

ISSN: 2667-5668

e-ISSN: 2667-6117



ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

Cilt: 1

Sayı: 1

Haziran-2019

Vol.: 1

No.: 1

June-2019

ADALET YAYINEVİ

Ankara - 2019

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(ASBUHFD)

ISSN: 2667-5668

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 1 Sayı: 1

Vol.: 1 No.: 1

Haziran-2019

June-2019

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 **Fax:** +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

YAYINA HAZIRLAYAN

Adalet Yayınevi

Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara

Tel: (0312) 231 17 00 Fax: (0312) 231 17 10

www.adalet.com.tr

Baskı

Ay-bay Kırtasiye İnş. Gıda Paz. ve Tic. Ltd. Şti.

Sertifika No: 33365

Tel: (0 312) 472 58 55 - Ankara

Basım Tarihi:

Temmuz, 2019

İmtiyaz Sahibi**Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı****Prof. Dr. Bülent KENT****Sorumlu Müdür****Memiş OKUYUCU** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülte Sekreteri**Editör****Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Kurulu**Doç. Dr. Erdal YERDELEN**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Talat KAYA

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Hakan KOÇAK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Hayrunnisa ALTIN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Hasan Utku ŞATIROĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Fatih DÜĞMECİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu**Prof. Dr. Bülent KENT**

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Rauf KARASU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf AKSAR

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

Sayfa Düzeni

1. Sayfa boyutu: A4
2. Kenar boşlukları: 4 taraftan 2,5 cm

Başlangıç

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği,
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III...** Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C...** Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3...** Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c...** Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii...* Normal, İlk harfler büyük, İtalik
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

➤ **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz.

<http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14834>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.

2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

- "and" yerine "ve"
- "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
- "Anonymous" yerine "Anonim"
- birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
- "see" yerine "bkz."
- "in" yerine "iç."
- "accessed" yerine "erişim tarihi"
- "trans." yerine "çev."
- "edited by" yerine "editör"
- "translated by" yerine "çeviren"
- "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
- "PhD diss." yerine "doktora tezi"
- "thesis" yerine "tez"
- "last modified" yerine "son değiştirilme"
- "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
- Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
- Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
- Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." İfadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekse kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekse onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.

4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:

- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematik kullanılması gerekir.

| | |
|--|--------|
| Anayasa Mahkemesi | AYM |
| Bireysel Başvuru | BB |
| Bölge Adliye Mahkemesi | BAM |
| Ceza Dairesi | CD |
| Ceza Genel Kurulu | CGK |
| Daire | D |
| Danıştay | Dan. |
| Esas | E. |
| Hukuk Bölümü | HukukB |
| Hukuk Dairesi | HD |
| Hukuk Genel Kurulu | HGK |
| İçtihadı Birleştirme Kurulu | İBK |
| İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu | İBK |
| İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı | İDDK |
| Karar | K. |
| Uyuşmazlık Mahkemesi | UM |
| Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı | VDDK |
| Yargıtay | Yar. |

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019, (<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM**Page Layout**

1. Size: A4
2. Margins: 2,5 cm from all sizes

Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital

Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:
First level: Numbering style: I, II, III... Title: bold and capital letter.
Second level: Numbering style: A, B, C... Title: bold and first letter capital.
Third level: Numbering style: 1, 2, 3... Title: bold and first letter capital.
Fourth level: Numbering style: a, b, c... Title: bold and first letter capital.
Fifth level: Numbering style: i, ii, iii... Title: italic and first letter capital.
3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing

Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.
➤ False: ... given1. True: ... given.1

Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly writing form rules of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14834>

Spelling and Footnotes Rules

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
2. "The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

DEKANIN MESAJI

ASBÜ Hukuk Fakültesi birinci sınıf öğrencileri, ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kurularak demokrasinin temellerinin atıldığı, Türkiye Cumhuriyeti'nin inşa edildiği ilk kamu binalarında 2019-2020 döneminde öğrenime başlamaktadır. ASBÜ Hukuk Fakültesi olarak akademik kadromuz, eğitim ve idari binalarımız ile yeni eğitim-öğretim yılına hazırlanmaktayız. Bunun yanında bilim dünyasına katkı sunmak, bilişim hukuku alanındaki çalışmalarını ve bu alandaki yenilikleri teşvik ederek gündeme taşımak amacıyla Fakültemiz bünyesinde Bilişim Hukuku Dergisi (BHD) ve Hukuk Fakültesi Dergisi (ASBÜHFD) Haziran 2019 sayıları ile yayın hayatına başlamaktadır.

Günümüz dünyasını bilgi çağı olarak ifade etmenin de yeterli kalmadığı bir dönemi yaşamaktayız. Bilgiye sahip olmanın ulusal ve uluslararası alanda en önemli özellik olduğunun farkındayız. Hukukun kamu ve özel ayırımının artık işlevsel olmadığı ortaya çıkmıştır. Gelişen dünyada her bilim dalında olduğu gibi hukukta da özel alanların öne çıkarılması elzem olmuştur. Bilişim Hukuku, yeni bir hukuk alanıdır. Hukukun birçok alanını ilgilendiren bu hukuk dalı, bir devlet üniversitesinde ilk kez ASBÜ Hukuk Fakültesi bünyesinde "Bilişim ve Teknoloji Hukuku Ana Bilim Dalı" olarak kurulmuştur.

Hukuk fakültelerinin dünyayı tanıyan ve ilerde çalışacakları alanı bilen iyi hukukçular yetiştirmek görevi yanında hukuk bilimine katkı sunmak ve dünya ve Türkiye'deki gelişmeleri takip ederek değerlendirmek misyonu da bulunmaktadır. Türkiye'nin ilerde hukuk ihraç edecek bir ülke olmasının yolunun, dünya hukukunu doğru takip etmesinden geçtiğini biliyoruz. Bu amaçla Hukuk Fakültesi Dergisi yayınlamanın da gerekliliğine inanıyoruz.

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (ASBÜHFD) yayınlanmasında yazıları ile katkı ve destek sunan bilim insanlarına, derginin idari ve bilimsel alt yapısının hazırlanmasında fedakârlık gösteren editör ve editörler kuruluna, makalelerin değerlendirilmesinde emek veren danışma ve hakem kurulumuza, derginin dizgiye hazırlanması ve yayınlanmasını üstlenen Adalet Yayınevi sahibi ve çalışanlarına teşekkür ederim.

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALE BÖLÜMÜ

| | |
|---|------------|
| ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİĞİ | 3 |
| Validity of Asymmetric Arbitration Agreements | 3 |
| TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU İLE GETİRİLEN AYRIMCILIK YASAĞI İSTİSNALARININ İŞ HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ ÜZERİNE GENEL BİR DEĞERLENDİRME..... | 67 |
| A General Assessment of the View of Business Law of No-Discrimination Exceptions with the Effect of Turkey's Human Rights and Gender Equality Authority Act | 67 |
| AYNI HAKLARIN TEMİNAT İŞLEVİ..... | 109 |
| Security Function of Real Rights | 109 |
| HEKİMİN GERÇEK VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEYEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU..... | 135 |
| Legal Liability of the Physician Stemming from Agency without Authority | 135 |

ÇEVİRİ BÖLÜMÜ

| | |
|---|------------|
| NEFRET SÖYLEMİ VE POLİTİK DOĞRU ÜZERİNE: KUZEY DAKOTA HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRENCİLERİNE ELEŞTİRİLER | 171 |
| “On Hate Speech and the Politically Correct: Comments to Students at the University of North Dakota School of Law” | 171 |

MAKALE BÖLÜMÜ

Makalelerin yayım sırası yazarların ad-soyadlarının alfabetik sıralaması esas alınarak hazırlanmıştır.

ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİĞİ

Validity of Asymmetric Arbitration Agreements

Ayşegül POLAT*

Öz

Hukukumuzda tahkim uygulaması özellikle son yıllarda dikkat çekici şekilde artış göstermiştir. Bu durum pek çok açıdan yeni tartışmaları gündeme getirmiştir. Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği meselesi de işte bu tartışma konularından birisidir. Türk Hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerini doğrudan yasaklayan bir hüküm mevcut değildir; fakat bu durum bu kayıtların her zaman geçerli kabul edileceği sonucunu doğurmaz.

Bu çalışmanın ilk kısmında genel hatlarıyla asimetrik tahkim sözleşmesi ve farklı hukuk sistemlerinin bu sözleşmelere yaklaşımı üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ise, asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği eşitlik ilkesi ve hak arama hürriyeti bağlamında inceleme konusu yapılacaktır. Daha sonra bugün için Türk hukuku bakımından asimetrik tahkimin tek kanuni örneği olduğunu tespit edilen sigorta tahkimindeki asimetrik tahkim şartının geçerliliği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Sigorta Tahkimi, Asimetrik Tahkim, Hak Arama Hürriyeti, Eşitlik İlkesi, Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması, Yatay Uygulanabilirlik.

* Araştırma Görevlisi, ASBÜ Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku, aysegul.can@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3919-6747.

Makale Gönderim Tarihi: 28.06.2019.

Makale Kabul Tarihi: 18.07.2019.

Abstract

In Turkish law, practice of arbitration has remarkably increased, especially in recent years. This progress of arbitration under Turkish law has inevitably led to new debates. The issue of validity of asymmetric arbitration agreements is one topic of these debates. Currently, there is no rule under Turkish law directly prohibiting asymmetric arbitration agreements. However, this does not necessarily mean that these clauses will always be considered valid.

In the first part of this study, asymmetric arbitration agreement and the approach of different legal systems to these agreements are discussed. In the second part, the validity of asymmetric arbitration agreements is examined within the context of the principles of equality and freedom to claim rights. Finally, the validity of the asymmetric arbitration clause in insurance arbitration, which is determined to be the only example of asymmetric arbitration in terms of Turkish legal regulations, is evaluated.

Keywords: Arbitration, Insurance Arbitration, Asymmetric Arbitration, Freedom to Claim Rights, Principle of Equality, Restriction of Fundamental Rights and Liberties, Horizontal Applicability.

KISALTMALAR CETVELİ

| | |
|----------------|---|
| AGBG | : Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen |
| AİHM | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AİHS | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AY | : Anayasa |
| BATİDER | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BGB | : Bürgerliches Gesetzbuch |
| b. n. | : başvuru numarası |
| dn. | : Dipnot |
| HMK | : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| İÜHFİM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| Jahrg. | : Jahrgang |
| KİBB | : Kazancı İçtihat Bilgi Bankası |
| m. | : Madde |
| MİHDER | : Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi |
| Nr. | : Nummer |
| SK | : 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu |
| TAAD | : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi |
| TBB | : Türkiye Barolar Birliği |
| TBK | : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| TMK | : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu |
| TURKS | : Türk Kurtarma Sözleşmesi |
| UTTDER | : Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi |
| Vol. | : Volume |

GİRİŞ

Anayasanın 9. maddesinde ifade edildiği üzere “*Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*” Bu madde devletin egemenlik hakları içerisinde yer alan yargı yetkisinin hakemler eliyle kullanıldığı tahkimin uyuşmazlığın mahkemede görülmesi kuralına bir istisna teşkil ettiğini göstermektedir. Oysaki tahkim; insanların toplu halde yaşamaya başlamalarıyla birlikte kendi aralarında uyuşmazlık çözümünde kullandıkları, resmi yargılama kurumlarının oluşumundan da önceye dayanan oldukça eski kökenli bir kurumdur.¹ Uyuşmazlıkların çözümünün asli mekanizma olan devlet yargılaması yerine, hakem olarak adlandırılan bağımsız ve tarafsız kişilerce yerine getirilmesini öngören tahkimden beklenen, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması ve tahkim yargılaması süresince dengenin taraflardan herhangi biri lehine bozulmamasıdır. Bir sözleşmede karşılıklılık ilkesi uyarınca tarafların edimleri arasındaki dengenin gözetilmesi ve taraflar arası eşitliğin mümkün mertebe korunması son derece önemlidir.

İşte bu çalışmanın konusu bir sözleşmede taraflar arasındaki eşitliğin herhangi bir şekilde bozulduğu asimetrik olarak adlandırılan sözleşmelerin tahkimde ne şekilde karşımıza çıkabileceği ve bu tarz sözleşmelerin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından geçerliliği meselesidir. Bu makale kapsamında asimetri kavramının bir matematik terimi olmadığını ve taraflar arasındaki dengenin bozulmasını ifade etmek için kullanıldığını belirtmekte fayda bulunmaktadır. Bununla birlikte çalışmanın konusunu sınırlandırabilmek adına bu çalışmada tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkabilecek eşitsizliklerin kapsam dışında olduğunu ifade etmek gerekir. Bilakis burada, tahkim iradesinin ortaya koyulduğu tahkim sözleşmesinde/şartında yahut kanun

¹ Mustafa Yıldırım, *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim* (İzmir: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, 2002), 32; Tahkimin kökenlerinin ne kadar eskiye dayandığının belli olmadığı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Earl S. Wolaver, “The Historical Background of Commercial Arbitration,” *University of Pennsylvania Law Review* 83, no.2 (1934): 132.

hükmüyle tahkim yolunun kabul edildiği hallerde tarafların tahkime başvurabilme imkânları açısından ortaya çıkan eşitsizlikler incelenmeye çalışılacaktır.

I. ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Tahkim, kanunun yasaklamadığı konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir sözleşme veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kişiler aracılığıyla çözümlenmesidir.² Tahkim sözleşmesinin geçerliliği bakımından yapılacak bir değerlendirmede, söz konusu sözleşmenin kanunda yer alan tanımdaki şartları taşıyıp taşımadığı dikkate alınacağından bu konuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412. maddesinde yer alan tahkim sözleşmesi tanımına bakılmalıdır.³ İlgili maddeye göre tahkim sözleşmesi, "tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma" dır. Ancak, Karadaş'ın da ifade ettiği gibi bu madde tahkime elverişlilik⁴ kavramını kapsamadığından eksik bir tanımlamadır.⁵

² Rasih Yeğencil, *Tahkim (L'arbitrage)* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974), 94. Benzer tanımlar için bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt. 6 (İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001), 5875; Âlim Taşkın, *Hakem Sözleşmesi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), 8; İzzet Karadaş, *Ulusal (İç) Tahkim* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 45; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 1185; Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2593; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 780.

³ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 93-94; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 60.

⁴ Tahkime elverişlilik, tarafların tahkim sözleşmesine yansıtabilecekleri iradenin yani irade serbestisinin hukuk tarafından çizilen sınırını ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Afşın İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 221ff.

⁵ Karadaş, *Ulusal*, 44-45.

Kural olarak tahkim sözleşmesinin, tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması esası (karşılıklılık ilkesi- *mutuality doctrine*) üzerine kurulan yani tarafları için simetrik olan bir sözleşme olduğu ifade edilir.⁶ Bir başka deyişle; tahkim sözleşmelerinde hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların taraflar arasında herhangi bir ayırım, üstünlük veya öncelik gözetilmeksizin tahkime havale edilebilmesi esastır.⁷ Eşitlik, nefaset, adalet gibi kavramları akla getiren karşılıklılık, kulağa epey sempatik gelen bir ifade olmasına karşın; simetri adaletli olmak değildir. Ayrıca yükümlülüklerin karşılıklı olması da büyük ölçüde gözden düşmüş, önemini yitirmiş bir kavram olarak ifade edilir.⁸ İşte, taraflar arasında olması beklenen bu simetriyi bir kanun hükmü ya da taraf iradesiyle (yani sözleşmede yer alacak bir hükümle) bozan sözleşmeler asimetric/ tek taraflı olarak ifade edilir.

Bir sözleşmede hak ve yükümlülüklerin dağılımındaki dengesizlik genellikle söz konusu hukuki ilişkide taraflar arasındaki dengesizlikten kaynaklanır.⁹ Özellikle taraflardan birinin tüketici olduğu ilişkilerde, kira ilişkilerinde, işçi-işveren ilişkilerinde ve bankalarla ilişkilerde taraflar arasındaki güç dengesi daha en başından taraflardan biri (genellikle satıcı/kiralayan/işveren/banka) lehine bozulmuş durumdadır. Taraflar arasındaki dengeyi ekonomik olarak da-

⁶ Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (İstanbul: Beta, 2013), 83.

⁷ Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 632; Emre Esen, "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2010): 145.

⁸ Joseph M. Perijlo/ Helen Hadjiyannikas Bender, *Corbin on Contracts*, rev. ed. 1995, § 6.1 (Naklen Christopher R. Drahozal, "Nonmutual Agreements To Arbitrate," *The Journal of Corporation Law* 27, (Summer 2002): 537.

⁹ Deyan Draguiev, "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability," *Journal of International Arbitration* 31, no. 1 (2014): 21; İurii Ustinov, "Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity," (Master's Thesis, Tilburg University), 9; Judita Perényiová, "Unilateral Option Clauses in Commercial Arbitration," (LL.M. Short Thesis, Central European University, 2014), 6.

ha güçlü olan taraf lehine bozan sözleşmeler ya da şartlar ortaya çıkardığı asimetri sebebiyle tartışmaya açık bir konudur. Asimetrik tahkim sözleşmelerinin veya şartlarının geçerliliği de bu bağlamda tartışmalı bir meseledir. Şüphesiz ki bir sözleşme kurulurken, özellikle ticari nitelikteyse edimler arası dengenin tam manasıyla sağlanması her zaman mümkün değildir. Bu sebeple eşit olmayan hak ve yükümlülüklerle rağmen, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmedikçe sözleşmenin kendiliğinden geçersiz olduğu da düşünülmemelidir.¹⁰

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin uygulamada en sık karşılaşılan örnekleri taraflardan birinin hakem seçme hakkı varken diğerine bu imkânın verilmemesi veya tahkime başvurma hakkının sadece bir tarafa tanınıp diğer tarafa tahkim yolunun kapatılması şeklindedir. Tahkime başvurabilme imkânı bakımından karşımıza çıkabilecek ilk ihtimal; uyuşmazlık halinde taraflardan birinin (A) tahkim yahut mahkemeye başvurma bakımından bir seçme hakkına sahip olmasına karşın; diğer tarafın (B) sadece mahkemeye başvurma hakkının olmasıdır.¹¹ Bu durumda eğer (B) mahkemeye başvurursa, (A)'nın tahkim şartını ileri sürebilme ve yargılamanın hakemlerce görülmesini sağlama ihtimali olacaktır. Ancak süreci başlatan taraf (A) olursa onun seçtiği yola karşı (B)'nin yapabileceği bir şey olmayacaktır. İkinci ihtimal ise; bir tarafın (A) tahkime veya mahkemeye başvurma konusunda seçim hakkı olmasına rağmen, diğer tarafın (B) sadece tahkime başvurma imkânının olmasıdır.¹² Bu durumda da (A) uyuşmazlığın çözümü için hangi yolu tercih ederse (B) buna uymak zorunda olacak.

Şüphesiz ki asimetrik tahkim örnekleri bunlarla sınırlı tutulamaz. Kanaatimizce taraflar arası eşitliğin taraf iradesiyle yahut kanun hükmü ile bozulduğu her tahkim sözleşmenin asimetrik kabul edilmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Burada asıl mesele sözleşme ser-

¹⁰ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 33.

¹¹ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 24-25; Ustinov, "Legal Validity," 11; Perényiová, "Commercial Arbitration," 8.

¹² Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 25; Ustinov, "Legal Validity," 11; Perényiová, "Commercial Arbitration," 7.

bestisinin sınırı ve dolayısıyla hangi hallerde asimetrik tahkim sözleşmesinin geçerli hangi hallerde ise geçersiz olacağı noktasındadır.

B. Asimetrik Tahkim Sözleşmelerinin Geçerliliği Meselesi

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği meselesi 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren pek çok ülkede tartışma konusu haline gelmiştir. Bu sözleşmeleri baştan itibaren geçersiz saymak çoğu ülkenin tercih ettiği bir yaklaşım olmamış; istikrarsız tutumlar olmakla beraber genel eğilim bu sözleşmeleri kabul etmekten yana olmuştur.¹³

1. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminin Yaklaşımı

Asimetrik tahkim sözleşmeleri İngiliz ve Amerikan mahkemele-ri tarafından çokça tartışılmış ve bu konuda farklı pek çok karar ortaya çıkmıştır. Ancak, yeni eğilimin irade özerkliğinin ön plana çıkarılarak asimetrik tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmekten yana olduğu söylenebilir.

İngiliz Temyiz Mahkemesi 1947 yılında verdiği bir kararda tüketiciye tahkime başvurma imkânı verirken depo sahibine bu yolu kapatan sözleşmede, genel olarak tahkim şartına bağlanan nitelikten mahrum bırakmaya yönelik eşit olmayan bir hüküm olmadığı gerekçesiyle asimetrik tahkim sözleşmeleri yanlısı bir tutum sergilemiştir.¹⁴ 1966 yılında ise tam tersi bir yaklaşımla, her iki tarafın da uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurabilmesinin eşit olarak kabul edilmesi halinde tahkim sözleşmesinin/şartının geçerli olabileceği ifade edilmiştir.¹⁵ Asimetrik tahkim sözleşmesine karşı gelişmiş olan bu olumsuz yaklaşım Mahkemenin 1985 tarihli *Tote Bookmakers Ltd. ve Development & Property Holding Co. Ltd.* davasında da aynen devam etmiştir. Fakat 1986 yılında karar verilen *Pittalis ve*

¹³ Ustinov, "Legal Validity." 13.

¹⁴ Woolf ve Collis Removal Service 1947, Perényiová, "Commercial Arbitration," 21.

¹⁵ Baron ve Sunderland Corp. 1966, Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. 1 (Alphen ann den Rijn: Wolters Kluwer, 2014), 866-867.

Sherefettin davasında 1966 ve 1985 tarihli bu iki karardaki yaklaşımın yanlış olduğu, taraflardan sadece birinin tahkime başvurabilmesine imkân tanıyan sözleşmenin 1950 Tahkim Kanunu'na (*Arbitration Act 1950*) göre geçersiz sayılamayacağı ifade edilmiştir.¹⁶ İngiliz hukuku bakımından dönüm noktası olan *Pittalis* davasında mahkeme ayrıca, tahkim sözleşmesinde tarafların rızasına işaret ederek tahkim şartında karşılıklılık esasının kabulünü reddetmiştir.¹⁷ Bu karardan sonra İngiliz mahkemeleri tahkim sözleşmelerinde simetri ve karşılıklılık incelemesine son vermiştir.¹⁸ İngiliz mahkemeleri güncel kararlarında asimetrik tahkim sözleşmelerini irade özerkliği ilkesi ile ilişkilendirerek İngiltere'de artık bu sözleşmelerin geçerliliği konusunda bir tereddüt olmadığını vurgulamaktadır.¹⁹

Amerikan hukuku bakımından ise asimetrik tahkim sözleşmelerini geçersiz kabul eden yerleşmiş bir içtihat bulunmamaktadır.²⁰ Amerikan mahkemelerinde asimetrik tahkim sözleşmelerin geçerliliği tartışması temelde iki mesele üzerinden sürdürülmüştür: karşılıklılık (*mutuality*) ilkesi ve hakkaniyete aykırılık (*unconscionability*).²¹

1990'lı yıllara kadar Amerikan mahkemelerinin büyük bir kısmı asimetrik tahkim sözleşmelerini karşılıklılık ilkesine aykırılık gerekçesiyle geçerli kabul etmemiştir. Örneğin, 1985 tarihli *Hull&Norcom Inc.* davasında, sadece işverene mahkemeye de başvurma konusunda seçimlik hak sunan tahkim şartının incelenmesinde, her iki tara-

¹⁶ Pittalis ve Sherefettin 1986, Duarte Gorjão Henriques, "Asymmetrical Arbitration Clauses under the Portuguese Law," *Young Arbitration Review*, Year 3 (October 2013): 51; Perényiová, "Commercial Arbitration," 21-22.

¹⁷ Alex Bevan, "Optional Arbitration Agreements: The English Position," Kasım 30, 2011, <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position>.

¹⁸ Ustinov, "Legal Validity." 14.

¹⁹ Mauritius Commercial Bank Ltd ve Hestia Holdings Ltd ve diğerleri 2013, Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 26; Bas van Zelst, "Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context," *Journal of International Arbitration* 33, no. 4 (2016): 376.

²⁰ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 26.

²¹ Henriques, "Asymmetrical Arbitration," 47; Ustinov, "Legal Validity." 14.

fın da hak ve yükümlülüklerinin birebir aynı olmayabileceği ancak çok katı bir şekilde karşılıklılık aranmasa da her iki tarafın edimleri arasında bir dengenin olması gerektiği ifade edilerek tahkim şartının geçersizliğine hükmedilmiştir.²² Ancak bugün, modern Amerikan sözleşme hukukunda hemen hemen tüm mahkemelerce karşılıklılık ilkesinin asimetrik tahkim sözleşmelerinin uygulanmasına bir engel teşkil etmediği kabul edilmektedir.²³ Bir başka deyişle, sözleşme hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde sözleşmenin geçerliliği incelemesinde edimler arası dengenin gerektiği ancak bunun yeterli olmadığı; yani eşit konumda olmayan tarafların edimleri arasında oluşabilecek muhtemel dengesizliğin, asimetrik tahkim sözleşmesinin geçersizliği için bir gerekçe olamayacağı ifade edilmektedir.²⁴ Sözleşmeler hukuku bağlamında esas olan sözleşmenin geneli itibarıyla bir dengenin sağlanması olduğundan sözleşmenin her unsuru bakımından birebir denklik aranmaz.²⁵

1990'lardan sonra Amerikan mahkemeleri asimetrik tahkime ilişkin kararlarını adil olmama/hakkaniyete aykırılık (*unconscionability*) kavramı temelinde vermeye başlamıştır. Ancak, genel olarak asimetrik tahkim sözleşmelerinin hakkaniyete aykırı yani kabul edilemez olduğu sonucuna varmak çok kolay değildir. Zira Amerikan hukukunda "*unconscionability*" kavramı tam olarak tanımlanabilmiş değildir.²⁶ Taraflardan sadece birine uyuşmazlığın tahkim ile mi yoksa mahkeme yolunu ile mi çözüleceği konusunda seçme hakkının ve

²² Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 26, dn. 20; Born, *Arbitration*, 867, dn. 1267; Drahozal, "Nonmutual Agreements," 543; Henriques, "Asymmetrical Arbitration," 48; Ustinov, "Legal Validity," 15.

²³ Born, *Arbitration*, 868; Perényiová, "Commercial Arbitration," 37; Drahozal, "Nonmutual Agreements," 544.

²⁴ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 40-41.

²⁵ Arthur M. Kaufman and Ross M. Babbitt, "The Mutuality Doctrine in the Arbitration Agreements: The Elephant in the Road," *Franchise Law Journal* 22, no.2 (2002): 103.

²⁶ *Steinhardt ve Rudolph* davasında mahkeme tam olarak tanımlanamayan bu kavramı bukalemuna (*chameleon-like*) benzetmiştir. Bkz. Stephen Friedman, "Arbitration Provisions: Little Darlings and Little Monsters," *Fordham Law Review* 79, no. 5 (2011): 2042, dn. 49.

rilmesi önemli bir usuli avantaj olmakla birlikte; bu kişinin iki taraf-sız yargılamadan birini tercihi, karşı taraf için bir dezavantaj oluşturacak kadar temelde haksız veya tek taraflı olarak ifade edilemez.²⁷ Asimetrik tahkim bağlamında hakkaniyete aykırılığın iki yönü vardır:²⁸ usule ilişkin (*procedural*) ve esasa ilişkin (*substantive*). Usule ilişkin hakkaniyete aykırılık, bir hükmün ister kabul et ister etme (*take it or leave it*) şeklinde önerilmesi ya da satır arasına saklanması gibi pazarlık gücünün suiistimal edildiği, sözleşme oluşumuna ilişkin durumlara dayanmaktadır.²⁹ Esasa ilişkin hakkaniyete aykırılık ise, bir sözleşme hükmünün aşırı derece acımasız ya da tek tarafın mantıksızca etkili olması halinde söz konusu olur.³⁰

Asimetrik tahkim sözleşmelerine ilişkin açılan davalar bakımından oldukça geniş bir yelpazeye sahip olan Amerikan hukuku içtihadı özellikle tüketici ve iş sözleşmelerinde yoğunlaşmaktadır.³¹ Amerikan mahkemeleri asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçersiz kabul edilmesinde; bu hükümlerin, tüketici/işçi gibi hukuki ilişkinin zayıf olan tarafı (*little guys*) için haksız olup olmadığı noktasında bir değerlendirme yapmaktadır.³² Her ne kadar genel olarak karşılıklılik ilkesinin etkisini yitirmiş olduğu ifade edilse de, Amerikan mahkemeleri tüketici ve iş sözleşmelerinde tahkim şartını güçlü tarafın avantajını karşı tarafa empoze etmesi şeklinde yorumlayarak geçersiz saymaktadır.³³

Simetri bir sözleşmenin geçerlilik şartı olmadığı gibi asimetri, ancak diğer tarafa kalan seçeneğin gerçekten haksız olması halinde haksız olarak nitelendirilebilir.³⁴ Bu bağlamda karşılıklı olmayan

²⁷ Born, *Arbitration*, 867, dn. 1269.

²⁸ David Horton, "Unconscionability in the Law of Trusts," *Notre Dame Law Review* 84, no. 4 (2009): 1694; David Horton, "Unconscionability Wars," *Northwestern University Law Review* 105, no. 1 (2012): 393.

²⁹ Horton, "Law of Trusts," 1694; Horton, "Wars," 393; Ustinov, "Legal Validity." 16.

³⁰ Horton, "Law of Trusts," 1695; Horton, "Wars," 393; Ustinov, "Legal Validity." 16.

³¹ Ustinov, "Legal Validity." 14.

³² Drahozal, "Nonmutual Agreements," 540.

³³ Esen, *Tahkim Şartının Geçerliliği*, 148.

³⁴ Henriques, "Asymmetrical Arbitration," 45.

tahkim sözleşmesinin haksız olduğunu varsaymak tahkim kurumunun tamamen haksız olduğu sonucuna da götürebilecektir.³⁵ Sonuç olarak, Amerikan hukuku her iki tarafın açık iradeleri sonucu kurulmuş sözleşmeye verdiği önem gereği asimetrik tahkim sözleşmelerini korkutma, hata, gabin, ehliyetsizlik veya başkaca bir kanuni kısıtlama gibi esaslı bir ihlal olmadıkça –ki bu hallerde hükümsüzlük tüm sözleşmeler bakımından söz konusu olacaktır– tamamen geçersiz saymayı mantıklı bulmamıştır.³⁶

2. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin Yaklaşımı

Kıta Avrupası hukuk sisteminin egemen olduğu ülkelerde asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır. Bu tip sözleşmelerin/şartların geçerliliği her ülkede ayrıca tartışılmakla birlikte bunları geçerli sayan yaklaşım gitgide azınlıkta kalmaktadır. Özellikle Fransa, Rusya, Bulgaristan ve Polonya gibi ülkeler asimetrik tahkim sözleşmelerine karşı negatif bir tutum içerisinde. İtalya, İspanya, Luxemburg ve kısmen Almanya'nın ise daha pozitif bir bakış açısına sahip olduğu söylenebilir. Çalışmanın bu kısmında örnekleme olarak Alman ve Fransız hukuklarına değinilmekle yetinilecektir.

Alman hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerinin kendiliğinden geçersiz kabul edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Genel olarak tahkim sözleşmelerinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi (BGB §138) ve dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde taraflardan biri için haksız bir durum oluşturmaması (BGB §307) gerektiği kabul edilir.³⁷ Alman Federal Yüksek Mahkemesinin 1989 yılında verdiği bir kararda asimetrik tahkim sözleşmelerinin kamu düzenine aykırılık oluşturabileceği ifade edilmiştir.³⁸ Mahkeme bu kararında her ne kadar asimetrik tahkim şartı içeren hükmün geçerlili-

³⁵ Henriques, "Asymmetrical Arbitration," 45.

³⁶ Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 42.

³⁷ van Zelst, "Unilateral Option," 376; Perényiová, "Commercial Arbitration," 9-10.

³⁸ BGH, 26.01.1989, X ZR 23/87; Juristen Zeitung, 44. Jahrg., Nr. 12, (16.06.1989): 589-590.

ğine ilişkin çok açık ifadelerle yer vermemişse de tahkim ya da mahkemeye başvurmada seçim hakkının her iki tarafa veya sadece taraflardan birine tanınmasında kural olarak bir engel olmadığını kabul etmiştir.³⁹ Bu bağlamda mahkeme kararında; taraflardan sadece birine hakem seçme hakkının tanınması gibi ölçüsüz bir üstünlük olmadıkça bir sorun olmayacağı ifade edilmiştir.

Alman hukukunda asimetrik tahkim şartı içeren hükmün tarafların üzerinde müzakere edemediği iltihaki (katılnmalı) bir sözleşmede yer alması halinde, Medeni Kanun'daki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin (BGB §307/I) devreye girebileceği belirtilmiştir.⁴⁰ Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1998 yılında verdiği bir kararda, iltihaki sözleşmede yer alan bir asimetrik tahkim şartının AGBG §9'a göre geçersiz olduğuna hükmetmiştir.⁴¹ Taraflar arasındaki sözleşmede, uyuşmazlık çözümü için belirlenen olağan yolun mahkemede dava açmak olduğu, ancak davacı ya da davalı olduğuna bakılmaksızın taraflardan birinin uyuşmazlığı tahkime götürmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda mahkeme, asimetrik tahkim şartı içeren hüküm aleyhine olan tarafın mahkemeye başvurmaktan başka şansı yokken, diğer tarafın tahkim itirazı ile yapılan işlemleri hükümsüz hale getirilebileceğini ve dava açan tarafın gereksiz yere yargılama masraflarını ödemek zorunda kalabileceğini belirterek genel işlem şartı niteliğindeki tahkim hükmünün geçersizliğine karar vermiştir.

Fransız hukukunda ise Fransız Yüksek Mahkemesinin *Sicaly ve Grasso*⁴² kararı ışığında asimetrik sözleşmelere yönelik yaklaşımının olumlu olduğu düşünülmekte iken, 2012 yılında verilen *Rothschild*⁴³

³⁹ Gerhard Walter, "Zur Sittenwidrigkeit eines Schiedsvertrages," *Juristen Zeitung*, 44. Jahrg., Nr. 12, Haziran 16, 1989, 590.

⁴⁰ Perényiová, "Commercial Arbitration," 10.

⁴¹ BGH, 24.09.1998, III ZR 133/97: www.prinz.law/urteile/bgh/III_ZR_133-97.

⁴² S. A. Sicaly ve Grasso Stacon Koninklijke Machine Fabrieken NV, Cour de Cassation, 15.05.1974, Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 28, dn. 29; Perényiová, "Commercial Arbitration," 12.

⁴³ Mme "X" ve Banque Privée Edmond de Rothschild, Cour de Cassation, 26.09.2012, Draguiev, "Unilateral Jurisdiction," 28, dn. 30; Perényiová, "Commercial Arbitration," 13-14.

kararı ile Mahkeme düşünülmenin aksine bir pozisyon almıştır. Bu yeni yaklaşım Mahkemenin 2015 yılında *Credit Suisse* davasında vermiş olduğu karar ile tekrarlanmıştır.⁴⁴ Esasında bu kararlar tahkimle ilgili olmamasına rağmen, Fransız mahkemelerinin asimetrik hükümlere olan bakışını sergilemesi bakımından son derece önemlidir.⁴⁵ *Rothschild* davasında özellikle taraflardan sadece birini bağlayan/sınırlandıran hükmün emredici (*potestative*) nitelikte olması ve bunun Fransız hukukuna aykırılık teşkil etmesi üzerinde durulurken; taraf eşitliği prensibinden ve sözleşmenin zayıf tarafının tüketici olmasından bahsedilmemiş olması dikkat çekicidir.⁴⁶ Bu sebeple bu karar tartışmaya açık bir hale gelmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tek taraflı hükümler ile ilgili bu son kararları muhtemel asimetrik tahkim sözleşmeleri/şartları bakımından da benzer bir tutum içinde olunabileceğinin sinyallerini vermektedir.⁴⁷

3. Türk Hukuk Sisteminin Yaklaşımı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tahkim m. 407-444 arasında düzenlenmiş ve şekli hususlar ayrıntılı olarak belirlenmesine karşın tahkim sözleşmesinin ne zaman esastan geçersiz sayılacağına yer

⁴⁴ Danne ve Credit Suisse, Cour de Cassation, 15.03.2015, Simon James, Kate Gibbons and Habib Motani, "Another knock for unilateral jurisdiction clauses in Europe, Clifford Chance," May, 2015, https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/05/another_knock_forunilateraljurisdictionclause.html; Deyan Draguiev, "French Court of Cassation Confirms Invalidity of Unilateral (Asymmetrical) Jurisdiction Clauses," *Kluwer Arbitration Blog*, Mayıs 21, 2015, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/21/french-court-of-cassation-confirms-invalidity-of-unilateral-asymmetrical-jurisdiction-clauses/>.

⁴⁵ Ustinov, "Legal Validity." 21.

⁴⁶ Ustinov, "Legal Validity." 22.

⁴⁷ *Credit Suisse* davasından sonra karara bağlanan *Apple Sales International v. eBizcuss* (2015) davasında asimetrik sözleşmelere karşı tutumun değişmiş olabileceği akla gelebilir. Ancak Apple davasında Fransız Yüksek Mahkemesi, hukukeni güvenlik ve öngörülebilirliğin şartları sağlandığı için asimetrik olduğu düşünülebilecek olan hükmün geçersizliğine hükmetmemiştir. Yoksa Fransız hukukunun asimetrik sözleşme hükümlerine karşı tutumunun bu kararla değiştiğinin söylenemeyeceği kanaatindeyiz.

verilmemiştir. Sadece iptal davası başlıklı 439. maddenin ikinci fıkrasında tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu tespit edilirse hakem kararının iptal edilebileceği ifade edilmiştir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/III' de de tahkim sözleşmesinin; tarafların anlaşmasına ya da tahkim sözleşmesine uygulanmak üzere seçtikleri hukuka, bir hukuk seçimi yoksa da Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacağı kabul edilmiştir. Asimetrik tahkim sözleşmelerinde geçerlilik meselesi şekil ile ilgili değil, esasa ilişkin bir konu olduğundan son derece önemli ve tespiti de bir o kadar zordur.⁴⁸ Hal böyleyken iç tahkim bakımından asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği incelemesinin genel hükümlere göre yapılması gerekecektir. Şüphesiz ki Türk Hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerini doğrudan yasaklayan bir hüküm mevcut değildir; fakat bu durum, bu kayıtların her zaman geçerli kabul edileceği sonucunu doğurmayacaktır.

Borçlar hukukuna hakim olan ilkelerden biri olan irade özerkliği, bireye özel hukuk ilişkilerinde kendi kendine norm koyma, kendi kanunu yapma yetki ve gücünü verir.⁴⁹ Sözleşme özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri ise irade özerkliğinden doğan alt ilkeler olarak düşünülebilir.⁵⁰ Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından temel tartışma irade özerkliğinin sınırsız olmamasından, buna kanun koyucu tarafından birtakım sınırlandırmalar getirilmiş olmasından kaynaklanır. İrade özerkliği ve onun ayrılmaz sınırları ise her ülkenin kendi pozitif hukuku tarafından düzenlenir.⁵¹ Taraflar arasındaki eşitliğin bir ölçüde bozulduğu bu sözleşmelerin, ne zaman sözleşme yapma özgürlüğü bağlamında geçerli, ne zaman kanun koyucunun sınırlandırmalarına takılarak geçersiz sayılacağı, meselenin esasına girilerek somut olaya göre değerlendirilebilecek bir husustur.

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için öncelikle tarafların tam fiil ehliyetine sahip olması (TBK m. 15); sözleşmenin kanunun em-

⁴⁸ Ekşi, *Tahkim*, 90; Aydemir, *Tahkim*, 128.

⁴⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 298.

⁵⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, 16-18.

⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 299.

redici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması (TBK m. 27/I); sözleşmenin konusunun baştan itibaren ve objektif olarak imkânsız bulunmaması (TBK m. 27/I); kanunun emrettiği bir geçerlilik şartı varsa buna uyulması (TBK m. 12/II); sözleşmenin muvazaalı olmaması (TBK m. 19/I); taraf iradelerinde yanılma (hata), aldatma (hile) veya korkutma (tehdit) sebebiyle sakatlık bulunmaması (TBK m. 30 vd.); tarafların edimleri arasında aşırı yararlanma (gabin) olmaması (TBK m. 28) gerekir.⁵²

a. Kesin Hükümsüzlük

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesinde "*taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" ifadesiyle sözleşme özgürlüğü düzenlenmiştir. Sözleşmenin içeriğini belirlemeye yönelik bu kural, sadece sözleşmenin konusunu değil sözleşmenin koşullarını da kapsar.⁵³ Sözleşme düzenleme özgürlüğünün sınırları ise TBK m. 27/I' de çizilmiştir. Buna göre; sözleşmeler kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına⁵⁴ aykırı veya konusu imkânsız olması halinde kesin olarak hükümsüz olacaktır. Öğretide kamu düzeni, ahlak ve kişilik hakları kriterlerinin sınırlayıcı olmadığı; bunlara özellikle sosyo-ekonomik açıdan zayıf olanları korumak amacıyla çıkarılmış hükümlerin de eklenmesi gerektiği yönünde bir eğilimin olduğu; ancak bu hallerin çoğunlukla kamu düzenine aykırılığın hatta yerine göre ahlaka aykırılığın özel bir görünümü olabileceği de ifade edilmektedir.⁵⁵

⁵² Aydemir, *Tahkim*, 352; Eren, *Borçlar Hukuku*, 332.

⁵³ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 80.

⁵⁴ Bir görüşe göre ilgili maddede kişilik haklarına aykırılığın ayrıca zikredilmiş olması gereksizdir, zira kişilik haklarına ilişkin TMK m. 23 hükmü zaten emredici hükümler kapsamına girmektedir. Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme*, Cilt. 1 (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 531.

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 529, dn. 11; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler I* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 83.

Kesin olarak hükümsüz (batıl) olan bir hukuki işlem, yapıldığı düşünülen andan itibaren kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmaz ve geçerli hale gelemez.⁵⁶ Bir başka deyişle, başlangıçtan itibaren geçersiz bir işlem olup hiçbir zaman geçerlilik kazanmayacağı gibi; taraflarca onansa veya teyit edilse yahut edimler ifa edilse bile sağlık kazanmaz.⁵⁷ Bu nedenle de “batıl işlem iflah olmaz” kuralından söz edilir.⁵⁸ Kesin hükümsüzlük yaptırımının en önemli sonuçlarından biri de taraflar ya da ilgililer ileri sürmeseler dahi hakim tarafından re’sen dikkate alınabilmesidir; zira bu haller aynı zamanda kamu düzenini ve kamu yararını da ilgilendirmektedir.⁵⁹ Ancak bir görüşe göre, kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının kötüye kullanılması hallerinde kesin hükümsüzlüğü ileri süren korunmaz.⁶⁰

i. Ahlaka Aykırılık

TBK m. 27’de yer alan ahlak kavramından amaç genel ahlaktır ve bir toplumda belirli bir devirde orta zekada, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve anlayışları o toplumun genel ahlakını meydana getirir.⁶¹ Toplumun ahlaki esaslarını korumak adına kanun koyucu, çoğu halde ahlak kurallarına aykırı davranışları emredici hukuk kurallarıyla yasaklamış olsa da her ahlak kuralı bir hukuk kuralıyla korunmuş değildir.⁶²

Asimetrik tahkim sözleşmelerinde kesin hükümsüzlük halinin olup olmadığı hususu özellikle kamu düzenine ve ahlaka aykırılık bağlamında somut olaya göre gündeme gelebilecektir. Bir sözleş-

⁵⁶ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2014), 145; Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 581.

⁵⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 334.

⁵⁸ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 92.

⁵⁹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 93; Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 586; Eren, *Borçlar Hukuku*, 334; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 175.

⁶⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 175.

⁶¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 323.

⁶² H. Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27,” *İÜHF* 74, no. 2 (2016): 726; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 85.

mede ahlaka aykırılığı sadece sözleşme hükümleri bağlamında değerlendirilmek doğru olmayacaktır. Sözleşmenin içeriği, aynı zamanda sözleşmenin kurulması aşamasındaki hal ve şartların bir yansımasıdır.⁶³ Bu sebeple sözleşmenin bir tarafının diğer taraf üzerinde genellikle ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmak suretiyle onu sözleşme yapmaya mecbur bırakması veya bu üstünlük sebebiyle eşitliği kendi lehine bozacak şekilde sözleşmeye hükümler koyması ahlaka aykırılık olarak değerlendirilmeli ve ahlaka aykırı olan tahkim sözleşmesi geçersiz kabul edilmelidir.⁶⁴ Bu durum Yargıtay'ın farklı dairelerince de dile getirilmiş ve bu şekilde kurulmuş tahkim sözleşmelerinin batıl olacağı ifade edilmiştir.⁶⁵

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 558. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin hal ve şartların ahlaka aykırılığa yol açmayacağı; irade sakatlıkları ve gabin çerçevesinde ele alınması gerektiği yönündeki bir görüş için bkz. Ercoşkun Şenol, "TBK. m. 27," 728, dn. 104.

⁶⁴ Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973), 86; Aydemir, *Tahkim*, 362; Eren, *Borçlar Hukuku*, 327.

⁶⁵ "...Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yaridan fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukuken bağimli olduğu tartışmasızdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu gereğince batıl olacaktır. Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması vd. sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir..." Yar. 22. HD, E. 2016/6529, K. 2016/11095, 18.4.2016: (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. Yar. 9. HD, E. 2014/14507, K. 2014/18315, 5.6.201, Yar. 9. HD, E. 2013/1773, K. 2013/666425.2.2013; Yar. 9. HD, E. 2008/44630, K. 2009/537, 20.1.2009; Yar. 20. HD, E. 2002/1955, K. 2002/2791, 28.3.2002; Yar. HGK, E. 1991/13-606, K. 1992/56, 12.2.1992; Yar. 13. HD, E. 1990/8778, K. 1991/4492, 25.4.1991, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ii. Kamu Düzenine Aykırılık⁶⁶

Öncelikle belirtmek gerekir ki kamu düzeni kavramı, içinde bulunulan ülkeye, zamana ve hukuk düzenine göre değişkenlik arz eden bir yapıya sahiptir.⁶⁷ Hatta kamu düzeni bir ülkede farklı disiplinlerde farklı işlevler de üstlenebilir. Şöyle ki iç hukukta sözleşmeler alanında kamu düzeni, irade serbestisinin bir sınırını oluştururken, milletlerarası özel hukukta yabancı bir ülke kuralının uygulanmasını engelleyebilmekte; idare hukukunda özgürlükleri sınır-

⁶⁶ Kamu düzenine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin eski bir tarihli kararında aynen şu ifadeler yer almaktadır "...Yerli ve yabancı birçok hukuk eserinde, çeşitli alanlardaki kişi hakları sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalışıldığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır..." AYM, E. 1963/128, K. 1964/8, 28.01.1964. Yargıtay ise İBK ile kamu düzenini şu şekilde ifade etmektedir "...Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir..." Yar. HGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, RG. 20.09.2012, S. 28417.

