

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

C. 19 S. 1

Y. 2013

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Araştırmaları Dergisi**

ISSN - 2146-0590

C. 19 S. 1 Y. 2013

Sahibi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. M. Emin Artuk

Yazışma Adresi

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

Baskı:

ADALET YAYINEVİ
Cihan Sokak No: 16/B Sıhhiye / Ankara
Tel : (0 312) 231 17 00 – 231 17 94
www.adalet.com.tr – www.adaletyayinevi.com

Tüm hakları saklıdır.

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez.

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir.

***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.***

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM (Başkan)
Yrd. Doç. Dr. Mustafa ERKAN (Başkan Yardımcısı)
Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR (Başkan Yardımcısı)
Yrd. Doç. Dr. Hanife DOĞRUSÖZ KOŞUT
Yrd. Doç. Dr. Sabah ALTAY
Ar. Gör. Dr. Gediz KOCABAŞ
Ar. Gör. Dr. Gülşen GEDİK
Ar. Gör. Can Yalçın ARMUTCUOĞLU
Ar. Gör. Zafer İÇER

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Metin Feyzioğlu, *Ankara Üniversitesi (Ankara)*
Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları, *Başkent Üniversitesi (Ankara)*
Prof. Dr. Veli Özer Özbek, *Dokuz Eylül Üniversitesi (İzmir)*
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, *Akdeniz Üniversitesi, (Antalya)*
Prof. Dr. Feridun Yenisey, *Bahçeşehir Üniversitesi, (İstanbul)*
Prof. Dr. Ali Güzel, *Kadir Has Üniversitesi (İstanbul)*
Prof. Dr. Tankut Centel, *Koç Üniversitesi (İstanbul)*
Prof. Dr. Nur Centel, *Koç Üniversitesi (İstanbul)*
Prof. Dr. Bahri Öztürk, *Kültür Üniversitesi (İstanbul)*
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, *Yeditepe Üniversitesi (İstanbul)*
Yrd. Doç. Dr. Yusuf Yaşar, *(Başkan Yardımcısı)*

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

1. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi hakemli bir dergidir.
2. Dergi yılda en az iki sayı olarak yayımlanmaktadır.
3. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olmalıdır.
4. Dergiye gönderilen çalışmalar, yayın komisyonunun ön incelemesinden sonra, ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip üç hakem tarafından değerlendirilir. Denetim için görevlendirilen hakemlerin ikisi Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyelerinden, birisi ise Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında başka Hukuk Fakültesi Öğretim Üyelerinden belirlenir. Hakem görüşü doğrultusunda yazarlardan düzeltme yapmaları istenebilir. Yazılar olumlu iki hakem görüşü alındıktan sonra sıraya konularak yayımlanır. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir.
5. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine devredilir.
6. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
7. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini yayın kuruluna iletme zorundadır.
8. Dergiye gönderilecek makaleler, Türkçe ve İngilizce özet ile anahtar kelimeleri içermelidir.
9. Dergiye gönderilecek yazılar, “Office Word” programında, Times New Roman-12 punto; 1.5 aralıklı olarak, dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde yazılmalı, yazım ve dilbilgisi kurallarına uyulmuş olmalıdır.

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

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Araştırmaları Dergisi**

Cilt. 19

Sayı. 1

Yıl. 2013

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR

6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair
Kanun'un 18'inci Maddesinde Yer Alan "Seyirden Yasaklanma" İle
"Seyirden Yasaklama" Tedbirleri 3

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR - Işıl TURAN

Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları
Çerçevesinde Talep Üzerine Öldürme Suçu İle Ötanazi İlişkisi..... 39

Yrd. Doç. Dr. İsmail DURSUN

Yasama Sorumsuzluğunun Hakaret Suçu Bakımından
Değerlendirilmesi..... 73

Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL

Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması 99

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM

Ticarî İşletmelerin Ürün Kirası Sözleşmelerine Konu Teşkil Etmesi ve Bunun Benzer Hukuki İlişkiler İle Karşılaştırılması 131

Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM

Ticarî İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Kurulması ve İşletme Unsurları Üzerindeki Etkisi..... 167

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ

İflasta Takasa İtiraz Edilmesi Haline İlişkin Bir Alman Federal Mahkemesi Kararı..... 203

Öğr. Gör. Dr. Mehmet Halis KARAMAN

Kısmi Süreli İş Sözleşmesine Göre Çalışan İşçilerin 5510 Sayılı Kanun Kapsamında Sigortalılığı..... 211

Dr. K. Ali SONAT

Ana Babanın Eğitimi Devam Eden Ergin Çocuğa Karşı Nafaka Yükümlülüğü 235

Dr. Murat TOPUZ

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m. 448-460) 293

Dr. Gediz KOCABAŞ

Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean
Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler..... 357

Çev: Dr. G. Burcu GÜNVEREN

Roma Hukuku'nda Capitis Deminutio..... 393

Ar. Gör. Başak GÖRGEÇ

Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında
Değerlendirilmesi..... 403

Ar. Gör. Merve ACUN

Yabancılık Unsuru Taşıyan Finansal Kiralama (Leasing)
Sözleşmelerinde Yetkili Mahkeme 441

6222 SAYILI SPORDA ŞİDDET VE DÜZENSİZLİĞİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN'UN 18'İNCİ MADDESİNDE YER ALAN "SEYİRDEN YASAKLANMA" İLE "SEYİRDEN YASAKLAMA" TEDBİRLERİ

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR (*)

Özet

Bu çalışmamızda sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesini amaçlayan ve 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6222 Sayılı Kanun'un 18'inci maddesi detaylı biçimde incelenmiştir. Kanun koyucu 18'inci maddede hem "Seyirden yasaklanma" türünde bir güvenlik tedbiri hem de "seyirden yasaklama" türünde bir koruma tedbirine yer vermiştir.

Çalışmamızda "Seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbiri ile "seyirden yasaklama" türündeki koruma tedbirlerinin hangi hallerde ve ne suretle uygulanacağı, bu tedbirlerin kanun koyucunun amacını gerçekleştir-meye elverişli enstrümanlar olup olmadığı irdelenmiştir.

Çalışmada yer alan konular ayrıca, 17-18 Haziran 2013 tarihinde Gençlik ve Spor Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İşbirliği ile hazırlanan "Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Çalıştayı"nda tarafımdan bildiri olarak sunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Sporda Şiddet ve Düzensizlik, 6222 Sayılı Kanun, seyirden yasaklanma, güvenlik tedbiri, seyirden yasaklama, koruma tedbiri.

Absract

In this study, the prevention of violence in sport and the irregularity will be examined in accordance with the Article 18 of the Law No. 6222 came

(*) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

into force on 14.04.2011. The Legislator has issued a type of security measures (banned from watching), also issued a type of protective measures (ban from watching) in the Article 18.

In this study, a type of security measures (banned from watching) and a type of protective measures (ban from watching) will be examined in light of the following frame: These measures in what way will be implemented; Whether or not these measures in question are an effective way to achieving the goal of the legislator.

This paper has been presented in the “Workshop on the Prevention of Violence and Disorder in Sports” held in 17-18 June 2013 and organized by the Ministry of Youth and Sports, the Ministry of Interior in connection with the High Council of Judges and Prosecutors.

Key Words: *Violence and Disorder in Sports, Law No. 6222, banned from the watching, security measure, ban from watching, protective measure.*

I- Genel Olarak

Seyirden yasaklanma güvenlik tedbiri ile seyirden yasaklama koruma tedbiri, 14.4.2011 Tarihli ve 27905 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve yayın tarihi itibarıyla yürürlüğe giren, 6222 Sayılı Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un, “Seyirden yasaklanma” başlıklı 18’inci maddesinde bir arada düzenlenmiştir.

Benzer bir düzenleme 6222 Sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 5149 sayılı “Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun”un, Dördüncü Bölüm, Ceza Hükümleri, Spor Müsabakalarında Kullanılması Ve Taşınması Yasak Olan Maddeleri Kullanma Ve Taşıma başlıklı 18’nci maddesinde; Yasak Beyan Ve Demeç Verme başlıklı 21’nci maddesinde ve Spor Alanlarının Zarara Uğraması başlıklı 24’üncü maddesinde, yalnızca “spor müsabakalarını seyirden men” biçiminde yer almaktaydı.

6222 Sayılı Kanunda tanımlanarak yapılarak düzenlenen “spor müsabakalarını ve antrenmanlarını seyirden yasaklanma” bir güvenlik tedbiri olarak yalnızca 6222 sayılı kanununda yer alan suçlar ile bu kanun atfıyla uygulama alanı bulan bir kısım suçlar bakımından uygulanabilecektir.

Bunun yanında 6222 sayılı kanun 18/3'üncü fıkrasında ayrıca "spor müsabakalarını seyirden yasaklama" türünde bir koruma tedbirine de yer verilmiştir.

18/3'üncü maddede yer alan; "Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma başlatılması halinde şüpheli hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konulur" ifadesiyle seyirden yasaklama türündeki koruma tedbirinin yalnızca 6222 sayılı kanununda yer alan suçlar ile bu kanun atfıyla uygulama alanı bulan TCK'da yer alan kasten yaralama ve mala zarar verme suçları bakımından uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır.

Ancak istisna olarak 6222 sayılı kanunun "Şiddete neden olabilecek açıklamalar" başlıklı 22'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan; Sporda şiddeti teşvik edecek şekilde basın ve yayın yoluyla açıklama suretiyle işlenebilecek kabahatler bakımından aynı Kanunun 22/3'ncü maddesi gereğince idari tedbir olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı verilebileceği kabul edilmiştir. Fakat bu halde ilgili hakkında 18'nci maddenin 8'inci fıkra hükmü uygulanmayacaktır.

22/3'nci maddede yer alan düzenlemeye göre; Bu kanunda düzenlenmiş kabahatlere ilişkin ancak kabahatler kanunda yer alamayan, fakat 6222 sayılı kanunla öngörülen bir yaptırım çeşidi düzenlendiği ortaya çıkmaktadır. Bu halde de idari yaptırım türünden spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı verilecektir.

Bu çalışmamızda 6222 sayılı kanunun 18'nci maddesi esas alınarak, bu madde ile düzenlenmiş "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbiri ve "seyirden yasaklama" koruma türü (istisna olarak 22/3'ncü maddede yer alan idari yaptırım türü)nün hangi hallerde ve ne suretle uygulanacağı ortaya konacaktır.

II- Kavram

6222 sayılı kanunun 18'nci maddesinde yer alan "seyir" sözlük anlamı itibarıyla;Eğlenmek için bakma, hoşlanarak bakma, temaşa, Bakıp eğlenecek şey, eğlendirici durum¹; izleme sözlük anlamı itibarıyla, izlemek işi, takip²;

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bb343e31b197.71674337

izlemek ise, Bir olayın gelişimini gözden geçirmek, eğlenmek, görmek, öğrenmek için bakmak, seyretmek, Gözlemek, incelemek Herhangi bir olayla ilgilenmek³ anlamına gelmektedir.

Yine kanunda geçen, spor müsabakası, spor faaliyeti amaçlı ve bu kapsamdaki yarışmaları, antrenman ise spor amacıyla çalışmak, alıştırmayı yapmayı ifade eder⁴.

Bu tanımlara göre ve 6222 Sayılı Kanununda yer alan düzenlemeler bir bütün olarak dikkate alındığında “seyirden yasaklanma” deyimini; Spor müsabakaları ve antrenmanlarını, takip etme, gözlemeleme, inceleme ve/veya eğlenme ve görme amacıyla bakma hakkından bir kimsenin mahrum bırakılmasını ifade eder.

“Seyirden yasaklama” deyiminden ise, spor müsabakaları ve antrenmanlarını, takip etme, gözlemeleme, inceleme ve/veya eğlenme ve görme amacıyla bakma hakkından bir kişiyi engelleme, men etme anlaşılır.

Kanun koyucu 6222 sayılı kanunun 18’inci maddesinde yer alan “seyirden yasaklanma” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini, kanunda yer alan tanımların anlamlarının yer aldığı 3’ncü madde düzenlenmemiş, bizatihi ilgili madde olan 18’inci maddenin 1’inci fıkrasının 2’nci cümlesinde düzenlenmiştir.

Seyirden yasaklanma tanımına göre, bu ifadeden; Sportif müsabakaların ve antrenmanların izlenmesi amacıyla bu faaliyetlerin icra edildiği spor alanlarına kişi/kişilerin girişinin yasaklanması, anlaşılması gerekir.

18’nci maddeye göre hakkında Seyirden yasaklanma kararı karar verilen kişi, müsabakaların ve/veya antrenmanların yapıldığı “spor alanlarına” giremeyecektir. Madde metninde yer alan “spor alanları” kapsamına nerelerin dâhil olduğu, hangi yerlerin spor alanı olarak kabul edildiği yine 6222 sayılı Kanunun tanımlar başlıklı 3’üncü maddesinin (g) bendinde tanımlanmıştır.

Buna göre spor alanları; Spor müsabakalarının veya antrenmanların gerçekleştirildiği alanlar ile seyircilere ait seyir alanları, sporculara ait so-

² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bb3744273225.96375019

³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bb3750065d08.76646253

⁴ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=antrenman%20yapmak&cesit=1&guid=TDK.GTS.51bc507bd9b839.38423105

yunma odası ve bu Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanları kapsamaktadır.

Bunun yanında Kanun koyucu 6222 sayılı Kanunun tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinde, sportif faaliyetlerin icra edildiği yerlerden "spor alanları" ile "müsabaka alanları"nın birbirinden farklı alanlar olduğunu belirtmiştir. Her ne kadar müsabaka alanlarının, aynı zamanda spor alanları dâhilinde yer aldığı, diğer bir anlatımla spor alanlarının müsabaka alanlarını da kapsadığı kabul edilse de Kanun koyucu bu alanlarının birbirinden farklı alanlar olduğunu kabul etmiştir.

6222 sayılı Kanunun tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinin (f) bendine göre müsabaka alanı, "Spor müsabakasının yapılmasına tahsis edilen alan" dır.

Gerek spor alanlarının ve gerekse müsabaka alanlarının kamuya tahsis edilmiş olması gerekmektedir⁵. Bu yönüyle kamuya açık olmayan veya özel kişiler ait ve özel olarak özel kişilerin spor yaptıkları alanlar, görünüşte spor alanları olsa da 6222 sayılı Kanunun kapsamında tanımlanmış spor alanları olarak kabul edilmeyecektir.

Fakat ilgili federasyon tarafından düzenlenmiş veya düzenlenmesine izin verilmiş ya da katkı da bulunmuş sportif karşılaşma ya da yarışma özel kişilere ait olan alanlarda icra edilecek/edilmiş ise bu alanların da müsabaka alanı olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.

III- 6222 Sayılı Kanunun 18/1'inci Maddesinde Yer Alan "Seyirden Yasaklanma" Tedbiri

Müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla güden Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair 6222 sayılı Kanunun 18 maddesinde "Seyirden Yasaklanma" tedbirine dair hüküm yer almaktadır.

18/1'inci maddeye göre;

"Kişinin, bu Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı mahkemece kurulan hükümde, hakkında güven-

⁵ Donay Süheyl, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi ve Şike ve Teşvik Primi, 2. ve Güncellenmiş Bası, İstanbul 2012, s.84.

lik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanmasına karar verilir. Seyirden yasaklanma ibaresinden kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişinin yasaklanması anlaşılır.”

Diğer bir ifadeyle; Yalnızca izleme amacıyla sportif müsabakaları ve/veya antrenmanların yapıldığı alanlara gelen kimselerin, bu alanlara girmelerinin engellenmesine dair verilen karar “seyirden yasaklanma”dır.

A- “Seyirden Yasaklanma” Tedbirinin Hukuki Niteliği

6222 Sy. Kan. 18’inci maddesinde yer alan “seyirden yasaklanma” bir güvenlik tedbirimi yoksa koruma tedbirimi, ya da nev’i şahsına münhasır kanundan kaynaklanan yeni bir tedbir çeşidi midir?

Güvenlik tedbirleri işlenen suç dolayısıyla failin hem kendisi hem toplum bakımından ortaya koyduğu tehlikeli hal nedeniyle, yeniden suç işlenmesine engel olmak için, tehlikelik haliyle orantılı olmak üzere sosyal savunma amacına yönelik olarak uygulanan bir ceza hukuku yaptırım türüdür⁶.

Güvenlik tedbirleri işlenen suç dolayısıyla mahkeme tarafından hükmolunan bir ceza hukuku yaptırım türü olması sebebiyle, öncelikle hakkında güvenlik tedbirine hükmolunacak kişi tarafından işlenmiş bir suçun bulunması gerekir⁷.

Diğer bir ifadeyle henüz suç işlememiş bir kimse hakkında güvenlik tedbirine hükmolunmaz.

1982 Anayasasının 38’nci, TCK’nun 2’inci maddesinde açıkça düzenlendiği üzere; Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimse hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacağı gibi kanunda yazılı güvenlik tedbirlerinden başka bir güvenlik tedbirine de hükmolunamaz.

Bu yönüyle güvenlik tedbirleri bakımından kanunilik ilkesi geçerlidir. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilemeyeceği gibi güvenlik ted-

⁶ Artuk M. Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Ankara 2013, s.849 vd.; İçel Kayıhan / Sokollu-Akıncı Füsün / Özgenç İzzet / Sözüer Adem / Mahmutoğlu Fatih S. / Ünver Yener, *İçel Yaptırım Teorisi*, 2. Bası İstanbul 2002, s.116 v.d; Centel Nur / Zafer Hamide / Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Dördüncü bası, İstanbul 2006, s.721 vd.; Koca Mahmut / Üzülmüş İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2.Bası, Ankara 2009, s.518; Demirbaş Timur, *İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 533 v.d; Öztürk Bahri / Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 11.Baskı Ankara 2011, s.404.

⁷ Centel /Zafer/ Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s.722.

birleri de ihdas edilemez. Güvenlik tedbirlerine suç teşkil eden bir eylem karşılığında kanunda yer alan belli hal ve durumlara göre karar verilebilir. Kanunda yer almayan bir güvenlik tedbirine hükmedilemeyeceği gibi bu tür bir tedbir uygulama alanı bulamaz⁸.

Güvenlik tedbirleri, 5237 sayılı TCK'nun Birinci Kitap, Genel Hükümler, Üçüncü Kısım yaptırımlar, İkinci Bölüm Güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununda yer alan düzenlemeye göre güvenlik tedbirleri, kusur yeteneği olmayan kimselere ceza nitelikli yaptırım uygulanamaması sebebiyle hükmedilen tedbir nitelikli yaptırımlardır. Bunun yanında güvenlik tedbirleri ceza sorumluluğuna sahip olan kimseler bakımından ceza ile birlikte tehlikelilik haliyle bağlantı olarak uygulama alanı bulabilen bir yaptırım türüdür⁹.

Türk Ceza Kanunu'nun 53 ila 60'ncü maddeleri arasında düzenlenmiş güvenlik tedbirleri: "m. 53, Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma", "m. 54, eşya müsaderesi", "m. 55, kazanç müsaderesi", "m. 56, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri", "m. 57, akıl hastalarına özgü güvenli tedbirleri", "m. 58, suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlular" bakımından uygulanacak tedbirler, "m. 59, sınır dışı edilme" ve "m. 60 tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri"nden ibarettir.

Türk Ceza Kanunu'nun 53 ila 60'ncü maddeleri arasında düzenlenmiş sınırlı sayıdaki güvenlik tedbirleri dışında da, kanunilik ilkesine uygun olmak koşuluyla kanunla, suçlar ihdas edilebileceği gibi güvenlik tedbirleri de kabul edilebilir.

Kanunla düzenlenen güvenlik tedbirlerine ve türüne ancak hâkim tarafından karar verebilir¹⁰.

Güvenlik tedbirlerine ilişkin bu açıklamalar kapsamında; 6222 Sy. Kan.'un 18/1'inci maddesinde yer alan "seyirden yasaklanma" türündeki tedbirin bir güvenlik tedbiri olduğu konusunda kuşku bulunamamaktadır.

Bu yönüyle "seyirden yasaklanma" tedbirinin, Türk Ceza Kanununda yer almayan ancak 6222 sayılı Kanunla kabul edilmiş bir güvenlik tedbiri türü olarak düzenlendiği açıktır.

⁸ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.908, 909.

⁹ Koca / Üzülmöz, s.519.

¹⁰ Daha fazla bilgi için bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.909 v.d.

Nitekim kanun koyucu, 18/1’nci maddede, 6222 sayılı Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı “seyirden yasaklanma” kararına karar verecek olan merciin mutlaka hâkim veya mahkeme olacağını, suça ilişkin kovuşturma yapan mahkemece kurulan hükümle birlikte karar verileceği ibaresiyle kabul etmiştir.

B- Seyirden Yasaklanmayı Gerektiren Suçlar

6222 Sayılı Kanunun 18’nci maddesinin birinci fıkrasına göre “seyirden yasaklanma” türündeki güvenlik tedbirini; Bu Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı hükmedilebilecektir¹¹. Anılan ifadenin tabii sonucu olarak, 6222 sayılı kanunda tanımlanmamış ve bu kanunla atıf yapılmamış suçlardan dolayı bir kimse hakkında “seyirden yasaklanma” türündeki güvenlik tedbirine hükmedilemeyecektir.

Diğer bir anlatımla seyirden yasaklanma türündeki güvenlik tedbirine ancak ve ancak 6222 Sayılı Kanunun 18/1’inci maddesinde sınırlı olarak belirtilen suçlardan dolayı hükmedilir.

Belirtilen suçlardan dolayı hâkim veya mahkemenin “seyirden yasaklanma” güvenlik tedbirine hükmedip hükmetmemesi hususunda bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Koşulları mevcut olduğunda hükümle birlikte “seyirden yasaklanma”ya ilişkin güvenlik tedbirine de karar verilecektir.

Belirtmek gerekir ki; 6222 sayılı Kanunun 18’inci maddesine göre “seyirden yasaklanma” güvenlik tedbiri yalnızca işlenmiş suçlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. İşlenen suçun tamamlanması veya teşebbüs halinde kalmasının uygulanacak seyirden yasaklanma güvenlik tedbiri bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

Güvenlik tedbiri olarak hükümlenilecek “seyirden yasaklanma” yalnızca 6222 sayılı Kanunda yer alan ve/veya bu kanun atfıyla yollamada bulunulan suçlar bakımından uygulanacağı nedeniyle aynı Kanunda yer alan kabahat nevindeki fiiller bakımından kural olarak “seyirden yasaklanma” kararı verilemeyecektir.

Nitekim Şike ve Teşvik primi başlıklı 11’nci maddede yer alan şike ve teşvik primi suçu aynı Kanunun 11/7’nci maddesinde;

¹¹ Daha fazla bilgi için bkz. **Özen Mustafa, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Yer Alan Suçlar ve Yaptırımları**, Ankara 2013, s. 1v.d.; **Gülşen Recep, Spor Hukuku**, Ankara 2012, s. 193 v.d.

Suçun spor kulüplerinin veya sair bir tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, ayrıca bunlara, yüzbin Türk Lirasından az olamayacak biçimde şike veya teşvik primi miktarı kadar idari para cezası uygulanacağı öngörmek suretiyle şike ve teşvik priminin spor kulüplerinin veya sair bir tüzel kişinin yararına işlenmesi kabahat nevinden fiil olarak kabul edilmiştir.

Benzer biçimde;

Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi başlıklı 21'inci maddenin birinci fıkrasında; Spor kulüplerinin müsabakalarda özel güvenlik görevlisi bulundurma yükümlülüğüne aykırı hareket etme fiili;

21/2'nci maddesiyle atfıyla aynı Kanunun 5'nci maddesinin 4'ncü fıkrasında yer alan; Spor müsabakalarının yapıldığı alanlara girişi sağlayacak biletler, elektronik sistem üzerinden oluşturma, bilet satın almak isteyen kişilerle ilgili olarak, üzerinde adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ve fotoğrafı olan bir elektronik kart oluşturma, kişinin yabancı olması halinde kart üzerinde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası yerine uyruğu olduğu devletin adı ile Türkiye'ye giriş yaptığı pasaportun seri numarası kaydetme, bilet satışları kişilere özgü elektronik kart üzerinden yapma, Spor müsabakalarına, kişinin ancak adına düzenlenen elektronik kart ile izleyici olarak girebilme, spor müsabakasına izleyici olarak girecek kişilerin kontrolünü ev sahibi kulübün yapma, bu yükümlülüğün ev sahibi olmayan müsabakalarda, müsabakaya katılan her iki kulübün, milli müsabakalarda ise, ilgili federasyon tarafından yerine getirme yükümlülüklerine aykırı davranışlar;

5'inci maddenin 5'inci fıkrasında yer alan; Spor alanlarında, güvenliğin sağlanması ve bu Kanuna aykırı davranışların tespiti amacıyla, gerekli teknik donanımlar kurma yükümlülüğüne aykırı davranışlar;

5'inci maddenin 7'nci fıkrasında yer alan; Futbolda en üst profesyonel lig ve bir altındaki ligde bulunan kulüplerin müsabakalarının yapıldığı spor alanlarında; bu Kanunda sayılan diğer spor branşlarında ise uluslararası spor müsabakalarının yapıldığı spor alanlarında ev sahibi ve misafir takım için ayrı ayrı olmak ve gerektiğinde kullanılmak üzere azami yirmi kişi kapasiteli en az iki tane bekletme odası ile genel kolluk görevlileri ile özel güvenlik görevlilerinin kullanımına açık tutulacak güvenlik kameraları ve anons sistemlerinin yönetildiği yeteri kadar kontrol odasının oluşturulması, kayıt altına alınan görüntü ve dokümanların birer örneğinin, müsabakanın sonunda

ilgili spor güvenlik birimine, federasyona ve her iki kulüp temsilcisine verme yükümlülüğüne aykırı davranışlar;

21'inci maddenin 3'üncü fıkrasında yer alan; Elektronik bilet uygulamasına geçilmemiş spor alanlarına, profesyonel futbol kulüplerinin müsabakaları ile ilgili olarak, biletsiz veya kapasiteden fazla seyirci alınması fiili;

Kabahat nevinden fiiller olarak kabul edilmiştir.

Dolayısıyla yukarıda sayılan ve 6222 sayılı kanunda yer almış kabahat nevinden fiiller bakımından seyirden yasaklanma içerikli güvenlik tedbirine karar verilemeyecektir.

Bu nedenle öncelikle 18/1'nci maddede yer alan “seyirden yasaklanma” güvenlik tedbirinin uygulamasına olanak sağlayan suçların belirtilmesi gerekir.

1- 6222 Sayılı Kanunda Yer Alan, Tanımlanmış Suçlar

a- 11'inci maddede yer alan Şike ve Teşvik Pirimi suçu

b- Spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması başlıklı 13'üncü maddenin 2'nci fıkrasına göre; Esasen bulundurulması suç oluşturmamakla beraber 12'nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamına giren kesici, ezici, bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri spor alanlarına sokma suçu;

c- Spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması başlıklı 13'üncü maddenin 3'üncü fıkrasına göre; 12'nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamına giren kesici, ezici, bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri seyircilere temin etmek amacıyla spor alanına sokma veya spor alanında seyircilere temin etme suçu;

d- Spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması başlıklı 13'üncü maddenin 4'üncü fıkrasına göre; 12'nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamına giren kesici, ezici, bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddeleri spor alanında kullanma suretiyle müsabaka düzenini bozma suçu; (Fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde)

e- Spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması başlıklı 13'üncü maddenin 5'inci fıkrasına göre; 12'nci maddenin

1'nci fıkrasının "b" bendi kapsamına giren alet ve maddelerin dışında kalan; Spor alanına sokulması yasak olmayan maddeleri kullanarak müsabaka düzeninin bozulmasına sebebiyet verme suçu; (Fiil daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde)

f- Spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması başlıklı 13'üncü maddenin 6'ncı fıkrasına göre; 12'nci maddenin birinci fıkrasının (c) bendi hükümlerine aykırı olarak spor alanlarına müsabaka sırasında uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkollü içecek sokma suçu; (Fiil daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde)

g- Hakaret içeren tezahürat başlıklı 14'üncü maddenin birinci fıkrasına göre; Spor alanlarında veya çevresinde taraftarların grup halinde veya münferiden belirli bir kişiyi hedef veya muhatap alıp almadığına bakılmaksızın duyan veya gören kişiler tarafından hakaret olarak algılanacak tarzda aleni olarak söz ve davranışlarda bulunma suçu; (Fiil daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde)

h- Hakaret içeren tezahürat başlıklı 14'üncü maddenin 2'nci fıkrasına göre; Spor alanlarında veya çevresinde toplum kesimlerini din, dil, ırk, etnik köken, cinsiyet veya mezhep farkı gözeterek hakaret oluşturan söz ve davranışlarda bulunma suçu; (Fiil daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde)

ı- Spor alanlarına usulsüz seyirci girişi başlıklı 15'inci maddenin birinci fıkrasına göre; Bu Kanun hükümlerine göre temin edilmiş bileti olmaksızın spor müsabakalarını izlemek amacıyla spor alanlarına girme suçu;

i- Spor alanlarına usulsüz seyirci girişi başlıklı 15'inci maddenin 2'nci fıkrasına göre; Spor alanlarına spor müsabakalarını izlemek amacıyla bu Kanun hükümlerine aykırı olarak seyirci kabul eden veya kabul edilmesini sağlama suçu;

j- Spor alanlarına usulsüz seyirci girişi başlıklı 15'inci maddenin 4'üncü fıkrasına göre; Kendisine ait elektronik kartı bir başkasının spor müsabakasına seyirci olarak girmesini sağlamak amacıyla kullandırma suçu;

k- Spor alanlarına usulsüz seyirci girişi başlıklı 15'inci maddenin 5'inci fıkrası birinci cümlesine göre; Spor müsabakalarına seyirci olarak girişi sağlamak amacıyla elektronik kartı yetkisiz olarak üretme, satma, satışa arz, devretme, satın alma, kabul etme veya bulundurma suçu;

l- Spor alanlarına usulsüz seyirci girişi başlıklı 15'inci maddenin 5'inci fıkrası ikinci cümlesine göre; yetkisiz olarak üretilmiş, satılmış, satışa arz edilmiş, devredilmiş, satın alınmış, kabul edilmiş, Spor müsabakalarına seyirci olarak girişi sağlayan elektronik kartı kendi kullanımı için kabul etme ve bulundurma suçu;

m- Yasak alanlara girme başlıklı 16'ncı maddenin birinci fıkrasına göre; Müsabaka için seyircilerin kabulüne başlanmasından itibaren müsabaka sonrası tamamen tahliyesine kadarki zaman zarfında yetkisiz olarak müsabaka alanına, soyunma odalarına, odaların koridorlarına, sporcu çıkış tünellerine girme suçu;

n- Yasak alanlara girme başlıklı 16'ncı maddenin 2'nci fıkrasına göre; Müsabaka için seyircilerin kabulüne başlanmasından itibaren müsabaka sonrası tamamen tahliyesine kadarki zaman zarfında yetkisiz olarak müsabaka alanına, soyunma odalarına, odaların koridorlarına, sporcu çıkış tünellerine girme sonucu müsabakanın seyrini veya güvenliğini bozma suçu;

o- Seyirden yasaklanma başlıklı 18'inci maddenin 9'uncu fıkrasına göre; Spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişinin, yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmama suçu;

2- 6222 Sayılı Kanununla Yollama Yapılan Kanunlarda Yer Alan Suçlar

a-Spor alanlarına yasak madde sokulması ve müsabaka düzeninin bozulması başlıklı 13'üncü madde yer alan hüküm gereğince; Bulundurulması esasen suç oluşturan silahların spor alanlarına sokulması halinde kişi hakkında, 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesi hükümleri uygulanacaktır.

b- Spor alanlarında taşkınlık yapılması ve tesislere zarar verilmesi başlıklı 17'nci maddenin birinci fıkrasında yer alan hüküm gereğince; Spor alanlarında kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmaksızın 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 86, 87, 88'nci maddeleri;

c- Spor alanlarında, mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmaksızın 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 151'inci maddesi hükümleri uygulanacaktır.

6222 Sayılı Kanunun 17/1'nci maddesinin son cümlesine göre; Spor alanları ve bu alanlardaki eşya, kamu malı hükmünde kabul edilmiş olması sebebiyle ilgililer hakkında mala zarar verme suçunun nitelikli hallerinden TCK 152/1-a maddesi;

Mala zarar verme suçunun yakma suretiyle veya yakıcı veya patlayıcı madde kullanmak suretiyle işlenmesi halinde TCK 152/2-a maddesi uygulanacaktır.

C- Spor Alanları Dışına İşlenen Suçlar Bakımından "Seyirden Yasaklanma" Tedbirinin Uygulanacağı Haller

Kanun koyucu 6222 Sayılı Kanunun, 18'inci maddenin 2'nci fıkrasında; taraftar gruplarınca spor alanlarının dışında işlenen kasten yaralama, hakaret içeren tezahürat ve mala zarar verme suçları bakımından da birinci fıkrada yer alan seyirden yasaklanma türündeki güvenlik tedbirine hükümlenacağı belirtilmiştir.

Bu düzenlemeye göre;

6222 sayılı Kanun 14'üncü maddede yer alan hakaret içeren tezahürat ve yollamada bulunulan TCK 86, 87, 88'nci maddelerinde yer alan kasten yaralama, TCK 151'inci maddede yer alan mala zarar verme suçları taraftar gruplarınca, spor alanlarının dışında işlenmesi halinde de ilgililer hakkında "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbirine hükmedilmesi zorunludur.

Taraftar kavram olarak, sporcunun veya sporcuların temsil ettikleri renklere, kulübe veya bayrağa bağlı kimseyi¹² ifade eder. Grup ise, Görüşleri, çıkarları bir olan kimseler bütünü, ekibi¹³ ifade eder.

6222 Sayılı Kanunun Tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinde "taraftar grubunun" ne anlama geldiği belirtilmemiştir.

Sözlük anlamını dikkate alarak, bir takımın veya sporcunun taraftarlarından, kendine has farklı özellikleriyle öne çıkarak ayrışan ve birden çok kişiden oluşan ekiptir.

¹² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bc8d0fb7f4e6.09207434

¹³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bc8d1846fd53.13010766

Örneğin “**Çarşı**”, Beşiktaş Jimnastik Kulübünün taraftarlarından oluşan belli bir grubun ismidir. 1982 yılında kurulan Çarşı grubu, futbol maçlarını ağırlıklı olarak Kapalı Tribünde izler. En bilinen sloganları “Çarşı her şeye karşı!” ve “Evdeki hesap Çarşıya uymaz”dır¹⁴.

Bahsi geçen taraftar grubu diğer taraftarlardan ya da taraftar gruplarından ilginç bir bileşen olmasıyla ayrılmakta, maçlarda takındığı tavırlar, açtığı pankartlar, dile getirdiği tezahüratlarla farklı bir taraftar profili ortaya koyma suretiyle kendini kamuoyuna kabul ettirmiştir¹⁵.

18/2’nci maddenin uygulanması bakımından ortaya çıkan en büyük sorun;

Taraftar gruplarının spor alanları dışında işledikleri, 6222 sayılı Kanun 14’üncü maddede yer alan hakaret içeren tezahürat ve yollamada bulunulan TCK 86, 87, 88’nci maddelerinde yer alan kasten yaralama, TCK 151’inci maddede yer alan mala zarar verme suçlarının tümü bakımından mı kişiler hakkında “seyirden yasaklanma” türündeki güvenlik tedbirine hükmedilecektir.

Diğer bir anlatımla taraftar gruplarınca işlenen kasten yaralama, hakaret içeren tezahürat ve mala zarar verme suçlarının işlendiği yer bakımından bir sınırlama öngörülüp mü yoksa öngörülmemiş midir?

Madde metninde yer alan “spor alanları dışı” nereleri kapsar? Her yer spor alanı dışı mıdır?

Bu sorulara kesin bir yanıt vermek olanaksız gibi görünmekte ise de; Kanunun amacı, madde gerekçeleri dikkate alınarak ve 6222 sayılı kanun bir bütün olarak ele alınarak yanıtlanabilir.

18’inci maddenin gerekçesinde; İkinci fıkrada, bu madde hükümlerinin taraftar gruplarınca spor alanlarının dışında işlenen kasten yaralama, hakaret, çirkin tezahürat ve mala zarar verme suçları bakımından uygulanacağı belirtilmiştir. Madde hükmünün uygulanması açısından bu fıkrada belirtilen suçların spor alanlarının içerisinde, çevresinde veya herhangi başka bir yerde işlenmesinin bir önemi bulunmamaktadır.

Kanunun amaç ve kapsam maddeleri dikkate alındığında taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yer ve mekânlarda veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında işlenen suçlar bakımından bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

¹⁴ http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ar%C5%9F%C4%B1_%28taraftar_grubu%29

¹⁵ http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ar%C5%9F%C4%B1_%28taraftar_grubu%29

6222 sayılı kanunun amacı kanunun 1'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Bu Kanunun amacı; müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplara halinde buldukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesidir.

6222 sayılı kanunun kapsamının yer aldığı 22'nci maddenin gerekçesinde; Kanun kapsamının geniş olarak düzenlendiğini, bu kapsamda sadece müsabaka anında ve müsabaka alanında gerçekleştirilen şiddet ve düzensizlik eylemleri olarak değil, aynı zamanda müsabaka öncesinde, esnasında ve sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, tarafların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yer ve mekânlarda veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında gerçekleştirilen taraftar eylemlerinin girdiği belirtilmiştir.

Kanunun amaç ve kapsamından ve ilgili madde gerekçelerinden çıkan sonuca göre;

Spor müsabakasıyla ilgisi olmak kaydıyla, müsabaka anında, öncesinde ve sonrasında, spor alanların çevresi dâhil, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplara halinde buldukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında taraftar gruplarınca işlenen kasten yaralama, hakaret, çirkin tezahürat ve mala zarar verme suçları bakımından "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbirine de karar verilecektir.

Belirtilen alanların dışında, taraftar gruplarınca spor müsabakası ile ilgisi¹⁶ ve hiçbir bağlantısı olmayan yer ve zamanlarda işlenen kasten yaralama, hakaret, çirkin tezahürat ve mala zarar verme suçları bakımından ise "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbirine de karar verilemeyecektir.

D- Hakkında "Seyirden Yasaklanma" Tedbiri Kararı Verilebilecek Kişiler

6222 Sayılı Kanunun, 18/1'inci maddesine göre; Bu Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı, kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişi, mahkemece kurulan hükümlerle, güvenlik tedbiri olarak yasaklanır.

Diğer bir anlatımla hakkında seyirden yasaklanma kararı verilen kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişi, bu karar kapsamında engellenecektir.

¹⁶ Donay, s.143.

Seyirden yasaklanma kararının uygulanacağı yer müsabaka veya antrenmanların yapıldığı “spor alanlarıdır”.

Spor alanı, Kanunun Tanımlar başlıklı 32nci maddesinin (g) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre Spor alanı: Spor müsabakalarının veya antrenmanların gerçekleştirildiği alanlar ile seyircilere ait seyir alanları, sporculara ait soyunma odası ve bu Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanları ifade eder.

Kimler hakkında “seyirden yasaklanma” kararı verilebilir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun koyucu yalnızca “izleme amacıyla” müsabaka ve/veya antrenman alanlarına gelen kimselerin kişi/kişilerin bu alanlara girişlerinin “seyirden yasaklama” suretiyle engellenebileceğini belirtmiştir.

İzleme amacı gütmeyen kişiler hakkında seyirden yasaklama kararı verilebileceğine dair kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır.

“Seyirden yasaklanma” deyiminden, spor müsabakaları ve antrenmanlarını, takip etme, gözlemlenme, inceleme ve/veya eğlenme ve görme amacıyla bakma hakkından bir kişinin engellenmesi, men edilmesinin anlaşılacağı kavram bahsinde belirtmiştik.

Kanun metninde yer alan tanım kapsamına girmeyen örneğin, müsabaka veya antrenman alanlarında bulunan kimselere satış yapmak amacıyla gelen kişiler veya bu alanların temizlik işlerini yapan kimseler hakkında, izleme amacı güttüğünü ortaya koyan kesin veriler olmadıkça “seyirden yasaklanma” kararı verilemeyecektir.

Benzer biçimde bizatihi müsabakada sporcu ve/veya görevli sıfatıyla katılan çalıştırıcı, sporcu, hakem ve diğer görevliler hakkında seyirden yasaklama kararı verilip verilemeyeceği hususu bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Müsabakaya veya antrenmana aktif olarak katılan bir sporcu hakkında güvenlik tedbiri olarak “seyirden yasaklanma”ya karar verilip verilemeyeceği, kararın verilmesi halinde bu sporcunun mesleki faaliyeti olan müsabaka ve antrenmana çıkmak amacı ile spor sahasına girip girmeyeceği hususunun da tartışmalı olduğu açıktır¹⁷.

¹⁷ Köse Hüseyin Alpay, “Seyirden Yasaklanma Tedbiri Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, <http://www.sporhukuku.org.tr/dosyalar/makale-alpay-seyirden-yasaklama.pdf>; Orhan Ümit, “6222 Sayılı Kanun’un “Spor Alanlarında Taşkınlık Yapılması ve Te-

Kanun koyucu 6222 Sayılı Kanunla ve özellikle 18'inci maddede yer alan düzenlemeyle; Sporda şiddete yol açan kişilerin bir süre spor sahalarından uzak kalmasını, bu suretle sporun ve sportif faaliyetlerin şiddet hareketlerine zemin teşkil etmesini önlemeyi ve sportif faaliyetlerin şiddete maruz kalmadan sürdürülebilmesini amaçlamıştır.

Sporcuların bir müsabakada aktif olarak yer almaları, bir hakkın kullanımını kapsamında mesleğinin icrasıdır. Benzer biçimde müsabakada veya antrenmanda görev yapan hakem, çalıştırıcı, teknik heyet ve diğer spor alanında çalışan görevlilerde bir meslek icra etmektedirler.

Bu kapsamda olan kimselerin müsabakalara ve antrenmanlar "seyir" amacıyla değil aktif olarak müsabakada veya antrenmanda görev yapmak için bulunmaları nedeniyle, seyirciler ayrılan bölümlerde yer alamamaları kaydıyla¹⁸, bu kimseler hakkında "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbirine karar verilemeyecektir.

Fakat belirtilen kimseler, sporcu ve /veya diğer sıfatlara sahip olsalar dahi, müsabakada veya antrenmanda aktif görev almadan yalnızca izleme amacıyla katılmalarının önlenmesi için haklarında pekâlâ seyirden yasaklanma türündeki güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir.

IV- 6222 Sayılı Kanunun 18/3'üncü Maddesinde Yer Alan "Seyirden Yasaklama" Tedbiri ve Hukuki Niteliği

6222 Sayılı Kanunun 18'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında "seyirden yasaklama" tedbirinin uygulanmasını düzenlemiştir. Buna göre; "Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma başlatılması halinde şüpheli hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konulur."

Aynı maddenin 4'ncü ve 5'inci fıkralarının ilk cümlesinde koruma tedbiri olarak uygulanan seyirden yasaklama kararından bahsedilmiştir.

Bu yönüyle Kanun Koyucunun, 18/3'ncü maddede yer alan düzenlemeyle 6222 sayılı kanunda yer alan suçlar ile bu kanunun atfıyla yolmada

sislere Zarar Verilmesi" ile İlgili Maddesi'nin Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 1, Yıl: 2013, s.282.

¹⁸ Öztürk Yavuz, *Uzlaşmalı Müsabaka Şike ve Teşvik Primi*, 1.Baskı, Ankara 2012, s.69.

bulunan kanunlarda yer alan suçlar bakımından bir koruma tedbiri ihdas ettiği açıktır.

İşlenen fiil sonucunda ortaya çıkmış ve çıkması muhtemel zararı doğuran yakın tehlikeli sonuçtan korunmak için alınması gereken tedbirler, genel biçimde, koruma tedbiri olarak ifade edilebilir¹⁹. Bu yaklaşıma göre, zararı doğurma ihtimaline yönelik uzak tehlikenin önlenmesi için alınması gereken tedbirler önleme tedbirleri olarak kabul edilir²⁰.

Bir diğer tanıma göre ceza muhakemesinde yargılamanın yapılabilmesi veya ilerde verilecek hükmün yerine getirilebilmesi amacıyla alınan ve temel haklara dokunan tedbirlere koruma tedbirleri denir²¹. Koruma tedbirleri bu yönüyle Ceza Muhakemesi aşamalarından kovuşturma evresinde yargılamanın yapılabilmesine ve/veya kovuşturma neticesinde verilecek olan hükmün yerine getirilmesine olanak sağlama amacını güder²².

Bu tedbirler; ceza yargılamasında karar verme organları tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde geçici olarak başvuru ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren önlemlerdir²³.

Öğretide bu tedbirleri karşılamak için “usul tedbirleri”, “yargısal cebri önlemler”, “cebir araçları”, “yargılamayı güvence altına alan araçlar”, “ceza yargılaması önlemleri” gibi çeşitli adlandırmalar yapılmıştır²⁴. Bahsi geçen adlandırmaların her birinin gerekçesi haklı olmakla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanununun birinci kitap, Dördüncü kısım başlığında yer alan “koruma tedbiri” kavramının yerinde olduğu düşüncesiyle maksadın anlaşılması bakımından bu kavramı kullanmanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Koruma tedbirlerine yönelik öğretilerde çeşitli sınıflandırmalar mevcuttur²⁵. Bu sınıflandırmalara göre; koruma tedbirleri yöneldikleri değerler açı-

¹⁹ Nurullah KUNTER /Feridun YENİSEY / Ayşe NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, 17.Bası, İstanbul 2010, s.86.

²⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.86.

²¹ Nur CENTEL/Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, 9.Bası, İstanbul, 2012, s.303,304.

²² CENTEL/ ZAFER, s.303.

²³ Bahri ÖZTÜRK, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 3.Bası, Ankara 2010, s.379.

²⁴ Erdener YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Beta Yayınevi, 3.Bası, İstanbul 1987, s.246.

²⁵ CENTEL/ZAFER, s.304; Ayrıca Bkz. YURTCAN, s.253-255.

sından bireylerin özgürlüğüne, vücut bütünlüklerine, mülkiyet haklarına ve zilyetlik haklarına yönelik olabilir. Koruma tedbirlerinin amacı bakımından, sanığın muhakemede hazır bulunmasını teminat altına almaya, delilleri korumaya veya kovuşturma neticesinde verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olabilir. Koruma tedbirlerinin uygulandığı bireyler bakımından, şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişiye yönelik olabilir²⁶.

Koruma tedbirleri, "modern" ve "klasik" koruma tedbirleri dışında Ceza Muhakemesi Hukukunda yer alan koruma tedbirleri "tutucu koruma tedbiri" ve "önleyici koruma tedbiri" olarak ayrıca bir ayrıma tabi tutabilir²⁷.

ÖZBEK, ceza muhakemesi hukuku koruma tedbirlerini tedbire maruz kalanın haberdar olup olmaması esasına dayalı olarak "açık" ve "gizli" koruma tedbirleri olarak ikiye ayırmış ve her iki kategoriye "temel haklara müdahale" üst terimi altında konumlandırmıştır²⁸.

Ceza muhakemesinin kişi temel hak ve özgürlüklerini çok yakından ilgilendirme vasfı, koruma tedbirleri açısından da geçerlidir. Zira tedbirlerin neredeyse tamamında kişilerin bedenleri, özgürlükleri, mülkiyet hakları ve zilyetlikleri üzerinde birtakım kısıtlamalar yapılmaktadır²⁹.

Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri "kanunla düzenlenmiş olmaları", "zorlayıcı etkisi", "geçici olma" ve "araç vasfı" taşımalarıdır.

Koruma tedbirlerinin, Anayasa ve/veya temel haklara dair uluslar arası sözleşmeler tarafından koruma ve teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale edici etkileri nedeniyle kanunla düzenlenmiş olmaları gerekir.

Diğer yandan koruma tedbirlerinin, kişi hakkında ceza yargılaması sonucunda henüz hüküm verilmeden önce temel bir hakkı sınırlaması sebebiyle buna maruz kalan kimse açısından bir zorlayıcı etkisi ortaya bulunmaktadır. Koruma tedbirleriyle varılmak istenen amaca ulaşılması halinde kendiliğinden, nihayet hüküm kesinleşinceye kadar sona erer. Bu yönüyle geçici olma özelliğine sahiptir³⁰. Koruma tedbiri tek başına anlam ifade etmeyen yargı-

²⁶ CENTEL/ZAFER, s.304.

²⁷ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s.88.

²⁸ Veli Özer ÖZBEK / Mehmet Nihat KANBUR / Koray DOĞAN / Pınar BACAKSIZ / İlker TEPE, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 3.B, Ankara: 2012, s.262.

²⁹ YURTCAN, s.247.

³⁰ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s.262-263; CENTEL / ZAFER, s.305.

lama sürecinde eski durumu yaşatmak ve hükmün yerine getirilebilmesini sağlama amacına hizmet eden bir araçtır³¹.

Koruma tedbirlerinin koşulları; “gecikmede tehlike”, “haklı görünüş”, “orantılılık”³² “suç şüphesinin bulunması” ve “yasayla düzenlenmiş olma”³³ dır.

Gecikmede tehlike bulunması koşulunda; tehlike tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyeceği yargılamanın amacına uygun bir biçimde yapılamayacak olmasını ifade eder³⁴. Örneğin tutuklamada CMK 100/2’nci maddesi gereğince; Sanık ya da şüphelinin kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesi uyandırma konusunda “somut olgular” veya delilleri yok etmesi, bakımından gizleme veya değiştirmesi, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunma konusunda “kuvvetli şüphe” bulunması ifadelerinden; “Somut olgu” ve “kuvvetli şüphe” ibareleri zarar doğuracak yakın tehlikenin ön şartlarını oluşturur³⁵.

Haklı görünüş koşulu; Yakın tehlikenin yöneldiği, zarar sonucu doğuracak bir hakkın bulunup bulunmadığı ancak yargılama sonucu ortaya çıkacağından, hükümden önce koruma tedbirine başvurulurken “görünüşte haklılık ile yetinilmesi” halini ifade eder³⁶.

Orantılılık koşulunda failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında dengenin mevcut olup olmadığı hususu tartışılır. Şu halde ne kadar ağır bir suç olursa o derecede ağır bir önleme başvurulabilecektir³⁷.

Öte yandan ceza muhakemesinin başlaması için gerekli olan “şüphe” koruma tedbirlerinin ve türüne başvurulması açısından da bir önkoşul teşkil eder³⁸.

Ceza Muhakemesi Kanununun “Koruma Tedbirleri” başlıklı dördüncü kısmında yer alan koruma tedbirleri şunlardır: Yakalama ve gözaltına alma (CMK m. 90-99), tutuklama (CMK m. 100-108), adli kontrol (CMK m. 109-115), arama ve el koyma (CMK m.116-134), telekomünikasyon yoluyla

³¹ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s.89.

³² CENTEL / ZAFER, s.305.

³³ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s.263-264.

³⁴ CENTEL / ZAFER, s.306.

³⁵ KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s.90.

³⁶ CENTEL / ZAFER, s.306; KUNTER / YENİSEY / NUHOĞLU, s.92.

³⁷ YURTCAN, s.252.

³⁸ ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s.263-264.

yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK md.135-138), gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme (CMK md.139-140).

Ceza Muhakemesi Kanunu dışında da kanunla düzenlenmesi kaydıyla koruma tedbirleri ihdas edilebilir.

Bu yönüyle 18/3'ncü madde yer alan "seyirden yasaklama" tedbirinin bir koruma tedbiri olarak kabul edilmesinde kuşku bulunmamaktadır.

Öğretide, seyirden yasaklama türündeki koruma tedbirinin adli kontrol olduğu belirtilmekte³⁹ ise de 6222 sayılı kanunla düzenlenmiş seyirden yasaklama tedbirinin CMK 109 ila 115'nci maddelerde yer alan "adli kontrol" tedbirinden farklı olduğu ifade edilebilir⁴⁰.

18/3'ncü maddede yer alan seyirden yasaklama türündeki tedbirin; Kanun metninde buna karar verecek merciin belirtilmemesi suretiyle bizatihi kanundan kaynaklanan bir uygulama olduğu, Cumhuriyet savcılığının veya mahkemenin bu yönde bir karar vermesine gerek olmadığı, kendiliğinden uygulanması gereken bir tedbir olduğu düşüncesi⁴¹ ileri sürülmüştür.

Bu düşüncüyü kabul etmeye olanak bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki tüm yaptırım çeşitleri ve koruma tedbirlerinin tümü bizatihi kanundan kaynaklanır ve uygulanması zorunludur. 18/3'üncü madde metninde bu koruma tedbirine kimin tarafından karar verileceğini belirtmemiş olması bir merciin kararına ihtiyaç duymadan uygulanabileceği anlamına gelmemektedir.

Diğer yandan, 3'ncü fıkrada yer alan; "Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma başlatılması halinde şüpheli hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konur" ifadesi seyirden yasaklamanın uygulanmasına ilişkin bir düzenlemedir.

Derhal uygulanması gereken seyirden yasaklamaya bir merciin karar vermiş olması gerekir⁴².

³⁹ Özgenç İzzet, "Değerlendirme ve Sonuç" im. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Editörleri: Şahin Cumhur / Özgenç İzzet / Üzülmüş İlhan, 2. Bası, Ankara 2012, s. 121.

⁴⁰ Benzer görüş, Öztürk, s.70.

⁴¹ Öztürk, s.70.

⁴² Öztürk Bahri, "6222 Sayılı Kanun'a Göre Seyirden Yasaklanma Koruma Tedbirine Kim Karar Verebilir?", Fasikül Dergisi, Eylül 2011, Sayı:22.

Seyirden yasaklama türündeki koruma tedbiri bakımından ileri sürülebi-
lecek en önemli itiraz 18/3'ncü maddede bu tedbire kimin karar vereceğinin
düzenlenmemiş olmasıdır.

Nitekim 18/3'ncü maddenin ikinci cümlesinde; Soruşturma evresinde
Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından bu tedbirin
kaldırılmasına karar verilmediği takdirde bu yasağın uygulanmasına koruma
tedbiri olarak devam edilir, ifadelerinden tedbirin kim veya kimler tarafından
verileceğinin değil, yalnızca soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının,
kovuşturma aşamasında ise mahkemenin tedbir kararının kaldırılmasına
karar verebileceğinin düzenlendiği ortaya çıkmaktadır.

Bu koruma tedbirinin kim veya kimler tarafından verilebileceği sorunu
CMK'da yer alan koruma tedbirlerine karar verecek merciiler dikkate alınarak
çözümlenebilir. CMK'da yer alan koruma tedbirlerine kural olarak soruşturma
aşamasında hâkim tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcı
tarafından karar verilebilir. Ancak 6222 sayılı Kanun'da "gecikmesinde sakın-
ca" bulunan hallerden bahsedilmediği için soruşturma aşamasında seyirden
yasaklama koruma tedbirine daima savcı tarafından karar verilebilecektir⁴³.

Soruşturma aşamasında verilecek seyirden yasaklama tedbiri bakımin-
dan, soruşturmaya konu suç hakkında arama ve el koymada olduğu gibi "ba-
sit şüphe"nin yeterli olacağı düşüncesine⁴⁴ katılmak mümkündür.

Bunun yanında 6222 sayılı kanun metni içerisinde seyirden yasaklama
kararına örneğin, soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hâkimi, acele hallerde
Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise kovuşturmayı yürüten mah-
kemenin karar vereceğine dair bir düzenlemenin yer alması gerektiği açıktır.

Soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcılığı tarafından seyirden ya-
saklama kararı verilmesi halinde bu kararlara karşı, Cumhuriyet Savcılığına
itiraz edilebilir. Cumhuriyet savcılığının itiraz üzerine seyirden yasaklama
kararını kaldırması halinde bu kararın uygulanması sona erer. Ancak Cum-
huriyet Savcılığı'na yapılan itirazın reddi halinde bu karara karşı bir itiraz
mercii Kanunda düzenlenmemiştir.

⁴³ Öztürk Bahri, "6222 Sayılı Kanun'a Göre Seyirden Yasaklanma Koruma Tedbirine
Kim Karar Verebilir?", Fasikül Dergisi, Eylül 2011, Sayı:22.

⁴⁴ Öztürk Bahri, "Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden
Yasaklanma", in. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Editörleri: Şa-
hin Cumhur / Özgenç İzzet / Üzülmüş İlhan, 2. Bası, Ankara 2012, s. 42.

Bu eksikliğin giderilmesi bakımından soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcılığınca karar verilen "seyirden yasaklama" kararına itirazın reddi halinde bu Kanununun 23'ncü maddesinde belirtilen ihtisas mahkemeleri olarak kurulacak Sulh Ceza Hâkimliği'ne müracaat hakkı tanınmalıdır.

Kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yapan Mahkeme tarafından verilen seyirden yasaklama kararına yine aynı mahkemede itiraz edilebilir. Ancak yargılamayı yapan mahkemenin seyirden yasaklama kararının kaldırılması talebine ilişkin ret kararlarına karşı CMK 267'nci maddesi hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle itiraz yoluna başvurulabilir.

A- "Seyirden Yasaklama" Koruma Tedbirini Gerektiren Suçlar

6222 Sayılı Kanununun 18'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre "seyirden yasaklama" türündeki koruma tedbirine, bu Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı karar verilecek ve uygulanacaktır.

Anılan ifadenin tabii sonucu olarak, 6222 sayılı kanunda tanımlanmamış ve bu kanunla atıf yapılmamış suçlardan dolayı bir kimse hakkında "seyirden yasaklama" türündeki koruma tedbirine karar verilemeyecek ve uygulanmayacaktır.

Diğer bir anlatımla seyirden yasaklama türündeki koruma tedbirine ancak ve ancak 6222 Sayılı Kanununun 18/1'inci maddesinde sınırlı olarak belirtilen suçlardan dolayı karar verilecek ve uygulanacaktır.

18'inci maddenin 3'üncü fıkrası atfıyla aynı maddenin birinci fıkrası kapsamına girecek olan suçlar, yukarıda "seyirden yasaklanma güvenlik tedbirini gerektiren suçlar" bahsinde belirtilmişti. Aynı ifadeler bu bahis içinde geçerlidir.

Dolayısıyla 6222 sayılı kanunda yer alan kabahat nevinden fiiller bakımından seyirden yasaklama içerikli koruma tedbirine karar verilemeyecek ve uygulanamayacaktır.

Bunun yanında kanun koyucu istisna olarak;

6222 sayılı kanunun Şiddete neden olabilecek açıklamalar başlıklı 22'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan; Sporda şiddeti teşvik edecek şekilde basın ve yayın yoluyla açıklamada biçiminde işlenebilecek kabahatler bakımından aynı Kanununun 22/3'ncü maddesi gereğince idari tedbir olarak

spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı verilebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu halde ilgili hakkında 18’nci maddenin 8’inci fıkraya hükmü uygulanmayacaktır.

B- Hakkında “Seyirden Yasaklama” Tedbiri Uygulanabilecek Kişiler

6222 Sayılı Kanunun, 18/1’inci maddesine göre; Bu Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı, kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişi, mahkemece kurulan hükümlerle, güvenlik tedbiri olarak yasaklanır ibaresi koruma tedbiri olarak karar verilecek ve uygulanacak “seyirden yasaklama” bakımından da geçerlidir.

Diğer bir ifadeyle hakkında “seyirden yasaklama” kararı verilen kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişi, bu karar kapsamında engellenecektir.

Seyirden yasaklanma kararının uygulanacağı yer müsabaka veya antrenmanların yapıldığı “spor alanlarıdır”.

Spor alanı, Kanunun Tanımlar başlıklı 32nci maddesinin (g) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre Spor alanı: Spor müsabakalarının veya antrenmanların gerçekleştirildiği alanlar ile seyircilere ait seyir alanları, sporculara ait soyunma odası ve bu Kanunun uygulanması kapsamında spor yapmaya elverişli alanları ifade eder.

Kimler hakkında “seyirden yasaklama” kararı verilebilir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun koyucu yalnızca “izleme amacıyla” müsabaka ve/veya antrenman alanlarına gelen kimselerin kişi/kişilerin bu alanlara girişlerinin “seyirden yasaklama” suretiyle engellenebileceğini belirtmiştir.

İzleme amacı gütmeyen kişiler hakkında seyirden yasaklama kararı verilebileceğine dair kanunda açık bir düzenleme yer almamaktadır.

“Seyirden yasaklama” deyiminden, spor müsabakaları ve antrenmanlarını, takip etme, gözlemlenme, inceleme ve/veya eğlenme ve görme amacıyla bakma hakkından bir kişinin engellenmesi, men edilmesinin anlaşılacağı kavram bahsinde belirtmiştik.

Kanun metninde yer alan tanım kapsamına girmeyen örneğin, müsabaka veya antrenman alanlarında bulunan kimselere satış yapmak amacıyla gelen

kişiler veya bu alanların temizlik işlerini yapan kimseler hakkında, izleme amacı güttüğünü ortaya koyan kesin veriler olmadıkça "seyirden yasaklanma" kararı verilemeyecektir.

Benzer biçimde bizatihi müsabakada sporcu ve/veya görevli sıfatıyla katılan çalıştırıcı, sporcu, hakem ve diğer görevliler hakkında seyirden yasaklama kararı verilip verilemeyeceği hususu bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Müsabakaya veya antrenmana aktif olarak katılan bir sporcu hakkında güvenlik tedbiri olarak "seyirden yasaklama"ya karar verilemeyecek ve bu yasaklama uygulanamayacaktır⁴⁵.

Bu kapsamda olan kimselerin müsabakalara ve antrenmanlara "seyir" amacıyla değil aktif olarak müsabakada veya antrenmanda görev yapmak için bulunmaları nedeniyle, seyirciler ayrılan bölümlerde yer almamaları kaydıyla, bu kimseler hakkında "seyirden yasaklanma" türündeki koruma tedbirine karar verilemeyecektir.

Fakat belirtilen kimseler, sporcu ve /veya diğer sıfatlara sahip olsalar dahi, müsabakada veya antrenmanda aktif görev almadan yalnızca izleme amacıyla katılmalarının önlenmesi için haklarında koşulları olmakla birlikte pekâlâ seyirden yasaklama türündeki koruma tedbirine karar verilebilir ve uygulanabilir.

V- İdari Yaptırım Türü Olarak "Seyirden Yasaklama"

Kanun Koyucu, 6222 sayılı kanunun 18'inci maddesinin 7'nci fıkrasında;

Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişinin, spor alanına alınmayacağını, bu şekilde spor alanlarına giren ve dışarı çıkmamakta ısrar eden kişinin zor kullanılarak dışarı çıkarılacağını ve bu madde hükümlerine göre bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklanacağını hükme bağlamıştır.

18/7'nci maddede yer alan düzenleme, ilk bakışta sanki bir suç işlenmeden önce kişi hakkında idari nitelikte tedbir olarak seyirden yasaklama halini öngörmektedir.

⁴⁵ Daha fazla bilgi için bkz. **Öztürk Bahri**, "Seyirden Yasaklanma Tedbiri Sporcuya Uygulanır mı?", Fasikül Dergisi, Aralık 2011, Sayı:25, s. 6.

Şayet bu yaklaşım kabul edilecek olursa bu takdirde alkollü ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişinin, spor alanlarına girişinin engellenmesine ve spor müsabakalarını bir yıl süreyle seyirden yasaklanmasına dair işlem idari nitelikte olacağından, bu işlemlere karşı itirazın idare mahkemesine yapılması⁴⁶ gerekecektir.

Ancak kanun koyucunun 18/7'inci maddesiyle, Spor alanlarına alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişinin, spor alanına girmesini yasakladığını, bu maddeler etkisinde girenler hakkında yaptırım olarak bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı verileceğini düzenleyerek yeni bir kabahat türü ihdas ettiği ifade edilebilir.

Diğer taraftan aynı Kanununun 23/3'üncü maddesinde yer alan; Bu Kanun hükümlerine göre idari para cezasına ve diğer idari yaptırımlara karar vermeye, Cumhuriyet savcısı yetkilidir ifadesi de dikkate alındığında 18/7'nci maddede yer alan kabahat bakımından bir yıl süreyle seyirden yasaklama kararına da Cumhuriyet savcısı karar verecektir.

VI- “Seyirden Yasaklanma” ve “Seyirden Yasaklama” Tedbirlerinin Uygulanma Süresi

6222 sayılı Kanununun 18/1'inci maddesinde yer alan, “seyirden yasaklanma” türündeki güvenlik tedbiri, bu Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı mahkemece kurulan hükmün kesinleşmesiyle infazına başlanır, cezanın infazı tamamlandıktan itibaren bir yıl geçmesiyle sona erer.

Bu halde 6222 Sayılı Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suç/suçlardan dolayı hakkında kovuşturma yapılan sanık hakkında yargılamaya konu suç/suçlardan dolayı bir mahkûmiyet kararı ile cezaya hükmedilmesi halinde ayrıca güvenlik tedbiri olarak “seyirden yasaklanma” kararı verilecektir.

Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi anından itibaren uygulanamaya başlanacak olan “seyirden yasaklanma” türündeki güvenlik tedbiri, cezanın infazının tamamlanmasından itibaren bir yıl geçmekle sona erecektir.

⁴⁶ Donay, s.145.

6222 Sayılı Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suç/suçlardan dolayı hakkında kovuşturma yapılan sanık hakkında yargılamaya konu suç/suçlardan dolayı CMK 223'ncü maddesinin 3 ve 4'üncü fıkralarına göre ceza verilmesine yer olmadığı kararıyla birlikte "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl süreyle "seyirden yasaklanma" kararının uygulanmasına devam edilir ancak bir yıl sürenin sonunda bu güvenlik tedbirinin uygulanmasına son verilir.

Her iki halde de mahkumiyet kararı ile birlikte veya ceza verilmesine yer olmadığına dair hükümlerle birlikte karar verilen spor müsabakalarını "seyirden yasaklanma türündeki güvenlik tedbiri 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu hükümlerine göre kaydedilir.

6222 Sayılı Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suç/suçlardan dolayı hakkında soruşturma yapılan şüpheli hakkında soruşturmaya konu suç/suçlardan dolayı;

CMK 171/3'üncü maddesine göre "Kamu davasının açılmasının ertelenmesine";

Kovuşturma neticesinde sanık hakkında CMK 231'nci maddeye göre "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına";

TCK 50'nci madde gereğince "hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak tedbire";

TCK 51'inci madde gereğince "hapis cezasının ertelenmesine" karar verilmesi halinde, kararın kesinleştiği tarihten itibaren; bir yıl süreyle spor müsabakalarını "seyirden yasaklanma" tedbirinin uygulanmasına devam edilir.

TCK 75 ve CMK 174'üncü maddeleri uyarına "ön ödeme" hükümlerinin uygulanması halinde, ön ödemede bulunduğu tarihten itibaren, bir yıl süreyle spor müsabakalarını "seyirden yasaklanma" tedbirinin uygulanmasına devam edilir.

Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişinin spor alanlarına girmesi halinde uygulanacak idari yaptırım niteliğindeki "seyirden yasaklama" kararı, bu karara neden olan eylemin işlendiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam eder.

VII- Seyirden Yasaklamanın Sona Ermesi

6222 Sayılı Kanununun 18'nci maddesinin 5'inci fıkrasında; Koruma tedbiri olarak uygulanan spor müsabakalarını seyirden yasaklanma tedbiri;

a) Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kaldırılmasına karar verilmesi,

b) Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi,

c) Sanık hakkında beraat veya düşme kararı verilmesi, halinde derhal kaldırılır, hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemeyle, koruma tedbiri olarak verilen “seyirden yasaklama” kararına karşı itiraz mercileri gösterilerek hangi hallerde “seyirden yasaklama”nın kaldırılacağı belirtilmiştir.

Birinci hal; Soruşturma aşamasında “seyirden yasaklama” kararına karşı C. Savcılığına yapılacak itirazın, kovuşturma aşamasında kovuşturmayı yürüten mahkemeye yapılacak itirazın yerinde görülüp kabul edilmesiyle seyirden yasaklama koruma tedbiri derhal kaldırılır.

İkinci hal; 6222 sayılı kanunda yer alan suçlar ile bu kanun atfıyla yollamada bulunan kanunlardaki suçlar hakkında soruşturma başlamasıyla verilecek seyirden yasaklama koruma tedbiri; Koruma tedbirinin uygulanmasına neden olan suç bağlı yapılan soruşturma neticesinde CMK 171 veya 172'nci maddelerine göre kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde, derhal kaldırılır.

Üçüncü hal; 6222 sayılı kanunda yer alan suçlar ile bu kanun atfıyla yollamada bulunan kanunlardaki suçlar hakkında soruşturma başlamasıyla verilen seyirden yasaklama türündeki koruma tedbiri; Koruma tedbirinin uygulanmasına neden olan suç bağlı yapılan kovuşturma neticesinde sanık hakkında CMK 223/2'nci maddesine göre beraat kararı veya 223/8'inci maddelerine göre düşme karar verilmesi halinde, derhal kaldırılır.

VIII- “Seyirden Yasaklanma” ve “Seyirden Yasaklama” Tedbirlerinin Uygulanma Biçimi

6222 sayılı kanununun 18'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında;

Koruma tedbiri olarak uygulanan ve güvenlik tedbiri olarak hükmedilen spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirine ilişkin bilgilerin Emniyet

Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan bu amaca özgü elektronik bilgi bankasına derhal kaydedileceği, bu bilgi bankasına spor kulüplerinin ve federasyonların erişimi sağlanacağı, yasaklanan kişilere ilişkin bilgilerin, ilgili spor kulüplerine ve yurt dışında yapılacak müsabaka öncesinde müsabakanın yapılacağı ülkenin yetkili mercilerine bildirileceği düzenlenmiştir.

Buna göre kovuşturma sonucu mahkeme tarafından hükümle birlikte karar altına alınması gereken güvenlik tedbiri niteliğindeki spor müsabakalarını ve antrenmanlarını izlemeyi engelleyecek "seyirden yasaklanma" kararı ile soruşturma aşamasında uygulanacak yalnızca spor müsabakalarını izlemeyi engelleyecek koruma tedbiri niteliğindeki "seyirden yasaklama" kararı uygulanmasını sağlamak amacıyla Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan bu amaca özgü elektronik bilgi bankasına derhal kaydedilecektir.

Yine bu kararların daha kapsamlı uygulanmasını sağlamak amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan bu amaca özgü elektronik bilgi bankasına, spor kulüplerinin ve federasyonların erişimi sağlanacaktır.

Hatta bu yasaklamaların yurtdışında da uygulanabilmesi amacıyla, yasaklanan kişilere ilişkin bilgilerin, ilgili spor kulüplerine ve yurt dışında yapılacak müsabaka öncesinde müsabakanın yapılacağı ülkenin yetkili mercilerine bildirilmesi gerektiği de amir bir hüküm şeklinde emredilmektedir.

Nitekim Emniyet Genel Müdürlüğü verilerine göre; Sporda şiddet olaylarının önlenmesine ilişkin 14 Nisan 2011'de yürürlüğe giren 6222 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1.883 kişi hakkında verilen müsabakaların yapıldığı alanlara girme yasağı devam etmektedir. Bu kişilerden 1.851'i futbol takımlarının taraftarıdır. Seyirden yasaklama yasağı kararı verilen diğer spor dalları arasında, 21 kişi basketbol, 8 kişi voleybol, 2 kişi hentbol, 1 kişi de tekvando sporcusu veya takımın taraftarıdır.

6222 sayılı kanununun 18'inci maddesinin 8'inci fıkrasında;

6222 sayılı kanunda yer alan suçlar ile bu kanun atfıyla yollamada bulunan kanunlardaki suçlar hakkında soruşturma başlamasıyla verilen "seyirden yasaklama" türündeki koruma tedbiri ile kovuşturma neticesinde hükümle birlikte verilecek "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbiri kararı verilen kişilerin;

Seyirden yasaklanma ve seyirden yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıl-

dığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre hakkında seyirden yasaklanma veya seyirden yasaklama kararı verilen kişi, yalnızca bu karara neden olan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının izlemekten men edilebilecektir.

Kanun koyucu “seyirden yasaklama” türündeki koruma tedbiri ile kovuşturma neticesinde hükümlerle birlikte verilecek “seyirden yasaklanma” türündeki güvenlik tedbiri kararı verilen kişilerin müsabakalarının izlemekten men edilmesi konusunda iki kıstas öngörmüştür.

Birinci kıstasa göre, seyirden yasaklanma kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği “müsabakanın tarafı olan takım”ın müsabakasını izlemekten yasaklanma;

İkinci kıstas ise müsabakanın tarafı olan takımın “taraftarı olma” dır.

Bu hallerde seyirden yasaklanan kişi sadece seyirden yasaklanma kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği “müsabakanın tarafı olan takım”ın veya taraftarı olduğu bir takımın oynadığı maçlarda karakola müracaat etmesi gerekir⁴⁷.

Doktrinde 6222 sayılı Kanunun 18/8’inci maddesinin uygulanmasına karar verildiği hallerde;

Seyirden yasaklanma ve seyirden yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlü olan kişinin uyması gereken yükümlülük “adli kontrol benzeri bir kurum olarak” kabul edilmektedir⁴⁸.

Bunun uygulanmasını sağlamak amacıyla da hakkında yasaklama kararı verilen kişi taraftarı olduğu takımın katıldığı müsabakanın başlangıç saatinde

⁴⁷ Köse Hüseyin Alpay, “Seyirden Yasaklanma Tedbiri Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, <http://www.sporhukuku.org.tr/dosyalar/makale-alpay-seyirden-yasaklama.pdf>

⁴⁸ ÖZTÜRK Bahri, “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden Yasaklama”, s.43.

ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlü tutulmuştur.

Hakkında izleme yasağı bulunan kişi, seyirden yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının dışında kalan, diğer spor alanlarında yapılan müsabakaları ve/veya taraftarı olmadığı takımın müsabakalarını seyretmesi mümkündür. Kanun metninde bu konuda bir sınırlama getirilmemiştir.

IX- "Seyirden Yasaklanma" Tedbirinin Uygulanmasının Diğer Sonuçları

6222 sayılı kanununun 18'inci maddesinin 10'uncu fıkrasında;

6222 sayılı kanunda yer alan suçlar ile bu kanun atfıyla yollamada bulunan kanunlardaki suçlar hakkında kovuşturma neticesinde hükümlerle birlikte verilen "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbiri kararı verilen kişilerin, yasak süresince spor kulüplerinde ve federasyonlarda ve taraftar derneklerinde yönetici olamayacağı, spor müsabakalarında hakem, temsilci veya gözlemci olarak görev yapamayacağı düzenlenmiştir.

10'uncu fıkra hükmü, hakkında spor müsabakalarını ve/veya antrenmanlarını izlemeden mahrum eden "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbiri kararı verilen kişinin belirtilen mahrumiyet dışında ayrıca yasaklama müddetince herhangi bir spor kulübünde ve spor federasyonlarında ve taraftar derneklerinde yönetici olamayacak, spor müsabakalarında hakem, temsilci veya gözlemci olarak görev yapamayacaktır.

Ancak belirtilen yasaklama ve sınırlamalar koruma tedbiri niteliğindeki "seyirden yasaklama" sürecinde uygulanamayacaktır.

Sonuç

Dünyada ve ülkemizde tür ayrımı yapılmadan amatör ve/veya profesyonel spor müsabakalarında, spor sahalarında yaşanan şiddet eylemlerinin gittikçe artan boyutlara ulaşması ve durumun toplumsal huzur ve güvenliği ortadan kaldırma aşamasına gelmesi, bireylerin yaşam, vücut bütünlüğü ve mal güvenliğini ciddi olarak tehdit edici hal alması üzerine kanun koyucu tarafından bu durumları önleme ve mücadele etme amacıyla, yeterli önlemler içermeyen 5149 Sayılı Kanun yerine, 6222 Sayılı "Sporda Şiddeti ve Düzensizliği Önleme" kanunu çıkarılmıştır.

6222 Sayılı Kanunda yer yaptırımlar içerisinde belki de bu Kanunun amacını gerçekleştirmeye en uygun mücadele enstrümanının gerek güvenlik tedbiri niteliğindeki “seyirden yasaklanma”, gerek idari ve gerekse koruma tedbiri niteliğindeki “seyirden yasaklama” olduğu ifade edilebilir.

Seyirden yasaklanma veya seyirden yasaklama tedbirinin sonucu olarak hakkında yasaklama kararı verilen kişinin, bu karara neden olan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan veya taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapıldığı spor alanlarına girmesi ve bu müsabakaları izlemesi mümkün olmayacaktır. Seyirden yasaklanma nevi’ndeki güvenlik tedbirinin bir sonucu olarak da tedbir kararının muhatabı olan yasaklı kişi aynı zamanda bu karara neden olan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan veya taraftarı olduğu takımın antrenmanlarını da izleme hakkından mahrum kalacaktır.

Bu yönüyle şiddet ve düzensizlik eğilimli kimselerin spor müsabakalarını izleme, spor alanlarına girme ve antrenmanları izleme hakkında yoksun bırakıldıkları için sportif faaliyetlerin ve spor müsabakalarının şiddetten ve düzensizlikten uzak biçimde amacına uygun olarak gerçekleşmesini, yerine getirilmesi mümkün olacaktır.

“Stadyumlara giriş yasağı” olarak da nitelendirilebilecek seyirden yasaklama nevi’ndeki koruma tedbirinin hangi makam tarafından verileceğinin 6222 Sayılı Kanun’da belirtilememiş olması bu koruma tedbirinin, “kendiliğinden uygulanacağı” sonucunu doğurmaz.

Fakat bu konudaki tartışmaların tamamen sonlandırılması için yapılması gereken; 6222 Sayılı Kanunun 18’inci maddesinde “seyirden yasaklama” tedbirinin kaldırılmasına karar verecek olan mercilerin belirtildiği gibi benzer biçimde seyirden yasaklamaya CMK’da yer alan koruma tedbirlerine “gecikmesinde sakınca olmayan hallerde” ve “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” karar verme yetkisine haiz olan mercilerin açıkça belirtilmesidir.

Diğer yandan 6222 Sayılı Kanunun 18’inci maddesinde birlikte yer almalarına ve düzenlenmelerine rağmen “seyirden yasaklanma” güvenlik tedbirinin kapsamına yalnızca müsabakaların yapıldığı spor alanları değil aynı zamanda antrenmanların yapıldığı spor alanları da girmesin karşın “seyirden yasaklama” koruma tedbiri yalnızca müsabakaların yapıldığı spor alanlarıyla sınırlı tutulmuştur.

Belirtilen sınırlamanın Kanunun amacı dikkate alındığında bilimsel bir açıklamasının olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle "seyirden yasaklama" nevi'ndeki koruma tedbirinin uygulama kapsamına "seyirden yasaklanma" güvenlik tedbirinde olduğu müsabakaların yapıldığı spor alanlarının yanında antrenmanların yapıldığı spor alanlarının da dâhil edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyim.

Bir diğer sorun, 6222 Sayılı Kanunun, 18'inci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan, Taraftar gruplarınca spor alanlarının dışında işlenen kasten yaralama, hakaret içeren tezahürat ve mala zarar verme suçları bakımından da 18'inci maddenin 1. fıkrasında yer alan seyirden yasaklanma türündeki güvenlik tedbirine hükmolunacağına dair düzenlemenin uygulanmasından kaynaklanmaktadır.

6222 sayılı Kanun'un tanımlar başlıklı 3'üncü maddesinde tanımı dahi yapılmamış "tarafdar grupları"nın bir sınırlama olmaksızın yalnızca "spor alanları dışında" 6222 sayılı Kanun 14'üncü maddede yer alan hakaret içeren tezahürat ve yollamada bulunulan TCK 86, 87, 88'nci maddelerinde yer alan kasten yaralama, TCK 151'inci maddede yer alan mala zarar verme suçlarını işlemleri halinde "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbirine hükmedilebilir mi?

Diğer bir anlatımla taraftar gruplarınca işlenen kasten yaralama, hakaret içeren tezahürat ve mala zarar verme suçlarının işlendiği yer bakımından bir sınırlama öngörülmüş mü yoksa öngörülmemiş midir?

Bu soruya verilebilecek yanıt 6222 Sayılı Kanunda yer alan düzenlemelerden kesin olarak anlaşılacaktır.

Bununla birlikte 6222 Sayılı Kanun bir bütün olarak ele alınıp Kanunun amacı ve madde gerekçeleri dikkate alınarak yanıtlanabilir.

Bu yaklaşımla sorunu çözme yoluna gidildiğinde ortaya çıkan sonuç şudur;

Spor müsabakasıyla ilgisi olmak kaydıyla, müsabaka anında, öncesinde ve sonrasında, spor alanların çevresi dâhil, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplara halinde buldukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında taraftar gruplarınca işlenen kasten yaralama, hakaret, çirkin tezahürat ve mala zarar verme suçları bakımından "seyirden yasaklanma" türündeki güvenlik tedbirine karar verilecektir.

Fakat “seyirden yasaklanma” türündeki güvenlik tedbirinin aynı zamanda bir yaptırım çeşidi olduğu dikkate alındığında bu belirsizliğin Anayasanın 38, TCK’nun 2’nci maddelerinde yer alan Cezaların ve güvenlik tedbirlerinin kanunilik ilkesine uygun olma zorunluluğuna aykırı olduğu açıktır.

Bu nedenle, 6222 Sayılı Kanun metninde en azından “tarafatar gruplarından” ne anlaşılması gerektiğinin ve bu kimseler tarafından işlenen kasten yaralama, hakaret içeren tezahürat ve mala zarar verme suçlarının icra yeri olarak gösterilen “spor alanlarının dışında” işlenmesi ifadesinin yetersizliği sebebiyle bu kavrama nerelerin dâhil olduğunun açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Kaynakça

İnternet

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bb343e31b197.71674337

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bb3744273225.96375019

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bb3750065d08.76646253

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=antrenman%20yapmak&cesit=1&guid=TDK.GTS.51bc507bd9b839.38423105

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bc8d0fb7f4e6.09207434

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51bc8d1846fd53.13010766

http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ar%C5%9F%C4%B1_%28tarafatar_grubu%29

http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87ar%C5%9F%C4%B1_%28tarafatar_grubu%29

Köse Hüseyin Alpay, “Seyirden Yasaklanma Tedbiri Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, <http://www.sporhukuku.org.tr/dosyalar/makale-alpay-seyirden-yasaklama.pdf>.

Kitaplar

Artuk M. Emin/ Gökçen Ahmet/ Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2013.

Centel Nur/ Zafer Hamide/ Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, İstanbul 2006.

Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 9.Bası, İstanbul, 2012.

Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013.

Donay Süheyl, Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesi Ve Şike Ve Teşvik Primi, 2. ve Güncellenmiş Bası, İstanbul 2012.

Gülşen Recep, Spor Hukuku, Ankara 2012.

İçel Kayıhan/ Sokollu-Akıncı Füsün/ Özgenç İzzet/ Sözüer Adem/ Mahmutoğlu Fatih S./ Ünver Yener, İçel Yaptırım Teorisi, 2.Bası İstanbul 2002.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2009.

Kunter Nurullah/ Yenisey Feridun/ Nuhoglu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 17.Bası, İstanbul 2010.

Özen Mustafa, Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Yer Alan Suçlar Ve Yaptırımları, Ankara 2013.

Özbek Veli Özer/ Kanbur Mehmet Nihat/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, Ankara 2012.

Özgenç İzzet, "Değerlendirme Ve Sonuç" İm. Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Editörleri: Şahin Cumhur/Özgenç İzzet/Üzülmez İlhan, 2. Bası, Ankara 2012.

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku, 11.Baskı Ankara 2011.

Öztürk Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3.Bası, Ankara 2010.

Öztürk Bahri, "Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesine Çare Olarak Seyirden Yasaklama", İn. Sporda Şiddet Ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu, Editörleri: Şahin Cumhur/Özgenç İzzet/ Üzülmez İlhan, 2. Bası, Ankara 2012.

Öztürk Bahri, “6222 Sayılı Kanun’a Göre Seyirden Yasaklanma Koruma Tedbirine Kim Karar Verebilir?”, Fasikül Dergisi, Eylül 2011, Sayı:22

Öztürk Bahri, “Seyirden Yasaklanma Tedbiri Sporcuya Uygulanır mı?”, Fasikül Dergisi, Aralık 2011, Sayı:25,

Öztürk Yavuz, Uzlaşmalı Müsabaka Şike Ve Teşvik Primi, 1.Baskı, Ankara 2012.

Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınevi, 3.Bası, İstanbul 1987.

Dergiler

Öztürk Bahri, “6222 Sayılı Kanun’a Göre Seyirden Yasaklanma Koruma Tedbirine Kim Karar Verebilir?”, Fasikül Dergisi, Eylül 2011, Sayı:22

Öztürk Bahri, “Seyirden Yasaklanma Tedbiri Sporcuya Uygulanır mı?”, Fasikül Dergisi, Aralık 2011, Sayı:25,

Ümit Orhan, “6222 Sayılı Kanun’un “ Spor Alanlarında Taşkınlık Yapılması ve Tesislere Zarar Verilmesi” ile İlgili Maddesi’nin Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 1, Yıl: 2013.

ALMAN, AVUSTURYA ve İSVİÇRE YÜKSEK MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE TALEP ÜZERİNE ÖLDÜRME SUÇU ile ÖTANAZİ İLİŞKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR (*)

Işıl TURAN (**)

*“Gül; ey, saf çelişki! Nice gözkapığı altında;
hiç kimsenin uykusu olmamanın sevinci!”*
Rainer Maria Rilke'nin mezar taşı yazısı

Özet

Ceza hukukunun önemli tartışma konularının başında ötanazi yer almaktadır. Tıbbi anlamı itibarıyla ötanazi, iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan ve acı çeken hastanın acılarına son vermek amacıyla ölmesine yardım etmektir. Dünyanın her yerinde tartışmalara konu olan ötanazi, Hollanda'da (sonra Belçika'da) yasal korumaya kavuşmuştur. Ülkemizde ötanazi konusu, gerek geçmişte gerek günümüzde, yeterli derecede tartışılmamıştır. Türkiye'de ötanazi konusuna, şimdiye kadar yeterli önem atfedilmemiş olsa da; gelecekte bu alanın yoğun tartışmalar yaratacağı muhtemeldir. Ötanazi; etik ikilemler ve sorunlar yaratan, tüm ayrıntılarına kadar üzerinde düşünülmesi ve etik ilkelerle irdelenmesi gereken bir konudur. Bu çalışmanın amacı, ötanazinin Avrupa'da; özellikle Alman, Avusturya ve İsviçre hukuk sistemlerinde nasıl ele alındığını ortaya koymaktır. Ayrıca ABD ve Avrupa'daki ötanaziye ilişkin hukuki mevzuata değinildikten sonra, bu ülkelerdeki gelişmelerle uyumluluk sağlaması bakımından, ülkemizde 2005 yılından beri yürürlükte bulunan Türk Ceza Kanunu ile 1960 yılından beri yürürlükte olan Türk

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

(**) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

Deontoloji Nizamnamesi'nin bu doğrultuda değiştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Çalışmamızda; Alman, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları çerçevesinde ötanazi ile talep üzerine öldürme suçu ile intihara yardım suçu arasındaki benzerlikler ve farklılıklar da ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ötanazi, talep üzerine öldürme suçu, intihara yardım suçu, Türk Ceza Kanunu m.26/2.

Abstract

One of the major discussion topics on criminal law has been euthanasia. According to medical context, euthanasia means intervention undertaken with the intention of ending a life, to relieve intractable suffering caused by an incurable illness. Euthanasia which is discussed all around the world and became legal in Holland (than Belgium). But in our country euthanasia has not been discussed enough,, in the past and nowadys yet..Euthanasia has been discussed very little in Turkey, but it seems as if it will be discussed a lot in the future. Euthanasia is a subject which causes dilemmas and problems in ethics and should be considered and discussed within every detail. The aim of this study is to displaye how euthanasia is taken into consideration in European, especially in German, Austria and Swiss law systems. Additionally, after having studied the judicial legislations abuot Euthanasie in Europe and the USA, it is emphasized that the present legislation in our country, especially Turkish Criminal Code which has been valid since 2005 and the Turkish Regulations for Deontology which has been valid since 1960, should be modified in the western direction in order to keep up with the developments in the west.

Keywords: Euthanasia, to kill by request, assist to suicide, Turkish Criminal Code article 26/2.

Giriş

Tüm insanların sahip olduğu temel hak ve özgürlükler olarak ifade edebileceğimiz insan hakları; özünde “insanın insan olmaktan kaynaklanan haklarını” ifade eder. Bu noktada insan haklarının, insan doğasından kaynaklanan haklar olduğu söylenebilir.

İnsan doğasının önemli özelliklerinden biri de yaşama, yaşamını devam ettirme içgüdüsüdür.

İnsanın doğumundan başlayarak “doğal yollarla” ölümüne kadar geçen süreç olarak ifade edilen “yaşam”ın, devletler tarafından güvence altına alınması ve bu güvenceye aykırı fiillere karşı kişinin devletten yardım isteme hakkı ve bu hakların devlet tarafından korunmasını ve geliştirilmesini devletten talep etme hakkı, bütünüyle “yaşam hakkını” ifade eder¹.

Bir insan, yaşam hakkından mahrum bırakılırsa diğer tüm haklar da anlamını yitireceğinden; yaşam hakkı ilk sayılan haktır. Aynı zamanda yaşam hakkının geri alınmaz niteliği, onu temel bir hak olarak konumlandırır. Öyle ki savaş zamanında ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda bile bu hak esirgenemez².

İnsan yaşamının arz ettiği bu özel önem, onu kanunlarla güvence altına almayı gerektirmiş; “yaşam hakkı”, en temel haklardan biri olarak gerek Anayasalarda gerek uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınmıştır.

Yaşam hakkı, Türkiye’nin de taraf olduğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2’nci maddesiyle güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası’nın 17’nci maddesinin 1’inci fıkrası; “Herkes; yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenerek “yaşam hakkı”, anayasal zemine oturtulmuş; maddenin 2’nci fıkrasında ise “yaşam hakkının”, tıbbi zorunluluklar veya “kişinin rızası” gibi konular karşısındaki durumuna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da yaşam hakkını korumaya yönelik düzenlemeler getirmiş; “yaşam hakkını” ihlal eden, tehdit eden türde kimi fiiller için cezalar öngörmüştür. Buna göre “yaşam hakkı”, Kanun’un “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım’ının 1 ila 5’inci Bölümleri ile koruma altına alınmıştır.

Yaşam hakkı ile ilgili olarak söylediklerimizden sonra, aklımıza “bir insanın kendi yaşamını sonlandırma iradesine” hukuk sistemlerinde cevaz verilip verilmediği; başka bir deyişle yaşam hakkının içinde esasında ölme hakkını da barındırıp barındırmadığı soruları gelir.

Kişinin yaşama hakkı üzerinde tasarruf yetkisi var mıdır? Sözelimi, bir kimsenin başka bir kimsenin kendisini öldürmesine rıza göstermesi, böyle

¹ Güner Akyazı - Onur Tatar, Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, Ankara, 2002, s. 7.

² Douwe Korff, Yaşam Hakkı, çev. Özgür Heval Çınar - Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 8, Brüksel, 2006, s. 6.

bir fiilde hukuka uygunluk sebebi sayılabilecek midir? Veya iyileşmesi tıbben imkânsız ve öleceği kesin olan bir hasta, çektiği acılardan kurtulması amaçlanarak öldürüldüğünde durum ne olacaktır?

Çalışmada ötanazi kavramından bahsedildikten sonra; Kıta Avrupası Ülkeleri'nden Almanya, Avusturya ve İsviçre Yüksek Mahkeme Kararları dikkate alınarak, ötanazinin benzer suç tiplerinden farkı ortaya konulacak; ardından Türk Hukuku'ndaki düzenlemeler de dikkate alınarak ötanazinin suç teşkil edip etmediğinin ve hakkındaki düzenlemelerin ne yönde geliştirilmesi gerektiğinin üzerinde durulacaktır.

I. Ötanazi

A. Kavram

Ötanaziye ilişkin tarihteki ilk belgelenmiş kayıtlara, M.Ö. 5'inci yüzyılda, Antik Yunan'da rastlanır. Ötanazi, Yunanca “eutanasia”; “eu” (iyi güzel) ve “thanein” veya “thanatos” (ölüm) köklerinden türetilmiş bir sözcük olup, sözcük anlamıyla “iyi ölüm”, “güzel ölüm” olarak ifade edilebilir³.

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğüne göre ise ötanazi; “ölme hakkı” anlamına gelmektedir⁴. Ölme hakkı, her ne kadar içinde “ötanazi” barındırsa da; esasında kişinin yaşamını sonlandırma yönündeki iradesinde serbest olması olarak ifade edilebilecek bir hak ve böyle bir hak, intihar gibi kimi yöntemleri de kapsadığından, Türk Dil Kurumu'nun tanımlamasının yanlış olduğu kanaatindeyiz⁵.

Ötanazinin sözcük anlamıyla ilgili olarak doktrinde “güzel ölüm”, “iyi ölüm”, “kolay ve rahat ölüm”, “ızdırapsız tabii ölüm”, “tatlı ve acısız ölüm”, “hoş, kolay, güzel, iyilik edici ölüm” gibi tanımlamalar yapılmıştır⁶.

³ Christian Schlötterer, Sterbehilfe aus philosophischer Sicht, <http://www.jura.unituebingen.de/professoren_und_dozenten/kuehl/materialien/forschung/sterben.pdf>, s.1. Erişim Tarihi: 19.05.2013.

⁴ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.519cb517ad8406.69739178>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

⁵ Aynı görüşte: Erkan Şenses, “Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi”, Suç ve Ceza Dergisi IV. Sayı (Ekim-Kasım-Aralık), İstanbul, 2008, s. 215.

⁶ M. Emin Artuk - A.Caner Yenidünya, “Ötanazi”, in. Prof. Dr. Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 297-298.

Ötanazi; iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa tutulmuş bir kimse- nin ızdıraplarına son vermek amacıyla ve kendisinin talep ve ısrarları üzerine öldürülmesi, yaşamının sonlandırılmasıdır⁷.

Ötanaziye ilişkin bir diğer tanımlama da, “ölümün kaçınılmaz olduğu hallerde ve tıp biliminin verilerine göre iyileştirilmesi olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi” şeklindedir⁸.

Bu tanımlamaların geçerliliği hususu tartışılmadan önce; ötanazinin un- surları belirlendikten sonra yapılacak bir tanımlamanın, ötanazi hakkında daha net ifadelerde bulunmamızı sağlayacağı düşüncesindeyiz.

B. Ötanazi Kapsamına Giren Fiillerin Benzer Suç Tiplerinden Ayrımı

1. Ötanazi ve Talep Üzerine Öldürme Suçu (Tötung auf Verlangen)

a. Talep Üzerine Öldürme

Bir kimsenin kendi talebine bağlı olarak, üçüncü kişi veya kişiler tara- fından yaşamının sonlandırılması⁹, talep üzerine öldürme olarak tanımla- nabilir.

Talep üzerine öldürme eyleminde; her ne kadar “öldürme” sonucunu doğuran hareketler, üçüncü kişi tarafından icra edilmekte ise de; bu hare- ketlerin ortaya çıkmasında mağdurun - öldürülenin talebi, isteği rol oyna- maktadır.

Dolayısıyla mağdurun, icra hareketleri başlamadan önce, talep biçimin- de ortaya koyduğu rızası, üçüncü kişinin öldürme sonucuna yönelik hareket- lerinin kaynağını oluşturmaktadır. Fakat mağdurun öldürülmesine yönelik kendisine ait talebi, üçüncü kişinin, ölüm neticesini doğuracak hareketlerini hukuka uygun hale getirmemektedir¹⁰.

⁷ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II, İstanbul, 1994, s. 79.

⁸ Artuk - Yenidünya, s. 298.

⁹ M. Emin Artuk, “Talep Üzerine Öldürme”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-3, 1992-1993, s.19.

¹⁰ Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1.Baskı, İstanbul 2003, s. 154.

Mağdurun öldürülme hususundaki “talebinin”, “rıza”ya göre daha güçlü bir irade açıklaması¹¹ olduğu ifade edilmiş ise de; “açık rıza” açıklama biçimlerinden birinin de talep şeklinde olabileceği gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır. Bunun yanında; “rıza ile öldürme” ve “talep üzerine öldürme”, tamamen farklı eylemlerdir.

Rıza ile öldürmede, öldürme hareketlerini gerçekleştiren üçüncü kişinin, kendisinde mevcut olan suç işleme kararını, karşı tarafa sunarak rıza, yani onay alması; başka bir ifade ile failin işlemek istediği suçun mağdur tarafından kabul edilmesi, mağdurun buna rıza göstermesi söz konusudur¹².

Talep üzerine öldürme eyleminde ise, mağdurun ölmek/öldürülmek hususunda, ciddi ve şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte bir isteğinin mevcudiyeti aranır¹³. Mağdurun bu açık ve kesin isteğine bağlı ısrarları ve talebi sonucunda fail ikna olur¹⁴, harekete geçer ve mağdura yönelik olarak mağdurun yaşamını sona erdirecek hareketlere başlar¹⁵.

Bu durum, yani mağdurun talebi, suça iştirak hükümlerinde yer alan “azmettirme” boyutunda ve etkisinde olmalıdır. Şayet failin mağduru öldürme hususunda, zaten mevcut olan bir kararının yanında, mağdurun öldürülme talebi de ortaya çıkmış ise bu takdirde failin, “talebe bağlı olarak harekete geçmesi dolayısıyla” talep üzerine öldürme fiilini işlediğinden bahsedilemez¹⁶. Bu durumda diğer şartları da mevcut olmak kaydıyla “rızaıyla öldürme” hali gerçekleşir.

Talep üzerine öldürmede, failin mağdurun acılarını dindirme saikiyle hareket etmesine gerek bulunmamaktadır. Mağdur acılarından kurtulma düşüncesiyle öldürülmesini isteyebileceği gibi, ekonomik sıkıntılardan ve/veya psikolojik buhranlarından kurtulma, diğer etkenlere bağlı çaresizliklerini sonlandırma amacıyla da öldürülmesini talep edebilir. Failin, mağdurun hangi düşünceyle kendinin öldürülmesini istediğini bilmesine gerek yoktur. Failin bilmesi gereken şey mağdurun ölmek isteği ve bu isteğinin fail tarafından gerçekleştirilmesini ısrarla talep etmesidir¹⁷.

¹¹ Meral Şahin, Ekici, Ceza Hukukunda Rıza, 1.Baskı, İstanbul 2012, s.284.

¹² Artuk, “Talep ...”, s. 19. vd.

¹³ Johannes Wessels, - Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., Heidelberg 2007, kn. 156.

¹⁴ Wessels - Hettinger, kn. 156.

¹⁵ Artuk, “Talep...”, s.19-20.

¹⁶ Artuk, “Talep ...”, s.29.

¹⁷ Şahin, s.284.

Suçla ilişkin olarak genel yaklaşım bu olmakla beraber; aşağıda detaylı biçimde inceleneceği üzere İsviçre Ceza Kanunu, failin saikiyle ilgili olarak farklı bir yaklaşımda bulunmuş ve açık olarak “cezayı hafifleten nedenlerden” biri de olan “insan onurundan kaynaklı; özellikle merhamet, acıma duygusu” gibi saiklerle hareket etmesini, failde suçun oluşması için bir ön şart olarak aramıştır. Diğer bir ifade ile; İsviçre Ceza Kanunu, failin saikine önem atfederek “insan onurundan kaynaklı; özellikle merhamet, acıma duygusu” saikiyle davranmış olmasını aramaktadır.

Ötanazi, talep üzerine öldürme eylemlerinin bir görünüm biçimidir¹⁸. Buna karşın; ötanazi ile talep üzerine öldürme aynı anlama gelmemektedir. Talep üzerine öldürme, nitelik olarak ötanaziden oldukça geniş anlamlar ifade eder¹⁹.

Ötanazi ve “talep üzerine öldürme” arasındaki ilişki açıklanırken; “Talep Üzerine Öldürme” fiilinin suç olarak tanımlandığı Almanya, Avusturya ve İsviçre Ceza Kanunları’ndan yardım alınacaktır.

b. Almanya, Avusturya ve İsviçre Ceza Kanunları’nda “Talep Üzerine Öldürme” Suçu

Alman Ceza Kanunu; “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı §216;

“(1) Bir insanı; kendisinden açıkça ve ciddi bir biçimde talep etmesi üzerine, öldüren kimse, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suça teşebbüs cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

İsviçre Ceza Kanunu’nda yine “Talep Üzerine Öldürme” başlığıyla Art. 114’te yer alan fiil, Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye benzer bir düzenleme getirmiştir. Buna göre:

“İnsan onurundan kaynaklı; özellikle merhamet, acıma duygusu gibi saiklerle; bir insanı, ciddi ve ısrarlı biçimde talep etmesi üzerine öldüren kimse, üç yıla kadar hapis cezası ile veya para cezası ile cezalandırılır.”

Avusturya Ceza Kanunu’nu incelediğimizde ise İsviçre’den çok Alman Ceza Kanunu ile benzer bir hüküm düzenlediğini; hatta hemen hemen aynı düzenlemeyi getirmeyi tercih ettiğini görürüz.

¹⁸ Artuk, “Talep...”s.35.

¹⁹ Yenerer, Çakmut, s.153.

Buna göre yine “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı §77’de;

“Bir insanı; kendisinden ciddi ve ısrarlı bir biçimde talep etmesi üzerine, öldüren kimse, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” hükmü düzenlenerek, Alman Kanun Koyucusu ile aynı görüş benimsenmiştir. Ceza Hukuku’nda genel olarak “ilgilinin rızası”, hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Ancak mağdurun öldürülmek hususundaki rızası, kişinin yaşam hakkı söz konusu olduğundan, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyecektir. Her üç ülkenin de kanun koyucusu; “Talep Üzerine Öldürme” suçuna Ceza Kanunları’nda yer vererek, “mağdurun öldürülmek konusundaki rızasının”, “hatta bu yöndeki ısrarlı, ciddi ve açık talebinin” hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceğini, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıramayacağını teminat altına almıştır.

“Talep Üzerine Öldürme” suçu ile ilgili olarak Almanya ve Avusturya Ceza Kanunu düzenlemeleri ile İsviçre Ceza Kanunu’nun farklılaştığı nokta, suçun subjektif (manevi) unsurudur. Öyle ki İsviçre kanun koyucusu; madde hükmünde “failin saikine” de yer vererek suçun failine yönelik bir subjektif unsur öngörmüştür.

Buna göre; İsviçre Ceza Kanunu’nda yer alan “Talep Üzerine Öldürme” suçunun objektif unsuru, mağdurun ciddi ve ısrarlı talebi iken; subjektif unsuru, “failin belirli bir saikle, özellikle acıma duygusuyla” hareket etmesidir. Suçun objektif unsuruna dair İsviçre Kanun Koyucusu’nun düzenlemesi, Alman ve Avusturya Hukuku ile hemen hemen aynıdır.

İsviçre Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye göre, mağdurun talebi, faili suçu işlemede harekete geçiren ana etkidir²⁰. Fail, mağdurun böyle bir talebi olduğunu bilmeli ve bu talep üzerine harekete geçmelidir. Yani öldürülmek isteyen kişinin bu yöndeki talebi, failde “önceden mevcut olmayan” bir suç işleme düşüncesi ve kastı uyandırmalıdır.

Kısacası, suç işleme kararı ile talep arasında bir nedensellik bağı vardır. Buna ilaveten, failin insan onurundan kaynaklı (özellikle acıma duygusu) saiklerle harekete geçmesi gereklidir.

Burada “insan onurundan kaynaklı saikler” ile ifade edilen; esasında İsviçre Ceza Kanunu Art. 48/a1’de yer alan “cezayı hafifletici nedendir.” Do-

²⁰ Caroline Vohringer, Tötung Auf Verlangen, Peter Lang Verlag “Würzburger Schriften zur Kriminalwissenschaft” Band: 25, Frankfurt am Main, 2008, s. 182.

layısıyla burada ceza tayin edilirken ayrıca Art. 48/a1'in de uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

Bunun yanı sıra, İsviçre Ceza Kanunu, talep üzerine öldürme suçu için Alman ve Avusturya Ceza Kanunları'na nazaran daha hafif bir hapis cezası veya para cezası öngörerek; "Talep Üzerine Öldürme" suçuna konu olan fiili esasında hoşgörmüş, diğer iki ülkeye nazaran daha liberal bir yaklaşımda bulunmuştur.

"Talep Üzerine Öldürme" suçunun objektif unsurunu daha iyi açıklayabilmek için; Alman ve Avusturya Yüksek Mahkemeleri'nin bu suça ilişkin olarak geliştirdikleri bazı içtihatların üzerinde durulacaktır.

Avusturya Yüksek Adalet Mahkemesi (Oberster Gerichtshof OGH), 19 Şubat 2008 tarihli kararında²¹; "Talep Üzerine Öldürme" suçunun gerçekleşmesinin ön koşulunun; mağdurun ölme isteği ile ilgili, bir anlık ruh halinden kaynaklanan sarih rızası, ciddi ve ısrarlı talebi üzerine; failin de artık buna razı olması; yani failin kastının bu durumdan kaynaklanması olduğunu belirtmiştir.

Alman Yargıtayı (der Bundesgerichtshof/BGH) ise 7 Ekim 2010 tarihli kararında²²; §216'nın 1'inci fıkrasından yola çıkarak; "Talep Üzerine Öldürme" suçunun özelliğinin; mağdurun öldürülme talebinin faili suçu işlemek konusunda ikna edici derecede açık ve ciddi olmasından kaynaklandığını belirtmiştir.

