanmasının, bu anlamda, hukuk devletinin - siyasal bir ideal olarak- hayata geçirilmesine yardımcı olacağı iddia edilmiştir; zira yargıda çoğulculuğun sağlanması yargı bağımsızlığının hayata geçirilmesinin bir adımı olarak nitelendirilmektedir. Böylece, Türkiye özelinde yargıda çoğulculuk, yargı alanına ilişkin önemli yapısal değişikliklere meşru bir zemin kazandıran ve bu değişikliklere aracı edilen bir kavram haline gelmiştir.

Bu bağlamda çalışma, öncelikle hukuk devleti kavramına yönelik tartışmaları ortaya koyarak, yargı bağımsızlığı ilkesinin hukuk devletiyle ilişkisine değinmektedir. Bununla beraber, yargı bağımsızlığının sağlanmasının koşulu olarak değerlendirilen yargıda çoğulculuk uygulamalarının ne anlama geldiği ve dünyada tartışıldığı kapsam ile Türkiye’de kavranışı arasındaki fark açıklanacaktır. Temel tartışma yargıda çoğulculuk kavramının Türkiye uygulamasının, kavramın ifade ettiklerinden farklı olduğu ve bunun bir sonucu olduğunun ortaya konulmasıdır. Söz konusu sonuç ise, yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik geliştirilen uygulamaların, bir tokenizm örneği olarak, yargı bağımsızlığı üzerinden hukuk devleti ilkesine zarar verdiğidir. Tüm bu hususların yanında, ortaya konulan varsayım ve değerlendirmelerin analiz nesnesi ise; Türkiye’de 2010, 2014 ve 2017 yıllarında Hakimler ve

---

<sup>1</sup> “Yargıda çoğulculuk” kavramıyla, Anglo-sakson literatürde *Judicial Diversity/ Diversity on the Bench* tartışmalarına atıfta bulunmaktadır. Bu açıdan Yargıda çeşitlilik/ Yargı Kurullarında Çeşitlilik ifadeleri daha doğru bir çeviri olsa da, Türkiye’de bu tartışmalar “yargıda çoğulculuk” kavramsallaştırmasıyla yaygınlık kazandığından, bu çalışmada da bu kavram kullanımı tercihine gidilmiştir.

Savcılar Kurulu ve Anayasa Mahkemesi’nin yapısına ilişkin yasal değişikliklerdir.

## **I. HUKUK DEVLETİNİN KAVRAMSAL İÇERİĞİ VE TARTIŞMALAR: GENEL BİR DEĞERLENDİRME**

Hukuk devleti kavramına dair tartışmalar, kavramın tarihsel gelişimine de bağlı olarak temel bir sorunu içinde barındırmaktadır. Buna bağlı olarak kavramın salt biçimsel mi yoksa gelenekler, içtihatlar ve temel haklarla içeriklendirilmiş bir ilke mi olup olmadığı hala güncelliğini koruyan bir tartışmadır. Bu eksende hukuk devletinin siyasi bir ideal mi yoksa hukuki bir ilke mi olduğuna yönelik ayırım bu temel tartışmanın bir sonucudur.

Esas olarak bu ayırım hukuk devletinin şekli özellikleriyle mi; yoksa maddi içeriğiyle mi tanımlanması gerektiğine dair yürütülen tartışmalarla ilişkilidir. Bu anlamda kavramın zaman zaman içinin boşaltılması ve muğlaklaşması gibi ihtimaller göz önüne alınarak, şekli bir tanım yapılmasını öne sürenler ve bunun karşısında da; salt şekli tanımın hukuk devletini teknik özelliklere indirgeyeceği ve böylece hukuk devletiyle elde edilen kazanımları ortadan kaldıracabileceğine dair görüşler yer almaktadır<sup>2</sup>.

Hukuk devlerine ilişkin bu tartışma bir kenara bırakıldığında hukuk devleti, devlet iktidarının keyfi değil, düzenli işlemesi arayışında yer alır<sup>3</sup>. Böylece devlet kendisini hukuk sistemiyle sınırlarken, hukuk devleti de yalnızca birey/devlet karşıtlığına değil; devletin üretim ilişkilerini korumadaki rolünün de sağlanması anlamına gelir<sup>4</sup>. Bununla beraber hukuk devleti kavramının devlet iktidarını sınırlayıcı niteliği hukuk devletinin algılanışında iki temel yaklaşımı beraberinde getirmektedir. Bu yaklaşımların ilki, hukukun egemenlik alanının devletin egemenlik alanının üstünde ve ondan bağımsız olarak görülmesiyle kavramı fetiş haline getiren, "hukuk devleti tapınısı" dır. Diğer bir yaklaşım da özellikle sınıfsal çelişkilerin ön plana çıktığı dönemlerde hukukun düzeni koruma ve iktidardaki sınıfın eylemlerine yol açmak için hiç bir sınırlamaya tabi tutulmadan işlemesinin sonucunda, hukuk devleti ilkesinin anlamsızlaştığı dönemlerin yaygınlığı sebebiyle hukuk devleti ilkesinin reddini ortaya

<sup>2</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz: ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 2014, İletişim Yayınları, İstanbul, s.236-247.

<sup>3</sup> KARAHANOGULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme, 2015, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 50.

<sup>4</sup> KARAHANOGULLARI Onur, s. 50.

koyan yaklaşımdır<sup>5</sup>. Her iki yaklaşım da hukuk devletine ilişkin yapılacak analizi sekteye uğratabileceğinden, esas olanın hukuk devleti tapınısından kaçınarak hukuk devletinin temel ilkelerinin ortaya konulmasıdır.

Hukuk devleti tartışmalarında ilk isimlerden biri olan Dicey'e göre hukuk devleti 3 temel ilkeyi içermelidir: Keyfi güç kullanımının önlenmesi, hukuk önünde eşitlik ve toplumsal düzende hukuk ruhunun yansımaları olan anayasalara göre hareket edilmesi<sup>6</sup>. Dicey'in üçüncü ilkesi hukuk ruhu, hukukun üstünlüğünün yargı kararları ile sağlanması gerektiğini ortaya koyması anlamına gelmektedir. Özcan'ın ifadesi ile bu ilke, hukuk devleti güvencesinde temel rolü yargıya terk etmektedir<sup>7</sup>. Bununla beraber Dicey, hukuk devletinin gelişimini İngiltere'ye özgüleyerek kavramı kültürel bir olgu olarak değerlendirme eğilimindedir. Bu kavrama ilişkin sınırlı açıklamayı beraberinde getiriyor olsa da, Dicey'in açıklamaları liberal hukuk anlayışı içindeki hukuk devleti kavramının bir çatısını sunar. Bununla beraber hukuk devleti etkili ve ayrıntılı açıklamasını, liberal hukukun temel bileşeni olan “yaşam, özgürlük ve mülkiyet” düsturunun bu kavramla beraber düşünülmesini sağlayan Hayek'te bulmaktadır.

Hayek siyasal bir ideal olarak ele aldığı hukuk devletinin ana unsurları hukukun genel, eşit ve kesin olması, kuvvetler ayrılığının gerçekleşmesi, idari takdirin sınırlı olması ve temel hakların korunmasıdır<sup>8</sup>. Bütün olarak bakıldığında Hayek, hukuk devleti ilkesinin temelini bireysel özgürlüklerin korunmasını yerleştirir<sup>9</sup>. Her ne kadar Dicey eleştirisi üzerinden şekillenen bir kavrayış söz konusu olsa da Hayek, Dicey gibi yargının hukuk devletinin gerçekleşmesinde önemli bir rol oynadığına dikkat çeker. Hukuk devletini hukuk ötesi bir ilke olarak değerlendiren Hayek, bununla erklerin kendilerini uymakla bağlı hissettiği bir ilkenin varlığını ifade eder. Özellikle yargı organı hukuk devletinin ortadan kalkması ihtimaline karşı bu ilkeye daha fazla bağlılık hissedecektir. Bu açıdan, hukuk devletinin bir gereği olarak kuvvetler

<sup>5</sup> KARAHANOGULLARI Onur, s. 49-54.

<sup>6</sup> DICEY, Albert V., Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar, içinde, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., 2008, Liberte Yayınları, Ankara, s. 28-36.

<sup>7</sup> ÖZCAN, M. Tefvik, Modern toplum ve Hukuk Devleti, 2017, Tekin Yayınevi, İstanbul, s. 202.

<sup>8</sup> HAYEK, A. von Friedrich, Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti, içinde, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., 2008, Liberte Yayınları, Ankara, s. 82-97.

<sup>9</sup> HAYEK A. von Friedrich, s.99.



ayrılığının önemine dikkat çekmesi ve kavramın hukuk ötesi bir anlama sahip olduğunu ifade etmesiyle; Hayek’in de yargı bağımsızlığını hukuk devletinin önemli nitelikleri arasında saydığını kabul etmek mümkündür.

Hayek ile paralel olarak, hukuk devletini yine siyasal bir ideal olarak değerlendiren Schmitt de hukuk devletini mülkiyet ve kişisel özgürlükleri temel alan bir toplumun koruyucusu olarak ele almaktadır<sup>10</sup>. Bununla beraber, kuvvetler ayrılığı ilkesi ve temel hakların hukuk devleti kavramına içkin olduğunu ortaya koyan Schmitt, liberal hukuk devletine spesifik anlam kazandıran özelliklerden birinin de hakimlerin bağımsızlığı ilkesi olduğunu açıkça ifade eder<sup>11</sup>. Bu itibarla, hukuk devleti kavramına siyasal bir ideal olarak yaklaşan ve hukuk devletini liberal çerçevenin dışında görmeyen bu düşünürler, kavramın değerlendirilmesinde zaman zaman ayrışsalar da ortak bir anlayışa sahiptirler. Bu ortak anlayış hukuk devleti için temel ilkenin, yargının bağımsızlığı olması gerektiğidir. Bunun sonucunda, hukuk devleti hukuksal bir ilke olarak değerlendirildiğinde; yargı bağımsızlığının önemli bir kriter vasfını koruyup koruyamayacağı sorusu gündeme gelecektir.

Bu soruya yönelik ilk olarak Fuller’in temel ilkelerine bakmak gerekmektedir. Ancak bu temel ilkelerden önce; Fuller’in hukuk devletine ilişkin siyasal bir ideal ve hukuki bir ilke olarak ele alınma tartışmalarında net bir biçimde bir tarafa ait olmadığı hatırlanmalıdır. Buna göre temel ilkeler “hukukun içsel ahlakını” teşkil etmekle beraber, hukuk devletinin unsurları olarak da işlev görür. Fuller’in bu ünlü ilkeleri kısaca şu şekilde özetlenebilir: Hukuk kuralları genel ve yayımlanmış olmalıdır, geçmişe yürür olmamalıdır, kurallar açık olmalıdır, çelişmemelidir, imkânsız talep etmemelidir, tutarlı olmalıdır ve kurallar ile uygulama arasında uyum olmalıdır<sup>12</sup>. Esas olarak Fuller’in ortaya koyduğu bu ilkeleri, yukarıda adı geçen düşünürlerce de ifade edilenlerin daha kapsamlı ele alınışı olarak nitelemek mümkündür. Bu açıdan Fuller’in bu sekiz ilkesine uygunluk gösteren bir sistem, hukuk devletini gerçekleştirmiş anlamına gelecektir.

En sonunda hukuk devleti kavramının hukuksal bir ilke olarak değerlendirilmesi Raz ile mümkün olur. Raz hukuk devleti anlayışını Fuller ve hukuk devletini siyasal bir ideal olarak ele alanların eleştirisi

<sup>10</sup> ÖZENC Berke, s. 219.

<sup>11</sup> SCHMITT, Carl, Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı, içinde Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., 2008, Liberte Yayınları, Ankara, s. 125,126.

<sup>12</sup> Hukukun içsel ahlakını teşkil eden bu unsurlar için bkz: FULLER L.L., Hukukun Ahlakı, 2016, çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul.

üzerinden kurmaktadır. Raz, hukuk devletini bir hukuk düzeninde olması gereken erdemlerin yalnızca biri olarak nitelendirir<sup>13</sup>. Buna göre, hukuk devleti ilkesinin yalnızca liberal devlette söz konusu olmayacağını; tam aksine liberal olmayan pek çok hukuk sisteminde de hukuk devleti ilkesinin var olacağını ifade etmektedir. Bu görüş, hukuk devletine ilişkin yukarıda açıklanan "tapını" veya "tamamen retçi" görüşlerle Raz'ın ilişkisini kurar. Zira Raz, hukuk devleti ilkesinde yer alan hukukun her zaman "iyi" hukuku ifade edemeyeceğini, bu sebeple kavrama yüklenen değer zaman zaman onun içeriğini boşaltan uygulamalara meşruluk kazandırabileceğini hatırlatmaktadır. Raz'ın ifadeleriyle:

"Hukuk devleti kavramını demokrasi, adalet (hukuk önünde ya da başka tür bir) eşitlik, insan hakları ya da insan onuruna saygı gibi kavramlarla karıştırmamak gerekir. İnsan hakları ihlallerine, ırkçı bir ayrımcılığa, cinsel eşitsizliğe, dini zulümlere ve ekonomik adaletsizliğe dayanan bir demokrasi-dışı hukuk düzeninin hukuk devletinin şartlarını herhangi bir Aydınlanmacı Batı demokrasine göre çok daha iyi sağlaması, ilke bazında, pekala mümkündür."<sup>14</sup>

Hukuk devletine ilişkin bu uyarıyı yapmakla birlikte Raz, hukuk devletinin bazı ilkeleri ihtiva etmesi gerektiğini söyler. Bu ilkelerin bir kısmı hukuk kurallarının içermesi gereken genellik, açıklık, tutarlılık gibi ilkelerken; diğer ilkeler yargı organının konumuna ilişkindir. Bu anlamda Raz, yargının bağımsızlığı ilkesinin hukuk devleti için hayati bir unsur olduğunu ifade eder<sup>15</sup>.

Hukuk devletinin ilkelerine ve kavramın kendisine yönelik bu açıklamaların ardından görülmektedir ki, yargı bağımsızlığı hukuk devletinin önemli ilkelerinden biri olarak ele alınmaktadır. Bir diğer deyişle hukuk devletine ilişkin ayrımlardan bağımsız olarak, hukuk devleti kavramının temel bileşeni yargının bağımsızlığı kavramıdır. Bu açıdan yargı bağımsızlığı hukuk devleti tartışmalarından bağımsız bir özellik ve öneme sahiptir. Bağımsız bir yargının gerekliliği hukuk devletinin siyasi bir ideal veya hukuki bir ilke olarak ele alındığı her durumda da mevcuttur. Zira hukuk devleti kavramına gerçeklik kazandıran pratik alanlardan biri yargı organıdır. Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki bölümleri yargı bağımsızlığının anlamı, işlevi ve yargıda çoğulculuk tartışmalarıyla ilgisinin kurulmasıyla devam etmesi uygun olacaktır.

<sup>13</sup> RAZ, Joseph, Hukuk Devleti ve Erdemi, içinde, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., 2008, Liberte Yayınları, Ankara, s.150.

<sup>14</sup> RAZ Joseph, s.150.

<sup>15</sup> RAZ Joseph, s.156.

## II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI: KAPSAMI VE ÖNEMİ

Hukuk devletinin temel ilkeleri arasında belirlemelerin ortaklaştığı yargı bağımsızlığı ilkesinin özel bir yeri vardır. Zira bağımsız bir yargının olmadığı zaman hukuk devleti ilkesinin pratik karşılığının tehlikeye düşebileceği ortadadır. Sancar’ın ifadesiyle yargı bağımsızlığı ilkesiyle hukuk devleti kavramı arasında gerçekten sıkı bir bağ vardır; üstelik bu bağ sadece tarihsel değil, aynı zamanda yapısaldır da<sup>16</sup>. Yargı bağımsızlığı hukuk devletinin gereği olan yargısal denetimi mümkün kılar. Bu suretle yargısal denetim için gerekli olan yargı bağımsızlığının zarar görmesi hukuk devletinin de zarar görmesi anlamına gelmektedir.

Yargı bağımsızlığı adil kurallar ve tarafsız bir sistem kurulması ve uygulaması için gerekli olan önemli araçlardan biri olarak düşünülmektedir<sup>17</sup>. Bununla birlikte yargının bağımsızlığı hususunda tartışmalar şu eksenlerde yapılmaktadır: İç bağımsızlık - dış bağımsızlık ve bireysel bağımsızlık - kurumsal bağımsızlık. Bu ayrıma göre dış bağımsızlık, yargının diğer kurumlardan bağımsız olmasını ifade ederken; iç bağımsızlık, yargıçlar arasındaki ilişkinin bağımsızlığı etkilememesi anlamına gelir. Bireysel bağımsızlık yargıçların bireysel olarak baskı ve müdahaleden etkilenmemesi, kurumsal bağımsızlık ise bir bütün olarak yargı organının diğer erkler karşısında bağımsızlığına ilişkindir<sup>18</sup>. Bu çalışmanın temel sorunsalı kapsamındaki yargıda çoğulculuğa ilişkin tartışmalar, bağımsızlığın sağlanması için dış ve kurumsal bağımsızlık çerçevesinde, bir diğer ifadeyle; yapısal güvencelerle ilişkilidir. Bu nedenle bağımsızlığa ilişkin açıklamalar bağımsızlığın sağlanmasında yargıçlara düşen görevler kapsamında değil; yargıçların atanma, görev süre ve şartları, meslektaşlar arası ilişkiler gibi yapısal unsurlar<sup>19</sup> çerçevesinde yapılmaktadır.

Yargı bağımsızlığının sağlanması özellikle yargısal denetimi yapan kurumların ve mahkemelerin yapıları, bunların bağımsız nitelikte oluşturulması meselesinde önem kazanmaktadır. Bununla birlikte yargı

<sup>16</sup> SANCAR, Mithat, Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti, 2010, İletişim Y ayları, İstanbul, s.183.

<sup>17</sup> GUARNIERI Carlo/ PIANA Daniela, Judicial Independence and the Rule of Law: Exploring The European Experience, 2012, içinde, The Culture of Judicial Independence, ed. Shimon Shetreet, Christopher Forsyth, Martius Publisher, Leiden, s.113.

<sup>18</sup> GÖNENÇ Levent, Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Yargı, 2014, Adalet Yayınevi, Ankara, s.129.

<sup>19</sup> İNCEOĞLU Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, 2008, Beta Basım Yayın, İstanbul, s.18-28.

bağımsızlığı, yargının tarafsızlığı tartışmalarını da beraberinde getirir. Yine de yargı bağımsızlığı, tarafsızlığın öncelikli ve vazgeçilmez şartı<sup>20</sup> olduğundan, bu tartışmaya esas konuyu oluşturur. Ayrıca çalışmanın odağını teşkil eden yargıda çoğulculuk tartışması da yüksek yargı kurullarının bağımsız yapısıyla ilgilidir. Zira yargı bağımsızlığı kurumsal bir konudur<sup>21</sup> ve çalışma kapsamında yoğunlaşma ihtiyacı gerektiren tartışma da yüksek yargı organları ve kurullarının yapısıdır.

Bu bağlamda 2010 tarihli anayasa değişiklikleriyle başlamak üzere, Türkiye’de yargı kurullarına ilişkin düzenlemelerin yargıda çoğulculuk kavramsallaştırmasıyla tartışıldığını belirtmek gerekmektedir. Değişiklikleri savunan görüşe göre kurulların yapısına ilişkin bu düzenlemeler yargıyı çoğulcu yapıya kavuşarak, yargı bağımsızlığını sağlamaya ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğinin yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır. Bunun karşısında ise yargıda çoğulculuk tartışmalarında gelinecek noktanın yargıyı siyasi iktidarın boyunduruğu altında tutma ve hukuk devleti ilkesinin içini boşaltmaya yönelik adım olarak nitelendiren görüşler vardır. Söz konusu görüşler ve hangisinin haklılık payına sahip olduğu ise devam eden başlıklarda yer almaktadır.

### **III. YARGIDA ÇOĞULCULUK: İÇERİĞİ VE TÜRKİYE UYGULAMALARI**

Yargıda çoğulculuk tartışmalarının Türkiye’de tüketilme biçimlerine geçmeden önce, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine dair literatürdeki tartışmalara değinmek uygun olacaktır. Çalışmanın temel sorununa da uygun olarak Türkiye’de yargıda çoğulculuğun uygulanışı ve buna ilişkin gelişmelerin seyri, kavramın ifade ettiklerinin ortaya konulması ve uygulamada karşılığının bulunup bulunmadığı hususunun analizini gerekli kılmaktadır.

Yargıda çoğulculuk hususu yargı organının yapısına dair yargı kurullarında iyileştirme arka planıyla ortaya çıkan tartışmalar olarak özetlenebilir. Buna göre yargısal kurumların kompozisyonunda cinsiyet, ırk ve etnik köken gibi çeşitli unsurların gözetilmesinin yargıya güveni arttıracığı ve toplumun her kesimiyle köprü kurmaya yardımcı olacağı

<sup>20</sup> BİLİR Faruk, Demokratik Meşruluk, Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Tarafsızlığı Bağlamında Yargı Organının (yeniden) Yapılanması, 2012, içinde, Demokratik Anayasa, haz. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul. s. 375.

<sup>21</sup> ÖZBUDUN Ergun, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, 2007, <http://www.dunyabulteni.net/?aType=yazarHaber&ArticleID=1116>, (erişim tarihi:5/4/2018).

öne sürülmektedir<sup>22</sup>. Böylece yüksek yargı kurullarına seçilecek yargıçların çeşitli özelliklerinin de göz önünde bulundurulmasıyla, bu kurulların oluşturulması gerektiği ifade edilir. Bu gereklilik hukuk devleti ve demokrasinin kaçınılmaz bir sonucu olarak değerlendirilirken, yargı bağımsızlığı ve yargıda çoğulculuk arasında bir bağın olduğundan söz edilmektedir<sup>23</sup>. Buna göre çok kültürlü toplumlarda toplumun çeşitliliğinin yargı kurullarında da gözlenir olması; azınlık grupları açısından, yargı bağımsızlığının sağlandığı yönünden sembolik ve temsili bir değer taşımaktadır. Bu anlamda yargıda çoğulcu yapının sağlanması, yargı bağımsızlığı için öncelikli bir husus olarak kabul edilir<sup>24</sup>.

Özellikle yargıda bağımsızlığın yapısal unsurlarından biri olarak değerlendirilen yargıçların atanma ve kariyerlerine ilişkin güvenceler<sup>25</sup> kapsamında, “Yargıçların Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı’nda”<sup>26</sup> belirtilene uygun olarak, cinsiyet etnik veya sosyal köken gibi nedenlerle ayırım yapılmaması gerektiği hususu bu baği açığa çıkarmaktadır. Yargı bağımsızlığıyla ilişkili olarak yargıç atamalarında çoğulculuğun sağlanması, özellikle kadın erkek eşitliğinin göz önüne alınarak atama yapılmasını gerektirirken; günümüzde yalnızca cinsiyet dengesinin yeterli olmadığı, yargıç atamalarının toplumun etnik, sosyal, felsefi çeşitliliğine uygun yapıda olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>27</sup>. Buna ilişkin olarak bu tartışmalar son dönemde özellikle İngiltere merkezli olup, oradaki yargı kurullarının yapısının diğer Avrupa ülkelerine göre çeşitliliğe daha az yer verdiği saptamasıyla başlamaktadır<sup>28</sup>. Yine de yargıda çoğulculuk uygulamaları yalnızca İngiltere’yle sınırlı olmayıp; Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere birçok ülkede yargı alanında yapılacak

<sup>22</sup> CHEN Edward M., The Judiciary, Diversity, and Justice for All, California Law Review, Vol. 91, No. 4 Jul., 2003, s. 1116.

<sup>23</sup> BARONESS Brenda Hale, The Appointment and Removal of Judges: Independence and Diversity, International Association of Women Judges 8 th Biennial Conference 3-7 May 2006 Sydney, Australia.

<sup>24</sup> WYNN James Adrew Jr., MAZUR Eli Paul, Judicial Diversity: Where Independence and Accountability Meet, Albany Law review, Vol 67, 2004, s.790.

<sup>25</sup> İNCEOĞLU Sibel, s.18.

<sup>26</sup> <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/6b93439f-7312-4e49-a52d-7e0e2790845a.pdf> (erişim tarihi:5/4/2018).

<sup>27</sup> İNCEOĞLU Sibel, s.18,19.

<sup>28</sup> Bu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bir rapor için bkz: Judicial Diversity:Accelerating Change, 2014 [https://jac.judiciary.gov.uk/sites/default/files/sync/news/accelerating\\_change\\_fm1rev\\_0.pdf](https://jac.judiciary.gov.uk/sites/default/files/sync/news/accelerating_change_fm1rev_0.pdf) (erişim tarihi: 5/4/2018). Ayrıca bkz: <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/legal-profession-must-do-more-to-improve-ethnic-diversity-says-supreme-court-president-8664006.html>, (erişim tarihi: 5/4/2018).

reformlar içinde, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine yönelik adımlara dâhil edilmektedir. Yargı kurullarının yapısının toplumsal çeşitliliğe uygun bir biçimde belirlenmesi yargıçların özellikle azınlık gruplarının dezavantajlı konumlarını anlamasını, böylece de hukuk devletinin gereğine uygun kararların ortaya çıkmasını sağlayacağı ifade edilmektedir<sup>29</sup>.

Yüksek yargı kurullarının oluşturulmasında toplumun yapısı ve ihtiyaçlarının göz önüne alınması, yargıçların tikel kimliklerinin ve yaklaşımlarının onları atayanlarca daha önceden bilinmesi anlamına gelecektir. Bu da atanmış yargıçların etnik kökeninin, dini inancının, cinsel yöneliminin, siyasi görüşünün vb. bilinmesini gerektirir<sup>30</sup>. Anglo- Sakson hukuk sistemlerinde, özellikle Amerika Birleşik Devletleri örneğinde olduğu gibi, yargıçların meslekleri boyunca aldığı kararların, yargısal ve politik faaliyetlerinin bilinebilir olması<sup>31</sup>, yüksek yargı atamalarında gözetilen kriterleri açıkça ortaya koyar niteliktedir. Buna karşılık Türkiye’de hukuk sistemi içerisinde bu türden bilgilerin var olduğu ve kamuya açık olarak paylaşıldığı bir uygulamanın olmadığını söylemek mümkündür. Böylece hukuk sistemleri arasında bu farklılık yüksek yargı kurullarında atama yapılırken yargısal çoğulculuğun sağlanıp sağlanmadığına ilişkin çıkarım yapma olanağını tartışmaya imkân vermektedir.

Türkiye’de yargıda çoğulculuk tartışmalarına kaynağında, yargı bağımsızlığına ilişkin Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu, bir diğer adıyla, Venedik Komisyonu’nun görüş ve önerileri yer almaktadır. Söz konusu Komisyon’un bu anlamda 2010 tarihli raporu Türkiye’deki gelişmelere bağlı olarak oldukça önemlidir. Zira bu rapor yargı bağımsızlığına ilişkin yapılan yasa değişikliklerinin bir nevi meşru

<sup>29</sup> VARGAS Sylvia R. Lazos, Does a Diverse Judiciary Attain a Rule of Law That is Inclusive: What Grutter v. Bolinger Has to Say about Diversity on the Bench, Michigan Journal of Race & Law Vol. 10:101, 2004, s.108.

<sup>30</sup> Buna ilişkin bir somutlama, 2017 Amerikan başkanlık seçimi öncesi mevcut Başkan Trump’ın *Supreme Court* ataması tartışmalarında karşımıza çıkar. Buna göre Trump’ın seçim öncesi atayacağı *Supreme Court* yargıcının “*second amendment*” koruyucusu ve kürtaj karşıtı (pro-life) olacağı, seçim vaatleri arasında yer aldı. (<https://www.nytimes.com/2017/01/11/us/politics/supreme-court-nomination-trump.html>) Böylece atanacak yargıcın kimliğine dair bir belirlemenin yapıldığı ve bu durumun da olağan olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>31</sup> Yargı kurullarına seçimde yargıçların meslek içi ve dışı her türlü faaliyetlerinin kayıt altında tutulmasına ilişkin bkz: <https://www.judiciary.senate.gov/nominations/judicial>. Buna göre ABD hukuk sistemi içinde “Committee on the Judiciary” altında Senato, aday yargıçlar hakkında ayrıntılı bilgiye sahiptir ve bu bilgiler de kamuya açık niteliktedir.

dayanağını teşkil etmiştir. Anılan raporun değişikliklere zemin sağlayan ilgili maddesinin formüle edilişi şu şekildedir:

“Venedik Komisyonu, hakimlerin mesleğe kabulü ve kariyerleri konusunda bağımsız bir yargı konseyinin belirleyici bir etkiye sahip olmasının yargı bağımsızlığını teminat altına almak için uygun bir usul olduğu görüşündedir. Her biri değerli olan ve korunması gereken Avrupa hukuk kültürünün zenginlikleri sebebiyledir ki tüm ülkelerde uygulanabilecek olan tek bir model söz konusu değildir. Hukuk sistemlerinin bu nebze çeşitliliğine saygı duyarken, Venedik Komisyonu, henüz bu değerlendirmeyi yapmamış olan devletlerin bağımsız bir yargı konseyi veya benzer bir organ teşkili seçeneğini değerlendirmelerini tavsiye etmektedir. Her halükarda anılan konsey çoğulcu bir yapıya ve çoğunluğu olmasa bile hatırı sayılır bir kısmı hakimlerden oluşan üyelere sahip olmalıdır. Tabii üyeler hariç olmak üzere bu hakimler denklere tarafından seçilmeli veya atanmalıdırlar.”<sup>32</sup>

Buna göre yargıda çoğulcu yapının sağlanması, yargı bağımsızlığıyla doğrudan ilgili kabul edilmiş ve bu yapının sağlanması için gerekli düzenlemelerin yapılması tavsiye edilmiştir. Bu itibarla, Türkiye’deki yargıda çoğulculuk tartışmaları ve uygulamalarının bu tavsiyeyle birlikte değerlendirildiğini ve en azından bu raporun tartışmaların kaynağında yer aldığını söylemek mümkündür.

Bu kısa açıklama ışığında, Türkiye’deki yargıda çoğulculuk tartışmalarının seyrine bakmadan evvel iki temel sorunu ortaya koymak gerekir: Yargıda çoğulcu uygulamalar hukuk devletinin gerçekleşmesi için gerekli midir ve eğer gerekli ise Türkiye’de yargı alanındaki değişiklikler yargıda çoğulculuğu sağlamaya yönelik midir? Bu soruların cevapları, Türkiye’de yargıda çoğulculuk tartışmalarının önemli bir dönemeci sayılabilecek 2010 Anayasa değişikliğinin içeriği ve hakkında yürütülen tartışmalarla başlayan sürece bakılarak bulunacaktır.

2010 Anayasa değişiklikleri olarak bilinen 5982 sayılı ve 07/05/2010 tarihli kanun özellikle Anayasa Mahkemesi ve o dönemdeki adı ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun (HSYK) yapısıyla ilgili değişiklikleri kapsar<sup>33</sup>. Anayasa Mahkemesi’nin yapısına ilişkin 2010

<sup>32</sup> [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur), (erişim tarihi: 5/4/2018).

<sup>33</sup> 2010 yılı değişiklikleri, aynı dönemde pek çok hukukçu tarafından yergiye ve övgüye konu edilerek çalışıldı. Bu çalışmada 2010 ve sonrasında yargı alanındaki değişiklikleri incelemek gibi bir amaç söz konusu olmadığı için, yalnızca yargıda çoğulculuk tartışmalarıyla ilgisi olduğu kadarıyla değişikliklere değinilmektedir. Bununla beraber, yargıda çoğulculuk uygulamalarının yöneldiği alanlar yüksek yargı kurulları olduğu için,

değişikliklerinde ilk göze çarpan üye sayısının arttırılması<sup>34</sup> ve de üye seçiminde yasama organına da yetki verilmesi hususudur. Bu değişikliklerle Anayasa Mahkemesi üyelerinin yalnızca yargı bürokrasisinden değil, Cumhurbaşkanı, Y. ÖK, TBMM tarafından da seçiliyor olmasıyla bürokratik vesayetın yargıda güç kaybedeceği ve böylece yargıda çoğulculuğun sağlanacağı ileri sürülmüştür<sup>35</sup>. Aynı şekilde o dönemki adıyla Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin değişiklikler de benzer gerekçeyle yapılmıştır. Buna göre kurulun üye sayısının 7'den 22'ye çıkması yalnızca nicelik değişikliği biçiminde olmamış, aynı zamanda üyelerin seçildiği kurumların da çeşitliliği sağlanarak nitelik olarak da değişim gerçekleşmiştir. Söz konusu değişiklik HSYK'nın "çoğulcu ve temsillige uygun olarak", "sivil ve özgürlükçü" anayasanın anahtarlarından birinin gerçekleşeceğine ilişkin önerilere karşılık gelmiştir<sup>36</sup>. Böylece değişikliğin savunusu, sayısı artan kurul içinde "az sayılı yerine karma oluşuma dayalı kalabalık bir topluluk karar alacağı için kişisel kayırmalar, arkadaşlık ilişkileri, ideolojik endişeler, kayırma, kişisel çıkar, blok halinde oy kullanılması" gibi durumların daha az yaşanacağı öne sürülerek yapılmıştır<sup>37</sup>. Buna ek olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeleri arasında ilk derece yargıçlarla yüksek yargıçlar arasındaki dengenin gözetilerek, "kast zihniyetine sahip yargı teknokrasisinin" sebep olduğu çoğulculuğa vurulan ket ortadan kalkmış kabul edilir<sup>38</sup>.

Özetle 2010 değişiklikleri yargı kurullarının çoğulcu yapıya kavuşmasının bir adımı olarak, yargı bağımsızlığını ve demokratik

---

bu çalışma, Türkiye ekseninde daha çok Anayasa Mahkemesi ve -güncel adıyla- Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun üye yapılarına ilişkin incelemeyle sınırlanır.

<sup>34</sup> *Supreme Court'un* toplumun çeşitliliğini ve yapısını yansıtması gerektiğinden hareketle yargıda çoğulculuk tartışmasının yürütüldüğü Amerika'da, *Supreme Courta* seçilen yargıçların sayısının arttırılması gerektiği öneriler arasında yer almıştır. WILLIG Onwuachi Angela, Representative Government, Representative Court- Supreme Court as a Representative Body, Minnesota Law Review, Vol 90, 2006, s.1265.

<sup>35</sup> HAKYEMEZ Yusuf Şevki, 2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti, 2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. Sa. 2 s.398; benzer görüşler için bkz: ÇOŞAR Vedat Ahsen; 2010-2011 Yargı Yılı Açılış Konuşması, Ankara, 6 Eylül 2010, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara; ATAR Yavuz; "Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması", AYD, Yıl 2008, S: 25.

<sup>36</sup> FENDOĞLU Hasan Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Dünü Bugünü, 2010, Yetkin Yayınları, Ankara, s.68.

<sup>37</sup> HAKYEMEZ Yusuf Şevki, s.400,401.

<sup>38</sup> BALTACI Cemal, Demokrasi Ve Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Türkiye'de Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2013, s.162.



meşruiyetin gerçekleşmesine yönelik gelişmeler olarak değerlendirilmiştir. Bununla birlikte bu değişikliğe karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesinin 2010/49 E. 2010/87 K. Sayılı kararı önem arz etmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi bu kararıyla değişiklik paketinin yalnızca seçim usulüne ilişkin düzenlemesine iptal kararı vermiş, ilgili değişiklikleri demokratik hukuk devletinin gereği olarak ele alınmış ve "yargı bağımsızlığını dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsız hale getirdiği" iddialarının geçersiz olduğunu ifade etmiştir.

Tüm bu olumsuz görüşler dışında, 2010 değişikliklerinin gerekçesinde belirtilenlerin aksine demokratik hukuk devletinin gereği olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını savunan görüşler de mevcuttur. HSYK’nın yapısına ilişkin değişikliklerin, yargı kurullarının işleyişinde yasama çoğunluğuna ve dolayısıyla siyasi iktidara geniş manevra alanının tanımaya elverişli olduğunu söyleyen Gönenç, Adalet Bakanı’nın HSYK üzerindeki yetkilerinin devamının da bu tespiti doğrular nitelikte olduğunu ifade etmiştir<sup>39</sup>. Bu eleştiri, kurulun yargıç ve savcı olmayan üyelerinin doğrudan Cumhurbaşkanı’nınca seçilmesi nedeniyle de yapılmıştır<sup>40</sup>. Ayrıca Anayasa Mahkemesi’ne üye seçiminde sembolik de olsa TBMM’ye verilen yetkinin yargının siyasallaşmasının önünü açacağı, bunun da hukuk devleti ilkesini tehlikeye sokacağı gibi pek çok tartışma aynı dönemde dile getirilmiştir<sup>41</sup>. Kısaca söz konusu eleştirileri bir araya getirmek gerekirse, yargı alanında gerçekleştirilen 2010 değişikliklerinin iktidar partisi tarafından “kendilerine bağımlı ama bağımsız, kendi taraflarında ama tarafsız” yargının oluşturulmasının zemini olduğu belirtilebilir<sup>42</sup>.

Böylece 2010 yılında Türkiye’de yargıda çoğulculuk, özellikle İngiltere’deki tartışmanın aksine; farklı devlet organları tarafından seçilen, farklı kademlerdeki yargıçlardan oluşan yargı kurulları olarak anlaşılmıştır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı dışında başka organlar tarafından kısmen de olsa üye seçilmesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek

<sup>39</sup> GÖNENÇ Levent, s.161.

<sup>40</sup> İNCEOĞLU Sibel, Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler, TBB Dergisi 2011 (95), s.242-243.

<sup>41</sup> Bkz: ODYAKMAZ Zehra; “Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler”, AYD, Yıl 2008, S:25.

<sup>42</sup> İLKİZ Fikret, Anayasa Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi, 2010, içinde, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, ed. Bahri Öztürk, Fikret İlkiz, Ümit Kocasakal, Seçkin Yayınevi, s.46.

Kurulu'nda ilk derece mahkeme yargıçlarının da temsil edilebilmesi yargıda çoğulculuğun sağlanmasına yönelik adım olarak nitelendirilmiştir. Ancak gerek yasa gerekçesi gerekse değişikliği olumlu olarak nitelendirenler tarafından verilen ülke karşılaştırmalarının da gösterdiği üzere, yargıda çoğulcu yapının sağlanması farklı kurumlarca seçilen aynı tip yargıç anlamına gelmemektedir. Yukarıda İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri üzerinden yapılan açıklamalarda görüldüğü üzere çoğulcu yapının sağlanmasının bir adımı olarak gösterilen 2010 değişiklikleri, asıl tartışmanın oldukça uzağında yer almıştır. Bu değişikliğin tam olarak nerede yer aldığı sorusu ise sonrasında gerçekleşen yeni değişiklik ve uygulamalarla ortaya konabilir. Bu açıdan yargıda çoğulculuğu sağlamak adına yapılan değişiklikler 2010 yılı ile sınırlı kalmadığı gibi sonuçları itibariyle de geleceğe dönük niteliktedir. Bu değişikliklere ilişkin bir diğer önemli tarih 2014 yılına tekabül eder.

2014'te 6524 sayılı yasayla HSYK'nın iç yapısıyla ilgili olarak çeşitli düzenleme yapılması ön görülmüş, ayrıca hakim ve savcıların meslek içi yükselme, eğitim ve çeşitli kurullara atanmalarına ilişkin önemli değişikliklere gidilmiştir. Göze çarpan değişiklikler ilk olarak, yargıçlar ve savcıların mesleklerine ilişkin kararlarda HSYK'nın yetkisi azaltılmış, özerk yapıda olması gereken Türkiye Adalet Akademisinin bu niteliği zayıflatılmıştır<sup>43</sup>. Genel olarak yapılan bu değişikliğin, yargıç ve savcılarının meslek içi eğitimlerinde, özlük işlerinde ve diğer hususlarda Adalet Bakanı lehine yetki artırımı sonucu doğurduğu değerlendirilmesi yapılabilir.

2014 değişikliklerini kavrayabilmek için o dönemde gerçekleşen tartışmalara değinilmesi gerekir. Zira bu değişikliklerle doğrudan hukuk devletinin gereklerini yerine getirme ve iyileştirme kaygısından ziyade, yargının yapısında ve kompozisyonunda “paralel yapının tasfiyesinin” amaçlandığı ifade edilmiştir<sup>44</sup>. Ancak politik kaygıların önünde duran gerekçe 2010 gerekçesiyle benzer biçimde, yargıda çoğulculuğun hayata geçirilmesiyle yargı bağımsızlığının sağlanmasıdır. Bu durum, yine o dönem bir gazetede çıkan yazıda açıkça ifade edilmiştir. 6524 sayılı yasanın kanunlaşmasıyla aynı dönemde Star Gazetesi yazarı Süleyman

<sup>43</sup> SAĞLAM Fazıl, Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler, 2017, Av. Teoman Ergül’e Armağan, ed. Ozan Ergül, TBB Yayınları, Ankara, s.386-390.

<sup>44</sup> SAĞLAM Fazıl, s.384. Benzer şekilde o dönemde kurulan Yargıda Birlik Derneği açıklamalarında da “paralel yapının tasfiyesi” temel amaç olarak belirtilmiştir. Söz konusu açıklama için bkz: <http://t24.com.tr/haber/yargida-birlik-cemaat-yar-savi-ele-gecirdi-bizim-listemizde-solcu-alevi-milliyetci-ve-dindarlar-var,270124>, (erişim tarihi:01/04/2018)

Ülker tarafından kaleme alınan bu yazıda “yargıda alacalı çoğulculuğun” sağlanmasının önemine değinilmiştir<sup>45</sup>. Ülker’e göre:

“(…) Eksik ve örtük siyasileşerek bir grubun güdümüne girmiş yargıda, kontrolü eline geçirmiş grup, “yargı bağımsızlığı”nın sağladığı ilişilemezlik güvencesiyle uyguladığı taraflı ve hak ihlal eden siyasetini, “yargının gereği” gibi yansıtır ve “yargı kararına saygı” adı altında onu kutsar. Bu grubun yargı dışındaki mensupları da herkesi “yargı süreçlerine ve yargı kararlarına saygı duyma” ya davet eder. “Alacalı çoğulcu” olmayan yargı, siyasi davranabilen, siyasi operasyonlar yapabilen yargıdır. Yargıyı, siyasi davranmaktan ve siyasi operasyon yapmaktan alıkoymanın, sadece adalete hizmet eder kılmanın en emin yolu, onu “alacalı çoğulcu” biçimde tam ve açık siyasileştirmektir.”