⁶⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 320; Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 546; Kemal Dayınlarlı, *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları* (Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 2011), 8; Kübra Doğan Yenisey, *İş Hukukunun Emredici Yapısı* (İstanbul: Beta, 2014), 161; Jamshed Ansari, "Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis," *Researcher* 6, no. 6 (2014): 51-52

http://www.sciencepub.net/researcher/research0606/010_25323research060614_47_53.pdf.

landırmakta kullanılırken, yargılama hukukunda re'sen araştırma ilkesi bağlamında karşımıza çıkabilmektedir.⁶⁸

Tahkim sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü bağlamında burada inceleyeceğimiz kamu düzenine aykırılık, bizatihi tahkim sözleşmesinin kendisinin kamu düzenine aykırı olması halidir. Bunu HMK m. 439'da yer alan hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde iptalinin talep edilebileceğine ilişkin hüküm ile karıştırmamak gerekir. Sözleşmeler hukuku bağlamında **Eren**, uyulmasında ve korunmasında toplum ve devletin genel menfaati bulunan hukuk kurallarına kamu düzeni kuralları denileceğinden, kamu düzenine aykırı olan sözleşmelerin emredici bir hukuk normunu da ihlal edeceği için hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir.⁶⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**'na göre ise kamu düzenine aykırılığın her türlü yazılı kuraldan bağımsız biçimde bir geçersizlik sebebi sayılması zorunludur.⁷⁰ Aksi halde TBK m. 27'de emredici hükümlerle birlikte kamu düzenine aykırılığın da sayılmış olması gereksiz yere aynı şeyin tekrar edilmesi anlamını taşıyacağından Kocayusufpaşaoğlu'nun görüşü daha isabetli görünmektedir.

Taraflardan sadece birisine hakem seçme hakkı tanınması sebebiyle asimetrik kabul edilen tahkim sözleşmelerinde kamu düzenine aykırılık hali gündeme gelebilmektedir. Burada üzerinde durulması gereken nokta, hakem seçme hakkının A ya da B kişisine doğrudan mı tanındığı yoksa kişinin kim olduğuna bakılmaksızın başvurana mı tanınmış olduğudur. Taraflardan sadece birinin hakem seçme hakkının olması halinde, **Aydemir**'e göre kamu düzenine aykırılık nedeniyle bu sözleşmenin geçersizliği hak arama ve adil yargılanma hakkı ilkelerine aykırılık temeline dayanmaktadır.⁷¹ Bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararında⁷² ifade edildiği üzere, hakem seçme

⁶⁸ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 22; Doğan Yenisey, *İş Hukuku*, 162.

⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 320.

⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 548.

⁷¹ Aydemir, *Tahkim*, 359-360.

⁷² "...Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece

hakkının şahsa değil de örneğin iddia edene tanınmış olması hali aslında bu hakkın her iki tarafa da tanındığını gösterir; bu sebeple de kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez. Fransız Yüksek Mahkemesi *Cour de cassation* ise *Dutco* kararında, hakem tayininde tarafların eşitliği prensibinin kamu düzeninden olduğunu ve bu sebeple ancak uyuşmazlık çıktıktan sonra bundan feragat edilebileceğini ifade etmiştir.⁷³

Nomer, sadece taraflardan birinin seçtiği kişi/kişilerden oluşan hakem heyetinin kuruluşu tarafsız olamayacağından, tarafsızlık içinde faaliyette bulunamayacağı şüphesinden kurtulamayacağı; böyle bir durumda da kamu düzenine aykırılık iddiasının haklı olabileceği kanaatindedir.⁷⁴ Hakem seçiminin bir tarafa tanınmasıyla yargılamada bozulan tarafsızlık nedeniyle ihlal, tarafların tahkim sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi tahkimin tabi olduğu usul hukukuna da dayanıyor olabilir; ki her iki ihtimalde de kamu düzeninin ihlali sonucu doğacaktır.⁷⁵ Elbette burada sübjektif düşünce ve hissiyatla hareket edilmemeli; tarafsızlık konusunda objektif ve mantiki olarak güvensizlik doğuran somut olay ve belirtiler ortaya koyulmalıdır.⁷⁶ Bu sebeple **Nomer**, herhangi bir kanun hükmünde

birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma, yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez..." Yar. 19. HD, E. 1998/3599, K. 1998/4770, 8.7.1998, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Bu dosya ilk derece mahkemesinin direnmesi sonucu Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. HGK da, Özel Daire'nin yukarıdaki ifadelerine yer vererek bu karara uyulması gerekirken direnme kararı usul ve yasaya aykırıdır diyerek görüşünün aynı yönde olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Yar. HGK, E. 1999/19-467, K. 1999/489, 9.6.1999, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷³ Georgios Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration* (New York: Oxford, 2004), 143.

⁷⁴ Ergin Nomer, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Müdahalesi," *MHB* 19, no. 1-2 (1999-2000): 561.

⁷⁵ Nomer, "Kamu Müdahalesi," 562.

⁷⁶ Nomer, "Kamu Müdahalesi," 569-570.

ancak tarafların ortak iradesiyle hakem seçilebileceği düzenlenmediği halde, Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz kararında taraflardan birine hakem seçme hakkı tanınması halinde ancak kamu düzeninin ihlal edilmiş olacağı yönündeki görüşünü eleştirmektedir.⁷⁷ **Hanağası** ise taraflardan birine hakem seçme hakkının tanınmasının silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği ve bu ilkenin niteliği itibariyle kamu düzeniyle ilgili olmasından ötürü kamu düzeni müdahalesi sonucunu doğuracağını ifade eder.⁷⁸ Bu noktada Nomer'in Yargıtay kararına yönelik eleştirileri haklı görülmemektedir. Zira tahkimde tarafların eşitliği sadece yargılamanın gerçekleştiği sürece yönelik değildir, bu sebeple yargılamanın hiçbir evresinde bir taraf diğerine göre ayrıcalıklı ve üstün konumda olmamalıdır.⁷⁹

Ayrıca **Nomer**, tek başına hakem tayin edecek olan tarafın bu hakkı kullanmaması halinde, hakem tayininin diğer tarafça yapılabildiği kararlaştırıldığı anlaşmaları ayrı değerlendirip; görüşüne Alman ve İsviçre Federal Mahkemeleri kararlarını dayanak alarak burada kamu düzeni müdahalesini uygun görmemiştir.⁸⁰

iii. Genel İşlem Şartı

Asimetrik tahkim şartının genel işlem şartı şeklinde düzenlenmiş olması halinde ise bu şartın yazılmamış olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK m. 20'de yer alan tanıma göre genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Görüldüğü gibi bu sözleşmelerin en dikkat çeken özelliklerinden biri, tarafların sözleşme hüküm-

⁷⁷ Nomer, "Kamu Müdahalesi," 573.

⁷⁸ Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 206-209.

⁷⁹ Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008), 170; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 206.

⁸⁰ Nomer, "Kamu Müdahalesi," 561-562.

leri üzerinde pazarlık yapma gücü ve şansının olmamasıdır. Kanun koyucu TBK m. 21/I' de bu hükümlerin karşı tarafın menfaatine aykırı olması halinde, karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi gerektiğini ve karşı tarafça öğrenilip kabul edilmedikçe yazılmamış sayılacağını kabul etmiştir. Buradaki yazılmamış sayılma ifadesi **Öz**'e göre bir tür kesin hükümsüzlük hali iken; **Kılıçoğlu** ve **Eren** ise bunun yokluk türünde bir yaptırım olduğunu ifade etmişlerdir.⁸¹

Bir uyuşmazlık halinde taraflardan biri diğer tarafın lehine olan asimetrik tahkim şartının kendisine tartışma imkânı tanınmadan onun hazırladığı tek tip sözleşmeyle dayatıldığını iddia ediyorsa, hakim bu durumu tespit edip gerçekten aykırılık görürse ilgili kaydın yazılmamış sayılmasına karar vermelidir. Ayrıca TBK m. 25'te genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı ifade edilmiştir. Kanımızca bu hüküm emredici nitelikte olup bu hükme aykırılık kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Taraflardan sadece birisine tahkime başvuru imkânı tanınması tek başına aleyhe bir durum oluşturduğu şeklinde bir çıkarıma imkân vermemelidir. Burada hak arama özgürlüğünün⁸² dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kısıtlanması söz konusu ise genel işlem şartı niteliğinde olan hükmün geçersiz kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

b. İptal Edilebilirlik

Tarafların bir sözleşme kurmakla istedikleri hukuki hüküm ve sonuçların meydana gelmediği bütün hallerde geçersizlik hali söz konusu olabilir.⁸³ İptal edilebilir bir sözleşme, kesin hükümsüzlükten farklı olarak başlangıçtan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuç doğurmakta; ancak taraflardan birinin beyanıyla veya mahkeme

⁸¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 124; Eren, *Borçlar Hukuku*, 221; Turgut Öz, *Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 9.

⁸² Asimetrik tahkim sözleşmeleri hak arama özgürlüğü bağlamında aşağıda daha detaylı inceleneyeceğinden buradaki açıklamalarımızı sınırlı tutuyoruz.

⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 332.

kararıyla geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılabilir. ⁸⁴ Bu sözleşmeler bozucu şarta bağlı olarak geçerli olduğundan bir askıda geçerlilik hali olduğu ifade edilir. ⁸⁵ Kesin hükümsüzlüğün aksine iptal sebeplerinin ileri sürülmesi hak düşürücü süreye tabidir ve hakim tarafından da re'sen dikkate alınamaz. Ayrıca bir sözleşmenin iptali, ancak bu sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmadığı sabit olduğu zaman söz konusu olabilir. ⁸⁶

İptal hakkı, ilgilinin irade beyanıyla yahut dava yoluyla kullanılabileceğinden; iptal hakkı sahibinin varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile hiçbir şekle tabi olmadan iptal sonuç doğurur. ⁸⁷ İrade ile beyan arasındaki uyumsuzluk hallerinden yanılma, aldatma ve korkutma ile aşırı yararlanma iptal yaptırımına yol açan geçersizlik halleridir; ancak TBK' da bunlar için "iptal" yerine "bağlı olmama" ifadesinin kullanılmış olduğu göze çarpmaktadır. ⁸⁸

i. Yanılma, Aldatma ve Korkutma

Tüm sözleşmeler gibi tahkim sözleşmesinin de iradeyi etkileyen durumlardan birinin varlığı nedeniyle geçersiz kılınması muhtemeldir. Yanılma (hata), aldatma (hile) yahut korkutma (ikrah) halleri sonucunda irade sakatlığıyla kurulmuş tahkim sözleşmesinin iptalinin talep edilebilmesi mümkündür. Ancak, bu noktada unutulmaması gereken bu hallerin sadece asıl sözleşmenin kurulmasına etkisinin yeterli olmayacağı, aynı zamanda tahkim sözleşmesinin kurulmasına da sirayet etmiş olmasıdır. ⁸⁹ Bu durum asıl sözleşmenin tahkim sözleşmesinden bağımsızlığı/ayrılabilirliği ilkesinin (*the doctrine of separability*) tahkim iradesinin geçerliliğine yansımadır. ⁹⁰ Başkaca bir deyişle, asıl sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle geçer-

⁸⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, 343.

⁸⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, 343.

⁸⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, 344.

⁸⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 344.

⁸⁸ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 93; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku*, 118.

⁸⁹ İlhan, *Tahkim*, 196.

⁹⁰ İlhan, *Tahkim*, 195.

siz olması tahkim sözleşmesinin yahut tahkim şartının da geçersiz olacağı anlamına gelmediği gibi tek başına tahkim sözleşmesinin irade sakatlığı nedeniyle geçersizliği söz konusu olabilir.

ii. Aşırı Yararlanma

Tahkim sözleşmesini geçersiz kılabilecek bir diğer hal ise taraflardan birinin zor durumda olması, düşüncesiz veya deneyimsiz olması sebebiyle edimler arasında bir oransızlık varsa aşırı yararlanma yani gabin halinin olmasıdır. Aşırı yararlanma, tarafların karşılıklı edimleri tayin edebilme konusunda sözleşme özgürlüklerine getirilmiş bir sınırlamadır ve kanun koyucu tarafından sözleşme özgürlüğünün bu şekilde kötüye kullanılmasına sözleşmenin geçersizliği yaptırımını öngörülmiştir.⁹¹ Mülga Borçlar Kanunu m. 21 hükmü aşırı yararlanma halinde sömürülene ya sözleşmeyi iptal etme ya da iptal hakkını kullanmayıp geçerli kabul edip sözleşmeyi ayakta tutma imkânı tanımaktaydı. TBK m. 28 ile aşırı yararlanma halinde zarar görene iki seçimlik hak tanınmıştır: sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirme yani iptal veya sözleşme ile bağlı kalıp edimler arası oransızlığın giderilmesini talep etme. Şüphesiz ki hak düşürücü süreler içerisinde bu haklardan birini kullanmayarak sözleşmenin aynen ayakta tutulması da bir diğer ihtimal olarak gündemde kalacaktır.

Her ne kadar öğretilerde tahkim sözleşmelerinde böyle bir oransızlığın görülme ihtimali ilk bakışta pek olası karşılanmasa da kanaatimizce bu durum o kadar da ihtimal dışı değildir.⁹² Zira yukarıda bahsettiğimiz Amerikan hukukundaki örnekleri gibi asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği tartışmalarında en çok gündeme gelebilecek hususlardan biri aşırı yararlanma halinin bulunup bulunmadığıdır. Burada asıl mesele asimetrik tahkim sözleşmesinde aşırı yararlanmanın söz konusu olabileceği durumlarda kesin hükümsüzlük sebeplerinden birinin de gündeme gelebilme ihtimalinin çok

⁹¹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 224.

⁹² Aydemir, *Tahkim*, 352; İlhan, *Tahkim*, 199.

yüksek olmasıdır. Bir Yargıtay HGK kararında⁹³ da ifade edildiği gibi “*gabin, dar ve zor durumda kalmalarından ötürü sözleşme yapmağa sürüklenmiş olan kişileri korumak ve zayıfı güçlüye ezdirmemek için daha çok sosyal amaçlarla kabul edilmiş bir müessesedir.*” Bu tanımdan da anlaşılıyor ki aşırı yararlanma hali aynı zamanda TBK m. 27 anlamında sözleşmenin ahlaka aykırılığı kapsamına da girmektedir. **Kocayusufpaşaoğlu**’na göre eğer somut olayda sadece gabinin şartları gerçekleşmişse TBK m. 27’ye göre daha özel düzenleme olması sebebiyle gabine ilişkin hükümler uygulanmalı; ancak gabin için aranan şartlar dışında ek bir unsur da gerçekleşmişse ahlaka aykırılık kavramı içerisinde değerlendirilerek kesin hükümsüzlük devreye girmelidir.⁹⁴

Karşı tarafın zor durumda olması yahut deneyimsizliği sonucu sözleşmede yer alan tek tarafa tahkime başvurma hakkı tanıyan bir şart, aynı zamanda ekonomik ve sosyal bir üstünlükle kendi lehine dayatma ile sözleşmeye konmuşsa burada ahlaka ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlük de gündeme gelecektir. Hal böyle iken kesin hükümsüzlük süreye tabi olmayan re’sen de dikkate alınabilen bir husus olduğu için iptal yaptırımına değil kesin hükümsüzlüğe başvurulması gerektiği fikrindeyiz. Ancak bu durum aşırı yararlanma sebebiyle iptalin uygulanma alanını oldukça sınırlandıracaktır. Bu noktada **İlhan**, tahkim sözleşmesinde edimlerin orantısızlığı halinde ve aşırı yararlanmanın şartları mevcutsa sözleşmenin iptali veya geçersiz sayılması yerine sözleşmedeki orantısızlığın giderilmesi gerektiğini; ancak orantısızlık giderilemeyecek halde ise tahkim iradesinin aşırı yararlanma ile sakatlanmış olması sebebiyle tahkim sözleşmesinin esas bakımından geçersiz olduğuna hükmedilebileceğini ifade etmiştir.⁹⁵

⁹³ Yar. HGK, E. 1971/1-376, K. 1973/24, 24.1.1973; Eren, *Borçlar Hukuku*, 417.

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 498.

⁹⁵ İlhan, *Tahkim*, 202.

c. Asimetrik Tahkim Sözleşmesinin İspatı

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından öğretilerde maddi hukuk sözleşmesi mi yoksa usul hukuku sözleşmesi mi olduğu yönünde bir tartışma bulunmaktadır. Bu konuda hakim görüşü, bu sözleşmelerin asıl etkisini usul hukuku alanında gösteriyor olması sebebiyle tahkim sözleşmelerini usul sözleşmesi olarak kabul etmektedir.⁹⁶ Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin kurulması, geçerliliği, butlanı veya iptali hakkında maddi hukuka göre inceleme yapılacağı yani TBK hükümlerinin geçerli olduğu ifade edilir.⁹⁷

Borçlar hukukunda sözleşmelerin geçerliliği yazılı veya sözlü olması bakımından bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. TBK m. 12’de bu kural ifade edilmekle birlikte, kanunda sözleşmeler için herhangi bir şekil şartı öngörülmüşse bunun kural olarak geçerlilik şekli olacağı belirtilmiştir. Genel hükümler bu şekilde olmakla beraber tahkim bakımından HMK’ da özel düzenlemeler bulunmaktadır. HMK m. 412/III’ e göre tahkim sözleşmesi yazılı olarak yapılır. Bu durumda tahkim sözleşmelerinin sözlü olarak yapılabilmesi mümkün olmayacaktır.

Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından da yazılılık bir geçerlilik şartı olacağından asimetrik bir hükmün ispatı pek tabii yazılı bu sözleşmeyle ortaya konabilecektir. HMK m. 412/III yazılı şekil şartı için mutlaka imzalı bir sözleşme aramadığından taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olmasını da sözleşmenin ispatı bakımından yeterli saymış olması HMK m. 199 düzenlenen belge tanımı ile de uyumludur.⁹⁸ Öğretilerde bir görüşe göre, HMK m. 412/III hükmü davacının yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığını iddia etmesi halinde davalının cevap dilekçesinde buna itiraz etmemiş olmasını da yeterli sayması sebebiyle yazılılık şartı burada esnetilmiş-

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi ve bu konudaki görüşler için bkz. Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Usul*, 2596ff.

⁹⁷ Karadaş, *Ulusal*, 46; Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Usul*, 2599, 2645.

⁹⁸ Pekcanitez ve Yeşilirmak, *Usul*, 2662.

tir.⁹⁹ Bir başka görüş ise burada gerçek anlamda bir geçerlilik şartından bahsedilemeyeceğini, geçerlilik şartının katı veya esnek olması gibi bir ayırım olmayacağından sui generis bir yazılılık şartının kabulünü savunmaktadır.¹⁰⁰ Ancak doktrinde bu görüşün azınlıkta kaldığını, bizim de katıldığımız hakim görüşe göre buradaki yazılılığın geçerlilik koşulu olduğunu belirtmek gerekir.

II. EŞİTLİK İLKESİ VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin yukarıdaki inceleme daha çok sözleşmenin kurulmasında iradenin bir şekilde sakatlanması, taraflardan birinin sosyo-ekonomik durumunun zayıflığı gibi nedenlerle sözleşmesel ilişkide bir tarafın zayıf konumda olması sonucu sözleşmedeki dengenin bozulması üzerineydi. Burada yapacağımız değerlendirme ise eşit güçteki tarafların tamamen iradelerinin uyuşması sonucu irade özgürlüğü kapsamında sözleşmesel edimlerde dengesiz bir dağılımı bile isteye öngörmelerine ilişkin olacaktır. Dolayısıyla bu noktada temel hakların özüne ne kadar dokunabileceği, sözleşme özgürlüğü gerekçesiyle hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasının yahut eşitlik ilkesinin kısmen göz ardı edilmesinin mümkün olup olmadığı irdelenmeye çalışılacaktır.

Feodal toplumdan sanayi toplumuna geçişin bir ürünü olan irade özerkliği; başlangıçta hukuki olmayan, kökeni itibariyle devletin sosyal hayattaki koruyucu politikalarının reddedilerek tarafların her alanda özgürlüğünü tesis etmeyi ilke edinmiş ekonomik ve politik bir felsefi hareket olarak kabul edilmiştir.¹⁰¹ 19. yüzyıldan itibaren

⁹⁹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 3* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 3628.

¹⁰⁰ İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuk Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 1030-1031.

¹⁰¹ Arzu Küçükyağcı, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması," *AÜHFHD* 53, no. 4 (2004): 105; Ercoşkun Şenol, "TBK. m. 27," 710.

çağdaş hukuk sistemleri, taraflara sözleşmenin şartlarını genel olarak serbest iradeleriyle kararlaştırabilecekleri bir alan bırakarak sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir.¹⁰²

B. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması

Anayasa'nın temel hak ve hürriyetleri düzenleyen hükümleri, Devlet ile kişiler arasındaki "dikey" ilişkiyi ilgilendirir.¹⁰³ Bu kural- ların kişiler arasındaki "yatay" ilişkiye etkisi bakımından öğretilerde savunulan iki görüşten biri, bunların kişiler arasındaki ilişkilerde de doğrudan doğruya ileri sürülebilecek özel hak niteliğinde olduğunu, diğeri ise söz konusu etkinin ancak dolaylı olabileceği zira bu hakların özel hak değil kamu hakkı niteliğinde olduğunu kabul etmektedir.¹⁰⁴ Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen 1982 Anayasası'nın 11. maddesi, Anayasa kurallarının bütün kişileri bağlayan emredici kurallar olduğunu açıkça belirtiyor olduğundan, Anayasa normlarının özel kişilerin kendi aralarındaki hukuksal ilişkilerde de geçerli olacağı yani doğrudan doğruya etki görüşünün benimsenmiş olduğu söylenebilir.¹⁰⁵ Benzer şekilde **Öden** de temel hakların yalnızca devlet organlarına ve idare makamlarına değil, özel hukuka bağlı kişi ve kuruluşlara karşı da korunması gerektiğini ve anayasa kurallarının özel hukuk ilişkilerini de etkileyeceğini ifade etmiştir.¹⁰⁶

Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğü, anayasal temel hak ve hürriyetlerden olduğundan bu hürriyetin

¹⁰² Küçükyalçın, "Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması," 105-106.

¹⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 501.

¹⁰⁴ Zafer Gören, *Temel Hak Genel Teorisi* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2000), 76-77.

¹⁰⁵ Gören, *Temel Hak*, 79-80; Aynı yönde bkz. Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri," *İÜHFEM* 53, no. 1-4 (1990): 210-211. Dolaylı etkiyi savunan aksi yönde görüş için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 502.

¹⁰⁶ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 155.

sınırlandırılması Anayasanın 13. maddesi¹⁰⁷ bağlamında söz konusu olabilecektir. Buna göre; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* Bu noktada ilk olarak AY m. 48’e baktığımızda madde metninde sözleşme özgürlüğüne ilişkin bir sınırlama öngörülmemiş olduğu göze çarpmaktadır. Bu durum sözleşme özgürlüğünün sınırsız mı olduğu anlamına gelecektir sorusunu gündeme getirmektedir.

Gözler, 13. maddeden genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırılması sonucu bazı özgürlüklerin tamamen sınırsız, bazılarının ise kısmen sınırsız hale geldiğini ifade etmektedir.¹⁰⁸ Yazara göre ilgili maddede özel sınırlandırma sebebi öngörülmeyle sözleşme özgürlüğü de tamamen sınırsız hale gelmiştir; şöyle ki artık herkes dilediği gibi sözleşme yapabilecek, başkaca hiçbir kanunda yer alan sınırlandırma artık geçerli olmayacak, hatta istenirse serbestçe uyuşturucu ticareti bile yapılabilecektir.¹⁰⁹ **Gözler**’in bu aksi görüşüne rağmen öğretilerde genel kabul görmüş anlayış, genel sınırlandırma sebeplerinin kaldırılmış olmasının sınırsızlık anlamına gelmeyeceği yani sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığı yönündedir. Zira

¹⁰⁷ 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla değiştirilmeden önce bu madde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında genel sebepler olarak *“...Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı...”* ifadelerini içermekteydi. Değişiklik sonrası bu genel sebepler maddeden çıkarılmış ve her temel hak ve özgürlük için özel sınırlandırma sebepleri ilgili maddeye bırakılmıştır. İlgili maddede özel bir sınırlandırma sebebi yer almaması halinde acaba sınırsız hak veya özgürlük mü söz konusu olacak tartışmalarının fitili de böylece ateşlenmiştir.

¹⁰⁸ Kemal Gözler, *“Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri,” Ankara Barosu Dergisi*, no: 4 (2001): 64.

¹⁰⁹ Kemal Gözler, *“3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği,”* http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf.

Kapani'nin de ifade ettiği gibi sınırsız hürriyet kavramı fertler için pratikte bir anlam ifade etmediği gibi bu durum bir hürriyet vaa-dinden başka bir şey değildir.¹¹⁰

Özbudun, her hak ve hürriyetin Anayasa'da belirtilmiş olmasa bile, o hürriyetin niteliğinden doğan, başkaca bir deyişle eşyanın tabiatında gizli olan objektif sınırları olduğunu ifade eder.¹¹¹ **Tanör/Yüzbaşıoğlu** da her hak ve hürriyetin norm alanını çizen nesnel ve doğal sınırları olduğunu, bu sınırın dışında kalan taşkınlıkların yabancı cisim olup hukuken korunamayacağını; bu sebeple de bunları yasaklamak için Anayasa'da bir hüküm olmasının şart olmadığını belirtmişlerdir.¹¹² Bu objektif- doğal sınırlar her temel hak ve hürriyet için farklıdır.¹¹³ Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki görüşü ise şöyledir; "*Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın ilgili maddesinde özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması da mümkün bulunmaktadır.*"¹¹⁴ Bu noktada öğretilerdeki egemen görüşe ve Anayasa Mahkemesi'nin görüşlerine katılıyor ve **Gören**'in çalışmasından aldığımız şemanın açıklayıcı olacağını düşünüyoruz.¹¹⁵

¹¹⁰ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981), 231.

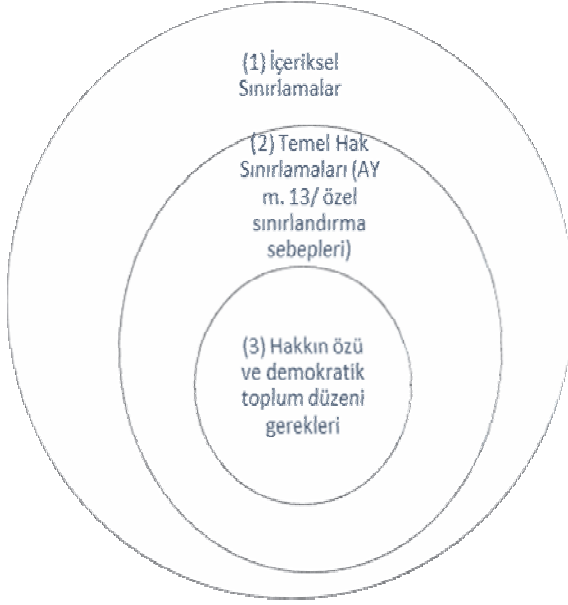
¹¹¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 115; Aynı yönde bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, no. 2 (2002): 18; Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982), 130.

¹¹² Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta, 2015), 136-137.

¹¹³ Hakyemez, "Objektif Sınır," 24.

¹¹⁴ AYM, E. 2016/154, K. 2017/106, 31.5.2017, RG. 11.7.2017, S. 30121. Aynı yönde bkz. AYM, E. 2015/102, K. 2016/151, 7.9.2016, RG. 18.10.2016, S. 29861; AYM, E. 2014/126, K. 2015/86, 8.10.2015, RG. 22.10.2015, S. 29510.

¹¹⁵ Gören, *Temel Hak*, 89.



Bu şemaya göre en dıştaki birinci daire, temel hakka veya özgürlüğe Anayasa tarafından önceden çizilmiş yani başlangıçtan itibaren doğasında bulunan içeriksel sınırları gösterir; ikinci daire AY m. 13'te işaret edilen özel sınırlandırma sebeplerini ifade eder ve en içteki daire ise hiçbir sınırlandırmanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağını ve hakkın özüne dokunamayacağını belirtir.

O halde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü kavramlarından ne anlaşılması gerekir? Anayasa Mahkemesi'ne göre kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz ve özgürlük kısıtlamaları güdülen amaç ne olursa olsun belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye varmamalıdır.¹¹⁶ Öğretide bir görüşe göre ise, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile kastedilen, çoğulcu özgürlükçü ve katılımcı bir demokraside hürriyetlerin belirli bir seviye olması gerektiğidir.¹¹⁷

¹¹⁶ AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, 26.11.1986, RG. 14.08.1987, S. 19544.

¹¹⁷ İsmail Köküsarı, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 1 (2011): 176.

Anayasa Mahkemesi 1963 tarihli bir kararında bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici, amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki yasal sınırlamaların hakkın özüne dokunduğunu kabul etmiştir.¹¹⁸ Başkaca bir ifadeyle hakkın özüne dokunmama, ilgili hakkı sınırlandırmanın, o hakkı anlamsız kılacak dereceye varmamasıdır.¹¹⁹ Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması noktasında dikkat edilmesi gereken bir diğer kriter de ölçülülüktür. Anayasa Mahkemesi'nin de sık sık yinelediği üzere sözleşme özgürlüğü anayasal dayanağı olan bir hürriyet olmakla beraber, sınırlandırılması söz konusuysa AY m. 13' te yer alan, amaç ile araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesi de her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.¹²⁰

Unutulmamalıdır ki temel hak ve hürriyetlerin tek olası tehlikeli düşmanı devlet değildir; bilakis onları araç olarak kullanan kişilerce de tehdit edilirler.¹²¹ Başkaca bir deyişle temel hak ve hürriyetleri kullanmak ne kadar doğalsa, onların kötüye kullanılması da o kadar doğaldır.¹²² AY m. 14/II' de "*anayasa hükümlerinden hiçbirini, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz*" ifadelerine yer verilmiştir. Bu maddeye göre bir temel hak ve hürriyetin Anayasa'da yer almış bulunması, bunun taşıyıcısının temel hak ve özgürlüğü yok etmek amacıyla faaliyette bulunmasına, bu faaliyetin de meşru sayılmasına imkân vermez.¹²³

¹¹⁸ AYM, E. 1962/208, K. 1963/1, 4.1.1963, RG. 13.3.1963, S. 11354.

¹¹⁹ Köküsarı, "Hak Arama Özgürlüğü," 173.

¹²⁰ AYM, E. 2016/154, K. 2017/106, 31.5.2017, RG. 11.7.2017, S. 30121; AYM, E. 2015/102, K. 2016/151, 7.9.2016, RG. 18.10.2016, S. 29861; AYM, E. 2014/108, K. 2015/8, 14.1.2015, RG. 21.5.2015, S. 29362.

¹²¹ Gören, *Temel Hak*, 45.

¹²² Cengiz Topel Çiftcioğlu, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasası," *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2012): 192.

¹²³ Gören, *Temel Hak*, 48.

Bu bağlamda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2/II' de “*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” şeklinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması yasağı da göz ardı edilmemelidir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, bir hakkın kullanılmasında hak sahibine hiç yararı olmadığı veya çok az ve sınırlı yararı olduğu hallerde söz konusu olup, kötüye kullanmanın başladığı yerde o hak veya hürriyetin sona ermiş sayılacağı kabul edilir.¹²⁴ Başka bir deyişle hakkın kötüye kullanılmış olduğunu kabul etmek için, o hakkın tanınmasındaki amaca aykırı olarak kullanım ve bu kullanmada kullanan bakımından menfaat yokluğu veya çok küçük bir menfaat olması gerekir.¹²⁵

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlerden biri olarak sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığı ve AY m. 48'de özel bir sınırlandırma sebebi yer almasa da hakkın özüne ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı şekilde sözleşme özgürlüğünün kullanılamayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca tarafların kendi kanunu hükmünde olan sözleşmelerinde, Anayasanın yatay etkisi bağlamında hakkın özüne dokunmadan hareket etme yükümlülüklerinin olduğunu söyleyebiliriz.

C. Eşitlik İlkesi ve Hak Arama Hürriyeti

1. Tarafların Eşitliği

Tüm tahkim sözleşmelerinin kalbi ve ruhu irade özerkliğine dayanır; ancak bu durum mutlak sınırsız bir serbesti anlamına gelmediği gibi başta kamu düzeni, eşit muamele gibi sebeplerle sözleşmelerin sınırlandırılması sonucunu doğurabilir.¹²⁶ Açıkça ifade

¹²⁴ Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 7, 22.

¹²⁵ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 24.

¹²⁶ Ansari, “Party Autonomy,” 47-48; Şeyda Dursun, “A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of Its Role and Extent,” *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2012): 181-182.

edilmiyor olsa bile, şüphesiz asimetrik tahkim şartları irade özerkliği prensibi ve onun taraflara sağladığı esneklikle uyumludur. Bununla birlikte asimetrik tahkim şartlarının uygulanmasını engelleyebilecek birtakım sınırlamalar söz konusu olabilir.¹²⁷

Sözleşme yapanların ekonomik ve sosyal yönden her zaman birbirleriyle eşit konumda olmamalarından dolayı bilhassa İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sözleşme özgürlüğüne konulan sınırlar giderek artmıştır.¹²⁸ Kurulacak bir sözleşmenin adil olması öncelikle tarafların müzakere güçleri arasında bir eşitliğin bulunmasına bağlı olduğundan; Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan "sosyal hukuk devleti" olmanın bir gereği olarak hukuk, sözleşme adaletini sağlamak üzere sosyo-ekonomik açıdan güçsüz durumda olanları güçlülere karşı korumalıdır.¹²⁹ Zira hukuki eşitlik ilkesi uygulamada sosyo-ekonomik eşitliği sağlayamamakta, böylece güçlüler zayıflara kendi iradelerini kabul ettirebilmektedir.¹³⁰ Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında benzer ifadelerle yer vermiştir:¹³¹ "Bugün, sözleşme özgürlüğünün sadece taraflar arasında yaklaşık bir güç dengesinin var olması durumunda çatışan menfaatleri dengelemeye yaradığı ve zedelenmiş sözleşme eşitliğinin giderilmesinin günümüz Medeni Hukuk'unun en önemli ödevlerinden biri olduğu konusunda yaygın bir fikir birliği mevcuttur."

Bir sözleşme yapılırken tarafların genellikle eşit konumda olmamaları nedeniyle bu eşitsizliğin mümkün mertebe giderilmesi sözleşme hükümleri ile teşvik edilmelidir. Bugün için eşitlik kavramından artık salt aritmetik bir eşitliğin anlaşılamayacağı, mutlak eşitliğin önemini kaybetmekte olduğu ortadadır. Eşitlik, herkesin pastadan eşit dilimler halinde pay alması olamaz. Anayasa Mahke-

¹²⁷ Ustinov, "Legal Validity." 30.

¹²⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, 299.

¹²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 504.

¹³⁰ Eren, *Borçlar Hukuku*, 299.

¹³¹ Yeşim Atamer, "Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti- Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi," *İÜHF* 55, no. 3 (1997): 427; Kocayusufpaşaoğlu, *Sözleşme*, 504-505.

mesi kararlarında¹³² da ifade edildiği gibi “eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle, “eşitlerin eşitliği” anlamındadır. Farklı durumda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani “eşit olmayanların eşitsizliği”; eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.”

Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerli olmaması gerektiği yönündeki düşüncelerin temelinde esasında tarafların eşitliği yani eşit muamele ilkesi yatar.¹³³ Bu ilke HMK m. 423’te de “*taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler*” şeklinde yer almıştır. Her ne kadar burada tahkim yargılaması esas alınmış olsa da **Umar**, tarafların tahkim sözleşmesinin içeriğini ve hakemleri belirlemede gerçekten eşit hak ve yetkiye sahip olmaları halinde ancak tahkim sürecinde de eşit hak ve yetkiye sahip olabileceğini ifade eder.¹³⁴ Ayrıca öğretilerde tarafların kendi iradeleriyle bu ilkedен vazgeçemeyecekleri dile getirilmektedir.¹³⁵ **Yeğengil** de benzer şekilde, taraflar kendi çıkarları aleyhine tasarrufta bulunmayacaklarından hakem tayinindeki eşitliği sağlayacak tedbir ve imkânları ihmal etmelerinin düşünülmemeyeceği kanaatindedir.¹³⁶ Oysaki **Öden**’in de ifade ettiği gibi hukukun genel ilkesi olan eşitlik, özel hukuk ilişkilerinde doğrudan etkiye sahip olacağından¹³⁷ kanaatimizce yukarıda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından yaptığımız açıklamalar burada geçerli olacaktır.

Sözleşmede tarafların eşitliği, hiç şüphesiz hakların ve yükümlülüklerin birebir aynı veya benzer olacağı anlamına gelmez. Asi-

¹³² AYM, E. 1988/7, K. 1988/27, 27.9.1988, RG. 26.12.1988, S. 20031; AYM, E. 1988/16, K. 1988/29, 27.9.1988, RG. 26.12.1988, S. 20031; AYM, E. 1988/9, K. 1988/28, 27.9.1988, RG. 26.12.1988, S. 20031; AYM, E. 2004/5, K. 2008/111, 29.5.2008, RG. 05.11.2008, S. 27045.

¹³³ Ustinov, “Legal Validity.” 32.

¹³⁴ Umar, *Şerh*, 1217.

¹³⁵ Serhat Sarısozen, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması* (İstanbul: Kazancı, 2005), 42; İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 83; Akıncı, *Tahkim*, 169.

¹³⁶ Yeğengil, *Tahkim*, 17.

¹³⁷ Öden, *Eşitlik İlkesi*, 156-157.

metrik tahkim sözleşmeleri bakımından da tam olarak böyle bir durum söz konusudur. Aslında eşit muamele ilkesinin ihlali, asimetrik tahkim şartının varlığıyla ilgili değildir; yargılama sırasında tarafların usuli haklarının ihlaliyle ilgilidir.¹³⁸ Bir başka deyişle yargılama sırasında taraflardan birinin usuli haklarının ihlal edilmesi halinde asimetrik tahkim şartının geçersizliği gündeme gelebilir. AİHM içtihatlarından da anlaşıldığı üzere tarafların eşitliği ilkesinin önemi muhakkak ki inkar edilemez, ancak bu ilke başlamış bir tahkim yargılamasında devreye girmektedir.¹³⁹

Sözleşmelerde yer alan hükümler bakımından matematiksel eşitlik düşünülmemeyeceği gibi esas olması gerekenin sözleşmenin bütününde tarafların eşitliğinin gözetilmesi olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple ilk bakışta bir hüküm taraflardan birinin daha lehine görülebilir ancak başka bir hükümle diğer tarafa avantajlı bir durum yaratılıp sözleşmenin genelinde denge tarafların ortak mutabakatı ile sağlanmış olabilir ki bu durum AY m. 13'te ifadesini bulan ölçülülük ilkesi ile de uyumludur. Daha sonra -kanımızca dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde- salt aleyhine bir karar çıktığı için sözleşmede taraf eşitliğinin ihlal edilmiş olduğunun iddia edilmesini doğru olmayacaktır. Şüphesiz iradeyi saktatlayan halleri bu kapsamda değerlendirmemekteyiz.

2. Hak Arama Hürriyeti

Öğretide hak arama hürriyetinin iki yönü olduğu savunulur; adaletten yararlanma hakkı ve dinlenilme hakkı.¹⁴⁰ Hak arama hürriyetinin asli görünümünün ise mahkemeye ulaşma hakkı olduğu söy-

¹³⁸ Ustinov, "Legal Validity." 34.

¹³⁹ AİHM, *Dombo Beheer B. V. ve The Netherlands*, 27.10.1993, b.n. 14448/88, para. 33. Tarafların eşitliği ilkesinin hakem mahkemesinin oluşturulması dahil tahkim yargılamasının her aşamasında (yani yargılama başlamadan da önce) dikkate alınması, taraflardan hiçbirinin hiçbir şekilde ayrıcalıklı bir konumda olmaması gerektiği yönündeki karşı görüş için bkz. Petrochilos, *International Arbitration*, 145; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 206; Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 170.

¹⁴⁰ Bilgehan Yeşilova, "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği," *TBB Dergisi*, no. 86 (2009): 56.

lenebilir.¹⁴¹ Savunma hakkının temel bir güvencesi olan eşitlik ilkesi de öncelikle tarafların mahkemeye erişimde eşitliğini gerektirir.¹⁴² Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı ile sıkı bir bağ içerisinde. Şöyle ki "*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"

Burada ilk olarak acaba tahkim yargılaması devlet mahkemelerine başvuru yolunu kapattığı için hak arama hürriyetinin ihlali sonucu mu doğurur sorusu akla gelmektedir. Tartışma konusu olacak ikinci mesele ise asimetrik tahkim sözleşmeleri bağlamında yukarıda verdiğimiz örneklere göre, taraflardan birine mahkemeye yahut tahkime başvurma arasında bir seçim hakkı tanınırken, diğer tarafa ya sadece tahkime ya da mahkemeye başvurma hakkı tanıyan durumlarda, bunların hak arama hürriyetinin ihlali sonucunu doğurup doğurmayacağı noktasındadır.

Özekes hak arama hürriyetini düzenleyen AY m. 36'da "*yargı mercileri*" ifadesinin mahkemeler ile sınırlı olmayıp geniş anlamda yargısal faaliyet yürüten hakem mahkemesi dahil tüm yargı mercilerini kapsadığını ifade etmektedir.¹⁴³ Bugün için pek çok ülke hukukunda tahkim, uyuşmazlıkların çözümünde, yargısal bir işlev icra eden müessese olarak kabul edilmektedir ki, bu noktada artık tahkimin hukuka uygun olmadığını söylemek mümkün değildir.¹⁴⁴ Kanaatimizce, taraflar tahkime başvurmak suretiyle devlet mahkemelerinin yargılamasından vazgeçmiş olsalar da bu durum hak arama hürriyetinden vazgeçildiği anlamına gelmez zira hakem heyeti de geniş anlamda mahkeme kavramı içerisinde yer almakta ve bir yargılama faaliyetini yerine getirmektedir. Kaldı ki temel hak ve hürriyetlerin özünden vazgeçilemeyeceğinden dolayı hak arama

¹⁴¹ Yeşilova, "Yargılama Diyalektiği," 57.

¹⁴² Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 39.

¹⁴³ Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 195-196. Aynı yönde bkz. Sezin Aktepe Artık, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 366; Yeşilova, "Yargılama Diyalektiği," 57, dn. 54.

¹⁴⁴ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 142-143.

hürriyetinden tamamen vazgeçilmesi söz konusu olamaz; ancak AY m. 36'da özel sınırlandırma sebebi öngörülmemiş olduğundan ölçülülük ilkesi kapsamında özüne zarar vermeden sınırlandırılması söz konusu olabilir.¹⁴⁵

Hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasında ölçülü davranılması için öncelikle bir hak arama yolunun öngörülmesi, yani özüne dokunulmamış olması gerekmektedir.¹⁴⁶ Bu bağlamda taraflardan birini sadece tahkime yahut sadece mahkemeye başvurma hakkı tanıyarak diğer yolları kapatan asimetrik tahkim sözleşmeleri acaba hak arama hürriyetinin ihlali midir yoksa kabul edilebilir bir sınırlandırma mıdır? Kanaatimizce bu halleri ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

Öncelikle tahkim yahut devlet mahkemesinden dilediğine başvurmada seçimlik hakkı olan taraf (A) karşısında diğer tarafın (B) sadece tahkime başvurabilme hakkının olduğu yani devlet mahkemelerine başvuru yolunun bu taraf için kapatıldığı sözleşmelere bakacak olursak, kanaatimizce bu tip asimetrik sözleşmeler hak arama hürriyetini tamamen devre dışı bırakmayıp ölçülü bir sınırlandırma olarak kabul edilebilir. (A) kişinin seçimlik hakkını kullanarak devlet mahkemelerine başvurması halinde (B) şüphesiz tahkim itirazında bulunarak yargılamanın hakem heyetinde görülmesini sağlayabilir. Süreci başlatanın (B) olması halinde ise yargılama zaten hakem heyetinde görülecek olup (A)'nın yargılamanın devlet mahkemesine taşınmasını talep etme hakkı olmayacaktır.

Çalışmamız bakımından asıl tartışmalı olan husus, tahkim veya devlet mahkemesinden dilediğine başvurmada seçimlik hakkın taraflardan birine (A) tanınırken, sözleşmede diğer tarafın (B) ya sadece devlet mahkemelerine başvurabileceğinin belirtilmiş olması ya da bu konuda hiçbir şey belirtmemiş olmasıdır. (B) açısından bu iki hal arasında esasen bir fark yoktur. Uyuşmazlıkların çözüm yerinin kural olarak devlet mahkemeleri, bunun istisnasının ise tahkim ol-

¹⁴⁵ Aynı yönde bkz. Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 153; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 201.

¹⁴⁶ Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü," 178.

duğu göz önünde bulundurulduğunda, tahkim sözleşmesinde (B) için herhangi bir ifadeye yer verilmemesi doğrudan hak arama hürriyetinin ihlali olduğu sonucuna ulaştırmamalıdır.¹⁴⁷ Başka bir deyişle sözleşmede yer almasa dahi (B) için istisnai yol olan tahkim kabul edilmemişse devlet mahkemelerine başvurma hakkı zaten saklıdır. (B)'nin hakkını arama imkânının tamamen elinden alınması gibi bir durum söz konusu olmadığı için kanımızca bu durum hak arama hürriyetini ihlal etmez.

Burada ortaya çıkabilecek asıl sorun (B)'nin uyuşmazlığın çözüümü için devlet mahkemelerine başvurması halinde (A)'nın tahkim itirazı ile karşı karşıya kalması ve bu itirazın yerinde görülmesinden sonra (A)'nın tahkim sürecini başlatmaması halinde (B)'nin hakkını nasıl arayacağıdır. Bu konuda verilmiş bir Yargıtay kararında¹⁴⁸ da *“bu şartın geçerli sayılması, öncelikle kurtarma-yardım hizmetinden yararlanan ilgililerin hak arama özgürlükleri açısından hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Zira taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana geldiği zaman, hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurması yolu, davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulmak suretiyle engellenecek, davalı kurumun tahkim yoluna başvurmaması halinde ise hizmeti alan ilgililerin başvurabileceği bir başka yasal yol kalmayacaktır”* ifadelerine yer verilerek söz konusu tahkim şartının geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır. Bu tespit bizce de son derece yerindedir.¹⁴⁹ Bu sebeple taraflardan sadece birisine tahkime başvurma imkânı tanıyan, diğer tarafın devlet mahkemelerinden başka yolunun olmadığı sözleşmelerde yukarıdaki örnekte olduğu gibi taraflardan birinin hakkını arama yolu tamamen kapanabileceğinden bu tip asimetrik tahkim şartlarının/sözleşmelerinin geçersiz sayılması gerekir.

Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer ihtimal de paralel yargılamaların ortaya çıkması tehlikesidir. Taraflardan birinin tahkime diğerinin de devlet mah-

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. Esen, *Tahkim Şartının Geçerliliği*, 153-154.

¹⁴⁸ Yar. 11. HD, E. 2009/3257, K. 2011/1675, 15.2.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁹ Aynı yönde bkz. Ekşi, *Tahkim*, 90; Aydemir, *Tahkim*, 135; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 73. Aksi yönde görüş için bkz. İlhan, *Tahkim*, 217-218.

kemelerine başvurması halinde kendi yargılama yetkileri hakkında karar verebiliyor (*the doctrine of competence-competence*) olmaları nedeniyle her iki uyuşmazlık çözüm merciinin de kendisini uyuşmazlığı çözmekte yetkili görmesi paralel yargılamayı gündeme getirir.¹⁵⁰ Paralel yargılamaların doğuracağı olumsuz sonuçları önlemek için ülkeden ülkeye değişebilen müesseseler öngörülmüştür ki bu sebeple genel tek bir tanım yapılabilmesi güçtür.¹⁵¹ Devlet mahkemesinde tahkim ilk itirazında bulunulmaz, mahkemece bu durum re'sen de tespit edilmezse derdest olan iki yargılamada verilecek kararların birbirine muhalif olması halinde hem toplumun adalete olan inancı sarsılacak hem de gereksiz bir mali yük doğacaktır.¹⁵² Esasında bu durum asimetrik tahkim sözleşmelerine özgü değildir. Asimetrik olsun olmasın her tahkim sözleşmesi ile karşı karşıya kalınabilecek bir sorundur.¹⁵³ Zira taraflar uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğini kararlaştırdıktan sonra taraflardan biri yine de devlet mahkemelerine başvurur ve karşı tarafça da süresinde tahkim ilk itirazında bulunulmaz ise mahkeme zaten uyuşmazlığı görmeye görevli hale gelecektir. Eş zamanlı olarak tahkim sürecinin de yürütülmesine ses çıkarılmazsa, birbirine zıt iki ayrı karar çıkma tehlikesi gündeme gelebilir. Dolayısıyla paralel yargılamalar tahkimin henüz çözülemeyen çıkmazlarından olup bizim çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır diyebiliriz.