Alman Yargıtayı; söz konusu kararda, mağdurun talebindeki açıklığının, yine o talebi oluşturan öldürülme isteğine ilişkin olacağını belirttikten sonra, yine mağdurun bu istek üzerindeki ciddiyetinin hangi kriterler ile belirleneceğinin üzerinde durmuştur.

Buna göre; mağdurun öldürülme yönündeki isteği, en başından itibaren serbestçe ve bilinçli bir şekilde karar verebilme yetisi ile ve bu kararın anlam ve kapsamını gerçekçi bir bakış açısıyla her yönüyle kavrayabilmesi ve böyle bir kararın sonuçlarını değerlendirebilmesi ile meydana gelmişse; yani mağdur, böyle bir isteği, "etki altında olmayan bir temyiz kudreti ve yeterli

²¹ OGH, 19.02.2008, 14 Os2 /0 8p <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20080219_OGH0002_0140OS00002_08P0000_000>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

²² BGH, 07.10.2010, 3 StR 168/10, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=600c13b6f056c40f8f067a2aea933e1c&nr=54702&pos=0&anz=1>>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

muhakeme yetisi altında” kararlaştırmışsa; §216’nın 1’inci fıkrası anlamında bir ciddiyetin varlığı tartışmasız olacaktır.

Böylelikle Alman Yargıtayı; §216’nın 1’inci fıkrası anlamında bir ciddiyetin varlığından söz edebilmenin, ancak iradenin oluşumuna etki eden bir hatanın söz konusu olmamasına bağlı olduğunu kaydettiği 22 Ocak 1981 tarihli içtihadını²³ daha da geliştirmiştir.

Bunun yanı sıra aynı kararda, mağdurun isteğinin oluşumunda ciddiyet unsuruna etki edecek yeteneklerin; yaşlılık, hastalıktan kaynaklı durumlar veya alkol ya da uyuşturucu/uyarıcı madde etkisi ile ortadan kalkması halinde ortaya çıkacak “öldürülme talebinin”, §216’nın 1’inci fıkrası anlamında bir ciddiyet unsurunu karşılamayacağı konusunda, Alman Doktrini’nin görüş birliği içinde olduğu da belirtilmiştir.

Karara konu olan olayla ilgili olarak da “depresif bir ruh halinden” doğduğu gerekçe gösterilerek, mağdurenin “öldürülme isteğinin” ve bundan kaynaklanan “öldürülme talebinin” §216’nın 1’inci fıkrası anlamında ciddi bir talep sayılmayacağına karar vermiştir.

c. Talep Üzerine Öldürme Suçuna İlişkin Türk Ceza Hukuku’ndaki Yaklaşımlar

“Talep Üzerine Öldürme” suçuna dair yapılan bu açıklamalardan sonra; suçun, gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda gerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmediğinin altını çizmeliyiz.

Bununla birlikte Ülkemizde, talep üzerine öldürme suçunun her ne kadar kanunlaştırma süreci henüz tamamlanmamış olsa da, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndan önce, özellikle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun değiştirilmesi çalışmaları esnasında, çeşitli TCK Ön Tasarı ve Tasarıları’nda Talep Üzerine Öldürme Suçu’na yer verilmiştir.

Nitekim 1987 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı’nın “İntihar” başlıklı 107’nci maddesinde, intihara yardım fiilleri, suç olarak kabul edilmişken; daha az ceza öngören “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı 106’ncı maddesinde, aktif ötanazi kapsamındaki hareketler düzenlenmiştir.

²³ BGH, 22.01.1981, 4 StR 480/80, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=600c13b6f056c40f8f067a2aea933e1c&nr=54702&pos=0&anz=1>>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

1987 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın 106'ncı maddesinde; “İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuur ve hareketlerinin serbestisine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve münhasıran hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” hükmü yer almıştır.

1989 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın 135'inci maddesinde, 1987 Ön Tasarısı'nın 106'ncı maddesindeki düzenlemeye benzer bir hükme yer verilerek “İntihar” başlıklı intihara yardım suçunun yer aldığı 136'ncı maddeden bağımsız bir suç tipi olarak “Talep Üzerine Öldürme” suçu düzenlenmiştir.

1989 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nın “Talep Üzerine Öldürme” başlıklı 135'inci maddesi;

“İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir” şeklinde düzenlenmiştir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere; aktif ötanazi kapsamındaki hareketlerin, intihara yardım veya insan öldürme suçlarına nazaran son derece az cezalar öngörülerek, suç olarak kabul edilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.

Talep üzerine öldürme suçu, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda intihar suçundan ayrı biçimde, daha az ceza öngören “Acıyı Dindirme Saiki” başlıklı 137'inci maddesinde düzenlenmiştir.

1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 137'inci maddesiyle; özellikle aktif ötanazi kapsamındaki hareketlerin, intihara yardım veya adam öldürme suçlarına nazaran son derece az cezalar öngörülme suretiyle, 1989 TCK Ön Tasarısı'nın 135'inci maddesinde yer alan ifadelerin aynısıyla, bu hareketlerin ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmesi gereği vurgulanmıştır.

Türk Ceza Kanunu 1997 Ön Tasarısı'nın 137'nci maddesinde adam öldürme suçunun özel bir şekli olarak yer almıştır.

Buna göre;

“İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulan bir kimseyi, şuur ve hareket serbestisi tam iken yaptığı ısrarlı talep-

leri üzerine ve hastanın ızdırabına son vermek saiki ile” öldüren kişi, “talep üzerine öldürme suçunun” faili olacaktır²⁴.

Burada dikkat çekilmesi gereken nokta; Tasarı’nın öngörmüş olduğu düzenlemenin tıpkı İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi faile yönelik subjektif unsur içerdiği, madde hükmünün failin saikine önem verdiğiidir.

Doktrinde, Tasarı’nın 137’nci maddesinin içeriğinin ötanaziye ilişkin olmasına rağmen, madde başlığının “Talep Üzerine Öldürme” şeklinde düzenlenmesini eleştiren bir görüş²⁵; ötanazi ile talep üzerine öldürme kavramlarının eş anlamlı kullanılmayacağını belirtmektedir.

Ötanazi ile “talep üzerine öldürme” kavramlarının eş anlamlı kullanılmayacağına katılmakla birlikte, kanaatimizce Tasarı’nın 137’nci maddesindeki düzenleme, “Talep Üzerine Öldürme” fiilinin Alman, Avusturya ve İsviçre düzenlemeleriyle paralellik arz etmektedir. Talep üzerine öldürme suçu, daha geniş bir kavram olarak esasında ötanaziyi de kapsamaktadır²⁶. Kısacası kanun koyucunun, Tasarı’daki düzenlemeyle “talep üzerine öldürme” ve ötanazi kavramlarını eş anlamda tuttuğu söylenemez.

Yine 2000 Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın “Acıyı Dindirme Saiki” başlıklı 140’ıncı maddesiyle, önceki Türk Ceza Kanunu Tasarıları’na uygun bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla birlikte; aktif ötanazi kapsamındaki hareketlerin, intihara yardım veya insan öldürme suçlarına nazaran son derece az cezalar öngörülmek suretiyle, ayrı bir suç tipi olarak kabul edilmesi gereği vurgulanmıştır.

Dikkat çekilmesi gereken husus; Türk Ceza Kanunu Ön Tasarı ve Tasarıları’nda “talep üzerine öldürme” suçunun ve dolayısıyla bu suçu oluşturan hareketlerden aktif ötanazi kapsamındaki hareketlerin, son derece yoğun olarak tartışılmasına ve kabul edilmesine rağmen; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer almamış olmasıdır.

2. Ötanazi ve İntihara İkna, İntihara Yardım Suçları

Sözlük anlamıyla intihar “bir kimsenin toplumsal ve ruhsal nedenlerin etkisi ile kendi hayatına son vermesidir”²⁷. İntihar yalnızca toplumsal ve

²⁴ Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı, İstanbul, 1999, s. 76.

²⁵ Artuk- Yenidünya, s 298

²⁶ Aynı görüşte: Artuk - Yenidünya, s 298.

²⁷ Türk Dil Kurumu, Günecel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=%C4%B0NT%C4%B0HAR>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

ruhsal nedenlere bağlı olmamakla birlikte; çeşitli kültürel, sosyal, ekonomik sebepleri de bünyesinde barındırır.

Bugün, Modern Ceza Hukuku'nda intihar edip de ölmeyen bir kimsenin cezalandırılması söz konusu olmamakta; intihar fiili, suç teşkil etmemektedir. Ancak genel olarak kanun koyucular; bir kimseyi intihara azmettiren, teşvik eden ya da bir kimsenin intihar kararını kuvvetlendiren veya bir kimsenin intiharına yardım eden failleri cezalandırarak “intihara ikna” ve “intihara yardım” fiillerini suç olarak düzenlemektedir.

İsviçre Ceza Kanunu “İntihara Teşvik ve Yardım” başlıklı Art. 115, “kişisel çıkarları için” bir kimseyi intihara teşvik eden veya bir kimsenin intiharına yardım eden bir kimsenin, “intihar edenin ölmesi koşuluyla” cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.

Madde hükmünde kişisel çıkar ile kastedilen, esasında intihar edenin ölmesi ile meydana gelecek miras, mali destek yükümlülüğünden kurtulma gibi ekonomik çıkarlardır²⁸.

Bunun yanında, kanun koyucunun, intihar edenin ölmemesi halinde failin cezalandırılmayacağı yönünde bir düzenleme getirdiğinin de altı çizilmelidir.

Avusturya Ceza Kanunu'nda ise “İntihara Yardım” başlıklı §78, bir kimseyi intihara teşvik etme veya bir kimsenin intiharına yardım etme fiillerini, İsviçre Ceza Kanunu düzenlemesinin aksine hiçbir koşul öne sürmeksizin suç olarak düzenlemiştir.

Alman Ceza Kanunu'nun “intihara yardım ve intihara teşvik” konularına yaklaşımı ise çok daha farklıdır. Buna göre Avusturya ve İsviçre düzenlemelerindeki anlamıyla intihara yardım veya intihara teşvik fiilleri, Alman Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmemiştir. Somut olayın özelliklerine göre fiil, “Talep Üzerine Öldürme” suçu kapsamında değerlendirilebilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise “İntihara Yönlendirme” başlıklı 84'üncü maddesinin 1'inci fıkraya hükmü ile hem intihara yardım hem de intihara ikna fiillerini suç olarak düzenlemiştir.

²⁸ Mario M. Marti, “Sterbehilfe in der Schweiz”, Schweizerische Ärztezeitung 83: Nr 12, Bern, 2002, s. 571. <<http://www.saez.ch/docs/saez/archiv/de/2002/200212/2002121359.PDF>> Erişim Tarihi: 20.05.2013.

II. Ötanazi

A. Çeşitleri

1. Ölüm Zamanına Yakınlığı - Uzaklığı İtibarıyla Ötanazi Çeşitleri

Ötanaziye muhatap olacak kimsenin, objektif kıstaslara göre, normal ölüm zamanına uzaklığına ve/veya yakınlığına göre yapılan bu çeşitlendirmede, ötanazi, “dar anlamda”, “geniş anlamda” ve “en geniş anlamda” ötanazi olmak üzere üç kısma ayrılmaktadır.

Bu ayırma göre; dar anlamda ötanazide ölümün eşiğinde ve kurtuluşu imkânsız, ümitsiz vaka statüsünde bir hasta söz konusudur. Bu hastanın acılarının bir an önce dindirilmesi, acılarından kurtarılması amacıyla hastanın da talebi üzerine kendisine ötanazi uygulanarak yaşamı sonlandırılır.

Geniş anlamda ötanazide ise şifasız ve ölümcül bir hasta söz konusudur; fakat hastanın ölüm zamanının, bir kısım verilerin objektif değerlendirilmesi neticesinde, uzak bir tarihte olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla; tedavisi olanaksız bir hastalık ile ilerde meydana gelecek ölüm arasında nedensellik bağı kurulabilmesi mümkündür. Ancak bu sürecin uzunluğu dikkate alındığında, araya girebilecek diğer etkenler de, ölümcül hastalıktan bağımsız olarak, kendiliğinden ölüm sonucuna etki edebilecektir. İşte böyle bir hastanın, uzak tarihlerde kendisini öldürme potansiyeline sahip hastalığı nedeniyle, “talep etmesi üzerine” uygulanan ötanazi, “geniş anlamda ötanazi” kavramını ifade eder.

En geniş anlamda ötanazi ise kimi insanların yaşamlarını önemsiz gören bir ırkçı düşüncenin ürünü olup, tedavi edilmeleri mümkün olmayan akıl hastaları ile bitkisel hayata girmiş insanların hayatlarını, tedavi süreçlerinin daha fazla maliyet oluşturmaması için sona erdirmeye yönelik bir ötanazi çeşididir.

2. Ötanazi Uygulanacak Kimsenin İradesi Dikkate Alınarak Yapılan Ötanazi Çeşitlendirmesi

Ötanazi, muhatabın; yani yaşam hakkı sonlandırılacak kimsenin iradesi dikkate alınarak “istemli ötanazi” ve “istemsiz ötanazi” olarak ikili bir ayırma tabi tutulabilir.

İradi yani istemli ötanazinin söz konusu olabilmesi için; ilgili kimsenin, yaşamının sonlandırılmasına yönelik talebini, iradesi hata, hile, tehdit sonucu etkilenmeden ve temyiz kudretine sahip, bilinci açık, böyle bir talebin doğuracağı sonuçları algılayabilecek halde iken, özgürce ve açıkça bildirmesi gerekmektedir.

İstemli-iradi ötanazide ortaya çıkan sorunlardan biri de hasta-hekim ile hasta-hemşire arasındaki güven ilişkisinin hasta tarafından verilen karara etkisi sorunudur.

Nitekim; hasta kendi hastalığı ve tedavisi bakımından ne derece aydınlatılmış olursa olsun; sonuç olarak her zaman bunları anlama ve değerlendirme yetisine sahip olduğu ifade edilemez. Hastanın tedavisini yapan hekim ve hemşireye karşı oluşan güveni²⁹ nedeniyle, kendisi için uygulanan tedaviyi sorgulama olanağı da ortadan kalkmaktadır. Bu yönüyle, hastanın kendi yaşamının sonlandırılması kararı üzerinde, bu kimselerin düşüncelerinin etkisinin bulunduğu inkâr edilemez bir gerçektir.

Dolayısıyla istemli-iradi ötanazide hastanın kararının ne derece hür ve serbest bir karar olduğu tartışmalıdır.

İstemsiz ötanazide ise yaşamı sonlandırılacak olan kimsenin ya bilinci kapalıdır ya temyiz gücüne sahip değildir ya da yaşı nedeniyle bu yönde bir talepte bulunmaya ehil değildir³⁰. Dolayısıyla yaşamda kalmasına ya da yaşamının sonlandırılmasına dair bir irade açıklamasında bulunabilecek veya talep ileri sürecek durumda değildir. Bu durumda ilgilinin yaşamının akıbeti ile ilgili verilecek karar, yani ötanazi talebi, hastanın yakınları tarafından ileri sürülmektedir.

3. Ötanazi Eyleminin İşleniş Biçimine Göre Yapılan Çeşitlendirme

Ötanazi eyleminin işleniş biçimine göre yapılan çeşitlendirmede; ötanazi aktif ve pasif ötanazi olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Aktif ötanazi ifadesinden tam olarak ne anlaşıldığı, hangi koşulları içermesi gerektiği, ne tür müdahalelere özgü düşünüldüğü gibi açıklama ve net-

²⁹ Fatma, Öz, “Ötanazi”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 1998;6(1):40-7, s.40 v.d. Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi. <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-otanazi-34854.html>>, Erişim tarihi, 28.07.2013.

³⁰ Inceoğlu, s.217 vd.

lik isteyen konular, oldukça geniş ve değerlendircinin her zaman yorumuna açıktır. Bu yönüyle “aktif ötanazi” günümüz itibarıyla kavram karmaşası yaratmaya müsait anlamlar içerebilen bir ifadedir. Bu nedenle yoruma açık belirsiz bir kavramın uygulamaya dönüşmesi halinde, etik bakımından sakıncalı birçok sonucun ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu belirsizlik, ötanazinin etik değerlerimiz yönünden kabul edilip-edilmemesi, meşru kılınıp-kılınmaması, yasal bir nitelik kazanıp-kazanmaması konusunda derin bir kaygı ve kuşku ortamı oluşturmaktadır³¹.

Aktif ötanazide iyileşmesi mümkün olmayan hastanın ölümü; daha fazla ızdırap çekmemesi adına, icrai bir hareketle³² sağlanır. Burada, örneğin hastanın damarına yüksek dozda ilaç zerk edilmesi gibi ani bir ölümü sağlayacak yöntemlerin kullanılması söz konusu olabilir³³. Aktif ötanazi, hasta tarafından talep edilmişse “gönüllü aktif ötanaziden” bahsedilir³⁴.

Aktif ötanazide hareketin niteliğinin büyük önemi vardır³⁵. Aktif ötanazi ile “kasten öldürme” arasındaki farkı ortaya koyması bakımından, vurgulamamız gereken husus; aktif ötanazinin öldürme sonucu doğuracak her türlü hareketle işlenmesinin mümkün olmadığıdır. Ötanazinin anlamı da dikkate alındığında; bu kapsamda değerlendirilebilecek, yaşamın sonlandırılması işlemlerinin, hekim tarafından ilgiliye ilaç verilmesi suretiyle³⁶ gerçekleştirilmesi gerektiği açıktır.

Bunun yanında; aktif ötanazi içerisinde değerlendirilebilecekken; doktrinde³⁷ bağımsız bir ötanazi türü olarak tasnif edilmiş “asiste intiharin” üzerinde durmakta yarar vardır.

Asiste intiharda, ölüm sonucunu doğuran hareketlere destek olma şeklinde harekette bulunma söz konusudur. Asiste intiharda, ölüm sonucunu

³¹ Erdem, Aydın, “ “Buzda Kaymak” ve Biyoetik”, Türkiye Klinikleri J. Med. Ethics. 1997;5(1):28-31/ Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku - Tarihi Dergisi, s. 29. <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-buzda-kaymak-ve-biyoetik-42235.html>>, Erişim Tarihi 27.07.2013.

³² Nur, Centel - Hamide Zafer - Özlem Çakmut, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, İstanbul, 2006, s. 323.

³³ İnceoğlu, s.135.

³⁴ Sulhi, Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 1995, s.29.

³⁵ Muharrem, Özen – Meral, Şahin, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı, 2010/4, s. 19.

³⁶ İnceoğlu, s.135.

³⁷ Kudret, Güven, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara, 2000, s. 56.

doğuran son fiil, hasta tarafından yapılmaktadır; bu nedenle ölüm anına kadar devam eden hastanın ölme isteği, hastanın bu konudaki iradesinin sürekliliğini ve ısrarını ortaya koymaktadır. Kişinin bilinci açıkken uygulanan bir müdahale olması dolayısıyla asiste intiharda; hasta yakınları, mirasçıları gibi üçüncü kişilerin iradelerine ihtiyaç gerekmemektedir³⁸.

Pasif ötanazide ise aktif ötanazinin aksine ani bir ölüm değil, zamana yayılan yavaş bir ölüm oluşur. İnsan yaşamının devam etmesi için zorunlu tedavilerin durdurulması veya hiç uygulanmaması olarak tanımlanabilir³⁹.

Buna göre; pasif ötanazi, “olumsuz bir fiil ile yapılan”⁴⁰ ötanazi çeşididir. Yaşam destek ünitesi tedavisine başvurmama, hastanın yaşamını uzatacak müdahaleleri yapmama şeklinde vuku bulabilir.

4. Karar Verecek Mercie Göre Yapılan Ayrım

Ötanazi uygulaması, yargı kararı ile veya hekim kararı ile uygulanabilir. Bu yöndeki ayrım, ötanaziyi kazai ötanazi ve medikal ötanazi olarak konumlandırmaktadır. Ötanazinin uygulanması; bir mahkeme kararına dayanıyorsa kazai ötanazi, yalnızca hekimin kararına dayanıyorsa medikal ötanaziden bahsedilir.

B. Unsurları

Ötanazinin çeşitli uygulanma biçimlerinden bahsettikten ve talep üzerine öldürme suçu ile intihara yardım ve teşvik suçlarından farklılaştığı noktaları belirttikten sonra; ötanazinin unsurları üzerinde durmak ve tekrar; bu unsurları da kapsayan bir ötanazi tanımı yapmak yararlı olacaktır. Zira, içinde bu unsurları barındırmayan bir ötanazi uygulaması, somut olayın özelliklerine göre “kasten insan öldürme” veya “talep üzerine öldürme” suçları kapsamında değerlendirilebilecektir.

Buna göre; ötanazinin uygulanması, öncelikle ötanaziye maruz kalacak kişide bir hastalığın varlığını zorunlu kılar. Bunun yanında, hastalık; şifasız, tedavisi mümkün olmayan veya tedavisi mümkün olmakla birlikte herhangi bir sebeple şifası imkânsız hale gelen bir hastalık olmalıdır.

³⁸ Güven, s. 57.

³⁹ Dönmezer, s.30.

⁴⁰ Artuk - Yenidünya, s 302.

Yani tıp biliminin geldiği noktada; şifası imkânsız, tedavisi mümkün olmayan, vaktinden önce ölüme sebebiyet verecek bir hastalık söz konusu olmalıdır⁴¹.

Aynı zamanda hastalığın hastaya büyük acılar vermesi de ötanazide aranan bir diğer unsurdur. Zira ötanazinin amacı, zaten öleceği kesin olan hastanın yaşamına bir an evvel son vererek veya yaşam süresini kısaltarak çektiği ızdırapları sonlandırmaktır.

Doktrinde, hastalık kavramının geniş anlamda ele alınması gerektiği ve bu kavramın esasında her türlü hastalığı kapsadığı ifade edilmiştir⁴². Fakat böyle bir tespit, ötanazinin fizik beden ile ilgili bir uygulama olduğunu göz ardı etmiştir. Öyle ki ötanazideki amaç zaten öleceği kesin olan bir hastanın yaşam süresinin kısaltılarak veya yaşamına derhal son verilerek ızdıraplarından kurtarılmasıdır. Dolayısıyla depresyon, şizofreni gibi psikiyatrik veya psikolojik hastalıkların fizik bedenin ölümü ile bir ilgisi olmadığı da ele alındığında; hastalık unsurunun geniş anlamda algılanması gerektiği yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Zira “en geniş anlamda ötanazi” şeklinde uygulanan ötanazi, bugün modern hukuk sistemlerinde kabul görmemektedir. Bu sebeple de ötanazinin unsurları; tedavisi mümkün olmayan akıl hastalıkları gibi hastalıklara sahip olan bireyleri de ötanaziye tabi tutabilen bu anlayış göz ardı edilerek belirlenmelidir. Kanaatimizce, ötanazinin hastalık unsuru; yalnızca fizik bedene ilişkin olacak biçimde dar anlamda anlaşılmalıdır.

Ötanaziye ilişkin bir diğer unsur ise ötanazi talebinin veya ötanaziye ilişkin rızanın hasta tarafından belirlenmesidir. Daha açık bir ifade ile ötanazi; hasta tarafından talep edilecek veya hasta, ötanaziye rıza gösterecektir. Rıza, sarih ya da zımni olabilir. Bununla birlikte; hastanın dış dünyaya yansıyan talep veya rıza hakkındaki iradesinin; tıpkı yukarıda, “Talep Üzerine Öldürme” suçunun objektif unsurunu açıklarken belirttiğimiz koşulları taşıması gerektiğinin altını çizmeliyiz. “Talep Üzerine Öldürme” suçunun objektif unsurunu açıklarken, Alman Yargıtayı’nın depresyondaki bir kimsenin öldürülme talebine itibar etmediğini belirtmiştik. Kısacası, ötanaziye ilişkin talep veya rızanın, hukuk açısından sağlıklı bir irade tarafından oluşturulup oluşturulmadığına dikkat edilmelidir.

⁴¹ Artuk - Yenidünya, s 303.

⁴² bkz. Artuk - Yenidünya, s 303.

Bununla birlikte; talep veya rızasının elde edilmesi mümkün olmayan hastalar için ötanazinin uygulanıp uygulanmayacağı da genel olarak o ülkenin kanunlarında düzenlenir.

Tüm bu unsurları göz önüne alarak ötanazinin; tedavisi mümkün olmayan, şifasız bir hastalık sonucu ızdıraplar içinde olan bir hastanın, ızdıraplarına son vermek amacıyla yaşamının sonlandırılması veya yaşam süresinin kısaltılması olduğunu söyleyebiliriz.

III. Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı Maddesinin 2'nci Fıkrasında Yer Alan "İlgilinin Rızası" Hükmü Karşısında, Ölmek İstemli Talepleri Karşılamaya Yönelik Eylemlerin Hukuka Uygunluğu veya Aykırılığı Sorunu

Suçun unsurlarından biri de hukuka aykırılık unsurudur. Hukuka aykırılık kavramından anlaşılması gereken şey; işlenen fiilin bütün hukuk düzeni ile çatışma halinde olması ve hukuk düzenine çelişki arz etmesidir⁴³. Diğer bir anlatımla; işlenen fiile, yürürlükte olan hukuk mevzuatının izin vermemiş olması, o fiilin hukuka aykırı olduğunu ortaya koyar.

Ceza Kanunu'nda veya ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan bir suça neden olan fiilin işlenmesine, yürürlükte bulunan hukuk kurallarından herhangi biri izin vermişse; bu durumda işlenen fiil, hukuka aykırı olma niteliğini kaybeder ve hukuka uygun hale gelir⁴⁴.

İşlenen fiilin hukuka uygun olarak kabul edildiği hallerde ise bu fiil bir suçun oluşmasına olanak vermez. Bir diğer ifadeyle, hukuka uygun sayılan fiille suç işlenemez. Yani fiilin hukuka uygun olarak kabul edilmesi halinde, bu durum, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracığından; suçun unsurlarından biri kabul edilen hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecek, bu suretle suç olgusundan da bahsedilemeyecektir.

İşlenen fiilin hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldıran, o fiilin işlenmesine izin vermek suretiyle hukuka uygun hale getiren hallerden biri de 5237

⁴³ M. Emin Artuk – Ahmet, Gökçen – A. Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara 2013, s.369 vd; Dönmezer – Erman, Cilt II, n.665 vd; Köksal Bayraktar, Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri, in:Ceza Hukuku Günleri 70.Yılında Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997, İstanbul), İstanbul 1998, s.68 vd.

⁴⁴ Artuk- Gökçen-Yenidünya, s. 370; Dönmezer-Erman, Cilt II, n.665 vd;

sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş olan “ilgilinin rızasıdır”.

Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez*” hükmü yer almaktadır.

Kanun'da yer alan bu düzenlemeye göre; bir suçun oluşmasına neden olan fiilin işlenmesinde, o suçla korunan hukuki yararın ait olduğu kimse tarafından hukuki yararın ihlaline izin verilmiş, rıza gösterilmişse; artık işlenen fiilin hukuka aykırılık vasfı ortadan kalkacağından, fiil hukuka uygun olarak işlenmiş sayılacak, dolayısıyla suç da meydana gelmeyecektir⁴⁵.

İlgilinin rızası ya suçun unsurlarından tipikliği ortadan kaldırmak suretiyle fiilin suç sayılmasını engeller ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak suretiyle işlenen fiile bağlı bir suçun oluşmasına meydan vermez⁴⁶.

Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasındaki düzenlemeye göre ilgilinin rızasının geçerli olabilmesi ve bu rıza kapsamında işlenen fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için;

Öncelikle “suçun konusu üzerinde mağdurun serbestçe tasarruf hakkına sahip olması” gerekir. İkinci olarak ilgilinin rıza açıklamaya veya göstermeye yeterli kabul edilmesi, yani “rızaya ehliyet”inin bulunması gerekir. Son olarak; ilgilinin rızası, fiilin işlenmesinden önce veya en azından fiilin icra hareketlerinin tamamlanmasından önceki ana kadar, açık veya zımni, yazılı veya sözlü olarak ortaya konmuş olmalıdır.⁴⁷

Bu kapsamda; yaşam hakkı konusunda kişinin serbestçe tasarruf hakkına sahip olmadığı ve bu nedenle de üçüncü kişilerin bireyin yaşamını sonlandırma sonucu doğuracak hareketlerine ilişkin olarak ilgilinin rıza açıklamasının geçerli olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁸.

⁴⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 433; Kayıhan, İçel – Füsün Akıncı Sokullu – İzzet Özgenç – Adem Sözüer – Fatih, S. Mahmutoğlu- Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, s.179 vd.; Ayhan, Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II-III, İstanbul 1992, s.209 vd.

⁴⁶ Artuk- Gökçen-Yenidünya, s. 433

⁴⁷ Artuk- Gökçen-Yenidünya, s. 439.

⁴⁸ Şahin, Ekici, s.263, Yenerer Çakmut, s.153.

Doktrinde;⁴⁹ ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere” ifadesinden, kişinin bizzat kendi yaşamı üzerinde tasarruf etme hakkının bulunmadığı sonucunun çıkarılamayacağı ifade edilmiştir.

Bu görüşün haklılığını ortaya koyması bakımından, Türk Ceza Kanunu'nda ya da ceza hükmü içeren diğer kanunlarda bağımsız biçimde düzenlenmiş “intihar suçunun” yer almadığının altını çizmeliyiz.

Kişinin yaşamı üzerinde mutlak surette tasarruf etme hakkının olmadığı kabul edilmiş olsaydı - fail-mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmeyeceği kuralı bir yana bırakılacak olursa - en azından “intihara teşebbüs” eylemlerini gerçekleştiren kişi bakımından, bu hareketleri suç olarak kabul eden bir düzenlemenin söz konusu olması gerekirdi.

Çalışma konumuzla ilgili olarak tartışılması gereken hususlar şunlardır:

a) İlgili kendi isteğiyle, bizzat kendisi, kendi yaşam hakkını sonlandırabilir mi?

b) Kişi, kendi rızasıyla, başkalarından yaşamını sona erdirmek için talepte bulunabilir mi?

c) Bu durumda, rızaya bağlı olarak başkasının yaşamını sona erdiren kimsenin eylemi, hukuka uygun olarak kabul edilebilir mi; yoksa bu eylem, hukuka aykırılığını devam ettirerek suçun oluşumuna neden olabilir mi?

Sorunları tartışmadan önce; “yaşam hakkının” hukuken korunmasına dair ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde yer alan düzenlemelerin irdelenmesi gerekmektedir.

AİHS'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasında; “Herkesin yaşam hakkı, yasanın koruması altındadır.” hükmü yer almaktadır.

AİHS'nin 2'nci maddesinde koruma altına alınan yaşama hakkı, özellikle üçüncü kişiler tarafından bireyin yaşamına yönelik yapılacak hukuka aykırı saldırıların önlenmesi amacıyla öngörülmüş bir haktır. Diğer bir ifadeyle bu maddeyle koruma altına alınan yaşam hakkı, bireyin kendisine rağmen bir koruma sağlamaz⁵⁰.

⁴⁹ Yener, Ünver, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, in. Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel,, 1.Baskı, İstanbul 2011, s. 41.

⁵⁰ Ünver, s.37.

Dolayısıyla, intihar eden kişinin bizzat kendi eylemleri suç olarak kabul edilmemektedir.

Diğer bir anlatımla kendi yaşamını kendi eylemleriyle sona erdiren kişi bakımından, bu sonucu gerçekleştirmeye yönelik hareketler, suç oluşturmayacaktır.

Ötanazi hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ileri sürülüp sürülemeyeceği, bireylerin “ölme hakkının” bulunup bulunmadığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında tartışılmıştır.

Özellikle 29.07.2002 tarihinde karara bağlanan Pretty/İngiltere⁵¹ davasında; Sözleşme’nin yaşam hakkına dair 2’nci maddesi üzerinden “ölme hakkının” varlığı kabul edilmemiştir.⁵²

Bunun yanında; 20 Ocak 2011 tarihinde karara bağlanan Haas/ İsviçre davasında, bireysel özerkliği kapsayan, özel hayatın gizliliği ile yaşam hakkı arasındaki bağlantı yeniden değerlendirilmiştir⁵³. Bu davaya ilişkin verilen kararda ise bireyin kendi yaşamını nasıl ve ne zaman sonlandıracağı konusunda, kendince karar verme hakkının bulunduğu kabul edilmiş; ancak bu talebi karşılamaya yönelik olarak “devletin intihara yardım etmesi gerektiği yolundaki pozitif yükümlülüğü” reddedilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan düzenlemeye benzer biçimde 1982 Anayasasının 17’nci maddesinde; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir.

Yine Anayasamızın 15’nci maddesinin 2’nci fıkrasında; “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz” hükmü yer almaktadır.

Anayasa’da yer alan bu düzenlemeler; AİHS’nin 2’nci maddesinde yer alan yaşam hakkının korunmasına ilişkin düzenlemeye paralellik arz ederek,

⁵¹ Pretty/Birleşik Krallık, Application no. 2346/02,29.04.2002, 4th Section, ECHR 2002-III, Final 29.07.2002

⁵² Daha geniş bilgi için bkz. Emrah Bertil, Oder, “Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, in. . Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel,, 1.Baskı, İstanbul 2011, s. 12-17.

⁵³ Oder, s.18.

yaşam hakkının sahibine, yaşamının üçüncü kişiler ve/veya siyasal iktidar tarafından sonlandırılmasına yönelik eylemlere karşı bir koruma sağlamaktadır⁵⁴.

Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesinde yer alan intihara yönlendirme suçu, bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiş olsaydı; Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan ilgilinin rızası, kişinin kendi isteğiyle yaşam hakkını sonlandırmaya yönelik eylemleri hukuka uygun hale getirebilir miydi?

Ünver'e göre, Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesinde yer alan suç düzenlenmemiş olsaydı, ilgilinin rızası, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilecek ve dolayısıyla kendi isteğiyle yaşamını sonlandıran kimseye yardım etme kapsamındaki hareketler de ilgilinin rızası nedeniyle, Türk Ceza Kanunu'nun 81 ve devamı maddelerinde yer alan insan öldürme suçuna yardım olarak değerlendirilemeyecektir.⁵⁵

Bu görüşün kabul edilmesi, "ilgilinin rızası" kavramını oldukça genişletecek, bireyin mutlak surette tasarruf etme hakkı bulunmayan alanlarda dahi belirtilen rızasının geçerli olacağını kabul etme sonucunu doğuracaktır.

Kanaatimizce; her ne kadar AİHS'nin 2'nci ve 1982 Anayasası'nın 15/2 ile 17/1'inci maddelerinde yer alan yaşam hakkı, bireyin bu hakkına yönelik saldırılara karşı yaşamının korunmasını temin edecek biçimde düzenlemiş ise de, bu maddelerin zıt anlamından, bireyin kendi yaşamını sona erdirmeye yönelik hareketlerine üçüncü kişilerin yardım etmesine izin verildiği sonucu çıkarılamaz.

Kaldı ki, bireyin yaşam hakkını ortadan kaldırma sonucunu doğurabilecek, üçüncü kişilerden kaynaklanan doğrudan ve/veya dolaylı hareketler, zaten AİHS'nin 2'nci ve 1982 Anayasasının 15/2 ile 17/1'inci maddeleriyle yasaklanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu; ötanaziye ilişkin bir hükme yer veremeyerek esasında insan yaşamına dair çok önemli bir gerçekliği görmezden gelmiştir. Peki ötanazi uygulayan bir kimse Türk Ceza Kanunu kapsamındaki suçların hangisini işlemiş sayılacaktır?

⁵⁴ Ünver, s.38.

⁵⁵ Ünver, s. 38.

Belgesay’a göre⁵⁶; hastanın rızası üzerine onu öldüren kimse, onun intiharına yardım etmiş olmaktadır. Bu görüşten yola çıkmamız halinde, Türkiye’de ötanazi uygulayan failin, Türk Ceza Kanunu’nun 84’üncü maddesinin 1’inci fıkrası anlamında “intihara yardım” suçunu işlemiş olacağını kabul etmemiz gerekecektir.

Bu görüş, ötanaziyi uygulamanın yalnızca hekimlere münhasır olduğundan yola çıkılarak eleştirilmiştir. Zira intihar söz konusu olduğunda kişi, kendi yaşamını kendi iradesiyle kendi kendine sonlandırır. Ancak burada ötanaziyi uygulamak konusundaki yetkinin kime ait olacağı konusu önem arz etmektedir. Türk kanun koyucusu, bu yönde bir düzenleme getirmediği için Belgesay’ın görüşünü bu noktadan eleştirmek yanlış olacaktır.

Bununla birlikte; hekimler dışındaki kimselerin, şifası mümkün olmayan hastalıklar dolayısıyla ızdırap çeken bir hastayı talep/rıza üzerine öldürmesi de ötanazi kapsamında değerlendirilebilirken⁵⁷; genel olarak ötanazi uygulamasına yönelik düzenlemeler getiren ülkeler ve yine Türk Hukuku’nda ötanazinin düzenlenmesine ilişkin yapılan tekliflerde, bu işlemin yalnızca hekimler tarafından uygulanması gerektiğinin belirtildiğinin altı çizilmelidir. Dolayısıyla, Belgesay’ın görüşünde haklı olup olmadığı; ancak Türkiye’de ötanaziye ilişkin bir düzenleme yapılması durumunda, ötanaziye ilişkin yetkinin kime ait olacağı konusu açığa kavuşturulduğunda ortaya çıkacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile diğer mevzuat birlikte değerlendirildiğinde aktif ötanazi kapsamındaki fiilerin “kasten öldürme” (TCK m. 81), pasif ötanazi kapsamındaki fiillerin ise “kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu” (TCK m. 83) teşkil edeceğini ifade edebiliriz.

01.08.1998 ve 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Hasta Hakları Yönetmeliği’nin” “Ötanazi Yasağı” başlıklı 13’üncü maddesi ile de ötanazi açıkça yasaklanmıştır. Yönetmelik’in 13’üncü maddesiyle, tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemeyeceği, kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemeyeceği belirtilmiştir.

Yine Yönetmelik’in “Tedaviyi Reddetme ve Durdurma” başlıklı 25’inci maddesiyle, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz so-

⁵⁶ Mustafa Reşit Belgesay, “Tıbbi Mesuliyet”, İstanbul, 1954, s. 73’ten Aktaran Sibel İnceoğlu, s.75.

⁵⁷ Artuk - Yenidünya, s. 304.

nuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hastanın kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetme veya durdurulmasını isteme hakkına sahip olduğu ve böyle bir durumda tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerektiği düzenlenmiştir.

19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin” 2’nci maddesi, hekimin en önemli görevini; insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek olarak belirlemiştir. Nizamname’nin 13’üncü maddesinin 3’üncü fıkrası ile hekimin teşhis, tedavi veya korumak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamayacağı düzenlenmiştir.

Böylelikle hem ötanazi hem de talep üzerine öldürme kapsamında değerlendirilebilecek diğer fiiller, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ile de yasaklanmıştır.

IV. Ötanaziye İlişkin Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler

Almanya: Almanya’da aktif ötanazi⁵⁸, Alman Ceza Kanunu’nda düzenlenen “Talep Üzerine Öldürme” suçunun bir alt tipini teşkil etmektedir. Dolayısıyla aktif ötanazi uygulayan fail, §216 kapsamında cezalandırılacaktır. Pasif ötanaziye ise belirli şartlar altında izin verilmektedir. Buna göre; hastanın iyileşme şansının mümkün olmadığı ve hastanın bu yöndeki iradesi mutlaka tespit edilmiş olmalıdır.

Avusturalya⁵⁹: Avusturalya’da Northern Territory “federe devleti”, 1996 yılında aktif dolaysız ötanaziye ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Böylelikle, Northern Territory, aktif direkt ötanaziye suç olmaktan çıkararak ve buna ilişkin Kanun’u parlamentoda yapılan oylama ile kabul eden ilk federe devlet olmuştur.

Ancak, ötanaziye serbest kılan “Şifasız Hastaların Haklarına dair Kanun (Terminally Ill Act)” 25 Mart 1997 tarihinde yine parlamentoda yapılan oylama neticesinde yürürlükten kaldırılmıştır. Böylelikle ötanazi serbestisi,

⁵⁸ İnci, Hot - Hanzade, Doğan, “Almanya’da Ötanaziye Yaklaşım”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2006;14(2):92-5, s. 92 vd.-Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-almanyada-otanaziyeyaklasim45738.html>>, Erişim Tarihi, 15.07.2013.

⁵⁹ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Avusturalya’da yerel ölçekte kalmış ve kısa süreli bir ömür sürmüştür. Avusturalya’nın bugünkü hukuk sistemi, ne aktif dolaysız ötanaziye ne de intihara yardım fiiline cevaz vermektedir.

Avusturya⁶⁰: Hasta Kararı Kanunu (das Patientenverfügungsgesetz), 2006 yılında Avusturya Parlamentosu’nda kabul edilmekle, belirli şartlar altında dolaysız pasif ötanazinin uygulanması serbest bırakılmıştır. Buna göre; pasif ötanaziye ilişkin hasta kararını içeren irade açıklaması; noter, avukat veya hukuken yetkili bir hasta temsilcisinin önünde yapılacaktır. Bunun yanı sıra hasta, kararın sonuçları ile bu karardan dönmesinin süre kısıtı olmadan mümkün olduğu ile ilgili olarak da bilgilendirilmelidir.

Amerika Birleşik Devletleri⁶¹: Amerika Birleşik Devletleri’nde ötanaziye ilişkin tüm federe devletleri bağlayan ortak bir kanun mevcut değildir. Bu konu hakkındaki düzenlemeler, her bir federe devlet tarafından ayrıca yapılacaktır.

Amerika Birleşik Devletleri’nin Oregon Eyaleti’nde ötanazi, 1994 yılında “Death with Dignity Act” ile hukuk alanına dahil olmuştur. Kanun’a göre; ötanazi için gerekli şartlar şunlardır:

1. Hastanın 6 aydan az ömrü kaldığına dair, en az iki doktor görüş birliği içinde olmalıdır.
2. Hasta, hukuken ergin olmalıdır.
3. Hastaya, ötanazi uygulaması için 15 günlük bekleme süresi verilmektedir. Bu süre zarfında hasta, ölme talebini en az iki kez sözlü olarak ve bir kez de yazılı olarak beyan etmelidir.

Oregon Eyaleti’nden sonra, Washington Eyaleti de, ötanaziyi yasallaştırmıştır. Böylelikle ötanazinin yasal olduğu ikinci eyalet olarak, yine Oregon Eyaleti ile oldukça benzer nitelikte düzenlemeler getirmiştir.

Belçika: Belçika’da ötanaziye ilişkin düzenleme, 2002 yılının Eylül ayından beri yürürlükte olan “Ötanazi hakkında Kanun” (das “Gesetz bezüglich der Euthanasie” - loi de l’euthanasie) ile getirilmiştir. Bu Kanun ile hekimlerin, belirli şartlar⁶² altında ötanazi uygulamaları serbest bırakılmıştır.

⁶⁰ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁶¹ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁶² Gesetzesentwurf bezüglich der Euthanasie, 5.11.2001, <http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/Gesetz_Belgien.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Buna göre Kanun, ötanazi için gerekli şartları belirlemekte ve bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecek bir kontrol komisyonu kurulmasını da emretmektedir.

Danimarka⁶³: Danimarka’da aktif ve pasif ötanazinin hukukun düzenleme alanına gimesi, 1992 yılına tekabül eder. Düzenlemeye göre; her vatandaş, yazılı rızasının olması koşuluyla, suni solunum cihazına bağlanmak gibi yaşam süresini uzatıcı muameleleri önceden reddetme hakkına sahiptir. Bunun yanında hastalar, ölümü hızlandıracağı bilinse bile kendi istekleri üzerine acılarını dindirmek adına ağrı kesici madde kullanmakta serbesttirler.

Fransa⁶⁴: Fransız Ceza Hukuku’nda ötanaziyi düzenleyen ayrı bir mevzuat bulunmamasıyla birlikte konu Fransız Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemeler bağlamında çözülmektedir.

Fransız yazarlardan Cannaud⁶⁵, hukuki açıdan ötanaziyi tanımlanın zorluğu nedeniyle ötanazi kavramının kullanılmasının büyük riskler içerdiğini, ifade etmektedir. Ötanazi halinde yaşamı sona erdirici hareketlerin hastanın acılarından kurtulmasını sağlamak saikiyle mi yoksa hastayı kasten öldürme düşüncesiyle mi yapıldığının tespitinin mümkün olmaması dolayısıyla; görünen niyetin gerçek niyeti gizlemesi her zaman ihtimal dahilinde olacaktır ve bu nedenle de ötanazi halinde, eylemin hukuka uygun sayılması mümkün olmayacaktır.

Fransız Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemelere göre; aktif ötanazi cinayet olarak kabul edilmektedir. Nitekim Fransız Ceza Kanunu’nun 222’nci maddesinin ilk fıkrasında, yaşam hakkının sona erdirilmesine rıza gösterilmiş olması söz konusu olsa bile, herhangi bir kimsenin ölümüne yol açan kişinin otuz yıl hapse mahkûm edileceği öngörülmüştür⁶⁶.

Yine Kanun’un 222’nci maddesinin 3’üncü fıkrasıyla, (aktif ötanazi kapsamındaki hareketler dâhil) “öldürme eylemi tasarlanarak gerçekleştirilmiş ise” bu defa fail hakkında ömür boyu hapis cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

⁶³ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁶⁴ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁶⁵ Estelle Cannaud, L’euthanasie, These, Paris 1999, s.40, nakleden Murat, Yavaş, “Ötanazi”, in. Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s.146-147.

⁶⁶ Yavaş, s.147.

Pasif ötanazi konusunda ise durum biraz farklıdır. Örneğin bir hastanın fiziki ve psişik dayanılmaz acılarını hafifletmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelik olarak uygulanan tedavinin, hastanın yaşam süresini kısaltıcı etkisi bulunsa dahi bu ilaçları uygulayan bakımından eylem kabul edilebilir olarak değerlendirilmekte ve uygulayıcı cezalandırılmamaktadır⁶⁷.

Bunun yanında Fransız Tıbbi Deontoloji Kanunu'nun 1995 revizyonu esnasında, öteden beri Fransa'da eleştiri konusu yapılan "hastanın tıbbi müdahalelerde insiyatif kullanmasına önem verilmesi" hususu dikkate alınarak, Kanun'un 36'ncı maddesinde tedavi edilen hastanın rızasının her halükarda aranması gerektiği ifade edilerek, önerilen tedaviyi reddeden hastanın, bunun sonuçları konusunda aydınlatılması ve uyarılması koşuluyla iradesine önem atfedilmesi hükme bağlanmıştır.

Fakat Fransız Tıbbi Deontoloji Kanunu'nun⁶⁸ 37'nci maddesiyle, hekimin her halükarda hastanın acılarını hafifletmek amacıyla bütün gücünü kullanması gerektiği öngörülmüş; 38'inci maddeyle, ölümcül hastalık halinde dahi, hekimin hastanın vefatına kadar ona yardımcı olması, bu ana kadar onun yaşam kalitesini yükseltecek gerekli tüm tedbirleri alması hükme bağlanmıştır. Bunun yanında madde içerisinde yer alan "provoquer" kavramıyla, hastanın ölümünü erkene alma, ölüm sürecini hızlandırma sonucunu doğuracak her tür eylem yasaklanmıştır⁶⁹.

25 Ocak 2011 günü Fransız Parlamentosu'nda aktif ötanazinin yasallaştırılmasına ilişkin bir kanun tasarısı reddedilmiştir. Bunun öncesinde ise 2005 yılında "Yaşamlarının Sonuna Yaklaşan Hastaların haklarına ilişkin Kanun" yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, pasif ötanaziyi düzenler ve hasta kararı ile ilgili prosedürleri hukuki bir zemine oturtur.

Hollanda⁷⁰: Ötanaziye ilişkin 2002 yılından beri yürürlükte olan Kanun ile aktif dolaysız ötanazi belirli şartlar altında serbest bırakılmıştır. Buna göre, hekim, kanuni düzenlemede yer alan özen kurallarını dikkatle uygulaması koşuluyla, aktif ötanazi fiilini gerçekleştirmesi halinde ceza almayacaktır.

⁶⁷ Estelle Cannaud, s. 40 nakleden Yavaş, s. 147.

⁶⁸ Mehmet Emin Artuk- A.Caner Yenidünya, "Ötanazi", in. Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Centel, Nur, 1.Baskı, İstanbul 2011, s. 133.

⁶⁹ Yavaş, s.149.

⁷⁰ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

İsrail⁷¹: İsrail’de 2007 yılından beri pasif ötanaziye düzenleyen bir Ötanazi Kanunu bulunmaktadır. Kanun, hekimlere, belirli şartlar altında ve eğer tanı sonrası hasta tarafından açıkça bir talep gelmişse, şifasız hastaların yaşam süresini uzatacak önlemlerden kaçınma hakkını tanımaktadır.

İsviçre: İsviçre’de ötanazi esasında kanun koyucu tarafından hoşgörülen bir uygulamadır. Bunu İsviçre Ceza Kanunu’nun “Talep Üzerine Öldürme” suçuna ilişkin düzenlemesini incelerken de belirtmiştik. Zira İsviçre’de kanun koyucu, bu suç için diğer ülke düzenlemelerine nazaran daha hafif bir hapis cezası veya para cezası öngörmüştür. Aynı şekilde intihara yardım ve teşvik suçu ile ilgili olarak Kanun’un getirdiği düzenleme, failin, mağdurun ölmesi ve kişisel çıkarlar gözetilerek hareket edilmesi sonucunda cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.

Kanun koyucu böyle bir yaklaşım içinde olmasına rağmen, ötanazi hâlâ İsviçre’de hukuken yasal bir uygulama değildir. 2012 yılının Haziran ayında Waardt Kantonu, bir halk oylamasıyla, ilk kez hükümetin ötanaziye hukuk alanına dahil etmesine ilişkin bir Kanun yapmasında itici güç yaratmıştır.

Lüksemburg: Hollanda ve Belçika’dan sonra Lüksemburg, ötanaziye hukukun düzenleme alanına dahil eden üçüncü Avrupa ülkesi olmuştur. 2009 yılında yürürlüğe giren Kanun⁷², şifasız hastalara, açıkça talep etmeleri şartıyla ötanazi uygulanabileceğini öngörmektedir. Lüksemburg’da da tıpkı Hollanda’da olduğu gibi hekimin böyle bir uygulamayı yaparken uymakla yükümlü olduğu bir takım kurallar mevcuttur. Buna göre; birbirinden bağımsız iki hekim tarafından, hastanın hastalığının tedavisinin mümkün olmadığı belirlenmelidir. Bunun yanında hasta da yaşamının sonlandırılmasına ilişkin talebini yazılı biçimde açıkça ifade etmelidir.

Sonuç

Mukayeseli Hukuk ele alındığında, birçok ülkenin ötanaziye ilişkin yaklaşımını net biçimde belirleyerek, hukuki düzenlemeler getirdiği görülmektedir. Türk Hukuku’nda ise ötanaziye ilişkin bir hükmün Ceza Kanunu’nda ya da diğer kanunlarda yer almaması, böyle bir fiil sonucunda uygulanacak

⁷¹ <<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

⁷² Gesetz zur Sterbehilfe und zur Hilfe beim Suizid, <http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/sterbehilfe_gesetz2010.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

hüküm konusunda tereddütlere neden olmaktadır. Zira acılar içerisinde kıvrılmakta olan bir hastanın ısrarlı taleplerine dayanamayan bir kimsenin, yalnızca merhamet ve acıma duygularıyla hareket ederek, ölümü sonucunu doğuran fiili işleyen kimse ile bir başkasını kasten öldürme fiilini işleyen fail, (TCK m. 81) aynı hüküm kapsamında sorumlu tutulmaktadır.

Günümüzde, tıp alanındaki bilimsel gelişmeler ve özellikle teknik açıdan yoğun bakım olanaklarının ulaştığı muazzam seviye baş döndürücüdür. Tıbbi gelişmelerin uygulanması ve yoğun bakım olanaklarının kullanılması, hastaların yaşamlarını bir süre daha sürdürebilmelerini ve yaşam kalitelerini artırabilmelerini mümkün kılmaktadır. Diğer bir anlatımla, kısa bir süre önce “ölüm nedeni” olarak tanımlanan hastalıkların bir kısmı, tedavi edilebilirlikleri sonucu bu özelliklerini kaybetmişlerdir. Yakın gelecekte tıp alanındaki gelişmelerin hangi aşamalara yükseleceğini kestirmek olanaksızdır. Bu nedenlerle “ölümcül hasta” olarak adlandırılacak bir kısım hastalarda yaşamı sürdürücü tedavinin sonlandırılması, yaşamın sonlandırılması anlamına da geleceğinden hekimlerin böyle bir eyleme haklarının olup olmadığı haklı biçimde tartışılmalıdır.

Diğer yandan; ötanazi hakkının verilmesi, bu uygulamanın kötüye kullanılabilme ihtimalini de ortaya koymaktadır. Nitekim mirasçı olma, mali destek yükümlünden kurtulma gibi kişisel çıkarlar, bakım yükümü nedeniyle konforlu yaşamın engellenmiş olması gibi nedenlerle kimi hasta yakınlarının kötü niyetli davranarak; ötanazi talep etmesi konusunda hastayı veya ölümcül-şifasız bir hastalık tanısı koymaları yönünde hekimleri ikna etmeleri mümkündür.

Belirtilen gerekçelerin haklılık payının yüksek olması dikkate alındığında, ötanazi kapsamındaki fiillerin tamamen serbest bırakılması, diğer bir ifadeyle bu fiillerin suç olmaktan çıkarılması, özellikle mukayeseli hukuktaki yoğun tartışmalar gözetilerek, tıp etiğinin gerekleri dikkate alınarak yapılacak düzenlemelerle mümkün olmalıdır.

Bu durumda kanun koyucu, madem ki ötanaziyi koşulları oluşmadığı gerekçesiyle yasallaştırmak taraftarı değildir; öyleyse ötanazi fiilini, bağımsız ve ayrı bir suç tipi ile düzenlemelidir. Böylesine önemli bir konuyu yok saymak, gerçeklere göz kapatmaktan başka bir anlam doğurmamaktadır.

Kaldı ki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmeden önceki dönemine ait Türk Ceza Kanunu Tasarıları'nda, ötanazi kapsamına giren

fiillerin dikkate alınması ve bu fiillerin bağımsız suç tipi olarak düzenlenmiş olması, bu hususta bir ihtiyacın mevcut olduğunu kanıtlamaktadır.

Bunun yanı sıra kanaatimiz; tedavisi mümkün olmayan bir hastalık dolayısıyla acı çeken bir kimsenin, hukuken geçerli iradesiyle oluşturduğu yaşamını sonlandırma kararına saygı gösterilmesi yönündedir. Yaşamını sonlandırmaya karar veren kimse, zaten intihar yoluyla bu isteğini gerçekleştirebilir.

Sorun, bireyin bir başkası tarafından öldürülmesini istemesinden kaynaklanmaktadır. Bu istemin devletten talep edilemeyeceği, devlete bu yönde bir görev yükletilemeyeceği AİHM kararlarıyla kabul edilmiştir.

Bu durumda hastanın öldürülme talebini kim karşılayacaktır? Mesleklerinin niteliği gereği insanı yaşatmayı amaç haline getiren hekimler mi, hemşireler mi yoksa ölüm olayı karşısında alışkanlıkları nedeniyle duyarsızlık aşamasına gelmiş öldürmeyi meslek haline getirmiş diğer kimseler mi?

Ötanazi kapsamındaki fiilleri kimin işleyeceği konusundaki belirsizlik ortaya konduktan sonra, bir başka sorunun, ötanazinin bağlı hareket olarak öngörüldüğü işlenme biçiminde ortaya çıktığını belirtmeliyiz. Diğer bir sorun da; acı çeken hastaları ızdıraptan kurtarma amacıyla hastanın talebiyle hareket eden ve öldürme fiilini ötanazinin anlamına uygun biçimde yalnızca “ilaç” vermek suretiyle yerine getirenler bakımından, bu durumun bir hafifletici neden teşkil edip edemeyeceği ya da aktif ötanazinin kasten öldürme suçundan ve intihara yardım suçundan ayrı bir suç olarak mı düzenlenmesi gerektiğine ilişkindir.

Bu yöndeki soruları sınırlandırmak, kuşkuları tam olarak gidermek mümkün değildir. Fakat bu sorunun da bir şekilde hukuk içerisinde çözülmesi zorunludur.

Hastanın kendisine uygulanacak tedaviyi reddetme hakkı kapsamında pasif ötanazi sorunu, bir şekilde çözüme kavuşmuştur. Mevcut haliyle Türk Ceza Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan ilgilinin rızası, ötanazi kapsamındaki fiilleri hukuka uygun hale getirmemektedir. Aktif ötanazi kapsamındaki fiiller bakımından, eğer ki kanun koyucunun bu fiilleri serbest bırakma niyeti yoksa, talep üzerine öldürme benzeri ayrı bir suç tipi oluşturulması gerekmektedir. Kanaatimizce, ihdas edilmesi gereken bu suça öngörülecek yaptırım da taksirle öldürme suçunda olduğu gibi kasten öldürme suçuna öngörülen cezaya nazaran daha hafif bir ceza olmalıdır.

Kaynakça

Ayhan, Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C: II-III, İstanbul, 1992.

BGH, 07.10.2010, 3 StR 168/10, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=600c13b6f056c40f8f067a2aea933e1c&nr=54702&pos=0&anz=1>>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

BGH, 22.01.1981, 4 StR 480/80, <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=600c13b6f056c40f8f067a2aea933e1c&nr=54702&pos=0&anz=1>>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

Caroline Vohringer, “Tötung Auf Verlangen”, Peter Lang Verlag “Würzburger Schriften zur Kriminalwissenschaft” Band: 25, Frankfurt am Main, 2008.

Christian Schlötterer, “Sterbehilfe aus philosophischer Sicht”, <http://www.jura.unituebingen.de/professoren_und_dozenten/kuehl/materialien/forschung/sterben.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

<<http://www.dghs.de/wissenschaft/blick-ueber-die-grenzen.html>>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Douwe Korff, “Yaşam Hakkı”, çev. Özgür Heval Çınar - Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No: 8, Brüksel, 2006.

Emrah Bertil, Oder, “Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, in. . Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel, 1.Baskı, İstanbul, 2011.

Erdem, Aydın, “ “Buzda Kaymak” ve Biyoetik”, Türkiye Klinikleri J. Med. Ethics. 1997;5(1):28-31/ Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku - Tarihi Dergisi, s. 29. <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-buzda-kaymak-ve-biyoetik-42235.html>>, Erişim Tarihi 27.07.2013.

Erkan Şenses, “Bir Hasta Hakkı Olarak Ötanazi”, Suç ve Ceza Dergisi IV. Sayı (Ekim-Kasım-Aralık), İstanbul, 2008.

Fatma, Öz, “Ötanazi”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 1998;6(1):40-7, s.40 v.d. Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi. <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-otanazi-34854.html>>, Erişim Tarihi: 28.07.2013.

Gesetz zur Sterbehilfe und zur Hilfe beim Suizid, <http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/sterbehilfe_gesetz_2010.pdf>, Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Gesetzesentwurf bezüglich der Euthanasie, 5.11.2001, <http://www.dghs.de/fileadmin/user_upload/Dateien/PDF/Gesetz_Belgien.pdf> Erişim Tarihi: 20.05.2013.

Güner Akyazı Onur Tatar, “Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası”, Ankara, 2002.

İnci, Hot - Hanzade, Doğan, “Almanya’da Ötanaziye Yaklaşım”, Türkiye Klinikleri J Med Ethics 2006;14(2):92-5 - Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi <<http://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-almanyada-otanaziye-yaklasim-45738.html>>, Erişim Tarihi: 15.07.2013.

Kayıhan, İçel – Füsün Akıncı Sokullu – İzzet Özgenç – Adem Sözüer – Fatih, S. Mahmutoğlu- Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul, 2000.

Köksal Bayraktar, “Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri”, in:Ceza Hukuku Günleri 70.Yılında Ceza Kanunu –Genel Hükümler- (26-27 Mart 1997, İstanbul), İstanbul, 1998.

Kudret Güven, Kişilik Hakları ve Ötanazi, Ankara, 2000.

Mario M. Marti, “Sterbehilfe in der Schweiz”, Schweizerische Ärztezeitung 83: Nr 12, Bern 2002. <<http://www.saez.ch/docs/saez/archiv/de/2002/200212/2002121359.PDF>> Erişim Tarihi: 20.05.2013

M. Emin Artuk, “Talep Üzerine Öldürme”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-3, 1992-1993

M. Emin Artuk - A.Caner Yenidünya, “Ötanazi”, in. Prof. Dr. Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001.

M. Emin Artuk- A.Caner Yenidünya, “Ötanazi”, in. Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Centel, Nur, 1.Baskı, İstanbul, 2011.

M. Emin, Artuk – Ahmet, Gökçen – A. Caner, Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, 2013.

Meral, Şahin, Ekici, Ceza Hukukunda Rıza, 1.Baskı, İstanbul, 2012.

Muharrem Özen-Meral Şahin, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı 2010/4

Murat Yavaş, “Ötanazi”, in. Sağlık Hukuku’nda Dünyadaki Son Gelişmeler, İstanbul, 2009.

Nur, Centel – Hamide, Zafer – Özlem, Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2006.

OGH, 19.02.2008, 14 Os2 /0 8p, <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JIT_20080219_OGH0002_01400S00002_08P0000_000>, Erişim Tarihi: 19.05.2013.

Özlem, Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1.Baskı, İstanbul, 2003.

Pretty/Birleşik Krallık, Application no. 2346/02,29.04.2002, 4th Section, ECHR 2002-III, Final 29.07.2002

Sibel İnceoğlu, Ölme Hakkı, İstanbul, 1999.

Sulhi, Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul, 1995.

Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II, İstanbul, 1994.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.519cb517ad8406.69739178>, Erişim Tarihi:19.05.2013.

Wessels, Johannes - Hettinger Michael, Strafrecht Besonderer Teil I, 31. Aufl., Heidelberg, 2007.

Yener, Ünver, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, in. Hukuk ve Estetik Boyutuyla Ötanazi, Derleyen Nur Centel, 1.Baskı, İstanbul, 2011.

YASAMA SORUMSUZLUĞUNUN HAKARET SUÇU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. İsmail DURSUN (*)

Özet

Demokratik bir sistemde milletvekilleri, temsil yetkisinin icrası ve yasama faaliyeti çerçevesinde düşüncelerini kovuşturma ve ceza tehdidi baskısı olmadan dile getirebilmelidir. Yasama sorumsuzluğu kapsamında işlenen fiiller, kanunda yaptırıma bağlanan, iftira, tehdit, şantaj, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs, propaganda, hakaret, suç işlemeye tahrik, halkı kin ve düşmanlığa tahrik gibi suçları oluşturabilir. Çalışmamızda bu suçlardan münhasıran hakaret suçu değerlendirilerek, yasama sorumsuzluğunun bu suç tipi bakımından arz ettiği özellikler üzerinde durulacaktır.

***Anahtar kelimeler:** yasama sorumsuzluğu, hakaret, şahsi cezasızlık sebebi, hukuka uygunluk sebepleri, ihbar ve şikayet hakkı, parlamenter muafiyetler.*

Abstract

While exercising their representative powers within the framework of their parliamentary functions and activities, members of the parliament in any democratic system shall express their opinions in the absence of threat of prosecution or punishment. The acts committed under the parliamentary immunity may give rise to the commission of malicious prosecution, criminal threatening, blackmail, attempting to influence a fair trial to pervert the course of justice, crime propaganda, incitement to commit a crime, or inciting public to hatred and enmity, all of which are subject to criminal sanction under the law. The study focuses among others solely on the crime of defa-

(*) Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

mation, and the special features of parliamentary immunity regarding this specific crime.

Key words: parliamentary privilege, defamation, personal privilege against prosecution and criminal punishment, grounds of justification, right to notify or report the crime and to complaint, parliamentary immunities.

1) Giriş

Yasama sorumsuzluğu, TBMM üyelerinin, meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanı'nın teklifi üzerine, Meclis'çe bir karar alınmadıkça bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamamalarıdır¹. Diğer bir deyişle milletvekilleri, mecliste kullandığı oy, söylediği söz, ileri sürdüğü düşünce nedeni ile parlamento dışındaki herhangi bir makam tarafından sorumlu tutulamazlar². Parlamenter sistemde temsil yetkisinin gereği olarak milletvekilleri, yasama fonksiyonu kapsamında, yürütmenin faaliyetlerini denetlerken tespit ettiği aksaklıkları rahatlıkla dile getirebilmelidir. Dolayısıyla yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin, yasama görevlerini icra sırasında, düşüncelerini, her türlü baskıdan uzak olarak ifade edebilmelerini³, görevlerini yerine getirirken bağımsızlıklarının ve güvencelerinin teminat altına alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiştir⁴. Bu haliyle de sorumsuzluk, kişiye özel değil, parlamenter sistemin işleyişinin amaca uygun olarak temini ve devamı için öngörölmüş bir güvencedir⁵.

¹ **Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4.Baskı, Ankara 2011, s. 632; **Hakan HAKERİ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 92; **Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2011, s. 138.

² **Erdoğan TEZİÇ**, Anayasa Hukuku, Yedinci Bası, Beta, 2001, s. 372; **İbrahim Ö. KABOĞLU**, Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2005, s. 113.

³ **Timur DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2009, s. 146; **Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Ahmet Caner YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 194; **Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN**, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, 1985, No:413, s. 249.

⁴ **TEZİÇ**, s. 372.

⁵ **DÖNMEZER, ERMAN**, No: 414, s. 250; **TEZİÇ**, s. 372.

Yasama sorumsuzluğu kapsamında işlenen fiiller, kanunda yaptırma bağlanan, iftira, tehdit, şantaj, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs, propaganda, hakaret, suç işlemeye tahrik, halkı kin ve düşmanlığa tahrik gibi suçları oluşturabilir. Çalışmamızda bu suçlardan münhasıran hakaret suçu ile ilgili değerlendirmede bulunulacak, diğer suç tiplerine değinilmeyecektir. Bu kapsamda yasama sorumsuzluğu ile ilgili açıklamalarda bulunulduktan sonra, hakaret suçunu oluşturan fiillerin, bu kurumun kapsamında olup olmadığı değerlendirilecek ve hakaret suçu bakımından özellik arz eden meselelere, suçun unsurlarına da yer verilmek suretiyle temas edilecektir. Çalışmamız, yasama sorumsuzluğunun hakaret suçunun cezai takibatına ilişkin doğuracağı neticelerin irdeleneceği sonuç kısmı ile sona erecektir.

2) Yasama Sorumsuzluğunun Tarihçesi

Yasama sorumsuzluğu tarihte ilk defa İngiltere’de, söz hürriyeti (freedom of speech) olarak ortaya çıkmıştır⁶. Sorumsuzluğun güvence altına alınması, kral ile parlamento arasındaki uzun mücadeleler sonucunda elde edilmiştir. İngiltere’de yasama sorumsuzluğuna ilişkin öncü dava Haxey davası olarak bilinir. Sir Thomas Haxey adlı bir milletvekilinin, 1397 yılında Avam Kamarası’na verdiği bir dilekçe ile Kral II. Richard’ın masraflarının kısıtlanmasını istemesi üzerine Kral Richard bunu kendisine yapılan bir hakaret olarak kabul etmiş ve Thomas Arundell isimli psikopozun da onayıyla Haxey’nin hain olduğuna karar verilerek tüm malvarlığına el konulmuştur. Daha sonra IV. Henry’nin Kral olmasıyla Haxey’nin itibarı ve malları kendisine iade edilerek, II. Richard’ın döneminde verilen karar kaldırılmıştır⁷. Yasama sorumsuzluğu ile ilgili İngiltere’de karşımıza çıkan bir diğer önemli örnek de, Sir John Eliot, Denzil Hollis ve Benjamin Valentine davasıdır. Adı geçen milletvekilleri, parlamentoda yaptıkları konuşmaları sırasında başkana hakaret ettiklerinden bahisle Kral Bench Mahkemesi tarafından yargılanmışlar, savunmalarında, isnat edilen fiillerin parlamentoda gerçekleştirildiğini, yargılama ve suçlama yetkisinin de Kral Mahkemesi’ne değil, parlamentoya ait olduğunu öne sürmüşlerse de, mahkeme tarafından hakaret suçunu işlediklerinden bahisle mahkum edilmişlerdir. 1667 yılında, Avam ve Lordlar Kamarası, mahkemece verilen kararın hukuka aykırı olduğuna karar vermiş

⁶ TEZİÇ, s. 372.

⁷ William PETYT, Jus Parliamentarium, Londra, 1739, s. 250 vd. Eser için bkz. bo-oks.google.com, erişim tarihi:20.07.2013.

ve verilen kararı geçersiz kabul etmiştir⁸. Böylece milletvekillerinin parlamentoda söyledikleri sözlerden ve kullandıkları ifadelerden dolayı, parlamento dışında hiçbir makamın yargılama yetkisinin bulunmadığı ortaya konulmuştur.

Parlamento ile Kral arasındaki uzun mücadeleler sonucunda, 1689 tarihli Bill of Rights (Haklar Bildirisi)'de güvence altına alınmıştır. Buna göre üyeler, parlamentodaki sözleri, tartışmaları ve işlemlerinden dolayı, parlamentodan başka hiçbir yerde ve yargı organı nezdinde takibata tabi tutulamaz⁹. İngiltere'de söz söyleme hürriyeti olarak ortaya çıkan yasama sorumsuzluğu, Fransa'da, 23 Haziran 1789 tarihinde Fransız Milli Meclisi'nin bir kararıyla kabul edilmiştir. Buna göre, "*Parlamentoların her birinin şahsı tecavüzdendir ve bir parlamentoların Etat Généraux' daki herhangi bir teklifinden, oyundan, açıkladığı fikirden ve yaptığı beyanattan dolayı, hali halihazır devrenin gerek içinde gerek sonunda kovuşturmayaya, tutuklamaya ve tutuklattırmaya, tutmaya veya tutturmaya cesaret eden bütün özel kişi, cemiyet, hakimler, mahkeme veya komisyonlar millet hainidir ve çok ağır bir suç işlemiş olurlar*¹⁰." Görüldüğü gibi Fransa'da yasama sorumsuzluğu, 17'nci yüzyılda İngiltere'de kabul edildiğinden daha geniş bir kapsamı haizdir. Söz konusu prensip, ilk defa bir anayasa kuralı olarak 1791 tarihli Fransız Anayasası'nda kabul edilmiştir. Anayasa'nın 1'inci kısım, 5'inci bölümde yer alan 7'nci maddesine göre; "*Milletin temsilcileri tecavüzdendir; yazdıklarından ve söylediklerinden dolayı hiçbir zaman takip, itham ve muhakeme olunamaz*¹¹."

İslam Hukuku, milletvekillerinin, meclisteki sözlerinden dolayı sorumlu tutulmamaları esasını kural olarak kabul etmez. Çünkü İslam dini kuralları, bir bireyin diğerinden, bir milletin diğer bir millettten farklı muameleye tabi tutulmasını reddeder¹². Bununla birlikte örneğin İslam Hukuku kuralları ile

⁸ Çevrimiçi http://www.archive.org/stream/leadingcasesinc02thomgoog/leadingcasesinc02thomgoog_djvu.txt, erişim tarihi:20.07.2013.

⁹ Çevrimiçi <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>, erişim tarihi:22.07.2013.

¹⁰ **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, s. 191.

¹¹ Çevrimiçi <https://web.duke.edu/secmod/primarytexts/FrenchConstitution1791.pdf>, erişim tarihi:22.07.2013.

¹² **Abdülkadir UDEH**, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku -Genel Hükümler- (Çeviren: Ali ŞAFAK), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2012, No: 240, s. 350.

yönetilen Mısır'da 25 Aralık 2012 tarihinde yapılan referandum ile kabul edilen yeni Anayasa öncesinde yürürlükte bulunan Anayasa'nın 109'uncu maddesi uyarınca, meclislerde, milletvekillerinin açıkladıkları görüş ve düşüncelerden sorumlu tutulamayacakları kabul edilmiştir¹³.

Kaynağını Avrupa'dan alan yasama sorumsuzluğu, Türk Hukuku'na, 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin 47'nci maddesiyle girmiştir. Hükme göre; *“Meclisi Umumi âzası rey ve mütalea beyanında muhtar olarak bunlardan hiçbirini bir gûna vaadü vaid ve talimat kaydı altında bulunamaz ve gerek verdiği reylerden ve gerek meclisin müzakeratı esnasında beyan ettiği mütalealardan dolayı bir veçhile itham olunamaz. Meğerki meclisin nizamnamei dahilisi hilâfında hareket etmiş ola. Bu takdirde nizamnamei mezkûr hükümünce muamele görür¹⁴.”*

1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye'de konuyla ilgili bir hüküm bulunmakla birlikte, 1924 Anayasası'nın 17'nci maddesinin birinci cümlesinde; *“Milletvekili ne Meclis içindeki oy, düşünce ve demeçlerinden ne de Meclis-teki oy, düşünce ve demeçlerini Meclis dışında söylemek ve açığa vurmaktan sorumlu değildir...¹⁵”* denilmek suretiyle yasama sorumsuzluğu güvence altına alınmıştır. Görüldüğü gibi 1924 Anayasası da, yasama sorumsuzluğunu, milletvekillerinin meclis çatısı altında kullandıkları oy, ileri sürdükleri düşünce ve kullandıkları ifadelerle sınırlı tutmuştur.

1961 Anayasası ise bu kurumu, 79'uncu maddenin birinci fıkrasında düzenlemiştir. Hükme göre; *“Türkiye Büyük Millet meclisi Üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar”*.

1961 Anayasasının 79. maddesinin gerekçesinde; *“Eski Anayasanın 17. maddesinde bulunan dokunulmazlık ve sorumsuzluk esası, aynen muhafaza edilerek, yeni bastan kaleme alınmıştır”* denilmektedir¹⁶. Görüldüğü gibi 1924 Anayasası'ndaki kural aynen kabul edilmiş ve korunmuştur. Parlamento üyeleri, parlamento çalışmalarıyla ilgili oy ve sözlerinden so-

¹³ UDEH, No: 240, s. 350.

¹⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Suna KİLİ, Türk Anayasa Metinleri (1839-1980), 2. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s. 33.

¹⁵ Çevrimiçi <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, erişim tarihi: 22.07.2013.

¹⁶ Atilla ÖZER, Gereğçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara 1984, s. 332.

rumsuz oldukları gibi, parlamentoda söylenen sözlerin ve ileri sürülen düşüncelerin dışarıda tekrarlanması da sorumsuzluk kapsamına alınmıştır. Bu farklı kavramla, 1961 öncesinde, hangi yerlerin Meclis dahili sayılabileceği konusunda beliren görüş ayrılıklarının yarattığı tartışmalar¹⁷ da sona erdirilmiştir.

3) Yasama Sorumsuzluğunun Kapsamı

Yasama sorumsuzluğu, 1982 Anayasa'nın "yasama dokunulmazlığı" başlıklı 83'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, dokunulmazlık müessesesi ile birlikte düzenlenmiştir. Buna göre; *"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar."*

Düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere, yasama sorumsuzluğu, fiil, yer ve kişi bakımından sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Yasama sorumsuzluğunun kapsamına giren fiillerin, oy, söz ve düşünce açıklaması olması gerekir¹⁸. Burada, özellikle düşünce açıklamalarının, söz dışında vücut davranışlarıyla ortaya koyulmasının da, sorumsuzluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek yerinde olacaktır¹⁹. Oy, söz ve düşünce açıklaması dışında kalan davranışlar -örneğin maddi fiillerle işlenen suçlar- bakımından sorumsuzluk söz konusu olamayacaktır. Bu tip durumlarda, yasama dokunulmazlığı gündeme gelecektir.

Oy, söz ve düşüncelerin, yasama görevi ile doğrudan irtibatlı olması gerekli değildir. Diğer bir ifade ile meclis üyelerinin, mecliste ve meclis çalışmalarında meclis dışındaki oy, söz ve düşünce açıklamalarının, yasama görevi ile irtibatlı olduğu kabul edilecektir²⁰.

¹⁷ Söz konusu tartışmalar için bkz. **Sahir ERMAN**, Hakaret- Karşılıklı Tahkir- Teşrii Mansuriyetin Hukuki Mahiyeti ve Şumulü, İÜHF, C. XVII, S. 1-2, 1951, s. 461.

¹⁸ **DÖNMEZER, ERMAN**, No: 417, s. 251; **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, s. 195; **KOCA, ÜZÜLMEZ**, s. 633; **DEMİRBAŞ**, s. 148; **HAKERİ**, s. 93.

¹⁹ **DÖNMEZER, ERMAN**, No: 417, s. 251; **KOCA, ÜZÜLMEZ**, s. 633; **ÖZTÜRK, ERDEM**, s. 138.

²⁰ **DÖNMEZER, ERMAN**, No: 417, s. 251; **ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA**, s. 195; **Veli Özer ÖZBEK, Nihat KANBUR, Pınar BACAĞIZ, Koray DOĞAN, İlker TEPE**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Baskı, Ankara 2010, s. 175.

Oy, söz ve düşüncelerin, sorumsuzluk kapsamında mütalaa edilebilmesi için aranan ikinci şart, bunların, mecliste ya da meclis çalışmalarında açıklanmış olmasıdır. Böylece sorumsuzluğun yer bakımından sınırının meclis çalışmaları olduğu söylenebilir. Meclis çalışmaları ifadesinin, maddenin ihdas amacıyla doğru orantılı olarak geniş yorumlanması gerekir. Zira Anayasa, bu ifade ile meclis üyelerinin, meclis üyeliği görevlerini ifadan ibaret eylemlerini belirtmeyi amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, meclis genel kurul salonu, diğer meclis salonları, koridorları, yemekhaneleri, komisyon çalışma odaları²¹, hatta tuvaletleri²² bu kapsamda değerlendirileceği gibi, belli konularda bilgi edinmek için, meclis araştırması yapmakla yetkili kılınan bir komisyon, her nerede faaliyette bulunursa bulunsun, parlamenter faaliyette bulunduğu için, komisyon üyelerinin de yasama sorumsuzluğundan faydalanması gerekir²³. Keza, TBMM'yi temsilen, ulusalüstü kuruluşlarda veya başka ülkelerde bulunan meclis üyelerinin buralardaki çalışma ve faaliyetleri de yasama sorumsuzluğu kapsamındadır²⁴. Buna mukabil, meclis üyelerinin, yasama faaliyeti kapsamında olmayan söz ve düşünce açıklamalarının suç teşkil edeceği ifade edilmelidir.

Sorumsuzluk, zaman bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Meclis üyeleri, meclis çalışmaları sırasında söyledikleri söz, kullandıkları oy ve düşünce açıklamalarından dolayı, gerek üyelik süresince, gerekse üyeliği sona erdikten sonra hiçbir ceza soruşturmasına ya da kovuşturmasına tabi tutulamazlar²⁵.

Yasama sorumsuzluğunun kişi bakımından sınırı, Anayasa'nın 83'üncü maddesinde "meclis üyeleri" şeklinde belirlenmiştir. Bu ifade uyarınca milletvekillerinin yanı sıra, milletvekili olmamasına rağmen, meclis dışından bakan olarak atanmış kişilerin de meclis üyeliği kapsamında yasama sorumsuzluğundan yararlanacağını belirtmek gerekir²⁶.

²¹ HAKERİ, s. 93.

²² ÖZTÜRK, ERDEM, s. 138.

²³ TEZİÇ, s. 375.

²⁴ Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 238.

²⁵ ÖZTÜRK, ERDEM, s. 139; ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s. 196; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 632; DEMİRBAŞ, s. 148.

²⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 633.

4) Yasama Sorumsuzluğunun Hukuki Niteliği

Yasama sorumsuzluğunun hukuki niteliği hakkında temel olarak iki görüşün mevcut olduğu söylenebilir. Birinci görüşe göre sorumsuzluk, hukuka uygunluk nedenidir²⁷. Buna göre hakaret teşkil eden sözlerin yahut davranışların, meclis çalışmaları sırasında ifade edilmiş olması, fiilin haksızlık niteliğini ortadan kaldırdığından, baştan itibaren hukuka uygun vücuda geldiğini kabul etmek gerekecektir. Bu anlayış dairesinde, hukuka uygunluğun, hakkın icrasından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Ancak yasama sorumsuzluğu, milletvekilinin şahsına tanınmış bir hak olmadığı gibi, hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin varlığı için kişinin kendisine tanınmış ve doğrudan doğruya kullanabileceği subjektif bir hakkın varlığına ihtiyaç olduğundan, mutlak ve objektif bir mahiyet arz eden yasama sorumsuzluğunun bu kapsamda hukuka uygunluk sebebi olduğunu kabule imkan bulunmamaktadır.

Bir diğer görüşe göre ise yasama sorumsuzluğu, hukuka uygunluk sebebi olmayıp, şahsi cezasızlık nedenidir. Bunun doğal bir sonucu olarak da parlamento üyesinin söylediği sözün haksızlık içeriği devam etmesine rağmen, bu haksızlığı işleyen kişinin özelliği nedeniyle hakkında ceza tertip edilmesi mümkün değildir.

Bu iki görüş, sonuçları itibarı ile de birbirinden çok farklı bir mahiyettedir. Yasama sorumsuzluğunun fiilin haksızlık içeriğini kaldırmayıp, şahsi cezasızlık sebebi olduğu kabulünde, parlamento üyesinin, meclis çalışmaları sırasında üye olmayan bir kimseye yönelik hakaret teşkil eden sözlerine bu kimse karşılık verdiğinden, TCK'nın 129'uncu maddesinde karşılıklı hakaret başlığıyla düzenlenen özel haksız tahrik hükmünden yararlanması söz konusu olacaktır. Keza parlamento üyesini, bir başkasına hakaret etmesi için azmettiren kişi de, fiilin haksızlık içeriğinin devam ediyor olması nedeniyle ve bağlılık kuralı gereğince suça iştirakten sorumlu olacaktır. Sorumsuzluğun hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabulü halinde ise, TCK 129'un da, suça iştirak kurallarının da tatbiki mümkün değildir.

Anayasa'da, meclis üyelerinin meclis çalışmalarında kullandıkları oy, söyledikleri söz ve ileri sürdükleri düşüncelerden sorumsuz oldukları belir-

²⁷ Söz konusu görüş hakkında bkz. **ERMAN**, s. 457; **Metin KIRATLI**, *Parlamentar Muafiyetler (Bizde ve Yabancı Memleketlerde)*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 127, Ankara 1961, s. 29.

tilmekle birlikte, bu sorumsuzluğun, hukuki mi, cezai mi olduğu yahut da her ikisini de kapsayıp kapsamadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle yasama sorumsuzluğunun hukuki niteliğinin şahsi cezasızlık sebebi olduğunu kabul eden yazarlar arasında da, bu hususta görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre sorumsuzluk, hem hukuki hem de cezaidir. Dolayısıyla sorumsuzluk kapsamındaki davranışlarından dolayı meclis üyeleri hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılamayacağı gibi, haklarında tazminat davası açılması da mümkün değildir²⁸. Yargıtay'ın önceleri bu görüşe paralel içtihat ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi'nin 16.07.1958 tarih, 12171 E. ve 5006 K. sayılı ilamında; *...Bir mebusun teşrii vazife ifası sırasında ve Meclis kürsüsünde ika eylediği haksız fiilden dolayı, bu haksız fiil ister Meclis azasından birisine, ister Meclis reisine ve isterse Meclis dışında bulunan bir şahsa müteveccih olsun, mesuliyetsizliği prensibi hem cezai hem de hukuki ve mali olmak üzere mutlak ve katidir. Bu husus Anayasanın açık ifadesinden anlaşıldığı gibi doktrinde de bu şekilde kabul edilmiş bulunmaktadır. Filhakika Anayasada eğer sadece cezai mesuliyet derpiş edilmiş olsaydı metinde mebus hakkında(milletvekili) hakkında cezai takibat yapılamaz, mebus cezalandırılmaz gibi bir ibarenin kullanılması gerekirdi. Halbuki madde de mutlak mesuliyetsizlikten bahsedildiğine göre bunu hem cezai hem hukuki ve mali sahaya teşmil ve böylece kabul etmek zaruridir. Hemen bütün demokratik memleket Anayasalarında kabul olunan ve Anayasa Hukuklarında mebusların ademi mes'uliyet prensibi diye anılan prensibe göre, mebusların teşri vazifelerini ifa ederlerken her türlü tesir ve tazyikten beri olmaları ve korkmadan teşrii vazifelerini görebilmeleri gayesi derpiş olunmuştur. Ceza korkusu gibi yüksek tazminat ödemek korku ve endisesi de mebusları vazifelerini bihakkin ifadan geri bırakabilir...Ademi mesuliyetin hem cezai hem hukuki ve mali sahaya teşmili zaruri bulduğundan davacı vekilinin hilafına vaki müdafası varit görülmemiştir. Meclis kürsüsünde haksız fiil teşkil eden beyan ve mütalaasından dolayı bir mebus hakkında ancak Meclis Daimi Nizamnamesi(içtüzüğü)hükümleri tatbik edilebilir.”* demek suretiyle bu hususu ortaya koymuş bulunmaktadır²⁹.

²⁸ DÖNMEZER, ERMAN, No: 415, s. 251; HAKERİ, s. 92; DEMİRBAŞ, s. 149; ÖZBEK, KANBUR, BACAKSIZ, DOĞAN, TEPE, s. 175.

²⁹ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s. 196, dp: 46.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise sorumsuzluk, sadece cezai niteliktedir³⁰. Dolayısıyla sorumsuzluk, meclis üyesi hakkında cezai takibatın yapılmasını engellerken, tazminata hükmedilmesi mümkündür.

Kanımızca, meclis üyelerinin yasama sorumsuzluğu çerçevesinde işledikleri fiillerin hukuka aykırı olma özelliği devam etmektedir. Bu bakımdan sorumsuzluk, ceza hukuku bakımından şahsi cezasızlık sebebi oluşturur ve fiil haksızlık özelliğini koruduğundan, hukuk mahkemesinde tazminat davasına konu edilmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay da son dönem verdiği kararlarda aynı yönde içtihat etmektedir. Örneğin, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 01.10.2001 tarih, 2001/4476 E. ve 2001/8768 K. sayılı ilamında; *“Davacı, 17.12.1999 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin 36. birleşiminde Tahkim Yasa Tasarısı hakkında görüşlerini meclis kürsüsünden dile getirirken davalı milletvekili meclis sırasındaki yerinden davacıya hitaben “sen yalan söylüyorsun, riya yapıyorsun” sözleri ile sataşmada bulunmuştur. Anayasanın 83. maddesine göre TBMM üyeleri meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamaz iseler de, bu sorumsuzluk mutlak bir şekilde sınırsız değildir. Anayasanın bu ilkesinin kötüye kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilirken özellikle (kamu yararı - kişisel yarar dengesinin) iyi kurulması gerekmektedir. Bir milletvekili sırf kişisel kinini tatmin için bir kimseye başkasının kişilik değerlerine saldırı teşkil edecek, bu bağlamda hakaret etmişse bu kişinin milletvekili dokunulmazlığından yararlandırılması dokunulmazlık kurumunun varoluş amacı ve nedeni ile bağdaşmaz. Anayasanın 83. maddesinde yer alan düzenlemenin amacı, millet vekilinin, yasamaya ilişkin olan yetkisini daha özgürce kullanmasını ve bu doğrultudaki çalışmalarını güvence altına almaktır. Madde ile güvence altına alınan ve dokunulmazlığı sağlanan, salt yasama faaliyeti ile sınırlı olan eylemlerdir. Bu faaliyetin sınırı dışına çıkılması durumunda, dokunulmazlığın korunmasına yönelik amaç ortadan kalkar. Bunun sonucu olarak da dokunulmazlığın varlığına ilişkin savunmaya itibar edilemez. Somut olayda, davacı milletvekilliği görevi nedeniyle yasa tasarısı hakkındaki düşüncesini ve eleştirilerini belirtmiştir. Davalının, bu eleştirilere karşı verdiği yanıt, yasama faaliyeti ile uyumluluk teşkil etmeyip doğrudan davacının kişiliğini hedef alan, onur ve saygınlığına saldırı oluşturan hakaret niteliğindedir. Davacının eleştirileri karşısında, ona duyulan kişisel öfke ve kızgınlıkla söylenmiş-*

³⁰ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s. 196; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 632.

tir. Bu nedenle yasama dokunulmazlığı sınırları içinde değerlendirilemez. Mahkemece, davalı eyleminin hukuka uygun olmadığı gözetilmeksizin davanın tümünden reddedilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş belirlenecek tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.” denilmiştir.

Karardan da anlaşılacağı üzere mecliste ileri sürülen düşüncelerin yasama sorumsuzluğu kapsamında olup olmadığı yönündeki değerlendirmede Yargıtay’ın kabul ettiği ölçütler; fiilin, meclis çalışmaları sırasında söylenip söylenmediği ve bu çalışmalarla nedensellik içerisinde olup olmadığı, kamu yararı amacıyla mı yoksa şahsi tatmin için mi hareket edildiği, bu bağlamda olayın gelişim süreci ve sınırın aşıp aşılmadığı şeklinde belirlenebilir.

5) Hakaret Suçu Bakımından Yasama Sorumsuzluğu

A) Genel Olarak

Yasama sorumsuzluğunun, parlamento üyelerinin, meclis çalışmaları çerçevesinde söylediği ve hakaret ve sövme suçlarını oluşturan sözlerini de kapsayıp kapsamadığına ilişkin doktrinde dört farklı görüş mevcuttur.

Birinci görüşe göre, hakaret ve sövmenin yasama faaliyeti ile bir ilgisi bulunmadığından, bu suçları oluşturan fiiller, yasama sorumsuzluğu kapsamına dahil değildir. Gerçekten bu anlayışa göre sözün, düşüncenin, bir fikir içermesi gerektiğinden³¹, bir fikir beyanı ihtiva etmeyen ve herhangi bir kimsenin onur, şeref ve haysiyetini zedeleyici nitelikteki hakaret ve sövme fiillerinin sorumsuzluk muhteviyatına dahil edilmesinin de mantıklı bir izahı bulunmamaktadır. Hakaret ve sövmelerin, meclis iç tüzüğüne göre disiplin yaptırımını öngörüyor olması yeterli olmadığı gibi, bu durum, söz konusu fiillerin ceza kanununa göre suç teşkil etmediği anlamına da gelmez³².

Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin, 24.06.1957 tarihli birleşiminde de; “*Kırşehir adıyla bir vilâyet kurulması hakkındaki Kanun lâyihasının görüşüldüğü Büyük Millet Meclisinin 12.06.1957 tarihli 80 nci birleşiminde zikredilen lâyihanın kabul ve heyeti umumiyesi üzerindeki konuşmalar dahi*

³¹ Faruk EREM, Ahmet DANIŞMAN, Mehmet Emin ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ondördüncü Baskı, Ankara 1997, s. 174.

³² KIRATLI, s.50, 51; EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 174.

tamamlandıktan sonra Osman Bölükbaşı usule aykırı bir şekilde gerçekleşen söz talebinin Başkanlıkça reddolunmasma rağmen kürsüye doğru ilerliyerek, Genel Kurul'a hitaben: 'Son söz milletvekilinindir, tüzük var, tüzük var. Utanın, utanın zalimlerin uşakları, topunuz ne olduğunuzu gösterdiniz haysiyetten mahram insanlar' cümleleriyle Meclise ve Başkanlığa hakarete bulunduğu ve bu yüzden üç birleşim için Meclis'ten ihracı kararlaştırılması üzerine salondan dışarı çıkarken hakaretlerine devamla: 'Namussuzlar, namussuz olmasanız bu kanunu böyle çıkarmazdınız, haysiyetsiz herifler, haysiyetsizler' sözlerini sarf ettiği ve arkasından koridora çıkan idare Amiri Ahmet Kocabyıkoğlu'nun, bu sözlerini kime karşı sarf ettiğini açıklamasını istemesini: 'Namussuzlar, müstebidin köpekleri, müstebit köpekler' şeklinde cevaplandırıldığı, belirlenmiştir. Büyük Millet Meclisi'ne açıkça hakaret ve tezyif teşkil eden bu hâdise üzerine müdafaasına müracaat olunan Osman Bölükbaşı, 'Heyeti Umumiye huzurunda sarf ettiği sözlerin Teşkilâtı Esasiye Kanununun 17 nci maddesi kapsamında adli bir takibata konu olamayacağını' ileri sürmüş ise de: Anılan maddenin mebusların Meclisteki rey, mütalâa ve beyanlarından ve bu rey, mütalâa ve beyanların neşir ve hariçte tekrar edilmelerinden mesul tutulamayacağı hususunu sınırlı bir surette zikretmiş olması karşısında mütalâa, rey ve beyan kavramları haricinde kalan küfür ve isnatları ve hakaretimiz sözleri adem-i mesuliyet müessesesinin kapsamı içinde kabul etmeye hukuken ve mantıken imkân tasavvur edilemeyeceği gibi, beyan ve mütalâa kavramlarının her hangi bir hakareti ihtiva eylemeyeceği açıklığı karşısında bu müdafaası mesnetsiz görülmüştür³³." denilmekle, hakaret ve sövme teşkil eden fiillerin, yasama sorumsuzluğu çerçevesinde mütalaa edilemeyeceği karara bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, hakaret ve sövme suçlarının yasama sorumsuzluğu kapsamında mütalaa edilip edilmeyeceğine ilişkin olarak uygulamada, birinci görüş benimsenmiştir.

Birinci görüş, bazı ülkelerin Anayasalarında da açıkça benimsenmiştir. Alman Anayasası'nın 46'ncı maddesi, bunlara örnek olarak gösterilebilir. Nitekim maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yasama sorumsuzluğu hükme bağlandıktan sonra ikinci cümle, hakaret içeren sözlerin sorumsuzluk kapsamına dahil olmadığını açıkça ifade etmektedir³⁴.

³³ Çevrimiçi <http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c020/tbmm10020085.pdf>.

³⁴ Çevrimiçi http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0223.

İtalyan müellif Manzini tarafından savunulan ikinci görüşe göre ise, milletvekili, denetim görevini ifa veya milletvekilliği göreviyle ilgili diğer bir nedenden dolayı üçüncü bir kişi hakkında ahlaki olmayan veya alçaltıcı sözleri ifade etmek zorunda kalmış bulunabilir. Böyle hallerde sorumsuzluk mevcutken, milletvekilinin, beyanları konusuna açıkça yabancı kalan hakaret veya sövme teşkil eden sözleri sarf etmesi durumunda, sorumsuzluktan faydalanması mümkün değildir³⁵. Bu görüş, hakaret suçunun yöneldiği kişi bakımından bir ayırmda bulunma cihetine gitmektedir. Parlamento üyelerinin birbirlerine yönelttikleri ve hakaret ve sövme teşkil eden sözler yasama sorumsuzluğu kapsamında kabul edilebilirse de, parlamento dışındaki bir kimseye karşı işledikleri hakaret ve sövmelerden sorumlu tutulmalıdırlar. Çünkü parlamento üyelerinin birbirlerine karşılık verme imkanları mevcuttur. Aynı durum, hakarete uğrayan ve parlamento üyesi olmayanlar bakımından geçerli değildir³⁶.

Üçüncü bir anlayışa göre, parlamento üyelerinin parlamentoda söyledikleri sözler hakaret suçunu oluştursa da, yasama sorumsuzluğu kapsamında olup, üyeler haklarında cezai takibat başlatılabilmesi mümkün değildir³⁷. İfade edelim ki doktrinde ve uygulamada hakim olan görüş de budur.

Dördüncü ve son görüş ise, parlamento üyelerinin hakaret teşkil eden söz ve davranışlarının yasama sorumsuzluğu kapsamında kabul edilebilmesi için, bunların, yasama görevi ile ilgili olmasını ve yasama görevinin kasten suiistimal edilmemiş olmasını şart koşmaktadır³⁸.

B) Hakaret Suçunun Unsurları ve Yasama Sorumsuzluğu Bakımından Özellikleri

a) Huzurda ve Gıyapta Hakaret

Eski Türk Ceza Kanunu'nda "hakaret ve sövme cürümleri" başlığı altında yer alan hakaret suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda özel hükümler kısmında ikinci kitabın "Kişilere Karşı Suçlar" başlığında, "Şerefe Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Hakaret suçu TCK m. 125'te "*bir kim-*

³⁵ EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 175.

³⁶ KIRATLI, s. 56; EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 175.

³⁷ EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 175.

³⁸ KIRATLI, s. 56; EREM, DANIŞMAN, ARTUK, s. 175.

seye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.” şeklinde düzenlenmiştir. Görülmektedir ki, ilgili hükümde huzurda hareket ve gıyapta hakaret arasında verilecek cezanın ağırlığı noktasında bir ayrıma gidilmemiştir.

Ayrıca fiilin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde de aynı yaptırım öngörülmüştür. Burada sözü edilen “ileti” terimi ile her türlü iletişim araçları bu kapsama dahil edilmiştir³⁹. Maddede sesli, yazılı veya görüntülü mesajdan söz edilmekte olduğundan mektup, telgraf, telefon ve benzeri araçlarla yapılan hakaret de huzurda hakaret olarak cezalandırılacaktır⁴⁰. Mağduru muhatap alan ileti mağdura gönderilmemiş ancak yine de mağdurun eline geçmiş ise, hakaret suçu huzurda işlenmiş sayılacaktır. Mağdurun eline geçmemiş olmasına rağmen üç kişiyle ihtilat koşulu gerçekleşmiş ise, bu durumda da gıyapta hakaret suçu işlenmiş olacaktır. Görüldüğü gibi huzurda hakaret suçunun işlenmiş sayılması için failin ve mağdurun birbirini görmeleri şart değildir⁴¹.

Meclis çalışmaları sırasında, bir milletvekilinin diğer milletvekiline cep telefonu aracılığıyla ileti göndererek hakaret etmesi, yukarıdaki izah karşısında huzurda hakaret olarak kabul edilmelidir. Burada önemli olan, bu şekilde işlenen hakaret suçunun, yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Kanaatimizce, Anayasanın 83’üncü maddesi uyarınca, meclis çalışmaları sırasında açıklanan düşüncelerin tamamı, açıklanma şekline bakılmaksızın sorumsuzluk kapsamında kaldığından, buna olumlu yanıt vermek gerekir. Zira bir milletvekilinin hakaret içeren sözler yazdığı kağıdı diğer bir milletvekiline vermesiyle, cep telefonu vasıtasıyla hakaret içerikli bir yazılı iletiyi göndermesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Huzurda hakareten farklı olarak gıyapta hakarete ise, en az üç kişiyle ihtilat koşuluna yer verilmiştir. İhtilat, aleniyetten farklı olmakla birlikte, fiilin başkaları tarafından duyularak bilgi edinilecek şartlar altında işlenmesi

³⁹ Veli Özer ÖZBEK, Nihat KANBUR, Koray DOĞAN, Pınar BACAKSIZ, İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.498.

⁴⁰ Bkz. TCK m.125 gerekçesi.

⁴¹ ÖZBEK ve diğerleri, s.498.

durumunu ifade eder⁴². Bu koşulun yerine getirilmesi bakımından en az üç kişinin bir arada bulunması veya fiili aynı anda öğrenmeleri şart değildir. Dolayısıyla fail fiili değişik zamanlarda bildirse de en az üç kişiyle ihtilat koşulu gerçekleşmiş olabilir. Ancak fiiller farklı ise, gıyapta hareket suçu oluşmayacaktır. Diğer yandan değerlendirilmesi gereken husus, üç kişinin hesaplanmasında failin hesaba katılıp katılmayacağı meselesidir. Bize göre, üç kişiyle ihtilat koşulunun yerine gelmesi için fail dışındaki üç kişinin varlığı gereklidir. Ayrıca ihtilat yapılan kişilerin, yapılan hareketin anlamını kavrayabilmeleri gerekir. Buna göre, akıl hastalığı, sağırlık, sarhoşluk vb. hallerde bu kişiler sözün hakaret içeriğini anlayabilecek durumda değil ise, ihtilat unsuru gerçekleşmiş olmayacaktır⁴³.

Bir parlamento üyesinin, parlamentodaki konuşmasında, diğer bir üyeyi hedef alan hakaret içerikli sözler sarf etmesi, hakaretin yöneltildiği üyenin, konuşmanın yapıldığı oturumda bulunmaması halinde gıyapta hakaret oluşturur.

b) Suçla Korunan Hukuki Değer

Hakaret suçunda bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak ifadelerine yer verilmiş olup, bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin şerefi, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır⁴⁴.

c) Suçun Maddi Unsurları ve Manevi Unsuru

Hakaret suçunda fail bakımından bir özellik aranmamaktadır. Herkes bu suçun faili olabilir. Aynı durum mağdur bakımından da söz konusu olup, herhangi bir kimse bu suçun mağduru olabilecektir. Mağdur olan kişinin ölü olması durumunda ise, uygulanması söz konusu olacak hüküm “Kişinin Hatırasına Hakaret” başlıklı TCK m.130’dur. Örneğin bir parlamento üyesinin,

⁴² Yargıtaya göre de ihtilat ve aleniyet birbirinden farklıdır. Bkz.:”...İhtilat unsurunda hedef, saldırılan ‘kişilerce duyulması ve bilgi edinilmesi’ olduğu halde aleniyette, umumi bir yerde işlenen fiilin başkaları tarafından görülüp işitilmesi şart olmayıp, görülüp işitilebilir olması yeterli sayılır...” YCGK 31.1.1983, 9-482/18, (Savaş/Mollamahmutoğlu’ndan aktaran: Özbek ve diğerleri, s. 499).

⁴³ **Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, R. Murat ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2010, s. 463.

⁴⁴ Bkz. TCK m.125 gerekçesi.

meclis çalışmalarında merhum siyasetçilerden birine hakaret etmesi bu kapsamdadır.

Suçun maddi unsurunun hareket kısmını, somut bir fiil veya olgu isnat etmek ile sövmek filleri oluşturmaktadır. Isnat olunan hususun belirli olması şarttır. Fiilin belirli olması için fiil veya olgunun teşhis edilebilecek açıklıkta olması yeterlidir⁴⁵. Ayrıca somut bir fiil veya olgunun isnadı; söz, yazı, resim veya işaretle açık veya örtülü yapılabilir. Bu husus, yasama sorumsuzluğunun fiile ilişkin sınırlarıyla örtüşür bir mahiyet arz etmektedir.

Isnad edilen fiil veya olgunun bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olması gerekir. Hakaret suçu soyut nitelikte bir suç olup, bunun bir sonucu olarak fiilin tamamlanması için herhangi bir neticenin meydana gelmesi gerekmez. Suçu oluşturan davranışın ikasıyla suç tamamlanıp bittiğinden, hakaret, ani suç özelliği taşımaktadır.

Hakaret suçunun oluşabilmesi için failin bilerek ve isteyerek hareket etmesi gerekir. Bu suç doğrudan kastla işlenebilen bir suçtur. Bu kapsamda söz konusu fiilin “şaka” niteliği taşıyıp taşımadığı her somut olaya göre değerlendirilmelidir⁴⁶. Suçun gıyapta işlenmesi bakımından hakaret içeren söz, yazı veya hareketin üç kişiyle ihtilatı koşulunun kast kapsamında değerlendirilmesi halinde, failin kastının bu ihtilat unsurunu içermesi gerekmektedir. Örneğin, meclis koltuğunda oturduğu sırada, yanındaki arkadaşına, onun duyabileceği şekilde bir başka milletvekili ile ilgili söylediği sözler, başkaca iki milletvekili tarafından da duyulan parlamento üyesinin ihtilat kastı bulunmadığından, gıyapta hakaret suçunu işlemediği söylenebilir.

d) Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru bakımından öncelikle hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın kullanılması bağlamında ihbar ve şikâyet hakkına değinmek

⁴⁵ “...fiilin muayyen sayılabilmesi için şahsa, şekle, konuya, yere ve zamana ilişkin unsurlar gösterilmiş olmalıdır. Bu unsurların tamamının birlikte söylenmesi şart değildir. Sözlerin, isnad edilen fiili belirleyecek açıklıkta olması yeterlidir.” CGK, 23.11.1992, 283/306 (Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN, Mustafa ARTUÇ, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2010, s. 3907).

⁴⁶ Bkz.: Yargıtay 4.CD., 20.5.2009, 9987/9621, “...şaka niteliğinde kabul edilen sözlerde hakaret suçunun manevi unsurunun oluşmadığı ve sanığın suç kastının bulunmadığı yolundaki yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi...” (www.kazanci.com.tr), (ÖZBEK ve diğerleri, s.519).

yerinde olacaktır. İhbar ve şikâyet hakkının kullanılabilmesi için gereken koşullar; ihbar ve şikâyetin yetkili organlara yapılması, ihbar ve şikâyetin konusunu oluşturan fiilin gerçek olması, ihbar ve şikâyetle yer kullanılan ifadeler arasında düşünsel bir bağ bulunmasıdır⁴⁷. Bu bağlamda bir milletvekilinin, diğeri hakkında meclis başkanlığına verdiği ihbar dilekçesi, hakaret suçunu oluşturmayacaktır.