Bu ifadeyi genel bir tutum olarak nitelendirme yanlısına düşmeden şunu ifade etmek gerekir ki, burada aktarılanlar siyasal iktidarın yargıyı biçimlendirme uygulamalarına açıklık getirir. Buna paralel olarak aynı dönemde HSYK seçimi öncesi Yargıda Birlik Derneği sözcüsü tarafından yapılan açıklama da aynı şekilde, yargıda çoğulcu yapının demokratik hukuk devleti için gerekliliği ve bunun da son dönemdeki gelişmelerle gerçekleştirildiğine dikkat çeker niteliktedir. Buna göre:

“(…) Bakın biz yargı bürokrasisinde çoğulcu ve katılımcı bir yapı oluşursa yargıda birlik ve beraberliğin olacağına, bu yapıyla da mücadele edilmesi gerektiğine inandık. İnsanlar muhafazakâr olabilir, sosyal demokrat olabilir, milliyetçi olabilir, başka görüşe, yaşam biçimine sahip olabilir, önemli olan özgür birey olmaktır. Kişi bireyse eğer o kişide vicdan olur, hukuk olur ve kendi bilgisi liyakatı içinde hareket eder. Ama birey olmayınca belli bir mensubiyet adına hareket eden bir yapı varsa, kişi bir zümre adına hareket ediyorsa orada sorun başlıyor. Korkulması gereken şey bu. Buna karşı birlikte hareket edebilmek çok önemli elbette. Platformda da sosyal demokrat arkadaşlar, Alevi, milliyetçi, dindar arkadaşlarımız var. Aleviyim ve ‘birlik olalım’ diyorum.”<sup>46</sup>

Bu açıklamalarla aynı doğrultuda çoğulculuğun gerekliliğine dair açıklama Cumhurbaşkanı tarafından da 16 Nisan 2017 Referandumu öncesi dile getirilmiştir:

“Önümüzdeki dönemde de Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu’nun çoğulcu ve geniş tabana oturan yapısı mutlaka korunacaktır. Ülke olarak,

<sup>45</sup> <http://www.star.com.tr/acik-gorus/ust-yargida-alacali-cogulculuk-haber-828301/> tarih: 11.01.2014

<sup>46</sup> <http://t24.com.tr/haber/yargida-birlik-cemaat-yar-savi-ele-gecirdi-bizim-listemizde-solcu-alevi-milliyetci-ve-dindarlar-var,270124> (erişim tarihi:01/04/2018)

adalet teşkilatı olarak çok büyük faydasını gördüğümüz bu çoğulcu yapıdan geriye dönüş mümkün değildir.”<sup>47</sup>

Böylece bu açıklamayla Cumhurbaşkanı'nın bugüne kadar yapılan değişikliklerle çoğulcu yapının sağlandığını kabul ettiğini ve hali hazırda mevcut kabul edilen çoğulcu yapının devam edeceğini de ön gördüğünü söylemek mümkündür.

16 Nisan 2017 Anayasa değişikliğiyle yargı alanında yapılan değişiklikler bugüne kadar gelineen durumun son durağı ve 2010 yılından beri yapılan değişikliklerin sonuçlandığı zamana tekabül eder. 16 Nisan 2017'de referandum yoluyla kabul edilen Anayasa değişikliği, yürütme erkine ilişkin ciddi değişiklikleri içinde barındırması sebebiyle kamuoyunda çokça tartışılmıştı. Ancak söz konusu değişiklik yalnızca yürütme erkine ilişkin değişiklikleri ihtiva etmez; ayrıca yargı organına dair önemli bir takım düzenlemeleri de barındırmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus 16 Nisan değişiklikleriyle, çalışma boyunca yapısı değiştirilen Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısının tekrar düzenlenmesidir.

Buna göre Anayasa Mahkemesi'nin 2010 değişiklikleriyle 17 üyeye çıkan yapısı 16 Nisan 2017 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 6771 sayılı Kanunla birlikte 15 üyeye indirilmiştir<sup>48</sup>. Hatırlanacak olursa, 2010 değişiklikleri sırasında mahkemenin yapısına ilişkin bu değişiklik; yargıda çoğulculuğun sağlanması yoluyla hukuk devletinin gereğinin yeri getirilmesi olarak ifade edilmişti. Ancak 16 Nisan'da yapılan değişiklik gösteriyor ki, yargıda çoğulculuk üye sayısının artırılmasıyla sağlanamamış olacak ki üye sayısı azaltılmıştır. Gerçi üye sayısının azaltılması Askeri Yargıtay ve AYİM'in kaldırılmasıyla buralardan seçilen 2 üyenin artık seçilemeyecek olmasıyla gerekçelendirilebilecekse de; bu sayının muhafaza edilerek diğer kaynaklardan seçilen üyelere kaydırılmasının, bir diğer ifadeyle yargıda çoğulculuğun sağlanmasına ilişkin adım atılmamasının herhangi bir gerekçesi yoktur. Böyle bir yola gitmemenin muhtemel sonucu ve önemi, Türkiye Barolar Birliği (TBB) tarafından yapılan değerlendirme yazısında ifade ettikleriyle örtüşür niteliktedir:

<sup>47</sup> 18.01.2017 tarihli A Haber, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğanın Yargıda Birlik Derneği Üyelerine konuşması, Erişim: <https://www.youtube.com/watch?v=H7u2br2cZIO>, (erişim tarihi:10/05/2018)

<sup>48</sup> Söz konusu değişikliklerin genel değerlendirilmesi için bkz: GOZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Eylül 2017, Ekin Yayınları, Bursa, s.414 vd.

“Burada dikkat edilmesi gereken konu, Mahkeme'nin üye sayısının değişmesi değil; ama bu üyelerin atanma biçimidir. Bu bağlamda, üye sayısı 15'e düşürülen Yüksek Mahkeme'nin; 3 Üyesi, Cumhurbaşkanının iktidar partisi genel başkanı olarak kontrol ettiği Meclis tarafından seçilmekte; 3 Üyesi, üyelerini Cumhurbaşkanının belirlediği YÖK tarafından önerilmekte ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekte; 4 Üyesi, belli kategori isimleri arasından doğrudan Cumhurbaşkanınca seçilmekte; Kalan 5 Üye de Yargıtay ve Danıştay'ın gösterdiği adaylar arasından yine Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir. Özetle, Anayasa Mahkemesi'nin neredeyse tüm Üyeleri bir şekilde Cumhurbaşkanı tarafından seçilmiş ve atanmış olmaktadır.”<sup>49</sup>

Böylece yargıda çoğulcu yapının sağlanmasına ilişkin isteğin azaldığını ve yalnızca Cumhurbaşkanı tarafından oluşturulan yargı kurulu kompozisyonunun oluşturulduğu ifade edilebilir. Ancak bu çıkarımın erken olduğunun düşünülme ihtimaline karşı söz konusu değişikliğin yargı organına yönelen kısımlarına bakılabilir.

Yargı organına yönelik değişiklikler kapsamında göze çarpan bir diğer değişiklik; HSYK'nın yapısı ve ismine dair olandır. Buna göre, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun adı değişmiş; Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) olmuş; 2010 değişikliğiyle 22 ye çıkartılan üye sayısı 13 üyeye düşürülmüştür. Bu nicelik değişimi nitelik değişimini de beraberinde getirir. Zira Adalet Bakanı ve Adalet Bakanı Müsteşarının doğal üyesi olduğu kurulun 4 üyesi Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan seçilirken; 7 üyesi TBMM tarafından seçilmektedir. Ancak bu dağılım şu somut gerçeğe birlikte düşünülmelidir: Adalet Bakanı ve Müsteşarının doğal üyesi olmasıyla Kurulun 6 üyesi doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından; geri kalan 7 üye de Cumhurbaşkanının kontrolü altında olması muhtemel TBMM tarafından seçilecektir.<sup>50</sup>

Bu düzenlemenin de yargıda çoğulculuğu sağlamaya yönelik olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira TBB'nin görüş yazısında ifade edildiği üzere;

“Bu atamaları yapan kişinin sıfatı "Cumhurbaşkanı" olmasına karşılık, önerilen değişiklik uyarınca bu kişinin aynı zamanda "İktidar Partisi Genel Başkanı" olmasının kuvvetle muhtemel olduğudur. Nitekim teklife göre Kurul'un kalan 7 üyesi de Türkiye Büyük Millet Meclisi

<sup>49</sup> [http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa\\_Degisikligi.aspx](http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx), (erişim tarihi:10/05/2018)

<sup>50</sup> GÖZLER, Kemal, Elveda Kuvvetler Ayrılığı Elveda Anayasa, erişim: <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>, (erişim tarihi:10/05/2018); ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 2017, Yeterkin Yayınları, Ankara,s.364.

tarafından atanacak olup; Cumhurbaşkanı'nın genel başkanı olduğu siyasî parti'nin çoğunlukta olacağı bir Meclis kompozisyonundan hangi eğilimdeki üyelerin geleceğini öngörmek güç değildir.”<sup>51</sup>

Sonuç olarak 16 Nisan referandumuyla değişen Anayasa, yargının bağımsızlığını sağlamaya yönelik göstermelik düzenlemelerin dahi olmadığı; yargının yürütmeye bağlı kılındığı bir değişiklik olarak değerlendirilmektedir.<sup>52</sup> Bununla birlikte 2010 yılı itibariyle yargıda çoğulcu yapının sağlanması gerekçe gösterilerek yapılan yargısal değişikliklerin, yargı kurullarının kompozisyonunda çoğulcu yapının oldukça dışında yer aldığı ifade edilebilir.

## SONUÇ

Gelinen nokta göstermektedir ki, Türkiye’de yargı bağımsızlığına ilişkin derin ve ciddi sıkıntılar vardır. Bu sıkıntıların bir kaynağı da, bu açıdan, 2010 yılı miladıyla Türkiye’deki yargı alanında yapılan değişikliklerde aranmalıdır.

Yargı bağımsızlığı, hukuk devletini siyasi bir ideal veya hukuki bir ilke olarak ele almaktan doğan ayırım içinde yalnızca bir tarafa ait bir gereklilik değildir. Ancak yargı bağımsızlığının hukuk devleti ilkesine temel olma niteliğine rağmen; bağımsızlığa ilişkin bir adım olarak nitelendirilebilecek yargıda çoğulculuk, hukuk devleti ilkesinin siyasi bir ideal olarak ortaya çıktığı durumlar için geçerlidir. Zira hukuk devletinin maddi içeriğine dönük olarak, ona yüklenen “erdem” gerçekleştirilmesi yönünden bir adımdır. Bu aşamada çalışmanın başında sorulan, yargıda çoğulcu yapının hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine yönelik olup olmadığı sorusuna dönmek gerekmektedir. Bu sorunun cevabı, yargıda çoğulcu yapının sağlanması adına HSK üye seçiminde 2014’te kurulan “Yargıda Birlik Derneği” içindeki sosyal demokrat adayların dışında tutularak; onların yerine Meclis içinde Adalet ve Kalkınma Partisi ve Milliyetçi Hareket Partisi tarafından desteklendiği ifade edilen adayların seçilmesine ilişkin gelişmelerde<sup>53</sup> bulunur. Buna göre yargıda çoğulcu uygulamaların her zaman hukuk devletinin sağlanmasına yönelik olmak gibi bir zorunluluğu içermediği görülmektedir.

<sup>51</sup> [http://anayasadegisikhgi.barobirhk.org.tr/Anayasa\\_Degisikligi.aspx](http://anayasadegisikhgi.barobirhk.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx), (erişim tarihi:10/05/2018)

<sup>52</sup> Benzer görüş için bkz: KABOĞLU, İbrahim, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016), Ankara Barosu Dergisi, 2016/4; GÖZLER, Kemal, Elveda Kuvvetler Ayrılığı Elveda Anayasa, erişim: <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>, (erişim tarihi:10/05/2018)

<sup>53</sup> [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/738938/\\_Yargida\\_birlik\\_lafta\\_kaldi.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/738938/_Yargida_birlik_lafta_kaldi.html).

Bununla birlikte yargıda çoğulcu uygulamalar esasta, -Anglo Sakson hukuk sistemlerinde- yargıda çoğulculuğun sağlanmasının bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşması anlamına geleceği; daha adil ve hukuk devletine uygun bir hukuk sistemine vücut vereceği varsayımıyla ifade edilir.<sup>54</sup> Yargıda çoğulculuk tartışmalarına bakıldığında temel meselenin yargının bağımsızlığının sağlanması hususunda yoğunlaştığı görülebilir. Yargıda çoğulculuk taraftarlarının esas argümanı, bu uygulamanın yargının bağımsızlığını sağlamaya yönelik bir adım olmasıdır. Ancak burada üzerinde önemle durulması gereken husus, yargıda çoğulcu uygulamaların olumlu sonuçları olup olmadığından ziyade, bu kavramın hangi söylem içinde yer aldığı tartışmasıdır. Zira yargıda çoğulculuğun sağlanmasına yönelik girişimler genelde “çirkin politikaların” çıkış noktasında yer alma tehlikesini içinde barındırmaktadır.<sup>55</sup>

Benzer biçimde Türkiye’deki durum da göstermektedir ki, bu kavram yürütmenin yargıya müdahalesinin önünü açmaya yarayan sihirli bir anahtar işlevine de sahiptir. Bir diğer deyişle Türkiye’de kavramın anlaşılması ve uygulanması bir tokenizm örneği olmanın ötesine geçmemiştir. Öyle ki, çoğulcu yapı dünyadaki örneklerinde yargı kurullarının kompozisyonlarının oluşturulmasında etnik, cinsiyet, din vb. gibi tikelliklerin göz önüne alınmasını gerektirirken; Türkiye’de bu durum yalnızca yargı kurullarına seçilecek üyelerin farklı bürokratik yapılardan gelmelerini sağlamaya yönelik olmuştur. Bu farklı kavrayış, hukuk sistemleri arasında var olan ayrıma da uygun düşecek biçimde, çoğulcu yapının sağlanması için gerekli bilginin mevcut olup olmamasıyla da bağlantılıdır. Açık ifadesiyle, yüksek yargı kurullarına yapılacak atamada yargıç ve savcılarının mesleki ve kişisel kimliklerinin bilgisine sahip olmayı da beraberinde getiren çoğulculuk, bu bilgilere sahip kılan araçlardan yoksun bir hukuk sisteminde muhtemel bir varlık kazanamayacaktır. Bunun ötesinde, ayrımcılık karnesi kötü olan bir ülkede yargıçların kişisel görüş ve düşüncelerinin “fişlenmesi”, liyakat harici uygulamaların da meşruiyeti için kapı açabilir niteliktedir.

Yargı kurullarında yargıçların kimlikleri göz önünde bulundurularak yapılacak bir seçimin olumlu olup olmadığına ilişkin derinlemesine bir değerlendirme bu çalışma kapsamını aşacaktır. Ancak

<sup>54</sup> CHEN Edward M., s. 1124; BARONESS Brenda Hale, The Appointment and Removal of Judges: Independence and Diversity, International Association of Women Judges 8 th Biennial Conference 3-7 May 2006 Sydney, Australia

<sup>55</sup> VARGAS Sylvia R. Lazos, s.148.

yargıç ve savcılarının kimliklerinin alenileştirilmesi yargı organının kimliklerin belirsiz ve kaygan zeminine çekmeye olanak verebilir niteliktedir. Yine de yargıda çoğulcu uygulamaların içeriğine dair bir olumlama yapmadan da bu kavramla hareket edildiğinde ortaya çıkan sonuçların olumsuzluklarına değinmek mümkündür. Buna göre Türkiye’de yargıda çoğulcu yapıyı sağlamaya yönelik olduğu iddiasıyla yapılan değişikliklerin, yargı bağımsızlığına zarar verdiği kolaylıkla görülmektedir. Bu açıdan 2010 ve 2017 değişiklikleriyle ortaya koyulan durum arasında bağlantıyı kurmak önem taşır. Zira yargıda çoğulculuğun sağlanarak yargının bağımsız kılınması 2010 değişikliklerinde söz konusu olmadığı gibi; 16 Nisan 2017 ile oluşturulan yapıyı öncülleyerek, yargı bağımsızlığının yok sayılmasının önünü açmıştır.

### KAYNAKÇA

- ATAR, Yavuz; “Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması”, AYD, Yıl 2008, S: 25.
- BARONESS, Brenda Hale, The Appointment and Removal of Judges: Independence and Diversity, International Association of Women Judges 8 th Biennial Conference 3-7 May 2006 Sydney, Australia.
- BALTACI, Cemal, Demokrasi Ve Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Türkiye’de Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2013.
- BİLİR, Faruk, Demokratik Meşruluk, Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Tarafsızlığı Bağlamında Yargı Organının (yeniden) Yapılanması, 2012, içinde, Demokratik Anayasa, haz. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul.
- CHEN, Edward M., The Judiciary, Diversity, and Justice for All, California Law Review, Vol. 91, No. 4 Jul., 2003.
- ÇOŞAR, Vedat Ahsen; 2010-2011 Yargı Yılı Açılış Konuşması, Ankara, 6 Eylül 2010, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara.
- DICEY, Albert V., Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar, içinde, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., 2008, Liberte Yayınları, Ankara.
- FENDOĞLU Hasan Tahsin, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Dünü Bugünü,2010, Yetkin Yayınları, Ankara.
- FULLER, L.L., Hukukun Ahlakı, 2016, çev. Engin Arıkan, Tekin Yayınevi, İstanbul.
- GÖNENÇ Levent, Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Yargı, 2014 (1.bs.), Adalet Yayınevi, Ankara.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Eylül 2017, Ekin Yayınları, Bursa.
- GÖZLER, Kemal, Elveda Kuvvetler Ayrılığı Elveda Anayasa, erişim: <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>.
- GUARNIERI, Carlo/ PIANA, Daniela, Judicial Independence And The Rule Of Law: Exploring The European Experience, içinde, The Culture of Judicial Independence, ed. Shimon Shetreet, Christopher Forsyth, 2012, Martius Publisher, Leiden.



- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, 2010 Anayasa Değişiklikleri ve Demokratik Hukuk Devleti, 2010, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. Sa. 2.
- HAYEK, A. von Friedrich, Siyasal Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti, içinde, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., 2008, Liberte Yayınları, Ankara.
- İLKİZ, Fikret, Anayasa Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi, 2010, içinde, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, ed. Bahri Öztürk, Fikret İlkiz, Ümit Kocasakal, Seçkin Yayınevi.
- İNCEOĞLU, Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, 2008, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- İNCEOĞLU, Sibel, Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı?Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler, TBB Dergisi 2011 (95).
- KABOĞLU, İbrahim, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016), Ankara Barosu Dergisi, 2016/4.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme),2015, Turhan Kitabevi, Ankara.
- ODYAKMAZ, Zehra; “Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Hakimler ve Savılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler”, AYD, Yıl 2008, S:25.
- ÖZBUDUN, Ergun, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, 2007, erişim: <http://www.dunyabulteni.net/?aType=yazarHaber&ArticleID=1116>
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 2017, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ÖZCAN, M. Tefik, Modern toplum ve Hukuk Devleti, 2017, Tekin Yayınevi, İstanbul.
- ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, 2014, İletişim Yayınları, İstanbul.
- RAZ, Joseph, Hukuk Devleti ve Erdemi, içinde, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., 2008, Liberte Yayınları, Ankara.
- SAĞLAM, Fazıl, Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler, 2017, Av. Teoman Ergül’e Armağan, ed. Ozan Ergül, TBB Yayınları, Ankara.
- SANCAR, Mithat, Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti,2010, İletişim Yayınları, İstanbul.
- SCHMITT, Carl, Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı, içinde Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal, ed. Ali Rıza Çoban vd., 2008, Liberte Yayınları, Ankara.
- VARGAS, Sylvia R. Lazos, Does a Diverse Judiciary Attain a Rule of Law That is Inclusive: What Grutter v. Bolinger Has to Say about Diversity on the Bench, Michigan Journal of Race & Law Vol. 10:101, 2004.
- WILLIG, Onwuachi Angela, Representative Government, Representative Court- Supreme Court as a Representative Body, Minnesota Law Review, Vol 90, 2006.
- WYNN, James Adrew Jr., Mazur Eli Paul, Judicial Diversity: Where Independence and Accountability Meet, Albany Law review, Vol 67, 2004.

## İNTERNET KAYNAKLARI

18.01.2017 tarihli A Haber, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğanın Yargıda Birlik Derneği Üyelerine konuşması, Erişim: <https://www.youtube.com/watch?v=H7u2br2cZIO>  
[http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa\\_Degisikligi.aspx](http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx)  
<http://t24.com.tr/haber/yargida-birlik-cemaat-yar-savi-ele-gecirdi-bizim-listemizde-solcu-alevi-milliyetci-ve-dindarlar-var,270124>  
[http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/738938/\\_Yargida\\_birliklafta\\_kaldi.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/738938/_Yargida_birliklafta_kaldi.html)  
<http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/legal-profession-must-do-more-to-improve-ethnic-diversity-says-supreme-court-president-8664006.html>  
<http://www.star.com.tr/acik-gorus/ust-yargida-alacali-cogulculuk-haber-828301/tarih:11.01.2014>  
[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur)  
<https://www.judiciary.senate.gov/nominations/judicial>  
<https://www.nytimes.com/2017/01/11/us/politics/supreme-court-nomination-trump.html>  
Judicial Diversity: Accelerating Change,  
[https://jac.judiciary.gov.uk/sites/default/files/sync/news/accelerating\\_change\\_finalrev\\_0.pdf](https://jac.judiciary.gov.uk/sites/default/files/sync/news/accelerating_change_finalrev_0.pdf)

**MONİZM-DÜALİZM İKİLEMİNDE TÜRK HUKUK SİSTEMİ:  
ULUSLARARASI HUKUKA BAKIŞ ÜZERİNE DOKTRİNEL  
UZLAŞMAZLIĞIN NEDENLERİ VE AB HUKUKU IŞIĞINDA BİR  
DEĞERLENDİRME\***

**TURKISH LEGAL SYSTEM IN THE MONISM-DUALISM  
CONUNDRUM: THE REASONS OF THE DOCTRINAL  
DISAGREEMENT ON THE VIEWPOINT ON INTERNATIONAL LAW  
AND A REVIEW IN THE LIGHT OF EU LAW**

DOI: 10.21492/inuhfd.426596

**Deniz TEKİN APAYDIN\*\***

**Özet**

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk ilişkisini ulusal hukuk perspektifinden açıklayan klasik teorik görüşler, bu iki hukukun tek bir hukuk sisteminin parçaları olduğunu savunan monist görüş ile bu iki hukukun birbirinden tamamen ayrı düzlemlerde var olan iki farklı hukuk düzenini temsil ettiğini savunan düalist görüştür. Türk Anayasal sisteminin bu görüşlerden hangisini kabul ettiği meselesi günümüze kadar pek çok hukukçu ya da akademisyen tarafından tartışılmış olmakla beraber, üzerinde henüz bir fikir birliğine varılamamıştır. Literatüre bakıldığında konuyla ilgili birbirinden oldukça farklı görüşlerin, çok çeşitli kurgularla savunulduğu görülmektedir. Türkiye'nin en ileri gelen anayasa hukukçuları ve uluslararası hukukçuları dahi konuyu irdelerken kimi zaman birbirine tamamen zıt değerlendirmeler yapmış ve sonuçlara varmışlardır. Bu çalışma, aynı kabul noktasından hareket edip, aynı donelerin incelenmesiyle bu denli farklı yargılara varılmasının sebeplerini ortaya koymak ve bunlardan yola çıkarak, yeni bir bakış açısıyla aynı konuyu bir kez daha inceleyerek literatüre bir katkı yapmayı hedeflemektedir. İncelemeler esnasında Avrupa Birliği hukukuna özgü bir takım kavramlara başvurulmasının kavramsal karmaşaya neden olan bazı mefhumların açıklığa kavuşturulmasında fayda sağlayacağı düşünülmektedir. Konunun yeniden analizi sonucunda Türk hukuk sisteminin monist bir yapının özelliklerini sergilediği vargısı, temel gerekçeleri ve tartışmalarıyla birlikte ortaya konacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Monizm, düalizm, Anayasa m.90, uluslararası andlaşmalar, self-executing andlaşmalar, AB hukuku, doğrudan uygulanabilirlik, doğrudan etki, tüzük, direktif

**Abstract**

The theoretical views, which explain international law - internal law relationship from a national law perspective are: the monist view that accepts those two laws as parts of

\* Bu çalışmanın kısa bir versiyonu 04 Mayıs 2018'de 4. Uluslararası Asoscongress'de "Türk Hukuk Sistemi'nin Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri" adıyla sunulmuştur.

\*\* Doktor Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı. (E-mail. deniz.apaydin@marmara.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 23.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 29.06.2018

a single body of law; and the dualist view that accepts the two laws as representing two separate and different sets of laws, which exist in completely different planes. The question on which of the two approaches has the Turkish Constitutional system adopted has been the focus of many debates by the legal scholars; yet, as of today, no consensus upon the subject could be reached. Scanning the literature, it is observed that dissimilar opinions that vary immensely have been argued with differing illustrations. Even Turkey's most notable constitutional law scholars and international law scholars have, from time to time, come up with completely opposite assessments and ended up with opposite conclusions. This paper aims to reveal the reasons for drawing such different conclusions from the same data, and in the light of those findings re-examine the subject with a fresh perspective, hence, contribute to the literature. It is conceived that referring to some of the concepts peculiar to the European Union law might be beneficial to elucidate some notions that are the source of conceptual complexity. Consequently, the conclusion that the Turkish legal system represents the peculiarities of a monist structure will be drawn with its rationales as a result of the re-analysis of the subject.

**Keywords:** Monism, dualism, Turkish Constitution Art.90, international treaties, self-executing treaties, EU law, direct applicability, direct effect, indirect effect, regulations, directives

## GİRİŞ

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki ilişki, uluslararası hukukun temel konularından biridir. Bu ilişki uluslararası hukukun uygulanışı bakımından özel bir öneme sahiptir. Zira gitgide artan maddi uluslararası hukuk kurallarının uygulayıcıları çoğu kez ulusal otoriteler ve ulusal mahkemelerdir<sup>1</sup>. Yine çoğu kez uluslararası hukuk bu tür uygulamaların ulusal düzeyde nasıl yapılacağına ilişkin özel hükümler öngörmez<sup>2</sup>. Oysaki özellikle insan hakları ve uluslararası ceza hukuku bağlamında uluslararası hukukun artık gerçek kişiler için de haklar ve yükümlülükler tesis edebilir hale gelmesi her bir hukuk sisteminin diğerine ait mahkemedeki karar verme sürecinde nasıl değerlendirilip uygulanacağı sorusunu daha da elzem kılmaktadır<sup>3</sup>.

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi iki farklı perspektiften ele almak mümkündür. İlki uluslararası hukukun ulusal hukuka bakışı, ikincisi ise ulusal hukukun uluslararası hukuka bakışıdır. Uluslararası hukuk, ulusal hukuklara bakış açısından gayet nettir:

---

<sup>1</sup> DENZA, Eileen: "The Relationship between International and National Law" in EVANS, Malcolm David (ed), *International Law*, OUP, Oxford, 2014, s.412

<sup>2</sup> ibid.

<sup>3</sup> SHELTON, Dinah (ed.) "International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation and Persuasion", 2011, s.3  
[https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1389&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1389&context=faculty_publications) (Erişim tarihi: 21.05.2018)

uluslararası hukukun ulusal hukuklara göre mutlak üstünlüğü vardır<sup>4</sup>. Hatta uluslararası hukuk bir devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine ilişkin iç düzenlemeler yapıp yapmadığıyla da ilgilenmez. Yalnızca devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine riayet edip etmediğiyle ilgilenir. Bu anlamda uluslararası hukukun ulusal hukuka bakışını sonuç-odaklı bir perspektif olarak nitelenmek yanlış olmaz<sup>5</sup>. Sorunlu ve daha tartışmalı olan kısım ulusal hukukların uluslararası hukuka bakışı meselesidir. Burada bir yeknesaklık yoktur ve bu bakış açısı her devletin kendi anayasal düzeni içerisinde belirlenir.

Türk Anayasal düzeni de uluslararası hukuka bakış üzerine bir takım hükümler ihtiva etmektedir. Ancak bu hükümler açıklıktan uzaktır ve yoruma muhtaçtır. Akademik literatürde ise yorumlar, çok farklı ve çeşitli olup, konuyu belirli bir genel kabule vardırma kabiliyetinden uzaktır. Ele alınan tartışmalar genel olarak Türk hukuk sisteminin monist mi düalist mi olduğu, uluslararası hukukun Türk hukuk sistemindeki yeri, uluslararası andlaşmaların Türk hukuk sistemindeki yeri konularında yoğunlaşmaktadır. Bu çalışma, Türk hukuk sisteminin uluslararası hukuka bakışı konusunun açıklığa kavuşturulamama nedenlerini ortaya koymak ve temelde Avrupa Birliği (AB) hukuku kaynaklı bazı kavramlarla konuyu tekrar ele almak amacıyla.

### **KONUNUN ELE ALINDIĞI KLASİK TEORİK DÜZLEM: MONİZM - DÜALİZM**

Devlet, hem uluslararası hukuk ve hem de ulusal hukukta ortak ve *sine qua non* bir süje olduğu için<sup>6</sup>, bu iki hukuk alanının yine Devlet üzerinden etkileşimi kaçınılmazdır. Teorik tartışmalar ise daha ziyade bu etkileşimin niteliği ve sonuçlarına ilişkindir. Zira konvansiyonel görüşler uluslararası hukuk ve ulusal hukukun içerik olarak aynı konu ile ilgili (benzer ya da farklı) düzenlemeler ihtiva edebileceği ön kabulü üzerine inşa edilmiştir.

<sup>4</sup> Bunu çeşitli örneklerle teyit etmek mümkündür: Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 27 ve 46 (1), Birleşik Krallık ve İzlanda arasındaki Balıkçılık Davası (UAD) 1974.

<sup>5</sup> DENZA, s.416

<sup>6</sup> Bu ön kabul, klasik uluslararası hukuku yansıtmakta olup, modern uluslararası hukukta mümkün olan gerçek kişi-uluslararası örgüt ya da uluslararası örgüt-uluslararası örgüt arası uluslararası ilişkileri göz ardı etmektedir.

Devlet egemenliğini ve iradesini üstün tutan düalist görüşe göre<sup>7</sup> uluslararası hukuk ve ulusal hukuka ait düzenlemeler birbirinden ayrı sosyal ilişkileri düzenler ve yine kaynakları da farklıdır<sup>8</sup>. Aynı konuya ilişkin uluslararası düzenlemeler eşit egemen devletler arasındaki ilişkileri düzenlemekte olup yine uluslararası düzlemde etkili olmakta iken, ulusal düzenlemeler ise devletin içinde yaşayan kişiler (ya da kişi – devlet) arasındaki ilişkileri düzenlemekte ve sadece ulusal düzlemde etkili olmaktadır<sup>9</sup>. Diğer bir ifade ile hiçbir hukuk düzeninin bir diğerine ait düzlemde bir norm ortaya çıkartma ya da var olan normları etkileme gücü yoktur<sup>10</sup>. Triepel ve Anzilotti'nin başı çektiği bu pozitivist görüş, uluslararası hukuk ve ulusal hukukun birbirinden tamamen ayrı ve bağımsız olduğunu kabul eder. Bu iki hukuk düzeninin birbiriyle ilişkisi heterarşik bir görünüm arz etmekle beraber, her bir hukuk düzeninin kendi içerisinde bir hiyerarşisi vardır. Farklı düzlemlerde varlık gösteren iki farklı hukuk düzeninin kabulü, bu iki düzenin kurallarının birbirleri ile çatışma halinde olamayacakları sonucuna götürür<sup>11</sup>. İki normun çatışabilmesi için ikisinin de aynı zamanda aynı yerde var olması gerekir.

Yine düalist sistemde her bir norm kural olarak kendi düzleminde uygulanabilir. Bir âleme ait bir normun diğerinde uygulanabilir hale gelmesi ancak uygulanılmak istenen âlemde ilgili normun o düzenin kurallarına göre yeniden var edilmesi ile olabilir. Bu nedenle bir hukuk düzeninde kabul edilen bir normun diğerinde doğrudan uygulanabilmesi mümkün değildir<sup>12</sup>. Uluslararası hukuk normlarının ulusal hukukta uygulanabilir duruma gelmesi için iç hukuk düzeninin kural koymaya yetkili organlarınca<sup>13</sup> bir dönüştürme (transformation) yapılması gereklidir<sup>14</sup>. Bu 'yeniden-yasama faaliyeti' (re-legislation) ya da

<sup>7</sup> CAŞIN, Mesut Hakkı: Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, Cilt I, Legal, İstanbul, 2013, s.151; CAN, Hacı: "Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı", Yasama Dergisi, Sayı:12 (2009), s.6

<sup>8</sup> ÖZKAN, Işıl: "Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri", Journal of Yaşar University, 8 (2013), 2127-2175, s.2129

<sup>9</sup> DIXON, Martin: Textbook on International Law, 7. Baskı, OUP, Oxford, 2013, s.92

<sup>10</sup> BROWNLIE, Ian: Principles of Public International Law, 7. Baskı, OUP, Oxford, 2008, s.32

<sup>11</sup> ÖZKAN, s.2129 (Triepel'den alıntılan)

<sup>12</sup> PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 9. Bası, Ankara, 2010, s.19

<sup>13</sup> TUNÇ, Hasan: "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/tunc.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/tunc.pdf) (Erişim tarihi: 21.05.2018) s.174

<sup>14</sup> Yumuşatılmış düalizm yaklaşımları, bu iç hukukta var etme işleminin yalnızca dönüştürme ile değil aynı zamanda atıf (gönderme) yoluyla da mümkün olabileceğini

‘asimilasyon’ olarak nitelenebilecek sürecin sonunda artık bir iç hukuk normuna dönüştürülmüş olan uluslararası hukuk kuralı ulusal mahkemelerce bir iç hukuk normu olarak uygulanabilir hale gelecektir. Yasama organının bu mahiyette bir işlemi ile iç hukuka geçirilmemiş bir uluslararası hukuk normu, uygulayıcılar ve ulusal mahkemeler tarafından bağlayıcılık ve uygulanabilirlikten yoksun kalacaktır.

Başlıca savunucularının Scelle ve Kelsen olduğu monist teorisyenlere göre hukuk düzeni tek bir bütündür ve uluslararası hukuk ile ulusal hukuk, aslen iki farklı kaynaklı hukuk olarak aynı düzenin farklı parçalarını oluşturur<sup>15</sup>. Monist sistemlerde aynı âlemde yer alan bu normlar arasındaki hiyerarşinin belirlenmesi öncelikli gereksinimdir. Zira uluslararası hukukun ulusal hukukla etkileşimi ve aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi halinde bunların birbiri ile çatışması mümkündür. Bu durumda hangi normun öncelikli uygulanacağını belirlemek gerekir. Olası bir çatışma öncelikle her bir normun normlar hiyerarşisindeki yerine göre tespit edilecek üstlük-altlık ilişkisine göre çözümlenecektir. Bu tür bir tabiiyet ilişkisinin olmadığı hallerde bir eşitlik var demektir<sup>16</sup> ve o zaman da uygulama önceliği öncelik-sonralık ya da özellik-genellik testi ile çözüme vardırılabilmelidir. Monist görüşler ağırlıklı olarak uluslararası hukukun üstünlüğünü kabul etmekle beraber bunun aksi de mümkündür.

Devletlerin bu iki yaklaşımdan hangisini iç hukukunda benimsediği büyük ölçüde o devletin uluslararası hukuka açıklığı ile ilgilidir<sup>17</sup>. Felsefi olarak devlet egemenliğini ön planda tutan, daha kapalı yapıdaki devletlerin düalist sisteme yakın olduğu söylenebilir. Tabii bu ifade hiçbir şekilde monist yaklaşımı benimseyen devletlerin egemenliklerinden ödün verdiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

Bu iki yaklaşım arasındaki tercih aslında modern hukuk sistemlerinde yerini alan kuvvetler ayrılığı prensibi ile de yakından ilişkilidir. Bir uluslararası anlaşma yapma yetkisinin anayasal olarak yürütme organına tanınmış olduğu sistemlerde yürütme organı, akdettiği

---

kabul eder. Aynı zamanda bu tür yaklaşımlarda dönüştürmenin mutlaka bir yasama işlemi ile yapılmasının zaruri olmadığı, bunun bir idari işlemle de mümkün olabileceği öngörülmektedir.

<sup>15</sup> Daha detaylı bilgi için: CAŞIN, s.153-155, ÖZKAN, s. 2131-2135, CAN, s.9-12

<sup>16</sup> TUNÇ, s.175

<sup>17</sup> VON BOGDANDY, Armin: “Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, I.CON, Vol.6, No: 3&4, 2008, s.400

uluslararası andlaşma ile yasama organının yetki alanına giren bir alanda faaliyette bulunmuş olur. Bu da bir yetki gaspı anlamına gelir ve kuvvetler ayrılığı prensibine aykırılık teşkil eder<sup>18</sup>. Nitekim *Re McKerr* [2004] UKHL davasında Lord Steyn, Lordlar Kamarası'nda düalist yaklaşımın gerekçesi olarak, yürütmenin, yasa yapma için aranması gereken iç anayasal şartlar gözetilmeksizin (örneğin Parlamento tarafından yapılan kanun gibi-Act of Parliament) vatandaşları için yasa yapmasının önlenmesini göstermiştir<sup>19</sup>. Düalist yaklaşımı zorunlu kılan bu tür bir gereksinimin bertaraf edilmesi için yasama organının andlaşmaların akdi prosedürü içinde yer alması isabetli olacaktır.

### **TÜRK ANAYASASININ ULUSLARARASI HUKUKA İLİŞKİN MADDELERİNİN İNCELENMESİ**

1982 tarihli Türk Anayasası'nın uluslararası hukuk – ulusal hukuk ilişkisi bakımından incelenmesinde sırasıyla 2, 15, 16, 42, 90 ve 92. Maddeler öne çıkmaktadır. Cumhuriyetin Nitelikleri başlıklı 2. maddede Türkiye Cumhuriyeti'nin *inter alia* “insan haklarına saygılı” olduğu ibaresi yer almaktadır. Burada açıkça uluslararası bir metne atıf olmamakla beraber, insan hakları, belki de, küresel anayasacılık bakımından ortak değerler ve ortak dil geliştirmesinde en öncü kurumlardan biridir<sup>20</sup>. Bu anlamda 2. maddedeki referansın temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası hukukta kabul edilen evrensel değerlere yöneltildiği açıktır.

“Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddede savaş, sıkıyönetim, seferberlik ve olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durumun gerektirdiği ölçüde kısmen ya da tamamen durdurulabileceğine ilişkin hükümde, “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla” ibaresi yer almaktadır. Hüküm, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında uluslararası hukuku bir sınırlandırma olarak işaret etmektedir. Burada yasa koyucunun “milletlerarası hukuk” ibaresini kasıtlı olarak seçtiği; uluslararası anlaşmaları, uluslararası teamül hukuku kurallarını ve uluslararası hukukun genel ilkelerini bu kavram kapsamına aldığı

<sup>18</sup> GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk, GÜNEL, Reşat Volkan (ed), 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s.40

<sup>19</sup> DIXON, s.99

<sup>20</sup> Konuya ilişkin daha fazla bilgi için: BAŞLAR, Kemal: “Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler”, (Yeni Sivil Anayasa) <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/dr-kemal-baslar.pdf> (Erişim tarihi: 21.05.2018); ALBAYRAK, Gökhan: “Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması”, 2014, s.31-32, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-113-1394> (Erişim tarihi: 21.05.2018)



söylenbilir. Pazarcı, bu hüküm ile Türk yönetici ve yargıçlarına uluslararası hukuku doğrudan uygulama yetkisi verilmiş olduğunu ifade etmektedir<sup>21</sup>.

1982 Anayasası'nın 16. maddesi ise yabancıların durumunu düzenlemekte olup, "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir" demekle, yine herhangi bir kaynak ayırımına gitmeksizin, bu hükmün Türk uygulayıcılarına uluslararası hukuk kurallarını doğrudan uygulayabilmek konusunda, aynı madde 15'teki gibi açık bir yetki verdiği kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

"Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddede ise Türkçe'den başka hiçbir dilin eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarının ana dili olarak okutulamayacağı ve öğretilmeyeceği öngörülmüş ve "Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır." denmiştir. Elbette ki burada anlaşılması gereken tüm uluslararası andlaşma hükümleri olmayıp, yalnızca Türkiye'nin taraf olduğu ve Türkiye için bağlayıcı yükümlülükler doğuran ve bu maddede öngörülenin dışında düzenlemeler ihtiva eden uluslararası andlaşmalardır. Lozan Andlaşmasının azınlıkların haklarına ilişkin düzenlemeleri bunun en öne çıkan örneğidir.

Anayasa'nın 90. maddesi "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı olup, ilk dört fıkrası bir uluslararası andlaşmaya taraf olabilmek için Türk hukukuna göre nasıl bir usul işletileceğini düzenlemektedir. Maddenin 5. ve son fıkrası usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunlara aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını hüküm altına almaktadır. Maddenin bu son fıkrasına 2004 yılında eklenen bir cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların aynı konuda başka bir hüküm öngören kanunlarla çatışması halinde uluslararası andlaşmaların esas alınacağı belirtilmiştir. Bu madde Türk hukukunun uluslararası hukuka bakışını -en azından uluslararası andlaşmalar bazında- ele almamızda en temel referansımız olup konuya ilişkin doktrinel çatışmaların da odağında yer almaktadır. Bu nedenle madde, ilerleyen kısımda daha derin olarak incelenecektir.

<sup>21</sup> PAZARCI, s.24

<sup>22</sup> AKSAR, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s.177

Son olarak Anayasa'nın "Savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme" başlıklı 92. maddesi ilk fıkrasında "Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde savaş hali ilanına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir." hükmü yer alır. Bu hükümde, uluslararası hukuk, uluslararası andlaşmalar ve uluslararası nezaket kurallarına ayrı ayrı atıf yapılmış olması, yasa koyucunun her bir ifadeyi bilinçli ve belirli bir amaca yönelik olarak kullandığını ortaya koyması açısından dikkate değerdir. Yine burada uluslararası nezaket kurallarının anayasal metinde zikredilmesi, Türkiye'nin uluslararası hukuktan ziyade uluslararası dostça ilişkilere atfettiği değere işaret etmesi bakımından da ayrıca önemlidir. Maddede genel olarak uluslararası hukuka yapılan atıf, en temelde uluslararası hukukun kuvvet kullanımına ilişkin hukuk kurallarını işaret etmektedir. Bu kuralların, Türkiye'nin egemen yetkilerini kullanmasında sınırlayıcı işlev gördüğü söylenebilir. Uluslararası andlaşmalara ilişkin atıf ise BM Şartı uyarınca Güvenlik Konseyi kararı ile silahlı kuvvet kullanımına ilişkin hükümler gibi Türkiye'nin andlaşma temelli uluslararası yükümlülüklerini ifade etmektedir. Bu durumlarda karar verme yetkisinin TBMM dışında başka bir mercii tarafından kullanılması söz konusu olur<sup>23</sup>.

Türk Anayasası'nda yer alan bu hükümler, Türkiye'nin uluslararası hukukla ilişkisini ortaya koymak için elimizde var olan yegâne referanslardır<sup>24</sup>. Bunların kısaca incelenmesi ile Türkiye'nin genel olarak uluslararası hukuku dikkate alan, uluslararası yükümlülükleri konusunda farkındalığı ve bilinci olan bir devlet olduğu söylenebilir. Ancak teorik olarak Türk hukuk sisteminin monist mi düalist mi olduğu konusunda doğrudan bizi aydınlatacak, ya da kesin olarak uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü işaret edecek bir hüküm mevcut değildir. Hatta Anayasanın bu konuda yazarları birbirinden tamamen zıt sonuca

---

<sup>23</sup> PAZARCI, s.24

<sup>24</sup> Bazı yazarlar, Anayasa m.138/1'de yer alan ve hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduğunu ve de "Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak" hüküm vermelerine ilişkin ifadedeki 'hukuka' ibaresinin uluslararası hukuku da kapsadığı yönünde görüş bildirirler. Örneğin: ŞAHBAZ, İbrahim: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", TBB Dergisi, Sayı.54, 2004, s.181; GÜNDÜZ, Aslan: "İktidar ve Milletlerarası Sınırlar" İstanbul Barosu Dergisi, Sayı.1-2-3, 1990, s.52 (Aktaran: CAN, s.19)

götürecek kadar da netlikten uzak bir tasarımı vardır. Bu nedenle sonraki kısımda doktrinel uzlaşmazlığın köklerine inip sebeplerini ortaya çıkararak yeniden tahlil edeceğiz.