3. Çelişki Yasası

Bir kimseyi kendi davranışlarıyla bağlı tutan, davranışları arasında tutarlılık olmasını zorunlu kılan genel bir kural olmamakla birlikte, davranışlarıyla karşısındakinde güven oluşturmuş kimse-

¹⁵⁰ Lauren D. Miller, "Is the Unilateral Jurisdiction Clause No Longer an Option? Examining Courts' Justifications for Upholding of Invalidating Asymmetrical or Unilateral Jurisdiction Clauses," *Texas International Law Journal* 51, no. 3 (2016): 326.

¹⁵¹ Gilles Cuniberti, "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement," *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 21, no. 2 (2006): 2.

¹⁵² Nuray Ekşi, "Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar," *UTTDER* 2, no. 2 (2013): 21.

¹⁵³ Aynı yönde bkz. Ekşi, "Paralel Davalar," 21; İlhan, *Tahkim*, 218; Aydemir, *Tahkim*, 133.

nin daha sonra bu güvenle uyumlu olmayan hareket tarzı çelişkili davranış yasağının ihlali sonucunu doğurur.¹⁵⁴ Başka bir ifadeyle, bir tarafın daha önce yaptığı bir işlem veya bulunduğu beyanla çelişen bir işlem yapmaya yeltenmesi hukuken korunamaz.¹⁵⁵ Kimsenin önceki çelişkili fiiline dayanamayacağı kuralına “*venire contra factum proprium*” denir.¹⁵⁶

Çelişkinin varlığı için kişinin kasıtlı veya ihmal ile hareket etmiş olması zorunlu olmayıp önceki davranışı sırasında daha sonra bu davranışının bazı hukuki sonuçlar doğurabileceğini objektif olarak bilebilmesi gerekir.¹⁵⁷ Önceki davranışıyla çelişen kimse eğer bir hakkını kullanırken veya borcunu yerine getirirken objektif dürüstlük kuralına aykırı davranmışsa TMK m. 2/I’ in ihlali; yok eğer muhatapta uyandırdığı güveni ihlal etmişse hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.¹⁵⁸

Edis, geçerli bir tahkim şartı/sözleşmesi olmadığı halde kendi hakemini seçip karşı tarafın da hakem seçmesini yazılı olarak isteyen kimsenin sonradan tahkim şartının/sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri sürerek uyuşmazlığın hakem marifetiyle çözülmesini engelleyemeyeceğini ifade eder.¹⁵⁹ Yazar bu örneği doğrudan asimetrik tahkim için vermemiş olsa da asimetrik tahkim sözleşmesi kurulurken tarafların iradelerinin birbiriyle uyuşmuş olmasına rağmen yukarıda ifade ettiğimiz gibi ölçüsüz bir şekilde hakkın özüne dokunan temel hak ve hürriyet sınırlandırmaları sebebiyle bu tip sözleşmeler esasen geçerli olmayabilir. Ancak tarafların başlangıçta bu konuda bir itirazı olmadığı gibi, uyuşmazlığın hakem/hakemler

¹⁵⁴ Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989), 342-343; Fatma Alaslan, “Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı,” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 428.

¹⁵⁵ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı* (Ankara: S Yayınları, 1989), 108.

¹⁵⁶ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 57.

¹⁵⁷ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 58.

¹⁵⁸ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 63.

¹⁵⁹ Edis, *Başlangıç Hükümleri*, 344.

önünde görülmesinden sonra tahkim sözleşmesinin geçersizliği sebebiyle hakem kararının iptali gündeme gelirse kanaatimizce çelişkili davranış yasağı devreye girecektir. Bu halde sözleşmenin geçersizliği, çelişkili davrananın muhatabının güveninin korunması için düzelmiş sayılacaktır.¹⁶⁰ İşte böyle geçerli olmadığı halde geçerli bir sözleşmenin hükümlerinin bir ilişkiye bağlanmasını ifade eden hallerde fiili sözleşme ilişkisi söz konusu olur.¹⁶¹ Fiili sözleşme ilişkilerinde bir sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan irade açıklamasının yerini maddi bazı fiili davranışlar almaktadır.¹⁶² Fiili sözleşme ilişkileri teorisi özellikle geçersiz olan veya sona ermiş olan sözleşmeye rağmen tarafların edimlerini ifa etmeleri halinde taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun bir çözüm sağlar.¹⁶³ **Akyol**, çelişki yasağının bir itiraz niteliğinde olduğunu ve hukuk hayatımıza güvenlik kazandırması bakımından hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği ifade etmektedir.¹⁶⁴

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("Sözleşme") m. 34'e göre, sözleşmeyi imzalayan devletin, sözleşmede ve ilgili protokollerde yer alan yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle zarar gören her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş ve kişi grupları ilgili devlete karşı iddialarını bireysel başvuru yoluyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşıyabilir. Bilindiği üzere AİHM bir temyiz mercii olmayıp, Sözleşme' de ifade edilen temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilip edilmediğini denetleyen bir mahkemedir. Bu yolda zarar görenin iddialarının muhatabı akit devlet olduğundan, ilk olarak iddia edilen ihlalin devlet kurumlarınca gerçekleştirilmiş olması gerektiği akla gelmekte, hal böyleyken hakem heyetlerinin yerine getirdiği faaliyetin denetiminin

¹⁶⁰ Şener Akyol, *Medeni Hukukta Çelişki Yasağı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 57.

¹⁶¹ Akyol, *Dürüstlük Kuralı*, 70.

¹⁶² Ahmet M. Kılıçoğlu, "Fiili Sözleşme İlişkileri," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5-6 (1985): 739.

¹⁶³ Kılıçoğlu, "Fiili Sözleşme," 748.

¹⁶⁴ Akyol, *Çelişki Yasağı*, 61.

Sözleşme'nin kapsamına girip girmeyeceği tartışması ortaya çıkmaktadır. Bundan başka AİHS'nin özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi de çalışmanın bu bölümünün diğer ayağıdır.

Bir kanun hükmüyle temel hak ve hürriyetleri ihlal eden asimetrik tahkim şekli düzenlenmiş olabileceği gibi, tarafların sözleşmelerinde yer alan asimetrik tahkim hükmünün temel hak ve hürriyetleri özüne zarar verecek şekilde sınırlandırması da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda geçersizliğe ilişkin tüm iç hukuk yollarını tüketen ancak bir sonuca ulaşamayan tarafın AİHM'e başvurusu gündeme gelebilir.

Öncelikle bu çalışmada amacın mahkeme kavramından ne anlaşılması gerektiğini uzun uzun incelemek olmadığını belirterek genel hatlarıyla ve öğretilerdeki tartışmalarıyla bu kavrama kısaca değinmek yerinde olacaktır. Mahkeme kavramı dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda mahkeme, devlet tarafından görevlendirilmiş olan ve yargılama yapıp hüküm vermekle yetkilendirilmiş bulunan kuruluşları işaret ederken; geniş anlamda mahkeme, bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerine sahip, önlerine gelen hukuki uyuşmazlık ve hukuka aykırılık iddiaları ile istemler hakkında, belirli usullerle ilkeler dairesinde, yargılama yapıp karar alan tüm kurum ve kuruluşları ifade eder.¹⁶⁵ Bu bağlamda hakem heyetleri geniş anlamda mahkeme kavramı kapsamında kabul edilebilir.

Mahkeme kavramının kapsamına hakem heyetlerinin girip girmediği karmaşasına yol açan Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kavramına yüklediği anlamdır. Sorunun asıl çıkış noktası ise İngilizce "court" ve "tribunal" kavramlarının birebir Türkçe'ye çevrilememiş olmasından ötürü çoğu defa ikisine de mahkeme denmesinden kaynaklanır.¹⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin 31.5.2007'de verdiği bir kararda mahkeme kavramının dar anlamıyla benimsenmiş olduğunun ve hakem heyetlerinin Anayasa Mahkemesi'ne göre mahkeme kav-

¹⁶⁵ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 76-78.

¹⁶⁶ Kemal Başlar, *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı* (Ankara: Roma, 2005), 8-16.

ramı kapsamına dahil edilemeyeceğini görüyoruz.¹⁶⁷ Oysaki AİHS m. 6'da adil yargılanma hakkı bağlamında "*tribunal established by law*" ifadesi yer almakta, bu da resmi çevirilerde Türkçe'ye "*kanunla kurulmuş mahkeme*" olarak aktarılmaktadır. Bugün hala özellikle ihtiyari tahkimin AİHS'nin kapsamına girmediği yönünde görüşler olsa da, bizim de katıldığımız görüşe göre AİHS'de "*tribunal*" ifadesi ile hakem heyeti dahil yargılama faaliyetini yerine getiren tüm yargı mercileri kastedilmekte ve bilinçli bir tercihle "*courts*" yani dar anlamda mahkeme kavramından uzak durulmaktadır.¹⁶⁸

Her ne kadar bugün için henüz AİHM nezdinde AİHS hükümlerinin hakemler ve tahkime başvuran taraflar için bağlayıcılığına ilişkin bir dava gündeme gelmemiş de olsa; yukarıda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bağlamında anayasanın yatay uygulanabilirliğine ilişkin açıklamalarımız aynen burada da geçerli olup AİHS, devlet dışındaki gerçek ve tüzel kişileri de bağlamaktadır.¹⁶⁹ Şüphesiz ki Sözleşme' de yer alan hak ve özgürlükler, özel hukuk kişileri için üye devletlerle aynı yaptırım gücüne sahip olamayacaktır.¹⁷⁰ Ancak kimse AİHS uyarınca garanti altına alınan hakların ihlali sebebiyle Sözleşme' ye dayanarak karşı tarafın sorumluluğunu yerine getirmesini talep edemese de bu durum yatay etkinin olma-

¹⁶⁷ "...Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlemekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılma- larının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir..." AYM, E. 2007/53, K. 2007/61, 31.5.2007, RG. 27.12.2007, S. 26739.

¹⁶⁸ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 134-143; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 197-199.

¹⁶⁹ Aynı yönde bkz. Aleksandar Jaksic, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings A Still Unsettled Problem?" *Journal of International Arbitration* 24, no. 2 (2007): 160-161.

¹⁷⁰ Evert Albert Alkema, "The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights," *Protecting Human Rights: The European Dimension*, *Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, ed. Franz Matscher ve Herbert Petzold (Köln: Heymanns, 1988), 37.

dığı anlamına gelmez.¹⁷¹ Yatay etki anlayışının, güvence altına alınan hakkın etkin, efektif bir biçimde korunmasını sağlamak yönünden son derece önemli bir işlevi olduğu düşünülmektedir.¹⁷² Özel hukuk kişilerinin Sözleşme ile korunan temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi halinde, üye devletin bu konuda kendi mevzuatı ile mahkemelerinin ve idari makamlarının davranışları bağlamında sorumlu tutulabileceği kabul edilmelidir ki bu da dolaylı yatay uygulanabilirlikle açıklanabilir.¹⁷³ Bu gibi durumlarda muhatap, olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması sebebiyle ilgili üye devlet olacaktır.¹⁷⁴

Tahkim yargılamasında, devletin bağımsız ve tarafsız mahkemelerinde olan yargı yetkisinin özel kişilerce kullanılıyor olması, adaletin icrasıyla ilgili bir sistemdeki noksanlıklardan ötürü devleti sorumluluktan kurtaramaz.¹⁷⁵ Özellikle tahkimde devletin denetim şeklinde bir yükümlülüğü vardır. Hukukumuzda da hakem kararlarının iptali müessesesi devletin bu denetim yükümlülüğünü yerine getiriş şeklidir. Bu sebeple devlet, güvencesi altındaki hakkın sahibi tarafından kullanılabilmesi için gerekli her türlü olumlu tedbiri almakla ve denetimsel işlevleri yerine getirmekle yükümlüdür.¹⁷⁶

İrade sakatlıkları sebebiyle geçersiz olmayan bir asimetrik tahkim sözleşmesi, hak arama hürriyetini ortadan kaldırır, taraflar arasında eşitliği hakkın özüne zarar vererek bozar ya da herhangi bir temel hak ve hürriyeti ölçülülük ilkesi sınırları dışında tamamen ortadan kaldıracak yani özüne zarar verecek şekilde sınırlandırır ise tarafların tamamen serbest iradeleriyle akdetmiş oldukları sözleşme, kanaatimizce TBK m. 27'ye göre kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle geçersiz sayılmalıdır. Burada bizce kesin hükümsüzlük söz konusu olduğu halde devlet mahkemeleri tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin önüne gelen uyuşmazlıkta bu kayıtları geçerli

¹⁷¹ Jaksic, "Procedural Guarantees," 162.

¹⁷² Alkema, *Drittwirkung*, 44; Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 147.

¹⁷³ Alkema, *Drittwirkung*, 38; Petrochilos, *International Arbitration*, 112.

¹⁷⁴ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 148, dn. 76.

¹⁷⁵ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 161.

¹⁷⁶ Yeşilova, *Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, 162.

kabul ederse, tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'e bireysel başvuru yoluyla gidilebileceği fikrindeyiz. Ayrıca HMK m. 439'da hakem kararlarının iptal sebepleri arasında tahkim sözleşmelerinin geçersizliği de sayılmıştır. Geçersiz bir asimetrik tahkim sözleşmesi nedeniyle hakem kararının iptali yoluna gidildiğinde mahkeme sözleşmeyi geçerli sayar da kararı iptal etmezse yine iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'e başvuru gündeme gelecektir. Burada unutulmaması gereken, sözleşmenin sonradan geçersizliğini ileri süren tarafın bunu çelişkili davranma yasağı bağlamında hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek şekilde hareket etmiyor olmasıdır.

III. TÜRK HUKUKUNDA ASİMETRİK TAHKİM SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Hukukumuzda tahkim uygulaması özellikle son yıllarda dikkat çekici şekilde artış göstermiştir. Bu durum pek çok açıdan yeni tartışmaları gündeme getirmiştir. Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği meselesi de işte bu tartışma konularından birisidir. Türk hukukunda bu tip sözleşmeleri doğrudan geçersiz sayan bir hüküm mevcut değildir. Asimetrik tahkim sözleşmeleri ilk defa Yargıtay'ın 2011'de verdiği bir kararla¹⁷⁷ gündeme gelmiş, bu kararda yapılan tespitler öğretilerde birtakım eleştirileri de beraberinde getirmiştir.

Taraflarca sözleşme serbestisi sınırları içerisinde yapılan asimetrik tahkim sözleşmeleri yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda kanaatimizce geçerlidir. Türk Hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerinin her ne kadar bu adla anılmasa da bilinen iki örneği vardır. Bunlardan birisi Sigorta Kanunu m. 30'da düzenlenen sigorta tahkimi, diğeri ise 2011'de Yargıtay tarafından da tartışılmış Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi'nde yer alan tahkim şartıdır. Öncelikle belirtmek gerekir, Yargıtay'ın önüne de gelmiş olan Kurtarma-Yardım Sözleşmesindeki asimetrik tahkim şartı artık uygulanmamaktadır. Bu Sözleşme'de 2015'te yapılan de-

¹⁷⁷ Yar. 11. HD, E. 2009/11257, K. 2011/1675, 15.2.2011, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ğişiklik sonucu asimetrik tahkim şartı ortadan kaldırılmış olduğundan artık uygulanmayan bu şarta sadece Yargıtay'ın tespitleri doğrultusunda kısaca değineceğiz.

B. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi

Dava konusu olmuş Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Kurtarma-Yardım Sözleşmesi m. 6'da yer alan tahkim şartı değişiklikten önce şu şekildeydi; *“Taraflarca sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen kurtarma-yardım hizmetinden kaynaklanan kurtarma-yardım alacağıının tayinine ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde **kurtarıcının talebi üzerine İstanbul'da tahkim yolu ile hallolunur. Diğer ihtilaflar genel hükümlere göre İstanbul mahkemelerinde hal ve fasl olunur.**”*

Yargıtay 11. HD iki gerekçeyle bu hükmü geçersiz saymıştır. Birincisi, tahkim iradesinin tereddüte yer vermeyecek şekilde açık olması gerekirken hem tahkim hem de yetki sözleşmesi yapılması Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarına aykırıdır. İkincisi, taraflardan sadece birisine tahkime başvurma imkânı tanıyan sözleşme hak arama hürriyeti açısından hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmaz. Zira hizmet alan ilgililerin mahkemeye başvurması halinde davalı kurumca süresinde tahkim itirazında bulunulur ve tahkim yoluna da gidilmezse hizmet alan ilgililerin başvurabileceği başka bir yol da kalmayacaktır. Yukarıda hak arama hürriyeti bahsinde de değindiğimiz gibi biz de Yargıtay'ın ikinci gerekçesine katılıyor bu tip asimetrik sözleşmelerin geçersiz sayılması gerektiğini burada da tekrar dile getiriyoruz. Ancak öğretilerde başkaca yazarlar tarafından da kabul edilmeyen ilk gerekçenin biz de yerinde bir tespit olmadığı kanaatindeyiz.¹⁷⁸

2015 değişikliği sonrası bahsettiğimiz sözleşmenin adı Türk Kurtarma Sözleşmesi (TURKS 2015) olmuş ve m. 7'de yer verilen tahkim şartı şu şekilde düzenlenmiştir: *“Taraflarca Sulh olunamaması halinde, kurtarılan değerlere verilen Kurtarma hizmetinden kaynaklanan Kurtarma alacağıının veya 6. maddede belirtilen özel tazminat miktarının*

¹⁷⁸ Ekşi, *Tahkim*, 92; Aydemir, *Tahkim*, 135; İlhan, *Tahkim*, 218-219.

tain, tespit ve tahsiline ilişkin ihtilaf, yasal süresi içerisinde taraflardan birinin talebi üzerine, İstanbul' da tahkim yolu ile hallolunur. Taraflarca; tain, tespit ve tahsil için ayrı ayrı dava ikame edilemez. Kurtarma alacağının ya da özel tazminatın tain, tespit ve tahsili dışındaki sair ihtilaflar, genel hükümlere göre İstanbul Mahkemelerinde hal ve fasl olunur.” Görüldüğü üzere bu hüküm artık tahkim şartını asimetrik olmaktan çıkararak simetrik hale getirmiştir.

C. Sigorta Tahkimi

1. Genel Olarak

Sigorta Tahkimi 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile 2007 yılında hukuk hayatımıza girmiştir. “Sigortacılıkta Tahkim” başlıklı 30. maddenin gerekçesinde, uluslararası uygulamada var olan “Ombudsman Sistemi” nin işleyişi esas alınarak kendi hukukumuzla paralellik sağlanacak şekilde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda (ki bugün için Hukuk Muhakemeleri Kanunu olarak düşünmek gerekir) yer alan tahkim sisteminin temel esas ve usulleri çerçevesinde sigorta tahkim sisteminin şekillendiği ifade edilmiştir.¹⁷⁹

SK m. 30/Y'e göre, “*Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 m.)* İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim usulünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 m.) Sigorta tahkim sistemine

¹⁷⁹ F. Dilek Kabukçuoğlu Özer, *Sigortacılık Kanunu Şerhi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 492.

üye olmayan kuruluşlar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu giderlerine katılım Hazine Müsteşarlığınca ayrıca belirlenir."

Bu hüküm, bize açıkça tahkim için Sigorta Tahkim Komisyonu'na sadece sigorta kuruluşu ile uyuşmazlık yaşayanın gidebileceğini yani sigorta kuruluşunun bu kanun kapsamında tahkime başvurma şansı olmayıp uyuşmazlık halinde olağan yol olarak mahkemede hakkını arayabileceğini göstermektedir. Şüphesiz bu, asimetrik bir tahkim şartıdır. Bu şartın geçerliliği incelemesine geçmeden önce sigorta tahkiminin niteliği üzerinde kısaca durmakta fayda görüyoruz.

2. Sigorta Tahkiminin Niteliği ve Özellikleri

Sigorta tahkiminin bir tür zorunlu tahkim mi yoksa ihtiyari tahkim mi olduğu konusu öğretilerde tartışmalıdır. Ulaş'a göre SK m. 30'da düzenlenen tahkim zorunlu bir tahkim niteliğinde olmayıp, sigortacılık yapan kuruluşların sisteme katılmaları kendi isteklerine bağlı tutulduğundan ve tahkime başvuran açısından tahkime başvurmak yerine dava yolunun da açık olması sebebiyle tarafların isteğine bağlı yani ihtiyari bir tahkimdir.¹⁸⁰ Yazar bu görüşünü 2013 değişikliği öncesinde ifade etmiş olduğundan belki o zaman için savunulabilir bir görüş olmasına rağmen; 2013 değişikliğiyle zorunlu sigortalar¹⁸¹ bakımından sigorta kuruluşu sisteme üye olmasa bile

¹⁸⁰ Işıl Ulaş, "Sigortacılıkta Tahkim," *BATİDER* 24, no. 2 (2007): 240. Benzer şekilde sigorta tahkiminin ihtiyari olduğu yönündeki diğer görüşler için bkz. Ecehan Yeşilova Aras ve Bilgehan Yeşilova, "Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırmedici Özellikleri," *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, Özel Sayı Armağan (2013): 288, 368; M. Aymelek Erdemir, *Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 13.

¹⁸¹ Zorunlu sigortalar, Sigortacılık Kanunu m. 13'te yer almaktadır. Faaliyetin niteliği gereği yüksek riskler içerdiği durumlarda, bu faaliyetler sebebiyle zarar görme tehlikesi altında olanları korumak amacıyla veya kamu yararı gerekçesiyle kanun veya Bakanlar Kurulu kararıyla zorunlu sigortalar öngörülebilir. Bkz. Vural Seven, "Sigorta Güvence Hesabı'nın Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı," *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 157-158 (2017): 32; İlknur Uluğ Cicim, "Sigorta Hukukunda Güvence Hesabı Kavramı," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2011): 108.

karşı tarafa tahkime başvurma imkânı kanunda tanındığından kanaatimizce tam anlamıyla ihtiyari tahkim demek güçleşmiştir.

Ulusoy ise uyuşmazlığın tahkimde görülmesinin taraflardan sadece birisinin rızasına bağlı bulunması, diğer taraf içinse zorunluluk olması sebebiyle nispi zorunlu tahkim görüşünü ileri sürmüştür.¹⁸² Yazara göre, sigorta kuruluşu ile uyuşmazlığa düşen kişiler tahkim yahut devlet mahkemelerine başvurmada serbest olduklarından bu kişiler açısından ihtiyari bir tahkim anlaşması, sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluş içinse mecburilik söz konusu olur. **Özdamar** ve **Karasu** ise bu sisteme ne zorunlu ne ihtiyari denemeyeceğinden en uygun düşen ifadenin karma tahkim sistemi olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁸³ Sigorta şirketinin sisteme üye olmasının zorunlu olmaması, ancak üye olduktan sonra sözleşmede tahkim şartı olmasa dahi tahkim başvurularını reddedememesi sistemin karma bir yapıya sahip olduğu şeklinde yorumlanmıştır.¹⁸⁴ Öğretide **Ekşi** de bu görüşlere katılarak sigorta tahkiminin kendine münhasır bir yapısı olduğunu dile getirmiştir.¹⁸⁵ **Tosun** ise bu sistemin her ne kadar tahkim denilse de tahkim bile olmadığı, ombudsmanlık sistemi benzeri kesin karar verme yetkisini içeren bir yargılama sistemi olduğunu kabul etmektedir.¹⁸⁶ **Budak** da bu sistemin dar ve teknik anlamda tahkim olarak nitelenemeyeceğini, kendine özgü bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu ifade etmiştir.¹⁸⁷

¹⁸² Erol Ulusoy, "Finans Hukukunda Tahkim," *II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu*, Şubat 14, 2009, 239-241.

¹⁸³ Mehmet Özdamar, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1-2 (2013): 840; Rauf Karasu, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri," *TAAD* 7, no. 26 (2016): 53.

¹⁸⁴ Özdamar, "Tahkim Sistemi," 840.

¹⁸⁵ Ekşi, *Tahkim*, 61.

¹⁸⁶ Özge Tosun, "Sigortacılıkta Tahkime Eleştirel Bir Bakış," *UTTDER* 5, no. 2 (2016): 576-577.

¹⁸⁷ Ali Cem Budak, "Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?" *UTTDER* 2, no. 2 (2013): 57.

Sigorta tahkiminin kendine özgü yapısı göz önünde bulundurulduğunda biz de karma bir sistem olarak kabulünün daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Özellikle zorunlu sigortalardan kaynaklı uyuşmazlıklarda sigorta kuruluşu sisteme üye olmasa da sözleşmelerinde tahkim şartı olup olmadığına bakılmaksızın hak sahiplerine Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru yolunun açılması karma sistem görüşünü iyice güçlendirmiştir.

Sigorta tahkim sisteminde, tahkimin klasik anlamıyla tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması sonucu tahkime gidilmesi yönünde sözleşme yaptıkları bir tahkim sözleşmesi olduğu söylenemez. Taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinde bir tahkim şartı olmasa dahi bu, kanun koyucunun tanıdığı bir imkândır. Bu sebeple **Ulusoy**, sigorta tahkiminin taraflar arasındaki bir tahkim anlaşmasından değil yasadan kaynaklandığını belirtir.¹⁸⁸ Hatta zorunlu sigortalar bakımından sigorta tahkim sistemine üye olunma şartının dahi olmaması bu sistemi daha da enteresan hale getirmekte, sigorta tahkiminde gerçekten bir tahkim sözleşmesi var mı varsa bu sözleşme ne zaman kurulmuş sayılacak tereddütlerini doğurmaktadır.

Öğretide egemen görüş, sigorta tahkiminde sisteme üye olan kuruluşun aleni bir icapta bulunmuş olduğunu, sigorta ettirenin veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanın bu sisteme başvurusunun kabul beyanı sayılacağını ve tahkim sözleşmesinin uyuşmazlığın çıkmasından sonra yapılmış olacağını kabul etmektedir.¹⁸⁹ Ancak böyle bir varsayım, 2013 değişikliğiyle gelen zorunlu sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sigorta kuruluşu sisteme üye olmamış olsa dahi karşı tarafa tanınan tahkim imkânını açıklamaya yetmez. Zorunlu sigortalar bakımından kanaatimizce kanun koyucunun iradesiyle bir tahkim sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekir. Bu bağlamda kanun koyucu, sisteme üye olmayan sigorta kuruluşuna karşı tahkime başvuru imkânı olan tarafa

¹⁸⁸ Ulusoy, "Finans Hukukunda Tahkim," 241.

¹⁸⁹ Selçuk Öztekin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış," MİHDER 5, no. 13 (2009): 222; Karasu, "Sigorta Tahkimi," 54; Özdamar, "Tahkim Sistemi," 841; Yeşilova Aras ve Yeşilova, "Sigortacılık Tahkimi," 290-291.

zorunlu sigorta sözleşmesinin aktedilmesi ile uyuşmazlık halinde mahkemelere başvurmanın yanı sıra sigorta tahkim sistemine de başvurabilme imkânını tanımış olmaktadır.

3. Sigorta Tahkiminde Asimetrik Tahkim Şartının Geçerliliği

Sigortacılık Kanunu m. 30'da yer alan asimetrik tahkim hükmünün geçerli olup olmadığının ikili bir ayrıma tabi tutarak incelemek daha isabetli olacaktır. Zira zorunlu sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim bu sistemde ayrıksı bir durum oluşturmaktadır.

İlk olarak zorunlu olmayan sigortalar bakımından öngörülen genel sisteme bakacak olursak, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sigorta tahkiminde kural, sisteme üye sigorta kuruluşuna karşı Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulabilmesidir. Burada tahkim sözleşmesinin kurulma anı bakımından yukarıda da bahsettiğimiz egemen görüşe katılıyoruz. Riski üstlenen taraf olan sigorta kuruluşu sisteme üye olmak suretiyle aleni bir icapta bulunuyor olduğundan, karşı tarafın Sigorta Tahkim Komisyonu'na tahkim için başvuru anı kabul olarak nitelendirilecek ve tahkim sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Sigorta kuruluşunun tahkime başvuru imkânının olmaması, uyuşmazlık çıktıktan sonra olağan yol olarak ancak devlet mahkemelerine başvurabilmesi acaba hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelir mi?

Şöyle ki hak arama hürriyeti başlığı altında yaptığımız incelemelerde Yargıtay'ın bu konudaki yerinde tespitine katılarak; tahkime başvurma imkânı olmayan tarafın mahkemeye başvurması halinde, tahkim itirazı ile uyuşmazlığın mahkemede görülmesi engellenip tahkime de gidilmezse bu durumun sadece mahkemeye başvurabilen için hak arama hürriyetinin ihlali olacağı gerekçesiyle bu tip asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmiştik. Ancak sigorta tahkimi ilk bakışta tam olarak böyle bir asimetrik tahkim şekliymiş gibi gözükse de esasen öyle değildir. Çünkü sigorta kuruluşu mahkemeye başvurduğunda, sigorta ettiren veya menfaati zarar gören Sigorta Tahkim Komisyonu'na halen başvurmamışsa ortada kurulmuş bir tahkim sözleşmesi henüz yoktur.

Hal böyleyken tahkim itirazında da bulunulamaz. Başkaca bir deyişle sigorta kuruluşunun aleni icabına karşı henüz akdedilmiş tahkim sözleşmesi olmadığından Yargıtay kararında bahsedilen durum burada söz konusu olmayacaktır. Sigorta tahkimine başvurulmuş olması durumunda ise zaten sigorta kuruluşunun mahkemeye erişim hakkının elinden alınması gibi bir şey söz konusu olmadığından hak arama hürriyetinin ölçüsüz, hakkın özüne dokunur bir sınırlandırmaya uğradığı da düşünülemez.

Zorunlu sigortalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise tahkime başvurulabilmesi için sigorta kuruluşunun sisteme üye olup olmadığına bakılmadığından, daha sigorta sözleşmesi kurulurken kanun koyucunun tanıdığı tek taraflı bir tahkim imkânı söz konusu olur. İşte bu durumda tam Yargıtay kararında bahsedildiği şekliyle asimetric tahkim şartının geçersizliği sonucunu doğuran, hak arama hürriyetini hakkın özüne dokunacak şekilde sınırlandırıcı bir durum ortaya çıkar. Kanaatimizce kanunun bu hükmünün, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük sınırlarını aşması ve hakkı kullanılamaz hale getirme tehlikesi sebebiyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilir. Hatta bu hüküm iptal edilmediği sürece, AİHM önünde hak ihlali nedeniyle dava edilme tehlikesinin gündemde olacağını söyleyebiliriz.

SONUÇ

Tahkim sözleşmesi kural olarak tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması esası üzerine kurulan simetric bir sözleşme olarak görülür. Ancak taraflar arasında olması beklenen bu simetriyi bir kanun hükmü ya da taraf iradesiyle yani sözleşmede yer alacak bir hükümle bozan tek taraflı/asimetric tahkim sözleşmeleri de yapılabılır. Bu sözleşmelerin geçerliliği meselesi 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren pek çok ülkede tartışma konusu haline gelmiştir. Bunları baştan itibaren geçersiz sayma, çoğu ülkenin tercih ettiği bir yaklaşım olmamış; istikrarsız tutumlar olmakla beraber güncel eğitim irade özerkliğini ön plana çıkartmak suretiyle asimetric tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmekten yana olmuştur.

Asimetrik tahkim sözleşmelerinde geçerlilik meselesi şekil ile ilgili değil, esasa ilişkin bir konu olduğundan son derece önemli ve tespiti de bir o kadar zordur. Hal böyleyken iç tahkim bakımından asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği incelemesinin genel hükümlere göre yapılması gerekecektir. Şüphesiz ki Türk Hukukunda asimetrik tahkim sözleşmelerini doğrudan yasaklayan bir hüküm mevcut değildir; fakat bu durum, bu kayıtların her zaman geçerli kabul edileceği sonucunu doğurmaz.

İlk olarak TBK'da yer alan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin hususlar bakımından yapılacak bir inceleme sonucu asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçersizliği gündeme gelebilir. Sözleşmenin bir tarafının diğer taraf üzerinde genellikle ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmak suretiyle onu sözleşme yapmaya mecbur bırakması veya bu üstünlük sebebiyle eşitliği kendi lehine bozacak şekilde sözleşmeye hükümler koyması ahlaka aykırılık gerekçesiyle geçersizlik sonucunu doğurabileceği gibi taraflardan sadece birisine hakem seçme hakkı tanınması sebebiyle asimetrik olan sözleşme kamu düzenine aykırılık söz konusu olabilir. Asimetrik tahkim sözleşmesindeki asimetri bir irade sakatlığı yahut aşırı yararlanma sonucu meydana gelmişse yine genel hükümler bağlamında bu sözleşmelerin iptal edilebilirliğinden bahsedilebilecektir.

Asimetrik tahkim sözleşmelerinde irade serbestisine ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne öncelik tanınması gerekir. Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerden biri olarak sözleşme özgürlüğünün sınırsız olmadığını ve AY m. 48'de özel bir sınırlandırma sebebi yer almasa da hakkın özüne ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı şekilde sözleşme özgürlüğünün kullanılamayacağını söyleyebiliriz. Ayrıca tarafların kendi kanunu hükmünde olan sözleşmelerinde, Anayasanın yatay etkisi bağlamında hakkın özüne dokunmadan hareket etme yükümlülüklerinin olduğunun kabulü isabetli olacaktır.

Sözleşmede tarafların eşitliği ise, hiç şüphesiz hakların ve yükümlülüklerin birebir aynı veya benzer olacağı anlamına gelmez. Asimetrik tahkim sözleşmeleri bakımından da tam olarak böyle bir durum söz konusudur. Sözleşmelerde yer alan hükümler bakımından matematiksel eşitlik düşünülemez gibi, esas olması gere-

kenin sözleşmenin bütününde tarafların eşitliğinin gözetilmesi olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple ilk bakışta bir hüküm taraflardan birinin daha lehine görülebilir; ancak başka bir hükümle diğer tarafa avantajlı bir durum yaratılıp sözleşmenin genelinde denge, tarafların ortak mutabakatı ile sağlanmış olabilir ki bu durum AY m. 13'te ifadesini bulan ölçülülük ilkesi ile de uyumludur.

Taraflar, tahkime başvurmak suretiyle devlet mahkemelerinin yargılamasından vazgeçmiş olsalar da bu durum hak arama hürriyetinden vazgeçildiği anlamına gelmez zira hakem heyeti de geniş anlamda mahkeme kavramı içerisinde yer almakta ve bir yargılama faaliyetini yerine getirmektedir. Kaldı ki temel hak ve hürriyetlerin özünden vazgeçilemeyeceğinden dolayı hak arama hürriyetinden tamamen vazgeçilmesi söz konusu olamaz; ancak AY m. 36'da özel sınırlandırma sebebi öngörülmemiş olduğundan ölçülülük ilkesi kapsamında özüne zarar vermeden sınırlandırılması söz konusu olabilir. Yargıtay kararına da konu olmuş, taraflardan birisine tahkim yolunun kapatıldığı asimetrik tahkim sözleşmelerinde hak arama hürriyetinin özüne dokunulmuş olacağından bunların geçerli kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

Geçersiz bir asimetrik tahkim sözleşmesi HMK m. 439 bağlamında iptal edilmesi gerekirken mahkeme tarafından geçerli görülürse iç hukuk yolları tüketildikten sonra AİHM'ne bireysel başvurunun da söz konusu olabileceği fikrindeyiz. Burada unutulmaması gereken, sözleşmenin sonradan geçersizliğini ileri süren tarafın bunu çelişkili davranma yasağı bağlamında hakkın kötüye kullanılmasını sayılabilecek şekilde hareket etmiyor olmasıdır.

Türk Hukukunda tipik bir asimetrik tahkim örneği olarak gösterilebilecek sigorta tahkiminde yapılan sigortanın zorunlu olup olmamasına göre bir değerlendirme yaptığımızda ancak zorunlu sigortalar bakımından kanundaki hükmün hak arama hürriyetini ihlal ettiği ve geçersiz olması gerektiği kanaatindeyiz. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük sınırlarını aşması ve hakkı kullanılamaz hale getirme tehlikesi sebebiyle bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebilir. Hatta bu hüküm iptal edilmediği sürece, AİHM önünde hak ihlali nedeniyle dava edilme tehlikesinin gündemde olacağını söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. Milletlerarası Tahkim. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Aktepe Artık, Sezin. Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Akyol, Şener. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Akyol, Şener. Medeni Hukukta Çelişki Yasası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Alangoya, Yavuz. Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1973.
- Alaslan, Fatma. "Medeni Hukuk'da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası." *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2016): 413-434.
- Alkema, Evert Albert. "The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights." *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*. Editör Franz Matscher ve Herbert Petzold. Köln: Heymanns, 1988: 33-45.
- Ansari, Jamshed. "Party Autonomy in Arbitration: A Critical Analysis." *Researcher* 6, no. 6 (2014): 47-53.
http://www.sciencepub.net/researcher/research0606/010_25323research060614_47_53.pdf.
- Arslan, Ramazan. *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*. Ankara: S Yayınları, 1989.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Atamer, Yeşim. "Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Ke-faleti- Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi." *İÜHF* 55, no. 3 (1997): 419-428.
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Başlar, Kemal. *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*. Ankara: Roma, 2005.

- Bevan, Alex. "Optional Arbitration Agreements: The English Position." Kasım 30, 2011. <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/optional-arbitration-agreements-the-english-position>.
- Born, Gary B.. *International Commercial Arbitration*. Vol. 1. Alphen ann den Rijn: Wolters Kluwer, 2014.
- Budak, Ali Cem. "Sigortacılık Kanununda Tahkim: Sigortacılık Kanunu'nun 30. Maddesi, HMK'nun Yürürlüğe Girmesi ve 6327 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonra Nasıl Yorumlanmalıdır?" *UTTDER* 2, no. 2 (2013): 53-69.
- Cuniberti, Gilles. "Parallel Litigation and Foreign Investment Dispute Settlement." *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 21, no. 2 (2006): 1-48.
- Çiftcioğlu, Cengiz Topel. "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 2 (2012): 177-205.
- Dayınlarlı, Kemal. *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 2011.
- Doğan Yenisey, Kübra. *İş Hukukunun Emredici Yapısı*. İstanbul: Beta, 2014.
- Draguiev, Deyan. "Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability." *Journal of International Arbitration* 31, no. 1 (2014):19-45.
- Draguiev, Deyan. "French Court of Cassation Confirms Invalidity of Unilateral (Asymmetrical) Jurisdiction Clauses." *Kluwer Arbitration Blog*. Mayıs 21, 2015. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/21/french-court-of-cassation-confirms-invalidity-of-unilateral-asymmetrical-jurisdiction-clauses/>. (Blog)
- Drahozal, Christopher R.. "Nonmutual Agreements To Arbitrate." *The Journal of Corporation Law* 27, (Summer 2002): 537-565.
- Dursun, Şeyda. "A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial Arbitration and an Assessment of Its Role and Extent." *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2012): 161-188.

- Edis, Seyfullah. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1989.
- Ekşi, Nuray. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*. İstanbul: Beta, 2013.
- Ekşi Nuray. "Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar." *UTTDER* 2, no. 2 (2013): 15-51.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra. "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27." *İÜHFİM* 74, no. 2 (2016): 709-737.
- Erdemir, M. Aymelek. *Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Erkan, Mustafa. *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Esen, Emre. "Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği." *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2010): 145-155.
- Friedman, Stephen. "Arbitration Provisions: Little Darlings and Little Monsters." *Fordham Law Review* 79, no.5 (2011): 2035-2067.
- Gören, Zafer. *Temel Hak Genel Teorisi*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2000.
- Gözler, Kemal. "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2001): 53-67.
- Gözler, Kemal. "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği." http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kozler.pdf.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları." *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, no. 2 (2002): 17-40.

- Hanağası, Emel. *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Henriques, Duarte Gorjão. "Asymmetrical Arbitration Clauses under the Portuguese Law." *Young Arbitration Review*, Year 3 (October 2013): 44-61.
- Horton, David. "Unconscionability in the Law of Trusts." *Notre Dame Law Review* 84, no. 4 (2009): 1675-1738.
- Horton, David. "Unconscionability Wars." *Northwestern University Law Review* 105, no. 1 (2012): 387-408.
- İlhan, Hüseyin Afşın. *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Jaksic, Aleksandar. "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings A Still Unsettled Problem?" *Journal of International Arbitration* 24, no. 2 (2007): 159-171.
- James, Simon, Kate Gibbons and Habib Motani. "Another knock for unilateral jurisdiction clauses in Europe, Clifford Chance." May, 2015. https://www.cliffordchance.com/briefings/2015/05/another_knock_forunilateraljurisdictionclause.html.
- Kabukçuoğlu Özer, F. Dilek. *Sigortacılık Kanunu Şerhi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kaneti, Selim. "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri." *İÜHF* 53, no. 1-4 (1990): 199-211.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981.
- Karadaş, İzzet. *Ulusal (İç) Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Karasu, Rauf. "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *TAAD* 7, no. 26 (2016): 49-69.
- Kaufman, Arthur M. and Ross M. Babbitt. "The Mutuality Doctrine in the Arbitration Agreements: The Elephant in the Road." *Franchise Law Journal* 22, no.2 (2002): 101-111.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

- Kılıçoğlu, Ahmet M.. "Fiili Sözleşme İlişkileri." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5-6 (1985): 738-752.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem- Sözleşme*. Cilt. 1. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Köküsarı, İsmail. "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 1 (2011): 163-208.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. Cilt. 6. İstanbul: Demir Yayıncılık, 2001.
- Küçükyağın, Arzu. "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması." *AÜHFD* 53, no. 4 (2004): 101-124.
- Miller, Lauren D.. "Is the Unilateral Jurisdiction Clause No Longer an Option? Examining Courts' Justifications for Upholding of Invalidating Asymmetrical or Unilateral Jurisdiction Clauses." *Texas International Law Journal* 51, no. 3 (2016): 321-336.
- Nomer, Ergin. "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Müdahalesi." *MHB* 19, no. 1-2 (1999-2000): 565-577.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt. 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Öden, Merih. *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Öz, Turgut. *Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Özdamar, Mehmet. "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 1-2 (2013): 831-855.

- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Öztek, Selçuk. "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış." *MİHDER* 5, no. 13 (2009): 221-249.
- Pekcanıtez, Hakan ve Ali Yeşilırmak. *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Perényiová, Judita. "Unilateral Option Clauses in Commercial Arbitration." LL.M. Short Thesis, Central European University, 2014.
- Petrochilos, Georgios. *Procedural Law in International Arbitration*. New York: Oxford, 2004.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. *Medeni Usul Hukuk Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Reisoğlu, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2014.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Sarısözen, Serhat. *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*. İstanbul: Kazancı, 2005.
- Seven, Vural. "Sigorta Güvence Hesabı'nın Kapsamı ve Destekten Yoksun Kalma Tazminatı." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 157-158 (2017): 31-62.
- Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta, 2015.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. Cilt. 1. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Taşkın, Âlim. *Hakem Sözleşmesi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.
- Tosun, Özge. "Sigortacılıkta Tahkime Eleştirisel Bir Bakış." *UTTDER* 5, no. 2 (2016): 561-597.
- Ulaş, Işıl. "Sigortacılıkta Tahkim." *BATİDER* 24, no. 2 (2007): 239-266.
- Uluğ Cicim, İlknur. "Sigorta Hukukunda Güvence Hesabı Kavramı." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1 (2011): 105-117.

- Ulusoy, Erol. "Finans Hukukunda Tahkim." *II. Uluslararası Özel Hukuk Tahkim Sempozyumu*. Şubat 14, 2009.
http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyayinlari/II.%20Uluslararası%20Özel%20Hukuk%20Sempozyumu/5do_.dr.erol_ulusoy.pdf.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Ustinov, Iurii. "Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity." Master's Thesis, Tilburg University.
- Walter, Gerhard. "Zur Sittenwidrigkeit eines Schiedsvertrages." *Juristen Zeitung*, 44. Jahrg., Nr. 12, Haziran 16, 1989.
- Wolaver, Earl S.. "The Historical Background of Commercial Arbitration." *University of Pennsylvania Law Review* 83, no. 2 (1934): 132-146.
- Van Zelst, Bas. "Unilateral Option Arbitration Clauses in the EU: A Comparative Assessment of the Operation of Unilateral Option Arbitration Clauses in the European Context." *Journal of International Arbitration* 33, no. 4 (2016): 365-378.
- Yeğengil, Rasih. *Tahkim (L'arbitrage)*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974.
- Yeşilova, Bilgehan. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2008.
- Yeşilova, Bilgehan. "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği." *TBB Dergisi*, no. 86 (2009): 47-101.
- Yeşilova Aras, Ecehan ve Bilgehan Yeşilova. "Sigortacılık Tahkimi-Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri." *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, Özel Sayı Armağan (2013): 245-379.
- Yıldırım, Mustafa. *İslam ve Medeni Yargılama Hukukunda Tahkim*. İzmir: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, 2002.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. Cilt. 3. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNU İLE GETİRİLEN AYRIMCILIK YASAĞI İSTİSNALARININ İŞ HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ ÜZERİNE GENEL BİR DEĞERLENDİRME

A General Assessment of the View of Business Law of No-Discrimination Exceptions with the Effect of Turkey's Human Rights and Gender Equality Authority Act

Dilek KAYAALP*

Öz

Uluslararası hukukta, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin daha etkin bir biçimde korunması amacıyla, ülkelerin ulusal kurumlar kurmaları öngörülmüştür. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, bu bağlamda insan hakları ihlallerinin önlenmesi amacını güden kurumsallaşmanın ülkemizdeki yansıması Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile olmuş ve bu kuruma yönelik çalışmalar kendini ilk olarak 20. yüzyılın sonlarında göstermiştir. 1990 yılında İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun kurulması ile başlayan süreç, 2016 yılında 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun yayınlanması ile günümüze kadar süregelmiştir. Kurumun amaçları; yasal düzenlemede insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, eşitlik ilkesinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi ile işkence ve kötü muamele ile mücadele olarak kabul edilmiştir. Ka-

* 23. Dönem Adli Yargı Hâkim Adayı, dilekelmas_59@outlook.com, ORCID: 0000-0001-6829-3493.

Makale Gönderim Tarihi: 17.04.2019.

Makale Kabul Tarihi: 13.05.2019.

nun, istihdam alanında ayrımcılığı ayrıca düzenleyerek yasal güvence altına almış, ancak bu korumaya bazı istisnalar da getirmiştir. Çalışmamızda da ayrımcılık yasaklarına getirilen istisnai düzenlemeler ile bu düzenlemelerin İş Hukuku üzerindeki etkileri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, Farklı Muamele, İş Hukuku, Eşitlik Kurumu, İnsan Hakları.

Abstract

In international law, it is envisaged that countries will establish national institutions in order to protect their fundamental rights and freedoms more effectively. The protection of fundamental rights and freedoms, in this context, reflecting of institutionalization aiming to prevent human rights violations in our country is "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu" and the work towards this institution has first shown itself in the late 20th century. The process started with the establishment of the Human Rights Investigation Commission in 1990, has continued until today with the publication of the "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu". Objectives of the institution are protection and development of human rights in legal regulation, ensuring the principle of equality, prevention of discrimination, fight against torture and ill-treatment. The law also regulates discrimination in the field of employment and legally secured, but brought some exceptions. In our study, we will focus on exceptional regulations on discrimination prohibitions and the effects of these regulations on Labour Law.