Hakkın kullanılması çerçevesinde bu başlık altında incelenmesi gereken haber verme ve eleştiri hakkı ise, basın özgürlüğünün bir parçasıdır. Ancak “kişilik haklarını”⁴⁸ ilgilendiren bir yayının haber niteliğini taşıması, haberin gerçek ve güncel olmasına, yayınlamada kamusal ilgi ve yararın bulunmasına ve verilen haberle işlenen suç arasında düşünsel bir bağın bulunmasına bağlıdır⁴⁹. Haberin gerçek olma gerekliliğinin yerine getirildiğinin kabulü için gazetecinin, bir olayı gündeme getirip tartışmadan önce haberin doğruluğunu bütün imkanlarını kullanarak araştırması gerekmektedir⁵⁰. Haberin doğru ve güncel olmasının yanı sıra ilgili haberin verilmesinde kamu yararı ve ilgisi bulunmalıdır. Ayrıca haberde kullanılan ifadelerle verilen haber arasında düşünsel bağın bulunması gerekli olup, bu durum haberin yazımındaki üslubun kişilik hakkını zedeleyecek nitelikte olmaması anlamına gelir. Bu kapsamda haberin içeriğinin suç oluşturup oluşturmadığı AİHS m.10 dikkate alınarak tespit edilirken, bu düzenleme ile AİHM içtihatları bir arada değerlendirilmelidir⁵¹. Kişisel ve siyasal haklar kategorisinde mütalaa edilen⁵² ifade özgürlüğü, sözleşmedeki hakların kullanılabilmesi çeşitli şekillerdeki ifadelerle ortaya çıkacağından, özgürlüklerin kaynağıdır. Bu özelliği dolayısıyla, İnsan Hakları Avrupa

⁴⁷ Nur CENTEL/Hamide ZAFER/Özlem Yenerer ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 2007, s.235.

⁴⁸ Kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan unsurların tümü üzerindeki haklardır. Nitekim kişinin özel yaşamı da kişilik hakkı kapsamındadır. Çetin ÖZEK, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul 1999, s. 244.

⁴⁹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.465; Muharrem ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ed. Bahri Öztürk, Ankara 2009, s.315 vd; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s.231; Ahmet Caner YENİDÜNYA/Mehmet Emin ALŞAHİN, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, TBBD, S. 68, 2007, s. 62 vd.

⁵⁰ Fressoz ve Roire/Fransa kararı başvuru tarihi: 29183/95, karar tarihi: 21.01.1999 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=25577&>

⁵¹ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s.467, 468.

⁵² Reyhan SUNAY, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 9.

Mahkemesi'nin 1988 yılında girdiği yeniden yapılanma sürecinin hemen akabinde verdiği ilk kararın sembolik olarak ifade özgürlüğü ile ilgili olması dikkat çekici bir husustur⁵³.

AİHM içtihatları da dikkate alındığında ifade özgürlüğünün demokratik toplumlarda bireylerin gelişimini sağlayan temel dayanaklarından olduğu⁵⁴, basın özgürlüğünün de ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu vurgulanmıştır⁵⁵. İfade özgürlüğü sadece olağan olan, normal karşılanan, zararsız kabul edilen düşüncelerin açıklanması değil, aynı zamanda devlete veya toplumun belirli bir kısmına rahatsız edici gelen, endişe veren ifadeler bakımından da geçerlidir⁵⁶. Bu bağlamda ifade özgürlüğü siyasi, toplumsal, kamusal haberler veya tartışmalar olduğunda daha geniş bir şekilde yorumlanmalıdır⁵⁷.

Bir parlamento üyesinin, meclis çalışmaları sırasında bir kimseye hakaret etmesi, onun bakımından şahsi cezasızlık sebebi oluştursa fiilin haksızlık içeriğinin devam ettiğini yukarıda izah etmiştik. Milletvekilinin hakaret içeren sözlerinin basın mensupları tarafından haber olarak verilmesinin ise, haber verme hakkının kullanılması kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Esasen milletvekilinin suç oluşturan sözlerinin herhangi bir ekleme yapılmaksızın yayınlanması halinde, hakaret teşkil eden sözler basın mensubuna ait olmadığından, basın mensubunun haksızlık teşkil eden bir davranışının bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir. Ancak basın mensubu, bu sözlere katıldığını, muhatabının, bu sözlere layık bir insan olduğunu söyleyerek haber yaparsa, haber verme hakkının sınırları dahilinde hareket etmediğinden, hakaret suçundan sorumlu olacaktır.

Son olarak diğer bir hukuka uygunluk nedeni olarak mağdurun rızası söz konusu olabilir. Mağdurun açık veya zımni rızasının varlığı halinde bu suçla bireysel bir yarar korunduğu için üzerinde tasarruf edilebileceğinden

⁵³ **Vahit BIÇAK**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce, Y. 6, S. 24 s. 56.

⁵⁴ Handyside/Birleşik Krallık, 7.12.1976, prg. 49; Tezcan/Erdem/Önok, s.468.

⁵⁵ **Mehmet Semih GEMALMAZ**, “İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü”, in: Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:8, İstanbul, 1999, s.327; **M. Şükrü ALPASLAN**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü”, in: Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:8, İstanbul, 1999, s.34.

⁵⁶ The Guardian/Birleşik Krallık, 26.11.1991, prg. 59'dan aktaran: **GEMALMAZ**, s. 300-301.

⁵⁷ **ALPASLAN**, s. 32.

hareketle hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı söylenebilecektir⁵⁸. Ancak burada, mağdurun, bu sözlerin söylenmesinin ardından verdiği icazet ile rıza kavramının birbirine karıştırılmamasına dikkat edilmelidir. Zira hukuka uygunluk sebebi olarak rıza, icra hareketleri gerçekleştirilmeden yahut en geç gerçekleştirildiği sırada açıklanmalıyken, icra hareketleri tamamlandıktan sonra vuku bulan icazet halinde fiil hukuka uygun hale gelmemekte, icazet beyanı, yalnızca ceza muhakemesi hukuku kapsamında şikayet kurumu kapsamında mütalaa edilebilmektedir.

e) Daha Ağır Ceza Verilmesini Gerektiren Nitelikli Haller

Nitelikli haller faile daha fazla veya daha az ceza verilmesini gerektiren hallerdir. TCK m.125/3'te belli haller sayılmış olup, bu hallerde verilecek cezanın bir yıldan az olamayacağına hükmedilmiştir. Bunlar; hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi, kişinin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yılmaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı işlenmesi, kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi halleridir. Diğer yandan TCK m.125/4 hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılacağına hükmetmiştir. Aleniyet, kalabalık sayılabilecek kadar kişinin hakareti öğrenmelerinin imkan dahilinde olması halinde söz konusu olur⁵⁹. Bu hususta ayrıntıya girmeden, parlamento üyesinin işlediği hakaret suçlarında, maddede sayılan nitelikli hallerin oluşmasının mümkün olduğunu ifade etmekle yetineceğiz. Zira hakaret teşkil eden fiilin suçun temel şeklini ya da nitelikli hallerini oluşturması, yasama sorumsuzluğunun, şahsi cezasızlık sebebi sayılması bakımından bir etki doğurmamaktadır.

f) Kusurluluğu Etkileyen Sebepler

TCK m. 129/1 hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde faile verilecek cezanın üçte birine kadar indirilebileceğine ya da ceza

⁵⁸ Maurach/Schroeder/Maiwald'dan aktaran: TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 469.

⁵⁹ Yargıtay 4.CD., 24.9.1998, 7677/8230, "...İlçe merkezinden hakaretin herkese açık ya da kapalı yerde işlenip işlenmediği açıklanmadan..."; Yargıtay 2.CD.,15.2.2010, 2009/2196, 2010/3901, "...Sanığın katılanın dışarıda park halinde bulunan arabasının üzerine hakaret içeren sözlerin yazılı olduğu kağıdı koyması şeklindeki eyleminde, hakaret suçunun alenen işlenip işlenmediğinin araştırılıp tartışılmaması, yasaya aykırıdır."

vermekten vazgeçilebileceğine hükmetmiştir. Bu düzenleme ile hakaret suçuna ilişkin özel bir haksız tahrik hükmü öngörülmiştir. Bu halde TCK m. 29’da yer alan genel haksız tahrik hükmü değil, koşullarının gerçekleşmesi halinde TCK m. 129/1 uygulama alanı bulacaktır. TCK m. 129/1’in uygulanabilmesi için mağdurun haksız bir eyleminin olması, kişinin eyleminin hakaret olması ve hakaretin haksız eylemi yapan kişiye karşı işlenmiş olması gerekir⁶⁰. Hakaret suçu, üçüncü kişiye yönelik haksız fiile tepki olarak da işlenebilir. Bu halde de haksız eylemi yapan kişiye karşı işlenmiş olması gerekir⁶¹.

TCK m. 129/2 hükmü hakaret suçunun kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi durumuna yer vermektedir. Kasten yaralamanın hakaret suçunun failine veya üçüncü bir kişiye yönelmesi arasında ayırım yapılmamış olup, bu bağlamda bu hükmün kasten öldürme suçu bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁶². Bu hükmün meşru savunma hali olduğu ileri sürülmüş⁶³ olsa dahi, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, özel haksız tahrik halidir⁶⁴.

Bir parlamento üyesinin, diğer bir üye tarafından kendisine tehditte bulunulması halinde ona hakaretimiz sözler söylemesi durumunda, TCK m. 129/1 hükmünün uygulama alanı bulabileceği kuşkusuzdur. Ancak bu durumda kusurluluğun azaldığının kabulüyle parlamento üyesi hakkında cezaya hükmedilmesi söz konusu olabileceğinden, durumun, yasama sorumsuzluğu çerçevesinde değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Ayrıca, TCK m. 129, bu durumda bulunan herkes bakımından uygulama alanı bulabilecekken, sadece parlamento üyelerine tanınan yasama sorumsuzluğu özel bir düzenleme olduğundan, meselenin sorumsuzluk kuralları çerçevesinde halli gerekir. Aynı husus, TCK m. 129/2 hükmünde düzenlenen, kasten yaralamaya tepki olarak işlenen hakaret suçu bakımından da geçerlidir.

⁶⁰ Bu nedenle hukuka uygun bir fiile tepki olarak işlenen hakaret suçunda TCK m.129/1 uygulanmayacaktır (ÖZEN, s. 33).

⁶¹ Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Ahmet Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s. 406; ÖZEN, s. 31.

⁶² ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s. 407; TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 471.

⁶³ Sahir ERMAN, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. bs., İstanbul, 1989, s.221; ÖZEN, s. 43.

⁶⁴ İlhan ÜZÜLMEZ, “Hakaret Suçu”, CHD, Y.5, S.12, 2010, s. 65.

g) Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Hakaret suçuna kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Ancak örneğin hakaret içeren bir mektubun mağdura ulaşmadan önce başkası tarafından alınıp yok edilmesi halinde huzura eşit sayılan bir araçla işlenen hakaret suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır⁶⁵. Bir parlamento üyesinin, kağıda yazdığı hakaret içeren sözleri, bit başka üyeye ulaştıramaması durumu da hakaret suçuna teşebbüs olarak kabul edilmelidir. Burada önemli olan, parlamento üyesine gönderilen hakaretimiz yazının, onun eline geçmeden önce, yazıyı gönderen üye tarafından geri alınması durumudur. Kuşkusuzdur ki bu durumda yazıyı gönderen üye, icra hareketleri tamamlanmadan suçtan döndüğünden, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır⁶⁶. Bu durumda hakaret suçu oluşmadığından, yasama sorumsuzluğundan söz edilmesi de mümkün değildir.

Daha önce müteaddit defalar dile getirdiğimiz üzere yasama sorumsuzluğu, şahsi cezasızlık sebebi olması dolayısıyla fiilin haksızlık içeriğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle bir parlamento üyesini, bir başkasına hakaret etmesi için azmettiren veya ona yardım eden kişi de, fiilin haksızlık içeriğinin devam ediyor olması nedeniyle ve bağlılık kuralı gereğince suça iştirakten sorumlu olacaktır. İştirak kurallarının tatbiki bakımında ise özellik arz eden bir durum bulunmadığından TCK m.37 vd. maddelerinde yer alan genel kurallar uygulama alanı bulacaktır.

İçtima bahsinde ise parlamento üyesinin, hakaret suçunu bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye değişik zamanlarda işlemesi dolayısıyla zincirleme suçun, tek hareketle fiilin birden fazla kişiye karşı işlemesi dolayısıyla da aynı neviden fikri içtimanın gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Nitekim TCK, hakaret suçu ile ilgili olarak özel bir zincirleme suç hükmüne de yer vermiştir (TCK m. 125/5). Hükme göre: “*Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır*”. Tüm bu hallerde de, suçu işleyen üyenin yasama sorumsuzluğundan faydalanması mümkün olup, suçun içtima halinde işlenmesinin bir önemi bulunmamaktadır.

⁶⁵ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 431.

⁶⁶ ÖZBEK ve diğerleri, s. 526.

Sonuç

Parlamente sistemde temsil yetkisinin gereği olarak milletvekilleri, yasama fonksiyonu kapsamında, yürütmenin faaliyetlerini denetlerken tespit ettiği aksaklıkları rahatlıkla dile getirebilmelidir. Dolayısıyla yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin, yasama görevlerini icra sırasında, düşüncelerini, her türlü baskıdan uzak olarak ifade edebilmelerini, görevlerini yerine getirirken bağımsızlıklarının ve güvencelerinin teminat altına alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Bu haliyle de sorumsuzluk, kişiye özel değil, parlamente sistemin işleyişinin amaca uygun olarak temini ve devamı için öngörölmüş bir güvencedir.

Yasama sorumsuzluğunun hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayıp, fiili işleyen kişinin yürüttüğü faaliyetin niteliğinden kaynaklanan bir şahsi cezasızlık sebebi oluşturmaktadır. Bu nedenle sonuç kısmında esasen değinilmesi gerektiğini düşündüğümüz mesele, ceza takibatı bakımından sorumsuzluk halleri kapsamında nasıl hareket edilmesi gerektiğidir. Bu kapsamda hakaret suçunu işleyen bir parlamento üyesinin bu fiilin şikayet yoluyla savcılığa intikal etmesi halinde savcının, *“cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir”* hükmünü haiz olan CMK m. 171/1 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi mümkündür. Bu hükmü göz önünde bulundurmayarak iddianame düzenlenmesi halinde dahi, iddianame kendisine sunulan mahkeme, şüphelinin lehine olan şahsi cezasızlık sebebinin iddianamede dikkate alınmaması dolayısıyla iddianamenin CMK’nın 170’inci maddesine uygun olmadığı gerekçesiyle iadesine karar verebilecektir.

Parlamento üyesi hakkında bir şekilde ceza davasının açılmış olması halinde ise, CMK m. 223/3 dikkate alınarak, olayda bir şahsi cezasızlık sebebi bulunması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekecektir.

Bibliyografya

I- Basılı Eserler:

Abdülkadir UDEH, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku -Genel Hükümler- (Çeviren: Ali ŞAFAK), Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Kayıhan Yayınevi, İstanbul 2012

Ahmet Caner YENİDÜNYA/Mehmet Emin ALŞAHİN, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, TBBD, S. 68, 2007

Atilla ÖZER, Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası, Bilim Yayınları, Ankara 1984

Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011

Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul 2001

Çetin ÖZEK, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, Alfa, İstanbul 1999

Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, R. Murat ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2010

Erdoğan TEZİÇ, Anayasa Hukuku, Yedinci Bası, Beta, 2001

Faruk EREM, Ahmet DANIŞMAN, Mehmet Emin ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997

Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011

İbrahim Ö. KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005

İlhan ÜZÜLMEZ, "Hakaret Suçu", CHD, Y.5, S.12, 2010

M. Şükrü ALPASLAN, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Düşünce ve Basın Özgürlüğü", in: Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No:8, İstanbul, 1999

Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011

Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Ahmet Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011

Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, Ahmet Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan, Ankara 2010

Mehmet Semih GEMALMAZ, “İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü”, in: Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No.8, İstanbul, 1999

Metin KIRATLI, Parlamenter Muafiyetler (Bizde ve Yabancı Memleketlerde), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 127, Ankara 1961

Muharrem ÖZEN, Hakaret Suçlarında Haber Verme ve Eleştiri Hakkı, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ed. Bahri Öztürk, Seçkin, Ankara 2009

Nur CENTEL/Hamide ZAFER/Özlem Yenerer ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta, İstanbul 2007

Osman YAŞAR, Hasan Tahsin GÖKCAN, Mustafa ARTUÇ, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet, Ankara 2010

Reyhan SUNAY, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001

Sahir ERMAN, Hakaret- Karşılıklı Tahkir- Teşrii Masuniyetin Hukuki Mahiyeti ve Şumulü, İÜHFM, C. XVII, S. 1-2, 1951

Sahir ERMAN, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. bs., İstanbul, 1989

Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:I, Yeniden Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Filiz Kitabevi, 1985, No:413

Şeref GÖZÜBÜYÜK, Suna KİLİ, Türk Anayasa Metinleri (1839-1980), 2. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982

Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

Vahit BIÇAK, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü, Liberal Düşünce, Y. 6, S. 24

Veli Özer ÖZBEK, Nihat KANBUR, Koray DOĞAN, Pınar BACA-KSIZ, İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Seçkin, 2010

Veli Özer ÖZBEK, Nihat KANBUR, Pınar BACA-KSIZ, Koray DOĞAN, İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010

II- Web Tabanlı Kaynaklar:

William PETYT, Jus Parliamentarium, Londra, 1739 (books.google.com)

www.kazanci.com.tr

www.yargitay.com.tr

http://www.archive.org/stream/leadingcasesinc02thomgoog/leadingcase_sinc02thomgoog_djvu.txt, erişim tarihi: 10.12.2012.

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0223.

<http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>

<http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>, erişim tarihi: 11.12.2012.

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c020/tbmm10020085.pdf>.

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=25577&>

DİPLOMATİK DOKUNULMAZLIK VE AYRICALIKLARIN KÖTÜYE KULLANILMASI

Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL^(*)

Özet

Günümüzde diplomasi ve konsolosluk memurları uluslararası hukuka göre belirli dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip bulunmaktadır. Fakat bu diplomatların her durumda dokunulmaz olduğu anlamına mı gelmektedir? Diplomatların sahip oldukları dokunulmazlık ve ayrıcalıkları kötüye kullanmaları, insan hak ve özgürlüklerini ihlâl etmeleri, uyuşturucu madde veya insan ticareti yapmaları, casusluk faaliyetinde bulunmaları veya kabul eden devletin hukuk ve düzenlemelerini ihlâl etmeleri hallerinde de diplomatik dokunulmazlık geçerli midir? Bu soruna ilişkin yeterli açık hükümler içermeyen ve bugün büyük ölçüde zamanın ruhunun dışında kalmış olan 1961 Viyana Diplomasi İlişkileri Sözleşmesi ve 1963 Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi ile düzenlenmiş bulunan uluslararası hukukun, kanun önünde eşitlik ve hukukun üstünlüğü evrensel hukuk ilkeleri ile modern gelişmeler ışığında güncellenmesi ve sonuç olarak hiç kimsenin hukukun üstünde olmaması gerekmektedir.

***Anahtar Kelimeler:** Diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkların kötüye kullanılması, uluslararası ilişkiler, uluslararası hukuk, hukukun üstünlüğü ve adalet.*

Abstract

The Abuse of Diplomatic Immunity and Privileges

In modern times, diplomatic and consular agents enjoy certain immunities and privileges afforded by the international law. But does this mean they

^(*) Vali, Merkez Valileri Kurulu, İçişleri Bakanlığı, Ankara, e-mail: svgozlugol@hotmail.com

are untouchables? Is diplomatic immunity still acceptable even when they conduct spying, involve drug or human being trafficking, violate human rights and fundamental freedoms, commit a crime under the law of a receiving state or abuse diplomatic immunities and privileges in any other manner. In this context, the international law mainly provided by the Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 and the Vienna Convention on Consular Relations 1963 has today become obsolete to a certain extent and therefore must be updated in the light of modern developments and the principles of universal law, notably equality before the law and the rule of law, and consequently no one should be above the law.

Key Words: *The abuse of diplomatic immunity and privileges, international relations, international law, justice and the rule of law.*

Giriş

Evrensel düzeyde iletişimin yazılı, görsel ve işitsel olarak anlık yapıldığı günümüzde, diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar uluslararası uluslararası barış ve güvenin tesisi ve geliştirilmesi adına birtakım hukuk ilişkilerinin merkezi bir konusunu oluşturmaktadır.¹ Uluslararası toplum, uluslararası ilişkilerin yerinde ve zamanında eksiksiz yürütülmesi, düzenlemeleri yapmış bulunmaktadır. Bu düzenlemeler uluslararası toplumun egemen ve eşit üyeleri devletlerin uyması gereken asgari standartları oluşturmaktadır. Devletler, bu standartlar ötesinde tek taraflı veya karşılıklı olarak ülkelerinde görevli yabancı devlet veya uluslararası kuruluş memurlarına benzer dokunulmazlık ve ayrıcalıklar tanımakta serbest bulunmaktadırlar.

Günümüzde diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip kişilerin buldukları ülkede suç işlemeleri uluslararası ilişkilerin zarar görmesine, karşılıklı güvensizliğin gelişmesine ve uluslararası politikaların bu yönde şekillenmesine yol açabilmektedir. İki ülke arasında bu tür suçları kovuşturma ve yargılama tartışmaları olabilmektedir. Gönderen devlet sıkça kendi personelinin diplomatik dokunulmazlığa sahip bulunduğunu, dolayısıyla kabul eden devlet yetkililerinin hiçbir şekilde bu personeli tutuklayamayacağı ve kovuşturamayacağını ileri sürmektedir. Ülkesinde suç işlenen makamlar ise genellikle ülke kanunlarının uygulanması gereği ile ulus-

¹ Grant V. McClanahan, *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems* (Hurst & Company, London, 1989), s. 19-27.

lararası ilişkilerin zarar görmemesi adına hassas davranma ikileminde kalabilmektedir.² Bu durum diplomatik dokunulmazlığın kötüye kullanılabilmesine alan açılması anlamına gelmektedir.³ Şüphesiz, uluslararası ilişkilerin düzenli yürütülmesi adına tanınan diplomatik dokunulmazlık, diplomatların trafik suçları veya insan hakları ihlalleri gibi eylemlerine karşı bireylerin hak arama yollarının kapalı olması veya en azından pratik olmaması anlamına gelmekte ve suçun veya ihlalin mağduru kişilerde adalet inancını zayıflatmaktadır.

Oysa, ülkede kurulu hukuk ve kamu düzeninin herkes bakımından etkinliği evrensel hukuk ilkesi hukukun üstünlüğünün temel gereğidir. Ayrıca, hukuk karşısında eşitlik evrensel hukukun temel bir ilkesidir.⁴ Ulusal hukuk ve düzenlemelerin herhangi bir şekilde ihlali durumunda diplomatik dokunulmazlık statüsü bir kurtuluşa imkân vermemelidir. Kısaca bu statü sahibine keyfi alan açmaya değil, diplomatik misyonunu tam anlamıyla yerine getirmesine yönelik olarak anlaşılmalıdır.

Bu yaklaşım temelinde, bu makalede uluslararası hukuk tarafından esas itibarıyla diplomasi ve konsolosluk personeline sağlanan dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, taraf devletlere yüklediği yükümlülükler, bilhassa uluslararası ilişkiler anlamında hassas ve siyasi önemli sonuçları olabilen diplomatik dokunulmazlığın *kötüye kullanılması* durumu inceleme konusu yapılmıştır. Diplomatik dokunulmazlık konusunun tarihi gelişimi⁵ ile ulusal hukuk düzenlemeleri bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

² Tariq Hassan, 'Diplomatic or Consular Immunity for Criminal Offenses', *Virginia Journal of International Law*, Volume 2, Number 1, 2011, s. 18-21.

³ Tania Sebastian, 'Diplomatic Immunity Versus Harm to the Individual: An Attempt at Appraisal', *Gujarat National Law University Law Review*, Volume 3, Issue 1, October 2010, s. 23.

⁴ 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (m. 7), 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m. 14), 1966 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m. 26) bu anlamda ifade edilebilir. Bu temel ilkeler ulusal hukuk metinlerinde de yer almaktadır. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (m. 10). Kanun önünde eşitlik teorisi için bkz. Emelie Muñoz, 'Diplomatic Immunity – A Functioning Concept in the Society of Today?', *Human Rights Studies*, Department of Human Rights Studies, Lund University, Sweden, Fall 2012, s. 13-15, 29-30 [<http://www.lunduniversity.lu.se/o.o.i.s?id=24965&postid=3358586>, erişim 1 Ağustos 2013].

⁵ Diplomatik dokunulmazlığın tarihi gelişimi, ikamet eden elçiler dönemi ve öncesi olmak üzere iki döneme ayrılmaktadır. İkamet eden elçiler dönemi modern diplomatik dokunulmazlık sürecinin başlangıcı kabul edilmektedir. Bu ilk kez İtalya'da uygulanmış ve 15. yüzyılın ortalarında diğer Avrupa ülkelerine yayılmıştır. Bkz. Matthew S. Anderson, *The Rise of Modern Diplomacy, 1450-1919* (Longman, London and New York, 1993), s. 7-8.

I. Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklara İlişkin Uluslararası Hukuk

Diplomatlara dokunulmazlık tanıma uygulaması uzun bir tarihi sürece sahip olsa da uluslararası hukukta yer alması 1708'e kadar söz konusu olmamıştır.⁶ Tarihte diplomatik dokunulmazlık kurallarını kodifiye etmek için ilk uluslararası teşebbüs 1895'te Uluslararası Hukuk Enstitüsü Taslak Sözleşmesi'yle olmuştur.⁷ Diplomatik dokunulmazlık konusunu uluslararası hukukta düzenleme konusu yapan çabalar ise 1920'lerde başlamıştır. 14 Latin Amerika devleti tarafından bölgesel düzeyde yürürlüğe konulan 1928 Diploması Memurlarına İlişkin Havana Sözleşmesi bu anlamda bir başlangıç kabul edilebilir.⁸ Bu sözleşme diploması personelinin hiçbir şekilde devlet başkanını temsil etmediğini ve sadece hükümetlerini temsil ettiğini vurgulamaktadır. Bu sebeple diploması personeli sadece resmi görevlerini yerine getirme bakımından gerekli olan dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip kılınmıştır.

Günümüzde uygulanan uluslararası hukuk esas itibarıyla iki uluslararası sözleşmeye dayanmaktadır:

Birincisi, 1957'de BM Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun diplomatik ilişkileri evrensel düzeyde düzenlemek üzere hazırladığı *1961 Viyana Diploması İlişkileri Sözleşmesi (1961 Viyana Sözleşmesi)*'dir.⁹ Bu sözleşme, diplomatların dokunulmazlık ve ayrıcalıklarına ilişkin modern hukuku oluşturmaktadır.¹⁰ Bu sözleşme, tarihsel olarak diplomatlara tanınan hemen hemen sınırsız dokunulmazlık ve ayrıcalıklara standart getirmek, egemen devletler arasında diplomatik misyonları kurmak üzere ve esasen uluslararası örf ve âdet hukukunda var olan diplomatik dokunulmazlık ve ayrıca-

Bu konuda kapsamlı bir çalışma için bkz. Linda S. Frey and Marsha L. Frey, *The History of Diplomatic Immunity* (Ohio State University Press, Columbus, 1999). Ayrıca bkz. Kamuran Reçber, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku* (Dora Yayınları, Bursa, 2011), s. 4-12.

⁶ McClanahan, s. 34.

⁷ Frey and Frey, s. 480.

⁸ The Havana Convention on Diplomatic Officers 1928, and the Havana Convention on Consular Agents 1928 [<http://grberridge.diplomacy.edu/havana-conventions/>, erişim 15 Haziran 2013].

⁹ The Vienna Convention on Diplomatic Relations, signed on 18 April 1961, and came into force on 24 April 1964 [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf, erişim 17 Haziran 2013]. Türkiye bu sözleşmeyi 4 Eylül 1984 tarih ve 3042 sayılı Kanunla onaylayarak 6 Mart 1985 tarihi itibarıyla taraf olmuş bulunmaktadır. Bkz. 24 Aralık 1984 tarih ve 18615 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰ Sebastian, s. 6-7.

lıkları, yani uluslararası hukukun en eski ve en temel kurallarını kodifiye etmektedir.¹¹

İkincisi, 1963 Viyana Konsolosluk İlişkileri Sözleşmesi (1963 Viyana Sözleşmesi)'dir.¹² Devletler uluslararası ilişkilerinde, diğer devletler nezdinde diplomatik personel bulundurmaları suretiyle temsil edilmektedirler. Devletler, bunun yanında, herhangi bir suretle başka ülkelerde bulunan vatandaşlarına karşı yürütmekle yükümlü buldukları hizmetleri yerine getirmek için de bu ülkelere konsolosluk personeli görevlendirmektedirler.¹³

1961 Viyana Sözleşmesi elçilerin akreditasyonu (m. 14), elçilik araçlarında bayrak kullanımı (m. 20), yerel vergilerden muafiyet (m. 23) gibi diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık konularını detaylı şekilde düzenlemektedir. 1963 Viyana Sözleşmesi ise konsoloslar ve makamlarının resmi işlevleriyle ilgili dokunulmazlık ve ayrıcalık konularına detaylı şekilde yer vermektedir.

Şu halde, 1961 Viyana Sözleşmesi ile 1963 Viyana Sözleşmesi diplomatik ve konsolosluk personeline ilişkin modern dokunulmazlık ve ayrıcalıkların temelini oluşturduğu söylenebilir.¹⁴ Bu temelde, her iki sözleşmenin oluşturduğu pozitif uluslararası hukuk, temsil ve işlevsel gereklilik (görev) anlayışını yansıtmaktadır.

1961 Viyana Sözleşmesi (m. 2) ve 1963 Viyana Sözleşmesi (m. 2) hükümleri anlamında devletlerin daimi diplomatik ve konsolosluk ilişkileri karşılıklı antlaşmalarla kurulmaktadır. Bu anlamda diplomatik ilişkiler siyasi karakter taşımaktadır ve sadece uluslararası toplum tarafından tanınmış rejimler veya egemen devletler arasında söz konusudur. Oysa, konsolosluk ilişkileri siyasi sonuçlar doğurmamakta ve tanınmamış rejimler veya egemenlik

¹¹ Mitchell S. Ross, 'Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities', *American University International Law Review*, Volume 4, Issue 1, 1989, s. 180; Eileen Denza, *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008), s. 1.

¹² The Vienna Convention on Consular Relations, signed on 24 April 1963, and came into force on 19 March 1967 [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf, erişim 17 Haziran 2013]. Türkiye bu sözleşmeyi 20 Mayıs 1975 tarih ve 1901 sayılı Kanunla onaylayarak 19 Şubat 1976 tarihi itibarıyla taraf olmuş bulunmaktadır. Bkz. 21 Aralık 1975 tarih ve 18615 sayılı Resmi Gazete.

¹³ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap* (Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005), s. 127.

¹⁴ McClanahan, s. 44.

statüsünde bulunmayan devletlerle de yürütülebilmektedir. Zira, konsolosluk ilişkileri devletlerin yabancı ülkelerdeki vatandaşlarının hizmetlerine yönelik olarak kurulmaktadır. Konsolos ve konsolosluklar kurumu ikamet eden elçiler ve daimi diplomatik misyonlardan daha eskidir. Dolayısıyla konsoloslarla ilgili daha çok uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı bulunmaktadır.

Her iki sözleşmenin Başlangıç bölümlerinde iki önemli ilke ifade edilmiştir. Birincisi, farklı sosyal ve anayasal sistemlere bakılmaksızın devletlerarası diplomasi ve konsolosluk ilişkilerinin kurulmasıyla, diplomasi ve konsolosluk personeline dokunulmazlık ve ayrıcalık tanınmasına ilişkin bu sözleşmelerin devletlerarası dostça ilişkilerin geliştirilmesine katkı sağlayacağı beklenmektedir. İkincisi, bu sözleşmelerle tanınan dokunulmazlık ve ayrıcalıklar kişisel yarar sağlamaya değil, diplomatik ve konsolosluk işlevlerinin etkin bir şekilde yürütülmesine yöneliktir.

Bu sözleşmelerin amacı, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ifade edilen uluslararası barışı ve güvenliği sağlama ve koruma, egemen devletler arasında dostça ilişkileri geliştirme teşvik amacıyla da uyumlu görülmektedir.¹⁵

Nihayet bu sözleşmelerin Başlangıç hükümleri, bu sözleşmelerde somut olaylara uygulanabilecek hüküm bulunmaması durumunda uluslararası örf ve âdet hukukunun uygulanacağını bildirmektedir.

II. Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklar

1. Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalık Kavramı

Dış ülkelerde bulunan yabancı hükümet temsilcilerini uluslararası çatışma zamanında saldırılara karşı koruma ve uluslararası medeni ilişkilerin geliştirilmesi amacıyla kaynaklanan diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık, uluslararası örf ve âdet hukukunun temel bir ilkesini oluşturmaktadır.¹⁶

Uluslararası ilişkilerin belirli bir saygı ve nezaket dahilinde gerçekleşmesi için uluslararası hukuk birtakım kurum ve kurallara yer vermiş bulunmaktadır. Bu kurumların en önemlisi diplomasi personeline misyonlarını tam anlamıyla yerine getirebilmeleri için tanınmış bulunan ayrıcalık ve dokunulmazlık haklarıdır.

¹⁵ McClanahan, s. 45.

¹⁶ Ross, s. 173-174.

Diplomatik dokunulmazlık, 16. yüzyıldan itibaren başlıca üç yaklaşımla anlatılmaktadır: Ülkedışılık, kişisel temsil ve işlevsel zorunluluk.

Ülkedışılık (Extraterritoriality): Daimi ikamet eden misyon uygulamalarından (15. yüzyılda) sonraki ilk yüzyıllarda itibar edilmiş olan bu anlayış, diplomatik misyonların kullandığı kabul eden devlete ait ülke parçasının gönderen devletin ülkesinin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiğine dayanmaktadır. Bu anlayışa göre, diplomatların kendileri, evleri ve işyerleri varsayımsal olarak gönderilen devletin değil, gönderen devletin ülke sınırları dahilinde kabul edilmektedir. Gönderilen devlet, bunlara gönderen devletin topraklarındaymışçasına muamele etmek durumundadır. Literatürde ilk yazarlar, örneğin, Emmerich de Vattel (1758) ve James Lorimer (1883) bir elçinin evi ve kişiliğinin kabul eden devlet ülkesinde değil gönderen devletin ülkesinde bulunduğunu vurgulamışlardır. Lorimer, bu anlayışı 'bir İngiliz elçi, ailesi ve eşyasıyla ülke dışında kamu hizmeti görürken, aslında İngiltere'de ikamet etmektedir' şeklinde ifade etmiştir.¹⁷ Dolayısıyla, bu varsayım temelinde yabancı elçi kabul eden devlet ülkesinde ikamet etmediğinden yerel hukuka tâbi olması söz konusu olmamaktadır.¹⁸ Tarihsel olarak en eski olan bu anlayış günümüzde hemen hemen terk edilmiş bulunmaktadır.

Kişisel Temsil (Individual Representation): Bu anlayışta bir elçinin kabul eden devlet nezdinde gönderen devletin veya devlet başkanının kişiliğini temsil ettiği kabul edilmektedir. Temsilcilere, müzakerelerde bulunan, dost edinen veya talepleri reddeden gönderen devletin egemen gücüyümüş gibi muamele edilmiştir. 16. ve 17. yüzyılın büyük teorisyenleri Grotius, Van Bynkershoek, Wicquefort ve Vattel bu anlayışın savunucuları olmuştur.¹⁹ Ross'a göre bu yaklaşım, bireysel olarak diplomatı kabul eden devletin hukukunun üstünde görmektedir. Oysa, diplomat temsilci gönderen egemen devletle aynı derecede dokunulmazlığa sahip olmamalıdır. Ayrıca, bu yaklaşım, diplomatın tam olarak kimi temsil ettiğini ve diplomatların kişisel hareketlerinin sonuçlarından korunmasını açıklayamamaktadır.²⁰ McClanahan'a göre kişisel temsil anlayışı, işlevsel gereklilik anlayışı kapsamında devam etmektedir. Yani işlevsel gereklilik yaklaşımı kişisel temsil yaklaşımını içermektedir.²¹

¹⁷ McClanahan, s. 30.

¹⁸ Ross, s. 178.

¹⁹ J. Craig Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil?* (Dartmouth Pub Co, 1996), s. 28, 35.

²⁰ Ross, s. 177-178.

²¹ McClanahan, s. 28-29.

Diplomasi personeline dokunulmazlık tanıma kişisel temsil ve işlevsel gereklilik yaklaşımlarına dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar hem diplomatik misyonun tam anlamıyla yerine getirilmesini sağlamak içindir hem de diplomatların gönderen devletin kişiliğini temsil etmelerine dayanmaktadır.²² Nitekim, 1961 Viyana Sözleşmesi diplomasi personelinin gönderen devleti temsil ettiğini (m. 3) açıkça ifade etmektedir. Ayrıca, 1961 Viyana Sözleşmesi Başlangıcı diplomatik dokunulmazlık ile gönderen devleti temsil etmesi itibarıyla diplomatların işlevleri arasındaki ilişkiye işaret etmektedir.

İşlevsel Gereklilik (Functional Necessity): Elçilerin, atanmalarındaki amacı güven içinde, serbestçe, düzenli ve başarılı bir şekilde yerine getirebilmeleri için zorunlu dokunulmazlık ve ayrıcalıkların tanınması gerektiği anlayışına en büyük vurguyu Vattel yapmıştır.²³ Bu işlevsel gereklilik anlayışı günümüzde geniş kabul görmektedir. Bu kabul, esas itibarıyla, işlevsel gereklilik anlayışının diğer iki yaklaşımdan daha dinamik ve uyarlanabilir olmasından kaynaklanmaktadır. Bu anlayışa göre, bir diplomatın dokunulmazlık ve ayrıcalıkları diplomatik işlevlerini yerine getirmesi için gerekli (zorunlu) olmasına dayanmaktadır.

Diplomatların serbestçe hareket edebilmesi, hükümetlerini temsil ederken herhangi bir gereksiz zorluk veya engelle karşılaşmaması gerekmektedir. Diplomatlar kendi hükümetlerine güven içinde rapor verebilmeli, buldukları ülkenin şartlarını gerçek anlamda gözlemleyebilmelidir. Diplomatların özel harcamalarının yerel vergilerden muaf ve kişisel hareketlerinin yerel yargı yetkisinden bağımsız olması, resmi görevlerini yürütebilmeleri bakımından her türlü müdahaleden uzak olmaları gerekmektedir.

Nihayet, modern uygulamada devletler diplomatlarından antlaşmaların müzakere edilmesi, sosyal ve kültürel kimi faaliyetlerde bulunması gibi ek görevler de isteyebilmekte, dolayısıyla bu görevlerin de dokunulmazlık statüsü içinde yürütülmesi gerekmektedir. Görülüyor ki bu yaklaşım günümüz ihtiyaçlarına daha iyi cevap vermekle birlikte değişime uyarlanabilir ve genişleyebilir niteliktedir.²⁴

²² Sebastian, s. 8.

²³ Barker, s. 47.

²⁴ McClanahan, s. 32; Ross, s. 178-179.

2. Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Kapsamı

a) Kişi Bakımından (*ratione personae*)

Diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, esas itibarıyla, devletlerin uluslararası resmi ilişkilerini yürütmekle görevlendirdikleri ve diğer devletler nezdinde kendilerini temsil kapasitesiyle donattıkları görevlilerini (ve aile bireylerini) kapsamaktadır. Bunlara kısaca diplomasi memurları denilmektedir.

Diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar sadece diplomasi memurlarını değil, gönderen devletin kabul eden devletin ülkesinde bulunan vatandaşlarına vermekle yükümlü bulunduğu hizmetleri yerine getirmek üzere gönderdiği konsolosluk personelini (ve aile bireylerini) de kapsamaktadır. 1963 Viyana Sözleşmesi'nin 1. maddesi hükmü anlamında, konsoloslukların konsolosluk işlevlerini yerine getirme kapasitesine sahip personeli ile idari ve teknik personeli diplomatik dokunulmazlık hakkına sahiptirler. Diğer konsolosluk çalışanları bu anlamda diplomatik dokunulmazlık kapsamı dışında tutulmuştur.

Uluslararası örgüt ve kuruluşların personeline de görev ve işlevlerini tam olarak yerine getirebilmeleri amacıyla diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar tanınmaktadır. 1946 Birleşmiş Milletler Ayrıcalık ve Muafiyetlerine İlişkin Sözleşmesi ile 1945 Avrupa Konseyi Statüsü'nün 40. maddesi hükmü bu amacın sağlanmasına yönelik kimi kuralları düzenlemektedir.²⁵

²⁵ Ayrıca bkz. 1949 Avrupa Konseyi Ayrıcalıkları ve Dokunulmazlıklarına İlişkin Genel Antlaşması (ETS No. 002) ve 1952 Protokolü (ETS No. 10); Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Uluslararası Örgütlerin Dokunulmazlık ve Ayrıcalıklarına İlişkin İç Kararı 64 Sayılı Kuralı; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı (69)29. 1949 Avrupa Konseyi Ayrıcalıkları ve Dokunulmazlıklarına İlişkin Genel Antlaşması'na göre, Avrupa Konseyi'nin malvarlığı ve gelirleri doğrudan vergi, yasak ve ithalat kısıtlamasından muaf tutulmaktadır. Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi üyeleri ile Genel Sekreteri ve bunların yardımcıları (eşleri ve küçük çocukları), görevlerini yerine getirirken seyahat, ifade ve bağımsız hareket etme özgürlüğü gibi kimi dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip kılınmıştır. Bu personelin kişisel bagajlarına ve dokümanlarına el konulamaz ve tutuklanamazlar veya görevlerinin gereği olan söz ve hareketlerinden dolayı aleyhlerine dava açılmaz. Keza, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılarına da benzer şekilde diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar tanınmıştır. Bkz. 1996 Avrupa Konseyi Ayrıcalıkları ve Dokunulmazlıklarına İlişkin Genel Antlaşması'na Ek Altı Nolu Protokol (m. 1) (CETS No. 162). Söz konusu antlaşmalar ve protokoller için bkz. Council of Europe Treaty Office [www.conventions.coe.int, erişim 29 Temmuz 2013]. Geniş bilgi için bkz. Florence Benoît-Rohmer and Heinrich Klebes, *Council of Europe*

Devletlerin veya uluslararası örgütlerin özel veya geçici (*ad hoc*) temsil ilişkileri de diplomasi kapsamındadır. Bu bağlamda devletler diğer devletler, uluslararası örgütler veya konferanslar nezdinde *ad hoc* diplomasi temsilcileri gönderebilmektedirler.²⁶

Devlet veya hükümet başkanları, dış işleri bakanları ve kendilerine refakat eden aile bireyleri; bir devleti resmi olarak temsil eden veya hükümetlerarası karakterde uluslararası örgütlerin personeli ve refakatlerindeki aile bireyleri, ayrıca 1973 Birleşmiş Milletler Diplomasi Personeli Dahil, Uluslararası Koruma Altındaki Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme ile diplomatik dokunulmazlık kapsamına alınmışlardır (m. 1).²⁷

Nihayet, diplomatik çanta taşıyan *ad hoc* kuryeler de kişisel dokunulmazlığa sahiptirler. Kabul eden devlet, diplomatik çantayı ilgili diplomatik misyona teslim edene kadar bunları gözaltına alma veya tutuklama işlemine tâbi tutamaz.²⁸

b) Konu Bakımından (*ratione materiae*)

Uluslararası hukuk, hesap verebilirlik genel kuralının istisnası olarak belirli durumlarda kovuşturmadan bağımsızlığı kabul etmektedir. İfade etmek gerekir ki uluslararası hukuktaki bu dokunulmazlık kavramsal olarak ulusal hukukun genellikle devlet başkanları, milletvekilleri ve diğer kimi hükümet

Law - Towards a Pan-European Legal Area (Council of Europe Publishing, Strasbourg Cedex, June 2005), s. 23-24. Türkiye, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na kabul edilen 13 Şubat 1946 tarihli Birleşmiş Milletler Ayrıcalık ve Muafiyetlerine İlişkin Sözleşme'si'nin onaylanmasını 16 Mart 1950 tarih ve 5598 sayılı Kanunla uygun bulmuş ve kendisi açısından yürürlüğe koymuştur. Bkz. 21 Mart 1950 tarih ve 7462 sayılı Resmi Gazete.

²⁶ Reçber, s. 93-99. Ayrıca bkz. United Nations General Assembly, Convention on Special Missions, adopted on 8 December 1969, and entered into force on 21 June 1985 [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf, erişim 17 Nisan 2013].

²⁷ United Nations General Assembly Resolution 3166(XVIII), The Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, adopted on 14 December 1973, and entered into force on 20 February 1977, New York [<http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-7.pdf>, erişim 15 Nisan 2013]. Geleneksel olarak diplomatik dokunulmazlık devlet başkanları ve hükümet üyelerine de teşmil edilmiştir ki bu kişiler ülkelerinde sıkça –diplomatlardan çok daha fazla – ciddi suçlar işleyebilmektedirler. Bkz. René Värk, 'Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes', *Juridica International*, Volume VIII, 2003, s. 111.

²⁸ Barker, s. 86; Denza, s. 206.

görevlilerine tanıdığı dokunulmazlık kavramından farklıdır. İki dokunulmazlık türünün dayandığı gerekçe ve uygulanması da farklıdır.²⁹

Uluslararası hukukun öngördüğü dokunulmazlık ve ayrıcalıklar genel olarak iki kategoride değerlendirilebilir: İşlevsel dokunulmazlık ve ayrıcalıklar (*ratione materiae*) ile kişisel dokunulmazlık ve ayrıcalıklar (*ratione personae*).

1961 Viyana Sözleşmesi'nin 3. maddesi hükmünde diplomatik işlevler sınırlı şekilde verilmektedir. Buna göre, esas itibarıyla diplomasi personelinin işlevi, gönderen devleti temsil etmek, kabul eden devletle resmi iletişimini sağlamak, uluslararası hukuk çerçevesinde gönderen devletin ve vatandaşlarının buradaki çıkarlarını korumak, kabul eden devletle görüşmeler ve müzakerelerde bulunmak, belirli konularda hükümetinin görüşlerini kabul eden devlete bildirmek, ülkenin ekonomik, siyasi, sosyal ve kültürel şartları ve gönderen devletin ilgisinde olabilecek diğer gelişmeler hakkında devletini bilgilendirmek, iki devlet arasında dostça ilişkileri geliştirmek, ekonomik, kültürel ve bilimsel ilişkileri kurmak ve geliştirmek (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 3(a-e)) şeklinde özetlenebilir.

Bu anlamda diplomatik temsilciliğin dokunulmazlık ve ayrıcalıkları, elçilik binası, araçları ve arşivlerinin dokunulmazlığı, haberleşme serbestliği ile vergi ve gümrük ayrıcalıklarını kapsamaktadır.³⁰ Diplomatik misyonun arşivleri ve evrakı nerede bulunursa bulunsun her zaman dokunulmazlığa sahiptir (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 24). Elçilik binalarına zorla girilemeyeceği gibi elçiliğe ait araçlara arama, el koyma, haciz gibi herhangi bir yolla müdahale edilemez (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 22). Konsolosluk ve personeli de konut, araç, arşiv dokunulmazlığı (1963 Viyana Sözleşmesi, m. 31, 33, 58) ve vergi ayrıcalıklarına sahip bulunmaktadır (1963 Viyana Sözleşmesi, m. 32, 60).

Uluslararası hukukun dokunulmazlık ve ayrıcalıklara ilişkin asgari (zorunlu) kurallarına ek olarak, her devlet yabancı diplomasi görevlilerine, devlet başkanları ve diğer kamu görevlilerine daha geniş dokunulmazlık ve ayrıcalık tanımakta serbesttir. Bu devletler bakımından siyasi bir tercih konusudur. Bir antlaşma veya uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı kovuşturmayı gerektirmedikçe her devlet zorunlu olandan daha geniş dokunulmazlık ve

²⁹ Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan, and Alex Whiting, *International Criminal Law: Cases and Commentary* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2011), s. 76.

³⁰ Pazarcı, s. 87-93.

ayrıcılık tanımak için kendi yargı yetkisini sınırlama konusunda serbesttir.³¹ Nitekim, devletler uygulamada konsolosluk ilişkilerini tercihan iki taraflı antlaşmalarla yürütmektedirler. Devletler antlaşma konusu yaptıkları uluslararası konsolosluk ilişkileri ışığında konsolosluk personeline spesifik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar da tanıyabilmektedirler.³² Uluslararası örgütlerin personeli ise sadece görevleri kapsamındaki yasal prosedürlere karşı dokunulmazlık (işlevsel gereklilik) statüsüne sahiptirler. Fakat, devletler ülkesinde ofisi bulunan uluslararası örgütlerle iki taraflı antlaşma yapmak suretiyle ulusal düzenlemelerle bu örgütlerin yüksek düzeyli personeline bundan daha geniş bir şekilde diplomatlara tanınan dokunulmazlık ve ayrıcalıkları tanıyabilmektedirler.³³

İşlevsel dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, bir kamu görevlisinin bir devlet veya devlet organları adına yaptığı hareketlerinden dolayı sorumlu tutulmasına karşı koruma sağlamaktadır. Kabul eden devlet mahkemelerinin yargı yetkisinden işlevsel dokunulmazlık, resmi işlem ve eylemlerin gönderen devlet organlarınca gönderen devlet adına yapıldığı varsayımına dayanmaktadır.³⁴

Kişisel dokunulmazlık ve ayrıcalıklar uluslararası örf ve âdet hukukundan kaynaklanmakta ve belirli bir makamı işgal eden kişilere ilişkindir. Kendi yetki alanlarında hareket eden bütün devlet görevlilerine tanınan işlevsel dokunulmazlığa karşın, kişisel dokunulmazlık diplomatik görevliler, devlet veya hükümet başkanları ve dış işleri bakanları gibi resmi pozisyonların zorunlu bir gereği olarak, sadece kimi belirli devlet organı kategorilerine tanınmıştır. İlgili personelin sadece o pozisyonda bulunma süresiyle sınırlı olmak şartıyla bu kurallardan yararlanan herkesin hareketlerini kapsar.

Bireysel dokunulmazlık ve ayrıcalıklar anlamında, 1961 Viyana Sözleşmesi ve 1963 Viyana Sözleşmesi dokunulmazlık ve ayrıcalıkları, genel olarak, kişisel dokunulmazlık hakkı (üstünün, aracının, evinin, işyerinin ve bagajının aranmaması ve eşyasına el konulmama özgürlüğü), cezai doku-

³¹ Cassese, Acquaviva, Fan, and Whiting, s. 76.

³² McClanahan, s. 46.

³³ Uluslararası örgütler bağlamında diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar konusunda daha geniş bilgi için bkz. Reçber, s. 78-93. Ayrıca bkz. Angelika Kartusch, *Domestic Workers in Diplomats' Households: Rights Violations and Access to Justice in the Context of Diplomatic Immunity* (German Institute for Human Rights, Berlin, June 2011), s. 17.

³⁴ Cassese, Acquaviva, Fan, and Whiting, s. 76-77.

nulmazlık (herhangi bir suçtan dolayı gözaltına alınmaması, tutuklanmaması veya bulunulan ülke hukukunun ihlallerinden dolayı soruşturulmaması), medeni dokunulmazlık (dava edilmeme) ve bir davada tanıklık etmeye zorlanmaması başlıkları altında düzenlemektedir.

Kişisel dokunulmazlık, gözaltına alınma, tutuklanma, cezai yargı yetkisinden mutlak dokunulmazlık³⁵ ve çok sınırlı istisnalarıyla birlikte idari ve medeni yargı yetkisinden bağımsızlığı kapsar (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 31(1)).³⁶ Bu hükümde tanımlanan ‘kabul eden devletin idari ve medeni yargı yetkisinden bağımsızlık’ ise diplomasi personelinin görevleri dışındaki eylemlerini kapsamamaktadır (m. 37(2)).

Diplomasi personeli ceza kovuşturması ve yargılamasına tâbi tutulamaz ve tanıklık yapmaya zorlanamaz. Buna göre, diplomasi personeli kabul eden devletin cezai yargı yetkisinden tamamen istisna tutulmaktadır (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 31). Elçilikte görevli personel ve aile bireyleri konut (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 30, 37) ve kişi dokunulmazlığına sahiptirler (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 29, 37). Bu personel ve aile bireyleri, ayrıca vergi ve gümrük ayrıcalıklarına sahiptir.³⁷

Diplomatik misyonların idari ve teknik personeli -aile üyeleri dahil- bu sözleşmede tanımlanan dokunulmazlık ve ayrıcalıklara (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 29-35) sahiptirler. Bunlar ayrıca kabul eden devletin cezai yargı yetkisi bakımından tam dokunulmazlığa sahiptir.

Buna karşılık, diplomatik misyonun iç hizmetlerini yürüten personelin (kabul eden devletin vatandaşı olmayan hizmetliler) dokunulmazlığı sadece bu hizmetlerin yerine getirilmesiyle sınırlandırılmıştır. Bunların aldıkları ücretler, vergi ve resimden bağımsızdır (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 33, 37(3)). Bu anlamda, misyon üyelerinin kabul eden devletin vatandaşı olmayan ve daimi şekilde orada ikamet etmeyen özel hizmetçilerinin işlerinden dolayı aldıkları ücretler de vergi ve resimden bağımsızdır. Misyon üyelerinin

³⁵ Uluslararası Adalet Divanı, diplomasi personelinin bir suç işlemesi halinde şartlar ne olursa olsun, kabul eden devletin yargılama ve cezalandırma yetkisi bulunmadığını vurgulamakta ve genel uluslararası hukuka göre diplomatların her türlü cezai yargı yetkisinden müstesna olduklarını açıkça ifade etmektedir. Bkz. International Court of Justice, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Tehran), Judgment of 24 May 1980, para 79 [<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>, erişim 25 Temmuz 2013].

³⁶ Cassese, Acquaviva, Fan, and Whiting, s. 88.

³⁷ Pazarcı, s. 96-104.

özel hizmetlilerinin dokunulmazlığı ise diplomatik misyonun işlevini gölgelemeyecek şekilde kabul eden devletin tanınmasına bağlı bulunmaktadır (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 37(4)).

İfade etmek gerekir ki konu bakımından diplomatik dokunulmazlık mutlak nitelikte değildir. Örneğin, bir diplomatın kişisel ticari faaliyetleri diplomasi işlevleri dışında kalır ve diplomatik dokunulmazlık kapsamında değerlendirilemez.³⁸ Ancak, 1961 Viyana Sözleşmesi ticari faaliyetleri açıkça tanımlamamakta ve diplomatların resmi işlevlerini sayılı olarak vermemektedir (m. 31(1)). Dolayısıyla, bu durum uygulamada sorun oluşturabilmektedir.

Kural olarak, 1961 Viyana Sözleşmesi'nin 29. maddesi hükmü, bir diplomatın kişisel dokunulmazlığa sahip bulunduğunu, kişiliğine saygı hakkı bulunduğunu ve hiçbir şekilde tutuklanamayacağı veya gözaltına alınamayacağını emretmektedir. Bu sözleşme diplomatları kabul eden devletin cezai yargı yetkisinden istisna tutmaktadır (m. 31). Fakat, gönderen devlet tarafından dokunulmazlığının kaldırılması halinde bir diplomatın yargılanabilmesi mümkündür. 1961 Viyana Sözleşmesi'nin 29. ve 31. maddeleri hükümleri uyarınca dokunulmazlığı sona eren diplomatlar herhangi bir kimse gibi yargılanabilir.

Bu genel kişisel dokunulmazlığa istisna olarak devletler uygulamada uyuşturucu kaçakçılığı, casusluk, alkollü araç kullanma gibi suçlarda suçüstü durumlarında kısa süreli tutuklamalar yapmaktadırlar. Bu istisnaî uygulama literatürde kimi yazarlarca da kabul görmektedir.³⁹ Fakat bu halde yetkililerce suç failinin diplomat olduğu anlaşılır anlaşılmaz salıverilmesi gerekmektedir.⁴⁰

Son olarak, diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkların sayılı nitelikte olmadığını ifade etmek gerekir. Pozitif hukuk, örf ve âdet, uygulamalar, devletlerin karşılıklı değerlendirmeleri diplomatlara ve konsoloslara tanınan dokunulmazlık ve ayrıcalıkların kapsamını belirlemektedir. Ayrıca, uygulamada, kabul eden devletin tolerans veya şüphe düzeyi de dokunulmazlık ve ayrıcalık sınırlarını belirleyici olmaktadır.⁴¹

³⁸ Amy Tai, 'Unlocking the Doors to Justice: Protecting the Rights and Remedies of Domestic Workers in the Face of Diplomatic Immunity', *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Volume 16, Issue 1, 2007, s. 185-186; Hassan, s. 33-34.

³⁹ Pazarıcı, s. 94-95.

⁴⁰ Värk, s. 112.

⁴¹ McClanahan, s. 126.

c) Zaman Bakımından (*ratione temporis*)

Diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar diplomatik misyonun etkinliği için tanınmakta ve karşılıklı güven temelinde dostça uluslararası ilişkilerin geliştirilmesi gibi belirli amaçlara hizmet etmektedir. Bu itibarla, diplomatik misyonun sona ermesi; diplomatik ilişkilerin askıya alınması; bir diplomatın geri çağırılması (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 43(a); 1963 Viyana Sözleşmesi, m. 25(a-c)) veya dokunulmazlığının kaldırılması hallerinde diplomatik dokunulmazlık da sona ermektedir. Ayrıca, 1961 Viyana Sözleşmesi'nde (m. 31(1)(a-c)) yer alan istisnai durumlarda kabul eden devletin idari ve medeni yargı yetkisine ilişkin diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar söz konusu olmamaktadır.

Diplomasi personeline yüklenen işlevler hukuki *de jure* sebeplerle sona erebileceği gibi fiili *de facto* sebeplerle de sona erebilmektedir. Denza, bir diplomasi personelinin işlevinin, belirli bir sürenin sona ermesi, diplomasi personeli tarafından özel bir görevin tamamlanması, diplomasi personelinin ölmesi, normal şartlarda veya silahlı bir çatışma üzerine olabilecek diplomatik ilişkilerin ihlâli veya diplomatik ilişkisi bulunan devletlerden birinin egemenliğinin ortadan kalkmasıyla sona erebileceğini ifade etmektedir.⁴²

1961 Viyana Sözleşmesi'nin 32. maddesi hükmü gönderen devleti diplomatik dokunulmazlığı kaldırmaya yetkili kılmıştır. Tabiatıyla gönderen devletin bu işlemi ifade etmesi gerekmektedir. Bu ifade bir şekil şartıdır. Genel uygulamada gönderen devlet diplomatlarının yerel idari, cezai veya medeni yargı yetkisine tâbi tutulmamasına özen göstermektedir. Fakat bu durum, gönderen devletin suçu kovuşturmasına engel oluşturmamaktadır.⁴³ Zira, kabul eden devletin yargı yetkisinden bağışıklık statüsü diplomasi personelinin gönderen devletin yargı yetkisinden bağışık kılınmamaktadır (m. 31(4)).

Keza, gönderen devlet 1963 Viyana Sözleşmesi ile tanınmış bulunan herhangi bir ayrıcalığı veya dokunulmazlığı kaldırma konusunda da takdir hakkına sahip bulunmaktadır (m. 45(1)).

⁴² Denza, s. 386.

⁴³ Ross, s. 189-190.

3. Diplomasi Personeli Statüsü ve Yükümlülükleri

a) Diplomatik Statü

Diplomasi veya konsolosluk personelinin uluslararası hukukun sağladığı dokunulmazlık ve ayrıcalıklara sahip olabilmesi için birtakım önşartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu kişilerin öncelikle diplomasi veya konsolosluk personeli hukuki statüsüne sahip kılınmaları gerekmektedir. Gönderen devlet, esas itibarıyla yurtdışındaki konsolosluk ve elçiliklerine serbestçe personel ataması yapabilmektedir (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 7).

Elçiler veya konsoloslar, bireysel olarak çalışanların ilk olarak resmi bir statüye sahip olabilmeleri için gönderilen devlet tarafından kabul edilebilir (*persona grata*) olmaları gerekmektedir. Bilhassa, diplomatik misyon başkanları gönderen ve kabul eden devletin karşılıklı onayıyla atanabilmektedir. 1961 Viyana Sözleşmesi'nin 4. maddesi hükmüne göre, bir misyon başkanının kabul edilebilir olmasından önce, bir kabulün (*agrément*) yapılması gereklidir. Misyon başkanlarının atanabilmesi için bu kabul bir zorunluluktur. Devletin bu kabulü yapmaması durumunda açıklama yapması veya sebep göstermesi gerekmemektedir. Demokratik bir devlette suç şüphesi veya insan hakları ihlâli *agrément* verilmesinin reddi için yeterli bir sebep olarak görülmektedir.⁴⁴ Gönderilen devletin atanan veya atanacak personeli kabul edilemez bulması halinde, gönderen devletin söz konusu personele ilişkin atamayı geri çekmesi gerekmektedir (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 9; 1963 Viyana Sözleşmesi, m. 23(3)).

Bu bildirim ve karşılıklı onay prosedürü diplomatik misyon başkanları ile diğer diplomasi personelinin kabul eden devlet nezdinde tanınır kılılmaktadır. Ulusal makamların herhangi bir sebeple bu kişilere müdahalesi anında diplomatik dokunulmazlık gönderen devletin sağladığı diplomatik pasaport veya kabul eden devletin sağladığı diplomatik kimlikler kullanılarak talep edilmektedir.⁴⁵

⁴⁴ Denza, s. 40-43.

⁴⁵ Jonathan Brown, 'Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations', *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 37, Issue 1, 1988, ss. 53-88. Türkiye'nin yabancı diplomasi ve konsolosluk personeline diplomatik kimlik kartı verme uygulaması için bkz. Reçber, 74-76, 134-135.

Diplomatik statü, diğ er bir ifadeyle, diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar bir anlamda güveni ifade etmektedir. Diplomatik statünün tesisiyle devletler hem birbirlerine güveni hem de diplomasi görevi verdikleri vatandaşlarına güveni teyit etmiş olmaktadır.

Nihayet, vurgulamak gerekir ki diplomatik dokunulmazlık statüsü diplomasi personeline kabul eden devletin hukuk ve düzenlemelerini ihlâl veya herhangi bir suç işleme yetkisi vermemektedir.⁴⁶

b) Diplomatik Statünün Gereği Yükümlülükler

Uluslararası hukuk, uluslararası diplomatik ilişkilerde, diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalık kurumunun amacına uygun şekilde etkinliğini sağlamak adına hem diplomatik statüye sahip personele hem de devletlere birtakım yükümlülükler yüklemektedir.

Diplomatik statüye sahip personel açısından, genel uluslararası hukuk kuralları ve devletler arasında yapılmış bulunan antlaşmalar diplomasi personeline birtakım haklar tanırken kaçınılmaz olarak bunların belirli yükümlülükler çerçevesinde kullanılmasını öngörmektedir. Nitekim, 1961 Viyana Sözleşmesi diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkların ne suretle kullanılacağını açıkça ifade etmektedir (m. 41-42). Bu hükümler elçilik ve diplomatların belirli yükümlülükleri yerinde, zamanında ve anlamına uygun şekilde yerine getirmesini gerektirmektedir.

Bu yükümlülüklerin birincisi, diplomasi personelinin kabul eden devletin iç işlerine karışmama ve hukuk ve düzenlemelerine saygı gösterme yükümlülüğüdür (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 41(1)). Diğ er bir ifadeyle, diplomatik dokunulmazlık statüsü, bir diplomata bulunduğu ülkenin hukuk ve düzenlemelerine saygı yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Açıkçası, bu diplomatların hukukun üstünde olmadığı anlamına gelmektedir. İkincisi, diplomasi işlerinin kabul eden devletin dış işleri bakanlığı veya antlaşmalarla belirlenen diğ er bakanlıklar üzerinden yürütülmesidir (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 41(2)). Üçüncüsü, diplomatik bina ve eklentilerinin diplomatik misyona aykırı şekilde kullanılmamasıdır (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 41(3)). Nihayet, diplomasi personeli kabul eden devlet ülkesinde mesleki veya ticari kişisel kazanç elde etme amacıyla hareket edemez (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 42).

⁴⁶ Värk, s. 111; Hassan, s. 39.

Nitekim, uluslararası hukukta tanınan diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, 1961 Viyana Sözleşmesi'nin Başlangıcı'nda ifade edildiği üzere, kişisel yararları değil, uluslararası diplomatik misyonda etkinliği amaçlamaktadır. Bir diplomat söz konusu dokunulmazlık veya ayrıcalıklarını kendi kişisel çıkarına kötüye kullanamayacağı gibi, bulunduğu ülkenin güvenliği ve refahına zarar verici şekilde de kullanamaz.

Bu hükümlerin ihlâli halinde, devletler genellikle gönderen devlet tarafından diplomatın geri çekilmesini istemekte, bunun mümkün olmaması halinde söz konusu diplomatı *persona non grata* ilan etmekte ve çekilmesini sağlamaktadırlar. Kabul eden devletin bir diplomasi personelinin ülkesine gelmeden önce veya geldikten sonra söz konusu personeli *persona non grata*, yani kabul edilebilir bulmaması halinde, gönderen devletin söz konusu personeli geri çağırması, atamasından vazgeçmesi veya diplomasi görevine son vermesi gerekmektedir. Gönderen devletin bu yükümlülüğünü makul bir süre içinde yerine getirmemesi halinde, kabul eden devlet gerekçe göstermek zorunda olmaksızın söz konusu personeli tanımayı reddedebilir (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 9). Bunun için, gönderen devletin diplomasi veya konsolosluk personelinin atanmalarını, gönderilen ülkeye ulaşmaları ve ayrılmalarını gönderilen devlete resmi olarak bildirmesi gerekmektedir (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 7, 10; 1963 Viyana Sözleşmesi, m. 24).

Devletler açısından, diplomasi personeli kişisel dokunulmazlığa sahip olduğundan kabul eden devlet bu personeli hiçbir şekilde gözaltına alamaz veya tutuklayamaz. Bu itibarla, kabul eden devlet diplomasi personeline gereken saygıyı göstermek, kişiliğine, onuruna ve özgürlüğüne yönelik herhangi bir saldırıyı önlemek için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 29).

Ne var ki bu yükümlülük uygulamada sıkça ihlâl edilmektedir. Bunun en belirgin örneği, 4 Kasım 1979 tarihinde ABD'nin Tahran elçiliğinin militan öğrencilerce eski Şah'ın ABD tarafından yeni rejime teslimini sağlamak amacıyla 444 gün boyunca işgal edilmesi ve bütün elçilik personelinin rehin alınması olayıdır. İran yetkilileri bu olayın sorumluluğunu üstlenmekle 1961 Viyana Sözleşmesi'nin ihlâlini kabul etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı, İran'ın bu saldırılara karşı önlem almamış olmasının ve bu hareketleri sonlandırmamasının açık ve ciddi şekilde diplomatik misyonların korunması yükümlülüğünü (1961 Viyana Sözleşmesi'nin 29(2)) ve diplomatik misyon binalarını işgale devam etmek suretiyle bu sözleşmenin 24, 25, 26, 27 ve 29.

maddeleri hükümleri ile 1963 Viyana Sözleşmesi'nin 5 ve 36. maddesi hükümlerini devamlı suretle ihlâl ettiğine hükmetmiştir.⁴⁷

1973 – 1993 yıllarında yurtdışında Türk elçiliklerine veya doğrudan Türk diplomasi personeline Ermeni teröristlerce yapılan saldırılarda dördü büyükelçi olmak üzere 34 diplomasi personeli ölmüştür.⁴⁸ Günümüzde de benzer terörist saldırılar gerçekleşmektedir. 1 Şubat 2013 tarihinde, ABD'nin Ankara büyükelçilik binasına DHKP-C terör örgütü üyesince yapılan intihar saldırısında bir Türk koruma polis memuru ölmüş, bir Türk gazeteci yaralanmıştır.⁴⁹ 27 Temmuz 2013 tarihinde, Somali'nin başkenti Mogadişu'da Türk büyükelçilik çalışanlarının kaldığı ek binaya El Şebab örgütü üyesi teröristlerce intihar saldırısında bulunulması sonucu bir Türk koruma polisi ölmüş, üç polis de yaralanmıştır.⁵⁰ Bu olaylar hem devletlerin diplomasi misyonlarını koruma konusundaki yükümlülüklerinin önemini hem de uluslararası hukukun yeterli düzeyde etkin olamadığını göstermektedir.

Kabul eden devlet, diplomatik misyonun barış ortamında yürütülebilmesi için misyon binalarını herhangi bir müdahale veya zarara karşı korumak, misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulmaması veya itibarının kırılmasını önlemek üzere gerekli her türlü tedbiri almakla yükümlüdür (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 22(2)). Bu anlamda misyonun çalışmasına veya işlevlerini yerine getirmesine herhangi bir rahatsızlık verilmemeli, misyon binalarına personel veya ziyaretçiler tarafından serbestçe ve tehlike altında bulunmaksızın giriş-çıkış yapılabilmelidir.⁵¹

Elçiliğin bulunduğu devlet, diplomatik misyonun resmi amaçla her türlü haberleşmesine izin vermek ve iletişimini korumak, yani haberleşme özgürlüğünün tam anlamıyla kullanılabilmesi için her türlü tedbiri almakla yükümlüdür (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 27(1)). Hiç şüphesiz, diplomasi personelinin bu anlamda iletişiminin takip edilmesi, örneğin telefonlarının dinlenmesi bu yükümlülüğün ciddi bir ihlâlini oluşturur.

⁴⁷ International Court of Justice, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Tehran), Judgment of 24 May 1980, paras 67, 76 [<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>, erişim 25 Temmuz 2013].

⁴⁸ Temel İskit, *Diplomasi Tarihi, Teorisi, Kurumları ve Uygulaması* (Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2007), s. 275.

⁴⁹ Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/22497569.asp> [erişim 20 Şubat 2013].

⁵⁰ Bkz. <http://www.internethaber.com/turk-elciligine-bombali-saldiri-564973h.htm> [erişim 27 Temmuz 2013].

⁵¹ Denza, s. 174.

Vurgulamak gerekir ki uluslararası insan hakları hukukuna göre devletler yargı yetkileri alanında bulunan *istisnasız herkesin* insan hakları ve özgürlüklerini koruma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Yabancı diplomasi ve konsolosluk personeli de şüphesiz bir şekilde bu kapsamdadır. Devletler bu yükümlülüğü, negatif ve/veya pozitif, her türlü hukuki ve pratik önlemler ve araçlarla yerinde ve zamanında yerine getirmek zorundadır.⁵²

Nihayet, gönderen devlet verdiği diplomatik pasaportların uluslararası hukuka uygun şekilde kullanılmasını sağlamakla yükümlü bulunmaktadır. Kabul eden devlet ise verdiği diplomatik kimliklerin yargı yetkisi alanında ulusal ve uluslararası hukuka uygun şekilde kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür ki bu amaçla hukuk düzenlemesi yapma ve politikalar geliştirme ve uygulama yetkisine sahiptir.

III. Diplomatik Dokunulmazlık ve Ayrıcalıkların Kötüye Kullanılması

Son yıllarda diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkların kötüye kullanılmasında (insan hakları ihlalleri, tecavüz, cinayet, kaçakçılık, casusluk ve devlet destekli terörizm) gözlenen artış diplomatik ayrıcalık ve dokunulmazlık konusunun yeniden değerlendirilmesini kaçınılmaz kılmıştır. Diplomasi personeli genellikle statülerinden kaynaklanan dokunulmazlık ve ayrıcalıkları geniş yorumlama, hatta para kazanma gibi muhtelif saiklerle kötüye kullanma eğilimi göstermektedirler. Diplomasi personeli (aile bireyleri, hizmetlileri) diplomatik dokunulmazlık statüsünü buldukları ülkenin trafik kurallarını ihlâlden çocuk istismarı, insan ve uyuşturucu madde ticareti gibi en ciddi suçlara kadar pek çok şekilde kötüye kullanılmaktadırlar.⁵³ Bu kötüye kullanılma durumları araç park ihlâli gibi kimi küçük nitelikli suçlar söz konusu olduğunda kabul eden devletlerce diplomatik misyonun etkinliğini sağlama adına hoş görülebilmektedir.⁵⁴ Fakat, ciddi suçların işlenmesi halinde devletler aynı şekilde hoşgörü göstermeli midir?

⁵² Muñoz, s. 15-18, 30-32.

⁵³ Ross, s. 174; McClanahan, s. 155-164.

⁵⁴ Araştırmalar yolsuzluk düzeyi yüksek ülkelerden gelen diplomatların genellikle araç park kurallarının ihlâli gibi diplomatik dokunulmazlık istismarına daha eğilimli olduklarını göstermektedir. Bkz. Kenneth K. Mwenda, *Public International Law and the Regulation of Diplomatic Immunity in the Fight against Corruption* (Pretoria University Law Press, Cape Town, 2011), s. 39-40.

Diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkların kötüye kullanılmasına muhtelif şekillerde sayısız örnek verilebilir. Ancak, burada konunun insicamı ve daha iyi anlaşılması için yaygın olarak görülen birkaç örnek incelemekte yarar görülmektedir. Bu bakımdan diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkların kötüye kullanılması durumları genel olarak iki kategoride incelenebilir: Birincisi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinde bulunan suçlar ile insan hakları ve özgürlükleri ihlalleri. İkincisi, casusluk ve diğer suçlar.

1. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisinde Bulunan Suçlar ile İnsan Hakları ve Özgürlükleri İhlalleri

İnsan hakları ihlalleri, cinayet, savaş suçları veya insanlığa karşı suçların işlenmesi halinde diplomatik dokunulmazlık kabul edilebilir mi? Diğer bir ifadeyle, bu tür eylemlerin gerçekleştirilmesi diplomatik misyonun işlevi için gerekli görülebilir mi?⁵⁵ Värk'a göre, kabul eden devletin yargı yetkisinden mutlak bağımsızlığın uygulanabilirliği savaş suçları, insanlığa karşı suçlar veya uluslararası nitelikte ciddi suçların işlenmesi halinde, işlevsel gereklilik yaklaşımının, yani diplomatik misyonun işlevselliği veya etkinliği ile diplomatik dokunulmazlık arasındaki gereklilik veya meşruluğunu tartışılır kılmaktadır.⁵⁶ Şu halde bütün devletleri ilgilendiren bu türden suçları sabit olan diplomatların diplomatik dokunulmazlığı sona ermiş kabul edilmeli ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Roma Statüsü)⁵⁷ kapsamında yargılanmalıdırlar.

Çünkü, Roma Statüsü hükümleri istisnasız ve ayrımsız *herkese* uygulanabilir niteliktedir (m. 27(1)). Bir kişinin ulusal veya uluslararası hukuk altında resmi kapasitesinin gereği dokunulmazlık ve ayrıcalıkları veya özel şekil kuralları Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin uygulanmasına engel oluşturmamaktadır (m. 27(2)). Şu halde, Roma Statüsü'ne taraf bir devletin vatandaşının Roma Statüsü'nün 5. maddesi hükümlerinde yer alan (soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu) bir

⁵⁵ Värk, s. 110, 115.

⁵⁶ Värk, s. 114.

⁵⁷ United Nations, Rome Statute of the International Criminal Court, done at Rome on 17 July 1998, entered into force on 1 July 2002, Treaty Series, Vol. 2187, No. 38544 [http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/icc/Pages/default.aspx, erişim 28 Temmuz 2013]. Türkiye henüz bu antlaşmaya taraf olmamıştır.

suçu işlenmesi veya üzerinde suç işlenen ülkenin Roma Statüsü'ne taraf bulunması halinde, Roma Statüsü kapsamında suç isnad edilen hiç kimse diplomatik dokunulmazlık statüsüne dayanarak Uluslararası Ceza Mahkemesi nezdinde yargılanmaktan kurtulamaz (m. 12).

İnsan hakları ihlalleri bağlamında, diplomasi personeli özel ikametgâhlarında çalışacaklarını belirterek ülkelerinden getirdikleri/getirecekleri kişiler için yerel makamlardan vize sağlayabilmektedirler. Genel bir kural olarak vize talebi aslında elçilikler, misyonlar veya uluslararası örgütlerce yapılmış olmaktadır.⁵⁸ Günümüzde, genellikle düzensiz göçmenler istismar edilerek uzun çalışma saatleri, az ve vergisiz ödeme, yüklü borç ve tehdit altında sözde ev işlerinde çalıştırılmaktadırlar. Bu durum açıkça kölelik durumudur. Ne yazık ki uluslararası hukukta emredici *jus cogens* norm statüsüne sahip kölelik yasağı devletlerin resmi memurları diplomatlarca sıkça ihlâl edilmektedir. Dolayısıyla, diplomatik dokunulmazlık bir anlamda insanların köle koşullarında çalışmaya zorlanması, fiziksel ve psikolojik tehdiye maruz bırakılması suçlarının cezasız kalmasına yol açabilmektedir.⁵⁹ Böylece istismar kapalı kapılar arkasında devam edebilmektedir. Kabul eden devletin hukuk düzeni diplomat veya konsolosların ev işlerinde çalışan kişileri işyeri zararlarından korumakta ve sorumluları hesap verebilir kılmakta başarısız olmaktadır.⁶⁰

Oysa, ayırmsız herkesin insan ticareti gibi insan hakları ihlallerine karşı - kamu veya özel alanda - korunması modern devletin temel yükümlülüklerindedir. Devletler uluslararası insan hakları hukundan kaynaklanan ve bütün insanlığa karşı hesap verebilir durumda buldukları bu yükümlülüklerini başka bir antlaşma hükümlerine dayanarak askıya alamazlar. Zira, insan hak ve özgürlüklerine ilişkin uluslararası hukuk normları uluslararası

⁵⁸ Kartusch, s. 23-24.

⁵⁹ Tai, s. 178-79; Usama Kahf, 'Development in the Debate over Diplomatic Immunity for Diplomats Who Enslave Domestic Workers', *University of Nebraska – Lincoln, First Annual Interdisciplinary Conference on Human Trafficking*, Paper 16, Lincoln, Nebraska, 29-31 October 2009, s. 9-12 [http://digitalcommons.unl.edu/humtraffconf/16, erişim 19 Temmuz 2013]; Janie A. Chuang, 'Achieving Accountability for Migrant Domestic Worker Abuse', *North Carolina Law Review*, Volume 88, Number 5, June 2010, s. 1628-1629. Diplomatların ikametgâhlarında çalışan hizmetlilerin maruz kaldıkları hak ihlalleri konusunda altı Avrupa ülkesinde yapılmış bulunan bir araştırma için bkz. Angelika Kartusch, *Domestic Workers in Diplomats' Households: Rights Violations and Access to Justice in the Context of Diplomatic Immunity* (German Institute for Human Rights, Berlin, June 2011).

⁶⁰ Chuang, s. 1641-1646, 1655.

hukukun emredici kuralları *jus cogens* norm statüsüne sahip kılınmıştır.⁶¹ Uluslararası hukukun temel bir ilkesine göre, *jus cogens* normlarla çatışma halinde olan uluslararası bir sözleşme veya hükmü kendiliğinden geçersiz addedilmektedir (1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, m. 53 ve 64). Şüphesiz, bu durum 1961 Viyana Sözleşmesi ile 1963 Viyana Sözleşmesi bağlamında da geçerlidir.

2. Casusluk ve Diğer Suçlar

Kimi durumlarda, istihbarat servisi personeli gönderen devletin diplomasi personeli listesine dahil edilerek diplomatik dokunulmazlıktan yararlanmasına ve uluslararası alanda diplomatik dokunulmazlık altında seyahat etmesine imkân verilmektedir. 1961 Viyana Sözleşmesi diplomasi faaliyetlerine imkân vermektedir. Aslında diplomasi işlevini yerine getirmesi beklenen, teoride diplomatın casusluk yapması halinde diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıktan yararlanması söz konusu olamaz.⁶² Casusluk uluslararası hukuku ihlâl eden bir suçtur. Zira, bir devletin diğer devletlerin ülke bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığına saygı gösterme yükümlülüğünü ihlâl etmektedir.⁶³ Ancak, bir diplomatın casusluk yaparken yakalanması halinde, devletin yapabileceği şey, diplomatı *persona non grata* ilan ederek sınır dışı edilmesini sağlamaktır (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 9(1)).

Diplomatların dokunulmazlık statüsü altında casusluk faaliyetlerinde bulunması devletlerarası ilişkilerde ciddi sıkıntılar yaşanmasına neden olmaktadır. Nitekim, Rusya, Mayıs 2013’de bir CIA ajanını diplomat statüsü altında ülkesinde casusluk faaliyetinde bulunduğu gerekçesiyle gözaltına almış, ancak dokunulmazlık statüsüne sahip bulunduğundan yerel yetkililerce tutuklanamamış ve yargılanamamıştır. Sonuçta, söz konusu diplomat *persona non grata* ilan edilerek Amerikan yetkililere teslim edilmiş ve ülkeyi terketmesi istenmiştir. Bu durum iki ülke ilişkilerinde gerginliğe yol açmış ve karşılıklı güveni sarsmıştır.⁶⁴

⁶¹ Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar* (5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2003), s. 35-36; Javaid Rehman, *International Human Rights Law* (Second Edition, Longman, England, 2010), s. 25-27.

⁶² A. John Radsan, ‘The Unresolved Equation of Espionage and International Law’, *Michigan Journal of International Law*, Volume 28, Issue 3, Spring 2007, s. 621.

⁶³ Radsan, s. 604-605.

⁶⁴ Rusya Federal Güvenlik Servisi’ne göre, Amerikan elçiliğinde üçüncü katip olarak görevli Ryan C. Fogle kendisini gizlemek suretiyle özel teknik ekipmanlar, büyük miktarda na-

Diğer suçların işlenmesi durumuna örnek vermek gerekirse, Aralık 1987’de Amerikan makamları, Birleşmiş Milletler nezdinde görevli Zimbabve ticari ataşesi Floyd Karamba’yı çocuklarını ciddi şekilde istismar ettiği ve ailesini bu tacizi izlemesine zorladığı gerekçesiyle sınır dışı etmiştir. Fakat, ataşe diplomatik dokunulmazlığa sahip bulunduğundan, ABD söz konusu suça ilişkin herhangi bir kovuşturma yapamamıştır.⁶⁵

Diplomasi personeli veya aile bireylerinin cinsel saldırı suçlarına da karıştıkları görülmektedir. Örneğin, 1980 ve 1981 yıllarında Gana delegasyonu üçüncü ataşesinin 19 yaşındaki oğlu New York’ta muhtelif cinsel saldırı suçları işlemiştir. Mağdurlarca teşhisi üzerine ABD yetkililerince tutuklanmış, kovuşturma hazırlıkları başlatılırken Gana’lı diplomatın oğlu olduğu anlaşılınca diplomatik dokunulmazlık sebebiyle hakkındaki bütün suçlamalar düşürülmüş ve serbest bırakılmıştır.⁶⁶ Mağdur açısından düşünüldüğünde, mağdurun adalete ulaşması engellenmiş, en temel insan hakkı olan hak arama özgürlüğü ihlâl edilmiş bulunmaktadır. Ne var ki yetkililerin 1961 Viyana Sözleşmesi karşısında suçluyu *persone non grata* ilan etmek ve ABD’den sınır dışı etmekten başka seçeneği bulunmamaktadır. Görülüyor ki bu gibi durumlarda diplomatik dokunulmazlık statüsünden yararlanarak yerel kovuşturmadan kurtulacağını bilerek suç işleyen personele veya aile bireylerine ayrıcalık ve dokunulmazlık tanınması adalet düşüncesiyle bağdaşmamaktadır.

Amerika’nın İslamabad elçiliğinde görevli personel Raymond Davis, Ocak 2011’de Lahore’da iki Pakistanlı adama silahla ateş etme suçundan yerel makamlarca gözaltına alınmıştır. Ülke kanunlarına göre işlenen suçun niteliği ne kadar ciddi olursa olsun kabul eden devletin yapabileceği şey, bunu gönderen devlete bildirerek söz konusu personeli çekmesini istemek veya personeli istenmeyen kişi (*persona non grata*) ilan etmektir. Devletler, son tahlilde genellikle suçun faili diplomasi personelini sınır dışı etmekle yetinmek durumundadırlar.⁶⁷

kit para ve yazılı bir talimatnameyle birlikte Kafkaslar uzmanı bir Rus ajanla anlaşmaya çalışırken yakalanmıştır. Geniş bilgi için bkz. Gregory L. White, Paul Sonne and Siobhan Gorman, ‘Russia Expels American on Spy Allegations’, *Wall Street Journal*, 14 May 2013 [<http://online.wsj.com/article/SB10001424127887323716304578482660056321772.html>, erişim 21 Mayıs 2013].

⁶⁵ Ross, s. 173.

⁶⁶ Chuck Ashman and Pamela Trescott, *Diplomatic Crime: Drugs, Killings, Theft, Rapes, Slavery and other Outrageous Crimes!* (Acropolis Books Ltd., Washington D.C., 1987), s. 22-24.

⁶⁷ Pazarcı, s. 96; Joshua E. Keating, ‘Can You Get Away with Any Crime If You Have Diplomatic Immunity?’, *Foreign Policy*, 15 February 2011 [www.foreignpolicy.com/ ar-

Diplomasi personeli muhtelif şekillerde kaçakçılık suçu işleyebilmektedir. Özellikle, açılmaz veya alıkonulamaz ayrıcalığına sahip diplomatik çantalar uyuşturucu madde, silah, patlayıcı, mücevher, para, tarihi eser veya sanat eseri, radyoaktif malzeme kaçakçılığında kullanılabilir. ⁶⁸ Bu kullanım açıkça 1961 Viyana Sözleşmesi'nin 27. maddesi hükmüyle tanınmış bulunan ayrıcalık ve dokunulmazlığı ihlâl etmektedir.

Diplomasi personeli sıkça kabul eden devletin trafik düzenlemelerini keyfi derecede ihlâl etmektedir. ⁶⁹ Bir diplomasi personelinin, örneğin, alkollü bir halde iken araç kullanması sonucu bir insana çarparak ölümüne yol açması halinde, gönderen devlet diplomatik dokunulmazlığını kaldırmadıkça kabul eden devlet suç kovuşturmasında bulunamamaktadır. ⁷⁰

Ayrıca, diplomasi personelinin aile bireyleri kabul eden devlet ülkesinde mesleki veya ticari kişisel kazanç elde etmekten kaçınma yükümlülüğü (1961 Viyana Sözleşmesi, m. 37) altındadırlar. Devletler uygulamada iki taraflı bir antlaşma yoksa aile bireylerinin çalışmasına izin vermemektedirler. Fakat, bu aile bireylerinin suç işlemeleri halinde ciddi sorunlar yaşanabilmektedir. Bununla birlikte, 1961 Viyana Sözleşmesi diplomasi personelinin aile bireylerine ilişkin açık hükümler içermemektedir. Bu itibarla Brown aile bireyleri kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. ⁷¹

Nihayet, devletler de kimi durumlarda diplomatik ayrıcalık ve dokunulmazlık kurumunu kötüye kullanabilmektedirler. Örneğin, bir devlet tarafından vatandaşının suç işlemesi *sonrası* bu vatandaşına diplomasi personeli statüsü verilmesi diplomatik dokunulmazlık kurumunun açık bir kötüye kullanılması şeklindedir.

ticles/2011/02/15/can_you_get_away_with_any_crime_if_you_have_diplomatic_immunity?print=yes&hidecomments=yes&page=full 2/3, erişim 1 Haziran 2013].

⁶⁸ Genel olarak bkz. Ashman and Trescott, s. 190-223. 1961 Viyana Sözleşmesi'nde hüküm bulunmamasına rağmen, genel kabule göre gelişen teknoloji karşısında diplomatik çantalar zorunlu olmadıkça elektronik taramaya da tâbi tutulamamaktadır. Bkz. Denza, s. 194-195.

⁶⁹ Ashman and Trescott, s. 323-325.

⁷⁰ Radsan, s. 621.

⁷¹ Brown, s. 63, 66. Ayrıca bkz. Muñoz, s. 22-23.

Sonuç

Her egemen devletin, ulusal hukuk ve düzenlemeleriyle yargı yetkisi alanında uluslararası hukukun öngördüğü diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklara ilişkin hükümlerine etkinlik sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Uluslararası kamu düzeninin etkinliği, bir taraftan diplomasi ve konsolosluk personelinin ulusal hukuk ve düzenlemelerine saygı göstermesini gerektirmekte; diğer taraftan da kabul eden devletlerce diplomasi ve konsolosluk personelinin işlevlerini tam olarak yerine getirmelerine imkân ve ortam sağlanmasıyla mümkün olabilir.

Şüphesiz, uluslararası hukukun ulusal düzeyde etkinliği ulusal hukuk ve düzenlemelerin uluslararası hukuka uygun olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, devletin ülkesinde bulunan yabancı diplomasi ve konsolosluk personeline özellikle 1961 Viyana Sözleşmesi ve 1963 Viyana Sözleşmesi hükümleri uyarınca sağlanan dokunulmazlık ve ayrıcalıkların amacına uygun şekilde, hiçbir engelle karşılaşmaksızın yaşanmasına imkân sağlaması gerekmektedir. Bu uluslararası diplomatik ilişkilerin karşılıklı güven içinde yürütülmesine ve geliştirilmesine hizmet eder.

Fakat, kimi durumlarda diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıklar kabul eden devletlerin temel adalet ilkeleriyle çatışma halinde olabilmektedir. Bundan öte, dokunulmazlık statüsü diplomasi personelinin hukuk üzerinde bulunması anlamına gelmemelidir. Ayrıca, uluslararası hukukun tanıdığı dokunulmazlık ve ayrıcalıklar evrensel barış ve güvenliğe, uluslararası dostça ilişkilere ve karşılıklı güven ilişkisine zarar verici nitelikte kullanılmamalıdır. Böyle bir durum aslında uluslararası kamu düzeninin esasına aykırı düşer ve uluslararası hukukun etkinliğini zayıflatır. Son tahlilde bu anlamla sonuçlanan uygulamalar yapılmamalı ve buna imkân veren uluslararası hukuk hükümleri, bilhassa, 50 yılı aşkın bir süre yürürlükte bulunan 1961 Viyana Sözleşmesi ve 1963 Viyana Sözleşmesi'nin uluslararası toplum tarafından günümüzde uygulanabilir hale getirilmesi gerekmektedir. Zira, yarım asır öncesinin hemen hemen bütün koşulları ve değerleri günümüzde ya anlamını yitirmişti veya en azından fakılaşmıştır.

Evrensel hukuk ilkeleri hukukun herkes için bağlayıcı olduğunu emretmektedir. Bu bakımdan herhangi bir suçun diplomatik dokunulmazlık statüsü arkasına atılarak cezalandırılmaması evrensel adalete aykırı düşer.

Nihayet, devletler yabancı konsolos veya diplomatlarca insan hakları ihlalleri gibi diplomatik dokunulmazlık ve ayrıcalıkları kötüye kullanmalarını önleyici hukuki ve idari tedbirleri almak, politika ve stratejiler geliştirerek etkin bir şekilde yürütmek durumundadırlar.

Kaynakça

Anderson, Matthew S., *The Rise of Modern Diplomacy, 1450-1919* (Longman, London and New York, 1993).

Ashman, Chuck and Trescott, Pamela, *Diplomatic Crime: Drugs, Killings, Theft, Rapes, Slavery and other Outrageous Crimes!* (Acropolis Books Ltd., Washington D.C., 1987).

Barker, J. Craig, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil?* (Dartmouth Pub Co, 1996).

Benoît-Rohmer, Florence and Klebes, Heinrich, *Council of Europe Law - Towards a Pan-European Legal Area* (Council of Europe Publishing, Strasbourg Cedex, June 2005).

Brown, Jonathan, 'Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations', *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 37, Issue 1, 1988, ss. 53-88.

Cassese, Antonio, Acquaviva, Guido, Fan, Mary and Whiting, Alex, *International Criminal Law: Cases and Commentary* (Oxford University Press, Oxford, New York, 2011).

Denza, Eileen, *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* (Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2008).

Frey, Linda S. and Frey, Marsha L., *The History of Diplomatic Immunity* (Ohio State University Press, Columbus, 1999).

Gündüz, Aslan, *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar* (Beşinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Kasım 2003).

Hassan, Tariq, 'Diplomatic or Consular Immunity for Criminal Offenses', *Virginia Journal of International Law*, Volume 2, Number 1, 2011, ss. 17-39.

International Court of Justice, Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Tehran), Judgment of 24 May 1980 [<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>, erişim 25 Temmuz 2013].

İskit, Temel, *Diplomasi Tarihi, Teorisi, Kurumları ve Uygulaması* (Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Mart 2007).

Janie A. Chuang, 'Achieving Accountability for Migrant Domestic Worker Abuse', *North Carolina Law Review*, Volume 88, Number 5, June 2010, ss. 1628-1656.

Kahf, Usama, 'Development in the Debate over Diplomatic Immunity for Diplomats Who Enslave Domestic Workers', *University of Nebraska – Lincoln, First Annual Interdisciplinary Conference on Human Trafficking*, Paper 16, Lincoln, Nebraska, 29-31 October 2009, ss. 1-35 [<http://digitalcommons.unl.edu/humtraffconf/16>, erişim 19 Temmuz 2013].

Kartusch, Angelika, *Domestic Workers in Diplomats' Households: Rights Violations and Access to Justice in the Context of Diplomatic Immunity* (German Institute for Human Rights, Berlin, June 2011).

Keating, Joshua E., 'Can You Get Away with Any Crime If You Have Diplomatic Immunity?', *Foreign Policy*, 15 February 2011 [[www.foreignpolicy.com/articles/2011/02/15/can_you_get_away_with_any_crime_if_you_have_diplomatic_immunity?print=yes&hidecomments=yes&page=full 2/3](http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/02/15/can_you_get_away_with_any_crime_if_you_have_diplomatic_immunity?print=yes&hidecomments=yes&page=full%2F3), erişim 1 Haziran 2013].

McClanahan, Grant V., *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems* (Hurst & Company, London, 1989).

Muñoz, Emelie, 'Diplomatic Immunity – A Functioning Concept in the Society of Today?', *Human Rights Studies*, Department of Human Rights Studies, Lund University, Sweden, Fall 2012, ss. 1-38 [<http://www.lunduniversity.lu.se/o.o.i.s?id=24965&postid=3358586>, erişim 1 Ağustos 2013].

Mwenda, Kenneth K., *Public International Law and the Regulation of Diplomatic Immunity in the Fight against Corruption* (Pretoria University Law Press, Cape Town, 2011).

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap* (Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005).

Radsan, A. John, 'The Unresolved Equation of Espionage and International Law', *Michigan Journal of International Law*, Volume 28, Issue 3, Spring 2007, ss. 595-623.

Reçber, Kamuran, *Diplomasi ve Konsolosluk Hukuku* (Dora Yayınları, Bursa, 2011).

Rehman, Javaid, *International Human Rights Law* (Second Edition, Longman, England, 2010).

Ross, Mitchell S., 'Rethinking Diplomatic Immunity: A Review of Remedial Approaches to Address the Abuses of Diplomatic Privileges and Immunities', *American University International Law Review*, Volume 4, Issue 1, 1989, ss. 173-205.

Sebastian, Tania, 'Diplomatic Immunity Versus Harm to the Individual: An Attempt at Appraisal', *Gujarat National Law University Law Review*, Volume 3, Issue 1, October 2010, ss. 1-24.

Tai, Amy, 'Unlocking the Doors to Justice: Protecting the Rights and Remedies of Domestic Workers in the Face of Diplomatic Immunity', *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Volume 16, Issue 1, 2007, ss. 175-222.

Värk, René, 'Personal Inviolability and Diplomatic Immunity in Respect of Serious Crimes', *Juridica International*, Volume VIII, 2003, ss. 110-119.

White, Gregory L., Sonne, Paul and Gorman, Siobhan, 'Russia Expels American on Spy Allegations', *Wall Street Journal*, 14 May 2013 [<http://online.wsj.com/article/SB10001424127887323716304578482660056321772.html>, erişim 21 Mayıs 2013].

TİCARÎ İŞLETMELERİN ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMELERİNE KONU TEŞKİL ETMESİ VE BUNUN BENZER HUKUKİ İLİŞKİLER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM (*)

§ 1. Giriş

I. Sorunun Ortaya Koyulması

1. Çalışmanın Konu ve Amacı

Ticarî işletme çeşitli unsurların bir araya getirilmesinden oluşan yaşayan bir organizmadır. Ne var ki ticarî işletmenin değeri, kendisini oluşturan unsurların değerinin basit bir toplamından ibaret değildir. Sistemimizde bir malvarlığını bütünüyle kapsayan tek bir mülkiyet hakkı söz konusu olamaz. O halde özel bir malvarlığı oluşturan ticarî işletmenin sahibi olmaktan söz edildiği zaman, gerçekte, bu işletmeyi oluşturan çeşitli unsurların her biri üzerinde ayrıca söz konusu olacak hak sahipliği kastedilmektedir¹. Bir taci-

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Aynî haklara özgü belirlilik ilkesi ve aynî hakların bir malvarlığını bütün olarak kapsamayıp, her bir malvarlığı unsuru üzerinde bağımsız olarak söz konusu olabileceği hakkında bkz: OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Yenilenmiş Ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul 2012, s. 26; TEKİNAY, Selâhaddin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Attilâ, Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, Yeniden İncelenmiş Ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1989, s. 12; AKER, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 98; ÖZEN, Burak, “Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak “Ticari İşletme””, Ünal TEKİNALP’e Armağan, C.II, s. 708; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 52; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya 2012, s. 145; ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012, s. 110; AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012, s. 27; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 10. Baskı, İzmir 2012, s. 15; SİRMEN, Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 36-37. Ne var ki ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar aynî hak konusu olabilecek değerlerden ibaret olmadığına göre (örneğin işletme bünyesinde çeşitli alacakların, fikrî hakların bulunması mümkündür), işletme bünyesindeki unsurların

rin ticarî işletmesi üzerindeki sahiplik fonksiyonu, bu işletmenin bünyesindeki her bir malvarlığı unsurunu kapsamına alır. Diğer taraftan ticarî işletmenin varlığının korunması, söz konusu işletmenin değişen şartlara sürekli olarak uyarlanmasını gerektirir. Bu uyarlanma, tacirin ticarî işletmesini koşulların gerektirdiği biçimde işletmesi (dinamik bir idare fonksiyonu) yoluyla hayata geçirilir. Ticarî işletmeyi kendi hesabına ve hasarı kendisine ait olmak üzere işleten kişi, buna bağlı rizikoları da taşır. İşletmeyle ilgili olarak alınan yanlış kararlar ve işletme bünyesinde oluşacak kayıplar, maddî sonuçlarını, işletmeyi kendi hesabına işleten kişinin malvarlığı üzerinde doğuracaktır. Söz konusu kişi, yanlış kararların olumsuz maddî sonuçlarından kendi malvarlığıyla (veya malvarlığının bir kısmıyla) sorumlu olacaktır. Böylelikle tacirin ticarî işletmeyle ilgili olarak, işletmeye bağlı rizikoları taşıma fonksiyonundan da söz edilmesi olanaklı hale gelir. Sonuçta tacirin fonksiyonları, sahiplik, idare ve işletme rizikolarını taşımak olarak ifade edilebilecek üç köşeli bir formülle gösterilebilir².

Tacir, ticarî işletmeyle ilgili olarak idare fonksiyonunu yerine getirmek istemiyorsa veya yerine getiremeyecekse, çeşitli olanaklara sahiptir. O, işletmeyi bir başkasına devredebilir, bir konzern³ yapılanmasına dâhil edebilir veya işletmenin idaresini bir idareciye bırakabilir. Ticarî işletmeyle ilgili olarak sahiplik fonksiyonu bırakılmak istenmiyorsa, buna karşılık idare ve riziko taşıma fonksiyonları başkasına aktarılmak isteniyorsa, işletmeyi ürün kirasına konu yapmak yegâne yol olarak görünmektedir. İşletmesini ürün kirasına veren kişi, söz konusu işletme üzerinde sahiplik konumunu koruyacak, buna karşılık idare fonksiyonunu bütünüyle, riziko karşılama fonksiyonunu büyük ölçüde kiracıya aktarmış olacaktır⁴.

her birinin maliki olmaktan söz etmek yerine, bu unsurların her birinin sahibi olmaktan söz etmek daha yerindedir. Ayrıca eşya hukukundaki belirlilik ilkesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrası arasındaki çelişkiye ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: AKER, s. 107 vd.

² Ticarî işletme üzerindeki sahiplik, idare ve riziko taşıma fonksiyonları hakkında bkz. LINDENMEYER, Christoph, Die Unternehmenspacht, Diss., Bern 1983, s. 21.

³ Konzern, Alman hukuk sisteminde ortaya çıkmış iktisadî bir kavramdır. Çeşitli özel işletmeler ve devlet kurumları, borçlar hukuku sözleşmeleri, ortaklık ana sözleşmeleri, pay sahipliği ilişkileri bir idare altına alınırsa, kurulan bu sistem konzern olarak adlandırılır. Bu kavram için bkz: TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965, s. 18.

⁴ İşletmeyi ürün kirasına veren, işletmeyle ilgili bütün rizikolardan kurtulmuş sayılmaz. Zira işletmenin değerini koruması ve sürekliliği büyük ölçüde ürün kiracısının faaliyetlerine bağlı olacaktır. LINDENMEYER, s. 22, dpn. 2.

Bir ticarî işletmenin ürün kirasına konu edilmesi, kiracı için, söz konusu işletmeyi, önemli bir maddî yatırım yapmaksızın kendi hesabına ve rizikosu kendisine ait olmak üzere işletebilme olanağını sağlamaktadır. Diğer taraftan ürün kirası sözleşmesi, kira konusu işletmeyi bir konzern yapılanmasına dâhil etmek için araç olarak kullanılabilir. Bu yolla işletmeler üzerindeki pay sahipliği ilişkisi değişmeden, ana ortaklık-yavru ortaklık kurgusu oluşturulabilir⁵.

Ürün kirası sözleşmesi aracılığıyla ticarî işletme üzerindeki idare ve riziko taşıma fonksiyonlarının kiracıya aktarılması ve sözleşme sona erdikten sonra bu fonksiyonların kiraya verene geri dönmesi, çalışmamızın merkezini oluşturacak ve sınırlarını belirleyecektir.

2. Konunun İşlenme Biçimi

Ticari işletmenin ürün kirasına konu edilmesi, Türkiye’de öğretisi ve uygulamanın üzerine yoğun biçimde eğildiği bir sorun olmamıştır⁶. Buna karşılık İsviçre ve Alman öğretileri konuyla yakından ilgilenmiş ve Fransa da özel bir kanun kabul edilmiştir⁷. Bu nedenle konu geniş ölçüde karşılaştırmalı hukuk çalışması yapmayı gerektirmektedir.

⁵ LINDENMEYER, s. 22.

⁶ Bu konuya ilişkin çalışmalar için bkz: ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat Ve Şirket Kirası (BK. Mad. 270-298), Ankara 2009; CANSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku Ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara 1953; ARKAN SERİM, Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak Ve Borçları, İstanbul 2010; ÖZTÜRK, Gülay, Teoride Ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara 2010; AKER, H., Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.

⁷ İsviçre ve Alman öğretileri için bkz: KLINGLER, Louis, Die Unternehmenspacht, Diss., Zurich 1943; KLEIN-BLENKERS, Friedrich, Das Recht Der Unternehmenspacht, Köln 2008; FOERSTER, Martin, Geschäftsraum-Miete Oder Unternehmens-Pacht Die Rechtlichen Grundlagen Von Bestand- Verträgen Über Geschäftsraumlichkeiten, Wien 2006; HERRMANN, Horst, Die Unternehmenspacht, Erscheinungsbild Und Rechtsstruktur, Nürnberg 1962; OPPENLÄNDER, Frank, Die Unternehmenspacht, Insbesondere Das Verhältnis Von Pächter Und Verpächter Bei Der Verpachtung Eines Unternehmens, Diss., Stuttgart 1974; MINDER, Matthias, Die Übertragung Des Mietvertrags Bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Einschliesslich des Verhältnisses Von Art.263 OR Zum Fusionsgesetz (FusG), Schulthess 2010; STRAUB, Peter Andreas, Der Gastgewerbliche Mietvertrag, Diss., Zürich 1988; CEBULLA, Mario, Die Pacht Nichtsächlicher Gegenstände, Berlin 1999; HÜRLMANN-KAUP, Bettina, Grundfragen Des Zusammenwirkens Von Miete Und Sachenrecht, Habilitation, Schulthess 2008; HIGI, Peter, Obligationenrecht, Teilband V 2b (Die Pacht, Art. 275-304 OR), Hrsg. GAUCH, Peter/SCHMID, Jörg, 3. Aufl., Zürich, 2000. Fransa’da ticarî işletme kirası genel olarak; Ticaret Kanunu’nun (Code de Commerce) L144-1 ile L144-13. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Ayrıca ticari işletme kirasına ilişkin özel bir Kanun da mevcuttur. “Ticari İşletmelerin Ve Esnaf İşletmelerinin Kira-

Diğer taraftan ticarî işletmeyi konu alan ürün kirasına uygulanacak hükümlerin belirlenmesi de gereklidir. Bu türden bir ürün kirasıyla birlikte ticarî işletmeye ilişkin fonksiyonların farklılaşması ve başka ellerde toplanması, Borçlar Kanunumuzdaki ürün kirasına ilişkin yasal modelin çerçevesini çatlatmaktadır. Öyle ki ürün kirasına ilişkin hükümlere, satış sözleşmesine, lisans sözleşmesine ve sözleşmenin devrine ilişkin hükümler pek sık olarak eşlik edebilmektedir. Borçlar Kanunumuzdaki ürün kirasına ilişkin hükümlerin, tarımsal taşınmazların bu türden bir kira sözleşmesine konu yapılmasına göre biçimlendirilmiş olması da gözden kaçırılmaması gereken bir olgudur⁸. Bu olgu, ürün kirası sözleşmesinin konusunun ticarî işletme olması durumunda pek çok sorunun cevapsız kalmasına yol açmaktadır. Bu sorunu aşmak için, karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanma zorunluluğunun yanında, benzer hukukî kurumlara ilişkin bir araştırma yapılması ve bu kurumlardan kıyas yoluyla uygulanacak hükümlerin devşirilmesi kaçınılmaz görünmektedir.