## **DOKTRİNEL UZLAŞMAZLIĞIN SEBEPLERİ**

### **1. Anayasada Konuya İlişkin Açık Düzenleme Olmaması**

Bir ulusal hukukun uluslararası hukuka bakışı o devletin anayasal düzenlemeleri ile belirlenir. Oysaki yukarıda da ortaya konduğu üzere 1982 Anayasası'nda Türk hukukunun uluslararası hukuka bakışını ortaya koyan net düzenlemeler mevcut değildir. Can'ın ifadesiyle, Anayasa hükümlerine bakıldığında “iç hukuk düzenimizin milletlerarası hukuk kurallarına açıklığı bakımından hangi sistemin benimsenmiş olduğunu saptamak kolay görünmemektedir”<sup>25</sup>. Öncelikle uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğüne ilişkin genel bir düzenleme yoktur. Bu minvalde bir genel düzenlemenin yokluğu halinde, sadece belirtilen maddelerdeki sınırlı atıflara istinaden Türk hukuk sisteminde uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğunu varsaymak hukuken doğru olmayacaktır. Başlar'ın da belirttiği gibi, 1982 Anayasası'nda uluslararası hukuka ait genel bir referansın olmaması “giderilmesi gereken bir eksiklik”<sup>26</sup>.

Uluslararası hukuk – ulusal hukuk ilişkisinin normatif belirsizliği nedeniyle Türk anayasal sistemine göre ‘uluslararası hukuk mu üstün, ulusal hukuk mu?’; ‘uluslararası andlaşmalar anayasanın üzerinde mi?’ gibi bir dizi sorulara yine çok geniş yelpazede farklılaşan cevaplar verilmektedir.

Burada uluslararası andlaşmalar ve uluslararası teamül hukuku ile uluslararası hukukun genel ilkeleri bakımından ikili bir ayırımı gitmek isabetli olacaktır. Yasa koyucu anayasada uluslararası teamül hukukuna ya da uluslararası hukukun genel ilkelerine ayrı ayrı atıfta bulunmak yerine bunları ‘milletlerarası hukuk’ olarak nitelemiştir. Uluslararası andlaşmalara atıfta bulunmak istediğinde ise bunu açık olarak bu şekilde (milletlerarası andlaşma ifadesiyle) zikretmiştir. Uluslararası hukuka ilişkin anayasal referanslar oldukça sınırlı sayıda ve sınırlı konuda olup, bunlar haricindeki konulardaki uluslararası teamül hukuku kuralları ile uluslararası hukukun genel ilkelerinin Türk hukukundaki yeri ve etkisine ilişkin bilinçli gerçek boşluk olduğu söylenebilir. Zira yasa koyucunun bu ayırımın farkında olduğu açık olduğundan, bilinçli bir şekilde bunların

---

<sup>25</sup> CAN, s.14

<sup>26</sup> BAŞLAR, Yeni Sivil Anayasa, s.6

Türk hukukundaki yeri ve değerini düzenlemekten imtina ettiği sonucuna varmak zor değildir. Burada yorumun uygulayıcılara bırakılması yolunun seçilmiş olması, yeknesaklıktan uzak uygulamaların ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır<sup>27</sup>. Belirtmek gerekir ki, konuyu açıklığa kavuşturacak herhangi bir anayasal düzenlemenin yapılması halinde, hükmün Türkiye'nin 'ısrarlı itirazcı' olarak baştan beri karşı çıktığı uluslararası teamül hukuku kurallarını dışarıda bırakacak şekilde kaleme alınması isabetli olacaktır<sup>28</sup>.

Uluslararası andlaşmalar bakımından anayasa -karmaşık bir üslup ile ifade edilmiş olsa da- nispeten daha nettir. Madde 90/5'te yer alan düzenleme, uluslararası anlaşmaları ikili bir tasnife tabi tutmuş: temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanları, kendisiyle çelişen kanun hükümlerine öncelikli kılmış; diğerlerini ise kanun hükmünde değerlendirmiştir. Hatta Başlar'ın da isabet ile ifade ettiği gibi, andlaşmaların "Türk hukukundaki yeri ve değeri konusunda tek açık düzenleme temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükümlerinin yasalarla çatışması halinde uyuşmazlığın çözümünde antlaşma hükümlerinin dikkate alınacağına ilişkin 90/5 madde hükmüdür."<sup>29</sup> Bunlar dışında kalan andlaşmalar bakımından doktrinel ve hatta yargısal uzlaşma sağlanmış değildir. Nitekim bu cümle, *sadece* temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların *sadece* kanunlarla ilişkisinde yerini saptamış olup, ne bu andlaşmaların ne de diğerlerinin anayasa karşısındaki durumuna dair aynı açıklıkta bir çözüm öngörmemiştir.

Modern anayasalar referans alındığında, genel olarak tüm uluslararası andlaşmaların iç hukuka üstünlüğünün yansıtıldığı bir sistemin benimsendiği görülmektedir<sup>30</sup>. Oysaki yasa koyucunun an itibarıyla gerek uluslararası andlaşmalar, gerekse tüm uluslararası hukuk bakımından bu yönde bir düzenleme yapma isteği ya da iradesi ortaya koyduğunu söylemek oldukça güçtür<sup>31</sup>. Yine yasa koyucunun uluslararası teamül hukuku ve uluslararası hukukun genel ilkeleri bakımından yarattığı

<sup>27</sup> Uluslararası teamül hukuku kurallarının iç hukuklardaki yeri konusunda Alman Anayasası m.25 ile Japon Anayasası m.98/2 düzenlemeleri örnek teşkil edebilecek hükümler olarak sayılabilir. Detaylı bilgi için: BAŞLAR, Yeni Sivil Anayasa, s.8-9

<sup>28</sup> Benzer görüş için: GÜNDÜZ, s.40

<sup>29</sup> BAŞLAR, Yeni Sivil Anayasa, s.6

<sup>30</sup> Bu üstünlük anlayışının, çoğu kez, bir takım iç hukuk prosedürleri işletilmek suretiyle devlet egemenliğini zedeleyecek sonuçlar doğurmasının önüne geçen anayasal güvencelerle beraber düzenlendiği görülmektedir. *ibid*, s.7-8

<sup>31</sup> Anayasanın 2004 yılı değişikliklerinde 90/5 maddesine eklenen son cümlenin sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar yerine tüm uluslararası andlaşmaların kanunlara üstünlüğünü sağlayacak şekilde düzenlenmesi önerisi kabul edilmemiştir.

bilinçli gerçek boşluğun amacının, bu modern gelişmeleri takip ederek güncel yaklaşımlar ışığında bu boşluğun doldurulması konusunda esneklik sağlamak olduğu faraziyesi de aynı derecede uzak bir ihtimal olarak belirmektedir. Zira anayasanın ruhuna bakıldığında baskın bir egemenlik vurgusu göze çarpmaktadır. Bu tür bir geliştirici teleolojik yorum metodunun benimsenmesi aşırıya kaçtığı takdirde uygulayıcıların yasa koyucu yerine geçerek anayasada olmayan bir norm ihdas etmesi anlamına gelir ki, bu da kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çatışır<sup>32</sup>.

## 2. Anayasa Madde 90/5'in Lafzı

Türk hukuk sisteminin uluslararası hukuka bakışını incelerken ilk ve öncelikli referansımız Anayasa'nın "Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma" başlıklı 90. maddesinin 5. fıkrasıdır. Maddenin kaleme alınış biçimi ve içeriği konuya dair doktrinel uzlaşmazlığın en önemli kaynağı olarak gösterilebilir. İlginçtir ki, hem Türk anayasal sisteminin uluslararası andlaşmalar bakımından monist bir yapıda olduğunu savunan yazarlar, hem de düalist bir özellik arz ettiğini söyleyen yazarlar, bu savlarının en temel gerekçelerini aynı fıkra dayandırmaktadırlar.

Madde 90/5 üç cümleden oluşmaktadır. İlk cümle, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir." der. Bu ifade doktrinde pek çok farklı yoruma neden olmuştur. İlk olarak "usulüne göre yürürlüğe konulmuş" ifadesi, andlaşmanın önceki dört fıkrada düzenlenen usul kurallarına uygun olarak yürürlüğe konulmuş olması anlamına gelmektedir<sup>33</sup>. Burada kastedilen uluslararası hukuk bakımından andlaşmanın usul kurallarının denetiminin yapılması değildir. Zaten bir uluslararası andlaşmanın uluslararası hukuk bakımından öngörülen prosedürel işlemlerinin uygun bir şekilde tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti ulusal hukukun konusu değildir. Dolayısıyla anayasa, varoluş amacına uygun olarak, kendi hukuku açısından uluslararası andlaşmanın ulusal hukuk sisteminde yürürlüğe girmesi kurallarını düzenlemektedir. 'Usul esastan önce gelir' ilkesi de göz önünde bulundurularak, yalnızca ilgili usul kuralları gözetilerek iç

<sup>32</sup> GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt-I, Ekin, Bursa, 2011, s.235

<sup>33</sup> Burada Anayasada belirtilen usul kurallarına ek olarak 244 sayılı yasada yer verilen usul düzenlemeleri de (ör. Bakanlar Kurulu Kararnamesi çıkarılması ve bunun Resmi Gazetede yayımlanması) ayrıca gözetilmelidir. Uluslararası andlaşmaların bu usullere göre yürürlüğe konmasına ilişkin süreç ile ilgili daha fazla bilgi için: SOYSAL, Mümtaz: "Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 14, 1997, 171-187, s.174-177 [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg14/mumtazsoysal.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg14/mumtazsoysal.pdf) (Erişim tarihi: 21.05.2018)

hukukta yürürlüğe konmuş andlaşmaların kanun hükmünde kabul edilmiş olması gayet yerindedir. Ulusal usul işlemleri sakat olan bir uluslararası andlaşmanın iç hukuk bakımından bağlayıcılığı da olmayacaktır. Yine belirtmek gerekir ki bu durum devletin andlaşmaya riayet etmemesi sonucuna götürürse, devletin uluslararası hukuk sorumluluğu (aykırılık çok açık ve aşikâr olmadıkça) doğacaktır<sup>34</sup>.

Ne var ki, bu cümleye ilişkin tek doktrinel tartışma bununla sınırlı değildir. Bunun yanı sıra “kanun hükmündedir” ibaresi de farklı yorumlara yol açmıştır<sup>35</sup>. Madde bu konuda oldukça açık olmakla beraber ikinci cümlede “Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” hükmü yer aldığı için ilk cümlenin kesinliği bir nebze azalmıştır. Bu hükümleri yorumlamak için öncelikle maddenin lafzına bakmak gerekir. ‘Kanun hükmünde’ ifadesi, yasa koyucu için oldukça tanıdık olup, hukukunuzda gayet yerleşmiş bir biçimde var olan ‘kanun hükmünde kararname’yi akla getirmektedir. Kanun hükmünde kararnameler için bu adın seçilmiş olması elbette tesadüfi değildir ve bu normların adı kendilerini tanımlayan bir ifade ile yasalara ve anayasaya konmuştur. Bu kararnameler kanun hükmündedir: yani normlar hiyerarşisinde kanuna eşdeğer bir statüdedir. Bu kadar yerleşik bir kullanımın aynı yasa koyucu tarafından fark etmeden ya da tesadüfen andlaşmaları nitelemek için kullanılmış olması düşünülemez. Dolayısıyla bu cümlenin ifade etmeye çalıştığı durum da aynı olup, usulüne uygun şekilde yürürlüğe konmuş uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanunlara eşdeğer olduğunu hüküm altına almaktır. Hatta cümle o kadar açıktır ki yoruma dahi gerek yoktur<sup>36</sup>. Salt lafzi yorum ile sözcüklerin olağan anlamları esas alınarak varılan sonucun bu kadar net ve makul olduğu durumlarda, başkaca sonuçlara varma gayretiyle diğer yorum metotlarına başvurmak için ikna edici mülahazalar olması gerekmele beraber, doktrinde şimdiye kadar bunu ortaya koyabilen güçte bir fikir göze çarpmamaktadır<sup>37</sup>.

İkinci cümlenin varlığı ve içeriği de bu tespitlerimiz ile çelişir bir görünümde değildir. Burada da yorumlarken anayasanın genel metodolojisi yol gösterici olacaktır. Gözler’in ifade ettiği gibi “belirli bir konuya ilişkin hukuk kuralları, kendi içinde ‘kaide (ilke)’yi düzenleyen

<sup>34</sup> Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS), 1969, m.46

<sup>35</sup> Konuya ilişkin farklı görüşler için: TUNÇ, s.177-180

<sup>36</sup> *Interpretatio cessat in claris* ilkesi gereği, anlamı açık ve kesin olan bir hükmün yoruma ihtiyacı yoktur. GÖZLER, s.265

<sup>37</sup> Anayasanın lafzi yorumuna ilişkin daha fazla bilgi için: GÖZLER, s.230-232

kural ve varsa bu kaideye ‘istisna’ getiren kurallar olarak ikiye ayrılır.”<sup>38</sup>. Madde 90’ın ilk 4 fıkrasında bile gözlemlenebileceği üzere, yasa koyucu ilk olarak genel kuralı, daha sonra bu kuralın istisnalarını ve en son da istisnanın istisnasını düzenlemektedir<sup>39</sup>. Aynı mantıkta 90/5’in ilk cümlesi kuralı koyarak andlaşmaları normlar hiyerarşisine göre kanuna eşdeğer saymaktadır. İkinci cümle ise bu denkliğin ayırksı durumu olarak aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamamasını hüküm altına almaktadır. Yani Türk hukukuna göre uluslararası andlaşmalar kanunlara eşdeğer olup, kanunlardan farklı olarak aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülemez<sup>40</sup>. Bu durumu uluslararası andlaşmaların anayasaya denk ya da ondan üstün tutulduğu olarak yorumlamak isabetli olmayacaktır,<sup>41</sup> keza anayasanın egemenlik anlayışı da bu tür bir yorumun amaçlanmadığına delalet eder. Yine yasa yapma metodolojisi bakımından da ikinci cümlenin esas alınması ve buna dayanarak ilk cümledeki netliğin aksi bir sonuç çıkartmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

İkinci cümle hükmünün konuluş amacı bir uluslararası andlaşmanın anayasaya aykırılığının yargı kararıyla tespit edilmesinin ve hükme bağlanmasının, yani bu aykırılığın tescilinin, önüne geçmektir<sup>42</sup>. Aksi takdirde devlet iki istenmeyen sonuçtan birini seçmek mecburiyetinde kalacaktır: Ya aykırılığı tescil edilmesine rağmen andlaşmayı uygulayacak ve alenen anayasayı çiğnemiş olacak, ya da uluslararası sorumluluğunun

<sup>38</sup> ibid. s.269

<sup>39</sup> Madde 90/1 genel kuralı düzenlerken, 90/2 ve 3 bu kuralın istisnalarını ve son olarak da 90/4 bu istisnaların istisnasını belirtmektedir.

<sup>40</sup> Soysal’da bu hüküm ile uluslararası andlaşmalara “öbür yasalardan farklı, hatta bir bakıma ‘üstün’ değilse bile ‘ayrıcılık’ bir yer” tanınmış olduğunu ifade eder. SOYSAL, s.172

<sup>41</sup> Bilgin, bu konuda Anayasa Mahkemesinin denetiminden istisna tutulan diğer yasama ve yürütme işlemlerine işaret ederek, bunlara da Anayasa üstü bir değer atfedilemeyeceğini ve her birinin “yasama organınca takdir edilen –demokratik bir hukuk devleti için makul sayılabilecek veya sayılamayacak- bir gerekçesi” olduğunu belirtir. BİLGİN, Ahmet Burak: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri” (2016) MÜHF-HAD, C.22, S.1, 81-129, s.101

<sup>42</sup> Bilgin bu konuya ilişkin olarak bir norma yargı denetiminden muafiyet tanınmanın, o normu yargı muafiyeti tanınmamış normlardan üstün kılmadığını ifade eder ve cümlenin amacını şu şekilde açıklar: “... onun, iptal edilmek suretiyle uygulanmasının engellenmesini engellemek; diğer bir ifadeyle, yargı kararıyla geçersiz kılınmaması suretiyle, her şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Yani, Anayasa, bir normu yargı denetiminden istisna etmişse, onun hiçbir şekilde sistemden ayıklanmamasını; her şekilde uygulanmasını; yani kendisine aykırı olsa bile uygulanmasını istiyor demektir.” ibid. s.102

doğmasını göze alarak Anayasa Mahkemesinin iptal kararı neticesi andlaşmayı uygulamayacak ve uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmeyecektir<sup>43</sup>. Bu esnada tekrar hatırlatmak gerekir ki, bir ulusal mahkeme uluslararası bir andlaşmayı iptal edemez; olsa olsa andlaşmanın iç hukuk uyarınca yürürlüğünü iptal edebilir ki bu da andlaşmanın uluslararası geçerliliğini ve devletin o andlaşmadan kaynaklı yükümlülüklerini etkilemez. Doktrinde bazı görüşler andlaşmanın kendisinin iptal konusu olamamasına ilişkin amir Anayasa hükmü karşısında bunun yalnızca andlaşmanın kendisini ilgilendirdiğini ve uygun bulma yasasının ve hatta bazıları da Bakanlar Kurulu kararnamesinin iptalinin mümkün olabileceğini ileri sürerler<sup>44</sup>. Ancak benzer şekilde uluslararası andlaşmaları yürürlüğe sokan iç hukuk işlemlerinin de Anayasa Mahkemesi ya da Danıştay tarafından iptal edilmesi, ‘*pacta sunt servanda*’ ilkesi temelinde uygulanması gereken uluslararası andlaşmalar bakımından devletin sorumluluğunun ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu nedenle uluslararası andlaşmaların iç hukuka uygunluğu yalnızca *ex ante* denetim yollarının işletilmesi ile yapılmalıdır; *ex post* tüm denetim mekanizmaları devletin uluslararası sorumluluğuna sebep olabilir<sup>45</sup>. Dolayısıyla Anayasanın bu konudaki düzenlemesi yerinde olmakla beraber eksiktir. Mevcut düzenleme ile uluslararası andlaşmaların yürürlük sonrası denetimi önlendiği gibi, yürürlüğe girmeden önceki denetimi de engellenmiştir<sup>46</sup>.

Anayasa’da 2004 yılında gerçekleştirilen değişiklik ile 90/5 fıkrasına üçüncü bir cümle eklenerek, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklinde

<sup>43</sup> Belgin, bu duruma ilişkin şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “O halde, sözleşme ile Anayasa’nın çatıştığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, sözleşmeyi ihmal edip Anayasa’yı uygulamak, sorunun nihai çözümünü uluslarüstü yargı yerlerine bırakmak durumundadır. Ancak bunun sonucu, ‘Anayasa’yı sözleşme kurumlarının mahkûm etmesine katlanmak’ olacaktır.” BELGİN, Derya: “Anayasa’nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, 66(4), Güz 2008, s.112 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2008-4/10.pdf> (Erişim tarihi: 21.05.2018)

<sup>44</sup> Bu tartışmalara ilişkin daha detaylı bilgi için: SOYSAL, s.177-179; TUNÇ, 181-184

<sup>45</sup> Konuya ilişkin daha fazla bilgi için: AYBAY, Rona: “Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği : “Ön-Denetim””, 2015, <http://ronaaybay.com.tr/?p=86> (Erişim tarihi: 21.05.2018)

<sup>46</sup> TUNÇ, s.182



bir düzenleme yapılmıştır. Bu sayede uluslararası andlaşmalar bakımından yeni bir kategori oluşturularak temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar bakımından kanunlar karşısında uygulama üstünlüğü sağlanmıştır<sup>47</sup>. Fıkırdaki yer alan üç cümleyi bir arada değerlendirdiğimizde ilk cümlede yer aldığı üzere kanun hükmünde kabul edilen uluslararası andlaşmalara yeni bir istisna daha getirildiği sonucuna varılabilir. Yani normal şartlarda kanuna eşdeğer kabul edilen uluslararası andlaşmalar şayet temel hak ve özgürlüklere ilişkin ise bunların bir kanun hükmüyle çatışması halinde bu defa eşitliğin andlaşma lehine bozulmuş olacağı öngörülmüştür<sup>48</sup>. Bu düzenleme ile yeterince netlik içermeyen ifadeler neticesi uygulayıcıların takdirine bırakılmış olan yorum nedeniyle özellikle Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri karşısında uygulayıcıların iç hukuk düzenlemelerini uygulamayı tercih etmeleriyle ortaya çıkabilecek ihlaller neticesi Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mahkûm olmasının engellenmesinin amaçlandığı söylenebilir. Nitekim eklenen bu son hükmün Anayasa Komisyonu gerekçesi, "Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki *tereddütlerin giderilmesi amacıyla* 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir." şeklindedir<sup>49</sup>. Bu ifade, m.90/5'in lafzının uygulayıcılar açısından tereddüt yaratabilecek muğlaklıkta olduğunun yasa koyucu tarafından ikrarı olarak gösterilebilir.

Fıkırdaki yer alan bu üç cümle bir arada incelendiğinde, ilk cümledeki kuralı; ikinci ve üçüncü cümlelerin ise kuralın istisnalarını ortaya koyduğu tespitinde bulunmak yerinde olacaktır. Yani usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş olmak kaydıyla uluslararası andlaşmalar kanuna eşdeğerdir, ancak kanundan farklı olarak Anayasa Mahkemesi'nin

<sup>47</sup> Gerçi temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar kategorisine hangi andlaşmaların dâhil olacağı konusu da ayrıca tartışmalara sebep olmuştur. KARAGÜLMEZ, Ali: "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, s.168-169 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-65> (Erişim tarihi: 21.05.2018); BELGİN, s.111

<sup>48</sup> Temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların da diğerleri gibi anayasal denetime kapalı olduğunu not etmekte fayda vardır.

<sup>49</sup> TBMM, 22. Dönem, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), Madde gerekçeleri, Madde 7 (vurgu yazar tarafından eklenmiştir) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (Erişim tarihi: 21.05.2018)

Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulamazlar. Yine konu itibarıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların kanunlarla farklı hükümler içermesi halinde uluslararası andlaşmalar öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu hükümler, uluslararası andlaşmaların iç hukukta nasıl konumlandırılacağına ilişkin olup, bu yönüyle tipik monist sistemi işaret etmektedir. Hatta daha da ileri giderek bir uluslararası andlaşma hükmü ile iç hukuk hükmünün çatışması halinde bu çatışmanın nasıl çözümleneceğini ortaya koymaktadır<sup>50</sup>. Önceden de belirtildiği gibi çatışma ihtimali ancak ve ancak monist sistemlerde mümkündür. Düalist sistemlerde bu iki norm aynı anda aynı hukuk evreninde yer alamayacağı için çatışmalarının da mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Bu nedenlerle Anayasa m.90/5, uluslararası andlaşmalar bakımından Türk hukuk sisteminin monist yapıda olduğunun en büyük ve net kanıtıdır.

### **3. Self-Executing Nitelikte Olmayan Andlaşmaların Düalizme İşaret Ettiği Yanılgısı**

Anayasa’da doğrudan yer verilmemiş olmakla beraber, bir uluslararası andlaşmanın kendiliğinden icra kabiliyetini haiz (self-executing) olup olmadığı konusu da tartışmalarda haklı olarak yerini almış, ancak kimi zaman yanlış anlaşılmış ve farklı yorumlara ve değerlendirmelere yol açmıştır. Aslen m.90/5’in andlaşmalar için öngördüğü düzenlemelerin tümü, usulüne göre yürürlüğe konmuş self-executing nitelikte andlaşmalar için geçerlidir. Zira fıkranın son cümlesinde yer alan “esas alınır” ibaresinde<sup>51</sup> anayasa koyucunun muhatabı yasama değil yargıdır<sup>52</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların konu itibarıyla bireye doğrudan etki edebilir haklar içermesi olasılığı yüksek olduğundan, bu tür andlaşmaların hükümlerinin de mahkemelerce icra edilebilir nitelikte olduğudur<sup>53</sup>. Yani self-executing nitelikteki andlaşmalar, “aynı içerikteki bir yasal düzenlemenin yapılmasına gerek kalmadan Türk hukuk düzeninde normatif etki gösterip, kişileri, idari kurumları ve mahkemeleri

<sup>50</sup> ‘Çatışma’ kavramı Bilgin tarafından bir hukuki problem olarak, “iki normun, aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi ve bu farklılığın ‘uygun yorum’ ile telafi edilmesinin mümkün olmaması şeklinde ortaya çıkan problem” olarak tanımlanmıştır. BİLGİN, s.92

<sup>51</sup> Bu ibare ile andlaşma ile çatışan kanun hükmünün ilgasının değil ihmalinin kastedildiği açıktır. KARAGÜLMEZ, s.174

<sup>52</sup> ENGİN, Enver Murat: “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m.90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Ekim 2015, Cilt 5, Sayı 2, 9-36, s.11

<sup>53</sup> Bu tür andlaşmalara örnek olarak AİHS ve ILO sözleşmeleri verilebilir.

bağlayabilecek ve ilgililer için hak ve yükümlülükler yaratabilecektir”<sup>54</sup>. Bir diğer ifadeyle, self-executing nitelikte olmayan bir uluslararası andlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsa dahi iç hukukta uygulanabilirliği veya mahkemeler nezdinde icra edilebilirliği yoktur.

Bu konuyu incelerken AB hukukunda bahsedildiği şekliyle ‘doğrudan uygulanabilirlik’ ve ‘doğrudan etki’ kavramlarına başvurulması konuya ışık tutacaktır. AB hukukuna özgü bu kavramlar, self-executing kavramının bileşikleri olarak nitelenebilir. Doğrudan uygulanabilirlik kavramı, bir AB normunun iç hukuk sistemlerine giriş yöntemine ilişkindir. Doğrudan uygulanabilir nitelikte bir AB hukuku normunun ulusal hukukta uygulanabilir olması için iç hukuk mekanizmaları ile herhangi bir dönüştürme işlemine gerek duyulmaz. Örneğin AB tüzükleri bu tür normlardan olup,<sup>55</sup> herhangi bir iç hukuka geçirme işlemine gerek olmaksızın, tüzükte başkaca bir tarih öngörülmedikçe AB Resmi Gazetesinde yayımını takip eden yirminci günde tüm Üye Devletlerin iç hukukunda yürürlüğe girer<sup>56</sup>. AB hukukunun *sui generis* uluslararası niteliği ve AB hukukunun üstünlüğü prensibi gereğince, uluslararası hukukun aksine, düalist yapıdaki Üye Devletlerde bile bir uluslararası andlaşmanın iç hukukta uygulanabilir hale gelmesi için gereken anayasal işlemler, doğrudan uygulanabilir nitelikteki AB hukuku normları bakımından ihmal edilir<sup>57</sup>. Bu nedenle AB hukuku temelde monizmi dikte eder ve Üye Devletlerden de buna saygı duymalarını bekler<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Can, bu tür bir kabulün Anayasanın sistematik yapısına, ruhuna ve genel yapısına uygun düşmediği eleştirisinde bulunur. CAN, s.15, 16

<sup>55</sup> ABİHA m.288

<sup>56</sup> ABİHA m.297

<sup>57</sup> Örneğin Birleşik Krallık ve Danimarka, AB normlarının herhangi bir dönüştürücü işleme tabi tutulmaksızın iç hukukta uygulanmasını kendi ulusal düzenlemeleri ile sağlamışlardır. Buna karşın İtalya, Anayasa Mahkemesi’nin 1973 tarihli *Frontini* kararıyla bunu teyit etmiştir. Daha fazla bilgi için: CARTABIA, Mart: “The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Community”, Michigan Journal of International Law, Vol.12, Issue.1, 1990 <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1643&context=mjil> (Erişim tarihi: 21.05.2018) ; BLANKE Hermann-Josef: “Article 4 [The Relations Between the EU and the Member States]” in BLANKE, Hermann-Josef / MANGIAMELI, Stelio (eds.): The Treaty on European Union (TEU) A Commentary, Springer, Heidelberg, 2013, s. 185-254

<sup>58</sup> CIONGARU, Emilian: “The Monistic and the Dualistic Theory in European Law”, s.4 [http://www.ugb.ro/Juridica/Issue1EN/10\\_Teorie\\_monista\\_si\\_dualista\\_in\\_dreptul\\_europea\\_nCiongaruEN.pdf](http://www.ugb.ro/Juridica/Issue1EN/10_Teorie_monista_si_dualista_in_dreptul_europea_nCiongaruEN.pdf) (Erişim tarihi: 21.05.2018)

Öte yandan direktifler, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayıp, yöneltildikleri Üye Devletlerce iç hukuka geçirme/yeniden yasama işlemine tabi tutulması gereken türde normlardır. Bunlar çerçeve normlar olup, nitelik itibarıyla, Üye Devletlerin direktifte öngörülen sonuçlara uygun düşecek içerikte ulusal yasal düzenlemeler yapmasını gerektirirler. Bu iç hukuka geçirme işlemi için Üye Devletlere belirli bir süre tanınır ve bu süre içinde direktif tarafından öngörülen düzenlemelerin iç hukuklarda yapılmış olması beklenir. Ancak bu işlemlerin nasıl bir ulusal metotla yapılacağı ve nasıl bir dil kullanılacağı tamamen Üye Devletlerin inisiyatifine bırakılmıştır. Bu nedenle direktiflerde bir miktar esneklik vardır ve netice olarak AB hukuku tek tip değil, uyumlaştırılmış ulusal düzenlemeler ile Üye Devlet hukuklarında yerini alır. Bu nedenle direktifler, dizayn itibarıyla, klasik anlamda düalist sistemi temsil ederler.

Doğrudan etki ise AB hukukunun en temel ve özgün kavramlarından biri olarak, andlaşma kaynaklı doğrudan uygulanabilirlik kavramının aksine, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ile ortaya çıkmış ve yerleşmiştir. Doğrudan etki, Birlik hukukunun kişilere (gerçek ya da tüzel) kendi ulusal mahkemeleri önünde ileri sürebilecekleri nitelikte haklar tesis etmesi ve yükümlülükler doğurmasıdır. Bu konudaki ilk karar olan 1963 tarihli *van Gend en Loos*,<sup>59</sup> uluslararası hukuktaki self-executing kavramı ile AB hukukunun doğrudan etki kavramı arasındaki farkları ortaya koyması açısından da önemlidir<sup>60</sup>. Gerçi Craig ve de Búrca, bu karardaki haliyle doğrudan etki formülünün self-executing kavramına daha yakın durduğunu ve zaman içerisinde daha gevşetildiğini ifade etmektedir<sup>61</sup>.

Kaynağını Üye Devletlerin yetki devrinden alan AB hukuk düzeni, 1963'ten itibaren kendi içinde bir hukuk devrimi yapmış ve 'doğrudan etki' ve hemen akabinde 'AB hukukunun üstünlüğü' ilkelerini<sup>62</sup> tesis etmek suretiyle, kendi hukuk düzenine riayet edilmesine ilişkin denetim

<sup>59</sup> C-26/62, *Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen (Van Gend en Loos)*, [1963] ECR 1

<sup>60</sup> Konuya ilişkin daha detaylı bilgi için: BAYKAL, Sanem / GÖÇMEN, İlke: Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin, Ankara, 2016, s.558,559; BİLGİN, Azime Aslı: Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi Kapsamında Avrupa Birliğinde Temel Hak Koruması, Avrupa Birliği Bakanlığı, Ankara, 2011

<sup>61</sup> Doğrudan etki prensibinin geliştirildiği bu ilk kararda ABAD, o zamanki AET m.12'nin: *açık, negatif, koşulsuz, Üye Devlet adına herhangi bir çekince ihtiva etmeyen ve herhangi bir ulusal yürürlük tedbirine bağlı olmayan* niteliklerine vurgu yapmıştı. CRAIG, Paul ve DE BÚRCA, Gráinne: *EU Law - Text, Cases and Materials*, 5th eds, OUP, Oxford, 2011, s.186-188

<sup>62</sup> C-6/64, *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585

ve zorlama mekanizmalarını sadece kamu mekanizmaları ile sınırlı tutmayarak, özel mekanizmaları da sisteme dâhil etmiştir. Bu perspektiften ele alındığında doğrudan etki, bir özel zorlama mekanizması (private enforcement mechanism) olarak, Birlik hukukunun özel kişiler tarafından da işletilmeye zorlanması anlamına gelir.

Düalist sistemi benimseyen devletlerde bir uluslararası anlaşma kendiliğinden kişilere ulusal mahkemeler önünde kullanabileceği nitelikte haklar tanımaz. Anlaşmalar yalnızca uluslararası alanda geçerli olup, ayrıca iç hukuka geçirilmedikçe kişiler için dayanak oluşturma kabiliyetinden yoksundur. Monist sistemi benimseyen devletler açısından ise bir uluslararası anlaşmanın kişilerce ulusal mahkemeler nezdinde kullanılabilmesi ancak bu anlaşmanın doğrudan uygulanabilir olması halinde mümkündür. Çünkü doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan anlaşmalar iç hukuk hükümleriyle düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyar ve saf halleriyle değil, bu iç hukuk düzenlemeleriyle kişilere ulaşabilirler. Bu nedenle denebilir ki, ancak doğrudan uygulanabilir nitelikteki anlaşmalar doğrudan etki doğurabilir. Bu, uluslararası hukuk açısından doğru bir ifade olsa bile AB hukuku özelinde durum daha karmaşıktır.

Doğrudan etkinin anlaşmalardan sonra gitgide tüzükler ve direktifler için de söz konusu olabileceğinin içtihat hukukuyla teyidi üzerine, doğrudan uygulanabilirlik şartının, doğrudan uygulanabilirliği olmadığı Anlaşmalarla açıkça belirtilen direktifler için aranmasının mümkün olmayışı nedeniyle iki kavramı birbirinden ayırmak gereksinimi ortaya çıkmıştır. Yani doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan bir direktifin<sup>63</sup> bir maddesi, eğer bu hüküm doğrudan etki doğurmaya elverişliyse, kişilerce ulusal mahkeme önünde dayanak yapılabilir.<sup>64</sup> *Van Gend en Loos*'ta da doğrudan uygulanabilirlik doğrudan etkinin ön şartlarından biri olarak öngörülmüşse de<sup>65</sup> anılan sebeplerle ilerleyen içtihat hukukunda bu koşulun artık aranmadığını görüyoruz. An olarak

<sup>63</sup> Schütze bu nedenle tüzük ve kararları “Doğrudan Birlik Hukuku”, direktifleri ise “Dolaylı Birlik Hukuku” başlıkları altında incelemeyi uygun görmüştür. SCHÜTZE, Robert: *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015

<sup>64</sup> Ancak direktiflerin Üye Devletlerce iç hukuka geçirilmeye ihtiyaç duyan nitelikte normlar olmaları nedeniyle, genel şartların yanı sıra, Üye Devlete direktifi iç hukukuna geçirmesi için verilen sürenin dolmuş olması ve bu süre içerisinde iç hukuka geçirme işleminin hiç yapılmamış, ya da eksik veya yanlış yapılmış olması şartı da aranmaktadır.

<sup>65</sup> Bu kararda ABAD'ın doğrudan uygulanabilirliğe dair yorumu, ilgili antlaşma hükmünün yürütülmesinde Üye Devlet'in “herhangi bir yasama müdahalesine ihtiyaç duyulmaması” şeklinde ifade edilmiş olup, daha sonraki içtihatlarda bu koşul artık aranmaz hale gelmiştir. (*Van Gend en Loos*), [1963] ECR 1, s.13, para. 2

içtihat hukukunun bu konuda geldiği noktada bir hükmün doğrudan etkili olup olmadığının tespiti için: “yeterince açık, kesin ve koşulsuz olma” testi uygulanmaktadır<sup>66</sup>.

Buradaki ‘açık olma’ ve ‘kesin olma’, ilgili hükmün kişilere mahkeme önünde ileri sürebilecekleri nitelikte bireysel haklar tesis edebilmeye elverişliliğine vurgu yapar. Bu nedenle ilgili hükmün yeterince net, anlaşılır ve muğlak ifadelerden arı olması gerekir. Öte yandan ‘koşulsuz olma’, hükmün icra edilebilirliğini sağlamak için Üye Devlet tarafından ulusal bir işleme gerek duyulmaması halini ifade eder. Bu ‘koşulsuz olma’ hali ile kastedilen durum ‘doğrudan uygulanabilirlik’ ile eşanlamlı değildir. Koşulsuz olma, daha ziyade ilgili hükmün birey için hayata geçirilebilmesiyle ilgili olup, doğrudan uygulanabilirlik ise kaynak AB normunun Üye Devlet’te nasıl yürürlüğe gireceğine ilişkindir. Yani ilki norm-birey arasındaki ilişkiye ilişkin, ikincisi ise norm-Üye Devlet arasındaki ilişkiye ilişkindir.

AB hukukundaki bu üçlü doğrudan etki formülüne paralel olarak uluslararası hukukta da benzer bir yaklaşım görülmektedir. Örneğin Sur, bir uluslararası andlaşmanın self-executing nitelikte olmasını hükümlerinin “bireylere sübjektif haklar verecek somut, dakik, kendine yeterli” olmasına bağlamaktadır<sup>67</sup>. Yine de bazı görüşler, hak kaybına neden olmamak için bu tür koşulların katı bir şekilde aranmaması gerektiğini ifade eder<sup>68</sup>.

ABAD, AB hukukunun işlerliği, kişilere ulaşması ve etkisi konusunda yetkilerini sonuna kadar kullanmaya gayret etmiştir. Bu nedenle şartların karşılanamaması nedeniyle bir norma doğrudan etki tanınmadığı hallerde bunun yaratacağı eksikliği ‘dolaylı etki’ ilkesi ile gidermeye çalışmıştır<sup>69</sup>. ‘Uyumlu yorum’ da denen bu ilke ile ulusal idari ve yargı mercilerine iç hukuk kurallarının mümkün mertebe Birlik hukukuna yakın yorumlanması ve uygulanması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu tür bir yaklaşımı en azından anayasal düzenlemeleri net olmayan bir hukuk sisteminde uluslararası sorumluluktan kaçınmak ya da pozitif bir ifade ile uluslararası hukuka uygunluğu gözetmek amacıyla

<sup>66</sup> CRAIG ve DE BÜRCA, s.188

<sup>67</sup> SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s.56

<sup>68</sup> EYRENCİ, Öner: “İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları”, İÜHFİM, Cilt.74, Özel Sayı, 381-396, s.386  
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/315203> (Erişim tarihi: 21.05.2018)

<sup>69</sup> C-14/83 Von Colson [1984] ERC 1891

başvurulabilir<sup>70</sup>. Türk hukuk sistemi açısından bu ilkeyi işler kılmak an itibarıyla güç gözükse de<sup>71</sup> zaman içinde uygulayıcılar ve mahkemeleri uluslararası hukuka riayete yönlendirebilecek potansiyele sahip olduğu düşünülmektedir.

Tüm bu açıklamalardan sonra denebilir ki:

- AB hukukuna ait tüzük, direktif, doğrudan uygulanabilirlik, doğrudan etki ve dolaylı etki kavramlarına, uluslararası hukuktaki self-executing andlaşmaları ve bunların monist ve düalist sistemlerdeki etkisini anlama konusunda yardımcı ve yol gösterici kaynak olarak başvurulabilir.
- Self-executing nitelikte olup olmama, konu uluslararası andlaşmaya ve onun hükümlerine ilişkin bir özellik olup bir devletin monist ya da düalist sistem benimsemiş olmasıyla ilgisi yoktur.
- Uluslararası hukukun ‘self-executing’ kavramı, yaklaşık olarak AB hukukunun ‘doğrudan uygulanabilirlik’ + ‘doğrudan etki’ kavramları ile karşılanabilir.
- Bir uluslararası andlaşmanın self-executing olabilmesi için sadece ‘doğrudan uygulanabilir’ olması yetmez; ayrıca ‘doğrudan etki’yi de haiz olması gerekir.
- Bir andlaşmanın ya da onun bir hükmünün self-executing nitelikte olup olmamasının sadece monist sistemler açısından bir anlamı vardır. Düalist sistemler için uluslararası andlaşmaların her türlü iç hukuka geçirilme işlemine tabidir.
- Monist sistemlerde yalnızca self-executing andlaşmaların doğrudan uygulanması ve doğrudan etkisi mümkün olabilir.
- Tüzükler, doğrudan uygulanabilirlik bakımından monist sistemdeki self-executing andlaşmalara tekabül eder.

---

<sup>70</sup> Uluslararası hukuku, ulusal hukuku yorumlamada dolaylı olarak kullanma yöntemine, daha ziyade, Birleşik Krallık, Kanada, Avustralya ve Amerika Birleşik Devletleri gibi Anglo Sakson hukuku devletlerince başvurulduğu görülmektedir.

<sup>71</sup> TUNÇ, AİHS özelinde “sözleşmeye uygun yorum tekniğinin Türk hukuk sisteminde yaygın ve istikrarlı bir şekilde benimsendiğini söyleme” imkânı olmadığından bahseder. TUNÇ, s.187

Hükümlerinin ‘yeterince açık, kesin ve koşulsuz’ olması halinde doğrudan etki doğurabilecekleri kabul edilmiştir.

- Direktifler, doğrudan uygulanabilirlik bakımından klasik düalist sistemi temsil ederler. Ancak uluslararası hukukta mümkün olmayacak bir şekilde, şartları gerçekleştiği takdirde doğrudan etki doğurabilecekleri de kabul edilmiştir.

#### **4. Uygun Bulma Yasasının ve/veya 244 Sayılı Yasa Uyarınca Çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararnamesinin Bir İç Hukuka Geçirme Prosedürü Olarak Anlaşılması**

Anayasa madde 90’da düzenlenen uygun bulma yasası, madde başlığında da belirtildiği üzere, uluslararası andlaşmaları ‘uygun bulmaya’ ilişkin prosedüre işaret etmektedir. Bu prosedür, 244 sayılı kanunda öngörülen Bakanlar Kurulu Kararnamesi (BKK) çıkarılmasına ilişkin usul ile tamamlanmaktadır. Bu işlemlerin düalist sistemde bahsi geçen iç hukuka geçirme prosedürü olduğuna ilişkin doktrinel görüşler azımsanamayacak kadar çoktur.

Madde 90’ın öngördüğü usulü incelerken, ilk olarak, uygun bulma yasasının konu itibarıyla ne ifade ettiğinin aydınlatılması gerekmektedir. Maddenin ilk fıkrası “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.” demektedir. Burada uygun bulma yasasını tek başına bir ulusal hukuk meselesi olarak, uluslararası hukuk bağlamından kopartarak ele almak yanıltıcı olacaktır. Konuyu uluslararası hukuk bakımından değerlendirdiğimizde şu tespitlere yer vermek isabetli olacaktır.

Bir uluslararası andlaşmanın oluşturulmasının çeşitli safhaları vardır. Andlaşma metninde aksi öngörülmedikçe genel olarak bir uluslararası andlaşma belirli aşamalardan geçerek akdedilir<sup>72</sup>. Müzakere aşamasını müteakiben genelde imza ya da paraf yöntemi ile andlaşma metni kesinleştirilir. Basit usulde akdedilen andlaşmalar dışında genel olarak andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için devletlerin öncelikle bağlanma rızalarını oluşturmaları ve daha sonra bunu beyan etmeleri gerekir. Bu iki aşamalı sürece ‘onay’ safhası denir. ‘Rızanın oluşturulması’ her devletin iç hukukunda (çoğu kez anayasasında) öngörülen ulusal usul işlemlerinin tamamlanması ile olur. İşte madde 90’ın ilk dört fıkrasında belirtilen prosedürler bu aşamaya ilişkindir. Yani uygun bulma yasası olarak adlandırılan işlem bir uluslararası andlaşmanın

<sup>72</sup> Bu safhalar için 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi referans alınabilir.