Keywords: Discrimination, Different Treatment, Labour Law, Equality Institution, Human Rights.

GİRİŞ

Ayrımcılık yasağı; çoğu zaman eşitlik ilkesi ile karıştırılan bir kavram olmakla birlikte bu iki kavramın birbirinden tamamen bağımsız olduğunu iddia etmek de mümkün değildir. Eşitlik ilkesi tanımlanırken ayrımcılık yasağı kavramından, ayrımcılık yasağı tanımlanırken de eşitlik ilkesi kavramından yararlandığı çoğunlukla görülmektedir. Bu bağlamda öncelikle bu iki kavramın netleştirilmesi gerekmektedir.

Eşitlik ilkesi; maddi eşitlik, şekli eşitlik, fırsat eşitliği, sonuçlarda eşitlik gibi farklı türleri olan bir kavramdır.¹ Anayasanın² 10. maddesi ile de koruma altına alınan eşitlik ilkesi ise, temelde maddi eşitliği hedeflemekle birlikte en genel ifadesi ile benzer ya da aynı durumda bulunan bireylere benzer veya aynı şekilde davranılmasını, objektif haklı nedenlerin olmaması durumunda bu bireylere farklı davranılmamasını ifade etmektedir.³ Ayrımcılık yasağı ise; eşitlik ilkesinden tamamen bağımsız olarak görülmesi mümkün olmayan, ancak bu kavram ile bire bir aynı anlama da gelmeyen bir ifadedir. Ayrımcılık kavramını tanımlayan yasal bir düzenleme olmamakla birlikte; en genel ifadesi ise; bireylerin hukuken tanınan belli hak ve özgürlükleri kazanmada ve kullanmada, belli ayrımcılık temellerine dayanılarak, belli alanlarda farklı konumda bulunan bireylere nazaran gördükleri farklı ve olumsuz muameleyi ifade etmektedir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının İş Hukukundaki yansıması İş Kanunu⁴ m. 5 düzenlemesinde yer alan “eşit davranma ilkesi”dir.⁵ Kanun düzenlemesinde her ne kadar bu başlık kullanılmış olsa da, yasal düzenlemenin içeriği aslında ayrımcılık yasağını ön planda

¹ Canan Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı* (İstanbul: Legal Kitabevi, 2018), 29-35.

² 2709 sayılı T.C. Anayasası, RG. 09.11.1982, S. 17863.

³ AYM, E. 1963/124, K. 1963/243, 04.12.1963, erişim tarihi Ocak 21, 2019, http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2018-9.pdf.

⁴ 4857 sayılı İş Kanunu, RG. 10.06.2003, S. 25134.

⁵ A. Can Tuncay, *İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 5.

tutmaktadır.⁶ Yasal düzenlemenin lafzi yorumundan hareket edilmesi durumunda her ne kadar ayrımcılık yasağı ön planda kalacak olsa da, işverenin söz konusu maddede sayılan ayrımcılık yasaklarının kapsamı dışında kalan hallerde makul sebebi olmadan farklı muamele yapamayacağının, yani genel anlamda eşit davranma borcunun da madde düzenlemesi kapsamında kaldığının kabulü gerekmektedir.⁷

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu⁸ ise; yalnızca İş Kanunu kapsamında kalan kişiler bakımından bir ayrımcılık yasağını düzenlemek yerine, İş Kanunu kapsamı dışında kalan her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri bakımından da geçerli olacak bir düzenlemeye yer vermiştir. Kanunun “istihdam ve serbest meslek” başlığını taşıyan m. 6 düzenlemesinde çok kapsamlı bir ayrımcılık yasağı kabul edilmiş ve bir sonraki maddesinde de ayrımcılık yasağının ileri sürülemeyeceği halleri sıralamak suretiyle bu kapsam daraltılmıştır.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nun çok yeni olması, İş Hukuku bakımından önemli yenilikler içermesi ve bu yeniliklerin hem çalışan hem de çalıştıranlar bakımından önem arz etmesi, söz konusu yeniliklerin İş Hukuku bakımından uygulamada ne gibi etkiler doğuracağına henüz çözümlenmemiş olması bu çalışmanın ortaya çıkmasındaki etkenlerdir. Çalışmanın amacı; niteliği itibari ile yeni olan ve uluslararası düzenlemeleri de dikkate alan bu Kanunun incelenmesini, uygulamada nasıl dikkate alınacağını sağlamaktır. Bununla birlikte söz konusu Kanunun yargı kararlarına yansımaya başlaması da göz önüne alınarak, iş ilişkilerinde yaşanan ayrımcılık yasağı ihlallerinin hangi hallerde kabul edilemeyeceğini çözümlenmek, ayrımcılık yasağının sınırsız bir kabule dayanmadığının anlaşılmasını sağlamak da çalışmanın hedeflenen sonuçları arasındadır.

⁶ Gaye Burcu Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 63.

⁷ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2015), 480.

⁸ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, RG. 20.04.2016, S. 29690.

I. AYRIMCILIK YASAKLARININ İŞ HUKUKU VE TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNUNDA DÜZENLENİŞİ

TİHEKK ile getirilen ayrımcılık yasağı ihlalinin istisnalarının anlaşılabilmesi açısından, öncelikle bu Kanun ve İş Kanununda yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelerin genel olarak incelenmesi ve bu inceleme yapılırken de her iki kanunun kıyaslanması en doğru yöntem olacaktır.

A. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Kabul Edilen Nedenler

İş Kanunu eşit davranma ilkesini düzenlediği 5. maddesinde; hangi şekillerde ayrımcılık yapılamayacağı, madde düzenlemesinde ayrıca yer almamakla birlikte, ayrımcılık yapılamayan hallerin içerisinden anlaşılacak şekilde, yapılan farklı muamelenin hangi hallerde ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasında ispatın ne şekilde olacağı ve ihlalin varlığı halinde uygulanacak yaptırımları düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrasında mutlak ayrımcılık nedenleri, sayılanlarla sınırlı olarak kabul edilmemek üzere sıralanmıştır. Buna göre iş ilişkisinde; dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep nedenleri ile ayrımcılık yasaklanmış, aynı zamanda benzeri sebeplere dayalı olarak da ayırım yapılamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme temelde ayrımcılık temellerini ortaya koymuş ve bunların sınırlı olmadığını da “ve benzeri sebepler” ifadesi ile ortaya koymuştur.⁹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ise ayrımcılık temellerine m. 3/2 düzenlemesinde yer vermiş ve bu temelleri sınırlı sayıda tutmuştur. Düzenlemeye göre; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken,

⁹ Eşit davranma borcunun uygulanması Kanunda açıkça yer almasa dahi, belli koşullara varlığını gerektirir. Buna göre; iş ilişkisinin kurulmuş olması, aynı işyerinin işçileri olmak, işyerinde bir işçi topluluğunun mevcudiyeti, işverenin kolektif nitelikte bir kural getirmesi veya davranışta bulunması, zamanda birlik olması, uygulamanın bir veya bir kısım işçinin aleyhine olması eşit davranma borcunun uygulama koşulları olarak sıralanabilir. A. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen-Kaplan, *İş Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2013), 161.

servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaklanmıştır. Bu bağlamda TİHEKK, ayrımcılık temellerini sınırlı sayıda sayması ve inanç, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu ve yaş ifadelerini ayrımcılık temelleri arasında kabul etmesi bakımından İş Kanunundan farklılaşmaktadır. TİHEKK düzenlemesi ile getirilen bu ayrımcılık temelleri, ayrımcılık yasağının korumayı hedef edindiği kapsamı genişletmekle birlikte, ayrımcılık temellerini sınırlı sayıda tutması nedeniyle eleştiriye açıktır.¹⁰ Örneğin; İş Hukuku bakımından önemli sorunlardan biri olan yaş temelinde ayrımcılığın TİHEKK ile ayrımcılık temelleri arasında sayılması, İş Kanunu kapsamına giren işçilerin bu temele dayanan bir ayrımcılığa uğramaları durumunda önem arz edecektir. Nitekim İş Kanunu ayrımcılık temellerini sınırlı sayıda kabul etmediğinden yaş temelinde ayrımcılığın¹¹ da bu kapsamda kabul edilip edilmeyeceği sorunu, artık mevcut TİHEKK düzenlemesi çözmektedir. Buna göre yaş temelinde ayrımcılığın da İş

¹⁰ Fatih Düğmeci, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 282.

¹¹ Yaş temelinde ayrımcılık, AB Direktifleri bakımından yalnızca İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi'nde yer almıştır. Bununla birlikte; Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2005 tarihli Mangold kararında; Direktiflerin ayrımcılık yasağını düzenleyen hükümlerinin uygulanmadığı uyuşmazlıklarda, Birlik Hukukunun genel ilkelerine gidilmesi gerektiği ve Direktif hükümlerinin uygulanamamasının, Birlik Hukukunun genel prensiplerinin geçerliliğini hak arama yollarına başvuru ve ispat usulleri gibi özel tedbirler bakımından etkilemeyeceği belirtilmek suretiyle, yaş temelinde ayrımcılığın, Birlik Hukukunun genel prensipleri arasında kabul edilen yasaklar kapsamında olduğu belirtilmiştir. Bkz. ABAD, C-144/04, Werner Mangold & Rüdiger Helm, 22.11.2005, Gonca Aydınöz, "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı," *Çalışma ve Toplum*, no. 22 (2009): 172-173. Fakat ABAD'ın 2007 tarihli Palacios kararına konu olayda, yaş ayrımcılığının, Birlik Hukukunun genel prensibi olarak kabul edildiğine dair bir ifadeye yer verilmemiştir. ABAD, C-411/05, Felix Palacios de la Villa & Cortefiel Servicios, 16.10.2007, Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, 88. Bununla birlikte ABAD 2002 tarihli Küçükdeveci kararında yaş temelinde ayrımcılık yasağı Birlik Hukukunun genel prensipleri arasında kabul edilmek suretiyle somut olay karara bağlanmıştır. ABAD, C-555/07, Seda Küçükdeveci & Swedex GmbH, 19.01.2010, Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, 88.

Kanununun eşit davranma borcunu düzenleyen m. 5 düzenlemesi dâhilinde kabul etmek gerekecektir. Bununla birlikte hukukumuzda ilk kez TİHEKK ile ayrımcılığın kapsamına giren bu nedenlerin neyi ifade ettiğinin, bu temellerin içine nelerin girdiğinin açık olmaması ise eleştirilmeye açık olan bir diğer konudur. Örneğin; sağlık durumu nedeniyle ayrımcılığın hastalık kapsamında kalan bir ayrımcılık mı olduğu, yoksa engellilik kapsamında kalan bir ayrımcılık mı olduğu açık değildir. Bununla birlikte sağlık durumunun hangi seviyelerinin farklı muameleye uğramasının ayrımcılık olarak kabul edilebileceği, sağlık durumu nedeninin ortaya çıkması durumunda tıpkı engellilikte olduğu gibi makul düzenleme yapma külfetinin olup olmadığı hususları da açıklığa kavuşturulmadığından düzenleme bazı yönleri itibariyle uygulamada sorunlarla karşılaşacaktır.

İş Kanunu düzenlemesi; ayrımcılığı sözleşme türleri bakımından da ele almış ve esaslı sebeplerin olmaması durumunda belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye, tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye karşı farklı muamele yapılmasını yasaklamıştır. TİHEKK düzenlemesi ise böyle bir ayrıma gitmemiştir.¹² Ancak böyle bir düzenlemeye özellikle yer vermemiş olması, bu nitelikteki farklı muamelelerin yasal düzenleme ile kabul edildiği sonucunu doğurmamalıdır. Nitekim yalnızca İş Kanunu kapsamında kalan iş ilişkilerini değil, tüm iş ve iş görme ilişkileri bakımından ayrımı yasaklayacak kadar geniş kapsamlı bu Kanunun, bu şekildeki sözleşmesel farklılıklar nedeniyle yapılan farklı muameleyi kabul etmesi yasal düzenlemenin amacıyla çelişecektir.

¹² TİHEKK m. 6/1 düzenlemesinde “işe alım şartları” ndan bahsetmiş ve bu süreç bakımından da ayrımcılığı yasaklamıştır. İşe alım şartları; işverenlerin, genellikle verdikleri iş ilanlarında da yer alan, işyerlerinde çalıştıracakları kişilerde aradıkları nitelikleri, bu kimselerin sahip olmaları gereken eğitim, bilgi ve deneyim gibi özellikleri ifade etmektedir. İş İlişkisinin kurulmasından önceki bir aşamayı ifade eden “işe alım şartları”, işveren ve yanında çalıştıracığı kişi arasında sözleşmenin kurulması ve iş ilişkisinin başlamasından önceki bir aşamayı ifade ettiğinden, bunun sözleşme türü olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

B. Ayrımcılık Yasası İhlallerinin Görünüş Biçimleri

İş Kanunu düzenlemesi ayrımcılığın görünüş biçimlerine yer vermemiş, yalnızca m. 5/3 düzenlemesinde belli hallerde doğrudan veya dolaylı farklı işlemde söz etmiştir. Söz konusu düzenlemede doğrudan veya dolaylı ayırım yasasına yalnızca cinsiyet veya gebelik nedenlerine özgü olarak yer verilmiş olması, diğer ayrımcılık temelleri bakımından bu şekilde bir ayırma gidilmemiş olması, ayrımcılığın bu görünüş biçimlerinin diğer ayrımcılık temelleri bakımından söz konusu olmasının uygulamada nasıl çözüleceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bununla birlikte TİHEKK, ayrımcılık türlerini m. 4 düzenlemesinde ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık olarak sıralamıştır. Sayılan ayrımcılık türlerinin tanımlarına ise "Tanımlar" başlığı altında m. 2 düzenlemesinde yer vermiştir. Ayrımcılık her zaman doğrudan ayrımcılık¹³ şeklinde gerçekleşmeyebilir. Görünürde ayrımcı olmayan bir uygulama belli gruplar aleyhine dezavantajlı durumlar yaratarak dolaylı ayrımcılığı doğurabilir.¹⁴ Örneğin; Avrupa Birliği Adalet

¹³ Doğrudan ayrımcılık uluslararası hukukta, Avrupa Birliği direktiflerinde tanımlanmış, tanımlamaların her biri de direktifin konusuna göre yapılmıştır. Ancak her direktifin de ortak noktası; doğrudan ayrımcılığı, benzer durumda olanlara göre daha olumsuz davranışa maruz kalma olgusu olarak açıklamalarıdır. A. Eda Manav, "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 738; Zehra Odyakmaz, Bayram Keskin ve Yusuf Deniz, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 736-737.

¹⁴ Dolaylı ayrımcılık; daha ziyade olayın doğuracağı sonuçların değerlendirilmesini gerektirir. Örneğin; işveren, işyerinde yeniden yapılanma gereğiyle sadece kısmi süreli çalışanların iş akdini feshediyor ve iki kadın işçi cinsiyet ayrımcılığı iddiasını ileri sürüyor. Burada ilk bakışta cinsiyet ayrımcılığına ilişkin herhangi bir sorun yok gibi görünmektedir. Ancak; işyerinde kısmi süreli çalışanların tamamına yakını kadın ve tam süreli çalışanların da tamamına yakını erkek olursa, dolaylı cinsiyet ayrımcılığının varlığının irdelenmesi gerekecektir. Ya da; işveren, işyerinde emekliliğe hak kazanan tüm işçilerin iş akdini feshediyor, kadın işçilerden biri cinsiyet ayrımcılığı yapıldığı iddiasında bulunuyor.

Divanı 2003 tarihli bir kararında; kısmi zamanlı iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ve tam zamanlı iş sözleşmesi ile çalışan işçiler arasında yaratılan sosyal güvenlik sistemi farklılığı nedeniyle açılan davadaki ayrımcılık iddiasına bakmıştır. Divan, cinsiyet temeline dayanan doğrudan bir ayrımcılığın olmadığına, fakat kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların yüzde seksen sekizinin kadın olması nedeniyle dolaylı ayrımcılığın varlığına karar vermiştir.¹⁵ Ayrımcılık türleri yalnızca doğrudan veya dolaylı ayrımcılık değildir. Ayrımcılık; birden fazla ayrımcılık temelinin birlikte bulunması suretiyle çoklu ayrımcılık ya da işverenin kendi nam ve hesabına hareket eden kişiye verdiği talimat doğrultusunda ayrımcılık talimatı verme ya da başka şekillerde de ortaya çıkabilir. Bu bağlamda TİHEKK'in ayrımcılık türlerine ilişkin düzenlemelerinin İş Kanunu kapsamında gerçekleşen ayrımcılık yasağı ihlallerinde de uygulanmasının ve yapılan tanımlamaların da yol gösterici olduğunun kabulü gerekmektedir.

C. Ayrımcılık Yasağının Kabul Edileceği Zaman

İş Kanunu, ayrımcılık yasağını düzenlerken, iş ilişkisinin tüm aşamaları bakımından uygulanacağına dair bir düzenlemeye yer vermemiştir. İş Kanunu m. 5/1 düzenlemesinde ayrımcılık temellerini sıralamadan önce "iş ilişkisi" kavramını kullanmış, m. 5/6 düzenlemesinde ayrımcılık yasağının ihlali halinde hükmedilecek olan ayrımcılık tazminatından bahsederken "iş ilişkisinde veya sona ermesinde" ihlalin varlığını aramıştır. Söz konusu düzenlemelerin

Burada da ilk bakışta cinsiyet ayrımcılığına ilişkin herhangi bir sorun yoktur. Fakat kadın işçilerin erkek işçilere nazaran emeklilik yaşlarının daha erken olması dikkate alındığında aynı yaştaki erkek işçi işine devam edebilecek iken, kadın işçinin iş akdinin feshi söz konusu olacaktır. Bu nedenle dolaylı cinsiyet ayrımcılığının varlığının irdelenmesi gerekmektedir. Aydın Başbuğ, *İş ve Hukuk Çalışanların Hakları ve Sorunları* (İstanbul: Binyıl Yayınevi, 2015), 149-151.

¹⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hilde Schönheit – Stadt Frankfurt am Main ve Silvia Becker - Land Hessen, Birleştirilen Davalar C-4/02 ve C-5/02 [2003] ECR -12575, 23.10.2003, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı/Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*, 2010, 29-30. https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_TUR.pdf.

yanı sıra m. 5/3 düzenlemesinde cinsiyet veya gebelik nedenleriyle ayrımcılık yasağından bahsedilirken iş sözleşmesinin yapılması, şartlarının oluşturulması, uygulanması ve sona ermesi aşamalarının tümünü kapsayacak bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tüm bu düzenlemeler iş sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşen iş görüşmeleri ve işe alım bakımından da işverenin ayırım yasaklarına tabi olup olmadığı, sözleşme öncesi işverenin böyle bir yükümlülük altına girmesinin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde mümkün olup olmadığı sorunlarını ortaya çıkarmıştır. İş Kanunu düzenlemesi; cinsiyet veya gebelik bakımından öngörülen istisnai hal dışında işe alım bakımından işverenin eşit davranma borcunun olmadığı kabulünü gerektirmektedir.¹⁶ Nitekim Yargıtay kararları da eşit davranma borcunun, kural olarak iş ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkan ve işvereni keyfi uygulamalar yapmaktan alıkoyan bir borç olduğunu kabul etmektedir.¹⁷ TİHEKK ise; istihdam ve serbest meslek alanında ayrımcılık yasağına yer verdiği m. 6 düzenlemesinde “bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde” ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiştir. Kanun düzenlemesinden açıkça görüleceği üzere; ayrımcılık yasağı yalnızca iş ilişkisinin devamı veya sona ermesi süreçleri bakımından kabul edilmiş, işe alım süreci de kapsam dâhilinde kabul edilmiştir. Bununla birlikte TİHEKK düzenlemesi; süreçlerin tamamını detaylandırarak sıralamış ve işe alım sürecinin içinde yalnızca işe alıp almama ya da iş görüşmeleri bakımından ayrımcılığı değil, bilgilenme, başvuru, işe alım kriterleri gibi süreçleri de dahil etmiştir. Yani TİHEKK düzenlemesinin İş Kanunu düzenlemesine nazaran çok daha kapsamlı olduğu açıktır. Bu düzenleme açıkça çalışanın lehine olmakla birlikte, işverenin sözleşme serbestisine hanel getirip getirmeyeceği bakımından da eleştirilebilecek niteliktedir. Ancak kanaatimce Kanunun m. 7 düzenlemesinde yer alan istisnai haller doğrultusunda söz konusu ayırım yasağı mutlak bir nitelik taşımadığından işverenin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmadığı sonucuna varmak gerekecektir.

¹⁶ Yıldız, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, 68.

¹⁷ Yar. HGK, E.2016/1253, K.2018/1800, 29.11.2018, erişim tarihi Nisan 11, 2019, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

D. Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Korunacak Kişiler

İş Kanunu eşit davranma borcunu düzenlerken; yalnızca İş Kanunu kapsamında kalan işçiler bakımından bu düzenlemeyi getirmiştir. Yani İş Kanunu m. 4'te yer alan İş Kanunu kapsamına girmeyen çalışanlar ile başka kanunlara tabi olan çalışanlar bu Kanun kapsamında yer alan eşit davranma borcu doğrultusunda talepte bulunamayacaklardır. Bununla birlikte TİHEKK; işçi kavramı yerine *“işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi”* den bahsetmiştir. Öncelikle çalışan kavramını değerlendirmek gerekir. Çalışan; İş Kanunu kapsamında kalan işçiyi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na¹⁸ tabi olan memurları, sözleşmeli personelleri, İş Kanunu kapsamı dışında kalıp Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan kimseleri de içine alan, işçiden çok daha geniş kapsamlı bir ifadedir. Bu bağlamda TİHEKK hem çalışanı hem de bir işyerinde çalışan olmak üzere başvuruda bulunan kişileri kapsamına alarak geniş bir kesimi yasal düzenlemeleri ile koruma kapsamına almıştır.

TİHEKK m. 6 düzenlemesinde uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan kişiden bahsetmiştir. Kanaatimce bu kişiler 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda¹⁹ tanımlanmış olan çırak ve stajyerleri ifade etmektedir. Nitekim 3308 sayılı Kanunun m. 3,c düzenlemesinde yer alan tanıma göre çırak; *“çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişi”* olarak tanımlanmıştır ki bu tanımdan hareketle çırakların uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyerinde buldukları tanımdan da anlaşılmaktadır. Yine aynı Kanunun m. 3,r düzenlemesine göre staj *“Yükseköğretim Kurulunca, yükseköğretim kurumlarında verilmekte olan her düzeydeki alana özgü olarak belirlenen teorik ve uygulamalı dersler dışında, öğrencilerin öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmeleri, sektörü tanıma-*

¹⁸ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, RG. 23.07.1965, S. 12056.

¹⁹ 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu, RG. 19.06.1986, S. 19139.

ları, iş hayatına uyumları, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmeleri amacıyla işletmede yaptıkları mesleki çalışma” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre staj yapmak amacıyla bir işyerinde bulunan kişi de stajyer olup, bu kişiler de uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan kişiler arasında kabul edilmelidir.

TİHEKK düzenlemesine göre ayrımcılık yasağı kapsamında korunacak kişilerden bir diğeri serbest meslek mensuplarıdır. Serbest meslek çalışanlarına ilişkin tanım Gelir Vergisi Kanunu²⁰ m. 65 ve m. 66’da yer almaktadır. Kanunun 65/2 madde düzenlemesine göre serbest meslek faaliyeti; sermayeden ziyade şahsi çalışma, ilmi veya mesleki bilgiye ya da ihtisasa dayanan ve ticari nitelikte olmayan işlerin bir işverene tabi olmaksızın kişisel sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır. Kanunun m. 66 düzenlemesine göre serbest meslek erbabı ise; serbest meslek faaliyetini mutad meslek olarak icra edenleri ifade etmektedir. Serbest meslek faaliyetinin yanı sıra meslekten başka bir iş veya görev ile sürekli olarak uğraşılmasının, kişinin serbest meslek erbabı olmasına hanel getirmeyeceği de madde devamında belirtilmiştir. Serbest meslek mensuplarına verilebilecek en uygun örnek avukatlardır. Buna göre avukatlara yönelik ayrımcılık da Kanun kapsamında yasaklanmıştır.

TİHEKK düzenlemesine göre ayrımcılık yasağı kapsamında korunacak kişilerden bir diğeri kamu personelleridir. Memur kavramı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4’te Devlet ve diğer kamu tüzel kişilikleri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli kişiler olarak tanımlanmış ve “Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.” denilmiştir. Yine aynı maddenin devamında sözleşmeli personel kavramı “Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Cumhurbaşkanınca belirlenen esas ve usuller çerçes-

²⁰ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu, RG. 06.01.1961, S. 10700.

vesinde, ihdas edilen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Türk Borçlar Kanunu’nun²¹ m. 393 ve devamı hükümleri “Genel Hizmet Sözleşmesi” başlığı altında iş ilişkileri bakımından hükümler getirmiştir. Belirtmek gerekir ki; TBK, İş Kanununa göre genel kanun olup, İş Kanununda hüküm bulunmayan hallerde bu Kanuna başvurulacaktır. Ancak İş Kanunu kapsamı dışında kalan kimseler bakımından bu hükümler doğrudan uygulanacaktır.

Tüm bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere İş Kanunu ve TİHEKK, ayrımcılık yasağı ihlalinin mağduru olabilecek kimseler bakımından farklılaşmaktadır. Ancak bu farklılığın, İş Kanununa tabi olmayan kişilerin de İş Kanunu m. 5 düzenlemesinden faydalanabileceği şeklinde yorumlanması mümkün değildir.

E. Ayrımcılık Yasağını İhlal Etmesi Yasaklanan Kişiler

İş Kanunu eşit davranma borcunu yalnızca işveren bakımından öngörmüş, TİHEKK ise ayırım yasağını m. 6 düzenlemesinde hem işveren hem işveren tarafından yetkilendirilen kişiler bakımından kabul etmiştir. Yani ihlalin faili bakımından da İş Kanunu düzenlemesine nazaran kapsam çok daha geniş tutulmuştur ki kanaatimce işveren tarafından yetkilendirilen kişinin işveren vekili olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim İş Kanunu m. 2 düzenlemesine göre işveren vekili; işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan, işveren adına hareket eden kimseleri karşılayacak şekilde tanımlanmıştır. Yani işveren vekiline işveren tarafından verilmiş bir temsil yetkisi söz konusudur. Ancak işveren vekilinin işverence temsile yetkili kılınması yalnız başına yeterli olmayacak, aynı zamanda işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alması da gerekecektir.²² Bununla birlikte Kanun çalışanları veya uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyerinde bulunan kişilerin işveren tarafından yetki-

²¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 04.02.2011, S. 27836.

²² Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 243-247.

lendirilen kişiler arasında olduğunu kabul etseydi buna açıklık getirirdi. Bu bağlamda bu kişilerin işveren tarafından yetkilendirilen kişiler olduğunun kabulü pek mümkün görünmemektedir.

Alt işveren de işveren tarafından yetkilendirilen kişi olarak kabul edilemez. Nitekim İş Kanunu m. 2 düzenlemesine göre alt işveren; işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin veya işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde işverenden iş alıp, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran işveren olarak tanımlanmıştır. Yani alt işveren de tıpkı asıl işveren gibi doğrudan bir işveren olduğundan²³, işveren tarafından yetkilendirilen kişi olarak kabulü mümkün olmayacaktır.

Geçici işveren bakımından da durumun değerlendirilmesi gerekmektedir. Geçici iş ilişkisi; İş Kanununun m. 7'de düzenlenmiştir. Bu iş ilişkisi; özel istihdam bürosu aracılığıyla, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılması şeklinde ortaya çıkabilir. Kanuna göre; özel istihdam bürosu aracılığıyla çalışan geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı hâlinde sağlanacak koşulların altında olmamalıdır. İşverenin, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesinde ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini gerçekleştirmek üzere geçici olarak devretmesi hâlinde de geçici iş ilişkisi kurulabilmektedir. Kanuna göre işverenin eşit davranma borcunun düzenlendiği 5. maddede yer alan hak ve yükümlülükler geçici iş ilişkisinde de uygulanacaktır. Geçici iş ilişkisi ile işçi çalıştıran işveren tıpkı alt işverende olduğu gibi bizatihi işveren olup, asıl işveren adına ve hesabına değil, kendi nam ve hesabına faaliyette bulunduğu işveren vekili değildir. Yine aynı nedenle geçici iş ilişkisi kurulan işverenin, ayrımcılık yapması halinde, geçici işverenin de işveren olması nedeniyle bizatihi kendisinin yaptığı ayrımcılıktan söz edilecektir.

²³ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku*, 207.

Hem İş Kanunu hem de TİHEKK düzenlemesine bakıldığında; ayrımcılık yasağını ihlal etmesi yasaklanan kimseler yukarıda belirtildiği şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte ayrımcılık yasağı ihlalleri bakımından sorumlu tutulacak kişilerin de karşılaştırılması gerekmektedir. İş Kanunu m. 5 açısından gerçekleştirilen ihlallerde ayrımcılık tazminatına ilişkin sorumluluk işverene yüklenmiş, ancak idari para cezası bakımından farklı bir düzenleme kabul edilmiştir. İş Kanunu m. 99/1,a düzenlemesine göre Kanunun 5. maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülükler aykırı davranan işveren veya işveren vekiline ihlal mağduru olan her işçi bakımından yüz elli Türk Lirası idari para cezası kabul edilmiştir. Yani ayrımcılık tazminatından farklı olarak, idari para cezasında sorumluluk işverene ya da işveren vekiline yüklenebilecektir. Bununla birlikte TİHEKK m. 25'te idari yaptırımlara yer verirken "ihlalden sorumlu olan" ifadesini kullanmıştır. Yani; ayrımcılığı yapan kişinin işveren olması halinde bu yaptırımdan sorumlu olacak kişi işveren, işveren vekili olması halinde ise yaptırımdan sorumlu olacak kişi işveren vekilidir. Bu bağlamda her iki kanun açısından öngörülen idari para cezasının sorumlularının paralellik arz ettiğini söylemek mümkün iken, ayrımcılık tazminatı bakımından bir farklılaşmanın söz konusu olduğunun da kabulü gerekmektedir.

II. AYRIMCILIK YASAĞININ İSTİSNALARININ İŞ HUKUKU VE TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU KANUNUNDA DÜZENLENİŞİ

TİHEKK; ayrımcılık yasağı bakımından düzenleme getirirken; yeni ayrımcılık temelleri öngörmüş, yasağın uygulanacağı zaman, ihlali yapacak kimseler ve ihlal mağdurları bakımından da kapsamı geniş tutmuştur. Söz konusu düzenlemelerin tamamı, mağdur lehine düzenlemeler getirmekte, işverenlerin farklı davranma bakımından hareket alanını oldukça sınırlandırmaktadır. Bu nedenle TİHEKK, m. 7 düzenlemesi bazı şartların varlığı halinde yapılan farklı muamelenin ayrımcılık yasağını ihlal etmeyeceğine yönelik olan, yani ayrımcılık yasağını ihlal eden lehine düzenlemeler getirmiştir. Söz konusu düzenlemelerin İş Hukukunu ilgilendiren kısımlarının tek tek incelenmesi gerekir.

A. Zorunlu Mesleki Gerekliliklerin Varlığı Halinde Amaca Uygun ve Orantılı Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,a düzenlemesine göre; “İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden ilkidir.

Madde düzenlemesine göre ihlal iddiasının ileri sürülememesi için üç koşulun varlığı aranmaktadır. Buna göre ilk koşul; zorunlu mesleki gerekliliğin olmasıdır. Söz konusu ifade son derece muğlak ve belirsiz olup, kötüye kullanıma açıktır. Zorunlu mesleki gerekliliğin neye göre belirleneceği mümkün olmayıp, bu konuda karar verme yetkisi Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’na bırakılmıştır. Buna göre Kurum, her somut olaya göre bu mesleki gerekliliğin var olup olmadığını ayrı ayrı değerlendirecektir. Örneklendirmek gerekirse; bir işyerinde tercüman olarak çalışacak kişinin dil bilmesi zorunlu mesleki gereklilikten kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda dil bilmeyen bir kimsenin işe alınmaması suretiyle gerçekleştirilen farklı muamele halinde ayrımcılık iddiası ileri sürülemeyecektir.

İkinci koşul; yapılan farklı muamelenin amaca uygun olmasıdır. Amaca uygunluk; yapılan farklı muamelenin zorunlu mesleki gereklilikten kaynaklanmasını, yani zorunlu mesleki gereklilik ile farklı muamele arasında uygun illiyet bağının olmasını ifade etmektedir. Bu ikisi arasında nedensellik bağının kurulamaması durumunda ihlal iddiası ileri sürülebilecektir. Bunun tespiti de Kurum tarafından yapılacaktır. Örneklendirmek gerekirse; çalışanın astım hastası olması durumunda işyerinin daha ferah bir yerinde çalıştırılması suretiyle farklı muamelede bulunulması gerekirken, hastalığın sürekli çalışanın yüzüne vurulması ve onurunun rencide edilmesi suretiyle psikolojik tacizde bulunulması amaca uygun bir farklı muamele olarak kabul edilemeyecektir.

Son koşul ise; zorunlu mesleki gereklilik nedeni ile yapılan amaca uygun farklı muamelenin aynı zamanda orantılı olmasıdır. Örneğin; işverenin engelli hale gelen işçi bakımından makul düzenleme yapması ve işe giriş çıkışı için engelli yolu yapması mümkün

iken, doğrudan işçiyi işten çıkarması orantısız farklı muamele olduğundan ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturacaktır.²⁴

Söz konusu madde düzenlemesi; soyut ifadeler içermesi, işverenler tarafından her durumun bu kapsama sokulabileceği, sınırları ve kapsamının kişiler bakımından bilinmesinin mümkün olmayacak olması, orantılı ve amaca uygun olma koşullarının değerlendirilmesinin Kuruma bırakılması nedenleriyle eleştiriye açıktır. Ancak verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere işveren bakımından sınırsız bir ayırım yasağının öngörülmesi de menfaatler dengesinin sağlanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu bağlamda getirilen düzenlemenin yerinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Bununla birlikte İş Kanunu da sınırsız bir ayırım yasağı öngörmemiş, ancak istisnaların kapsamına TİHEKK kadar detaylı da yer vermemiştir. Şöyle ki; m. 5/2 düzenlemesine göre; esaslı sebeplerin varlığı halinde sözleşme türlerine göre farklı muamele yapılabileceği kabul edilmiştir. Ancak işin niteliği kavramı da tıpkı zorunlu mesleki gereklilik gibi belirsiz bir ifadedir. Ayrıca yalnızca sözleşme türleri ile sınırlı olarak kabul edilen istisnai hal son derece yetersizdir.

B. Sadece Belli Bir Cinsiyetin İstihdamını Zorunlu Kılan Durumlarda Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,b düzenlemesine göre; “*Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar*” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden ikincisidir. Yani bu düzenlemeye göre sadece kadın veya sadece erkek olması hasebiyle farklı muameleye uğramasına rağmen ayrımcılık iddiasında bulunamayacaktır.

Bu istisnai hal; cinsiyetin ya zorunlu bir mesleki gereklilik olarak görülmesi ya da çalışma yasakları bakımından kendisini gösterebilir. Çalışma yasakları kadın ve erkek çalışanlar arasında, daha ziyade kadınları korumak adına getirilen farklı muameleyi ifade

²⁴ Söz konusu maddenin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesi başvurunun reddine karar vermiştir. Bkz. AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, 26.12.2017, (RG. 26.12.2017, S. 30282).

ettiğinden m. 7/1,f kapsamında incelenmesi daha doğru olacaktır.²⁵ Yalnızca bir cinsiyetin istihdamının zorunlu bir mesleki gereklilik olması ise; günümüzde kadınların yapamayacakları işlerin artık çok sınırlı olması, söz konusu düzenlemenin cinsiyet ayrımcılığını meşurlaştırması, cinsiyet temelinde ayrımcılığa uğrayan kişilerin Kuruma başvuru yolunun bu düzenleme ile kapatılmış olması gibi gerekçelerle eleştiriye açıktır. Ancak bazı meslekler vardır ki gerçekten cinsiyet nedeni ile farklı muameleyi haklı kılmaktadır ve bu istisnai halin düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Örneğin; kadın iç giyim ürünlerinin bir erkek manken tarafından tanıtılması mümkün değildir.²⁶

Burada ayrımcılık yasağı ihlali bakımından getirilen istisnai düzenlemenin kullandığı ifadelerin çok genel ifadeler içermesi eleştiriye açık olmakla birlikte, madde düzenlemesi bu durumu bir istisnai hal olarak düzenlediğinden ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden, düzenlemenin sınırlı bir alana yönelik olarak getirildiğinin kabulü en doğru yöntem olacaktır. İş Kanunu m. 5/3 düzenlemesi, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebeplerin zorunlu kılması halinde bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle farklı işlem yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu düzenleme de tıpkı TİHEKK düzenlemesi gibi çok genel ifadeler içermektedir. Biyolojik nedenlerle cinsiyet veya gebelik temelinde farklı muamele yapılması; kadınlara mahsus olan hamile kalma ihtimali, hamilelik süreci ve sonrası açısından hem kadının hem de çocuğun korunması

²⁵ Çalışma yasakları; cinsiyet temelinde ortaya çıkan farklı muamele nedeni ile mağdur edilen, daha ziyade kadınlara yönelik olarak öngörülen pozitif ayrımcılık oluşturan nitelikteki düzenlemeleri ifade etmektedir. Bu düzenlemeler Anayasa m.50'de yer alan "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar." şeklindeki düzenleme ile uyum arz eder. Buna göre; fizyolojik ve psikolojik olarak erkeklerden farklı olan kadınların, bu farklılıkları nedeni ile mağdur olmamaları adına getirilen yasal düzenlemeler, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olarak nitelendirilemeyecektir. Söz konusu düzenlemelere m. 7/1,f kapsamında getirilen istisnaların incelendiği ilerleyen bölümde yer verilecektir.

²⁶ Melek Onaran Yüksel, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği* (İstanbul: Beta, 2000), 285-286.

bakımından öngörülen farklı muamelenin haklılaştırılması olarak yorumlanabilir. İşin niteliğine ilişkin sebeplerin kapsamına da ilk istisnai halde belirtilen şartların girdiği kabul edilebilir.²⁷

Bu bağlamda hem TİHEKK düzenlemesi hem de İş Kanunu düzenlemesi bakımından cinsiyet temelinde ayrımcılığı haklı kılan, geniş yorumlanmaya müsait düzenlemeler öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme de istisna kapsamında olup dar yorumlanması en doğru yöntem olacaktır.²⁸

C. Hizmet Zorunlulukları Nedeniyle Yaş Temelinde Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,c düzenlemesine göre; “İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele” ayrımcılık yasası bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden üçüncüsüdür. Bu düzenleme ayrımcılık yasası ihlali bakımından yaş temeline özgü bir istisnai hal getirmektedir.

TİHEKK, AB müktesebatına uyum sağlamak amacı ile getirilen bir yasa olup²⁹, İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve

²⁷ Özellikle kadınlar bakımından İş Hukuku mevzuatında, iş ilanlarında yapılan ayrımcılığa ilişkin eksiklik; hukuki bir boşluk olarak değerlendirilerek, iş ilanlarının ayrımcılık yasasını ihlal eder şekilde düzenlenmesinin kanuni düzenleme ile yaptırım altına alınmamış olmasının, bu nitelikteki ilanların önüne geçilmesindeki eksiklik olduğu belirtilmiş, söz konusu eksikliğin 5. maddede yapılacak düzenleme ile giderilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Kadriye Bakırcı, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler,” *Kadın Araştırmaları Dergisi*, no. 10 (2012): 10-11.

²⁸ Söz konusu maddenin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan iptal başvurusunda Anayasa Mahkemesi başvurunun reddine karar vermiştir. Bkz. AYM, E. 2016/132, K. 2017/154, (RG. 26.12.2017, S. 30282).

²⁹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Tasarısı (1/596) ile Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporları, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss149.pdf>.

2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi³⁰ de yaş ayrımcılığı bakımından istisnai bir düzenleme getirmektedir. TİHEKK' in amacı doğrultusunda Direktif düzenlemesi yol gösterici bir nitelik arz etmektedir. Direktifin m. 6 düzenlemesinde; *“Ulusal yasalar bağlamında meşru istihdam politikası, meşru işgücü piyasası ve eğitim hedefleri gibi nesnel ve makul haklı bir gerekçeye dayanıyorsa ve amaç için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise, Üye Devletler Madde 2(2) hükmüne halel getirmeksizin yaş nedeniyle yapılan farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağı kayırcı tedbirleri alabilir”* denilmiştir. Maddenin devamında ise bu istisnai haller örneklendirilmiştir. Bu örnekler; *“(a) Mesleki entegrasyonları ve korunmalarını temin maksadıyla, sorumlu oldukları kimsesi olan gençler ile yaşlı işçiler için istihdam edilebilirlik ve mesleki eğitime giriş, işten çıkarma ve ücret dâhil istihdam edilme ve mesleki açılardan özel koşulların getirilmesi, (b) İstihdam edilebilmeleri maksadıyla yaş, profesyonel deneyim ve kıdemle ilgili asgari koşullar veya istihdamla ilintili olmak üzere belli kimi avantajlar tespit edilmesi, (c) İşin gerektirdiği eğitim veya emekliye ayrılmadan önce makul bir süre çalıştırma gerekçesiyle azami yaş koşulu tespit edilmesi”* şeklinde sıralanmıştır.

Direktif düzenlemesinden hareketle hizmet zorunluluklarının neyi ifade ettiği anlaşılmaktadır. Buna göre belirtilmesi gereken ilk husus; zorunlu mesleki gereklilik ile hizmetin zorunluluklarının aynı şeyi ifade etmediğidir. Hizmet zorunluluklarında, zorunlu mesleki gereklilikten farklı olarak farklı muamelenin “meşru amaca dayalı, nesnel ve uygun” olması aranacaktır. Nitekim Direktif düzenlemesi bu hususa açıkça yer vermiştir. Nesnellik ve uygunluk; yaş nedeni ile getirilen farklı muamele ile hedeflenenin objektif ve anlaşılır kaygı ve düşüncelere dayanması, yalnızca subjektif ya da varsayımsal kaygılara dayanmamasını ifade etmektedir. Meşru amaca dayanma ise; Direktif ile de öngörüldüğü üzere; işverenin istihdam politikası, eğitim piyasası, iş gücü piyasası gibi kendi bi-

³⁰ İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi, erişim tarihi Mart 6, 2019,

http://www.academia.edu/34878000/ÇALIŞMA_MEVZUATI_İLE_İLGİLİ_AVR_UPA_BİRLİĞİ_DİREKTİFLERİ.

reysel yararı dışında kalan, gerçek işletmesel yararının olmasıdır.³¹ Meşru amaç; ülkelerin kendi takdirinde olup, yasal düzenlemeler aynı zamanda nesnel ve uygun olmalıdır.³²

TİHEKK, istisnai düzenlemeyi; hem yaş sınırlarının belirlenmesi hem de uygulanması bakımından getirmiştir. Bu durumda, hizmetin zorunluluklarının erekli kılması halinde, işe kabul ve istihdam sürecinde, gerekli ve amaca uygun olmak şartıyla iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi düzenlemesi ile yaşa dayalı farklı muamele yapılmasının kanunen ayrımcılık oluşturmayacağı kabulünü gerektirmektedir.³³ Hukukumuzda; iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile yaşa dayalı farklı muamele ayrımcılık yasağı kapsamında kalacak iken, istisnai düzenleme ile bu yasağa açık bir kapı bırakılmıştır.

³¹ Ünal, *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, 233-289.

³² Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları da bu yöndedir. David Hütter - Graz Teknik Üniversitesi, Dava C-88/08 [2009] davasında; davacı, Avusturya mevzuatında yer alan, 18 yaşına gelinmeden önce gerçekleştirilen fiili çalışmaların, çalışma tecrübesi olarak kabul edilmeyeceği, ücret tespitinde de bu hususun dikkate alınmayacağını kabul eden düzenlemenin ayrımcılık oluşturduğu gerekçesi ile başvuruda bulunmuştur. Davacı karşılaştırma süjesi olarak çalışma deneyimi kendisi ile çok yakın olan, kendisinden yaş olarak 22 ay büyük kişiyi göstermiştir. Buna göre ülke mevzuatı doğrultusunda davacının ücreti altı buçuk aylık çalışmasına göre belirlenmiş, diğer çalışanın ise yirmi sekiz buçuk aylık çalışmasına göre belirlenmiştir. Divan, yasal düzenlemenin amaçlarının; meslek eğitimi alanlara kıyasla, genel orta öğretimden geçenlerin dezavantajlı bir konuma sokulmaması ve çıraklıkları daha maliyetli hale getirilmesinden kaçınılması ve bu doğrultuda çıraklık eğitimi alanların işgücü piyasasına girmesini kolaylaştırmak olduğunu belirtmiş ve bu amaçları meşru kabul etmiştir. Divan, meşru amaçların ülkelerin takdirinde olduğunu kabul etmektedir. Fakat uygun ve gerekli olup olmadıklarının da tespitinin gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda yasal düzenleme, genç işçileri orantısız bir biçimde mağdur etmesi ve bunun objektif haklı sebebe dayanmaması yönleri ile ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında kabul edilmiştir; ABAD, C-88/08, David Hütter & Technische Universität Graz, 18.06.2009, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*, 53.

³³ Gizem Sarıbay Öztürk, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı," *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 37 (2017), 123.

Kurum Kanunu söz konusu düzenlemede; yaş temelinde ayrımcılığa, yalnızca işe alım ve istihdam sürecinde bir istisnai hal getirmiştir. Bu durum; Kanunun iş ilişkisinin sona ermesi bakımından da böyle bir istisna kabul edip etmediği sorununu gündeme getirmektedir. Kanun; madde düzenlemesinde istihdam sürecinden bahsetmiştir. Kural olarak iş ilişkisinin sona ermesi de istihdam süreci kapsamı içinde yer almaktadır. Ayrımcılık yasakları bakımından TİHEKK m. 6/1 düzenlemesinde zamansal bakımdan iş ilişkisinin kurulması, iş ilişkisinin devamı ve iş ilişkisinin sona ermesi aşamaları bakımından her ne kadar doğrudan bu şekilde bir ayrıma gidilmemiş olsa dahi, bu ayrımın içine dâhil edilebilecek kavramlar ayrı ayrı kullanılmak suretiyle belli süreçler tek tek sayılmıştır. Buna göre örneğin; seçim kriterleri iş ilişkisinin kurulmasından önceki aşamayı ifade etmektedir. Kanunun m. 6/1 düzenlemesi, çalışmanın sona ermesi sürecini de bizatihi vurgulamıştır. Kanunun madde düzenlemeleri arasındaki bu farklılık kanaatimce normal şartlarda her ne kadar iş ilişkisinin sona ermesi süreci istihdam süreci kapsamında kabul edilebilecek olsa da, söz konusu Kanuna göre yaş temelinde düzenlenen bu istisnai hal bakımından iş ilişkisinin sona ermesi süreci kapsama dâhil edilmemiştir. Bununla birlikte TİHEKK düzenlemesi istisnai bir hal getirmiş olup, bu istisnai halin suiistimal edilmeyecek şekilde dar yorumlanması gerekmektedir. Kanaatimce TİHEKK düzenlemesine göre iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından yaş temelinde farklı muamele her zaman ayrımcılık olarak kabul edilecektir.