II. Kavramsal Sınırların Belirlenmesi

1. Ürün Kirası Kavramı

Ürün kirasına ilişkin yasal tanım, OR Art. 275 hükmünde yer almaktadır. Bu tanım şu şekildedir:

“Ürün kirası sözleşmesiyle kiraya veren, yararlanmaya elverişli bir eşya veya hakkı, kullanması ve ürün veya gelir elde etmesi için kiracıya bırakmayı, kiracı da bunun karşılığında kira bedeli ödemeyi borçlanır”.

Bu yasal tanımdan ürün kirası sözleşmesine ilişkin üç unsur çıkarılabilmektedir. Bu unsurlar şöyle sıralanabilir:

— Ürün kirasının konusu: Yarar elde etmeye elverişli eşya ve haklar ürün kirasına konu olabilecektir.

lanmasına İlişkin 56-277 Sayılı 20 Mart 1956 Tarihli Kanun (Loi n°56-277 du 20 Mars 1956 Relative A La Location Des Fonds De Commerce Et Des Établissements Artisansaux)”. Bu Kanun 21 Eylül 2000 tarihinde değişikliğe uğramıştır.

⁸ AKER, s. 35; ALTAŞ, s. 86; SAĞLAM, İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1015; EREN, Fikret/BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005, s. 211; ŞAHİN, Ayşe, “Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları Ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt 2, İstanbul 2009, s. 1401.

- Ürün kirasının konusunu oluşturacak mal veya hak, kullanması ve ürün veya gelir elde edebilmesi için kiracıya bırakılacaktır. Bu unsur ürün kirası sözleşmesinin sürekli sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmesi gerektiğini de göstermektedir.
- Kiracı, elde ettiği kullanma ve yararlanma (ürün veya gelir elde etme) yetkisi karşılığında kira bedeli ödeyecektir⁹.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 357/f.1 uyarınca; “*Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Kısacası ürün kirası sözleşmesinin konusunu ürün getiren taşınurlar, taşınmazlar, ürün getiren haklar ve ticarî işletmeler oluşturur.

2. Ticarî İşletme Kavramı

Ticarî işletmeye ilişkin çeşitli tanım denemeleri yapılabilir. Bu tanım denemelerinden ticarî işletme kirası sözleşmesinin konusunu belirlemede etkili olacaklar üzerinde durmak amaca elverişli olur. Ticarî işletme kirası, işletme ve risk taşıma fonksiyonlarının kiracıya aktarılması sonucunu doğurduğundan, yapılacak tanım bu olguyu göz önünde tutmalıdır. Bu bakımdan çıkış noktası olarak Ulrich'in yaklaşım biçimi üzerinde durulabilir. Ulrich ticarî işletmeyi “dinamik bir sistem” olarak ifade ederek¹⁰, ticarî işletme kirasının konusu olan ticarî işletmeyi, çeşitli unsurların bir araya getirilmesinden oluşan bir bütün olarak algılama olanağını bize vermiştir. Lindenmeyer bir adım daha atarak, Ulrich'in ifade biçimine ticarî işletmeyi oluşturan unsurları da ekleyerek şu şekilde bir tanım yapmıştır: “*Ticarî işletme, çalışma gücünü ortaya koymuş insanlar, döner ve yatırım malvarlığı unsurları, teknik bilgiler, çeşitli ilişkiler, alacaklar, borçlar, para ve goodwill'den*¹¹ oluşan dinamik bir sistemdir”¹².

⁹ Ürün kirası sözleşmesinin belirtilen bu unsurları için bkz. LINDENMEYER, s. 24. Yazar aynı yerde, İsviçre hukuk çevresinde ürün kirası deyimini tarımsal taşınmazların kiralanmasına hasretmek ve başka alanlarda gerçekleşen kira ilişkilerinde bu terimi kullanmamak eğiliminin olduğunu belirtmektedir.

¹⁰ ULRICH, Hans, Die Unternehmung Als Produktives Soziales System, 2. A., Bern 1970, s. 155.

¹¹ Good will (peştemaliye); işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeridir. Ticarî işletmeye ait malvarlığını oluşturan eşya ve hakları bir arada tutan, hepsinin bir bütün olarak algılanmasını mümkün kılan ve tacir tarafından zamanla yaratılan diğer değerlerdir. Örneğin ti-

Pozitif hukuk çerçevesinde ticarî işletmenin bir tanımı yoktur. İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü 52/III hükmünde işletmeye ilişkin şöyle bir tanım vardır: “*Bu tüzük anlamında işletme, sürekli bir biçimde kazanç elde etmeye özgülümlü faaliyete denir*”. İsviçre Federal Mahkemesi, Tüzüğün bu tanımına, “*organizasyon*” unsurunu eklemiştir¹³. Federal Mahkemenin yaptığı bu rötuşla birlikte işletmenin tanımı şu şekilde belirecektir: *İşletme sürekli olarak kazanç elde etme amacına yönelmiş, bağımsız, ekonomik bir faaliyetin düzenli bir organizasyon içerisinde ortaya koyulmasıdır*.

Ticarî işletme kirası bakımından organizasyon unsuru asıl olacak, diğer unsurlar bağımlı bir nitelik taşıyacaktır¹⁴.

13.01.2011 tarihli ve 6102 No’lu Türk Ticaret Kanunu’nun 11/f.1 maddesinde, 6762 Sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’ndan farklı olarak ticarî işletme açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “*Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*.” 8604 Sayılı Karar ile yürürlüğe konulan ve 98-11548 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Ticaret Sicil Tüzüğü 14/II’ye göre ise; “*Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanunu’nun 17. Maddesinde belirtilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticarî işletme sayılamaz*” denerek ticari işletmeler dolaylı yoldan tanımlanmıştır.

Gerçekten de bir işletme; bir girişimci tarafından ekonomik avantaj sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız bir biçimde bir araya getirilmesidir. Ticarî işletmelerin yürüttüğü faaliyet mutlaka, gelir sağlama amacı gütmeli, devamlılık arz etmeli; esnaf faaliyeti düzeyini aşmalı ve bağımsızlık unsuru içermelidir¹⁵.

carî itibar, müşteri çevresi, işletmenin organizasyonu, deneyim ve ilişkiler bütünü bu kapsamdadır. Bu kavrama, ticarî işletmenin çekirdeği ismini veren yazar için bkz: ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 438. (ÖZEN, (İntifa) olarak adlandırılacaktır).

¹² LINDENMEYER, s. 25.

¹³ BGE 84 I 187 vd.

¹⁴ LINDENMEYER, s. 26. Ticarî işletmeye dahil olan organizasyon unsuru ile ilgili detaylı açıklamalar için bkz: AKER, s. 81 vd.; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 23. Bası, Konya 2012, s. 25 vd.

¹⁵ Ticarî işletme tanımı için bkz: ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Ondördüncü Tıpkı Basım, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010, s. 20; KAYIHAN, Şaban/YASAN, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun İle Güncellenmiş Yeni Türk Ticaret Kanu-

3. Ticarî İşletme Üzerindeki Hak

Ticarî işletmenin kendisi, bir hak süjesi değildir. Ticarî işletme açısından söz konusu olabilecek tartışma, bir hak objesi olup olamayacağı noktasında ortaya çıkar. Ticarî işletmenin sahiplik durumunun kime ait olduğu da ayrıca tartışılabilir. Yalnız ilişkilerde, ticarî işletmenin sahiplik durumunun kime ait olduğunu belirlemek bir sorun oluşturmazken, geniş yetkilerle donatılmış bir yöneticiler ekibinin faaliyette bulunduğu büyük işletmelerde sorun karmaşıklaşır. Bu tür olgularda, ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar üzerindeki tasarruf yetkisi, çok defa, ticarî işletmenin sahibi olarak görülebilecek kişi veya kişilerde değildir. Tasarruf yetkisi profesyonel yöneticiler eliyle kullanılırken, ticarî işletmenin sahibi olarak görülebilecek kişiler, sadece, kazanç elde etmekle yetinirler. Böylelikle ticarî işletmedeki yönetim düzeniyle, malvarlığı düzeni arasında bir bölünme ortaya çıkmış olur¹⁶.

Öncelikle ticarî işletmenin hukukî bir birlik oluşturup oluşturmadığı sorunu üzerinde bir açıklık kazanılması gereklidir. Ticarî işletmeyi hukukî bir birlik sayma, giderek bir hak objesi olarak algılama yönünde çabalayanlar görülmemiş değildir¹⁷. Örneğin Oppikofer, daha 1927 yılında böylesine bir çabayı ortaya koymuş, ticarî işletmenin ticaret siciline kayıt edilmesiyle birlikte eşya hukuku açısından bir birlik olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yazarın fikrine göre, bir ticarî işletmenin ticaret siciline kaydı bir dönüşüme (kurucu bir etkiye) yol açmalıdır. Ticaret siciline kayıt anından itibaren ticarî işletme, kendisini oluşturan unsurlardan ayrı, bağımsız bir hak objesi kimliği kazanmalıdır¹⁸. Oppikofer'in bu düşüncesi bugüne kadar yaşama geçirilememiş, eşya hukukuna özgü belirlilik ilkesi ticari işletmenin

nuna Göre Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 45-50.

¹⁶ LINDENMEYER, s. 26-27; ASLAN, İ.Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Ve 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Bursa 2012, s. 10; KARAHAN, s. 21; PORROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s. 39; ÜLGİN, Hüseyin/TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün, Ticarî İşletme Hukuku, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009, s. 151 vd.

¹⁷ OPPIKOFER, Hans, Das Unternehmensrecht, In Geschichtlicher, Vergleichender Und Rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen, 1927, s. 118; Von STEIGER, Werner, Zur Problematik Eines "Unternehmensrechts", (SAG 53), 1981, s. 1 vd; LINDENMEYER, s. 27.

¹⁸ OPPIKOFER, s. 118.

bir bütün olarak hak objesi sayılmasına engel oluşturmuştur. Bu ilkeye göre, aynî haklar, malvarlığını oluşturan her bir unsur üzerinde ayrı ayrı söz konusu olabilir. Yoksa malvarlığının tamamı, bir bütün hâlinde tek bir aynî hakkın konusunu oluşturamaz. O halde özel bir malvarlığı oluşturan ticarî işletmenin kendisi (bir bütün olarak) mülkiyet hakkına konu oluşturmayacak, ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar üzerinde birbirinden ayrı mülkiyet hakları kurulabilecektir¹⁹.

Bir bütün olarak aynî haklara konu olamayacak ticarî işletmenin, borçlandırıcı işlemlere konu oluşturabileceği açıktır. O halde ticarî işletmenin satılmasından, kiralanmasından, sigortalanmasından söz edilebilecektir. Nitekim TTK m. 11 f. 3 bu gerçeği doğrulamaktadır²⁰. Eşya hukukuna özgü belirlilik ilkesi borçlar hukuku alanında geçerli değildir. Borç ilişkileri alanında borçlanılan ediminin belirlenebilirliği yeterli kabul edilir. O halde ticarî işletmenin unsurları tek tek sayılmadan bir bütün olarak kiralanması, satılması, sigortalanması vs mümkün görülmekte, edimin belirlenebilirliği yeter düzeyde sağlanmış sayılmaktadır. Ne var ki bu borçlandırıcı işlemlerin ifasının eşya hukuku ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirileceği de unutulmamalıdır. Örnek olarak ticarî işletme kiralanmışsa, her bir unsurun zilyetliğinin ayrıca kiracıya aktarılması gerekecektir. Böylelikle kiracının doğrudan - fer'i zilyetliğinden, kiraya vereninse dolaylı - aslî zilyetliğinden söz edilebilecektir. Bunun gibi ticarî işletme satım sözleşmesine konu yapılmışsa, her bir unsurun mülkiyetinin alıcıya geçmesini sağlayacak tasarruf işleminin ayrıca yapılması gerekir. Bu çerçevede işletme bünyesindeki taşınırın

¹⁹ Ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar arasında asıl eşya-eklenti ilişkisinin (fabrika binası ve fabrikadaki makineler arasındaki ilişki gibi) bulunması söz konusu olabilir, ne var ki böyle bir ilişki yukarıda vardığımız sonucu değiştirmez. Zira eklenti niteliğini kazanmak, asıl eşyadan ayrı bir eşya olarak kabul edilmeyi engellemez. Ticarî işletmenin bütünü üzerinde mülkiyet hakkından söz edilemeyeceği şuradan da bellidir. Ticarî işletmeyi oluşturan unsurlar arasında örgütlenmiş iş gücü de yer alır. Ticarî işletme bünyesinde yer alan iş gücü hizmet sözleşmesi çerçevesinde faaliyette bulunur. Ticarî işletmenin sahibi konumunda bulunan kişi veya kişilerin, hizmet sözleşmesi çerçevesi içerisinde faaliyette bulunanlara karşı alacak hakkı sahibi olduğundan söz edilebilir. Ticarî işletme üzerinde bir mülkiyet hakkının bulunduğu, bu mülkiyet hakkının (dolaylı olarak), işletmenin bir unsurunu oluşturan iş gücünü de kapsamına aldığı asla söylenemez. Bkz. LINDENMEYER, s. 27, dpn. 16.

²⁰ Ticarî işletmenin bir bütün olarak hukukî işlemlere konu oluşturması olasılığında ticaret fonundan söz edilmektedir. Bu kavram, Fransız Hukuku kaynaklıdır. Ticarî işletmenin bir bütün olarak devri ve sair işlemlere konu edilmesine ilişkindir. Ticaret fonu Fransız Hukuku'na 1872'de vergiler sebebiyle dahil olmuştur ve günümüzde adı geçen kavramın rehin ve satış sözleşmelerinde de uygulandığını görmekteyiz. Ayrıca bkz: PO-ROY/YASAMAN, s. 44.

zilyetliği malik kılma amacıyla alıcıya aktarılacak, taşınmazlar alıcı adına tescil edilecek, marka ve patentlerde yazılı devir sözleşmeleri yapılacak, alacakların her biri için yazılı devir beyanı düzenlenecektir.

Ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinde, kiralayan ve kiracı sıfatını gerçek kişiler taşıyabileceği gibi, tüzel kişiler de taşıyabilir.

4. Ürün Kirası Sözleşmesinin Konusu Olarak Ticarî İşletme

Ticarî işletmeyi, işgücünden, yatırım malvarlığından, alacaklardan, döner malvarlığından, marka ve patent gibi fikrî haklardan, teknik bilgilerden, çeşitli ilişkiler ve müşteri çevresinden, paradan ve good-will (peştemaliye)'den oluşan dinamik bir sistem olarak tanımlamıştık. Bu şekilde tanımladığımız ticarî işletmenin ürün kirası sözleşmesine konu olabilmesi için, “yarar sağlamaya elverişli bir eşya veya hak” olarak düşünülebilmesi gerekir. Bir eşyanın yarar sağlamaya elverişli olması için, o eşyadan ürün veya diğer verimlerin elde edilebilmesi gerekir. Ticarî işletme olarak adlandırdığımız ve unsurlarını belirlediğimiz dinamik sistemin yardımıyla kazanç elde edilebilmesi, bu sistemin ürün kirasına elverişli bir değer olarak ele alınmasına olanak verir. Ticarî işletme bütünü kendi başına bir mal veya hak olarak görülemez ve ticarî işletmenin bütünü kapsayan bir haktan söz edilemez bile, yarar sağlamaya elverişli bir değer olarak kabul edilebilecektir. Ürün kirasının konusu olarak yasa tarafından sözü edilen “yarar sağlamaya elverişli hak”, dar ve teknik anlamıyla bir hak olmak zorunda değildir. Bu kavram geniş yorumlanarak, ticarî işletme olarak adlandırdığımız sistem de bu kavramın içine ithal edilmelidir. Nitekim 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanunu m. 216 hükmü, yarar sağlamaya elverişli hak kavramına örnek olarak, açıkça, sınaî işletmeyi göstermiştir²¹.

²¹ BECKER, Hermann, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-551, Bern 1934, Art. 275, N. 2; OSER Hugo/SCHOENENBERGER, Wilhelm, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Hrsg. EGGER, A./ ESCHER, A.) V. Bd., Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband), Art. 184 - 418, 2.Aufl., Zürich 1936, Art. 275, N. 4; SCHMID, Emil, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 2b (Miete, Pacht, Leihe), 1. Und 2. Lieferung (Art. 253-274), 3.A., Zürich 1974/77, Vorbem zu Art. 253-304, N. 6; LINDENMEYER, s. 28.

5. Ticarî İşletmeyi Konu Alan Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Tanımımız

Sürekli bir borç ilişkisi kuran ticarî işletme kirası sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, ticarî işletmenin sahibi (kiraya veren), işgücünden, yatırım ve döner mal varlıklarından, alacaklardan, fikrî haklardan, teknik bilgilerden, paradan, çeşitli ilişkilerden, good-will'den oluşan dinamik bir sistem olan söz konusu işletmeyi, kullanması ve kazanç elde etmesi için kiracıya bırakır, kiracı da çok defa periyodik olarak bir karşılık ödemeyi üstlenir.

§ 2. İsviçre Hukuku'nda Ticarî İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesi

I. Yasalaşma Süreci

1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda ürün kirasına ilişkin düzenleme 296. ve devamındaki maddelerde yer almaktadır. Bu maddeler, yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenlemeyle uyumludur.

Ürün kirası sözleşmesinin tanımı aOR Art. 296 hükmünde yer almaktadır. Bu tanım bir açıdan ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesini ilgilendirmektedir, çünkü, ürün kirasının konusunu oluşturabilecek değerlerden söz edilirken, sınaî işletmeler örnek olarak gösterilmiştir. Söz konusu hükümde, ürün kirası sözleşmesiyle, kiraya verenin bir taşınmaz eşyayı veya yarar sağlayan bir hakkı ürün elde edebilmesini sağlamak amacıyla kiracıya bırakmayı borçlandığı belirtilmiş, yarar sağlayan haklara örnekler verilirken sınaî işletmelere de değinilmiştir. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanununda, ürün kirası sözleşmesi tanımlanırken benzer bir ifadeye yer verilmiş, ne var ki yarar sağlayan haklar için gösterilen örnekler (bu arada sınaî işletmeler) kanun metnine alınmamıştır. Bu tavır sınaî işletmelerin ürün kirasına konu olmasının artık mümkün olmadığı, yasa koyucu tarafından bu sonucun engellenmek istendiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

Ürün kirası alanında 1911 yılından bu yana yapılmak istenen yenilikler, bütünüyle tarımsal taşınmazları konu alan sözleşmelerle ilgilidir. Nitekim ürün kirası alanında nispeten yakın bir geçmişte yapılması amaçlanan revizyon da, öncelikle tarımsal taşınmazlara ilişkin sözleşmeleri hedef almıştır. Tarımsal taşınmazlara ilişkin ürün kirası sözleşmelerinin federal düzeyde bir kanunla ele alınması düşünülmüş, bu kanunda, Borçlar Kanununun sözü

geçen türden sözleşmelere uygulanabilecek hükümlerinin kaldırılması öngörülmüştür²².

Kira hukukunda genel olarak yapılması düşünülen revizyon da ticarî işletmelere ilişkin ürün kirası sözleşmelerini belirli bir ölçüde ilgilendirebilir. Bu revizyonda devletin kira ilişkileri üzerinde geniş kapsamlı bir etkiye sahip olması amaçlanmıştır. Bu geniş kapsamlı etki konumuz çerçevesindeki sözleşmeleri de kapsamına alacaktır. Diğer taraftan işyeri kiralarına ilişkin getirilen bazı hükümler, ürün kirasına ilişkin uygulanabilir bazı hükümlerde de değişikliğe yol açmaktadır. Ne var ki söz konusu revizyon geniş tartışmalara yol açtığından ve yapılması amaçlanan değişikliklerin gerekçeleri de yayınlanmış olmadığından, konuya ilişkin bir tartışmaya girmenin yararı şu aşamada yoktur.

II. Uygulama

İsviçre uygulamasında, ticarî işletmeyi konu alan ürün kirası sözleşmeleriyle doğrudan doğruya ilgili fazla bir karar bulunmamaktadır²³. Konuyla dolaylı olarak ilgilenen Federal Mahkeme kararları da nadirdir. Bu kararlarda da, daha çok, kira²⁴ ile ürün kirası arasındaki sınırın belirlenmesine çalışılmakta, belli nitelikteki işyerlerini konu alan sözleşmelerin nasıl nitelendirilebileceği üzerinde durulmaktadır.

§ 3. Benzer Hukukî İlişkilerden Ayrılması

I. İşletme Kirasından Ayrılması

Çalışmamızda kullandığımız işletme kavramı, teknik-ekonomik bir birliği ifade etmektedir. Buna karşılık ticarî işletme kavramıyla hukukî-malî bir birlik kast edilmektedir²⁵. Buna göre ticarî işletme bir üst kavram olarak ele alınırken, işletme bu üst kavram içerisinde değerlendirilebilecek bir alt-kavramdır.

²² Bundesblatt Der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 1982 I, s. 257 vd.; LINDENMEYER, s. 31.

²³ Münferit kalmış bir örnek için bkz. BGE 50 II 79 vd.

²⁴ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Dördüncü Bölümü Birinci Ayırımında "Genel Hükümler"; İkinci Ayırımında "Konut Ve Çatılı İşyeri Kiraları", Üçüncü Ayırımında ise "Ürün Kirası" düzenlenmiştir. Bu değişiklik sebebiyle, konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesi ile ürün kirası sözleşmesini ayırt edebilmek adına; "dar anlamda (adi) kira sözleşmesi yerine, kira sözleşmesi kavramını tercih edeceğiz.

²⁵ Bu ayırımda LINDENMEYER'i örnek almaktayız. Bkz. LINDENMEYER, s. 57.

Bir ticarî işletme kendi bünyesinde, teknik-ekonomik bir bütün olarak birden fazla işletmeyi toplayabilir. Bu yaklaşım biçiminin doğal sonucu olarak işletmeye ilişkin unsurların, aynı zamanda ticarî işletmenin unsurları olduğu söylenebilir. Ne var ki ticarî işletmeye ilişkin unsurlar, işletmeye ilişkin unsurlarla özdeşleştirilemeyiz. Ticarî işletme kavramının içinde yer alan, buna karşılık işletme kavramında bulunmayan unsurlar bulunabilir. Bir işletme, işletmenin faaliyet gösterdiği yerden, işletme faaliyetinde kullanılan donanımdan ve işletme faaliyetinin insan unsurunu oluşturan iş gücünden oluşur²⁶.

Yukarıdaki açıklamalar, ortadaki kira ilişkisinin, bir ticarî işletme kirası olarak nitelendirilip işletme kirasından ayırt edilebilmesi için gerekli olan ölçütün elde edilebilmesine de yardımcı olacaktır. Bir ticarî işletme kirasının mevcut olup olmadığı, kullanımı devredilen unsurların neler olduğuna bakılarak anlaşılabilir. Ticarî işletme kavramına dâhil olan, buna karşılık işletme kavramında bulunmayan unsurların (müşteri çevresinin-good will'in) kullanım olanağı devredilmekteyse, ortadaki kira ilişkisinin ticarî işletme kirası olarak nitelendirilebileceği söylenebilir²⁷.

II. İşletme Terkine İlişkin Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

İşletme terki deyimini Alman hukuk dilinde kullanılır. İsviçre-Türk hukuku çerçevesinde yapılacak bir araştırmada bu deyim ne anlama geldiği hakkındaki çeşitli düşüncelere geniş ölçüde yer verilmesi amaca aykırı olur. İsviçre - Türk hukuku bakımından işletme terki kavramı, Anonim Ortaklıklarda azınlığın korunması çerçevesinde belirli bir önem taşır. Bu önem dolayısıyla işletme terkine ilişkin sözleşmelere kısaca değinilmesi yararlı olabilir.

İşletme terkine ilişkin sözleşmeler kavramına, ticarî işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin, bu işletme faaliyetinin yürütülmesini bir başkasına bıraktığı sözleşmeler anlaşılır. İşletme faaliyetinin yürütülmesi kendisine bırakılan kişi, kendi hesabına hareket edecektir. Kendi hesabına hareket etmesi bu kişiyi bir vekil (veya işletme sahibinin temsilcisi) olarak kabul etmeyi engelleyecektir²⁸.

²⁶ LINDENMEYER, s. 57; POROY/YASAMAN, s. 39; ÜLGEN/TEOMAN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, s. 151 vd.; KARAHAN, s. 24.

²⁷ LINDENMEYER, s. 57; AKER, s. 85; OPPIKOFER, s. 5.

²⁸ LINDENMEYER, s. 58. İşletme yönetiminin terkine ilişkin sözleşmeler, işletme terkine ilişkin sözleşmelerden ayırt edilmelidir. Ne var ki bu ayrımı gözetmeden, belirtilen bu iki tür sözleşmeyi özdeş olarak gören yazarlar da vardır. Örneğin bkz. KLINGLER, s. 28.

İşletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin, işletme terkinde ilişkin sözleşmelerin bir görünümü olduğu, yukarıdaki tanımdan çıkarılabilir. Bir işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinde kiracı, kendi adına ve kendi hesabına işletme faaliyetini yürütmektedir. İşletme faaliyetinin yürütülmesi kendisine bırakılan kişinin kendi hesabına hareket etmekle birlikte, işletme sahibi adına hareket etmesinin kararlaştırıldığı sözleşmelerin de, işletme terkinde ilişkin sözleşmelerin bir diğer görünümünü oluşturacağı açıktır. Zira işletme terki sözleşmelerinde önemli olan, işletme faaliyetinin yürütülmesi kendisine bırakılan kişinin *kendi hesabına* hareket etmesi olup, aynı zamanda kendi adına hareket etmesi gerekli değildir²⁹.

III. İşletme Yönetiminin Terkinde İlişkin Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

Ticarî işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişi, işletme yönetiminin terkinde ilişkin bir sözleşme yaparken, işletmeyi doğrudan yöneten kişi olmaktan kurtulmayı, işletme yönetiminin gerekli kıldığı çabadan uzaklaşmayı amaçlamaktadır. Ne var ki işletmenin kaderi üzerinde son söz sahibi olma ve işletmenin kazancını elde etme konumunu kaybetmeyi de istememektedir.

İşletme yönetiminin başkasına terkinde ilişkin bir sözleşme yapan işletme sahibi, işletmenin rizikosunu kendisi taşımaya devam etmektedir. İşletmenin kazancı üzerinde hak sahibi olacak olan da işletme sahibinin bizzat kendisidir. İşletme yönetimi kendisine bırakılan kişi, yürüteceği yönetim faaliyetine karşılık, çok defa işletmenin kazancına göre belirlenecek bir ücret alacaktır³⁰. Demek oluyor ki işletme yönetimi kendisine bırakılan kişi, kendi hesabına değil işletme sahibi hesabına hareket etmektedir ki, bu olgu, yönetimin terkinde ilişkin sözleşmeleri, işletme terkinde ilişkin sözleşmelerden (bu arada işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinden) ayırt etmektedir³¹. İşletme terkinde ilişkin bir sözleşmeyle işletme faaliyetini yürütmeyi üstlenen kişi,

Temsil kavramının ayırt edici özelliklerinden birisinin, başkası (temsili edilen) hesabına hareket olduğu, kendi hesabına hareket eden kişinin ne doğrudan ne de dolaylı temsilci olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz: TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993; s. 167, dph. 1; YAVUZ, Cevdet, Türk, İsviçre ve Fransız Medenî Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 24, dph. 35; İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 47.

²⁹ LINDENMEYER, s. 58.

³⁰ LINDENMEYER, s. 59; AKER, s. 42, KAYIHAN/ YASAN, s. 49.

³¹ Ne var ki bu ayrıma dikkat etmeyerek her iki tür sözleşmeleri özdeş sayan yazarlar bulunduğuna işaret etmiştik. Örneğin bkz. KLINGLER, s. 28.

*işletme sahibi hesabına değil kendi hesabına hareket etmek durumundadır. İşletme yönetiminin terkine ilişkin sözleşmeler ürün kirası sözleşmesinden bütünüyle farklı bir alana, iş görme sözleşmeleri alanına dâhildir. İşletme yönetiminin terkine ilişkin sözleşmeler çok defa vekâlet, kimi durumlarda ise hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilecektir*³².

IV. Kira Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Ürün kirasına ilişkin sözleşmeler, kira sözleşmelerinden iki temel noktada ayrılır. İlk olarak bu sözleşmelerin konusu birbirinden farklıdır. Kira sözleşmesinin konusu sadece (taşınır veya taşınmaz) bir eşya olabilirken, ürün kirası sözleşmesine eşyadan başka haklar da konu olabilir. Diğer taraftan kira sözleşmesindeki kiracı kira sözleşmesinin konusunu oluşturan eşyayı kullanma hakkını elde ederken, ürün kiracısı kullanma hakkı yanında yararlanma (ürün elde etme) hakkını da elde eder³³.

Kira hukuku çerçevesindeki çeşitli problemler, ürün kirası ve kira sözleşmesi açısından farklı çözümlere kavuşturulduğundan, ayırımın yapılması pratikte büyük önem taşıyacaktır. Bu farklılıklara kısaca ve topluca göz atarsak şunlar söylenebilir:

Ürün kiracısının kira konusunu işletme yükümlülüğü vardır. Buna karşılık kira sözleşmesindeki kiracının böyle bir yükümlülüğü yoktur³⁴. Ürün

³² LINDENMEYER, s. 59.

³³ GÜMÜŞ, Alper, "YENİ" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK. m.299 – 356), 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 32 – 33; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş Ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2012, s. 314; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 210; ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013, s. 191; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri – Cilt: I/2 Kira Ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989, s. 2 vd.

³⁴ Kira sözleşmeleri ile ürün kirası sözleşmelerini ayırt etmede başvurulabilecek kriterlere ilişkin bazı Yargıtay Kararları için bkz: Y. 6. HD., 17.10.2005 T., 2005/7573 E., 2005/9472 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y. HGK., 14.04.2004 T., 2004/11-222 E., 2004/222 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y. 12. HD., 18.03.2003 T., 2003/2575 E., 2003/5647 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y. 12. HD., 03.05.2002 T., 2002/8232 E., 2002/9420 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y. 6. HD., 26.12.2002 T., 2002/8070 E., 2002/8300 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr); Y.13. HD., 18.02.1993 T., 1993/221 E., 1993/1322 K. s. Kararı (www.kazanci.com.tr).

kiracısının bakım yükümlülüğü, kira sözleşmesindeki kiracının bakım yükümlülüğünden daha geniş kapsamlıdır. Kira sözleşmesi çerçevesinde alt kira sözleşmesi yapmak kural olarak geçerli kabul edilirken, ürün kirası çerçevesinde alt ürün kirası kurulması kural olarak geçerli kabul edilmez. Kira süresinin tamamlanmasından sonra ilişkiye fiilen devam edilerek kira sözleşmesinin yenilenmesi, kirada ve ürün kirasında farklı düzenlenmiştir. Kirada yenilenme belirsiz bir süre için gerçekleşirken, ürün kirasında bir yıllık süre için gerçekleşir³⁵. Haklı (önemli) sebeplerle fesih üzerine söz konusu olabilecek tazminat yükümlülüğü, her iki tür kira sözleşmesi için farklı düzenlenmiştir.

Uygulamada kira sözleşmesinin ve ürün kirası sözleşmelerinin ayırt edilmesindeki güçlük, daha çok, (genellikle belirli bir donanıma sahip olan ve bir ticari işletmenin faaliyetine hizmet eden) işyerlerinin kirasında kendisini göstermektedir³⁶. İşyeri kirası türünden kira sözleşmeleriyle bir işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmelerinin ayırt edilmesindeki güçlük uygulamayı, ayrımda kullanılacak çeşitli ölçütler aramaya yöneltmiştir. Bu ölçütlere toplu bir bakış sonucunda şunlar söylenebilir³⁷:

- İşyerinin kullanımının terkinin envanterle birlikte gerçekleşmesi, ürün kirası yönünde yapılacak bir nitelendirme için işaret oluşturabilir. Envantere geçen eşyanın bir kısmının kiracı tarafından getirilmiş olması, ürün kirası yönünde yapılacak bir nitelendirmeye engel oluşturmaz.

- Ticari işletme işletmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir işyerinin kiralanmasında, elde edilen kazanç eşyanın (işyerinin) kullanılmasından daha çok kiracının bireysel faaliyetine dayanıyorsa, kira ilişkisinin bulunduğu sonucuna varılabilir. Buna karşılık işyeriyle birlikte, kira sözleşmesinin kurulduğu tarihe kadar (kiraya verence) yürütülen işletme faaliyetiyle oluş-

³⁵ SAĞLAM, s. 1021; ŞAHİN, s. 1437; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, "Hasılat Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hükümler", Erdoğan TEZİÇ'e Armağan, İstanbul 2007, s. 945; ARPACI, Abdülkadir, "Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru mudur?", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:V, Sayı:2, Yıl 2008, s. 6; AKINCI, Şahin, "İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, Yıl 2008, s. 43; CANSER, Erol, "Ziraat İşletmesinin Geçirmekte Olduğu Değişmeler Karşısında Fransız İsviçre Ve Türk Hukuklarının Durumu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1 – 4, Yıl 1953, s. 651.

³⁶ AKINCI, s. 39; ARPACI, s. 6.

³⁷ Bu ölçüler için bkz. LINDENMEYER, s. 60-61.

muş mevcut iş ilişkilerinden yararlanma olanağı da kiracıya tanınmışsa, ürün kirası yönünde yapılacak bir nitelendirme daha yerinde olabilir. Bu olasılıkta kiralanan işyerinde yürütülen işletme faaliyeti kiracı tarafından yürütülecek, kiracı mevcut iş ilişkilerinden yararlanmakla birlikte, bu ilişkilerin ortadan kalkmasını da önleyecektir.

- Kiracının işletme yükümlülüğü bulunması, zorunlu olarak ürün kirası şeklinde yapılmış bir nitelendirmeye yol açmaz. Kira ilişkisindeki kiracının özen yükümü, kira konusuna ilişkin bir işletme yükümlülüğünü de beraberinde getirebilir. Kira ilişkisinin konusu olan eşya, özel bir amaca özgülenmiş olup ticarî veya sınaî bir değer taşıyorsa ve bu değer korunması için özgülenme amacı doğrultusunda faaliyette bulunulması gerekiyorsa, kiracı açısından bir işletme yükümlülüğünün varlığı (özen yükümünün bir gereği olarak) kabul edilebilecektir.

- Kiralanan işyeri için ödenecek kira bedelinin, bu işyerinden elde edilecek kazancın belirli bir yüzdesi olarak nitelenmesi, zorunlu olarak ürün kirasının bulunduğu sonucuna götürmez.

Bir işyerinin kullanılmasının devrinde, çok defa bu işyerinde faaliyette bulunan ticarî işletmenin de kullanımı devredilir³⁸. Diğer taraftan bir ticarî işletmenin kullanılmasının devri, genellikle, bu işletmenin faaliyette bulunduğu işyerinin kullanılmasının devri gerekliliğini de beraberinde getirecektir. Somut olaydaki (ticarî işletme ve bu işletmenin faaliyette bulunduğu işyerinin kullanılmasının devrine ilişkin) sözleşmenin kira veya ürün kirası olarak nitelendirilmesi, kira sözleşmelerinde söz konusu olacak kiracının korunmasına ilişkin rejimin uygulanıp uygulanmayacağını da belirleyecektir. Lindenmeyer'in fikrinde, somut olaydaki sözleşmede aslî edimin ne olduğuna bakılarak karar verilmesi gerekecektir. Kiraya verenin aslî edimi, ticarî işletmeden yararlanma olanağının kiracıya tanınması olarak düşünülmüşse, bir ürün kirası sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varılabilir. Kiraya verenin aslî edim yükümlülüğünün ticarî işletmenin faaliyette bulunduğu işyerinin kiracıya kullandırılması olarak düşünüldüğü ilişkilerde ise, kiraya yönelik bir nitelendirme daha yerinde olacaktır³⁹. O halde tarafların ortak amacının değerlendirilmesiyle sözleşmenin ağırlık noktasının işyeri mi yoksa ticarî işletme mi olduğunun belirlenmesi gerekecek, tarafların yaptıkları nitelendir-

³⁸ ŞAHİN, s. 1414; AKER, s. 133; ALTAŞ, s. 155.

³⁹ LINDENMEYER, s. 61.

meye (sözleşmeyi ne şekilde isimlendirdiklerine) bakılmayacaktır (TBK. m. 19)⁴⁰. İsviçre hukuk uygulamasında, ürün kirasının tarımsal işletmelere ilişkin bir sözleşme olarak algılanması alışkanlığı bulunduğunu, bu nedenle ticarî işletmeye (ve bu işletmelerin faaliyette bulunduğu işyerlerine) ilişkin kira sözleşmelerinin kira olarak nitelenmesi eğiliminin gözlendiğini, yine Lindenmeyer belirtmektedir⁴¹.

V. Finansal Kiralama Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Finansal kiralama (leasing) sözleşmesi adı altında çok çeşitli sözleşme yapıları yer alabilmektedir. Bütün bu sözleşme yapılarını gözden geçirerek hepsi açısından ortak özelliklerin tespit edilmesi ve bu özelliklerin ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin temel özellikleriyle karşılaştırılması altından kalkılması güç bir çabayı gerektirecektir.

Finansal kiralama sözleşmesi adı altında toplanan sözleşme yapılarının hepsi açısından ortak bir özellik, bir eşyanın kullanılması ve bu eşyadan yarar elde edilmesi olanağının kısa süreli olmayacak bir şekilde aktarılmasıdır⁴². Finansal kiralama sözleşmesinin konusu olarak, uzun süre kullanılmaya elverişli tüketim malları (taşıt araçları gibi) veya yatırım malları (mobil-yalar, makineler gibi) karşımıza çıkmaktadır.

Doğrudan finansal kiralamaya ilişkin sözleşmede iki kişi ile karşılaşılır. Bu tip sözleşmelerde imalatçı, finansal kiralama sözleşmesinde kiraya veren tarafı olarak yer alır ve kendi imal ettiği malların kullanımını sözleşmenin kiracı tarafına terk etmeyi borçlanır. Buna karşılık dolaylı finansal kiralama ilişkilerinde üç kişi bulunmaktadır. Bu kişiler imalatçı, finansal kiralama şirketi ve kiracıdır⁴³. Finansal kiralama şirketi, finansal kiralama sözleşmesinin kiracı tarafını oluşturan kişinin belirlediği bir malı imalatçıdan alarak ve bu malın maliki durumuna gelerek, kiracının kullanımına bırakır. Finansal kiralama ilişkilerinin olağan görünümü bu sonuncusudur. “Finansal Kirala-

⁴⁰ AKER, s. 165 – 194; DEVELİOĞLU, s. 934.

⁴¹ LINDENMEYER, s. 61-62.

⁴² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 362; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 402; ALTOP, Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, s. 105 vd.; KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 66 vd.; KÖTELİ, Argun, Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), İstanbul 1991, s. 5.

⁴³ KOCAAĞA, s. 52.

ma, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu⁴⁴ da bu belirttiğimiz yapı üzerine kurulmuştur.

Finansal kiralama sözleşmesinin başlıca görünümü, finansman leasingi denilen türdür. Bu türe ilişkin finansal kiralama sözleşmeleri belirli bir süre feshedilmemek üzere kurulur. Leasing alanın kira bedeli olarak süre sonuna kadar ödeyeceği toplam tutar, finansal kiralama şirketinin yatırım giderini (kira konusu malı edinmek için yaptığı bütün harcamaları) karşılayacak ve bir faiz miktarını içerecek şekilde belirlenir⁴⁵.

“Operating-leasing” denen türde ise, fazla uzun tutulmayan temel bir sözleşme süresi vardır⁴⁶. Bu nispeten kısa tutulmuş sürenin sonu itibarıyla her iki tarafın (leasing alan ve verenin) ilişkiyi sona erdirmeye (ilişkinin yenilenmesini engelleme) olanakları vardır. Ne var ki taraflar sürenin tamamlanmasından belirli bir süre önce ilişkinin yenilenmesini istemedikleri şeklindeki iradelerini ortaya koymazlarsa, ilişki yine kısa bir süre için yenilenecektir. Yenilenen sürenin bitiminde taraflar sessiz kalarak bir diğer yenilmeye yol açabilirler ve bu böyle sürer gider. Bu tür sözleşmeler daha çok leasing verence hizmet veya servis sağlanması amacıyla hizmet ederler.

Yukarıda belirtilen çeşitli görünümlerden hangisinin gerçek anlamda finansal kiralama kavramına dahil olduğu tartışmalıdır. İlişkiye katılan kişilerin sayısının ayırt edici bir ölçüt olarak kabul edilmesi yönünde genel bir eğilim vardır. Bir görüşe göre hem doğrudan finansal kiralama ilişkisinin hem de dolaylı finansal kiralama ilişkisinin, kavramın teknik anlamının kapsamında olduğu söylenebilir⁴⁷. Bu görüş doğrudan imalatçıyla yapılan sözleşmeleri de, finansal kiralama şirketiyle yapılan sözleşme üzerine şirketin kiralama konusu malı imalatçısından temin ettiği ilişkileri de dar ve teknik anlamda finansal kiralama ilişkisi olarak görmektedir. Buna karşılık bir diğer görüş, sadece dolaylı finansal kiralama ilişkilerinde, dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesinden söz edilebileceğini kabul etmektedir⁴⁸. Bu son yaklaşım biçimi açısından finansal kiralama, sadece iki taraf arasında

⁴⁴ 6361 Sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketleri Kanunu”, 13 Aralık 2012 Tarih ve 38496 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 365; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 410; KOCAAĞA, s. 47.

⁴⁶ KOCAAĞA, s. 45; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 365.

⁴⁷ SOMUNCUOĞLU, Ünal, “Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesine Yüzeysel Bir Bakış”, İBD 1986, S.4 – 56, s. 246.

⁴⁸ ALTOP, s. 52; KÖTELİ, s. 58.

kurulan bir sözleşmenin değil, değişik tarafları olan sözleşmeler sisteminin ortak adı olmaktadır. Bir sözleşmeler sisteminin ortak adı olan finansal kiralama, finansal kiralama şirketiyle kiracı arasında kurulan dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesiyle, finansal kiralama şirketiyle imalatçı arasında kurulan ve kiralama konusu malın finansal kiralama şirketinin mülkiyetine geçmesini sağlayan sözleşme ilişkisini kapsamına almaktadır. Finansal kiralama şirketiyle kiracı arasında kurulan dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesi, kiralama konusu malın kiracının kullanma ve yararlanmasına bırakılmasından başka, vekâlet sözleşmesine ilişkin unsurları da içermektedir. Sözleşmedeki vekâlet sözleşmesine özgü unsur, finansal kiralama şirketinin kiracının istediği malı temin etmek için çaba göstermeyi (bir iş görmeyi) taahhüt etmesinde açıklıkla gözlenebilir olmaktadır.

Finansal kiralama sözleşmesiyle ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin ayırt edilmesinde dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesi kavramının ne olduğuna ilişkin yukarıda belirtilen tartışmalar büyük bir önem taşımaktadır. Hem doğrudan finansal kiralama ilişkisinde hem de dolaylı finansal kiralama ilişkilerinde, bir malın kullanımı ve o maldan yararlanılması olanağının bir bedel karşılığında sağlandığı açıktır. Ne var ki dolaylı finansal kiralama ilişkilerinin, ürün kirası sözleşmesinden çok daha uzak düştüğü de aynı açıklıkta ortadadır. Dolaylı finansal kiralama ilişkilerinde, dar ve teknik anlamıyla finansal kiralama sözleşmesi olarak nitelendirilen ve finansal kiralama şirketiyle kiracı arasında kurulan sözleşmede yer alan vekâlet sözleşmesine özgü unsurlar, bu sözleşmenin ürün kirası sözleşmesinden rahatlıkla ayırt edilebilmesine olanak veren bir ölçüt olma işlevini taşımaktadır. Kiraya verenin, kiracının sipariş ettiği bir malı edinmek için malın imalatçısıyla sözleşme ilişkisi içerisine girmek, bu malı en elverişli koşullarla edinmek için faaliyette bulunmak gibi iş görme edimleri, bir ürün kirası sözleşmesinde karşılaşılabilecek söz konusu olamayacak türden edimlerdir⁴⁹.

Finansal kiralama sözleşmesi de, ürün kirası sözleşmesi de kira konusuna ilişkin kullanma ve yararlanma olanaklarının kiracıya aktarıldığı sözleşmelerdir. Buna karşılık bu sözleşmelerin konusunu oluşturan değerler bakımından önemli bir farklılık gözlenebilir. Finansal kiralama sözleşmesinin konusunu bir işletme bünyesinde kullanılacak belirli bir mal oluştururken, ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi, bir bütün olarak ticarî işletmeyi konu

⁴⁹ LINDENMEYER, s. 63-64.

alır. Finansal kiralama sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturan finansal kiralama şirketiyle, ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturan ticarî işletme sahibinin, söz konusu sözleşmeleri kurarken güttükleri amaçlar da birbirinden farklıdır. Sahip olduğu ticarî işletmeyi ürün kirasına konu yapmış olan işletme sahibi, kira ilişkisinin devam ettiği süre boyunca işletmenin korunmasını amaçlar. Öyle ki ticarî işletmenin hem malvarlığı açısından hem de iş ilişkileri açısından korunmasında (hatta malvarlığının ve iş ilişkilerinin daha da geliştirilmesinde) ciddi bir çıkarı mevcuttur. Bu nedenle ticarî işletmeyi kiralamış olan kiracı, işletmenin korunması ve işletme faaliyetinin devam ettirilmesi yükümlülüğü altındadır.

Buna karşılık finansal kiralama sözleşmesindeki kiracı açısından bu türden yükümlülükler mevcut değildir. Finansal kiralama şirketi, finansal kiralama konusu malın korunmasıyla değil, yaptığı yatırımı karşılayacak ve kendisine belirli oranda faiz geliri sağlayacak olan kira bedellerinin aksama-dan ödenmesiyle ilgilidir. Söz konusu kira bedelleri kira konusu malın kullanılması ve bu maldan yarar elde edilmesinin bir karşılığı olarak belirlenmemiştir. Finansal kiralama sözleşmesinin devamı süresince işleyecek olan kira bedellerinin toplamının, finansal kiralama şirketinin kira konusu malı edinirken ödediği bedeli, yaptığı diğer (yan) harcamaları bütünüyle karşılmasına ve ayrıca belirli bir faiz geliri sağlayacak tarzda belirlenmesine özen gösterilmiştir⁵⁰. Nitekim kira süresi sonunda malın kullanım değeri ortadan kalkacak (amortizasyon) ve finansal kiralama şirketi için sadece yaptığı yatırımdan zaman içerisinde elde ettiği kazanç kalacaktır.

VI. Yatırım Malvarlığına İlişkin Ürün Kirası Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi

Yatırım mallarına ilişkin ürün kirası sözleşmesinin konusunu her türlü yatırım malvarlığı oluşturabilir. Üretim için kullanılacak teknik donanımla birlikte bir yapının ürün kirasına konu oluşturması gibi. Belirli bir noktaya kadar ticarî işletmenin ürün kirasına konu oluşturmasıyla benzerlik gözlenebilir.

Bir örnek üzerinden konunun tartışılması yararlı olacaktır. Bir televizyon üreticisinin üretimde kullanacağı bir makineye ihtiyacı olsa ve bu makineyi kendi kaynaklarıyla veya aldığı krediyle edineceğine, yatırım mallarına ilişkin ürün kirası sözleşmeleri yapan bir işletmeyi bu hususta yetkilendirse,

⁵⁰ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 405; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 372.

yetkilendirilen bu işletme aranılan türden bir makineyi kendi adına ve hesabına edinecektir. Kendi adına ve hesabına edindiği makineyi daha sonra ürün kirası sözleşmesiyle televizyon üreticisine kullandıracaktır. Televizyon üreticisi de kendi açısından belirli bir süre boyunca kira bedeli ödeyecektir. Kira bedellerinin toplamı, kiraya veren işletmenin söz konusu makineyi edinmek için yaptığı bütün harcamayı karşılayacağı gibi, kiraya veren işletmenin başkaca giderlerini de karşılayacaktır. Dahası, makineyi edinmek için ödenen paranın faizlendirilmesi de ödenecek toplam kira bedeli içerisinde yer alacaktır. Nihayet toplam kira bedeli belirlenirken, kiraya veren işletmenin bu işten elde edeceği kazanç da göz önünde tutulacaktır. Makinenin mülkiyeti de, bu makineyi kendi adına edinen kiraya veren işletmedir.

Ekonomik açıdan söz konusu olacak bütün mali yüklerin ise, tıpkı malikmişçesine, kiracı konumundaki televizyon üreticisi tarafından karşılanacağı açıktır.

Yatırım mallarına ilişkin ürün kirası sözleşmesiyle, ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi arasındaki temel ayırım, kira sözleşmesinin konusu bakımından ortaya çıkar. Yatırım mallarına ilişkin ürün kirası sözleşmesinin konusu, bir işletmeyi oluşturan bir veya birkaç unsurdur. İşletmenin yatırım malvarlığına dahil olacak unsurlardan bir veya birkaçından yararlanma olanağı böyle bir sözleşmeyle elde edilebilir. Kiraya konu olan malvarlığı unsurunun işletmenin aslî bir unsurunu oluşturması da gerekmez.

Ticarî işletme kiracısından farklı olarak, yatırım malvarlığı kiracısı bütün mali yükleri ve bakım giderlerini taşır⁵¹.

VII. Lisans Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi

Lisans sözleşmeleri kanunlar tarafından özel biçimde korunan gayrimaddi hakların, genel hukuk normları ile korunan gayrimaddi hakların veya fiili durumların kullanımının başkalarına bırakıldığı sözleşmelerdir⁵². Lisans sözleşmesi, normalde, ivazlı olarak kullanım terkine ilişkin olan sözleşmelerde ekonomik fonksiyon görür. Bu sözleşme ile ekonomik değere sahip olan bir eserin veya yapılan buluştan ötürü sahip olunan hakkın

⁵¹ LINDENMEYER, s. 65-66.

⁵² OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri Ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 30; ORTAN, A. Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979, s. 2.

ve bilginin değerlendirilmesi gündeme gelir. Lisans sahibi, sahip olduğu gayrimaddi hakkı, ekonomik açıdan fayda getirecek biçimde kullanabilmektedir⁵³.

Lisans sözleşmesinin konusunu şu türden değerlerin kullanımı oluşturabilir: Patentler, işletme sırları, know-how, üzerinde telif hakkı bulunan eserler, numune ve modeller, markalar vb.⁵⁴. Lisans veren bir başkasına da lisans vermemeyi yükümlenmişse mutlak lisans, böyle bir yükümlülük altına girmemişse basit lisans söz konusudur. Mutlak lisansta lisans veren, belli bir bölgede veya ülke genelinde sınaî hakkın kullanımını başkasına devredemez ve kendisi de bu hakkı kullanamaz. Basit lisansta lisans alanın inhisari yetkisi yoktur⁵⁵.

Pedrazzini'ye göre, lisans sözleşmesi kullandırma sözleşmelerinden biri sayılsa da isimsiz bir sözleşme olarak ürün kirası sözleşmesinden ayrılmalıdır⁵⁶. Ne var ki kira sözleşmesine ilişkin kimi hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması söz konusu olabilir⁵⁷. Özellikle OR Art. 279 ve 288 bu bağlamda anılmalıdır.

Kullanmanın terkinin konu almaları itibarıyla, lisans ve ticarî işletme kirası sözleşmelerinin ekonomik fonksiyonu birbirine benzer. Haklar için ürün kirası sözleşmesi de yapılabileceğinden; bu iki sözleşme birbiri ile karıştırılabilir. Lisans sözleşmesinin olası konuları, ticarî işletmenin unsurlarıdır. (Tek tek her bir unsur). Ticarî işletmenin bütünü lisans sözleşmesine konu olamaz. Unutmamak gerekir ki, ticarî işletmede lisans sözleşmesine konu olabilecek unsurlar bulunabileceği gibi, böyle olmayan unsurlarda vardır. Ticarî işletmenin bir bütün olarak lisans sözleşmesine konu olabileceğini kabul etmek, normalde böyle bir sözleşmeye konu olamayacak unsurlar açısından “kanuna karşı hile”nin kapısını açabilecektir⁵⁸.

İsimsiz bir sözleşme olarak lisans sözleşmesi için öğreti ve uygulamada geliştirilen ilkeler, işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi için bir noktada

⁵³ OKTAY ÖZDEMİR, s. 35; ORTAN, s. 3.

⁵⁴ LINDENMEYER, s. 66; OKTAY ÖZDEMİR, s. 31.

⁵⁵ Bu ayırımı ilişkin açıklamalar için bkz: ORTAN, s. 151 vd.; OKTAY ÖZDEMİR, s. 12 vd.

⁵⁶ PEDRAZZİNİ, Mario M., Der Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, S. 596ff., Basel Und Stuttgart 1977, s. 601-602.

⁵⁷ Türk Hukukunda ürün kirası sözleşmesine ilişkin hükümlerin lisans sözleşmelerine doğrudan uygulanamayacağı kabul edilir. ORTAN, s. 23; TANDOĞAN, s. 63.

⁵⁸ LINDENMEYER, s. 67,

önem kazanabilir. Zira işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesiyle, pratikte olağan olarak lisans sözleşmesine konu olan bazı işletme unsurlarının kullanımını da terk edilmiş olur. Bir başka deyişle, işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi, ekonomik açıdan, işletme bünyesindeki pek çok unsurla ilgili olarak lisans sözleşmesi yapılmış gibi bir sonuç doğurur⁵⁹.

Marka hukukunda eskiden, bir markanın ancak bünyesinde yer aldığı işletmeyle beraber devredilebileceği kuralı mevcuttu⁶⁰. Bu kuralın zorunlu kıldığı gerekliliğin yerine getirilmesi için, devredilen markayla beraber, markanın yer aldığı işletmenin ürün kirasına konu olması yeterli sayılmaktaydı. Bugün artık, marka lisansı sözleşmesi yapılabilmesi (veya markanın kullanımının herhangi bir biçimde devri) için, markanın içinde yer aldığı işletmenin de devri aranmamaktadır. Buna karşılık lisans alanın lisans veren tarafından sıkı bir biçimde kontrol altında tutulması aranmaktadır. Marka Lisansının, marka hakkının sahibinin işletmesinden bütünüyle bağımsız bir işletmenin sahibine aktarılması bu nedenle uygun değildir.⁶¹

VIII. Franchise Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Franchise sürekli bir sözleşme ilişkisidir. Bu ilişki çerçevesinde, kendi adına faaliyet gösteren bir kişi olan franchise alan, ücret karşılığında, franchise verene ait markayı veya franchise verenin ismini kullanarak, belirli malları pazarlama veya belli hizmetleri görme imtiyazını elde eder. Bunun gibi franchise alan, franchise verene ait teknik donanımı, patenti, mesleki deneyimi kullanma olanağını da elde eder⁶². Ne var ki, franchise alan için de franchise verenin organizasyonuna ve reklam sistemine dahil olmak, bu sistemler çerçevesinde franchise verence belirlenmiş ilkelere uymak yükümlülüğü getirecektir. Yine franchise verenin franchise alana danışmanlık ve eğitim sunmayı üstlenmesi de söz konusu olabilir⁶³.

⁵⁹ LINDENMEYER, s. 67; ALTAŞ, s. 162; KLINGLER, s. 57.

⁶⁰ KAYA, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 213; YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, (ALTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan), Cilt 2, İstanbul 2004, s. 680 – 681; ARKAN, s. 285.

⁶¹ PEDRAZZİNİ, s. 636 vd., LINDENMEYER, s. 67-68.

⁶² Franchise sözleşmesinin farklı tanımları için bkz: GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995, s. 10; KIRCA, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, s. 19; AKER, s. 227.

⁶³ LINDENMEYER, s. 68; KIRCA, s. 133; GÜRZUMAR, s. 101.

Şu halde, franchise sözleşmesi, franchise verenin piyasada sahip olduğu yerden, franchise alanı yararlandırmayı amaçlar. Ne var ki, franchise alanın bu yararlanmaya bağlı yükümlülükleri de vardır. Franchise veren ise franchise alan üzerinde talimat verme ve denetim gibi yetkiler kullanabilir. Pek çok olayda franchise alanın belli malları sadece franchise verenden alma yükümlülüğü de söz konusu olabilir.

Franchise sözleşmesi lisans ve tek satıcılık sözleşmesinden unsurlar taşısa da, SCHLUEP tarafından sui generis bir sözleşme olarak nitelendirilmektedir. SCHLUEP, bu sözleşmeyi isimsiz sözleşmelerin “karma sözleşme” kategorisine değil, “sui generis” sözleşme kategorisine dahil etmektedir⁶⁴.

Bir ticarî işletmenin piyasadaki yeri, bu işletmenin başlıca unsurları tarafından inşa edilir. Şu halde franchise sözleşmesiyle franchise verenin piyasadaki yerinden faydalanma olanağının sağlanması, franchise verene ait ticarî işletmeyi konu alan bir ürün kirası sözleşmesi yapılmasını andırmaktadır. Franchise veren kişinin, sözleşme kapsamında bulunan isim, marka, patent hakkı gibi sınaî hakları franchise alana sunması ve franchise sözleşmesinin de sürekli borç doğuran bir sözleşme olması ürün kirası bünyesinde bulunan unsurların franchise sözleşmesinde de bulunabileceği kuşkusunu yaratır. Ne var ki, bir ticarî işletmenin bir bütün olarak franchise sözleşmesinin konusunu oluşturup oluşturmadığına dikkat edilmelidir. Bu sözleşme, belirli bir ticarî işletmenin piyasadaki yerinden yararlandırmayı amaçlamaktadır, yoksa ticarî işletmenin kullanımının bir bütün olarak terkini değil. Ancak tüketiciler için ortada kesinlikten uzak bir durumun bulunacağına da dikkat etmek gerekir. Tüketici, zincirde bulunan bir lokantanın franchise çerçevesinde mi faaliyet gösterdiğini yoksa belirli bir ismin ve markanın sahibinden ürün kirası sözleşmesiyle mi sağlandığını bilemez. Nitekim belirli bir ticarî işletmeye bağlı lokantalar zincirinin bir ünitesini işletme olanağı, pekâla ürün kirası sözleşmesiyle de elde edilmiş olabilir. Yoksa bu işletme sahibiyle bir franchise sözleşmesi yapıp, söz konusu işletmenin adını kullanarak hizmet görme imtiyazı elde edilmesine gerek yoktur⁶⁵.

Franchise sözleşmesi, büyük ölçüde kullanımın terkine dayalı bir sözleşmedir. Ne var ki, franchise ve ticarî işletme kirası sözleşmelerinin, tarafla-

⁶⁴ SCHLUEP, Walter R., Innominatverträge, In Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, S. 763ff., Basel Und Stuttgart 1979, s. 44-46; LINDENMEYER, s.69.

⁶⁵ SCHULTHESS, Victor G., Der Franchise-Vertrag Nach Schweizerischen Recht, Diss. Zurich 1975; s. 112; LINDENMEYER, s. 69.

rın ekonomik çıkarları ve üstlendikleri ekonomik rizikolar bakımından karşılaştırılması mümkündür. Bu açıdan yapılacak bir karşılaştırmada, franchise alanın durumunun ticarî işletme kiracısınınkinden, franchise verenin durumunsa ticarî işletmeyi kiraya verenden farklı olduğu ortaya çıkacaktır. Franchise sözleşmesine dayalı olarak kurulacak organizasyonda, franchise verenin sermaye iştirakî yok denecek kadar küçüktür. Sermaye büyük ölçüde franchise alana ait olacaktır. Ticarî işletme kirası çerçevesinde yürütülen bir organizasyonda ise, sermaye kiraya verence oluşturulmuştur. Kiracı kiraya verene ait malvarlığı unsurlarını kullanır. Şu halde franchise sözleşmesi yoluyla kurulan bir organizasyonda, işletme rizikosunu hemen hemen tamamen franchise alan taşır. Ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinde, işletme rizikosu kısmen kiraya verenin üzerindedir⁶⁶.

Sözleşme süresince franchise veren belirli servis hizmetleri görmek ve piyasadaki yerini korumak yükümlülüğü altındadır. Buna karşılık ticarî işletmeyi kiraya verenin bu türden yükümlülükleri yoktur⁶⁷.

Kimi zaman franchise sözleşmesi ürün kirası sözleşmesiyle “bileşik sözleşme” ilişkisi içinde bir araya gelebilir. Franchise veren bir ticarî işletmeyi kendi hesabına kendi sermayesi ile organize eder ve ürün kirası sözleşmesiyle franchise alana kiralar⁶⁸. Franchise veren bu işletmeyi istihdam ettiği kişiler aracılığı ile işletir. Bu tip bir örnekte, franchise sözleşmesi ile ürün kirası sözleşmesi iç içe geçmiş bir vaziyettedir ve ürün kirasına ilişkin hükümler kıyasen franchise sözleşmesine de uygulanabilir.

IX. İntifa Hakkından Ayırt Edilmesi

İntifa hakkı, eşya hukukundan kaynaklanan bir ilişkidir. İntifa hakkı sahibi, bir başkasının mülkiyetindeki eşyadan yararlanma yetkisini elde etmiştir. Bu açıdan bakılınca, intifa hakkı başkasına ait bir eşyayı kullanma ve bu eşyadan yarar elde etme yetkilerini veren bir irtifak hakkıdır⁶⁹. İntifa hakkı bir aynî hak olduğuna göre eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlar. Aynî haklara özgü koruyucu yetkileri de içerir. İntifa hakkı sahibi eşyayı haksız

⁶⁶ LINDENMEYER, s.69-70; AKER, s. 230.

⁶⁷ LINDENMEYER, s. 70; KIRCA, s. 63; AKER, s. 231.

⁶⁸ AKER, s. 233; KIRCA, s. 63.

⁶⁹ İntifa hakkının tanımı için bkz: SİRMEN, s. 578; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 819; ÖZEN, (İntifa), s. 19 – 20; ARKAN SERİM, s. 29; CANSSEL, s. 37 – 38; ALTAŞ, s. 295.

olarak elinde tutan kişiye karşı “istihkak davası” açabileceği gibi, hakkın kullanılmasında güçlük çıkaran herkese karşı “müdahalenin önlenmesi davası” açabilir. Buna karşılık, ürün kirası sözleşmesinden sadece alacak hakkı doğar ve ancak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur.

Bir ticarî işletme üzerinde intifa hakkı kurulmasına Kanun izin vermiştir. Ne var ki, ticarî işletmenin kendisi aynî haklara obje olabilecek bir eşya sayılmaz. Aynî haklara egemen belirlilik ilkesi çerçevesinde aynî hak belirli bir eşya üzerinde kurulabilir. Ticarî işletme belirli bir eşya olmayıp, “bir eşya birliği” oluşturur. Ticarî işletme üzerinde intifa hakkı kurulmasıyla kast edilen gerçekte “ticari işletmeyi oluşturan her bir unsur üzerinde ayrı ayrı intifa hakkı kurulmuş olmasıdır”⁷⁰.

Ürün kirası bir sözleşme ilişkisidir. İntifa hakkının hukuki sebebini ise, sözleşme ilişkisi oluşturabileceği gibi, tek taraflı bir hukuki işlem (vasiyet-nâme) veya bir kanun hükmü de oluşturabilir. Mal rejiminin tasfiyesinde eşin aile konutu üzerinde intifa hakkı kurulmasını isteme hakkı, hukukî sebebini kanunun oluşturduğu intifa hakkına örnek gösterilebilir⁷¹.

Eskiden olduğu üzere, sağ kalan eş tereke üzerinde mülkiyet yerine (veya mülkiyetle birlikte) intifa hakkını seçebilseydi ilginç durumlar ortaya çıkabilirdi⁷². Terekede bir ticarî işletmenin bulunduğu durumlarda, sağ kalan eş bu işletme üzerinde “intifa hakkı sahibi” konumunda bulunabilirdi ve bu diğer mirasçılarını hoşnutsuz kılabilirdi. Özellikle diğer mirasçılardan ticarî işletmeyi başarıyla yönetebilecek olanlar varsa, yönetimden anlamayan eşin ticarî işletme üzerinde intifa hakkı sahibi olmasının yaratacağı huzursuzluk büyük olurdu. Bu sorunu aşmak için şöyle bir formül geliştirilebilirdi. Ticari işletme üzerinde intifa hakkı kazanan eş ticarî işletmeyi yönetebilecek du-

⁷⁰ LINDENMEYER, s. 70-71; ALTAŞ, s. 295; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 253 – 304, Nr. 5; ÖZEN, (İntifa), s. 50.

⁷¹ TMK. madde 240, evlilik ilişkisi ölümle sonlanınca hayatta kalan eşe, mevcut yaşantısını sürdürebilmesi için beraber yaşadıkları konutta kendisine intifa hakkı tanınmasını talep etme yetkisini düzenler. Bu durumda intifa hakkı, yasa gereğince kendiliğinden kurulmaz. Hayatta kalan eş, bunu talep etme hakkına sahiptir.

⁷² 743 Sayılı Eski Türk Medeni Kanunu'nun 3678 Sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki 444. maddesine göre eş, birinci zümre ile birlikte mirasçı olunca dilerse terekenin ¼'ünün mülkiyetini; dilerse ½'sinin intifa hakkını, ikinci zümre ile mirasçı olduğunda ¼ mülkiyet ve buna ek olarak ½ intifa hakkını; üçüncü zümre ile mirasçı olursa terekenin ½'sinin mülkiyetini ve buna ek olarak ¼'ünün intifa hakkını miras payı olarak alabilmekteydi. Bugün 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüktedir. Yasa hükmü yoluyla kendiliğinden kazanılan bu intifa hakkı düzenlemesini kaldırmış bulunmaktadır.

rumda olan (ve malik konumunda bulunan) diğer mirasçılarla ürün kirası sözleşmesi yapabildi. Ticarî işletmeyi konu alan böyle bir ürün kirası sözleşmesiyle, yönetim kabiliyetine sahip mirasçılar bu kabiliyetlerini ürün kiracısı sıfatıyla hayata geçirme olanaklarını bulurlardı⁷³.

Ticarî işletme üzerindeki intifa hakkıyla ticarî işletmeyi konu alan ürün kirası sözleşmesi arasındaki başlıca farklar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

- İntifa hakkı bir aynî haktır. Ürün kirası sözleşmesinden bir kişisel hak doğar. 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu uyarınca, ürün kiracısı haklarını yeni malike karşı ileri süremezdi (eğer ürün kirası şerh edilmişse yeni malike karşı da ileri sürülebilirdi). Oysa 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 310. maddesi doğrultusunda (bu hüküm genel bir ilke içerir ve her türlü kira ilişkisi açısından geçerlidir. Ürün kirası sözleşmesi de bu kira ilişkilerine dahil olduğundan TBK. madde 310, ürün kirası sözleşmeleri açısından da uygulanmalıdır), ürün kirası konusu kiralananın el değiştirmesi ile birlikte, yeni malik yasaya bağlı olarak kiraya veren konumuna geçecektir. Bu durumda kiracı haklarını, yeni malike karşı da aynen intifa hakkı sahibi gibi ileri sürebilir. Benzer şekilde, mülkiyetin el değiştirmesi bir aynı hak olan intifa hakkı sahibinin durumunu etkilemez. Yeni malik mevcut intifa hakkıyla bağlıdır.

- İntifa hakkı miras yoluyla intikal etmez. İntifa hakkı sahibi bir gerçek kişiye, onun ölümüyle hak son bulur. İntifa hakkı sahibi bir tüzel kişiye, intifa hakkı en çok yüz yıl için kurulabilir, yüz yılın geçmesiyle sona erer. Ürün kirası bakımından miras yoluyla intikal mümkündür. Ürün kiracısının ölümünden sonra kira ilişkisi OR Art. 297 uyarınca devam edebilir⁷⁴.

- TMK. madde 806/f.1 uyarınca intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir⁷⁵. Buna karşılık, ürün kiracısı, TBK. madde 366/f.1 uyarınca "alt ürün kirasını" kiraya verenin muvafakatıyla kurabilir. Kural, kiraya verenin muvafakatı olmadıkça alt ürün kirasının kurulamamasıdır. (OR Art. 289).

- TMK. madde 808/f.1'e göre malikin hakları tehlikeye düşerse, malik intifa hakkı sahibinden güvence talep edebilir. Buna karşılık, TBK. madde 369 uyarınca ürün kirası sözleşmesi belirli sebeplerle kiraya veren tarafından

⁷³ LINDENMEYER, s. 71.

⁷⁴ ALTAŞ, s. 296; AKER, s. 428; ÖZEN (İntifa), s. 149.

⁷⁵ ÖZEN, (İntifa), s. 295 vd.

sona erdirilebilir. Haklarının tehlikeye düşmesi, kiraya verene sözleşmeyi feshetme olanağı verebilecektir⁷⁶.

X. Satıştan Ayırt Edilmesi

Ürün kirası ve satış sözleşmelerinin ayırt edilmesi genellikle bir sorun çıkarmaz. Sorun belirli ürünlerin iktisap edilmesini amaçlayan sözleşmeler bakımından çıkar. Söz gelimi belirli bir taş ocağından çıkarılacak taşlar, bir çayırdan elde edilen otlar, bir sebze bahçesinden elde edilen sebzeler, bir koyundan elde edilen yünler iktisap edilmek isteniyorsa, yapılmak istenen sözleşmenin nitelendirilmesi bazen sorun yaratabilir⁷⁷.

Ana mala ait olan ürünler zamanla tükenebilen nitelikte olduğunda (kum ve taş ocaklarında olduğu gibi), tarafların sözleşme uyarınca ana mala ait bu ürünleri tamamen ya da çok büyük oranda tüketme hususunda anlaşmaları, ortada bir satış sözleşmesinin bulunduğuna işaret edecektir⁷⁸.

Ticarî işletmeyi konu alan bir satışı veya ürün kirası sözleşmesini ayırt etmek temelde bir zorluk içermez. Ticarî işletmenin el değiştirmesi istenmediği sürece (mülkiyetin devrine yönelik bir sözleşme yoksa) satıştan söz edilemez⁷⁹.

Bir ürün kirası sözleşmesinde kiracıya alım veya ön alım hakları tanınması mümkündür. Ne var ki alım veya ön alım hakları kullanılmadığı sürece, ortada ürün kirasından başka sözleşme ilişkisi bulunmaz⁸⁰.

XI. Adi Ortaklık Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Ortaklık sözleşmelerinde iki ya da daha çok sayıdaki kişi ortak bir amaç elde etmek için emek ve/veya mallarını birleştirmeyi üstlenirler. Adi ortaklık sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 620 – 645. maddeleri arasında düzenlenmiştir ve bu sözleşme yolu ile kurulan birliğin tüzel kişiliği yoktur. Yasal tanıma göre, adi ortaklık, iki veya daha fazla kimsenin ortak

⁷⁶ LINDENMEYER, s. 72; ALTAŞ, s. 297.

⁷⁷ CANSEL, s. 35; ALTAŞ, s. 243; ARKAN SERİM, s. 22.

⁷⁸ Ayırt edici ölçü kıstaslarına ilişkin açıklamalar için bkz: ALTAŞ, s. 244; CANSEL, s. 35.

⁷⁹ ARKAN, s. 45; KAYIHAN/ YASAN, s. 57; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 44; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 26; TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 79; ARAL/ AYRANCI, s. 70; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 53.

⁸⁰ LINDENMEYER, s. 72-73.

bir amaca erişmek için emeklerini ve/veya mallarını bir araya getirmeleriyle ortaya çıkar⁸¹.

Tarafların ortak iradesinin bir ortaklık kurmaya yönelik olup olmadığını anlamak için affectio societatis unsuruna bakılacaktır. Bu unsur ortaklık sözleşmesini mübadeleye yönelik sözleşmelerden ayırır. Kısacası ortaklık sözleşmesi, bünyesindeki affectio societatis unsuru sayesinde, satış veya kira (ürün kirası) gibi mübadele sözleşmelerinden ayrılacaktır⁸². Affectio societatis unsuru, ortaklaşa amacın gerçekleşmesi için çaba göstermek anlamına gelir. TBK. m. 620/f.1’de bu unsur; “*ortak bir amaca erişmek üzere birleşme*” biçiminde ifade edilmiştir. Bu ilke uyarınca, ortaklar tek başlarına ulaşabileceklerinden daha fazlasını elde etmeyi hedeflerler⁸³.

Ürün kirası sözleşmesi, ticari işletmenin kullanımının ve sağlayacağı yararların belirli bir bedel karşılığında terkinin (bırakılmasını) içermektedir. Bu açıdan bir ortaklık sözleşmesi değil de bir değişim sözleşmesi içerir. Ürün kirasında kiraya veren kira bedeli, kiracı ise hasılat elde etmek ister ve tarafların hak ve borçları birbirleri ile sinallagma ilişkisi içindedir; oysa adi ortaklıkta her ortak müşterek hedef doğrultusunda hareket eder. Buradaki menfaatler ortaktır. Buna karşın ürün kirasında “zıt menfaatler” mevcuttur.

Kira bedelinin cirodan veya safi kazançtan belirli bir pay alma şeklinde belirlenmesi mümkündür. Bu olasılıkta ürüne katılmalı kiradan söz edilir (TBK. m. 357/2). Bu türlü bir kira ilişkisi, niteliği gereği, katılma payı kavramının önem kazandığı bir hukukî ilişkiye vücut verecektir⁸⁴. Bu tür kira ilişkilerinde, kiraya veren ve kiracının çıkarları paraleldir. Her ikisi de ticari işletmenin olabildiğince yüksek miktarda kazanç elde etmesini arzu ederler. Kiracı veya kiraya verenin çıkarlarındaki bu paralellığe rağmen, bir ortaklık ilişkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira affectio societatis unsuru eksiktir⁸⁵. Ürün kirası sözleşmesinde kiracı işletmeyi kendi adına ve hesabı-

⁸¹ Adi ortaklık sözleşmesine ilişkin detaylı bilgi için bkz: BARLAS, Nami, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 12 vd.; ANSAY, Tuğrul, *Adi Şirket, Dernek Ve Ticaret Şirketleri*, Ankara 1967, s. 155 vd.; DOMANIÇ, Hayri, *Adi – Kollektif Ve Komandit Şirketler*, 4. Bası, İstanbul 1988, s. 74- 75; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 735 vd.; AKER, s. 205 vd.; ALTAŞ, s. 293 – 294.

⁸² MEIER – HAYOZ, Arthur/ FORSTMOSER, Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 9. Aufl., Bern 2004, s. 39-40; LINDENMEYER, s. 73.

⁸³ BARLAS, s. 38 vd., AKER, s. 209; ALTAŞ, s. 294; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 736.

⁸⁴ MEIER –HAYOZ/ FORSTMOSER, s.42 vd., LINDENMEYER, s. 73-74.

⁸⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s. 42; KLINGLER, s.36; LINDENMEYER, s. 74.

na, kendi kaynakları ile ve rizikosu kendi üzerinde doğacak biçimde işletir. Oysa adi ortaklıkta asli edim yükümü niteliğinde olan ve süreklilik arzeden “birlikte gayret gösterme yükümlülüğü” yer alır. Adi ortaklık sözleşmesinde ortaklar faaliyetlerinin sonucuna, kazanca ve zarara her zaman beraberce katılırlar.

İsviçre – Türk Hukukunda ürüne katılmalı kiraya – adi ortaklık hükümlerinin (tamamlayıcı mahiyette olmak üzere) uygulanmasını öngören bir düzenleme yoktur. Böyle bir düzenleme olmasa da ürün kirasına ilişkin hükümlerin boş bıraktığı noktaların tamamlanmasında, adi ortaklık hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması mümkün olmak gerekir. Ürüne katılmalı kira sözleşmesi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilemese de, ortaklık benzeri bir ilişkiye vücut vermektedir ve böyle bir kıyasa kapılar kapatılmamalıdır⁸⁶.

Ortaklık sözleşmesi olarak yapılacak bir nitelendirmeye hizmet eden unsurlar şu şekildedir⁸⁷:

- Kazançtan bağımsız kesin bir kullanma karşılığının belirlenmemiş olması
- Tarafların ekonomik durumlarında benzerlik ve çıkarlarında özdeşlik
- “Kiraya veren” olarak nitelenen kişinin yalnız kazanca değil, kayba (zarara) da katılacak olması. Böyle bir durumda, kira olarak yapılan bir nitelendirmeye rağmen gerçekte bir ortaklık sözleşmesinin bulunduğu söylenebilir. (Ne var ki Federal Mahkemeye göre, zarara katılma ortaklığı ürün kirası sözleşmesinden ayırt etmede yeterli bir ölçüt değildir⁸⁸).
- “Kiraya veren” olarak nitelenen kişi ticari işletmenin yönetimine katılacak, kendisine “kiracı” deneni kişiyle birlikte hareket edecekse, gerçekte kira değil de ortaklık sözleşmesinin bulunduğu söylenebilir.
- “Kiraya veren” olarak nitelendirilen kişinin “kiracı” olarak nitelendirilen kişiyi denetleme hakkının kapsamı da, gerçekte kira değil ortaklık sözleşmesi bulunduğunu gösterebilir.

⁸⁶ LINDENMEYER, s. 74; ALTAŞ, s. 294.

⁸⁷ Bu unsurlar için bkz. LINDENMEYER, s.74; MEIER HAYOZ/FORSTMOSER, s. 42vd, KLINGLER, s. 36 vd.)

⁸⁸ BGE 99 II 303 ff.

Sonuç

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere; ürün kirası sözleşmesini benzer nitelikte olan bazı hukuki ilişkilerden ayırt etmek her zaman çok kolay olmayabilir. Ticarî işletmeler hukuki sınırlar kapsamında pek çok sözleşmeye konu edilebilirler. Bu sözleşmelerden biri olan ticarî işletmeler üzerinde ürün kirası sözleşmesi kurulması durumu ile de uygulamada sıklıkla karşılaşmaktayız. Ticarî işletme kirası olarak da adlandırılan bu sözleşmenin hukuki açıdan doğru biçimde nitelendirilmesi önemlidir. Bunu yaparken sözleşmenin amacı ve maddi unsurları dikkatle irdelenmelidir. Benzer sözleşme tipleri arasında yapılacak bir karşılaştırma, elimizdeki sözleşmeyi hukuki açıdan doğru nitelendirmede büyük önem taşıyacaktır. Sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespitinde isabetli davranılması, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde de adil sonuçlara yol açacaktır.

Kaynakça

- AKER**, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.
- AKINCI**, Şahin, “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, Yıl 2008, s. 33 vd.
- ALTAŞ**, Hüseyin, Hasılat Ve Şirket Kirası (BK. Mad. 270-298), Ankara 2009.
- ALTOP**, Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.
- ANSAY**, Tuğrul, Adi Şirket, Dernek Ve Ticaret Şirketleri, Ankara 1967.
- ARAL**, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.
- ARKAN SERİM**, Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak Ve Borçları, İstanbul 2010.
- ARKAN**, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Ondördüncü Tıpkı Basım, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2010.
- ARPACI**, Abdülkadir, “Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru mudur?”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:V, Sayı:2, Yıl 2008, s. 3 vd.

ASLAN, İ.Yılmaz/ŞENYÜZ, Doğan, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Ve 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış İşletme Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Bursa 2012.

AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya 2012.

AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012.

BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 2012.

BECKER, Hermann, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184-551, Bern 1934.

CANSEL, Erol, “Ziraat İşletmesinin Geçirmekte Olduğu Değişmeler Karşısında Fransız İsviçre Ve Türk Hukuklarının Durumu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1 – 4, Yıl 1953, s. 645 vd.

CANSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku Ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara 1953.

CEBULLA, Mario, Die Pacht Nichtsächlicher Gegenstände, Berlin 1999.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, “Hasılat Kirası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hükümler”, Erdoğan TEZİÇ'e Armağan, İstanbul 2007, s. 931 vd.

DOMANIÇ, Hayri, Adi – Kollektif Ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul 1988.

EREN, Fikret/ BAŞPINAR, Veysel, Toprak Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2005.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 10. Baskı, İzmir 2012.

FOERSTER, Martin, Geschäftsraum-Miete Oder Unternehmens-Pacht Die Rechtlichen Grundlagen Von Bestand- Verträgen Über Geschäftsraumlichkeiten, Wien 2006.

GÜMÜŞ, Alper, “YENİ” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK. m.299 – 356), 04.07.2012 Tarihli ve 6353 Sayılı Kanun’a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.

GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri Ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistem”lerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995.

HERRMANN, Horst, Die Unternehmenspacht, Erscheinungsbild Und Rechtsstruktur, Nurnberg 1962.

HIGI, Peter, Obligationenrecht, Teilband V 2b (Die Pacht, Art. 275-304 OR), Hrsg. **GAUCH**, Peter/ **SCHMID**, Jörg, 3. Aufl., Zürich, 2000.

HÜRLİMANN-KAUP, Bettina, Grundfragen Des Zusammenwirkens Von Miete Und Sachenrecht, Habilitation, Schulthess 2008.

İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 23. Bası, Konya 2012, s. 25 vd.

KAYA, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul 2006.

KAYIHAN, Şaban/ **YASAN**, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun İle Güncellenmiş Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

KIRCA, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.

KLEIN-BLENKERS, Friedrich, Das Recht Der Unternehmenspacht, Köln 2008.

KLINGLER, Louis, Die Unternehmenspacht, Diss., Zurich 1943.

KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1999.

KÖTELİ, Argun, Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), İstanbul 1991, s. 5.

LINDENMEYER, Christoph, Die Unternehmenspacht, Diss., Bern 1983.

MEIER – HAYOZ, Arthur/ **FORSTMOSER**, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern 2004.

MINDER, Matthias, Die Übertragung Des Mietvertrags Bei Geschäftsräumen (Art. 263 OR), Einschliesslich des Verhältnisses Von Art.263 OR Zum Fusionsgesetz (FusG), Schulthess 2010.

OĞUZMAN, M.Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, Yenilenmiş Ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul 2012.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sinaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri Ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

OPPENLÄNDER, Frank, Die Unternehmenspacht, Insbesondere Das Verhältnis Von Pächter Und Verpächter Bei Der Verpachtung Eines Unternehmens, Diss., Stuttgart 1974.

OPPIKOFER, Hans, Das Unternehmensrecht, In Geschichtlicher, Vergleichender Und Rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen, 1927. Von STEIGER, Werner, Zur Problematik Eines “Unternehmensrechts”, (SAG 53), 1981.

ORTAN, A. Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.

OSER Hugo/ **SCHOENENBERGER**, Wilhelm, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, (Hrsg. **EGGER**, A./ **ESCHER**, A.) V. Bd., Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband), Art. 184 - 418, 2.Aufl., Zürich 1936.

ÖZEN, Burak, “Sebepsiz Zenginleşme Talebinin Konusu Olarak “Ticari İşletme”“, Ünal TEKİNALP’e Armağan, C.II, s. 707 vd. EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.

ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 438. (ÖZEN, (İntifa) olarak adlandırılacaktır).

ÖZTÜRK, Gülay, Teoride Ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara 2010.

PEDRAZZİNİ, Mario M., Der Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, S. 596ff., Basel Und Stuttgart 1977.

POROY, Reha/ **YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012.

SAĞLAM, İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1015 vd.

SCHLUEP, Walter R., Innominatverträge, In Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, S. 763ff., Basel Und Stuttgart 1979.

SCHMID, Emil, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 2b (Miete, Pacht, Leihe), 1. Und 2. Lieferung (Art. 253-274), 3.A., Zürich 1974/77.

SCHULTHESS, Victor G., Der Franchise-Vertrag Nach Schweizerischen Recht, Diss. Zurich 1975.

SİRMEN, Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

SOMUNCUOĞLU, Ünal, “Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesine Yüzeysel Bir Bakış”, İBD 1986, S.4 – 56, s. 245 vd.

STRAUB, Peter Andreas, Der Gastgewerbliche Mietvertrag, Diss., Zürich 1988.

ŞAHİN, Ayşe, “Hasılat Kirası Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsurları Ve Tabi Olduğu Yasa Hükümleri”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt 2, İstanbul 2009, s. 1395 vd.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri – Cilt: I/2 Kira Ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989.

TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Ankara 1965.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Halûk/ **ALTOP**, Attilâ, Tekinay Eşya Hukuku Cilt I, Yeniden İncelenmiş Ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 1989.

ULRICH, Hans, Die Unternehmung Als Produktives Soziales System, 2. A., Bern 1970, s. 155.

ÜLGEN, Hüseyin/ **TEOMAN**, Ömer/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan/ **NOMER ERTAN**, Füsün, Ticarî İşletme Hukuku, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009.

ÜNAL, Mehmet/ **BAŞPINAR**, Veysel, Şeklî Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012.

YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, (**ALTAY**, Sıtkı Anlam/ **AYOĞLU**, Tolga/ **YUSUFOĞLU**, Fülürya/ **YÜKSEL**, Sinan), Cilt 2, İstanbul 2004.

YAVUZ, Cevdet, Türk, İsviçre ve Fransız Medenî Hukuklarında Do laylı Temsil, İstanbul 1983.

YAVUZ, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş Ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2012.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.

TİCARÎ İŞLETMEYE İLİŞKİN ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE İŞLETME UNSURLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM (*)

Giriş

Girişimciler, gerekli finansman kaynaklarından yoksun olduklarında, ticarî işletmeleri devralmak yerine; ürün kirası yoluyla bunları işletmeyi tercih edebilmektedirler. Uygulamada gün geçtikçe çok daha fazla başvurulan bir yöntem haline gelen ticarî işletmelere ilişkin ürün kirası sözleşmeleri, beraberinde pek çok hukuki muammayı da getirmektedir. Doktrinde tartışmalara açık bir alan olduğunu düşündüğümüz ticarî işletme kirası, ticarî işletmelerin hukuki yapısının irdelenmesini gerektirirken aynı zamanda ürün kirası sözleşmesinin hükümlerinin de tüm boyutlarıyla ele alınmasını zorunlu kılar. Çalışmamızda ticarî işletmelere ilişkin ürün kirası sözleşmelerinin kuruluşu ve bu sözleşmenin ticarî işletmenin unsurları üzerindeki etkileri detaylı biçimde ele alınacaktır.

§ 1. Ticarî İşletme Üzerinde Ürün Kirasının Kurulması

I. Ürün Kirasına Elverişli İşletme Biçimleri

Türk ve İsviçre Hukukları'nda, bir kimsenin sahip olduğu işletmeyi ürün kirası sözleşmesine konu yapmasına engel olacak bir düzenleme mevcut değildir. Aksine işletme sahibinin varlığını sürdürebilmesi için (hukukî konumunu koruyabilmesi için), gerekli gördüğünde işletmesini bizzat işletmek yerine ürün kirası sözleşmesiyle başkasının idaresine bırakması hukuken yeğ görülmektedir.

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Bir ticaret şirketinin bünyesindeki işletmelerden birini ürün kirası sözleşmesine konu yapabilmesi için şu şekilde dolambaçlı bir yol izlenmesine gerek yoktur: Önce bir yavru şirket kurmak ve kiraya verilmek istenen işletmenin unsurlarını bu yavru şirketin malvarlığı haline getirmek, sonra da bu yavru şirketi bir kira sözleşmesine konu yapmak. Bu şekilde dolambaçlı bir yol izlemeye gerek olmadan, doğrudan doğruya ticaret şirketinin bünyesindeki işletme kira sözleşmesine konu yapılabilir¹. Bir ticarî işletmenin ürün kirası sözleşmesine konu yapılabilmesi özel bir hukukî biçimin gözetilmesini gerektirmez². Ne var ki, ürün kirası sözleşmesine konu olacak işletme unsurlarını kesin olarak belirlemek, bireyselleştirmek, tanımlamak ve ekonomik açıdan ayırt etmek zorunludur³.

II. Ürün Kirası Sözleşmesiyle Devredilebilir İşletme Unsurları

İşletme, işgücünü oluşturan insanlardan, yatırım malvarlığından, alacak ve borçlardan, know-howdan, döner malvarlığından, bilgiden, good-will'den ve paradan oluşan gerçek ve dinamik bir sistemdir⁴. Bilindiği üzere ticarî bir

¹ Kanaatimizce hukuki açıdan mümkün olan yegâne olanak da budur. Zira tüzel kişiliği haiz olan bir ticaret şirketinin hiçbir şekilde bir kira sözleşmesinin konusunu teşkil edemeyeceğini düşünmekteyiz. Bu konuda aksi görüşü savunan yani tüzel kişiliği haiz ticarî şirketlerin kira sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini düşünen yazarlar için bkz: ARKAN SERİM; Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak Ve Borçları, İstanbul 2010, s. 8 vd.; ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat Ve Şirket Kirası (BK. Mad. 270-298), Ankara 2009, s. 140 vd. Bizimle aynı görüşü paylaşan yazar için bkz: AKER, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 78, dpn. 214.

² FRIEDLÄNDER, Heinrich E., Konzernrecht, 2.A., Berlin 1954, s. 105; LINDENMEYER, Christoph, Die Unternehmenspacht, Diss., Bern 1983, s. 93; ALTAŞ, s. 144.

³ LINDENMEYER, s. 93.

⁴ Bir ticarî işletmenin hem maddi hem de gayrimaddi unsurları bulunur. Ticarî işletme bir tür ekonomik bütündür. Maddi unsurlar, tesisat, işletme sermayesi, hammadde, üretilen mal stoğu ve bunlara benzer nitelikteki değerlerdir. Gayrimaddi unsurlar ise, ticaret unvanı, işletme adı, marka, patentler, fikir ve sanat eserleri, sınai modeller ve resimler üzerindeki haklar ve bunlara benzer haklardır. Ticarî işletmeye ilişkin açıklamalar için bkz: ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş Onüçüncü Baskıdan Ondördüncü Tıpkı Basım, Ankara 2010, s. 33; AKER, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012, s. 93 vd.; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s. 32 vd.; KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 23. Bası, Konya 2012, s. 17 vd.; ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün, Ticarî İşletme Hukuku, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009, s. 27 vd.; KAYIHAN, Şaban/ YASAN, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun İle Güncellenmiş Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 55 vd.

işletme, bir girişimcinin ekonomik menfaat elde etmek için emek ve sermaye unsurlarını bağımsız biçimde bir araya getirmesidir. Bir işletmenin ürün kirasına konu olmasıyla bu unsurlardan yararlanma olanağı kiracıya aktarılmış olur. Ancak en önemli unsur dışta kalır ve kiracı, bu unsurun yokluğu halinde diğerlerinden yararlanma olanağını elde edemez. Bu unsur da işletmeyi oluşturan diğer unsurları bir araya getiren ve bunları harekete geçirip etkinlik kazandıran, işletme sahibinin faaliyetidir. İşletmeyi işletme yapan dinamizm, işletme sahibi tarafından kazandırılmıştır, ancak o işletmesini ürün kirasına konu yapmakla kendisi geri çekilmekte ve bundan böyle gerekli faaliyeti göstermesini kiracıdan beklemektedir⁵.

Akla uygun olan işletmeyi yatırım malvarlığı ve döner malvarlığı olarak ikiye bölmek ve sadece yatırım malvarlığını (taşınmazlar, binalar, makineler, teknik donanım, tedavül etmek için değil yatırım amacıyla elde edilmiş kıymetli evrak, iş bağlantıları, fikri haklar marka patent gibi) ürün kirası sözleşmesine konu yapmaktır⁶.

III. Ticarî İşletmenin Müstakbel Kiracı Tarafından Gözden Geçirilmesi Sorunu

Ürün kirası sözleşmesinin akdedilmesi, müstakbel kiracı için çözümü güç bir takım sorunların aşılmasına bağlıdır. Bu bağlamda, kiracının işletmenin kazanç getirmeye elverişliliğini (işletme değerini) kestirebilmeye ihtiyacı vardır. Bu amaçla sözleşmenin akdedilmesinden önce işletmeyi gezebilmeli ve işletme hakkında kesin bilgiler edinebilmelidir.

Müstakbel kiracının işletmeyi gezmeye ve kesin bilgiler edinebilme ihtiyacı, kiraya verenin bir takım haklı beklenti ve isteklerinin karşısında yer alır. Öyle ki, işletme sahibi iş sırlarının, müşteri listesinin ve ticarî defterlerinin gizli kalmasını arzu eder ve kira sözleşmesi kurulmayacaksa bunları müstakbel kiracının bilgisine sunmaktan kaçınır⁷.

Belirtilen bu çıkar çatışmasının çözümü için değişik önerilerde bulunulabilir:

⁵ STROBEL, Lothar, Die Unternehmenspacht Im Deutschen, Französischen Und Italienischen Recht, Diss., Bochum 1972, s. 21; LINDENMEYER, s. 93-94.

⁶ LINDENMEYER, s. 94; AKER, s. 90.

⁷ LINDENMEYER, s.94.

- Müstakbel kiracıya işletme sırları hakkında bilgi edinme olanağı vermeden ve ticarî defterler gösterilmeden önce, taraflar arasında bir niyet mektubu⁸ düzenlenebilir. Ancak söz konusu niyet mektubu işletmesini kiraya vermeyi düşünen kişiye çok büyük bir yarar sağlayacak değildir. Söz gelimi culpa in contrahendoya dayanan bir tazminat talebi için hukukî temel sağlamaz. Böylesine bir niyet mektubunun yararı şu noktadadır: Taraflar niyetlerini açık olarak dile getirmiş olurlar ve hukukî açıdan zorlayıcı olmasa da taraflar arasında bir bağlılık ortaya çıkar.

- İşletme sahibi (müstakbel kiraya veren) her iki tarafın da güvendiği bir kimseyi yetkilendirir ve yetkilendirilen bu kişi ticarî defterler üzerinde inceleme yapar ve işletme sırlarına ulaşır. Güvenilen bu kişi işletme sahibi (müstakbel kiraya veren) tarafından çizilen çerçeve içerisinde edindiği bilgileri müstakbel kiracıya aktarır.

IV. Tarafların İçinde Bulunduğu Hukukî Durum İtibarıyla Ürün Kirası Sözleşmesini Akdetme Yetkisi

1. Gerçek Kişiler

Kiracı veya kiraya veren tarafını, Ticaret Siciline tescil edilmiş bir gerçek kişi tacir oluşturabilir. Adı geçen tacir tam ehliyetliyse bir ehliyet sorunu yaşamaz. Ne var ki, ehliyetle ilgili olası eksikliklerin de ele alınması gerekir.

Kiraya veren gerçek kişi tacir velayet altında ise, ürün kirası sözleşmesi bizzat kanuni temsilci tarafından gerçekleştirilmelidir (TMK. madde 14-15, 342). Velayet hakkına sahip ana-baba çocuğun malvarlığını idare etme hak ve yükümlülüğü altındadır⁹. TMK. madde 352/f.1 uyarınca “*Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler*”. Malları yönetme hakkı, yönetim için gerekli olan tüm hukuki işlemleri yapabilme yetkisi verir. Ana ve baba çocuğa ait malları onun çıkarlarına uygun biçimde

⁸ Niyet mektubu ve hukuki niteliğine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: DİNAR, Refik Cem, Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği Ve Bağlayıcılığı, İstanbul 2008, s. 34 vd.

⁹ DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 346; SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 266 vd.; AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış İkinci Cilt, Yenilenmiş 15. Baskı, İstanbul 2013, s. 420 vd.

özenle değerlendirmelidirler. Çocuğun malvarlığında bulunan bir işletmeyi ürün kirasına vermek de bu yetki çerçevesi içerisinde kalır.

İşletme sahibi vesayet altındaysa, vasi vesayet altındaki kişinin malvarlığı ile ilgili tüm menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü olacağından, işletmenin kiraya verilmesinde vesayet makamının onayı gerekecektir (TMK. madde 403/ f.1)¹⁰.

2. Miras Ortaklığı

Ticarî işletme miras ortaklığı çerçevesinde birden fazla mirasçıya ait olabilir. Böyle durumlarda bütün mirasçılar ürün kirası sözleşmesini birlikte yapmak durumundadırlar¹¹. Meğer ki bir vasiyeti yerine getirme memuru tayin edilmiş olsun. Külli halefiyet ilkesi Türk Medeni Kanunu'nun 599. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar.

Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.” Kanunun aradığı özel koşulların yerine getirilmesine ihtiyaç olmaksızın intikal gerçekleşir. Külli halefiyet ilkesinin meydana getirdiği sonuç uyarınca mirasbırakanın intikale müsait tüm hukuki ilişkileri mirasçılara geçer ve mirasçılar terekeyi oluşturan değerlerin tamamı üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar. Terekeyi meydana getiren unsurlar arasında bir ticarî işletme bulunuyorsa ve bu işletme ürün kirası sözleşmesine konu yapılacaksa, kiraya veren olarak tüm mirasçılar birlikte hareket etmelidirler.

¹⁰ TMK. Madde 403/f.1: “Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür.” Bu konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: AKER, s. 238.

¹¹ Miras ortaklığı, külli halefiyet ve terekeye ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: İNAN, Ali Naim/ ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Yeni Medeni Kanuna – Mevzuattaki Değişikliklere Ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2008, s. 72 vd.; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2012, s. 12 vd.; SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkey, Miras Hukuku, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. 65 vd.; İMRE, Zahir/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Basım, İstanbul 2013, s. 9 vd.; ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 53 vd.; ALTAŞ, s. 147; AKER, s. 265.

3. Kollektif Şirket

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 211. maddesine göre; “*Kollektif şirket ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla, gerçek kişiler arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirinin sorumluluğu şirket alacaklılarına karşı sınırlanmamış olan şirkettir*”. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kollektif şirket ancak bir ticarî işletme işletmek amacıyla kurulur¹².

Ticaret Sicilinden başka türlü sü anlaşılmadıkça, iyiniyetli üçüncü kişiler, bütün ortakların temsil yetkisine sahip olduğunu ve şirketin amacının birlikte getireceği bütün işlemleri (şirket adına) yapabileceğini kabul edebilirler. Türk Ticaret Kanunu'nun 218. maddesinin birinci fıkrasına göre ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme hakkını ve görevini haizdir. Şu halde ortaklardan birisinin şirkete ait ticarî işletmeyi tek başına kiraya vermeye yetkili olup olmadığını açıklığa kavuşturmak gerekir.

Bu noktada konunun geniş olarak yorumladığını hatırlamakta fayda vardır. Şirket amacının beraberinde getirdiği hukukî işlemler, ortaklara yararlı olan veya şirketin uğraşı alanında olağan olarak yapılan işlemlerden ibaret değildir. Aksine, objektif olarak değerlendirildiğinde şirketin amacına; yararlı olabilecek, hiç olmazsa bu amacın dışında kaldığı söylenemeyecek bütün işlemleri, şirketin amacının beraberinde getirdiği işlemlerden saymak gerekir.

Kollektif şirketin temel amacı ticarî işletmeyle ilintilidir. Şöyle ki; bir ticarî işletmenin şirket hesabına işletilmesi şirketin amacına dahildir¹³. Yani şirket bünyesindeki bir ticarî işletmenin ürün kirası sözleşmesine konu yapılması, ilk bakışta şirketin amacı dışında kalan bir işlemdir. Hatta şirket ana sözleşmesinin değiştirilmesini zorunlu kılabilir. Şirketin amacı ana sözleşmeyle belirlendiğine göre, bu sözleşmedeki “amaç” maddesinin ürün kirası sözleşmesi yapılmasına imkan verecek hale getirilmesi gerekebilir¹⁴.

¹² POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, s. 127 (ÇAMOĞLU, (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar olarak adlandırılacaktır); AKER, s. 245 vd.

¹³ ÇAMOĞLU, (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 132; PULAŞLI, Hasan, İkinci Mevzuat Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelik Ve Tebliğlere Ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Hazırlanmış Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 191; BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012, s. 67; ALTAŞ, s. 147.

¹⁴ MEİER-HAYOZ, Arthur/ FORSTMOSER, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern, 2004, s. 46; LINDENMEYER, s. 97; AKER, s. 247; OPPENLÄNDER, Frank,

Bütün bu belirttiklerimizden yola çıkarak, ticarî işletmenin kiralanmasının ortaklardan her birinin temsil yetkisinin dışında kaldığını (olağan bir iş sayılamayacağını) da söyleyebiliriz¹⁵.

Buna karşılık Klingler, ürün kirası sözleşmesi yapmanın şirketin amacı içinde kalan bir işlem olacağını belirtmektedir. Yazarın düşüncesine göre, ürün kirası sözleşmesi yapılması şirketin amacına yabancı değildir, zira bu sözleşmenin yapılmasına rağmen, şirket hukukî bağımsızlığını korumaktadır. Diğer taraftan, ürün kirası sözleşmesi süreli olup, nihaî bir değişiklik getirmeyecektir¹⁶.

Lindenmeyer üç noktada Klingler'in görüşüne karşı çıkmıştır. 1) Ürün kirası sözleşmesiyle birlikte, ticarî işletmeyi işleten konumuna kiracı geçmektedir. Şirketin amacı da, ticarî işletme işletmek olmaktan çıkarak, ticarî işletmeyi kiralamaya dönüşmektedir. 2) Şirketin hukuki bağımsızlığını korumasının "şirketin amacı" kavramıyla uzaktan yakından ilintisi yoktur. 3) Nihayet, geçici süreli bir amaç değişikliğinin şirket sözleşmesinde bir değişiklik anlamına gelmemesi (ki Klingler bunu ima etmektedir) anlaşılmalıdır¹⁷.

Almanya'da, kollektif şirketlerde ortakların temsil yetkisinin kapsamı daha geniştir. Öyle ki, şirket bünyesindeki bir ticarî işletmenin ortaklardan biri tarafından devredilebilmesi bile mümkün görülür. Buna karşılık, şirket bünyesindeki ticarî işletmenin ürün kirasına konu yapılması bakımından ortakların temsil yetkisi kabul edilemez. Zira ticarî işletmenin bir bütün olarak kiralanmasıyla kollektif şirket karakteri ortadan kalkar ve bir adı ortaklık ortaya çıkar. Böyle bir dönüşümü gerçekleştirecek bir işlemi yapmak bakımından ortaklardan birinin temsil yetkisi kabul edilemez¹⁸.

Ne var ki, şirket bünyesindeki pek çok işletmeden sadece bir tanesinin kiraya verilmesi, şirket amacının kapsamında kalan bir işlem olarak kabul edilebilir. Böylelikle ortaklardan birinin temsil yetkisi, bu tür bir işlemi yapmaya imkân verir¹⁹.

Die Unternehmenspacht, Insbesondere Das Verhältnis Von Pächter Und Verpächter Bei Der Verpachtung Eines Unternehmens, Diss., Stuttgart 1974, s. 196; KLEIN-BLENKERS, Friedrich, Das Recht Der Unternehmenspacht, Baden Baden, 2008, s. 135-136.

¹⁵ LINDENMEYER, s. 97; AKER, s. 247; BAHTİYAR, s. 73; PULAŞLI, s. 197.

¹⁶ KLINGLER, s. 46.

¹⁷ LINDENMEYER, s. 97, dpn.17.

¹⁸ STROBEL, s. 32 vd.; LINDENMEYER, s. 97.

¹⁹ LINDENMEYER, s. 98. Karşı görüş için bkz: AKER, s. 247.

4. Komandit Şirket

TTK. Madde 304/f.1'e göre: "*Ticarî bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulan, şirket alacaklılarına karşı ortaklardan bir veya bir kaçının sorumluluğu sınırlandırılmamış ve diğer ortak veya ortakların sorumluluğu belirli bir sermaye ile sınırlandırılmış olan şirketlerdir*". Komandit şirketler pek çok açıdan kollektif şirketlere benzer ve bu tip şirketlerde komandite ortaklar, kollektif şirket ortaklarından farksızken; komanditer ortakların sorumlulukları taahhüt etmiş oldukları sermaye miktarı ile sınırlıdır²⁰.

Bu sebeple komandite ortaklar temsil yetkisine sahip olup, temsil yetkileri bakımından kollektif ortakların temsil yetkisiyle ilgili söylenenlere bakılmalıdır.

5. Anonim Şirket

Anonim şirketler, TTK. madde 329'da tanımlanmıştır. Anonim şirketlerin sermayesi belirli ve paylara bölünmüştür ve bu şirket borçlarından ötürü yalnız malvarlığı ile sorumluluk söz konusudur. Anonim şirketi temsil yetkisine sahip olan yönetici ortakların yetkilerinin kapsamı, kollektif şirketi temsil yetkisine sahip olan ortakların yetkilerinin kapsamıyla örtüşür. Yani, şirket amacının beraberinde getirdiği hukukî işlemleri yapabilirler²¹.

Şirket bünyesindeki işletmelerden biri veya işletmenin tamamı değil de bir bölümü kiralanıyorsa, yapılan işlem genellikle yönetici ortağın temsil yetkisi içerisinde kalır²².

Konuyu açıklığa kavuşturmak için HESS'ten şu alıntı yapılabilir: "*Şirketin ana sözleşmede gösterilen amacını fiilen veya hukuken imkânsız kılan işlemleri yapmak bakımından yöneticiler yetkisizdir. Şirkete ait ticarî işletmenin bir bütün olarak kiralanmasında böyle bir durumla karşılaşırız. Şirke-*

²⁰ Komandit şirketlere ilişkin açıklamalar için bkz: ÇAMOĞLU, (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar, s. 187 vd.; PULAŞLI, s. 213 vd.; BAHTİYAR, s. 85 vd.