‘onay’ safhasının iç hukuka ilişkin ayağını oluşturur. İster monist, ister düalist yaklaşımı benimsemiş olsun her devletin ulusal hukuk sisteminde bir ‘onay prosedürü’ vardır. Daha sonra iç hukuk usullerine göre oluşturulmuş bu ‘andlaşma ile bağlanma rızasının’ beyanı gerekir. Bu işlem ikili uluslararası andlaşmalar için onay belgelerinin teatisi yöntemiyle, çok taraflı uluslararası andlaşmalar için ise iç hukuka göre elde edilmiş onay belgesinin depozitöre tevdi ile gerçekleşir. İşte bu da onay safhasının uluslararası ayağını oluşturur. Bu işlemlerin tamamlanmasıyla beraber bir devlet konu uluslararası andlaşma ile bağlanma iradesini göstermiş olur. Uluslararası andlaşma, öngörülen özel yürürlüğe girme hükümleri varsa bu hükümler uyarınca, yoksa karşılıklı olarak rızaların açıklanması ile yürürlüğe girerek taraflar için bağlayıcı hak ve yükümlülükler tesis eder.

Netice itibarıyla madde 90’ın ilk 4 fıkrasında yer verilen uygun bulma yasası kuralı ve de istisnaları Türk hukukunda bu rızanın oluşturulması usulünü göstermektedir. Diğer bir deyişle, bir uluslararası andlaşmanın onay safhasına ilişkin ulusal prosedürlerdir. Bu tür bir prosedürün varlığını tek başına düalist yaklaşımın delili kabul etmek ise, dünyada monist yapıyı benimseyip uygulayabilen bir devlet olmadığı çıkarımına yol açar ki bu da isabetli bir sonuç olmayacaktır<sup>73</sup>. Bir devletin anayasal sisteminin monist mi düalist mi olduğu ulusal onay prosedürünün varlığına değil, mahiyetine göre tayin edilebilir.

Türk hukukuna göre andlaşmaların bağlayıcılık kazanması için onaylanması ve yayımlanması gerekir ve bu yetkiler Cumhurbaşkanına verilmiştir<sup>74</sup>. Ancak Cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanabilmesi için TBMM’nin andlaşmanın onaylanmasını bir kanunla uygun bulması gerekir. Uygun bulma yasa tasarısı, Dışişleri Bakanlığı tarafından hazırlanıp Bakanlar Kurulu tarafından Meclise sunulur. Mecliste de madde madde değil, bütün olarak oylanır. Kanun metni andlaşma metnini içermez. Genelde kabul edilen andlaşmanın adını, Bakanlar Kurulu tarafından yürütüleceğini ve yürürlük tarihini ifade eder üç maddeden oluşur<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Doktrinde bazı görüşler, devletlerin egemen eşitliği prensibinin düalizmi mecbur kıldığı fikrini ortaya koyar. Bunlara göre her devletin kendi iç hukukunu dilediği gibi dizayn etmesi ve andlaşma ile bağlanma rızasını oluşturması prosedürüne karar veriyor olması kendi başına düalizme işaret eder. SHELTON, (2011), s.3

<sup>74</sup> 1982 Anayasası m.104(b)

<sup>75</sup> Örneğin: Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Savunma Sanayisi İş Birliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında

Uygun bulma yasasının içeriğine baktığımızda bunun bir iç hukuka geçirme işlemi olmadığı söylenebilir. Katı düalist sisteme göre bu tür işlemler andlaşma metninin bir yasama işlemi ile iç hukuk usulüne göre ulusal sistemde yeniden var edilmesi ile yapılır. Bu da andlaşma metninin bir kanun olarak yeniden düzenlenmesi demektir. AB direktiflerinin iç hukuka geçirilmesi prosedürü bu anlamda yardımcı bir referans olarak gösterilebilir. Ancak uygun bulma yasasında bu tür bir iç hukuka geçirme metni yoktur. Bu işlem daha ziyade andlaşmanın onay prosedürünün yasama organının da rızası alınarak tamamlanması için öngörülen bir usuldür.

31.05.1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması İle Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun ile de uluslararası bir andlaşmanın yürürlüğe konulması prosedürü kurala bağlanmıştır. Soysal, 244 sayılı kanun ile getirilen usule ilişkin şu açıklamaları yapmaktadır:

“Uluslararası andlaşmalar için gerekli görüşmeleri yapmak, bu andlaşmaları parafe etmek, imzalamak, onaylamak, onaylama belgelerinin verişim veya sunuluş zamanlarını ayarlamak yürütme organının yetkileridir ve bu yetkiler yürütmenin iki unsuru olarak Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu tarafından ortaklaşa kullanılır. Anayasada “Cumhurbaşkanı”ndan sözedilmesi, uluslararası ilişkilerde devlet başkanlarına tanınan geleneksel konumdan ileri gelmektedir ve Cumhurbaşkanı, içte olduğu gibi dışa karşı da, devleti temsil eden organ sayılmaktadır. Parlamenter sistemin mantığına göre, “sorumsuz” Cumhurbaşkanı’nın andlaşmalar konusundaki yetkileri aslında ancak yürütme organının öbür kanadıyla, “sorumlu” kanatla birlikte kullanılabilirler. Böyle olduğu içindir ki, Cumhurbaşkanlığı

---

Kanun, Kanun No. 6416, Kabul Tarihi: 7/2/2013. Kanunun içeriği Resmi Gazete’de yayımlandığı haliyle şöyledir:

“MADDE 1 – (1) 27 Ekim 2011 tarihinde Ankara’da imzalanan “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kosova Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Savunma Sanayisi İş Birliği Anlaşması”nın onaylanması uygun bulunmuştur.

MADDE 2 – (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.”

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun No.: 4058, Kabul Tarihi: 9/12/1994. Kanunun içeriği Resmi Gazete’de yayımlandığı haliyle şöyledir:

“MADDE 1. — Hükümetimiz adına 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanan Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin ilişik ihtirazi kayıt ile onaylanması uygun bulunmuştur.

MADDE 2. — Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3. — Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.”

yetkilerinin büyük çoğunluğu gibi, andlaşmaları onaylama yetkisi de “sorumlu”ların imzası olmadan kullanılamaz. Hatta 244 sayılı yasa bu bakımdan bir adım daha öteye gitmiş ve onaylama için, Dışişleri Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı’nın imzalarıyla oluşan üçlü kararname değil, bir Bakanlar Kurulu Kararnamesinin çıkarılmasını zorunlu kılarak bu önemli işlemi toplu hükümet sorumluluğuna bağlamıştır. Uluslararası andlaşmaların, çeşitli yönleriyle, Dışişleri Bakanlığı’ndan öteye, başka birçok bakanlığı da ilgilendirebileceği düşünülürse, bunun makul bir yaklaşım olduğunu kabul etmek gerekir.”<sup>76</sup>

244 sayılı yasa uyarınca bir BKK çıkartılması, Anayasal olarak Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması öngörülen andlaşmanın, bu yetkinin kullanımına yürütmenin sorumlu kanadı olarak Bakanlar Kurulu’nun da iştirak etmesi amacıyla konmuş ek bir usuldür. Bu işlem ile andlaşmanın onay safhasının iç hukuka ilişkin kısmının tamamlanması ve uluslararası safhası uyarınca iç hukuka göre oluşturulan onay belgesinin teatisi ya da depozitöre tevdi mümkün hale gelmiş olmaktadır.

Uygun bulma yasasının aksine bu kez andlaşma metni BKK’ne ekli olarak Resmi Gazete’de yayımlanır. Ancak bunun da bir iç hukuka geçirme prosedürü olarak anlaşılmasının yerinde bir tespit olmadığı düşünülmektedir. Zira BKK bir yasama işlemi değil, yürütme işlemidir. Dolayısıyla yapılan işlem de düalist sistemdeki gibi (kuvvetler ayrılığı prensibinin gözetildiği) bir yeniden yasama işlemi değildir. Bu nedenlerle, ne uygun bulma yasasının, ne de 244 sayılı kanun uyarınca çıkartılan BKK’nin gerçek anlamda bir iç hukuka geçirme (transformasyon) işlemi teşkil etmediği düşünülmektedir. Netice olarak da, bu argümanlara dayanan düalizm vargısı, önceki başlıkta sunulan güçlü monizm argümanlarına rağmen kabul edilebilir addedilmemektedir.

##### **5. Monizm ve Düalizme İlişkin Yumuşak Modellerin Karışıklığa Neden Olması**

Bir ulusal hukuk sisteminin uluslararası hukuka bakışını tayin için kullanılan monist ve düalist yaklaşımlar, devletlerin anayasal sistemlerinin çeşitliliği karşısında bunları kategorize etmekte kimi zaman yetersiz kalmışlardır. Yine modern çağda devletlerin mutlak egemenlik anlayışının terkedilmeye başlanması ve uluslararası hukukun üstün değerlerinin artan bir şekilde kabulü ile beraber bu yetersizlik artmıştır. Bu nedenle teorisyenlerce bu görüşlerin katı (klasik) modellerinin yanı sıra özelliklerinin daha gevşetildiği yumuşak versiyonları ortaya atılmıştır.

<sup>76</sup> SOYSAL, s.176

Ancak bunun neticesinde iki sistem arasında geçirgenlik artmış ve yumuşak düalizm ile yumuşak monizm neredeyse birbirinden ayırt edilemez hale gelmiştir.

Pratikte hiçbir amaca hizmet etmeyen bu yumuşatılmış modeller, yeterince karmaşık olan Türk anayasal sistemini niteleyebilmek için de çokça kullanılmış<sup>77</sup> ve doktrinel uzlaşmazlığı derinleştirmiştir. Bu nedenle Türk anayasal sisteminin tayini için her bir modelin katı biçimini esas almak isabetli olacaktır.

## 6. Anayasada Yer Alan Katı Egemenlik Anlayışı

Anayasa madde 6, Egemenlik başlığı altında “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” hükmünü amirdir. Yine 7. madde, yasama yetkisini Türk Milleti adına TBMM’nin kullanacağını ve bu yetkinin devredilemez olduğunu belirtir. 9. madde ise, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını emreder. 11. madde, Anayasanın, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan; kanunlara üstünlüğünü olan temel hukuk kuralları olduğunu hüküm altına alır.

Türkiye’de özellikle son 15 yılda çeşitli anayasa değişiklikleri yapılmış, ancak bu değişiklikler ile uluslararası anayasa hukukunun modern birikimlerini yansır şekilde uluslararası hukuk vurgularına yer verilmemiştir<sup>78</sup>. Yukarıda bahsedildiği gibi AİHS’nin zorunlu yargı mekanizması karşısında geliştirilen tedbirlerden biri olarak madde 90/5’e eklenen son cümle haricinde konu 1961 Anayasası’nda düzenlendiği haliyle muhafaza edilmiştir. 1982 Anayasası’nın hâlihazırdaki hükümleri klasik, devlet egemenliğini üstte tutan bir anlayışın yansımasıdır. Bu anlayış ve dil muhafaza edildiği müddetçe ne AB üyeliği mümkün olabilir<sup>79</sup>, ne de uluslararası hukuka bakış konusunda kısmen de olsa üstünlük vurgusu yapan küreselleşen modern anayasalara yaklaşılabılır.

<sup>77</sup> Örneğin CAN, andlaşmaların onay ve yayımlanma prosedürünün katı düalizmin öngördüğü gibi bir transformasyon ile değil, yumuşak düalist sistemi işaret eder bir şekilde ‘uygulama için emir verme’ (icra etme emri) şeklinde olduğunu belirtmektedir. CAN, s.18, 19

<sup>78</sup> Bu konu ile ilgili Venedik Komisyonu’nun çalışmaları ve gayreti dikkate değerdir. Daha detaylı bilgi için: BAŞLAR, Yeni Sivil Anayasa, s.1

<sup>79</sup> Bu katı egemenlik anlayışının bir sonucu da olası AB üyeliği sürecinde gerekli anayasal değişikliklerin yapılması zorunluluğudur. Bu konuyla ilgili olarak: BAŞLAR, Kemal:

Anayasa'nın uluslararası hukuka bakışına ilişkin muğlak düzenlemelerini, egemenliğe ilişkin bu hükümlerin açık ve güçlü ifadeleri karşısında, çağdaş anayasalarda yer aldığı üzere uluslararası hukuka üstünlük veren bir şekilde yorumlama imkânı yoktur. Bu da düalist sistemin devlet egemenliğini önde tutan anlayışını anımsatmaktadır. Bu nedenle monist sistemin benimsenmiş olamayacağı fikri dolaylı olarak desteklenmiş olmakta<sup>80</sup> ve bu da konuya dair karmaşaya katkıda bulunmaktadır.

### **7. Anayasanın Kutsanması ve İç Hukukun Üstünlüğüne Yönelik Aşırı Koruyucu Yaklaşımlar**

Anayasada yer alan egemenliğe ilişkin güçlü vurgular anayasal bir olguyu ifade eder. Ancak bunun bir de doktrinel algı boyutu vardır. Bu yönüyle, konu üzerindeki doktrinel uzmanlığa, anayasanın kutsanması ve üstün tutulması gayreti içerisindeki görüşlerin de katkıda bulunduğu söylenebilir. Burada devlet egemenliğini üstün tutma kaygısının, düalist sistemin dinamiklerinden biri olduğu gerçeğini de tekrar vurgulamak gerekir. Zira Türk anayasal sisteminin düalist yapıda olduğunun savunulması bu yöndeki görüşler açısından daha tercih edilir bir durumdur.

Bir önceki bölümde aktarıldığı üzere, sadece devlet değil, aynı zamanda bazı hukukçular da devletin egemenliğini, yani iç hukuku üstte tutan klasik yaklaşımı benimsemektedir<sup>81</sup>. Uluslararası hukuk karşısında devletin mutlak egemen pozisyonunu muhafaza gayreti ve bu konudaki tutarlılık açısından da düalist sistemin benimsenmiş olduğunu öne sürmek anlaşılabilir bir tutum olmakla beraber, kimi zaman bu çabanın bazı hukuki analizleri yönlendirdiği de söylenebilir.

---

“Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası’nın Uyumlaştırılması Sorunu”, 2015, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-ab-anayasa.pdf> (Erişim tarihi: 21.05.2018); AKIL, Abdülkadir: “Uluslararası Andlaşmaların ve Teamül Kurallarının Türk Hukukunda Uygulanması ve Hiyerarşik Değeri”, AÜEHFD, C. VII, S.1-2 (Haziran 2003) s. 242-243

<sup>80</sup> Örneğin CAN, s.16, 18

<sup>81</sup> Örneğin GÜRAN, Sait: “Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, 2000 [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/guran.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/guran.pdf) (Erişim tarihi: 21.05.2018)

## SONUÇ

Türk anayasal sisteminin monizm ve düalizm olarak kategorize edilen klasik görüşlerden hangisini kabul ettiği meselesi günümüze kadar pek çok hukukçu ya da akademisyen tarafından tartışılmış olmakla beraber, üzerinde henüz bir fikir birliğine varılamamıştır. Literatüre bakıldığında konuyla ilgili birbirinden oldukça farklı görüşlerin, çok çeşitli kurgularla savunulduğu görülmektedir. Türkiye'nin en ileri gelen anayasa hukukçuları ve uluslararası hukukçuları dahi konuyu irdelerken birbirine tamamen zıt değerlendirmeler yapmış ve sonuçlara varmışlardır.

Bu çalışmada bir yandan konu üzerindeki doktrinel uzlaşmazlığın nedenleri ortaya konmuş, öte yandan da bu nedenleri göz önünde bulundurarak konu yeniden incelenmiştir. Konu üzerindeki incelemede, uzlaşmazlığın, kısmen bazı kavramların tam anlaşılmasından kaynaklı olduğu tespit edilmiştir. Bu noktada AB hukukunun bazı prensiplerinin yardımcı kavramlar olarak referans alınmasının ve bunlara analogi yoluyla başvurulması faydalı olacağı öngörülmüştür. Bu sayede uygun bulma yasaının ve BKK'nin mahiyeti, self-executing anlaşmaların etkisi, uluslararası anlaşmaların dolaylı etkisi gibi konular netliğe kavuşturulmuştur. Öte yandan özellikle madde 90/5'in anatomisini doğru yöntemlerle çözümlenmek ve yorumlamak da Türk hukuk sisteminin yapısının ortaya çıkartılması için önemli görülmüştür.

İnceleme sonucu, Türk hukukunun uluslararası hukuka bakışını değerlendirebilmek için klasik teorik yaklaşımlar içinden birini seçmek gerekirse bunun monist sistem olması gerektiği ortaya çıkmıştır. Her iki sistemin de belirleyici özellikleri esas alındığında bu sonuca varmak kanaatimizce kaçınılmazdır. Ancak Türk hukuk sisteminin düalist yapıda olduğunu savunan aksi görüşler de mevcuttur ve bu görüşler en başta çatışma durumunu düzenleyen bir anayasal sistemin nasıl düalist olabileceği konusuna tatminkâr cevap vermekte yetersiz kalmaktadır.

Bu çalışmanın çıkış noktası, Türk hukuk sisteminin uluslararası hukuka bakışına ilişkin doktrinel uyuşmazlıktır. Çalışma nihai olarak şunu ortaya koymuştur: Türk hukuk sisteminin uluslararası hukuka bakışını klasik teorilerden biri ile açıklamak gerekirse bu monist yaklaşım olmalıdır. Ancak çalışmada yer verilen tartışmaların ve vargının yine de pek çok akademisyen için ikna edici olmayacağı öngörülmektedir. Bu nedenle belki de doğru yöntem bu konuyu 'vadesi dolmuş' klasik modellere sıkışmadan yeni bir bakış açısıyla değerlendirmek olmalıdır. Bu minvalde von Bogdandy, uluslararası hukuk normları ile ulusal hukuk normları arasındaki ilişkiyi halen yüz yıl önce geliştirilmiş teoriler (monizm-düalizm) ışığında niteleme çabasının anlamsızlığını

vurgulayarak, bu teorilerin son yüzyılda yaşanan gelişmeler karşısında vadesinin dolduğunu aktarmaktadır<sup>82</sup>.

## KAYNAKÇA

### **Kitaplar:**

- AKSAR, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2013
- BAYKAL, Sanem / GÖÇMEN, İlke: Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku, Seçkin, Ankara, 2016
- BİLGİN, Azime Aslı: Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi Kapsamında Avrupa Birliğinde Temel Hak Koruması, Avrupa Birliği Bakanlığı, Ankara, 2011
- BLANKE Hermann-Josef: "Article 4 [The Relations Between the EU and the Member States]" in BLANKE, Hermann-Josef / MANGIAMELI, Stelio (eds.): The Treaty on European Union (TEU) A Commentary, Springer, Heidelberg, 2013
- BROWNLIE, Ian: Principles of Public International Law, 7. Baskı, OUP, Oxford, 2008
- ÇAŞIN, Mesut Hakkı: Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, Cilt I, Legal, İstanbul, 2013
- CRAIG, Paul / DE BÜRCA, Gráinne: EU Law - Text, Cases and Materials, 5th eds, OUP, Oxford, 2011
- DENZA, Eileen: "The Relationship between International and National Law" in EVANS, Malcolm David (ed), International Law, OUP, Oxford, 2014
- DIXON, Martin: Textbook on International Law, 7. Baskı, OUP, Oxford, 2013
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt-I, Ekin, Bursa, 2011
- GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk, GÜNEL, Reşat Volkan (ed), 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2014
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 9. Baskı, Ankara, 2010
- SCHUTZE, Robert: European Union Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- SHELTON, Dinah (ed.): International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation and Persuasion, OUP, New York, 2011  
[https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1389&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1389&context=faculty_publications) (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2017

### **Makaleler:**

- ALBAYRAK, Gökhan: "Uluslararası Hukukta Küresel Anayasacılık Tartışması", 2014, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-113-1394> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- AKIL, Abdülkadir: "Uluslararası Andlaşmaların ve Teamül Kurallarının Türk Hukukunda Uygulanması ve Hiyerarşik Değeri", AÜEHFD, C. VII, S.1-2 (Haziran 2003), 239-261

---

<sup>82</sup> VON BOGDANDY, s.399

- AYBAY, Rona: “Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği : “Ön-Denetim””, 2015, <http://ronaaybay.com.tr/?p=86> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- BAŞLAR, Kemal: “Avrupa Birliği’ne Katılım Sürecinde Türk Anayasası’nın Uyumlaştırılması Sorunu”, 2015, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-ab-anayasa.pdf> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- BAŞLAR, Kemal: “Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler”, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/dr-kemal-baslar.pdf> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- BELGİN, Derya: “Anayasa’nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ankara Barosu Dergisi, 66(4), Güz 2008, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2008-4/10.pdf> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- BİLGİN, Ahmet Burak: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”, (2016) MÜHF-HAD, C.22, S.1, 81-129
- CAN, Hacı: “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, Yasama Dergisi, Sayı:12 (2009)
- CARTABIA, Mart: “The Italian Constitutional Court and the Relationship Between the Italian Legal System and the European Community”, Michigan Journal of International Law, Vol.12, Issue.1, 1990 <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1643&context=mjil> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- CIONGARU, Emilian: “The Monistic and the Dualistic Theory in European Law”, [http://www.ugb.ro/Juridica/Issue1EN/10\\_Teoria\\_monista\\_si\\_dualista\\_in\\_dreptul\\_europeanCiongaruEN.pdf](http://www.ugb.ro/Juridica/Issue1EN/10_Teoria_monista_si_dualista_in_dreptul_europeanCiongaruEN.pdf) (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- ENGİN, Enver Murat: “İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m.90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine”, Sosyal Güvenlik Dergisi, Ekim 2015, Cilt 5, Sayı 2, 9-36
- EYRENCİ, Öner: “İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları”, İÜHFİM, Cilt.74, Özel Sayı, 381-396 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/315203> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- GÜNDÜZ, Aslan: “İktidar ve Milletlerarası Sınırlar” İstanbul Barosu Dergisi, Sayı.1-2-3, 1990
- GÜRAN, Sait: “Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, 2000 [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/guran.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/guran.pdf) (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- KARAGÜLMEZ, Ali: “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-65> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- ÖZKAN, Işıl: “Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkileri”, Journal of Yaşar University, 8 (2013), 2127-2175
- SOYSAL, Mümtaz: “Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 14, 1997, 171-187, [http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg14/mumtaz-soysal.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg14/mumtaz-soysal.pdf) (Erişim tarihi: 21.05.2018)



- ŞAHBAZ, İbrahim: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, TBB Dergisi, Sayı.54, 2004
- TUNÇ, Hasan: “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”,  
[http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anayargi/tunc.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/tunc.pdf)  
(Erişim tarihi: 21.05.2018)
- VON BOGDANDY, Armin: “Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law”, I.CON, Vol.6, No: 3&4, 2008

**Diğer Kaynaklar:**

- TBMM, 22. Dönem, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), Madde gerekçeleri, Madde 7 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (Erişim tarihi: 21.05.2018)
- 2709 no’lu Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 18 Ekim 1982
- Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA), Lizbon, 13 Aralık 2007, Konsolide edilmiş versiyonu: (2012) O.J. C 326/49
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Roma, 04 Kasım 1950
- Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Viyana, 23 Mayıs 1969
- Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v Iceland) 1974, ICJ 3 (July 25)
- İtalyan Anayasa Mahkemesi’nin 27 Aralık 1973 tarihli *Frontini v. Ministero delle Finanze* kararı, 183/1973, 18 Giur Cost I, 2401
- C-26/62, *Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (Van Gend en Loos), [1963] ECR 1
- C-6/64, *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585
- C-14/83 *Von Colson* [1984] ERC 1891
- Re McKerr* [2004] UKHL 12; [2004] 1 WLR 807



# İSLAM HUKUKUNDA ŞEFE HAKKI VE SINIRLARI\*

## SHAF A RIGHT AND ITS BORDERS IN ISLAMIC LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.423832

Metin CEYLAN\*\*

### Özet

İslam hukukunda insanların su ihtiyacının karşılanmasına özel bir önem verilmektedir. İslamiyetin doğuşundan sonra İslam hukuku kaynaklarının oluştuğu ilk dönemlerde şirb hakkı içerisinde görülen su içme hakkı daha sonraki yüzyıllarda şefe hakkı olarak isimlendirildiği görülmektedir. Şefe hakkı, en dar anlamda insanın susuzluğunu gidermesi için gerekli su ihtiyacını sağlama hakkı olarak ifade edilmektedir. Geniş anlamda insanın günlük hayatında ihtiyaç duyduğu suyu temin etme hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hakkın sularda kullanılmasında suyun genel ve özel su olması önem arz etmektedir. Genel sularda şefe hakkının kullanımında serbestlik bulunmaktadır. Muhrez sular hariç olmak üzere özel sularda da serbestlik kabul edilmektedir. Muhrez sularda şefe hakkının varlığı kabul edilmemektedir. Bu sularda şefe hakkının kullanılabilmesi zaruret durumunun olması veya malikinin izni gereklidir. Zaruret halinde bulunan kişinin muhrez suyu kullanması durumunda bunu tazmini gerekir. Şefe hakkı ile yakın ilgisi bulunan suların satışında şefe hakkı kapsamındaki suların satışına cevaz verenler olmakla beraber daha çok bunun ücretsiz olması gerektiği yönünde görüş belirtenler bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Hak, hukuk, şefe hakkı, su.

### Abstract

Special emphasis is given to the provision of water for people in Islamic law. In the early periods when Islamic law sources were formed after the birth of Islam, the right to drink water, which is seen in shirb right, is seen as shafa right in later centuries. Shafa right is expressed in the narrowest sense as the right to provide the water necessary for man into thirst. In other saying shafa right is seemed as the right to supply the water that a person needs in his daily life. When this right is used in the water, it is important that the water is general and special water. There is freedom in the use of shafa right in the general waters. Freedom is also accepted in special waters except mohraz waters. It is not considered the presence of shafa right in the mohraz water. This right can be used with owner's permission or who used this right in to the state of necessity. The person who is using mohraz water in case of necessity must indemnify it. There is a close interest with shafa right the selling of the waters. Some lawyers give permission to sell water within the scope of shafa right. But some lawyers say that the water which is seemed in shafa right must be free of charge.

**Keywords:** Right, law, shafa right, water.

\* Bu çalışma, "İslam Hukukunda Suların Statüsü" adlı doktora tezinden türetilmiştir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı. (E-mail: metin.ceylan@inonu.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 16.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 30.06.2018

## I. GİRİŞ

İnsanların temel ihtiyaçlarından biri de sudur. En önemli ihtiyaç hava olmasına rağmen onun tabiatta serbest halde bulunmasından dolayı şu anda ticari bir meta haline gelmemiş bulunmaktadır. Hastalık vs nedenler dolayısıyla kişilere ayrıca oksijen verme nedenleri dışında hava insanların ticari hayatına girmemektedir. Solunum yaptığı müddetçe hariçten hava alabilmektedir. Bunun için bir ödemede bulunmaya ve özellikle temini için günümüzde yasal bir düzenlemeye de ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu konuda ileride düzenleme yapılmayacağı anlamına da gelmez. Hava gibi su da temel ihtiyaçlarındandır.

Su tabiatta serbest halde bulunmaktadır. Dünyanın beşte üçü sularla kaplıdır. Bu suların çokluğuna rağmen tabi halde içilebilir su kaynaklarının bu sular içerisinde çok az bir orana sahip olduğu görülmektedir. Bu oran, yaklaşık %3 civarındadır. Bu düşük yüzdeliğe rağmen içilebilir suların dünya karasına dağılımı da orantılı değildir. Bazı ülkelerde içilebilir su kaynakları kendilerine yeterli olmasına rağmen bazılarının ki yeterli değildir.

İçilebilir suların tarımsal amaçlı su kullanımlarında yer alması, bu kaynakların çabuk tüketilmesine neden olmaktadır. Yeryüzü sularından yararlanılmadığı takdirde bu durumda gerek içme gerekse sulama için yeraltı su kaynaklarına başvurulmaktadır. Yeraltı suları da hem içme hem de sulamada kullanılmaktadır. Yeraltı sularının bilinçsizce kullanımı sonucunda içme ve sulama sularında sorunlar yaşanmaktadır. İçilebilir su kaynaklarını ve diğer suları besleyen kaynakların arasında buzullar, yağmur, dolu ve kar sayılabilir. Bu kaynakların da dünyanın her yerinde yeknesak bir dağılıma sahip olduğu söylenemez.

Suların elde edilmesi, getirilmesi insanların ve diğer canlıların hizmetine verilmesi başlı başına bir çalışma alanıdır. Özel ihtisas isteyen işlerdendir. Ayrıca insanların ihtiyaçları ve diğer nedenlerle kullanılan suların tekrar kullanılabilir hale getirilmesi de ciddi bir bilgi birikimi, teknolojik düzey ve imkanı gerektirmektedir. Tüm bunlara rağmen halen mevcut olan kaynaklardan yararlanma konusunda çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Burada bu düzenlemelerden ziyade dar anlamda insanın günlük içeceği, geniş anlamda insanın kişisel su kullanımı, sahip olduğu hayvanlarının su ihtiyaçlarını ve eşyaları için gerekli suyu ifade eden "*şefe*" hakkı üzerinde durulacaktır. İslam hukuku kaynaklarında içilecek su hakkı için "*şefe*", sulamada kullanılacak su hakkı için "*şirb*" kavramı genellikle kullanılmaktadır.

İnsanların içme suyu kullanımını konusunda aralarında ciddi bir fark yoktur. Herkes susayınca suya ihtiyaç duyar ve bunun giderilmesini ister ve gidermeye çalışır. Müslüman bir kişinin diğer insanlar gibi suyu içmesi dışında genel temizlik ve ibadetler için de suyu kullanmak durumunda kalmaktadır. Özellikle namaz kılan bir kimsenin bu ibadetini yapabilmesi için abdest alması bazen gusül yapması gerekir. Suyu temin etme imkanının olmadığı durumlarda müslümanlara ibadetleri için su dışında topraktan yararlanma –teyemmüm- imkanı sağlanmışsa da bu istisnai bir durumdur. Bu durumlarda asl olan temizliğin su ile yapılmasıdır. İçme suyu yanında ibadetler vs durumlar için suyun kullanımı düşünüldüğünde bunun ciddi miktarlara ulaştığı görülmektedir.

Bir müslümanın yiyecek ve içeceklerin hazırlanmasında evinin ve çevresinin de temiz tutulmasında suya ihtiyaç vardır. Bu durumda; içme, yiyecek içecek hazırlanmasında, kişisel temizlik, bulunulan mekan, çevre ve kullanılan araçların temiz tutulabilmesinde suya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyacın karşılanmasında karşılaşılan sorunlara ilişkin İslam hukuku kaynaklarında dağınık da olsa birçok hükümlere rastlanılmaktadır.

İslam hukuku kaynaklarında ister şefe hakkı kapsamında ister diğer hakların kullanımında olsun suyun israf edilmemesi istenilmektedir. Bir müslümanın tüm günlük yaşantısını ilgilendiren genel israf yasağı suyun kullanımında da kendini göstermektedir. İbadet için olsa bile su kaynağının bol olmasına dahi bakılmaksızın suyun kullanımında israfa gidilmemesi istenilmektedir.

Çalışmada öncelikle şefe hakkı tanımı üzerinde durulacaktır. Daha sonra şefe hakkının sınırları belirlenmeye çalışılacaktır. Bunlar yapılırken günümüz şartları üzerinde durulacaktır.

## II. ŞEFE HAKKI

### A. TANIMI

Şefe (الشفعة): Arapça isim olan bir kelime olup sözlükte dudak, kenar anlamına gelmektedir. Kelimenin aslı “الشفعة” olmakla birlikte “h” harfinin düşmesi ile “الشفعة” olmuştur. Şefe hakkı; insanların kendilerinin ve hayvanlarının ihtiyacı olan içme suyu, şahsi temizlik, çamaşır yıkama, yemek yapma, bulaşık yıkama ve ev temizliği gibi işlerde ihtiyaç duydukları suyu, sahibi olmadıkları başka su kaynaklarından temin etme hakkını ifade ettiği söylenebilir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> RAZÎ, Muhtaru's-sıhah, el-Mektebetü'l-asriyye, Beyrut, 1999, s. 167; İBN MANZUR, Lisanu'l-Arab, I-XIV, Dâru Sâdır, Beyrut, 1414, XIII, 506-507; SEMERKANDÎ, Tuhfetü'l-Fukahâ, I-III, Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut, 1985, III, 317-318; KONEVÎ, Kasım b. Abdullah, Enisü'l-Fukahâ'i fi Ta'arifâti'l-el-Fâzi'l-Mütedâvileti beyne'l-

## B. KAYNAKLARDA ŞEFE HAKKI

İslam hukuk kaynaklarında son dönemde “*su içme*” hakkı için kullanılan “*şefe hakkı*” kelimesi ilk dönem kaynaklarında aynı anlamda geçmemektedir. İslam hukuk kaynaklarının başında gelen Kur’an-ı Kerim’de bu hakla ilgili bilgilerin verilmesi öncelik arz edecektir.

### 1. Kur’an-ı Kerim’de Şefe Hakkı

Kur’an-ı Kerim’de şefe hakkı ile doğrudan ilgili olan ve bu konuda hüküm veren ayetlere rastlanılmadı. Fakat su ihtiyacının giderilmesine değinen dolaylı olarak da olsa bazı ayetlerde konuya değinilmektedir. Bu anlamda Kur’an-ı Kerim’de “*şirb*”<sup>2</sup> kelimesi su hissesi ve sırası anlamında Salih Peygamber’in kavmine –Semûd- mucize olarak verilen deve ile kavmi arasında suyun paylaşılması ve sırası ile ilgili geçmektedir. Burada suyun bir gün deveye ve bir gün Salih Peygamber’in kavmine ait olduğu belirtilmekte ve herkesin sırasında hazır olması istenilmektedir<sup>3</sup>.

Bu ayetlerin dışında geçmişte insanların sudan yararlanmaları ile ilgili olarak Kur’an-ı Kerim’de verilen başka bilgilere rastlanılmaktadır. Buna göre; Hz. Musa, kendi kavminden kaçıp Medyen suyuna vardığında; orada insanların hayvanlarını sulamak için sıraya girdiklerini görür. Hayvanlarını sulamaya çalışanların oluşturduğu sıraya girmeye çekinen Hz. Şuayb’ın iki kızına onları sulamada yardım eder. Kızlar, babaları Hz. Şuayb’ın yaşlı olduğu gelip sulama yapamadığını ve bu nedenle hayvanların sulama işlerinin kendilerinin yapmak zorunda kaldıklarını söylerler<sup>4</sup>. Burada konumuzu doğrudan ilgilendiren bir ibare yoksa da insanların ve onların hayvanlarının su kaynaklarından yararlanmaları bizim için önem arz eder. Burada bir su kaynağı bulunmakta ve kaynaktan

Fukahâ’, Dâru’l-vefâ, Cidde, 1406, s. 106; BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, I-VIII, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul, 1985, VI, 12; BERKÎ, Ali Himmet, Sular Hukuku, Ankara 1959, s. 17; ZUHAYLÎ, Vehbe, el-Fikhu’l-İslami ve Edilletuhu, Dâru’l-fikr, I-X, Suriye, trz. VII, 4672-4674; DANTE, A. Caponera, Water Laws In Moslem Countries, FAO Development Paper No: 43, Roma, 1954, s. 19; HACAK, Hasan, İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi, (Yayınlanmamış YL tezi), Marmara Ü. Sos. Bil. Enst. İstanbul, 1993, s. 53-54, “İrtifak”, DİA, İstanbul, 2000, XXII, 461-462; CEYLAN, Metin, İslam Hukukunda Suların Statüsü, Mengüceli Yayınları, Malatya, 2010, s.56; GÜNAY, Hacı Mehmet, “Su” DİA, İstanbul, 2009, XXXVII, 432-437.

<sup>2</sup> Kur’an-ı Kerim, Şuara, 26/155; Kamer, 54/28.

<sup>3</sup> KURTUBÎ, el-Câmi‘u li-Ahkâmi’l-Kur‘ân, I-XX, Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye Kahire, 1964, XIII, 130-131; XVII, 140-141; YİĞİT, İsmail, Peygamberler Tarihi, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2013, s. 185-189.

<sup>4</sup> Kur’an-ı Kerim, Kasas, 28/23-25; KURTUBÎ, XII, 267-.269; Yiğit, s. 404-405.

yararlanmada herkesin aynı şansa sahip olmadığı görülmektedir. Bu olumsuzluğu giderenin hareketi de tasvip edilmektedir.

Hız. Musa kavmi için su arayıp Allah'tan su isteyince kendisine asasını taşa vurmasının istendiği, asa ile taşa vurulunca on iki gözenin fışkırdığı, böylece Hız. Musa'nın kavminin bu gözelerden su içtikleri bildirilmektedir. Kaynaklarda Hız. Musa ile birlikte bulunan kavmi on iki topluluktan oluştuğu böylece her topluluk kendi gözesinden su alarak ihtiyaçlarını giderdiğine yer verilmektedir. Hız. Musa'ya verilen bu mucizenin topluluk sayısınca göze çıkması suyun topluluk sayısınca gözelerde gelmesi su paylaşımına ilişkin Kur'an-ı Kerim'de geçen önemli örneklerdendir. Tüm bunlara rağmen Kur'an-ı Kerim'de “şefe” kelimesi geçmemektedir. Buna rağmen “şirb” kelimesi ve su içme anlamına gelen “شرب” “şeribe” fiilinden türeyen su içilen yer denilen “meşreb” kelimesi geçmektedir<sup>5</sup>.

Kur'an-ı Kerim'de su ile ilgili birçok ayet bulunmaktadır. Bu ayetlere bakıldığında suyun içilmesi ve kullanılmasından ziyade suyun itikadi açıdan Allah'ın varlığına, kudretine ve verdiği nimetlere delil olarak verildiği görülmektedir. Bu nedenle söz konusu ayetler konumuz dışında kalmaktadır.<sup>6</sup> Az sayıda da olsa Kur'an-ı Kerim'de gökten insanların temizlenmesi için sular indirildiği<sup>7</sup>, indirilen suyun temiz olduğu,<sup>8</sup> nehirlerin insanların hizmetine sunulduğu<sup>9</sup>, gökte ve yerde bulunanların insanlara sunulduğu<sup>10</sup>, ve yerdekilerin insanlar için yaratıldığını<sup>11</sup> belirten ayetlerin geneli ele alındığında insanların istifadesine sunulan bu nimetlerden yararlanmanın aleyhe bir delil bulunmadıkçe mubah çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir<sup>12</sup>,

## 2. Hadis Kaynaklarında Şefe Hakkı

Hadis kaynaklarında “su içme hakkı” anlamında “şefe hakkı” şeklinde bir kullanımına rastlanılmadı. Buna rağmen “şefe” kelimesi rivayetlerde geçmektedir. Burada geçen “şefe” kelimesi “dudak” ve “kenar” şeklinde sözlüklerde verilen anlamında kullanıldığı

<sup>5</sup> Kur'an-ı Kerim, Bakara, 2/60; A'raf, 7/160; KURTUBÎ, I, 419-421; VII, 303-304.

<sup>6</sup> Örnek olarak bkz. Kur'an-ı Kerim, Bakara, 2/22; En'am, 6/99; Hac, 22/63; Diğer ayetler için bkz. ABDULBAKÎ, Muhammed Fuad, Mu'cemü'l-müfehres li-elfâzi'l-Kurâni'l-Kerim, Dâru'l-marife, Beyrut, 1938, s. 182, 233.

<sup>7</sup> Kur'an-ı Kerim, Enfâl, 8/11.

<sup>8</sup> Kur'an-ı Kerim, Furkan, 25/48.

<sup>9</sup> Kur'an-ı Kerim, İbrahim, 14/32.

<sup>10</sup> Kur'an-ı Kerim, Hac, 22/65; Lokman, 31/20; Casiye, 45/12.

<sup>11</sup> Kur'an-ı Kerim, Bakara, 2/29.

<sup>12</sup> KURTUBÎ, el-Câmi' I, 251.

görülmektedir. Doğrudan “su içme hakkı”nı ifade eden bir anlama gelmemektedir<sup>13</sup>.

Buna karşılık “شرب” başlığı altında hadis fihristlerine bakıldığında; bu kelime ve türevlerinin geçtiği rivayetlerde konumuz olan su içme hakkından ziyade su içilirken dikkat edilmesi gereken hususlara daha çok yer verildiği görülmektedir. Su içilirken; “besmele çekilmesi sonunda hamd edilmesi”<sup>14</sup>, “tek seferde içilmemesi”<sup>15</sup>, “üç yudumda içilmesi”<sup>16</sup>, “altın ve gümüş kaplardan su içilmemesi”<sup>17</sup>, ‘bazı kaplardan su içilmemesi”<sup>18</sup>, “sağ elle suyun içilmesi sol elle içilmemesi”<sup>19</sup>, “suyun ayakta içilip içilemeyeceği”<sup>20</sup>, “kabın ağzından içilip içilmeyeceği”<sup>21</sup>, “su içilen kaba su içerken nefesin verilmemesi”<sup>22</sup>, “israf edilmemesi”<sup>23</sup>, toplulukta su dağıtılırken “sağdan”<sup>24</sup> su verilmeye başlanması vs konularla ilgili oldukları göze çarpmaktadır.

Bu şekilde bir terimin olmaması su içme hakkına hadis kaynaklarında temel bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Çünkü hadis kaynaklarında; insanların<sup>25</sup> bazı rivayetlerde müslümanların<sup>26</sup> ortak

<sup>13</sup> BUHARİ, Fiten, 17 (Hadis No: 7097); MÜSLİM, Zühd, 14 (Hadis No: 2967); diğer örnekler için bkz. WENSİNCK, Concordance, I-VIII; Leiden, 1936, III, 154-155.

<sup>14</sup> İBN MACE, Menasik, 78 (Hadis No: 3061); DAREKUTNÎ, Hac 1 (Hadis No: 2736).

<sup>15</sup> DARİMİ, Eşribe, 21 (Hadis No: 2167).

<sup>16</sup> BUHARİ, Eşribe, 26 (Hadis No: 5631); EBU DAVUD, Eşribe, 19 (Hadis No: 3727).

<sup>17</sup> BUHARİ, Eşribe, 27 (Hadis No: 5632); EBU DAVUD, Eşribe, 17 (Hadis No: 3723).

<sup>18</sup> EBU DAVUD, Eşribe, 7 (Hadis No: 3690).

<sup>19</sup> MÜSLİM, Eşribe, 13 (Hadis No: 2020); EBU DAVUD, Et‘ime, 20 (Hadis No: 3776).

<sup>20</sup> BUHARİ, Eşribe, 16 (Hadis No: 5615-5617); MÜSLİM, Eşribe, 13 (Hadis No: 2024); EBU DAVUD, Eşribe, 13 (Hadis No: 3717).

<sup>21</sup> BUHARİ, Eşribe, 24 (Hadis No: 56327); MÜSLİM, Eşribe, 13 (Hadis No: 2023).

<sup>22</sup> BUHARİ, Eşribe, 25 (Hadis No: 5630); MÜSLİM, Eşribe, 13 (Hadis No: 2023); EBU DAVUD, Eşribe, 20 (Hadis No: 3728);

<sup>23</sup> İBN MÂCE, Vudû’, 48 (Hadis No: 424); Tahâre, 48, (Hadis No: 425).

<sup>24</sup> BUHARİ, Eşribe, 18 (Hadis No: 5619); EBU DAVUD, Eşribe, 19 (Hadis No: 3726).

<sup>25</sup> KASIM b. Sellâm, Emval, I-III, Kütübü’l-ilmîyye, Beyrut, 1986, II, 178; HARİS b. Ebi Usame, Müsnedu’l-Hâris (Zevâidu’l-Heysemî), I, 508, (Hadis No: 449); II, 653, (Hadis No: 630); İBN ABDİLBER, et-Temhîd limâ fi’l-Muvatta’ mine’l-me‘ânî ve’l-esânîd, XIX, 1; ZEYLA’Î, Nasbu’r-Râye, IV, 294; İBN MÜLAKKİN, Hulâsatu’l-Bedri’l-Münîr, II, 113, (Hadis No: 1678); Askalânî, Telhîsu’l-Habîr, III, 63, (Hadis No: 1304), ed-Dirâye, II, 246, (Hadis No: 987); SAN‘ÂNÎ, Sübulü’s-Selâm, III, 86.