TİHEKK düzenlemesi doğrultusunda, yaş ayrımcılığını iş ilişkisinin sona ermesi bakımından bizatihi ele almak faydalı olacaktır. İş Kanunu eşit davranma borcunu düzenlerken yaş temelinde ayrımcılığa m. 5 düzenlemesinde yer vermemiştir. Ancak bu durum yaş temelinde ayrımcılığın İş Hukuku bakımından kabul edilmeyeceği gibi bir sonuca varılmasına neden olmamalıdır. Belirtmek gerekir ki; bir ayrımcılık temelini kanun düzenlemesinde özellikle yer alması başlı başına bir sorun iken, kanun düzenlemesinde dahi yer almayan ayrımcılık yasağının istisnasının ne şekilde uygulanacağı ayrı bir sorun oluşturacaktır. Kanaatimce İş Hukuku bağlamında TİHEKK düzenlemesi ile getirilen yaş temelinde ayrımcılığın da

işverenin eşit davranma borcu kapsamında uygulanması gerekmektedir. Birlikte istisnai hal olarak öngörülen düzenlemenin uygulamada yalnızca yorum aracı olarak kullanılması gerekecek, bu istisnai hal İş Hukuku bakımından bire bir uygulanamayacaktır. Yani; iş ilişkisinde çalışanlardan birine yapılan yaş temelinde farklı muamelenin de İş Kanunu kapsamında ayrımcılık olarak kabul edilmesi gerekecek, bununla birlikte yapılan farklı muamelenin mutlak olarak uygulanmaması ve belli hallerde bu farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağına kabulü gerekecektir. Bu bağlamda hangi hallerde yaşa dayalı farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağına ilişkin olarak somut olayda karar verilirken de TİHEKK düzenlemesi ile getirilen istisnai hal düzenlemesinde yer alan koşullar yorum yönteminde kullanılabilir.

Ç. Çocuk veya Özel Bir Yerde Tutulması Gereken Kimseler Bakımından Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,ç düzenlemesine göre; “Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden dördüncüsüdür. Madde, korunması gereken iki farklı gruba yönelik düzenleme getirmektedir. Bu grupların her ikisi de bu Kanunda tanımlanmamıştır. Her iki grup birbirinden farklı olup ayrı ayrı incelenmeleri faydalı olacaktır.

1. Çocuklara Yönelik Farklı Muamele

Kanun “çocuk” kavramını tanımlamadığından, öncelikle çocuk kavramının neye karşılık geldiği açıklanmalıdır.

Çocuk; BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin³⁴ ilk maddesinde; daha erken yaşta reşit olma durumu hariç on sekiz yaşına gelmemiş kişiyi ifade etmektedir. Sözleşme; m. 32 düzenlemesi ile çalışma yaşamında çocukların korunmasına ilişkin bazı düzenlemeler getirmiştir.

³⁴ BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, RG. 27.01.1995, S. 22184.

Söz konusu madde düzenlemesine göre; Sözleşmeye taraf Devletler; çocukların eğitimine zarar verecek işlerde, sağlığını ya da bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ya da toplumsal gelişimi bakımından zararlı işlerde çalıştırılmalarını, ekonomik sömürüye ve her türden tehlikeli işlerde çalışmalarını korumak ve Sözleşmenin bu maddesinin uygulanmasını sağlamak adına ilgili kanuni, idari ve toplumsal düzenlemeyi yapmakla mükellef tutulmuştur. Buna ek olarak Sözleşme, belli önlemlerin alınması yükümlülüğünü de getirmiştir. Sözleşmede öngörülen önlemler; işe kabul açısından bir veya birden fazla asgari yaş sınırının belirlenmesi, çalışma saatlerinin, çalışma sürelerinin ve çalışma koşullarının uygun biçimde düzenlenmesi, maddenin etkinliğinin hayata geçirilmesi için gerekli cezai veya diğer yaptırımların öngörülmesidir. Çocukların istihdamı bakımından bir diğer önemli uluslararası düzenleme Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22.06.1994 Tarih ve 94/33/EEC Sayılı Konsey Direktifidir.³⁵ Direktif; hem çocuk kavramını hem de genç insan ve ergen kavramlarını tanımlamıştır. Buna göre çocuk; on beş yaşından küçükleri ya da ulusal mevzuata göre hala tam gün süreli olarak öğretime tabi olan kişiyi ifade etmektedir. Direktife göre genç insan; bir iş sözleşmesi veya ulusal mevzuat ya da idari düzenlemeler gereğince bir iş ilişkisi içinde bulunan on sekiz yaşından küçükleri karşılamaktadır. Ergen ise; on beş yaşından büyük ve on sekiz yaşından küçük olan ve ulusal mevzuata göre tam gün süreli öğretime tabi olmayan kimseyi karşılamaktadır. Direktif de tıpkı AB Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede olduğu gibi ülkelerin, çocuklara yönelik olarak çalışma yasağı bakımından asgari yaş sınırını getirmesini öngörmüştür. Bununla birlikte belli hallerde bu sınırın uygulanmayacağını belirtmiştir. Direktif'e göre çalışma yasakları; kültürel ve benzeri faaliyetlerde çalışan çocuklar, yetkililer tarafından tespit edilen koşullarda en az on dört yaşında olan ve iş/egitim veya fabrika içi iş/tecrübe programlarına göre yaptıkları işlerde çalışan çocuklar, kültürel ve benzeri faaliyetler dışında kalan hafif işlerde çalışan en az on dört

³⁵ Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22.06.1994 Tarih ve 94/33/EEC Sayılı Konsey Direktifi, erişim tarihi Mart 6, 2019,

http://www.academia.edu/34878000/ÇALIŞMA_MEVZUATI_İLE_İLGİLİ_AVR_UPA_BİRLİĞİ_DİREKTİFLERİ.

yaşında olan çocuklar ve ulusal mevzuat ile belirlenip kültürel ve benzeri işler dışında kalan işlerde çalışan en az on üç yaşında olan çocuklar bakımından uygulanmayacaktır. Yani Direktif, çocukları korumak adına çalışma yasaklarını kabul etmiş, ancak belli hallerde de bu yasakların uygulanmamasının çocukların korunmasına engel teşkil etmeyeceğini öngörmüştür. Bununla birlikte Direktif m. 6 düzenlemesinde çocuk çalıştıran işverenler bakımından ek sorumluluklar getirmiştir.

Hukuk sistemimizde de çocuklar korunması gereken kişiler olup Anayasa m. 10/3 düzenlemesinde çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 71 düzenlemesi de çocukları belli gruplara ayırarak belli koruyucu tedbirler öngörmüştür. İş Kanununa göre; on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar ilk grubu oluşturmaktadır ve bu grubun çalışması yasaktır. On dört yaşını dolduran ve zorunlu ilköğretim çağını dolduran çocuklar ikinci grup olarak kabul edilmiş ve bunların bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitimlerine devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilecekleri kabul edilmiştir. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise üçüncü grup olarak kabul edilmiş ve bunların da bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapabilecekleri ve her bir faaliyet için ayrı ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilecekleri yasal düzenleme ile kabul edilmiştir. Bununla birlikte maddenin devamında çocukları koruyucu düzenlemelere de yer verilmiştir. 1593 sayılı ve 24.04.1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 176 düzenlemesinde; *"Mahalli belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda on sekiz yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur."* demek suretiyle belli alanlarda on sekiz yaşın altındaki kimseler bakımından çalışma yasağına ilişkin düzenleme getirmiştir.³⁶ Ayrıca Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik³⁷ ile de çalışma yaşamında çocukları koruyucu düzenlemeler getirilmiştir

³⁶ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, RG. 06.05.1930, S. 1489.

³⁷ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG. 06.04.2004, S. 25425.

TİHEKK düzenlemesi bakımından İş Kanunu kapsamında olmayan çalışanlar da bu Kanun hükümlerine göre korunacağından çıraklar da bu kapsamda kalmaktadır. Çıraklar da Mesleki Eğitim Kanunu m. 13 düzenlemesi ile *“Bu Kanun kapsamında bulunan il ve mesleklerde faaliyet gösteren iş yerleri, Bakanlıkça tespit edilecek illerde ve meslek dallarında on dokuz yaşından gün almamış kişileri çıraklık sözleşmesi yapmadan çalıştıramazlar.”* şeklinde korunmuşlardır. Çırakların ücrete ilişkin hakları da söz konusu Kanunun m. 25 düzenlemesi ile koruma altına alınmıştır. Görüldüğü üzere; TİHEKK düzenlemesi uluslararası düzenlemeler ile ve hukuk sistemimizde yer alan düzenlemeler ile uyumludur. Yasal düzenlemelerin kapsamı dışında kalan çocukları koruyucu nitelikteki önlemler de TİHEKK kapsamında bu madde düzenlemesinin içinde kabul edilecektir.

2. Özel Bir Yerde Tutulması Gereken Kişilere Yönelik Farklı Muamele

Maddenin koruduğu ikinci grup; özel bir yerde tutulması gereken kimselerdir. Bunların kimleri kapsamına aldığı da Kanun ile tanımlanmadığı gibi madde gerekçesinde de açıklanmamıştır. Kanaatimce Kurum; aslında temel olarak bu düzenlemede cezaevleri veya huzurevleri gibi yerlerde bulunan kimseleri korumak istemiştir. Çalışma yaşamı bakımından madde düzenlemesinin yorumlanmasında ise engellilerin de bu kapsama girip girmediğinin tartışılması gerekir. Engelliler hem uluslararası düzenlemelerde hem de ulusal mevzuat düzenlemelerinde koruma altına alınması gereken kimseler olarak kabul edilmiştir. Uluslararası düzenlemeler bakıldığında özellikle; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi³⁸, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile bağlantılı olarak Komite tarafından yayımlanan 5 No’lu Genel Yorum³⁹,

³⁸ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf.

³⁸ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, (www.esithaklar.org/.../İstihdam-ve-Meslekte-Eşit-Muameleye-Dair-AK-direktifi.docx).

³⁹ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile bağlantılı olarak Komite tarafından yayımlanan 5 No’lu Genel Yorum, <http://www.ihop.org.tr/2007/12/11/ekonomik-sosyal-ve-kueltuerel-haklar-komitesi/>.

Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi⁴⁰, İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi⁴¹, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı⁴² bu konuda detaylı düzenlemeler getirmiştir.

Hukuk sistemimizde de engellileri koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasa m. 10/3 düzenlemesine göre engelliler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 5 düzenlemesi ile engellilik mutlak ayrımcılık yasakları kapsamında sayılmış, m. 30 düzenlemesi ile belli şartların varlığı halinde engelli çalıştırma yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde m. 101 ile belli yaptırımlar öngörülmüştür. Bununla birlikte Engelliler Hakkında Kanun; engelli kavramını, zihinsel, fiziksel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli seviyede kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey olarak tanımlamış ve engellileri çalışma yaşamında koruyucu düzenlemeler öngörmüştür.⁴³ Bununla birlikte TİHEKK düzenlemesi ile engelliler bakımından getirilen makul düzenleme yapma yükümlülüğünün de değerlendirilmesi gerekir. TİHEKK düzenlemesi doğrultusunda makul düzenlemeyi örneklendirmek gerekirse; tekerlekli sandalye kullanan bir engelli çalışanın, asansör bulunmayan bir işyerinde zemin katta bulunan odalardan birinde çalıştırılmasının sağlanmasından bahsedilebilir. Bu bağlamda kanaatimce söz konusu kavram kapsamına giren kişilerin engellileri ifade ettiğini düşünmek biraz zorlama bir yorum olacaktır.

⁴⁰ Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EngellilerinHaklarınaİliskinSozlesme.pdf>.

⁴¹ İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi, (www.esithaklar.org/.../İstihdam-ve-Meslekte-Eşit-Muameleye-Dair-AK-direktifi.docx).

⁴² Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/GozdenGecirilmisAvrupaSosyalSarti.pdf>.

⁴³ Engelliler Hakkında Kanun, RG. 07.07.2005, S. 25868.

TİHEKK'in özel bir yerde tutulması gereken kişiler ile ifade etmek istediğinin cezaevlerinde bulunan, huzurevlerinde bulunan kişiler olduğunun kabulü ile engellilerin bu kapsamda sayılmayacağına kabulü en doğru yorum olacaktır. Bununla birlikte cezaevi veya huzurevindeki kimselerin, İş Hukuku ile ilgisinin ne şekilde olacağına ya da maddenin koruma kapsamına aldığı bu kimseleri bu düzenlemeye dâhil ederken taşıdığı amacın İş Hukuku ile ilgisinin olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir.

Cezaevinde çalışan kadrolu ve sözleşmeli personeller 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında çalışan kimseler olduğundan, kanaatimce bu kimseler söz konusu istisnai hal kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bununla birlikte cezaevlerinde çalışan hükümlü ve tutukluların bu kapsamda olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu konuda 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun⁴⁴ yol gösterici nitelik arz etmektedir. 5275 sayılı Kanun m. 29 düzenlemesine göre; Kurum hekimi nezdinde bedensel ve psikolojik olarak sağlıklı kabul edilen meslek sahibi olmayan hükümlüler ile meslek sahibi olan isteklilerin Kurumun imkânları dahilinde belirlenen ücret karşılığında atölye ve işyurtlarında çalıştırılabilir olup bu kişilerin çalıştırılmasında 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 5275 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. Tutuklulara yönelik düzenleme ise 5275 sayılı Kanun m. 114 düzenlemesinde yer almakta ve bu kişilerin çalışmaya zorlanamayacakları belirtilmekle birlikte, çalışmalarını halinde de hükümlüler bakımından kabul edilen sistemin uygulanacağı öngörülmektedir. Bu bağlamda; hükümlü ve tutukluların, diğer çalışanlara nazaran farklı olduğu Kanun kapsamında kabul edilerek bu kişiler açısından alınan tedbirler ve koruyucu önlemlerin ayrımcılık oluşturmayacağı kabul edilmiştir denilebilir. Örneğin; hükümlü bir kimse adliyeler nezdinde bulunan işyurtlarında çalışırken denetim altında çalıştırılabilir. Bu bakımdan bu kimsenin çalışma bahanesi ile kaçmasının önlenmesi amacıyla alınan bu tedbir ayrımcılık olarak kabul edilemeyecektir.

⁴⁴ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, RG. 29.12.2004, S. 25685.

Huzurevlerinde bulunan kimseler bakımından durum değerlendirildiğinde ise; huzurevinde bulunan kimseler zaten çalışabilecek durumda olan kimseler değildir. Nitekim Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği⁴⁵ m. 4 düzenlemesine göre; 60 yaş ve üzerindeki sosyal ve/veya ekonomik yönden yoksunluk içinde olan, korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç kimseler bu yerlerde kalmaktadır. Bu bağlamda bu kimselerin çalışmaları ve İş Hukuku bakımından istisna kapsamında kabul edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Ancak bu kimseler, yaşları nedeniyle ortaya çıkan belli hastalıklar dolayısıyla denetim altında tutulması gereken kimselerdir ve kanaatimce yasal düzenleme ile getirilen bu istisnai hal de denetimin sağlanması, gerekli koruyucu önlemlerin alınması bakımından yaşlılara yapılan farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturmayacağına kabulünün gerektiğine ilişkindir.

Belirtmek gerekir ki; her ne kadar özel bir yerde tutulması gereken kimselere ilişkin yukarıda sayılan kişiler olduğu şeklinde bir açıklama yapılmış ise de; bu açıklamalar tamamen yorumlanma suretiyle yapılmış olup, Kanun bu konuda açıklanan şekilde bir belirtme yapmamıştır. Düzenlemenin belirsizlik taşıdığı ve buna açıklık getirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

D. Belli Şartların Varlığı Halinde Din Temelinde Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,d düzenlemesine göre; “Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden beşincisidir. Madde düzenlemesi yalnızca din temelinde gerçekleştirilen ayrımcılıklara yönelik bir istisna getirmiş ve bu istisna için belli koşullar öngörmüştür.

⁴⁵ Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği, RG. 21.02.200, S. 24325.

Söz konusu düzenlemenin uluslararası düzenlemelerle uyumluluk gösterdiğini söylemek mümkündür. Nitekim İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi belli hallerin mevcut olması durumunda istihdam alanında yalnızca belli bir dine mensup kişilerin istihdam edilebileceğini kabul etmiştir.⁴⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı; eşit muamele ilkesinin herhangi bir istisnasının dar yorumlanması gerektiğine değinmiş ve Direktif düzenlemesinin istisnai bir hal getirmesi sebebi ile sınırlı olarak uygulanması gerektiğini, bu yüzden de bu istisnanın, dinin tanıtımı ve temsili ile ilgili rahiplik gibi dini mesleklerde ve dini okullar ya da dini huzurevleri gibi dini kurumlarda uygulanabileceği belirtilmiştir.⁴⁷

Hukukumuzda din temelinde ayrımcılığa ilişkin istisnai hal getiren ilk düzenleme TİHEKK m. 7/1,d'de yer almaktadır. Bu bağlamda düzenlemenin detaylandırılması ve koşullarının somutlaştırılması gerekmektedir. Düzenlemeye göre ilk şart; farklı muamelenin, çalışma ilişkisinin gerçekleştiği herhangi bir yerde değil, dini bir kurumda gerçekleşmesi gerektiğidir. Buna göre örneğin; konserve üretimi ya-

⁴⁶ Direktif'in m. 4/2 düzenlemesi "Değerler sistemi din veya inanca dayalı kilise ve diğer kamusal ya da özel teşkilatlarda sürdürülen mesleki faaliyetler söz konusu ise, mesleki faaliyetin niteliği ve ifa edildiği bağlam itibariyle kişinin din veya inancı gerçek, meşru ve haklı bir mesleki gereksinim teşkil ediyorsa, Üye Devletlerin, böyle bir teşkilatın değerler sistemini dikkate alarak bu Direktifin kabul edildiği tarihte yukarıda açıklanan duruma uygun nitelikteki yürürlükte olan ulusal uygulamayla birleştirerek yeni mevzuat getirmesi, kişinin din ve inancı nedeniyle gördüğü bir farklı muamele teşkil etmez. Bu türden bir farklı muamele Üye Devlet anayasası hüküm ve ilkeleri ile Topluluk hukukunun genel ilkeleri dikkate alınarak yasalara konup uygulanır ve bu durum diğer bir başka temelde ayrımcılığa hak kazandırmaz. Bu Direktifin hükümleri, farklı bir biçimde olsa da yerine getiriliyor olması halinde, ulusal anayasa ve yasalara uygun olarak faaliyet gösteren değerler sistemi dine veya inanca dayalı Kiliseler, kamu kuruluşları veya özel kuruluşların, çalışanlarından teşkilatın değerler sistemine inanmaları ve sadakatle bağlı kalmalarını isteme hakkına hâlel getirmez." şeklindedir. İşe Alma ve Mesleki Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan 27.11.2001 Tarih ve 2000/78/EC Sayılı Konsey Direktifi, erişim tarihi Mart 6, 2019, http://www.academia.edu/34878000/ÇALIŞMA_MEVZUATI_İLE_İLGİLİ_AVRUPA_BİRLİĞİ_DİREKTİFLERİ.

⁴⁷ Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Avrupa Ayrımcılık Yasası Hukuku El Kitabı*, 50-51.

pan bir fabrikada din temelinde gerçekleştirilen farklı muamele hiçbir surette bu istisna kapsamına girmeyecek, ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilecektir. Bir başka örnek vermek gerekirse; bir et tesisinde çalışan kişi, verilecek olan “helal kesim” sertifikasına rağmen Müslüman olmasa dahi bu işletmede çalışabilecek, din temelinde yapılan farklı muamele ayrımcılık oluşturacaktır. Nitekim et tesisi dini bir kurum değildir. Dini kurum bakımından getirilen istisna; İmam Hatip Liseleri ve İlahiyat Fakülteleri bakımından da değerlendirilmelidir. Bu kurumlarda din eğitim ve öğretimi verilmekle birlikte, bu kurumların dini kurum olarak kabul edilmesi kanaatimce mümkün değildir. Nitekim İmam Hatip Liseleri ve İlahiyat Fakülteleri her ne kadar dini eğitim ve öğretim veren kurumlar olsa da temelinde yalnızca bir dine yönelik faaliyet yürüten kurumlar olmayıp; dini eğitim dışında eğitim ve öğretim veren kurumlar olduğundan, bunların eğitim-öğretim kurumu olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

İkinci şart; istisnai hal dini kurumun her çalışanı için geçerli olmayacak, çalışan ya dini hizmet veren ya da dine ilişkin eğitim ve öğretim veren kişi olacaktır. Bu bağlamda bir caminin imamı istisna kapsamında kabul edilebilecekken, caminin temizliğinden sorumlu olan kişi istisna kapsamında kalmayacak, dini nedeni ile farklı muameleye tabi tutulması halinde ayrımcılık iddiasını ileri sürebilecektir.⁴⁸

Üçüncü şart ise; yapılan farklı muamele yalnızca din temelinden ve istihdam edilen kişinin görev alacağı yerde aranan dine mensup olmamasından kaynaklanmalıdır. Belirtmek gerekir ki; din temelinde getirilen bu istisnai hal, çok sınırlı bir uygulama alanı ba-

⁴⁸ Bu noktada Mekke ve Medine gibi kutsal topraklara gayrimüslimlerin alınmaması ve bunun doğal sonucu olarak da gayrimüslimlerin buralarda çalışmaması hususunu da değerlendirmek gerekecektir. Kanaatimce iş ilişkisi bakımından bu hususta ön sorun gayrimüslimlerin bu yerlere girememesidir. Bu bağlamda bu kişilerin ayrımcılık yasağı ihlalinin mağduru olarak değerlendirilebilmeleri öncelikle ülkeye giriş bakımından söz konusudur. Kutsal topraklarda gayrimüslimlerin çalışmaları bakımından bir ayırım yapılmasa dahi bu kimselerin söz konusu yasak yerlere girmeleri baştan itibaren mümkün olmayacağından, bu hususun iş ilişkisi bakımından değerlendirilmesi de mümkün olmayacaktır. Çalışmanın konusunun da ülkemiz bakımından, yani ulusal anlamda İş Hukuku ile sınırlı olarak değerlendirilmesi gerektiğinden burada bu açıklama ile yetinilecektir.

kımından kabul edilmiştir. Kişiler dini inançlarını yaşarken, dini kurumlarda kendilerine bu yönde hizmet veren ya da bu dine ilişkin olarak dini eğitim ve öğretim veren kimselerin de kendileri ile aynı dinden olmalarını beklemektedirler. Kendilerine bir dini öğreten kimsenin aynı dinden olmaması kişilerin inançlarını sorgulamalarına neden olabilecek bir durumdur. Bu sebeple de bir din mensubu olan veya bir dini inanışa sahip olmayan herhangi bir kurum böylesi bir durumu kabul etmeyecektir. Bu bağlamda söz konusu düzenleme makul ve orantılı bir farklı muameleyi kabul etmiş görünmektedir. Ancak bu durumun Anayasa düzenlemeleri ile çeliştiğini de kabul etmek gerekir. Nitekim Anayasa m. 24 düzenlemesi herkesin dini inanç hürriyeti olduğunu, m. 49 düzenlemesi ise herkesin çalışma hakkı olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda düzenleme Anayasaya aykırı görünmektedir. Kanaatimce çok sınırlı bir alan bakımından kabul edilen bu istisnai hal Anayasa düzenlemelerine aykırı değildir. Nitekim kişi çalışmak isterse dini kurumda sayılan görevler dışında kalan alanlarda çalışabilecek ya da sayılan görevleri yerine getirmek istiyorsa da dini kurum dışında kalan yerlerde bu görevleri yerine getirebilecektir. Her iş ilişkisi veya her dini hizmet bakımından sınırlama getirmeyen bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunun kabulü pek mümkün değildir.

E. Sendika Üyeliği Bakımından Belli Hallerde Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,e düzenlemesine göre; “Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları” ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden altıncısıdır. Bu düzenlemenin de İş Hukukunu ilgilendiren kısmı sendikaların üyelere belli nitelikler aramasına ilişkin olan bölümdür. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki; sendikal ayrımcılık, işverenin İş Hukuku bağlamında kabul edilen eşit davranma borcunun sendikal özgürlük çerçevesinde somut görünümünü ifade etmektedir.⁴⁹ Bu bağlamda

⁴⁹ A. Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku* (İstanbul: Beta, 2015), 103.

söz konusu ayrımcılık da bu düzenleme ile istisnasını da beraberinde getirmiş olmaktadır.

Uluslararası düzenlemelere bakıldığında da sendikaların ilgili mevzuat veya tüzüklerinde, hedef edindikleri gaye, ilke ve temel değerler doğrultusunda üye olacak kişilerde belli nitelikler aranmaları makul karşılanmaktadır.⁵⁰ Gerçekten de bir işçi sendikasına üyelik için; işçi olma koşulu aranması, yaş koşulu aranması ayrımcılık oluşturmayan farklı muamelelerdir. Nitekim bu husus Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu m. 17 düzenlemesi ile de kabul edilmiştir.⁵¹ Söz konusu maddenin ilk iki fıkrası “(1) On beş yaşını dolduran ve bu Kanun hükümlerine göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilir. (2) Bu Kanun anlamında işveren sayılanlar, işveren sendikalarına üye olabilir.” şeklindedir. Bununla birlikte aynı maddenin 5. fıkrası üyelik başvurusunun haklı neden gösterilmeden reddi halinde kişiye dava açma hakkı vermektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus; amaca uygun bir farklı muamelenin söz konusu olmasıdır. Yani; söz konusu muamelenin amaca uygun olması durumunda, belli niteliklerin üyelik bakımından aranması haklı neden oluşturacak, haklı nedenin olmaması durumu ise dava hakkını doğuracaktır.⁵²

⁵⁰ ILO'nun 87 No'lu Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi, ilk bölümünde “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.” demiştir. Bkz. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm.

⁵¹ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanunu, RG. 07.11.2012, S. 28460.

⁵² 6356 sayılı Kanun m. 17/5 doğrultusunda dava hakkı doğuran durum sendikal tazminata ilişkindir. Kanuni düzenleme ile getirilen istisnai hal kapsamı dışında kalan durumlarda sendikal tazminat hakkı doğacaktır. Bu şekilde bir ayrımcılığa maruz kalan işçi bakımından hem ayrımcılık tazminatının hem de sendikal tazminatın talep edilmesi mümkün değildir. Nitekim İş Kanunu m. 5/6 düzenlemesi Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerini saklı tutmuştur. Buna göre sendikal ayrımcılığa maruz kalan işçi bakımından daha yüksek miktardaki sendikal tazminata hükmedilecektir. Bununla birlikte işçinin maddi manevi zararının doğması durumunda sendikal tazminatın yanı sıra maddi ve manevi tazminata da hükmedilebilecektir. Nuri Çelik, “İşçilerin İşten Çıkarılma-

Ancak TİHEKK bu madde düzenlemesini getirmesinin yanı sıra, m. 5/4'te bu hüküm ile ayrımcılığın yasağının zamansal olarak kapsamı yönünden çelişen bir düzenlemeye de yer vermiştir. TİHEKK m. 5/4; *“Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz.”* şeklindedir. Yani yapılan farklı muameleyi yalnızca sendikaya üyelik bakımından değil, aynı zamanda organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından da kabul etmiştir. Bu bağlamda mevzuat ve sendika tüzükleri ile getirilecek olan ve farklı muamele olarak kabul edilecek olup ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek olan istisnai hallerin hangi durumlar bakımından söz konusu olacağı hususunda bir karışıklık söz konusudur. Bu bağlamda eleştiriye açık olan bu düzenlemelerin netleştirilmesi, TİHEKK düzenlemesi ile bu konuya bir açıklık getirilmesi gerekmektedir.

F. Eşitsizlikleri Ortadan Kaldırma Amacı ile Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,f düzenlemesine göre; *“Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele”* ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemeyeceği hallerden bir diğeridir. Söz konusu istisnai hal; belirleyici kıstaslar getirmedi-

larında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar,” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, no. 14 (2007): 489-490. Bu noktada işçi aynı zamanda TİHEK’na başvurabilecek ve sendikal ayrımcılığı gerçekleştiren kişilere de Kanununun 25. maddesine göre idari para cezası verilebilecektir. Belirtmek gerekir ki; Kurum kararlarından yalnızca idari yaptırım kararı icrai ve bağlayıcı nitelik arz etmektedir. Söz konusu düzenleme, insan hakları ve ayrımcılık konularında görevli bir kurumun ilk kez bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olmasını sağlayarak ihlallere karşı etkin mücadele yönünden önemli bir gelişmedir. Emine Cin Karagöz, *“Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu’nun Yetkileri,” Yasama Dergisi* 11, no. 32 (2016): 21-40. Hukuki sorumluluk bu çalışmanın konusu oluşturmadığından burada bu açıklamalarla yetinilecektir.

ğinden geniş yorumlanmaya son derece müsait bir istisnai hal ortaya konmuştur. Ancak düzenlemeye göre; farklı muamelenin eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik olması ve gerekli, amaca uygun ve orantılı olması şeklinde iki koşul belirlediği görülmektedir.

Gerekli, amaca uygun, orantılı bir farklı muamelenin aranması, söz konusu istisnai halin kapsamını daraltan, ölçülülük ilkesine uygun bir muamele olması gerektiğini vurgulayan ifadelerdir. Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik olması ise ucu açık bir ifadedir. Kanaatimce burada belirtilmek istenen pozitif ayrımcılık temelinde bazı kimselere yönelik gerçekleştirilen farklı muamelelerin, diğer kimseler bakımından ayrımcılık olarak görülmemesi gerektiğine ilişkindir. Pozitif ayrımcılık; temelde belli bir gruba nazaran daha dezavantajlı konumda bulunan veya bu konuma getirilen kimsele- rin bazı ek düzenlemelerle de korunmasını hedefler. Bu kişileri ko- rumak adına alınan tedbirlerin özünde, ayrımcılığın önlenmesi ve eşitlik ilkesinin yaşama geçirilmesi yer almaktadır. Bu sebeple de yapılan bu farklı muameleler ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturma- yacaktır.⁵³ Buna göre yukarıda sayılan istisnai haller kapsamında açıklanan kadınları korumak amacıyla getirilen ayrımcılık yasakla- rı⁵⁴, çocukları korumak amacıyla getirilen düzenlemeler ve asgari çalışma yaşı getiren çalışma yasakları ya da mevzuat düzenlemeleri dışında kalan ve gerekli nitelikleri taşıyan pozitif ayrımcılıklar, ölçü- lü olmaları halinde bu kapsamda farklı muamele olarak kabul edile- cekken ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir. Örneğin; vardiyalı çalışılan bir tekstil fabrikasında erkekler ile kadınların hem gece hem gündüz vardiyasında çalışmaları, ancak ulaşım araçlarının gece vardiyasında da olması ve erkek çalışanlara ulaşım ücretlerinin ödenmesinin yanı sıra kadınların korunması adına gece vardiyasın- da çalışmaları halinde servis hizmetinin sağlanması ölçülü olarak

⁵³ Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 372ff.

⁵⁴ Hamilelik ve doğum izni bağlamında İş Hukuku mevzuatında öngörülen ka- dınları koruyucu düzenlemelerin ayrımcılık olarak kabul edilemeyeceğinde dair açıklamalar için; Hatice Duygu Özer, "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi," *Çalışma ve Toplum*, no. 21 (2009): 123-136.

uygulanması halinde pozitif ayrımcılık oluşturacak ve bu farklı muamele ayrımcılık olarak kabul edilmeyecektir.

G. Vatandaş Olmayanlara Yönelik Farklı Muamele

TİHEKK m. 7/1,g düzenlemesine göre; *“Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.”* ayrımcılık yasağı bakımından ihlal iddiasının ileri sürülemediği hallerden bir diğeridir. Söz konusu istisnai hal; belirleyici kıstaslar getirmediğinden geniş yorumlanmaya müsaittir. Bu düzenlemenin İş Hukuku bakımından incelenmesinde; yabancıların çalışma izinlerinin ve yapamayacakları işlerin değerlendirilmesi gerekir.

Uluslararası düzenlemelere bakıldığında yabancılar hakkında genel itibariyle yabancı düşmanlığının eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bağlamında yasaklandığı, ancak ülkelerin ikili ve çok taraflı sözleşmeler doğrultusunda yabancılara kendi vatandaşlarına nazaran belli kısıtlamalar getirebileceği kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; yabancıların siyasal etkinliklerine, sınır dışı edilmelerine ve topluca sınır dışı edilmeleri yasağına yönelik düzenlemeler getirmiş, çalışma ilişkisi bakımından ise vatandaş-yabancı ayrımını kullanmadan “hiç kimse” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı m. 16 düzenlemesinde diğer akit tarafların ülkelerinde gelir getirici bir iş edinme hakkına yer vermiş, yabancı çalıştıran kimselere akit ülkelerin kolaylık sağlaması gerektiğine dair düzenlemeler öngörmüştür. Şart’ın Eki, kişi yönünden kapsamı düzenlerken; yabancıların sadece ilgili taraf ülkesinde yasal olarak ikamet eden veya düzenli olarak çalışan diğer taraf vatandaşları olduğunu belirtmiştir. Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konmasına İlişkin 29 Temmuz 2000 Tarih ve 2000/43/EC Sayılı Konsey Direktifi ise; yabancı düşmanlığını tıpkı ırk ayrımcılığı gibi yasaklamıştır. Uluslararası düzenlemelerde açıkça görüldüğü üzere yabancılara yönelik belli ayrımcılıklar yasaklanmış, ancak koşulların

varlı halinde çalışma ilişkisi bakımından farklı muamele edilebileceği de kabul edilmiştir.

Yabancıların çalışma izni ve yapamayacakları işler açısından ulusal düzenlemeler bakıldığında ise; 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun⁵⁵ ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği⁵⁶ yol gösterici olacaktır. 4817 sayılı Kanun m. 4 düzenlemesinde; Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, yabancıların Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan evvel izin almaları gerektiği belirtilmiştir. Takip eden sonraki maddelerde ise çalışma izninin verilmesi belli şartlara bağlanmıştır. Buna göre süreli çalışma izninin yer aldığı m. 5 düzenlemesinde; iş piyasası, çalışma hayatında yaşanan gelişmeler, istihdam alanındaki ekonomik ve sektörel konjontür gibi hususlar dikkate alınarak yabancıların süreli çalışma izni en fazla bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte belli koşulların sağlanması durumunda söz konusu sürenin uzatılabileceği de belirtilmiştir. Süresiz çalışma izninin yer aldığı m. 6 düzenlemesinde, 11.04.2014 tarihinden önce süresiz çalışma izni alan kişilerin bu izinleri saklı tutularak, uzun dönem ikamet izni almış olan veya en az sekiz yıl yasal çalışması bulunan yabancılar ile mesleki tecrübesi, eğitim seviyesi, bilim ve teknolojiye katkısı, ülke ekonomisi ve istihdam bakımından önem arz eden yabancılar süresiz çalışma izni alabilecektir. Bağımsız çalışma izni ise m. 7'de düzenlenmiş olup, en az 5 yıl kesintisiz ve yasal ikamet koşulu aranmaktadır. Kanunun m. 8 düzenlemesi belli istisnai hallere yer vermiş, m. 9 düzenlemesi yasal çalışma süresine eklenebilecek süreler ile ikamette kesinti sayılacak süreleri düzenlemiştir. Yönetmelik ise; Kanun ile getirilen düzenlemelerin uygulanması bakımından hükümler içermektedir. Bu bağlamda Kanun ve Yönetmelik düzenlemelerinin tek tek incelenmesinin ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacağı açık olmakla

⁵⁵ 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun, RG. 06.03.2003, S. 25040.

⁵⁶ Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği, RG. 29.08.2003, S. 25214.

birlikte, yabancılar bakımından istihdam alanında belli farklı düzenlemelerin kabul edildiği de açıkça görülmektedir.

Yabancılar uluslararası düzenlemeler ve diğer ülke mevzuatlarında olduğu gibi, hukuk sistemimizde de vatandaş ile aynı statüde kabul edilmemektedir. Ancak bu durum; yabancılara yapılacak olan her farklı muamelenin ayrımcılık olarak kabul edilmeyeceği sonucunu doğuracak biçimde bir kabul değildir. Bu bağlamda yabancılara yönelik belli farklı muameleler ayrımcılık yasağının ihlalini doğurmayacaktır. TİHEKK düzenlemesi de bu hususu dikkate alarak; ulusal ve uluslararası mevzuat ile uyumlu bir hüküm getirmiş ve yabancıların hukuki statülerinde doğan farklı muameleyi ayrımcılık yasağının istisnası olarak kabul etmiştir. Burada da Kanun istisnai hal getirdiğinden, madde metninin dar yorumlanması ve yabancıları mağdur etmeyecek şekilde uygulamaya gidilmesi gerekmektedir. Örneğin; bir kimseye yalnızca yabancı olduğu gerekçesi ile günde 15 saat çalışma yaptırılması suretiyle farklı muamele ayrımcılık olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda TİHEKK düzenlemesinin vatandaş olmayanlara da istisna kapsamında yer vermesi önemli bir düzenlemedir.

SONUÇ

Hukuk sistemimizde ayrımcılık yasaklanırken belli istisnai durumlarda gerçekleştirilen farklı muamelelerin ayrımcılık oluşturmayacağı da kabul edilmiştir. Ancak bu kabuller ya ayırım yasaklarına ilişkin madde düzenlemelerinin içinde çok yüzeysel kavramlarla ya da çalışma yasaklarına ilişkin düzenlemelerin yorumlanması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ise istihdam alanında ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek farklı muameleleri ayrı bir başlık altında ve bu güne kadar mevzuatımızda düzenlenmediği kadar geniş bir biçimde koşulları ile düzenlemiştir. Bu düzenlemeler her ne kadar belli yönleri ile eleştiriye açık olsalar da işverenlerin ayrımcılık yasaklarına ilişkin kurallar ile sınırsız bir sorumluluk ile karşı karşıya kalmamalarını sağlamaları bakımından son derece önemli düzenlemelerdir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu; ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği halleri düzenlerken çalışma hayatının gereklerini dikkate almış ve AB müktesebatına da uyumlu düzenlemeler getirmiştir. Kanun; çalışma hayatının gereklerini dikkate alırken yalnızca bir koşul ile yetinmemiş, genellikle birden fazla koşulu aramıştır. Bu bağlamda söz konusu düzenlemelerin istisna kapsamında kaldığını ve dar yorumlanması gerektiğini unutmamıştır. Aslında son derece yeni bir kurum olarak önümüze çıkan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile Kurum Kanunu belli düzeltmelere ve detaylara yer vermeye muhtaçtır. Bu bağlamda önü açık olan bu Kurumun getirdiği düzenlemelerin iyileştirilmesi, geliştirilmesi ve üzerinde durulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. Nizamettin, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen-Kaplan. *İş Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2013.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi. *Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı*. 2010.
- https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_law_TUR.pdf.
- Aydınöz, Gonca. "Avrupa Birliği Direktifleri ile ATAD Kararları Çerçevesinde Ayrımcılık Yasağı ve Ayrımcılığın İspatı." *Çalışma ve Toplum*, no. 22 (2009): 163-192.
- Bakırcı, Kadriye. "İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler." *Kadın Araştırmaları Dergisi*, no. 10 (2012): 1-37. <http://tarmakder.dergipark.gov.tr/download/article-file/7205>.
- Başbuğ, Aydın. *İş ve Hukuk Çalışanların Hakları ve Sorunları*. İstanbul: Binyıl Yayınevi, 2015.
- Cin Karagöz, Emine. "Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri." *Yasama Dergisi* 11, no. 32 (2016): 21-40.
- Çelik, Nuri. "İşçilerin İşten Çıkarılmalarında İhbar ve Kıdem Tazminatları Dışında İsteyebilecekleri Tazminatlara İlişkin Sorunlar." *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, no. 14 (2007): 485-496.
- Düğmeci, Fatih. *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Manav, A. Eda. "2000/43, 2000/78, 2006/54 Sayılı AB Direktifleri Çerçevesinde İş Hukukunda Ayrımcılıkla Mücadele ve Türkiye'deki Uygulamalar." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 731-779.
- <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/26-edamanav.pdf>.

- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Odyakmaz, Zehra, Bayram Keskin ve Yusuf Deniz. "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 721-761. <https://dergipark.org.tr/mdergi/issue/24952/263405>.
- Onaran Yüksel, Melek. *Karşılaştırmalı Hukuk İşliğinde Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği*. İstanbul: Beta, 2000.
- Özer, Hatice Duygu. "Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi." *Çalışma ve Toplum*, no. 21 (2009): 123-136.
- Sarıbay Öztürk, Gizem. "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaşlı Ayrımcılığı." *Sicil İş Hukuku Dergisi*, no. 37 (2017): 114-142.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2015.
- Tuncay, A. Can. *İş Hukuku'nda Eşit Davranma İlkesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Tuncay, A. Can ve Burcu Savaş Kutsal. *Toplu İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2015.
- Ulucan, Devrim. "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, Özel Sayı (2013): 369-383. <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/15-devrimulucan.pdf>.
- Ünal, Canan. *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*. İstanbul: Legal Kitabevi, 2018.
- Yıldız, Gaye Burcu. *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.

AYNI HAKLARIN TEMİNAT İŞLEVİ

Security Function of Real Rights

Erman BENLİ*

Öz

Aynı hakların teminat amacıyla kullanılması ekonomik ihtiyaçların gelişimiyle doğru orantılıdır. Rehin hakkının ekonomik ihtiyaçları karşılamadaki sınırlılığı, mülkiyet hakkının teminat amacıyla kullanılması zorunluluğunu doğurmuştur. Böylece, aynı hakların teminat işlevi geniş bir uygulama alanı bulmaya başlamıştır. Çalışmada ilk olarak, mülkiyet hakkının teminat olarak nasıl kullanıldığı, ikinci bölümde ise taşınmaz yükü ve rehin hakkının teminat işlevi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Aynı Haklar, Teminat, Rehin, Mülkiyet, Borç.

Abstract

The using real rights for the sake of security is a positive function of economic needs. Property rights were started to be used as a security because mortgage (hypothec and pledge) did not meet economic needs. Thus, the security function of real rights was started to be enforced in a broader sense. In this paper, first we analyze how property rights are used as security and we also examine the security function of mortgage and land charges.

Keywords: Real Rights, Security, Mortgage, Property, Obligation.

* Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, erman.benli@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2277-2832.

Makale Gönderim Tarihi: 07.01.2019.

Makale Kabul Tarihi: 29.04.2019.

I. GİRİŞ

Aynı hak, kişiye eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve sağladığı bu hâkimiyetten ötürü herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak olması nedeniyle alacak haklarından farklıdır.¹ Alacak hakları, alacaklıya borçludan bir şey verme, yapma veya yapmama tarzında bir edimi yerine getirmesini isteme yetkisi veren haklardır. Alacak hakları, sadece alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisine dayanır. Bu yönüyle, alacak hakları kişisel bir hak niteliğinde olup, sadece borçluya karşı ileri sürülebilir. Aynı hakkın belli bir yükümlüsü olmadığından, aynı hakkı herkes ihlal edebilir. Aynı hak sahibi, eşya üzerindeki yetkisini doğrudan doğruya kendisi kullanabilir. Aynı hak sadece mevcut ve belirli bir şey üzerinde kurulabilirken, alacak haklarında edimin belirlenebilir olması yeterlidir.²

Aynı hak herkese karşı ileri sürülebildiğinden, herkes tarafından anlaşılabilir olması gerekir. Aynı haklarda dışa açıklık, taşınmazlarda tapu siciline tescil (Türk Medeni Kanunu (TMK) m.1022/1), taşınırlarda ise zilyetlikle (TMK m.763/1, 795/1, 939/1) sağlanmaktadır. Dışa açıklanan durum ile gerçek durum birbirinden farklı olabilir. TMK, bu durumda yapılan açıklamaya güvenenlerin edinimlerini korumayı tercih etmiştir. Taşınmazlarda mutlak bir koruma (TMK m.1023) söz konusu iken, taşınırlarda bu koruma daha sınırlıdır (TMK m.988, 990). Böylece, aynı haklara dayalı hukuki işlemlerde işlem güvenliği sağlanmaktadır. Alacak hakları,

¹ Nuşin Ayiter, *Eşya Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınları, 1983), 1-3; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 3ff.; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 4ff.; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 16ff.; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2013), 2ff.; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 47ff.; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982-1983), 3-4.

² Ayiter, *Eşya Hukuku*, 1-3; M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 142; Serozan, *Eşya Hukuku I*, 24ff.; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 24-25; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20; Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 235-237.

kişisel bir hak olduğundan, dışa açıklığın sağlanması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Ayni hak ve alacak hakkı arasındaki diğer ayırt edici nokta, ayni hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla hakkindan vazgeçebilmesinin, diğer bir deyişle söz konusu hakkı malvarlığından tek taraflı irade beyanıyla çıkarabilmesinin mümkün olmasıdır. Buna karşılık, borç ilişkisinde alacaklı, borçlunun rızası olmaksızın alacağından vazgeçemez.³

Ayni haklarda sınırlı sayı ilkesi geçerli olup, sadece kanunda düzenlenenlerle sınırlıdır. TMK'nda kabul edilen ayni hak türleri; mülkiyet, irtifak, rehin ve taşınmaz yüküdür. Borçlar hukukunda ise sözleşme özgürlüğü geçerlidir. Buna göre, taraflar, kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden birini yapabileceği gibi, kanundaki sözleşme tiplerini bir araya getirmek suretiyle karışık muhtevalı bir sözleşme veyahut kanunda hiç düzenlenmeyen bir sözleşme yapabilir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.26'ya göre, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde serbestçe belirleyebilir. Ayni haklarda tipe bağlılık ilkesi gereğince, kişiler sadece kanunun değişiklik yapma imkânı verdiği yerlerde ve ölçüde ayni hakkın içeriğini belirleyebilir. Ayni haklar bakımından, kanunda düzenlenen tipler dışında bir ayni hak kurulamaz ve/veya kanunda düzenlenen bir ayni hakkın içeriği kanunun belirlediği sınırlar aşarak değiştirilemez. Aksi takdirde, bu tür işlemler konusu imkânsız olduğundan geçersizlik yaptırımına tabi olur.⁴ Ancak, bu tür işlemler, şartları mevcutsa tahsil yoluyla borçlandırıcı işlem olarak hüküm ifade edebilir. Son olarak, ayni haklar, hak düşürücü süreye ve zamanasına tabi değildir.⁵ Bunun tek istisnası 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.12/3 hükmünde düzenlenen hak düşürücü süredir. Buna göre, kadastro tutanaklarında belirtilen ayni haklara, sınırlandırma ve tespitlere, tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açılmayacağı öngörülmektedir.

³ Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 142; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 25.

⁴ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 35.

⁵ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 28; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 49; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 25.

Aynı haklar, sahibine sağladığı yetkilere göre mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Mülkiyet hakkı, kişiye eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan aynı haktır. TMK m.683/1 hükmüne göre, bir şeyin maliki hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Sınırlı aynı haklar ise kişiye eşya üzerinde sınırlı yetkiler sağlar. Ancak, burada önemli olan nokta şudur: Sınırlı aynı haklar dediğimizde, bu sınırlı olma durumu hakkın ayniliğinin sınırlı olması değil, mülkiyet hakkının içeriğinde bulunan bazı yetkilerin sınırlandırılmasıdır.⁶ Yoksa sınırlı aynı hak sahibi de, mülkiyet hakkı sahibi gibi istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarından yararlanabilmektedir. Sınırlı aynı haklar, üç gruba ayrılmaktadır. Bunlar; irtifak hakları, rehin hakları ve taşınmaz yüküdür. Mülkiyet hakkı dışında teminat işlevi gören sınırlı aynı haklar, taşınmaz yükü ve rehin hakkıdır.