²¹ Anonim şirketlerde temsil yetkisine ilişkin açıklamalar için bkz: ÇAMOĞLU, (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar, s. 273 vd.; BAHTİYAR, s. 177; PULAŞLI, s. 430 vd.; TEKİNALP, Ünal., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler Ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul 2013, s. 223 vd.; ALTAŞ, s. 149; AKER, s. 252.

²² LINDENMEYER, s. 98. Karşı görüş için bkz: AKER, 254.

*tin kira geliri elde etmesinin amacı bakımından yeterli olduğu da söylene-
mez. Şirkete ait ticarî işletmenin bizzat şirket tarafından işletilip kazanç elde
edilmesiyle, bu işletmenin kiracıya bırakılıp kira geliri elde edilmesi arasın-
da büyük fark vardır”²³.*

Şirkete ait ticarî işletmenin bir bütün olarak kiraya verilmesinin yönetici ortakların temsil yetkisi içerisinde kalması tek bir halde düşünülebilir: Şirketin ana sözleşmesindeki amaç maddesinde, kiraya verilen ticarî işletmenin işletilmesi dışında da amaçlar yer alıyorsa. Bir başka deyişle, birden fazla amaç söz konusu olup da, ticarî işletmenin kiraya verilmesi bu amaçlardan sadece bir tanesinin ortadan kalkmasına yol açmışsa²⁴.

Şirketin ana sözleşmesindeki amaç maddesinin değiştirilmesi yoluyla işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi yapılması mümkün hâle getirilebilir²⁵. TTK. madde 421/f. 1 uyarınca; aksine hüküm bulunmuyorsa, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda toplantıda mevcut olan oyların çoğunluğu ile esas sözleşmeyi değiştiren kararlar alınır. Ancak şirketin işletme konusu tamamen değiştirilecekse, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin oyu gerekir.

BGE 100 II 391’de yer alan bir İsviçre Federal Mahkemesi Kararında, anonim şirketin amacı dışında kalan bir işlemi onaylamaya genel kurulun yetkili olduğu belirtilmektedir. Ancak bu karar öğretilerde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerde, şirketin amacı dışında kalan bir işlemin geçerli olarak yapılabilmesi için, öncelikle ana sözleşmenin amaca ilişkin maddesinde değişiklik yapılması gerektiğinin altı çizilmiştir. Söz gelimi, yapılacak işlemin hüküm doğuracağı süre şirketin amacına aykırı düşüyorsa, öncelikle ana sözleşmede değişiklik yapılarak şirket amacının bu tür bir sözleşmeyi kapsar hâle getirilmesi gerekir. Bundan başka, amaç dışında kalan işlem yapıldıktan sonra şirketin ana sözleşmesinin amaç hükmünde değişiklik yapılırsa, bu yapılan işleme icazet verilmesi anlamına gelir²⁶.

²³ HESS, André, Der Umfang Der Vertretungsmacht Der Verwaltung Der Aktiengesellschaft: Rechtsvergleichend Und Unter Berücksichtigung Der Vertretungsmacht Bei Andern Handelsgesellschaften, Diss., Zürich 1937, s. 21; LINDENMEYER, s. 98; AKER, s. 257; OPPENLÄNDER, s. 167 vd.; KLEIN – BLENKERS, s. 133 – 134.

²⁴ LINDENMEYER, s. 95.

²⁵ LINDENMEYER, s. 99; AKER, s. 254.

²⁶ LINDENMEYER, s. 99.

V. İşletmeye İlişkin Ürün Kirası Sözleşmesinin Şekli

Ürün kirası sözleşmesi geçerlilik şekline tâbi değildir. Yazılı olarak envanter düzenlenmesini kabul yükümlülüğü, bir geçerlilik şekli değildir. Nitekim bu yükümlülük ürün kirası sözleşmesi kurulduktan sonra söz konusu olur. Bir geçerlilik şekli olarak adi yazılı şekil aranmasa da, ilişkinin karmaşıklığı ve kapsamını açıklığa kavuşturma çabası, çok defa, sözleşmenin yazılı olarak yapılmasını beraberinde getirecektir²⁷.

Ticarî işletme kapsamında taşınmazlar da yer alıyorsa ve ürün kirası sözleşmesi bu taşınmazları da içeriyorsa, sözleşme tapu siciline şerh verilebilir. Şerhin yapılabilmesi için de sözleşmenin yazılı şekilde yapılması kaçınılmaz olur (TBK. m. 312). Zira tapu siciline egemen “meşruiyet” (sebebe bağıllık) ilkesi yapılan kayıtların temelinde yer alan hukuki işlemlerin belgelenmesini gerektirir²⁸.

Ticarî işletme taşınmazları kapsıyorsa, kiracıya işletme üzerinde önalım hakkının tanınması yazılı şekle uyulmasını gerektirir. Bu olasılıkta işletme üzerinde alım hakkı tanınacaksa, resmi şekle uyulması gerekir. Alım ve ön alım hakları tapuya şerh edilebilir.

Ticarî işletmeye marka, patent, fikri haklar dahilse, bu işletmenin ürün kirasına konu edilmesi durumunda ilgili mevzuatın öngördüğü şekil şartları da karşılanmalıdır.

VI. Ürün Kirasının Ticaret Sicilindeki Durumu

2.2.1957 Bakanlar Kurulu Kararı Tarihli ve 8.2.1957 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olan Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 83. Maddesi, ticarî iş-

²⁷ ALTAŞ, s. 153; AKER, s. 279; CANSSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku Ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara 1953, s. 42; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş Ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2012, s. 316; TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kira Ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt: I/2, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989, s. 4.

²⁸ LİNDENMEYER, s. 99; ALTAŞ, s. 154; SİRMEN, Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 136; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2012, s. 136; ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012, s. 303; AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012, s. 163; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2012, s. 93.

letmelerin devrini düzenler. Bu hükümde devirden bahsedilmekle beraber, aynı hükmün ürün kirası sözleşmesi yoluyla gerçekleşecek devirleri de kapsadığı düşünülmelidir²⁹. Ancak unutulmamalıdır ki ticarî işletme kirası, Türk Ticaret Kanunu açısından tescili zorunlu bir hukuki ilişki değildir.

Bir ürün kirası ilişkisinde, kiraya veren ve kiracı ticaret siciline kayıtlı bir tacir olabilir. Bir başka deyişle, ticarî işletmeyi konu alan ürün kirası ilişkisinde, kiracı ve kiraya veren tarafın ticaret siciline kayıtlı olmaları durumu karşılaşılabılır. Bu olasılıkta, ürün kirası ilişkisine ticaret siciline işaret edilmesi gerekecek midir? Böyle bir zorunluluk yoktur ve bu zorunluluk işletme adı ve ticaret unvanına ilişkin genel ilkelerden de çıkarılamaz. Yani, bir kimsenin ürün kirası ilişkisinin tarafı olduğu ticaret sicilinden ancak dolaylı olarak çıkarılabilir³⁰. Böyle bir çıkarımın yapılabilmesi için de, işletme amacı veya ticaret unvanında ürün kirası ilişkisine yollama yapılmış olması gerekir. Gerçekten de bu tip bir zorunluluk olmamakla birlikte, ürün kirası ilişkisine yollama yapılmasını engelleyen bir durum da kuşkusuz yoktur³¹.

Yukarıdaki açıklamalar, İsviçre-Türk Hukuku bakımından önemli bir riskin mevcudiyetini de göstermektedir. Üçüncü bir kişi, ticaret sicilini büyük bir özenle incelemesine rağmen, ticarî işletme kiracısını işletmenin sahibi zannedebilir. Ticarî işletme bünyesinde bulunan taşınmazın tapu sicilindeki sayfasını incelemek de bu konuda bir yarar sağlamayacaktır. Böyle bir inceleme, olsa olsa, malikin kim olduğunun tespitine olanak verebilir. Çok sınırlı olasılıklarda tapu sicilinde mevcut bir şerhten, taşınmazın bir ticarî işletmenin bünyesinde yer aldığı, bu ticarî işletmenin ürün kirası sözleşmesine konu olduğu ve kiracının kimliği anlaşılabilir³².

§ 2. Ticarî İşletme Kirasının İşletme Unsurları Üzerindeki Etkileri

I. Ürün Kirasının Tacir Sifatına Etkisi

Bir ticarî işletmeyi kendi adına işleten ve ticaret siciline kayıtlı olan tacir, söz konusu ticarî işletmeyi kendisi işletmeyi bırakıp kiraya verdiği takdirde, tacir sıfatını koruyacak mıdır? Bir başka deyişle, ticaret sicilinde ka-

²⁹ AKER, s. 308.

³⁰ ALTAŞ, s. 158; AKER, s. 312, 315.

³¹ LINDENMEYER, s.100.

³² LINDENMEYER, s. 100; AKER, s. 307.

yıtlı olarak kalması gerekecek midir? Yoksa, bundan böyle adını ticaret sicilinden terkin ettirmesi mi gerekecektir?

Ticarî işletmeyi işleten bir tüzel kişi tacir olsaydı, ticarî işletmeyi başkasına kiralamış olsa bile, hukukî varlığını sürdürdüğü müddetçe ticaret sicilinde kayıtlı kalmaya devam etmesi gerekecekti³³. Ürün kirası sözleşmesi ile taraflar arasında geçici bir zaman dilimi için sürekli bir borç ilişkisi kurulur ve kiraya veren işletmeyi tamamıyla ve nihai olarak devretme arzusunda değildir. Bu durumda kiraya veren ticarî işletmesi ile ilişkisini tamamen koparmaz. Kısacası işletmeyi işleten tüzel kişi tacir, kiraya veren konumuna geçtiğinde de, tacir sıfatını muhafaza edecektir³⁴.

Ürün kirası sözleşmesiyle ticarî işletmeyi işletmeye başlamış olan kiracının konumu ayrıca ele alınmalıdır. Gerçekten de kiracının ticaret siciline tacir olarak tescil edilme hakkı, hatta yükümlülüğünden söz edilebilecek midir?

Bu soruya cevap verilebilmesi, aşağıda sözü geçen sorunlar bakımından bir tavır alınmasını gerektirecektir:

- Ticaret siciline tacir olarak tescil edilme yükümü altında olan kişi, aynı zamanda ticarî defter tutma yükümü altındadır.
- Ticarî defter tutma yükümünün vergi hukuku bakımından beraberinde getireceği çeşitli sonuçlar vardır.
- Ticaret siciline tacir olarak tescil edilmiş olan kişi (sadece tescil zorunluluğu altında olan kişi değil) iflâsı yürütme konumundadır.
- Ticaret sicilinde tacir olarak tescil edilmiş olan kişi, ticaret unvanının yüksek derecede korunmasından yararlanacaktır³⁵.

Konuyu ticarî işletmeyi kiraya veren ve kiralayan (kiracı) açısından ayrı ayrı inceleyelim:

1. Kiraya Veren Açısından

Her kim bir ticarî işletmeyi kendi için işletirse, yerleşim yerinde bulunan ticaret siciline ticaret unvanını tescil ettirmelidir³⁶ (TTK. madde 12/f.2).

³³ LİNDENMEYER, s. 100; ARKAN, s. 33; KAYIHAN/ YASAN, s. 57, ÜLGEN/TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 178; KARAHAN, s. 38.

³⁴ AKER, s. 291.

³⁵ Bu sorunlar bakımından bkz. MEİER-HAYOZ/FORSTMOSER, s. 135.

³⁶ ARKAN, s. 23; KAYIHAN/ YASAN, s. 58; POROY/ YASAMAN, s. 217.

Ticarî işletmeyi kiraya veren kişi, bu işletmeyi kendi için işleten konumunda değildir. Ticarî işletmenin işletilmesi kiracı hesabına gerçekleşmektedir. Ne var ki işletmeyi kiraya verme faaliyeti, başlı başına bir ticarî işletme faaliyeti olarak görülebilir³⁷.

Böylelikle ticarî işletmesini kiraya vererek kira geliri elde eden kişi, “ticarî surette işletilen bir diğer (ticarethane ve fabrika dışında) müessese sahibi” sayılabilir.

Gerçekten de ticarî işletme kendi içinde sınıflanmakta ve “ticarethane”, “fabrika” ve “ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler” olarak bölünmektedir. Bir fabrika veya ticarethane sahibi, bu fabrika veya ticarethaneyi kiralarsa, artık bunları işleten kişi olmaktan çıkar³⁸.

Fabrika veya ticarethane bu olasılıkta kiracı hesabına işletilmektedir. Ancak, kiraya veren “ticarî surette işletilen bir diğer müessese sahibi” olarak kabul edilebilir. Fabrika veya ticarethane olmayan, ticarî muhasebeyi gerektiren ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşan her ticarî faaliyet, “ticarî surette işletilen bir diğer müessese faaliyeti” sayılabilir. Ne var ki bir Federal Mahkeme İçtihadında, bir kimsenin kendi malvarlığını yönetmesi, malvarlığı çok geniş kapsamlı olsa ve ticarî ilkelere uygun olarak yönetilse bile, ticarî surette işletilen bir diğer müessese faaliyeti olarak görülmemektedir³⁹.

Lindenmeyer'e göre, yukarıda açıklanan gerekçelerle, ticarî işletmesini kiraya veren tacir ticaret sicilinde tescil edilmiş olarak kalır. Zira o ticarî işletmenin bir türü olan ticarî şekilde işletilen bir diğer müessese sahibi sayılabilir⁴⁰.

2. Kiracı Açısından

Aşağıdaki açıklamalar, kira sözleşmesi kurulmadan önceki aşamada kiraya verenin tescil ile yükümlü bir tacir olması olasılığını kapsamaktadır.

Kiracının durumunun bir işletme faaliyeti olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine bakılmalıdır. Böyle bir faaliyet üç unsuru içermektedir:

- Bağımsızlık

³⁷ LINDENMEYER, s. 102.

³⁸ ALTAŞ, s. 158.

³⁹ LINDENMEYER, s. 102; BGE 70 I 260; BGE 79 I 60.

⁴⁰ LINDENMEYER, s. 102.

- Sürekli olarak kazanç elde etmeğe yönelmiş olma,
- Ekonomik faaliyet.

Kiracının faaliyeti “bağımsız” olarak nitelenebilir. O, herhangi bir işvere-
rene bağlı olarak çalışmayıp, kendi hesabına iş görmektedir. Kiracının faali-
yeti bağımsızlık dışındaki unsurları da gerçekleştiriyorsa, ki kural olarak
öyledir, tacir olarak tescil edilmesi gerekli olacaktır⁴¹.

II. Ürün Kirası Sözleşmesinin Ticaret Unvanı Üzerindeki Etkileri

1. Kiraya Veren Ticaret Unvanı Bakımından

Bir ticarî işletmenin ürün kirasına verilmesi, kiraya veren ticaret un-
vanının ticaret sicilinden terkin edilmesine yol açabilir⁴². Ürün kirası söz-
leşmesiyle birlikte kiraya veren ticaret siciline tescil edilebilir bir kişi olmak-
tan çıkıyorsa, böyle bir sonuç gerçekleşecektir. Ürün kirası sözleşmesi, kira-
ya vereni tescil zorunluluğu altında bulunmaktan çıkarmasına rağmen tescil
edilebilir (tescile muktedir) bir kişi olmaktan çıkarmamışsa, terkin ancak
talep üzerine (kiraya verenin talebi üzerine) gerçekleşir.

Kiraya veren, ticarî işletmesi ticaret siciline tescil edilmiş olarak kalı-
yorsa, iki olasılıkta ticaret unvanını değiştirme yükümlülüğü altındadır.

a) Ticaret unvanının bazı unsurları ürün kirası sözleşmesi yüzünden
gerçeğe aykırı hâle gelmişse, bu unsurların ticaret unvanından kaldırılması
gerekir.

b) Kiracı, kiraya verenin o güne kadar kullana geldiği ticaret unvanını
da devralmışsa, kiraya veren bundan böyle bu unvanı kullanamaz ve değiş-
tirmek zorunda kalır⁴³.

Yukarıdaki ilk olasılığa şöyle bir örnek verilebilir: “SİGMA Saat – Ya-
pım Anonim Şirketi” şeklindeki ticaret unvanı, söz konusu şirket fabrika
işletmesini bütünüyle kiraya verdiği zaman değiştirilmelidir. Zira fabrika
işletmesinin bütün olarak kiralanması olasılığında şirketin saat üretimiyle
uğraşması mümkün değildir ve unvanın değişmeden kalması yanıltıcı ola-
caktır. Ne var ki, İsviçre uygulamasında bu konuda gevşek davranıldığı göz-

⁴¹ AKER, s. 158; ALTAŞ, s. 160.

⁴² ALTAŞ, s. 159; AKER, s. 300.

⁴³ AKER, s. 302.

lemlemektedir. Örneğin “ E. Müller Otel İşletmesi” biçimindeki ticaret unvanının, otelin kiralanması olasılığında değişmesine gerek olmadığı düşünülmüştür. Çünkü böyle bir değişiklik yapılırsa, kiraya verenin oteli tekrar kendisinin işletmeye başlaması durumunda ticaret unvanını yeniden değiştirmesi gerekecektir⁴⁴.

İkinci olasılık açısından da şöyle bir örnek kurgulanabilir: A. Berger isimli gerçek kişi ticarî işletmesini W. Müller isimli birisine kiralyor. Kiracı, söz konusu ticarî işletmeyi şu şekilde bir ticaret unvanı kullanarak işletiyor: “A. Berger, sahibi W. Müller”. Bu olasılıkta A. Berger ticaret unvanını bir ilâve yaparak kullanmak durumundadır. Örneğin ticaret unvanını şu şekle dönüştürebilir: “A. Berger, kiraya veren”⁴⁵.

2. Kiracı Açısından

Ticarî işletmenin müşteri çevresini bir arada tutan genellikle ticaret unvanıdır. Bu nedenle, kiracı, olayların büyük çoğunluğunda, ticaret unvanını devralıp kullanmakla ilgilidir.

İsviçre Hukuku kiracının ticaret unvanının biçimlendirilmesiyle ilgili özel bir kural içermez. Art.953 OR bir işletmenin devri hâlinde ticaret unvanının biçimlendirilmesini düzenlemektedir. Ancak bu düzenleme, ticarî işletmenin kiralanması değil, el değiştirmesi (işletme sahibinin değişmesi) olasılığı içindir.

Hükmün uygulama alanının bu şekilde sınırlanması için makul bir sebep düşünülemez. Ticaret unvanının gerçekliği ve aldatıcı olmaması ilkeleri, ticarî işletmenin el değiştirmesi durumunda rafa kaldırılabilir. Gerçekten de bu olasılıkta işletmeyi devralanın işletmenin eski sahibinin kullandığı ticaret unvanını kullanmasına göz yumulmuştur. Aynı olanak, ticarî işletmenin kiralanmasında kiracıya da tanınmalıdır. Zira o da ticarî işletmenin sahibinin kullandığı (ve müşteri çevresini bir arada tutan) unvanı aynen kullanmakta (devam ettirmekte) menfaat sahibidir. Nitekim ticarî işletme sahibiyle (ticarî işletmeyi o ana kadar işleten kişiyle) hukukî ilişki içerisinde bulunmaktadır⁴⁶.

⁴⁴ LINDENMEYER, s. 103.

⁴⁵ LINDENMEYER, s. 103-104.

⁴⁶ Konuya ilişkin olarak bkz: KLINGLER, s. 72; LINDENMEYER, s. 103, AKER, s. 306 vd.

Kiracının ticaret unvanının oluşturulmasına ilişkin olarak şu örnekler üzerinde durabiliriz:

a) Kiracının Gerçek Kişi Tacir Olduğu Olasılık:

Gerçek kişi tacire ait bir ticarî işletme ürün kirası sözleşmesine konu yapılıyorsa (Bu gerçek kişinin adının da A.Berger olduğu düşünülün):

aa) Kiracının Ticaret Unvanı:

“ A.Berger İşletme Sahibi, W.Müller”

“A.Berger’in hukukî halefi W.Müller”

“A.Berger’in kiracısı W.Müller”

İlk örnekte işletme sahibi tabiri hukukî halefiyet ilişkisini açıkça göstermektedir. Bu unvan, işletmenin (daha doğrusu işletmeye ilişkin unsurların) gerçek mülkiyet durumunu göstermeye muktedir değildir. İşletme sahibi tâbiri teknik anlamıyla mülkiyeti ifade etmek için değil, kiracı W.Müller’le kiraya veren A.Berger arasındaki hukukî halefiyet ilişkisini vurgulamak amacıyla kullanılmıştır. Unvanda A.Berger’in işletme sahibi niteliğinden söz edilmeyip W.Müller’in kiracı olduğundan söz edilseydi de aynı işlev gerçekleşmiş ve hukukî halefiyet ilişkisi vurgulanmış olurdu⁴⁷.

Yukarıdaki ikinci örnek ise LİNDENMEYER’in fikrinde yeterince açık değildir. W.Müller’in hukukî halef olduğundan söz edilmesi hukukî durumunu yeterli açıklıkta göstermemektedir. O kiracı sıfatıyla hareket ediyor olabileceği gibi işletmeyi devralmış bir kişi sıfatıyla da hareket edebilir⁴⁸.

b) Ticarî işletmeyi kiraya veren tüzel kişiliği olmayan bir şirkette (bu durumu da Berger ve ortakları diye ifade edebiliriz) durum şöyledir:

“ W.Müller, Berger ve ortaklarının kiracısı”

“W.Müller, Berger ve ortaklarını takiben”

“Berger ve ortakları, kiracıları W.Müller”

c) Berger anonim şirketine ait bir ticarî işletme kiralanmışsa durum şöyledir:

“Berger Anonim Şirketi, kiracısı W.Müller”

⁴⁷ LİNDENMEYER, s. 104, dpn.47.

⁴⁸ LİNDENMEYER, s. 104, dpn. 48.

“W.Müller, Berger A.Ş’ni takiben”

“W.Müller, Berger A.Ş’nin kiracısı”

d) Kiracı tüzel kişiliği olmayan bir şirkete yukarıda a) ‘daki çeşitlemelerin benzerleri söz konusu olabilir.

e) Kiracı bir anonim şirkete

Bir anonim şirket, gerçek kişi tacir olan A.Berger’e ait bir ticarî işletmeyi kiralıyorsa a) altında zikredilen çeşitlemeler burada da söz konusu olabilir. İlave olarak anonim şirketin o ana kadar kullandığı ticaret unvanının “Berger A.Ş” olarak değiştirilmesi de düşünülebilir. Bir başka deyişle, anonim şirket Berger ismini kendi ticaret unvanının bir parçası olarak kabul edebilir. Yeter ki kullanılan ismin kiralanan ticarî işletmeyle gerçek bir hukukî bağlantısı mevcut olsun. Yani kiralanan işletmeyle gerçek bir bağlantısı olmayan bir isim, işletmeyi kiraya veren anonim şirketin unvanının bir parçası haline getirilemez⁴⁹.

Şu halde kiracının “Berger A.Ş” unvanını kullanması mümkündür, zira Berger kiralanan ticarî işletmenin sahibidir ve işletmeyle arasında gerçek bir hukukî ilişki vardır. Ne var ki, LINDENMEYER, ticaret unvanının aldatıcı olmaması gereğine aykırılık olabileceğini düşünmektedir. Çünkü böyle bir unvan, gerçek kişi Berger’in kendisine ait bir ticarî işletmeyi bir anonim şirkete sermaye olarak getirdiğini ve anonim şirketin büyük ortağı ve yöneticisi olarak işletmeyi yönetmeye devam ettiğini göstermektedir⁵⁰.

Anonim şirket, tüzel kişiliği olmayan Berger ve ortaklarına ait bir ticarî işletmeyi kiralamışsa a) altındaki çeşitlemelere paralel olarak düşünülebilir. Burada ayrıca “Berger ve ortakları Anonim Şirketi” tarzında bir unvan da düşünülebilir. Ancak, LINDENMEYER yukarıda belirtilen gerekçelerle (“Berger A.Ş” unvanının oluşturulmasına karşı olarak ileri sürdüğü gerekçelerle) buna da karşı çıkmaktadır⁵¹.

Bir anonim şirket Berger A.Ş’ne ait bir ticarî işletmeyi kiralıyorsa, yine a) ‘daki çeşitlemelerin benzerleri akla gelebilir. Burada da “Berger A.Ş” tarzında bir ticaret unvanının kullanılması (aslında daha önceki unvanın aynen devam ettirilmesi düşünülebilir). Tabi kiracı şirketin bu unvanı kullanabil-

⁴⁹ LINDENMEYER, s. 105.

⁵⁰ LINDENMEYER, s. 105.

⁵¹ LINDENMEYER, s. 106.

mesi (mevcut unvanı kullanmaya devam edebilmesi) için kendi ana sözleşmesinde değişiklik yapması gerekecektir.

Yukarıda ele alınan bütün olasılıklarda, “ticaret unvanının devrinde, eski ticaret unvanı değiştirilmemeli veya kısaltılmamalıdır” ilkesine uygun hareket edilmelidir. Hukukî halefiyeti gösteren ekler yapılması gerekliliği de ayrıca vurgulanmalıdır (OR Art. 953 II)⁵².

III. Ürün Kirası Sözleşmesi Neticesinde Sözleşme Tarafları Nezdinde Gerçekleşmiş Amaç Değişikliği

Ticaret siciline tescil edilmiş bir işletmenin “kişisel durumuna”, o işletmenin “amacı” ve “amaca erişmek için yürütülecek uğraşı konuları” girmektedir. Bu hususlar, hem ticarî işletmeyi işleten şirketin ortakları hem de üçüncü kişiler bakımından son derece önemlidir.

Bir şirketin amacı olarak “işletme faaliyeti” tescil edilmişse, bu faaliyeti şirketin kendi hesabına yürüteceği anlamı çıkar. Yoksa o şirketin işletmesini ürün kirası sözleşmesine konu yapıp kendi hesabına işletmekten vazgeçebileceği anlamı çıkarılamaz. Şu halde, bir şirket ticarî işletmesini bir bütün olarak (kendisi işletme faaliyetini kendi hesabına yürütmekten çıkacak şekilde) kiralarsa, ana sözleşmesinde buna uygun bir değişiklik yapmak durumundadır. Bu değişiklik ana sözleşmedeki işletme konusu maddesini yeni duruma uyduracaktır⁵³.

Şirketin kendi hesabına işlettiği işletmenin kiraya verilmesi ve ortaklığın kiraya veren sıfatına bürünmesi, ortaklar için önemli bir amaç değişikliği yaratır. Böylesine bir değişiklik ortakların kazanç elde etmesi şansında değişiklik yaratabilecektir.

Kiracı konumundaki işletmenin ana sözleşmede belirtilen amacı “işletme faaliyetinde bulunmak” olarak karşımıza çıkıyorsa yapılan kira sözleşmesi ortaklığın amacıyla çelişmez. Diğer taraftan, kira konusu işletmenin uğraşı alanıyla kiracı şirketin ana sözleşmesinde belirtilen uğraşı alanları arasında da paralellik kurulabilmelidir⁵⁴.

⁵² Ticaret unvanı, işletme ile birlikte devredildiğinde devralan mevcut unvanı sorumluluk potansiyeline ilişkin bir aykırılık yoksa aynen kullanabilecektir.

⁵³ LINDENMEYER, s. 106-107; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s. 39; AKER, s. 255; KLINGLER, s. 48; OPPENLÄNDER, s. 202.

⁵⁴ LINDENMEYER, s. 107.

IV. Ürün Kirası Sözleşmesi Çerçevesinde Fikrî Hakların Durumu

1. Patentler

Patentler bir taraftan sahibine bir buluş üstünde ekonomik yararlanma ve başkalarının yararlanmasını engelleme yetkilerini sağlayan haklardır; diğer yandan bu hakkı ispata yarayan kamusal nitelikteki belgelerdir⁵⁵. Kiraya veren bir patent hakkına sahipse ve bunun kullanımını kiracıya bırakacaksa, ürün kirası ilişkisi çerçevesinde kiracıyla bir patent lisansı sözleşmesi yapacaktır⁵⁶.

5846 Sayılı FSEK madde 52 uyarınca mali haklara ilişkin sözleşme ve tasarruflar yazılı gerçekleştirilmelidir ve bunlara konu olan haklar ayrı ayrı gösterilmelidir. Patent, faydalı model, marka ve endüstriyel tasarımlara ilişkin lisans sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmalıdır. 551 Sayılı Patent KHK.'da lisans sözleşmesinin şekli konusunda yazılılık şartı vardır ve bu geçerliliğe ilişkin bir şarttır (madde 86/f.2)⁵⁷. Bir ticarî işletme kirası sözleşmesi ile kiracıya mali haklara ilişkin lisans tanınacak ise, ürün kirası sözleşmesine eklenen lisans sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olması ve içerdiği hakları tek tek göstermesi zorunludur.

Kiraya verenin patent konusu buluşları söz konusuysa bunların kullanımını konu alan bir patent lisansı sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyle verilen lisansı patent siciline tescil ettirmek akıllıca olacaktır⁵⁸.

2. Markalar

İsviçre Hukukunda marka lisansı sözleşmesi bir geçerlilik şekline tâbi değildir. Türk Hukukunda 556 Sayılı Marka KHK.'nin 15. maddesine göre tescilli bir marka başkasına devredilebilir, kullanma hakkı lisans sözleşmesine konu edilebilir. Tescilli bir marka üzerindeki işlemler yazılı şekle tâbidir.

⁵⁵ ALTAŞ, s. 161; NOYAN, Erdal, Patent Hukuku, Genişletilmiş Ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2011, s. 203 vd.; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Ankara 2009, s. 37; KILIÇOĞLU, Ahmet, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s. 5 vd.

⁵⁶ AKER, s. 282.

⁵⁷ Bkz: OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri Ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 67.

⁵⁸ PEDRAZZİNİ, s. 608; LINDENMEYER, s. 107; ALTAŞ, s. 162.

Ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinde, işletme bünyesindeki marka hakkının kullanımının terk edilmesi de söz konusu olabilecektir⁵⁹.

Bu arada, ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesinin İsv.Mark. H.K. m.11 (Bundesgesetz Über Den Schutz Von Marken Und Herkunftsangaben Vom 28 August 1992 (Stand Am 1. Juli 2011), anlamında marka devrine yol açacağı savunulan yazarlar da vardır. Gerçekten de ürün kirası sözleşmesinin marka hakkının devredilmiş sayılması için yeterli olduğu söylenebilir⁶⁰. Ne var ki, ticarî işletmenin devri, her zaman için markanın da devrini beraberinde getirmez. Burada 556 Sayılı KHK.'nin 20. maddesi uyarınca marka üzerinde kiracıya lisans hakkı tanınması, yani marka lisans sözleşmesi yapılması yeterli gelebilecektir⁶¹. Marka lisans sözleşmesinin geçerliliği yazılı yapılmasına bağlıdır. Bu yüzden kiracıya devredilecek işletme unsurları içinde tescilli marka varsa, ticarî işletmeye ilişkin ürün kirası sözleşmesi de yazılı yapılmalıdır.

Unutulmamalıdır ki marka hakkının sahibi olarak marka sicilinde görünmesi gereken kişi ticarî işletmenin sahibidir. Yoksa marka hakkı sahibi olarak ticarî işletme tescil edilmeyecektir⁶². Ticari işletmenin ürün kirası sözleşmesine konu yapılmasının, o işletme tarafından üretilen ürünlere ilişkin markanın devrine ilişkin bir karine yarattığından söz edilebilir⁶³.

Marka lisans sözleşmesinin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için Marka Siciline kaydedilmesi şarttır (556 Sayılı KHK. 21/ X). Ürün kiracısı bakımından marka sicilinde tescile ilişkin olarak yapılacak başvuru, sadece, markanın yeni sahibi olarak tescil edilmesi hakkında olabilir. Ürün kiracısı, markanın yeni sahibi olarak tescil edilirken kiraya verenin adı da sicilden terkin edilecektir.

Marka hakkı ihlâlinden doğan taleplerin ürün kiracısına devrine ilişkin bir anlaşmanın yapılması (hatta henüz bu tip talepler doğmadan önce) bazı yazarlarca mümkün görülmüştür⁶⁴.

⁵⁹ PEDRAZZİNİ, s. 633-635; LINDENMEYER, s. 108.

⁶⁰ Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; "*Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur*".

⁶¹ Bizim de katıldığımız görüşü savunan yazar için bkz: AKER, s. 283.

⁶² KLINGLER, s. 57 vd.; LINDENMEYER, s. 108.

⁶³ KLINGLER, s. 57; LINDENMEYER, s. 108; ALTAŞ, s. 162.

⁶⁴ MATTER, s. 96; LINDENMEYER, s. 108.

Bizde böyle olacağı şüphelidir. Bir mutlak hak olarak marka hakkını koruyan taleplerin, marka hakkından ayrıştırılarak devrine bizde imkân verilmeyebilir. Mülkiyet hakkı ihlâlinden doğan istihkak talebinin mülkiyet hakkından ayrıştırılarak devrine olanak tanınmaması gibi⁶⁵. Ancak marka hakkı ihlâlinden doğan tazminat alacaklarının devri pekâlâ mümkündür⁶⁶.

3. Örnek ve Modeller

Örnek ve modellerle ilgili İsviçre Kanunu'na göre, bunlar üzerindeki haklar lisans sözleşmesine konu olabilir⁶⁷. Ticarî işletme kiraya verildiğinde, işletmenin sahip olduğu örnek ve modeller kural olarak kiracıya devredilir⁶⁸.

Bu tür sözleşmeler, iyiniyetli üçüncü kişiler karşısında korunma sağlanabilmesi için ilgili sicile tescil edilebilir.

4. Döner Malvarlığının Durumu

Döner malvarlığının ekonomik özgülenme amacı, tüketilmesi veya devredilmesidir. Şu halde bunların kullanılmasının ürün kiracısına devredilmesi, ekonomik özgülenme amaçlarına aykırı düşecektir⁶⁹. Döner malvarlığı kapsamına ekonomik ömrü kısa demirbaşlar, hammaddeler ve üretilip satılmayı bekleyen mallar girer.

Döner malvarlığının durumunun ürün kirası sözleşmesi bağlamında ne olacağına ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi gereklidir.

⁶⁵ Bkz: OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 284; BGE 132 III 155; TEKİNAY, Selâhattin S./ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, C.I Zilyedlik – Tapu Sicili – Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 487; SİRMEN, s. 275; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 42. Gerçekten de istihkak davası açma hakkı mülkiyetten bağımsız olarak devredilemez.

⁶⁶ Alacağın devrine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt – 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013, s. 543 vd.; EREN, Fikret, 6098 Sayılı TBK.'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 1224 vd.; TEKİNAY, Selâhattin S./ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 240 vd.; REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, s. 462 vd.

⁶⁷ KLINGLER, s. 57 vd.

⁶⁸ ALTAŞ, s. 163.

⁶⁹ KLINGLER, s.53 vd.

Bu konuda en basit ve en açık çözüm şu olacaktır: Döner malvarlığını oluşturan mallar piyasa fiyatı üzerinden ürün kiracısına geçmiş sayılacaktır. Buna karşılık kiraya verenin de bir yükümlülüğü olacaktır. O (kiraya veren), ürün kirası sözleşmesinin sona erdiği sıradaki döner malvarlığını, o günkü piyasa fiyatı üzerinden geri almaya mecbur olacaktır. Kiraya verenin bu yükümlülüğü, miktar açısından sınırlanabilir⁷⁰.

Bu konuda düzensiz intifa hakkına ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması düşünülebilir⁷¹. Taraflar satış bedelinin (daha doğrusu döner malvarlığının devir bedelinin) ne şekilde ödeneceğine ilişkin farklı düzenlemeler getirebilirler. Örnek olarak, döner malvarlığının ürün kirası sözleşmesinin sona erdiği andaki değer farkını bir defada nakit ödemeye karşılama kararıyla kararlaştırabilirler. Bu kural TBK. madde 359'daki (OR Art.276'daki) düzenlemeye paralel olacaktır⁷². Bu hükmün ispat avantajı sağlayacak yönde uygulanmasını amaca uygun bulanlar vardır⁷³. Ancak aynı yazarlara göre, bu hükmün döner malvarlığının hukukî kaderinin belirlenmesi için uygulanması amaca uygun değildir. Hele hele ürün kirası sözleşmesinin konusunu tüketilebilir eşyanın oluşturabileceğinin bu hükümden yola çıkarak söylenmesi hiç yerinde olmayacaktır.

5. Yatırım Malvarlığının Durumu

TBK. madde 359, ürün kirası sözleşmesinin taraflarını, ürün kirasına konu olan malları bir tutanağa geçirmek ve her birince imzalanmış tutanak suretini diğerine vermekle yükümlü kılmıştır. Üstelik tutanağa geçirilen malların değerlerinin takdir edilmesi de söz konusu olabilecektir⁷⁴.

⁷⁰ LİNDENMEYER, s. 109; ALTAŞ, s. 163; AKER, s. 322.

⁷¹ LİNDENMEYER, s. 109, dph.68. TMK. Madde 819/ f. 1: “Tüketilebilen şeylerin mülkiyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, intifa hakkı sahibine geçer, ancak, intifa hakkı sahibi geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü olur”. Düzensiz intifa hakkına ilişkin açıklamalar için bkz: ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 458 vd.; SİRMEN, s. 593; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 679.

⁷² TBK. madde 359: “Kira sözleşmesi, araç ve gereçleri, hayvanları, devredilen eşyayı veya stoklanmış malları da içeriyorsa taraflar, bunların değerlerini birlikte takdir ederek iki nüsha düzenleyecekleri tutanağa geçirip imzalayarak, birbirlerine vermekle yükümlüdürler”.

⁷³ Nitekim bkz: LİNDENMEYER, s. 109-110.

⁷⁴ Bu düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz: SAĞLAM, İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Prof.Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1017.

TBK. madde 373/ f.1'e göre, teslim sırasında tutanağa geçirilen eşyalara değer biçilmişse, kiracı, kira sözleşmesi sona erince, bunları özdeş tür ve değerde olmak üzere geri vermekle veya değer eksikliklerini gidermekle yükümlüdür⁷⁵.

Bu düzenlemeler, taşınır eşya niteliğindeki bütün yatırım malvarlığına uygulanabilir.

Tutanağa geçirme, öncelikle, ispat güvenliği bakımından önem taşır. Tutanağa geçirmenin önem taşıdığı bir diğer nokta da, tutanağa geçirilen eşyanın hasar rizikosunu kiracının taşımasıdır. Nihayet, tutanak kira sözleşmesi sona erince yapılacak iş ve işlemlerin açıklık kazanmasında da büyük önem taşıyacaktır⁷⁶.

Kiraya veren yatırım malvarlığının maliki olarak kalır. Klingler'in görüşüne göre, kiraya veren, kiracı tarafından envantere geçmek üzere temin edilen parçaları, bunlar işletmenin genişletilmesine götürse bile, kira süresinin bitiminde bilançosunun aktifine geçirebilir. Bir başka deyişle, bu parçaları, kendisine ait mallar olarak kullanmaya devam edebilir⁷⁷. Buna karşılık Lindenmeyer, kira sözleşmesinde bu yolda bir açıklık olmadıkça bu tür bir çözümü reddetmektedir. Lindenmeyer'in görüşüne göre, daha önceden tutanakta yer alan parçaların yerine geçen parçalar, değer ve türce yerine geçtiği parçalarla özdeş değilse, bir başka deyişle, tutanakta yer alan parçaların bir genişlemesi söz konusuysa, sözleşmede bir açıklık yoksa kiraya veren bu durumdan yararlanamaz.

Tutanakta yer alan parçaların (dolayısıyla da işletmenin) genişlemesi anlamına gelen bu parçalar, kiracıya iade edilmelidir⁷⁸.

Tutanağa geçirilen mallar bakımından, kiracı, düzgün (özenli) bir işletme faaliyetinin gereği olduğu ölçüde tasarruf yetkisine sahiptir⁷⁹. Tutanağa geçen eşyanın hasarı kiracının üzerinde olmakla birlikte, TBK. madde 373/f.2, bu hasar kuralının istisnasını oluşturmaktadır.

⁷⁵ SAĞLAM, s. 1023; ARKAN SERİM, s. 40; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 323-324.

⁷⁶ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 324; ARKAN SERİM, s. 41; TANDOĞAN, C: I/2, s. 5; ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013, s. 294; AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2012, s. 518-510.

⁷⁷ KLİNGLER, s. 56.

⁷⁸ LINDENMEYER, s. 111, dpn. 76.

⁷⁹ KLİNGLER, s. 55; LINDENMEYER, s. 111.

Taşınır eşya niteliğindeki yatırım malvarlığı tutanağa geçmiş değilse, kiracı bunların olağan bakımını gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır. Kiracı, bu tür malları sözleşmeye uygun olarak kullandığı ölçüde, kaza sonucu ortaya çıkan değer düşüklüklerinden veya telef olmadan ötürü sorumlu tutulamayacaktır⁸⁰.

Bir diğer kurgu da şöyle düşünülebilir: Taşınır eşya niteliğindeki yatırım malları kira süresince kiracının mülkiyetine geçecek, ancak kira sözleşmesi sona erince kiraya verenin bunların mülkiyetini devralma yükümlülüğü bulunacaktır⁸¹.

V. Ürün Kirasının İşletme İle İlgili Mevcut Sözleşme İlişkilerine Etkisi

TBK. 202/f.1’de yer alan, “F. Malvarlığının veya İşletmenin Devralınması” başlıklı madde, şu şekilde bir düzenleme getirmektedir: “*Bir malvarlığını veya işletmeyi aktif ve pasifleri ile devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticarî işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilânla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur*”.

Ürün kirası sözleşmesi de yukarıdaki hükmün düzenlediği anlamda, “işletmenin devri” sonucunu doğurur.

Bu hüküm emredici değildir. Şu halde işletme devredilirken, taraflar, bütün borçların veya bazı borçların devralana geçişini engelleyebilirler. Böyle bir durumda, alacaklılara yapılan bildirimde veya resmî ilânda devrin kapsamı dışında tutulan borçlar açıkça belirtilmelidir⁸².

1. Alacakların Devri

Alacaklar, işletmenin döner malvarlığının ayrılmaz bir parçasıdır. Şu halde işletme devredilirken, işletme alacakları da devrin kapsamında yer alabilir.

⁸⁰ KLINGLER, s. 55; LINDENMEYER, s. 111.

⁸¹ RASCH, Harold, Deutsches Konzernrecht, 4. A., Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1968, s. 111; LINDENMEYER, s. 111.

⁸² ARKAN, s. 43 vd.; ARICI, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif Ve Pasifi İle Devri, İstanbul 2008, s. 30; ASLAN, Yılmaz İ./ ŞENYÜZ, Doğan, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu’na Ve 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış İşletme Hukuku, Bursa 2012, s. 16.

Alacağın devrinin geçerliliği yazılı şekle tabidir.

Bütün aktifleriyle birlikte bir işletme devrediliyorsa, hazırlanan yazılı belgede devrin kapsamında yer alan bütün alacakların teker teker gösterilmesine gerek yoktur⁸³.

2. Genel Olarak Sürekli Borç İlişkilerinin Durumu

İşletmenin devralındığının bildirilmesi veya ilan edilmesi; mevcut sözleşme ilişkilerinin yasa gereği devralana geçmesini sağlamayacaktır. Şu halde, işletme kiracısı, TBK. madde 202/ f. 1 anlamında işletmeyi devraldığını alacaklılara bildirdiği veya ilân ettiği zaman mevcut sözleşme ilişkilerine taraf olmayacaktır. Borcun yasa gereği devrine ilişkin bir hükümden, yasa gereği sözleşme devri sonucu çıkarılamaz. İşletmeyle ilgili kira, lisans, tek satıcılık veya kartel sözleşmesi gibi sürekli sözleşme ilişkilerinde, işletme ürün kiracısına bırakıldıktan sonraki aşamada taraf değişikliği olmayacaktır. Kiraya veren, bu tür sürekli sözleşme ilişkilerinde taraf sıfatını koruyacaktır. Bu durum, kiraya veren açısından da ürün kiracısı açısından da memnuniyet verici değildir. Çıkabilecek ihtilaflar göz önüne getirilirse, neden memnuniyet verici olmadığı da anlaşılacaktır. Bu memnuniyet verici olmayan durumun değiştirilmesi için, iradî olarak sözleşmelerin devri yoluna başvurulabilecektir. İradî olarak sözleşme devri yoluna başvurduktan sonra, işletmesini kiraya veren kişi mevcut sürekli sözleşme ilişkilerindeki taraf sıfatını yitirecek, taraf sıfatına bağlı bütün hukukî sorumluluklarından kiracı tarafından kurtarılmış olacaktır⁸⁴. Bu durumda sözleşme ilişkisinin tarafları değişir ancak sözleşme varlığını devam ettirir.

İşletmenin devriyle birlikte sözleşmelerin devrini de kolaylaştıran bazı formüller önerilebilir. Örneğin TBK. madde 202/f.1 anlamında işletmenin devralındığının bildirilmesi veya ilân edilmesi, işletmeyle ilgili sürekli sözleşme ilişkilerindeki taraf sıfatının işletmeyi devralana aktarılması için öneri olarak nitelendirilebilir⁸⁵. TBK. madde 202/f.1'e göre yapılan bildirimden veya ilândan sonra makul bir sürenin geçmesi beklenecek, bu süre içinde işletmeyle ilgili sürekli sözleşme ilişkilerinin karşı tarafı olan kişilerin davranışlarına bakılacaktır. Bu kişiler, sürekli sözleşme ilişkilerinin tarafı sıfatı-

⁸³ LINDENMEYER, s. 112, ARKAN, s. 42.

⁸⁴ AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 115 vd.

⁸⁵ ALTAŞ, s. 167.

nın işletmeyi devralana geçmesini istemiyorlarsa, bir başka deyişle, sözleşme devrinin gerçekleşmesini kabul etmeyeceklerse, bu yoldaki iradelerini ortaya koymalıdır. Aksi takdirde iradî sözleşme devrini kabul etmiş sayılacaklardır⁸⁶. Burada susmanın TBK. madde 6 anlamında kabul sayıldığı bir durumdan söz edilebilecektir. Susmanın kabul anlamını taşıdığı söylendiğine göre; sözleşme devrinin hükümlerini doğurduğu an bakımından TBK. m. 11/f. 2'ye göre düşünmek gerekecektir⁸⁷. Şu halde sözleşme devrinin hüküm ifade ettiği an, TBK. madde 202/f. 1 anlamında yapılan bildirim veya ilânın sürekli sözleşme ilişkilerinin karşı tarafı olan kişilere ulaştığı andır⁸⁸.

İşletme devrinden önceki ve sonraki aşamalarda, sürekli borç ilişkilerinden doğan borçlardan sorumluluk konusunun da ele alınması gerekir.

Sürekli sözleşme ilişkilerindeki taraf sıfatı işletmeyi devralana geçtikten, bir başka deyişle, iradî sözleşme devri gerçekleştikten sonraki aşamada bu ilişkiden doğan borçlar bakımından işletmeyi devralanın (ürün kiracısının) sorumlu olacağı açıktır. İşletmenin (ve işletmeyle ilgili sürekli sözleşme ilişkilerindeki taraf sıfatının) devrinden önceki aşamada doğan borçlardan sorumluluk bakımından doğrudan doğruya TBK. madde 202/f. 1 etkili olacaktır.

Yani, TBK. madde 202/f. 1 anlamında yapılan bildirim veya ilândan itibaren iki sene müddetle işletmeyi devralan ve devreden (ürün kiracısı veya kiraya veren) bu borçlardan müteselsilen sorumlu olacaktır⁸⁹.

3. Özel Olarak İşletmeyle İlgili İş (Hizmet) Sözleşmelerinin Durumu

İşletmenin devrinde mevcut iş (hizmet) ilişkilerinin işletmeyi devralana intikali, 4857 No'lu ve 22.05.2003 kabul tarihli İş Kanunu'nun 6. maddesi tarafından düzenlenmiştir. Maddeye göre işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işlemle başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde ya da bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri tüm hak ve borçları ile birlikte

⁸⁶ AYRANCI, s. 98.

⁸⁷ TBK. madde 11/f.2: "Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme, önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur".

⁸⁸ LINDENMEYER, s. 113; ALTAŞ, s. 167; OPPENLÄNDER, s. 240 vd.

⁸⁹ LINDENMEYER, s. 113-114. TBK madde 202/ f.2: "Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar".

devralana geçecektir. Bu düzenleme, işletmenin ürün kirasına konu yapılması durumunda da uygulama alanı bulur. Hükmün uygulanması için varlığı aranan “işletme devri” dar ve teknik anlamıyla “mülkiyetin el değiştirmesi” durumuyla sınırlı değildir. İşletmeden yararlanma imkânının ve ekonomik anlamıyla işletmenin sahipliği durumunun el değiştirmesine imkân veren her olgu (ki işletmenin ürün kiracısına bırakılması da böyle bir olgudur) İş Kanunu’nun 6. maddesinin uygulanmasını mümkün kılacaktır⁹⁰.

Nitekim Alman Hukuk Çevresinde de benzer sonuçlara varılabilir. BGB § 613 a hukukî işlem yoluyla işletmenin el değiştirmesinden söz etmektedir ki, ürün kirası yoluyla el değiştirmenin de bu kapsamda düşünüleceği açıktır.

VI. Kiraya Veren Zapttan Doğan Sorumluluğu

Kira konusu mal ürün kiracısına teslim edilmeden önce, üçüncü bir kişi bu mal üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynî hak kazanmış olabilir. Üçüncü kişi tarafından kazanılan bu hak ileri sürülerek, kira konusu mal kiracının elinden alınırsa, satıcının zapttan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacaktır (TBK. madde 358 yollamasıyla TBK. madde 309 – 310)⁹¹.

TBK. madde 309 düzenlemesinin kıyas yoluyla uygulanabilmesi için; kiralanda kiracının hakkı ile bağdaşmayan bir hak ileri süren üçüncü kişi ve kiracı arasında yargısal bir uyuşmazlık çıkmış olması ve malın bu uyuşmazlığın sonucunda kiracının elinden alınmış olması gereklidir⁹².

Kiraya veren, kiracının ihbarı üzerine uyuşmazlığı üzerine almak külfeti altındadır⁹³. Eğer mal kiracının elinden alınmışsa, kiraya verenin TBK. madde 112 uyarınca tazminat verme yükümlülüğü ortaya çıkar⁹⁴.

Üçüncü kişinin üstün hak iddiası, malın kiracının elinden alınmasına yol açmayıp da, kiracının kullanımını önemli biçimde güçleştirmekle kal-

⁹⁰ RECHBİNDER, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 6.A., Bern 1981, s. 93; LINDENMEYER, s. 114; ALTAŞ, s. 168.

⁹¹ SCHMİD, Emil, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 2b (Miete, Pacht, Leihe), 1. Und 2. Lieferung (Art. 253 – 274), 3.A., Zürich 1974/77, Art. 258, N.2, SAĞLAM, s. 1017; AKER, s. 342; CANSEL, s. 71 vd.; TANDOĞAN, C.I/2, s. 124 vd.; ARKAN SERİM, s. 68 vd; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 210 vd.

⁹² SCHMİD, Art. 258, N. 7.

⁹³ AKER, s. 343; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 212 .

⁹⁴ SCHMİD, Art. 258, N. 9, Art. 254, N. 15; ALTAŞ, s. 174.

mıssa, kiracının TBK. madde 305 uyarınca hareket edeceği ve kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kapsamında seçimlik hakları kullanabileceğini söyleyenler bulunmaktadır⁹⁵. Burada kısmi zapt hükümlerinin uygulanması da düşünülmelidir.

Üçüncü kişi, kira konusu üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynî hakkı, kiracıya teslim gerçekleşikten sonra da elde etmiş olabilir. Kiracının kira konusunu devralan üçüncü kişiye karşı, kira ilişkisinin devam etmesi yönünde bir talepte bulunabilip bulunamayacağı tartışılmalıdır. Kiraya veren açısından yasa gereği kira ilişkisine dahil olma rizikosunun bulunup bulunmadığı bir sorun olarak ortaya çıkabilir⁹⁶. Kira konusunu devralanın kira konusu ile bağlı olup olmayacağı mevcut pozitif düzenlemeler çerçevesinde ele alınmalıdır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce, yasa gereği kira sözleşmesinin devrinin mi meydana geldiği, yoksa yasa gereği kiraya verenin kullandırma borcuna katılma sonucunun mu doğduğu, Türk hukuku bakımından epeyce tartışmalı idi⁹⁷. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca kiralananın el değiştirmesiyle birlikte, yeni malik kiraya veren konumuna gelecektir. TBK. madde 310'daki genel ilke, her türlü kira ilişkisi açısından geçerlidir. Artık devralanın kira sözleşmesi ile bağlılığını, yeni malikin iradesine bağlayan ilkeden vazgeçilmiş olup; yasal sözleşme devri ilkesi tercih edilmiştir.

⁹⁵ SCHMİD, Art. 258, N. 3; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299 – 356) 04.07.2012 Tarihli Ve 6353 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 137. TBK. madde 305/f.1: “Kiralanan sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararının giderilmesini isteyebilir. Ancak, zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez”.

⁹⁶ 6098 Sayılı TBK.'nunun 310. maddesi uyarınca yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu hükme göre, sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirildiğinde yeni malik kira sözleşmesine taraf haline gelir.

⁹⁷ Bu konuda doktrinde pek çok yazar, 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu yürürlükteyken yeni malikin (devralanın veya ürün kiracısının), kira sözleşmesine taraf durumuna gelmediğini, “kiraya veren” sıfatını koruyan eski malikin kullandırma borcuna katılmış sayılacağını düşünmekteydi. ÖZEN, Burak, “Kira Konusunun Devri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 103-104, Yıl: 2013, s.93, dpn. 7. (ÖZEN (Kira) olarak adlandırılacaktır); GÜMÜŞ, s. 142 vd.; TANDOĞAN, C.I/2, s. 128. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ise bu hususta yepyeni bir düzenleme getirmiştir. TBK. madde 310, yasal sözleşme devrini genel bir ilke haline getirip, her türlü kira ilişkisi bakımından geçerli kılmıştır. Yeni malikin, kiralananın temlik çerçevesinde yasa gereğince kendiliğinden kira sözleşmesinin tarafı olduğunu düşünen yazarlar için bkz: YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 214; ÖZEN, (Kira), s. 95; GÜMÜŞ, s. 147.

Üçüncü kişi ürün kirası sözleşmesini devralmadığı takdirde, mevcut kiraya veren kiracısına karşı tazminat verme yükümlülüğü altına girecektir. Tazminatın miktarının TBK. madde 112 vd. hükümlere göre belirleneceği açıktır⁹⁸.

Kira konusu cüz'i halefiyet yoluyla değil de külli halefiyet yoluyla üçüncü bir kişiye geçerse, bu durum TBK. madde 310 kapsamına girmez. Kiraya verenin külli halefi veya haleflerinin kiraya verenin yerine geçmesi, adı geçen hükmün bir sonucu değildir⁹⁹. Külli halef kendiliğinden kiraya veren sıfatını kazanır¹⁰⁰.

VII. Kiraya Verenın Ayıptan Doğan Sorumluluğu

Kiraya veren, kira konusunu, kullanılmaya ve işletilmeye elverişli bir halde kiracıya teslim etmekle ve kira süresi boyunca bu halde bulundurmakla yükümlüdür. (TBK. madde 360). Ürün kirası sözleşmesine özgü düzenlemeler dışında, genel hükümlerde kiraya verenin kiralananı teslim borcuna ilişkin düzenlemeler, ticarî işletme kirasında da dikkate alınmalıdır. TBK. madde 301'de kira sözleşmelerinde kiraya verenin kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda teslim etmek ve sözleşme geçerli olduğu sürece bu durumda bulundurma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Yine "genel hükümlerin uygulanması" başlıklı TBK. madde 358'in yollamasıyla; TBK. madde 304/f.1'de belirtildiği üzere kiracı, kiralananın ayıplı teslimi üzerine, borçlu temerrüdü hükümlerine veya ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilecektir¹⁰¹. Kiraya veren bu yükümlülüğünü yerine getirmese, satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır¹⁰².

⁹⁸ SCHMİD, Art. 259, N. 27; AKER, s. 343; CANSEL, s. 73.

⁹⁹ ÖZEN, (Kira), s. 100; GÜMÜŞ, s. 147; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 240- 241.

¹⁰⁰ SCHMİD, Art. 259, N.11. Külli halefiyet ile ilgili olarak bkz: SEROZAN, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş 2nci Bası, İstanbul 2007, s. 303.

¹⁰¹ AKER, s. 335 vd; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 317 vd., GÜMÜŞ, s. 106 vd.; ARAL/ AYRANCI, s. 226 vd.; KLINGLER, s. 82- 83; CANSEL, s. 61 vd.; ÖZTÜRK, Gülay, Teoride Ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara 2010, s. 175 vd.; ZEVLİLER/ GÖK-YAYLA, s. 253 vd.

¹⁰² OSER-SCHÖNENBERGER, Art. 277, N. 1; ALTAŞ, s. 175; KLINGLER, s. 82-83; OPPENLÄNDER, s. 360 - 361.

Kiraya veren vaat ettiği veya vaat etmiş sayıldığı niteliklerden ötürü sorumlu olduğu gibi, kira sözleşmesi yapılana kadar ticarî işletmeden elde edilen kazanç miktarının düşmemesinden de sorumludur. Bunun gibi, kira konusu ticarî işletmenin benzer işletmelerle rekabete elverişli olmaması da, ayıptan doğan sorumluluğu gündeme getirecektir¹⁰³.

Kiraya verenin ayıptan doğan sorumluluğu, yeni öğretiyeye göre “gereği gibi ifa etmemeden sorumluluk” olarak nitelenmelidir¹⁰⁴.

Ürün kirası ilişkisinin başlamasından önce (yani ürün kirası sözleşmesinin kurulmasıyla kira konusunun teslimi arasındaki evrede) önemli nitelikte ayıplar kendini göstermişse, kiracı TBK. madde 112 vd. hükümlerle kendisine tanınan hakları kullanabilir. Yeter ki, kira sözleşmesi kurulurken bu ayıpların farkında olmasın veya farkına varmış olduğu ayıpların kaldırılacağına inanarak sözleşmeyi kurmuş olsun¹⁰⁵. TBK. madde 301, TBK. madde 360 hükümlerinin uygulanabilmesi ve kiracının bu hükümlerle kendisine tanınan hakları kullanabilmesi için, kira ilişkisinin başlaması, bir başka deyişle, kira konusu malın kiracıya teslim edilmiş olması gerekir¹⁰⁶. Teslim henüz gerçekleşmemiş ise, teslimden sonra ortaya çıkan ayıp hükümlerine dayanılamamalıdır.

Kiracı ürün kirasının konusunu kira sözleşmesi kurulurken görme fırsatını bulmuşsa, kira konusunun sözleşme kurulduğu sıradaki durumu sözleşmeye uygunluk bakımından esas alınacaktır¹⁰⁷.

Ürün kiracısının kira konusunu gördüğü ve işletmeye elverişli bir durumda teslim aldığını belirten bir hükmün ürün kirası sözleşmesine konulması tavsiye edilebilir¹⁰⁸. Ne var ki, böyle bir sözleşme hükmü, kiracının

¹⁰³ SCHMID, Art. 254, N.2, 5; KLINGLER, s.86; LINDENMEYER, s. 116; ALTAŞ, s. 175. Kiracının kiralanan beklediği ekonomik verimi ve geliri elde edememesi, ekonomik ayıptır. Bu tip ayıpla daha çok kiraya verenin kiralanan bir gelir elde etmeyi amaçladığı hallerde karşılaşılır. Buna örnek olarak; kiraya verenin kiracıya bir mağazaya her ay belli sayıda kişinin geleceğine ilişkin yapmış olduğu taahhüdün gerçekleşmemesi verilebilir. Ekonomik ayıba ilişkin açıklamalar için bkz: YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 197; GÜMÜŞ, s. 109; İNCEOĞLU, M. Murat, “Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 103 – 104, Yıl: 2013, s. 57.

¹⁰⁴ SCHMID, Vorbem zu Art. 254-256, N. 1; ALTAŞ, s. 178.

¹⁰⁵ SCHMID, Vorbem zu Art. 254-256, N.1; ARAL/ AYRANCI, s. 228; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 197; İNCEOĞLU, s. 62.

¹⁰⁶ LINDENMEYER, s. 116; AKER, s. 336.

¹⁰⁷ SCHMID, Art. 254-255; N.1.

¹⁰⁸ STROBEL, s.25; LINDENMEYER, s. 117.

aldatmaya dayanan iptal hakkını kullanmasına engel olmayacağı gibi, tekeffül edilen ayıplardan ötürü kiraya vereni sorumlu tutmasına da engel olmaz¹⁰⁹.

Kiracı, kira konusunun tesliminden sonra, TBK. madde 305 vd. sözleşmeye uygun bir şekilde kullanmayı ve işletmeyi engelleyen veya önemli ölçüde azaltan bir durumun varlığını tespit ederse ya da kiraya verence tekeffül edilmiş niteliklerin bulunmaması durumunda şu hakları kullanabilir:

- Aynen ifade ısrar edebilir ve ayıbın giderilmesi (TBK. madde 306), benzeri ile değiştirme (TBK. madde 306/f.1) veya rahatsızlık verici durumun kaldırılmasıyla birlikte gecikmeden ötürü tazminat isteyebilir¹¹⁰.
- Sözleşmeden dönebilir. Gerçi burada sözleşmeden dönmeden değil de haklı sebeple kira sözleşmesinin feshinden söz edilmesi daha yerinde olacaktır (TBK. madde 306)¹¹¹.
- Kira bedelinin uygun bir miktarda azaltılmasını isteyebilir (TBK. madde 307)¹¹².

Sonuç

Kullandırma borcu doğuran sözleşmeler arasında yer alan ürün kirası sözleşmelerine ticarî işletmeler konu edildiğinde; bunun hem kiraya veren hem de kiracı açısından önemli sonuçları olmaktadır. Ticarî işletmeyi kiraya veren işletmeyi elden çıkartmaksızın ürün kirası sözleşmesi akdetmek yoluyla idareden kaynaklanan her türlü rizikoyu kiracıya devretmektedir. Ürün kiracısı da bir ticarî işletmeyi devralmaksızın çok daha düşük maliyetlerle işletmeyi idare ederek ekonomik hayatta yerini alabilmektedir. Bu sistemin başarıyla işlemesi ve yaygınlaşması, ticarî işletme kirası sözleşmelerine ilişkin hukuki belirsizliklerin çözülmesi yoluyla sağlanabilir.

¹⁰⁹ SCHMİD, Art. 254/255, N.15.

¹¹⁰ SCHMİD, Art. 254/255, N.20; AKER, s. 338; İNCEOĞLU, s. 69.

¹¹¹ SCHMİD, Art. 254/255, N.22 vd; LİNDENMEYER, s. 117; AKER, s. 339.

¹¹² LİNDENMEYER, s. 117; AKER, s. 336-337.

Kaynakça

AKER, Halit, Ticari İşletme Kirası, Ankara 2012.

AKINTÜRK, Turgut/ **ATEŞ KARAMAN**, Derya, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış İkinci Cilt, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2013.

ALTAŞ, Hüseyin, Hasılat Ve Şirket Kirası (BK. Mad. 270-298), Ankara 2009.

ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2009.

ARAL, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.

ARICI, Mehmet Fatih, Ticari İşletmenin Aktif Ve Pasifi İle Devri, İstanbul 2008.

ARKAN SERİM; Azra, Hasılat Kirasında Tarafların Hak Ve Borçları, İstanbul 2010..

ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş Onüçüncü Baskıdan Ondördüncü Tıpkı Basım, Ankara 2010.

ASLAN, Yılmaz İ./ **ŞENYÜZ**, Doğan, 6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Ve 6098 Sayılı (Yeni) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış İşletme Hukuku, Bursa 2012.

AYBAY, Aydın/ **HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012.

AYDOĞDU, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2012.

AYRANCI, Hasan, Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, İstanbul 2012.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Ankara 2009.

CANSEL, Erol, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku Ve Alman Medeni Kanunu İle Mukayeseli Olarak Türk Hukukunda Hasılat Kirası, Ankara 1953.

DİNAR, Refik Cem, Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği Ve Bağlayıcılığı, İstanbul 2008.

DURAL, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2012.

DURAL, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan/ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2013.

EREN, Fikret, 6098 Sayılı TBK.'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.

ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, İzmir 2012.

FRIEDL **ENDER**, Heinrich E., Konzernrecht, 2.A., Berlin 1954.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299 – 356) 04.07.2012 Tarihli Ve 6353 Sayılı Kanun'a Göre Güncellenmiş 2. Bası, İstanbul 2012.

HESS, André, Der Umfang Der Vertretungsmacht Der Verwaltung Der Aktiengesellschaft: Rechtsvergleichend Und Unter Berücksichtigung Der Vertretungsmacht Bei Andern Handelsgesellschaften, Diss., Zürich 1937.

İMRE, Zahit/ **ERMAN**, Hasan, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Basım, İstanbul 2013.

İNAN, Ali Naim/ **ERTAŞ**, Şeref/ **ALBAŞ**, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Yeni Medeni Kanuna – Mevzuattaki Değişikliklere Ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara 2008.

İNCEOĞLU, M. Murat, “Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 103 – 104, Yıl: 2013 (s. 52 vd.).

KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş 23. Bası, Konya 2012.

KAYIHAN, Şaban/ **YASAN**, Mustafa, 6335 Sayılı Kanun İle Güncellenmiş Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 55 vd.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006.

KLEIN-BLENKERS, Friedrich, Das Recht Der Unternehmenspacht, Baden Baden, 2008.

LINDENMEYER, Christoph, Die Unternehmenspacht, Diss., Bern 1983.

MEIER-HAYOZ, Arthur/ **FORSTMOSER**, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., Bern, 2004.

NOYAN, Erdal, Patent Hukuku, Genişletilmiş Ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2011.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt – 2, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2012.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Sinaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri Ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

OPPENLÄNDER, Frank, Die Unternehmenspacht, Insbesondere Das Verhältnis Von Pächter Und Verpächter Bei Der Verpachtung Eines Unternehmens, Diss., Stuttgart 1974.

ÖZEN, Burak, “Kira Konusunun Devri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 103-104, Yıl: 2013. (ÖZEN (Kira) olarak adlandırılacaktır). (s. 89 vd).

ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008.

ÖZTÜRK, Gülay, Teoride Ve Uygulamada Hasılat Kirası, Ankara 2010.

POROY, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar Ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010.

POROY, Reha/ **YASAMAN**, Hamdi, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş Ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012.

PULAŞLI, Hasan, İkinci Mevzuat Çerçevesinde Çıkarılan Yönetmelik Ve Tebliğlere Ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Hazırlanmış Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013.

RASCH, Harold, Deutsches Konzernrecht, 4. A., Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1968.

REHBİNDER, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 6.A., Bern 1981.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012.

SAĞLAM, İpek, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Ürün Kirası Sözleşmesine İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Prof.Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013 (s. 1015 vd.).

SCHMİD, Emil, Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 2b (Miete, Pacht, Leihe), 1. Und 2. Lieferung (Art. 253 – 274), 3.A., Zürich 1974/77.

SEROZAN, Rona/ **ENGİN**, Baki İlkay, Miras Hukuku, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2012.

SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

SEROZAN, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş 2nci Bası, İstanbul 2007.

SİRMEN, Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

STROBEL, Lothar, Die Unternehmenspacht Im Deutschen, Französischen Und Italienischen Recht, Diss., Bochum 1972.

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Kira Ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, Cilt: 1/2, Dördüncü Tıpkı Basım, İstanbul 1989, s. 4.

TEKİNALP, Ünal., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler Ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul 2013.

TEKİNAY, Selâhattin S./ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, C.I Zilyedlik – Tapu Sicili – Mülkiyet, 5. Bası, İstanbul 1989.

TEKİNAY, Selâhattin S./ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

ÜLGEN, Hüseyin/ **TEOMAN**, Ömer/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan/ **NOMER ERTAN**, Füsün, Ticarî İşletme Hukuku, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası, İstanbul 2009.

ÜNAL, Mehmet/ **BAŞPINAR**, Veysel, Şeklî Eşya Hukuku, Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2012.

YAVUZ, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş Ve Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul 2012.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.

İFLASTA TAKASA İTİRAZ EDİLMESİ HALİNE İLİŞKİN BİR ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ^(*)

Alman Federal Mahkeme'si 9. Dairesinin 07.07.2005 tarihli ve IX ZR 241/01 sayılı kararı¹:

Kaynak (Nachschlagewerk): evet

Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları (BGHZ): hayır

Alman Federal Mahkemesi'nin Sistematik Derlemesi (BGHR): evet

Eski Alman İflas Kanunu'nun (KO) 60. maddesi

İflas idarecisinin masaya ait malların az olmasına ilişkin ilan mahkeme-yi bağlamaz.

Alman Federal Mahkemesi, 07 Temmuz 2005 – IX ZR 241/01 – Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi, Hannover Asliye Hukuk Mahkemesi

Alman Federal Mahkemesi'nin 9. Hukuk Dairesi 7 Temmuz 2005 tarihinde sözlü duruşma sonucunda, daire başkanı hakim Dr. Fischer, hakimler Raebel, Kayser, Cierniak ve Lohmann tarafından şu kararı vermiştir:

Davalının temyizi üzerine Celle Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 11. Hukuk Dairesi'nin 16 Ağustos 2001 tarihinde verdiği karar kaldırılmaktadır; bunun sonucunda davalının, D. Şirketine 73.834,73 DM ve davacıya 268.018,74 DM ve her iki alacağa ilişkin 11 Şubat 1999 tarihinden itibaren % 4 faiz ödemeye mahkum edilmesi de kaldırılmaktadır.

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı'nda Öğretim Üyesi

¹ Çevirenin notu: Kararın Almanca metni için bak. <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

Dava, kararın kaldırıldığı çerçevede yeniden yargılama yapılmak ve karar verilmek üzere – ki buna temyiz mahkemesinin yargılama giderleri da dahildir – tekrar istinaf mahkemesine geri yollanmaktadır.

Olay (Tatbestand):

Davacı, A şirketinin iflas tasfiyesinde iflas idarecisidir. A şirketinin iflası 1 Mart 1993’de açılmıştır. 1 Haziran 1993’de Aşağı Saksonya Staatsanzeiger Gazetesi’nde masaya ait malların az olduğu ilan edilmiştir. Davalı, Ağustos 1993’de kurulan üç kurtarıcı şirketlerden² biridir. Davacı – temyiz yargılamasında bu konudaki menfaat çerçevesinde – 341.853,47 DM ve faizin ödenmesini talep etmektedir. Alacağın kendisi tartışmalı değildir. Alacak, davalıya 1993 ile 1995 arası yapılan 268.018,74 DM miktarındaki ödemeler - ki bu meblağlar masaya aittir – ve 73.834,73 DM miktarında AM şirketinin 1996 ve 1997 yılında davalıya yaptığı ödemelerden oluşmaktadır. AM şirketi tarafından yapılan ödemeler ilişkin hak aslında davalı tarafında D şirketine temlik edilmişti. Davacı bundan dolayı ödemenin D şirketine yapılmasını talep etmektedir. Davalı ise, gene tartışmasız olan ve aynı miktarda olan karşı talebinin olduğunu ileri sürerek, takası beyan etmektedir. Bu talebin 152.464,45 DM miktarındaki bölümü davalının 28 Ekim 1993’den önce masaya yaptığı sevkiyatlar ve edimlere ilişkindir.

Taraflar arasında, masada malın az olmasından dolayı yapılan takas beyanının geçerli olup olmaması konusu ihtilafıdır. Davalı ayrıca taraflar arasında bir hesaplaşma kloxunun varlığını dermeyeran etmektedir. Asliye hukuk mahkemesi davayı takas beyanını kabul ettiğinden dolayı reddetmiştir. İstinaf mahkemesi ise davalıyı netice talebi doğrultusunda ödemeye mahkum etmiştir. Temyiz talebi ile davalı davanın esastan reddedilmesi talebini tekrar dermeyeran etmektedir.

Karar Gerekçesi (Entscheidungsgründe):

Temyiz talebi haklıdır. İstinaf mahkemesinin verdiği kararın temyiz edildiği çerçevede kaldırılmasına ve davanın tekrar istinaf mahkemesine yollanmasına karar verilmiştir.

² Çevirenin notu: Auffanggesellschaft olarak adlandırılan bu kurtarıcı şirketler, iflas eden şirketin yerine kurulan ve iflas eden şirketin mevcudiyetini / devamını bir şekilde koruması amacıyla güden şirketlerdir.

I.

İstinaf mahkemesinin görüşüne göre Eski Alman İflas Kanunu'nun 55. maddesinin 1. cümlesinin 1. bendine göre takas geçersizdir. İstinaf mahkemesinin görüşüne göre davalının borcu, iflasın açılmasından ve masaya ait malların az olduğunun ilanından sonra ve kendi alacağı da ancak iflasın açılması ve masaya ait malların az olmasının ilanından sonra oluşmuştur. Dolayısıyla taraflar arasında bir hesaplaşma klozu kararlaştırılmış olsa dahi, bu anlaşma Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 134. maddesi ve Eski Alman İflas Kanunu'nun 55 maddesi kapsamında geçersizdir. Bu bağlamda davacının dürüst davranma konusunda şüpheler olsa dahi, bu şüpheler varılan sonucu değiştirmemektedir.

II.

Bu görüş hukuki denetim sonucunda isabetli bulunmamıştır.

1. Eski Alman İflas Kanunu'nun 55. maddesinin 1. cümlesinin 1. bendi – en azından doğrudan – masa alacaklılarına uygulanmamaktadır. Masaya karşı ayrı bir talebi olan alacaklılar kural olarak masaya borcu varsa bunu takas edebilmektedirler (BGHZ 30, 248, 250; 130, 38, 45; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetz 17. Aufl. § 55 KO Anm. 3 c aa; Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 55 Rn. 7 g; Jaeger/Lent, KO 8. Aufl. § 55 Rn. 4). Bu sonuç zaten kanunun lafzından da anlaşılmaktadır, kanun “müflise” karşı olan alacaklılardan (yani masaya karşı olan alacak değil) söz etmektedir (BGHZ 130, 38, 41; Jaeger/Lent, aaO). Eski Alman İflas Kanunu'nun 55. maddesinin amacı zaten masaya ait malların tam ve eksiksiz şekilde tüm alacakların eşit tatmin edilmesi için muhafaza edilmesine yöneliktir, böylece masaya ait malların haksız bir şekilde dağıtımını engellenmek istenmektedir (BGH, Urt. v. 6. Dezember 1990 – IX ZR, WM 1991, 251, 252; Jaeger/Lent, aaO). Müflisin bir borçlusu, iflastan dolayı değersiz hale gelmiş olan bir alacağı, ucuz bir şekilde sahip olarak takası beyan etmesine ve böylece diğer iflas alacaklıların aleyhine ve zarar görecekları biçimde hareket etmesine özellikle izin verilmemektedir. Oysa masa alacaklılarının durumu farklıdır. Masaya ait malın bulunmaması ve az olması halleri dışında, alacaklılarına tam olarak kavuşmaktadırlar. Bu alacaklılarını icra takibi yolu ile de takip etmeleri mümkündür (BGHZ 130, 38, 46). Bundan dolayı kendileri de masaya borçlular ise, takası dermeyeran etmelerine bir engel bulunmamaktadır. Masaya ait bir malın bulunmaması veya az olması hallerinde ise (Eski Alman İflas Kanunu'nun 60.

maddesi) Eski Alman İflas Kanunu'nun 53 ve 55. maddeleri kıyasen uygulanmaktadır (BGHZ 130, 38, 46 vd.; BFH ZIP 2001, 428, 430).

2. İstinaf mahkemesi hatalı bir şekilde, takasın beyan edilmesi mümkün olduğu anda, masaya ait malın az olup olmadığı konusunu incelememiştir.

a) Alman Federal Mahkemesi'nin içtihatlarına göre hayat olayını tespit eden hakimin, Eski Alman İflas Kanunu'nun 60. maddesi çerçevesinde ihtilaf konusu olan masaya ait malın az olması konusunu Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 287. maddesinin 2. fıkrasına göre incelemek zorundadır (BGHZ 147, 28, 36 vd.; 154, 358, 369). Bunun dermeyeran edilmesi ve ispatı iflas idarecisine aittir. İflas idarecisinin masaya ait malların az olduğunu gazetede ilan ettirmesi, dermeyeran yükümlülüğü için yeterli midir konusu Alman Federal Mahkemesi bakımından henüz içtihatlarla belirlenmemiştir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihatlarına göre dava takip yetkisi iflas idarecisine geçmiş bir davada, iflas idarecisinin masa alacaklısına karşı açtığı davada, masaya ait malların az olduğunun ilan edilmesi, bu hususun dermeyeran edilmesi bakımından yeterli görülmemektedir (ZInsO 2002; 889 mit zust. Anm. Berscheid, ZInsO 2002, 868, 869; aynı şekilde BFH ZIP 1996, 1838, 1840; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetz 17. Aufl. § 60 Anm. 2; a.A. OLG Duesseldorf ZIP 1995, 2003, 2004 mit zust. Anm. Uhlenbruck, EWir 1996, 33). Hukuk Dairesi olarak biz de bu görüşe katılmaktayız.

aa) Eski Alman İflas Kanunu'nun 60. maddesinin şartlarından biri, masaya ait malların tüm alacakların tatmin edilmesine yetmemesi halidir. Bu durumu / şartı tespit etmek ve ilan etmek de iflas idarecisinin görevidir (OLG Duesseldorf, aaO m. w. N.). Ancak bu görevini yerine getirilmesi, iflas idarecisi tarafından yürütülen davaları hukuken doğrudan etkilememektedir. İflas idarecisinin görevi olduğu ve onun tarafından yapılan bu tespit mahkeme tarafından bir daha denetlenmemesi söz konusu değildir. Eski Alman İflas Kanunu'nda, mahkemenin, iflas idarecisi tarafından yapılan bu tespit ve ilan ile bağlı olması gerektiği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır, dolayısıyla mahkeme bu ilan ile bağlı değildir.

bb) Temyiz dilekçesine yazılan cevap dilekçesinde her ne kadar Dairenin Yeni Alman İflas Kanunu'nun (InsO) 208. maddesine ilişkin içtihadın ve görüşün (BGHZ 154, 358, 360 vd.), Eski Alman İflas Kanunu'nun 60. maddesine de, yani masaya ait malların az olduğuna dair yapılan ilana - kıyasen uygulanması gerektiği savunulsa da, bu mümkün değildir. Söz konusu karar-

da Daire, Yeni Alman İflas Kanunu'nun 208. maddesinin amacını ve oluşum tarihçesini dikkate alarak karar vermiştir. Buna göre iflas idarecisi henüz mevcut olan masaya ait malların tasfiyesini Yeni Alman İflas Kanunu'nun 208. maddesinin 3. fıkrasına göre yapabilmesi olanağı verilmektedir. Bu bağlamda yapılan ilan planlama açısından bir güvenlik sağlamaktadır; masa alacaklıların Yeni Alman İflas Kanunu'nun 209. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendine göre ortaya çıkan kayıplara katlanmak zorundalar, zira bu durumda masanın en iyi şekilde değerlendirilmesi hedefi / amacı daha ön plana çıkmaktadır; zaten bu çerçevede iflas idarecisinin Eski Alman İflas Kanunu'na göre sorumluluğu daha fazladır ve dolayısıyla alacaklıların menfaatlerinin ihlal edilmesi bu şekilde kompanse edilmektedir.

Ayrıca masaya ait malların az olması halinde, masaya ait malların az olması ilanı bağlayıcı etki gösterirse, o zaman tasfiyesi de daha kolay olacaktır. Ancak Eski Alman İflas Kanunu masaya ait malların az olması hali için özel bir tasfiye tanımamaktadır. Daire, söz konusu problemde Yeni Alman İflas Kanunu'nun bir "ön etkisi" sadece yasal bir dayanağın veya içtihadın olmaması halleri için ön görmektedir; yani yürürlüğe girecek hukukun dikkate alınmasında, hakimin henüz yürürlükte kanun ile bağlı olması kuralına ve yeni kanundan farklı bir düzenlemenin bulunmasına duyulan güvene karşı bir aykırılık bulunmamaktadır (BGHZ 134, 116, 125 vd.). Eğer yeni düzenlemede, henüz yürürlükteki kanuna göre farklı bir uygulama öngörülmeekteyse, o zaman Dair ön etkiyi reddetmektedir (BGHZ 130, 38, 43). Yeni Alman İflas Kanunu'nun 208. maddesine göre masaya ait malların az olması halinde tasfiye prosedürü, Alman Federal Mahkeme tarafından bilinçli olarak Eski Alman İflas Kanunu'na sadık kalınarak yorum yolu ile düzenlenmiştir (InsO-RegE'nin 318. maddesinin hükümet gerekçesi, RWS-Dokumentation I, S. 432). Söz konusu hükümlerin de bir ön etkisi olamamaktadır.

b) Davacı, masanın 1 Haziran 1993 tarihinde bile tüm alacaklıların tatminine yetmeyeceğini dermeyeran etmiştir. Ancak davacının kendi iddiasında bile, "masaya ait malların az olması" terimini isabetli bir şekilde kullandığına dair şüpheye yer vermemektedir. Davalının savunması üzerine davacı, 1993 sonbaharında davalıya ait hisse senetlerinin satışından 9,4 milyon DM aldığını kabul etmiştir. Davacının kendi iddiasına göre bu kazanç sayesinde, 28 Ekim 1993 tarihinde ihtilafsız olarak kabul edilen davalının kendisinden olan 902.464,45 DM miktarında alacağı için 750.00 DM miktarında ödeme

yapabilmiştir. Bundan başka ödemeler “tasfiyenin ilerleme çerçevesinde” mümkün olmamıştır. Ancak bu şekilde masaya ait malların az olduğu ve hatta ne zamandan itibaren az olduğu yeterince dermeyeran edilmemiştir. 10 Ağustos 1999’da davacı tarafından masaya ait borçların 3.037,343,06 DM olarak belirtilmiştir. Bu borçlar kapsamında Eski Alman İflas Kanunu’na göre yargılama giderleri ve avukatlık ücretleri önemli bir yer tutmaktadır, bunun yanı sıra “farklı işçilerin”, “farklı sağlık sigortaların” ve Hameln ile Hannover şehirlerinin iş ve işçi bulma kurumlarının da alacakları bulunmaktadır. Ancak bunların 1 Mart 1993’de iflasın açılması ile masaya ait malların az olmasına ilişkin ilanın yapıldığı 1 Haziran 1993 tarihleri arasında doğmuş olmaları mümkün değildir.

3. Takasın yapılabileceği anda masaya ait malların az olduğu konusu tespit edilemediğinden, iptali istenen kararın kaldırılması gerekmektedir. Davanın, istinaf mahkemesine geri yollanmasına ve davacıya iddiasını tamamlamasına fırsat verilmesine ve gerekirse delil sunmasına karar verilmiştir.

III.

Yapılacak olan yeni yargılama için Hukuk Dairesi şu hukuki hususlara dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir:

1. Temyiz dilekçesine yazılan cevap dilekçesinde belirtildiği – ve hukuken hatasız bir şekilde tespit edilen – masaya ait malların az olması hali dilekçenin aksine mecburen devam etmek zorunda değildir. Eğer masaya ait mallar 1 Haziran 1993 tarihinde az olduğu kabul edilirse, o zaman daha sonra ki bir zamanda – her türlü masa borcunun ödenmesine yetmiştir ve bu konu davalı açısından önem arz etmektedir. Bu bağlamda ayrıca takas dermeyeran edilebilme anı da önem taşımaktadır.

2. Takasa konu olan alacakların, Eski Alman İflas Kanunu’nda hangi sıraya ait oldukları sorusu ise, önem arz etmemektedir. 73.834,53 DM miktarında kısmı alacak için istinaf mahkemesi, davalı için tanık G’nin işlem yaptığı ve masaya ait çeklerin bilinçli olarak davalı lehine ciro edildiği konusunda davacının iddiası üzerine, takası yasaklayan Alman Medeni Kanunu’nun 393. maddesini incelemek zorunda kalabilir.

3. Davalı tarafından savunma olarak ileri sürülen, ancak asliye hukuk mahkemesi tarafından ispat edilememiş olarak kabul edilen hesaplaşma klotu ile, iflas hukukuna dayana bir takas yasağına rağmen, takasın kabul edile-

ceği konusu kararlaştırılmışsa, o zaman hesaplaşma klozunun iflasın amacına aykırı ve bundan dolayı geçersiz olup olmadığı konusunun da incelenmesi gerekecektir (vgl. BGHZ 150, 353, 360 vd.). Eğer takasın beyanı zaten mümkünse, klozun geçerli olup olmadığına da bir önemi kalmamaktadır.

Fischer

Raebel

Kayser

Cierniak

Lohmann

Kısaltmalar Cetveli

- a.A. : andere Ansicht (karşı görüşte)
aaO : am angegebenen Ort (daha önce belirtilen şekilde)
Anm. : Anmerkung (kenar notu)
Auf. : Auflage (bası)
BFH : Bundesfinanzhof (Alman Federal Finans Mahkemesi)
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGHZ : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları)
DM : Deutsche Mark (Eski Alman para birimi)
EWiR : Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
InsO : Insolvenzordnung (Yeni Alman İflas Kanunu)
KO : Konkursordnung (Eski Alman İflas Kanunu)
m. w. N. : mit weiteren Nachweisen (başka kaynaklara da atıf var)
OLG : Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi)
RegE : Regierungsentwurf (Hükümet Taslağı)
Rn. : Randnummer (kenar nou)
S. : Seite (sayfa)
Urt. : Urteil (karar)
v. : vom
vgl. : vergleiche (karşılaştırınız)

- WM : Wertpapiermitteilungen
ZInsO : Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO : Zivilprozessordnung (Alma Medeni Usul Kanunu)
ZR : Zivilrecht (özel hukuk)
zust. : zuständig (ilgili, yetkili)

KISMI SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİNE GÖRE ÇALIŞAN İŞÇİLERİN 5510 SAYILI KANUN KAPSAMINDA SİGORTALILIĞI

Öğr. Gör. Dr. Mehmet Halis KARAMAN (*)

Giriş

Geçmişte, 18. yüzyılın sonlarından itibaren sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkan ekonomik gelişme, iş hukukunun gelişmesine ve bağımsız bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmasına neden olmuştu. Günümüzde ise, özellikle iletişim alanda yaşanan teknolojik gelişmeler, işçi işveren ilişkilerini ve çalışma düzenlerini etkilemiş, bu kapsamda özellikle çalışma süreleri konusunda esnekleşme ihtiyacını ortaya çıkarmış ve böylece yeni istihdam biçimlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Esnekleşme ihtiyacı, küreselleşmeye bağlı olarak ortaya çıkan rekabet ortamının bir sonucu olarak gündeme gelmiştir. Esnek çalışma modellerinin benimsenmesi ile güdülen amaç, her şeyden önce, esneklik kavramının kelime anlamına da uygun olarak, mevcut iş gücünün günün ihtiyaçlarına göre en etkin şekilde kullanılmasını sağlamaktır. Bu noktada, esnek çalışma modelleri bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, Türk İş Hukuku yönünden de, esneklik ihtiyacı, yaşanan benzer gelişme ve değişimler neticesinde ortaya çıkmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu, esnek çalışma modellerine yer vermiş değildi. Özellikle çalışma süreleri konusunda oldukça katı düzenlemeler öngörmüştü. Uygulamada ortaya çıkan esnekleşme ihtiyacına 4857 sayılı İş Kanunu ile cevap verilmiştir.

Bu kapsamda, kısmi süreli iş sözleşmesi, çağrı üzerine çalışma, telafi çalışması, denkleştirme süresi, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma

(*) M.Ü. İktisat Fakültesi, İş ve Sos. Güv. Hukuku Anabilimdalı.

karşılığında zamlı ücret yerine serbest zaman verilmesi, geçici iş ilişkisi ve kısa çalışma, 4857 sayılı Kanun ile getirilmiş yeni çalışma şekilleridir.

Bu çalışmada, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçilerin sosyal sigortalılığı üzerinde durulacaktır.

10.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu m. 13 'e göre, kısmi süreli iş sözleşmesi, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği iş sözleşmesidir. Kanun'un bu düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, kısmi süreli iş sözleşmeleri yönünden önem taşıyan husus, haftalık çalışma süresinin, tam süreli çalışmaya göre önemli ölçüde daha az belirlenmiş olmasıdır.

“Haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde daha az olması” kavramından ne kastedildiğine ilişkin olarak ise, yasal düzenlemede herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, 6.4.2004 tarih ve 25425 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği”nden, söz konusu bu kavramın, işyerinde, tam süreli iş sözleşmesi ile belirlenen emsal çalışma süresinin üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, işçinin haftalık çalışma süresinin, işyerindeki emsal çalışma süresinin üçte ikisi veya daha azı bir süre olarak belirlenmesi durumunda, kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edilebilecektir. Nitekim, İş Kanunu’nun 13. maddesinin gerekçesinde de, söz konusu kavram ile çalışma süresinin 2-3 saat gibi daha az olmasının değil, en az tam süreli çalışmanın üçte ikisinden az olmasının kastedildiği belirtilmiştir. Yönetmelik hükmü de, gerekçedeki bu esası benimsemiş bulunmaktadır.

O halde, işçi, haftanın belli günlerinde çalışmak, diğer günlerinde çalışmamak; haftanın belli günlerinde normal süreyle çalışmak, diğer günlerinde daha az çalışmak; haftanın tüm günlerinde belirli sürelerle daha az çalışmak şeklinde kısmi çalışmalar yapabilir. Burada önemli olan, haftalık toplam çalışma süresinin, emsal işçinin çalışma süresinden, önemli ölçüde daha az olmasıdır.

Aşağıda, sırasıyla, kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışmanın, 5510 sayılı Kanun’un kişiler açısından uygulanma alanına etkisi, sosyal sigorta primine esas kazanç üzerindeki etkisi ve sosyal sigorta yardımları üzerindeki etkisi üzerinde durulacaktır.

I. Kısmi Süreli Çalışma ve 5510 Sayılı Kanun'un Kişiler Açısından Uygulanma Alanı

İş Sözleşmesine dayalı olarak çalışanların sosyal güvenliği, esas itibarıyla 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çerçevesinde düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun'un konuya ilişkin hükümleri incelendiğinde, istisnai bazı düzenlemeler dışında, iş sözleşmesine dayalı olarak bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan herkesin bu Kanun kapsamında sigortalı kabul edildiği ve bu şekilde sosyal güvenlik hakkından yararlandırıldığı anlaşılmaktadır (m. 4 / a). Kanun'un bu düzenlemesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, sigortalı kavramı belirlenirken esas olan, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmaktır. Sözleşmenin türü veya sözleşmede belirlenen çalışma süresinin bu konuda hiçbir önemi yoktur. Dolayısıyla, ister kısmi süreli iş sözleşmesi ile isterse tam süreli iş sözleşmesi ile çalışılsın, iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan herkes 5510 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayılacaktır.

5510 sayılı Kanun'un sigortalı kavramı konusunda benimsediği bu esasın, kısmi sigortalılara ilişkin düzenleme ile tüm sigorta kolları açısından kapsam dışında bırakılan çalışanlara ilişkin düzenlemede de gözetildiği görülmektedir. Gerçekten de, konuya ilişkin yasal düzenlemeler incelendiğinde (m. 5, 6), gerek sadece bazı sigorta kolları açısından sigortalı olabileceklere, gerekse tüm sigorta kolları açısından kapsam dışında bırakılan çalışanlara ilişkin yasal düzenlemeler, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında her hangi bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla, gerek kısmi sigortalıların gerekse sigortalı sayılmayan işçilerin belirlenmesinde, iş sözleşmesinde öngörülen çalışma sürelerinin her hangi bir etkisi bulunmamaktadır.

506 sayılı Kanun dönemine ilişkin Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır. Nitekim, 506 sayılı Kanun'un, sigortalı sayılanlar, sigortalı sayılmayanlar ve bazı sigorta kolları bakımından kapsam dışında bırakılanlara ilişkin düzenlemeleri (m. 2, 3), 5510 sayılı Kanun'un konuya ilişkin düzenlemeleri ile paralel hükümler içermektedir. Bu nedenle, bu konuda, 506 sayılı Kanun dönemine ilişkin Yargıtay kararlarının, 5510 sayılı Kanun bakımından da geçerli olduğu söylenebilecektir. Yargıtay, 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olabilmenin koşullarını üç başlık altında toplamıştı. Buna göre, bir kimsenin 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olarak nitelendirilebilmesi

için, taraflar arasındaki çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine dayalı olması, işin işverene ait işyerinde yapılması ve çalışan kişinin “sigortalı sayılmayanlar” kapsamında yer almaması gerekmektedir. Bu üç koşul aynı anda gerçekleştiğinde, çalışan kişi, ister tam süreli iş sözleşmesiyle çalışsın isterse kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışsın, 506 sayılı Kanunu kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir. Aynı koşullar, 5510 sayılı Kanun m. 4/a kapsamında sigortalılık açısından da geçerlidir¹.

Burada, üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, sosyal sigorta haklarından yararlanabilmek için, çalışmanın tek bir işyeri ve işverene hasredilmesinin gerekli olup olmadığıdır. Bilindiği üzere, kısmi süreli iş sözleşmeleri, haftalık çalışma sürelerinin kısıllığı nedeniyle, çalışanlara, birden fazla iş sözleşmesi yapabilme ve aynı anda iki veya daha fazla işyerinde çalışma imkanı vermektedir. O halde, bu noktada cevaplandırılması gereken soru, bu şekilde çalışan bir işçinin, söz konusu çalışmalarının tamamının 5510 sayılı Kanun m. 4 / a kapsamında sigortalı çalışmalar olarak nitelenip nitelenemeyeceğidir. Bu konuda ayırım yapmayı gerektiren herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kısmi süreli iş sözleşmelerine dayalı olarak birden fazla işyerinde çalışan bir işçinin tüm çalışmaları, yukarıda belirttiğimiz koşulları taşımaları şartıyla 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı çalışmalar olarak kabul edilecektir. Nitekim yasal düzenlemede de, sigortalı kavramı tanımlanırken, 506 sayılı Kanun m. 2 / 1’de olduğu gibi, “bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar” ifadesine yer verilmiştir. Kanun’da yer alan bu ifadenin, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak birden fazla işyerinde çalışan işçileri de kapsamına aldığı şüphesizdir².

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’nda da, sigortalı kavramı, 5510 sayılı Kanuna ve eski 506 sayılı Kanun’a paralel şekilde düzenlenmiştir³. Dolayısıyla, kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla işte aynı anda çalışan işçilerin sigortalılığı konusunda yukarıda yaptığımız açıklamalar,

¹ **Güzel / Okur / Caniklioğlu**, Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, 102 vd.; **Şakar**, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 10. Bası, İstanbul 2011, 89 vd.; **Tuncay / Ekmekçi**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, 235 vd.; Yargıtay, 1997 yılında verdiği bir kararında, part-time çalışanların da sigortalı olduklarını açıkça belirtmiştir.(Yarg. 21. H.D. 13.10.1997, 6660 / 6343, YKD, Eylül 1998, 1363 vd.).

² **Centel**, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, 81; **Şakar**, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 105; **Tuncay / Ekmekçi**, 237.

³ **Güzel / Okur / Caniklioğlu**, 770 vd.; **Şakar**, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 297 vd.; **Tuncay / Ekmekçi**, 510 vd.

İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında sigortalılık açısından da geçerli olacaktır. Aynı şekilde, “sigortalı işsiz” kavramının belirlenmesi konusunda da, işçinin kısmi süreli iş sözleşmesiyle veya tam süreli iş sözleşmesiyle çalışıyor olmasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır (m. 47 / d, e).

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, işçinin, tam süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmasının, sigortalı sayılıp sayılmama açısından herhangi bir önemi yoktur. Bu konuda ayırım yapmayı gerektiren haklı bir neden de bulunmamaktadır. Bu konuda, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden ortaya çıkan sorun, sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini düzenleyen yasal düzenlemelerin uygulanması noktasında kendini göstermektedir. Bunun da nedeni, söz konusu hükümlerin esas itibariyle tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler düşünülerek hazırlanmış olmasıdır⁴. Bu nedenle, aşağıda, bu konuya ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde durulacaktır.

II. Kısmi Süreli Çalışma ve Prime Esas Kazancın Belirlenmesi

5510 sayılı Kanun’da, prim matrahına dahil olacak kazançlar, 506 sayılı Kanuna paralel şekilde, belli başlı üç grup halinde sayılmıştır. Bunlar, sigortalının o ay içerisinde hak ettiği ücretler; prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalıya o ay içerisinde yapılan ödemeler ile işverenler tarafından sigortalılar için yapılan özel sağlık sigortası ödemeleri ve bireysel emeklilik sistemine yapılan ödemeler; idare ve yargı mercileri tarafından verilen karar uyarınca, yukarıda belirtilen ödemeler niteliğinde olmak koşuluyla, sigortalıya yine o ay içinde yapılan ödemelerdir (m. 80 / a)⁵.

Kanun, sigorta matrahının belirlenmesinde dikkate alınmayacak olan kazançları da belirlemiştir. Buna göre, ölüm, doğum, evlenme yardımları, aynı yardımlar, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı, kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları ile Kurumca tutarları yıllar itibariyle belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı

⁴ Bkz. **Karaman**, Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, 175 vd.

⁵ Ayrıntı için bkz. **Güzel / Okur / Caniklioğlu**, 279 vd.; **Şakar**, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 145 vd.; **Tuncay / Ekmekçi**, 147 vd.

asgari ücretin %30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançların aylık tutarının tespitinde dikkate alınmayacaktır (m. 80 / b). Bunların dışında her ne ad altında olursa olsun yapılan tüm ödemeler ise, prim matrahının belirlenmesinde dikkate alınacaktır (m. 80 / c). Kanunun bu düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, 506 sayılı Kanun'da olduğu gibi, prim matrahına dahil olmayacak kazançlar sınırlı sayı prensibine tabi olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, Kanunda açıkça sayılmayan, ancak, yukarıda belirtilen kazançlara benzer kazançların da bu kapsamda değerlendirilmesi ve böylece prim matrahı belirlenirken kapsam dışında tutulması mümkün değildir⁶.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun gibi, sigorta primlerine esas kazançların belirlenmesi konusunda, iş sözleşmesi türlerine göre herhangi bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla, işçi ve işveren arasında ne tür bir iş sözleşmesi yapılmış olursa olsun, sigorta prim matrahı belirlenirken, yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde sigorta primlerine esas kazançlar belirlenecektir. Dolayısıyla, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında da bu konuda herhangi bir fark bulunmamaktadır. Nitekim, her iki iş sözleşmesi arasındaki tek fark, birinde diğerine göre haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde daha az belirlenmiş olmasıdır. Bu nedenle, bu iki iş sözleşme türü arasında bu konuya ilişkin olarak farklı bir düzenleme yapılmasını gerektiren haklı bir neden de bulunmamaktadır.

Ancak, daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, kısmi süreli iş sözleşmeleri, sözleşmede öngörülen haftalık çalışma süresinin kısalığı nedeniyle işçilere aynı anda birden fazla işyerinde çalışma imkanı veren sözleşmelerdir. Bu durumun, prim matrahı açısından önemi, birden fazla işverenden elde edilen kazançların toplamı esas alınarak mı prim matrahının belirleneceği; yoksa, her bir işverenden elde edilen kazançların prim matrahı yönünden ayrı ayrı mı değerlendirileceğidir. 5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun gibi, bu şekilde çalışan işçilerin, her bir işveren yönünden elde ettiği kazançların ayrı ayrı değerlendirileceğini ve ödenecek primlerin her bir işveren yönünden ayrı ayrı hesaplanacağını öngörmüştür (m. 82 / son). Dolayısıyla, kısmi süreli çalışan işçilerin bir den fazla işveren yanında çalışmalarını

⁶ Ayrıntı için bkz. **Güzel / Okur / Canilkiöglü**, 291 vd.; **Şakar**, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 154 vd.; **Tuncay / Ekmekçi**, 150 vd.

durumunda, çalışılan her bir iş açısından prim matrahı ve ödenecek primler ayrı ayrı hesaplanacaktır⁷.

III. Kısmi Süreli Çalışma ve Prime Esas Günlük Kazancın Belirlenmesi

1. Tam Süreli Çalışan İşçiler Yönünden Prime Esas Günlük Kazancın Belirlenmesi

5510 sayılı Kanun'un düzenlemesi açısından, sigortalının prime esas kazancının günlük tutarının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Nitekim, aşağıdaki açıklamalarımızda da ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, sosyal sigorta primlerinin hesaplanmasında esas alınacak olan sigortalı kazancının alt ve üst sınırı (m. 82), günlük kazanç esas alınarak belirlenmiştir. Yine, sigortalılara verilecek olan ödenek ve gelirlerin hesaplanmasında da, sigortalının günlük kazancı esas alınmıştır (m. 17). Bunların yanında, uygulamada, bazen sigortalının aylık kazancının tespit edilmesi konusunda günlük yaşandığı veya aylık kazancı tespit etmenin mümkün olmadığı durumlarla da karşılaşılabilir. Böyle bir durum ile karşılaşıldığında da, aylık kazanç, günlük kazançtan hareketle tespit edilmektedir.

5510 sayılı Kanun m. 4 / a kapsamında sigortalı olarak çalışan bir kişinin prime esas günlük kazancının ne şekilde hesaplanacağı, 506 sayılı Kanun'a paralel bir şekilde, Kanunun 80 / g maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalının prime esas günlük kazancı, bir aylık süre içerisinde prime esas tutulan kazançların otuzda biridir. Günlük kazancın hesaplanmasında esas alınan ay içerisinde bazı günler çalışılmamış ve çalışılmayan bu günler için ücret de alınmamış ise, sigortalının prime esas günlük kazancı, o ay içerisinde prime esas tutulan kazançların, ücret alınan gün sayısına bölünmesi suretiyle bulunacaktır.

Görüldüğü üzere, prime esas kazancın belirlenmesinde önemli olan, bir aylık zaman dilimi içerisinde elde edilen prime esas toplam kazanç ve söz konusu bir aylık dönem içerisinde ücret alınan gün sayısıdır. Dolayısıyla, ücret alınan günlerde işçinin çalışıp çalışmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan, çalışılmasa dahi o gün için ücret alınıp alınmadığıdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, bir aylık sürenin kaç gün olarak hesaplamaya dahil edileceğidir. Konuya ilişkin yasal

⁷ Karaman, 178 vd.

düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, bir aylık süre otuz gün olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla, hesaplama konu olan ayın yirmisekiz, yirmido-kuz, otuz veya otuzbir gün sürmesinin bir önemi yoktur⁸.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, günlük, haftalık veya aylık olarak belirli bir ücret almayıp da komisyon ücreti veya kara katılma gibi belirsiz bir zaman ve miktar üzerinden ücret alan sigortalıların prime esas günlük kazançlarının ne şekilde belirleneceğidir. Kanun, bu şekilde çalışan sigortalıların prime esas günlük kazançlarının, prime esas günlük kazancın alt sınırı olarak uygulanacağını öngörmüştür (m. 80 / e).

2. Kısmi süreli Çalışan İşçiler Yönünden Prime Esas Günlük Kazancın Belirlenmesi

a) Günlük Çalışma Süresinin Yedibuçuk Saattin Altında Olması Halinde Prime Esas Günlük Kazanç

5510 sayılı Kanun, yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi, hesaplama konu olan bir aylık süre içerisinde çeşitli işverenlerin işinde çalışan bir işçi için ödenecek sosyal sigorta primlerin hesaplanmasına esas olacak günlük ve aylık kazançların, her bir işveren yönünden ayrı ayrı dikkate alınacağını ve primlerin de yine bu esasa göre hesaplanacağını öngörmüştür (m. 82 / son).

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden bu konuda yaşanacak olan temel sorun, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin birden fazla işveren yanında çalışmasından ziyade, boşta geçen sürelerin ne şekilde değerlendirileceği noktasında ortaya çıkacaktır.

Nitekim, daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, kısmi süreli iş sözleşmeleri, işçinin haftalık çalışma süresinin, tam süreli emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği sözleşmelerdir. Haftalık çalışma süresinde yapılacak olan azaltma ise, yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere, değişik şekillerde yapılabilecektir. Kanunun bu konuya ilişkin düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi yönünden bu konuda önemli olan husus, haftalık çalışma süresindeki azaltmanın, günlük çalışma sürelerinde yapılan azaltma yoluyla mı sağlandı-

⁸ Güzel / Okur / Caniklioğlu, 296; Tuncay / Ekmekçi, 158.

ğı, yoksa haftanın bazı günlerinde çalışılıp bazı günlerinde çalışılmaması yoluyla mı sağlandığıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin, haftalık çalışma süresindeki azalma, günlük çalışma sürelerinin kısaltılması yoluyla sağlanmışsa, prime esas günlük kazancın belirlenmesi konusunda kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında ayırım yapmayı gerektiren herhangi bir durum söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi arasındaki tek fark, günlük çalışma süresinin birinde diğeri-ne göre daha az belirlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla, bu durumda, gerek ücrete tabi olan günlerin gerekse prime esas kazançların belirlenmesi konusunda izlenecek yöntem bakımından, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında ayırım yapmayı gerektiren herhangi bir haklı neden bulunmamaktadır. Yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz yasal düzenleme her iki sözleşme türü için de uygulanabilecektir.

Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, 506 sayılı Kanun döneminde çıkartılan 16-318 sayılı Ek Genelgesi'nde, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak günün belirli saatlerinde çalışan sigortalıların, ay içerisindeki her yedibuçuk saatlik çalışma sürelerinin bir gün kabul edilmesi, aylık prim ve hizmet belgelerinin de, 506 sayılı Kanun m. 78'e göre belirlenen kazançların alt ve üst sınırı dikkate alınarak düzenlenmesi öngörülmüştü. Genelgenin bu düzenlemesi, ay içerisindeki prime esas kazançların belirlenmesi konusunda, kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında herhangi bir farklılık ortaya çıkarmamaktaydı. Dolayısıyla, yukarıda yasal düzenleme açısından yaptığımız açıklamalar, genelgedeki düzenleme karşısında da geçerliliğini korumaktaydı. Ancak, aynı sonuca, ücrete tabi olan günlerin belirlenmesi açısından ulaşmak mümkün değildir. Nitekim, genelgeye göre, ay içerisinde yapılan her yedibuçuk saatlik çalışma bir gün kabul edileceğinden, haftalık çalışma süresindeki azalma oranında, ücrete tabi olan gün sayısı da azalacaktı. Örneğin, günde 3 saat çalışan bir işçinin, genelgeye göre ay içerisindeki ücrete tabi gün sayısı (3 saat X 30 gün / 7.5 saat) oniki olacaktı. Halbuki, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi açısından bu süre otuz gündü⁹.

⁹ Şakar, Çalışanları Bekleyen Yeni Tehlike: Kısmi Süreli (Part-Time) Çalışmalar, Yaklaşım, Haziran 2006, 37.

5510 sayılı Kanun m. 80 / h’de ise, işveren ile sigortalı arasında yazılı kısmi süreli iş sözleşmesi bulunması halinde, ay içerisinde günün belirli saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içerisindeki prim ödeme gün sayısının, ay içerisindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı Kanun’a göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunacağı öngörülmüştür. Bu şekilde yapılacak hesaplamada ortaya çıkacak olan gün kesirleri ise bir gün olarak kabul edilecektir(m. 80 / h).

4857 sayılı Kanun’a göre, haftalık en çok çalışma süresi 45 saattir. Aksi kararlaştırılmadığı takdirde bu süre, haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacaktır (m. 63 / 1). Dolayısıyla, aksi kararlaştırılmamış olması koşuluyla günlük normal çalışma süresi (45 saat / 6 gün) 7.5 saattir. Bu durumda, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ay içerisindeki toplam çalışma saati süresi 7.5 saate bölünecek ve böylece bir aylık dönemdeki prim ödeme gün sayısı bulunacaktır. 5510 sayılı Kanun’un bu düzenlemesinden, 506 sayılı Kanun döneminde 16-318 sayılı Ek Genelge ile yapılan düzenlemenin yasal düzenleme haline getirildiği anlaşılmaktadır.

Bu konuda, asıl sorun, ileride üzerinde durulacağı üzere, prim ödeme gün sayısının belirlenmesi noktasında kendisini gösterecektir.

b) Haftanın Bazı Günlerinde Çalışılmaması Halinde Prime Esas Günlük Kazanç

Kısmi süreli iş sözleşmesinde, haftanın bazı günlerinde çalışılacağı, bazı günlerinde ise çalışılmayacağı kararlaştırılması durumunda ise, ortaya çıkacak olan sorun, çalışılmadan geçirilen bu sürelerin, ücrete tabi olan süreler olarak mı kabul edileceği, yoksa ücrete tabi olmayan süreler olarak mı kabul edileceğidir. Kanaatimce, benimsenen ücret şekli ne olursa olsun, söz konusu bu sürelerin ücrete tabi süreler olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Nitekim, daha önceki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, kısmi süreli iş sözleşmelerine ilişkin asgari ücret denetiminde önemli olan husus, işçinin aldığı bir saat karşılığı ücretin, aynı süreye ilişkin asgari ücretin altında olup olmadığıdır. Dolayısıyla, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçiye verilecek aylık veya haftalık ücret, aynı süreye ilişkin asgari ücretin altında olabilecektir. Burada önemli olan, işçinin çalışma süresi göz önünde bulundurulduğunda, bir saat karşılığı aldığı ücretin, aynı süreye iliş-

kin asgari ücretin altında olmamasıdır. O halde, sözleşme gereği haftanın belirli günlerinde çalışan, belirli günlerinde ise çalışmayan bir işçinin, çalışmadığı günlerin, hafta tatili, bayram tatili gibi ücreti ödendiği halde çalışılmayan günler olarak kabul edilmesi söz konusu olamayacaktır. Aksi halde, asgari ücretle çalışan tam süreli bir işçi ile yine asgari ücretle çalışan kısmi süreli bir işçinin bir aylık zaman zarfında alacakları ücret miktarı aynı olurdu. Halbuki, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçiye, İş Kanunu'nun 13. maddesine de uygun olarak, çalıştığı sürelerle orantılı ücret ödenmekte, çalışmadığı sürelerin ücreti ise ödenmemektedir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan hareketle, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak haftanın belirli günlerinde çalışan, belirli günlerinde ise çalışmayan bir işçinin prime esas günlük kazancının, bir aylık süre içerisinde elde ettiği prime esas kazançlarının, yine aynı süre içerisinde çalıştığı günlere bölünerek hesaplanacağı söylenebilecektir. Dolayısıyla, sözleşme gereği çalışılmayan günler hesaplama dahil edilmeyecektir¹⁰.

IV. Kısmi Süreli Çalışma Yönünden Prime Esas Kazancın Alt ve Üst Sınırı

Çalışılan her bir iş açısından prim matrahının ve ödenecek primlerin ayrı ayrı hesaplanması, uygulamada kolaylık sağlaması bakımından yerinde görülebilirse de, bu düzenlemenin en önemli sakıncası, sosyal sigorta primine esas kazançların alt ve üst sınırına ilişkin hükümlerin uygulanması noktasında kendini gösterecektir. Gerçekten de, 506 sayılı Kanun gibi 5510 sayılı Kanun da, prim matrahına dahil olacak kazançları saymakla yetinmemiş, aynı zamanda, söz konusu kazançların prim matrahına dahil olacak alt ve üst sınırını da belirlemiştir. Bu belirlemede, sigortalının günlük kazancı esas alınmıştır¹¹. Buna göre, sigorta primlerine esas günlük kazancın alt sınırı, 4857 sayılı Kanun'un 39. maddesine göre belirlenen aylık asgari ücretin otuzda biridir. Üst sınırı ise, günlük asgari ücretin altı buçuk katı olarak belirlenmiştir (m. 82 / 1). Bu düzenlemenin anlamı, sigortalının günlük kazancının belirlenen alt sınırın altında olması durumunda, sigorta primlerinin,

¹⁰ Karaman, 180 vd.

¹¹ Günlük kazancın belirlenmesi konusunda bkz. Güzel / Okur / Caniklioğlu, 298; Tuncay / Ekmekci, 159-160.

sigortalının gerçek kazancı üzerinden değil, prime esas kazancın alt sınırı dikkate alınarak hesaplanacağı; sigortalının günlük kazancının üst sınırdan fazla olması durumunda ise, sigorta primlerinin yine sigortalının gerçek kazancı üzerinden değil, üst sınır üzerinden hesaplanacağıdır.

Kanun, sigorta primine esas günlük kazançların alt ve üst sınırını belirlerken, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden ayrı bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle, söz konusu hükümler, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden de uygulanacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, kısmi süreli çalışan işçilerin birden fazla işveren yanında çalışmaları durumunda, çalışılan her bir iş ve işveren açısından prim matrahı ve ödenecek primler ayrı ayrı hesaplanacaktır. Dolayısıyla, bu durumda, her bir işverenden elde edilecek kazançlar yönünden de, prime esas kazançların alt ve üst sınırı ayrıca uygulanacaktır.

Bu durumda, örneğin, kısmi süreli iş sözleşmelerine dayalı olarak günde üç saat bir işyerinde dörtbuçuk saat başka bir işyerinde çalışan bir işçinin, çalışılan her bir işyerindeki prime esas günlük kazancı, günlük çalışma süresi üzerinden hesaplanması durumunda, prime esas kazancın alt sınırından daha düşük olabilecektir. Dolayısıyla da, her iki işten elde edilecek kazançlar nedeniyle ödenecek sosyal sigorta primleri, prime esas kazancın alt sınırı üzerinden ayrı ayrı hesaplanacaktır. Bu durumun adaletli bir sonuç olduğunu söyleyebilmek ise mümkün değildir. Nitekim, haftalık toplam çalışma süresi ve aldığı toplam ücret aynı olan, ancak, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi için, kısmi süreli iş sözleşmelerine dayalı olarak çalışan diğer işçiye göre daha az sosyal sigorta primi ödenecektir. Buna karşılık, söz konusu bu durum, ileride yapacağımız açıklamalarda da üzerinde durulacağı üzere, her iki işçinin sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısının hesaplanmasında, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi lehine bir sonuç da ortaya çıkarmayacaktır. Ancak, yukarıda da değindiğimiz üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, 506 sayılı Kanun döneminde uygulanan 16-318 sayılı Ek Genelgesi, 5510 sayılı Kanun ile yasal düzenleme haline getirilmiş ve günün belirli saatlerinde çalışan kısmi süreli sigortalıların, ay içerisindeki çalışma saatlerinin toplanarak, günlük yedibuçuk saatlik çalışma süresi üzerinden tam süreli çalışmaya dönüştürülmesini öngörmüştür. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirmede, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında günlük kazanç yönünden fark kalma-

yacağından, yukarıda belirttiğimiz tarzda bir sorun da yaşanmayacaktır. Ancak, bu uygulama, aşağıda açıklanacak olan prim ödeme gün sayısı yönünden kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler aleyhine büyük sorunlar ortaya çıkaracaktır. Bu nedenle, sosyal sigorta tekniğine dayalı bir sosyal güvenlik sisteminde, nimet külfet dengesinin gözetilmesi gerektiği de göz önünde bulundurularak, prime esas kazancın alt sınırının uygulanmasında, asgari ücret uygulamasında olduğu gibi, prime esas günlük kazancın, normal günlük çalışma saatleri göz önünde bulundurularak, saat başına düşen miktarı belirlenmeli ve sigortalının kazancının bu sınırın altına inip inmediği gözetilmelidir¹². Böylece, günde birkaç saat çalışan bir işçi için, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler gibi sosyal sigorta primi ödenmesinin de önüne geçilmiş olacaktır.

Bu konu ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek olan bir diğer sorun da, prime esas kazancın üst sınırının uygulanması ile ilgili olarak gündeme gelecektir. Gerçekten de, kısmi süreli iş sözleşmelerine dayalı olarak birden fazla işyerinde çalışan bir işçinin, prim matrahına dahil olacak kazançları, çalıştığı her bir işyeri açısından ayrı ayrı değerlendirilip prim tahsil edileceğinden, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin ödeyeceği toplam prim, yasada öngörülen üst sınır üzerinden hesaplanacak prim miktarını aşabilecektir. Dolayısıyla, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi açısından ödenecek olan sosyal sigorta primi, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan ve aynı ücreti alan bir işçi için ödenecek olan prim miktarından daha fazla olabilecektir. Bu durum, prime esas kazancın alt sınırına ilişkin uygulamada olduğu gibi, sosyal sigorta tekniğine dayalı bir sosyal güvenlik sisteminde kabul edilebilir bir durum değildir. Ancak, 5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun gibi, prime esas kazancın üst sınırına ilişkin olarak karşılaşılabilecek böyle bir durumda, prime esas kazancın üst sınırı üzerinden hesaplanacak sosyal sigorta prim miktarı ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi için ödenecek toplam sosyal sigorta primi arasındaki farkın, sigortalının talep etmesi üzerine, sigortalıya hissesi oranında geri ödeneceğini öngörmüştür (m. 82 / son). Bu durumda, sigortalı, fazla ödemedeki işveren payını isteyemeyecektir. Ancak, konuya ilişkin yasal düzenleme, aynı imkanı işverene tanımamıştır. Dolayısıyla, işverenler, fazladan ödedikleri primleri geri alamayacaklardır. Bu durum adil olmadığı gibi, üst sınır uygulamasıyla güdülen amaca da uygun değildir¹³. Bu

¹² Centel, Kısmi Çalışma, 82.

¹³ Güzel / Okur / Caniklioğlu, 297; Tuncay / Ekmekçi, 158.

nedenle, bu konuda işçilere tanınan imkanın işverenlere de tanınması yerinde olacaktır.

4447 sayılı Kanun, işsizlik sigortası primi konusunda, 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını öngörmüştür (4447 sayılı Kanun m. 49 / V; 5510 sayılı Kanun m. 104)). Bu nedenle, yukarıda prim matrahına dahil olacak kazançlar, prime esas günlük kazancın belirlenmesi ve prime esas kazancın alt ve üst sınırının uygulanması konularında yaptığımız açıklamalar, işsizlik sigortası primleri açısından da geçerli olacaktır.¹⁴

V. Kısmi Süreli Çalışmaya Dayalı Olarak Verilecek Sosyal Sigorta Ödenek, Gelir ve Aylığına Esas Günlük Kazancın Belirlenmesi

1. Gelir ve Ödeneklere Esas Günlük Kazancın Belirlenmesi

Sosyal sigorta kapsamında yapılan parasal yardımların amacı, sigortalıya ve hak sahiplerine ekonomik güvence sağlamaktır. Bu ekonomik güvence ise, ücret kaybının önlenmesi yoluyla sağlanacaktır¹⁵. Bu nedenle, daha önceki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, 5510 sayılı Kanun, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigorta kollarından verilecek olan ödenekler ile bağlanacak olan gelirlerin hesaplanması açısından da sigortalının günlük kazancını esas almıştır. İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında verilecek olan işsizlik ödeneği açısından da aynı yöntem benimsenmiştir (m. 50). O halde, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında verilecek olan ödenekler ile bağlanacak olan gelirler yönünden de önemli olan sigortalının günlük kazancının belirlenmesidir.

Gelir ve ödeneklere esas günlük kazancın belirlenmesi konusunda, 5510 sayılı Kanun'un 80, 82 ve 17. maddeleri esas alınacaktır (m. 17 / I). Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, Kanunun 80. maddesinde, sosyal sigorta primlerine esas olacak olan ücretler; 82. maddesinde, prime esas kazançların alt ve üst sınırı düzenlenmiştir. O halde, bu konulara ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar işsizlik ödeneği, ödenek ve gelirlere esas günlük kazançlar açısından da geçerlidir.

¹⁴ Karaman, 184 vd.

¹⁵ Bkz. Yazgan, Sosyal Sigorta, İstanbul 1977, 230 vd.; Dilik, Sosyal Güvenlik, Ankara 1992, 113 vd.; Güzel / Okur / Caniklioğlu, 427; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 225; Tuncay, Ekmekci, 323.

Kanun, gelir ve ödeneklerin hesabına esas tutulacak olan günlük kazancı, iş kazası veya doğumun olduğu yahut meslek hastalığı veya hastalık dolayısıyla iş göremezliğin başladığı tarihten önceki 12 aylık dönemin son üç ayı içinde 80. maddeye göre elde edilen ve sigorta primi hesabına esas tutulan kazançlar toplamının bu kazançlara esas prim ödeme gün sayısına bölünmesi suretiyle bulunacak kazanç olarak belirlemiştir (m. 17 / I). İşsizlik Sigortası Kanunu ise, 5763 sayılı Kanunla¹⁶ değişik 50. maddesinde, günlük işsizlik ödeneğini, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanacak olan ortalama günlük brüt kazancının %40'ı olarak belirlemiştir. Bu şekilde hesaplanan işsizlik ödeneği miktarının, 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen aylık brüt asgari ücretin %80'ini geçemeyeceği de ayrıca belirtilmiştir (m. 50 / I)¹⁷.

Sigortalının, son oniki aylık dönemde çalışmaması ve ücret de almaması durumunda ise, çalışmaya başladığı ay içerisinde iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle iş göremezliğe uğrarsa, verilecek ödeneklerin veya bağlanacak gelirlerin hesabına esas günlük kazanç, çalışmaya başladığı tarih ile iş göremezliğinin başladığı tarih arasındaki sürede elde ettiği prime esas günlük kazançlar toplamının çalıştığı gün sayısına bölünmesi suretiyle bulunacaktır. Çalışmaya başladığı gün iş kazasına uğraması durumunda ise, aynı veya emsal işte çalışan benzeri bir sigortalının günlük kazancı, verilecek ödeneklerin veya bağlanacak gelirlerin hesabına esas günlük kazanç olarak kabul edilecektir (m. 17 / II). İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından bağlanacak gelirlere esas tutulacak aylık kazanç, yukarıdaki hükümlere göre hesaplanacak günlük kazancın otuz katıdır (m. 17 / son). İşsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için, iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son yüz yirmi günlük sürede sürekli olarak çalışmış olmak gerektiğinden (m. 50 / II), işsizlik ödeneğine esas günlük kazancın hesaplanmasında böyle bir sorunla karşılaşılmayacaktır.

5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun gibi, prime esas günlük kazancın belirlenmesinden farklı olarak, prim, ikramiye ve bu nitelikteki kazançların, en fazla %50 oranında ödenek ve gelire esas günlük kazancı artırabileceğini öngörmüştür. Dolayısıyla, söz konusu kazançların bu orandan daha fazlası, ödenek ve gelire esas günlük kazancın belirlenmesinde dikkate alınmayacak-

¹⁶ RG.26.5.2008, 26887.

¹⁷ Bkz. Güzel / Okur / Caniklioğlu, 789; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 303; Tuncay / Ekmekçi, 521.

tır (m. 17 / a). Prime esas günlük kazancın belirlenmesinde getirilmeyen böyle bir sınırlamanın, ödenek ve gelire esas kazancın belirlenmesi noktasında getirilmesi, nimet külfet dengesine ve dolayısıyla da sosyal sigorta tekniğine uygun bir düzenleme değildir. Bu düzenlemenin, uygulamada sigortalı aleyhine sonuç doğuracağı ise açıktır¹⁸.

5510 sayılı Kanun 17. maddesinde, bu konuya ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkabilecek kimi ayrık durumları da düzenlemiş olmakla birlikte, ödenek ve gelire esas günlük kazancın belirlenmesi konusunda öngörülen temel düzenleme bu şekildedir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden bu konuda ortaya çıkabilecek olan ilk sorun, sigortalının, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak bir den fazla işyerinde çalışması halidir.

Gerçekten de, daha önceki açıklamalarımızda da ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz üzere, kısmi süreli iş sözleşmeleri, çalışma sürelerinin kısalığı nedeniyle, işçilere birden fazla işyerinde aynı anda çalışma imkanı veren sözleşmelerdir. Bu şekilde birden fazla işyerinde sigortalı olarak çalışan bir işçinin, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık veya analık durumu ile karşılaşılması durumunda, tam süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçilerde olduğu gibi, kendisine ödenek verilebilmesi veya gelir bağlanabilmesi için günlük kazancının belirlenmesi gerekecektir. 506 sayılı Kanun, bu konuda da, prime esas kazancın hesaplanmasında olduğu gibi, her bir işyerinden elde edilen kazançların, yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde, ayrı ayrı değerlendirileceğini ve bu şekilde ödenek ve gelirlere esas günlük kazancın bulunacağını öngörmüştü (m. 88 / VIII). 5510 sayılı Kanun m. 17 ise, bu tür bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak, 5510 sayılı Kanun'da da, gelir ve ödeneklere esas günlük ve aylık kazancın hesaplanmasında prime esas kazançlar esas alındığından, prime esas kazançların hesaplanmasında öngörülen düzenlemenin burada da geçerli olacağı ve 5510 sayılı Kanun m. 82 / son hükmü uyarınca, böyle bir durum ile karşılaşıldığında, kısmi süreli çalışan işçinin, çalıştığı her bir işyerinden aldığı ücretler yönünden ödenek ve gelire esas kazancı ayrı ayrı tespit edilecek ve daha sonra da bu kazançlar toplamak suretiyle, gelir ve ödeneklere esas toplam günlük kazancın bulunacağı söylenebilecektir. 4447 sayılı Kanun'da bu konuya ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 4447 sayılı Kanun'un 49 / V. mad-

¹⁸ Güzel / Okur / Caniklioğlu, 430.

desindeki düzenleme göz önünde bulundurularak, aynı hükmün, işsizlik ödeneğine esas günlük kazancın belirlenmesi konusunda da uygulanacağı söylenebilecektir.

Bu konuda karşılaşılabilecek ikinci sorun ise, prime esas kazancın alt ve üst sınırı ile ilgilidir.

Buna göre, özellikle kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak sadece bir tek işte çalışan bir işçinin elde ettiği kazançlar, prime esas günlük kazancın alt sınırının altında olabilecektir. Bu durumda, işçinin, bağlanacak gelir ve ödeneklere esas olacak günlük kazancı da prime esas günlük kazancın alt sınırının altında kalacaktır. Ancak, daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere, 5510 sayılı Kanun m. 80 / h, bu şekilde çalışan işçilerin aylık prim ve hizmet belgelerinin, aylık toplam çalışma sürelerinin, günlük yedibuçuk saat çalışma üzerinden, tam süreli çalışmaya dönüştürülerek hazırlanmasını öngörmüştür. Öngörülen bu sistem, uygulamada belirttiğimiz sorunun yaşanmasına engel olacaktır.

Benzer bir durum, prime esas kazancın üst sınırına ilişkin olarak da gündeme gelebilecektir. Nitekim, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak birden fazla işyerinde çalışan bir işçinin, çalıştığı her bir işyerinden elde ettiği kazançlar yönünden ödenek ve gelire esas günlük kazancı, prime esas günlük kazancın üst sınırının üzerine çıkabilecektir. Böyle bir durumda cevaplandırılması gereken soru, söz konusu işçinin ödenek ve gelirlere esas alınacak günlük kazancı, her bir işyerinden elde ettiği ödenek ve gelirlere esas günlük kazançları toplamı kadar mı olacaktır; yoksa, prime esas günlük kazancın üst sınırı, aynı zamanda gelir ve ödeneklere esas günlük kazanç olarak mı kabul edilecektir. Yukarıdaki açıklamalarımızda da üzerinde durduğumuz üzere, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak birden fazla işyerinde çalışan bir işçinin, prime esas kazancı, çalıştığı her bir işyeri açısından ayrı ayrı hesaplanacaktır. Dolayısıyla, prime esas günlük kazançların alt ve üst sınırı da her bir işyerinden elde edilen kazançlar yönünden ayrı ayrı uygulanacaktır. Ancak, bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bu şekilde çalışan bir işçi için ödenen sosyal sigorta primlerinin, prime esas kazancın üst sınırı üzerinden hesaplanacak sosyal sigorta primlerinden daha fazla olması durumunda, fazladan ödenen söz konusu prim miktarının, talep etmesi durumunda, hissesi oranında işçiye geri ödeneceğidir. 5510 sayılı Kanun'un bu düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, ister kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışsın, isterse tam süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalış-

sın, toplam ücretleri aynı olan iki işçinin ödeyecekleri sosyal sigorta primi de aynı olacaktır. O halde, sosyal sigorta yardımlarından yararlanma konusunda da her iki işçi arasında ayırım yapılmaması gerekmektedir. Bağlanacak olan ödenek ve gelirler yönünden bunu sağlamanın yolu, her iki işçinin ödenek ve gelirlere esas günlük kazancının aynı olmasıdır. Bu durumda, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak birden fazla işyerinde çalışan ve çalıştığı her bir işten aldığı ödenek ve gelirlere esas kazançları toplamı prime esas kazancın üst sınırından fazla olan işçi açısından, gelir ve ödeneklere esas günlük kazanç, prime esas günlük kazancın üst sınırı olarak kabul edilecektir. 4447 sayılı Kanun kapsamında verilecek olan işsizlik ödeneğinin miktarı ise, yukarıda da belirtildiği üzere, 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen brüt asgari ücretin %80'i ile sınırlandırılmıştır (m. 50 / I). Dolayısıyla, işsizlik ödeneği açısından, prime esas kazancın üst sınırı ile ilgili olarak yukarıda belirtildiği gibi bir durum söz konusu olmayacaktır¹⁹.

2. Aylığa Esas Günlük Kazancın Belirlenmesi

5510 sayılı Kanun, gelir ve ödeneklerin hesaplanmasında olduğu gibi, uzun dönemli sigorta kolları olan malullük, yaşlılık ve ölüm sigorta kollarından bağlanacak olan aylıkların hesaplanması konusunda da esas itibariyle sigortalının günlük kazancını esas almıştır (m. 27, 29, 33). Ancak, Kanun, gelir ve ödeneklerin hesaplanmasına esas günlük kazançtan farklı olarak, işçinin, tüm çalışma dönemi esas alınarak hesaplanacak olan ortalama günlük kazancının bağlanacak olan aylıkların hesaplanmasında dikkate alınacağını öngörmüştür.

Buna göre, sigortalının her takvim yılına ait prime esas kazancı, kazancın ait olduğu takvim yılından itibaren aylık talep tarihine kadar geçen takvim yılları için, her yılın gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenecek ve bulunan kazançlar toplanacaktır. Toplam kazanç, itibari hizmet süresi ile fiili hizmet süresi zammı hariç, toplam prim ödeme gün sayısına bölünecektir. Böylece sigortalının ortalama günlük kazancı bulunacaktır. Ortalama günlük kazancın 30 katı ise, ortalama aylık kazancı verecektir (m. 29 / II). Ortalama aylık kazancın aylık bağlama oranı ile çarpımı ise, bağlanacak olan aylığın miktarını ortaya çıkaracaktır.

¹⁹ Bkz. Güzel / Okur / Caniklioğlu, 789; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 303; Tuncay / Ekmekçi, 521; Karaman, 187 vd.

Öngörülen bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, aylıkların belirlenmesinde esas alınacak olan ortalama günlük kazanç, yıllar itibariyle elde edilen prime esas günlük kazançların ortalamasından oluşmaktadır. O halde, bağlanacak olan aylıklar konusunda da önemli olan ve açıklığa kavuşturulması gereken husus, prim matrahına dahil olacak kazançların belirlenmesi, sigortalının prime esas günlük kazancının hesaplanması ile prime esas kazancın alt ve üst sınırının uygulanmasıdır. Dolayısıyla, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden de, aylık bağlanmasına ilişkin olarak yaşanabilecek olan sorunlar bu konulara ilişkin olacaktır.

Bu nedenle, yukarıda, prim matrahına yönelik olarak yaptığımız açıklamalar, aylıklara esas ortalama günlük kazancın belirlenmesi konusunda da geçerlidir²⁰.

VI. Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısı

1. Sigortalılık Süresi

Sigortalılık süresi, 5510 sayılı Kanun'un 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalılık süresinin başlangıcı, sigortalının ilk işe giriş tarihidir. Sigortalılık süresinin sonu ise, Kurumdan tahsis talebinde bulunulan tarihtir. Tahsis talebinde bulunmayan sigortalılar açısından ise, ölüm tarihi sigortalılık süresinin sona erdiği tarihtir.

Kanunun bu düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, sigortalılık süresinin fiilen çalışılan ve prim ödenen süre ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Sigortalının, yukarıda belirttiğimiz dönem içerisinde çalışarak veya herhangi bir işte çalışmadan geçirdiği tüm süreler, sigortalılık süresine dahil olacaktır. Bu nedenle, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında bu konuda herhangi bir farklı durum söz konusu değildir. Sigortalılık süresi, her iki tür iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden de da aynı şekilde hesaplanacaktır. Nitekim, bu konuda ayırım yapmayı gerektiren haklı bir neden de bulunmamaktadır.

²⁰ Karaman, 192.

2. Prim Ödeme Gün Sayısı

Prim ödeme gün sayısı, işçilerin fiilen çalıştıkları ve ücret aldıkları günler ile fiilen çalışmamış bile olsalar ücret aldıkları günleri ifade etmektedir. Dolayısıyla, sigortalıların günlük kazançlarının hesabına esas tutulan gün sayıları, aynı zamanda sigortalıların prim ödeme gün sayılarını da gösterecektir (m. 80 / h).

Bu açıdan konuya yaklaşıldığında, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden bu konuya ilişkin olarak bir ayırım yapmanın herhangi bir haklı nedeni bulunmamaktadır. Tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden prim ödeme gün sayısı ne anlama geliyor ise, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden de aynı anlama gelmelidir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin bir işte veya birden fazla işte aynı anda çalışmasının da bu konuda herhangi bir önemi bulunmamalıdır.

Ancak, daha öncede belirttiğimiz üzere, 506 sayılı Kanun döneminde uygulanan 16-318 sayılı Ek Genelge hükümlerini yasal düzenleme haline getiren 5510 sayılı Kanun m. 80 / h, günün belirli saatlerinde çalışan işçilerin, ay içerisindeki her yedibuçuk saatlik çalışmalarının bir gün kabul edilerek aylık prim ve hizmet belgelerinin düzenlenmesini öngörmüştür. Bu durumda, örneğin, günde üç saat çalışan bir kısmi süreli işçinin, aylık prim ve hizmet belgelerindeki prim ödeme gün sayısı oniki olacaktır. Bu durumun, uygulamada yaratacağı en büyük sakınca ise, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak günün belirli saatlerinde çalışan ve başkaca bir işte de çalışmayan işçinin, sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmek için gerekli olan prim ödeme gün sayılarını tamamlamada yaşayacağı güçluktur. Örneğin, bu şekilde çalışan bir işçinin, yaşlılık aylığı için gerekli 7000 günlük prim ödeme gün sayısını tamamlayabilmesi için, 18 yaşında çalışmaya başlasa ve hiç ara vermeden çalışsa dahi, 67 yaşına kadar çalışması gerekecektir²¹.

Uygulamada yaşanabilecek bu tür sorunların ortadan kaldırılabilmesi için, daha önce de belirttiğimiz gibi, günlük çalışılan saate bakılmaksızın, tam süreli çalışanlarda olduğu gibi, ücret alınan her günün prim ödeme gün sayısından sayılması ve prime esas kazançların alt ve üst sınırının da, asgari

²¹ Şakar, Çalışanları Bekleyen Yeni Tehlike, 37.

ücrette olduğu gibi, günlük çalışma değil, bir saatlik çalışma esas alınarak belirlenmesidir.

Böylece, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin haftalık çalışma süresi, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre ne kadar az belirlenmiş olursa olsun, bu çalışma dolayısıyla ödenecek olan sosyal sigorta primi, hiçbir zaman bu konuda belirlenen yasal sınırın altına inemeyecektir. Aynı şekilde, kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı olarak birden fazla işte aynı anda çalışan bir işçinin ödeyeceği sosyal sigorta primi de, aldığı ücretler ne kadar yüksek olursa olsun hiçbir zaman bu konuda belirlenen yasal sınırın üzerine çıkamayacaktır. Haftalık çalışma süresinin alınacak olan ücrete, dolayısıyla da tahsil edilecek olan sosyal sigorta prim miktarına etkisi de, Kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde ve tam süreli iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçiler için geçerli olan oranda olabilecektir.

Bu nedenle de, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden, prim ödeme gün sayısının belirlenmesi konusunda herhangi bir farklılık yaratılmamalıdır²². Prim ödeme gün sayısına ilişkin bu açıklamalarımız, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu açısından da geçerlidir (m. 49 / V).

VII. Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Sosyal Sigorta Yardımlarından Yararlanması

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile İşsizlik Sigortası Kanunu, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin sosyal sigorta yardımlarından yararlanmaları konusunda özel düzenlemeler öngörmüş değildir. Bu nedenle, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler de, genel hükümlere göre, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler gibi sosyal sigorta yardımlarından yararlanacaklardır²³.

Nitekim, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile İşsizlik Sigortası Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri incelendiğinde, sosyal sigorta yardımlarından yararlanabilmek için aranan ve Sosyal Güvenlik Kurumu ile belli bir hukuki ilişki içerisinde olmayı öngören sigortalı kavramı, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı kavramları açısından aranan koşulla-

²² Karaman, 193 vd

²³ Centel, Kısmi Çalışma, 83.

rın, yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden farklı işlem yapmayı gerektiren nitelikte hükümler olmadıkları anlaşılmaktadır. Yine, sosyal güvenlik sistemimizin kapsama aldığı risklere ilişkin tanımlamalar yönünden de, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden farklı bir uygulamayı gerektiren herhangi düzenleme de söz konusu değildir.

Bu nedenle, gerek yararlanılacak sosyal sigorta yardımları, gerekse bu yardımlardan yararlanma koşulları bakımından, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden herhangi bir farklılığın olmadığı söylenebilecektir²⁴.

Sonuç

5510 sayılı Kanun kapsamında “sigortalı” sayılma açısından kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Sosyal Sigorta Hukuku yönünden bu konuya ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan sorun, sosyal sigorta hak ve yükümlülüklerini düzenleyen mevzuatın uygulanması ile ilgili olarak gündeme gelmektedir. Uygulamada ortaya çıkan sorunların nedenini ise, sosyal sigorta mevzuatının, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler düşünülerek hazırlanmış olması oluşturmaktadır.

Nitekim, 5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun gibi, sigorta primlerine esas kazançların belirlenmesi konusunda, iş sözleşmesi türlerine göre herhangi bir ayırım yapmamıştır. İşçi ve işveren arasında ne tür bir iş sözleşmesi yapılmış olursa olsun, sigorta prim matrahı belirlenirken, yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde sigorta primlerine esas kazançlar belirlenecektir. Dolayısıyla, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında da bu konuda herhangi bir fark bulunmamaktadır. Kısmi süreli çalışan işçilerin bir den fazla işveren yanında çalışmaları durumunda ise, çalışılan her bir iş açısından prim matrahı ve ödenecek primler ayrı ayrı hesaplanacaktır.

Prime esas günlük kazancının belirlenmesi konusunda da, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında ayırım yapmayı gerektiren herhangi bir neden bulunmamaktadır.

²⁴ Karaman, 195.

Haftalık çalışma süresindeki azalma ne şekilde yapılmış olursa olsun, yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz yasal düzenleme her iki sözleşme türü için de uygulama alanı bulacaktır.

Kanun, sigorta primine esas günlük kazançların alt ve üst sınırını belirlerken, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden ayrı bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle, söz konusu hükümler, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden de uygulama alanı bulacaktır. Bu durumun sonucunda ise, yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden miktar olarak daha fazla prim ödemesi söz konusu olabilecektir. Yasa koyucu, bu durumu engellemek için, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden özel bazı düzenlemeler getirmiş olmasına karşın, yapılan müdahalelerin yeterli olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Benzer sorunlar, gelir aylık ve ödeneklere esas günlük kazancın belirlenmesi konularında da yaşanmaktadır. Dolayısıyla, yapılan eleştirileri, bu konuları içine alacak şekilde değerlendirmek gerekmektedir.

Sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı yönünden ise, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden ayırım yapmanın herhangi bir haklı nedeni bulunmamaktadır. Tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı ne anlama geliyor ise, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler yönünden de aynı anlama gelmelidir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin bir işte veya birden fazla işte aynı anda çalışmasının da bu konuda herhangi bir önemi bulunmamalıdır. Bu konuda, sigortalılık süresi yönünden, yasal düzenleme de bu esası benimsemiş olmakla birlikte, yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere, prim ödeme gün sayısı yönünden farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu durumun hakkaniyete uygun olduğunu söyleyebilmek ise mümkün değildir.

Sosyal sigorta yardımları ve bu yardımlardan yararlanma koşulları bakımından ise, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ile tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Kaynakça

Centel, Tankut: Kısmi Çalışma, İstanbul 1992.

Dilik, Sait: Sosyal Güvenlik, Ankara 1992.

Güzel, Ali / **Okur**, A. Rıza / **Caniklioğlu**, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2012.

Şakar, Müjdat: Sosyal Sigortalar Uygulaması, İstanbul 2011.

Şakar, Müjdat: “Çalışanları Bekleyen Yeni Tehlike: Kısmi Süreli (Part-Time) Çalışmalar”, Yaklaşım, Haziran 2006.

Karaman, Mehmet Halis: Türk İş Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008.

Tuncay, A. Can / **Ekmekçi**, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.

Yazgan, Turan: Sosyal Sigorta, İstanbul 1977.

ANA BABANIN EĞİTİMİ DEVAM EDEN ERGİN ÇOCUĞA KARŞI NAFKA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Dr. K. Ali SONAT^(*)

Özet

Ergin çocuğun ana babadan eğitiminin devam etmesine dayalı olarak talep edebileceği nafakanın temelini TMK m. 328/II hükmü teşkil eder. Bu nafaka, türü itibariyle bakım nafakası niteliğinde olup, TMK m. 327 vd. hükümlerine tabidir. Bu hükümlere göre, ergin çocuk lehine nafakaya hükmedilebilmesi için, ana babanın bakım yükümlülüğünün erginlikten sonra devam etmesi bakımından gerekli koşulların yanı sıra nafaka davasına ilişkin koşulların da gerçekleşmesi gerekir. Erginlikten sonra bakım yükümlülüğünün devam etmesi, çocuğun eğitiminin erginlik anına kadar tamamlanmamış olmasına ve çocuğun masraflarını karşılamalarının ana babadan beklenebilir olmasına bağlıdır. TMK m. 38/II'de kastedilen eğitim, TMK m. 340/II uyarınca çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun olan genel ve mesleki eğitimidir. Ana babadan çocuğun bakım ve eğitim masraflarının karşılamalarının beklenebilir olması ise, somut olayda ana babanın gerek mali gücünün, gerek çocuk ile olan kişisel ilişkisinin bu fedakârlıkta bulunmalarını haklı kılacak düzeyde olması şeklinde anlaşılmalıdır. Nafaka davasına ilişkin koşullar kapsamında, davanın hak sahibi kişi tarafından açılmış olması zorunluluk arz eder. Kural olarak nafaka davası, çocuk ergin olduktan sonra bizzat ergin çocuk tarafından açılır. Öte yandan, çocuğun üstün yararı ilkesinden hareketle, çocuk ergin olmadan önce de, TMK m. 329 uyarınca açılacak bağımsız bir davada veya evlilik hukukuna göre açılmış bir davada iştirak nafakası adı altında, erginlikten sonrası için nafakaya hükmedilebilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Ergin Çocuk, Ana Babanın Bakım Yükümlülüğü, Nafaka Yükümlülüğü, Nafaka davası, Bakım Nafakası, İştirak Nafakası, Velayet, Çocuğun Eğitimi, Genel ve Mesleki Eğitim, Çocuğun malvarlığı.

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

Abstract

Article 328 paragraph 2 of Turkish Civil Code constitutes the basis of the contribution which the major child demands from his parents as the continue of his education. This contribution is to be considered as maintenance contribution by type and is ruled by provisions of article 327 cont. Civil Code. According to these provisions, to decide on contribution in favor of the major child, besides the fact that the parents duty of maintenance continue after majority, the conditions regarding to claim for contribution should also be fulfilled. The continue of the duty of maintenance after majority, depends on the condition that the education of the child has not yet completed and is conscionable for parents to meet the child's expenses. The education mentioned, is a general and vocational education that corresponds to the child's abilities and inclinations in accordance with TMK m. 340/II. Duty of maintenance after majority is conscionable for parents only if besides their financial power, also their personal relations with child is in a degree that justifies such devotion. Regarding to the claim for contribution, the condition to be examined relates to the right to sue. As a rule, after the majority, right to sue belongs to the major child. On the other hand, in accordance with the principle of best interest of the child, the contribution may also be ruled, even before the majority of the child, through an independent action on the basis of article 329 of Civil Code or as a part of an action regarding to the marital law under the name of spouses duty of contribution.

Keywords: *Major child, Parents duty of maintenance, Duty of contribution, Claim of contribution, Maintenance Contribution, Spouses Duty of Contribution, Parental care, Education of the child, General and vocational education, Property of the child.*

Giriş

Bilindiği üzere eğitim, kişinin, sağlıklı bir birey ve yurttaş olarak topluma katılması ve ekonomik bağımsızlığını elde etmesi bakımından vazgeçilmez bir süreçtir. Bu sebeptendir ki, kişinin eğitim almaya yönelik hakkı, temel bir hak olarak Anayasanın çeşitli maddelerinde düzenlenmiş¹, özellikle

¹ Eğitim hakkının tabi olduğu temel Anayasal ilkeler hk. bk. **Akyüz**, E.: Çocuk Hukuku, Ankara 2010, sh. 229 vd.; **Serozan**, R.: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, sh. 301.

“kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz” şeklindeki AY.m. 42 hükmü ile teminat altına alınmıştır. Çocuğun eğitim hakkı ise, önemine binaen, Anayasa’da² ve Uluslararası Hukukta³ zorunlu temel eğitim⁴ ilkesine yer verilmek ve genel çerçevesi çizilmek suretiyle düzenlenmiş, ayrıca – başta zorunlu temel eğitim olmak üzere – çocuğun bu haktan yararlanabilmesini sağlama ödevi, yasakoyucu tarafından, özel hukuk çerçevesinde ana babaya yüklenmiştir.

Ana babaya yüklenen bu eğitim ödevinin, nafaka hukukundaki yansıması ise, çocuğun eğitimi dolayısıyla ortaya çıkan bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasıdır. Yasakoyucu, soybağı ilişkisi temelinde, ana babaya, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü yüklemiştir. Bu yükümlülük, ana babanın çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğü ile somutlaşır. Ana babanın bu yükümlülüğünün zamansal sınırını ise, kural olarak çocuğun ergin olmak suretiyle hukuki bağımsızlığını elde etmesi teşkil eder⁵. Zira erginlik anına kadar çocuğun, kendisine ekonomik bağımsızlığını kazandıracak eğitim sürecini tamamlayacağı, bu anlamda hukuki ve ekonomik anlamda bağımsızlığını eş zamanlı olarak elde edeceği varsayılmaktadır. Buna karşın, çocuk ergin olmasına rağmen meslek eğitimini tamamlayamamış ise, hukuken bağımsızlığını kazanmış olmakla birlikte, bakım ve eğitim

² Zorunlu temel eğitim ilkesi Any. m. 42/V’te “İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur” hükmü ile ifade edilmiştir.

³ Uluslararası hukuk alanında çocuğun eğitim hakkını düzenleyen temel metin 20.11.1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesidir (BMÇHS). Sözleşme, Türkiye tarafından 09.12.1994 tarihinde onaylanmış olup, 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 28’inci maddesinde genel olarak eğitim hakkı düzenlenmiş olup, bu maddenin birinci fıkrası a bendinde, taraf devletlerin ilköğretimi herkes için zorunlu ve parasız hale getirmeleri öngörülmek suretiyle zorunlu temel eğitim ilkesi benimsenmiştir. Çocuğun eğitim hakkına ilişkin BMÇHS’de öngörülen düzenlemeler hk. bilgi için bk. **Akyüz**, sh. 35 vd.; **Serozan**, sh. 49 vd; **Grassinger**, G. E.: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, sh. 29 vd.

⁴ Zorunlu temel eğitimin esaslarına ilişkin temel düzenlemeyi 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu (METK) teşkil etmektedir. METK m. 7’ye göre “İlköğretim görmek her Türk vatandaşının hakkıdır.”; m. 22’ye göre “Mecburi ilköğretim çağı 6 – 13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter.” METK dışında, eğitim hakkı ve zorunlu temel eğitime ilişkin mevzuat kapsamında 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, İlköğretim Kurumları Yönetmeliği ve Milli Eğitim Bakanlığı Açık İlköğretim Okulu Yönetmeliği zikredilebilir.

⁵ TMK m. 328/I uyarınca ana babanın bakım yükümlülüğü kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar devam eder.

giderlerini karşılayacak başka gelir olanaklarından yoksun olduğu ölçüde, ana babaya ekonomik anlamda bağımlı olmaya devam edecektir.

Gerçekten de günümüzde, üniversite sayısının artmasına bağlı bir sonuç olarak yüksek öğrenim yapma olanağı yaygınlaşmış, bu da toplum genelinde ortalama eğitim süresinin uzaması sonucunu doğurmuştur. Örneğin üniversite eğitime başlayacak olan çocuk, ergin olduğu anda lise eğitimini ya henüz tamamlamış ya da üniversite eğitime yeni başlamıştır. Yüksek öğrenime dayalı olmayan diğer meslekler söz konusu olduğunda da, çoğu zaman eğitim süreci çocuğun ergin olmasından önce tamamlanmamakta, çocuk ergin olduktan sonra da devam etmektedir. Bu şekilde çocuğun, çoğu zaman ana babasının onayı ile başladığı eğitim sürecini tamamlayamadan ergin olması nedeniyle, ana babanın desteğinden mahrum kalması, onun eğitimini sürdürmesini fiilen olanaksız kıldığı ölçüde, çocuğa tanınan eğitim hakkının da işlevsiz hale gelmesi sonucunu doğurur. İşte bu sakıncayı önlemeye yönelik olarak, yasada, çocuğun eğitimi hakkının bir uzantısı ve gereği olarak, ergin çocuk lehine özel bir nafaka olanağı düzenlenmek suretiyle, ergin çocuğun, salt eğitiminin devam etmesine dayalı olarak, ana babadan nafaka talep edebilmesine olanak tanınmıştır.

Çalışmamızda, ana babanın ergin çocuğa eğitimin devam etmesine dayalı nafaka yükümlülüğü başlığı altında, esasen, ergin çocuk lehine nafakaya hükmedilmesinin tabi olduğu koşullar incelenecektir. Bu noktada ergin çocuğa karşı yükümlü olunan nafakanın türünün belirlenmesi, bu koşulların incelenebilmesi için bir ön sorun teşkil etmektedir. Zira nafakanın türü, onun tabi olduğu koşullar üzerinde doğrudan etkilidir. Keza, öğretide ve Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında ortaya çıkan farklı görüş ve tereddütler de, tabi olunan nafakanın türünün bir ön sorun olarak ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Öte yandan, ergin çocuğa ödenecek nafakanın kapsamının belirlenmesi, nafakanın ödenme koşulları, nafaka koşullarında değişiklik yapılması ve nafaka davası kapsamında gündeme gelebilecek geçici önlemler gibi konular ise, çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Keza, ana babanın nafaka yükümlülüğü ile ergin çocuğun ileri sürebileceği diğer nafaka talepleri ile olan ilişkisinin yanı sıra ana babanın nafaka yükümlülüğünün, kamu kurumlarının çocuğa sağlayacağı yardım edimleri ile olan ilişkisi de bu çalışmanın kapsamı dışındadır⁶. Bu açıklamalar ışığında, aşağıda öncelikle,

⁶ Bu konulara ilişkin olarak ayrıca bk. **Breitschmid**, P. / **Vetsch**, M.: Mündigenunterhalt (Art. 277 Abs. 2 ZGB) – Ausnahme oder Regel?, FamPra.ch 2005, sh. 471 vd.; **Büchler**,

eğitimi devam eden ergin çocuğun ana babasından hangi nafaka rejimi çerçevesinde nafaka talep edebileceği belirlenecek, daha sonra da, belirlenen bu nafaka rejimi çerçevesinde sırasıyla nafaka yükümlülüğünün tabi olduğu maddi ve şekli koşullar ele alınacaktır.

I. Nafakanın Türü

Bilindiği üzere her nafaka ilişkisinin temelinde yasanın ilgili hükmünden kaynaklanan bir yükümlülük bulunur. Diğer bir deyişle, somut bir edim olan nafakanın temelini, ilgili yasa hükmünde öngörülen soyut bir yükümlülük teşkil etmektedir. Nafakanın türünün belirlenmesi bakımından da, işte bu yasa hükmünde öngörülen ve nafakaya esas teşkil eden yükümlülüğün türünün dikkate alınması gerekir. Bu ilkedен hareketle TMK sisteminde nafaka yükümlülükleri, bakım ve yardım nafakası olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir⁷.

TMK'da düzenlenen bakım nafakaları, evlilik ilişkisine dayalı olarak eşler arasında veya soybağı ilişkisi temelinde ana baba ile çocuk arasında söz konusu olur. Eşler arasındaki bakım nafakasının temelini, evlilik birliği devam ederken veya boşanma ile sona erdikten sonra eşlerin karşılıklı olarak birbirlerinin geçimine katkıda bulunma yükümlülüğü teşkil etmektedir. Bu yükümlülük temelinde, evlilik birliği devam ederken veya boşanma veya ayrılık kararı ile birlikte eş lehine hükmedilen tedbir (TMK m. 169) ve yoksulluk nafakaları (TMK m. 175) eşler arasındaki bakım nafakasının görünüm biçimleridir⁸.

Ana babanın çocuğa karşı yükümlü olduğu bakım nafakaları ise, TMK m. 327'de öngörülen, ana babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini kar-

A. / **Schwenzer**, I.: Ausbildungsunterhalt für mündige Kinder – Bemerkungen zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts und Thesen, Dritte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2006, sh. 83 vd.; **Rumo-Jungo**, A.: Unterhalt für mündige Kinder: aktuelle Fragen, Recht 2010, sh. 69 vd.

⁷ **Bozovalı**, H. Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990, sh. 5 vd.; **Öztaş**, B.: Aile Hukuku, 5. B., Ankara 2004, sh. 706 vd.; **Akıntürk**, T. / **Karaman**, A. D.: Aile Hukuku, 13. B, 2. C, İstanbul 2011, sh. 444. Öğretideki diğer bir ayırım ise, ana babanın çocuğa karşı bakım nafakası ve onun uzantısı iştirak nafakası, hısımlar arasındaki yardım nafakası ve evlilik hukukuna özgü nafakalar şeklindedir. Evlilik hukukuna özgü nafakalar kapsamında ise, TMK m. 185, 186 uyarınca eşlerin birbirlerine ödeyeceği (bakım) evlilik nafakası, TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası ve TMK m. 175, 176 uyarınca ödenecek yoksulluk nafakası ayrı birer nafaka türü olarak zikredilmektedir. Bu ayırım için bk. **Serozan**, sh. 247.

⁸ **Serozan**, sh. 247; **Akıntürk** / **Karaman**, sh. 444. Bu nafaka türleri için ayrıca bk. **Bozovalı**, sh. 25 vd.

şılama yükümlülüğüne dayanır. TMK m. 327'ye göre, “Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır.” Ana babanın bu yükümlülüğü, soybağı ilişkisi temelinde ve velayet ilişkisinden bağımsız olarak mevcuttur⁹. Keza, ana babanın bu yükümlülüğünün varlığı, çocuğun kişisel malvarlığının durumundan da bağımsızdır¹⁰. Öte yandan yükümlülüğün konusunu çocuğun bakım ve eğitim giderleri teşkil ettiğinden, ödenecek nafakanın kapsamı da, – ana babanın ekonomik gücü dikkate alınarak – somut olayda çocuğun subjektif durumunun gerektirdiği bakım ve eğitim ihtiyaçlarına göre belirlenecektir¹¹. Bu yükümlülük temelinde, eşler arasında görülen bir boşanma veya ayrılık konulu davada veyahut eşlerin ortak yaşama son vermeleri üzerine, kısaca evlilik hukukuna dayalı açılmış bir dava kapsamında hükmedilen, öğretide ve yargı uygulamasında iştirak nafakası¹² olarak adlandırılan nafakanın yanı sıra, evlilik hukukuna göre açılmış bir dava söz konusu olmaksızın – TMK m. 329 temelinde – açılacak bağımsız bir davada hükmedilecek nafaka da, bakım nafakası niteliğindedir¹³.

⁹ **Bozovalı**, sh. 44; **Dural**, M. / **Öğüz**, T. / **Gümüş**, M. A.: Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2013, sh. 336; **Serozan**, sh. 243; **Akıntürk** / **Karaman**, sh. 400; **Baygın**, 120; Bu ilke ayrıca TMK m. 350/I'de “Velayetin kaldırılması halinde ana babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

¹⁰ **Baygın**, C.: Soybağı Hukuku, 1. B., İstanbul 2010, sh. 121. Çocuğun kendi bakım ve eğitim masrafını karşılayacak yeterli malvarlığının olması ana babanın TMK m. 327'den doğan bakım yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakla birlikte, çocuğun çalışma karşılığı elde ettiği yeterli geliri olduğu ölçüde ana babanın bakım yükümlülüğünün ortadan kalkacağı öğretide kabul edilmektedir. Bk. **Öztaş**, sh. 693; açık olmamakla birlikte karş. **Baygın**, sh. 121 vd.; **Bozovalı**, sh. 45. Bu konuda ayrıca bk. aşağı .. no'lu bölümdeki açıklamalar.

¹¹ **Bozovalı**, sh. 45; **Dural** / **Öğüz** / **Gümüş**, sh. 336; karş. **Serozan**, sh. 245.

¹² İştirak nafakasının uzantısı olarak, boşanma davası devam ederken veya eşler arasında ortak yaşama ara verme sürecinde çocuğun bakımını sağlamak üzere alınacak önlemler kapsamında – TMK m. 169 uyarınca – hükmedilecek nafaka ise öğretide ve uygulamada “tedbir nafakası” olarak adlandırılmaktadır. Bk. **Bozovalı**, sh.25 vd.; **Baygın**, sh. 121; **Serozan**, sh. 247.

¹³ Vurgulamak gerekir ki, uygulamada yerleşmiş olan ve öğretide de bazı yazarlarca benimsenen bir yaklaşım çerçevesinde, TMK m. 327 zemininde hükmedilecek her türlü nafaka yükümlülüğü, nafakaya evlilik hukukuna göre açılmış bir dava dolayısıyla hükmedilip hükmedilmediği gözetilmeksizin, diğer bir deyişle, nafakaya hükmedilen davanın niteliğinden bağımsız olarak, “iştirak nafakası” olarak adlandırılmaktadır. Bu yönde bk. **Baygın**, sh. 121, 123 vd. **Ruhi**, A. C.: Nafaka Hukuku, 2. B., Ankara 2005, sh. 137. Bize göre, evlilik hukukuna özgü açılmış bir dava söz konusu olmaksızın, bağımsız bir dava kapsamında hükmedilecek nafaka yükümlülüğü, TMK m. 327'ye dayanmakla birlikte, dava şartları itibarıyla TMK m. 329'a tabi olduğundan, iştirak nafakası olarak nitelendirilmemek gerekir. Nitekim öğretide bazı yazarlar tarafından bu ayırım gözetilmek suretiyle, ev-

Yardım nafakası ise, TMK m. 364 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup, TMK m. 364'te sayılan hısımların karşılıklı olarak birbirlerine yardım etme yükümlülüğüne dayanır. Bu nafaka türünde nafaka ilişkisinin taraflarını üstsoy ile altsoy veya kardeşler teşkil eder. Bu itibarla yardım nafakası, ana baba ve çocuk arasında da söz konusu olabilir. Öte yandan, TMK m. 364/III gereği, yardım nafakası, bakım nafakasına göre ikincil niteliklidir¹⁴. Nafaka alacaklısının nafaka talep edebileceği bir bakım yükümlüsü mevcut olduğu sürece öncelikle bu yükümlüden bakım nafakası hükümleri zemininde nafaka talep etmesi gerekir. Şu halde çocuğun nafaka talebi, ana baba tarafından bakım nafakası ile karşılanabildiği sürece, ana babadan veya diğer yardım yükümlülerinden TMK m. 364 uyarınca nafaka talep edilemez. Öte yandan ana babanın çocuğa karşı yükümlü olduğu bakım nafakasından farklı olarak, çocuk lehine yardım nafakasına hükmedilmesi, nafaka alacaklısı çocuğun yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşecek olması koşuluna bağlıdır¹⁵. Bu sebeple, ödenecek nafakanın miktarı da çocuğu yoksulluktan kuratacak, onun geçimi için zorunlu olan miktar ile sınırlı olacaktır¹⁶. Bu koşulun dolaylı sonucu ise, bakım nafakasından farklı olarak, yardım nafakası miktarının, çocuğun yaşayageldiği alışageldiği yaşam standardına göre değil, onun objektif anlamda zorunlu ihtiyaçlarına göre belirlenecek olmasıdır.

Ana babanın ergin çocuğa karşı, çocuğun eğitiminin devam etmesinden kaynaklanan nafaka yükümlülüğünün temelini ise, TMK m. 328/II hükmü teşkil etmekte olup, hüküm ana babanın bakım yükümlülüğünün süresine ilişkin genel kuralı koyan TMK m. 328/I hükmünün istisnası niteliğindedir¹⁷. Gerçekten de, TMK m. 328/I'de "*Ana babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder.*" denilmek suretiyle ana babanın bakım yükümlülüğünün kural olarak çocuğun ergin olması ile birlikte sona ereceği hükme

lilik hukukuna dayalı açılmış bir dava dışında hükmedilecek nafakanın genel olarak çocuk lehine bakım nafakası olarak ifade edildiği görülmektedir. Bu yönde bk. **Bozovalı**, sh. 6, 43 vd.; **Öztan**, sh. 612 vd.; **Serozan**, sh. 243 vd.

¹⁴ **Serozan**, sh. 246; **Akıntürk / Karaman**, sh. 447; **Baygın**, sh. 444.

¹⁵ **Dural / Ögüz / Gümüş**, sh.358; **Öztan**, sh. 712; **Serozan**, 246; **Baygın**, sh. 449 vd.

¹⁶ **Dural / Ögüz / Gümüş**, sh. 364; **Öztan**, sh. 718; **Baygın**, sh. 461.

¹⁷ **Hegnauer**, C.: Berner Kommentar, Bd. II/2/2/1, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 270-295 ZGB, Bern 1997, (Kıs. BK.), Art. 277, N. 23 vd; **Breitschmid**, P.: Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, (Art. 217-456 ZGB), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006, (Kıs. Basl. K), Art. 277, N. 5; **Piotet**, D.: Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-359 CC, Bale 2010. (Kıs. CR), Art. 277, N. 6; **Henriod**, V.: L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, Lausanne 1999, sh. 57 vd.

bağlanmış; TMK m. 328/II’de ise, “Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler” denilmek suretiyle, birinci fıkradaki genel kuralın istisnası düzenlenmiştir.

Bu hükmün uygulanmasına ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, ana babanın bakım yükümlülüğünün TMK m. 328/f. I uyarınca, erginliğin kazanılması ile kendiliğinden sona ereceği ifade edilerek, TMK m. 328/f. II zemininde hükmedilecek nafakanın, TMK m. 364 anlamında yardım nafakası olarak nitelendirildiği görülmektedir¹⁸. Buna karşılık, Türk ve İsviçre hukuklarında genel kabul gören görüş, TMK m. 328/II uyarınca ergin çocuk lehine hükmedilecek nafakanın bakım nafakası olduğu yönündedir¹⁹. Gerçekten de gerek TMK m. 328/II hükmünün kanun sistematigi içindeki yeri

¹⁸ “...Somut olayda davacı çocuk dava tarihi itibarıyla reşittir. Böylece TMK’nun 328/1. Maddesi gereğince iştirak nafakası son bulmuştur. Ne var ki, çocuk ergin olmasına rağmen eğitimi devam ettiğine göre, ana ve babanın eğitim sona erinceye kadar bakım, eğitim ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülükleri devam etmektedir. (TMK md. 328/2). Böylece bizzat reşit çocuk tarafından eğitimin devam ettiği açıkça belirtilerek açılan davadaki istem, TMK’nun 328/2. maddesi uyarınca 364/son maddesi kapsamında yardım nafakası verilmesine ilişkindir. O halde iştirak nafakasının artırılması yönündeki açıklama ve talep dikkate alınarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya uygun bulunmamıştır. Mahkemece, ... uygun bir miktar yardım nafakasına hükmedilmelidir.” Y. 3. HD., T. 02.03.2004, E. 2004/1445, K. 2004/1529 (KİBB). “... Davacı reşit olup, Üniversitede okuduğundan bahisle nafaka talebinde bulunmuş olduğuna göre, mahiyeti itibarıyla (TMK’nun 328/2 – 364/1 mad) istenilen nafaka yardım nafakası niteliğindedir. Mahkemece, yanlış nitelendirme sonucu “tedbir ve iştirak nafakası” olarak hüküm oluşturulması doğru değilse de, bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile, ... “dava tarihinden geçerli olmak üzere aylık 250.000.000 TL yardım nafakasının davalıdan alınarak davacıya verilmesine” sözlerinin yazılması suretiyle hükmün düzeltilmesine...”. Y. 3. HD., T. 23.02. 2004, E. 2004/1453, K. 2004/1195. (KİBB); “...Evlilik birliği içinde müşterek çocuk için hükmedilen tedbir nafakası, küçüğün reşit olduğu tarihte sona erer. Küçük reşit olmakla birlikte öğrenime devam ediyorsa bizzat kendisi TMK’nun 328/2 ve 364.maddeleri gereğince açacağı davada yardım nafakası talebinde bulunabilir. Mahkemece küçük için tedbir nafakasının 18 yaşını doldurduğu 21.03.2005 tarihine kadar hükmedilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir...” Y. 3. HD., T. 21.11.2005, E. 2005 / 12531, K. 2005 / 12163 (KİBB). Ayrıca bk. Y. 3. HD., T. 14.02.2008, E. 2007/19979, K. 2008/2019; Y. 3. HD., T. 07.10.2008, E. 2008 / 15718, K. 2008 / 16244. (KİBB). Kanımızca Yargıtay’ın bu tutumunun arka planında, 743 sayılı eMK’da, TMK m. 328/II’ye karşılık gelen bir düzenlemenin bulunmaması ve böyle bir özel düzenlemenin yokluğunda, eğitimi devam eden ergin çocuk lehine ana babadan yardım nafakası hükümlerine göre talepte bulunulmasının eMK’ya ilişkin Yargıtay uygulamasında yerleşmiş olmasıdır. Bu yönde bk. **Dural /Öğüz /Gümüş**, sh. 337 ve 337 no’lu dn.’taki açıklama.

¹⁹ **Bozovalı**, sh. 46; **Öztaş**, sh. 709; **Serozan**, sh. 245; karşı. **Baygın**, 445.

gerek içerik itibariyle ana babanın bakım yükümlülüğünün süresine ilişkin bir hüküm olması, bu sonuca varılmasını gerektirmektedir. Şöyle ki, yukarıda ifade edildiği üzere, ana babanın ergin olmayan çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğü, bakım nafakası niteliğinde olup, yükümlülüğün temelini TMK m. 327'de öngörülen ana babanın çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğü teşkil eder²⁰. TMK m. 328/II hükmü ise, TMK m. 327'den doğan yükümlülüğünün hangi koşullarda erginlikten sonra devam edeceğini öngörmektedir. Bu anlamda TMK m. 328/II'ye dayalı nafaka yükümlülüğü, ergin olmayan çocuğa karşı TMK m. 327'a dayalı nafaka yükümlülüğünün uzantısı niteliğindedir. Diğer bir deyişle, ana babanın ergin olmayan çocuğa karşı nafaka yükümlülüğü ile ergin çocuğa karşı olan nafaka yükümlülüğü arasında, yükümlülüğün dayandığı hukuki sebep bakımından fark yoktur. Salt çocuğun ergin olması da, nafaka yükümlülüğünün farklı bir nafaka rejimine tabi olmasını gerektirmez. Daha önce belirtildiği üzere, nafakanın türü açısından belirleyici olan, nafaka talebine esas teşkil eden yükümlülüğün türü olup, nafaka alacaklısının ergin olup olmaması bu nitelendirmede etkili değildir. Böyle bir sonuç kabul edilecek ve ergin çocuğun nafaka talebi yardım nafakası olarak nitelendirilir ise, nafakaya hükmedebilmek bakımından, TMK m. 328'de aranan koşullara ek olarak, çocuğun yoksulluğa düşmesi koşulunun da gerçekleşmesi gerekecektir. Öte yandan hükmedilecek nafaka miktarı da yalnızca çocuğu yoksulluktan kurtaracak bir miktar ile sınırlı olacağından, hükmedilen nafaka çoğu zaman çocuğun eğitim masraflarını karşılamaya yetmeyecek, bu da kanunkoyucunun TMK m. 328/II hükmü ile hedeflediği amacın gerçekleşmemesine yol açacaktır. Özetle TMK m. 328/II hükmünün gerek kanun sistematikindeki yeri gerek hükmün içeriği dikkate alındığında, bu hükme dayanan nafakanın, bakım nafakası olarak nitelendirilmesi gerekir. Yargıtay kararlarında benimsenen yaklaşımın aksine, çocuğun ergin olması, nafakanın türünde değişikliğe sebep olmamalı, TMK m. 328/II'ye dayalı hükmedilecek nafakanın, yardım nafakası olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmamalıdır.

II. Nafakanın Tabi Olduğu Koşullar

Yukarıdaki açıklamalarımızda, eğitimi devam eden ergin çocuğa karşı nafaka yükümlülüğünün, TMK m. 327 vd.'da düzenlenen bakım nafakası rejimine tabi olduğu sonucuna varıldığından, somut olayda nafakaya hükme-

²⁰ Bozovalı, sh. 43; Öztan, sh. 612; Serozan, sh. 243.

dilebilmesi bakımından da bu rejime ilişkin koşulların gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir. Bu koşullar esasen TMK m. 328/II’de öngörülen nafaka yükümlülüğünün maddi koşulları ve nafaka davasına ilişkin koşullar şeklinde iki başlık altında incelenebilir.

A. Nafakanın Maddi Koşulları: Erginlikten Sonra Ana Babanın Bakım Yükümlülüğünün Devam Etmesi

Daha önce ifade edildiği üzere ana babanın ergin çocuğa karşı nafaka yükümlülüğünün temelini çocuğun bakım ve eğitim masraflarının karşılanması yükümlülüğü teşkil etmektedir. Nafakaya hükmedebilmek bakımından bu yükümlülüğün erginlikten sonra da mevcut olması gerekir. Söz konusu bakım yükümlülüğünün devam etmesi için gerekli koşullar ise, TMK m. 328/II’de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ana babanın bakım yükümlülüğünün erginlikten sonra da devam etmesi, çocuğun ergin olmasına rağmen eğitiminin devam etmesi ve erginlikten sonra çocuğun bakım ve eğitim masraflarının karşılanmasının ana babadan beklenebilir olması koşullarının birlikte gerçekleşmiş olmasına bağlanmıştır. Yine bu hüküm uyarınca, bakım yükümlülüğünün devam etmesi için çocuğun ergin olması da gerekli ise de, erginliğin ne şekilde kazanıldığı, konumuz açısından önem arz etmediğinden, erginliğin kazanılması koşulunun ayrı bir başlık altında incelenmesine gerek duyulmamıştır.

1. Ergin Olduğu Halde Çocuğun Eğitiminin Devam Etmesi

Somut olayda TMK m. 328/II hükmünün uygulanması bakımından devam eden bir eğitimin mevcut olup olmadığı sorunu, çocuğun nafaka talep ettiği erginlik sonrasına ilişkin belirli bir eğitimden bağımsız şekilde yanıtlanamaz. Diğer bir deyişle, çocuğun eğitiminin TMK m. 328/II anlamında devam edip etmediği, nafakanın konusu olan eğitime göre belirlenebilir bir olgudur. Buna göre, çocuğun eğitiminin devam ettiğinin söylenebilmesi için, nafaka talep edilen eğitimin TMK m. 328/II hükmünün himaye ettiği türden bir eğitim olması gerekir. Çocuğun talep ettiği eğitim TMK m. 328/II hükmü anlamında bir eğitim teşkil etmiyor ise, çocuk ergin olduktan sonra fiilen bir eğitime devam etse dahi, ana baba açısından erginlikten sonra bakım yükümlülüğü doğuracak şekilde devam eden bir eğitimin varlığından söz edilemez. Nafaka talep edilen eğitimin bu madde kapsamında bir eğitim teşkil etmesinin ön koşulu ise, çocuğun erginlik anına kadar TMK m. 328/II hükmü an-

lamında bir eğitim almamış olmasıdır. Çocuk erginlik anına kadar TMK m. 328/II hükmü anlamında bir eğitim almış ise, çocuğun eğitimi tamamlanmış sayılır. Aşağıda sırasıyla bu iki koşul ele alınacaktır.

a) Çocuğun Ergin Olana Kadar TMK m. 328/II Hükmü Anlamında Bir Eğitim Almamış Olması

Çocuğun erginlik anı itibariyle TMK m. 328/II hükmü anlamında bir eğitim alıp almadığının belirlenebilmesi, bu eğitimin, başta kavram olmak üzere, içeriği, kapsamı ve ne şekilde seçilmesi gerektiği gibi konular yönünden incelenmesini gerektirir.

i. TMK m. 328/II Hükmü Anlamında Eğitim Kavramı

Bilindiği üzere erginlikten önce çocuk kural olarak velayet altındadır. Velayet altındaki çocuğun eğitimi ise, TMK m. 340'da düzenlenmiştir. Bu hükmün içeriği dikkate alındığında, eğitim kavramının, gerek çocuğun yetiştirilip, büyütülmesi ve terbiye edilmesi anlamında eğitime, gerek "formasyon" anlamında okul eğitimine karşılık gelecek şekilde kullanılmış olduğu görülmektedir²¹. TMK m. 328/II hükmü anlamında eğitimin ise, ana babanın bakım yükümlülüğünün devam edip etmemesi üzerinde etkili olduğu dikkate alındığında, "formasyon" anlamındaki eğitime karşılık geldiği kabul edilmek gerekir. Keza TMK m. 328/II'ye karşılık gelen mehaz İMK m. 277/II hükmünde²² "formasyon" teriminin kullanılmış olması da bu sonuca varılmasını haklı kılar. Gerçekten de, ana babanın ergin çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğü, çocuk ekonomik bağımsızlığını kazanmadığı sürece söz konusu olabilir. Çocuğa ekonomik bağımsızlığını kazandıracak eğitim ise, "formasyon" anlamındaki eğitimdir. Genel anlamda çocuğun yetiştirilmesi, çocuğa terbiye verilmesi anlamında eğitim ise, erginlikten sonra devam ettiği takdirde nafaka yükümlülüğü doğurabilecek türden bir eğitim değildir. Vurgulamak gerekir ki, TMK m. 328/II'de kullanılan anlamıyla eğitimden anlaşılması gereken, belirli bir okul veya meslek eğitimi

²¹ Grassinger, sh. 25.

²² TMK m. 328/II'ye karşılık gelen İMK m. 277/II, çocuk ergin oluncaya kadar "formasyonunu" tamamlayamamış ise şeklinde kaleme alınmıştır. Hükümde kullanılan "formasyon" teriminin, hükmün bugün yürürlükte olan halinde de "approprié" terimi eklenmek suretiyle muhafaza edildiği görülmektedir. İMK m. 277/II hükmünün kanuna eklenmesi ve geçirdiği değişiklikler hk. bk. Hegnauer, BK. art. 277, N. 5 vd.; Henriod, sh. 36 vd.

değil, erginlikten önce ilköğretim ile başlayıp meslek eğitimini de içine alacak şekilde birden fazla aşamadan oluşan bir eğitim sürecidir²³.

ii. Eğitimin İçeriği

Ana babanın “formasyon” anlamında eğitim sağlama yükümlülüğü TMK m. 340/II’de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ana baba, çocuğa genel ve meslek eğitim almasını sağlamakla yükümlüdür. Bu hüküm dikkate alındığında çocuğun eğitiminin erginlik anı itibariyle tamamlanmış sayılabilmesi için, kural olarak genel eğitimin yanı sıra bir meslek eğitimi de almış olması gerekir.

Genel eğitim, meslek icrasına yönelik olmayan, çocuğun kişiliğinin gelişimini sağlamaya yönelik genel kültür niteliğinde bilgilerin edinilmesi olarak tanımlanmaktadır²⁴. Genel eğitim öncelikle okul eğitimi anlamında, ilköğretim, ortaokul veya lise eğitimi kapsar. Okul eğitiminin yanı sıra, müzik, dil veya spor eğitimi de genel eğitim niteliğindedir²⁵.

Meslek eğitimi ise, kazanç sağlayıcı nitelikte belirli bir mesleğin icrası için gerekli bilgi ve becerilerin edinilmesi şeklinde tanımlanmaktadır²⁶. Bu tanımdan hareketle, meslek eğitimi olarak nitelendirilebilmek bakımından, eğitimin çocuğun geçimi için gerekli ekonomik olanakları sağlamaya uygun olması gerekir²⁷. Buna göre sınırlı sayıda olmamak üzere, meslek lisesi ve teknik lise, ortaöğretim düzeyinde; iki yıllık meslek veya teknik yüksek okulları ile dört yıllık eğitim fakülteleri veyahut üniversite eğitimi ise, yükseköğretim düzeyinde meslek eğitimine örnek teşkil eder. Öte yandan, öğretilen faaliyetin kazanç sağlayıcı olmasının meslek eğitimi teşkil etmesi bakımından tek başına yeterli olmadığı, kazanç sağlama özelliğinden başka, öğrenilen faaliyetin ilgili çevrede meslek olarak kabul görmesi ve uygulanabilmesi; söz konusu faaliyetin öğrenilmesi belirli bir okula devam edilmesini gerektirmesi; bu okulda söz konusu faaliyete ilişkin bilgilerin yanı sıra asgari bir genel eğitimin de veriliyor olması ve nihayet verilen eği-

²³ **Hegnauer**, BK. art. 277, N. 29.

²⁴ **Tschümperlin**, U.: Die elterliche gewalt in bezug auf die person des kindes, Freiburg 1989, sh. 256; **Henriod**, sh. 70.

²⁵ **Tschümperlin**, sh. 256.

²⁶ **Grob**, J.: Die familienrechtliche Unterhalts- und Unterstuetzungsansprueche des Studenten, Berne 1975, sh. 18.

²⁷ **Grob**, sh. 18.

timin bir diploma ile belgelendirilmiş olması koşullarının birlikte bulunması gerektiği ifade edilmektedir²⁸.

iii. Eğitimin Seçimi

Çocuğun eğitiminin erginlik anında tamamlanmış sayılabilmesi için, ana babanın, çocuğun genel ve mesleki eğitiminin seçimi bakımından da, velayet ilişkisinden doğan yükümlülüklerine uygun davranmış olması gerekir.

Bilindiği üzere, velayet altındaki çocuğun bakımı ve eğitimi hakkında kararların ne şekilde ve kim tarafından alınacağı, TMK m. 339'da düzenlenmiştir. TMK m. 339/I uyarınca, erginlikten önce çocuğun eğitimi konusunda karar alma yetkisi velayet hakkı sahibi ana babaya aittir. TMK m. 339/II'de ise, ana babanın çocuğa olgunluğu ölçüsünde hayatının düzenleme olanağı tanıyacakları, önemli konularda çocuğun düşüncesini göz önünde tutacakları öngörülmüştür. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda karar alma yetkisinin, çocuğu olgunluk ölçüsü ile sınırlı olacak şekilde, ana babaya ait olduğu kabul edilmek gerekir. Çocuk bakımı ve eğitimi ile ilgili konularda bizzat karar alabilecek olgunluğa eriştiği ölçüde, ana babanın çocuk adına bizzat karar alma yetkisi de ortadan kalkar²⁹.

Bu ilkeler çocuğun genel ve mesleki eğitiminin seçimi bakımından da geçerlidir. Kural olarak çocuğun alacağı genel ve mesleki eğitimi seçme yetkisi ana babaya aittir³⁰. Ana baba bu yetkiyi çocuğun menfaatine olacak şekilde kullanmakla yükümlüdür³¹. Öte yandan, çocuğun eğitimi, TMK m. 339/II anlamında önemli konu teşkil eder; ana baba çocuğun görüşünü almakla yükümlüdür. Bu noktada genel eğitim bakımından ana babanın seçim yetkisinin zorunlu temel eğitimin sonuna kadar devam edeceği kabul edilmiştir³². Mesleki eğitim bakımından ise, ana babanın çocuk yerine karar alma

²⁸ Bu tanımdan hareketle, vasıfsız işçi olarak fabrikada veya bir ticarethanede veyahut bir ofiste yardımcı olarak çalışılması meslek eğitimi olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bk. **Tschümperlin**, sh. 256; **Henriod**, sh. 70.

²⁹ **Grob**, sh. 21.

³⁰ **Hegnauer**, BK. art. 277, N. 37.

³¹ **Vez**, P.: Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-359 CC, Bale 2010, Art. 301, N. 5.

³² **Meier**, P. / **Stettler**, M.: Droit de la filiation, T. II: Effets de la filiation (art. 270 à 327 CC), 3éd., Zürich 2006, N. 486.

yetkisi, çocuk yeterli olgunluktan yoksun olduğu sürece ve ölçüde mevcuttur. Çocuk meslek seçimi konusunda yeterli olgunluğa eriştikten sonraki aşamada ise, ana baba ve çocuğun birlikte karar almaları gerekir³³. Bu süreçte ana babanın çocuğun meslek seçimi konusundaki etkisi, çocuğun yönlendirilmesi ve hatalı seçim yapmasının engellemesine yönelik tavsiyede bulunmakla sınırlıdır³⁴. Genel ve özellikle mesleki eğitimin seçiminde ana baba, çocuğun görüşünü dikkate almamış ise, çocuğun aldığı eğitim TMK m. 340/II uyarınca uygun bir eğitim teşkil etmez ve çocuğun eğitimi TMK m. 328/II anlamında tamamlanmış olmaz.

Vurgulamak gerekir ki, TMK m. 336/I’de öngörülen velayet hakkının birlikte kullanılması ilkesi gereği, velayet hakkına birlikte sahip olan ana baba, çocuğun alacağı eğitimi de birlikte seçmekle yükümlüdür. Velayet hakkı ana babadan yalnızca birine bırakılmış ise, velayet hakkı kendisine bırakılmayan taraf, velayet hakkına sahip olan tarafça yapılan seçimle bağlıdır. Öte yandan velayet hakkı ana babanın her ikisinden de alınarak, çocuk vesayet altına alınmış ise, çocuğun eğitimi seçme yetkisi atanacak vasiye ait olur. Bu olasılıkta da, ana baba, vasiinin seçimi ile bağlı olacaktır³⁵.

iv. Eğitimin Kapsamı

Eğitimin kapsamı ifadesinden, TMK m. 340/II uyarınca ana babanın çocuğa vermekle yükümlü olduğu genel veya mesleki eğitimin türü anlaşılmalıdır³⁶. TMK m. 340/II’de ana babanın sağlayacağı genel veya mesleki eğitimin, çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde olması gerektiği öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, çocuğun eğitiminin tamamlanmış sayılabilmesi için, erginlik anına kadar alınan genel ve mesleki eğitimin, tür itibariyle de uygun eğitim teşkil etmesi gerekir.

³³ **Hegnauer**, Die Dauer der elterlichen Unterhaltspflicht, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, sh. 19-35. (kıs. Unterhaltspflicht), sh. 25; **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 37; **Meier / Stettler**, N. 487. Öğretide bu sonuç şu şekilde gerekçelendirilmektedir: Mesleğini seçme hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir hak niteliğinde olmakla birlikte, bu seçim bakımından ergin olmayan çocuk, ayırt etme gücünden yoksun sayılmalıdır. Bu itibarla, meslek seçimi söz konusu olduğunda TMK m. 16/II hükmü uygulanmaz ve çocuk erginlikten önce bu hakkı yasal temsilcisinin rızası olmaksızın kullanamaz. Bu yönde bk. **Hegnauer**, Unterhaltspflicht, sh. 25.

³⁴ **Grob**, sh. 21; karşı. **Hegnauer**, Unterhaltspflicht, sh. 25.

³⁵ **Hegnauer**, BK. art. 277, N. 39.

³⁶ **Grob**, sh. 19.

Eğitimin uygunluğu, TMK m. 340/II uyarınca, öncelikle çocuğun yetenek ve eğilimlerine göre belirlenir³⁷. Çocuğun yetenekleri ile anlaşılması gereken, çocuğun objektif olarak tespit edilebilen bedensel, zihinsel ve ruhsal yatkınlıklarıdır. Çocuğun eğilimleri ise, onun karakterinin sübjektif yönü ile ilgili olup, bu anlamda çocuğun arzularına karşılık gelir³⁸. Çocuğun eğilimleri, meslek eğitiminin seçiminde, çocuğun yetenekleri ile uyumlu olduğu sürece dikkate alınır. Buna göre, çocuğun ilgi duyduğu ancak gerekli yeteneklere sahip olmadığı bir meslek eğitimi, çocuk için uygun eğitim teşkil etmez. Bununla birlikte, çocuğun yeteneklerine daha uygun bir meslek alanı mevcut olsa dahi, çocuğun daha az yetenekli olduğu fakat daha yoğun ilgi duyduğu meslek eğitimi çocuk için uygun eğitim sayılmalıdır³⁹. Bu anlamda, çocuğun bu isteğinin dikkate alınmamış olması, ana baba açısından yükümlülük ihlali teşkil etmez. Her ne kadar, hükümde çocuğun eğilimleri ifadesi kullanılmış ise de, ana baba, çocuğun eğiliminin olduğu tüm meslekleri araştırmak ve çocuğa birden fazla mesleki eğitim sağlamakla yükümlü değildir. Çocuğun birden fazla mesleki alana eğilimi var ise, ana babanın yükümlülüğü, bu alanlardan hangisinin çocuğun haklı beklentisine ve yetenek ve eğilimlerine en çok uyduğunu tespit edip, çocuğa bu alanda mesleki eğitim sağlamakla sınırlıdır⁴⁰.

Öte yandan, eğitimin uygunluğu konusunda TMK m. 340/I hükmünün de dikkate alınması gerekir. Bilindiği üzere, TMK m. 340/I'de ana babanın çocuğu olanaklarına göre eğitecekleri öngörülmüştür. Bu olanaklardan, ana babanın sahip olduğu gelir kaynakları ve entellektüel kapasitesi anlaşılması gerekir⁴¹. Öğretide, ana babanın genel eğitim yükümlülüğü açısından öngörülen bu ölçütün, TMK m 340/II'de öngörülen genel ve mesleki eğitim verme yükümlülüğü bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴². Bu hüküm uyarınca ana babanın genel ve mesleki eğitim verme yükümlülüğünün üst sınırını, onların sahip olduğu zihinsel ve mali olanakları teşkil eder⁴³.

³⁷ Tschümperlin, sh. 265; Hegnauer, BK. Art. 277, N. 31.

³⁸ Tschümperlin, sh. 265

³⁹ Tschümperlin, sh. 265.

⁴⁰ Grob, sh. 25.

⁴¹ Tschümperlin, sh. 202; Meier / Stettler, N. 459

⁴² Grassinger, sh. 26; Hegnauer, BK. Art. 277, N. 35.

⁴³ Tschümperlin, sh. 265; Henriod, sh. 68. Çocuğun eğitiminin karşılanmasının ana babanın mali olanaklarına uygun olması, erginlikten sonraki nafaka yükümlülüğünün bağımsız bir koşulu olarak ileride ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu konuda bk. aşa. II. A. 2. a. ii. no'lu kısımdaki açıklamalar.

Çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun olsa dahi, ana baba çocuğa, kendi olanakları ile karşılayamayacağı bir eğitimi vermekle yükümlü değildir. Bununla birlikte, çocuğun yetenek ve eğilimine uygun bir eğitimin ana babanın mali olanaklarına uygun olup olmadığı denetlenirken, esnek davranılması gerektiği öğretide ifade edilmektedir. Bu yaklaşım uyarınca, ana babanın, çocuğa, onun yetenek ve eğilimlerine uygun olan meslek eğitimini sağlamak için, mali olanaklarını sonuna kadar zorlamaları gerekir. Ana baba, mali olanakları yetmediği ölçüde, kamu kurumlarından burs vs. parasal yardımı da talep etmekle yükümlüdür⁴⁴. Ancak bu tür yardımlarla da karşılanamayan bir eğitim söz konusu olduğunda, ana babanın söz konusu eğitim bakımından yükümlü olmadığı kabul edilebilir⁴⁵.

TMK m. 340'da açıkça belirtilmemiş olsa da, öğretide bazı yazarlar tarafından, seçilen mesleğin gelecekteki çalışma koşullarının ve arz ettiği gelir potansiyelinin uygun eğitim teşkil etmek bakımından dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶. Bizim de katıldığımız öğretideki diğer bir görüşe göre ise, seçilen mesleğe ilişkin gelecekteki piyasa koşullarının, meslek seçimi sırasında objektif bir şekilde öngörülebilir olduğu ölçüde dikkate alınması gerekir⁴⁷. Bu görüş uyarınca, belirli bir meslekle ilgili öngörülere, seçilen mesleğin gelecekte iş olanağının olmayacağı objektif bir biçime anlaşılmadıkça, meslek seçiminde sınırlayıcı bir işlev atfedilmemelidir. Keza çocuğun birden fazla mesleki alana yeteneği ve eğilimi var ise, ana baba, bu alanlardan birinin diğerlerine göre daha çok iş olanağının mevcut veya daha fazla gelir sağlayacak olduğundan bahisle, çocuğu bu meslek eğitimini almaya zorlayamamalıdır⁴⁸.

⁴⁴ **Tschümperlin**, sh. 203, 265; **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 35; **Meier / Stettler**, N. 459; **Henriod**, sh. 68.

⁴⁵ **Tschümperlin**, sh. 203.

⁴⁶ TMK m. 340/II'den farklı olarak, İMK m. 302/II hükmü ana baba çocuğa, onun yetenek ve eğilimlerine mümkün olduğunca – soweit möglich / autant que possible – uygun bir genel ve mesleki eğitim sağlamakla yükümlüdür şeklinde kaleme alınmıştır. İsviçre öğretisinde, hükmün bu lafzından hareketle, ana babanın meslek seçiminde çocuğun yetenek ve eğilimlerinin dışında, ilgili mesleğe ilişkin piyasa koşullarının da dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu yönde bk. **Grob**, sh. 19.

⁴⁷ **Tschümperlin**, sh. 266; **Henriod**, sh. 68.

⁴⁸ **Meier / Stettler**, N. 474.

b) Çocuğun Ergin Olduktan Sonra Talep Ettiği Eğitimin TMK m. 328/II Anlamında Bir Eğitim Teşkil Etmesi**i. Eğitimin Başlangıç Anı Bakımından**

TMK m. 328/II hükmünün, “çocuk ergin olduğu halde eğitiminin devam etmesi” şeklindeki ifadesi, eğitimin tamamlanmamış olması bakımından erginlik anına atıf yapmaktadır. Kavramsal olarak, belirli bir an itibariyle bir sürecin tamamlanmamış olması, bu sürecin söz konusu andan önce başladığı anlamını içerir. Çocuk ergin olduğu anda tamamlanmamış bir eğitim de, erginlikten önce başlamış ancak erginlik anında henüz tamamlanmamış olan bir süreci ifade eder. Diğer bir deyişle TMK m. 328/II hükmünün sözü, ana babanın yükümlü olması için, çocuğun eğitimine ergin olmadan önce başlaması gerektiğine işaret etmektedir⁴⁹.

Öğretide, hükmün lafzından çıkan bu sonucun tatmin edici olmadığı, hükmün çocuğun yararına uygun olacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, hükmün uygulanabilmesi için, devam eden eğitimin çocuk ergin olmadan önce başlamış olması şart değildir⁵⁰. Ergin olduktan sonra meslek eğitimi almaya başlayan çocuk da, ana babadan TMK m. 328/II uyarınca nafaka talep edebilir. Gerçekten de TMK m. 328/II hükmü, uygulamada en sık rastlanan durum olan, erginlikten önce başlayıp, erginlik anında devam etmekte olan bir eğitim süreci esas alınmak suretiyle kaleme alınmıştır⁵¹. Bu itibarla, hükmün salt lâfzî yorumundan hareketle, eğitime erginlikten sonra başlayan çocuğun, ana babasından nafaka talep edemeyeceği sonucuna varılmaması, bu anlamda eğitimin erginlikten önce veya sonra başlaması arasında fark gözetilmemesi gerekir.

Bununla birlikte İsviçre hukukunda erginlikten sonra başlayan bir (mesleki) eğitimin nafaka yükümlülüğü doğurabilmesi açısından, söz konusu eğitimin, çocuğun erginlik anına kadar aldığı eğitim ile sıkı ilişki içinde olması⁵², başka bir ifade ile, erginlikten sonraki eğitimin, ana hatları ile de olsa çocuk ergin olmadan önce yapılan mesleki eğitim planının (*berufliche*

⁴⁹ Stettler, M.: L'obligation d'entretien des parents à l'égard d'enfants majeurs (art. 277 al. 2 CCS), ZVW 1982/1, sh. 9; Öztan, sh. 619.

⁵⁰ Öztan, sh. 619; Baygın, sh. 122.

⁵¹ Stettler, Entretien, sh. 134.

⁵² Meier / Stettler, N. 635.

lebensplan) bir parçası olması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³. Bu görüş uyarınca, TMK m. 277/II anlamında eğitim kavramı, somut ve belirli bir öğrenim sürecini değil, geniş anlamda mesleki yaşam planını ifade eder. Erginlikten sonra nafaka yükümlülüğünün doğumu için, mesleki eğitim planının erginlikten önce ana hatları ile de olsa belirlenmiş olması gerekir. Ancak çocuğun ergin olduktan sonra başladığı mesleki eğitim, erginlikten önce planlanmış bir eğitim olduğu ölçüde, ana babanın bakım yükümlülüğü erginlikten sonra devam eder. Bu görüşün Federal Mahkeme tarafından da benimsendiği anlaşılmaktadır⁵⁴.

Gerçekten de, hükmün bu şekilde kaleme alınmasının temelinde yatan düşünce, ergin olmadan önce, yetenek ve eğilimlerine, ana babanın ekonomik olanaklarına uygun bir mesleki eğitim almış olan çocuğun, erginlikten sonra alacağı ikinci bir mesleki eğitim sürecindeki bakım masraflarının karşılanmasını babanın yükümlülüğünün kapsamı dışında bırakmaktır⁵⁵. Bunun ötesinde yasakoyucunun amacı, ana babanın ergin çocuğa bakma yükümlülüğünü yalnızca eğitimine ergin olmadan önce başlayan çocuk ile sınırlandırmak değildir. Öte yandan nafaka talep edilen eğitimin erginlikten önce başlamış olması şart koşulduğu takdirde, birçok mesleki eğitim için başlangıç yaşının onsekiz olduğu ve kural olarak erginliğin onsekiz yaşın tamamlanması ile kazanıldığı dikkate alındığında, söz konusu mesleki eğitimler bakımından ana babanın bakım yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır⁵⁶. Şu halde öğretide ve yargı kararlarında da kabul edildiği üzere, TMK m. 328/II’de erginlik anına yapılan atfın eğitimin başlangıç anı bakımından belirleyici olmadığı sonucuna varmak gerekir. Diğer bir deyişle hükmün

⁵³ **Hegnauer**, *Unterhaltspflicht*, sh. 26.

⁵⁴ İsviçre hukukunda erginlik yaşının 18’e indirilmesine bağlı olarak, İMK m. 277/II hükmünde de değişiklik yapılmış, çocuğun eğitiminin devam etmesi yerine çocuğun erginlik anı itibarıyla “uygun bir eğitim almamış olması” koşulu öngörülmüştür. Bu değişikliğe rağmen Federal Mahkeme kararlarında, erginlikten önce ana hatları ile belirlenmiş bir mesleki eğitim planının ölçütüne bağlı kaldığı, bu anlamda nafaka yükümlülüğünün varlığı bakımından erginlikten sonra alınan eğitimin erginlikten önce yapılan mesleki eğitim planının parçası olması koşulunun arandığı görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararlar için bk. **Stettler**, M.: L’obligation d’entretien à l’égard des enfants majeurs, (Art. 277, Al. 2 CCS) – Evolution de la Jurisprudence et de la doctrine, ZBJV 1992, H. 3, Bd. 128, (kıs. Entretien), sh. 135 vd; **Forni**, R.: Die Unterhaltspflicht der Eltern nach der Mündigkeit des Kindes in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBJV 1996, Bd. 132, H. 6, sh. 434 vd.

⁵⁵ **Stettler**, *Entretien*, sh. 9.

⁵⁶ **Stettler**, *Entretien*, sh. 9.

uygulanabilmesi bakımından, devam eden eğitimin en geç erginlik anında başlamış olması gerekli olmayıp, ana babanın bakım yükümlülüğü, eğitimine ergin olduktan sonra başlayan çocuk bakımından da söz konusu olabilir. Öte yandan kanımızca, erginlikten sonra başlayan eğitimin, çocuk ergin olmadan önce öngörülmüş, planlanmış bir eğitim olması şart koşulmamalıdır. Zira, çoğu zaman çocuğun yetenek ve eğilimleri 18 yaşına kadar tam olarak belirgin hale gelmediğinden, erginlik anına kadar çocuğun mesleki tercihlerinin netleşmiş olması ve bu zeminde, ana hatları ile de olsa, ana baba ile birlikte çocuğun mesleki eğitimini planlanması mümkün olmayacaktır. Bu zorluk, erginliği evlenme veya mahkeme kararı ile 18 yaşından önce kazanmış olan çocuk bakımından evleviyetle mevcuttur⁵⁷. Öte yandan, istisnai durumlarda bu ölçütün nasıl uygulanacağı da belirsizdir. Özellikle, öngörülemeyen ve çocuğa isnat edilemeyen sebeplerle, planlanan mesleki eğitimi tamamlanmadığı veya meslek icra edilemediği takdirde, ana babanın yükümlülüğünün sona ermiş sayılıp sayılmayacağı sorunu ile karşılaşılır. Kanımızca eğitimin devam edip etmediği konusunda belirli bir ölçüte bağlı kalınmak yerine, somut olayda tarafların menfaat durumları üzerinden bir sonuca varılmalıdır. Bu noktada, öğretilde ifade edildiği üzere, çocuğun belirli bir meslek eğitimi açısından motivasyonu, bu eğitim için gösterdiği çaba ve çalışkanlık belirleyici ölçütler olarak dikkate alınmalıdır⁵⁸.

ii. Eğitimin Niteliği Bakımından

Çocuğun nafaka talep ettiği eğitimin, TMK m. 328/II anlamında bir eğitim teşkil ettiğinin söylenebilmesi için, söz konusu eğitimin ana babanın yükümlü olduğu nitelikte bir eğitim olması da gerekir. Nafaka talep edilen eğitimi bu nitelikte bir eğitim olup olmadığı hususu ise, talep anı itibariyle çocuğun tamamladığı eğitim aşamasında bağımsız olarak belirlenemez. Diğer bir deyişle ana babanın, erginlikten sonra talep edilen nitelikte bir eğitimi sağlamakla yükümlü olup olmadığının, çocuğun talep anındaki tamamlamış olduğu eğitim süreci de dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada eğitimin türü bakımından da bir ayırım yapılması gerekir.

⁵⁷ Stettler, Entretien, sh. 136.

⁵⁸ Stettler, Entretien, sh. 137.

aa) Genel Eğitim

Çocuk erginlik anına kadar genel bir okul eğitim almamış ise, TMK m. 328/II temelinde ana baba çocuğa yetenek ve eğilimlerine uygun genel bir eğitim sağlamakla yükümlüdür.

Ana babanın çocuğa genel okul eğitimi verme yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun dikkate alınması gerekir. Bu kanunun uyarınca zorunlu eğitim 8 yılı ilköğretim ve 4 yılı ortaöğretim olmak üzere toplam 12 yıldır⁵⁹. Çocuğun zorunlu eğitimi 4 yıllık ilkokul eğitimi ile başlar. Ana baba, çocuğun ilkokula devam edip etmemesine karar verme yetkisine sahip değildir. Çocuk 4 yıllık ilkokul eğitimi tamamladıktan sonra, 4 yıllık genel eğitim veren ortaokula devam etmek zorundadır⁶⁰.

METK’da, ilköğrenimini tamamlayan çocuğun, zorunlu eğitim kapsamında ortaöğretim kurumlarından birine devam edeceği öngörülmüştür. Buna göre ana baba, çocuğun meslek lisesi eğitimi veya genel lise eğitimi ni karşılamakla yükümlüdür. Bu aşamada ana babanın genel eğitim verme yükümlülüğünün devam edip etmediği, çocuğun yetenek ve eğilimlerine ve ana babanın maddi olanaklarına göre belirlenir. Yetenek ve eğilimleri dikkate alındığında yüksek öğrenime devam etmesi, çocuk için TMK m. 340/II hükmü anlamında uygun eğitim teşkil ediyor ise, ana baba çocuğun genel lise eğitimi de karşılamakla yükümlü olur. Bu noktada öğretide ana babanın genel eğitim verme yükümlülüğünün, çocuğun sonradan tercih edeceği meslek eğitiminden bağımsız olduğu, özellikle çocuğun yüksek öğrenime devam etmesinin, önceden verilen bir kararla olanaksız hale getirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, ergin çocuk, genel lise eğitimi ni tamamladıktan sonra, üniversite eğitimi almak yerine meslek okuluna

⁵⁹ 1739 sayılı METK m. 3: “Mecburi ilköğretim çağı 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsar. Bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter.”; m. 7: “İlköğretim; 1 inci maddede belirtilen amacı gerçekleştirmek için kurulmuş dört yıl süreli ve zorunlu ilkokul ile dört yıl süreli ve zorunlu ortaokuldan oluşan bir Milli Eğitim ve Öğretim Kurumudur.”; m. 26: “Ortaöğretim, ilköğretime dayalı, dört yıllık zorunlu, örgün veya yaygın öğrenim veren genel, mesleki ve teknik öğretim kurumlarının tümünü kapsar. Bu okulları bitirenlere ortaöğretim diploması verilir.”

⁶⁰ Milli Eğitim Temel Kanunu m. 25 uyarınca, 4 yıllık bir ilkokulu eğitimi tamamlayan çocuk, dört yıl süreli, zorunlu ve farklı programlar arasında tercihe imkân veren ortaokullar ile imam-hatip ortaokullarından birine devam etmesi zorunludur.

devam edecek olsa dahi, ana baba, maddi olanakları elverdiği ölçüde çocuğun genel lise eğitimini karşılamakla yükümlü sayılmalıdır⁶¹. Bununla birlikte, ergin çocuğun talep ettiği genel eğitimin mesleki bir amaca yönelmiş olması gerekir. Ana baba, hiçbir mesleki amaca hizmet etmeyen bir genel nitelikli bir eğitimi karşılamakla yükümlü değildir⁶².

Bilindiği üzere çocuğun okul eğitimi, devlet okullarının yanı sıra özel okul aracılığıyla da sağlanabilir. TMK m. 340/II uyarınca devlet okulunda verilen genel eğitim uygun bir eğitim teşkil eder. Bununla birlikte, öğretide, çocuğun devlet okulunda genel eğitim almamasını haklı kılan bir sebep mevcut olduğu takdirde, ana babanın ergin çocuğun özel okul eğitimini de karşılamakla yükümlü olacağı kabul edilmektedir⁶³.

Ergin çocuğun devam ettiği veya edeceği üniversite hazırlık kursu bakımından ise, öğretide ve yargı kararlarında⁶⁴ genel kabul gören görüş, ülkenin eğitim sistemi dikkate alındığında üniversiteye giriş bakımından üniversite hazırlık kursuna devam edilmesi konusunda fiili bir zorunluluk bulunduğu, bu itibarla ana babanın karşılamakla yükümlü olduğu genel eğitim kapsamına üniversite hazırlık kursunun da dahil sayılması gerektiği yönündedir. Bu yaklaşım uyarınca ana babanın ergin çocuğun üniversite hazırlık kursunu karşılamakla yükümlülüğü, gerek orta öğretim sırasında gerek orta öğretim tamamlandıktan sonra mevcuttur. Öte yandan öğretide, ana babanın bu yükümlülüğünün, gerek ortaöğrenim sırasında gerek çocuk mezun olduktan sonra bir eğitim yılı ile sınırlı olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵. Kanaatimizce Yargıtay'ın

⁶¹ **Tschümperlin**, 259.

⁶² Ana babanın, lise eğitimini tamamlayan çocuğun, hangi alanda yüksek öğrenime devam edeceğini belirlemeye yönelik yurt dışında alacağı dil kursu eğitimini TMK m. 340/II uyarınca karşılamakla yükümlü olduğu yönünde bk. **Henriod**, sh. 71.

⁶³ İsviçre hukukunda çocuğun dini inancının okul eğitimini özel okulda almasını haklı kılan bir sebep niteliğinde olduğu yönünde bk. **Tschümperlin**, sh. 258; **Henriod**, sh. 71.

⁶⁴ "...Davacı, 10.1.1985 doğumludur. Orta öğrenimini bitirmiş, yüksek öğrenime hazırlanmaktadır. Anne, baba yüksek öğrenim yapan veya yapmak isteyen çocuklarına uygun süre yardım etmek zorundadır. Türkiye'deki öğretim koşulları dikkate alındığında liseyi bitiren çocuğun kursa gitmesi zorunluluğunun bulunduğu kuşkusuzdur. Üniversiteye giriş için beklenmesi gereken makul sürede geçmemiştir. Dava tarihinde davacı henüz ergin olmuştur. O halde üniversite sınavlarına hazırlandığı belirlenen davacı için Türk Medeni Kanununun 364. maddesi koşulları olduğundan (davalının geliri de nazara alınarak) uygun yardım nafakasına hükümlenmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir..." Y. 3. HD. 08.03.2004, 1842 / 1768; Aynı yönde bk. Y. 3. HD. 21.07.2005, 8046/8241 sayılı ve Y. 3. HD 07.10.2008, 15718 / 16244 sayılı kararlar için bk. KİBB. Bu yöndeki benzer Yargıtay kararları için ayrıca bk. **Ruhi**, sh. 152 vd.

⁶⁵ Bu yönde bk. **Ruhi**, sh. 152 vd.

üniversite hazırlık kursuna ilişkin bu yaklaşımından hareketle, maddi olanakları elverişli olan ana babanın, üniversite sınavına hazırlanan ergin çocuğun özel ders masrafını da karşılamakla yükümlü olduğu sonucuna varılabilir.

bb) Mesleki Eğitim

Çocuk genel eğitimini tamamlamış ve ergin olduktan sonra bir meslek eğitimi almak istiyor ise, ana baba çocuğa, talep anı itibarıyla ortaya çıkmış yetenek ve eğilimlerine uygun bir meslek eğitimi sağlamakla yükümlüdür.

Ana babanın meslek eğitimi sağlama yükümlülüğünün kapsamı bakımından, bir yandan ana babanın maddi olanakları diğer yandan çocuğun kişisel yetenek ve eğilimleri belirleyicidir. Buna göre ana baba çocuğun ortaöğrenim veya yükseköğrenim düzeyinde temel bir meslek eğitimi almasını sağlamakla yükümlüdür. Çocuğa verilecek bu eğitimin kural olarak, çocuğun yetenek potansiyeli ile orantılı, onun bu düzeyde bir eğitim olması gerekir⁶⁶.

Uygun meslek eğitimi sağlama yükümlülüğü, ana babanın çocuğa, yetenek ve eğilimlerine en uygun eğitimi belirlemesi için düşünme ve bekleme süresi tanınmasını da kapsar. Bu itibarla, çocuk genel eğitimini tamamladıktan sonra, mesleğini belirlemek amacıyla eğitime ara vermiş ise, ana babanın TMK m. 340/II anlamında eğitim sağlama yükümlülüğü sona ermiş olmaz⁶⁷. Bu süreçte çocuğun, kazanç getirici bir faaliyette bulunmuş olması da, ana babanın eğitim yükümlülüğünü sona erdirmez. Keza eğitime ara verilmesinin, çocuğa yüklenemeyen, askerlik hizmeti, uzun süreli hastalık, kaza gibi sebeplerden kaynaklanmış olması halinde de, ana babanın yükümlülüğünün sona ermeyeceği evleviyetle kabul edilir⁶⁸. Söz konusu zorlayıcı sebep ortadan kalktıktan ana baba çocuğun devam ettiği eğitimi karşılanmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, çocuğun eğitime ara vermesi, herhangi bir haklı sebebe dayanmıyor, çocuğun salt kapisinden veya tembelliğinden kaynaklanmış ise veyahut çocuğun ara verdiği eğitime devam ettiği takdirde bunu

⁶⁶ **Tschümperlin**, sh. 260; **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 32; Bununla birlikte verilecek eğitimin çocuğun potansiyeline uygun olması gerekliliği, ana babaya çocuğun olası tüm yetenek ve eğilimlerini ortaya çıkarma ve bunların gerektirdiği fazladan mesleki eğitimleri de karşılama yükümlülüğü yüklemes. Bu konuda bk. aşağıda 19 no'lu dn.'a bağlı metindeki açıklamalar.

⁶⁷ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 84; **Henriod**, sh. 92.

⁶⁸ **Grob**, sh. 64; **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 84; **Henriod**, sh. 93.

tamamlaması olası gözüküyor ise, ana babanın eğitim sağlama yükümlülüğünün sona erdiği kabul edilebilir⁶⁹.

Çocuk, yetenek ve eğilimlerine uygun bir meslek eğitimi almış ise, öğretide genel kabul gören görüş, ana babanın TMK m. 340/II'de öngörülen yükümlülüğünün sona ereceği, bu andan sonra ana babanın, çocuğun talep ettiği ikinci bir meslek eğitimi (*Zweitausbildung*) karşılamakla yükümlü olmayacağı yönündedir⁷⁰. Bu görüş uyarınca, ana babanın bakım yükümlülüğü çocuk ergin olmadan önce var olan yetenek ve eğilimlerine uygun olan bir eğitime ilişkindir⁷¹. Çocuk bu eğitimi almış ise, ergin olduktan sonra keşfettiği yeni eğilimlerine uygun başka bir eğitimin masraflarının karşılanmasını ana babadan talep edemez⁷².