<sup>26</sup> Ebu Davud, İcâre, 26, (Hadis No: 349); İbn Mâce, Ruhûn, 16, (Hadis No: 2472); AHMED b. Hanbel, Müsned, V, 364 (Hadis No: 23132); EBU YUSUF, el-Harâc, el-Matbaatu’s-selefiye, Kahire, 1382, s. 96; İBNU EBİ ŞEYBE, Kitabu’l-Musannef fi’l-Ehâdisi ve’l-Âsâr, I-VII, Mektebü’r-rüşd, Riyad, 1409, V, 7 (Hadis No: 23194); BEYHAKÎ, es-Sünenü’l-Kübrâ, I-X, Dârul-kütübî’l-ilmîyye, Beyrut, 2003, VI, 248 (Hadis No: 11832, 11833, 11834).



oldukları şeylerden birinin su olması, suyun fazlasının başkasından esirgenmemesi<sup>27</sup> başkalarından esirgenmemesi gereken şeylerden birinin su olması<sup>28</sup>, men'î helal olmayan şeylerden birinin yine su olması<sup>29</sup> ve otların korunması için onların bulunduğu yerdeki su kaynaklarından yararlanmak isteyenlerin engellenmesinin<sup>30</sup> başka bir rivayette kendisi ile otun satılabilmesi için suyun satılmamasının<sup>31</sup> belirtilmesi; suyun temel bir ihtiyaç maddesi olduğu, tabiatta bulunan suların insanlığın hizmetine verildiği, bu sulara belli şartlar ile mülkiyete yer verildiği ve insanların su ihtiyaçlarını karşılama konusunda bu sulara bir hakkın varlığına yer verildiği sonucunu çıkarmak mümkündür.

Hadiste geçen insanların ortak olduğu suların hangi sular olduğu hadisçiler tarafından tartışılmıştır. Bu konuda hadisçiler arasında bir görüş birliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Buna rağmen bu konuda ileri sürülen görüşler incelendiğinde bunları üç ana başlık altında toplamak mümkündür.

#### a) Tüm Sular:

Bu görüşe göre; insanlar yeryüzünde bulunan tüm sulara ortaklardır. Hadiste su mutlak olarak belirtilmiştir. Bu nedenle yeryüzünde bulunan sular arasında bir ayrıma gidilmeye gerek olmadan tüm sular bu hadiste geçen lafzın kapsamındadır. Suyun muhrez olup olmaması farketmez. Zahiriler ve Şevkanî bu görüşü paylaşırlar<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> EBU DAVUD, İcâre, 26, (III, 278, Hadis No: 3477); EBU UBEYD, Kitâbu'l-Emvâl, s. 321; İBN MÂCE, Ruhûn, 19, (II, 828, Hadis No. 2481); AHMED b. Hanbel, Müsned, V, 364; BEYHAKÎ, 38/İhyâu Mevât, 11 (VI, 150, Hadis No: 11602); ZEYLA'Î, Nasbu'r-Râye, IV, 294, ŞEVKÂNÎ, Neylü'l-Evtâr, VI, 49; İRAKÎ, Zeynüddin Abdurrahim b. Hüseyin, Tarhu't-tesrib fi şerhi't-takrib, I-VIII, İhyau Türasi'l-Arabi, Yrz. Trz., VI, 178.

<sup>28</sup> DÂRİMÎ, Buyû', 70, (II, 349); İRAKÎ, Tarhu't-tesrib fi şerhi't-takrib, VI, 178.

<sup>29</sup> EBU DAVUD, Zekat, 35, (Hadis No: 1669), İcâre, 26, (Hadis No: 3476, 3477); AHMED b. Hanbel, Müsned, XXV, 293-295 (Hadis No: 15945, 15947); DÂRİMÎ, Buyû', 69 (Hadis No: 2655) Irakî, Tarhu't-tesrib fi şerhi't-takrib, VI, 178.

<sup>30</sup> BUHARÎ, Musakât, 2, (III, 75); MÜSLİM, Musakât, 8, (II, 1198, Hadis No: 1566); İBN-İ MÂCE, Ruhûn, 19, (II, 828, Hadis No: 2478, 2479); EBU DAVUD, Buyû'62, (III, 747-749, Hadis No: 3473); TİRMİZÎ, Buyû', 44, (III, 572, Hadis No: 1272); MALİK b. Enes, Muvatta, Akdiyye, 25, (II, 744, Hadis No: 29); AHMED b. Hanbel, Müsned, VI, 139, 252, 268; İRAKÎ, Tarhu't-tesrib fi şerhi't-takrib, VI, 178.

<sup>31</sup> MÜSLİM, Musakât, 8 (Hadis No: 1566); BEYHAKÎ, Sünenü'l-Kübrâ, VI, 26 (Hadis No: 11061); İBNU EBİ ŞEYBE, el-Musannef, IV, 351 (Hadis No: 20949); V, 6 (Hadis No: 23191).

<sup>32</sup> İBN HAZM, Muhallâ, IX, 54-55; ŞEVKÂNÎ, Neylü'l-Evtâr, V, 323; İBN ESİR, en-Nihâye fi Garibi'l-Ehâdisi ve'l-Eser, I-V, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut, 1979, II, 467; İRAKÎ, Tarhu't-tesrib fi şerhi't-takrib, VI, 178-185.

### b) Muhrez Olmayan Sular:

Bu görüşte olanlara göre; hadislerde geçen insanların ortak oldukları sular, insanların ihraz edip aldıkları mülk edindikleri sular dışında kalan sulardır. Bu şekilde ortak olunan sulara muhrez sularla bir sınırlama getirirler.<sup>33</sup>

### c) Emek Çekilen Tüm Sular:

Hadislerde geçen sulardan kasıt, yeryüzünde bulunan tüm sular olmayıp kişinin emek çekerek elde ettiği suların dışında kalan sulardır. Emek çekilerek elde edilen sularla, bir su kaynağından kişinin çeşitli vasıtalarla suyu çekerek, kaplara, havuzlara, arklara veya kuyulara vs alınan sular kastedilmektedir. Hadislerde geçip insanların ortak oldukları sular ise bunların dışında kalan sular olduğu ileri sürülmektedir.<sup>34</sup>

Hadis kaynaklarında insanların sulardan yararlanmasına engel olunmadığı aksine serbestlik verildiği görülmektedir. Tartışmalar hadislerle yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır. Bazıları bu hadisleri geniş yorumlayarak tüm sulardan yararlanmanın serbest olduğunu belirtirler. Bir kısım ise bunu kişinin ihraz ettiği sularla sınırlamaktadırlar. Diğer bir kısım ise emek çekilerek elde edilen suları hadislerde geçen ortak olunan sular dışında görmektedirler.

## 3. Klasik İslam Hukuku Kaynaklarında Şefe Hakkı

Şefe hakkı, fıkıh kitaplarında şirb hakkı ile birlikte anılmaktadır. Su içme hakkının şefe hakkı olarak tanımlanmasının daha sonraları ortaya çıktığı görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarı ile “şefe hakkı” terim olarak Ebu Muhammed Osman b. Ali ez-Zeylâî'nin (ö. 743/1343 Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'd-Dekâik adlı eserinde kullanıldığına rastlanılmıştır<sup>35</sup>. Daha sonraki döneme ait eserlerde bu terim giderek sıkça kullanılmıştır.

Fıkıh kaynaklarında şefe hakkı tanımlanırken dar ve geniş anlamda kullanıldığına yer verilmektedir. En dar anlamda şefe, susayan insanın susuzluğunu gidermesi için gerekli olan suyu içebilmesine imkan tanıyan hak olarak tanımlanmaktadır. Bununla beraber bu hak sadece susayan bir kişinin susuzluğunu gidermesi şeklinde ele alınmamaktadır. Geniş

<sup>33</sup> ŞEVKÂNÎ, Neylu'l-Evtâr, V, 323; MİRAS, Kamil, Sahîh-i Buharî Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi, I-XI, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 4. bs. Ankara, 1978; IRAKÎ, Tarhu't-tesrîb fi şerhi't-takrîb, VI, 178-185.

<sup>34</sup> İBN ESİR, en-Nihâye, II, 467; AZÎMÂBÂDÎ, Avnu'l-Ma'bûd Şerhu Süneni Ebî Dâvud, Beyrut, 1995, IX, 370.

<sup>35</sup> ZEYLAÎ, Ebu Muhammed Osman b. Ali, Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'r-Dekâik, I-VI, el-Matbaatu'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak, 1313, VI, 40-41.

anlamda tanımlanırken insanın susuzluğunu gidermesi, yemeğini pişirmesi, abdest alması, gusül etmesi, elbisesini yıkaması, ev temizliğinde kullanması ve hayvanlarını sulaması gibi gerekli olan suyu elde etmeye fırsat veren bir hak olarak tarif edilmektedir<sup>36</sup>.

Şefe hakkı böyle tanımlandıktan sonra bu hakkın kullanılacağı suları incelemek gerekir. Çünkü gerek yeryüzünde gerekse yeraltında çeşitli şekil ve büyüklükte sular bulunmaktadır. Bazı suların elde edilmesinde insan emeği bulunmakta bazılarında ise bulunmamaktadır. Bu nedenle fıkıh kitaplarında sulara ilişkin yapılan tasnifler dikkate alınarak şefe hakkı karşısında bu suların durumu ele alınacaktır.

#### a) Denizler

Herkesin denizlerde şefe hakkı bulunmaktadır. Yeryüzündeki sular arasında en büyük kesimi denizler oluşturmaktadır. Bu sular kimsenin mülkiyetinde olan sular değildir. Şefe hakkı bakımında herkes şefe hakkını ihtiyacı kadar yerini getirebilir. Şefe hakkını kulanırken başkasına zarar vermesi gerekir. Deniz suları tuzlu olması nedeniyle içmeye çok müsait değilse de bu sulardan herkes içebilir, abdest ve gusül abdesti alabilir, çamaşırlarını yıkayabilir, hayvanlarını sulayabilir, yemek için su temin edebilir, ev temizliğinde vs işlerinde kullanabilir. Kendisine ait kablara aldığı suları mülk edinebilir. Çünkü bu sular kimsenin mülkiyetinde olmayan sulardır. İnsanların güneş ve havadan yararlanmasında olduğu gibi bu sulardan yararlanabilir<sup>37</sup>.

#### b) Büyük Nehirler

Büyük nehir suları kimsenin mülkü olmadığından herkesin bu sulardan yararlanma hakkının varlığı kabul edilmektedir. Bu nedenle herkesin bu sularda şefe hakkı bulunmaktadır. Bu şekilde sulardan içme, abdest ve gusül abdesti alma, yemek yapma, çamaşır yıkama, ev temizliği yapma ve hayvanlarını sulama gibi vs ihtiyaçlarını karşılayabilir. Bu sulardan özel kaplarına su alıp götürebilir. Genel sulardan yararlanma hakkı bulunmakla birlikte bu sulardan yararlanma başkasına zarar vermeme ile kayıtlıdır. Bu sulardan yararlanırken hayvanların çokluğu

<sup>36</sup> ZEYLÂÎ, Tebyîn, VI, 39-44; ALİ HAYDAR Efendi, Dürerü'l-hükkâm şerhu mecelleti'l-ahkâm, I-X, Daru'l-kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, trz., VI, 427-428; ZUHAYLÎ, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, <sup>VI</sup>, 4672.

<sup>37</sup> ZEYLÂÎ, Tebyîn, VI, 39-44; ALİ HAYDAR Efendi, Dürer, VI, 427-428; ZUHAYLÎ, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, <sup>VI</sup>, 4672.

veya başka nedenlerle nehir kıyılarına zarar verilmesi suretiyle başkalarının zarar verilmemesi gerekir<sup>38</sup>.

### c) Özel Sular

Fıkıh kaynaklarında bu grupta gösterilen sular için uzun başlıklar kullanılmaktadır. Bu başlık altında akarsular ve kuyular incelenmektedir. Bu sular herkesin genel sular gibi istediği gibi yararlanabildiği sular değildir. Bu sulara arazi sulamalarına ilişkin sınırlama bulunmaktadır. Bu sulara şefe hakkının varlığı kabul edilmektedir. Bu çerçevede; insanlar, kendilerinin içme suyu, abdest ve gusül abdesti, yemek yapma, çamaşır yıkama, ev temizliği yapma ve hayvanlarını sulama gibi şefe kapsamındaki ihtiyaçlarını bu sulardan karşılayabilirler. İnsanın susuzluğunu gidermesi için su ihtiyacını karşılaması şefe hakkı kapsamındaki diğer suyu kullanım şekillerinden önde gelmektedir. Örneğin şefe hakkı kapsamında hayvanların sulanması halinde suyoluna zarar gelmesi durumunda özel su sahibi veya sahipleri buna engel olabilirler. Şayet yakında mubah başka bir su kaynağı yok ise bu durumda özel su sahibinin şefe kapsamındaki su talebini suyoluna zarar verilmemesi için gerekli önlemleri almak suretiyle karşılaması gerekir. Böyle özel açılan kuyulardan herkesin yararlanma hakkının olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır. Bu görüşte olanlar bu yararlanmayı şefe hakkı ile sınırlı tutarlar<sup>39</sup>.

Küçük akarsular özel sular içerisinde değerlendirilmektedir. Genel-büyük akarsu ile özel- küçük akarsu ayrımının hangi kriterlere göre yapılacağı tartışmalarına fıkıh kitaplarında rastlanılmaktadır. Bu görüşler içerisinde genel kabul gören görüşe göre; genel-özel su ayrımında akarsu kaynağından yararlananların sayıları yüz kişiden fazla ise bu su genel sayılmakta şayet bundan az ise özel su sayılmaktadır. Bunun dışında kabul edilen başka bir ölçüye göre şayet kaynak kendisinden yararlanan arazilerde son bulmayıp onlardan daha aşağılara akıp gidiyorsa bu su genel şayet son buluyorsa özel su kabul edilmektedir. Suyun genel/özel ayrımı ondan yararlanmada önem arz etmektedir. Şefe hakkı konusunda büyük bir önemi yoksa da sulama hakkı konusunda çok önemli rol oynamaktadır.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> ZEYLÂÎ, Tebyîn, VI, 39-44; ALİ HAYDAR Efendi, Dürer, VI, 427-428; ZUHAYLÎ, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, VI, 4672.

<sup>39</sup> ZEYLÂÎ, Tebyîn, VI, 39-40; ALİ HAYDAR Efendi, Dürer, VI, 431-435; ZUHAYLÎ, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, VI, 4662-4663.

<sup>40</sup> ZEYLÂÎ, Tebyîn, VI, 40-41; ALİ HAYDAR Efendi, Dürer, VI, 408-409; BERKÎ, Ali Himmet, Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1990, s. 252-253, Madde, 1239, 1240.

Özel sular içerisinde kuyu suları önemli yer tutmaktadır. Fıkıh kitapları incelendiğinde su kuyularına önemli bir yer verildiği görülmektedir. Hatta fıkıh kitaplarının taharet bölümünde suların temizliği başlığında konu işlenirken burada kuyulara çokça yer verildiği görülecektir. Bu kuyular genelde günümüzde keson kuyu denilen toprağın belli bir derinlikte eşilerek yeraltı sularına kavuşma imkanı veren kuyulardır. Günümüzde özel tekniklerle toprağın çok derin katmanlarına inilip açılan artezyen kuyuları yakın geçmişe kadar bilinmiyordu.

Yeraltı suları genel sularıdır. Herkesin onlardan yararlanma hakkı bulunmaktadır. Mubahtan yararlanma çerçevesinde başkasına ve kaynağa zarar vermemek üzere herkes yararlanabilir. Kaynaklarda açılan kuyuların açıldıkları yer ve açanın niyetine göre farklı hükümler kurulmaktadır. Buna göre mevat arazide açılan kuyular mülk edinmek üzere açılmış ise bu kuyuyu açan ona sahip olur. Şayet sahip olmak için açmayıp yolculuğu esnasında geçici olarak su temini için açmış ise bu kuyu sahibinin olmayıp kamuya aittir. Kuyuyu açanın orada iken yararlanmada önceliği bulunmakla birlikte oradan ayrılıp daha sonraki zamanlarda oraya gelmesi halinde; bir önceliği olmaksızın sair insanlar gibi bu kuyudan yararlanır. Kamuya ait kuyu suyunda herkes şefe hakkı ve imkanlar ölçüsünde şirb hakkını karşılayabilir. Şayet kişi kendi mülkü olan arazide kuyu açarsa bu kuyuya sahip olur. Kuyudaki suya özel sulara ait hükümler uygulanır. Bu sulara kişilerin şefe hakkı vardır. Şirb hakkı yoktur. Ancak kuyu sahibi izin verdiği takdirde mümkün olabilir. Arazi sahibi su ihtiyacı bulunan kişilerin araziye girmesine engel olabilir. Fakat yakında başka genel su kaynağı yoksa şefe hakkını kullanmak isteyip susuzluğunu gidermek araziye girmek isteyenlere engel olmamalı veya engel oluyorsa suyu arazi dışına kadar getirmesi gerekir<sup>41</sup>.

Yukarıda sayılan su kaynakları içerisinde özellikle denizlerin ve bazı göllerin sularının içilmesinin mümkün olmadığı gündeme gelebilir. Günümüzde genel olarak doğrudan bu suların içilemez olduğu kabul edilse de bunun imkânsız olduğu söylenemez. Çeşitli arındırma teknikleri kullanılarak bu suların yararlanma imkânı vardır. Bu durumlarda şefe hakkının kullanımı söz konusu olabilecektir. Ayrıca geçmişte o dönemin teknik imkânları ölçüsünde artezyen kuyularının açılması mümkün olmadığından fıkıh kitaplarına bunlara ilişkin hükümlere rastlamak

<sup>41</sup> ZEYLÂÎ, Tebyîn, VI, 40-41; ALÎ HAYDAR Efendi, Dürer, VI, 431-435; BERKÎ, Mecelle, 1990, s. 252, Madde, 1235, 1236; ZUHAYLÎ, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, VI, 4662-4663.

mümkün değildir. Fakat kuyulara ilişkin hükümler durumları elverdiği ölçüde artezyen kuyularına kıyasen uygulanabilir.

#### d) Muhrez Sular

Muhrez su, yukarıda yapılan tasniflerde bulunan su kaynaklarının her hangi birinden kaplara alınan sulardır. Kişinin suyu kaynağından alıp kabına koyması ile mülkiyetini elde ettiği bu nedenle suyu alanın ona sahip olduğu kabul edilir. Yukarıda sayılan sular arasında şefe hakkı bakımından en dar anlamda yararlanma hakkı sağlayan sular muhrez sulardır. Bu sulardan yararlanma ancak suyun sahibinin iznine bağlıdır. Sahibi izin vermedikçe; en dar anlamda şefe hakkı kullanılamaz. Yani bu suyun içilmesi ve diğer ihtiyaçlar için kullanılması mümkün değildir. Bunun istisnası zaruret halidir. Şayet ihtiyaç sahibinin yakınında mubah su bulmak imkânı olmayıp mevcut su sahibinin ihtiyacından fazla ise o zaman şefe hakkı kullanılarak susuzluk giderilebilir. Su sahibi buna karşı çıkarsa onun hayatına ve vücut bütünlüğüne zarar vermeyecek şekilde genel olarak silahsız zor kullanılarak su temin edilebileceğini kabul edenler bulunmakla birlikte bu durumda silah kullanmak suretiyle ihtiyacın giderilebileceği görüşün paylaşılanlar da bulunmaktadır<sup>42</sup>.

Çeşitli sular karşısından şefe hakkının durumuna ilişkin konuya son verirken sünni fıkhi mezhepler dışında diğer bazı mezhep görüşlerine yer verilebilir. Bu konuda Şia mezhebi, şefe hakkını genel sularla sınırlandırmış özel sularda hiç kimse sahibinden fazla bir hakka sahip olmadığı gibi, özel sudan alan o miktar suyu tazmin etmeye zorlanabilir düşüncesini paylaşmaktadırlar<sup>43</sup>. Bunun dışında İbadiler, şefe hakkı konusunda genelde sünni prensipleri takip etmektedirler. Bununla beraber muhrez su sahibi izin vermedikçe şefe hakkından dolayı başkasının muhrez suyunun alınamayacağı görüşünü paylaşırlar<sup>44</sup>.

#### 4. Şefe Hakkı Kullanımının Sınırları

Şefe Hakkı tanımı verilirken bu konuya değinildi. Belirtildiği üzere şefe hakkında öncelikle kişinin susuzluğunu gidermek için ihtiyaç duyulan suyu ifade etmek üzere bu kavram kullanılmasına rağmen insanların kendilerinin ve hayvanlarının ihtiyacı olan içme suyu, şahsi temizlik, çamaşır yıkama, yemek yapma, bulaşık yıkama ve ev temizliği gibi işlerde ihtiyaç duydukları suyu, sahibi olmadıkları başka su kaynaklarından temin

<sup>42</sup> ZEYLÂÎ, Tebyîn, VI, 40; ALİ HAYDAR Efendi, Dürer, VI, 406; BERKİ, Mecelle, Madde, 1249-1251; ZUHAYLÎ, el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhu, VI, 4662-4663.

<sup>43</sup> NECEFÎ, Muhammed Hasan, Cevâhiru'l-Kelâm fî Şerhi Şerâi'î'l-İslam, I-XLIII, Dâru'l-ihyai't-turâsi'l-Arabî XXXVIII, 116-117; DANTE, s. 21

<sup>44</sup> DANTE, s. 21.

etme hakkını ifade ettiği belirtilmişti. Burada kişinin bu hakkını kullanırken dikkat etmesi gereken hususlara dikkat çekilecektir.

### a) Suyun İsraf Edilmemesi

İsraf, Arapça s-r-f fiilinden türemiş mastar olup sözlükte “*haddi aşma, cehalet, gaflet, bir şeye aşırı bağlanma, saçıp savurma, boşa akma, hata*” gibi anlamlara gelmektedir. İsraf eden kişiye müsrif denilmektedir.<sup>45</sup> Yapılan çeşitli tarifler göz önünde bulundurularak yapılan terim anlamı ise; inanç, söz ve davranışta dinin, aklın, örfün gerektirdiği ölçülerin üzerinde özellikle mal ve imkânları gereğinden fazla kullanma ve aşırıya gitme olarak tarif edilmektedir<sup>46</sup>. Kısaca israf; bir şey için gerekenden fazlasının gereksiz yere yapılması şeklinde de tanımlanmaktadır<sup>47</sup>. Türkçe’de israf, gereksiz yere para, zaman, emek vs harcama anlamına gelmektedir<sup>48</sup>.

Suların kullanımı konusunda israfı gidilmemesi ile ilgili doğrudan suyu konu alan ayetler yoksa da israfla ilgili ayetlere bakıldığında bunlar arasında yeme ve içmeyi konu alan genel hükümler içeren ayetlerin kapsamına suların da gireceği bir hakikattir. Bu ayetlerde müminlerin yeme ve içmelerinde israfı gitmeleri yasaklanmaktadır. Bu konuda orta bir yolun izlenmesi istenmektedir<sup>49</sup>.

Yiyip içmenin sınırı ve hükmü konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. İbn Abbas’ın israfla ilgili ayetin<sup>50</sup>, saçıp savurmadan, kibirlenmeden yiyip içmenin helal olduğunu belirttiği bildirilir<sup>51</sup>. İhtiyaç kadarı için helal ve mendub olmak üzere iki görüş bulunmaktadır<sup>52</sup>.

<sup>45</sup> İBN MANZUR, *Lisanü’l-Arab*, IX, 148-150; FIRUZÂBÂDÎ, Mevdüddin Ebu Tahir Muhammed b. Yakub, *el-Kamusu’l-Muhîd*, Beyrut, 2005, XXIII, 428-429; ZEBİDÎ, *Tâcu’l-Arûs*, XXIII, 428-429; SA’DÎ, *el-Kâmusu’l-Fikihî Luğaten ve İstilahen*, Suriye, 1993, s. 235; KALLEK, Cengiz, “İsraf”, *DİA*, XXIII, İstanbul, 2001, s. 178-179.

<sup>46</sup> SA’DÎ, s. 170-171; KALLEK, “İsraf”, s. 178-179.

<sup>47</sup> CÜRCÂNÎ, Ali b. Muhammed, *et-Ta’rifat*, Beyrut, 1983, s.24; SA’DÎ, s. 170-171; KALLEK, “İsraf”, s. 178-179.

<sup>48</sup> ŞEMSEDDİN SAMÎ, *Kamus-u Türki*, Enderun Yay., I-II, İstanbul, 1989, I, 108; TDK, *Güncel Türkçe Sözlük*, “İsraf” <http://www.tdk.gov.tr/index.php>; (Erişim tarihi: 15.11.2017); BULUT, \_Ali, *Kur’an’daki Çok Anımlı Kavramların Türkçeye Çevirisi Sorunu (İsraf Kavramı Örneği)*, *Diyanet İlmî Dergi*, C.42, sayı, 1, Ankara, 2006, s. 86-87.

<sup>49</sup> Kur’an-ı Kerim, Nisa, 4/6, En’am, 6/141 ve Furkan, 25/67.

<sup>50</sup> Kur’an-ı Kerim, A’raf, 7/31.

<sup>51</sup> KURTUBÎ, *el-Câmi’*, VII, 191.

<sup>52</sup> İBNU’L-ARABÎ, *Ahkâmu’l-Kur’an*, I-IV, İsa el-Babi’l-Halebi, Matbaası, yrz., trz.. II, 781; KURTUBÎ, *el-Câmi’*, VII, 110-111, VII, 191; YAZIR, Hamdi, *Hak Dini Kur’an Dili*, I-X, İstanbul, trz., IV, 33.

İhtiyacın belirlenmesinin, yer, zaman, yaş, yiyecek ve içeceğe göre değişiklik arz edeceği belirtilir<sup>53</sup>. Bu nedenle ihtiyacın belirlenmesinde kişinin, kullanılan şeyin ve bulunduğu yörenin şartları gözetilmelidir. İhtiyaç sınırını geçme, diğer deyişle israf etmenin hükmü konusunda iki görüş bulunmaktadır: Haram ve mekruh. İbnu'l-Arabî, mekruh görüşünün daha doğru olduğunu belirtir<sup>54</sup>. Bu görüşü, Kurtubi'nin de benimsediği görülür<sup>55</sup>.

Hadis kaynaklarında Hz. Peygamber'in, abdest alan sahabe israf etmemesini istemesi ve abdest alınan su kaynağının bolluğuna rağmen bunu ondan talep etmesi ibadet için olsa bile suyun israfından kaçınılması gerektiğine işaret etmektedir<sup>56</sup>.

Hz. Peygamber'in bizzat kendisinin de, abdest alırken suyu azar azar kullandığı<sup>57</sup>, abdest uzuvlarını üçer kez yıkadığı<sup>58</sup>, abdest için bir müd<sup>59</sup>, gusül için ise bazı rivayetlerde bir sa<sup>60</sup>, bir kısmında bir mekûk<sup>61</sup>, bazılarında ise bir farak<sup>62</sup>, su kullandığına kaynaklarda yer verilmektedir.

İslam hukuku kaynaklarında da suyun kullanılmasına israf açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur. Su kullanımında israf ölçüsü ihtiyacın üzerinde kullanım olarak görülmektedir. Örneğin, abdestte yıkanması gereken yerlerin üçden fazla yıkanması israf kapsamında görülmektedir<sup>63</sup>, İhtiyaçtan fazla kullanılan her miktar, israf sınırları

<sup>53</sup> İBNU'L-ARABÎ, Ahkam, II, 781.

<sup>54</sup> İBNU'L-ARABÎ, Ahkam, II, 781.

<sup>55</sup> KURTUBÎ, el-Câmi', VII, 191.

<sup>56</sup> İBN MÂCE, Vudû', 48 (Hadis No: 424); Tahâre, 48, (Hadis No: 425).

<sup>57</sup> İBN MÂCE, Tahâre, 48 (Hadis No: 423).

<sup>58</sup> İBN MÂCE, Tahâre, 48 (Hadis No: 422).

<sup>59</sup> BUHÂRÎ, V<sup>u</sup>dû' 47 (Hadis No: 1). Krş. MÜSLİM, Tahâre: 28, (Hadis No: 325); EBU DAVUD, Tahâre, 44, (Hadis No: 93); İbn Mâce, 1/Tahâre, 48, (Hadis No: 425). Bir müd, yaklaşık 0,5-1 lt. Bkz. MİRAS, I, 165-167; KOÇAŞLI, İbrahim, Sünen-i Ebi Davud Tercemesi, İstanbul, 1983, I, 74; KÜRDÎ, M. Necmüddin, Şer'î Ölçü Birimleri ve Fikhî Hükümleri, Çev. İbrahim Tüfekçi, Buruc Yayınları, İstanbul, 1996, s. 153-154.

<sup>60</sup> BUHÂRÎ, Vudû', 47, (Hadis No: 1). Krş. MÜSLİM, Tahâre: 10, (Hadis No: 325); EBU DAVUD, Tahâre, 44, (Hadis No: 92, 93, 94); Bir sa', yaklaşık 2-5 lt. Bkz. MİRAS, I, 165-167; KOÇAŞLI, I, 74; KÜRDÎ, s. 156-157.

<sup>61</sup> EBU DAVUD, Tahâre, 44 (Hadis No: 95); Mekûk, yaklaşık bir buçuk sa' olan bir ölçüdür. Bkz. MİRAS, I, 165-167; KÜRDÎ, s. 158.

<sup>62</sup> BUHÂRÎ, Gasl' 1 (Hadis No: 2); Bir farak, üç sa' ölçüsündedir. Bkz. KURTUBÎ, el-Câmi', V, 213-214; KÜRDÎ, s. 158-159.

<sup>63</sup> AZÎMÂBÂDÎ, Avnu'l-Ma'bûd, I, 169-170.



içerisinde değerlendirilmekte ve bu konuda suyun bolluğunun neticeyi değiştirmeyeceği belirtilmektedir<sup>64</sup>.

Suyun israf yasağının değerlendirilmesinde iki yaklaşım göze çarpmaktadır. Bunlardan bir görüşe göre; su israfı haram kabul edilmektedir. Bu görüş sahipleri de kendi aralarında iki gruba ayrılmışlardır. Bir kısmı, bu hükmün bütün su ve israfını kapsadığını söylerken; bazıları bunu başkalarına zarar verme ve vakıf suyu ile sınırlı tutmuşlardır.<sup>65</sup> Diğer bir görüşe göre; suyun israf edilmesi mekruh kabul edilmektedir. Suyun az veya çok olması bunda etkili değildir. Bu şekilde mutlak olarak su israfını mekruh sayanlar olduğu gibi bunu kayıtlayanlar da bulunmaktadır. Bu konuda kayıtlama getirenler, suyun israfı ile başkasına zarar verilmiyorsa ve/veya suyun kullanımının mubah yahut su kendi mülkü olması halinde mekruh kapsamında görülürler<sup>66</sup>. Suyun israf edilmesi konusunda gösterilen bu hassasiyetin kullanılan suyun vakıf suyu olması halinde özel bir önem verildiği görülmektedir. Öyle ki abdestli olan bir şahsın abdest tazelemek için vakıf suyunda abdest almasını haram olduğuna hüküm edilmiştir<sup>67</sup>. Tüm bunlar göstermektedir ki ibadet için olsa bile suyun israfı istenilmemektedir. Genel görüş abdest veya gusül abdestinde suyun gerekenden fazla kullanılması mekruh sayılmakta aradıkları şartlara bazıları bunu haram saymaktadır.

#### **b) Şefe Hakkı Kullanımında Önceliklere Riayet Edilmesi**

Kişiler şefe haklarını kullanırken yalnız oldukları zaman bir sorun çıkmayabilir. Fakat birçok kişinin bu hakkını kullanmak istediklerinde nasıl bir usul takip edileceğine dair kaynaklarda bazı bilgiler verilmektedir.

Kişilerin sulara şefe hakkını kullandıklarında öncelikleri konusunda bazı kriterler bulunmaktadır. Şefe hakkı bakımından bunlar incelediğinde; zaruret durumu, su kaynağının mülkiyeti, kişilerin seferi ve mukim olmaları, kaynağa yakınlık, kaynağa ulaşmada önceliğin öne çıktığı görülmektedir. Ayrıca geniş anlamda şefe hakkı kapsamında kabul edilen sahip olunan hayvanların su kaynağından yararlanmaları açısından

<sup>64</sup> NEVEVÎ, Şerhu Sahihi Müslim, I-XVIII, Dâru'l-İhyai't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, 1972, II, 4; HATİPOĞLU, Haydar, Sünen-i İbni Mâce Tercemesi ve Şerhi, I-X, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1983, II, 45.

<sup>65</sup> NEVEVÎ, Şerh, II, 4; HATİPOĞLU, Sünen, II, 45.

<sup>66</sup> NEVEVÎ, Şerh, II, 4; Hatipoğlu, Sünen, II, 45.

<sup>67</sup> HEYSEMÎ, İbn Hacer Ahmed b.Muhammed, Tuhfetü'l-muhtâc fî şerhi'l-minhâc, el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, Mısır, 1983, I, 231; TAHTAVÎ, Ahmed b. Muhammed, Haşiyetu alâ merâki'l-felâh şerhu nuri'l-izah, Mektebetü'l-bâbi'l-Haleb, Mısır, 1318, s. 53.

da bazı ölçütler getirilmektedir. Hayvanların, su kaynağının sahibine, yolculara veya o yörede ikamet edenlere ait olup olmaması şefe hakkının kullanımında önem arz ettiği görülmektedir.

Sudan yararlananların durumu şefe hakkı kapsamında ele alındığında; öncelik insanın yararlanması esas alınmakta daha sonra sahip olunan hayvanlar ve evde yetiştirilen bitkiler yer almaktadır. Şefe hakkından yararlanan insanların öncelikleri dikkate alındığında; önceliğin suya en çok ihtiyaç duyanın diğer bir deyişle zaruret içerisinde bulunan kişinin durumunun öncelik arz etmesidir. Susuzluğu gidermede zaruret durumu olduğunda suya en çok ihtiyaç duyanın diğerlerine önceliği bulunmaktadır. Su kaynağı özel ise su kaynağının sahibinin, değilse kaynağa önce ulaşan kişinin öncelikle şefe hakkını kullanması gerektiği kabul edilmektedir. Yolcu olup su kaynağında şefe hakkını kullanmak isteyenlere orada ikamet edenlere göre öncelik tanınmaktadır<sup>68</sup>.

Su kaynağından yararlanacak hayvanlara gelince; zarureti olan, özel su ise su kaynağı sahibinin, yolcuların ve su kaynağının bulunduğu yerde ikamet edenlerin hayvanları bu sıralamaya göre su kaynağından yararlanmaları gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle susuzluktan sağlığı tehlikeye düşme tehlikesi olanlara bu durumda olmayanlara göre öncelik verilmektedir. Bunlar arasında durumlarında aynılık varsa kaynağa önce getirilen hayvanların su almalarına öncelik tanınmaktadır<sup>69</sup>.

### c) Şefe Hakkı Kapsamında Bulunan Suların Satışı

İslam hukuku kaynaklarına bakıldığında suların satışına karşı genel olarak olumsuz bir yaklaşımın söz konusu olduğu görülmektedir. Suyun mubah mallardan olması ve suyun ihtiyaç sahiplerinden esirgenmesinin yasaklanmasına yönelik hadislerin varlığı bu konuda özellikle şefe hakkı kapsamında görülecek suyun satışına karşı olumsuz bir yaklaşımın oluşmasına sebebiyet verdiği görülmektedir.

Suyun satışı konusunu incelendiğinde bu konuda çok farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan bir görüşe göre; ister genel ister özel isterse muhrez su olsun bu suların kaynağından bağımsız satışını caiz görmezler. Kuyunun suyu ile birlikte satılmasında olduğu gibi su kaynağı ile birlikte suyun satılması halinde bu satış caiz görürler<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> MAVERDÎ, el Ahkâmu's-Sultâniye, s. 201-207; BUHÛTÎ, Keşşâfu'l-Kınâ', III, 403; DANTE, s. 20-21.

<sup>69</sup> MAVERDÎ, el Ahkâmu's-Sultâniye, s. 201-207; BUHÛTÎ, Keşşâfu'l-Kınâ', III, 403; DANTE, s. 20-21.

<sup>70</sup> İBN HAZM, Muhallâ, VIII, 243; NEVEVÎ, el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb, Mektebetü'l-irşad, Cidde, trz., XII, 88; ZUHAYLÎ, el-Fikhu'l-İslami ve Edilletuhu, V, 3439-3440.

Diğer bir görüşe göre; suyun araziye bağımlı ve bağımsız satışı caizdir. Bir kimsenin ormandan odun kesip pazarda satmasının dilencilik yapmasından daha iyi olduğuna dair hadise dikkat çekilerek ormanın mubah mallardan olması suyun da mubah olmasına kıyas edilerek bu nedenle suyun da satılabileceğini ileri sürerler. Bu görüşte olan alimlerin çoğunluk teşkil ettiği görülmektedir<sup>71</sup>.

Suyun satışını caiz görenler arasında fikir birliği görülmemektedir. Suyun satışını caiz görenlerden bir kısmı bu satışı sadece muhrez sularla sınırlamaktadırlar. Bunlara göre, ihraz edilmeyen su kişinin mülkiyetine geçmiş olmayacağından satışının caiz olmadığı görüşünü paylaşırlar. Diğer bir grup ise suların satışına genişlik getirmektedirler. Onlara göre satış için suyun muhrez olması şart değildir. Muhrez su ile beraber kuyu, kaynak, çeşme vs sularının da satılabileceğini çünkü bu sular mülk arazide olurlarsa mülkiyete konu olabileceklerinden satışlarının da caiz olduğu görüşünü paylaşırlar. Onlara göre hadislerde geçen ve satışı yasaklanan sular, mülk olmayan arazilerde bulunan kuyu, kaynak, çeşme vs deki sulardır<sup>72</sup>.

Suların satışında görüş ayrılıkları bulunduğu yukarıda görüldü. Bu görüş ayrılıklarına rağmen genelde suların karşılıksız ihtiyaç sahiplerine verilmesi tavsiye edilmektedir. Özellikle şefe hakkı kapsamındaki suyun bedelsiz olarak verilmesi diğer ihtiyaçlardan önde gelmektedir. Tüm bunlara rağmen suyun satışını caiz görenler bulunmaktadır. Bunlar da kendi aralarında muhrez ve muhrez olmayan su satışları konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Muhrez su dışında özel suların satışına da cevaz verenler de bulunmaktadır. Genel suların satışı konusunda ise İslam hukukçuları daha çekimser davrandıkları görülmektedir. Böyle düşünülmesinde; bu sularda mülkiyet durumu ve ihtiyaç fazlası suyun ihtiyaç sahiplerinden esirgenmemesi gerektiği yönündeki hadislerin payının büyük olduğu söylenebilir.

Temel ihtiyaç maddelerinden olan suyun insanlar tarafından ihtiyaç sahiplerine karşı bir sömürü aracı olarak kullanılmaması için fıkıh kitaplarında şefe hakkı kapsamı içerisinde görülen abdest ve gusül abdesti için su satın alınması gereken durumlarda ilginç hükümlere yer

<sup>71</sup> BUHARÎ, Zekât, 48; (Hadis No: 1), Musâkât, <sup>1</sup>4, (Hadis No: 1) İBN KUDÂME, Şemsüddin Ömer, eş-Şerhu'l-kebîr, I-XII, yz. trz., IV, 21-21; ZUHAYLÎ, el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhu, V, 3439-3440; ŞENER, Abdulkadir, Kıyas, İstihsan ve İstislah, DİB Yayınları Ankara, 1981, s. 110-11; KOCA, Ferhat, İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis, İSAM, Yayınları, İstanbul, 1986, s. 234-246; CEYLAN, s. 82-85, 153-161.

<sup>72</sup> SAHNUN, el-Müdevvenetü'l-Kübrâ, Daru's-sadr, Beyrut, trz. X, 209; İBN KUDÂME, el-Muğnî, IV, 24; NEVEVÎ, el-Mecmû', XII, 89.

verilmektedir. Su satıcılarının su fiyatını piyasasından daha yüksek bir fiyat örneğin iki katı fiyat istemeleri durumunda ihtiyaç sahipleri abdest veya gusül abdesti için su satın almaları yerine teyemmüm edebileceklerinin hükme bağlandığı görülmektedir<sup>73</sup>. Bu şekilde Müslümanların ibadet için gerekli su konusunda sıkıntıya girmelerinin önüne geçilmiş bulunmaktadır.

## SONUÇ

İslam hukuku kaynaklarında insanların temel ihtiyaçlarından olan suya ayrı bir önem verildiği görülmektedir. Kur'an-ı Kerim'de insanların su ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik doğrudan ayetler olmasa bile suyu da içerisine alacak şekilde genel hükümler bulunmaktadır. Ayetlerde daha çok Allah'ın varlığına bir işaret olarak suya değinilmektedir. Çok az yerde konumuzla ilgili sayılabilecek ayetler geçmektedir.

Hadis kaynaklarında sulara genişçe yer verilmektedir. Konumuz çerçevesinde de kaynaklarda çok sayıda hadis yer almaktadır. Bu hadisler incelendiğinde suyun ihtiyaç sahiplerinden esirgenmemesi gerektiği belirtilmektedir. Bunun yanında su kaynaklarının satışına da yer verilmektedir.

İslam hukuku ilk dönem kaynaklarında şefe hakkı kavramı doğrudan geçmemektedir. Bu dönemde bu hakkın olmadığı sonucuna varılamaz. Çünkü o dönemde şefe hakkı şirb hakkı kavramı kapsamında ele alınmaktaydı. Konunun şirb kavramı içerisinde ele alınarak incelenmesi ile oluşan muhteva daha sonra şefe hakkı şeklinde özel bir kavramın oluşmasına ön ayak olduğu söylenebilir.

Şefe hakkının tanımı ve kapsamı konusunda görüş ayrılıkları olmakla birlikte; bu hakkın insanın içme suyu ihtiyacını karşılaması konusunda fikir birliği bulunmaktadır. İnsanın susuzluğunu gidermesi için en dar anlamda bir yaklaşımı sergileyen bu şekildeki şefe kavramı, bazı hukukçular tarafından farklı ve geniş yorumlanarak kapsamının genişletildiği görülmektedir.

Geniş anlamda şefe hakkı; insanın içme suyu ihtiyacını karşılaması yanında, abdest ve gusül abdesti alma, şahsi temizlik yapma, çamaşır, bulaşık yıkama, ev temizliği yapma ve sahip olunan hayvanların su ihtiyacı karşılama şeklinde tanımlanmak suretiyle insanın günlük ihtiyaçları için gerekli olan suyun şefe kapsamına dahil edildiği görülmektedir.

<sup>73</sup> SERAHSÎ, Şemsülemme Muhammed b. Ahmed, el-Mebsût, Dâru'l-ma'rife, Beyrut, 1993, I, 115.

Şefe hakkı kapsamında su ihtiyacı karşılanırken; suya ihtiyacı olanın içinde bulunduğu durum da dikkate alınmaktadır. Buna göre su içme zarureti içerisinde bulunan kişiye öncelik tanınmaktadır. Şefe hakkı kullanımında öncelik kriterleri içerisinde suya ve su kaynağına sahip olma, seferi veya mukim olma önem arz etmektedir. Kaynak sahibine öncelik tanındığı gibi yolcu olanlara da öncelik tanınmaktadır. Şefe hakkı kapsamında sulardan yararlandırılan hayvanlara bu hakkın kullandırılmasında su veya su kaynağına sahip olan kimsenin hayvanlarına öncelik tanındığı gibi yolcuların da hayvanlarına öncelik tanınmaktadır.

Şefe hakkı kullanımında genel sulardan özel sulara doğru gittikçe bir daralmanın olduğu görülmektedir. Zaruret dışında şefe hakkının kullanımına izin verilmeyen suların muhrez sular olduğu dikkat çekmektedir. Sulardan yararlanma sıralamasında da genel ve özel su ayırımının önemli olduğu yararlanma sıralamasında genel sularda bir genişlemenin olmasına rağmen özel sularda bu sıralamada daha bir daralma olduğu göze çarpmaktadır.