Bu çalışmada aynı hakların teminat işlevi incelenmektedir. Çalışma, giriş ve sonuç bölümü dışında iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, mülkiyet hakkının teminat işlevi kapsamında; mülkiyetin teminat amacıyla devri, alacağın teminat amacıyla devri ve düzensiz rehin irdelenmektedir. İkinci bölümde, taşınmaz yükü ve rehin hakkının teminat işlevi değerlendirilmektedir. Sonuç bölümünde ise anlatılanların kısa bir özetine yer verilmektedir.

II. MÜLKİYET HAKKININ TEMİNAT İŞLEVİ

A. Mülkiyetin Teminat Amacıyla Devri

Mülkiyetin teminat amacıyla devri, karma inançlı işlem türlerinden biridir.⁷ İnançlı işlem, inanan ile inanılan arasındaki güven esasına dayanmaktadır. İnançlı işlemde inanan, inanç konusu mülkiyet veya alacak hakkını teminat amacıyla inanılana devreder. Te-

⁶ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 4; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 29; Serozan, *Eşya Hukuku I*, 44.

⁷ Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 230; Gülay Öztürk, *İnançlı İşlemler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998), 71.

mel borç ilişkisinin sona ermesiyle birlikte, inanılan, mülkiyet veya alacak hakkını tekrar inanana devretme borcu altına girer.⁸ İnançlı işlem, TBK'nda düzenlenmemekle birlikte, doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir. İnançlı işlemler, saf ve karma inançlı işlemler olmak üzere iki çeşittir. Saf inançlı işlemler inanan yararına yapılan işlemlerdir.⁹ Alacağın tahsil amacıyla devri, bir işletmenin tasfiye edilmesi ve yeniden organizasyonu amacıyla devri, malvarlığının veya yatırım fonlarının yönetimi ve kendi adına başkası hesabına taşınmaz iktisabı saf inançlı işlemlere örnek olarak verilebilir.¹⁰ Karma inançlı işlemler, inanılan yararına yapılan işlemlerdir.¹¹ Karma inançlı işlemler, mülkiyet veya alacağın teminat amacıyla devri işlemlerdir.¹²

İnançlı işlemin iki unsuru vardır. Bunlar, inanç sözleşmesi ve devir işlemidir. İnanç sözleşmesi, borçlandırıcı işlem olup, hakkın devrinin hukuki sebebini teşkil eder. Taraflar, inanç sözleşmesinde karşılıklı hak ve borçlarını, inanılana devredilen hakkın kullanılma amacını, hakkın inanana ne zaman ve hangi koşullarda devredileceğini düzenler. İnanılan, kendisine teminat amacıyla devredilen eşya üzerinde, teminat amacına aykırı şekilde tasarrufta bulunamaz.¹³ Bu anlamda, inanılan, teminat amacıyla sınırlı bir tasarruf yetkisine

⁸ Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 229-230; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 21; Turhan Esener, *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler* (İstanbul: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956), 144; Ergun Özsunay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968), 1ff.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010), 363ff.; Şirin Aydıncık, "Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik," *İÜHFMD* 64, no.1 (2006): 131; Atiye B. Uygur, "Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler," *GÜHFMD* 10, no. 1-2 (2006): 171-195; Ali Şafak, *Teminat Amaçlı Alacağın Temlik* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 24.

⁹ Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 230; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 67.

¹⁰ Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 68.

¹¹ Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 230; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 71.

¹² Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 230; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 71.

¹³ Erden Kuntalp, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk," iç. *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995), 283; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 322; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 231; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 148-149.

sahiptir. İnanılan, bu yükümlülüğe aykırı davranırsa, TBK m.112 gereğince ortaya çıkan zarardan sorumlu olur.¹⁴

İnanç sözleşmesi kapsamında inanılanın diğer borçları; inananın talimatına uyma, onun aleyhine davranmama, süre dolunca veya amaç gerçekleşince inanç konusu şeyi inanana devretmektir.¹⁵ İnanılan, sürenin dolması veya amacın gerçekleşmesiyle birlikte, inanç konusu şeyin mülkiyetini inanana devretmezse, inanan dava yoluyla söz konusu devrin hükmen yerine getirilmesini talep edebilir. Nitekim uygulamada, inanılanın inanç konusu malın mülkiyetini iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, inananın tapu iptal ve tescil davası kapsamındaki talepleri kabul edilmektedir.¹⁶ Eğer inanılan, kendisine devredilen inanç konusu malın mülkiyetini üçüncü kişiye devrederse, inanç sözleşmesi nispi etkiye sahip olduğundan, inanan üçüncü kişiye karşı TMK m. 683/2 hükmü gereğince istihkak davası açamaz, sadece TBK m.112 hükmüne göre borca aykırılıktan ötürü inanılana tazminat davası açabilir.¹⁷ Üçüncü kişi, inanana zarar vermek kastıyla hareket etmişse, TBK m.49/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır.¹⁸

İnanan ise inanç konusu şeyi inanılana teslim etmekle, inanç konusu şeyin korunması ve bakımı ile sigorta masraflarını karşılamakla, inanç konusu şeyin değerinde eksilme olursa değer eksilmesini karşılamakla, inanılan paraya çevirme sonucunda alacağını tümüyle teminattan karşılayamazsa borcun kalan kısmını inanılana ödemekle yükümlüdür.¹⁹

İnançlı işlemin ikinci unsuru devir işlemidir. Devir işlemi, tasarruf işlemi aşamasına girmektedir.²⁰ Devir işlemi ile inanç konusu

¹⁴ Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 151.

¹⁵ Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 148-149; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 231.

¹⁶ Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 233.

¹⁷ Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 234; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 324.

¹⁸ Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 368; Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 234; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 324. Bu durumda, hâkimin TBK m.51/1'e göre, inanç konusu şeyin üçüncü kişiden alınıp inanana verilmesine hükmetmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, 368; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 324.

¹⁹ Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 153; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 150.

²⁰ Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 232.

malın mülkiyeti inanılana geçer. Taşınmazlarda, tescil talebi ve tescil, taşınırlarda ayni sözleşme ve teslim, alacaklarda ise temlik tasarruf işleminin gerçekleşmesi için zorunlu unsurlardır.²¹

Mülkiyetin teminat amacıyla devrinde, bir alacağın teminat altına alınması amacıyla, inanç konusu eşya üzerindeki mülkiyetin inanılana devredilmesi söz konusudur.²² Devir iki şekilde gerçekleştirilebilir.²³ Bunlardan biri, hükmen teslim yoluyla devirdir. Mülkiyetin teminat amacıyla fakat hükmen teslim yoluyla devri işleminin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe²⁴ göre, bu tip işlemler TMK m.766 uyarınca batıl ve üçüncü kişilere karşı geçersizdir. Diğer görüşe²⁵ göre ise bu tip işlemler, inançlı işlem olarak geçerli olmakla birlikte, dış ilişki bakımından üçüncü kişilere, yani devredenın öteki alacaklılarına karşı geçersizdir. Çünkü hükmen teslimde, kamuya açıklık (aleniyet) ilkesi ihlal edildiğinden, devir işlemi taraflar arasında etkili olmasına rağmen, üçüncü kişilere karşı hukuki sonuç doğurmaz.²⁶ Buna karşılık, TMK m.766 hükmü çerçevesinde, eğer bu tip işlemler teslim şartlı rehin hükümlerinin aşılması ve başkasına zarar verilmesi amacıyla yapılmıyorsa, mülkiyetin teminat amacıyla fakat hükmen teslim yoluyla devri inançlı işlem olarak kabul edilmeli ve işlem üçüncü kişiler karşı da hukuki sonuç doğurabilmelidir.²⁷

²¹ Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 85ff.

²² Kuntalp, "Teminat," 282; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 322; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 73; Uygur, "İnançlı İşlemler," 180; Şafak, *Alacağın Temliki*, 50.

²³ Emre veya hamiline yazılı menkul kıymetlerin de, mülkiyetin teminat amacıyla devrine konu olması mümkündür. Uygulamada, özellikle bankalar, kredi müşterilerine ait emre yazılı borç senetlerini veya başka kıymetli evrakı, müşterisinin kredi borcunu ödememesi ihtimalini dikkate alarak teminat olarak bulundurmaktadır. Bkz. Saibe Oktay Özdemir, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri," *MHB* 19, no. 1-2 Aysel Çelikel'e Armağan Özel Sayısı (2001): 664.

²⁴ Esener, *Muvazaalı Muameleler*, 158.

²⁵ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 300-301.

²⁶ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 300-301.

²⁷ Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 71ff.; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 74. Her ne kadar, mülkiyetin teminat amacıyla fakat hükmen teslim yoluyla devrinin avantajları dezavantajlarına üstün geliyorsa da, hükmen teslimde belirlilik ilkesine aykırı uygulamaların olmamasına özen gösterilmelidir. Bkz. Serozan, *Eşya Hukuku I*, 300.

Mülkiyetin teminat amacıyla ve fakat şeyin teslimi suretiyle devrinin geçerliliği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Mülkiyetin teminat amacıyla devrinde, bir şey üzerindeki mülkiyet hakkı teminat amacıyla inanılana devredilir. İnanılan, kendisine devredilen inanç konusu eşya üzerinde, mülkiyet hakkından doğan tüm yetkileri teminat amacıyla ve borçlar hukuku sınırlamalarına tabi olarak kullanabilir.²⁸ İnanılan, borç ilişkisinin sona ermesiyle birlikte, inanç konusu eşyayı inanana devretmekle yükümlüdür.²⁹ İnanç konusu eşya inanana kendiliğinden geçmez. Ancak, taraflar taşınır mülkiyetinin teminat amacıyla devrinde, teminat konusu olan taşınırın mülkiyetinin inanana bozucu şarta bağlı olarak geçeceğini kararlaştırırsa, borç ilişkisinin sona ermesiyle, inanç konusu taşınırın mülkiyeti kendiliğinden inanana geçer.³⁰

B. Düzensiz Rehin

Düzensiz rehin, paranın ya da başkaca misli bir eşyanın mülkiyetinin, alacağın teminatını oluşturmak üzere alacaklıya, alacak herhangi bir biçimde sona erdiğinde mislen iade edilmek kaydıyla devredilmesidir.³¹ Düzensiz rehin, TMK'nda düzenlenmeyen bir aynı teminat türü³² olmakla birlikte, bazı özel kanunlarda düzenlenmektedir. Örneğin, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m.10'da, para, teminat olarak kabul edilebilecek varlıklar kapsamında sayılmaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.34'te, tedavüldeki Türk parasının teminat olarak kabul edilebilecek değerlerden olduğu ifade edilmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.55'te ise kredi sınırlamalarına tabi olmayan işlemlerden nakit karşılığı kredi işlemleri sayılmıştır.³³

²⁸ Bu durum, doktrinde "inanılanın her istediğini yapmaya muktedir, fakat yetkili olmadığı" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Özsunay, *İnançlı Muameleler*, 1.

²⁹ Kuntalp, "Teminat," 283; Öztürk, *İnançlı İşlemler*, 75.

³⁰ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 305-306.

³¹ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 348; Kuntalp, "Teminat," 284; İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı* (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1997), 113-114.

³² Kuntalp, "Teminat," 283.

³³ Kuntalp, "Teminat," 284.

Düzensiz rehne uygulamada sıklıkla başvurulmaktadır. Örneğin, kiracı, işçi, otel ve özel hastane müşterilerinden alınan güvence (depozito) paraları da yine bir miktar paranın teminat olarak kullanıldığı düzensiz rehin uygulamalarıdır.³⁴ Ayrıca, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın (TCMB) para politikasının gereği olarak uluslararası bankalara verdiği kredilerin güvencesini teşkil etmek üzere söz konusu bankalardan aldığı teminatlar, kredi sözleşmesinden doğan borcun ödenmesinde yeterli olmazsa, TCMB borçlu bankadan ilave teminat olarak Türk Lirası cinsinden para vermesini isteyebilmektedir.³⁵

Alacaklı, mülkiyetine geçen para veya misli eşyayı kullanma olanağına sahiptir.³⁶ Ancak, borç ilişkisi sona erdiğinde, bunları mislen iade borcu altına girmektedir.³⁷ Düzensiz rehinde, alacaklı, para veya misli eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip iken, taşınır rehinde rehin konusu üzerinde sınırlı bir ayni hak sahibidir. Düzensiz rehin, bazı açılardan teminat amacıyla temlikten de farklıdır. Teminat amacıyla temlikte aynen iade, düzensiz rehinde ise mislen iade söz konusudur. Ancak, taraflar düzensiz rehinde aynen iade konusunda anlaşılabilir. Bu durumda, düzensiz rehin olağan bir rehin ilişkisine dönüşür.³⁸ Düzensiz rehinde, alacaklının teminat konusu üzerindeki tasarruf yetkisi teminat amacıyla sınırlı değildir.

³⁴ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 348; Kuntalp, "Teminat," 284, dn. 58. TBK m.342/2 düzenlemesi ile kiracının kiraya verene verdiği depozitonun düzensiz rehin örneği olmaktan çıktığı ve teminat amaçlı tevdi olarak öngörüldüğü yönünde bir görüş için bkz. Aslı Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 253-254. Söz konusu düzenleme, sadece konut ve çatılı işyeri kiralarna ilişkin olduğu için, taşınır kirası kapsamında kararlaştırılan güvenceye uygulanmaz. Bkz. Fahrettin ARAL ve Hasan AYRANCI, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 264-265; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012), 268ff. Bu nedenle, taşınır kirasındaki depozito, düzensiz rehin örneği olarak kalmaya devam etmektedir.

³⁵ İpek Özdemir, *Merkez Bankacılığında Teminat Sistemleri*, (Ankara: TCMB Uzmanlık Yeterlilik Tezi, 2010), 88, <http://www3.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/ipekozdemir.pdf>.

³⁶ Kuntalp, "Teminat," 284.

³⁷ Kuntalp, "Teminat," 284; Serozan, *Eşya Hukuku I*, 348.

³⁸ Helvacı, *Lex Commissoria*, 113, dn. 309.

Düzensiz rehin, alacak rehninden de farklıdır. Senede bağlı olmayan bir alacak, ancak yazılı rehin sözleşmesi ile rehnedilebilir. Buna karşılık, düzensiz rehinde teminat ilişkisi, teminat konusu misli eşyanın mülkiyetinin alacaklıya teslimi ile kurulmakta, böylece alacaklı için hem rehin hakkı hem de geri verme borcu herhangi bir sözleşme yapmaya gerek kalmaksızın aynı anda doğmaktadır.³⁹

Düzensiz rehlin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe⁴⁰ göre, *sui generis* rehin benzeri bir teminatır. Buna karşılık, hem düzensiz rehinde hem de inançlı işlemde teminat konusu malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesi nedeniyle, düzensiz rehin hukuki niteliği itibarıyla inançlı işleme daha yakındır.⁴¹

III. SINIRLI AYNİ HAKLARIN TEMİNAT İŞLEVİ

Teminat işlevi gören sınırlı ayni haklar, taşınmaz yükü ve rehin hakkıdır. Taşınmaz yükü, TMK m.839-849 hükümlerinde düzenlenmekte olup, taşınmaz maliki, bir şey verme veya yapma borcu altına girmektedir. Taşınmaz malikinin edim borcunun teminatı, yükümlü taşınmazdır. Bunun anlamı, taşınmaz maliki bir şey verme veya yapmakla yükümlü olduğundan, bu yükümünü yerine getirmezse, alacaklının, alacağını yüklü taşınmazın değerinden elde etme yetkisinin olmasıdır. Taşınmaz yükü, belirli bir kişi veya belirli bir taşınmaz lehine kurulabilir. Yüklü taşınmazın maliki değişse bile, hak sahibi borcun ifa edilmesini yeni taşınmaz malikinden isteyebilir. Bu nedenle, taşınmaz yükünde, malikin kişiliğinden bağımsız bir borç vardır. Taşınmaz yükü, tapuda resmi senet üzerine yüklü taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasının irtifak hakları sütununa yapılan tescil ile kurulur ve tescilin terkinini veya yüklü taşınmazın yok olmasıyla sona ermektedir. Tapu Sicili Tüzüğü (TST) m.30/3'e göre, taşınmaz yükü, belirli bir taşınmaz lehine tesis edil-

³⁹ Kuntalp, "Teminat," 285.

⁴⁰ Kuntalp, "Teminat," 285; Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 251.

⁴¹ Helvacı, *Lex Commissoria*, 114; Ayiter, *Eşya Hukuku*, 188.

mişse, yararlanılan taşınmazın kayıtlı olduğu tapu kütüğü sayfasının irtifaklar sütununa da işlenir.⁴²

Rehin hakkı, TMK'nda sınırlı ayni hakların bir türü olarak, taşınmaz rehni (m.850-938) ve taşınır rehni (m.939-972) şeklinde düzenlenmiştir. Alacak ve diğer haklar üzerindeki rehin (m.954-961) ise bu ikili ayırmda taşınır rehninin bir türü olarak öngörölmüştür. Rehin hakkı, TMK'nda tanımlanmamıştır. Rehin hakkını, bir borç ilişkisinde alacaklının sahip olduğu ayni teminat şeklinde tanımlamak mümkündür.⁴³ Rehin hakkı, rehin ile teminat altına alınmış alacak ödenmediği takdirde, hak sahibine bir taşınmaz veya taşınır mülkiyetini veya bir başka hakkı paraya çevirme ve elde edilen tutardan öncelikle alacağını tahsil etme yetkisi veren bir haktır.⁴⁴

Taşınmaz rehninin; ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi şeklinde tesis edilmesi mümkündür. İpotek, sadece güvence işlevine sahip bir rehin türüdür. Buna karşılık, ipotekli borç senedi ve irat senedinde, teminat altına alınan alacak kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlandığından, taşınmazın değeri tedavül edebilmektedir. Bu nedenle, ipotekli borç senedi ve irat senedi "tedavül eden rehin" niteliğindedir.

TMK'nda düzenlenen taşınır rehni türleri ise teslimine bağlı rehin ve hapis hakkı (m.939-953), hayvan rehni (m.940/1), alacak ve diğer haklar üzerinde rehin (m.954-961), rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar (m.962-969) ve rehinli tahvildir (m.970-972). Gemi ipoteği (TTK m.1014 vd.), hava araçları ipoteği (2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu m.69 vd.), ticari işlemlerde taşınır rehni, maden

⁴² Köprölü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 223ff.; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978), 1012; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 881ff.; Kuntalp, "Teminat," 281; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 555ff.; Ayiter, *Eşya Hukuku*, 166-168; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 459ff.

⁴³ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 1010; A. Lale Sirmen, *Alacak Rehni* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990), 5; Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 1.

⁴⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 890; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 562; Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 69.

cevheri rehni (3213 sayılı Maden Kanunu m.39), kamuya açık yerlerin işletilmesinden doğan kamu borçları için bu yerlerdeki eşya üzerinde rehin (6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun m.12), tarım kredi kooperatifleri ortaklarının ürünleri, hayvanları ve üretimleri ile ilgili makine ve araçları üzerinde rehindir (1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m.13) ise TMK'nda düzenlenmeyen taşınır rehni türleridir.

TMK m. 939/1 uyarınca, bir taşınır üzerindeki rehin hakkı, kural olarak teslimine bağlı rehin şeklinde kurulmakla birlikte, istisnaları da bulunmaktadır (TMK m.940/2). Bu gibi istisnai hallerde, alacağın güvence altına alınması için kanun gereğince bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Sicile yapılan kayıt ile rehin hakkının aleniyeti sağlanmış olur. Örneğin, 28.10.2016 tarihli ve 29871 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 1.1.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TRK), sicilli taşınır rehni yöntemini öngörmektedir. TRK ile 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) yürürlükten kaldırılmıştır. TRK, TMK'ndaki teslim şartlı taşınır rehnine istisna getirirse de, TMK'ndaki teslim şartlı taşınır rehni ana kural olarak uygulanmaya devam etmektedir.⁴⁵

Mülga TİRK'na kıyasla, TRK'nun uygulama alanı daha geniştir. TRK m.3 hükmünde sayılan ve teslimsiz taşınır rehni yöntemini kullanabilecek kişiler, mülga TİRK m.2'de sayılan kişilerden daha kapsamlıdır. TRK, rehne konu malvarlığı değerleri bakımından da, mülga TİRK'ndan daha geniştir. TRK m.1/1 uyarınca, teslimsiz taşınır rehnine konu olacak malvarlığı değerlerinin kapsamı genişletilebilmektedir. Üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıkları düzenleyen TRK m.5 hükmünün kapsamı, mülga TİRK m.3 hükmüne oranla daha geniştir.

TMK'nda taşınır rehni "ilerleme" sistemi benimsenmiş ve bu sistem mülga TİRK gibi diğer özel kanunlarda da devam ettirilmiştir. İlerleme sisteminde, taşınır üzerinde birden fazla rehin hakkının varlığı

⁴⁵ Osman Gökhan Antalya ve Faruk Acar, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni* (İstanbul: Aristo Yayıncılık, 2017), 1.

ğı durumunda, bunlar arasındaki ilişki “öncelik ilkesi”ne göre belirlenir. Bu yapı, taşınır rehninin uygulama alanını genişletebilecek özelliğe sahip değildir. Taşınır rehninin yaygınlaşması amacıyla, TRK’nda taşınmazlarda olduğu gibi “derece” sistemi benimsenmiştir. Buna göre, TRK m.5’te sayılan taşınırlar, TRK m.10’da öngörülen derece sistemi çerçevesinde rehin verilebilir. Rehin verene terkin kolaylığının sağlanmasının, taşınır rehninin uygulama alanını genişleteceği düşüncesinden hareketle, TRK m.15/1’de haksız yere terkin gerçekleştirme- yen rehin hakkı sahibi aleyhine idari para cezası öngörülmüştür. Ayrıca, TRK m.15/3 uyarınca, borçlu borcunu ödemesine rağmen alacaklı rehnin terkin için süresi içinde sicile başvurmazsa, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlu, rehnin terkinini sicilden isteyebilir.

TRK ile teslimsiz taşınır rehninde aleniyeti sağlamak için, TRK m.8 çerçevesinde “Rehlinli Taşınır Sicili” oluşturulmuştur. Buna karşılık, mülga TİRK’nda (m.5/1), özel sicil oluşturulmamış, aleniyeti sağlamak amacıyla işlemler Ticaret veya Esnaf ve Sanatkâr Sicili üzerinden yürütülmüştü.

TRK’nun amaçlarından biri de, teslimsiz taşınır rehninde geçerli olacak şekilde rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimin kolaylaştırılmasıdır. Rehin hakkının güvence işlevi, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla alacağın elde edilmesinde ortaya çıkar. Rehnin paraya çevrilmesi sürecinde, rehlinli alacaklıya yeni olanaklar tanımak, taşınır rehninin uygulama alanının genişletilebilmesi amacına hizmet etmektedir. Bu anlamda, TRK’nda yenilikler getirilmiştir. TRK m.14’te, “mülkiyetin devrini talep”, “alacağın varlık yönetim şirketlerine devri”, “kiralama ve lisans hakkını kullanma” olanakları öngörülmüştür. Böylece, TRK ile İcra ve İflas Kanunu’ndaki (İİK) rehnin paraya çevrilmesi usulüne alternatif yöntemler getirilmiştir.

TRK’nda, teslimsiz taşınır rehninin uygulama alanının genişletilmesine yönelik hükümlerin düzenlenmesindeki temel gerekçe, Küçük ve Orta Boy İşletmelerin (KOBİ) finansmana erişimlerinin kolaylaştırılması ve rekabet güçlerinin artırılmasıdır.⁴⁶ TRK ile ticari işletmenin

⁴⁶ TBMM, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı (1/753) ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu* (Ankara: TBMM, 2016) 4-5, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss418.pdf>.

tümünün rehninden ticari işletmenin her bir parçasına münferit olarak rehin konulabilmesi yaklaşımına geçiş yapılmıştır.⁴⁷ Nitekim TRK m.5/2 uyarınca, m.5/1'de sayılan varlıkların borcu karşılaması durumunda, işletmenin tamamına rehin konulması yasaklanmaktadır. TRK ile öngörülen yeni düzenleme, KOBİ'lerin ticari faaliyetinin ve ticari itibarının devamının sağlanması bakımından doğru bir tercihtir.

Teslime bağlı rehnin kurulmasında, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminden oluşan iki aşama vardır. Borçlandırıcı işlem aşaması borçlanma sözleşmesinden (rehin sözleşmesi)⁴⁸, tasarruf işlemi aşaması ise aynı sözleşme ve zilyetliğin devrinden oluşmaktadır.⁴⁹ Zilyetliğin devri ile rehin hakkının varlığı üçüncü kişiler tarafından görülebilir duruma gelmesiyle, rehin hakkının aleniyeti (kamuya açıklığı) sağlanmaktadır.

Teslime bağlı taşınır rehninde, borçlanma sözleşmesi olan taşınır rehni sözleşmesi, rehin veren ile alacaklı arasında yapılan ve bir veya birden çok eşya üzerinde rehin kurma borcunu içeren bir sözleşmedir.⁵⁰ Teslime bağlı taşınır rehni sözleşmesinin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir.⁵¹ Tasarruf işlemi aşamasındaki aynı sözleşme ise tarafların rehnin kurulması düşüncesiyle zilyetliğin devredilmesi ve devralınmasına yönelik karşılıklı irade uyuşmasını ifade eder.⁵² Tasarruf işlemi aşamasının ikinci unsuru olan zilyetliğin dev-

⁴⁷ TBMM, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Tasarısı*, 8.

⁴⁸ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 478.

⁴⁹ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 349; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 651; Erman, *Eşya Hukuku*, 174; Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 188.

⁵⁰ Erman, *Eşya Hukuku*, 174; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 478; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 651; Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 61; Hanife Doğrusöz, "Türk Hukukunda Teslim Koşullu Menkul Rehninde Rehin Alanın Sorumluluğu," *MÜHF-HAD* 14, no. 3 (2008): 245. Daha kapsamlı bir tanım için bkz. Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 13.

⁵¹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 478. Ancak, hak rehninde ve sicilli rehninde, taşınır rehni sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve rehin kurma taahhüdünü içeren ölüme bağlı tasarrufun kanunda öngörülen şekilde yapılması gerekir. Bkz. Serozan, *Eşya Hukuku I*, 349; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 479; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 651.

⁵² Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 479-480; Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 188; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 652; Kudret Ayiter, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*

rinde ise TMK m.939/2 hükmü gereğince, teslimine bağlı rehinin kurulabilmesi için, rehin konusu eşyanın fiili hâkimiyetinin rehin verende kalmaması gerekir.⁵³ Bu nedenle, hükmen teslim yoluyla teslimine bağlı taşınır rehni kurulamaz. Teslimine bağlı rehinin kurulabilmesi için, rehin konusu eşyanın veya bu eşya üzerinde fiili hâkimiyeti sağlayacak araçların rehin verene teslim edilmesi gerekir. Teslimin yanı sıra, zilyetliğin havalesi yoluyla da teslimine bağlı taşınır rehni kurulabilir, ancak rehin verenin eşyayı elinde bulunduran üçüncü kişiye bildirimde bulunması gerekmektedir. Eğer, rehinli alacaklı rehin konusu eşyanın zaten zilyedi ise kısa elden teslimle de teslimine bağlı taşınır rehni kurulabilir. Taraflar anlaşır, rehin konusu eşyanın zilyetliğini üçüncü kişiye devretmek suretiyle de teslimine bağlı taşınır rehnini kurabilir.⁵⁴ Bu durumda, üçüncü kişi rehin konusu eşyanın fer'i, dolaysız zilyedi olacaktır.⁵⁵ Rehin veren, tasarruf yetkisine sahip değilse, rehin alan iyiniyetli ve zilyetlik hükümleri kazanımını koruyorsa, rehin alan rehin hakkını kazanabilir (TMK m.939/2).⁵⁶

Rehinli alacaklı ile rehin veren arasındaki borç ilişkisinde, rehinli alacaklının dört tür borcu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, rehnedilen eşyayı saklama ve koruma borcudur.⁵⁷ Rehinli alacaklının bu borcunun kapsamı, TMK'nda belirtilmemiştir. Saklama ve koruma borcunun hukuki dayanağı konusunda iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre, bu borcun hukuki dayanağı TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralıdır.⁵⁸ Diğer bir görüşe göre ise vedia sözleşmesine ve intifa hakkına ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir.⁵⁹ Rehinli alacaklının ikinci tür

(Ankara: Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1953), 32; Mehmet Serkan Ergüne, *Hukukumuzda Taşınır Rehminin Özellikle Teslimine Bağlı Taşınır Rehminin Kuruluşu* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002), 122.

⁵³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1017.

⁵⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1019.

⁵⁵ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 653.

⁵⁶ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 481.

⁵⁷ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 495; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1022.

⁵⁸ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1022.

⁵⁹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 495.

borcu, rehnedilen eşyayı kullanmama borcudur.⁶⁰ Buna göre, rehinli alacaklı, kural olarak rehin konusu eşya üzerinde kullanma ve ürünlerinden yararlanma yetkisine sahip olmamakla birlikte, taraflar aksini kararlaştırabilir. Rehlinli alacaklıya yararlanmalı rehin yetkisi verilebilir.⁶¹ Rehlinli alacaklı lehine, alacağın faizini karşılayan yararlanmalı rehin hakkı kurulabilir.⁶² Rehlinli alacaklının diğer bir borcu, rehin konusu eşya üzerinde kendiliğinden tasarrufta bulunmamak (TMK m.945/2) ve rehin verenin rızası olmaksızın tekrar rehin vermeme (TMK m.942) borcudur.⁶³ TMK m.945/2 hükmüne göre, rehinli alacaklı, rehinli eşya üzerinde kendiliğinden tasarrufta bulunursa, iyiniyetli üçüncü kişinin ediniminin korunduğu durumlarda, ortaya çıkan zarardan rehin alan kusursuz sorumlu olur.⁶⁴ Son olarak, rehinli alacaklı, rehin hakkının sona ermesiyle birlikte, rehin konusu eşyayı rehin verene geri vermekle yükümlüdür (TMK m.944/1). Borç kısmen ödenmişse, rehinli alacaklıdan rehin konusu eşyayı tamamen veya kısmen geri vermesi istenemez (TMK m.944/2). Rehlin alanın borçlarına karşılık, rehin verenin de borçları bulunmaktadır. Rehlin veren, rehnedilen eşyayı sözleşmenin amacına uygun olarak teslim etmek ve rehinli alacaklının rehin konusu eşyanın korunması⁶⁵ ve bakımı⁶⁶ için yaptığı giderleri ödemekle yükümlüdür.

Teslime bağlı rehin hakkının sona erme nedenlerini iki grupta incelemek mümkündür. Birincisi, rehin hakkının alacağa bağlı olarak sona ermesidir. Teslime bağlı rehin, alacağa bağlı bir hak olarak; ifa, ibra, imkânsızlık, takas gibi nedenlerle sona erdiğinde, teslim

⁶⁰ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 495-496; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1022.

⁶¹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 495; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1022-1023; Serozan, *Eşya Hukuku I*, 348; Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 234.

⁶² Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 495, dn. 34.

⁶³ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 495; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1023; Serozan, *Eşya Hukuku I*, 354.

⁶⁴ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 657.

⁶⁵ Saklama sözleşmesinin hükümleri (TBK m. 562), niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır.

⁶⁶ Vekâletsiz iş görme hükümleri (TBK m. 529), niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır.

bağlı rehin hakkı da bununla birlikte sona erer. İkinci gruba giren sona erme nedenleri ise teslimine bağlı rehin hakkını doğrudan sona erdiren nedenlerdir. Bunlar; rehinli alacaklının rehin hakkından vazgeçmesi, rehin konusunun yok olması, rehin hakkı belirli bir şarta veya sürenin geçmesine bağlı olarak kurulmuşsa, bu sürenin geçmesi veya şartın gerçekleşmesi, rehin konusunun paraya çevrilmesi, malik rehine rehni kabul edildiği durumlar hariç olmak üzere mülkiyet ile rehin hakkının aynı kişide birleşmesi, rehin zilyetliğinin kesin olarak kaybedilmesi, iyiniyetli üçüncü kişinin rehin konusu taşınır eşyanın mülkiyetini kazanmasıdır,

Rehin hakkı, sadece eşya üzerinde değil, alacaklar ve diğer haklar üzerinde de kurulabilmektedir.⁶⁷ TMK m.954 vd. hükümlerine göre, cismani olmayan şeyler de, cismani şeyler gibi aynı hak konusu yapılabilir. Ancak, alacakların ve diğer hakların rehne konu olabilmesi için, devredilebilir ve paraya çevrilebilir olması gerekir (TMK m.954/1). TMK m.954/2 uyarınca, aksine bir hüküm bulunmadıkça, teslimine bağlı taşınır rehni hükümleri alacak ve diğer haklar üzerinde rehin hakkında da uygulanır.

Eşya üzerinde kurulan rehin hakkı bir aynı hak olmasına rağmen, alacaklar ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin hakkının niteliği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki görüşleri dört gruba ayırmak mümkündür. Birinci görüşe⁶⁸ göre, alacak rehni alacağın devrine yaklaşan bir niteliğe sahiptir. İkinci görüşe⁶⁹ göre, bir hakkın mutlak hak olması için, üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir: Hakkın konusunun daha sonraki tasarruflara karşı korunması, iflasta ve hacizde hak sahibine öncelik tanınması⁷⁰ ve hak sahibinin üçüncü kişilere karşı istihkak ve haksız elatmanın önlenmesi davalarıyla korunmasıdır. Alacak rehninde, üçüncü unsur bulunmadı-

⁶⁷ Sirmen, *Alacak Rehni*, 3; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 535; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1042; Serozan, *Eşya Hukuku I*, 362.

⁶⁸ Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, Cilt. 1-2, çev. Cevat Edege (İstanbul: Yargıtay Yayınları, 1983), 878.

⁶⁹ Alacak rehni'nin mutlak etkisi sınırlı bir aynı hak olduğu görüşü, İsviçre'de Zobl, Türk hukukunda ise Sirmen tarafından savunulmaktadır. Bkz. Sirmen, *Alacak Rehni*, 10. Ayrıca bkz. Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 5, dn. 11.

⁷⁰ İİK m.23/1, m.140, m.185, m.206.

ğından, rehinli alacaklının böyle bir korumadan yararlanmasına gerek yoktur. Bu nedenle, ikinci görüşe göre, alacak rehni mutlak etkisi sınırlı bir ayni haktır. Üçüncü görüşe⁷¹ göre, ayni haklar cismani şeyler üzerinde tesis edilebilmesine rağmen, iflasta ve hacizde rehin hakkı sahibine diğer alacaklılardan öncelik tanınması nedeniyle, alacak ve diğer hakların rehninde rehin hakkının niteliği mutlak bir haktır. Dördüncü gruptaki yazarlar⁷² ise alacaklar ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin hakkının ayni hak değil, rehin konusu alacak veya hak ile eş nitelikte bir hak olduğunu ileri sürmektedir.

Alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin hakkının kazanılmasını, rehin konusuna göre ayırım yaparak incelemek gerekir. Rehni konusu; adi alacak, kıymetli evraka bağlanmış bir alacak veya diğer haklar olabilir. Adi alacakların rehnedilmesi alacağın temlikine benzerdir. Adi alacakların rehninde, rehni kurulabilmesi için, alacağın temlikinde (TBK m.184) yazılı bir rehin sözleşmesi yapılmalıdır.⁷³ Diğer bir deyişle, adi alacakların rehni, tasarruf işlemi aşamasındaki yazılı sözleşmenin yapılmasıyla kurulur. Buradaki yazılı sözleşme, teslimine bağlı rehindeki ayni sözleşmeye tekabül etmektedir.⁷⁴ Eğer, alacak senede bağlanmışsa, alacağın temlikinde olduğu gibi (TBK m.190) yazılı sözleşmenin yanı sıra senedin alacaklıya teslim edilmesi gerekir (TMK m.955/1). Ancak, alacağın temlikinde senedin teslimi geçerliliği etkilemeyen bir yükümlülük iken, alacak rehninde rehni kurulması için aranan bir unsurdur.⁷⁵

Kıymetli evraka bağlanmış alacakların rehni, TMK m.956 hükmünde düzenlenmektedir. Kıymetli evraka bağlanmış alacaklar, senede bağlanmış adi alacaklar gibi de rehnedilebilir ancak bu durumda kıymetli evrakin sağladığı korumadan yararlanamaz.⁷⁶ Hamiline yazılı pay senetlerinin rehni, TTK m.489'da düzenlenmekte olup,

⁷¹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 536; Ayiter, *Eşya Hukuku*, 196.

⁷² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1043; Serozan, *Eşya Hukuku I*, 362; Ergüne, *Taşınır Rehni'nin Kuruluşu*, 35; Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 5-6.

⁷³ Serozan, *Eşya Hukuku I*, 362; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 540.

⁷⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1044; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 669.

⁷⁵ Sirmen, *Alacak Rehni*, 36.

⁷⁶ Sirmen, *Alacak Rehni*, 53.

rehnin TMK m.956/1'e göre kurulması kabul edilmektedir. Pay sahibi ile rehinli alacaklı arasında rehin kurma konusunda anlaşma olması (aynı sözleşme) ve senetlerin zilyetliğinin alacaklıya devri gerekmektedir. Emre yazılı kıymetli evrakın rehni için, rehin cirosu ve senedin zilyetliğinin devredilmesi zorunludur. Nama yazılı pay senedinin rehni, TMK m.956/2'ye göre yapılmaktadır. Burada, iki yöntem kabul edilmiştir. Birincisi, ciro işlemi (rehin cirosu)⁷⁷ ve senedin zilyetliğinin geçirilmesidir. İkincisi ise yazılı rehin sözleşmesi ve senedin zilyetliğinin rehin alana geçirilmesidir. Hamiline ve nama yazılı pay senetlerinin rehinde, belirttiğimiz usullere göre yapılan işlemin pay defterine kaydı zorunlu değildir. Ancak, pay defterine kayıt yaptırılmasını engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Rehin hakkının üç temel özelliği bulunmaktadır. Birincisi, rehin hakkının bir aynı hak⁷⁸ olmasıdır.⁷⁹ Aynı hak, sahibine eşya üzerinde

⁷⁷ Cironun türleri, yapılış şekli açısından tam ciro ve beyaz cirodur. Yapılış amacı açısından ise temlik cirosu, tahsil cirosu, rehin cirosu ve garanti cirosudur. Bkz. Hüseyin Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 161; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2006), 156. Rehin cirosu, poliçeye bağlanmış hakkın, ciro edilen kişiye rehnedilmesi amacıyla yapılmaktadır. Rehin cirosu aleni veya gizli olarak yapılabilir. Cironun üzerinde "bedeli teminattır" veya "bedeli rehindir" ya da rehni belirten bir ifade varsa, senedin rehin amacıyla verildiği kabul edilir. Aksi takdirde, ciro temlik cirosu olarak hüküm ifade eder. Aleni rehin cirosuyla senedi alan hamil, bonoyu tahsil etme ve bundan alacağını elde etme hakkına sahiptir. Rehlin özel yoldan paraya çevrilmesinde, rehinli alacaklının dürüstlük kuralına göre hareket etmesi gerektiği gibi, burada da elde edilen alacak bono bedelinden düşükse, hamilin artan miktarı cirantaya iade etmesi gerekir. Poliçeyi rehin cirosuyla alan kişi, tahsil için gerekli bütün işlemleri yapabilir, buna yetkisi vardır. TTK m.689/1'e göre, rehin cirosuyla poliçeyi devralan kişi, poliçeyi sadece tahsil cirosu ile devredebilir. Rehin cirosunun teminat işlevi bulunup bulunmadığı tartışmalı olup, doktrinde ve uygulamada hâkim görüş, rehin cirosunun teminat işlevi bulunmadığı yönündedir. Bkz. Hüseyin Ülgen et al., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 167; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 2016), 81. Ayrıca bkz. Yar. 11. HD, E. 1974/4592, K. 1975/848, 10.2.1975 (LegalBank Elektronik Hukuk Bankası Programı). Aksi yönde bkz. Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 175.

⁷⁸ Aynı hak ve alacak hakkı karşılaştırması için bkz. SEROZAN, *Medeni Hukuk*, 235.

⁷⁹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 253; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 890; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 562; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 127.

doğrudan hâkimiyet sağlar ve aynı hak sahibi bu hakkını herkese karşı ileri sürülebilir.⁸⁰ Rehın hakkı sahibinin, rehın konusu eşyayı paraya çevirme ve elde edilen tutardan alacağını tahsil etme yetkisi, rehın hakkının eşya üzerinde sağladığı doğrudan hâkimiyetin bir sonucudur.⁸¹ Rehın hakkı, üçüncü kişiler tarafından ihlal edilirse, rehın hakkı sahibi TMK m.683 hükmündeki mülkiyet hakkı sahibine tanınan istihkak davası açabilme ve haksız elatmanın önlenmesini dava edebilme haklarından kıyasen yararlanabilir.

Borçlu, kural olarak, borcun ifasından dolayı tüm malvarlığı ile sorumludur. Ancak, rehın hukukunda bu sorumluluk kanun hükümüyle sınırlandırılmaktadır. Rehın veren, borcun ifası bakımından rehın verdiği şey ile sınırlı olacak şekilde sorumludur. Rehın hukukunda, borçlunun kişisel sorumluluğu tamamen ortadan kalkmaktadır. Borçlu, sahip olduğu şeyi rehın olarak verdiğinde, kişisel sorumluluğu devam etmektedir. Ancak, "önce rehne başvurma" zorunluluğu, rehınlı alacaklının rehın konusu şey yerine borçlunun diğer malvarlığı değerlerine başvurabilmesini engellemektedir. Alacaklı, İİK m.45'e göre, önce rehın paraya çevrilmesi yoluna başvurmalıdır. Buna rağmen, rehın tutarı borcun ödenmesine yetmezse, alacaklı borçlunun diğer malvarlığı değerlerine başvurabilir.

Rehın hakkının ikinci temel özelliği, fer'ilik ilkesinin geçerli olmasıdır.⁸² Bu bağlamda, borç ilişkisi sona erdiğinde, aynı hak da kendiliğinden sona ermekte ve eski sahibine geri dönmektedir. Alacağa bağıllık ilkesinin iki önemli istisnası vardır. Birincisi, tedavül eden rehın niteliğinde olan ipotekli borç senedi ve irat senedinin bağımsız bir yük oluşturmasıdır.⁸³ İkincisi ise TBK m.159 hükmüne

⁸⁰ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 562.

⁸¹ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 562; Dural ve Sarı, *Türk Özel Hukuku*, 127-128.

⁸² Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 1012; Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 255; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 564; Acar, *Rehın Hukuku Dersleri*, 9-10; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 470; Rona Serozan, "Aynı Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminde Bağımsızlığı İlkesi ve Aynı Teminat Haklarının Fer'iliği (Bağımlılığı) Ayrılığı," *Turgut Akıntürk'e Armağan* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2008), 361-362.

⁸³ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 564. İpotekli borç senedi ve irat senedinin hukukumuzda uygulama olanağı bulamadığı yönünde bkz. Ayiter, *Eşya Hukuku*, 169.

göre, taşınır rehninin güvence altına aldığı alacak zamanaşımına uğramış olsa bile, alacaklı rehin konusu şeyin paraya çevrilmesinden alacağını elde etme hakkına sahiptir. Ancak, rehinli taşınır alacağı karşılamaya yetmezse, alacaklı borçlunun diğer mallarına başvuramaz, çünkü zamanaşımı def'i ile karşılaşır.⁸⁴

Genel kural, rehnin borçlu tarafından verilmesidir. Ancak, bazen borçlu olmayan bir üçüncü kişi de alacaklı lehine rehin hakkı kurabilir.⁸⁵ Bu özellik, rehin hakkının üçüncü temel özelliğidir. Bu durumda, rehin veren üçüncü kişinin yükümlülüğü, rehin konusu malın paraya çevrilmesine ve alacaklının alacağını rehin konusundan elde etmesine katlanmaktır.⁸⁶ Rehin veren üçüncü kişinin sorumluluğu, sadece rehin konusu şey ile sınırlı olup, rehin konusunun paraya çevrilmesinden elde edilen tutar alacağı karşılamazsa, rehin veren üçüncü kişi borcun geri kalanından sorumlu olmaz.⁸⁷ Bunun bir istisnası tedavül eden rehin niteliğindeki irat senedidir. İrat senedinde, rehnedilen taşınmazın maliki ve borçlu aynı kişidir (TMK m.907/1). Bu nedenle, sorumluluğu rehnedilen taşınmazla sınırlıdır (TMK m.903/3).

Bu noktada, rehinli alacaklının paraya çevirme yetkisini irdelemek gerekmektedir. Rehnin özel yoldan paraya çevrilmesinin cebri icra yoluyla paraya çevirme yönteminden üstün olmasının üç temel nedeni vardır. Birincisi, icra yoluyla paraya çevirme sürecinin uzun ve zahmetli olmasıdır.⁸⁸ İkincisi, icra yoluyla paraya çevirme sürecinde uygun zamanlamanın takip edilmemesi nedeniyle rehin konusu eşyanın değerinin azalması tehlikesidir. Üçüncüsü ise uygulamada cebri yoldan satışların düşük değerden alıcı bulması ve bu satışlara katılımın düşük olmasıdır.⁸⁹

⁸⁴ Erman, *Eşya Hukuku*, 173.

⁸⁵ Gürsoy, Eren ve Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 1102; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 564; Esener ve Güven, *Eşya Hukuku*, 467; Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 21.

⁸⁶ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 255.

⁸⁷ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 255-256; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 565.

⁸⁸ Orhan Emre Konuralp, "Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. Özel Sayı (2014): 2859ff.

⁸⁹ Makaracı Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, 288-289; Suat Sarı, "Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi," *Legal Hukuk Dergisi* 5, no. 50 (2007): 407.

Özel yoldan paraya çevirme konusunda düzenleme bulunmaması durumunda, rehinli alacaklının rehin konusu eşyayı özel yoldan paraya çevirme yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konudaki görüşleri üç grupta incelemek mümkündür. Birinci gruptaki yazarlar⁹⁰, taşınmaz veya taşınır rehni ayırımına yer vermeksizin İİK m.145 vd. hükümlerinin emredici nitelikte olduğunu ve rehinli alacaklının sadece icra yoluyla paraya çevirme yetkisine sahip olduğunu ileri sürmektedir. İkinci gruptaki yazarlar⁹¹, taşınmaz ve taşınır rehni ayırımı yapmakta, rehinli alacaklının özel yoldan paraya çevirme yetkisinin taşınmaz rehninde olmadığı, ancak taşınır rehninde böyle bir yetkinin mevcut olduğu görüşündedir. Bu yazarlar, rehinli alacaklının taşınır rehninde özel yoldan paraya çevirme yetkisini kullanırken, dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bunun anlamı, rehinli alacaklının alacağını karşılayacak miktardan daha fazlasını paraya çevirmemesi olarak ifade edilmiştir. Hâlbuki rehinli alacaklının özel yoldan paraya çevirmede dürüstlük kuralına uygun hareket etmesinin anlamı, rehin konusunu alacağını karşılayacak miktardan fazlasını paraya çevirmeme değil, paraya çevrilen miktardan alacağını tahsil edip arta kalan miktarı rehin verene iade etmesidir. Özel yoldan paraya çevirmede dürüstlük kuralına uygun davranışın kapsamını bu şekilde anlamak daha doğrudur. Ayrıca, paraya çevirmede uygun zamanlamayı takip etmek de dürüstlük kuralının gereğidir.

Daha isabetli görünen üçüncü görüş⁹² göre, rehin hakkının tekliği ilkesi karşısında, rehinli alacaklının özel yoldan paraya çevirme yetkisinin olup olmadığını taşınmaz ve taşınır rehni ayırımına gitmeden belirlemek gerekir. TMK m.873/1 hükmü, rehnin paraya çevrilmesini düzenlemektedir. Bu hükümde, “satış bedeli” ifadesine yer verilmekle birlikte, satışın nasıl yapılacağı düzenlenmemiştir. TMK m.873/3'te ise birden

⁹⁰ Yavuz Selim Şener, *Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması* (Ankara: Adalet Yayınları, 2010), 171; İbrahim Kaplan, “Banka Standart Sözleşmeleri ve Genel İşlem Şartları,” *BATİDER* 16, no. 2 (1991): 85; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 947.