Kural bu olmakla birlikte, öğretide ve Yargı kararlarında ana babanın ikinci bir meslek eğitimi karşılamakla yükümlü olacağı istisnai durumların mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda ana babanın ikinci meslek eğitimi karşılama yükümlülüğü, talep edilen ikinci meslek eğitiminin tamamlanan meslek eğitimi ile zaman ve konu açısından bağlantılı olduğu, diğer bir deyişle iki eğitimin konu ve zaman açısından bütünlük arz ettiği durumlarda mevcuttur.

⁶⁹ **Grob**, sh. 64; **Henriod**, sh. 94. Karş. **Özta**n, sh. 621. Lise öğrenimine ara veren, evlenip boşanan ergin çocuğun lise eğitimine devam etmek için nafaka talep edemeyeceği yönünde bk. Y. 3.HD.'nin 14.06.2004 tarih ve 6816/6537 sayılı kararında sonucuna varılmıştır. Kanımızca bu karara konu olan somut olayda, ergin çocuğun nafaka talebinin reddedilmesinin temelinde, çocuğun lise eğitimini karşılamasının davalıdan beklenebilir olmaması yatmaktadır. Karar için bk. **Ruhi**, sh. 151 dn.56.

⁷⁰ **Grassinger**, sh. 32; **Baygın**, sh. 123; eİMK m. 277/II'ye ilişkin olarak bu yönde bk. **Tschümperlin**, sh. 261.

⁷¹ **Grassinger**, sh. 33; İsviçre hukukunda da, eİMK m. 277/II'ye ilişkin olarak, çocuğun ergin olduktan sonra ortaya çıkan yetenek ve eğilimlerinin dikkate alınmayacağı, çocuk yetenek ve eğilimlerine uygun bir eğitim almış ise, erginlik anından sonra keşfettiği yetenek ve eğilimlerine uygun ikinci bir meslek eğitimi talep edemeyeceği görüşü benimsenmektedir. Bk. ATF 115 II 123; **Henriod**, sh. 59. İMK m. 277/II bakımından ise, İsviçre hukuku öğretisinde hükmün çocuğun ergin olduktan sonra ortaya çıkan yetenek ve eğilimlerinin dikkate alınmasına sınırlı biçimde olanak verdiği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, ergin olduğu anda çocuğun mesleki tercihleri henüz şekillenmemiş ve herhangi bir mesleki eğitim almamış ise, İMK m. 328/II uyarınca ergin çocuğun talep edebileceği eğitimin belirlenmesinde, çocuğun erginlik anından sonra ortaya çıkan yetenek ve eğilimleri dikkate alınır. Buna karşın, çocuk ergin olduğu an itibarıyla yetenek ve eğilimlerine uygun olan bir mesleki eğitim almış ise, çocuğun bu andan sonra ortaya çıkan farklı yetenekleri veya eğilimleri, ana babanın nafaka yükümlülüğünü canlandırmaz. Bu yönde bk. **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 54, 54a; **Henriod**, sh. 60.

⁷² Bu yönde bk. **Grassinger**, sh. 33.

Konuya ilişkin bu bağlantı, öncelikle, çocuğun tamamladığı meslek eğitiminin aynı zamanda ikinci meslek eğitimi için hazırlık aşaması teşkil ettiği durumunda kabul edilmektedir⁷³. Örneğin meslek lisesi eğitimi, TMK m. 340/II anlamında meslek eğitimi olmasının yanı sıra, üniversite eğitimi bakımından genel eğitim niteliğinde bir hazırlık eğitimidir. Bu olasılıkta çocuk, sonradan yükseköğrenime devam etmek hedefiyle meslek lisesi eğitimi almış ve yetenekleri de yükseköğrenime devam etmesine uygun ise, ana baba çocuğun yükseköğrenimini de karşılamakla yükümlü olur⁷⁴. Vurgulamak gerekir ki, söz konusu bağlantının varlığı bakımından ikinci meslek eğitiminin erginlikten önce planlanmış olması zorunlu değildir⁷⁵. Örneğin maddi olanaklarının yetersiz olması nedeniyle erginlikten önce ikinci meslek eğitimi planlanmamış olan ana baba, bu sebeple çocuğa yeteneklerinin altında bir meslek eğitimi sağlamış ise, maddi olanakları sonradan yükseköğrenimi karşılamaya elverişli hale geldiği ölçüde çocuğun talep ettiği ikinci meslek eğitimi de karşılamakla yükümlü sayılmalıdır. Öğretide bu sonucun, ana babanın, çocuğun ileride yüksek öğrenime devam etmek isteyebileceğini hesaba katmaları gereken durumlarda da kabul edilmesi gerektiği, özellikle meslek seçimi esnasında çocuğun kapasitesinin yeterli olduğunun bilen ve maddi olanakları da uygun olan ana babanın, çocuğun sonraki yükseköğrenimini de karşılamakla yükümlü olması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶.

İkinci meslek eğitimi ile konusal bağlantı, eğitimi alınan mesleğin icrası bakımından, ikinci bir meslek eğitiminin tamamlanmasına ilişkin, bir yasal veya fiili bir zorunluluk söz konusu olduğunda evleviyetle mevcuttur⁷⁷. Örneğin, avukatlık mesleğinin icrası bakımından, avukatlık stajı zorunlu bir tamamlayıcı eğitim niteliğindedir. Bu itibarla ana baba, çocuğun ergin olmadan önce avukatlık yapmayı hedeflemiş olup olmadığından bağımsız olarak, hukuk fakültesini bitiren ve avukatlık yapmak isteyen ergin çocuğun, avukatlık stajını karşılamakla yükümlüdür⁷⁸. Keza asıl meslek eğitiminin önce-

⁷³ **Grob**, sh. 71; **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 73; **Henriod**, sh. 81.

⁷⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, ATF 107 II 476 sayılı kararında, ana babanın, ticaret meslek lisesini bitirmiş ergin çocuğun, ikinci bir meslek eğitimi olarak otelcilik meslek yüksekokulu eğitimi karşılamakla yükümlü olduğu sonucuna varmak suretiyle bu yaklaşımı benimsemiştir.

⁷⁵ **Grob**, sh. 72; **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 80.

⁷⁶ **Grob**, sh. 72; **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 80; **Henriod**, sh. 83.

⁷⁷ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 73;

⁷⁸ Öğretide ana babanın staj eğitimi karşılama yükümlü olması, Avukatlık Kanununda avukatlık stajı yapan kişiler için öngörülen çalışma engelinin öngörülmesi ve staj

sinde, temel bir meslek eğitiminin alınmasını gerektiren meslekler bakımından da bu sonucun kabul edilmesi gerekir.

Nihayet konuya ilişkin bağlantı, tamamlanan meslek eğitimini genişletici veya derinleştirici nitelikte ikinci meslek eğitimi bakımından söz konusu olabilir. Üniversite eğitimi bakımından Türk ve İsviçre hukuku öğretisindeki hâkim görüş ise, akademik eğitim sürecinde lisans eğitiminin⁷⁹ tamamlanmasının, ilgili mesleğin icra edilebilmesi ve ekonomik bağımsızlığın kazanılması bakımından gerekli ve yeterli aşamayı teşkil ettiği, bu itibarla ana babanın yükümlülüğünün lisans aşaması ile sınırlı olduğu, lisansüstü eğitiminin ana babanın yükümlülüğü kapsamına dâhil olmadığı yönündedir⁸⁰. Lisansüstü eğitiminin, ilgili meslek alanında daha fazla kazanç elde etme olanağı sağlayacak olması veya çocuğun kapasitesine uygun olması da, ana babanın lisansüstü eğitimi karşılamakla yükümlü olmasını gerektirmez⁸¹. Öte yandan ana baba, aşırı bir maddi yük teşkil etmediği sürece, çocuğun lisans

süresince stajyerlere verilen kredini geçimi sağlamaya yeterli olmamasına dayandırılmaktadır. Bu nedenle ana babanın bakım yükümlülüğü, mahkemede yapılan stajın ilk altı ayı bakımından mutlak olarak kabul edilirken, avukat yanında yapılan ikinci altı aylık staj bakımından, ergin çocuğun yanında staj yaptığı avukattan geçimini sağlamaya yetecek bir ücret almıyor olması şartına bağlanmaktadır. Bu yönde bk. **Ruhi**, sh. 154.

⁷⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, yayınlanmamış 25 Nisan 1991 tarihli ve 5C 182/90 sayılı kararında, yurt dışında 2,5 yıllık bir BBA (*Bachelor in Business Administration*) yükseköğrenim programını tamamlayan çocuğun aynı yüksekokulda yapmak istediği lisans sonrası eğitim kapsamında MBA (*Master in Business Administration*) eğitiminin, global bir eğitimin ikinci aşamasını teşkil ettiği gerekçesiyle ana babanın bu eğitimi karşılamakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Bu karar için bk. **Forni**, sh. 438. Söz konusu karara konu olan olayda, çocuğun BBA eğitimini tamamlamakla kazanç elde edebilir hale geldiği dikkate alındığında, çocuğun talep ettiği MBA eğitimine mesleğini icra ederken devam edebileceği, bu suretle ana babanın MBA eğitimini karşılamakla yükümlü sayılmaması gerektiği görüşünde bk. **Hegnauer**, BK. art. 277, N. 75a.

⁸⁰ **Öztan**, sh. 621; **Grassinger**, sh. 32; **Baygın**, sh. 123; **Grob**, sh. 119. Yargıtay 2. HD.'nin 21.04.2005, 4124 / 6578 sayılı kararında ise, yüksek lisans yapan ergin çocuğun nafaka talep edebileceği şeklinde aksi sonuca varılmıştır. Karar için bk. **Gençcan**, Ö. U.: Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008, sh. 1373. İMK m. 277/II'de yapılan değişiklikten sonra ise, çocuğun potansiyeli ve kapasitesi mevcut olduğu ölçüde tamamlayıcı nitelikte eğitim olarak ana baba çocuğa yüksek lisans veya doktora eğitimi de sağlamakla yükümlü sayılacağı görüşü baskın görüştür. Bu yönde bk. **Piotet**, CR. Art. 277, N. 9.

⁸¹ **Henriod**, sh. 78. İsviçre Federal Mahkemesinin 17 Nisan 1986 tarihli C 354/85 sayılı kararına konu olan olayda aksi sonuca varıldığı görülmektedir. Bu kararda Federal Mahkeme tarafından, 21 yaşında yönetici sekreterliği eğitimini tamamladıktan 1 yıl sonra, sanat tarihi alanında üniversite eğitimi almak için nafaka talep eden çocuk açısından, yönetici sekreterliği eğitiminin çocuğun yetenek potansiyelini tüketmediği, bu anlamda çocuğun eğitiminin tamamlanmış sayılmayacağı, ana babanın ikinci meslek eğitimini karşılamakla yükümlü olduğu sonucuna varılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesinin yayımlanmamış bu kararı hk. bk. **Forni**, sh. 436; **Henriod**, sh. 78 vd.

eğitimi devam ettiği sırada ileride çocuğun kazanç potansiyelini artırabilecek ikinci bir lisans eğitimini karşılamakla yükümlü olmasına engel görülmemelidir. Bu noktada, ikinci lisans eğitiminin başlangıç anı da, ana babanın yükümlü sayılıp sayılmaması bakımından dikkate alınması gerekir. Fazladan bir maddi yük teşkil etmese dahi, çocuk ikinci lisans eğitimine ilk lisans eğitiminin tamamlanmasına yakın bir zamanda başlamış ise, ana baba ikinci lisansı karşılamakla yükümlü olmaz⁸².

İkinci meslek eğitimini karşılama yükümlülüğü, ana babanın çocuk ergin olmadan önce velayet ilişkisinden doğan meslek seçimine ilişkin yükümlülüklerine aykırı davranmak suretiyle çocuğa uygun olmayan bir eğitim vermiş olmalarından da kaynaklanabilir. Bu sonucu doğuracak nitelikte bir yükümlülük ihlali öncelikle ana babanın, maddi olanakları elverişli olmasına rağmen, çocuğun istediği ve yeteneklerine de uygun olan bir alanda meslek eğitimi vermemiş olmaları durumunda mevcuttur⁸³. Keza ana babanın, çocuğa uygun bir meslek eğitimi mevcut ve maddi olanakları da bu eğitimi karşılamaya elverişli iken, çocuğun yetenek ve potansiyeline uygun olmayan başka bir eğitimi bizzat seçerek çocuğa dayatmaları, bu türden bir yükümlülük ihlali teşkil eder⁸⁴. Bu olasılıklarda ana baba, çocuğun gerçek yetenek ve eğilimlerine uygun ikinci bir meslek eğitimini karşılamakla yükümlü olur. Vurgulamak gerekir ki, ana babanın çocuğa daha çok kazanç sağlayabileceği veya potansiyeline daha uygun bir eğitimi sağlamamış olması, tek başına bu anlamda bir yükümlülük ihlali teşkil etmez. Bu noktada ana babanın meslek seçiminde çocuğu aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olup olmadığı önem arz eder. Ana baba çocuğun kendisine açıkça uygun olmayan bir mesleği seçmesine göz yummuş ise, çocuk gerçek yetenek ve eğilimine uygun olan ikinci bir eğitimini talep edebilmelidir⁸⁵. Buna karşın çocuk, ana babanın ikna çabasına rağmen, kendisine kısmen veya tamamen yeteneklerine uygun olamayan meslek eğitimini bizzat seçmiş ise, ana baba ikinci bir meslek eğitimini karşılamakla yükümlü olmamalıdır⁸⁶. Keza çocuğun aldığı meslek eğitiminin yeteneklerine uygun olmadığı sonradan anlaşıldığı durum bakımından da kategorik olarak ana babanın yükümlülüğünü ihlal

⁸² **Henriod**, sh. 75.

⁸³ **Grob**, sh. 73; **Piotet**, CR. Art. 277, N. 13.

⁸⁴ **Grob**, sh. 73; **Henriod**, sh. 84.

⁸⁵ **Tschümperlin**, sh. 261.

⁸⁶ **Grob**, sh. 73.

ettiği ve ikinci bir meslek eğitimini karşılamakla yükümlü olacağı söylene-
mez. Özellikle, çocuğun kişilik gelişimi geç tamamlanmış ve çocuğun mes-
lek seçimi anında mevcut olmayan yetenek ve eğilimleri ortaya çıkmış ise,
çocuğa başlangıçtaki yeteneklerine uygun bir eğitimi sağlayan ana baba,
ikinci bir meslek eğitimi ile yükümlü olmamalıdır. Bununla birlikte, çocuğun
yeteneklerinin fark edilmemiş olması ana babaya isnat edilebilen bir sebep-
ten kaynaklandığı takdirde, ana baba çocuğa uygun bir ikinci meslek eğitimi
sağlamakla yükümlü olur.

Nihayet, çocuk yetenek ve eğilimlerine uygun bir meslek almış olsa dahi,
sağlığının bozulması veya piyasa koşullarının değişmesi gibi öngörülemeyen
sebeplerle çocuğun mesleğini icra edememesi durumunda, ana babadan ikinci
bir meslek eğitimini karşılamalarını talep edebileceği kabul edilmektedir⁸⁷.

Vurgulamak gerekir ki, yukarıda belirtilen istisnai durumlarda, ana ba-
banın ikinci meslek eğitimini karşılamakla yükümlü olması bakımından
tamamlanan meslek eğitimi ile zamansal bağlantının da gözetilmesi gerekir.
Bu anlamda, ana babanın meslek eğitimi sağlama yükümlülüğü, ilk meslek
eğitiminden sonra çocuğun eğitim ihtiyacı devam ettiği sürece mevcuttur⁸⁸.
Çocuk ilk meslek eğitimini tamamladıktan sonra uzun süre boyunca bu mes-
leği icra etmiş ise, çocuğun meslek eğitimi ihtiyacının sona erdiği kabul
edilebilir. Bu anlamda, çocuk ikinci meslek eğitimini talep etmekte geciktiği
ölçüde ana baba, uygun meslek eğitimi sağlama yükümlülüğünden kurtul-
muş sayılmalıdır. İkinci meslek eğitiminin talep edilmesinde gecikmenin
mevcut olup olmadığı konusunda belirleyici olan, çocuğu yaşından çok, ilk
meslek eğitiminin tamamlanmasından sonra geçen zaman miktarıdır⁸⁹.

B. Çocuğun Bakım ve Eğitim Masraflarını Karşılmasının Ana Baba- dan Beklenebilir Olması

TMK m. 328/II uyarınca ana babanın bakım yükümlülüğünün çocuk er-
gin olduktan sonra devam etmesi, çocuğun bakım masraflarının karşılanma-

⁸⁷ **Hausheer**, H. / **Spycher**, A.: Handbuch des Unterhaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2010, N. 06.100; **Henriod**, sh. 96.

⁸⁸ **Grob**, sh. 73.

⁸⁹ **Grob**, sh. 73; zamansal bağlantının varlığı bakımından çocuk ergin olduktan sonra geçen sürenin de dikkate alınması gerektiği, buna göre temel meslek eğitimini tamamlamakta geciktiği ölçüde, ergin çocuğun tamamlayıcı eğitim talep etme hakkını kaybetmiş sayıla-
cağı görüşünde bk. **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 80.

sının ana babadan beklenebilir olması koşuluna bağlanmıştır. Ana babadan beklenebilirlik, somut olayın özelliklerinin ana babanın bakım yükümlülüğünün erginlikten sonra devam etmesini haklı kılması şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir deyişle, kural olarak ergin çocuğa ait olması gereken yükümlülük, somut olayın özellikleri haklı kıldığı ölçüde ana baba tarafından üstlenilecektir. Yasakoyucu, erginlikten sonra ana babayı ergin çocuğa bakımını üstlenmekle yükümlü kılmak bakımından, çocuğun eğitiminin devam etmesini tek başına yeterli bir olgu olarak kabul etmemiş, buna ek bir koşul olarak, çocuğun masraflarının ana baba tarafından karşılanmasının hakkaniyete de uygun olmasını aramıştır. Hakkaniyete uygunluk, TMK m. 4 hükmü zemininde hâkim tarafından somut olaydaki tüm durum ve koşullar birlikte dikkate alınarak belirlenecektir⁹⁰. Bu kapsamda, bakım masraflarının karşılanmasının maddi bir edim olması itibariyle, öncelikle somut olaydaki mali durum ve koşullar, çocuğun eğitimi ana babanın karşılamasını haklı kılmalıdır. Öte yandan, taraflar arasındaki kişisel ilişki bakımından da, çocuğun bakımını ana babanın karşılaması haklı sayılabilmelidir⁹¹. Biz bu başlık altında somut olaya ilişkin durum ve koşullardan yalnızca bu iki unsuru incelemekle yetineceğiz.

1. Tarafların Mali Gücü Bakımından

Bilindiği üzere erginlikten önce, ana baba çocuğa mali gücü ölçüsünde bakmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün mevcut olması için, ana babanın varlıklı olması gerekmez; ana babanın çalışma gücüne sahip olması yeterlidir⁹². Ergin olmayan çocuğun kendisine ait yeterli malvarlığının olması da, ana babayı bu yükümlülüğünden kurtarmaz⁹³. Keza erginlikten sonra, bakım yükümlülüğünün devam etmesi, ana babanın mali gücünün yeterli olmasını gerektirir. Ana babanın yeterli mali gücü yok ise, erginlikten sonra bakım yükümlülüğü devam etmez. Ergin çocuğun bakım ihtiyacı içinde olması ise, ergin çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılanmasının ana babadan beklenebilir olmanın ön koşulunu teşkil etmektedir. Zira erginlikle birlikte çocuk, hukuken bağımsız hale gelmiş olmasının bir sonucu olarak, bakım ve eğitim masraflarını kendi mali olanakları ile karşılamakla yükümlüdür.

⁹⁰ Hegnauer, BK. Art. 277, N. 89.

⁹¹ Hegnauer, BK. Art. 277, N. 88.

⁹² Baygın, sh. 121

⁹³ Öztan, sh. 616; Dural / Ögüz / Gümüş, sh. 336; Baygın, sh. 121.

a) Çocuğun Mali Gücü

Bilindiği üzere, erginlikten önce ana baba, TMK m. 327/I uyarınca çocuğun bakım ve eğitim masraflarını, kendi malvarlıklarından karşılamakla yükümlüdürler⁹⁴. Ana babanın bu yükümlülüğü çocuğun malvarlığından bağımsızdır⁹⁵. Diğer bir deyişle, çocuğun malvarlığının mevcut ve yeterli olması, ana babayı bu yükümlülükten kurtarmaz⁹⁶. Ergin çocuk ise, hukuki açıdan bağımsızlığını kazandığından, eğitim ve bakım masraflarını kural olarak kendi mali olanakları ile karşılamakla yükümlüdür. Ana babanın bakım yükümlülüğünün erginlikten sonra devam etmesi için, çocuktan, kendi mali olanakları ile eğitim ve bakım masraflarını karşılamasının beklenememesi gerekir⁹⁷. Çocuk eğitimi süresince bakım ve eğitim masrafını kendi mali olanakları ile karşılayabiliyor ise, ana baba, mali güçleri yeterli olsa dahi, bu masrafları karşılamakla yükümlü olmaz. Ergin çocuğun yükümlü olduğu mali katkının kapsamının belirlenmesi konusunda ise, ergin olmayan çocuğun mali gücünün ana babanın bakım yükümlülüğüne olan etkisi dikkate alınmalıdır.

⁹⁴ Akıntürk / Karaman, sh. 400; Baygin, sh. 121.

⁹⁵ Ergin olmayan çocuk bakımından, İMK m. 267/3'de ise, çocuğun, bakım masraflarını çalışma karşılığı elde ettiği geliri veya başka mali olanakları ile karşılamasının beklenebilir olduğu ölçüde, ana babanın bakım yükümlülüğünden kurtulacağı öngörülmüştür. Öğretilen bu hükmün ergin çocuğun bakımı açısından evleviyetle geçerli olacağı ifade edilerek, ana babanın İMK m. 277/II uyarınca erginlikten sonra bakım yükümlülüğünün devam etmesi için, çocuğun eğitimini kendi mali olanakları ile karşılayamayacak olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu yönde bk. Hegnauer, BK. Art. 277, N. 92; Henriod, sh. 130 vd.

⁹⁶ Çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılamaya yetecek malvarlığının bulunması ana babayı bakım yükümlülüğünden kurtarmasa dahi, bu yükümlülüğü hafifletebilir. Zira TMK m. 327/II'de, ana babaya, mali olanaklarının çocuğun bakım ihtiyaçlarını karşılamaya yetmemesi halinde, bu masrafları karşılamaya yönelik olarak, mahkemeden izin almak suretiyle çocuğun malvarlığının sermaye kısmından harcama yapabilme yetkisi tanınmıştır. Keza, TMK m. 356/II'de bu kural yinelenerek, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk söz konusu olduğunda, ana babanın hâkimden izin almak suretiyle çocuğun malvarlığının sermaye kısmını (özünü) sarf edebilecekleri öngörülmüştür. Bu iki hüküm birlikte okunduğunda, sarf edilmesi zorunluluğun bulunmasına ve mahkemeden izin alınmasına bağlı çocuğa ait malvarlığı değerleri, çocuğun malvarlığının sermaye kısmını teşkil eden değerlerden ibaret olduğu sonucuna varılmak gerekir. Malvarlığının sermaye kısmı dışında kalan değerlere ise, ana baba TMK m. 327/II anlamında bir zorunluluk söz konusu olmaksızın da müracaat edebilir. Bu kapsamda ana baba, TMK m. 355/I uyarınca çocuğun malvarlığının gelirini, TMK m. 356/I uyarınca da, çocuğun malvarlığının parasal nitelikteki sermaye kısmını, hâkimden izin alması gerekmeksizin, çocuğun bakım ihtiyaçları için sarf edebilir. Bu yönde bk. Serozan, sh. 270 vd; Baygin, sh. 122.

⁹⁷ Hegnauer, BK. Art. 277, N. 92; Piotet, CR. Art. 277, N. 17; Hausheer / Spycher, N. 06.107.

Erginlikten önce çocuğun malvarlığının ana babanın bakım yükümlülüğüne etkisi, Türk Medeni Kanunu sistemi çerçevesinde çocuğa ait malvarlığı değeri üzerindeki kullanma ve yararlanma yetkisinin ana babaya ait olup olmamasına göre farklılık arz etmektedir.

Kullanma ve yararlanma yetkisi ana babaya ait olan malvarlığı değerleri bakımından, ana baba TMK m. 355/I uyarınca bu malvarlığının gelirini, TMK m. 356/I uyarınca da parasal nitelikli olmak koşuluyla malvarlığı değerlerinin sermaye kısmını çocuğun bakımı için sarf etmeye yetkilidir. Bu husus TMK m. 356/I'de sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri parasal edimlerin çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Ana babanın çocuğun malvarlığındaki diğer sermaye unsurlarına başvurması ise, TMK m. 356/II uyarınca çocuğun bakım masraflarının karşılanması konusunda zorunluluğun bulunmasına ve hâkimden izin alınmasına bağlanmıştır.

Ana babanın yönetim ve kullanma yetkisine sahip olmadığı, diğer bir deyişle çocuğun serbest malları bakımından ise, TMK m. 359/II'de, ana babanın, kendileri ile birlikte oturan ve çalışma karşılığı gelir elde eden çocuktan bakım masraflarına uygun bir katkıda bulunmasını talep edebilecekleri öngörülmüştür. Öğretide bu kuralın, ana baba ile birlikte oturmeyen çocuk bakımından da uygulanması gerektiği, ana babanın kendilerinden ayrı yaşayan çocuktan da katkı talep edilebileceği ifade edilmektedir⁹⁸. Her iki durumda da, ana baba, çocuğun malvarlığından talep edebilecekleri katkı oranında bakım yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır⁹⁹.

Kanımızca bu noktada ergin olmayan çocuktan beklenebilir olan malvarlıksal katkı, çocuk ergin olduktan sonra kendi malvarlığından yapmakla yükümlü olduğu katkının asgari sınırını teşkil etmelidir. Zira çocuğun ergin olması, çocuğun bakımı ve eğitimi için yapılması gereken katkı açısından ana babanın durumunu kötüleştirmemesi gerekir. Bu kapsamda, ergin olmayan çocuğa ait olan ve ana babanın bakım yükümlülüğünü hafifleten tüm mali olanaklar, çocuk ergin olduktan sonra evleviyetle dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle erginlikten önce çocuğun sahip olduğu, bakım ve eğitimi için sarf edilebilir olan malvarlığı değerleri, erginlikten sonra çocuğun başvurmakla yükümlü olduğu asgari malvarlığı değerlerini teşkil eder.

⁹⁸ Öztan, sh. 693.

⁹⁹ Öztan, sh. 693.

Bu noktadan hareketle, ergin çocuk, çalışma karşılığı elde ettiği geliri, bakım ve eğitim masraflarını karşılamak üzere sarf etmekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle ergin çocuğun fiilen bir işte çalışmak suretiyle elde ettiği gelir, eğitim ve bakım masraflarını karşılamak bakımından yeterli olduğu ölçüde, ana baba bu masrafları karşılamakla yükümlü değildir. Keza, çocuk eğitime ara verip, bir süre çalışarak gelir elde etmiş ise, bu süreçte elde ettiği birikimin de, çocuğun yükümlü olduğu katkı kapsamında dikkate alınması gerekir¹⁰⁰. Öte yandan, çocuğun dikkate alınacak olan geliri kapsamına, varsayımsal gelir de dahildir¹⁰¹. Zira ergin çocuk eğitim ve bakım masraflarını karşılamak için, kendisinden beklenebilir olan tüm girişimlerde bulunmakla yükümlüdür. Buna göre, çocuk fiilen kazanç getirici bir işte çalışmıyor olsa dahi, eğitimi devam ettiği sırada bir işte çalışması kendisinden beklenebilir ise, çocuğun bu işten elde edebileceği varsayımsal kazanç oranında ana babanın bakım yükümlülüğü ortadan kalkar. Gelir getiren bir işte çalışmanın çocuktan beklenebilir olması için ise, söz konusu işte çalışmanın çocuğun aldığı eğitime engel teşkil etmemesi gerekir¹⁰². Çocuk üniversiteye devam ediyor ise, çocuğun yarı zamanlı bir işte veya tatillerde bir çalışma olanağına sahip olup olmadığı önem arz eder. Öte yandan çocuğun hangi alanda eğitim aldığına da dikkate alınması gerekir. Çocuğun süregelen eğitimi, uygulamaya yönelik bir eğitim olduğu ölçüde, bu eğitim ile bağlantılı bir kazanç sağlayıcı faaliyette bulunmasının kendisinden beklenebilir olduğu söylenebilir¹⁰³. Çocuk açık öğretime devam ediyor ise, kazanç sağlayıcı bir işte çalışmasının kendisinden beklenebilir olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Malvarlığının sermaye kısmında bulunan değerler bakımından ise, bir ayırım yapılmak gerekir. Çocuğun malvarlığından elde ettiği gelirler, kural olarak ergin çocuğun yükümlü olduğu katkı kapsamına dahil kabul edilmek gerekir¹⁰⁵. Zira öğretime de bu tür sermaye değerlerinin yedek nafaka niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. Çocuğun ergin olmasının, bu malvarlığı değerlerinin tahsis edildiği amaçta değişiklik yaratmaması gereklidir¹⁰⁶. Keza, ergin çocuk, malvarlığının sermaye kısmına dahil olan, sermaye biçimindeki öde-

¹⁰⁰ **Henriod**, sh. 140.

¹⁰¹ **Hegnauer**, N. 96; **Hausheer / Spycher**, N. 06.107; **Piotet**, CR. Art. 277, N. 17.

¹⁰² **Hegnauer**, N. 96;

¹⁰³ **Henriod**, sh. 138.

¹⁰⁴ **Henriod**, sh. 137.

¹⁰⁵ **Henriod**, sh. 135.

¹⁰⁶ **Henriod**, sh. 133.

meleri, tazminat ve benzeri parasal nitelikteki edimleri de, kendi bakım ve eğitim masrafları için sarf etmekle yükümlüdür¹⁰⁷. Bu sonuç, doğrudan doğruya çocuğun eğitiminin karşılanmasına yönelik yapılan parasal nitelikteki kazandırmalar bakımından evleviyetle kabul edilmek gerekir¹⁰⁸. Sonuç itibarıyla ergin çocuğun malvarlığında yer alan bu türden sermaye değerleri, çocuğun yükümlü olduğu katkı kapsamında yer alır¹⁰⁹. Malvarlığının geliri ve parasal nitelikli sermaye kısmı dışında kalan malvarlığı değerleri ise, kural olarak bu kapsama dahil değildir. Diğer bir deyişle, tıpkı ergin olmayan çocuğun durumunda olduğu gibi, ergin çocuk da malvarlığında bulunan bu değerleri bakım ve eğitim masrafları için sarf etmekle yükümlü sayılmamalıdır¹¹⁰. Bununla birlikte, somut olayda çocuğun malvarlığının sermaye kısmı, ana babanın mali gücüne oranla fazla ise, çocuğun bu malvarlığı değerlerini de paraya çevirmek suretiyle eğitimine sarf etmekle yükümlü olacağı öğretide kabul edilmektedir¹¹¹.

b) Ana Babanın Mali Gücü

Ergin çocuğun eğitimin karşılanmasının ana babadan beklenebilir olması, ana babanın yeterli mali gücünün varlığına da bağlıdır. Çocuğun eğitimi devam ediyor olsa dahi, ana babanın bu eğitimi karşılayacak düzeyde mali gücü yok ise, erginlikten sonra ana babanın bakım yükümlülüğü devam etmez¹¹².

Ana babanın mali gücünün varlığının kabul edilebilmesi öncelikle, bakım yükümlüsünün ergin çocuğun bakımı için gerekli katkıyı, yoksulluğa düşmeden sağlayabiliyor olmalarını gerektirir. Diğer bir deyişle ergin çocuğun bakım masrafının karşılanmasının ana babanın zarurete düşmesine, ekonomik varlığın tehlikeye girmesine ve geçim düzeyinin ergin çocuktan daha kötü duruma düşmesine yol açmaması gerekir. Ergin çocuğun eğitim ve bakım masrafını karşıladığı takdirde kendi temel yaşam ihtiyaçlarını karşılayamayacak olan ana baba ödeme gücüne sahip değildir. Öte yandan ödeme

¹⁰⁷ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 94.

¹⁰⁸ Örneğin ana baba veya bir üçüncü kişi tarafından çocuğun eğitimini karşılamak üzere çocuk adına bir banka hesabına yatırılan paranın bu nitelikte bir edim teşkil edeceği yönünde bk. **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 94; **Henriod**, sh. 133; **Piotet**, CR. Art. 277, N. 17.

¹⁰⁹ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 94; **Henriod**, sh. 133.

¹¹⁰ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 95.

¹¹¹ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 95.

¹¹² Bu yöndeki Y. 2. HD'nin 05.06.2003, 6627 / 8302 sayılı kararı için bk. **Ruhi**, sh. 120 dn. 574.

gücünün var olup olmadığına ilişkin değerlendirmede, ana babanın bakım yükümlülüğünün çocuğun ergin olması ile sona ermesinin kural, erginlikten sonra devam eden bakım yükümlülüğünün istisna olduğunun dikkate alınması gerekir. Buna göre, ergin olmayan çocuğun eğitimi için ana babadan beklenebilir olan katkı ile ergin çocuğun eğitimi için ana babadan beklenebilir olan katkı aynı değildir¹¹³. Bu yaklaşım, çocuğun uygun bir eğitim almasının, yeme içme, giyinme, barınma gibi temel yaşamsal ihtiyaçlardan biri olmadığı, bu nedenle de çocuğun uygun bir eğitim alması için ana babanın beklenebilir olan fedakârlığın daha sınırlı şekilde takdir edilmesi gerektiği düşüncesine dayandırılmaktadır¹¹⁴.

Bu noktada İsviçre hukukunda genel kabul gören görüş, boşanma nedeniyle ödenecek yoksulluk nafakası konusunda eşin ödeme gücüne ilişkin geliştirilen ölçütün esas alınmasıdır¹¹⁵. İsviçre Federal Mahkemesine göre, ana babanın ödeme gücünün varlığı, ergin çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli katkı miktarı düşüldükten sonra bakım yükümlüsünün asgari yaşam standardını sağlayacak bir gelire sahip olmasına bağlıdır¹¹⁶. Ödeme gücünün var olduğunun kabul edilebilmesi için, bakım yükümlüsünün gelirinin, yoksulluğa düşmemesi için gereken asgari gelir tutarını yaklaşık %20 oranında aşması gerekir¹¹⁷. Diğer bir deyişle, ergin çocuğa yapılacak katkı düşüldükten sonra bakım yükümlüsü, temel yaşam ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli miktarı yaklaşık %20 oranında aşacak bir gelire sahip değil ise, kural olarak ödeme gücünün mevcut olmadığı kabul edilir.

Ana babanın ödeme gücünün varlığının belirlenmesinde, kural olarak fiilen elde edilen gelir esas alınmalıdır. Erginlikten önceki bakım yükümlülüğünün aksine¹¹⁸, ana baba yetenek ve nitelikleri elverişli olsa dahi, çocuğun

¹¹³ Ergin olmayan çocuğun bakım ihtiyacı, temel yaşam ihtiyaçlarından kaynaklandığında, ana babadan bu ihtiyacı karşılamaya yönelik her türlü tedbiri alması beklenir. Buna karşın, ergin çocuğun eğitiminin temel ve yaşamsal bir ihtiyaç teşkil etmediğinden ana babadan bu ölçüde bir fedakârlıkta bulunmaları beklenmez. Bu konuda bk. **Grob**, sh. 32.

¹¹⁴ **Grob**, sh. 32.

¹¹⁵ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 103; **Forni**, sh. 441.

¹¹⁶ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 103; **Meier / Stettler**, N. 647; **Henriod**, sh. 142.

¹¹⁷ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 103; **Meier / Stettler**, N. 647; **Forni**, sh. 441; **Piotet**, CR. Art. 277, N. 19.

¹¹⁸ Erginlikten önceki dönemde, ana baba, çocuğun bakımını karşılamak üzere tüm mali olanaklarını kullanmakla yükümlüdür. Bu kapsamda ödeme gücünün varlığı bakımından, ana babanın yetenek ve eğilimlerine uygun bir işte çalışmak suretiyle elde edebileceği varsayımsal gelir dikkate alınır. Bu yönde bk. **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 102; **Henriod**,

eğitimini karşılamak üzere daha fazla gelir getiren bir işte çalışmakla yükümlü değildir¹¹⁹. Özellikle ana baba, çocuk ergin olmadan önce belirli bir çalışma standardını benimsemiş iseler, elde ettikleri fiili gelir yeterli olmasa dahi, çocuğun eğitimini karşılamak için daha fazla gelir elde edebilecekleri bir işte çalışmakla yükümlü olmaz. Kural bu olmakla birlikte, çocuğun ergin olması, ana baba açısından, süregelen çalışma ve gelir düzeylerini düşürmeleri için haklı sebep teşkil etmez. Özellikle çocuğun eğitimi erginlikten önce başlamış olmasına rağmen ana baba, çocuk ergin olduktan sonra çalışma düzenini değiştirmiş ve daha az gelir getiren bir işte çalışmaya başlamış ise, ödeme gücünün belirlenmesinde bakım yükümlüsünün nitelik ve yeteneklerine uygun bir faaliyette çalıştığı takdirde elde edilebileceği varsayımsal gelirin dikkate alınması gerekir¹²⁰. Keza, ana babanın bakım yükümlülüğünden kurtulmak amacıyla gelirini azalttığı veya gelirinin artmasını engellediği durumlarda da bu sonuca varılmalıdır¹²¹.

Ana babanın ödeme gücünün var olup olmadığının belirlenmesinde, somut olayın özelliklerinin de dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda ekonomik sebepler, bakım yükümlüsünden beklenebilir olan katkı miktarının azalmasına veya artmasına yol açabilir. Bakım yükümlüsünün sonradan önemli masraf yapma ihtiyacının veya geleceğe yönelik tasarruf yapma zorunluluğunun ortaya çıkması, bakım yükümlüsünden beklenebilir olan katkı miktarını azaltan olgular olarak dikkate alınır¹²². Buna karşın, bakım yükümlüsünün yakın zamanda gelirinin önemli ölçüde artacak olması, beklenebilir olan katkı miktarını artıran bir olgu teşkil edebilir¹²³. Öte yandan devam eden eğitimin özelliklerinin de, ana babadan beklenebilir olan katkı miktarı açısından dikkate alınması gerekir. Bu kapsamda öncelikle çocuğun meslek eğitiminin hangi aşamasında olduğu önem arz eder. Tamamlanması için az bir süre kalmış olan eğitim için ana babadan beklenebilir olan katkı miktarı, yeni başlayan ve tamamlanması uzun zaman alacak bir meslek eğitimi için beklenebilir olandan daha fazladır¹²⁴. Çocuk, erginlik anında devam eden

sh. 144. Yardım nafakasına ilişkin olarak bu yönde bk. **Baygın**, sh. 457. Tedbir nafakası açısından bu yönde bk. **Öztaş**, sh. 451.

¹¹⁹ **Henriod**, sh. 144.

¹²⁰ **Henriod**, sh. 145.

¹²¹ **Henriod**, sh. 145.

¹²² **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 104; **Henriod**, sh. 147.

¹²³ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 104; **Henriod**, sh. 147.

¹²⁴ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 106; **Piotet**, CR. Art. 277, N. 19.

meslek eğitimine ana babanın rızası ile ergin olmadan önce başlamış ise, beklenebilirlik bakımından çocuğun güveninin korunması gerekir. Bu olasılıkta çocuğun ergin olması, ana babanın süregelen katkı miktarından değişiklik yaratmaması gerekir¹²⁵.

2. Taraflar Arasındaki Kişisel İlişki Bakımından

Bilindiği üzere, TMK m. 326 uyarınca, ana babanın ergin olmayan çocuğa bakma yükümlülüğü, ana baba ile çocuk arasında kişisel ilişkinin varlığına veya niteliğine bağlı değildir. Ergin olmayan çocuk, ana babaya karşı aile hukukundan doğan davranış yükümlülüklerini ihlal etse dahi, ana babanın bakım yükümlülüğü devam eder¹²⁶. Bakım yükümlülüğünün erginlikten sonra devam etmesi ise, istisna teşkil ettiğinden, somut olayda ana babanın çocuğun eğitimini karşılamakla yükümlü olması için bakım yükümlüsünün ergin çocuk ile olan kişisel ilişkisinin, bu fedakârlıkta bulunmasını haklı kılacak nitelikte olması gerekir. Taraflar arasında bu nitelikte bir kişisel ilişkinin mevcut olup olmadığı ise, ergin çocuğun ve ana babanın karşılıklı tutum ve davranışlarının birlikte değerlendirilmesini gerektirir.

Ergin çocuğun tutum ve davranışlarının, gerek sürdürdüğü yaşam tarzı bakımından ana babanın değer yargılarına, gerek aile hukukundan doğan davranış yükümlülüklerine uygun olmalıdır.

Genel davranış yükümlülüklerine uygunluk ile ergin çocuğun toplumda genel kabul gören değerlere uygun bir yaşam sürdürmesi kastedilmektedir¹²⁷. Bu kapsamda ergin çocuğun, kendisine eğitimini karşılamak üzere verilen parayı başka yerlere sarf etmesi, aşırı borçlanarak servetini eritmesi veya haysiyetsiz bir yaşam tarzı içinde olması, ana babanın çocuğun bakımını karşılamayı reddetmesi açısından haklı sebep teşkil eder¹²⁸.

Ana babaya karşı olan davranış yükümlülükleri bakımından ise, TMK m. 322 hükmünün dikkate alınması gerekir. TMK m. 322'ye göre “*Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirle-*

¹²⁵ **Henriod**, sh. 147; **Piotet**, CR. Art. 277, N. 19.

¹²⁶ Bununla birlikte çocuğun aile hukukundan doğan davranış yükümlülüklerini ihlal etmiş olması, TMK m. 510 uyarınca mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil edebilir. Bk. **Reusser**, R.: *Unterhaltspflicht, Unterstützungspflicht, Kindesvermögen: Das Neue Kindesrecht*, BTJP 5, 1977, Bern 1978, sh. 63.

¹²⁷ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 127.

¹²⁸ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 127; **Henriod**, sh. 109.

rine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler.” Bu hüküm uyarınca çocuk, ana babaya, yardımda bulunma, anlayış ve saygı göstermekle yükümlüdür. Hükümde öngörülen davranış yükümlülükleri, ergin çocuk ile ana baba arasındaki ilişkide de geçerlidir¹²⁹. Ergin çocuk, bakım yükümlüsü ana babaya karşı olan bu yükümlülüklerini yerine getirdiği ölçüde, çocuğun eğitimini ve bakımını üstlenilmesi, ana baba açısından beklenebilir sayılır. Diğer bir deyişle, erginlikten sonra bakım yükümlülüğünün devam etmesinin ana babadan beklenebilir olması, ergin çocuğun, ana babaya karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş ve taraflar arasındaki kişisel ilişkinin çocuğun kusurlu sayılabilecek davranışları sonucu ana baba açısından çekilmez hale gelmediği ölçüde mümkündür¹³⁰. Ergin çocuk ana babaya karşı olan davranış yükümlülüklerini ihlal etmiş ise, bu olgu ana babanın bakım yükümlülüğünün sona ermesini haklı kılan bir sebep teşkil eder ve ana baba çocuğun eğitim ve bakım masrafını karşılamakla yükümlü olmaz.

Öte yandan öğretide, ana babanın ergin çocuğa bakmakla yükümlü sayılmaması için, somut olayda çocuğun davranışının ağır bir yükümlülük ihlali niteliğinde olması ve kişisel ilişkiyi ana baba açısından çekilmez kılmaması gerektiği ifade edilmektedir¹³¹. Çocuğun davranışı, taraflar arasındaki kişisel ilişkiye zarar vermiş olsa dahi, ağır bir yükümlülük ihlali niteliğinde olmadığı ölçüde, ana baba bakım yükümlülüğü bu davranıştan etkilenmez. Çocuğun davranışının somut olayda ana baba açısından çekilmezlik yaratıp yaratmadığının belirlenmesinde ise, ana babanın anlayışına, beklenti ve hassasiyetlerine göre sonuca varılması gereklidir¹³². Buna göre, çocuğun davranışının, ana babanın çocuğa vermek istediği terbiyeden, hayat görüşünden ve davranış modelinden önemli ölçüde sapmış olması bakım yükümlülüğünün devamını beklenilmez kılmak bakımından yeterlidir¹³³. Bununla birlikte söz

¹²⁹ **Grob**, sh. 52.

¹³⁰ **Grob**, sh. 55; **Reusser**, sh. 65.

¹³¹ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 130; **Hausheer / Spycher**, N. 06.115.

¹³² İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ergin çocuğun evli olan erkek ile evlilik dışı ilişki yaşıyor olmasının somut olayda ana babadan beklenebilirlik açısından dikkate alınması gereken bir olgu olduğu sonucuna varılmıştır. Bu karar için bk. **Henriod**, sh. 111.

¹³³ Örneğin, ana babanın, evlilik dışı ilişkinin hayat görüşleri ile bağdaşmadığı iddiası temelinde hâkimin ergin çocuğun nafaka talebini reddedebileceği yönündeki İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 111 II 413 sayılı kararı hk. bk. **Henriod**, sh. 111. Keza, ergin çocuğun vicdani reddi savunuyor olmasının ana baba açısından bakım yükümlülüğünün devam etmemesini haklı kılan bir sebep teşkil edebileceği yönünde bk. **Grob**, sh. 54.

konusu değerlendirmede, çocuğun kişiliğinin gelişmesi ve kendisine saygısını kazanması bakımından çocuğa tanınması gereken serbestliğin de dikkate alınması gerekir¹³⁴. Bu noktadan hareketle, İsviçre hukukunda, ergin çocuğun ana babanın isteklerini dikkate almadan hareket etmesinin, özellikle, çocuğun aile konutunu terk ederek evlilik dışı bir ilişki yaşaması veya ana babanın uygun bulmadığı bir evlilik yapmış olmasının veyahut çocuğun bakım yükümlüsü aleyhine suç isnat ederek şikâyette bulunması şeklindeki davranışının, ağır yükümlülük ihlali teşkil etmediği, bu itibarla bakım yükümlülüğünün devam etmesini beklenemez kılmayacağı sonucuna varıldığı görülmektedir¹³⁵.

Çocuğun hangi davranışlarının ağır yükümlülük ihlali teşkil edeceği konusunda öncelikle TMK m. 510'da düzenlenen mirasçılıktan çıkarma sebebi olarak düzenlenen durumlar dikkate alınabilir. Bilindiği üzere bu hüküm uyarınca mirasçının, mirasbırakana karşı ağır bir suç işlemesi veya aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi mirastan çıkarılma sebebi teşkil eder. Buna göre, somut olayda ergin çocuğun, ana babaya karşı saygı ve anlayış gösterme yükümlülüğünü mirasçılıktan çıkarılması sonucunu doğuracak ölçüde ihlal eden bir davranışının varlığı, aynı zamanda ana babadan nafaka talep edilmesine de engel teşkil edecektir¹³⁶. Keza ergin çocuğun ana babaya karşı bir suç işlemiş olması da ana babanın bakım yükümlülüğünün devam etmemesini haklı kılar¹³⁷.

Öte yandan, öğretilde, ana baba açısından beklenemezlik söz konusu olması için, taraflar arasındaki kişisel ilişkinin bozulmasının, münhasıran çocuğun davranışından kaynaklanmış olması ya da bu sonucun doğmasında çocuğun davranışlarının baskın sebep teşkil etmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁸. Zira TMK m. 322'de öngörülen davranış yükümlülükleri karşılıklı olup, bu anlamda ana baba, çocuğa, yardımda bulunma, anlayış ve saygı göstermekle yükümlüdür. Ergin çocuğun bakımının üstlenilmesi söz konusu olduğunda, bu hüküm zemininde ana babaya isnat edilebilecek bir yükümlülük ihlalinin varlığının, çocuğun kusurlu davranışının etkisini ortadan kaldı-

¹³⁴ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 132; **Henriod**, sh. 109.

¹³⁵ İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararları için bk. **Forni**, 443 vd.; **Henriod**, sh. 118; **Piotet**, CR. Art. 277, N. 16.

¹³⁶ **Grob**, sh. 53; **Henriod**, sh. 111; **Piotet**, N. 16.

¹³⁷ **Henriod**, sh. 111.

¹³⁸ **Hegnauer**, BK. Art. 277, N. 130; **Hausheer / Spycher**, N. 06.116; **Henriod**, sh. 109.

racağı kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, ana baba, ergin çocuk ile kişisel ilişki kurmak ve bu ilişkinin devam ettirmek için gerekli çabayı sarf etmemiş ise, taraflar arasındaki kişisel ilişkinin hiç veya gereği gibi olmadığından bahisle, ergin çocuğa bakmakla yükümlü olmadığını ileri sürememesi gerekir. Bu kapsamda ana ve/veya babanın çocuk ile kişisel ilişki kurmayı baştan ve götürü şekilde reddetmesi, ana baba açısından aile hukukundan doğan yükümlülüğün ağır ihlalini teşkil eder¹³⁹. Bu olasılıkta, çocuğa isnat edilebilir yükümlülük ihlali söz konusu olmadığından, ana baba kişisel ilişkinin hiç ya da gereği gibi olmaması nedeniyle çocuğun eğitimini karşılamalarının beklenebilir olmadığını ileri sürememelidir.¹⁴⁰

Ergin çocuğun ana baba ile kişisel ilişki kurmayı reddetmesi veya mevcut ilişkiyi kesmesinin, ana babanın bakım yükümlülüğüne etkisi de, bu ilkelere çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kural olarak ergin çocuk, bakım yükümlüsü ana veya baba ile kişisel ilişki kurmaya, onunla arasındaki gerilimi ortadan kaldırmaya yönelik asgari çabayı sarf etmekle yükümlüdür. Bu girişimlerden kaçınarak ana baba ile kişisel ilişki kurmayı reddeden veya herhangi bir sebep olmaksızın kişisel ilişkiyi kesen çocuk, ana babaya karşı olan davranış yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır. Bu olasılıkta ana baba, çocuğa karşı üstüne düşeni yapmış, aile hukukundan doğan davranış yükümlülüklerini yerine getirmiş olmak koşuluyla, çocuğun bakımını üstlenmeyi reddetmekte haklı sayılmalıdır¹⁴¹. Kural bu olmakla birlikte, bakım yükümlüsü ana babanın boşanmış veya haklarında ayrılık kararı verilmiş olması farklı bir sonuca varılmasını gerektirebilir. Zira bu olasılıkta çocuğun davranışının nitelendirilmesinde, boşanma veya ayrılık olgusunun çocukta yarattığı etkinin dikkate alınması gerekir. İsviçre hukuku öğretisinde genel kabul gören görüş uyarınca, ana babanın boşanması veya ayrılığı, çocuğun bakım yükümlüsüne karşı yoğun olumsuz duygular beslemesine neden olmuş ise, çocuğun kişisel ilişkiyi toptan reddetmesi, bakım yükümlülüğünü beklenebilir kılan bir davranış olarak nitelendirilmez¹⁴². Öte yandan bu değerlendirmede, ergin çocuğun yaşının da dikkate alınması gerekir. Zira çocuğun yaşı küçük olduğu ölçüde, kendisini boşanmanın yarattığı olumsuz duygulardan koruması güçleşeceğinden, kişisel ilişki kurmayı reddetmesi kusurlu davra-

¹³⁹ Rumo-Jungo, sh. 74.

¹⁴⁰ Rumo-Jungo, sh. 75.

¹⁴¹ Henriod, sh. 113.

¹⁴² Meier / Stettler, N. 651; Rumo-Jungo, sh. 74.

niş olarak nitelendirilmemek gerekir. Buna karşın, nafaka talebi esnasında çocuğun yaşı ilerlemiş olduğu ölçüde, çocuğun kendisini geçmişteki yaşanan olaylardan duygusal olarak koruma yeteneği artacağından, kişisel ilişkinin toptan reddinin kusurlu bir davranış teşkil edeceği kabul edilebilir¹⁴³.

Keza ergin çocuğun aile konutunu terk etmiş olmasının ana babanın yükümlülüğüne etkisi bakımından da, tarafların karşılıklı davranışları dikkate alınması gerekir. Ergin çocuk, herhangi bir geçerli sebep olmaksızın veya salt kendisine isnat edilebilen sebeplerle konutu terk etmiş ise, çocuk açısından bir yükümlülük ihlali teşkil eder ve ana veya baba, çocuğa bakmakla yükümlü sayılamayacağını ileri sürebilmelidir. Bununla birlikte, çocuğun konutu terk etmesinin temelindeki anlaşmazlığa, ana veya babanın kusurlu sayılabileceği davranışı yol açmış veya katkıda bulunmuş ise, ana baba yükümlülüğünün devam etmesinin kendilerinden beklenebilir olmadığını ileri sürememelidir¹⁴⁴. Bu aşamada ana babanın, çocuğu yeniden birlikte yaşamak için aile konutuna davet etmiş olsalar dahi, yeniden ana baba ile birlikte yaşama çocuktan beklenebilir değil ise, çocuğun konuta geri dönmemesi bir yükümlülük ihlali teşkil etmez¹⁴⁵.

C. Nafaka Davası Açılmasına Yönelik Koşullar

TMK m. 328/II'de öngörülen maddi koşullar mevcut olduğu takdirde, ana babanın çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğü çocuk ergin olduktan sonra da devam edecektir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik, ana baba ile ergin çocuk arasında öncelikle bir nafaka anlaşması yapılması söz konusu olabilir. Ana ve/veya baba, böyle bir anlaşmaya rıza göstermez ise, hakkın, dava yoluyla ileri sürülmesi zorunlu hale gelecektir. Vurgulamak gerekir ki, açılan davada nafakaya hükmedilmesi, ana babanın bakım yükümlülüğünü ergin çocuğa karşı nafaka borcuna dönüştürür. Bu davada nafakaya hükmedilebilmesi için ise, somut olayda TMK m. 328/II'de öngörülen maddi koşulların yanı sıra davaya ilişkin koşulların da mevcut olması gerekir. Bu koşullardan, nafaka davasının türü ve dava hakkının kime ait olduğu hususları, TMK m. 328/II hükmü zemininde talep edilen nafaka bakımından önem arz etmektedir.

¹⁴³ Rumo-Jungo, sh. 75.

¹⁴⁴ Meier / Stettler, N. 651; Rumo-Jungo, sh. 69.

¹⁴⁵ Rumo-Jungo, sh. 74.

Ana baba, kural olarak çocuk ergin olana kadar nafaka ile yükümlü olduğundan, bu yükümlülüğe ilişkin talebin nafaka davası yoluyla erginlik anından önce ileri sürülmüş olması esastır. TMK m. 328/II hükmü uyarınca nafaka yükümlülüğünün doğumu ise, çocuğun ergin olmasına bağlıdır. Nafaka davasının açılma anı ile erginlik arasındaki bu ilişki nedeniyle, TMK m. 328/II zemininde nafaka davası açılmasına ilişkin koşullar da, nafaka talebinin ileri sürüldüğü anda çocuğun ergin olup olmamasına göre farklılık arz edecektir.

1. Nafaka Talebi İleri Sürüldüğünde Çocuk Ergin İse

TMK m. 329’da çocuk ergin olduktan sonra talep edilecek nafaka bakımından dava hakkının kime ait olduğu düzenlenmiş değildir¹⁴⁶. Bu noktada, genel kural uyarınca dava hakkının nafaka alacaklısı konumundaki ergin çocuğa ait olduğu kabul edilmek gerekir¹⁴⁷. Çocuk ergin olmuş ise, nafaka davasının bizzat çocuk tarafından açılacaktır. Yargı kararlarında benimsenen görüş de bu yöndedir¹⁴⁸. Vurgulamak gerekir ki, TMK m. 329/III hükmü, ergin çocuğun dava hakkı bakımından evleviyetle uygulanır. Buna göre, ergin çocuğun, ayırt etme gücüne sahip olması yeterli olup, tam fiil ehliyetine sahip olması gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip ergin çocuk, velayet veya vesayet altında olsa dahi, dava hakkı yasal temsilcisinin iradesinden bağımsız olarak kullanılabilir. Bu olasılıkta ayırt etme gücüne sahip ergin çocuk adına yasal temsilci nafaka davası açamaz. Öte yandan, ergin çocuk ayırt etme gücünden yoksun ise, genel hükümler uyarınca dava hakkının çocuk adına yasal temsilci tarafından kullanılması gerekir.

¹⁴⁶ TMK m. 329’a karşılık gelen İMK m. 279’de ise, çocuğun ana veya babasına veyahut her ikisine karşı nafaka davası açarak geleceğe veya davanın açıldığı tarihten bir yıl öncesine kadar olan süreç için nafaka talep edebileceği öngörülmüş olup, hükmün erginlikten sonra açılacak dava bakımından dava hakkını da düzenlemiş olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim İsviçre hukuku öğretisinde, ergin çocuğun dava hakkı, doğrudan doğruya İMK m. 279 hükmüne dayandırılmaktadır. Bu yönde bk. **Hegnauer**, Unterhaltspflicht, sh. 30; **Stettler**, Entretien, sh. 142.

¹⁴⁷ **Hegnauer**, Unterhaltspflicht, sh. 30; **Stettler**, Entretien, sh. 142; **Stettler / Meier**, N. 654.

¹⁴⁸ Vurgulamak gerekir ki, Yargıtay kararlarında genellikle, çocuk ergin olmuş ise, nafaka davasının bizzat ergin ergin çocuk tarafından açılması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu dava TMK m. 364 vd. hükümlerine göre açılacak bir “yardım nafakası” davası olarak nitelendirilmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, TMK m. 328/II zemininde hükmedilecek nafaka, TMK m. 364 anlamında yardım nafakası olmadığından, bu davanın da TMK m. 364 vd. hükümlerine göre açılması söz konusu olmamalıdır. Yargıtay’ın bu yaklaşımı ve eleştirisi için bk. yuk. 18 no’lu dn.

2. Nafaka Talep Edildiği Sırada Çocuk Henüz Ergin Değil İse

Erginlikten önceki dönemde TMK m. 328/II zemininde nafaka talep edilmesinin mümkün olup olmadığı ve mümkün olduğunun kabul edildiği olasılıkta dava hakkının kime ait olduğu sorunları ile karşılaşılr. Bilindiği üzere, erginlikten önceki dönemde nafakaya hükmedilmesi için açılacak davanın türü ve bu davada dava hakkının kime ait olduğu hususları, nafaka yükümlüsü ana baba arasında devam eden bir boşanma veya ayrılık davasının mevcut olup olmamasına göre farklılık arz etmektedir. Bu şekilde ana baba arasında devam eden boşanma davası mevcut ise, ana babanın çocuğa karşı yükümlü olduğu nafakaya, boşanma veya ayrılık hükmünün bir ferisi olarak iştirak nafakası adı altında hükmedilir¹⁴⁹. Buna karşın, ana baba arasında devam eden bir boşanma veya ayrılık davası söz konusu değil ise, ana ve/veya babaya karşı nafaka talebinin bağımsız bir nafaka davası açılmak suretiyle ileri sürülmesi gerekir. Şu halde, TMK m. 328/II zemininde erginlikten önce ileri sürülen nafaka talebinin tabi olduğu rejimin belirlenmesi bakımından da, ana babanın hukuki durumu çerçevesinde bir ayırım yapılması gerekir.

a) Bağımsız Bir Nafaka Davası Açılmak Suretiyle Nafakaya Hükmedilmesi Olanığı

Bilindiği üzere, ana babanın TMK m. 327 vd. öngörülen bakım yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından başvurulacak genel dava olanağını TMK m. 329'da öngörülen nafaka davası teşkil etmektedir¹⁵⁰. Bu dava, çocuk lehine nafakaya hükmedilmesi bakımından bağımsız bir dava niteliğinde olmakla birlikte, görülmekte olan boşanma davası karşısında ikincil niteliktedir¹⁵¹. Diğer bir deyişle, nafaka yükümlüsü ana baba arasında devam eden bir boşanma davası söz konusu ise, bakım yükümlülüğünü yerine getirmeyen ana veya babanın nafaka yükümlülüğünün bu dava içinde hükme bağlanması

¹⁴⁹ Ana baba hakkında boşanmaya veya TMK m. 170 uyarınca ayrılığa hükmedilmesi dışında, TMK m. 197/II uyarınca birlikte yaşama ara verilmesi kararı verildiği takdirde de hükmedilecek nafaka iştirak nafakasıdır. Bu konuda bk. aşa. 164 no'lu dn.'a bağlı metindeki açıklamalar.

¹⁵⁰ **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 7.

¹⁵¹ **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 9; **Breitschmid**, Basl.K. Art. 279-280, N. 4, 12; **Stettler**, Entretien, sh. 143; **Herzig**, C. A.: Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Zürich 2012, N. 784.

gerekir¹⁵². Boşanma davası devam ederken TMK m. 329 uyarınca ayrı bir dava açılarak nafaka talep edilemez. Şu halde, görülmekte olan boşanma veya ayrılık konulu bir dava söz konusu olmaksızın, TMK m. 327 vd. hükümleri uyarınca çocuk lehine nafakaya hükmedilebilmesi için, TMK m. 329 hükmüne dayalı bağımsız bir nafaka davası açılması gerekir. Bu açıklamalar ışığında hükmün uygulama alanı, evlilik içinde doğan çocuğun evlilik birliği devam ettiği sırada bakım yükümlülüğünü yerine getirmeyen ana ve/veya babaya karşı veya evlilik dışı çocuğun evli olmayan ana ve/veya babaya karşı yönelteceği nafaka taleplerine ilişkindir. Diğer bir deyişle, çocuk lehine, evli olmayan veya evli olmakla birlikte boşanma sürecine girmemiş ana babaya karşı hükmedilecek nafaka bakımından TMK m. 329'a dayalı nafaka davası açılması gerekir. Keza, boşanma davasında iştirak nafakası hükme bağlanmamış ise, boşanmış ana ve/veya babaya karşı nafaka talebi TMK m. 329'a dayalı açılacak nafaka davası ile ileri sürülecektir¹⁵³.

Erginlikten önce TMK m. 329'a dayalı açılacak nafaka davasında erginlikten sonra devam edecek şekilde nafakaya hükmedilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda bu hükümde açık bir düzenleme mevcut değildir. Keza, nafaka yükümlülüğüne esas teşkil eden TMK m. 328/II hükmünde de bu husus düzenlenmemiştir. Öte yandan, çocuğun ergin olması bakım yükümlülüğünün devam etmesinin maddi koşullarından birisini teşkil etmektedir. Bu noktada TMK m. 328/II hükmü, TMK m. 329 ile birlikte dar yorumlandığı takdirde, erginlikten önce TMK m. 328/II hükmü uyarınca nafakaya yalnızca çocuk ergin olduktan sonra açılacak bir dava zemininde hükmedilebileceği sonucu ile karşılaşılır. Bu konuda öğretide genel kabul gören görüş ise, söz konusu hükümlerin geniş yorumlanarak, TMK m. 329 uyarınca erginlikten önce açılan nafaka davasında çocuk ergin olduktan sonra devam edecek veya doğrudan doğruya erginlik anından itibaren başlayacak şekilde nafakaya hükmedilebileceği yönündedir¹⁵⁴. Bu yaklaşımın temelinde çocuğun üstün menfaati ilkesi yatmaktadır. Ana baba ile çocuk arasında nafaka ilişkisi söz konusu olduğunda, çocuğun menfaati, ana baba tarafından çocuğa yapılacak

¹⁵² Boşanma davasının yanı sıra ana baba arasında TMK m. 170 uyarınca ayrılık veya TMK m. 197/II uyarınca birlikte yaşama ara verilmesi konulu, görülmekte olan bir davanın mevcut olması, ana babaya karşı TMK m. 329 uyarınca ayrı bir nafaka davası açılmasına engel teşkil eder. Bu yönde bk. **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 9; **Stettler**, Entretien, sh. 143

¹⁵³ **Ruhi**, sh. 138.

¹⁵⁴ **Stettler**, Entretien, sh. 143; **Meier / Stettler**, N. 657; **Piotet**, CR. Art. 277, N. 22.

olan katkının mümkün olduğunca çocuk ergin olmadan önce kesinleşmiş ve güvence altına alınmış olmasına ilişkindir. Nafakaya erginlik öncesinde hükmedilemeyeceği benimsenerek, davanın açılması için çocuğun ergin olması beklenecek olduğu takdirde, söz konusu dava sürecinde çocuk ana babanın katkısından mahrum kalması riski mevcuttur.

Bu yaklaşıma göre, TMK m. 329'a dayalı açılan bir nafaka davasında, TMK m. 328/II uyarınca nafakaya hükmedilebilmesi için, çocuğun TMK m. 340 uyarınca hakkı olan, genel ve mesleki eğitim sürecinin erginlik anına kadar tamamlanamayacağını, genel seyri dikkate alındığında çocuğun eğitiminin erginlikten sonra da devam edeceğinin hüküm anı itibariyle öngörülebilir olması gerekli ve yeterlidir¹⁵⁵. Çocuğun eğitiminin seyrine ilişkin bu değerlendirmede yine çocuğun menfaati üstün tutulmalı ve çocuğun eğitimin erginlikten sonra devam etme olasılığının, eğitimin erginlik anından önce sona ermesi olasılığından daha fazla olduğu sonucuna varıldığı ölçüde nafakaya, erginlikten sonrası için eğitimin tamamlandığı ana kadar hükmedilmelidir. Zira eğitimi devam eden ergin çocuğun nafakanın devam etmesi için dava açmak zorunda kalması yerine, öngörülenin aksine çocuğun eğitiminin erginlikten önce sona ermesi halinde nafaka yükümlüsünün açacağı bir dava ile nafakanın kaldırılması talep etmesi, çocuğun menfaatine uygun olan çözümdür.¹⁵⁶

Öte yandan, TMK m. 328/II zemininde TMK m. 329'a dayalı açılacak davanın, daha önce çocuğun ergin olması ile sınırlı olacak şekilde hükmedilmiş nafaka ile ilişkisinin de kurulması gerekir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, TMK m. 328/II uyarınca nafaka talep edilmeden önceki dönemde, çocuk lehine erginlik ile sınırlı olacak şekilde nafakaya hükmedilmiş olması, TMK m. 329'a dayalı yeni bir nafaka davası açılarak erginlikten sonraki dönem için nafaka talep edilmesine engel teşkil etmez. Açılacak bu yeni dava, şeklen TMK m. 329'a dayalı açılmış bir nafaka davası olmakla birlikte, içerik itibariyle önceki nafaka hükmünün süresini uzatan, TMK m. 331 anlamında nafaka hükmünün değiştirilmesine yönelik bir davadır¹⁵⁷.

Erginlikten önce açılacak bu davada dava hakkının kime ait olduğu ise, TMK m. 329'a göre belirlenir. Hüküm incelendiğinde, dava hakkının küçüğe

¹⁵⁵ Hegnauer, Unterhaltspflicht, sh. 31.

¹⁵⁶ Hegnauer, Unterhaltspflicht, sh. 31.

¹⁵⁷ Hegnauer, Unterhaltspflicht, sh. 31.

ait olduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁸. Zira TMK m. 329/I’de ana babanın “çocuk adına” dava açma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. Dava hakkının kim tarafından kullanılacağı konusunda ise, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı belirleyicidir. Bu noktada TMK m. 329/III’te ayırt etme gücüne¹⁵⁹ sahip olan küçüğün nafaka davası açabileceği öngörülmüştür. Öğretide, nafaka davası açma hakkının kişiye sıkı surette bağlı hak olduğu, bu suretle ayırt etme gücü olan küçüğün, yasal temsilcisinin onayından bağımsız olarak bizzat nafaka davası açabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁰. Şu halde tıpkı erginlikten sonra talep edilen nafakada olduğu üzere, erginlikten önce açılacak nafaka davası da, kural olarak ayırt etme gücüne sahip çocuk tarafından bizzat açılması gerekir. Küçük ayırt etme gücünden yoksun ise, nafaka davası TMK m. 329/I uyarınca çocuğa fiilen bakımını üstlenen ana baba¹⁶¹ veya

¹⁵⁸ **Gümüş**, M. A.: Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, İstanbul 2006, sh. 175.

¹⁵⁹ Ayırt etme gücü nisbi bir kavram olup, somut olayda küçüğün nafaka talep etmek bakımından ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir. Öğretide **Ruhi** (sh. 137) ise, onbeş yaşındaki küçüğün nafaka davası açmak bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu, bizzat nafaka davası açabileceği görüşündedir.

¹⁶⁰ **Bozovalı**, 47; **Dural / Ögüz / Gümüş**, sh. 338; **Akıntürk / Karaman**, sh. 402; **Baygın**, sh. 123; **Gümüş**, sh. 175; **Ruhi**, sh. 137. İsviçre hukukunda, İMK m. 279’de dava açma hakkının çocuğa ait olduğu belirtilmekle yetinilmiş, çocuğun fiil ehliyetinden yoksun olduğu durumlarda, dava hakkının kim tarafından kullanılacağı düzenlenmemiştir. Özellikle, çocuk ayırt etme gücüne sahip olduğu takdirde, dava hakkının kim tarafından kullanılacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, çocuk tam fiil ehliyetine sahip olmadığı sürece, dava hakkını yasal temsilcinin rızası ile bizzat kullanabilir. Öğretide diğer bir görüş, nafaka davası açma hakkını kişiye sıkı surette bağlı hak olarak nitelendirmek suretiyle, ayırt etme gücüne sahip çocuğun bu davayı yasal temsilcinin rızasından bağımsız olarak bizzat kullanabileceği sonucunu benimsemektedir. Nihayet öğretide azınlıkta alan diğer bir görüş çerçevesinde, nafaka davasının çocuk tarafından bizzat açılmasının çocuk için bazı olumsuz psikolojik sonuçlar doğurabileceğinden hareketle çocuğun yasal temsilcinin onayı dâhilinde dahi bizzat dava açamayacağı, davanın bizzat yasal temsilci tarafından açılmasının şart olduğu ifade edilmektedir. Bu tartışma hk. bk. **Herzig**, N. 806 vd.; **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 27; **Meier / Stettler**, N. 1022.

¹⁶¹ Öğretideki bir görüşe göre, TMK m. 329/I hükmünde yer alan “çocuğa fiilen bakan ana baba” ifadesi, “çocuğa fiilen bakan ve yasal temsilci sıfatına sahip ana baba” şeklinde anlaşılmalıdır. Bu görüş uyarınca, ana babanın dava hakkına sahip olması için, yasal temsilci sıfatına sahip olması da gereklidir. Çocuğun fiilen bakımını üstlenmiş olmakla birlikte, velayet kendisinden alınmış ana veya baba diğerine karşı TMK m. 329/I uyarınca çocuk adına nafaka davası açamaz. Bu yönde bk. **Baygın**, sh. 124; **Gümüş**, sh. 175. Bize göre ise, TMK m. 329/I hükmü çocuğun menfaatine olacak şekilde yorumlanmalı ve çocuğa fiilen bakan ana veya babanın diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açabilmesi için yasal temsilci sıfatına sahip olması aranmamalıdır. Zira, çocuğa fiilen bakan ana veya baba, velayet hakkına sahip ise, genel hükümler uyarınca çocuk adına zaten dava açma hakkına sahiptir. Bu noktada kanımızca TMK m. 329/II hükmü ise, dava hakkına sahip kişilerin çevresini genişleten, çocuğa ödenecek bakım nafakasına ilişkin özel bir hüküm olarak gö-

TMK m. 329/II uyarınca vasi veya kayyım¹⁶² tarafından açılacaktır. Şu halde, TMK m. 328/II hükmü zemininde nafaka talebi erginlikten önce ileri sürüldüğü takdirde, nafaka davası, küçüğün yanı sıra – çocuk ayırt etme gücünden yoksun ise – çocuğa fiilen bakan ana veya babanın yanı sıra vasi veya kayyım tarafından da açılabilir. Bunun ötesinde, erginlikten önce açılan bir davada erginlikten sonra devam edecek şekilde nafaka talep edilmiş olması, yargılamaya ilişkin diğer hususlar üzerinde etkili değildir.

b) Boşanma veya Ayrılık Konulu Dava Kapsamında Nafakaya Hükmedilmesi Olanğı

Bilindiği üzere, eşler arasında TMK m. 170 uyarınca boşanmaya veya ayrılığa hükmedildiği takdirde, hâkim TMK m. 336/III uyarınca ortak çocuğun velayetinin eşlerden birine bırakılmasına hükmedilebilecektir. Velayet hakkı kendisine bırakılmayan eş, TMK m. 182/II uyarınca çocuğun bakım ve eğitim giderlerine mali gücü oranında katılmakla yükümlüdür. Bu katkı yükümlülüğünün temelini ise, TMK m. 327 uyarınca çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğü teşkil etmektedir. Boşanma veya ayrılık davası kapsamında¹⁶³ hükmedilen, ortak çocuğun velayeti kendisine bırakılmayan eşin bu katkı yükümlülüğü, öğretide ve uygulamada iştirak nafakası olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁴.

İştirak nafakası velayete ilişkisinin varlığına bağlı olarak hükmedilen bir nafaka türü olduğundan, bu nafakaya yalnızca çocuk ergin olmadan önce açılmış bir boşanma davasında hükmedilebilir. Boşanma davası açıldığı tarihte, çocuk ergin olmuş ise, erginlikle birlikte ana baba ile çocuk arasındaki velayet ilişkisi kendiliğinden sona ereceğinden, ana veya baba çocuğa fiilen bakıyor ve çocuğun eğitimi devam ediyor olsa dahi, ergin çocuk lehine işti-

rülerek, velayet hakkı kendisinden alınmış olsa dahi, çocuğun bakımını üstlenmiş ana veya babanın, çocuk adına nafaka davası açma ile sınırlı özel bir temsil yetkisi olduğu kabul edilmek gerekir.

¹⁶² Nafaka davasının kayyım tarafından açılmasının gerekli olduğu durumlar hk. ayrıntılı bilgi için bk. **Gümüş**, sh. 177 vd.

¹⁶³ Vurgulamak gerekir ki, eşler hakkında TMK m. 197 uyarınca ortak hayata son verilmesi halinde de, ortak çocuğun velayet hakkını eşlerden birine verdiği ölçüde, velayet hakkı kendisine bırakılmayan eş hakkında TMK m. 197/II uyarınca iştirak nafakasına hükmedilmesi söz konusu olur. Bu yönde bk. **Ruhi**, sh. 110.

¹⁶⁴ **Bozovalı**, sh. 54; **Öztaş**, sh. 474; **Dural / Ögüz / Gümüş**, sh. 144; **Akıntürk / Karaman**, sh. 316; **Ruhi**, sh. 108.

rak nafakasına hükmedilemez¹⁶⁵. Zira çocuk dava tarihi itibarıyla ergin olmakla, iştirak nafakası talebi bakımından ana babanın velayet hakkına dayanan talep hakkı¹⁶⁶ sona ermiştir¹⁶⁷. Bu olasılıkta, ergin çocuk tarafından TMK m. 279 hükmü anlamında bağımsız bir nafaka davası açılması gerekir.

Varılan bu sonuç, boşanma davası dava devam ettiği sırada ergin olan çocuk bakımından da geçerlidir. Çocuk ergin olmadan önce açılmış olan bir boşanma davasında iştirak nafakası talep edilmiş ve bu dava devam ederken çocuk ergin olmuş ise, ergin çocuk lehine iştirak nafakasına hükmedilemez. Çocuk nafaka talep ediyor ise, bu davanın ayrılarak TMK m. 279 hükmü anlamında bağımsız bir nafaka davası olarak görülmesi gerekir¹⁶⁸.

¹⁶⁵ **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 140. Bu sonuç Yargıtay tarafından da benimsenmektedir. Örneğin, Y. 2. HD'nin. T. 13.02.2012, E. 2010 / 17921, K. 2012/2392 sayılı kararında: "...Ana ve babanın bakım borcu çocuğun ergin olmasına kadar devam eder (TMK. m. 328/1). Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler (TMK. m. 328/2). Ne var ki, ana ve babanın, ergin olduğu halde eğitimi devam eden çocuğa bakım yükümlüğü, ergin çocuğun kendisi tarafından açılmış bir yardım nafakası davasının bulunması halinde söz konusu olur. Yoksa ergin olan ve fül ehliyetini kazanmış bulunan çocuk için ana yararına nafakaya hükümlenemez..." şeklinde hüküm kurulmuştur. Aynı yönde bk. Y. 2. HD. T. 08.03.2002, E. 2002 / 2130, K. 2002 / 3242; Y. 2. HD. T. 17.09.2003, E. 2003 / 10282, K. 2003/11461.

¹⁶⁶ Öğretide iştirak nafakası talep etme hakkının kime ait olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iştirak nafakası çocuğa ait bir hak olup, bu hak velayet hakkı kendisine bırakılan tarafta kullanılmaktadır. Bu görüşe uyarınca velayet hakkı sahibi eşin hakkı, tıpkı ana babanın TMK m. 352 uyarınca çocuk malları üzerindeki yönetim hakkı gibi, çocuğa ait nafaka hakkı üzerindeki bir yönetim hakkı niteliğindedir. Öğretideki diğer görüş ise, TMK m. 182/II'de öngörülen katılma yükümlülüğünden hareketle, iştirak nafakasının velayet kendisine bırakılan eşe ait bir hak olduğu sonucuna varmaktadır. Bu tartışma hk. bk. **Bozova**, sh. 58. İsviçre hukuku açısından bk. **Meier / Stettler**, N. 1036; **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 126.

¹⁶⁷ **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 141.

¹⁶⁸ **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 141; Yargıtay kararlarında da genellikle bu sonuca varıldığı görülmektedir. Örneğin, vekâletname vermek suretiyle davayı takip isteyen ergin çocuk lehine nafakaya hükmedilemeyeceği yönünde bk. YHGK. T. 05.04.2000, E. 2000 / 2-719 K. 2000 / 747: "...Dava tarihinde annenin velayeti altında olan tarafların ortak çocukları için verilmekte olan iştirak nafakasının artırılması annenin açtığı dava ile istenmiş olup, yargılama devam ederken ortak çocuk reşit olmuş ve vekâletname vererek davayı asil olarak sürdürmüştür. Ancak küçüğün reşit olmasından sonra onun vekili olarak hareket eden vekil ne yazılı ne de duruşma zabıtlarına yansıyacak şekilde sözlü olarak açıkça yardım nafakası talebinde bulunmadığı gibi asilin de böyle bir talebi yoktur. Bu durumda mahkemeye: çocuğun reşit alma tarihine kadar iştirak nafakasının artırılmasına hükmedilmek gerekirken devamlılık arz edecek şekilde ve talepte bulunmadığı halde talep aşularak "reşit olma tarihinden sonraki kısmın yardım nafakası olduğu ifade edilmek suretiyle" önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...". Tedbir nafa-

Öte yandan, çocuk ergin olmadan önce açılmış bir boşanma davasında, hâkimin re'sen veya talep üzerine¹⁶⁹ TMK m. 328/II uyarınca erginlikten sonraki döneme ilişkin olarak iştirak nafakasına hükmedip hükmedemeyeceği öğretide tartışmalıdır.

Bilindiği üzere, eşler genel olarak boşamanın sonuçları konusunda ve bu kapsamda iştirak nafakasının koşullarını anlaşma ile belirleyebilirler. Bu anlaşmanın bağlayıcılığı hâkim tarafından onaylanması koşuluna bağlıdır. Bu kapsamda erginlikten sonraki dönemde de iştirak nafakası ödeneceği konusunda eşler arasında yapılan anlaşmanın bağlayıcı olduğu öğretide ve yargı kararlarında kabul edilmektedir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı sürece hâkim, velayet hakkı kendisine bırakılmayan eşin yükümlü olduğu katkıyı boşanma veya ayrılık hükmüyle birlikte re'sen belirler. Buna karşın, taraflar arasında erginlikten sonra iştirak nafakası ödenmesi konusunda anlaşma olmaması durumunda, hâkimin re'sen veya talep üzerine TMK m. 328/II temelinde erginlikten sonra devam edecek şekilde iştirak nafakasına hükmedip hükmedemeyeceği hususu yasada düzenlenmiş olmayıp¹⁷⁰, konu öğretide tartışmalıdır.

kasına ilişkin olarak bu yönde bk. Y. 2. HD. T. 15.03.2004, E. 2004 / 2315, K. 2004/2302. Buna karşın, ergin çocuğun, açılan boşanma davasını takip etmesinin bağımsız bir (yardım) nafaka(sı) davası açma iradesi şeklinde yorumlanarak nafakaya hükmedilmesine ilişkin olarak bk. Y. 3. HD. 28.05.2012, E. 2012 / 10183, K. 2012 / 13472: "...Dava açıldığı sırada davacı annesinin velayeti altında olan müşterek çocuğun üniversite sınavına hazırlanmak amacıyla dershaneye gittiği, yargılama sırasında ergin olması üzerine tayin ettiği avukatı aracılığı ile davayı takip ettiği anlaşılmaktadır. Şu durumda, ergin olmasına rağmen davayı takip eden davacı müşterek çocuk bu davranışı ile iştirak nafakasının, yardım nafakası olarak devam etmesi isteğini ortaya koymuştur. O halde mahkemece; davacı için ergin olduğu tarihten geçerli olmak üzere hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekir...". İsviçre Federal Mahkemesi ise, BGE 107 II 474 sayılı kararında, dava sırasında ergin olan çocuğun, nafaka alacağını ana babaya temlik etmek suretiyle, ana babanın dava açma yetkisi eksikliğinin giderilebileceği ve bu suretle hakimin ergin çocuk lehine iştirak nafakasına hükmedebileceği sonucuna varmıştır. Bu karar ve eleştirisi için bk. **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 142.

¹⁶⁹ Bilindiği üzere, boşanma davası sürecinde eşler iştirak nafakasının koşullarını anlaşma ile belirleyebilirler. Bu anlaşmanın bağlayıcılığı hâkim tarafından onaylanması koşuluna bağlıdır. Bk. **Öztan**, sh. 475; **Ruhi**, sh. 126. Keza, erginlikten sonraki döneme ilişkin iştirak nafakası ödenmesi konusunda eşler arasında yapılan anlaşmanın bağlayıcı olduğu öğretide kabul edilmektedir. Bu yönde bk. **Hegnauer**, Unterhaltspflicht, sh. 32; **Stettler**, Entretien, sh. 144.

¹⁷⁰ İsviçre hukukunda ise, konuya ilişkin İMK m. 133/I'de, boşanma davasında hâkim tarafından, çocuk ergin olduktan sonraki döneme ilişkin olarak eşin katkı payının belirlenebileceği açıkça öngörülmüştür. İsviçre Medeni Kanununda bu konuda yapılan değişiklikler hk. bk. **Meier / Stettler**, N. 658.

Bir görüşe göre, iştirak nafakası yükümlülüğü çocuğun ergin olması ile birlikte kendiliğinden ortadan kalkar; bu nedenle çocuğun ergin olduğu tarihi aşacak şekilde iştirak nafakasına hükmedilemez; çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyor ise, bizzat çocuk tarafından bağımsız bir dava açılmak suretiyle nafaka talep edilmelidir¹⁷¹. Yargıtay kararlarında da genellikle iştirak nafakasının erginlik ile birlikte kesileceği, boşanma davasında erginlikten sonra devam edecek şekilde iştirak nafakasına hükmedilemeyeceği, eğitimi devam eden çocuk tarafından, ergin olduktan sonra bağımsız bir nafaka davasının açılması gerektiği benimsenmektedir¹⁷². Bu konuda öğretideki baskın görüş ise, kural olarak iştirak nafakasının erginlik ile birlikte sona ereceğini kabul etmekle birlikte, çocuğun eğitimin erginlik anından sonra da devam edeceği boşanma hükmü esnasında öngörülebildiği ölçüde, eğitimin normal tamamlanma süresi ile sınırlı olmak şartıyla, erginlikten sonra devam edecek şekilde iştirak nafakasına hükmedilebileceği yönündedir¹⁷³. Keza Yargıtay'ın nispeten yeni tarihli bazı kararlarında, çocuğun eğitimi devam ediyorsa, hükmedilen iştirak nafakasının da devam edeceği, bu konuda çocuğun ayrı bir nafaka davası açmasının gerekli olmadığı sonucuna varıldığı görülmektedir¹⁷⁴.

Bize göre de, çocuğun eğitiminin ergin olduktan sonra da devam edeceği öngörülebiliyor ise, boşanma davasında TMK m. 328/II uyarınca erginlikten sonra devam edecek şekilde iştirak nafakasına hükmedilebilmesi gerekir. Zira iştirak nafakasının yalnızca ergin olmayan çocuk lehine talep edilebilmesi, dogmatik açıdan erginlikten sonra devam edecek şekilde iştirak nafa-

¹⁷¹ Bu davada talep edilecek nafakanın hukuki niteliğinin TMK m. 364 anlamında yardım nafakası olduğu yönünde bk. **Ruhi**, sh. 136; **Öztan**, sh. 475.

¹⁷² Bu yönde YHGK'nun 31.01.1962 tarihli ve 2/44-12 sayılı kararı için bk. **Bozovalı**, sh. 59 vd. Benzer şekilde bk. Y. 2. HD. T. 08.03.2002, E. 2002 / 2130, K. 2002 / 3242; Y. 2. HD. T. 17.09.2003, E. 2003 / 10282, K. 2003 / 11461. Ayrıca bk. **Ruhi**, sh. 136; **Olgaç**, sh. 25 vd.

¹⁷³ **Bozovalı**, sh. 61; karşı **Dural / Ögüz / Gümüş**, N. 767; **Olgaç**, S.C., Ergin olup da Eğitime devam eden çocuk lehine iştirak nafakasının devamı üzerine Yargıtay kararları ışığında genel bir değerlendirme, Terazi 2012, S. 73, sh. 26. İsviçre hukukunda konunun İMK m. 133/I hükmü ile düzenlenmesinden önceki dönemde bu konudaki tartışmalar ve bu yöndeki baskın görüş için bk. **Stettler**, Entretien, sh.146; **Hegnauer**, Unterhaltspflicht, sh. 32; **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 146.

¹⁷⁴ Çocuğun eğitimi devam ediyor ise, iştirak nafakası ödeme yükümlülüğünün de devam edeceği, ergin çocuğun ayrı bir dava açmasının gerekli olmadığı yönünde bk. Y. 3. HD. T. 15.02.2011, E. 2010 / 22576, K. 2011 / 1865: "... 328/II hükmüne göre, ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına rağmen eğitimi devam ettiği takdirde kalkmamakta devam etmektedir. (388/I). Çocuğun MK 364. maddesi uyarınca ayrı dava açmasına lüzum yoktur..."

kasına hükmedilmesine engel teşkil etmemektedir. İştirak nafakasına hükmedilebilmesi için, hüküm esnasında çocuk ile ana baba arasında velayet ilişkisinin devam ediyor olması yeterlidir.

Öte yandan, TMK m. 329 uyarınca açılan bağımsız bir nafaka davasında erginlikten sonra devam edecek şekilde nafakaya hükmedilebileceği hususu benimsendiği ölçüde, bu olanağın boşanma davası dolayısıyla hükmedilecek iştirak nafakası bakımından da mevcut olduğu kabul edilmek gerekir. Zira, bakım alacaklısı konumundaki çocuğun menfaat durumu açısından, nafaka talebinin bağımsız bir dava yoluyla ileri sürülmüş olması ile boşanma davası sürecinde ileri sürülmüş olması arasında fark yoktur. Ana babadan talep edebilecek katkı bakımından, ana babası boşanan çocuk, evlilik birliği içinde yaşayan veya evlilik birliği dışında doğmuş olan bir çocuğa karşı daha elverişsiz bir hukuki konumda bulunmamalıdır¹⁷⁵. Her iki durumda da, çocuğun menfaati, erginlikten sonra ana babadan talep edilebileceği katkının ergin olmadan önce hükme bağlanmış olmasını ve bu suretle, mümkün olduğunca çocuğun bir dava sürecinin bizzat tarafı olmak suretiyle ana baba ile karşı karşıya gelmemesini gerektirir¹⁷⁶.

Gerçekten de, çocuğun, ergin olduktan ana babaya karşı bizzat dava açmak zorunda kalması ve davada taraf olarak ana baba ile karşı karşıya gelmesi öncelikle, çocuğun ruhsal durumu ve ana baba ile olan kişisel ilişkisi üzerinde olumsuz etki doğurmaya elverişlidir¹⁷⁷. Oysa boşanma davası vesilesiyle TMK m. 328/II zemininde iştirak nafakasına hükmedebileceği kabul edildiği ölçüde, bu dava velayet hakkı sahibi ana baba tarafından yürütüleceğinden, bakım yükümlüsü ana veya baba ile çocuk karşı karşıya gelmeyecek ve gerek çocuğun ruh sağlığı gerek çocuk ile bakım yükümlüsü ile olan kişisel ilişkisi bu durumdan olumsuz şekilde etkilenmeyecektir. Öte yandan, TMK m. 328/II uyarınca nafakaya hükmedilmesinin ergin çocuk tarafından dava açılması koşuluna bağlanması, erginlik anından itibaren bu davada verilecek hükmün kesinleşmesine kadar geçen sürede, ergin çocuğun ana babanın katkısından mahrum kalması ve çocuğun eğitiminin aksamaması riskini doğuracaktır¹⁷⁸. Ak-

¹⁷⁵ **Hegnauer**, Unterhaltspflicht, sh. 32; **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 147.

¹⁷⁶ **Meier / Stettler**, N. 661.

¹⁷⁷ **Meier / Stettler**, N. 661; **Hegnauer**, BK. Art. 279-280, N. 148.

¹⁷⁸ Keza bakım ve eğitim masraflarını karşılamak için yeterli geliri olmayan çocuk, açacağı nafaka davasına ilişkin yargılama masraflarını da karşılama olanağından yoksun olacaktır. Bu yönde bk. **Stettler**, Entretien, sh. 146.

sine, erginlikten sonrası devam edecek şekilde iştirak nafakasına hükmedilmesi, çocuğa, eğitimini önceden planlama olanağı sağlar¹⁷⁹. Nihayet, usul ekonomisi ilkesi de çocuk lehine tüm nafaka taleplerinin, öngörülebilir bakım ihtiyacı söz konusu olduğu sürece tek bir davada hükme bağlanmasını gerektirir.

Nihayet, boşanma davasında erginlik anı ile sınırlı şekilde iştirak nafakasına hükmedildikten sonra TMK m. 328/II zemininde nafakaya hükmedilebilmesi için, TMK m. 183 uyarınca boşanma hükmünü değiştirmeye yönelik bir davanın mı, yoksa TMK m. 329 anlamında bağımsız bir davanın mı açılması gerektiği üzerinde durulmak gerekir. Burada davanın niteliği, dava hakkının kime ait olduğunu belirlediği ölçüde önem arz etmektedir. Gerçekten de, TMK m. 183 uyarınca dava açılması gerektiği kabul edilirse, bu davanın velayet hakkı sahibi eş tarafından açılması gerekir. Buna karşılık, TMK m. 329 uyarınca bağımsız bir dava açılması gerektiği benimsendiği takdirde, dava hakkı çocuğa ait olacak ve davanın TMK m. 329/III uyarınca ayırt etme gücüne sahip olan çocuk veya TMK m. 329/II uyarınca kayyım tarafından açılması mümkün olacaktır. Kanımızca, bu olasılıkta nafaka talebini boşanmanın ferisi olarak görmek yerine, bağımsız bir davanın konusu olarak kabul etmek gerekir. Bu sayede ana babanın yeniden bir boşanma davası sürecine dahil olmasının önüne geçilmiş olacaktır¹⁸⁰. Şu halde, erginlik anına kadar hükmedilmiş iştirak nafakasının TMK m. 328/II uyarınca erginlikten sonraki döneme uzatılması için açılması gereken davanın TMK m. 329 hükmü anlamında bağımsız bir nafaka davası olduğu kabul edilmek gerekir.

Sonuç

Çalışmamız kapsamında, ana babanın ergin çocuğa karşı yükümlü olduğu eğitim nafakasının türü ve koşulları incelenmek suretiyle esasen şu sonuçlara varılmıştır:

Ana baba açısından nafaka yükümlülüğünün temelini TMK m. 328/II hükmü teşkil etmekte olup, bu hükümden doğan yükümlülük, TMK m. 327/I'de öngörülen çocuğun bakım ve eğitim masraflarını karşılama yükümlülüğünün erginlikten sonraki uzantısı niteliğindedir. Bu itibarla ergin çocuğa ödenecek eğitim nafakasının, tür itibariyle, Yargıtayca ve öğretide bazı yazarlarca benimsenenin aksine, TMK m. 364 vd. hükümlerine tabi yardım

¹⁷⁹ Hegnauer, BK. Art. 279-280, N. 148.

¹⁸⁰ Stettler, Entretien, sh. 12 vd.

nafakası değil, bakım nafakası olduğu ve TMK m. 327 vd. 'da düzenlenen nafaka rejimine tabi olacağı kabul edilmek gerekir.

Açılan bir davada ergin çocuk lehine nafakaya hükmedilebilmesi için ise, yükümlülüğün maddi koşullarının yanı sıra davaya ilişkin koşulların da gerçekleşmesi gereklidir. Söz konusu maddi koşullar, TMK m. 328/II uyarınca, çocuğun eğitiminin erginlikten sonra devam etmesi ve bu süreçte çocuğun bakım ve eğitim masraflarının karşılanmasının ana baba açısından beklenebilir olmasıdır.

Çocuğun eğitiminin devam etmesi koşulu, gerek hükümde yer verilen eğitim kavramından ve kapsamından, gerek bunun devam etmesinden ne anlaşılması gerektiği noktalarında muğlâk ve yoruma muhtaçtır. Mevzuatın 277/II'deki düzenleme de dikkate alındığında, TMK m. 328/II'de sözü geçen eğitimden, ana babanın çocuğa TMK m. 340/II uyarınca vermekle yükümlü olduğu, çocuğun yetenek ve eğilimlerine uygun, genel ve mesleki "formasyon" anlaşılmalıdır. Çocuğun eğitiminin erginlikten sonra da devam ettiğinin kabul edilebilmesi ise, bir yandan çocuğun ergin olana kadar bu nitelikte – uygun – bir eğitim almamış olmasına, diğer yandan da ergin olduktan sonra nafaka talep ettiği eğitimin bu nitelikte – uygun – bir eğitim sayılabilmesine bağlıdır. Bu noktada, eğitimin devam etmesi koşulu, çocuğun menfaatine uygun şekilde yorumlanmalı, devam eden bir eğitim sürecinin varlığını kabul bakımından, çocuğun nafaka konusu olan eğitime ergin olmadan önce başlamış olması aranmamalıdır. Öte yandan nafaka konusu eğitimin uygunluğunun tespitinde, bu eğitimin önceden planlanmış olup olmaması yerine, çocuğun nafaka talebi anına kadar aldığı eğitimin niteliği ve düzeyi ile birlikte, o an itibarıyla ortaya çıkmış olan ve bu eğitim süreci ile uyumlu yetenek ve eğilimleri esas alınmalıdır.

Bakım yükümlülüğünün devam etmesinin ana babadan beklenebilir olması ise, somut olayın koşullarının, ana babanın bakım yükümlülüğünün devam etmesini haklı kıldığı şeklinde anlaşılmalıdır. Bakım yükümlülüğünün devam etmesi gerek mali açıdan, gerek çocuk ile olan kişisel ilişki açısından ana babadan beklenebilir olmalıdır. Mali açıdan ana babadan beklenebilirlik, öncelikle, çocuğun bakım ihtiyacı içinde olmasını gerektirir. Çocuğun bakım ihtiyacının olup olmadığı ise onun mali gücüne göre belirlenir. Zira çocuk ergin olmakla, hukuken bağımsız hale geldiğinden, kendi mali olanakları başvurarak bakım masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük uyarınca ergin çocuktan beklenebilir olan katkı, ergin olmayan çocuktan bek-

lenebilir olandan az olamaz. Ergin çocuk, kural olarak, çalışmasının karşılığı olan ve/veya malvarlığının sermaye kısmından elde ettiği gelir ile kendi masraflarını karşılayabildiği ölçüde, ana baba ergin çocuğa bakmakla yükümlü olmayacaktır. Öte yandan, beklenebilirlik, ana babanın, ergin çocuğun masraflarını üstlenmek bakımından mali gücünün yeterli olmasına da bağlıdır. Çocuk ergin olmakla, ana babadan beklenebilir olan fedakârlık azalır. Bu nedenle, ana babanın yeterli mali güce sahip sayılabilmesi için, erginlikten önceki döneme kıyasla daha geniş mali olanaklara sahip olması aranacaktır. Diğer bir deyişle, ana babanın, ergin çocuğun bakım ve eğitim masrafları karşılamanın ötesinde, kendi yaşam standartlarını da korumaya yetecek mali olanaklara sahip olması gerekir. Öte yandan, ergin çocuğa karşı bakım yükümlülüğünün istisnai niteliği gereği, çocuk ile olan kişisel ilişkinin de, ana babanın çocuğun bakımını üstlenmeyi reddetmesini haklı kılacak türde olmaması gerekir. Söz konusu türden kişisel ilişkiler, çocuğun aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ağır şekilde ihlal etmesi durumunda mevcut sayılabılır. Bununla birlikte, çocuğun bu türden bir davranışının bakım yükümlülüğünü ana baba yönünden beklenemez kılması için, ana babanın da çocuğa karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ihlal etmemiş olması gerekir.

Nafakanın davaya ilişkin (şekli) koşulları ise, esasen nafakaya hükmedilmesi için açılması gereken davanın türü ve dava hakkının kime ait olduğu hususlarına ilişkindir. Bu koşulların tabi olduğu rejim ise, nafaka davasının açıldığı ana göre belirlenir. Nafaka davası çocuk ergin olduktan sonra açılacak ise, dava hakkı ergin çocuğa aittir. Ergin çocuk bu davayı ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece bizzat açar. Ayırt etme gücüne sahip olmayan ergin çocuk bakımından dava hakkının kime ait olduğu ise, genel hükümlere göre belirlenir. Çocuk henüz ergin olmadan önceki dönemde açılan bir nafaka davasında erginlikten sonrası için nafakaya hükmedilip hükmedilemeyeceği konusunda ise, çocuğun üstün menfaati ilkesi belirleyici olmalıdır. Bu noktada, eğitimi devam eden çocuğun menfaati, nafaka alacağıının mümkün olduğunca erginlikten önce belirlenmiş ve hüküm altına alınmış olmasını gerektirir. Nafaka mümkün olduğunca erginlikten önceki aşamada hükme bağlanmalı ve çocuğun ana baba ile bizzat dava sürecinde karşı karşıya gelmesi önlenmelidir. Bu itibarla, erginlikten önce açılan nafaka davasında çocuğun eğitiminin erginlik anında tamamlanmayacağı öngörülebilir ise, erginlikten sonra sı için de nafakaya hükmedilebilir. Bu davada dava hakkının kime ait olduğu husus ise, TMK m. 329'e göre belirlenir. Çocuk ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece, yasal temsilcinin rızasından bağımsız

olarak bu davayı bizzat açabilir. Ayırt etme gücü olmayan çocuk için ise, davanın ana baba veya vasi veyahut kayyım tarafından açılması gerekir. Nihayet erginlikten sonra devam edecek şekilde nafakaya, evlilik hukukuna özgü açılmış bir davada iştirak nafakası kapsamında da hükmedilebileceği kabul edilmelidir. Zira TMK m. 329 uyarınca açılacak bağımsız bir nafaka davası bakımından benimsenen gerekçeler, nafakaya boşanma davasının ferisi olarak hükmedildiği durumlarda da geçerlidir. Bu anlamda nafakaya boşanma vs. bir dava dolayısıyla hükmedilecek olması çocuğun durumunu kötüleştirmemesi gerekir.

Kısaltmalar Cetveli

Abs.	: Absatz
Any.	: Anayasa
Art.	: Article
aşa.	: aşağıda
ATF	: Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
Aufl.	: Auflage
b.	: bend
B.	: Bası
Basl. K.	: Basler Kommentar
Bd.	: Band
bk.	: bakınız
BK.	: Berner Kommentar
BMÇHS	: Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
BTJP	: Berner Tage für die juristische Praxis
C.	: Cilt
CC.	: Code Civil Suisse
CR.	: Commentaire Romand
dn.	: dipnot
E.	: Esas

eMK	: 743 sayılı eski Medeni Kanun
eİMK	: eski İsviçre Medeni Kanunu
éd.	: édition
f.	: fıkra
FamPra.ch	: Praxis des Familienrechts
HD.	: Hukuk Dairesi
H.	: Heft
hk.	: hakkında
Hrsg.	: Herausgeber
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
JdT	: Journal des Tribunaux
Kıs.	: Kısaltma
karş.	: karşılaştırmamız
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
L.	: Loi
m.	: madde
METK	: Milli Eğitim Temel Kanunu
N	: Note
S.	: Sayı
sh.	: sahife
T.	: Tarih
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
ZBJV	: Zeitschrift des Bernische Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVW	: Zeitschrift für Vormundtschaftswesen

Kaynakça

AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN, Derya Ateş: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. II, 13. B., İstanbul 2011.

AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Ankara 2010.

BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, 1. B., İstanbul 2010.

HAUSHEER, Heinz / SPYCHER, Annette. (Hrsg.): Handbuch des Unterhaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2010.

BREITSCHMID, Peter: Basler Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, (Art. 217-456 ZGB), 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006.

BREITSCHMID, Peter / RUMO-JUNGO, Alexandra: Ausbildungsunterhalt für mündige Kinder – Bemerkungen zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts und Thesen, Dritte Schweizer Familienrechtstages, Schriftenreihe zum Familienrecht, Bern 2006, sh. 83-102.

BREITSCHMID, Peter / VETSCH, Michael: Mündigenunterhalt (Art. 277 Abs. 2 ZGB) – Ausnahme oder Regel?, FamPra.ch 2005, sh. 471-489.

BOZOVALI, Haluk: Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990.

BUCHLER, Andrea / SCHWENZER, Ingeborg: Ausbildungsunterhalt für mündige Kinder – Bemerkungen zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts und Thesen, Dritte Schweizer Familienrechtstages, Bern 2006, sh. 83 – 101.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.

FORNI, Rolando: Die Unterhaltspflicht der Eltern nach der Mündigkeit des Kindes in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBJV 1996, Bd. 132, H. 6, sh. 429-446.

GENÇCAN, Ö. Uğur: Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008.

GRASSİNGER, G. Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009.

GROB, Jacob: Die familienrechtliche Unterhalts- und Unterstuetzungsansprueche des Studenten, Berne 1975.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006.

HEGNAUER, Cyril: Berner Kommentar, Bd. II/2/2/1, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 270-295 ZGB, Bern 1997. Art. 276-277. (Kıs. BK)

HEGNAUER, Cyril: Berner Kommentar, Bd. II/2/2/1, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art. 270-295 ZGB, Bern 1997, Art. 279-280. (kıs. BK)

HEGNAUER, Cyril: Die Dauer der elterlichen Unterhaltspflicht, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, sh. 19-35. (Kıs. Unterhaltspflicht)

HENRIOD, Vincent: L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, Lausanne 1999.

HERZIG, Christophe A.: Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Zürich 2012.

KOBEL, Felix / SUTTER-SOMM, Thomas: Familienrecht, Zürich 2009.

MEIER, Philippe / STETTLER, Martin: Droit de la filiation, T. II: Effets de la filiation (art. 270 à 327 CC), 3éd., Zürich 2006. (Kıs. Filiation)

OLGAÇ, S. Can: Ergin Olup da Eğitimine Devam Eden Çocuk Lehine İştirak Nafakasının Devamı Üzerine Yargıtay Kararları Işığında Genel Br Değerlendirme, Terazi 2012, Sa. 73, sh. 24-29.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. B., Ankara 2004.

PIOTET, Denis: Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-359 CC, Bale 2010. (Kıs. CR) (art. 277)

REUSSER, Ruth: Unterhaltspflicht, Unterstützungspflicht, Kindesvermögen: Das Neue Kindesrecht, BTJP 5, 1977, Bern 1978, sh. 61-87.

RUHİ, A. Cemal: Nafaka Hukuku, 2. B., Ankara 2005.

RUMO-JUNGO, Alexandra: Unterhalt für mündige Kinder: aktuelle Fragen, Recht 2010, sh. 69 – 77.

RUMO-JUNGO, Alexandra / SCHMID, Jörg / SCHNYDER, Bernhard / TUOR, Peter: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. Zürich 2010.

SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

STETTLER, Martin: L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, (Art. 277, Al. 2 CS) – Evolution de la Jurisprudence et de la doctrine, ZBJV 1992, H. 3, Bd. 128, sh. 133-147. (Kıs. Entretien)

STETTLER, Martin: L'obligation d'entretien des parents à l'égard d'enfants majeurs (art. 277 al. 2 CCS), ZVW 1982, No. 1, sh. 9- 14.

TSCHUMPERLIN, Urs: Die elterliche gewalt in bezug auf die person des Kindes, Freiburg 1989.

VEZ, Parisima: Commentaire Romand, Code civil I, Art. 1-359 CC, Bale 2010. (Kıs. CR)

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ (TBK m. 448-460)

Dr. Murat TOPUZ^(*)

Özet

Pazarlamacılık sözleşmesi, eski Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. Fakat uygulamada hizmet sözleşmesinin bir türü olarak bilinmekteydi. Pazarlamacı işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına sürekli olarak aracılık etmeyi borçlanmıştır. Eğer yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri işveren hesabına yapar. İşveren ise buna karşılık ücret ödemeyi üstlenir. Pazarlamacı, işletmede üretilen veya verilen hizmetin merkez dışındaki uzak yerlerdeki müşterilere tanıtımı ve satılmasına aracılık etmektir. Bu nedenle pazarlamacı, tacir adına işletme dışında faaliyet gösteren ve tacire hizmet ilişkisi ile bağlı bulunan tacir yardımcısı olarak da tanımlanmaktadır.