Şefe hakkı kullanılırken israfa gidilmemesi istenmiştir. Günlük su ihtiyacının karşılanmasında büyük kolaylık sağlayan bu hakkın kullanımında israf yasağı ile önemli sınırlama getirilmiştir. Suyun kaynağının bol olmasına rağmen ibadet için olsa bile israf yasağı bulunmaktadır. Bu şekilde insanların suyu boşa tüketmemeleri istenmiştir. Genel israf yasağı yanında; kaynaklarda suya ilişkin özel israf yasağının bulunması; dünya nüfusu göz önünde bulundurulduğunda; bu yasağa uyulmasının su kaynaklarının korunmasında ne kadar önemli bir hüküm olduğu rahatlıkla anlaşılabilir.

İslam hukuku kaynaklarında suların satışına önemli bir yer verilmiştir. Konumuz açısından özellikle şefe kapsamı içerisinde bulunan suyun satışını caiz görmeyen alimler olduğu gibi satışını caiz görenler de bulunmaktadır. Su satışı caiz görenlerin bir kısmı bunu sadece muhrez sulara hasrederken bir kısmı ise muhrez su ile birlikte diğer özel suların da satışa konu olabileceğini belirtirler. Burada suların satışını delillendirirken su ve suyun kaynağının mülkiyeti ile ilişkilendirilmektedir. Genel sular konusunda şefe hakkı kullanımının ücretsiz olması gerektiği belirtilirken özel sularda aynı şekilde davranılmamaktadır.

İslam hukuku kaynaklarında şefe hakkı kavramının geliştirilip sınırlarının geniş olarak ele alınması insanların temel ihtiyaçlarından olan suyun elde edilip yararlanılmasında önemli bir hukuki dayanak olduğu ve insanların bu ihtiyaçlarını gidermesinde büyük kolaylık sağladığı söylenebilir. On dört asır öncesinde insanların böyle bir hakka sahip

olduklarının belirtilmesi İslam hukuku açısından önemli bir ayrıcalık teşkil etmektedir.

### KAYNAKÇA

- AHMED b. Hanbel, Müsned, I-VI, Müessesetü Kurtuba, Kahire, tarihsiz.
- ALİ HAYDAR Efendi, Dürerü'l-hükkâm şerhu mecelleti'l-ahkâm, I-X, Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut, trz.
- AZİMÂBÂDÎ, Avnu'l-Ma'bûd Şerhu Süneni Ebî Dâvud, Beyrut, 1995.
- BERKÎ, Ali Himmet, Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1990.
- BERKÎ, Ali Himmet, Sular Hukuku, Ankara 1959.
- BEYHAKÎ, es-Sünenü'l-Kübrâ, I-X, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut, 2003.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu, I-VIII, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul, 1985.
- BUHÂRÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, el-Câmi's-Sahîhi'l-Muhtasar I-VI, Dâru'l-İbn Kesîr el-Yemâne, Beyrut, 1987.
- BUHÛTÎ, Mansûr b. Yûnus b. İdris, Keşşâfu'l-Kinâ' an Metni'l-İknâ', I-VI, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1982.
- BULUT, Ali, Kur'an'daki Çok Anlamlı Kavramların Türkçeye Çevirisi Sorunu (İsraf Kavramı Örneği), Diyanet İlmî Dergi, C.42, sayı, 1, Ankara, 2006, s. 86-87.
- CEYLAN, Metin, İslam Hukukunda Suların Statüsü, Mengüceli Yay., Malatya, 2010.
- CÛRCÂNÎ, Ali b. Muhammed, et-Ta'rifat, Beyrut, 1983.
- DANTE, A. Caponera, Water Laws In Moslem Countries, FAO Development Paper No: 43, Roma, 1954.
- DAREKUTNÎ, Ebu'l-Hasan Ali b. Ömer, I-V, Müessesetü'-risale, Beyrut, 2004.
- DÂRİMÎ, Sünen, I-II, Dâru'l-kütübi'l-Arabî, Beyrut, 1407.
- EBÛ DÂVUD, Sünenü Ebî Dâvûd, I-IV, Dâru'l-Fikr, yrz., trz.
- EBU YUSUF, el-Harâc, el-Matbaatu's-selefiyye, Kahire, 1382.
- FİRUZÂBÂDÎ, Muhammed b. Yakub, el-Kâmusu'l-Muhît, Beyrut, 2005.
- GÛNAY, Hacı Mehmet, "Su" DİA, İstanbul, 2009, XXXVII, 432-437.
- HACAK, Hasan, "İrtifak", DİA, İstanbul, 2000, XXII, 461-462.
- HACAK, Hasan, İslam Hukukunda İrtifak Hakları ve İlgili Kavramların Gelişimi, (Yayınlanmamış YL tezi), Marmara Ü. Sos. Bil. Enst. İstanbul, 1993.
- HARİS b. Ebi Usame, Müsnedü'l-Hâris (Zevâidu'l-Heysemî), I-II, Merkezü hizmeti's-sünneti ve's-sireti'n-nebeviyye, el-Medinetü'l-Münevvere, 1992.
- HATİPOĞLU, Haydar, Sünen-i İbni Mâce Tercemesi ve Şerhi, I-X, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1983.
- HEYSEMÎ, İbn Hacer Ahmed b. Muhammed, Tuhfetü'l-muhtâc fi şerhi'l-minhâc, I-X, el-Mektebetü't-ticâriyyetü'l-kübrâ, Mısır, 1983.
- IRAKÎ, Zeynüddin Abdurrahim b. Hüseyin, Tarhu't-tesrîb fi şerhi't-takrîb, I-VIII, İhyau Tûrasi'l-Arabî, Yrz. Trz.
- İBN ABDİLBER, et-Temhîd limâ fi'l-Muvatta' mine'l-me'ânî ve'l-esânîd, I-XXII, Vezâretü umumi'l-evkâf ve's-şuûni'l-islamiyye, Mağrib, 1977.
- İBN ESİR, en-Nihâye fi Garibi'l-Ehâdisi ve'l-Eser, I-V, el-Mektebetü'l-İlmîyye, Beyrut, 1979.
- İBN HACER, Ahmed b. Ali b. Hacer el-Askalânî, ed-Dirâye fi Tahrîci Ehâdisi'l-Hidâye, I-II, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut, 1403/1983.

- İBN HACER, Telhîsu'l-Habîr fî Ehâdisi'r-Râfi'î'l-Kebîr, I-IV, el-Medinetü'l-Münevver, 1964.
- İBN HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmed, el-Muhallâ, I-XI, Dâru'l-Afâki'l-Cedîd, Beyrut, trz.
- İBN KUDÂME, Şemsüddin Ömer, eş-Şerhu'l-kebîr, I-XII, yrz. trz.
- İBN MÂCE, Sünenü İbni Mâce, I-II, Dâru'l-Fikr, Beyrut, trz.
- İBN MANZUR, Lisanu'l-Arab, I-XIV, Dâru Sâdır, Beyrut, 1414.
- İBN MANZUR, Muhammed b. Mükerrrem, Lisanü'l-Arab, I-XV, Dâru-Sâdır, Beyrut, 1994.
- İBN MÜLAKKÎN, Hulâsatu'l-Bedri'l-Münîr fî Tahrîci Kitâbi's-Şerhi'l-Kebîr li'r-Râfi'î, I-II, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 1990.
- İBNU EBİ ŞEYBE, Kitabu'l-Musannef fî'l-Ehâdisi ve'l-Âsâr, I-VII, Mektebü't-r-rüşd, Riyad, 1409.
- İBNU'L-ARABÎ, Ahkâmu'l-Kur'an, I-IV, İsa el-Babi'l-Halebi, Matbaası, yrz., trz.
- KALLEK, Cengiz, "İsraf", DİA, XXIII, İstanbul, 2001, s. 178-179.
- KASIM b. Sellâm, Emval, I-III, Kütübü'l-ilmîyye, Beyrut, 1986.
- KOCA, Ferhat, İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis, İSAM, Yayınları, İstanbul, 1986.
- KOCAŞLI, İbrahim, Sünen-i Ebi Davud Tercemesi, İstanbul, 1983.
- KONEVÎ, Kasım b. Abdullah, Enisü'l-Fukahâ'i fî Ta'arifâti'l-el-Fâzi'l-Mütedâvileti beyne'l-Fukahâ', Dâru'l-vefâ, Cidde, 1406.
- KURTUBÎ, el-Câmi'u li-Ahkâmi'l-Kur'an, I-XX, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye Kahire, 1964.
- KÜRDÎ, M. Necmüddin, Şer'î Ölçü Birimleri ve Fikhî Hükümleri, Çev. İbrahim Tüfekçi, Buruc Yayınları, İstanbul, 1996.
- MAVERDÎ, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed, el-Ahkâmu's-Sultâniyye ve'l-Velâyeti'd-Diniyye, Dâru'l-kitâbi'l-Arabî, Beyrut, 1990.
- MİRAS, Kamil, Sahîh-i Buhârî Muhtasarı Tecrid-i Sarîh Tercemesi ve Şerhi, I-XI, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 4. bs. Ankara, 1978.
- MUHAMMED FUAD Abdulbaki, Mu'cemü'l-müfehres li-elfâzi'l-Kurâni'l-Kerim, Dâru'l-marife, Beyrut, 1938,
- MÜSLİM, Ebu'l-Huseyn Müslim b. el-Haccâc, Sahîhu'l-Müslim, I-V, Dâru'l-İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, trz.
- NECEFÎ, Muhammed Hasan, Cevâhiru'l-Kelâm fî Şerhi Şerâi'î'l-İslam, I-XLIII, Dâru'l-ihyâi't-turâsi'l-Arabî, Beyrut, trz.
- NEVEVÎ, Ebu Zekeriya Yahya b. Şeref, Sahîhu Müslim bi-Şerhi'n-Nevevî, I-XVIII, Dâru'l-İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, 1972.
- NEVEVÎ, el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb, Mektebetü'l-irşad, Cidde, trz.
- RAZÎ, Muhtarü's-sıhah, el-Mektebetü'l-asriyye, Beyrut, 1999.
- SA'DÎ, el-Kâmusu'l-Fikhî Luğaten ve İstılahen, Suriye, 1993.
- SAHNÛN, Abdusselâm, el-Müdevvenetü'l-Kübrâ, Daru's-sadr, Beyrut, trz.
- SAN'ÂNÎ, Muhammed İsmail, Sübülü's-Selâm Şerhu Bulûği'l-Merâm min Edilleti'l-Ahkâm, Dâru'l-hadis, I-II, yrz. trz.
- SEMERKANDÎ, Tuhfetü'l-Fukahâ, I-III, Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, Beyrut, 1985.
- SERAHSÎ, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed, el-Mebşüt, Dâru'l-ma'rife, Beyrut, 1993.
- ŞEMSEDDİN SAMÎ, Kamus-u Türki, Enderun Yay., I-II, İstanbul, 1989.
- ŞENER, Abdulkadir, Kıyas, İstihsan ve İstıslah, DİB Yayınları Ankara, 1981.
- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali, Fethu'l-Kadîr el-Câmi' beyne Fenni'r-Rivâye ve'd-Dirâye min İlmi't-Tefsîr, I-V, Dâru'l-Fikr, Beyrut, trz.
- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali, Neylü'l-Evtâr min Ehâdisi Seyyidi'l-Ehyâr, I-IX, Dâru'l-Cîl, Beyrut, 1973.

- TDK, Güncel Türkçe Sözlük, “İsraf” <http://www.tdk.gov.tr/index.php>;
- TAHTAVÎ, Ahmed b. Muhammed, Haşiyetu alâ merâki'l-felâh şerhu nuri'l-izah, Mektebetü'l-bâbi'l-Haleb, Mısır, 1318.
- TİRMİZÎ, Ebu İsa Muhammed b. İsa, el-Câmi‘u's-Sahîh Sünenü't-Tirmizî, I-II, Dâru'l-İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Beyrut, trz.
- WENSINCK, Concordance, I-VIII; Leiden, 1936.
- YAZIR, Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, I-X, İstanbul, trz.
- YİĞİT, İsmail, Peygamberler Tarihi, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2013.
- ZEBİDÎ, Muhammed b. Muhammed, Tâcu'l-arûs min cevâri'l-kâmûs, I-XL, Dâru'l-hidâye, yz. Trz.
- ZEYLÂÎ, Ebu Muhammed Cemaluddin Yusuf b. Abdullah, Nasbu'r-Râye fî Tahrîci Ehâdisi'l-Hidâye, I-IV, Dâru'l-Hadîs, Mısır, 1357.
- ZEYLÂÎ, Ebu Muhammed Fahrüddin Osman b. Ali, Tebyînu'l-Hakâik Şerhu Kenzi'r-Dekâik, I-VI, el-Matbaatu'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak, 1313.
- ZUHAYLÎ, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, Dâru'l-fikr, I-X, Suriye, trz.



**Çeviri**



**BİRLEŞİK DEVLETLER YÜKSEK MAHKEMESİ**  
**No. 09-751**  
**DAVACI ALBERT SNYDER v. DAVALI FRED W. PHELPS VE**  
**DİĞERLERİ**  
**BİRLEŞİK DEVLETLER 4. TEMYİZ MAHKEMESİ KARARININ**  
**TEMYİZ BAŞVURU MÜZEKKERESİ ÜZERİNE**  
**[2 Mart 2011]**

**SNYDER v. PHELPS ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES**  
**COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT**

**No. 09–751. Argued October 6, 2010—Decided March 2, 2011**

DOI: 10.21492/inuhfd.358554

**Çeviren: Sezgin BAŞ\***

**BAŞKAN HAKİM ROBERTS** Mahkeme'nin görüşünü bildirdi.

Jüri, Westboro Baptist Tarikatı'nın bir askerinin cenaze töreni yakınında gösteri yapması nedeniyle uğranılan zararlar karşılığında milyonlarca dolar tazminat ödemesine karar vermiştir. Gösteri pankartları, Birleşik Devletler'in günah işlemeye fazlaca toleranslı olması ve bu nedenle Tanrı'nın ceza olarak Amerikan askerlerini öldürdüğü şeklindeki Tarikat'ın görüşünü belirtmektedir. Bu davada söz konusu uyuşmazlık, *First Amendment*'in, Tarikat üyelerinin açıklamalarını haksız fiil sorumluluğundan koruyup korumadığına dairdir.

**I**

**A**

Fred Phelps, Westboro Baptist Tarikatı'nı 1955 yılında Kansas Eyaleti'nin Başkenti Topeka'da kurdu. Tarikat topluluğu, özellikle Amerikan ordusunda olmak üzere homoseksüelliğe tolerans gösterilmesinden dolayı Tanrı'nın Birleşik Devletler'den nefret ettiğine ve onu cezalandırdığına inanmaktadır. Tarikat, görüşlerini çoğu zaman asker cenazelerinde olmak üzere sık sık gösteri yaparak yaymaktadır. Mesajlarını 20 yıldan fazla bir süredir halka duyurmakta olan Tarikat,

---

\* Araştırma Görevlisi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. szgnbas@gmail.com  
Makale Gönderilme Tarihi: 28.11.2017  
Makale Kabul Tarihi: 11.04.2018

yaklaşık 600 cenazede toplanmıştır. Brief for Rutherford Institute as *Amicus Curiae* 7, n.14.

Denizci Piyade Onbaşı Matthew Snyder, Irak'ta görev esnasındayken öldürülmüştür. Onbaşı Snyder'ın babası, cenaze tören alanı için oğlunun yaşadığı yer olan Maryland eyaletine bağlı Westminster'daki Katolik Kilisesi'ni seçmiştir. Yerel gazeteler, törenin zaman ve yerini duyurmuşlardır.

Phelps, Matthew Snyder'ın cenaze töreninden haberdar olmuş ve diğer altı Westboro Baptist Tarikatı üyesi (iki kızı ve dört torunu) ile birlikte gösteri yapmak için Maryland'e gitmeye karar vermiştir. Anma töreni gününde Westboro Tarikatı üyeleri, Maryland Hükümet Binası, Birleşik Devletler Deniz Harp Okulu ve Matthew Snyder'ın cenazesinin yakınındaki kamusal caddelere bitişik kamusal alanlarda toplanmışlardır. Westboro eylemcileri, her üç lokasyonda büyük ölçüde aynı pankartları taşımışlardır. Örneğin şunları belirtmişlerdir: “Tanrı, Amerika’dan Nefret Ediyor”, “9/11 için Teşekkürler Tanrım”, “Talihsiz Amerika”, “Amerika için Dua Etme”, “EYP<sup>1</sup> için Teşekkürler Tanrım”, “Ölü Askerler için Teşekkürler Tanrım”, “Papa Cehennemde”, “Papazlar Çocuklara Tecavüz Ediyorlar”, “Tanrı İbnelerden Nefret Eder”, “Cehenneme Gideceksin”, “Tanrı Senden Nefret Ediyor”.

Tarikat, cenaze töreni anında toplanma niyetlerini önceden yetkililere bildirmiş ve eylemciler gösterilerini sergiledikleri sırada polis emirlerine uymuşlardır. Gösteri, geçici bir çitin arkasında, kamuya ait sokağa bitişik 10 ile 25 adımlık kamusal arazi parçası içinde gerçekleşmiştir. App. to Brief for Appellants in No. 08-1026 (CA4), pp. 2282-2285 (bundan sonra App.). Bu alan, cenaze töreninin yapıldığı Kilise'den yaklaşık olarak 1000 feet uzaklıktadır. Birkaç bina, toplanma alanını Kiliseden ayırmaktadır. *Id.*, at 3758. Westboro eylemcileri, cenaze töreni başlamadan önce pankartlarını 30 dakika boyunca göstermişler, ilahiler söylemişler ve İncil'den ayetler okumuşlardır. Herhangi bir eylemci Kilise mülküne girmediği gibi mezarlığa da gitmemiştir. Onlar bağırمامışlar veya küfretmemişlerdir ve ayrıca gösteri ile ilgili hiçbir şiddet yaşanmamıştır. *Id.*, at 2168, 2371, 2286, 2293.

Cenaze alayı, gösteri alanının 200 feet ile 300 feet uzağından geçmiştir. Snyder, eylem pankartlarının üst kısımlarını görebilme olanağına sahip olduğunu ifade etse de akşamleyin bu olayın aktarımını

<sup>1</sup> El Yapımı Patlayıcı (*IEDs*). (ç.n.).

içeren haber yayınına seyredene kadar pankartlarda ne yazılı olduğunu görmemiştir. *Id.*, at 2084-2086<sup>2</sup>.

## B

Snyder; Phelps, Phelps'in kızları ve Westboro Baptist Tarikatı'na (müşterek olarak Westboro veya Tarikat'a) karşı Maryland Bölgesinin yargı yetkisine giren Birleşik Devletler Bölge Mahkemesinde dava açmıştır. Snyder, haksız fiil hukuku kapsamına giren beş durumu ileri sürmüştür: hakaret, özel yaşamın ifşa edilmesi, kasten duygusal acı verme, mahremiyet alanının ihlali (*intrusion upon seclusion*) ve iki veya daha fazla kişinin bir haksız fiilin oluşturulması ve gerçekleştirilmesi üzerinde anlaşmaları ve buna bağlı olarak zararın meydana gelmesi (*civil conspiracy*). Westboro, kısmen, Tarikat'ın açıklamalarının *First Amendment* gereğince sorumluluktan ayrı tutulmasını iddia ederek duruşmasız hüküm (*summary judgment*) talep etmiştir. Bkz. 533 F. Supp. 2d 567, 570 (Md. 2008)

Bölge Mahkemesi, Snyder'ın hakaret ve özel yaşamın ifşa edilmesi iddiaları hakkındaki duruşmasız kararında, bu haksız fiillerin zorunlu unsurları ispatlanamadığı için Westboro lehine karar vermiştir. *Id.*, at 572-573. Geriye kalan iddialar hakkında ise bir duruşma yapılmıştır. Duruşmada Snyder, duygusal acılarının şiddetini izah etmiştir. O, ölü oğlunun tasavvurunu Westboro'nun gösterisi tasavvurundan ayırabilmesinin mümkün olmadığını ve bu gösteriyi düşündüğünde sık sık gözü yaşlı, kızgın ve fiziksel olarak rahatsız olduğunu belirtmiştir.

<sup>2</sup> Cenazeden birkaç hafta sonra, eylemcilerden bir tanesi Westboro'nun web sitesine bir mesaj göndermiştir. Bu mesaj, arasına uzun İncil alıntıları serpiştirilerek gösteriyi ele alan ve Snyder'a dini açıdan kınama yönelten bir içeriğe sahiptir. Snyder, kendi oğlunu internette arattığı sırada, gösteriden “destan” (*epic*) olarak bahseden bir mesaj ile karşılaşmıştır. “Destan”, usulen bizim önümüzde değildir ve analizimize dahil edilemez. “Destan”, her ne kadar jüriye sunulmuşsa da ve aşağıda görüleceği üzere mahkemede tartışılmışsa da Snyder, temyiz dilekçesinde ondan bahsetmemiştir. Bkz. Pet. for Cert. *i* (“Snyder'in iddiası Phelps'in, *oğlunun cenaze törenindeki kasti hareketleri* üzerinde yükselmiştir” (vurgu eklenmiştir); Bu Mahkeme Kuralı'nın 14.1(g)'sine göre (dilekçe, “sunulan meselelerin değerlendirilmesi için olgusal materyalleri belirten” açıklamaları kapsamalıdır). Ne de Snyder, temyiz başvuru müzekkeresine muhalefet içeren “destan, duruşmada iddialar için bir temel olarak ileri sürülmesine rağmen, dilekçe, ... sadece gösteriyi dayanan iddialara değinmektedir” şeklindeki açıklamalara cevap vermiştir. Brief in Opposition 9. Snyder, “destan” kısmına sadece başlangıç argümanlarının tartışma bölümünde tek bir paragraf ayırmıştır. Yukarıda anlatılanlar ile İnternet mesajı olgusu, bu bağlamda farklı sorunlar olarak yükselebileceğinden dolayı biz “destan” hususunu şu davada karara bağladığımız gibi değerlendirmeyi reddediyoruz. Bkz. *Ontario v. Quon*, 560 U. S. \_\_\_, \_\_\_ – \_\_\_ (2010) (slip op., at 10-12).

Bilirkişi, Snyder'ın duygusal ızdırabının şiddetli depresyon ile sonuçlandığını ve daha önceden var olan sağlık durumunu ağırlaştırdığını belirtmiştir.

Jüri kasten duygusal acı verme, mahremiyet alanının ihlali ve iki veya daha fazla kişinin bir hukuka aykırı eylemi gerçekleştirmek için anlaşmaları ve bunu uyum içerisinde gerçekleştirmeleri iddiaları ile ilgili olarak Snyder lehine karar verdi ve Westboro'yu 2.9 milyon dolar manevi tazminat ve 8 milyon dolar cezai tazminat ödemeye mahkum etti. Westboro, jüri kararının aşırı derecede ağır olduğunu ileri süren ve tüm iddialar hakkında *First Amendment* temelinde deliller üzerinde tartışma yapılmaksızın karar verilmesi (*judgment as a matter of law*) talebini içeren birçok yargılama sonrası başvurularda bulunmuştur. Bölge Mahkemesi, cezai tazminatı 2.1 milyon dolara indirmiş, fakat jürinin diğer kararı olan manevi tazminatı ise aynı miktarda bırakmıştır. *Id.*, at 597.

Temyiz Mahkemesinde Westboro'nun ilk argümanı, *First Amendment*'in Westboro'nun açıklamalarını tamamıyla korumasından dolayı deliller üzerinde tartışma yapılmaksızın karar verilmesinin gerektiğine dairdir. Temyiz Mahkemesi buna uymuştur. 580 F. 3d, 206, 221 (CA4 2009). Mahkeme, gösteri pankartlarını incelemiş ve Westboro'nun açıklamalarının *First Amendment*'in koruması kapsamına girdiği sonucuna varmıştır. Çünkü Westboro'nun açıklamaları, yapmacık olduğu kanıtlanamaz derecede kamusal konular ile ilgilidir ve sadece abartılı retorik yoluyla ifade edilmiştir<sup>3</sup>. *Id.*, at 222-224.

Biz temyizi onayladık. 559 U. S. \_\_\_ (2010).

## II

Maryland'de kasten duygusal acı verme iddiasının kabul edilebilmesi için davacı, davalının kasten veya aldırış etmeksizin aşırı ve çirkin davranışının kendisinde şiddetli bir duygusal üzüntüye yol açtığını kanıtlamalıdır. Bkz. *Harris v. Jones*, 281 Md. 560, 565-566, 380 A. 2d 611, 614 (1977). *First Amendment*'in ifade hürriyetine ilişkin hükmü, -“Kongre, ifade hürriyetini azaltan ... herhangi bir kanun yapamaz”- kasten duygusal acı verme davalarını içeren devlet haksız fiil davalarında

<sup>3</sup> Bir hâkim, Snyder'ın haksız fiil iddialarından herhangi birisi üzerindeki jüri kararını desteklemek için yeterli kanıt sunmada başarısız olduğu şeklindeki gerekçeye hükümde farklı bir gerekçeyle katılmıştır. 580 F. 3d, at 227 ( Shedd, J.'nin görüşü). Temyiz Mahkemesinin çoğunluğu, göstericilerin temyiz üzerindeki bunun gibi bir çekişmeden “gönüllü olarak vazgeçtiğine” karar vermiştir. Aşağıda, mahkeme gibi biz, davalının konuşmalarının haksız olduğu şeklindeki incelenmemiş öncüller üzerinde davaya bakmaya devam ediyoruz.

savunma niteliğinde işlev bir görebilir. Bkz. örneğin, *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U. S. 46, 50–51 (1988)<sup>4</sup>.

*First Amendment*'ın, Westboro'yu bu davadaki açıklamalarından dolayı sorumlu tutmasını yasaklayıp yasaklamadığı, büyük ölçüde, tüm koşullar değerlendirildiğinde konuşmanın, özel veya kamusal konular ile ilgili olup olmadığına dayanmaktadır. “ ‘Kamusal sorun üzerindeki’ açıklamalar ... ‘*First Amendment* korumasının tam kalbinde’ yatmaktadır” *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U. S. 749, 758–759 (1985) (J. Powell’in görüşü) (alıntı, *First Nat. Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U. S. 765, 776 (1978)). *First Amendment*, “kamusal konular ile ilgili tartışmanın serbest, güçlü ve apaçık olması gerektiği ilkesi üzerinde derin bir ulusal mutabakatı” yansıtmaktadır. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270 (1964). Bu nedenle, kamusal sorunları ilgilendiren açıklamalar, kendini ifade etmenin daha fazlasıdır; kendi kendini yönetmenin özüdür” *Garrison v. Louisiana*, 379 U. S. 64, 74–75 (1964). Dolayısıyla, kamusal sorunlar üzerindeki açıklamalar, *First Amendment*'ın değerler hiyerarşisinde en üst basamağı işgal etmekte ve özel bir korumayı hak etmektedir” *Connick v. Myers*, 461 U. S. 138, 145 (1983) (iç atıf yerleri belirtilmemiştir).

“Bütün açıklamalar, *First Amendment*'ın önem sıralaması bakımından eşit dereceye sahip değildir” . Bununla beraber, sadece özel öneme ilişkin konular söz konusu olduğunda *First Amendment* koruması çoğunlukla daha az katıdır. *Hustler, supra*, at 56 (alıntı *Dun & Bradstreet, supra*, at 758); bkz. *Connick, supra*, 145–147. Dolayısıyla tamamıyla özel konular üzerindeki açıklamaları sınırlandırma, kamu yararına ilişkin konular üzerindeki açıklamaları sınırlandırma ile aynı anayasal önemi belirtmez: “Burada, kamusal sorunların özgür ve güçlü bir şekilde tartışılmasına karşı bir tehdit söz konusu değildir; burada anlamlı fikir diyalogları ile potansiyel bir çatışma bulunmamaktadır”; ve “sorumluluk tehdidi”, kamusal konuların ifadesi üzerinde bir oto-sansür tepkisi riski taşımamaktadır. *Dun & Bradstreet*, a.g, 760 (iç atıf yerleri belirtilmemiştir).

<sup>4</sup> Muhafif Hâkim, bu dava ile aşağılayıcı (*defamation*) ve kavgacı sözler (*fighting words*) durumlarını içeren farazi davalar arasında paralellik çizmeye çalışmaktadır. *Post*, 10-11 (J. ALITO'nun görüşü). Fakat Mahkemenin aşağıda belirttiği üzere, burada söz konusu konuşmanın, müstehcenlik veya “kavgacı sözler” gibi *First Amendment*'ın koruması dışındaki bir kategoride yer aldığına dair bir fikir bulunmamaktadır. 580 F. 3d, at 218, n. 12; bkz. *United States v. Stevens*, 559 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2010) (slip op., at 5).

Biz, kamu görevlisi açıklamalarının bir kamusal ilgi konusuna değinip değinmediğini düşünürken kamusal ilginin sınırlarını çizen ölçütün iyi bir şekilde tanımlanmadığını kısa bir süre önce ifade etmiştik. *San Diego v. Roe*, 543 U. S. 77, 83 (2004) (*mahkemenin görüşü*). Bu görüşümüz bugün hala doğruluğunu korumasına rağmen, mahkemelerin kendilerinin dikkatsiz/kasıtsız sansürcülere dönüşmemeleri amacıyla ifadelere geniş koruma sağlayan bazı temel ilkeleri açık seçik bir şekilde belirledik.

İfadeler, toplumun siyasal, sosyal veya diğer ilgi meselelerinden herhangi birisi ile ilgili olarak makul bir şekilde değerlendirilebildiği zaman kamusal meselelere değinmektedir. *Connick, supra*, at 146. Veya bu ifadeler, meşru haber menfaatinin konusu ise; yani, bir kamu yararının veya bir kamusal değer ve endişenin konusu ise kamuyu ilgilendirmektedirler. *San Diego, supra*, at 83–84. Bkz. *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U. S. 469, 492–494 (1975); *Time, Inc. v. Hill*, 385 U. S. 374, 387 – 388 (1967). “bir ifadenin kolaylıkla kanıtlanabilir uygunsuz veya anlaşmazlığa neden olan karakteri, onun kamusal bir merak konusuna değinip değinmediği sorunu ile ilgili değildir”. *Rankin v. McPherson*, 483 U. S. 378, 387 (1987).

Diğer taraftan, *Dun & Bradstreet* kararındaki görüşümüz, salt özel ilgi açıklamasına bir örnek teşkil etmektedir. Bu kararda genel olarak, özel bir bireyin kredi raporu hakkındaki bilgisinin “kamusal bir sorunu ilgilendirmediğine” karar verdik. 472. U. S., at 762. Raporun içeriğini, sadece konuşmacının bireysel menfaatini içeren ve onun özel iş kitlesine dair bir açıklama olduğu yönünde değerlendirdik. *Ibid.* Bu yargı, özel raporun, sadece, başkalarına yaymak zorunda olmayan beş abonenin rapor servisine gönderilmiş olduğu gerçeği tarafından da doğrulanmıştır. *Ibid.* Başka bir örneğe atıfta bulunmak gerekirse biz, *San Diego v. Roe* kararını, bir hükümet işverenin bir çalışanın ifadelerini düzenlemesi bağlamında, açık cinsel hareketlerde bulunan bir çalışanın videosunun kamusal ilgiye değinmediği; yani videonun, kamuya karşı [işveren kurumun] fonksiyonu veya işlemleri hakkında herhangi bir bilgilendirme yapmadığı şeklinde sonuçlandırdık. 543 U. S., at 84.

İfadenin özeli mi yoksa kamuyu mu ilgilendirdiği, kaydın tamamının ortaya koyduğu şekliyle bu ifadenin “içerik, form ve bağlamının” incelenmesini gerektirmektedir. *Dun & Bradstreet, supra*, at 759 (atıf *Connick, supra*, at 147–148). Diğer *First Amendment* davalarında olduğu gibi mahkeme, “‘hükümün, özgür ifade alanına yasaklanmış bir müdahale oluşturmadığından’ emin olmak için bütün kaydın bağımsız bir incelemesini yapmakla mecbur tutulmuştur” *Bose*



*Corp. v. Consumers Union of United States, Inc.*, 466 U. S. 485, 499 (1984) (atıf *New York Times, supra*, at 284–286). İçerik, form ve bağlamı değerlendirirken hiçbir faktör nihai belirleyici değildir ve ne söylendiğini, nerede söylendiğini ve nasıl söylendiğini içeren ifadenin tüm koşullarının değerlendirilmesi bir zorunluluktur.

Westboro'nun işaretlerinin içeriği açıkça “salt özel ilgi” konularından ziyade, tamamıyla toplumu ilgilendiren geniş sorunlarla ilgilidir. *Dun & Bradstreet, supra*, at 759. Pankartlar, “Tanrı Amerika’dan Nefret Eder”, “9/11 İçin Teşekkürler Tanrım”, “Talihsiz Amerika”, “Amerika için Dua Etme”, “EYP için Teşekkürler Tanrım”, “İbne Birlikler”, “Daima Sadık (*Semper Fi*)<sup>5</sup> İbneler”, “Tanrı İbnelerden Nefret Eder”, “Maryland Taliban”, “İbneler Ulus’un Kaderini Mahvederler”, “Kutsal Değil Sadece Lanetli”, “Ölü Askerler için Teşekkürler Tanrım”, “Papa Cehennemde”, “Papazlar Çocuklara Tecavüz Ediyorlar”, “Cehenneme Gideceksin”, “Tanrı Senden Nefret Ediyor” cümlelerini kayıt altına almıştır. App. 3781-3787. Bu mesajlar, süzgeçten geçirilmiş sosyal veya politik eleştirinin aşağısında kalabilse de Westboro'nun vurguladığı sorunlar, -Birleşik Devletler’in ve vatandaşlarının siyasal ve ahlaki tutumları, Ulusumuzun kaderi, ordu içindeki homoseksüellik, Katolik Papazların bulaştığı skandallar- kamusal anlamı içeren konulardır. Bu işaretler, *Dun & Bradstreet* kararındaki özel konuşmalardan farklı olarak, mümkün olduğunca geniş kamusal dinleyiciye ulaşmak amacıyla muayyen bir şekilde tasarlanmış ve açıkça, Westboro'nun bu konular üzerindeki duruşunu taşımaktadır. Ve “Cehenneme Gideceksin”, “Tanrı Senden Nefret Ediyor” gibi birkaç işaret Matthew Snyder veya özellikle Snyderlar ile bağlantılı mesajlar içerdiği görülse bile bu, Westboro'nun gösterisinin genel tepkisinin ve baskın konusunun geniş kamusal sorunlar ile ilgili olduğu gerçeğini değiştirmez.

Westboro'nun pankartlarının içeriğine ek olarak Snyder, konuşmayı kamusal bir ilgiden daha çok özel bir konu haline getiren konuşmanın bağlamına –oğlunun cenaze töreni ile bağlantısına- itiraz etmektedir. Westboro'nun cenaze töreni ile ilgili olarak konuştuğu bir gerçektir. Bununla birlikte, bu gerçek, Westboro'nun açıklamalarının doğasını kendiliğinden dönüştürmez. Kamuya ait bir caddenin bitişiğindeki kamusal alanda sergilenen Westboro'nun pankartları, Tarikat’ın modern toplumda kınamak için önemli bulduğu olguları yansıtmaktadır. Westboro'nun ifadeleri, “kamuyu ilgilendiren bir sorun üzerinde kurulan

<sup>5</sup> Amerikan Deniz Piyadelerinin mottosu (ç.n.).

ifadeler olarak makulce nitelendirilebilir” (*Connick*, 461 U.S., at 146) ve cenaze sahnesi bu sonucu değiştirmeyecektir.

Snyder, Tarikat üyelerinin aslında kendisine ve ailesine karşı kişisel bir saldırıya giriştiğini ve Tarikat üyelerinin kendi yaptıklarını, “Birleşik Devletler’in homoseksüelliğe olan toleranslarını veya Katolik Kilisesi’nin varsayılan kötülüklerini gerçekten protesto ettikleri şeklinde iddia ederek muaf tutmaya” teşebbüs ettiklerini ileri sürmektedir. Reply Brief for Petitioner 10. Biz, bu davada Westboro’nun kamusal konular üzerindeki açıklamalarının, özel konulardaki açıklamaları nedeniyle sorumluluktan korunmak için herhangi bir şekilde akıl edildiğini düşünmüyoruz. Westboro, Mathew Snyder’ın farkına varmadan çok önce de gösterisinde belirttiği konular üzerinde aktif şekilde konuşmalarda bulunmuştur ve Westboro’nun gösterisinin kamusal konular üzerindeki “dürüstçe inandığı” görüşlerini temsil etmediği iddiası, ciddi bir iddia olarak değerlendirilemez. *Garrison*, 379 U. S., at 73. Burada, Westboro’nun kamusal konular üzerindeki konuşmalarının, özel konularla ilgili kendisine yapılan saldırıyı maskeleyen için tasarlandığını varsayan Westboro ile Snyder arasında daha önceden var olan bir ilişki veya çekişme bulunmamaktadır. Karşıt görüş *Connick*, *supra*, at 153. ([açıklamanın], çalışanı etkileyen [bir] transfer bildirisinin sonucu olarak yapılmasının rastlantı olmadığı durumda kamu görevlisinin ifadesini özel bir ilgi konusu kabul ediyor).

Snyder, Westboro’nun açıklamalarının *First Amendment*’in korumasından “sadece sözcüklerinden dolayı değil”, aynı zamanda cenaze törenini “kendi mesajlarını daha geniş dinleyici kesimine ulaştırmak için bir platform olarak kötüye kullanmaları” nedeniyle de daha az yararlanması gerektiğini ileri sürmeye devam eder. Brief for Petitioner 44,40. Westboro’nun, Deniz Harp Akademisi’ni, Maryland Hükümet Binası’nı ve Matthew Snyder’ın cenazesini görüşlerinin kamusallığını arttırmak amacıyla ve bu yerler ile kendi görüşleri –asker cenazesi gelmesi durumunda Westboro, Tanrı’nın, Ulus’un günahkâr tavırları nedeniyle bir ceza olarak Amerikalı askerleri öldürdüğüne inanmaktadır- arasındaki bağlantıdan dolayı eylemlerini sergilemek için seçtikleri hususunda bir şüphe bulunmamaktadır.

Westboro’nun, Matthew Snyder’ın cenaze töreni ile bağlantılı bir şekilde görüşlerini yayma tercihi, bu görüşlerin açıklanmasını çok kimse için yaralayıcı kılmıştır, özellikle Matthew’ın babası için. Kayıtlar, tatbik edilebilir hukuki terimin –“duygusal incinme”-, Bay Snyder’ın zaten tahmin edilemez nitelikteki üzüntüsüne eklenen Westboro’nun acı tercihini tam anlamıyla yansıtmada başarısız olduğunu

belirginleştirmektedir. Fakat Westboro, gösterisini, kamuya ait caddeye bitişik kamusal bir alanda kamusal meseleleri ilgilendiren konular üzerinde barışçıl bir şekilde yapmıştır. Bu tarz alan işgalleri, “*First Amendment* koruması bakımından özel bir pozisyona” sahiptir. *United States v. Grace*, 461 U. S. 171, 180 (1983). “Biz, ‘eskiden beri’ kamusal caddelerin ve kaldırımların, kamu toplantıları ve tartışmaları için kullanıldığını dikkate alarak kamusal caddeleri, defaatle geleneksel kamu forumlarının bir arketipi olarak açıkladık” *Frisby v. Schultz*, 487 U. S. 474, 480 (1988)<sup>6</sup>.

Bununla beraber, “korunmalı açıklamalar bile, tüm yerlerde ve tüm durumlarda eşit bir şekilde izin verilebilir değildir” *Id.*, at 479 (alıntı *Cornelius v. NAACP Legal Defense & Ed. Fund, Inc.*, 473 U. S. 788, 799 (1985)). Westboro’nun gösterisini ne zaman ve nerede yapacağı tercihi, Hükümet’in düzenleyici alanının ötesinde değildir. Bu düzenleme alanı, bu Mahkeme’nin kararlarında bildirdiği standartlar ile uyumlu olan “uygun zaman, yer ve yöntem sınırlamalarına bağlıdır”. *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U. S. 288, 293 (1984). Şu anda Maryland (Maryland Ceza Kanunu §10–205), diğer 43 Devlet ve Federal Hükümette olduğu gibi, cenaze töreni gösterilerini sınırlandıran bir kanuna sahiptir Bkz. Brief for American Legion as *Amicus Curiae* 18-19, n.2 (kanunların listelenmesi). İçeriği nötr olduğu ölçüde bu kanunlar, bu davada söz konusu olan haksız fiil kararından çok farklı meseleler gündeme getirecektir. Bununla birlikte, Maryland’in kanunu, tartışılan olayın gerçekleştiği zamanda yürürlükte değildi. Dolayısıyla biz, bu kanunun önümüzdeki gibi bu tarz olgulara nasıl uygulanacağını yahut bu veya diğer benzer düzenlemelerin anayasal olup olmadığını düşünmeye lüzum duymuyoruz<sup>7</sup>.

Biz, hedeflenen gösterinin yerinin Mahkemenin içeriğini nötr olarak belirlediği koşullar altında düzenlenebildiği birkaç sınırlı durumu tanımladık. Örneğin *Frisby* kararında, belirli bir evin etrafında veya

<sup>6</sup> Muhafif görüşün, Mahkemenin kamusal caddeleri “diğer dava konusu edilebilir sözlü saldırıların sorumluluktan korunduğu serbest bir bölge” olarak değerlendirdiği iddiası yanlıştır. *Post*, at 10-11. Gerçek şu ki, Westboro’nun, gösterisini kamusal sokağa bitişik bir yerde yapması, açıklamalarını sorumluluktan kurtarmaz, fakat tartışma konusunun kamusal konular üzerindeki Tarikat’ın görüşlerinin kamu ile iletişime geçme çabası olması alakayı arttırmaktadır. Bu yüzden emsal kararlarımız, böyle bir açıklıkla geleneksel kamu forumlarının özel önemini tanımaktadır.

<sup>7</sup> Maryland kanunu, cenaze hizmeti veya cenaze sürecinin 100 *feet* içindeki gösterileri yasaklamaktadır. Dolayısıyla Westboro’nun gösterisi, bu sınırlamalara uygun olacaktır.

önünde bu tür gösteriler hakkındaki bir yasağı onayladık (487 U. S., at 477). *Madsen v. Women's Health Center, Inc.* kararında, protestocular ile kürtaj kliniği girişi arasında bir tampon bölgeyi gerekli bulan mahkeme kararını uygun bulduk 512 U. S. 753, 768 (1994). Açıkça görülüyor ki buradaki olgular, hem düzenlenen aktivite bakımından hem de bu aktiviteleri sınırlandıran araçlar bakımından oldukça farklıdır.

Basitçe söylemek gerekirse Tarikat üyelerinin, olayda buldukları yerde olmaya hakları vardı. Westboro, cenaze töreni protestosu hakkında yerel yetkilileri uyarılmış ve gösterinin sahnelendiği yerde polis emirlerine harfîyen uymuştur. Gösteri, polis nezareti altında kilisenin 1000 *feet* uzaklığında ve kilisede bulunanların görüş alanının dışında yapılmıştır. Protesto başa çıkılmaz bir halde olmadığı gibi; burada herhangi bir bağırma, küfür veya şiddet eylemi de yaşanmamıştır.

Kayıtlar, Westboro'nun gösterisinin yol açtığı herhangi bir üzüntünün, cenazenin kendisine yapılan bir müdahaleden ziyade, iletilen mesajın içeriği ve bakış açısına bağlı olduğunu doğrulamaktadır. Westboro'nun bulunduğu yerin hemen oracığında duran bir grup Kilise üyesinin, “Tanrı Amerika’yı Kutsar”, “Tanrı Seni Seviyor” demesi, sorumluluğa bağlanamazdı. Bu, haksız fiil zararı yüklenen Westboro'nun söylediği şeydi.