⁹¹ Köprülü ve Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 463; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 1021; Serozan, *Eşya Hukuku I*, 356.

⁹² Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 75-77.

fazla taşınmazın rehne konu edilmesine değinilmiş, ikinci cümlede ise icra dairesinden bahsedilmiştir. Hükümün ne sözel anlamı ne de amacı, rehnin icra yoluyla paraya çevrilmesi gerektiği yönünde kesin bir yargıya varabilmemizi sağlayabilecek nitelikte değildir.⁹³ Bu durum, TMK m.863/2 ve m.885/1 hükümleri için de geçerlidir. Hatta TMK m.886/2 hükmünden de, rehnin icra yoluyla paraya çevrilmesinin zorunlu olduğu anlamını çıkarmak zorlama bir yaklaşım olacaktır. Söz konusu hükümler, rehnin icra yoluyla paraya çevrilmesini zorunlu tutan düzenlemeler olmadığı gibi, özel yoldan paraya çevirmeyi engelleyici nitelikte de değildir. Kaldı ki TMK m.946/1 hükmü, rehnin özel yoldan paraya çevrilmesine olanak tanıyacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TMK m.863/2 ve m.873/3 hükümleri emredici nitelikte değildir. Rehin hakkının tekliği ilkesi dikkate alındığında, taşınır rehninde özel yoldan paraya çevirme mümkün ise taşınmaz rehninde de mümkündür. Rehinli alacaklının özel yoldan paraya çevirme yetkisini kullanırken dürüstlük kuralına uygun şekilde ve özenli vekil gibi hareket etmesi gerekir.⁹⁴

IV. SONUÇ

Bu çalışmada aynı hakların teminat işlevi incelenmiştir. Rehin hakkının ekonomik ihtiyaçları karşılamakta zorlanması, mülkiyet hakkının teminat işlevi görmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Böylece, mülkiyetin teminat amacıyla devri ve düzensiz rehin kurumları teminat hukukunda önemli bir yere sahip olmuştur. Taşınır ve taşınmaz rehni ise teminat hukukunda hala önemli bir uygulama alanına sahiptir. Taşınmaz rehni türlerinden olan ve güvence amacının yanında tedavül edebilme özelliğine de sahip olan ipotekli borç senedi ve irat senedinin ülkemizde hala uygulama alanı bulamaması sınırlı aynı hakların teminat işlevini olumsuz etkileyen bir durumdur. Buna karşılık, hukukumuzda taşınır rehninin çeşitliliği, sınırlı aynı hakların teminat işlevini olumlu yönde etkilemektedir. Son olarak, TRK'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, ticari işlemlerde sınırlı aynı hakların teminat işlevi daha geniş bir uygulama alanı bulabilecektir.

⁹³ Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 75; Konuralp, "Paraya Çevirme Yetkisi," 2864.

⁹⁴ Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, 77.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk. *Rehin Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Antalya, Gökhan Osman ve Faruk Acar. *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*. İstanbul: Aristo Yayıncılık, 2017.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Aydıncık, Şirin. "Bir İnançlı İşlem Türü Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik." *İÜHFM* 64, no.1 (2006): 131-194.
- Ayiter, Kudret. *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*. Ankara: Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1953.
- Ayiter, Nuşin. *Eşya Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınları, 1983.
- Bahtiyar, Mehmet. *Kıymetli Eorak Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2016.
- Doğrusöz, Hanife. "Türk Hukukunda Teslim Koşullu Menkul Rehninde Rehin Alanın Sorumluluğu." *MÜHF-HAD* 14, no. 3 (2008): 243-264.
- Dural, Mustafa ve Suat Sarı. *Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Ergüne, Mehmet Serkan. *Hukumumuzda Taşınır Rehninin Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.
- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der Yayınları, 2013.
- Esener, Turhan. *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*. İstanbul: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- Gürsoy, Kemal Tahir, Fikret Eren ve Erol Cansel. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Helvacı, İlhan. *Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1997.
- Kaplan, İbrahim. "Banka Standart Sözleşmeleri ve Genel İşlem Şartları." *BATİDER* 16, no. 2 (1991): 48-90.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Borçlar Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.
- Konuralp, Orhan Emre. "Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. Özel Sayı (2014): 2855-2880.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. *Sınırlı Ayni Haklar*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982-1983.
- Kuntalp, Erden. "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk." iç. *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, 263-300. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995.
- Makaracı Başak, Aslı. *Taşınır Rehni Sözleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.
- Oktay Özdemir, Saibe: "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri," *MHB* 19, no. 1-2 Aysel Çelikel'e Armağan Özel Sayısı (2001): 657-683.
- Özdemir, İpek. *Merkez Bankacılığında Teminat Sistemleri*. Ankara: TCMB Uzmanlık Yeterlilik Tezi, 2010.
<http://www3.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/ipekozdemir.pdf>.
- Özsunay, Ergun. *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Öztürk, Gülay. *İnançlı İşlemler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- Poroy, Reha ve Ünal Tekinalp. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2006.
- Sarı, Suat. "Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi," *Legal Hukuk Dergisi* 5, no. 50 (2007): 405-425.
- Serozan, Rona. "Ayni Hakların Sona Erme Açısından Borçlanma İşleminde Bağımsızlığı İlkesi ve Ayni Teminat Haklarının Fer'iliği (Bağımlılığı) Ayrılığı," iç. *Turgut Akıntürk'e Armağan*, 361-368. İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.

- Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Sirmen, A. Lale. *Alacak Rehni*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990.
- Sirmen, A. Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Şafak, Ali. *Teminat Amaçlı Alacağın Temliki*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Şener, Yavuz Selim. *Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması*. Ankara: Adalet Yayınları, 2010.
- Uygur, Atiye B. "Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler," *GÜHFD* 10, no. 1-2 (2006): 171-195.
- Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Arslan Kaya. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, Cilt. 1-2. çev. Cevat Edege. İstanbul: Yargıtay Yayınları, 1983.
- Yavuz, Cevdet. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.

HEKİMİN GERÇEK VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEYEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

*Legal Liability of the Physician Stemming from
Agency without Authority*

Musa Furkan ŞAHİN*

Öz

Hekimin hastaya yaptığı tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan, hastanın bu müdahale için gösterdiği rızadır. Ancak, acil tıbbi müdahalelerde veya tıbbi müdahalenin genişletilmesinin gerektiği hâllerde, hastadan rıza alınması mümkün olmayabilir. Bu tür vakalarda, hastanın varsayılan iradesinin hekimin tıbbi müdahalesinin gerçekleşmesi yönünde olacağı kabul ediliyorsa; hekimin, hastanın rızasını aramaksızın bu müdahaleyi gerçekleştirmesi gerekir. Hekimin bu müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 526. maddesi ve devamında düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine göre belirlenir. Gerçek vekâletsiz iş görme, iş görenin, yetkili veya yükümlü olmadığı bir hukuki işlem veya eylemi, iş sahibinin menfaatine veya varsayılan iradesine uygun olarak gerçekleştirmesidir. Bu çalışmada, hekimin hastaya gerçek vekâletsiz iş görme kapsamındaki tıbbi müdahaleleri ve bu müdahalelerden kaynaklanan sorumluluğu incelenmektedir.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, e-posta: musafurkan.sahin@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7277-1013.

Makale Gönderim Tarihi: 02.07.2019.

Makale Kabul Tarihi: 21.07.2019.

Anahtar Kelimeler: Vekâletsiz İş Görme, Hukuki Sorumluluk, Hekim, Tıp Hukuku, Acil Tıbbi Müdahale, Müdahalenin Genişletilmesi.

Abstract

The element that makes a physician's medical intervention lawful is the consent of the patient for this intervention. However, it may not be possible to have patient's consent in case of emergency medicine practice or when medical intervention requires to be extended. Under the circumstances, the physician shall perform the medical intervention without obtaining patient's consent, if it is assumed that presumed will of the patient will be for physician's intervention. Liability of the physician stemming from this intervention shall be determined according to Art. 526 ff of Turkish Code of Obligations No. 6098. Agency without authority is the agent's conduct of a legal transaction or action, which the agent is not authorized or obliged to perform, in accordance with the principal's best interest and presumed will. In this study, medical interventions of the physician to the patient within the scope of agency without authority and liability of the physician stemming from these interventions are examined.

Key Words: Agency without Authority, Negotiorum Gestio, Legal Liability, Physician, Emergency Medicine Practice, Extended Operations.

I. GİRİŞ

Hekimler, insanların hastalıklarının teşhisi ve bu hastalığın tedavisi için tıbbi bazı uygulamalar yapmakla yükümlüdürler. Ancak hekimler, mesleklerini yerine getirirken farklı sebeplerle hastalara zarar verebilmektedirler. Hekimlik mesleğinin insan sağlığına ilişkin olması; aynı zamanda yapılan hataların hayati sonuçlar doğurması, hekimin verdiği zararlardan sorumlu tutulmasını gerektirmektedir.

Hekimin sorumluluğunun kaynağı sözleşme veya haksız fiil olabildiği gibi, sözleşme öncesi görüşmelerdeki davranışları da olabilir. Bunların dışında, hekim ile hasta arasında öncesinde hiçbir ilişki bulunmamasına rağmen, hekim, hastaya müdahalede bulunabilir. Bu son durumda hekim ile hasta arasında gerçek vekâletsiz iş görme ilişkisi doğar ve hekimin sorumluluğu vekâletsiz iş görme hükümlerine göre belirlenir. Vekâletsiz iş görme, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 526 vd.'nda düzenlenmektedir.

II. GERÇEK VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME KAVRAMI

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun "*Özel Borç İlişkileri*" başlıklı ikinci kısmının onuncu bölümü "*Vekâletsiz İşgörme*" başlığını taşımaktadır. Bu bölüm, TBK m. 526-531'i kapsamaktadır. Söz konusu maddelerde esas olarak gerçek vekâletsiz iş görmeye değinilmektedir. Sadece TBK m. 530, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkindir.

B. Gerçek Vekâletsiz İş Görmenin Tanımı

Gerçek vekâletsiz iş görme, Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. "*İşin görülmesi*" başlıklı TBK m. 526'da, "*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsa yılan iradesine uygun olarak görmekte yükümlüdür.*" ifadesiyle gerçek vekâletsiz iş görme açıklanmaktadır. Buna göre, gerçek vekâletsiz iş

görmeden söz edilebilmesi için iş görenin bu işi başkasının hesabına görmesi gerekmektedir. Bu hükümdeki “vekâleti olmaksızın” ibaresinden ise iş görenin hukuken bu işi görmekle yetkili ve yükümlü olmaması anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar doğrultusunda, gerçek vekâletsiz iş görme, başka bir kişi olan iş sahibinin menfaatine veya varsayılan iradesine uygun olarak, iş görenin yetkili veya yükümlü olmadığı bir hukuki işlemi veya eylemi gerçekleştirmesidir.¹

C. Gerçek Vekâletsiz İş Görmenin Unsurları

Gerçek vekâletsiz iş görmeden bahsedilebilmesi için bazı unsurların mevcut olması gerekir. Bu unsurlar; başkasına ait bir işin olması, işin başkasının işini görme iradesiyle yapılması, iş görenin vekâ-

¹ Halûk Tandoğan. *Vekâletsiz İş Görme* (İstanbul: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1957), 74; Fikret Eren. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2016), 829; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2014), 1360; Aydın Zevkililer ve Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Turhan, 2018), 637; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Ankara: Adalet, 2017), 805; Mehmet Demir. *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2018), 248; Mehmet Demir, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane – Kamu Hastanesi Ayrımı,” iç. Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, ed. Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu ve Süleyman Yılmaz (Ankara: Seçkin, 2009), 269; Zarife Şenocak. *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998), 102; Sera Reyhani Yüksel, “Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, no. 2 (2015): 797; Merter Özay. *Estetik Amaçlı Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2006), 104; Öztürk Aydın. *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk* (İstanbul: Legal, 2014), 131; Turan Ateş. *Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları* (İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, 2007), 26; Hasan Tahsin Gökcan. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk* (Ankara: Seçkin, 2013), 919; Utku Saruhan. *Gerçek Vekâletsiz İşgörüme* (Ankara: Yetkin, 2018), 62; Aykut Cemil Aykın, “Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi, 2015), 181; Yahya Kazık, “Özel Hukuk Açısından Muayenehane ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 2002), 37.

letin olmaması ve işin iş sahibinin yasaklamasına aykırı olarak gerçekleştirilmemesidir.

Başkasına ait bir işin olması, iş görenin kendi hesabına değil de iş sahibinin hesabına yaptığı işlere ilişkin unsurdur. Bu unsurun gerçekleşmesi için başkasına ait bir işin yapılması gerekir. Bu iş, hukuki veya maddi bir fiil olabilir.²

İşin, iş sahibinin varsayılan iradesine ve menfaatine olması gerekir. Ancak iş sahibinin ve iş görenin ortak yararı bulunan bir iş söz konusuysa; hangi tarafın daha üstün yararı bulunduğu tespit edilmelidir. İş sahibinin yararının daha üstün olması, fiilin gerçek vekâletsiz iş görme niteliğinde olması için yeterlidir.³ Bununla beraber, iş, başkasının işini görme iradesiyle yapılmalıdır. Buna göre, iş gören, başkasının işini yaptığını bilmeli ve işi onun menfaatine gerçekleştirmelidir. İş görenin iradesi önemli olduğundan, bu unsurun sağlanabilmesi için iş görenin ayırt etme gücünün mevcut olması gerekir.⁴

İş görenin vekâleti olmaması ile kast edilen; işin, iş gören ile iş sahibi arasında daha önceden kararlaştırılmış olmamasıdır. Tanım-

² Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 95; Eren, *Borçlar Özel*, 832; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1360; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 638; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku* (Ankara: Güney, 1950), 536; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971), 326; Aydoğdu ve Kahveci, *Sözleşmeler Hukuku*, 805; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 102; Reyhani Yüksel, “Vekâletsiz İş Görme,” 797; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 26; Hüseyin Can Aksoy, “Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?,” *Ankara Barosu Dergisi*, no.1 (2017): 96-97; Pınar Uzun Şenol, “Vekaletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu,” *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, no. 3 (2014): 296; H. Gökçe Özdemir, *Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)* (Ankara: Seçkin, 2001), 94.

³ Eren, *Borçlar Özel*, 832; Aksoy, “İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci,” 100; Uzun Şenol, “İş Görenin Hukuki Durumu,” 297.

⁴ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 157; Eren, *Borçlar Özel*, 833; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1361; Bilge, *Özel Borç Münasebetleri*, 327; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 638; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 102; Reyhani Yüksel, “Vekâletsiz İş Görme,” 797; Kirkit, *Hukuka Uygunluk*, 65; Uzun Şenol, “İş Görenin Hukuki Durumu,” 298; Özdemir, *Vekaletsiz İş Görme*, 111-112.

da da bahsedildiği gibi, gerçek vekâletsiz iş görmede, işi gören, yetkili veya yükümlü olmadığı bir işi gerçekleştirmektedir.⁵

Gerçek vekâletsiz iş görmeye ilişkin son unsur, işin iş sahibinin yasaklamasına aykırı olarak gerçekleştirilmemesidir.⁶ İş sahibinin yasaklamasına rağmen işin görülmesi hâlinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur.⁷

D. Gerçek Vekâletsiz İş Görmenin Niteliği

Gerçek vekâletsiz iş görmenin tarafları arasında kanuni bir borç ilişkisi kurulur. Bu ilişkinin niteliği tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde, sebepsiz zenginleşme,⁸ hukuki fiil⁹ ve hukuki işlem olmak üzere farklı görüşler bulunmaktadır.¹⁰ Katıldığımız görüşe göre, gerçek vekâletsiz iş görme, sözleşme benzeri ilişkidir.¹¹ Her

⁵ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 132; Eren, *Borçlar Özel*, 833; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1361; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 539; Bilge, *Özel Borç Münasebetleri*, 326; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 638; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 102; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 797; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 26; Ecem Kirkit, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu* (Ankara: Adalet, 2016), 65; Aksoy, "İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci," 98; Uzun Şenol, "İş Görenin Hukuki Durumu," 297; Özdemir, *Vekaletsiz İş Görme*, 105.

⁶ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1361-1362.

⁷ Açıklamalar için bkz. II/E.

⁸ Kemaleddin Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri – Borçların Genel Hüükümleri* (İstanbul: Fakülteler, 1967), 17-18.

⁹ Özdemir, *Vekaletsiz İş Görme*, 89.

¹⁰ Söz konusu görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 40ff.; Saruhan, *Gerçek Vekâletsiz İş Görme*, 53ff.

¹¹ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 54; Eren, *Borçlar Özel*, 830; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1362; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 103; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 798; Ferhat Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 80 (2009): 169; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 26; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 39; Aksoy, "İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci," 101. Roma hukukunda vekâletsiz iş görmenin (negotiorum gestio) sözleşme benzeri (quasi contract) olduğu kabul edilmektedir, Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1993), 254.

ne kadar gerçek vekâletsiz iş görmede taraflar arasında işin görülmesi için bir sözleşme ilişkisi bulunmasa da; iş sahibinin varsayılan iradesi ile iş görenin iradesi uyuşmaktadır. İş gören, iş sahibinin menfaatine uygun bir fiilde bulunmaktadır. Bu fiil, iş sahibinin varsayılan iradesine de uygundur. Bu da tarafların iradelelerinin ortak bir noktada buluştuğunu gösterir. Sonuç olarak, gerçek vekâletsiz iş görme için de hukuki işlemlere uygulanan kurallar uygulanmalıdır.

E. Gerçek Vekâletsiz İş Görmenin Türleri

Vekâletsiz iş görme öncelikle, gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak ikiye ayrılır. Gerçek vekâletsiz iş görme ise, caiz ve caiz olmayan vekâletsiz iş görme olarak ikiye ayrılır.¹²

Esasında gerçek vekâletsiz iş görme, kural olarak caiz vekâletsiz iş görmedir. Diğer bir deyişle, aksi belirtilmedikçe, gerçek vekâletsiz iş görmeden anlaşılan, caiz vekâletsiz iş görmedir.¹³ Caiz vekâletsiz iş görme, iş sahibinin işinin onun menfaatine veya varsayılan iradesine uygun bir biçimde görülmesidir.¹⁴ Caiz olmayan vekâletsiz iş görme ise, iş gören tarafından iş sahibinin menfaatine olmayan veya yasakladığı bir işin görülmesidir. Caiz olmayan vekâletsiz iş görme

¹² Doktrinde caiz olmayan vekâletsiz iş görmeyi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme içinde konumlandıran yazarlar da bulunmaktadır; bkz. Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1368; Uzun Şenol, "İş Görenin Hukuki Durumu," 295.

¹³ Eren, *Borçlar Özel*, 834.

¹⁴ Eren, *Borçlar Özel*, 834; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1360; Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 637; Aydoğdu ve Kahveci, *Sözleşmeler Hukuku*, 805; Demir, *Hekim ve Hastane*, 248; Demir, "Sorumluluğun Kaynakları," 269; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 103; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 798; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 104; Saruhan, *Gerçek Vekâletsiz İşgörme*, 78; Ünal Er, *Sağlık Hukuku* (Ankara: Savaş, 2008), 331; Cahid Doğan, "Acil Tıp ve Hasta Güvenliği," iç. *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi 3. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu*, ed. Cahid Doğan ve Nilgün Sarp (Ankara: Adalet, 2012), 133; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 181; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 39; Aksoy, "İşi Vekâletsiz Olarak Görme Bilinci," 98-99.

hâlinde, iş sahibi buna icazet verirse artık vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır.¹⁵

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, iş görenin, başkasının işini kendi işi gibi görmesidir. Burada artık sözleşme benzeri bir fiilden bahsedilmez. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, haksız fiil niteliğindedir. Zira iş gören, başkasının işini kendi menfaatine ve çıkarlarına göre gerçekleştirmektedir. Diğer bir deyişle, burada taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir hukuki ilişki bulunmamaktadır ve iş görenin kendi menfaatine başkasının işini yapması söz konusudur.¹⁶

Hekimin vekâletsiz iş görme kapsamındaki müdahaleleri, hastanın menfaatine ve varsayılan iradesine kural olarak uygundur. Hekimin fiili, hastanın tedavi edilmesine veya daha fazla zarara uğramasının engellenmesine yöneliktir.¹⁷ Dolayısıyla hekimin fiili, caiz vekâletsiz iş görme niteliğindedir. Ancak bazen hekim, hastanın yasakladığı veya hastanın tedavisi için gerekli olmayan bir müdahalede bulunabilir. Her ne kadar, hastanın menfaatine olsa da; hekimin, böyle bir müdahalede bulunması, caiz olmayan vekâletsiz iş görme niteliğindedir.¹⁸

¹⁵ Eren, *Borçlar Özel*, 834; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1370; Zevkililer ve Gökyayla, *Borçlar Özel*, 637; Aydoğdu ve Kahveci, *Sözleşmeler Hukuku*, 805; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 103; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 798; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 104; Saruhan, *Gerçek Vekâletsiz İş Görme*, 79; Er, *Sağlık Hukuku*, 331; Doğan, "Acil Tıp," 133; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 181; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 105; Aksoy, "İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci," 104.

¹⁶ Eren, *Borçlar Özel*, 841; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1368; Demir, *Hekim ve Hastane*, 248; Demir, "Sorumluluğun Kaynakları," 269; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 103; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 798; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 181; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 39; Aksoy, "İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci," 105.

¹⁷ Detaylı açıklamalar için bkz. III.

¹⁸ Demir, *Hekim ve Hastane*, 249; Demir, "Sorumluluğun Kaynakları," 270; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 106; Canbolat, "Kamu Hastanesi," 168-169; Hayrunnisa Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2016): 39; Rezzan Günday, *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Adalet, 2012), 14; İlhan Gülel, *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (Ankara: Seçkin, 2018), 88; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 108; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 133; Er, *Sağlık Hukuku*, 332; Gökcan, *Tıbbi Müdahale*, 920; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 104; Öz Seçer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2013): 138.

III. HEKİMİN GERÇEK VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME KAPSAMINDAKİ MÜDAHALELERİ

A. Genel Olarak

Hekim, genellikle hastanın rızası ile bir hastalığın teşhis ve tedavisini üstlenir. Dolayısıyla, teşhis ve tedavi bir sözleşme ilişkisine dayanır. Doktrinde hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, kendine özgü sözleşme ve vekâlet sözleşmesi olduğuna ilişkin görüşler mevcuttur¹⁹. Bizim de katıldığımız hâkim görüşüne göre hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi niteliğindedir²⁰. Hekimin yükümlülüğü, tıptaki güncel bilgiler ve standartlar çerçevesinde hastanın teşhis ve tedavisini gerçekleştirmektir. Teşhis ve tedavi sırasında, hekim özenli davranmalı ve gerekli önlemleri almalıdır. Hekimin özeninin niteliği tıbbi standartlara göre belirlenir.²¹ Sonuç olarak, hekimlik sözleşmesine göre hekim, hastanın sağlığına kavuşması sonucunu değil; hastanın sağlığına kavuşması için alınacak tedbirler ve izlenecek yöntemleri belirleyerek özenle iş görme borcunu yüklenmiştir.

¹⁹ Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Demir, *Hekim ve Hastane*, 229ff.; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 18ff.; Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk* (Ankara: Kazancı, 1991), 51ff.; Hayrunnisa Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin, 2004), 74ff.; Kirkit, *Hukuka Uygunluk*, 51ff.; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 67ff.; Atiye Uygur, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2009), 94ff.

²⁰ Demir, *Hekim ve Hastane*, 229; Kıcalıoğlu, *Doktorlar ve Hastaneler*, 174; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 53ff.; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 80ff.; Kirkit, *Hukuka Uygunluk*, 62; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 72; Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi* (İstanbul: Vedat, 2006), 68; Uygur, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu," 110ff. Genel kural bu olmakla birlikte, hekimin sonuç taahhüdünün bulunduğu hekimlik sözleşmelerinin eser sözleşmesi niteliğini haiz olduğuna ilişkin bkz. Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 55; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 72; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 64.

²¹ Tıbbi standartlara ilişkin açıklamalar için bkz. IV/A.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (HHY)²² 24. maddesinde, tıbbi müdahalede hastanın rızası ve izni düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, hekimin tıbbi müdahalede bulunabilmesi için hastanın rızası gerekir. Hastanın tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olması hâlinde, yasal temsilcisinden; başka bir ifadeyle, hastanın velisinden veya vasisinden izin alınmalıdır. Ancak bu hâlde dahi, tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olan hastaya bilgi verilmelidir. Maddenin 5. fıkrasında, tıbbi müdahale sırasında bilinci kapalı olan hastaya hekimin hangi sınırlarda müdahalede bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre hekim, hastanın rızası ve istekleri doğrultusunda tıbbi müdahalede bulunmalıdır.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde (İHBS)²³ de Hasta Hakları Yönetmeliği'ne benzer hükümler bulunmaktadır.²⁴ İHBS m. 5'te tıbbi müdahalenin hastanın rızası ile yapılması gerektiği düzenlenmektedir. Ancak bu rızanın özgürce ve bilgilendirilmiş olarak verilmesi gerekir. Bilgilendirmenin kapsamına müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri girer. İHBS m. 6'ya göre, rıza verme yeteneği olmayan, yani tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz kişilere uygulanacak tıbbi müdahalelerde, yasal temsilcileri izin vermelidirler. İHBS m. 9'a göre de, HHY m. 24/V'teki düzenlemeye benzer şekilde hekim tıbbi müdahale sırasında hasta tarafından verilmiş rızayı ve hastanın isteklerini göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

Hekimin yaptığı her müdahale, sözleşme ilişkisine dayanmayabilir. HHY m. 24/VII'de müdahalenin rıza veya izinle olmasının istisnası bulunmaktadır. İHBS m. 8 de, tıbbi müdahale için hastadan rıza alınması kuralının istisnası düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin temelinde, hastanın bazı durumlarda tedavisi için geçerli bir irade beyanı sunamayabileceği yatmaktadır. Hastanın rızasını açıklayamamasına rağmen hastanın menfaati ve sağlığının korunması için

²² RG. 01.08.1998, S. 23420.

²³ Sözleşmenin orijinal metni için bkz. <https://rm.coe.int/168007cf98>. Ülkemizde 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun'la (RG. 09.12.2003, S. 25311) Sözleşme'nin onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşme, 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁴ RG. 09.12.2003, S. 25311.

hekimin müdahalesi gerekebilir. Bu durumda hekim, hastanın var sayılan iradesi doğrultusunda, hastanın yararına olan bu müdahaleyi gerçekleştirmelidir.²⁵ Bazı hâllerde ise hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi bulunabilir; ancak hekimin bu ilişkinin sınırlarını aşarak müdahalesini genişletmesi gerekebilir. HHY m. 24/VII'de hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu acil durumlarda veya hastanın organının işlevini kaybetmesi söz konusu olduğunda, hekimin rıza almadan da tıbbi müdahale gerçekleştirebileceği düzenlenmektedir.²⁶ Bu hâllerde, gerçek vekâletsiz iş görmeden söz edilir ve hekimin haksız fiil sorumluluğu doğmaz.²⁷

²⁵ Amnon Carmi ve Harry Wax. *Patients' Rights* (Tel Aviv: Yozmot, 2002), 325; Ian Dutton. *Practitioner's Guide to Medical Malpractice in South African Law* (Cape Town: Siber Ink, 2015), 57; Demir, *Hekim ve Hastane*, 248; Demir, "Sorumluluğun Kaynakları," 269; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 60; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 27; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 102; Hakan Hakeri. *Tıp Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2012), 316; Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 37; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 10; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 798; Hasan Erman, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," iç. *Bülent Davran'a Armağan* (İstanbul: Beta, 1998), 144; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 105; Canbolat, "Kamu Hastanesi," 167; Er, *Sağlık Hukuku*, 331; Doğan, "Acil Tıp," 133; Vildan Eryılmaz, "Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi," iç. *Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları* (Ankara: Adalet, 2014), 47; Doğan, "Acil Tıp," 134; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 182; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 37; Ece Sindel, "Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu," *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 119 (2016): 247; Zeynep Altun, "Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğunun İncelenmesi," *Tıp Hukuku Dergisi*, no. 14 (2018): 300.

²⁶ HHY m. 24/VII'de her ne kadar hastanın rızası alınmaksızın müdahalede bulunulması düzenlenmekte ise de; bu hükmün devamına göre bu süreçte, müdahalenin sebebi ile nasıl bir müdahalede bulunulduğuna ilişkin kayıt tutulmalıdır ve müdahalenin olduğu yerde bulunan hasta yakınlarına veya hastanın yasal temsilcisine bilgi verilmelidir. Hastanın rızasına ancak hastanın bilinci açıldıktan sonra başvurulur.

²⁷ Dutton, *Practitioner's Guide*, 57; Demir, *Hekim ve Hastane*, 248; Demir, "Sorumluluğun Kaynakları," 269; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 60; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 131; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 27; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 102; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 10; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 798; Hatice Sarıtaş. *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu* (Ankara: Bilge, 2005), 45; Erman, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 144; Canbolat, "Kamu Hastanesi," 167; Er, *Sağlık Hukuku*, 331; Doğan, "Acil Tıp," 133; Eryılmaz, "Hekim

Hekimin gerçek vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğu, acil durumlarda veya müdahalenin genişletilmesinde ortaya çıkar.²⁸

B. Acil Durumlarda Hekimin Müdahalesi

1. Genel Olarak

Hasta ölüm tehlikesi içerisinde ise veya hastanın ağır bir zarara uğraması muhtemelse acil bir durumun bulunduğu kabul edilir.²⁹ Hasta ölüm tehlikesi içindeyse hekim, zorunlu tıbbi tedbirleri alarak hastanın hayatta kalmasını sağlamalıdır. Hastanın ağır bir zarara uğraması ihtimali bulunması hâlinde ise, hekimin bu zararı engellemeye veya zararın daha az gerçekleşmesine yönelik tedbirler alması gerekir.

HHY m. 24/VII'de ve İHBS m. 8'de, hekimin acil durumlarda hastanın rızasını almaksızın müdahalede bulunabileceği düzenlenmiştir. Acil durumlarda hekimin, açık rızası olmaksızın hastaya müdahalesini hukuka uygun kılan, bu tür bir durumda hastanın kendisine müdahale edilmesi konusunda muhtemel iradesinin var-

ile Hasta," 47; Kirkit, *Hukuka Uygunluk*, 65; Gökcan, *Tıbbi Müdahale*, 919; Murat Doğan, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," iç. *Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu Bildirileri*, (16-17 Ocak 2009), 43; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 182; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 37; Altun, "Vekâletsiz İş Görme," 300. Osmanlı Hukuku'nda hekimin vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin açıklamalar için bkz. Süleyman Emre Zorlu. *Osmanlı Tıp Hukuku* (Ankara: Adalet, 2017), 273ff.

²⁸ Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda da vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. Kirkit, *Hukuka Uygunluk*, 65. Bulaşıcı hastalığa yakalanmış bir kimseye müdahalenin de vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Zorlu, *Osmanlı Tıp Hukuku*, 275.

²⁹ Dünya Sağlık Örgütü. *WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation* (Geneva: World Health Organisation, 2005), 60; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 11; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 799. Dünya Sağlık Örgütü'nün İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne ilişkin hazırladığı kaynak kitabında acil durumun 72 saatlik süreyi aşmaması gerektiği belirtilmiştir; Dünya Sağlık Örgütü, *WHO Resource Book*, 60-61.

lıdır.³⁰ Dolayısıyla, hastanın iradesinin aksi yönde olabileceği hâllerde, hekimin müdahaleden kaçınması gerekir.

Hekimin acil durumda hastanın rızası bulunmaksızın gerçekleştirdiği tıbbi müdahale hastanın varsayılan iradesine uygun olduğu takdirde gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilir.³¹ Böylece hastanın şuurunun kapalı olması veya karar veremeyecek hâlde olması durumunda bile hekimin müdahalesi, gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamındadır ve hukuka uygundur. Hatta hekimin acil durumlara tıbbi müdahalede bulunması, hekim açısından bir yükümlülüğü de ifade etmektedir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (TDN)³² 18. maddesinde, hekimin hastayı reddetme hakkı düzenlenmektedir. Hekimin hastayı reddetmesi, mesleki veya şahsi sebeplerden kaynaklanabilir. Ancak TDN m. 18'de hekimin hastayı reddetme hakkının istisnaları da sayılmaktadır. Bu istisnalardan biri de acil yardımdır. Hekimin, acil durumlar söz konusu olduğunda hastaya müdahale etme yükümlülüğü bulunmaktadır.³³ Nitekim TDN m. 3'te bu yükümlülük ayrıca düzenlenmektedir.

³⁰ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 104; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 799.

³¹ Carmi ve Wax, *Patients' Rights*, 325; Dutton, *Practitioner's Guide*, 57; Eren, *Borçlar Özel*, 832;; Arsebük, *Borçlar Hukuku*, 540; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 103; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 799; Canbolat, "Kamu Hastanesi," 167; Eryılmaz, "Hekim ile Hasta," 47; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 127; Erman, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 144; Doğan, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 43; Doğan, "Acil Tıp," 135; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 131; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 27; Mustafa Kıcalıoğlu. *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları* (Ankara: Adalet, 2011), 154; Nurten Fidan, "Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu," *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, no. 3 (2010): 358; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 181; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 37; Mustafa Emir Üstündağ, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2012): 93; Tuğçe Oral, "The Definition of Legal Relationship Between a Patient and Physician," *Ankara Bar Review* 4, no. 1 (2011): 27; Altun, "Vekâletsiz İş Görme," 300.

³² RG. 19.02.1960, S. 10436.

³³ Dünya Sağlık Örgütü, *WHO Resource Book*, 60; Demir, *Hekim ve Hastane*, 248; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 104; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 10; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 799.

Bu maddeye göre, tıbbi müdahaleye engel bir mücbir sebep bulunmadıkça, hekimin görevi veya hangi anabilim dalında bulunduğu fark etmeksizin acil durumlarda ilk yardımda bulunması zorunludur. Acil durumlar, hastayı reddetme hakkının istisnasını oluşturduğundan, hekimin müdahale etmemesi, sorumluluğunu gündeme getirir.³⁴

2. Acil Durumlarda Yapılan Müdahalenin Türleri

Acil durumlarda müdahale üç şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak, müdahale edilmesi gereken acil durumdaki hasta, müdahalenin gerçekleşeceği yere ve müdahaleyi gerçekleştirecek yetkiliye getirilmiş olabilir. Acil durumda müdahale edecek yetkililer, olay mahalline gitmiş olabilir. Son olarak, hekim tesadüfen acil durumdaki hastaya müdahale edecek konumda olabilir.

Acil durumlarda hekimin müdahalesinin ilk türü, kısaca, hastanın sağlık merkezine ve hekime getirilmesidir. Bu hâlde, acil durumdaki müdahale edilmesi gereken hasta, müdahale edilecek yere ve müdahale edecek yetkiliye getirilmektedir.³⁵ Müdahale edilecek yer, hastane, klinik veya herhangi bir sağlık merkezi olabilir. Müdahale edecek yetkili ise, ilgili konuda görevli olan hekim, hemşire veya sağlık personelidir. Acil durumda tıbbi müdahale yükümlülüğünün doğması için söz konusu sağlık merkezinin veya personelinin özel hastane veya özel doktor olması önemli değildir.³⁶ Acil durumdaki hastanın müdahale edilecek yere getirilmesi ile bu kişilerin sorumluluğu başlar.³⁷

³⁴ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 104; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 10.

³⁵ Demir, *Hekim ve Hastane*, 446; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 11.

³⁶ Santaş, *Hasta Hakları*, 45; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 27. Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesinin 2. cümlesinde özel hastanelere acil durumlara ilgili zorunluluk getirilmiştir. Buna göre, ani bir rahatsızlık veya kaza sonucu acil tıbbi müdahaleye ihtiyacı olan bir hasta özel hastaneye getirildiğinde, acil müdahalenin yapılması gerekir. Hastanın tedavi masraflarını karşılayamayacak olması hâlinde, tedavi ücretsiz kısımda gerçekleştirilmelidir. Hastanede ücretsiz kısım yoksa; hasta, başka bir yere nakledilene kadar tedavi edilir. Tedavi için yeterli mali gücü olmayan hastanın tedavi ve ilaç masrafları o yerin belediyesi tarafından ödenir.

³⁷ Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 11.

Hekimin acil durumlarda hastaya müdahalesinin diğer bir türü, hastanın olduğu yere giderek müdahale etmesidir. Bu durumda, yetkili sağlık personeli, acil durumdaki müdahale edilecek hastanın yanına çağrılır.³⁸ Hekimin, çağırılması ile hastanın yanına gitmesi arasındaki süre de bu durumda önem kazanmaktadır. Bu süreçte, hekimin elinden geleni yapması ve çağırıldıktan sonra olabildiğince çabuk bir şekilde müdahale edeceği hastaya ulaşması gerekir. Hekim, standartların üstünde bir sürede gelir ve bu sebeple hastaya müdahale imkânı azalır veya daha olumsuz sonuçlar doğarsa, sorumlu olur.³⁹ Ancak hekimin hastaya mücbir sebeplerle ulaşmaması hâlinde, TDN m. 3'e göre sorumluluk ortadan kalkabilir.

Son olarak, hekimin, acil durumdaki hastaya müdahale imkânı tesadüfen doğmuş olabilir. Hekimin, tesadüfen karşılaştığı acil durumdaki hastalara da hastanın rızasını aramaksızın gerekli müdahaleyi yapması gerekir.⁴⁰ Bu tür bir müdahalede, acil durum söz konusu olduğundan ve hekimin de müdahale için yeterli imkânı ve teçhizatı bulunmadığından, tıbbi malpraktisle⁴¹ karşılaşma ihtimali bulunmaktadır. Bazı ülkelerde *Good Samaritan* adı verilen ilke göz

³⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 11.

³⁹ Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 11.

⁴⁰ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 104; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 11.

⁴¹ Tıbbi malpraktis (tıbbi kötü uygulama), hekimin teşhis ve tedavisini tıbbi standartlara göre yapmaması sonucunda hastada zararın meydana gelmesidir. Hekimin kusurlu olarak teşhis ve tedavide standart tıbbi yöntemi izlememesi, bilgisizliği veya beceriksizliği sebebiyle eksik veya yanlış teşhis ve tedavide bulunması, hastayı tedavi etmekten kaçınarak hastaya zarar vermesi tıbbi malpraktis kapsamındadır. Tıbbi malpraktis (tıbbi kötü uygulama, tıbbi kusurlu eylem, hatalı tıbbi uygulama) kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Demir, *Hekim ve Hastane*, 240; Gürsel Çetin, "Tıbbi Malpraktis," iç. *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi*, ed. Coşkun Yorulmaz, Gürsel Çetin (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi, 2006), 31; Ulaş Can Değdaş, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 6 (2018): 49ff.; Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları* (Ankara: Seçkin, 2015), 21-22; Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları* (Ankara: Seçkin, 2013), 65-66; Nejdet Şatır, *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2015), 85.

önüne alınarak kişilerin, acil durumlardaki ilk yardım fiillerinden kaynaklanan sorumluluğunu hafifleten düzenlemeler getirilmiştir.⁴² *Good Samaritan*, kişilerin acil durumdaki hastalara ellerinden geldiğince ilk yardımda bulunmaları için bu yardım esnasında verdikleri zararlardan sorumlu tutulmamalarına veya sorumluluklarının azaltılmasına ilişkin bir ilkedir.⁴³ Bu ilke ve buna dayanarak getirilen düzenlemeler ile ilk yardımda bulunan kişilerin hastaya zarar verdiklerinde sorumlu tutulacaklarına ilişkin çekincelerinin giderilmesi amaçlanmaktadır.⁴⁴ Bu düzenlemeler hekimlerin, acil durumdaki müdahalelerinden doğan tıbbi malpraktisten sorumluluklarının hafifletilmesi bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.⁴⁵ Böylece

⁴² Amerika Birleşik Devletleri'nin hemen hemen tüm eyaletlerinde bu ilkenin temel alındığı düzenlemeler bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde *Aviation Medical Assistance Act of 1998* adlı düzenlemenin gerekçesinde *Good Samaritan* vurgulanmış ve buna yönelik düzenleme yapılmıştır. İlgili düzenleme için bkz. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CRPT-105hrpt456/pdf/CRPT-105hrpt456.pdf>; Çin Halk Cumhuriyeti'nde de *Medeni Hukukun Genel Kuralları* adlı düzenlemenin 184. maddesinde ilk yardımda bulunan kişinin sorumluluğu hafifletilmiştir. İlgili düzenlemenin İngilizce tercümesi için bkz. <https://www.dimt.it/images/pdf/GeneralRules.pdf>; Avustralya'da da bu ilkeyi ihtiva eden düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelere ilişkin açıklamalar için bkz. Hyder Gulam ve John Devereux, "A Brief Primer on Good Samaritan Law for Health Care Professionals," *Australian Health Review* 31, no. 3 (2007): 481. Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğun hafifletilmesine ilişkin TBK m. 527/I hükmü ile ilgili açıklamalar için bkz. IV/B.

⁴³ *Good Samaritan*, temeli kutsal kitaplarda bulunan bir ilkedir. Nitekim adını da İncil'deki bir bölümden almıştır. Söz konusu bölüm için bkz. İncil (Yeni Ahit), Luke, 10:25-37. Kur'an-ı Kerim'de de bu ilkeye temel olabilecek ayetler bulunmaktadır. Söz konusu ayetler için bkz. Kur'an-ı Kerim, Bakara Suresi, 2:177; Rahman Suresi, 55:60.

⁴⁴ B. Shepherd, D. Macpherson ve C.M.B. Edwards, "In-flight Emergencies: Playing The Good Samaritan," *Journal of the Royal Society of Medicine* 99, no. 12 (2006): 628-631; Gulam ve Devereux, "Good Samaritan Law," 478-480.

⁴⁵ Söz konusu ilkenin hekimler açısından da uygulanmasına ilişkin açıklamalar ve yargı kararları örnekleri için bkz. Vincent C. Thomas, "Good Samaritan Law: Impact on Physician Rescuers," *Wyoming Law Review* 17, no. 1 (2017): 149-168; O. William Brown, "Good Samaritan Statutes: A Malpractice Defense for "Doing the Right Thing"," *Journal of Vascular Surgery* 51, no. 6 (2010): 1572-1573; Eric A. Brandt, "Good Samaritan Laws – The Legal Placebo: A Current Analysis," *Akron Law Review* 17, no. 2 (1983): 303-333; Bridget A. Burke, "Using Good Samaritan

hekimlere sorumluluklarının hafifletilmesi konusunda bir güvence sağlanmakta ve acil durumlarda hekimlerin daha rahat müdahale edebilmesinin önü açılmaktadır.⁴⁶

C. Müdahalenin Genişletilmesi

1. Genel Olarak

Hekim ile hasta arasında, gerçekleştirilecek müdahaleye ilişkin sözleşme akdedilir. Bu sözleşmede, müdahalenin içeriği ve niteliği ile birlikte hekimin müdahalesinin sınırları da belirtilmektedir. Ancak ameliyat sırasında hekim, karşılaştırılan müdahalenin sınırlarını aşabilir. Hekimin karşılaştırılan sınırları aşmasının zorunlu olduğu durumlarda, genişletilmiş müdahale, gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilir.⁴⁷

Hekimin müdahaleyi genişletmesi, hastanın şuurunun kapalı olması veya anestezi uygulaması sonucunda iradesini yansıtamaması hâllerinde söz konusu olur. Burada daha önce akdedilmiş sözleşme olmasına rağmen sözleşmenin sınırları aşılmaktadır. Ancak müdaha-

Acts to Provide Access to Health Care for the Poor: A Modest Proposal," *Annals of Health Law* 1, no. 1 (1992): 139-153; Shepherd, Macpherson ve Edwards, "In-flight Emergencies," 628-631; Gulam ve Devereux, "Good Samaritan Law," 478-482. Hekimin gerçek vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğunun hafifletilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. IV/B.

⁴⁶ Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 11; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 184.

⁴⁷ Dutton, *Practitioner's Guide*, 57; Demir, *Hekim ve Hastane*, 248; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 104; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 421; Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 38; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 13; Gülel, *Rıza*, 87; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 799; Sarıtaş, *Hasta Hakları*, 46; Erman, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 144; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 104; Canbolat, "Kamu Hastanesi," 167; Er, *Sağlık Hukuku*, 332; Doğan, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 43; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 131; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 27; Kıcıhoğlu, *Doktorlar ve Hastaneler*, 154; Ali Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku* (Ankara: Adalet, 2013), 126; Oral, "Patient and Physician," 27; Fidan, "Hekimin Sorumluluğu," 358; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 181; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 38; Üstündağ, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 93; Altun, "Vekâletsiz İş Görme," 302.

lenin sınırlarının aşılması gerekliliği, ameliyat sırasındaki şartlar değerlendirilerek hekim tarafından tespit edilmelidir. Müdahalenin genişletilmesinden doğan gerçek vekâletsiz iş görmenin unsurlarından ilki, hasta ile akdedilen sözleşmedeki sınırların aşılmasının veya farklı yönde müdahalede bulunmanın hastanın hayatının devamı için zorunlu olmasıdır. Diğer unsur ise, hasta ile sözleşme akdedilirken, ortaya çıkan bu zorunluluğun tahmin edilemeyecek olmasıdır.⁴⁸

HHY m. 24/V uyarınca, hekimin müdahalenin genişletilmesi sırasında, hastanın daha önceki isteklerini de göz önüne bulundurması gerekmektedir. İHBS m. 9'a göre de hastanın müdahale ile ilgili daha önceden açıklamış olduğu istekleri dikkate alınmalıdır.⁴⁹

2. Gerçek Vekâletsiz İş Görme Niteliğindeki Müdahalenin Genişletilmesinin Şartları

Hekim, hasta ile akdettikleri sözleşmede belirtilen sınırların dışına çıkabilir. Hayati bir zorunluluk olması ve sözleşme akdedilirken bunun ortaya çıkacağına bilinmemesi hâlinde müdahalenin genişlemesi gündeme gelir. Gerçek vekâletsiz iş görmeden bahsedebilmek için ise, belli şartların gerçekleşmesi gerekir.

Müdahalenin genişletilmesinin gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilmesi için hasta ile kararlaştırılan sözleşmedeki sınırların dışında bir müdahale gerekli olmalıdır. Bu gereklilik, beklenmeyen bir durum sebebiyle ortaya çıkmalıdır.⁵⁰ Ancak bu müdahale, hastanın rıza gösterdiği müdahaleden daha ağır riskler taşımamalıdır.⁵¹

⁴⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 13; Gülel, *Rıza*, 88; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 27-28; Gökcan, *Tıbbi Müdahale*, 919.

⁴⁹ Bu hükümlere aykırı davranıldığı takdirde hekimin caiz olmayan vekâletsiz iş görmesi söz konusu olur ve beklenmeyen hâlden sorumluluk gündeme gelir. Açıklamalar için bkz. IV/C.

⁵⁰ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 13.

⁵¹ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 105; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 799; Sarıtaş, *Hasta Hakları*, 46; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 183; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 28; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 38; Sindel, "Haksız Fiil," 247; Altun, "Vekâletsiz İş Görme," 302.

Müdahalenin genişletilmesinin gerçek vekâletsiz iş görme niteliğinde olmasının diğer bir şartı, hastanın, rızası alınamayacak hâlde olmasıdır. Dolayısıyla hastanın şuurunun kapalı olması gerekir. Hastanın rızasının alınması mümkün değilse veya hastadan rıza alınmaya kadar geçecek süre hasta açısından daha zararlı sonuçlara yol açacaksa, hekim rıza şartını sağlamaksızın müdahaleyi genişletebilir. Özellikle hastanın şuurunun kapalı olması hâlinde bu şart gerçekleşmiş sayılır; zira şuuru açık olmayan bir hastanın uygun süre içerisinde rıza gösterebilmesi zordur. Müdahalenin genişletilmemesi hâlinde hastanın hayati risk taşıması ve müdahale olmazsa ölümünün gerçekleşeceğine ilişkin tehlike bulunduğu takdirde müdahalenin genişletilmesi gerekir.⁵² Bu sebeple, meselâ ölüm tehlikesinin bulunmadığı bir hâlde, hastanın organlarının alınması, müdahalenin genişletilmesi imkânının sınırlarını aşar.⁵³

Son olarak, hekimin, müdahaleden önce bu müdahalenin genişletilmesi gerekeceğine ilişkin öngörüsünün olmaması gerekir. Başka bir deyişle, ameliyattan önce, böyle bir müdahalenin genişlemesi zarureti doğacağına ilişkin tahmin mümkün olmamalıdır. Belirtmek gerekir ki; hekimin bu tahmini, tıptaki standartlara göre kabul edilebilir olmalıdır.⁵⁴ Aksi takdirde, hekim, hastayı aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, ameliyatta müdahalenin genişletilebileceğine ve bunun içeriğine ilişkin bilgi vermelidir.

Gerçek vekâletsiz iş görme kapsamındaki müdahalenin genişletilmesinin söz konusu olabilmesi, sayılan bu şartlarının tamamının

⁵² Dutton, *Practitioner's Guide*, 57; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 105; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 13; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 799; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 28; Kıcalıoğlu, *Doktorlar ve Hastaneler*, 154; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 183; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 38; Sindel, "Haksız Fiil," 247.

⁵³ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 105; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 799; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 28; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 183; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 38; Altun, "Vekâletsiz İş Görme," 302.

⁵⁴ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Dutton, *Practitioner's Guide*, 57; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 13; Ateş, *Hekimlerin Sorumlulukları*, 28; Kıcalıoğlu, *Doktorlar ve Hastaneler*, 154; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 183.

somut olayda mevcut olmasına bağlıdır. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda, ameliyat sırasında ortaya çıkan sebeplerden dolayı müdahalenin genişletilmesi gerekmiştir. Davacı hasta, ameliyattan önce kendisine bilgi verilmeden ve rızası alınmadan müdahalenin genişletilmesi sebebiyle zararının doğduğunu ileri sürerek tazminat talep etmiştir. Yerel mahkeme karar verirken, hekimin tıptaki standartlara göre söz konusu müdahalenin genişlemesi ihtimalini tahmin edip edemeyeceğini yeterince incelememiştir. Ayrıca yerel mahkeme, kararında müdahalenin genişletilmesinin hastanın sağlığı için zorunlu olup olmadığını da irdelememiştir. Yargıtay da, müdahalenin genişletilmesinin şartlarının oluşup oluşmadığının yeterince incelenmediğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.⁵⁵ Yine başka bir olayda Yargıtay, müdahalenin genişletilmesi gereken bir ameliyatta hekimin, muhtemel komplikasyonları daha önceden belirtmiş ve buna ilişkin rızayı almış olup olmadığının tespitinin eksik olması sebebiyle yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı bozmuştur.⁵⁶

IV. HEKİMİN GERÇEK VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMEYEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI

A. Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğunun Unsurları

Gerçek vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğu düzenleyen TBK m. 527'de gerçek vekâletsiz iş görmenin unsurları yer almamaktadır. Bu sebeple, sorumluluğun unsurları genel hükümlerden çıkarılmaktadır. Gerçek vekâletsiz iş görme, sözleşme benzeri bir ilişki olduğundan,⁵⁷ sözleşmeye ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde gerçek vekâletsiz iş görmeye de uygulanmalıdır. Dolayısıyla, TBK m. 527 ve genel hükümler birlikte düşünüldüğünde, gerçek vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğun unsurları;

⁵⁵ Yar. 13. HD, E. 2016/26894, K. 2018/8072, 18.09.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶ Yar. 13. HD, E. 2013/26330, K. 2014/27050, 15.09.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁷ Gerçek vekâletsiz iş görmenin niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz. II/D.

gerçek vekâletsiz iş görmeden doğan bir borcun ihlali, bu ihlalden bir zararın doğması, ihlal ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması ve kusurdur. TBK m. 527, kusur unsuru bakımından vekâletsiz iş görmeye özgü bir düzenleme getirmektedir. Bu nedenle çalışmamızda, kusur unsuru üzerinde durulmuş; diğer unsurlar bakımından genel hükümlere atıf yapmakla yetinilmiştir.⁵⁸

Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk kusura dayanan bir sorumluluktur. TBK m. 527'ye göre, vekâletsiz iş görmede, işi gören, "her türlü ihmalden" sorumlu olur. Buna göre, hekim hem ağır ihmalden hem de hafif ihmalden sorumludur. TBK m. 527'de sadece "ihmal" ibaresi bulunmaktadır; ancak iş görenin kasından da evleviyetle sorumlu olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹

Hekimin müdahalesinin hukuka uygun sayılabilmesi için, bu müdahale, somut olay bakımından gerekli ve yeterli olmalıdır. Hekimin müdahalesinin gerekli ve yeterli olması, tıbbi standartlara göre belirlenir. BİHS m. 4'te de tıbbi müdahalenin tıbbi standartlara uygun olması gerektiği düzenlenmektedir. Tıbbi standartlar, tıpta genel olarak kabul edilmiş ve hekimler tarafından uygulanagelen kurallardır. Başka bir ifadeyle, güncel ilmî gelişmeler ışığında bir hastalığın teşhisi ve tedavisi için kullanılan yöntemlere ilişkin kuralara tıbbi standartlar denir. Ancak bir hastalığın tedavisi için birden fazla yöntem mevcut olabilir. Ayrıca teknolojik gelişmeler ve tıptaki ilerlemeler sebebiyle yeni yöntemler de ortaya çıkabilir. Bu gibi birden fazla yöntemin kullanılabilceği durumlarda hekimin benzer hastalıklarda genellikle uygulanan yöntemi tercih etmesi gerekir. Bunun yanında, teşhis ve tedavinin belirlenmesinde hekimin takdir yetkisi de bulunmaktadır. Buna göre hekim, benzer durumlarda

⁵⁸ Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğun unsurları olan; sözleşmeden doğan borçların ihlali, bu ihlalden bir zarar doğması ve ihlal ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması unsurlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Demir, *Hekim ve Hastane*, 232ff.; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 63ff.; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 74ff.; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 169ff.; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 125ff.; Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 130ff.

⁵⁹ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 207; Eren, *Borçlar Özel*, 836; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1364-1365; Altun, "Vekâletsiz İş Görme," 303; Uzun Şenol, "İş Görenin Hukuki Durumu," 302.

çoğunlukla uygulanmasa dahi somut olayda en uygun olduğunu düşündüğü yöntemi uygulayabilir. Hekim, bu tespiti yaparken hastanın durumunu göz önünde bulundurmalı ve uygulanacak yöntemin onun faydasına olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu durumda, uygulanacak yöntemin genel geçer yönetime göre tedavi şansının daha yüksek olması ve tehlikesinin daha az veya eşit olması gerekir. Hekim, benzer seviyedeki bir hekimin uygulamayacağı, kabul edilmemiş veya sakıncalı yöntemleri ise uygulayamaz.⁶⁰

Hekimin kusuru ele alınırken tıbbi standartlar göz önünde tutulmalıdır. Hekim, tıbbi standartlara göre somut olaydaki ve benzer koşullardaki bir hekimin göstereceği ortalama dikkat ve özeni göstermelidir; yani hekimin kusuru objektif niteliktedir. Aksi hâlde, hekimin tıbbi meslek kusuru ortaya çıkar ve sorumluluğu doğar.⁶¹ Ayrıca hasta ile arasındaki hukuki ilişkinin bir gereği olarak hekimin, tedavi sonucuyla değil; teşhis ve tedavi yönteminin seçimi ve tıbbi uygulama sırasında özen göstermekle yükümlü olduğu unutulmamalıdır.

Acil durumlarda hastanın muhtemel rızasına dayanarak müdahalede bulunan veya sözleşmede kararlaştırılmadığı hâlde müdahaleyi genişleten hekimin gerçek vekâletsiz iş görmesi söz konusu olur. Bu sebeple, söz konusu hâllerde hekimin kusuru, TBK m. 527 uyarınca sorumluluğuna yol açar.⁶² Kusurun mevcut olup olmadığı, hekimin ve müdahale edilen hastanın durumuna göre her somut olay için ayrıca tespit edilir. Tespit sırasında, hekimin müdahale

⁶⁰ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 106-107; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 85-87; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 163-165; Şatır, *Hekimlerin Sorumluluğu*, 84-85.

⁶¹ Demir, *Hekim ve Hastane*, 240-241; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 106-107; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 85; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 165-166; Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, 282.

⁶² Demir, "Sorumluluğun Kaynakları," 269; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 105; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 14; Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 800; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 106; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 132; Fidan, "Hekimin Sorumluluğu," 358; Gökcan, *Tıbbi Müdahale*, 919; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 182; Kazık, "Muayenehane ve Özel Hastane," 103; Seçer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 137-138; Sindel, "Haksız Fiil," 247; Altun, "Vekâletsiz İş Görme," 303.

ettiği yer, kullanabileceği tıbbi imkânlar, müdahale koşulları gibi şartlar dikkate alınarak kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir. Mesela, hekimin tesadüfen karşılaştığı acil bir durumda hastanedeki veya sağlık merkezindeki şartların sağlanması mümkün değildir. Bu nedenle, hekimin içinde bulunduğu zor şartlar da dikkate alınarak, kusurunun bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

B. Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğun Hafifletilmesi

Vekâletsiz iş gören hekim her türlü kusurundan sorumludur. Diğer bir deyişle, hekimin kastından, ağır ve hafif ihmalinden sorumlu olduğu kabul edilmelidir.⁶³ Ancak TBK m. 527/I'e göre, iş görenin vekâletsiz iş görmesinin amacı, iş sahibinin zararını gidermek veya önlemek ise vekâletsiz iş görenin sorumluluğu hafifletilir. Acil durumlardaki müdahalede ve müdahalenin genişletilmesinde, hekimin amacı hastanın ölüm tehlikesini bertaraf etmek veya doğan zararını gidermek olduğundan, TBK m. 527/I hükmünün hekim için de uygulanması mümkündür. Ancak doktrinde, hekimin gerçek vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğunun bu hükümden farklı değerlendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır.

Hekimin sorumluluğunun hafifletilmesine ilişkin bir görüşe göre, hekim, acil durumlarda veya müdahalenin genişletilmesinde hastanın kişisel değerlerini ve bazı durumlarda yaşama hakkını korumak üzere iş görmektedir. Hekimin müdahalesinin hayati önem taşıması veya zararın azaltılması amacı taşıması sebebiyle, hekimin sorumluluğunun genel hükümlere kıyasla daha hafif tayin edilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde hekim, müdahale etmekte çekingen davranabilir veya sorumluluğunu düşünerek müdahaleden kaçınabilir.⁶⁴

⁶³ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 214; Eren, *Borçlar Özel*, 836; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Özel*, 1364-1365.

⁶⁴ Demir, *Hekim ve Hastane*, 249; Demir, "Sorumluluğun Kaynakları," 270; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 106; Gökcan, *Tıbbi Müdahale*, 919; Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku*, 126; Üstündağ, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 93; Sindel, "Haksız Fiil," 247.

Başka bir görüşe göre ise, hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi söz konusu olmamalıdır. Zira acil durum veya müdahalenin genişletilmesi hâllerinde olsa da hekimin müdahalesi, insan sağlığını veya hayatını etkilemektedir. Sırf bu durumlar sebebiyle hekimin sorumluluğu yumuşatılamaz. Nitekim hekimin her hâlükârda, hekimlik mesleğinin ve tıbbın gerektirdiği özeni göstermesi gerekir. Dolayısıyla TBK m. 527/II'deki hüküm, hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi bakımından uygulanamaz.⁶⁵

Diğer bir görüş ise, hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde acil durumlar ve müdahalenin genişletilmesi hâllerinin ayrı ayrı ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, müdahalenin genişletilmesi hâlinde hasta ile hekim arasında daha önceden akdedilmiş bir sözleşme olduğundan, hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi söz konusu olmaz. Acil durumlarda ise hasta ile hekim arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Ayrıca, hekimin acil durumlarda müdahale etmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu sebeple, hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi mümkündür. Ancak bu hâlde de, hekimin müdahalede bulunurken yeterli ve gerekli özeni göstermesi şarttır.⁶⁶

Kanaatimizce, hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi, acil durumlar ve müdahalenin genişletilmesi hâllerinde ayrı ayrı ele alınmalıdır. Müdahalenin genişletilmesi hâlinde, hekim zaten ameliyatta ve gerekli tüm müdahaleleri yapabilecek durumdadır. Bu sebeple hekim, mesleğinin ve tıbbın gerektirdiği tüm yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Acil durumlarda ise, hekimin ve hastanın bulunduğu konuma göre üç ayrı değerlendirme yapılması gerekir. Acil durumdaki hastanın hastaneye ve hekime getirilmesi hâlinde, hekimin imkânları müdahale için müsaittir. Bu sebeple, müdahalenin

⁶⁵ Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 128; Özdemir, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 38; Gülel, *Rıza*, 88; Canbolat, "Kamu Hastanesi," 169-170; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 108; Aykın, "Hekimin Sorumluluğu," 181; Seçer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 138. Buna rağmen, acil durumlarda sorumluluğun hafifletilmesinin somut olaya göre gerekli olabileceğine ilişkin bkz. Yavuz İpekyüz, *Hekimlik Sözleşmesi*, 128; Er, *Sağlık Hukuku*, 332.

⁶⁶ Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 801; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 132.

genişletilmesinde olduğu gibi hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi söz konusu olmamalıdır. Hekimin acil durumdaki hastanın olduğu yere gitmesinde ise müdahale yerinde hastanedeki koşullar sağlanamayabilir. Her ne kadar hekimin bazı tıbbi malzemeleri yanında getirmesi mümkünse de bu malzemelerin yeterli olmayacağı acil durumlarla karşılaşılabilir. Böyle bir durumda, somut olaydaki imkânlarla göre hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi gerekir. Son olarak, hekimin acil durumdaki hastaya rast gelmesi söz konusu olabilir. Hekimin o müdahaleye ilişkin herhangi bir ön hazırlığı bulunmamakta, tesadüfen acil durumla karşılaşmaktadır. Bu hâlde, hekimin zararı azaltmaya yönelik müdahalede bulunması ve ilk yardıma ilişkin yükümlülükleri yerine getirmesi beklenir. Acil durumlarda hekimin sorumluluğunun hafifletilmemesi hâlinde hekimin müdahale ederken büyük bir baskı altında kalma ihtimali yüksektir. Bu sebeple, hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi, onun üzerindeki baskıyı azaltarak daha rahat bir şekilde müdahalede bulunmasını sağlar.⁶⁷ Ancak bu durumda dahi hekimin, somut olayda gerçekleştirmesi gereken özeni göstermesi gerektiği unutulmamalıdır.⁶⁸

⁶⁷ Hekimin acil durumlardaki müdahalesinde gerçek vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğunun hafifletilmesinde, kişilerin acil durumlardaki müdahalelerinde verdikleri zararların hafifletilmesini sağlayan *Good Samaritan* adlı ilkeye ve bu ilke esas alınarak getirilen hükümlere ilişkin açıklamalar için bkz. III/A/2.

⁶⁸ Hekimin tıbbi uygulamalar esnasında özen göstermesi gerekir. Özen yükümlülüğü, tıbbın mevcut durumdaki standartları ve güncel gelişmeler göz önüne alınarak, hastanın teşhis ve tedavisi için uygulanması gereken yöntemlere uymaya ilişkindir. Hekim, hastalığın teşhis ve tedavisi için riski en düşük olan ve en güvenilir tedavi yöntemini seçmeli, bunu uygularken de her an özenli davranmalıdır. Buna göre, hekimin özen yükümlülüğü objektif niteliktedir; yani hekime göre değişmez, tıbbi standartlar göz önünde bulundurulur. Hekimin özen yükümlülüğüne ilişkin açıklamalar için bkz. Veysel Başpınar, "Hekimin Özen Borcu," iç. *Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006*, ed. Cem Baygın, Metin Uçar, Yusuf Büyükay (Yetkin: Ankara, 2007), 27ff.; Demir, *Hekim ve Hastane*, 237-238.

C. Hekimin Beklenmeyen Hâlden Sorumluluğu

TBK m. 527/II'de caiz olmayan vekâletsiz iş görme düzenlenmektedir. Bu hükümde “*beklenmedik hâl*” e ilişkin de sorumluluk kabul edilmektedir.⁶⁹ Beklenmeyen hâl, borçluya yüklenemeyen bir sebepten dolayı ifanın imkânsız hâle gelmesi veya kötüleşmesidir.⁷⁰ Hekim açısından değerlendirildiğinde, beklenmeyen hâlin hekimin kusuru olmaksızın meydana gelen komplikasyonlar⁷¹ olduğu söylenebilir. TBK m. 527/II'ye göre, beklenmeyen hâlden sorumluluğun doğması için iki şartın mevcut olması gerekir:

Beklenmeyen hâlden sorumluluğun ilk şartı, hastanın, hekimin müdahalesini yasaklamış olması ve bu yasaklamayı hekimin bilmesidir. Bu yasaklamaya rağmen müdahaleyi gerçekleştiren hekimin sorumluluğu gündeme gelir.⁷² Diğer bir deyişle, hastanın aksi yöndeki iradesine rağmen müdahalede bulunan hekim ortaya çıkan kazalardan dahi sorumludur. Hekim bu hâlde, müdahalenin hasta için faydalı olduğuna ve yasaklamanın makul olmadığına dayanamaz.⁷³

⁶⁹ “*Beklenmedik hâl*” ifadesi yerine, kavram birliğinin sağlanması için doktrinde genel olarak kabul edilen “*beklenmeyen hâl*” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

⁷⁰ Tandoğan, *Vekâletsiz İş Görme*, 219; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin, 2018), 1133; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, (İstanbul, Vedat, 2018), 488; Halûk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2017), 383; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan, 2018), 894.

⁷¹ Komplikasyon, hekimin bir hastalığın teşhis ve tedavisinde tıbbi standartlara uygun olarak gerekli dikkat ve özen göstermesi hâlinde dahi ortaya çıkabilecek istenmeyen etki ve sonuçtur. Komplikasyona ilişkin açıklamalar için bkz. Demir, *Hekim ve Hastane*, 241; Hakan Hakeri, “Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayırımı,” *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5, (2014): 24; Şatır, *Hekimlerin Sorumluluğu*, 86.

⁷² Demir, *Hekim ve Hastane*, 249; Demir, “Sorumluluğun Kaynakları,” 270; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 106; Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu,” 39; Günday, *Malpraktisten Doğan Sorumluluk*, 14; Gülel, *Rıza*, 88; Özay, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 108; Aydın, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri*, 133; Er, *Sağlık Hukuku*, 332; Gökcan, *Tıbbi Müdahale*, 920; Kazık, “Muayenehane ve Özel Hastane,” 104; Seçer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu,” 138; Altun, “Vekâletsiz İş Görme,” 305.

⁷³ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 107; Reyhani Yüksel, “Vekâletsiz İş Görme,” 802.

Sorumluluğun diğer şartı ise hastanın yasaklamasının hukuka veya ahlaka aykırı olmamasıdır. Dolayısıyla yasaklama hukuka veya ahlaka aykırı ise beklenmeyen hâlden sorumluluk doğmaz. Hekim, hastanın hukuka veya ahlaka aykırı olarak yasakladığı bu müdahaleyi gerçekleştirirse; müdahalenin faydalı ve yasaklamanın mantıksız olmasına dayanarak kendisinin beklenmeyen hâlden sorumlu olmadığını ileri sürebilir.⁷⁴

TBK m. 527/II'nin ikinci cümlesi hekimin beklenmeyen hâlden sorumluluğundan kurtulmasına ilişkindir. Buna göre, hekim, müdahale gerçekleşmeseydi dahi zararın doğacağını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur. Diğer bir deyişle, yasaklanmış müdahalenin gerçekleştirilmesi sırasında beklenmeyen hâlden dolayı hasta zarar görmüşse, hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için müdahale olmasaydı dahi bu zararın gerçekleşeceğini ispatlaması gerekir. Bu ispatlanırsa, hekimin beklenmeyen hâlden sorumluluğu ortadan kalkar.⁷⁵

SONUÇ

Hekimin tıbbi uygulamalarında hastaya verdiği zarar sebebiyle hukuki sorumluluğu gündeme gelir. Hekimin hukuki sorumluluğu, sözleşme, haksız fiil veya sözleşme öncesi görüşmelerden doğabilir. Bunların dışında, hekimin hastanın yararına ve farazi iradesine uygun olmak üzere, hastanın açık bir rıza beyanını aramaksızın tıbbi müdahalede bulunması söz konusu olabilir. Bu durumda, hekimin sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nda bulunan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre belirlenir.

Gerçek vekâletsiz iş görme, iş görenin yetkili veya yükümlü olmadığı hâde, başka bir kişi olan iş sahibinin menfaatine veya varsayılan iradesine uygun olarak gerçekleştirdiği hukuki işlem veya

⁷⁴ Reyhani Yüksel, "Vekâletsiz İş Görme," 802; Özey, *Estetik Amaçlı Müdahale*, 108. Bu durumda dahi hekimin sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmadığına ilişkin bkz. Seçer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 138.

⁷⁵ Demir, "Sorumluluğun Kaynakları," 270; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, 106; Er, *Sağlık Hukuku*, 332; Seçer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," 138; Altun, "Vekâletsiz İş Görme," 305.

eylemidir. Gerçek vekâletsiz iş görmenin unsurları, başkasına ait bir işin yapılması ve iş görenin iradesinin de bu işin yapılması yönünde olması ile iş görenin bu işi yapmakla yükümlü olmamasıdır. Hukuki niteliği bakımından, gerçek vekâletsiz iş görmenin, sözleşme benzeri ilişki olduğu kabul edilmektedir.

Hekim ve hasta arasında sözleşme veya haksız fiil ilişkisi olmamasına rağmen, bazı durumlarda hekimin hastaya müdahalesi söz konusu olabilir. Bu müdahale, gerçek vekâletsiz iş görme niteliğindedir. Gerçek vekâletsiz iş görme, hastanın yararına veya muhtemel iradesine yöneliktir. Hekimin gerçek vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğu, acil durumlar veya müdahalenin genişletilmesi hâllerinde ortaya çıkar.

Acil durumlar, hastanın ölüm tehlikesi içinde olduğu veya ağır bir zarara uğrama ihtimalinin bulunduğu durumlardır. Hekim, acil durumlarda, ölüm tehlikesinin giderilmesi veya ağır zararın önlenmesine ilişkin tedbirleri almalı ve bu yönde ilk yardım uygulamalarına başvurmalıdır. Acil durumla karşılaşan hekimin, hastayı reddetme hakkı bulunmaz. Hekimin acil durumlarda müdahalesi, hastanın sağlık merkezine getirilmesi, hekimin hastanın bulunduğu yere çağırılması veya hekimin tesadüfen hastaya rastlaması ile söz konusu olabilir.

Hekimin gerçek vekâletsiz iş görme kapsamındaki fiillerinden diğeri ise müdahalenin genişletilmesidir. Müdahalenin genişletilmesi, hekim ile hasta arasında belli bir müdahaleye ilişkin sözleşme olmasına rağmen, daha önceden öngörülemeyen ve ameliyat sırasında karşılaşılan bir hastalığa, sözleşmede belirtilen sınırlar aşarak müdahale edilmesidir. Müdahalenin genişletilmesinin gerçek vekâletsiz iş görme kapsamında değerlendirilebilmesi için hastanın rıza alınamayacak bir hâlde olması ve müdahalenin genişletilmesinin hastanın yararına olması gerekir.

Hekimin gerçek vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğunun sınırları, TBK m. 527'ye göre belirlenir. Sorumluluğun unsurları, gerçek vekâletsiz iş görmeden doğan bir borcunun ihlali, bu ihlalden bir zararın doğması, ihlal ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve kusurdur. Kusur, kast veya ihmal dolayısıyla

ortaya çıkabilir. Kusurun doğmaması için hekimin müdahalesi, somut olayda gerekli ve yeterli bir şekilde olmalıdır. Müdahalede kusurun mevcut olup olmadığının tespit edilmesi için tıbbi standartlar incelenmelidir. Tıbbi standartlar, güncel tıbbi gelişmeler de göz önüne alınarak benzer konumdaki hekimlerin benzer olaylarda genel olarak tercih ettiği teşhis ve tedavi yöntemlerine ilişkin kurallardır. Hekim, tıbbi standartlara uymalı; genelgeçer yöntem dışında bir yöntem kullanacağı durumda ise bu yöntemin hastanın yararına olmasını ve tehlikesinin diğerine göre daha düşük olması gerektiğini göz ardı etmemelidir. Hekim, tıbbi standartlara göre somut olaydaki ve benzer koşullardaki bir hekimin göstereceği ortalama dikkat ve özeni göstermediği takdirde kusuru doğar ve sorumluluğu gündeme gelir.

Hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi konusu doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce sorumluluğun her durumda hafifletilmesi veya hiçbir durumda hafifletilmemesi yönündeki görüşler hakkaniyete uygun değildir. Hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi için somut olaydaki şartlar değerlendirilmelidir. Nitekim acil durumlarda, hastanedeki şartlara sahip olmayan hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi ile ameliyathanede her türlü imkân varken müdahaleyi genişleten hekimin sorumluluğunun hafifletilmesi eşit değildir.

Hastanın müdahaleyi yasaklamış olmasına veya müdahalenin gereği olmamasına rağmen hekim bilinçli olarak müdahalede bulunursa, hekimin beklenmeyen hâllerden de sorumluluğu doğar. Hekimin beklenmeyen hâlden sorumluluğu ile kast edilen, hekimin kendisinden kaynaklanmayan aksaklıklardan da sorumlu olmasıdır. Ancak hekim, müdahalede bulunmamış olsaydı dahi bu zararın doğacağını ispatlarsa, hekimin beklenmeyen hâlden sorumluluğu kalkar.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Hüseyin Can. "Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?" *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (2017): 91-122.
- Altun, Zeynep. "Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğunun İncelenmesi." *Tıp Hukuku Dergisi*, no. 14 (2018): 297-307.
- Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Güney, 1950.
- Ateş, Turan. *Hekimlerin Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*. İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, 2007.
- Ayan, Mehmet. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk*. Ankara: Kazancı, 1991.
- Aydın, Öztürk. *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*. İstanbul: Legal, 2014.
- Aydoğdu, Murat ve Kahveci, Nalan. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*. Ankara: Adalet, 2017.
- Aykın, Aykut Cemil. "Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi, 2015.
- Başpınar, Veysel. "Hekimin Özen Borcu," iç. *Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006*, ed. Cem Baygın, Metin Uçar, Yusuf Büyükkay, 23-38. Ankara: Yetkin, 2007.
- Bilge, Necip. *Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.
- Birsen, Kemaleddin. *Borçlar Hukuku Dersleri – Borçların Genel Hükümleri*. İstanbul: Fakülteler, 1967.
- Brandt, Eric A. "Good Samaritan Laws – The Legal Placebo: A Current Analysis." *Akron Law Review* 17, no. 2 (1983): 303-333.
- Brown, O. William. "Good Samaritan Statutes: A Malpractice Defense for "Doing the Right Thing"." *Journal of Vascular Surgery* 51, no. 6 (2010): 1572-1573.
- Burke, Bridget A. "Using Good Samaritan Acts to Provide Access to Health Care for the Poor: A Modest Proposal." *Annals of Health Law* 1, no. 1 (1992): 139-153.

- Canbolat, Ferhat. "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 80 (2009): 156-181.
- Carmi, Amnon ve Wax, Harry. *Patients' Rights*. Tel Aviv: Yozmot, 2002.
- Çetin, Gürsel. "Tıbbi Mapraktis," iç. *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi*, ed. Coşkun Yorulmaz, Gürsel Çetin, 31-42. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi, 2006.
- Değdaş, Ulaş Can. "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 6 (2018): 41-65.
- Demir, Mehmet. *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Demir, Mehmet. "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane – Kamu Hastanesi Ayrımı," iç. *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*, ed. Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, Hasan Seçkin Ozanoğlu ve Süleyman Yılmaz, 263-281. Ankara: Seçkin, 2009.
- Doğan, Cahid. "Acil Tıp ve Hasta Güvenliği," iç. *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi 3. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu*, ed. Cahid Doğan ve Nilgün Sarp, 120-187. Ankara: Adalet, 2012.
- Doğan, Murat. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," iç. *Mersin Barosu Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu Bildirileri*, (16-17 Ocak 2009), 41-60.
- Dutton, Ian. *Practitioner's Guide to Medical Malpractice in South African Law*. Cape Town: Siber Ink, 2015.
- Dünya Sağlık Örgütü. *WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation*. Geneva: World Health Organization, 2005.
- Er, Ünal. *Sağlık Hukuku*. Ankara: Savaş, 2008.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Erman, Hasan. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu," iç. *Bülent Davran'a Armağan*, 143-153. İstanbul: Beta, 1998.

- Eryılmaz, Vildan. "Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi," iç. *Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları*, 38-57. Ankara: Adalet, 2014.
- Fidan, Nurten. "Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, no. 3 (2010): 349-362.
- Gökcan, Hasan Tahsin. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. Ankara: Seçkin, 2013.
- Gulam, Hyder ve John Devereux. "A Brief Primer on Good Samaritan Law for Health Care Professionals." *Australian Health Review* 31, no. 3 (2007): 478-482.
- Günel, İlhan. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. Ankara: Seçkin, 2018.
- Günday, Rezzan. *Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Adalet, 2012.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2018.
- Hakeri, Hakan. "Tıp Hukukunda Komplikasyon Malpraktis Ayırımı." *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5, (2014): 23-28.
- Kazık, Yahya. "Özel Hukuk Açısından Muayenehane ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu." Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi, 2002.
- Kıcalıoğlu, Mustafa. *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*. Ankara: Adalet, 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan, 2018.
- Kirkit, Ecem. *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Adalet, 2016.
- Koschaker, Paul ve Kudret Ayiter. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1993.
- Nomer, Halûk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1. İstanbul: Vedat, 2018.
- Oral, Tuğçe. "The Definition of Legal Relationship Between a Patient and Physician." *Ankara Bar Review* 4, no. 1 (2011): 21-32.

- Özay, Merter. *Estetik Amaçlı Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin, 2006.
- Özdemir, H. Gökçe. *Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio)*. Ankara: Seçkin, 2001.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu." *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1 (2016): 33-81.
- Özdemir, Hayrunnisa. *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin, 2004.
- Polat, Oğuz. *Tıbbi Uygulama Hataları*. Ankara: Seçkin, 2015.
- Reyhani Yüksel, Sera. "Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, no.2 (2015): 793-804.
- Sarıtaş, Hatice. *Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu*. Ankara: Bilge, 2005.
- Saruhan, Utku. *Gerçek Vekâletsiz İşgörme*. Ankara: Yetkin, 2018.
- Savaş, Halide. *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*. Ankara: Seçkin, 2013.
- Seçer, Öz. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu." *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2013): 107-148.
- Shepherd, B., D. Macpherson, ve C.M.B. Edwards. "In-flight Emergencies: Playing The Good Samaritan." *Journal of the Royal Society of Medicine* 99, no. 12 (2006): 628-631.
- Sindel, Ece. "Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu." *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 119 (2016): 243-255.
- Şatır, Nejdet. *Emsal Kararlar Işığında Kamu ve Özel Hastanelerde Çalışan Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*. Ankara: Yetkin, 2015.
- Şenocak, Zarife. *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998.
- Tandoğan, Halûk. *Vekâletsiz İş Görme*. İstanbul: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1957.
- Thomas, Vincent C. "Good Samaritan Law: Impact on Physician Rescuers." *Wyoming Law Review* 17, no. 1 (2017): 149-168.

- Türkmen, Ali. *Hasta ve Hekim Hukuku*. Ankara: Adalet, 2013.
- Uygur, Atiye. "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2009.
- Uzun Şenol, Pınar. "Vekaletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu." *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, no. 3 (2014): 293-309.
- Üstündağ, Mustafa Emir. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2012): 87-93.
- Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2014.
- Yavuz İpekyüz, Filiz. *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*. İstanbul: Vedat, 2006.
- Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Turhan, 2018.
- Zorlu, Süleyman Emre. *Osmanlı Tıp Hukuku*. Ankara: Adalet, 2017.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>

**ÇEVİRİ
BÖLÜMÜ**

NEFRET SÖYLEMİ VE POLİTİK DOĞRU ÜZERİNE: KUZEY DAKOTA HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRENCİLERİNE ELEŞTİRİLER

*“On Hate Speech and the Politically Correct:
Comments to Students at the University of
North Dakota School of Law”*

Dr. Jack Russell WEINSTEIN*

Çev.: Dr. Didem ÖZALPAT**

Bir ters etki döneminde yaşıyoruz. Baskın politik kültür, çoğulcu toplumun doğasına ilişkin olumsuzluklarla geçen otuz yıldan sonra bizlere belirli meselelerin çözüme kavuştuğunu söylüyor: Kadın Hakları hareketi sona erdi. Kadınlar artık eşit haklara sahip. Medeni Haklar Hareketi tamamlandı. Siyahi Amerikalılar eşit vatandaşlar olarak kabul ediliyor. Cinsel devrim bitti: Rızası olmak kaydıyla yetişkinler istediklerini yapmakta özgürler. Ancak bu varsayımların hiçbiri doğru değil. Elbette her şey eskisinden daha iyi. Örneğin, kadınlar ve siyahi Amerikalılar eskisinden daha çok olanaklara sahipler fakat bu meselelerin hiçbiri çözüme kavuşturulmuş değil. Sadece mücadeleler daha ince bir hal aldı.

Kadınların daha aşağı bir statüde olduklarını veya siyahların beyazlar gibi aynı olanaklara sahip olmaması gerektiğini şu anda alenen dile getirmek kabul edilemez olduğu için hoşgörüsüzlüğün doğası değişti. Dışlamak ve yabancılaştırmak için korunan ve doğru

* Kuzey Dakota Üniversitesi Felsefe Doçenti.

** Avukat Dr., av.dr.didemozalpat@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5411-0403.

Çeviri Gönderim Tarihi: 20.11.2018.

Çeviri Kabul Tarihi: 28.03.2019.

gibi görünen başka yollar geliştirdik. Tolerans sahibi olmayan bir kişinin hakları varsayımında odak noktamız aleniyetten farklılığa doğru kaydı. Eğer bir grubun etnik kimliğini yüceltme hakkı varsa diğer tüm toplulukların da var. Eğer bir dinin yayılmasına izin veriliyorsa diğer tüm dinlere de bu iznin verilmesi gerekmektedir. Bu tartışmanın temelinde, henüz açıkça dile getirilmemiş başka bir hakkın ortaya çıkışıyla ilgili bir tartışma yatmaktadır. Bir Amerikan vatandaşı olarak aşağılanmama hakkına sahip miyim? Bir başka deyişle, davranışlarınız, tişörtünüz veya müziğiniz beni rencide ediyorsa davranışlarınıza son verme, elbiselerinizi değiştirme veya müzik setinizi kapatma hakkım var mı? Cevap, büyük ihtimalle “hayır”. İfade özgürlüğü hakkı, çoğu durumda aşağılanmama hakkına üstün gelmektedir ve bu ayırıcı özelliğe tekrar geri döneceğim.

Ve bu yüzden, “politik olarak doğru” kavramını açmamız gerekiyor. Aşağılama hakkına sahip olduklarını savunmak isteyenler ve hoşgörüyeye yönelik eleştirilere karşı çıkmak isteyenler bir ifadeyi kullanmaktan, espri yapmaktan veya politik bir görüşü desteklemekten mutluluk duyduklarını gururla ileri sürmektedirler. Çünkü “politik olarak doğru” olmakla ilgilenmemektedirler. Bu nedenle, kendilerini ve eylemlerini savunmaya zorlanmadan önce her ne yapıyorlarsa yapmaya muktedir olduklarının güveni içinde öyle de yapmaktadırlar. Bu politik doğruluk bir geri tepmedir, saygıya dayalı iyi işleyen bir yönetim şekli karşısında özgürlükçü toplum haklarının bir isyanıdır.

“Politik olarak doğru” kavramı, önemli bir hususu gözden kaçırdığı için hem tehlikeli hem yanıltıcıdır. “Politik olarak doğru” kavramı, toplumsal söylemin bağlamsal olduğu ve zaman içerisinde giderek genişleyen sorgulayıcı bir toplulukça oluşturulan ve düzeltilen kurallarca yönlendirilmiş olduğu gerçeğini göz ardı etmiştir. “Politik olarak yanlış olan” ifadeler aslında sürekli değişen ifadelerdir. Bunlar, kabul görmek için son bir hamle yapmaya yönelik ekstrem iddialardır. Bu ifadeler geçiş tamamlanır tamamlanmaz, belirli kullanım ve yerindelik kurallarına tâbi kılınır kılınmaz yasaklanmış alana dâhil olacaklardır.

Şöyle bir örnek düşünelim. Bir sınıfta olduğunuzu ve profesörün ders verdiğini gözünüzde canlandırın. Öğrencilerin tümü derse hazırlıklı gelmek ve derse yorumlarıyla katkıda bulunmak için çok çalışmışlar. Atmosfer, enerjik ve ciddi. Bir öğrenci, profesörün sorusuna cevap vermek için elini kaldırıyor. Erkek profesör, kız öğrenciye işaret ediyor ve diyor ki: “Hey sen güzel küçük şey, ne düşünüyorsun?”

Bu, iki nedenden ötürü şok edici bir senaryo. İlki, yarattığı zarar. Bu yorumu hiçbir şey ortadan kaldıramaz. Sınıftaki kadınların tümü olmasa da kadınların çoğu ve kendisine bu şekilde hitap edilen kadın dışlanmış, rahatsız ve saygısızlığa uğramış hissedecektir. Kız öğrenciler hocaya ve derse gönül koyacaklardır. Büyük bir olasılıkla derse katılmayacak veya derse en azından endişeyle katılacaklardır. Kız öğrencilerin eğitime erişimleri engellenecek ve onların eksikliği erkek öğrencilerin sınıfta aynı eğitimi almalarına da engel olacaktır. Birçok erkek tedirgin, hatta mahcup hissedecek, sınıftaki topluluk parçalanmış ve verimsiz olacaktır.

Bu davranışın şok edici olmasının ikinci bir nedeni, artık kolay kolay gerçekleşmiyor olması. Bu tutum, açık bir şekilde kötü eğitimin ve profesörün kötü karakterinin bir göstergesidir. Birkaç kişi şeytanın avukatlığını oynayarak bu profesörün davranışlarını herhangi bir sebep ileri sürerek destekleyeceklerdir. Oysa bir yarım yüzyıl önce bu yorum tamamen kabul edilebilirdi ve otuz sene öncesine kadar “politik olarak doğru” olarak telakki edilebilirdi (tabii ki bu ifade var olmuş olsaydı). Profesör, muhtemelen “Şey! Bazı insanların bu ifademi rencide edici bulabileceğini biliyorum fakat politik doğruluğa boyun eğmiyorum” iddiasında bulunabilirdi.

Neyse ki, eşitlerden oluşan bir sınıf kurmak için profesör ve öğrencilerin bu tip yorum yapmaktan kaçınmaları veya men edilmeleri gerektikleri zamanla netlik kazanmıştır. Bunu yapmanın açıkça iyi bir nedeni vardır. Çünkü bu belirli durumda aşagılanmama hakkı ifade özgürlüğüne üstün gelir. Neden? Çünkü bu bağlamda cinsiyetçi dil ve davranış öğrencilerin eğitime erişimlerini engeller. Cinsiyetçi bir sınıf, erkeklerden ve üstelik kötü karakterli erkeklerden oluşan bir sınıftır.

Mevcut atmosferde “politik olarak yanlış” söylemini ele almaksızın nefret söylemi ile ilgili bir tartışma yapılamayacağı için, öncelikle politik olarak doğru ifadesiyle ilgili bu noktalara değinmekteyim. Bu nedenle, nefret söyleminin daha ağır bir şekilde ihlal edilmesi noktasına gelmeden önce politik olarak yanlış ifadesinin güvenilirliğini sorgulamamız gerekmektedir. Birçok insan bir sinagogun kapısına gamalı haç çizmenin politik açıdan doğru olduğunu hiçbir zaman savunmayacaktır ve sadece çok az insan pencereye Nazi bayrağını asmakta haklı olduklarını iddia edecektir. Aslında bunun hakları olduğu ortaya çıksa bile hemen hemen herkes Nazi bayrağı asan kişiye ahlâksız, deli veya tabiri caizse aşağılık bir insan olarak gözüyle bakacaktır ve bu kişiden uzak durmak için ellerinden geleni yapacaktır. Oysa, çok daha fazla insan pencerelerine konfederasyon bayrağı asma ve politik olarak doğruluğun baskısına direnişlerini överken bunu meşrulaştırmak haklarının olduğunu iddia edecektir. Hatta daha fazla insan yerli Amerikalılar hakkında alenen, bir tişörtün üzerinde, bir üniversitenin sunucu servisinde veya bir sınıfta nahoş bir şey söyleme haklarının olduğunu iddia edecektir. Çünkü, ne yazık ki ve çeşitli nedenlerden ötürü, toplumsal söylem kuralları Kızılderililerin Yahudiler gibi aynı korumadan yararlanmalarını sağlayacak derecede gelişmedi. Açık söylemek gerekirse, B’nai Israel Sinagoguna geçen ay yapılan saldırı karşısında Grand Forks Herald’ın, Şehir Konseyinin, Belediye Başkanının ve Charles Kupchella’nın sessizliği Yahudilerin de yeterli derecede korunmadıklarını göstermektedir.

Buradaki görevimiz, tüm öğrencileri eşit saygı koruması altına alacak söylemsel normların gelişmesini sağlamaktır. Nefret söylemini engellemeye yönelik atılacak ilk adım, “politik olarak doğru” teriminin dikkati başka yöne çekmek için kullanılan bir terim olduğunun her şeyden önce farkına varılmasıdır. Bu terim, başka insanların duygularına saygı duymaya yönelik reddiyenin saklanması bir yoldur. Eşitliğe ve empatiye karşı bir ters etkidir.

Belki asıl önemli olan, nefret söyleminin engellenmesinin temelinde sözde “istediği gibi aşağılama hakkının” merkezinde bulunan özgürlükçü haklar kavramının modern politik toplumun ihtiyaçla-

rını karşılamada yetersiz kalan politik özgürlüğün yüzeysel bir tanımını olduğunu anlaşılmıştır.

Çağdaş Amerika'da birçok insan özgürlüğün, sonuçlarını göz önünde bulundurmaksızın istediğini yapabilme iktidarı anlamına geldiği inancıyla hareket etmektedir. Buradan hareketle, bir kişi kendi önceliklerini yerine getirdiğinde, seçimlerine göre hareket ettiğinde, her istediğini söylediğinde ve istediğini elde ettiğinde özgür addedilmektedir. John Stuart Mill'in felsefesine dayanan bu görüş, bireyin özgürlüğünün sadece başkasının özgürlüğünü engellediği noktaya kadar genişleyebileceği savını sürdürmektedir fakat Mill ve diğerleri bu çatışmayı hâlâ her iki bireyin özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak addetmektedirler: İlgili herkes istedikleri zaman istedikleri her şeyi yapamaz ve bu nedenle daha az özgürdür. Bu tip özgürlük, Isaiah Berlin'in negatif özgürlük veya "bir şeyden özgürlük" olarak adlandırdığı özgürlüktür. Bir kişi, sınırlamalarla veya şiddetle karşı karşıya kalmadığı sürece özgürdür.

Ancak Berlin bir başka kavramı ortaya koydu: Pozitif özgürlük veya bir şeye özgürlük. Bu özgürlük görüşüne göre bir kişi eğitim alma, sağlık hizmetlerine erişim ve mutlu olma özgürlüğüne sahip. Pozitif özgürlük, Berlin'in eleştirilerine rağmen çok önemlidir. Hem pozitif hem negatif özgürlüğe ihtiyacımız var. Bununla birlikte bireyler, pozitif özgürlük olmaksızın gerçeğin karşısında çaresiz kalacaklardır. Sadece negatif özgürlüğün olduğu aşağıdaki toplum örneğini gözünüzün önüne getirin. Kuzey Dakota'da bir çiftçi keten yetiştirmektedir. Aşırı vergi ödeme yükünden muaftır fakat para yardımı veya devlet yardımı almamaktadır. Ürünün pazar değeri faturalarının tümünü ödemek için yetersizdir ve kızı üniversiteye gitmek istemektedir. Ancak üniversite harcını ödemek için parası olmadığı gibi bu parayı sağlamak için başka gelir kaynakları da yoktur. Bu kız çocuğu gerçekten eğitim alma özgürlüğüne sahip mi? Elbette hayır. Hiç kimsenin bu kız çocuğunun okula gitmesini engellediği iddiası yersizdir. Yardımın yokluğu yeterince engel teşkil etmektedir.

Öğrenciler ve vatandaşlar olarak sıra arkadaşlarınızın her iki özgürlük türünü geliştirmekle yükümlüsünüz. Onlara engel olmak-

tan kaçınmalısınız fakat aynı zamanda meslektaşlarınızın eğitim alma özgürlüklerine saygı göstermek ve eğitim alma özgürlüklerini desteklemek zorundasınız. Nefret içeren davranışları ilerlettiğinizde yabancılaşmış ve parçalanmış bir ortama katkıda bulunduğunuz için kendinizin yanı sıra arkadaşlarınızın da eğitim alabilirliğinin önüne geçmektesiniz. Okul ortamında saygı duyma hakkı ve aşağılanmama hakkı ifade özgürlüğüne üstün gelir çünkü katılan herkese eşit eğitim olanağını vaat eden gönüllü bir cemiyetin parçasısınız. Ve “politik olarak yanlış” kavramının arkasına saklanırsanız sadece başkalarının haklarına engel olmazsınız, aynı zamanda bunu dürüst olmayan ve korkakça bir şekilde yaparsınız. Nefret dolu bir insan oluyorsunuzdur ve bunu kabul etme cesaretinden yoksunsunuzdur.

Bu, sınıf arkadaşlarınızla aynı fikirde olamayacağınız veya ihtilafli meseleleri tartışamayacağınız anlamına gelmiyor. Olgun bir insan, görüş farklılıklarıyla rencide olunmayacağını bilir. Saygılı bir şekilde tartışmanın kuralları vardır ve bunları şu ana değin öğrenmediyseniz bunların ne olduğunu sizlere öğretmek profesörlerin görevidir. Ancak eğitim hakkı bu özel ortamların dışında hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın özgürce konuşmak hakkına tamamıyla üstün gelir. İlk bakışta çelişkili gibi görünebilir fakat farklı konuşma ortamlarında farklı davranış kurallarının varlığı hepimizi daha az özgür yapmaktan daha ziyade daha fazla özgür yapar.

Elbette bunun hiçbiri, kendi özel alanınız olan evinizde arkadaşlarınız ve samimi dostlarınızla başkalarının özgürlüğünü ortadan kaldırmayacak bir ortamda istediğiniz her şeyi konuşmakta özgür olmadığınız fikrini vermemeli. Hatta böyle bir ortamda ırkçı, cinsiyetçi, homofobik Yahudi karşıtı sözler dile getirmek hakkınız olabilir. Böyle davranmak sizi hukuku ihlal eden bir insan yapmaz, sadece kötü bir insan yapar.