Westboro'nun ifadelerinin, kamusal bir yerde ve kamusal sorunları ilgilendiren konular üzerinde olduğunu düşünürsek bu ifadeler, *First Amendment* altında “özel korumaya” hak kazanırlar. Bu tarz konuşmalar sırf üzücü olmaları veya aşağılama uyandırmaları nedeniyle basitçe sınırlandırılmazlar. “Eğer burada *First Amendment*'in altında yatan temel bir prensip varsa hükümet, toplumun sırf düşüncenin kendisini saldırgan veya uygunsuz bulması nedeniyle açıklanmasını yasaklayamaz” *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 414 (1989). Gerçekten, “bütün ifade korumalarının anlamı, bu ifadelerin içerik tercihleri birilerinin gözlerinde yanlış veya acıtıcı olsa dahi bunları sadece korumaktır ” *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U. S. 557, 574 (1995).

Jüri, burada, Westboro'nun gösterisini “şoke edici” (*outrageous*) kabul eden bir bulguya dayanarak Westboro'yu kasten duygusal acı verme eyleminden dolayı sorumlu tutabileceği bilgisi verilmiştir. Bununla beraber, “şoke edicilik”, “bir jüriye, jüri üyelerinin beğeni veya görüşlerine dayanarak veya belki de belirli ifadelere olan antipatileri temeli üzerinden sorumluluk yüklemeye izin veren içkin bir subjektiflikle” beraber oldukça her yöne çekilebilir bir standarttır. *Hustler*, 485 U.S., at 55. Bunun gibi bir davada, bir jürinin “konuşmanın içeriği ile

ilgili tarafsız olmasının imkansızlığı” nedeniyle ‘öfkeli, onur kırıcı ve hoşnutsuz ifadelerin’ bastırılmasının bir aracı haline gelmesi gerçek bir tehlike taşımaktadır *Bose Corp.*, 466 U. S., at 510 (alıntı New York Times, 376 U. S., 270). Böyle bir risk kabul edilemez; “kamusal tartışmalar sırasında biz, *First Amendment* tarafından korunan özgürlüklere elverişli ‘nefes alacakları bir yer’ sağlamak için hakarete ve hatta şoke edici konuşmalara tolerans göstermeliyiz” *Boos v. Barry*, 485 U. S. 312, 322 (1988). Westboro’nun ne söylediği, bağlamın tamamında nasıl söylediği ve söylemek için nereyi seçtiği *First Amendment* altında “özel korumaya” hak kazanır ve bu koruma jürinin gösteriyi şoke edici bulmasından dolayı aşılıamaz.

Tüm bu gerekçelerden dolayı, kasten duygusal acı verme için Westboro’yu sorumlu tutan jüri kararı kaldırılmalıdır.

### III

Jüri aynı zamanda mahremiyet alanının ihlali (*intrusion upon seclusion*) ve iki veya daha fazla kişinin bir haksız fiilin oluşturulması ve gerçekleştirilmesi üzerinde anlaşmaları ve buna bağlı olarak zararın meydana gelmesi (*civil conspiracy*) haksız fiillerinden dolayı da Westboro’yu sorumlu tutmuştur. Temyiz Mahkemesi bu haksız fiilleri, kasten duygusal acı verme haksız fiilinden bağımsızca incelememiştir. Bunun yerine Temyiz Mahkemesi, Bölge Mahkemesi kararının hatalı bir şekilde “haksız fiil sorumluluğunu anayasal korumaya sahip ifadelere iliştiirdiğine” hükmederek bu kararı toptan bozmuştur. 580 F.3d, at 226.

Snyder, Westboro’nun ifadelerinin genel olarak *First Amendment* korumasından yararlandığı farzedilse dahi, Kilise’nin mahremiyet alanının ihlali (*intrusion upon seclusion*) sorumluluğundan muaf tutulamayacağını ileri sürmektedir. Çünkü Snyder, oğlunun cenaze töreninde bir zoraki dinleyici (*captive audience*)<sup>8</sup> üyesidir. Brief for Petitioner 45-46. Bu görüşe katılmıyoruz. Çoğu durumda “Anayasa, hükümete, diğer korunan ifade türlerinden hangilerinin isteksiz dinleyici veya izleyiciler hakkında koruma gerektirmek için yeteri kadar saldırgan olduğunu belirlemeye izin vermez. Yerine, ... yük, normal olarak hassasiyetin daha ileri bombardımanından kaçınmak için basitçe gözlerini çevirmek suretiyle izleyiciye düşmektedir” *Erznoznik v. Jacksonville*, 422 U. S. 205, 210–211 (1975) (iç atıf yerleri belirtilmemiştir) . Sonuç olarak “hükümetin gücü, Anayasa ile uyumlu bir şekilde söylemleri, sadece önemli bir özel

<sup>8</sup> Zoraki dinleyici (*captive audience*) doktrini, izinsiz ve zorla araya girilerek yapılan konuşmalardan isteksiz dinleyicileri kurtarmayı ifade eder. (ç.n.).

menfaatin gerçekten tolere edilemeyecek şekilde saldırıya uğradığı bir gösteriye ait işitmelerden diğerlerini korumak için durdurmaktır.” *Cohen v. California*, 403 U. S. 15, 21 (1971).

Genel bir mesele olarak, zoraki dinleyici doktrinini, sadece isteksiz dinleyicileri korumalı ifadelerden muhafaza etmek için tedbirli bir şekilde uyguladık. Örneğin biz, bir ev sahibine, evine rahatsız edici mail gönderilmesini sınırlandırmaya izin veren yasayı, bkz. *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U. S. 728, 736–738 (1970) ve herhangi bir kişinin konutunun “önünde veya etrafında” toplanmayı yasaklayan bir kararnameyi (*ordinance*) uygun bulduk, *Frisby*, 487 U. S., at 484–485.

Burada, Westboro, anma töreninden dikkatlice uzak durdu. Snyder, cenazeyi götürürken pankartların üst kısmından daha fazlasını göremezdi. Ve gösterinin kendisinin, herhangi bir şekilde cenaze törenini engellediğine dair hiçbir emare bulunmamaktadır. Biz zoraki dinleyici doktrinini, burada belirtilen koşullara genişletmeyi reddediyoruz.

Çünkü *First Amendment*’ın, Snyder’a kasten duygusal acı verme veya mahremiyet alanının ihlali –Westboro’nun başarıya ulaşmak için planladığı iddia edilen hukuksuz eylemler– nedeniyle tazminat verilmesine engel olduğuna ulaştık. Aynı şekilde Snyder’ın, bu haksız fiillere dayanan *civil conspiracy* için de tazminat almaması gerektiğine hükmettik.

#### IV

Bugün kararımız sınırlıdır. *First Amendment*’a ilişkin davalarda kayıtların dikkatli bir şekilde incelenmesi gereklidir ve burada ulaştığımız fikir önümüzdeki belirli olgularla kayıtlıdır. Çünkü biz, “*First Amendment* ile cari davanın uygun bağlamından daha geniş bir şekilde çevrelemeyecek sınırlı ilkelere dayanan (devlet kanunu) hakları arasındaki çatışmalarda sunulan menfaatlerin duyarlılık ve önemini” belirttik. *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U. S. 524, 533 (1989).

Westboro, Amerika’nın ahlaki olarak alçaldığını düşünmektedir; birçok Amerikalı, Westboro gibi aynı şekilde hissedebilir. Westboro’nun cenaze töreni gösterisi kesinlikle yaralayıcıdır ve bunun kamusal söyleme katkısı ihmal edilebilir. Fakat Westboro, kamusal bir yerde barışçıl ve yerel görevlilerin gözetimine uygun bir şekilde kamusal anlama sahip konulara dikkat çekmiştir. Konuşma gerçekten Matthew Snyder’ın cenaze töreni ile karşılaşmak için planlanmıştır, fakat konuşmanın bizatihi kendisi bu cenaze törenini akamete uğratmamıştır. Ve Westboro’nun

gösterisini bu zaman ve yerde yapma tercihi konuşmanın doğasını değiştirmeyecektir.

Söz çok güçlüdür. İnsanları harekete geçirebilir, hem sevinç hem de üzüntü duygularını yaşattırabilir ve –burada yaptığı gibi- büyük bir acıya uğratabilir. Önümüzdeki mevcut olgular uyarınca, bu acıya konuşmacıyı cezalandırarak karşılık veremeyeceğiz. Bir Ulus olarak biz, farklı bir yol seçtik –kamusal tartışmaları söndürmememizi emniyete almak için kamusal konular üzerindeki yaralayıcı ifadeleri dahi korumak. Bu tercih Westboro’yu, bu davadaki gösterileri için haksız fiil sorumluluğundan korumayı gerektirmektedir.

Birleşik Devletler 4. Temyiz Mahkemesi kararı tasdik edilmiştir.

*Böyle buyrulmuştur.*

**BREYER J., katılan**  
**BİRLEŞİK DEVLETLER YÜKSEK MAHKEMESİ**  
**No.09-751**  
**BAŞVURAN ALBERT SNYDER v. FRED W. PHELPS, SR. VE**  
**DİĞERLERİ**  
**BİRLEŞİK DEVLETLER 4. TEMYİZ MAHKEMESİ KARARININ**  
**TEMYİZ BAŞVURU MÜZEKKERESİ ÜZERİNE**  
**[2 Mart 2011]**

Hâkim BREYER, farklı gerekçeyle katılıyor.

Mahkemeye uyuyorum ve kararına katılıyorum. Bu karar, analizini, temyiz dilekçesinde yükselen konularla yani Westboro’nun toplanma faaliyetleriyle sınırlandırmaktadır. Karar derin bir şekilde televizyon yayınlarının etkisini incelememektedir. Ne de internet mailleri hakkında herhangi bir şey söylemektedir. Mahkeme *First Amendment*’ın, özellikle gösterinin “kamuyu ilgilendiren” konulara işaret etmesinden dolayı burada gerçekleşen gösteriyi koruduğuna karar vermiştir.

Mahkeme’nin gösterinin kamuyu ilgilendiren konuları işaret ettiği sonucuna katılmama rağmen, *First Amendment* analizimizin bu noktada durabileceğine inanmıyorum. Bir Devlet, kamuyu ilgilendiren konularda olsa dahi, bazen gösteriyi (*picketing*) düzenleyebilir. Bkz. *Frisby v. Schultz*, 48 U. S. 474 (1988). Ayrıca, A’nın B’ye fiziksel olarak saldırıda bulunduğunu farz edin ve saldırının (haber olma değerinde) A’ya, kamu ile ilgili konular üzerindeki görüşlerini kamuya aktarma fırsatı

sağlayabileceğini bilin. Anayasal olarak korunan amacın doğası, A'nın hukuksuz, korunmadan yoksun yolları kullanmasını kapsamaz. Ve bazı durumlarda bir araç olarak bazı kelimelerin kullanılması benzer şekilde korunmadan yoksun olabilir. Bkz. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942) (“kavgacı sözler”).

Muhالیf görüş, burada kullanılan yolun konuşmadan ibaret olduğunu kabul etmektedir. Fakat konuşmanın sanki bir saldırı gibi özel bir bireyi ciddi bir şekilde yaraladığına dikkat çekmektedir. Gerçekten, “kasten duygusal acı verme” niteliğindeki devlet haksız fiil hukuku, sadece ‘makul bir insanın dayanmasının beklenemeyeceği şiddetli’ acıya neden olan; kendisi, ahlaklılığın tüm makul sınırlarını aşma konusunda karakter olarak yeterince şoke edici ve derece itibarıyla yeterince aşırı olan; iğrenç olarak kabul edilen ve medeni bir toplumda tam anlamıyla tahammül edilemez nitelikte olan” eylemleri yasaklamaktadır. *Post*, at 2–3 (Alito, J.’nin görüşü) (atıf *Harris v. Jones*, 281 Md. 560, 567, 571, 380 A. 2d 611, 614, 616 (1977); (iç atıf yerleri belirtilmemiştir). Muhالیf görüşün, kararımızın “kasten duygusal acı verme” –A’nın (kamusal bir konu üzerinde görüşlerine dikkat çekmek için) özel bir birey olan B’ye duygusal olarak şiddetli acı vereceğini bilmesine rağmen, B’nin özel hayatının en mahrem ayrıntılarını alenen ifşa ederek sözlü bir saldırıya girişebileceği noktaya kadar olan- sorumluluğunu anlamsızca sınırlandırıp sınırlandırmadığını bize sorması gerekir. Bizim kararımız devleti, örneğin kişisel gizlilik, hatta bu tarz durumların aşırı korkunç saldırılarına karşı bireyleri korumada güçsüz mü bırakmaktadır?

Mahkemenin kararından anladığım kadarıyla bu karar, özel bireylere gerekli koruma sağlamada Devlet’in her zaman güçsüz olduğuna karar vermemekte veya ima etmemektedir. Daha ziyade, Mahkeme, *First Amendment*’ın sahip olduğu değerlerin ve devlet tarafından korunan (özele ilişkin) menfaatlerin ciddi bir şekilde çatıştığı bazı yerlerde zorunlu olarak kanıtladığı gibi temel olguları ayrıntılı olarak incelemiştir. Cf. *Florida Star v. B. J. F.*, 491 U. S. 524, 533 (1989); *Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc.*, 466 U. S. 485, 499 (1984). Bu inceleme, görüşleri hukuka uygun ve bütün polis yönlendirmelerine uygun olarak gerçekleştiği bir yerde toplanmaktan ibaret olan Westboro’nun tebliğ yollarını açıklığa kavuşturmaktadır. Gösteri, cenaze töreni seremonisinden görülememekte veya duyulamamaktadır zaten. Ve Snyder, cenazeyi götürürken göstericilerin pankartlarının üst kısmından daha fazlasını görmediğini itiraf etmiştir. Bu gibi durumlarda devlet hukuku uygulamasını savunmak, Devlet’in vatandaşlarını şiddetli



duygusal acılara karşı korumadaki menfaatlerini orantılı bir şekilde ilerletmeksizin, Westboro'yu kamusal konular ile ilgili görüşlerini yayma uğraşı nedeniyle cezalandırabilir. Sonuç olarak *First Amendment*, Westboro'yu korumaktadır. Mahkemenin kararını okumama rağmen bu karar, daha fazlası hakkında hüküm vermemektedir.

**ALITO, J., muhalif kalan**  
**BİRLEŞİK DEVLETLER YÜKSEK MAHKEMESİ**  
**No.09-751**  
**BAŞVURAN ALBERT SNYDER v. FRED W. PHELPS, SR. VE**  
**DİĞERLERİ**  
**BİRLEŞİK DEVLETLER 4. TEMYİZ MAHKEMESİ KARARININ**  
**TEMYİZ BAŞVURU MÜZEKKERESİ ÜZERİNE**  
**[2 Mart 2011]**

HÂKİM ALITO karşı görüştedir.

Özgür ve açık tartışmaya ilişkin derin ulusal mutabakatımız, bu davada gerçekleşen şiddetli sözlü saldırı için bir ruhsat değildir.

Başvuru sahibi Albert Snyder kamusal bir figür değildir. O sadece Irak'ta öldürülen Deniz Piyadesi Matthew Snyder'in ebeveynidir. Bay Snyder, bu tarz tarif edilemez acıyı yaşayan bir ailenin muhakkak hakkı olan bir şeyi istemektedir: oğlunun huzurlu bir şekilde gömülmesi. Fakat davalı Westboro Baptist Tarikatı üyeleri bu temel haktan onu mahrum etmişlerdir. Onlar ilk olarak bir basın bildirisi yayınlamışlar ve böylece Matthew'in cenaze töreni gürültülü/patırtılı bir medya olayına dönüşmüştür. Sonra Kilise'de belirmişler; haksız tecavüz teşkil etmeyecek kadar yakınına yaklaşmışlardır. Ve onlar, Matthew ve yoğun bir kırılma duygusu anında ailesi hakkında kötü niyetli bir sözlü saldırıya başlamışlardır. Sonuç olarak, Albert Snyder ağır ve kalıcı duygusal acıya maruz kalmıştır<sup>9</sup>. Şu an Mahkeme, *First Amendment*'in, davalının Bay Snyder'a gaddarca davranma hakkını koruduğuna karar vermiştir. Katılıyorum.

**I**

Davalılar ve Tarikat'ın diğer üyeleri belirli ahlaki, dini ve politik konularda keskin görüşlere sahiptirler ve *First Amendment*, onların kendi görüşlerini açıklamada neredeyse sınırsız fırsatlarının olduğunu garanti

<sup>9</sup> Bkz. 50 F. 3d 206, 213-214, 216 (CA4 2009).

altına alır. Onlar kitaplar, makaleler ve diğer metinler yazabilir ve dağıtabilirler; ses ve video kayıtları yayınlatabilirler; dilekçeler dolaşıma sokabilirler; kamusal forumlarda ve onları toplamayı diledikleri herhangi bir özel yerde bireylerle ve gruplarla konuşabilirler; sayısız lokasyonda barışçıl bir şekilde gösteri yapabilirler; televizyonda görünebilir ve radyoda konuşabilirler; internette mesaj yayınlatabilirler ve e-mail gönderebilirler. Ve onlar kendi görüşlerini “teklifsiz”, “öfkeli” ve “onur kırıcı” şekilde açıklayabilirler. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270 (1964).

Buna rağmen, buradan, onların özel kişilere karşı yoğun bir kırılma duygusu anında kamusal tartışmaya katkısı olmayan çirkin bir sözlü saldırıya girişerek kasten duygusal acı verebileceği sonucu çıkmaz. Bu gibi bir ezaya karşı korumak için “hepsi olmasa bile çoğu yargı”, kasten duygusal acı verme (veya IIED) haksız fiili için tazmine izin vermektedir. *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U. S. 46, 53 (1988).

Bu, katı ve yerine getirilmesi zor koşullarıyla çok dar bir haksız fiildir. W. Keeton, D. Dobbs, R. Keeton, & D. Owen, *Prosser and Keeton on Law of Torts* §12, p. 61 (5th ed. 1984). Tazminat almak için bir davacı, söz konusu eylemin gerçekten şiddetli bir acıya neden olduğunu göstermek zorundadır. Bkz. *Figueiredo-Torres v. Nickel*, 321 Md. 642, 653, 584 A. 2d 69, 75 (1991) (“İyileştirme tedbirli bir şekilde dağıtılmalı; merhemi gerçekten şiddetli ve iyileştirme etkisinden yoksun yaralara ayrılmalıdır”); *Harris v. Jones*, 281 Md. 560, 571, 380 A. 2d 611, 616 (1977) (üzüntü/acı “ ‘makul bir kişinin dayanamayacağı şiddette’ ” olmalıdır (atıf *Restatement (Second) of Torts* §46, Comment j (1963–1964))).

Davacı aynı zamanda davalının eyleminin, “ ‘ahlaklılığın tüm makul sınırlarını aşma konusunda karakter olarak yeterince şoke edici ve derece itibarıyla yeterince aşırı olduğunu; iğrenç olarak kabul edildiğini ve medeni bir toplumda tam anlamıyla tahammül edilemez nitelikte olduğunu’ ” kanıtlamalıdır. *Id.*, at 567, 380 A. 2d, at 614 (atıf *Restatement (Second) of Torts* §46, Comment d).

IIED haksız fiilinin unsurlarını sağlamak zor olmasına rağmen, davalılar bu sıkı standartların burada yerine getirilmediği hususunda herhangi bir gayret göstermeyi uzun bir zaman önce bıraktılar. Davalılar, temyiz başvurusunda kanıtların yeterliliğine itiraz etmeyi tercih etmemişlerdir. Bkz. 580 F. 3d 206, 216 (CA4 2009). Onlar, Bay Snyder’ın “ağır ve iyileştirilmesi mümkün olmayan acılar çektiğini” tartışmamışlardır. *Figueiredo-Torres, supra*, at 653, 584 A. 2d, at 75. Ne

de kendi açıklamalarının “ ‘ahlaklılığın tüm makul sınırlarını aşma konusunda karakter olarak yeterince şoke edici ve derece itibarıyla yeterince aşırı olduğunu; iğrenç olarak kabul edildiğini ve medeni bir toplumda tam anlamıyla tahammül edilemez nitelikte olduğunu’ ” tartışmışlardır. *Harris, supra*, at 567, 380 A. 2d, at 614. Yerine, onlar *First Amendment*'ın bu tarz bir eylemde bulunmak için kendilerine izin verdiğini ileri sürmüşlerdir. Onlar haksızlar.

## II

Kasten duygusal acı verme fiiline dair bir iddianın, konuşma yoluyla karşılanabileceği gayet bilinmektedir. Nitekim bu haksız fiili tanıyan “emsal karar”lar, konuşmayı içermektedir. *Prosser and Keeton, supra*, §12, at 60 (atıf *Wilkinson v. Downton*, [1897] 2 Q. B. 57); aynı zamanda bkz. *Restatement (Second) of Torts* §46, illustration 1. Ve Mahkeme bu sorunu kararlaştırmamış olmasına rağmen, bence *First Amendment*'ın kasten duygusal acı verme sorumluluğunu konuşma aracılığıyla tamamen dışlamadığı aşikârdır.

Bu Mahkeme, ifadelerin “sırf dile getirilişleri nedeniyle acı verebileceğini” ve “düşüncelerin herhangi bir dışavurumunun önemli bir bölümünü oluşturmayan ve gerçeğe ulaşmada bir adım olarak bu söyleyişlerden elde edilebilecek herhangi bir faydanın düzen ve ahlak açısından toplumsal çıkardan açıkça daha ağır basmadığı ve oldukça az bir sosyal değere sahip olan” söyleyişleri *First Amendment*'ın korumadığını kabul etmiştir. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568, 572 (1942); aynı zamanda bkz. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296, 310 (1940) (“Kişisel taciz (*personal abuse*), Anayasa tarafından korunan bilgi veya düşüncenin herhangi bir uygun iletişim tarzı olamaz”). Burada söz konusu olduğu gibi şiddetli acı bir saldırı yoluyla kasten verildiği zaman, *First Amendment* iyileşmeye (tazminata) engel olmamalıdır.

## III

Bu davada, davalılar, Matthew Snyder'a acımasızca saldırmışlardır ve neredeyse acı vereceği kesin olan bu saldırı, davalıların kamunun dikkatini üzerlerine çekmek için iyi bir şekilde uyguladıkları stratejinin merkezinde bulunuyordu.

Matthew Snyder'ın cenaze töreni sabahında davalılar, protestolarını sergileyebilmek için sayısız lokasyon seçebilirlerdi. Onlar Birleşik Devletler Kongre Binasını, Beyaz Sarayı, Yüksek Mahkemeyi, Pentagonu veya bu ülkede 5600'den fazla sayıdaki askeri karargâhtan herhangi birinde toplanabilirlerdi. Bir gün önce buldukları Maryland Hükümet

Binasına veya Birleşik Devletler Deniz Harp Akademisine geri dönebilirlerdi. Onlar yayalara izin verilen kamuya ait herhangi bir yolu seçebilirlerdi. (Birleşik Devletlerde 4 000 000 milden daha fazla kamuya ait yol bulunmaktadır)<sup>10</sup>. Protestolarını kamuya ait bir parkta gerçekleştirebilirlerdi. (Ülkede 20000'den fazla kamuya ait park bulunmaktadır)<sup>11</sup>. Hiçbir cenaze töreninin gerçekleştirilmediği herhangi bir Katolik Kilisesini seçebilirlerdi. (Birleşik Devletlerde yaklaşık olarak 19000 Katolik Kilisesi bulunmaktadır)<sup>12</sup>. Fakat tabii ki, bu lokasyonlardan herhangi birinde toplanan küçük bir grup muhtemelen gözden kaçacaktı.

Ne var ki Westboro Baptist Tarikatı, bu probleme çare olacak bir strateji akıl etmiştir. Mahkemenin de not ettiği gibi Tarikat üyeleri neredeyse 600 askeri cenazede gösteri düzenlemişlerdir. Aynı zamanda polis memurlarının<sup>13</sup>, itfaiyecilerin<sup>14</sup> ve doğal afet<sup>15</sup>, kaza<sup>16</sup> ve şok edici suç<sup>17</sup> mağdurlarının cenazelerinde toplanmışlardır. Ve bu protestoların öncesinde onlar, kamunun dikkatini çekebilmeyi sağlamak amacıyla basın bildirimleri yayınlamışlardır<sup>18</sup>.

Bu strateji işliyor; çünkü davalıların sözlü saldırılarının ölmüş kişinin ailesini ve arkadaşlarını yaralayacağı umulmakta ve böylece acı içerisinde olan insanların görüntüleri medya tarafından karşı konulamaz bir şekilde çekilmektedir. Cenaze protestosunda daha şoke edici olan şey, Westboro Baptist Tarikatı'nın daha çok kamusallık elde edebilmesidir. Bundan dolayıdır ki Tarikat, Tuscon'da kurşun yağmuru içinde öldürülen 9 yaşında bir kızın cenazesinde toplanma niyetini duyurduğu zaman, -

<sup>10</sup> Bkz. Dept. of Transp., Federal Highway Administration, Highway Statistics 2008, Table HM-12M, <http://www.fhwa.dot.gov/policyinformation/statistics/2008/hm12m.cfm> (bütün internet materyallerine 25 Şubat 2011 tarihinden erişilmiştir ve Mahkeme Katibi'nin dava dosyasından ulaşılabilir).

<sup>11</sup> Bkz. Trust for Public Land, 2010 City Park Facts, [http://www.tpl.org/content\\_documents/CityParkFacts\\_2010.pdf](http://www.tpl.org/content_documents/CityParkFacts_2010.pdf).

<sup>12</sup> Bkz. United States Conference of Catholic Bishops, Catholic Information Project, <http://www.usccb.org/comm/cip.shtml#toc4>.

<sup>13</sup> Bkz. [http://www.godhatesfags.com/fliers/20110124\\_St-Petersburg-FL-Dead-Police.pdf](http://www.godhatesfags.com/fliers/20110124_St-Petersburg-FL-Dead-Police.pdf).

<sup>14</sup> Bkz. [http://www.godhatesfags.com/fliers/20110120\\_Death-Volunteer-Firefighter-Connecting-the-Dots-Baltimore-MD.pdf](http://www.godhatesfags.com/fliers/20110120_Death-Volunteer-Firefighter-Connecting-the-Dots-Baltimore-MD.pdf).

<sup>15</sup> Bkz. [http://www.godhatesfags.com/fliers/20110104\\_Newburg-and-Rolla-MO-Tornado-Connecting-the-Dots.pdf](http://www.godhatesfags.com/fliers/20110104_Newburg-and-Rolla-MO-Tornado-Connecting-the-Dots.pdf).

<sup>16</sup> Bkz. [http://www.godhatesfags.com/fliers/20101218\\_Wichita-KS-Two-Dead-Wichita-Bikers.pdf](http://www.godhatesfags.com/fliers/20101218_Wichita-KS-Two-Dead-Wichita-Bikers.pdf).

<sup>17</sup> Bkz. [http://www.godhatesfags.com/fliers/20110129\\_Tampa-FL-God-Sent-Military-Mom-Shooter-to-Kill-Kids.pdf](http://www.godhatesfags.com/fliers/20110129_Tampa-FL-God-Sent-Military-Mom-Shooter-to-Kill-Kids.pdf).

<sup>18</sup> Bkz. nn. 5-9, supra.

“ölmesinin daha iyi” olduğunu beyan ederek<sup>19</sup>- onların duyuruları ulusal haberlerdeydi<sup>20</sup> ve tarikat, protestosundan vazgeçmesi karşılığında radyoda ücretsiz yayın saati elde etmiştir<sup>21</sup>. Aynı şekilde, tarikat, 2006 yılında silahlı bir deli adam tarafından öldürülen 5 Amish kızının cenazesinde protesto düzenleme tehdidinde bulunmuş ve protestoyu iptal etmesi karşılığında, bir talk radyo şovunda konuşmak için yayın saati elde etmiştir<sup>22</sup>.

Bu davada, davalılar Westboro Baptist Tarikatı'nın kamusal arayışı stratejisini uygulamışlardır. Onların basın açıklamaları, “Onbaşı Matthew A. Snyder'in cenaze töreninde toplanacaklarını” belirtmektedir, çünkü “Tanrı, Onbaşı Snyder'ı öldürmüştür. O şeref değil, utanç içerisinde ölmüştür -Tanrı tarafından lanetlenmiş ibne bir ulus için ... Şimdi o ebediyen cehennemde”. Bu duyuru, Matthew'in cenazesinin gürültülü bir medya olayına dönüştürülebileceğini garantilemiş; ve yaralayıcı süreç başlamıştır. Katılımın, acılı olayın etkisini arttırabileceği herkes tarafından bilinir.

Cenaze töreni günü davalılar, davalarına sadık olarak kendi basın açıklamalarına uygun mesajlar taşıyan dövizlerini afişe etmişlerdir. “Tanrı Senden Nefret Ediyor” ve “Ölü Askerler için Teşekkürler Tanrım” yazılı dövizler, Tanrı'nın Matthew'in günahlarından dolayı onu cezalandırmak için öldürdüğü mesajını sağlamlaştırmaktadır. App. to Brief for Appellants in No. 08–1026 (CA4), pp. 3787, 3788 (bundan sonra App.).

<sup>19</sup> Bkz. [http://www.godhatesfags.com/fliers/20110109\\_AZ-Shooter-Connecting-the-Dots-Day-2.pdf](http://www.godhatesfags.com/fliers/20110109_AZ-Shooter-Connecting-the-Dots-Day-2.pdf).

<sup>20</sup> Bkz., e.g., Stanglin, Anti-Gay Church Group Plans to Picket Tucson Funerals, USA Today, Jan. 10, 2011, <http://content.usatoday.com/communities/ondeadline/post/2011/01/anti-gay-church-group-plans-to-picket-tucson-funerals/1>; Mohanani, Group to Picket 9-Year-Old Tucson Victim's Funeral, Palm Beach Post, Jan. 11, 2011, <http://www.palmbeachpost.com/news/nation/group-to-picket-9-year-old-tucson-victims-1177921.html>; Mehta & Santa Cruz, Tucson Rallies to Protect Girl's Family from Protesters, Los Angeles Times, Jan. 11, 2011, <http://articles.latimes.com/2011/jan/11/nation/la-na-funeral-protest-20110112>; Medrano, Funeral Protest: Arizona Rallies to Foil Westboro Baptist Church, Christian Science Monitor, Jan. 11, 2011, <http://www.csmonitor.com/USA/2011/0111/Funeral-protest-Arizona-rallies-to-foil-Westboro-Baptist-Church>.

<sup>21</sup> Bkz. Santa Cruz & Mehta, Westboro Church Agrees Not to Take Protest to Shooting Victims' Funerals, Los Angeles Times, Jan. 13, 2011, <http://articles.latimes.com/2011/jan/13/nation/la-na-funeral-protest-20110113>; [http://www.godhatesfags.com/fliers/20110112\\_AZ-Shooter-Mike-Gallagher-Radio-Exchange.pdf](http://www.godhatesfags.com/fliers/20110112_AZ-Shooter-Mike-Gallagher-Radio-Exchange.pdf).

<sup>22</sup> Bkz. Steinberg, Air Time Instead of Funeral Protest, N. Y. Times, Oct. 6, 2006, p. A14.

Diğer levhalar ise Matthew’ın “sonsuz dek cehennemde olduğu” mesajını taşıyan “Cehenneme Gideceksin” ve “Kutsal Değil, Sadece Lanetli” ibarelerini göstermektedir. *Id.*, at 3783.

Cenazeye katılanlar, davalıların niyetleri hakkında önceden uyanmamış olsalar dahi bu levhaların anlamı gözden kaçırılmamalıdır. Davalıların eylemlerini sahnelemek için diğer sayısız elverişli yerleri değil de Matthew Snyder’ın cenazesini seçmesi, makul bir insanın pankartlardaki mesajlar ile ölmüş kişi arasında bir bağlantı bulunduğunu farz etmesine yol açar. Ayrıca, olay bir kilise cenazesinde geçtiği için insanların akıllarına doğal olarak ahiret hayatını getirecektir; davalıların pankartlarından bazılarının, -örneğin; “Tanrı Senden Nefret Ediyor”, “Kutsal Değil, Sadece Lanetli” ve “Cehenneme Gideceksin”- Tanrı’nın ölü hakkındaki kararı şeklinde yorumlanması muhtemeldir.

Diğer pankartlardan ise –gerçeğe aykırı bir şekilde- Matthew’ın bir gay olduğunun anlaşılabilmesi gayet doğaldır. Homoseksüellik, pankartların birçoğunun konusunu oluşturmaktaydı. Örneğin burada “Tanrı İbnelerden Nefret Ediyor”, “Daima Sadık İbneler”, “İbneler Milletin Akıbetini Mahvediyorlar”, “İbne Askerler” gibi pankartlar bulunmaktaydı. *Id.*, at 3781–3787. Başka bir pankart ise anal ilişki içerisinde olan iki adamı göstermektedir. Bu pankartları gören makul bir görgü tanığının bu yazıları, ölen kişinin bir homoseksüel olduğu anlamına gelecek şekilde yorumlayabilmesi muhtemeldir.

Cenazeden sonra Westboro eylemcileri kendi protestolarının anlamını teyit etmişlerdir. Eylemciler, “Denizci Piyade Onbaşı Matthew Snyder Yüku. Maryland’de Yaşayan İnsanlara Yardım Etmek İçin Westboro Baptist Tarikatı’nın Ziyareti. Bağlantı Kur” başlıklı online bir mesaj paylaşmışlardır. *Id.*, at 3788<sup>23</sup>. Westboro’nun homoseksüellik, Katolik Kilisesi ve Birleşik Devletler ordusu hakkında basitçe genel

<sup>23</sup> Mahkeme “destan” kelimesini irdelemeyi reddetmiştir çünkü bu durum, Snyder’ın temyiz başvurusunda tartışılmamıştır. *Ante*, at 3, n.1. Buna rağmen destan sözcüğü jürinin, şimdi bu Mahkeme önünde yer eden iddialara sorumluluk yüklemek için irdelediği açık bir kanıt değil, ancak bir parça kanıt oluşturabilir. Protesto ve destan, jürinin kasten duygusal acı verme haksız fiilini oluşturmak için bulunduğu özel bir davranış biçiminin parçalarıdır: “Destan, cenaze töreni protestosunun genel bağlamından ayrılamaz”. Mahkemenin “destan sözcüğü usulen bizim önümüzde değil” şeklindeki tuhaf ısrarı *ante*, at 3, n.1, Mahkemenin kayıtların tamamının bağımsız bir incelemesini gerçekten yapmadığı anlamına gelmektedir *ante*, at 7 (iç atf yerleri belirtilmemiştir). Ve Mahkemenin destan sözcüğünü irdelemeyi reddetmesi, Westboro’nun diğer zaman ve yerlerdeki protesto aktivitelerini dikkate alma istekliliğine tamamen ters düşmektedir *ante*, at 7.

yorumlar yaptıklarına dair ileri sürülen herhangi bir iddiayı yalanlayan “destan” (*epic*), Snyder ailesine doğrudan değinmektedir:

“Tanrı sizi kutsasın Bayan ve Bay Snyder, varlığınız ile birlikte ve onun adı Matthew’di. O, sadağınızdaki oklardan birisiydi. Çocuğunuzun size vereceği huzur için Tanrıya teşekkürler; siz, onun Efendisi Tanrısına hizmet eden bir çocuk olarak hazırlanması GÖREV’ine sahiptir. Ancak siz tam tersini yaptınız. Onu şeytan için büyüttünüz..

“Albert ve Julie, bu vücudu mahvetti ve Matthew’e Yaratıcısına isyan etmeyi, boşanmayı ve zina yapmayı öğretmişlerdir. Onlar, Matthew’e bütün dünyanın tarih sahnesindeki en büyük pedofili makinesi olan Roma Katolik canavarını nasıl destekleyeceğini öğretmişlerdir. Onların Roma Katolik canavarına verdikleri her bir on sent, kendi ruhlarını mahkûm etmiştir. Onlar aynı zamanda şeytani Katolikliği destekleyerek Matthew’e bir putperest olmayı öğretmişlerdir.

“Bunların hepsinden sonra onlar Matthew’i, şeytan ile beraber adım atmaya, habis ve günahkâr bir yaşam tarzına kilitlenmiş pislik bir ülke olan Gey (*Sodom*) Birleşik Devletleri için savaşmaya göndermişlerdir; onu, Tanrı’nın hedefine yerleştirmek ne çılgınca bir şey. O, burun deliklerinden dumanlar çıkarmakta ve ağzından alevler püskürtmektedir! Ne aptalca bir şey değil mi?” *Id.*, at 3791.

Bu kanıtlar ışığında kamusal sorunları ilgilendiren yorumların ötesine geçen davalıların, özellikle Matthew Snyder’a saldırdıkları fazlasıyla açıktır; çünkü o bir Katolikti ve Birleşik Devletler ordusu üyesiydi. Hem Matthew hem de davacı özel şahıslardı<sup>24</sup> ve bu saldırı kamuyu ilgilendiren sorunlar üzerinde bir açıklama değildi. Katolik kilisesi veya Birleşik Devletler ordusu üzerindeki yorumlar, kamusal konular üzerindeki ifadeleri oluşturmasına rağmen Matthew Snyder’ın tamamen özel eylemleri ile ilgili açıklamalar, kamusal beyanat oluşturmaz.

HAKİM BREYER, *First Amendment*’ın sözlü bir saldırı için tazminata izin vereceği bir davaya olası bir analogi hazırlamıştır:

“A’nın B’ye fiziksel olarak saldırıda bulunduğunu farz edin ve saldırının (haber olma değerinde) A’ya, kamu ile ilgili konular üzerindeki görüşlerini kamuya aktarma fırsatı sağlayabileceğini bilin. Anayasal olarak korunan amacın doğası, A’nın hukuka aykırı, korunmadan yoksun

<sup>24</sup> Bkz. 533 F. Supp. 2d 567, 577 (Md. 2008).

araçlarını kapsamayacaktır. Ve bazı durumlarda bir araç olarak belirli kelimelerin kullanılması benzer şekilde korumasız kalacaktır ” *Ante*, at 1 (farklı gerekçeyle katılma yazısı).

Bu anoloji, davalıların bu davada ne yaptığını yansıtmaktadır. Gerçekten bu, onların giderek büyüyen masum kurbanlar listesi üzerinde şiddetli ve kalıcı duygusal acılar bırakan rutin olarak kullandıkları -ve kullanmaya da devam edeceklerdir- stratejisidir.

#### IV

Mahkeme, davalıların açıklamalarının özellikle üç gerekçe bakımından *First Amendment* tarafından korunduğuna hükmetmiştir; fakat hiçbiri mantıklı değildir.

İlk ve en önemlisi, Mahkeme, gösterinin genel tepkisinin ve baskın konusunun geniş kamusal sorunlara değindiğine karar vermiştir. *Ante*, at 8. Göstermeye çalıştığım gibi bu portre oldukça yanlıştır; davalıların Matthew’e saldırıları merkezi önemdeydi. Fakat ne olursa olsun, dava edilebilir açıklamaların sırf korumaya sahip açıklamaların arasına serpiştirilmesi dolayısıyla neden muaf tutulması gerektiğini anlamış değilim. *First Amendment*, kamusal sorunlar ile ilgili konular hakkında aşağılayıcı nitelikte olmayan açıklamaların arasına serpiştirilmiş aşağılayıcı nitelikte olan ifadeler için tazminata izin vermektedir ve bu maddenin neden davalıların Matthew Snyder ve ailesine yönelik saldırısına farklı şekilde uygulanması gerektiğine yönelik sağlam bir gerekçe bulunmamaktadır.

İkincisi, Mahkeme, davalıların Matthew Snyder’a yönelik kişisel saldırılarının *First Amendment* tarafından korunduğunu çünkü bu saldırıda özel bir kinle hareket edilmediğini düşünmektedir, bkz. *ante*, at 9, fakat Mahkemenin böyle tuhaf bir ayırım içine girmesinde herhangi bir temel görmüyorum. Davalıların görüşlerinin kamusalığını arttırma güdüsü, özel bir şahsa saldıran ifadelerini kamuyu ilgilendiren sorunlar hakkındaki bir tartışmaya katkı oluşturacak açıklamalara dönüştürmez. Ne de kamusalılık arama güdüsü, saldırılarının verdiği acıları hafifletebilir. Ve kusurluluk derecesi bakımından birisi, kişisel bir düşmanlığın sicağıyla dile getirilen yaralayıcı ifadelerin, kamunun dikkatini çekmenin bir aracı olarak üçüncü bir kişiyi ağır bir şekilde eleştirmek için sakın ve hesaplanmış bir stratejinin parçası olarak yapılan benzer açıklamalardan daha az kusurlu olduğunu pekâlâ düşünebilir.

Üçüncüsü, Mahkeme, davalıların protestolarının kamuya ait bir caddede gerçekleşmesini önemli bulmuştur; fakat bu olgu tek başına, IIED (kasten duygusal acı verme) sorumluluğuna hükmetmeyi olanak dışı



bırakmaya yeterli değildir. Şüphesiz kamuya ait bir cadde üzerinde yapılan açıklamalar, IIED haksız fiilinin unsurlarını karşılama hususunda özel bir mülkiyet üzerinde yapılan açıklamalardan daha az mümkün olabilir; fakat neden cenaze törenine yakın bir yerde bulunan kamuya ait bir caddenin, sorumluluktan korunan başka dava konusu edilebilir sözlü saldırılar için serbest atış bölgesi olarak kabul edilmesi gerektiğine dair tek bir sebep bulunmamaktadır. Eğer *First Amendment*, Devletlere bu tarz saldırıların verdiği zarardan kendi bölgesinde yaşayanları korumaya izin veriyorsa -ve Mahkeme başka türlü karar vermiyorsa- o halde haksız fiilin yeri belirleyici olmamalıdır. Bir fiziksel saldırı başkasının yerine izinsiz girme eylemi olmadan gerçekleşebilir; failin “orada bulunmaya hakkı” olduğu şeklinde bir savunma olamaz. Bkz. *ante*, at 11. Ve aynı şey, korumadan yoksun açıklamalar için de kabul edilmelidir. Ne “kavgacı sözler” ne de aşağılayıcı ifadeler kamusal bir mekânda gerçekleştiği için sorumluluktan muaf tutulamaz ve Matthew Snyder gibi özel bir şahsın tavır veya karakteri üzerindeki sözel bir saldırıyı farklı bir şekilde ele almak için sağlam bir sebep yoktur.

Mahkemenin kararı hakkındaki son yorum, hukuk düzeni ile ilgilidir. Mahkeme, cenaze töreninde çirkin sözlü saldırıların yol açtığı yaraların, cenazeye belirli bir uzaklık içerisinde eylem yapmayı sınırlandıran gelecekteki yeni yasalarla önlenebileceğini veya hiç değilse etkisi hafifletilebileceğini belirtmektedir. Bkz. *ante*, at 10-11. Bununla birlikte, bu kanunların kabulünün yerleşik IIED sorumluluğu tarafından sağlanan korumanın yerine geçmediği açıktır; Mahkemeye göre, bu davada dilekçe sahibini şiddetli bir şekilde yaralayan sözlü saldırılar, cenaze töreni protestolarını düzenleyen yeni Maryland kanunu ile uyumludur. Bkz. *ante*, at 11, n.5. Ve kongre veya devlet yasama meclislerinin, bu kanunların yasalaşmasında, yerleşik hale gelmiş IIED haksız fiilinin sağladığı korumayı yerinden etmeyi niyet ettiklerini iddia etmek kesinlikle mümkün değildir.

Bu yeni kanunların gerçek anlamı, IIED koruması ihtiyacını ortadan kaldırmak değildir. Aksine, onların kanunlaşması, cenaze törenlerinin duygusal saldırılara karşı özel korunmasının düzene bağlandığı eşsiz hadiseler olduğu temel noktasını çarpıcı bir şekilde tasvir etmektedir. Cenaze törenlerinde matemli akrabaların duygusal sükûneti özellikle hassas olmaktadır. Bkz. *National Archives and Records Admin. v. Favish*, 541 U. S. 157, 168 (2004). Kamunun dikkatini çekmek amacıyla cenaze töreninin kötüye kullanılması, “...onların üzüntülerini izinsiz bir şekilde tecavüz eder” (*ibid.*), ve sevilen birisinin gömülmesinden önce

yakınlarının son anlardaki hatıralarını kalıcı bir şekilde lekeleyebilir. Aile üyelerine tacizsiz birkaç saatlik sukunet vermek kamusal tartışmayı baltalamaz. Dolayısıyla, bu durumda *First Amendment*'ın özel bir konuya ilişkin açıklamanın sebep olduğu kasten duygusal acı verme için özel bir şahsın tazminatına izin verdiğine karar veriyorum.

## V

Dilekçe sahibinin lehinde olan Bölge Mahkemesinin kararını bozan Temyiz Mahkemesi, bu Mahkemenin kararında veya farklı gerekçelerle katılma yazısında tartışılmayan çeşitli gerekçelere dayanmıştır. Şimdi bu konulara kısaca dönmek istiyorum.

İlk olarak Temyiz Mahkemesi, Bölge Mahkemesinin davalıların açıklamalarının “özellikle Snyder ailesine yöneltilip yöneltilmediğinin” belirlenmesini jüriye bırakmasında hataya düştüğüne karar vermiştir. 580 F. 3d, at 221. Temyiz Mahkemesinin, bunun duruşma hâkiminin tek başına halletmesi gereken bir sorun olduğunu veya sorunu jüriye göndermeden önce hâkimin bir ön karar (*preliminary ruling*) almak zorunda olduğunu düşünüp düşünmediği belirgin değildir. Bununla birlikte, her iki durumda da, bu sorunun jüriye karar verilmesi için sunulması bozulması gereken bir hata değildir, çünkü yukarıda açıklandığı gibi davalıların ifadeleri Snyder ailesini hedef almıştır.

İkincisi, Temyiz Mahkemesi, duruşma hâkiminin davalıların ifadelerinin “ ‘*First Amendment* korumasının hak sahibi kılmadığı saldırgan ve şok edici’ ” nitelikte olup olmadığına karar vermeyi jüriye bırakarak yanlış yola saptığına hükmetmiştir. *Ibid.* Aynı zamanda bu emir, davalılara bir zarar vermemiştir. Çünkü onların açıklamaları kamusal sorunları ilgilendiren bir konu ile ilgili değildir; dava konusu açıklamalar *First Amendment* yoluyla sorumluluktan korunamaz ve jürinin tek meselesi, IIED haksız fiilinin unsurlarının karşılanıp karşılanmadığıdır.

Üçüncüsü, Temyiz Mahkemesi, *First Amendment*'ın bir kişi hakkındaki olguları ifade etme şeklinde makulce yorumlanamayacak açıklamalar için IIED şikayetçisinin iyileştirilmesine izin vermediğine hükmetmiş gibi gözükmektedir. Bkz. *id.*, at 222. Bu sonuca ulaşırken Temyiz Mahkemesi, davalarımızın ikisine -*Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U. S. 1 (1990), ve *Hustler*, 485 U. S. 46- dayanmaktadır, fakat ikisi de Temyiz Mahkemesinin kabul ettiği geniş planı desteklememektedir.

*Milkovich* bir aşağılama davasıydı ve yalancılık aşağılamanın bir unsuru idi. *Milkovich* davasında herhangi bir şey, *First Amendment*'ın bu

aşağılama unsurunu, IIED haksız fiilinin üstüne çıkartmayı gerektirdiğini ima bile etmemektedir.

*Hustler* bir IIED talebi içermektedir, fakat burada davacı bir kamusal şahıstır ve Mahkeme, kararının aynı zamanda özel şahsı içeren davalarda da uygulanabileceğini belirtmemiştir. Ne de Mahkeme, kararının IIED davalarının tüm tiplerini kapsayan durumlarda uygulanabileceğini iddia etmiştir. Aksine, karar “burada söz konusu olan yayınlar gibi” yani bir magazin dergisindeki bir karikatür ile sınırlandırılmıştır. 485 U.S., at 56. Kamusal şahsa ait bir karikatür, haksız çıkarılabileceği olgular olarak makulce yorumlanmadığı sürece bu karikatür, incinebilir özel bir şahıs hakkında kişisel bir sözlü saldırı olarak acı verme hususunda aynı etkiye sahip değildir.

Bu Mahkemenin kararına veya Temyiz Mahkemesinin dayandığı diğer gerekçelere katılmadığım için aşağıdaki kararı bozmak ve davanın tekrar incelenmesi için kararı veren mahkemeye gönderilmesini (*remand for further proceedings*) isterdim<sup>25</sup>.

## VI

Davalıların acımasız eylemleri davacı nezdinde ağır yaralar açmıştır ve şimdi Mahkeme, onun maruz kaldığı haksızlığı kabul eden bir kararı davacıdan esirgerek acısını şiddetlendirmektedir.

Kamusal sorunların açıkça ve güçlü bir şekilde tartışılabileceği bir topluma sahip olmak için davacı gibi masum kurbanlara gaddarca davranılmasını hoş görmek gerekli değildir. Bu sebeple muhalif kaldığımı arz ediyorum.

<sup>25</sup> Mahkeme, davacıların mahremiyet alanının ihlali (*intrusion upon seclusion*) iddiaları ile ilgili olarak Dördüncü Dairenin değinmediği bir gerekçe üzerine Dördüncü Dairenin kararını kabul etmektedir. Bu konuyu karara bağlamak için ele almak istemezdim; bunun yerine geri gönderme hakkında karar vermek için konuyu Dördüncü Daireye bıraktım. Aynı şekilde *civil conspiracy* iddiası hakkındaki hükmün, IIED ve mahremiyet alanının ihlali iddialarının nihai düzeni dikkate alınarak yaşayıp yaşamayacağına karar vermek için Dördüncü Daireye geri gönderme üzerinde izin vermek isterdim.



# **Karar İncelemesi**



# TÜRK MARKALARININ AVRUPA BİRLİĞİ MARKASI OLARAK TESCİL EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI – ŞENPİLİÇ MARKASI ÖZELİNDE BİR İNCELEME

## RESULTS OF FAILURE TO REGISTER TURKISH TRADEMARKS AS EUROPEAN UNION TRADEMARKS – AN ANALYSIS BASED ON ŞENPİLİÇ TRADEMARK

DOI: 10.21492/inuhfd.427640

Özge ÖZSOY\*

### Özet

Avrupa Birliği üye devletlerinin tümünde tek ve yeknesak bir sınai mülkiyet hakkı olarak geçerli olan Avrupa Birliği Markası için tüm gerçek ve tüzel kişiler başvuruda bulunma hakkına sahip olmasına rağmen, ünlü bazı Türk markaları Avrupa Birliği pazarında faaliyet göstermeye karar verdikleri anda Avrupa Birliği Markası başvurusu yapmak konusunda ihmalkar davranmaktadır. Bu durum, son olarak Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.’nin, şekil markası olan Şenpiliç markasını Avrupa Birliği Markası olarak tescil ettirmiş olan ve Avusturya’da ikamet eden Türk kökenli kişilere karşı hükümsüzlük talebinde bulunmasına neden olmuştur. Hükümsüzlük talebi, Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 55/1/b’te düzenlenen marka sahibinin başvuru anındaki kötü niyetine dayanmıştır. Söz konusu madde, Türk hukukunda Sınai Mülkiyet Kanunu m. 155’e karşılık gelmektedir. Bahsedilen uyumsuzluk, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.’nin Türkiye’deki tanınırlığı sayesinde, ihtilafli Avrupa Birliği Markası’nın hükümsüz kılınması ile sonuçlanmıştır. Ancak, yine de diğer Türk markaları için örnek oluşturmali ve daha fazla Türk marka sahibi, Avrupa Birliği Markası tescil ettirmek için başvuruda bulunmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa Birliği Markası, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, Şenpiliç, markanın hükümsüzlüğü, marka sahibinin kötü niyeti

### Abstract

Although all real and legal persons are entitled to file an application for a European Union Trademark, which is applicable as a unitary and uniform industrial property right in all of the European Union Member States, some prestigious Turkish companies act negligently to file an application for a European Union Trademark at the time when they decide to operate in the European Union market. This fact has recently caused Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. to file a request for a declaration of invalidity against those of Turkish origin resident in Austria who registered “Şenpiliç” trademark, a figurative trademark, as a European Union Trademark. The request for a declaration of invalidity was based on bad faith of the trademark proprietor at the time of application, which is regulated in Article 55(1)(b) of the Regulation on European Union Trademark. The Article in question is equivalent to Article 155 of the Industrial Property Code in Turkish law. The

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. (E-mail.akin.ozge@ieu.edu.tr)

Makale Gönderilme Tarihi: 28.05.2018

Makale Kabul Tarihi: 26.06.2018

aforementioned dispute resulted in the declaration of invalidity for the European Union Trademark, thanks to reputation of Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. in Turkey. Nevertheless, this case should set a good example for the other Turkish trademarks and more Turkish companies should file an application for a European Union Trademark.

**Keywords:** European Union Trademark, European Union Intellectual Property Office, Şenpiliç, invalidity of trademark, bad faith of trademark proprietor

## GİRİŞ

Diğer fikri ve sınai mülkiyet haklarında olduğu gibi, bir teşebbüsün mallarını ve hizmetlerini farklı teşebbüslerin mallarından ve hizmetlerinden ayırt eden marka da sadece tescil edildiği ülke için ve o ülkenin hukuk düzenine göre koruma sağlar. Buna markanın ülkeselliği ilkesi denir. Avrupa Birliği'nde ise, uyumlaştırma yapan 89/104 sayılı Marka Direktifi'nin markanın ülkeselliği ilkesini tamamen bertaraf edememesi nedeniyle ilk defa 1994'te Topluluk Markası Tüzüğü kabul edilmiştir. Bu Tüzük son olarak 2017'de değişikliğe uğramış olup, Topluluk Markası da artık Avrupa Birliği Markası olarak anılmaktadır.<sup>1</sup> Bir Konsey Tüzüğü'nden<sup>2</sup> kaynaklanan Avrupa Birliği Markası, yeknesak bir sınai mülkiyet türü olması nedeniyle, günümüze kadar kabul edilmiş tüm uluslararası sözleşmeleri aşarak üniter etkisiyle dikkat çekmektedir. Böylece, tek dil kullanılarak, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (eski adıyla İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi) olarak anılan tek merkezden yapılan tek başvuru ile Üye Devletlerin tümünde geçerli olan tek bir hak elde edilmektedir.<sup>3</sup> Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 5'e göre, gerçek kişiler veya kamu hukuku çerçevesinde kurulmuş merciler dâhil tüm tüzel kişiler Avrupa Birliği Markası sahibi olabilirler. Görüldüğü üzere, gerçek ve tüzel kişiler bakımından hiçbir sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle, Türk vatandaşları ile Türkiye'de ikametgâhı veya merkezi veya faal bir ticarî işletmesi bulunan gerçek ve tüzel kişiler, Avrupa Birliği Markası başvurusunda bulunabilirler. Buna dayanarak Avrupa Birliği Markası sahibi olan birçok Türk markası da söz konusudur. Yine de, bu konuda bazı Türk marka sahiplerinin, Avrupa Birliği pazarında faaliyet göstermelerine rağmen bir Avrupa Birliği Markası başvurusunda

---

<sup>1</sup> HOLAİ, Mark / COLLIS, Patricia: The European Union Trade Mark: A Practical Guide, Globe Law and Business Ltd., Surrey 2016, s. 52.

<sup>2</sup> 14.06.2017 tarihli, (AB) 2017/1001 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü, Official Journal of the European Union, L 154, 16.06.2017 ("Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark).

<sup>3</sup> AKIN, Özge: "Avrupa Birliği, Topluluk Markalarına Reform Getirebildi mi?", Legal Hukuk Dergisi, 14(162), 2016, s. 3033-3043.



bulunmadıkları gözlemlenmektedir. Bu çalışma, Avrupa Birliği Markası başvurusunda bulunmayan bir Türk şirketi olan Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin Avrupa Birliği'nde markasının yaşadığı süreci ortaya koymak amacıyla gütmemektedir. Bu nedenle, öncelikle Avrupa Birliği Markalarının merkezi tescil ofisi olan Avrupa Fikri Mülkiyet Ofisi'nin İptal Birimi nezdindeki hükümsüzlük işlemleri detaylı olarak incelenecek, daha sonra İptal Birimlerinin kararlarını inceleyen Temyiz Kurulu'nun kararı irdelenecek ve son olarak bu kararlar ile ilgili bir yorumda bulunulacaktır.

### 1. 000006999C SAYILI VE 24 EKİM 2013 TARİHLİ HÜKÜMSÜZLÜK İŞLEMLERİ<sup>4</sup>

16 Şubat 2010'da yapılan bir başvuru ile, Viyana'da ikamet eden Erol Görgülü ve Ergün Kuzugüdenli adlı kişiler, şekil markası Şenpiliç'i 29., 31. ve 43. sınıflar için Avrupa Birliği Markası olarak tescil ettirmek istemişlerdir. Bu başvuru, 88/2010 sayılı ve 17 Mayıs 2010 tarihli Avrupa Birliği Markası Bülteni'nde yayımlanmış ve söz konusu marka 13 Ekim 2011'de 008757098 tescil sayısı ile Avrupa Birliği Markası olarak tescil edilmiştir. 6 Eylül 2013'te ise, İstanbul merkezli Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., söz konusu Avrupa Birliği Markası'na karşı Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi nezdinde hükümsüzlük talebinde bulunmuştur.

Bu iki marka ve tescilli olduğu mal sınıfları aşağıda gösterilmiştir:



Türk markası  
Mal sınıfları: 29



Avrupa Birliği Markası  
cMal sınıfları: 29, 31, 43

Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., Avrupa Birliği Markası sahiplerinin Avrupa Birliği markası başvurusunda bulunma anındaki kötü niyetini iddia ederek, Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 59/1/b'deki<sup>5</sup> mutlak

<sup>4</sup> <https://euipo.europa.eu> (erişim tarihi: 20 Mayıs 2018).

<sup>5</sup> Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 59/1/b'e göre, Avrupa Birliği Markası başvurusu kötü niyetle yapılmışsa, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'ne başvuru üzerine veya tecavüz davasındaki bir karşı davaya dayanarak Avrupa Birliği Markası hükümsüz kılınacaktır. Bu madde ve ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZSOY, Özge: "Why is a Specialised Court Necessary for the EU Trademarks? Suggestion for a New Court in the EU Judicial System" in Baykal, Sanem / Göçmen, İlke (ed.), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı 25. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi, Ankara 2017, s. 313.

hükümsüzlük nedenini ileri sürmüştür. Söz konusu talep, Avrupa Birliği Markası'nın kapsadığı tüm mallara yöneltilmiştir. Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. Şenpiliç şekil markasının 29. sınıf malları için 4 Temmuz 2007'de başvurusu yapılan ve 5 Mayıs 2008'de tescil edilen, 2007/36733 sayılı Türk marka tescili şeklinde tanımlanabilecek bir önceki hakka dayanmıştır. Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin iddialarına göre; her ikisi de Türk vatandaşı olan Avrupa Birliği Markası sahipleri, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. ve Şenpiliç markası Türk nüfusu tarafından tanınmış olmasına rağmen, dürüst olmayan niyet içeren bir haksız uygulama ile marka başvurusunda bulunmuştur. Avrupa Birliği Markası başvurusundan yaklaşık bir yıl önce, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., Avrupa Birliği'ne kümes hayvanı ürünleri ihraç etmek için izin almış ve bu pazara açılımını ilan etmiştir. Dolayısıyla, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., Avrupa Birliği Markası sahiplerinin Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin ününden haksız üstünlük elde ettiğini ve onun Avrupa Birliği'nde markasından yararlanmasına engel olduğunu, bu nedenle kabul edilebilir ticarî davranış standartlarını karşılamadığını ileri sürmüştür. Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., Türkiye'deki tanınırlığını ve itibarını, sayısal gerçeklerle de desteklemiştir. Buna göre, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.; Türkiye'deki ve Avrupa'daki en büyük kümes hayvanı üreticilerinden biridir, 1978'de kurulmasından beri 30 yılı aşkın bir süredir Türk pazarında mevcut olmuştur, 130.000.000€'nun üzerinde satışı ile gıda sanayiindeki büyük Türk şirketlerinden biridir, 2009 yılında net tavuk eti satışı 190.000.000€'yu aşmıştır. Söz konusu şirket, aslında markasını sadece Türkiye'de tescil ettirmekle kalmamıştır. Avrupa Birliği pazarındaki ilerlemesini göz önüne alarak, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., Türkiye'nin de taraf olduğu Madrid Protokolü'ne dayalı olarak, Avrupa Birliği'ni *belirlenen âkit taraf* olarak seçtiği, 1/056/315 sayılı ve 23 Temmuz 2010 tarihli bir Uluslararası Tescil başvurusu yapmıştır ve bu marka hala tescillidir. Şirket, bununla yetinmemiş; ayrıca, 17 Ağustos 2010'da Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 8/4'e<sup>6</sup> dayanarak, tescil başvurusu yapılmış söz konusu Avrupa Birliği Markası'na karşı bir itiraz başvurusunda bulunmuştur. Ancak, bu itiraz, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin o tarih itibariyle Avrupa Birliği'nde markasını kullanmaya ilişkin

<sup>6</sup> Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 8/4, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 8/3'te de aynı şekilde düzenlenen nişpi ret nedenlerinden biridir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 8/3 uyarınca, tescil ilkesinin istisnası olarak, marka hakkı, tescil olmaksızın ilk kullanım yoluyla da elde edilebilir ve korunabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SULUK, Cahit / KARASU, Rauf / NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 195-197; ÇAĞLAR, Hayrettin / YILDIZ, Burçak / İMİROĞLU, Dilek: Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s. 54-55.

yetersiz delil olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu nedenlerle, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., Avrupa Birliği Markası'nın marka sahipleri tarafından bizzat tasarlanmış olmasının imkansız olduğunu, daha ziyade marka sahiplerinin önceki Türk markası olan Şenpiliç markasının görünüşünü kasıtlı olarak kopyaladığını iddia etmiştir.

İddialarını birçok somut yazılı delillerle ve reklamların yer aldığı CD'lerle destekleyen Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. karşısında, Avrupa Birliği Markası sahipleri ise bunlara cevaben sadece üç iddiada bulunur. Bunlardan ilki, markanın Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'ye Avrupa Birliği'nden ziyade sadece Türkiye'de tescilli olduğu iddiasıdır. Ayrıca, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin neden markasını Avrupa Birliği'nde tescil ettirmediğini sorgular ve Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin rakip olan ama aynı pazarda olmayan Avrupa Birliği Markası sahiplerine engel olmaya çalıştığını ileri sürerler. Son olarak, Avrupa Birliği Markası sahipleri, iki markanın mallarından bazılarındaki farklılıklara değinerek, pazarların farklı olduğu iddiasında bulunur.

24 Ekim 2013 tarihinde, bu iddialara karşılık olarak, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi, ihtilaf konusu yapılan Avrupa Birliği Markası'nı bütünüyle hükümsüz kılan ve Avrupa Birliği Markası sahiplerinin ücretleri ve masrafları ödemesine emreden bir karar kabul etmiştir.

Söz konusu karar, ilk olarak Avrupa Birliği Markası sahiplerinin kötü niyeti olup olmadığını değerlendirmiştir. Buna ilişkin olarak, öncelikle Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin, 4 Temmuz 2007'de başvurusu yapıldığı için Avrupa Birliği Markası'ndan daha erken tarihli bir tescilli Türk markasına sahip olduğu belirtilmiştir. Tescilli markaların ve malların karşılaştırılması sonucunda, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin iddiasının aksine Avrupa Birliği Markası'nın mallarının Şenpiliç markasının mallarını kapsadığı ve iki işaretin kelime unsurunda olduğu gibi – her ne kadar ifade edilme şekli farklı olsa da – tavuk resminde de örtüştüğü vurgulanmıştır. İşaretlerin örtüşmesi durumu, kelime unsurundan ve tavuk resminden ibaret değildir. Bu işaretler, beyaz yazılı kırmızı renkte uzun altıgen kutu bakımından da örtüşmektedir. Böylece, karara göre, işaretlerin oldukça benzer olduğu ve önceki markanın mallarının Avrupa Birliği Markasının mallarında tamamen yer aldığı sonucuna varılabilir. Yukarıda görüleceği üzere, Avrupa Birliği Markası sahipleri, malların farklı olduğunu ve bu nedenle pazarların örtüşmediğini iddia etmişlerdir. Ancak, kararda bu iddia kabul görmemiştir, zira önceki markanın tescilli olduğu malların tümü Avrupa Birliği Markası'nda

tamamen yer almaktadır ve diğer farklı malların ve hizmetlerin arasında bile yer almaları yeterlidir.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi, ikinci olarak diğerlerinin haklarının kötüye kullanılması hususunu değerlendirmiştir. Karar, bu konuda Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin markasını tescil ettirmeden yıllarca tescilsiz olarak kullanmasının tanınmışlığı yönünden önemine değinmiştir. Tescil tarihi Avrupa Birliği Markası'nın tescil tarihinden daha önce olan tescilli bir Türk markası yanında, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin tescilsiz markası bundan oldukça daha uzun bir süredir kullanılmaktadır. Bu konuda sunduğu delillerle, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., markasını uzun bir süredir ve yüksek bir ticaret hacmi ile kullandığını göstermiş ve şirketin 30 yılı aşkın bir süredir var olduğunu ileri sürmüştür. Sunulan deliller, en azından 2005'te Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin sektördeki beş lider şirketten biri olduğunu ortaya koymuştur. Ayrıca, aynı yılda Capital dergisinde yayımlanan "Targeting the Champions League" adlı makalede, Avrupa Birliği pazarına yapılacak tahmini hamleden bahsedilir. Karara göre, net tavuk satışlarını ve reklam harcamasını gösteren tablo, 2006-2009 yıllarından itibaren oldukça önemli satışların yapıldığını ve markayı tanıtmak için çaba sarf edildiğini açıkça ispatlamaktadır. Radyo ve televizyondaki reklamlar da 2009 yılında gerçekleştirilen büyük televizyon kanallarındaki hatırı sayılır pazarlama çabalarını gösterir. 2009 tarihinde Dora Araştırma Şirketi tarafından yürütülen pazar çalışması, röportaj yapılan kişilerin %95'i tarafından en çok tanınan marka olarak nitelendirilen, Türkiye'de tescilli Şenpiliç markasının tanınmışlığını ispatlar niteliktedir. Bu araştırma sayesinde en azından 2009 itibarıyla markanın Türk pazarında güçlü konumda olduğu ve ilgili tüketiciler tarafından yaygın olarak tanındığı tespit edilebilir, böylece markanın bir süredir pazarda olduğu sonucuna varılabilir. Bu sonuçlar göz önüne alınarak, kararın altını çizdiği üzere, önceki markanın kullanımı ne kadar uzun süredir devam ediyorsa, Avrupa Birliği Markası başvurusunu yapma zamanında Avrupa Birliği Markası sahiplerinin bundan haberdar olması o kadar olasıdır. Karar uyarınca, aynı ekonomik sektörde uzun süreli kullanım nedeniyle, Avrupa Birliği Markası başvurusunu yapma zamanında Avrupa Birliği Markası sahipleri, Şenpiliç markasının kullanımını ve Avrupa Birliği Markası ile karıştırılma ihtimali olabileceğini bilmeliydi. Ancak, Avrupa Birliği içtihat hukukunda belirtildiği üzere,<sup>7</sup> Avrupa Birliği Markası sahiplerinin, hükümsüzlük

---

<sup>7</sup> Bkz. C-529/07, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH [2009] ECR I-4893, para. 40.

başvurusu sahiplerinin bir karıştırılma ihtimalinin ortaya çıkabileceği aynı veya benzer mallara ilişkin bir aynı/benzer işareti kullanmakta olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği gerçeği, kötü niyetin ispatı için yeterli değildir. Kötü niyetin olup olmadığını belirleyebilmek için, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin başvuru zamanındaki niyetleri de dikkate alınmalıdır. Kararda işaret edildiği üzere, markanın yüksek farkındalığının ve uzun süreli kullanımının ötesinde, deliller, Avrupa Birliği Markası sahiplerinden birinin Türk vatandaşı ve diğerinin en azından Türk asıllı olduğunu gösterir. İptal Birimi, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin yukarıda belirtilen iddialarındaki ifadelerinden, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin sadece Türkiye'deki kullanımdan haberdar olmayıp Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin Avrupa Birliği pazarında faaliyet gösteremediğini de düşündüğü sonucunu çıkarmıştır. Karar, kötü niyet göstergesinin var olma şartlarını şöyle belirlemiştir: Eğer Avrupa Birliği Markası sahipleri karışıklık yaratacak derecede benzeyen veya aynı mallara ve hizmetlere ilişkin olarak üçüncü bir kişinin markasıyla aynı veya benzer olan bir marka için başvuruda bulunurlarsa, önceki hak bir derecede hukuken korunuyorsa ve Avrupa Birliği Markası sahiplerinin tek amacı önceki işareten istifade ederek haksızca rekabet etmek ise, bu durumda bir kötü niyet göstergesi var olabilir. Ayrıca, kötü niyetin çeşitli şekillerde gerçekleşebileceği belirtilerek, ahlaksızlık derecesi anlamına gelmek zorunda olmadığına işaret edilmiştir. Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu'nun *Gerson* kararında<sup>8</sup> da belirtildiği üzere, Avrupa Birliği Markası başvuru sahibi, ahlaki ve hukuki olarak bu şekilde davranmaya hakkı olduğuna inansa dahi, Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 52/1/b anlamında kötü niyetli davranabilir.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi, yukarıdaki gerçekleri göz önüne alarak Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin önceki hakkının kötüye kullanılmasına ilişkin olarak şu sonuçlara varmıştır: İlk olarak, markalar, karışıklık yaratacak derecede benzerdir ve Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin markasının koruduğu mallar, Avrupa Birliği Markası'nın kapsadığı mallara dahildir. Bunun yanında, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., uzun bir süredir bu mallara ilişkin markasını kullanmış ve itibar kazanmıştır. Buna karşın, Avrupa Birliği Markası sahiplerinden biri Türk kökenli, biri Türk vatandaşı olup bu kişiler Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin markasını ve pazardaki varlığını biliyorlardı. Avrupa Birliği Markası

<sup>8</sup> Gerson Markası (R 916/2004-1), OHIM Birinci Temyiz Kurulu, 4 Haziran 2009, para. 53.

başvurusu zamanında, Avrupa Birliği Markası sahipleri, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin sadece Türk pazarında faaliyet gösterebildiği düşüncesindeydi. Böylece, *Gerson* davası ile aynı doğrultuda, Avrupa Birliği Markası sahipleri, marka başvurusunda bulunarak istedikleri gibi davranmaya hakları olduğunu düşünmüşlerdir. Son olarak, Avrupa Komisyonu'nun Avrupa Birliği pazarına girme iznine ilişkin bilgiler, Avrupa Birliği Markası başvurusu yapılmasından önce yoğun olarak halka duyurulmuştur. Dolayısıyla, yine aynı sektörde çalışmaktan dolayı, Avrupa Birliği Markası sahipleri, rakibinin hareketlerinden haberdar olabildi.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi, kötü niyetin ispat yükünün Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'ye ait olmasına rağmen, bunun öznel bir öge içerdiğini yineler ve bu itibarla nesnel durumların somut bir kötü niyet sonucuna yol açmasının yeterli olduğunu belirtir. Böylece, Avrupa Birliği Markası başvurusunu yaparak ve markayı tescil ettirerek, Avrupa Birliği Markası sahipleri, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin Avrupa Birliği pazarına açılımındaki yoluna etkin şekilde bir engel koymuştur. Bu durum, karara göre, söz konusu şirketin Avrupa Birliği Markası başvurusu yapılmadan önce yıllarca icra ettiği ticari faaliyetlerini yürütmesine etkin şekilde engel olabilir. Bu nedenle, karar; delillerin ve olayların ortaya koyduğu nesnel şartların bir kötü niyet sonucuna yol açtığı sonucuna varır. Ayrıca, Avrupa Birliği Markası sahipleri, İptal Birimi'nin farklı bir sonuca varmasını sağlayacak veya kendilerinin lehine meşru beklentileri açıklayabilecek iddialar veya deliller sunmamışlardır. Burada sadece, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin marka üzerindeki meşru haklarını bildiği ve marka başvurusunda bulunarak ve markayı tescil ettirerek Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin marka haklarını etkin şekilde gasp ettiği tespit edilebilir.

## **2. CASE R2553/2013-2 SAYILI ve 23 OCAK 2015 TARİHLİ AVRUPA BİRLİĞİ FİKRİ MÜLKİYET OFİSİ TEMYİZ KURULU KARARI<sup>9</sup>**

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi'nin bu hükümsüzlük kararından sonra, 17 Aralık 2013 tarihinde, Avrupa Birliği Markası sahipleri, karara karşı Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu nezdinde bir temyiz başvurusunda bulunmuşlardır ve hükümsüzlük kararına cevaben temyiz başvurusunda üç tane iddiada bulunmuşlardır. İlk olarak, niyetlerinin Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin Avrupa Birliği pazarına açılım yoluna engel koymak olmadığını, Şenpiliç

<sup>9</sup> <https://euipo.europa.eu> (erişim tarihi: 20 Mayıs 2018).

Gıda Sanayi A.Ş.'nin bu pazara girmek isteyeceğini bile tahmin etmediklerini, bu şirketin Türkiye'deki bilinirliğine karşın hiçbir zaman Avrupa Birliği'nin ekonomik hayatının bir parçası olmadığını ifade etmişlerdir. İkinci olarak, hem markaların tescil edildiği malların farklı olduğunu, hem de her iki markada resmedilen tavukların tamamen farklı olduğuna dayanarak markaların karışıklık yaratacak derecede benzer olmadığını ileri sürmüşlerdir. Üçüncü olarak, İptal Birimi'nin kötü niyetin varlığı ile ilgili kararını eleştirerek, kötü niyeti varsaymak için dahi somut bir temelin olmadığını iddia etmişlerdir.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi'nin kararına katılan Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. ise, temyiz dilekçesine cevaben, tavuk resimlerinin ifade edilmesinde yer alan farkın markalar arasındaki genel benzerliği ortadan kaldırmak için açıkça yetersiz olduğunu savunmuştur. Markaların tescil edildiği mallara ilişkin olarak, Türkiye'de tescilli Şenpiliç markasının mallarının Avrupa Birliği Markası'nın 29. sınıf mallarına dahil olduğunu ileri sürmüştür. Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'ye göre, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin Türkiye'de tescilli Şenpiliç markasını bilmeleri, kendilerinin Avrupa Birliği Markası için başvuruda buldukları zaman dürüstlüğe aykırı davrandıkları sonucuna varmayı sağlayan öğelerden sadece biri olup tek etmen değildir. Son olarak, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin Avrupa Birliği'ne açılma planı hakkında gerçek bir bilgiye sahip olmadığı varsayılsa bile, bunun hiçbir şekilde dürüstlüğe aykırı davranmadıkları anlamına gelmeyeceği iddia edilmiştir.

İlk olarak Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 52/1/b'ye değinen Temyiz Kurulu, söz konusu madde uyarınca, Avrupa Birliği Markası sahibi başvuruyu yaptığı zaman kötü niyetli hareket etmişse, Avrupa Birliği Markası'nın hükümsüz kılınması gerektiğini belirtmiştir. Temyiz Kurulu, kötü niyet teriminin tanımı konusunda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Lindt Goldhase* kararındaki Hukuk Sözcüsü'nün görüşüne<sup>10</sup> atıf yaparak, kötü niyet teriminin herhangi bir kesin hukuki tanımı olmadığını vurgulamıştır. Zira, Hukuk Sözcüsü'nün söz konusu görüşüne göre, kötü niyet, başvurunun aslında bulunan kusur olarak görünür ve kötü niyet, etik davranışın veya dürüst ticari uygulamaların kabul edilen

<sup>10</sup> Hukuk Sözcüsü'nün Görüşü, C-529/07, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH* [2009] ECR I-4893, para. 35, 36.

ilkelerinden ayrılan davranışı içerir.<sup>11</sup> Kötü niyetin tespit şartları bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Lindt Goldhase* kararına atıfta bulunan Temyiz Kurulu, kötü niyet sonucunun çıktığı iddia edilen gerçeklere ilişkin ispat yükünün Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'ye ait olduğunu ve bunun iyi niyetin varsayılması gerektiğine ilişkin genel ilke ile uyumlu olduğunu belirtmiştir.

Temyiz Kurulu, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin ve İptal Birimi kararının neden Avrupa Birliği Markası'nın Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 52/1/b'ye dayanarak hükümsüz kılınması gerektiğine dair ikna edici iddialarda buldukları görüşünde olmuştur. İlk olarak, Temyiz Kurulu, işaretlerin kelime bakımından aynı olduklarına ve tavuğun ifade edilmesi farklı olsa da her ikisinin de aynı yerde bir tavuk resmine sahip olduğuna ilişkin olarak, İptal Birimi'nin kararına katılmıştır. Ayrıca, işaretlerin hemen hemen aynı şekildeki beyaz yazılı, kırmızı renkte, uzun altıgen kutu bakımından da örtüştüğünü vurgulamıştır. Burada, İptal Birimi kararından farklı olarak, beyaz yazıların da aynı olduğunu eklemiştir. Böylece, Temyiz Kurulu da İptal Birimi gibi, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin markaların farklı olduğu iddiasının uygun bulunamayacağı, aksine işaretlerin oldukça benzer olduğu sonucuna varmıştır. *Lindt Goldhase*<sup>12</sup> kararına Avrupa Birliği Markası sahiplerinin tescil başvurusu yapmadaki tek niyetinin haksız rekabet olduğu konusunda atıfta bulunan Temyiz Kurulu, İptal Birimi kararında doğru olarak belirtildiği üzere, kötü niyetin birçok şekilde olabileceğini belirtmiştir. Hatta, kötü niyet, herhangi bir ahlaksızlık derecesi olarak anlaşılacak zorunda değildir<sup>13</sup>.

Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin haklarının kötüye kullanılmasına ilişkin olarak da tamamen İptal Birimi kararına katılan Temyiz Kurulu, aynı ekonomik sektörde uzun süreli kullanımdan dolayı Avrupa Birliği Markası sahiplerinin Şenpiliç markasının kullanımını, itibarını ve karıştırılma ihtimali olabileceğini bilmesi gerektiğini doğrulamıştır.

Temyiz Kurulu'na göre, iki marka renk, görünüş, metin ve harflerin şekli bakımından o kadar fazla örtüşüyor ki, bu kadar benzer görünmeleri

<sup>11</sup> Hukuk Sözcüsü'nün Görüşü, C-529/07, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH [2009] ECR I-4893, para. 41, 60.

<sup>12</sup> C-529/07, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH [2009] ECR I-4893, para. 37, 39, 41, 42.

<sup>13</sup> Gerson Markası (R 916/2004-1), OHIM Birinci Temyiz Kurulu, 4 Haziran 2009, para. 53.



neredeyse hiç tesadüf değildir.<sup>14</sup> Temyiz Kurulu, tek dikkati çeken farkın aynı konumda yer alan tavuk resminde olduğuna ve Avrupa Birliği Markası'ndaki resmin muhtemelen bir tavuğun kafasının daha karikatüre benzer ifadesi olduğuna dikkat çekmiştir. Delillerin Avrupa Birliği Markası sahiplerinden birinin Türk vatandaşı ve diğerinin en azından Türk kökenli olduğunu gösterdiğini belirten Temyiz Kurulu, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'ye ilişkin iddialarından, bu kişilerin Türkiye'deki kullanımdan haberdar olması yanında Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin Avrupa Birliği pazarında faaliyet göstermediğini de dikkate aldığı yorumunu çıkarmıştır.

Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. tarafından neden 23 Temmuz 2010'dan daha önce bir Avrupa Birliği Markası başvurusu yapılmadığına dair hiçbir açıklama yapılmadığını doğrulayan Temyiz Kurulu, kural olarak bir markanın sadece tescil edildiği ülkelerde korunduğu ve aksi taktirde ulusal hukuka dayanan koruma tanındığına da işaret etmiştir. Ancak, burada bir farklılık olduğuna değinmiştir. Zira, özellikle 2009'daki çeşitli makalelerin kanıtladığı üzere, mevcut olayda, Avrupa Komisyonu'nun Avrupa Birliği pazarına girmeleri için Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'ye ve diğer şirketlere verdiği izne ilişkin bilgi, Avrupa Birliği Markası başvurusu yapılmadan önce yoğun şekilde halka duyurulmuştur. Dolayısıyla, aynı sektörde çalışan Avrupa Birliği Markası sahipleri, rakiplerinin hareketlerinden haberdar olmalıydı ve Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin yakın gelecekte Avrupa Birliği Markası başvurusu yapması da oldukça olasıydı. Sonuç olarak, Temyiz Kurulu, Avrupa Birliği Markası sahiplerinin marka başvurusu yaparak Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin yoluna engel koyduğuna ilişkin olarak İptal Birimi'nin yerinde bir tespit yaptığını vurgulamış ve kötü niyetin var olduğu sonucuna varmıştır.

Avrupa Birliği Markası sahiplerinin markaların tescilli olduğu malların farklı olduğuna ve böylece pazarların örtüşmediğine dair iddiasına ilişkin olarak, Temyiz Kurulu, İptal Birimi kararını tekrarlamıştır. Buna ek olarak, kötü niyetin tescil başvurusu yapıldığı andaki varlığının bizzatihi söz konusu markanın tümüyle geçersizliğini gerektirdiğini<sup>15</sup> vurgulamıştır.

Diğer yönlerden de İptal Birimi kararının gerekçesine ve sonuçlarına tamamen katılan Temyiz Kurulu, yukarıdaki nedenlerle,

<sup>14</sup> Doggis (Şekil Markası) (R 1824/2013-1), OHIM Birinci Temyiz Kurulu, 13 Mart 2014, para. 41.

<sup>15</sup> T-321/10, S.A.PAR Srl v. OHIM [2013] ECR II-0000, para. 48.

Avrupa Birliği Markası sahiplerinin markanın tescili için başvuruda bulunma anında kötü niyetli hareket ettiği sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak, Temyiz Kurulu, temyiz başvurusunun reddedilmesi gerektiğine, Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. tarafından ileri sürülen Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 52/1/b'ye dayanan hükümsüzlük gerekçesinin kabul edilmesi gerektiğine ve 8/7577098 sayılı Avrupa Birliği Markası'nın hükümsüz kılınması gerektiğine karar verir.

### 3. DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere, bu marka hükümsüzlüğü uyuşmazlığında, hem Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş. hem de Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi ve Temyiz Kurulu, Avrupa Birliği Markası Tüzüğü m. 59/1/b'ye dayanmışlardır. Kötü niyetin tescilli ve tescilsiz haklar çatışmasına etkisi ile ilgili söz konusu madde, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 155'e karşılık gelmektedir. Mülga 556 sayılı Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin mehazı olan Topluluk Markası Tüzüğü'nde bu mutlak hükümsüzlük nedeni açıkça düzenlenmesine karşın, söz konusu nedene mülga 556 sayılı Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de yer verilmemiştir. Ancak, bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.07.2008 tarihli kararı<sup>16</sup> ile kötü niyetle yapılan başvurunun da hükümsüzlük nedeni sayılacağını belirterek, kötü niyetli başvurunun hükümsüzlüğe yol açması, doktrinde ve uygulamada kabul edilir hale gelmiştir.<sup>17</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu uygulaması bakımından da burada en önemli husus, kötü niyetin varlığını tespit olacaktır. Kötü niyeti ispat yükünün her ne kadar hükümsüzlük başvurusunda bulunana ait olduğunu belirten Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu, delillerin ve olayların ortaya koyduğu nesnel hal ve şartlar kötü niyetin olduğunu açıkça ispatlayabiliyorsa, bu durumda kötü niyetin var olduğu sonucuna ulaşılacağını vurgular. Dolayısıyla, burada deliller önemli rol oynayacaktır. Örneğin, bir bilginin halka açıklandığına dair makaleler ve gazete yazıları, en önemli delillerden biridir. Nitekim bu olayda Avrupa Komisyonu'nun ihracat iznine ilişkin bilginin halka duyurulması, Temyiz Kurulu'nun kötü niyet olduğuna dair sonuca varmasında etkili olmuştur.

<sup>16</sup> YHGK, 16.07.2008, E. 11-501/2008, K. 507/2008.

<sup>17</sup> ALICA, Türkay: "6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Önceki Tarihli Hakların Etkisi", in ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal (ed.), 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2017, s. 696-710.

## SONUÇ

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Birimi nezdinde hükümsüzlük başvurusunda bulunmak zorunda kalan Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., İptal Birimi ve Temyiz Kurulu kararlarında da sayılarla açıkça belirtildiği üzere, yıllardır Türkiye'nin en büyük kümes hayvanı üreticilerinden ve en büyük gıda şirketlerinden biridir. Ayrıca, söz konusu şirket, 2005'ten beri Avrupa Birliği pazarında da faaliyet göstermektedir. Ancak, maalesef bu büyük Türk şirketi, Avrupa Komisyonu'ndan mallarını ihraç etmek için izin aldığı anda Avrupa Birliği Markası tescil ettirmek konusunda ihmalkâr davranmıştır. Hatta bu durum, markasını taklit eden ve Avrupa Birliği Markası sahipleri olan Avusturya'daki Türk kökenli kişilerin iddialarında ve Temyiz Kurulu'nun kararında da belirtilmiştir. Buna rağmen Türkiye'deki tanınmışlığı sayesinde Avusturya'daki Avrupa Birliği Markası'nın hükümsüz kılınmasını sağlayabilen Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş., eğer markasını Avrupa Birliği Markası olarak tescil ettirmek konusunda erken davranmış olsaydı, belki de Avrupa Birliği'nde bu tür bir uyuşmazlıkla karşılaşmayacaktı. Şenpiliç Gıda Sanayi A.Ş.'nin yaşadığı bu zorluk, diğer tüm Türk şirketleri için örnek teşkil etmeli ve onların da Avrupa Birliği Markası başvurusunda bulunmaları için bir teşvik nedeni olmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akın Özge, “Avrupa Birliği, Topluluk Markalarına Reform Getirebildi mi?”, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul 2016, 14(162), s. 3033-3058.
- Alica Türkay, “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Önceki Tarihli Hakların Etkisi”, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Ed. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s. 673-734.
- C-529/07, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH [2009] ECR I-4893.
- Çağlar Hayrettin, Yıldız Burçak, İmroğlu Dilek, Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, Adalet, Ankara 2017.
- Doggis (Şekil Markası) (R 1824/2013-1), OHIM Birinci Temyiz Kurulu, 13 Mart 2014.
- Gerson Markası. (R 916/2004-1), OHIM Birinci Temyiz Kurulu, 4 Haziran 2009).
- Holah Mark, Collis Patricia, The European Union Trade Mark: A Practical Guide, Globe Law and Business Ltd., Surrey 2016.
- Hukuk Sözcüsü'nün Görüşü, C-529/07, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG v. Franz Hauswirth GmbH [2009] ECR I-4893.
- Özsoy Özge, “Why is a Specialised Court Necessary for the EU Trademarks? Suggestion for a New Court in the EU Judicial System”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası

Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı 25. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi, Ankara 2017, s. 307-336.  
Suluk Cahit, Karasu Rauf, Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin, Ankara 2017, s. 195-197  
T-321/10, S.A.PAR Srl v. OHIM [2013] ECR II-0000.  
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 16.07.2008, E. 11-501/2008, K. 507/2008.