***Anahtar Kelimeler:** Pazarlamacılık sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, pazarlamacı, tacir yardımcısı*

Abstract

Marketing agreement was not covered in the preceding Code of Obligations. However, in practice, it was known to be a type of service agreements. The marketer constantly assumes to intermediate on each transaction of the employer outside the company and on behalf of the employer. In case if there is any written agreement, the marketer shall carry out the transactions designated in this agreement on behalf of the employer, and the employer shall undertake to pay wages in return. Marketer shall advertise and intermediate the services rendered at the company so as to be sold to customers who

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı.

are in remote locations outside of the center. For this reason, marketer is also defined as deputy merchant who operates on behalf of merchant outside the company and who is associated to the merchant with service relationship.

Giriş

Türk Borçlar Kanunu'na göre pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Pazarlamacı edimini işverenin işletmesi dışında, onun hesabına her türlü işlemin yapılmasına aracılık ederek yerine getirir. Böylece pazarlamacı işletmede üretilen veya verilen hizmetin merkez dışındaki uzak yerlerdeki müşterilere tanıtımı ve satılmasına aracılık eder. Bu nedenle pazarlamacı, tacir adına işletme dışında faaliyet gösteren ve tacire hizmet ilişkisi ile bağlı bulunan tacir yardımcısı olarak nitelendirilmektedir. Pazarlamacılık sözleşmesi, isim olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamakta fakat uygulamada sık karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir çeşidi olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulamada özellikle ilaç, kozmetik, gıda gibi sektörlerde pazarlamacı olarak çalışan, faaliyet gösteren çok sayıda çalışan bulunmaktadır.

Pazarlamacılık sözleşmesini 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndayer alan seyyar tüccar memuru olarak nitelendirebilir. Zira İsviçre'de de yapılan değişikliklerle seyyar tüccar memuruna ilişkin düzenlemeler, hizmet sözleşmesinin bir türü olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun bu kısmına alınmıştır¹. TBK da aynı yolu takip etmemiştir.

TBK ve TTK'da yapılan değişikliklerle uygulama da bazı önemli sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu sorunların başında, pazarlamacılar işçi olduğuna göre, bunlara İşK'nun uygulanıp uygulanmayacağı sorunu yer almaktadır. Zira İşK m. 4'e bakıldığında pazarlamacılara İşK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. İkinci, TTK m. 4 ve 5'deki düzenlemeler nazara alınca ve pazarlamacının bir tacir yardımcısı olduğu düşünüldüğünde pazarlamacılık

¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **PORTMANN, W.**, (Hrsg: HONSELL, H./VOGT, N. P./WIEGAND, W.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel/Genf/Zürich 2007, s. 2084 vd.; **GUHL, T./KOLLER, A./SCHNYDER, A.K./DRUEY, J.N.**, Das Schweizerische Obligationenrecht, neute Auflage, Zürich 2000, s. 516-517.

sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların ticari dava olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Zira eski TTK düzenlemesinde seyyar tüccar memurlarına ilişkin uyuşmazlıklar ticari dava kapsamında değerlendirilip görevli mahkeme olarak asliye ticaret mahkemesi olarak tepit edilmiştir. Halbuki yeni TTK hükümlerinde bu husus yer almamaktadır.

Bu çalışmamızda özellikle yeni bir düzenleme olarak pazarlamacılık sözleşmesini inceledikten sonra, benzer hukuki ilişkilerden farkları, pazarlamacılık türleri, tarafların hak ve borçları, sözleşmenin sona ermesi ve yukarıda da belirttiğimiz uygulamadan kaynaklanan sorunlar üzerinde durulacaktır.

I. Pazarlamacılık Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Kuruluşu

A) Pazarlamacılık Sözleşmesinin Tanımı

TBK m. 448'e göre, "*Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının süreklili olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*". Bu düzenlemeye göre, pazarlamacı hizmet edimini işverenin işletmesi dışında, onun hesabına her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi üstlenmektedir. Pazarlamacı, işletmede üretilen veya verilen hizmetin merkez dışındaki uzak yerlerdeki müşterilere tanıtımı ve satılmasına aracılık etmektedir². Bu nedenle pazarlamacı, tacir adına

² PORTMANN, s. 2085 vd.; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, s. 516-517; EGLI, H.P., Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Art. 347 ff., Zürich 2002, s. 440 vd.; ALTHERR, H./BREM, E./BÜHLMANN, H., Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes, 2., überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1994, s. 343; ZEVKLİLER, A./GÖKYAYLA, K. E., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler, Ankara 2013, s. 445; ARKAN, S., Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011, s. 182; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 427; ZEYTİNOĞLU, E., Çalışma Barışına Katkısı Olabilecek Bir Sistem: Esneklik, "10. Yıl'a Armağan", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl 11, Sayı 22, 2012/2 s. 157 vd.; TOPÇUOĞLU, M., "Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı", SDÜHFD, Cilt I, Sayı 2, 2011, s. 27 vd.; Tuncay'a göre, adı pazarlamacı olsa bile bu, 818 sayılı BK'nun 454. maddesinde düzenlenmiş olan seyyar tüccar memurundan farklı değildir. 818 sayılı BK bağımlı tacir yardımcıları sayılan ticari mümessil, ticari vekil ve bunlar dışında kalan diğer tacir yardımcıları ile seyyar tüccar memurunu 449-456'ncı maddeleri arasında düzenlemiştir. TBK ise ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını 12. bölümde m. 547-554 ara-

işletme dışında faaliyet gösteren ve tacire hizmet ilişkisi ile bağlı bulunan taciryardımcısı olarak da tanımlanmaktadır³.

Pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin bu tanım hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 347 nci maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak, burada, pazarlamacının her türlü işlemi yapabilmesi, yazılı anlaşmanın varlığına bağlanmıştır. Böylece hüküm, pazarlamacının yetkileri konusunda, İBK'nun 348b maddesi ile aynı madde göz önünde tutularak TBK m. 452'de yapılan düzenlemeyle uyumlu hâle getirilmiştir⁴.

Pazarlamacılık sözleşmesi, daha önce de ifade ettiğimiz gibi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamakta fakat uygulamada sıklıkla karşılaşılan, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak görülmekteydi. Günlük yaşamda özellikle ilaç, kozmetik, gıda gibi sektörlerde pazarlamacı olarak çalışan, faaliyet gösteren çok sayıda çalışan bulunmaktadır. Uygulamada pazarlamacılar, genelde firmaya bir iş sözleşmesi ile bağlı olarak fakat merkez dışında ürünlerin müşterilere tanıtımı ve satışı ile uğraşan kişilerdir. Ana firmaya bağlı olduğu kadar bu firmanın anlaştığı distribütörlere bağlı olarak çalışan pazarlamacılar da uygulamada göze çarpmaktadır. Kendilerine işveren firma ya da distribütör tarafından bu iş için otomobil, laptop bilgisayar, hesap makinesi, cep telefonu gibi araçlar zimmetli olarak tahsis edilmekte, pazarlamacılar ise kendilerine verilen bir gezi rotası ya da plan dahilinde doktor, eczane, parfümeri, market, dükkân gibi yerlerde dolaşarak yükümlülüklerini yerine getirmektedirler. Pazarlamacılar her ne kadar kendilerine verilen bölge

sında 818 sayılı BK'nda olduğu haliyle muhafaza etmiş fakat seyyar tüccar memurunu bunların arasından çıkarmak suretiyle hizmet sözleşmesi ile ilgili bölüme eklemiştir. Seyyar tüccar memurunun adı pazarlamacı olarak değiştirilmiştir. TBK'nın bu sistemi benimsemesinde İsviçre Hukuku'ndaki gelişmeler etkili olmuştur. Şöyle ki, İsviçre BK'nda 1971'de bir değişikliğe uğramıştır. İsviçre BK. m. 463'te diğer tacir yardımcıları arasında düzenlenmiş olan gezici tacir yardımcıları oradan alınarak hizmet sözleşmesi bölümünün sonuna eklenmiştir. Madde sayısı da 13'e çıkarılmıştır (m. 347-354). Ancak adı eskiden olduğu gibi gezici tacir yardımcıları veya ticari gezgin olarak bırakılmıştı. TBK da aynı yöntemi benimsemiştir. **PORTMANN**, s. 2084 vd.; **ALTHERR/BREM/BÜHLMANN**, s. 342 vd.; **TUNCAY, A. C.**, "Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri", Çimento İşveren, S. 2, C. 26, Mart 2012, s. 4-6; Benzer yönde açıklamalar için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 427.

³ **ARKAN**, s. 182; **BİLGİLİ, F./DEMİRKAPI, E.**, Ticaret Hukuku Bilgisi, Bursa 2012, s. 115.

⁴ **GAUCH, P./AEPLI, V./STÖCKLI, H.**, Präjudizienbuch OR, Zürich/Basel/Genf 2009, s. 846; **PORTMANN**, s. 2085-2086; **ALTHERR/BREM/BÜHLMANN**, s. 342-343; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER./DRUEY**, s. 516-517.

ve zamana uyarak çalışsalar da ziyaret edilecek kişi ve kurumları genelde kendileri tespit ederler. Ancak kural olarak satış şartları, ürün fiyatları konusunda kendilerine verilen talimatlara uymak zorundadırlar. Talimat dışına çıkılmasının gerektiği durumlarda ise işverenden izin almaları gerekmektedir. Pazarlamacılar, genelde ücret ve prim esasına göre çalışmakta, belirlenen satış hedeflerine ulaştıkları ölçüde primleri çoğalmaktadır⁵.

Tacir, işletmesinin merkezi dışındaki müşterilere ulaşmak veya satış ve sürüm faaliyetlerini daha farklı coğrafyalara taşımak isterse şube açabileceği gibi acente, tek satıcı gibi bağımsız yardımcıları vasıtasıyla da bunu yapabilir. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, müşteri çevresi dar olduğu yerlerde şube açmak masraflı bir iştir. Bunun yerine pazarlamacı atamak suretiyle satış ve sürüm faaliyetlerini yürütmek oldukça pratik bir çözümdür. TBK'nın pazarlamacıya tanıdığı haklar -hapis hakkı, tekel hakkı, ücret ve masrafları isteme hakkı gibi- ve yetkiler gözönünde bulundurulduğunda pazarlamacının, acenteye benzediği söylenebilir. Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımında geçen "işletme dışı" ifadesi merkez dışındaki her yeri kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Buna bağlı olarak merkez dışındaki bir mahalleye, il veya ilçeye hatta

⁵ TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 6; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 445; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 427; Ayrıca bkz. TOPÇUOĞLU, s. 28 vd.; Tuncay'a göre, çalışma şekillerine bakıldığında pazarlamacı ile seyyar tüccar memuru arasında fark gözükmemektedir. Fakat pazarlamacılar iş hukuku bakımından İŞK hükümlerine tabidirler. Yazara göre, bir işletmede üretilen hizmet veya ürünlerin satılmasına aracılık etme faaliyeti teknik olarak pazarlama faaliyetinin bir bölümünü kapsamaktadır. 818 sayılı BK döneminde seyyar tüccar memuru işverene genelde hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak çalıştığı halde, pazarlamacının vekalet sözleşmesiyle çalışmasına da bir engel bulunmamaktaydı. TBK seyyar tüccar memurunu hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmesi ile birlikte bundan böyle pazarlamacının hizmet sözleşmesi dışında başka bir sözleşmeyle çalışamayacağına dair bir anlayış ortaya çıkmıştır. Yazar'a göre, bu anlayış isabetli değildir. Çünkü işveren ile işletme dışında çalışarak işlemlere aracılık eden arasında değişik türde bir hizmet sözleşmesi de kurulabilir. Fakat yapılan sözleşmeden sözleşmeden bu farklılık açıkça anlaşılabilir. Bu durum sözleşme serbestisinin de en doğal sonucudur, TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 6; Topçuoğlu'na göre, İşverenin emir ve talimatı altında, işletmenin merkez veya şubesi dışındaki yerlerde aracılık faaliyetlerini yürüten aracı pazarlamacının işvereni temsil yetkisi bulunmamaktadır. Sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının ise vekâlet veya temsil yetkisi vardır. Yazar'a göre, sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının temsil yetkisine sahip olması, vekâlet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yetkilendirilebilmesi karşısında, uygulanacak hükümlerin hizmet sözleşmesi ile sınırlandırılması isabetli olmayacaktır. Duruma göre sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacıya hizmet sözleşmesinden başka vekâlet sözleşmesi hükümlerinin de uygulanması ihtiyacı doğabilecektir, TOPÇUOĞLU, s. 36; Mollamahmutoğlu/Astarlı'ya göre, pazarlamacının pazarlamacılık yapmak maksadıyla kendine mahsus bir işyeri mevcutsa TBK anlamında bir pazarlamacılık sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 427.

ülkeye pazarlamacı yetkilendirilebilecektir. Pazarlamacı ile tacir arasındaki ilişki, süreklilik arz edecek niteliktedir. Kanun bu durumu “sürekli olarak” ifadesi ile vurgulamıştır. Bu yüzden işletmenin merkezi dışındaki yerlerde tacir adına belirli işlemler için yetkilendirilen kimse pazarlamacı olamaz⁶.

Pazarlamacı ayrıca, bir ücret karşılığında işletme dışında ticari işletme sahibi işveren⁷ hesabına işlem yapmayı veya yazılı olarak yetkilendirilmişse, bunun adına hukuki işlemler gerçekleştirmeyi üstlenen kişi olarak tanımlanmaktadır⁸. TBK m. 448 çerçevesinde pazarlamacı aracılık faaliyetini yürütürken ticari işletme sahibi işveren hesabına hareket edecektir. Bu nedenle pazarlamacının yaptığı işler doğrudan işverenin hukuki alanında hukuki sonuçlarını doğuracaktır⁹.

B) Pazarlamacılık Sözleşmesinin Unsurları

Pazarlamacılık sözleşmesinin tanımdan hareketle, tarafları, “ticari işletme sahibi işveren” ve “pazarlamacı” olarak belirleyebiliriz. Pazarlamacılık sözleşmesinin unsurlarını ise şu şekilde ortaya koyabiliriz¹⁰:

1. Taraflar Arasında Bir Hizmet Sözleşmesinin Mevcut Olması

TBK m. 469’a göre, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacaktır. Pazarlamacılık sözleşmesi de, genel hizmet sözleşmesi gibi, sürekli olma özelliğini taşımaktadır¹¹. Pazarlamacı, 818 sayılı BK m. 454’ün TBK’ya alınmayan seyyar tüccar memuruna ilişkin düzenlemesinin yerine getirilmiş bu-

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 445-446; TOPÇUOĞLU, s. 31-32; SÜZEK, S., İş Hukuku, (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Türk Borçlar Kanunu, HMK ve TTK’na Göre Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2012, s. 291.

⁷ Topçuoğlu’na göre, pazarlamacılık sözleşmesinin tanımındaki “ticari işletme sahibi işveren” ifadesi isabetli değildir. Çünkü, bir ticari işletmeyi işleten kişinin işveren veya işveren sıfatı için ticari işletmenin maliki (sahibi) olması şart değildir. Mesela bir ticari işletmenin ürün (hâsılat) kirasına (TBK m. 357 vd.) konu olması durumunda, ticari işletme kiracı adına işletildiğinden, malik değil kiracı işveren veya işveren sayılır, TOPÇUOĞLU, s. 35.

⁸ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 115.

⁹ SÜZEK, s. 291.

¹⁰ YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN, B., Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 426.

¹¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 426.

lunmaktadır. Bir hizmet sözleşmesi ile bir işverene bağlı olarak çalışmasından ve hizmet sözleşmesinin işçiye yüklediği, işverenin emir ve talimatları altında çalışmak zorunda olmasından dolayı pazarlamacı bağımlı tacir yardımcısı olarak nitelendirilmektedir. Bu unsur aslında pazarlamacıyı acenteden ayırmaktadır¹². Pazarlamacılık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme esas itibariyle bir iş görme sözleşmesi olup iş görme sözleşmeleri içinde en benzer olduğu sözleşme genel hizmet sözleşmesidir. Bu nedenle genel hizmet sözleşmesinin bir türü olarak nitelenebilecektir¹³.

2. Ticari İşletme Sahibi İşveren Hesabına Her Türlü İşlemin Yapılmasına Aracılık Etme veya Belirli İşlemleri Yapma

TBK, pazarlamacının iki türünü kabul etmiştir: Aracı pazarlamacı ve sözleşme yapma yetkisine sahip olan pazarlamacı. Kanun kural olarak pazarlamacının aracılık etmesini esas almıştır. Aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. Taraflar, yazılı olarak kararlaştırmak şartıyla pazarlamacıya temsil yetkisi de verebilir. Temsil veya işlem yetkisi, tacir adına yapılan işlerin icrası ve sonuçlandırılması için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar (TBK m. 452)¹⁴.

Pazarlamacı, sadece aracılık faaliyetinde bulunmayı üstlenmiş olabilir. Bu türden pazarlamacıya, aracı-pazarlamacı denebilir. Aracı-pazarlamacı, sadece, üçüncü kişilerle ticari işletme sahibi işveren hesabına yapılacak sözleşmelerin görüşmelerini yürütür. Fakat aracı-pazarlamacının sözleşmeyi kurma yetkisi yoktur. Pazarlamacı, yazılı anlaşma varsa ve ancak bu yazılı anlaşmada belirli sözleşmeleri (işlemleri) yapma konusunda yetkili olabilir. Bu ihtimalde, karşımıza, ticari işletme sahibi işveren hesabına işlem yapan pazarlamacı tipi çıkmaktadır¹⁵.

¹² ARKAN, s. 183; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 115.

¹³ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 445.

¹⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 77.

¹⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 426; ARKAN, s. 184; Pazarlamacılık sözleşmesi ücret dışında bazı yükümlülükler de yükleyebilir. Eğer iş veren belirli bir alanda veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi tanımlı başkalarına aynı alan ve çevre konusunda faaliyette bulunma yetkisi veremez. Böyle bir durumda ancak işverenin kendisi üçüncü kişilerle iş yapabilir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, aksine yazılı bir anlaşma yapılmak suretiyle kararlaştırılabilir, MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 428.

Pazarlamacının, işletmenin merkez veya şubeleri dışındaki coğrafyada yetkilendirilmesi tacire bağlılık hususunda bir değişikliğe yol açmayacaktır. Pazarlamacı, işletme dışındaki yerlerde aracılık ederken veya sözleşme yapma yetkisini kullanırken kural olarak tacirin talimatları ile bağlıdır (TBK m. 450). Yine pazarlamacının, aynı zamanda başka tacirler hesabına çalışması ihtimalini de bu doğrultuda değerlendirmek gerekir. Pazarlamacı, sözleşmede tanımlanan iş veya işlemleri, tacirin talimatları doğrultusunda yerine getirecektir. Aksi kararlaştırılmadıkça pazarlamacı, başka tacirler hesabına iş veya işlemler yapamaz. Tacirin izni ve talimatlarına uyma yükümlülüğünü engellemek şartıyla pazarlamacı, diğer kimseler hesabına çalışabilecektir (TBK m. 457/1)¹⁶. Pazarlamacı ancak tacir hesabına işlem yapabilecektir. Esnaf ile işletmelerini konu alan sözleşmeler veya hukuki ilişkiler pazarlamacılık sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir¹⁷.

TBK m. 452'ye göre: “*Aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. -Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili kılınmışsa yetkisi, bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar; özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilat yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez*”¹⁸.

¹⁶ **TOPÇUOĞLU**, s. 37; Pazarlamacı tacirin bağlı yardımcılarındandır. Bağlılıktan maksat pazarlamacının, tacirin gözetimi ve denetimi altında onun talimatlarına uygun olarak faaliyet göstermesidir, **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 310 vd.; Dolayısıyla pazarlamacının çalışma politikasını, şartlarını mesaisini tacirden bağımsız olarak belirleyebilmesi mümkün değildir. Bağımlılık, hizmet sözleşmesini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmeye yarayan temel unsurdur, **AKKURT, S. S.**, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2008, s. 18-19.

¹⁷ **REHBINDER, M.**, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, s. 121; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY**, s. 516-517; **PORTMANN**, s. 2083-2084; **ALTHERR/BREM/BÜHLMANN**, s. 343-344; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 115; **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 8-9; *Süzek*'e göre, esnaf işletmelerinin pazarlamacı çalıştırabilecektir. Fakat esnaf işletmelerinin pazarlamacı çalıştırdıkları takdirde bu duruma TBK m. 448 hükmü uygulanmayacaktır. Aksini iddia etmek sözleşme özgürlüğüne aykırı olacaktır, **SÜZEK**, s. 290.

¹⁸ Hükme göre, aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. Pazarlamacı işlem yapmaya yetkili kılınmışsa yetkisinin, bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukukî işlem ve fiilleri kapsayacağı; ticarî işletme sahibi işveren tarafından özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilat yapamayacağı ve ödeme günlerini değiştiremeyecektir. Hüküm İsviçre Borçlar Kanunu'nun 348b maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PORTMANN**, s. 2089-2090.

Pazarlamacılık faaliyeti sadece bir ticari işletme hesabına yapılabilir. Ticari olmayan işletmeler ve esnaf işletmeleri için pazarlamacı çalıştırılması söz konusu değildir¹⁹. İsviçre BK.nun 347. maddesi, ticarethane, fabrika ya da ticari şekilde işletilen diğer işletmelerden söz etmektedir²⁰. Buna göre, TBK m. 456'daki ticari işletme deyiminin TTK. anlamında ticari işletme anlamında kullanılmıştır. Pazarlamacı yapılacak ya da yapılmasına aracılık edilecek işlemleri sürekli olarak gerçekleştirecektir. Burada süreklilikten pazarlamacının işletme sahibi ile ilişkisinin devamlılık, süreklilik arz etmesi anlaşılmalıdır. Bu ilişki hizmet ilişkisine dayandığından esasen işverenle arasında devamlı hukuki bir ilişki kurulmuş olur. İlişkinin sürekli olma özelliği onun hizmet sözleşmesine dayanma özelliğinden kaynaklanmakta ve onu konusu iş görme olan benzer sözleşmelerden (örneğin simsarlık, komisyonculuk) ayırt etmeye yarar. İşletme dışında bir veya birkaç aracılık işi için bir kimseyle sözleşme yapılmasıyla TBK anlamında pazarlamacılık sözleşmesi kurulmuş olmaz²¹.

Pazarlamacı işlemlere aracılık yaparken işveren adına ve hesabına hareket edecektir. Bu durum işverenle pazarlamacı arasında bir doğrudan temsil ilişkisi bulunduğunu göstermektedir. Pazarlamacı işverenin izni olmadıkça kendisi yada üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez (TBK m. 450/1).

Pazarlamacı, sürekli olarak, tacir adına aracılık etmeyi veya belirli işlemleri yapmayı üstlenir²². Sadece belirli veya sınırlı sayıdaki iş ya da işlemleri yapmak üzere yetkilendirilen kişi pazarlamacı olamaz. Bu kimseler, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre ya tellal [simsar, (TBK m. 520-525)], vekil (TBK m. 502-514) veya komisyoncu (TBK m. 532-546) olarak nitelendirilecektir. Süreklilik unsuru açısından sözleşmenin, belirli süreli veya belirsiz ya da kısmi süreli (TBK m. 393/2) olması arasında fark yoktur. Ayrıca süreklilik niyetiyle başlanan ilişkinin, sonradan pazarlama sözleşmesinin feshine ilişkin ilkelere göre sona erdirilebilmesi mümkündür²³.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 9.

²⁰ PORTMANN, s. 2084-2085.

²¹ REHBINDER, s. 188; PORTMANN, s. 2083-2084; EGLI, s. 442; GUHL/KOLLER/SCHNYDER./DRUEY, s. 516-517; TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 9; MOL-LAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 428.

²² ARKAN, s. 183.

²³ TOPÇUOĞLU, s. 37-38; SÜZEK, s. 291.

3. Pazarlamacılık Faaliyetinin İşletme Dışında Yürütülmesi

Pazarlamacı, sözleşme konusu faaliyetlerini, ticari işletme sahibi işveren hesabına olarak, işverenin işletmesi dışında -işletmenin müşterilerine bizzat ziyarette bulunarak- icra edecektir²⁴.

Pazarlamacı merkezden ayrılp müşterilerin ayağına giderek numune, katalog göstererek, ürününü tanıtarak veya deneme yaparak ürünün satımına aracılık etmiş olur. Pazarlamacılık faaliyetinden söz edebilmek için işletme merkezinin bulunduğu yerden uzakta faaliyette bulunmak gerekir. Merkezde faaliyet pazarlamacılık sayılmaz. Pazarlamacı hem işletme merkezinde hem dışında çalışan kişi ise pazarlamacılıktan söz edebilmek için faaliyetlerinin en az %50'sinden fazlası dışarıda geçmelidir. İşletme merkezinin dışındaki bir şubede ya da sabit bir yerde sözleşmelere aracılık etme bu sözleşmenin kapsamına girmez. Pazarlamacı, seyyar satıcı ya da pazar satıcısı da değildir²⁵.

Pazarlamacının bağlı tacir yardımcıları içindeki rolü, ticari işletmenin merkez veya şubesi dışındaki yerlerde faaliyet göstermek üzere yetkilendirilmesidir. Bu açıdan pazarlamacı, seyyar tüccar memurunun rolünü, aracılık ve sözleşme yapma faaliyetleri çerçevesinde ikame eden bir yardımcıdır. Pazarlamacı, işletmenin satış ve sürüm faaliyetlerini, tacirin verdiği yetki doğrultusunda, farklı coğrafi alanlarda veya müşteri çevrelerinde yürüten yardımcıdır. İşletmenin merkez veya şubesinde tacir adına iş veya işlem yapan kimseler pazarlamacı olarak nitelendirilemez²⁶.

4. Pazarlamacıya Ücret Ödenmesi

Hizmet sözleşmesinin asli unsurundan biri de işçinin çalışması karşılığında ona bir ücret ödenmesidir. Pazarlamacılık sözleşmesinde de durum aynıdır (m. 448). Burada ücret belirli bir miktar para olabileceği gibi belirli bir miktar para ve komisyondan da oluşabilir (m. 454). Ücretin tamamının veya önemli bir kısmının komisyon ücretinden oluşacağına dair şart ancak

²⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 427; ARKAN, s. 183; Bu unsur pazarlamacılığı özel yetkili ticari vekilden ayıran en önemli olgudur, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 116.

²⁵ GUHL / KOLLER / SCHNYDER / DRUEY, s. 516-517; REHBINDER, s. 188; ALTHERR / BREM / BÜHLMANN, s. 343-344; EGLI, s. 442; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 446; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 428; TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 9; TOPÇUOĞLU, s. 27 vd..

²⁶ TOPÇUOĞLU, s. 38.

yazılı olması şartıyla geçerlidir. Ayrıca komisyonun pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığı olması da bu anlaşmanın geçerli olması için şarttır (m. 454/2). Komisyon ağırlıklı bir ücret belirlenirken pazarlamacının eğitim düzeyi, işe kişisel katkısı, sorumluluğu ve sosyal yükümlülükleri göz önünde tutulur. Komisyonun yapılan işin uygun karşılığı olup olmadığına dair bir uyuşmazlık ortaya çıktığında durum hakkında hakim karar verir²⁷.

Süreklilik arz eden aracılık veya sözleşme yapma faaliyetlerinin ücret karşılığında icra edilmesi şarttır²⁸. Ücret, pazarlamacının performansından bağımsız olarak düzenli ve sabit bir miktar olarak kararlaştırılabilir. Ayrıca tarafların, ücret olarak, pazarlamacının performansını dikkate alacak şekilde, sabit bir miktarla birlikte komisyon veya sadece komisyon takdir etmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır (TBK m. 454, 455)²⁹.

C) Pazarlamacılık Sözleşmesinin Kurulması

TBK m. 449'a göre, "*Pazarlamacılık sözleşmesi, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içerir*" (f.1)³⁰; "*sözleşmede yer alması öngörülen (bu) hususlar taraflarca belirlenmemişse, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşulları uygulanır*" (f.son)³¹.

²⁷ GUHL, T./MERZ, H./KUMMER, M., Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972, s. 415; ALTHERR/BREM/BÜHLMANN, s. 342 vd.; EGLI, s. 442-443; REHBINDER, s. 191; GUHL/KOLLER/SCHNYDER./DRUEY, s. 516-517; ARKAN, s. 183; MOL-LAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 428; TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 10; TOPÇUOĞLU, s. 27 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 116; SÜZEK, s. 292.

²⁸ Bu nedenle pazarlamacılık sürekli bir tacir yardımcısı niteliğindedir. Bu unsur pazarlamacılık sözleşmesi ile geçici tacir yardımcısı simsarlığı bir birinden ayıran en önemli olgudur, ARKAN, s. 183; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 115.

²⁹ Bu husus hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 78; AKI, E./DEMİRBİLEK, T., "Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 5 vd.

³⁰ Zevkliler/Gökyayla'ya göre, sözleşmenin bu durumları kapsadığı hallerde sözleşme geçersiz olmayacaktır. Ancak sözleşmeye tarafların sözlü olarak belirttikleri değil, genel hizmet sözleşmesi koşulları ve bu husustaki kanun hükümleri uygulanacaktır, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 445; Aynı yönde bkz. SÜZEK, s. 291.

³¹ Hüküm sözleşmesinin içeriğini düzenlemektedir. Hükme göre, sözleşmede, süresine, sona ermesine, pazarlamacının yetkilerine, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğine, taraflardan birinin yerleşim yerinin yabancı ülkede olması durumunda uygulanacak hukuka ve yetkili mahkemeye ilişkin hususlara yer verilmesi gerekir. Ancak, sözleşmede bu hususların yer

Sözleşmenin işveren tarafı, ticari işletme sahibi olacaktır. Bu kişi gerçek veya tüzelkişi olabilir. Fakat pazarlamacının, sözleşme konusu faaliyetin icrasının ortaya koyduğu bir zorunluluk olarak, gerçek kişi olması gerekir³².

Pazarlamacılık sözleşmesinin kurulması, genel hükümlere tabidir ve geçerliliği de, bir geçerlilik şekline uyulmasını gerektirmez. Fakat, müşterilerle görüşmenin yanında işveren hesabına işlem yapacak olan pazarlamacıya, bu işlem yapma yetkisinin yazılı olarak verilmesi gerekir. Hatta yapılacak işlemlerin neler olacağını da bu yazılı şekilde açıklanması gerekir. Bu durumda yazılı şekle uyma zorunluluğu, bu tip pazarlamacılığın geçerliliği için bir geçerlilik şekli olma niteliğini taşımaktadır³³.

Pazarlamacılık sözleşmesi, sözleşmenin süresi, sona ermesi, pazarlamacının yetkileri ve çalışma koşulları, işlem yapma yetkisinin kapsamı, ücret ve masrafların nasıl ödeneceği, uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme gibi hususları içerir (TBK m. 449; İBK m. 347a). Sözleşmede belirlenmeyen konularda, başta TBK olmak üzere diğer kanun hükümleri (MK, TTK, HMK, İŞK gibi) ve alışılmış hizmet koşulları uygulanacaktır³⁴.

almaması, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Ancak belirtilen bu hususların sözleşme metninde yer almaması durumunda kanun hükümlerinin ve alışılmış hizmet koşullarının uygulanacağı öngörülmektedir. Hüküm, İsviçre Borçlar Kanununun 347a maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PORTMANN, s. 2085-2086; GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, s. 846.

³² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 427.

³³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 427.

³⁴ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 116-117; Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı değildir (TBK m. 394/1). Pazarlamacılık sözleşmesini hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak gören kanun koyucu, pazarlamacılık sözleşmesinin şekline açıklık getirmemiştir. TBK m. 449'ün gerekçesinde, "*Tasarının 448 inci maddesindeki tanımda, pazarlamacının her türlü işlemi yapabilmesi, yazılı anlaşmanın varlığına bağlanmıştır*" denmekle birlikte madde metninde pazarlamacılık sözleşmesinin şekline ilişkin bir kısıtlama yer almamaktadır. Sözleşmede bulunması gereken unsurların, sözleşme yapma yetkisinin varlığını ve kapsamını tespit edebilmek için pazarlama sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Anlaşmada belirtilen işlemleri yapma, talimatta öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uyma zorunluluğu kendi müşteri çevresiyle işlem yapan pazarlamacının garanti yükümlülüğü, aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacının, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkili olması hususları dikkate alındığında yazılı anlaşmanın yetkinin kullanılması ve ispatı bakımından önemlidir. Bu nedenle *Topçuoğlu*'na göre, Kanun, her ne kadar pazarlama sözleşmesinin geçerliliğini bir şekil şartına tabi tutmasa da gerek aracı pazarlamacılık gerekse sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacılık sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Bunun yanında pazarlamacının faaliyet alanına ilişkin yetkinin, komisyon hakkının, tazminat ödeme yükümlülüğünün, harcamaların karşılanması ve garanti yükümlülüğünün şartları, içeriği veya sınırlarının belirlenmesinde yazılı anlaşma kaydı aranmaktadır. Yazara göre, Sözleşmede bulun-

Özellikle süreye, sona ermeye, pazarlamacının yetkilerine, ücret ve giderlerin nasıl ödeneceğine, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemeye ilişkin hususlarda sözleşmenin yazılı yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira bu sözleşmede yer alması gereken hususlara yer verilmemişse kanun hükümleri ve âdet olan çalışma koşulları uygulanacaktır. O halde bu sözlerden yazılı şeklin geçerlik koşulu olmadığı sonucuna varılmalıdır³⁵. Çünkü ihtilaf halinde yedek hukuk kuralları devreye girecektir. Madde gerekçesi de bu yöndedir. TBK m. 449'un dayanağını teşkil eden İsv.BK. m. 347a'nın 3. fıkrası TBK'na alınmamıştır. Bu fıkraya göre, iş ediminin başlangıcına, gezilecek alanlara ve gezi programına ilişkin bulunmak ve kanunda yazılı sözleşmede belirtilen sair hükümlere aykırı düşmemek kaydıyla sözlü anlaşmalar yapılabilir. Zaten hizmet sözleşmesi için yasada aksine bir hüküm bulunmadıkça özel bir şekil öngörülmemiştir (m. 394/1)³⁶.

ması gereken asgari unsurlar ve temsil yetkisinin yazılı olması şartı başta olmak üzere yukarıda işaret edilen diğer gereklilikler, pazarlama sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasını zorunlu kılacaktır, **TOPÇUOĞLU**, s. 35-36; Ayrıca bkz. **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 445 vd.

³⁵ **SCHMID, J./STÖCKLI, H.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2010, s. 216; **GUHL/KOLLER/SCHNYDER./DRUEY**, s. 516-517; **ALTHERR/BREM/BÜHLMANN**, s. 343-344; **REHBINDER**, s. 189; **EGLI**, s. 443-444; **GAUCH/AEPLI/STÖCKLI**, s. 848; **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 10; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 418; **SÜZEK**, s. 289 vd..

³⁶ Kanunda aracı pazarlamacının ve sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının atanma şekline ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun aracı pazarlamacıyı esas kabul etmiş, pazarlamacının işveren adına sözleşme yapabilmesi için yazılı anlaşma yapılmasını şart koşturmuştur (TBK m. 452/1). Bu yüzden ilk bakışta aracı pazarlamacının atanmasında şekil şartı aranmayacağı, sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının ise yazılı şekilde atanması gerektiği söylenebilir. Ne var ki Kanunun, pazarlama sözleşmesinde bulunması gereken unsurlara işaret eden TBK m. 449 hükmü dikkate alındığında pazarlamacılık faaliyetlerinin iki türünü de konu edinen pazarlamacılık sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna varılabilir. *Topçuoğlu*'na göre, Kanunun, "yazılı anlaşma varsa" (TBK m. 448), "aksine yazılı anlaşma olmadıkça" (TBK m. 452/1) ifadelerinden de aksini düşünmek mümkün görünmemektedir. Yazara göre, "tanım" ve "yetki" başlığı altında zikredilen "yazılı anlaşma" ibareleri "yazılı yetki" olarak kabul edilmelidir. Çünkü temsil, tek taraflı bir yetkidir, maddi fiilleri de kapsayan vekâletten farklı olarak anlaşmaya ihtiyaç yoktur. Bu yüzden pazarlamacının sözleşme yapma yetkisinden söz edebilmek için işverenin yazılı yetki belgesi vermesi gerekir. Temsil yetkisi, pazarlama sözleşmesi ile birlikte verilebileceği gibi sonradan da verilebilir. Öyleyse aracı pazarlamacıya sonradan yazılı yetki ile sözleşme yapma yetkisi verilebilecektir, **TOPÇUOĞLU**, s. 39; Ayrıca temsil ilişkisinde yetkilendirme hakkında bkz. **CİHAN, H.**, "Temsil İlişkisinde Yetkilendirmenin Yürürlükteki BK ve 6098 Sayılı Yeni BK'ya Göre Karşılaştırmalı İncelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 3, Y. 2011, s. 86 vd.

D) Pazarlamacılık Türleri

1. Aracı Pazarlamacı

TBK, esas olarak pazarlamacının, tacirin işletmesi dışındaki iş ve işlemler için aracılık etmesi ilkesini doğrultusunda düzenlemeler getirmiştir. Aracı pazarlamacı, taciri temsil yetkisi olmadan, işletme dışındaki müşterileri bulup tacir ile sözleşme yapmalarını temin etmeye çalışacaktır. Pazarlamacının temel yükümlülüğü, işletmenin merkezi dışındaki yerlerde işletmeye müşteri kazandırmak için çaba göstermektedir. Diğer bir ifadeyle aracı pazarlamacı, sözleşmenin kurulmasını mümkün kılacak tanıtım faaliyetlerini yapar, gerekli alt yapıyı hazırlar, müşteride oluşabilecek tereddütleri gidermeye çalışır³⁷.

TBK hükümlerinde pazarlamacının, sözleşme süresi veya aracılık faaliyeti sayısı ya da hacmine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Pazarlamacılık sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde TBK ve alışılmış hizmet koşulları uygulanacaktır (TBK m. 449/2). Bu durumda pazarlamacı, yüklenildiği işi özenle yapmak ve tacirin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (TBK m.396/1). Pazarlama sözleşmesinde pazarlamacının yapması gereken aracılık faaliyetinin sayısı veya meblağ olarak tutarının alt sınırı belirlenmiş olabilir. Bu durumda pazarlamacı, bu sınırlara uygun olarak aracılık faaliyetini yürütür. Aksi halde pazarlamacılık sözleşmesinin haklı sebeplerle feshi gündeme gelebilecektir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, pazarlamacının belli bir süre içinde, belirli sayıda aracılık yapması gibi bir zorunluluktan söz konusu olmaz³⁸.

Temsil yetkisi bulunmadığı için aracı pazarlamacının aracılık ettiği faaliyetlerle ilgili hukuki işlemleri sonuçlandırma, işveren adına yapma yetkisi bulunmamaktadır. İşveren, pazarlamacının bulduğu müşteri ile sözleşme yapıp yapmamakta serbesttir. Pazarlamacının sorumluluğu, tacirin talimatları doğrultusunda işletme dışındaki müşterileri ziyaret etmek, satış ve sürüm faaliyetleri hakkında bilgilendirmek, bu kimseleri tacir ile bir araya getirip uzlaşmaları için çaba göstermekten ibarettir. Sözleşmenin tacire veya müşteriye ilişkin sebeplerle kurulamamış olması pazarlamacının ücret hakkını etkilemez. Pazarlamacı, kural olarak, sözleşme kurulduktan sonra tacirin veya müşterinin borca aykırı davranışlarından sorumlu tutulamaz. Kanun

³⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, s. 33.

³⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, s. 33-34.

açıkça pazarlamacının, bulduğu müşterilerin sözleşmeye aykırı davranışlarından sorumluluğunu veya alacağın tahsili için yapılacak masrafları kısmen ya da tamamen karşılamasını öngören anlaşmaları hükümsüz saymıştır (TBK m. 451/1). Fakat sigortacılık alanındaki aracılık faaliyetleri için istisnai bir hüküm kabul edilmiştir. Buna göre yazılı olarak kararlaştırılmak kaydıyla, sigorta sözleşmelerine aracılık eden pazarlamacının, prim borcunun tamamen veya kısmen ödenmemesi sebebiyle primin tahsili için yapılan dava veya takip masraflarının en fazla yarısına katlanmasını konu edinen şartlar geçerlidir³⁹.

2. Sözleşme Yapma Yetkisine Sahip Olan Pazarlamacı

Sözleşme yapma yetkisine sahip olan pazarlamacı, işveren adına işlem yapmaya yetkili kılınmıştır. Bu halde pazarlamacı, işvereni temsil yetkisine sahiptir. Pazarlamacı, yaptığı işlemlerle ilgili bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri tacir adına yapmaya yetkilidir. Tacirin menfaatlerini koruma ve talimatlarına uyma yükümlülüğü çerçevesinde pazarlamacı, ifa yerini tayin etmeye, gerekli ihbar ve ihtarları yapmaya, kurduğu sözleşmeleri değiştirmeye veya feshetmeye yetkili olmalıdır. Fakat TBK'nun, bazı hususları özel temsil yetkisine bağlaması pazarlamacının faaliyet alanını sınırlamaktadır. Pazarlamacının sözleşme yapma yani taciri temsil yetkisi istisna olduğundan, özel yetkiye ihtiyaç görülmüştür. Pazarlamacıya, tacir adına sözleşme yapma yetkisi veriliyorsa, bu yetkinin özel olarak ve yazılı şekilde verilmesi gerekir⁴⁰.

Pazarlamacının, tacir adına yaptığı sözleşmelerin borçlusu olan müşterilerinden tahsilât yapması⁴¹ ve borcun ödeme günlerini değiştirmesi özel yet-

³⁹ Bkz. TOPÇUOĞLU, s. 40.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.SÜZEK, s. 291-292.

⁴¹ Müşterilerden tahsilat, özel yetki şartına bağlandığından pazarlamacı, para alacaklarının tahsilinde yetkili değildir.Özel yetki dendiğine göre pazarlamacının yazılı anlaşma veya ayrıca sonradan yazılı şekilde tahsilât için yetkilendirilmesi gerekir.Tahsilât, para borçlarının alacaklıya ifasıdır. Dolayısıyla işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiiller yetki kapsamına girdiğinden, para borcu dışındaki edimler için pazarlamacının edimi kabul etmeye yetkili sayılmasında tereddüt etmemek gerekir. Pazarlamacı, tahsilât yetkisine sahip ise sözleşme konusu para borcunun ödenmemesi durumunda işveren adına dava ve takip yoluna başvurabilmelidir. Tahsil yetkisi, pazarlamacıya borcu sona erdirecek tasarruflarda bulunma yetkisi vermez.Tahsil ve ödeme günlerini değiştirme yetkisine sahip pazarlamacı, tahsil işlemini güçlendiren veya kapsamını genişleten tasarruflarda bulunabilecektir, Bu hususta ayrıntılı bilgi ve farklı örnekler için bkz.TOPÇUOĞLU, s. 42 vd.

ki şartına bağlanmıştır (TBK m. 452/2)⁴².TBK m. 452/2, pazarlamacının, tacir adına, özel yetkiye bağlı tahsilât ve ödeme günlerinin değiştirilmesi imkânları dışında, işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri yapabilmesi düzenlenmiştir. Buna göre pazarlamacı, genel olarak, özel yetkiye bağlı işlemler ve olağanüstü işlemler dışındaki bütün işlem ve fiillerde yetkili olacaktır. Sözleşme konusu edimin ifası amacına hizmet edecek ve tarafları, sözleşme ile ulaşmak istedikleri hedefe götürecektir bütün işlemleri olağan işlem olarak kabul etmek gerekir. Buna karşılık ifa amacı dışında kalan ve sözleşmenin sona erdirilmesi ile sonuçlanacak işlemler olağanüstü işlem sayılır. Sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme ve ibra gibi halleri olağanüstü işlem olarak nitelendirilebilir⁴³.

E) Pazarlamacının Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması ve Yetkilerini Aşmasının Hukuki Sonuçları

Kanun, kural olarak pazarlamacının işletme merkezi veya dışındaki yerlerde tacir adına aracılık faaliyetlerini yürütmesini esas almıştır. Tacir, aracılık faaliyetleri dışında pazarlamacıya temsil yetkisi verecekse yazılı yetki gerekir. Bu yetki, atanma sürecinde verilebileceği gibi sonradan da verilebilir. Pazarlamacı, ticari işletmenin merkez veya şubesi dışında tacir adına ya aracılık edecek ya da sözleşmeler yapacaktır. Sözleşme için yetkilendirilen pazarlamacı, sözleşmelerin icrasına yönelik bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri yapabilecektir. Aracı ve sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının yetkileri istenildiği gibi daraltılabilir. Herhangi bir sicile tescil veya ilan şartı bulunmamaktadır. Fakat her iki tür pazarlamacı, işletme dışında faaliyet gösterdiği için yetkiyi kısıtlayan işlemlerin yazılı olmasının zorunlu olduğu belirtilebilir⁴⁴.

⁴² Pazarlamacı, “olağan hukuki işlem ve fiil” kapsamında öncelikle yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihbar, ihtar ve protesto gibi işlemleri işveren adına yapmaya veya kabule yetkilidir. İşletmenin merkezi veya şubesi dışında satış ya da sürüm işlemleri için yetkili kılınan pazarlamacının sözleşmenin ifa aşaması ve ifa edilmemesinin sonuçları ile ilgili olağan sayılabilecek hukuki işlemleri yapabilecektir. Şu halde pazarlamacının, edimin taşınması, teslimi, muhafaza edilmesi gibi işlem ve fiiller dâhil müşterinin temerrüdü halinde, temerrüde ilişkin bütün işlemleri yapabilmesi gerekir. **TOPÇUOĞLU**, s. 41; **SÜZEK**, s. 291-292; Ticari mümessil, ticari vekil ve seyyar tüccar memurunun temsil yetkisinin kapsamı için bkz. **İNCEOĞLU, M. M.**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 170 vd..

⁴³ Alacaklının temerrüdü halinde pazarlamacının sahip olduğu yetkiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., **TOPÇUOĞLU**, s. 41-42.

⁴⁴ Buna göre pazarlamacının yetkilerinin kısıtlanmasına ilişkin esasları şu şekilde sıralayabiliriz: a. Her iki tür pazarlamacının işletme merkezi veya şubesi dışında işveren adına ara-

Pazarlamacının yetkisini aşarak yaptığı hukuki işlemlerin sonucu, TBK'nın yetkisiz temsil ve vekâlete ilişkin hükümlerine göre çözümlenecektir. Öncelikle pazarlamacının, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmeden yapmış olduğu hukuki işlemler, taciri veya haleflerini bağlayacaktır. Fakat üçüncü kişilerin, yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumlarda, bu sonuç geçerli değildir (TBK m. 45, 514). Pazarlamacının, yetkilerini aşarak müşterilerle yaptığı hukuki işlemler, yetkisiz işlemi onaması şartıyla taciri bağlar. Yetkisiz işleme taraf olan müşteri, tacirden, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Verilen süre içinde tacir, yetkisiz işleme icazet vermez ise müşteri, bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur (TBK m. 46). Tacir, yetkisiz işleme açık veya örtülü olarak icazet vermemişse müşteri, işlemin geçersiz olmasından doğan zararının giderilmesini pazarlamacıdan talep edebilecektir. Pazarlamacı, ancak işlemin yapıldığı sırada müşterinin, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Yetkisiz işlemi yapan pazarlamacının kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi şartıyla aynen ifa dâhil müspet veya menfi zararların giderilmesi de istenebilir (TBK m. 46)⁴⁵.

II. Pazarlamacılık Sözleşmesinin Benzer Hukuki İlişkilerle Karşılaştırılması

Pazarlamacılık sözleşmesi kendine özgü özellikleri ile diğer sözleşmelerden özelliklerde iş görme sözleşmelerinden farklılıklar arz etmektedir. Bu sözleşmenin daha iyi etüt dilebilmesi için benzer sözleşmelerden farklılıklarına ve benzerliklerine değinmek oldukça isabetli olacaktır.

cılık edeceği veya sözleşme yapacağı coğrafi alan tespit edilebilir. Aracı pazarlamacı ve sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacı bu alan dışında faaliyet gösteremeyecektir. b. Her iki tür pazarlamacının faaliyetlerini yürütebileceği müşteri çevresi kısıtlanabilir. Örneğin pazarlamacının yetkisi, bir şehirdeki havalimanı veya üniversite, fakülte ya da yüksekokullarda okuyan öğrencilere hasredilebilecektir. c. Pazarlamacıya sözleşme yapma yetkisi verilmişse sözleşmenin esaslı unsurları (fiyat, vade farkı, edimin türü, niteliği gibi) veya ikinci derecedeki unsurlarının (taksit, ifa yeri, ifa masrafları, sigorta gibi) çerçevesi işveren tarafından tespit edilebilir. d. Sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının tahsil yetkisi kısıtlanabilir veya kaldırılabilir. e. Pazarlamacının ifa zamanını belirleme, değiştirme veya ek süre tanıma yetkisi kaldırılabilir, **TOPÇUOĞLU**, s. 44.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPÇUOĞLU**, s. 45; Özellikle yetkisiz temsil ve sonuçları için bkz. **İNCEOĞLU**, s. 355 vd.

A) Pazarlamacılık Sözleşmesi ile Ticari Temsilcilik ve Ticari Vekilliğin Karşılaştırılması

Tacir yardımcılarında bir kısmı, tacirin iş yerinde, onun emir ve talimatları çerçevesinde çalışır⁴⁶. TBK, bağlı tacir yardımcılarının sistematik

⁴⁶ Tacir yardımcılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TEOMAN, Ö.**, “Tacir Yardımcıları”, Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan, İstanbul 2006, s. 221 vd.; Bu kimselerin tacirin iş yerinin merkezinde, şubelerinde veya şube niteliği taşımayan diğer kısımlarında (teşhir mağazası, depo, imalathane gibi) çalışmaları arasında bir fark yoktur. Bağlı tacir yardımcılar, taciri temsil yetkisine sahip olup olmadıklarına göre iki kısma ayrılmaktadır. Bağlı yardımcılardan bir kısmının taciri temsil yetkisi yoktur. Bu kimseler hizmet veya vekâlet sözleşmesi çerçevesinde, maddi fiillerin yürütülmesi, bir işin veya hizmetin görülmesi gibi temsil yetkisi içermeyen iş veya işlemlerde görevlendirilmişlerdir. Diğer bağımlı yardımcılar ise tacire haklar kazandıran veya onu borç altına sokan, lehine ya da aleyhine hukuki işlemler yapan yetkilidirler. Bağlı tacir yardımcılar ticari mümessiller, ticari vekiller ve pazarlamacılar. Söz konusu kimselerin temsil yetkileri dışında, işletmenin yönetimi, belirli iş veya hizmetlerinin yürütülmesi gibi maddi fiillerle de görevlendirilmeleri mümkündür. Dolayısıyla bağlı yardımcılardan temsil yetkileri kaldırılabilir pekâlâ bahsedilen maddi fiillerle ilgili görevleri; hizmet, vekâlet, ortaklık ve benzeri sözleşmelerden doğan hakları devam edebilir, **TOPÇUOĞLU**, s. 29; Benzer yönde açıklamalar için bkz. **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 115; Diğer yardımcılar ise tacirden bağımsızdır. Bağımsız tacir yardımcılarının işletmeleri ticari işletme niteliği taşıyorsa ayrıca bu kimseler tacir sıfatını taşır. Acente, komisyoncu, tellal (simsar), tek satıcı, sağlayıcı veya dağıtıcı gibi kimseler tacirin bağımsız yardımcılardır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPÇUOĞLU, M.**, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006., s. 6 vd.; Eski Borçlar Kanunu, seyyar tüccar memuruna vekâletin özel bir türü olarak ve tek madde ile “Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller” başlığı altında yer vermiştir (BK m. 454). Yeni Borçlar Kanunumuz bağlı tacir yardımcısı pazarlamacıyı “pazarlama sözleşmesi” başlığı altında ayrıntılı olarak düzenlemiştir (TBK m. 448-460). Kanun koyucu pazarlama sözleşmesini, İsviçre BK (İBK) m. 347-350a hükümlerini esas alarak şekillendirmiştir. İsviçre’deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PORTMANN**, s. 2084 vd; TBK, bağlı tacir yardımcılarını “Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları” başlığı altında düzenlemiştir. Kanun, ticari temsilci ve ticari vekillere 547-554. maddeleri arasında yer vermiştir. Diğer tacir yardımcılar olarak ayrıca zikredilen bağlı yardımcılar ise aşağıda açıklanacağı üzere ticari vekilden başkası değildir. TBK, BK m. 453 hükmünün “Diğer Ticaret Vekilleri” başlığına ilişkin hatayı, “Diğer Tacir Yardımcıları” (m. 552) başlığı ve içeriği ile ağırlaştırarak sürdürmüştür. Hâlbuki TBK m. 552 ve BK m. 453 hükümleri, ticari vekilin görev ve yetkilerini, temsil yetkisinin kapsamı ve kısıtlanması konularını düzenlemektedir. TBK’nın “Diğer Tacir Yardımcıları” ile kastettiği bağlı tacir yardımcısı pazarlamacı (m. 448-460) olmalıdır. BK’da düzenlenmeyen pazarlamacının seyyar tüccar memurununun fonksiyonunu ikame edeceği söylenebilecektir. BK, bağlı tacir yardımcılarında vekâlet hükümlerinin devamında “Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller” başlığı altında yer vermiştir (m. 449-456). Kanun önce ticari mümessili, ardından “Diğer Ticaret Vekilleri” başlığı ile ticari vekili, son olarak “seyyar tüccar memurları”nı düzenlemiştir. Bu açıdan amacı ve konusu itibarıyla ticari vekilleri düzenlemek üzere sevk edildiği anlaşılan BK m. 453 hükmünün başlığının “diğer ticaret vekilleri” olması yanıltıcıdır. *Topçuoğlu’na* göre, seyyar tüccar memurlarına ayrı bir başlık altında yer verildiğinden söz konusu maddenin düzenlediği yegâne tacir yardımcısı ticari

düzenini değiştirmiştir. Kanun, ticari temsilci ve ticari vekillerin vekâlet sözleşmesi ile bağlantısını ve yerini muhafaza etmiş fakat yeni düzenlediği pazarlamacılık sözleşmesini, vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi boyutunu göz ardı ederek, özel bir hizmet sözleşmesi olarak görmüş ve hizmet sözleşmesi başlığı altına yerleştirmiştir⁴⁷.

TBK m. 547'ye göre: “Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir.- İşletme sahibi, ticari temsilcilik yetkisi verildiğini ticaret siciline tescil ettirmek zorundadır; ancak ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumluluğu, tescilin yapılmış olmasına bağlı değildir”. TBK m. 551'e göre: “Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir. - Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez”.

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi işletmeyi bağlayıcı olması için temsil yetkisinin ticari sicile kaydı zorunludur. Ticari vekile verilen temsil yetkisi ticari temsilcilik boyutunda olmadığı gibi bu temsil yetkisinin ticaret siciline tesciline gerek yoktur. Bir ticari işletmeye ya da tacire bağımlı olarak faaliyet gösterecekler de bunların pazarlamacıdan farkı pazarlamacının işletme dışında, uzakta müşterilerin ayağına giderek çalışıyor olması ve bir işletmeye bir hizmet sözleşmesiyle bağlı olması gerektiğidir. Oysa ticari temsilci ve ticari vekil işletmenin bulunduğu yerde çalışırlar ve işverene bağlılıkları bir hizmet sözleşmesi ile olabileceği gibi bir vekâlet ya da şirket sözleşmesi ile de olabilir⁴⁸.

vekilidir. Bu yüzden ticari vekil dışında başkaca ticaret vekilinin varlığı ve bunun düzenlenmek istendiği düşüncesine yol açan BK m. 453 hükmünün başlığının “ticaret vekilleri” şeklinde olması daha isabetli olurdu. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TOPÇUOĞLU**, s. 29.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **SOYER, P.**, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısının “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Devrim ULUCAN’a Armağan, İstanbul 2008, s. 149 vd.; **KOÇ, S.**, “Borçlar Kanunu Tasarısının Hizmet Sözleşmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden KUNTALP’e Armağan, 2004/1, C. I, s. 585 vd.; **GÜNEŞ, B./MUTLAY, F. B.**, “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/1, 30, s. 231 vd..

⁴⁸ **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 6-7; Ticari vekil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **MİNELİLER, Z.**, “Ticari Vekil”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C. II, Ankara

B) Pazarlamacılık Sözleşmesi ile Acentelik ve Sımsarlığın Karşılaştırılması

Pazarlamacı kural olarak ticaret siciline kayıtlı bulunan ve ticari faaliyet yürüten işverenin talimatı altında ve ona bilgi verme yükümlülüğü ile işverene bağlı olarak çalışan kimsedir. Bu özelliği ile özellikle acenteden ayrılmaktadır. Çünkü acente bağımsızdır ve ana firmanın talimatları ile bağlı bulunmamaktadır. Acente bizzat kendi işletmesinin sahibidir ve çoğu zaman birden çok firmayı temsil edebilir. Hâlbuki pazarlamacı acenteden farklı olarak asgari bir ücret verilmesini, faaliyetleri esnasında yaptığı giderlerin ödenmesini, ücretli izin verilmesini ve ayrıca işverenin sosyal sigorta primlerini ödemesini talep edebilir. Diğer taraftan pazarlamacı pazarladığı mallar karşılığında tamamen veya kısmen satış miktarının belli bir yüzdesi üzerinden oluşan bir ücret alabilir. Pazarlamacı pazarlama faaliyetini işverenin işletmesi dışında yerine getirir. Pazarlamacı işveren adına ve hesabına faaliyette bulunduğu için kendi namına iş görmesi mümkün değildir⁴⁹.

6102sayılı TTK. m. 102'ye göre: “(1) Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde

2010, s. 1467 vd.; **DEMİRVURAN, H.M.**, Ticari Vekalet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2004, 15 vd.; Pazarlamacı için, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlendiğinden “işçi”; faaliyetin niteliği dikkate alınarak “bir çeşit gezici acentelik” ifadelerinin kullanıldığı da görülmektedir. **KOÇ**, s. 601; **AKIN, M.**, Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, “tartışma kısmı”, Ankara 2008, s. 126; TBK'nın pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümleri ve Kanun sistematigi içindeki yeri dikkate alındığında pazarlamacının tacir yardımcısı olarak düşünüldüğünü söylemek güç olsa da; kanun koyucunun pazarlamacıyı, ticari işletme dışında, işveren ticari işletme sahibi hesabına aracılık eden veya işlemler yapan işçi olarak gördüğü anlaşılmaktadır (TBK m. 448). Kanun koyucu, bağlı tacir yardımcılarından ticari vekili genel olarak “ticari vekil” başlığı altında düzenlemiş (TBK m. 551) ve “diğer tacir yardımcıları”nı ayrı bir başlık altında düzenlemeyi murad etmiştir. Fakat “diğer tacir yardımcıları” başlığı altında düzenlenen hüküm aslında ticari vekile ilişkindir (TBK m. 552). **TOPÇUOĞLU**, s. 30-31; *Topçuoğlu*'na göre, toptan, yarı toptan veya perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerin görevli veya hizmetlileri, kendilerine yazıyla yetki verilmiş olmadıkça, işletme dışında ve kasa görevlileri atanmışsa, işletme içinde satış bedellerini isteyip alamazlar. Bu kişiler, satış bedellerini almaya yetkili buldukları hâllerde, faturaları kapatmaya veya makbuz vermeye de yetkilidirler” Görüldüğü gibi bu maddede ticari vekilin temsil yetkisinin kısıtlanması, özel yetkili ticari vekilin görev ve temsil yetkisinin kapsamı düzenlenmektedir. Hiç şüphesiz TBK m. 552 hükmü, tıpkı BK m. 453'te olduğu gibi TBK m. 551'in devamıdır ve “diğer tacir yardımcıları”na ilişkin bir düzenleme içermemektedir, **TOPÇUOĞLU**, s. 31

⁴⁹ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 445-446.

sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir. (2) Bu Kısımda hüküm bulunmayan hâllerde aracılık eden acentelere Türk Borçlar Kanununun simsarlık sözleşmesi hükümleri, sözleşme yapan acentelere komisyon hükümleri ve bunlarda da hüküm bulunmayan hâllerde vekâlet hükümleri uygulanır''.

Hükümden açıkça anlaşılacağı gibi ister sözleşmelere aracılık etsin ister onları ticari işletme adına yapsın acentetemsil ettiği ticari işletmeden bağımsız çalışır. Bağımsız çalışma onu pazarlamacıdan ayıran önemli farkı oluşturur. Ayrıca bir ticari işletmeyesahip olduğundan temsil ettiği ticari işletmegibi o da tüccar sayılır. Tüzel kişi olabileceğigibi gerçek kişi de olabilir⁵⁰.

Pazarlamacıise bir işverene hizmet sözleşmesiyle bağlı olarak çalışan bir gerçek kişidir. Simsarlık TBK m. 520'ye göre: "*Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.- Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır.-Taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz.*" Simsar devamlı bir statüye bağlı olmaksızın ücret karşılığında ticari işlere aracılık yapmayı meslek edinen kişidir. Tacirin (acente gibi) bağımsız yardımcısıdır. Bu konumu itibarıyla simsarın kendisine ait ayrı bir işletmesi vardır ve bu işletme ticari bir işletme niteliğindeyse simsar ayrıca tacir sıfatına da sahip olur. Tacir ile simsar arasındaki ilişki daha önce de belirttiğimiz gibi sürekli değil geçicidir. Geçici niteliği itibarıyla acenteden ayrılır⁵¹.

O halde simsar bu nitelikleri itibarıyla bir hizmet sözleşmesine bağlı olarak bir işveren hesabına sürekli faaliyet gösteren pazarlamacıdan ayrılır. Kural olarak vekâlet hükümlerinin uygulanacağı simsarlık, faaliyetin bağımsız ve arızı olması niteliği itibarıyla pazarlamacılıktan farklılaşır. Uygulamada borsa tellallığı, taşınmaz tellallığı gibi türleri mevcuttur. 6098 sayılı yeni BK.nda''simsarlık'' adı verilen bu sözleşme ve faaliyeti hemen hemen yürürlükteki BK. gibi düzenlenmiştir (TBK md. 520 vd.). İlginçtir ki, ticari işler tellallığına yeni BK.nda yer verilmemiştir. Bunun nedeni ticari işler tel-

⁵⁰ ARKAN, s. 186.

⁵¹ POROY, R./YASAMAN, H., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012, s. 281 vd.

lallığının esasen acentenin faaliyetlerine çok benzediği ve aracılık işlerinin yaygın olarak onlar tarafından yürütüldüğü ve uygulamada ticari işler tellallığına pek rastlanmaması olabilir. Uygulamada bir de sigorta acenteleri vardır. Bunlar bir sigorta işletmesine ait poliçelerin müşterilere satılmasına, sigorta sözleşmelerinin yapılmasına aracılık eden kişilerdir. Bu faaliyet bir işverene hizmet sözleşmesi ile bağımlı olarak yapılabileceği gibi acente gibi bağımsız statüde de yapılabilir⁵².

⁵² **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 7-8; **KAYIHAN, Ş.**, Acentelik Sözleşmesi, 3. Bası, Ankara 2008, s. 32 vd.; **POROY/YASAMAN**, s. 281 vd.; 6098 sayılı TBK md. 451/3 sigorta sözleşmelerine aracılık yapan pazarlamacılardan söz etmiştir. Bunların hizmet akdiyle çalıştıklarına kuşku yoktur. Bir de bir sigorta işletmesine bağımlı olmadan çalışan sigorta acenteleri vardır ki bunlar 03.06.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık K.nda düzenlenmiştir. Nitekim söz konusu Kanunun 2/e maddesi sigorta acentesini “Ticari mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişi” olarak tanımlamış, md. 23 ise sigorta acentelerinin tüzel ve gerçek kişi olabileceğini, sigorta acenteliği yapacak olanları TOBB’nce tutulan levhaya yazılı olmaları gerektiğini belirtmiştir. Sigortacılık K. md. 23, TTK’nun acentelere ilişkin hükümlerinin sigorta acenteleri hakkında da uygulanacağını öngörmüştür. Acente konumu itibarıyla bağımsız faaliyet gösteren kişiler olduğundan gerçek kişi olarak faaliyet gösterebilirler bile sigorta acenteleri de bağımsız statüde çalışırlar, işçi sayılmazlar, **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 7-8; **KAYIHAN**, s. 32 vd.; Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir (Bkz. Yarg. 9. HD., 31.03.2009, E. 6674, K. 9029; Yarg. 9. HD., 4.3.2010, E. 17552, K. 5832; Yarg. 9. HD., 31.03.2009, E. 8281, K. 9033, kararlar için bkz. **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 8); Pazarlamacılık sözleşmesi, bireysel emeklilik aracısından da farklıdır. Buna göre, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu’nun 2 ve 11. maddeleri ile bu yasaya dayanılarak çıkarılan Bireysel Emeklilik Aracıları Hakkında Yönetmelik bu araçlardan ve faaliyetlerinden söz etmektedir. Kanunun 2/1 maddesine göre “bireysel emeklilik aracıları emeklilik şirketlerinin emeklilik sözleşmelerine aracılık eden veya bunları emeklilik şirketi adına yapan kişileri ifade eder”. Bu kişiler gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilirler. Aracılar bireysel emeklilik sistemine katılmak isteyenlere şirket seçimi, sunulan emeklilik planlarının tanıtımı, bilgilendirilmesi, bireysel emeklilik sözleşmelerinin pazarlanması, satışı gibi hizmetler sunarlar. Bireysel Emeklilik Aracıları Siciline kaydolmaları zorunludur (4632 SK. md. 14). Ayrıca Emeklilik Gözetim Merkezi’nde tutulan bir sicile de kaydolurlar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TUNCAY, C./EKMEKÇİ, Ö.**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 14. Bası, İstanbul 2011, 536; **GÜLVER, E.**, Emeklilik Sözleşmesi, İstanbul 2011, 31). Ancak giriş aidatı, katkı payı veya sair adlar altında para tahsili, katılımcı adına fon aktarımı işleri yapmaları yasaktır. Gerçek kişi iseler bağımsız olarak çalışabilecekleri gibi bireysel emeklilik şirketine hizmet akdine bağlı olarak da çalışabilirler. Bu takdirde TBK md. 448’deki pazarlamacıya benzene de farklı kanunda düzenlendikleri, farklı amaçlara hizmet ettikleri için aynı kavramlar olmadığını söyleyebiliriz. sayılan araçlara benzeyen bir diğer kavram da bireysel emeklilik aracılarıdır, **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 8.

C) Pazarlamacılık Sözleşmesi 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Seyyar Tüccar Memurluğu mudur?

XIX. yüzyılın ortalarında başlayan sanayileşme ile birlikte, malların seri halde bol miktarda üretilmesi ve yoğun rekabet ortamı, ürettiği mal ve hizmetleri işletme merkezi dışında geniş bir alana yaymak isteyen işletme sahiplerinin, mal ve hizmetlerin pazarlanmasında kendilerine yardımcı olacak kişilere ihtiyaç duymalarına neden olmuştur. Pazarlamacı (seyyar tüccar memuru), bu ortamın yarattığı ilk tacir yardımcısıdır⁵³.

Ticari işletmelerin faaliyet alanlarını geliştirmelerinde önemli rol oynayan seyyar tüccar memurunun, mal ve hizmetleri işletme merkezi dışındaki bölgelere ulaştırabilmek için sürekli seyahat halinde olması ve bu nedenle yanında yeterince mal taşıyamaması, malların müşteriye daha sonra tacir tarafından gönderilmesine, bu durum da maliyetlerin artmasına neden oluyordu. Ayrıca seyyar tüccar memurunun tacirin bağımlı yardımcısı olması, faaliyetleri olumlu sonuç vermese bile, tacirin kararlaştırılan sabit ücreti seyyar tüccar memuruna ödemesini gerektiriyordu⁵⁴.

Bu sakıncalar seyyar tüccar memurunun bir geçiş döneminin kurumu olarak kalmasına, kendi tipinde gelişip büyüyememesine neden olmuştur⁵⁵. Seyyar tüccar memurunun masraflı bir yardımcı olması, işletme sahiplerini mal ve hizmetlerini işletme merkezi dışına pazarlamada etkili olacak yeni formüller geliştirmeye itmiştir. Bunun üzerine işletme sahipleri, mal ve hizmetlerini işletme merkezi dışında pazarlamak için merkez dışındaki bölgelerde şube açmak yolunu seçtiler. Ancak tacirin şubenin masraflarını karşılamak ve şubede çalışan elemanlarına, faaliyetleri sonuç vermese bile kararlaştırılan sabit ücreti ödemek zorunda olması, taciri yine aynı sorunla, yani maliyetlerin yüksekliği sorunuyla karşılaştırdı⁵⁶. Ticari işletmelerin faaliyet

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **HİRS, E.**, Ticaret Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1948, s. 141; **ARKAN**, s. 171-173; **ARSLANLI, H.**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s. 176; **İMREGÜN, O.**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 125-127; **POROY/YASAMAN**, s. 239; **KARAYALÇIN, Y.**, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 513; **KAYIHAN**, s.19; **KINACIOĞLU, N.**, Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963, s. 1.

⁵⁴ **KAYIHAN**, s. 20.

⁵⁵ **TEKİNALP, G.**, Acente Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralları, İstanbul 1972, s. 1 vd.

⁵⁶ **ARKAN**, s. 186; **KAYIHAN**, s. 20.

alanlarını genişletmek için seyyar tüccar memuru kullanmaları veya şube açmalarının tacire ekonomik anlamda yük oluşturması, tacirleri, ürettikleri mal ve hizmetlerin işletme merkezi dışında daha kolay ve ucuz şekilde pazarlanmasında sürekli faaliyet gösterecek bağımsız yardımcılarından yararlanmaya yöneltmiştir⁵⁷.

Tuncay'a göre, TBK pazarlamacılık sözleşmesi olarak tanımlanan yeni bir hizmet sözleşmesi türü getirmiştir. Oysa bu sözleşmeyle çalışan kişi (gezici) tüccar memurundan farklı bir kişi değildir. Yani, yeni kanun yürürlükteki kanunda tüccar yardımcıları arasında sayılan gezici tüccar yardımcısını oradan almış, adını değiştirerek iş sözleşmesi ile ilgili 6. Bölüm içine koymuştur. Kanun koyucu bununla dayetinmemiş ve pazarlamacının çalışma biçimine, hak ve borçlarına ilişkin ayrıntılı hükümlere de yer vermiştir. Seyyar tüccar memuru, yeni adıyla pazarlamacı da hesabına çalıştığı tacire digger bir ifadeyle işverene bir hizmet sözleşmesiyle bağlıdır⁵⁸.

TBK'nun pazarlamacılığı ilişkin hükümleri incelendiğinde pazarlamacının, seyyar tüccar memurunun görev ve rolünü ikame ettiği belirtilmektedir. *Topçuoğlu*'na göre, bu yanılmanın sebebi, kanun koyucunun seyyar tüccar memurunun, BK sistematğine uygun olarak “diğer tacir yardımcıları” başlığı altında yer verdiği hükümleri kapsamına girdiğini farz ve kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Yazara göre, bu sonuç doğru değildir. Kanun koyucu, bağlı tacir yardımcılarından ticari vekili genel olarak “ticari vekil” başlığı altında düzenlemiş (TBK m. 551) ve “diğer tacir yardımcıları”nı ayrı bir başlık altında düzenlemeyi murad etmiştir. Fakat “diğer tacir yardımcıları” başlı-

⁵⁷ **ARKAN**, s. 186; Pazar ekonomisinin ortaya çıkardığı bağımsız bir tacir yardımcısı olan bu kişiye acente adı verilmiştir. Acentelik, pazarlamacı (seyyar tüccar memuru) ile şubenin tacir açısından yukarıda anılan sakıncaların giderilmesi ihtiyacının doğduğu bir kurumdur. Söyle ki; bağımsız bir tacir yardımcısı olması nedeniyle acente, acentelik işletmesinin masraflarından kural olarak bizzat sorumludur. Yani ticari işletme sahibinin acenteye kurmak için sermaye ayırmasına gerek yoktur. Ayrıca ticari işletme sahibi, acenteye, pazarlamacı (seyyar tüccar memuru) ve şubenin aksine, sadece yaptığı aracılık faaliyetlerinin olumlu sonuç vermesi halinde ücret ödemektedir. Bu ücret sistemi, acenteyi isinde daha aktif olarak çalışması konusunda motive ederken, ticari işletme sahibinin de sürüm arttırma amacına ulaşmasını kolaylaştırmış ve masraf rizikosundan kurtulmasını sağlamıştır. Hizmetleri sayesinde ticari işletme merkezi dışındaki bölgelerde sürümü arttıran ve bunu gerçekleştirirken de taciri herhangi bir masraf rizikosuyla karşı karşıya bırakmayan acentenin, ticaret hayatında zamanla daha önemli bir rol oynamaya başlaması üzerine, acentenin hukuki durumunun düzenlenmesi gereği doğmuştur. Acentelik ilk defa 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir, bkz. **KARAYALÇIN**, s. 513; **KAYIHAN**, s.21- 22.

⁵⁸ **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 16.

ğı altında düzenlenen hüküm aslında ticari vekile ilişkindir (TBK m. 552). *Topçuoğlu*'na göre, pazarlamacının, ticari işletme organizasyonu içerisindeki yeri ve rolü dikkate alındığında hizmet sözleşmesi kapsamında değil “diğer tacir yardımcıları” başlığı altında düzenlenmesi daha isabetli olabilirdi⁵⁹.

Bilgili/Demirkapı'ya göre, pazarlamacının işvereni temsil yetkisi kural olarak bulunmamaktadır. Çünkü yaptığı faaliyet aracılık faaliyetidir. Bu durum pazarlamacı ile seyyar tüccar memurunu ayırmaktadır. Çünkü seyyar tüccar memuru sattığı malların bedellerini tahsil etmek, satın aldığı malları teslim almak, sattığı malların bedelini alma hususunda borçluya zaman tanıma yetkilerini kullanabileceği varsayılmaktaydı. Bu yetkiler pazarlamacıya tanınmamıştır. Pazarlamacı ancak kendisine yazılı olarak yetki verilmesi durumunda işlem yapabilir ve tahsilat veya süre tanıma gibi yetkileri kullanabilirdi. Diğer bir ifadeyle kendisine özel yetki verildiği hallerde bu yetkilere sahiptir⁶⁰.

Kanaatimizce de pazarlamacılık sözleşmesi 818 sayılı BK'da düzenlenmiş olan seyyar tüccar memurunun çok daha ayrıntı biçimde düzenlenmiş biçimindedir. 6098 sayılı TBK'nın hazırlanmasında Kanun koyucu hizmet sözleşmesi bağlamında özellikle Mehaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanununu takip etmiş ve tıpkı oradaki düzenlemeler gibi yerini değiştirmiştir. Sonuç olarak bağımlı bir tacir yardımcısı şeklindeki yapı devam etmektedir. Pazarlamacılık sözleşmesi seyyar tüccar memurundan başka bir şey değildir.

III. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

A) Pazarlamacının Borçları

1. İşletmenin Müşterilerini Ziyaret Etme ve İşverenin Talimatlarına Uyma Borcu

TBK m. 450'ye göre (f.1), pazarlamacı, işletmenin müşterilerini ziyaret etme borcunu, işveren tarafından “kendisine verilen talimata uygun olarak” ifa edilecektir. Pazarlamacı, işverenin talimatına uymamasını zorunlu kılan bir haklı sebebin varlığı halinde, işverenin talimatından ayrılacaktır (TBK m. 450 f.1). Ancak, “*Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkiliyse, talimatta*

⁵⁹ TOPÇUOĞLU, s. 30-31.

⁶⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 116.

öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak zorundadır; işveren razı olmadıkça, bunlarda değişiklik yapamaz” (f.2)⁶¹.

Pazarlamacı, talimata uygun davranmasını engelleyen haklı sebepler bulunmadıkça kendisine verilen talimat doğrultusunda müşterileri ziyaret etmek, numunelere uygun olarak malları onlara tanıtmak, siparişleri almak ve siparişleri işverene derhal ulaştırmakla yükümlüdür (m. 450). Pazarlamacı, işverenin açık izni olmadıkça gezi rotasında değişiklik yapamaz. Pazarlamacı işlem yapmaya yetkili kılınmış olsa bile kendisine verilen talimatta öngörülen fiyatları ve diğer işlem koşullarını değiştiremez. Ayrıca bu konularda bir değişiklik yapılacaksa bu da işverenin rızasına bağlı olarak yapılabilir. Bu yükümlülükler pazarlamacının işverene bağımlı olarak çalıştığı en önemli delilidir. Bu çerçevede işverenin izni olmadıkça kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, işlere aracılık edemez (m. 450/1). Pazarlamacı kendisine verilen yetkileri aşarak işverene zarar verecek olursa bunu tazminle yükümlü olur⁶². Daha önce de belirttiğimiz gibi aracı ve sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacı, işletme dışında yürüteceği satış ve sürüm faaliyetlerini işverenin talimatlarına uygun olarak yürütecektir⁶³. Bu anlamda pazarlamacı düzenli olarak müşterileri ziyaret edecek, ziyaret ve sonuçları ile ilgili bilgileri düzenli olarak işverene iletacaktır. Pazarlamacı, piyasadaki rekabet şartları, müşteri eğilimleri ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olaylar hakkında işvereni zamanında bilgilendirecektir (TBK m. 450/1)⁶⁴.

Pazarlamacı, işverenin belirlediği fiyat ve diğer işlem koşullarına riayet etmekle mükelleftir. İşverenin izni alınmadan satış veya teslim koşulları,

⁶¹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 427; **ALTHERR/BREM/BÜHLMANN**, s. 343-345; TBK m. 450’ye göre, pazarlamacının, haklı bir sebebin, talimata uymamasını zorunlu kılmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmekle yükümlü olduğu; işverenin yazılı izni yoksa, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamayacağı ve aracılık edemeyeceği belirtilmektedir. Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili olması durumunda, talimatta öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak zorunda olduğu; işverenin rızası olmadıkça, bunlarda değişiklik yapamayacaktır. Pazarlamacının, pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak düzenli biçimde ayrıntılı bilgi vermek, aldığı siparişleri işverene derhâl ulaştırmak ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür. Hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 348 inci maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre’deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PORTMANN**, s. 2087 vd..

⁶² **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 13; Bu hususta ayrıca bkz. **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 446-447.

⁶³ **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 530 vd.; **AKKURT**, s. 27, 28.

⁶⁴ **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 118.

fiyat, vade gibi talimatlarda değişiklik yapılamaz. Kanun, türü ne olursa olsun pazarlamacıya haklı sebeplerin varlığında tacirin talimatlarını esnetebilme imkânı tanımıştır (TBK m. 450/1). Haklı sebeplerle ilgili istisnai kuralın uygulama alanını, yapılacak işlemin işverenin menfaatine uygun olması ve talimatlarla bağlı kalmanın işverene daha fazla zarar vermesi ihtimali ile sınırlandırmak gerekir. Örneğin ürünlerin bozulma tehlikesine maruz kalması gibi. Talimata aykırı işlem, haklı sebebe rağmen işverene zarar verecekse mutlaka onun izni alınmalıdır⁶⁵.

2. Rekabet Etmeme Borcu

TBK m. 450'ye göre, pazarlamacı, “kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez” (f.1). İşveren, bir geçerlilik şekline tabi olmayarak vereceği izinle, pazarlamacının rekabet etmeme borcunu kısmen veya tamamen kaldırabilir⁶⁶.

Pazarlamacılık sözleşmesinden doğan ilişki, pazarlamacının işini yaparken işverene sadakatle bağlı olarak çalışmasını, sır saklamasını, onunla rekabete girişmemesi yükümlülüğünü de beraberinde getirir. Esasen pazarlamacının kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapma, aracılık etme yasağı bunu ifade eder⁶⁷.

Rekabet etmeme yükümlülüğü, hem münhasır bölge ve müşteri grubunu hem de münhasır bölge dışını kapsar. Bu yüzden pazarlamacının satış ve sürüm faaliyetlerini yürüteceği (aracılık etmek veya sözleşme yapmak) yer veya müşteri çevresinin sınırlandırılması, tanımlı faaliyet alanı dışında kendi veya başkaları hesabına dilediği gibi hareket edebilme imkânı vermez. Pazarlamacı, işverenin izni olmadıkça, kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez (TBK m. 450/1). Madde metninde işverenin izninin şekline ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda izne yönelik

⁶⁵ TOPÇUOĞLU, s. 53-54; Bu hususta ayrıca bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 446-447.

⁶⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 428.

⁶⁷ GUHL/MERZ/KUMMER, s. 415; EGLI, s. 443-444; TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 13; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 118; Fakat işçinin yükümlülükleri arasında yer alan sadakat borcu, pazarlamacı için sözkonusu değildir. Gerçekten işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, O., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, Ankara 2011, s. 7 vd; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 545vd.; SÜZEK, s. 362 vd.

beyan açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Ancak madde gerekçesindeki açıklamada iznin yazılı olması gerektiği ifade edilmiştir. TBK m. 450/1 hükmü, rekabet yasağını kaldıracak işverenin beyanına ilişkin kısıtlayıcı bir kayıt içermese de pazarlamacının ücret ve komisyon hakkı, masraflarının karşılanması gibi hususlar dikkate alındığında yazılı şeklin önemi göz ardı edilemez. Birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunan pazarlamacının masraflarına, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça her tacir, eşit olarak katılmakla yükümlüdür (TBK m. 457)⁶⁸.

3. Bilgi Verme Borcu

TBK m. 450'ye göre (f.son), “Pazarlamacı, pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak düzenli biçimde ayrıntılı bilgi vermek, aldığı siparişleri işverene derhâl ulaştırmak ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür”.

TBK m. 450/3 gereği pazarlamacı, taciri sürekli ve düzenli olarak bilgilendirmek zorundadır. Genel olarak pazarlamacı, satış ve sürüm faaliyetleriyle bağlantılı, işvereni ilgilendiren ve faydalı olacağı düşünülen bütün hususlardan makul bir süre içinde işvereni haberdar etmelidir. Bu anlamda özellikle müşterilerin teklifleri, bölgesindeki piyasa durumu ve değişiklikleri, müşterilerin ekonomik durumu ve ortaya çıkan değişiklikler, rekabet şartları gibi konularda işveren düzenli olarak bilgilendirilmelidir⁶⁹. Pazarlamacı, müşteri ziyaretlerini, yaptığı işlemleri, müşterilerin ekonomik durumunu ve ortaya çıkan değişiklikleri gecikmeksizin işverene aktarmalıdır (TBK m. 450/3)⁷⁰.

4. Sır Saklama Borcu

İşletme dışındaki yer veya müşteri çevresinde satış veya sürüm faaliyetlerini yürüten pazarlamacı sözkonusu ticari işletmeye ait sırları saklamakla yükümlüdür. Pazarlamacılık sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde pazarlamacı için bu yönde bir yükümlülük öngörülmemesi pazarlamacının sır saklama yükümlülüğü bulunmadığı anlamına gelmez. Karşılıklı güven ilişkisinin bir sonucu olarak pazarlamacı, pazarlama sözleşmesi dolayısıyla öğrendiği tacire ait sırları muhafaza etmek zorundadır. Bilindiği gibi hüküm

⁶⁸ TOPÇUOĞLU, s. 55-56.

⁶⁹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 118-119; TOPÇUOĞLU, s. 54.

⁷⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 118-119.

bulunmayan hâllerde, pazarlamacılık sözleşmesine, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacaktır (TBK m. 469). Kanun, işçinin sır saklama borcunu özel olarak düzenlediğinden aynı hüküm pazarlamacı hakkında da geçerli olacaktır. Buna göre, “İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür” (TBK m. 396/4)⁷¹.

Pazarlamacı, pazarlama sözleşmesi süresince, tacire ait sırları muhafaza etmekle yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüğün, tacirin haklı menfaatleri gereği, pazarlama sözleşmesi sona erdikten sonra da devam edeceği kuşkusuzdur⁷².

5. Garanti Borcu

TBK m. 451’de, “garanti” başlığı altında getirilen düzenlemede, pazarlamacının, sözleşmede belirli sınırlı durumlar ve koşullarda garanti borcunun olabileceği öngörülmüştür⁷³. Şöyle ki:

Öncelikle, “Pazarlamacının, müşterilerin ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağın tahsili için yapılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür” (f.1). Ancak, “Pazarlamacı, kendi müşteri çevresiyle işlem yapıyorsa, müşterilerin borçlarını ifa etmemesi durumunda, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere karşılamayı, uygun bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla yazılı olarak üstlenebilir” (f.2). “Sigorta sözleşmelerinde aracılık yapan pazarlamacılar” ise, “bir primin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna başvurulması durumunda, bu amaçla yapılacak masrafların en çok yarısını karşılayacaklarını, yazılı olarak üstlenebilirler” (f.son)⁷⁴.

⁷¹ TOPÇUOĞLU, s. 57.

⁷² İşçinin sır saklama yükümlülüğü hakkında geniş bilgi için bkz. YENİSEY, K./ÖZTÜRK, Ö., “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Devrim ULUCAN’a Armağan, İstanbul 2008, s. 399 vd.

⁷³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 428.

⁷⁴ Bu hükme göre, pazarlamacının, müşterilerin ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağın tahsili için yapılacak masrafları

Emredici nitelikteki bu hüküm ekonomik yönden zayıf olan pazarlamacıyı güçlü ticari işletme sahibi işverene karşı korumak amacıyla getirilmiştir. Hükme göre, garanti veren, alacaklıya karşı borçlunun borcunu ödememesi ya da ödeyememesi durumunda sorumluluk üstlenmiş olur ki bir bakıma kefalete yaklaşır. İşte kanun koyucu ekonomik yönden zayıf olan pazarlamacıyı korumak uğruna onun işverene karşı müşterinin edimini yerine getirememesi durumunda sorumluluk üstlenmesini adil bulmadığı için bu husustaki anlaşmaları kesin hükümsüz saymıştır. Bununla birlikte böyle bir garantiyi, ancak pazarlamacıya uygun bir bedel, bir komisyon verilmesi karşılığında mümkün görmüştür. TBK m. 451/2'ye göre: “Pazarlamacı, kendi müşteri çevresinde işlem yapıyorsa, müşterilerin borçlarını ifa etmesi durumunda, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere karşılamayı, uygun bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla yazılı olarak üstlenebilir”⁷⁵. Buna İsviçre uygulamasında garanti komisyonu adı verilmektedir⁷⁵.

Kural olarak, belirli sayı veya hacimde aracılık ya da sözleşme yapma yükümlülüğü yoktur. Pazarlamacının, aracılık ettiği veya sözleşme yaptığı kimselerin edimlerini taahhüt etmek gibi bir borcu da bulunmamaktadır. Kanun koyucu, sözleşme ile pazarlamacıya yönelik bu tür ek yükümlülükler getirilmesi imkânını hazırlayacak kayıtları, emredici hükümle yasaklamıştır. Pazarlamacının; aracılık ettiği veya sözleşme yaptığı müşterilerin sözleşme ile üstlendikleri edimlerini ifa etmemelerinden ya da ifa edilmeyen edimleri tahsil etmek için yapılacak masraflardan kısmen yahut tamamen sorumlu olmasını öngören anlaşmalar hükümsüz olacaktır (TBK m. 451/1).

tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmaların kesin olarak hükümsüzdür. Pazarlamacının, kendi müşteri çevresiyle işlem yapması durumunda, müşterilerin borçlarını ifa etmemesi nedeniyle işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere karşılamayı, uygun bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla yazılı olarak üstlenebilecektir. Ayrıca, sigorta sözleşmelerinde aracılık yapan pazarlamacılar, bir primin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi ve bunun tahsili için dava açılması veya cebri icra yollarından birine başvurulması durumunda, alacağın tahsili için yapılacak masrafların en çok yarısını karşılayacaklarını yazılı olarak üstlenebilir. Hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 348a maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PORTMANN**, s. 2088-2089.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **REHBINDER**, s. 190; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 427-428; **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 13; **SÜZEK**, s. 289 vd.; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 119; Aynı maddenin son fıkrasına göre sigorta sözleşmelerinde aracılık söz konusu olduğunda pazarlamacılar, bir primin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi ve bunun tahsili için dava açılması veya cebri icra yollarından birine başvurulması halinde alacağın tahsili için yapılacak masrafların en çok yarısını yazılı olarak üstlenebileceklerdir, **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 13.

Aracılık etmesine veya sözleşme yapmasına göre pazarlamacının garanti yükümlülüğünü yasaklayan kuralın iki temel istisnası vardır:

Birinci istisna, sigorta sözleşmelerine aracılık eden pazarlamacılarla ilgilidir. Yazılı olarak kararlaştırmak koşulu ile, ifa edilmeyen prim borcunun tahsili için açılan davaların veya başlatılan icra takiplerinin masraflarının bir kısmını pazarlamacıya yükleyen kayıtlar geçerli kabul edilir. Ancak pazarlamacı, bu amaçla yapılacak masrafların en fazla yarısını karşılamayı üstlenebilecektir (TBK m. 451/3). TBK m. 451/3 hükmü ise, herhangi bir açıklık içermediğinden aracı pazarlamacı, müşterilerinin sigorta prim borcunun tahsiline yönelik masraflara katlanma yükümlülüğü karşılığında ek komisyon talep edemeyecektir. İkinci istisna ise, kendi müşteri çevresiyle işlem yapan pazarlamacılara özeldir. Bu tür pazarlamacılar, müşterilerinin borçlarını ifa etmemelerinden işverene karşı sorumlu olmayı taahhüt edebilir. Pazarlamacının “müşteri çevresi” ifadesini, onun piyasa faaliyetleri sonucunda edindiği ve güvendiği, ödeme gücü ve sadakatine inandığı müşteriler olarak anlamak gerekir. Pazarlamacıya satış ve sürüm faaliyetleri için belirli bir müşteri çevresi tahsis edilmesi tek başına bu güven ilişkisinin varlığını için yeterli olmayacaktır⁷⁶.

6. Araç ve Taşıma Belgelerini, Müşteri Bilgilerini İade Etme Borcu

Pazarlamacılık sözleşmesi sona erdiğinde pazarlamacı, satış ve sürüm faaliyetleri için gerekli olan örnek ve modelleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtları ve diğer belgeleri işverene geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 460/2)⁷⁷.

⁷⁶ TOPÇUOĞLU, s. 54-55; Ayrıca bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 447; Benzer açıklamalar için bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 119; Sözleşme akdetme yetkisine sahip ve kendi müşteri çevresiyle işlem yapan pazarlamacının geçerli bir şekilde müşterilerinin edimini taahhüt edebilmesi için taahhüdün yazılı olması gerekir. Bundan başka işverenin, müşterilerinin edimini taahhüt eden pazarlamacısına uygun sayılabilecek miktarda ek komisyon ödemesi gerekir. Müşterilerinin edimini taahhüt eden pazarlamacının, azami olarak üstlenebileceği zarar miktarı, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçemeyecektir (TBK m. 451/2). Ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 118.

⁷⁷ Bkz. ARKAN, s. 184-185; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 449; SÜZEK, s. 295; Hükmünde, pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesinin özel sonuçları düzenlenmektedir. Buna göre, sözleşmenin sona ermesi hâlinde, pazarlamacının bizzat yaptığı veya yapılmasına aracılık ettiği bütün işlemler ile kabul ve yerine getirme zamanına bakılmaksızın, sözleşmenin sona ermesine kadar işverene iletilen bütün siparişler için komisyon ödenecektir. Sözleşmenin sona ermesi hâlinde pazarlamacının, pazarlamacılık faaliyetinde bulunması için kendisine verilen örnek ve modelleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili ka-

TBK, bağımsız tacir yardımcılardan acenteye (TTK m. 119), komisyoncuya (TBK m. 541) tanıdığı hapis hakkını pazarlamacıya da tanımıştır. Pazarlamacının hapis hakkı muaccel alacaklar ile sınırlandırılmamış, belirli şartlarda müaccel alacaklar için de hapis hakkı kullanılabilir. Pazarlamacı, pazarlama sözleşmesinden doğan bütün muaccel alacakları (ücret, komisyon veya masraf gibi) kendisine ödeninceye kadar, pazarlamacılık ilişkisi sebebiyle zilyetliğinde bulunan tacire ait taşınır eşya, kıymetli evrak ve tahsil yetkisi çerçevesinde uhdesinde bulundurduğu para üzerinde hapis hakkına sahiptir⁷⁸.

TBK m. 458’de, pazarlamacının “hapis hakkı”, şu şekilde düzenlenmiştir: “Pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklar ile işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, henüz muaccel olmayan alacakların güvence altına alınması için pazarlamacı, taşınırlar, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahiptir” (f.1). Ancak, “Pazarlamacı, araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoymamaz” (f.son)⁷⁹.

Hapis hakkının kullanılabilmesi, ticari işletme sahibinin (işverenin) ödeme güçsüzlüğüne düşmesi koşuluna bağlanmıştır (m. 458). Buna göre pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklarını güvence altına almak için pazarlamacı, taşınırlar, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak (yetki verilmişse) müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahip kılınmıştır. Bununla beraber pazarlamacı hapis hakkını araçlar, araç ruhsatları, taşıma belgeleri, fiyat tarifeleri, müşterilerle ilgili kayıtlar ve diğer

yıtları ve diğer belgeleri işverene geri vermekle yükümlü olduğu belirtilmekle birlikte, pazarlamacının hapis hakkı saklı tutulmuştur. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 350a maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir.İsviçre’deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.**PORTMANN**, s. 2098.

⁷⁸ Bkz. **AYHAN, R./ÖZDAMAR, M./ÇAĞLAR, H.**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2011, s. 299; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 118.

⁷⁹ Hükümde, pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklar ile işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda henüz muaccel olmayan alacakların güvence altına alınması için pazarlamacının, taşınırlar, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Pazarlamacı, araca ve taşımaya ilişkin belgeleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoymamaz. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 349e maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre’deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.**PORTMANN**, s. 2096-2097.

belgeler üzerinde kullanamaz (m. 458/2). Pazarlamacı hapis hakkını kullanamayacağı belge ve kayıtları sözleşme sona erdiğinde işverene iade ile de yükümlüdür (m. 460/2)⁸⁰.

TBK m. 458/1 hükmü, MK m. 952'ye paralel olarak pazarlamacıya, işverenin aciz halinde bulunması durumunda henüz vadesi gelmemiş alacakları hakkında hapis hakkını kullanma yetkisi vermiştir. Dolayısıyla pazarlamacı, müccel alacaklarının güvence altına alınması için kendi zilyetliğinde bulunan işverenin taşınırları, kıymetli evrakı ve tahsil yetkisi çerçevesinde teslim aldığı paralar üzerinde hapis hakkına sahiptir (TBK m. 458/1). Bilindiği gibi nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınırlar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz. Ayrıca alacaklının üstlendiği yükümlülüklerle, borçlunun teslim sırasında veya daha önce verdiği talimatla ya da kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde de hapis hakkı kullanılamaz (TMK m. 951). Ne var ki bu kural, işverenin aciz haline düşmesi durumunda uygulanmayacaktır. Ödeme güçlüğü, taşınırın tesliminden sonra meydana gelmiş veya daha önce meydana gelmiş olmakla beraber bu durumu teslimden sonra öğrenen pazarlamacı, işverenin talimatları ile bağdaşmasa veya şeyi belli bir yönde kullanma yükümlülüğü bulursa bile, hapis hakkını kullanabilecektir (TMK m. 952/2). TBK m. 458/2, hapis hakkına ilişkin temel ilkeleri tekrar ederek pazarlamacının borçlu işverene iade ile yükümlü olduğu ve paraya çevrilmesi mümkün olmayan belge ve fiyat tarifelerinin hapis hakkına konu olmayacağına işaret etmiştir. İşverene ait olan fakat pazarlamacının kullanımına tahsis edilen araç ve taşıma belgeleri, fiyat tarifeleri ve müşteri bilgileri hapis hakkının kapsamına girmez. Pazarlamacı, zilyetliğinde bulundurduğu araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri işverene iade etmekle yükümlüdür (TBK m. 458/2)⁸¹.

⁸⁰ TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 12; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 429; SÜZEK, s. 289 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 118.

⁸¹ TOPÇUOĞLU, s. 52; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 118; Kanun, fiyat tarifeleri, müşterilerle ilgili kayıt ve belgelerin iadesi yükümlülüğünde pazarlamacının hapis hakkını saklı tutmuş olmakla birlikte bu sonucun hapis hakkını özel olarak düzenleyen TBK m. 458/2 hükmü ile paralellik arzetmemektedir. Bu hükme göre pazarlamacı, "araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoymaz". MK m. 951 gereği paraya çevrilmeye elverişli olmayan tarife, belge, ruhsat gibi unsurlar üzerinde teknik olarak hapis hakkını kullanmak mümkün değildir. Araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri pazarlamacı her halükarda iade etmek zorundadır. İşverenin maddi yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya sözleşmenin sona ermesi ihtimalleri sözkonusu belgelerin alıkonulması için bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Av. K. m. 39/2'den farklı olarak TBK m. 458/2 hük-

B) İşverenin Borçları

1. İşverenin Pazarlamacının Faaliyet Alanı İle İlgili Borçları

TBK m. 453'e göre, "Pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş ve aksine yazılı anlaşma da yapılmamışsa işveren, başkalarına aynı alan veya çevrede faaliyette bulunma yetkisi veremez; ancak, kendisi üçüncü kişilerle işlem yapabilir" (f.1); "Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hükmü, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile, bu süreye uymadan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı saklıdır" (f.son)⁸².

İşveren, pazarlamacıya belirli bir coğrafi alan veya müşteri çevresi tahsis etmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, pazarlamacı sözkonusu coğrafi alan veya müşteri çevresinde tekel hakkına sahiptir⁸³. Şu halde pazarlamacıya belirli bir coğrafi alan veya müşteri çevresi tahsis edilse bile aksi yazılı şekilde kararlaştırılarak aynı faaliyet alanı için başkaca pazarlamacılar da tayin edilebilir. Tekel hakkı bakımından pazarlamacının, aracı veya sözleşme yapma yetkisine sahip olması arasında fark yoktur. İşveren, aynı coğrafi alan veya müşteri çevresi için başka pazarlamacı yetkilendiremez. Kanun koyucu bu durumu TBK m. 453/1'de şu şekilde ifade etmektedir: "Pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş ve aksine yazılı anlaşma da yapılmamışsa işveren,

mü, pazarlamacıya, işverenin borç ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda ona ait belgeleri alıkoyma hakkı tanımamıştır, bkz. **ARKAN**, s. 184-185; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 447-449; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 118.

⁸² Hükümde, işverenin özel yükümlülüklerinden biri olan faaliyet alanına ilişkin yükümlülüğü düzenlenmektedir. Buna göre, ticarî işletme sahibi işverenin, kural olarak başkalarına aynı alan veya çevrede faaliyette bulunma yetkisi veremez. Ayrıca ticarî işletme sahibi işveren, pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi vermiş ve aksine yazılı bir anlaşma da yapmamışsa, sadece kendisi üçüncü kişilerle işlem yapabilecektir. Hükme göre, sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işverenin, sözleşmede fesih süresi öngörülmüş olsa bile, bu hükmü fesih süresine uymaksızın tek taraflı olarak değiştirebileceği; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 349 uncu maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PORTMANN**, s. 2090 vd..

⁸³ **ARKAN**, s. 184.

*başkalarına aynı alan veya çevrede faaliyette bulunma yetkisi veremez; ancak, kendisi üçüncü kişilerle işlem yapabilir*⁸⁴. Pazarlamacıya tekel hakkı tanınsa bile işveren, münhasır bölge kapsamındaki müşterilerle doğrudan ilişki kurabilecektir⁸⁵.

İşverenin kendisi alan veya çevrede tek yetkili pazarlamacıdan bağımsız olarak faaliyette bulunabilir (m. 453/1). Kural olarak sözleşme devam ederken taraflar sözleşme şartlarında değişiklik yapamazlar. Bunun istisnası İŞK m. 22'deki değişiklik feshidir. TBK buna istisna getirmiştir. Şöyle ki, sözleşme yürürlükte iken pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükmünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep ortaya çıkarsa işveren, sözleşmede fesih süresi öngörülmuş olsa bile bu süreye uymadan, bu hükmü tek taraflı olarak değiştirebilir. Ancak bu durumda pazarlamacının sözleşmeyi haklı nedenle fesih ve tazminat isteme hakkı mevcuttur (m. 453/2). Madde-deki hükmün değiştirilmesini gerektiren bir sebepten bir nedenin varlığı anlaşılmalıdır. Zira Mevaz Kanunda (m. 349/2) “esaslı bir neden”⁸⁶

⁸⁴ TOPÇUOĞLU, M., İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S. 18, 2004, s. 5 vd.; TOPÇUOĞLU, s. 45.

⁸⁵ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 117; Tekel hakkı kapsamında işveren, aynı yer veya müşteri çevresi için iki ya da daha fazla sayıda pazarlamacı yetkilendirmek istiyorsa ya bu hakkını sözleşmede açıkça saklı tutmalı yahut sonradan yetkili pazarlamacının yazılı iznini almalıdır. Ancak Kanun, pazarlamacıya karşı işverenin elini güçlendirmiştir. İşveren, pazarlama sözleşmesinin faaliyet alanı veya müşteri çevresine ilişkin kaydını tek taraflı değiştirebilir (TBK m. 453/2). Bu hükmün, işverene tek taraflı olarak tekel hakkını bertaraf etme yetkisi vermeyeceği, sadece haklı gerekçelere binaen sözleşmenin pazarlama alanının (coğrafi bölge veya müşteri çevresi) daraltılması veya genişletilmesi gibi değişikliklere açık kapı bıraktığı düşüncesi savunulabilir, bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 117; Her iki ihtimalin pazarlamacı açısından sonuçlarının aynı olduğu dikkate alınır, tazminat ödeme ve sözleşmenin feshine ilişkin sonuçlara katlanma yükümlülüğünü göze alan işverenin, pazarlama sözleşmesinin tekel hakkına ilişkin şartlarını doğrudan değiştirebilme hakkına sahip olduğunu kabul etmek yerinde olur. İşverenin, münhasır bölgedeki müşterilerle doğrudan işlem yapması, tekel hakkına sahip pazarlamacıya karşı herhangi bir sorumluluğuna yol açmayacaktır. İşveren, işletmesinin merkez veya şubesi dışındaki yerlerde, aracılık etmek ya da sözleşme yapmak için bir yahut daha fazla sayıda pazarlamacı yetkilendirebilir. Pazarlamacının işletme dışında faaliyette bulunacağı yer sınırlandırılmamış olabilir. Faaliyet bölgesi sınırlandırılmamışsa işveren, iki veya daha fazla sayıda pazarlamacı atayabilecektir. İşveren pazarlamacının faaliyetlerini yürüteceği coğrafi alanı veya müşteri çevresini sınırlandırabilir. Aksi yazılı olarak kararlaştırılmamışsa işveren pazarlamacının münhasır bölge veya müşteri çevresi için ayrıca pazarlamacı yetkilendiremez (TBK m. 453/1). İşte faaliyet bölgesinin sınırlandırıldığı bu ihtimalde ise asıl olan işverenin aynı yer veya müşteri grubu için başkaca pazarlamacı atayamamasıdır, TOPÇUOĞLU, s. 46.

⁸⁶ Süzek'e göre, maddede geçen “hükmün değiştirilmesini gerektiren sebep” ifadesini Mevaz kanundaki gibi “haklı bir nedenin varlığı” şeklinde anlamak gerekir, SÜZEK, s. 292.

ifadesi kullanılmıştır. Örneğin işletmenin ürettiği ürünün satışı o kadar iyi gitmektedir ki, pazarlamacının tek başına bunu pazarlaması imkânsız hale gelmiştir. O zaman işverene tek taraflı değişiklik yapma yetkisi tanınmalıdır. Sözleşmede değişiklik yapmayı gerektiren bir sebep bulunması durumunda sözleşme belirli süreli olarak yapılmış olsa bile işverenin yürürlük süresi içinde tek taraflı değişiklik yapabileceği kabul edilmelidir⁸⁷.

2. Ücret Ödeme Borcu

a) Genel Olarak Ücret ve/veya Komisyon Ödeme Borcu

TBK m. 454'e göre, pazarlamacıya ödenecek ücret, sadece belirli bir miktar olarak sabit ücret şeklinde belirlenebileceği gibi; sabit ücret ile birlikte komisyon ödenmesi diğer bir ifadeyle karma ücret şeklinde belirlenebilir. Hatta sadece "komisyon" ödeme şeklinde de ücret kararlaştırılabilir. Şöyle ki: "İşveren, pazarlamacıya sadece belirli bir miktardan veya bu miktarla birlikte komisyondan oluşan bir ücret ödemekle yükümlüdür" (f.1); "Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağına ilişkin yazılı anlaşma, kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması koşuluyla geçerlidir" (f.2)⁸⁸.

Deneme süreli sözleşmelerde, deneme süresi için kararlaştırılacak ücret, serbestçe belirlenebilecektir. Pazarlamacılık sözleşmelerinde de, deneme süresi, iki ayı geçemeyecektir. Gerçekten, TBK m.454/son'da açıklandığı üzere, "Deneme süresi için ödenecek ücret, serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak, deneme süresi iki ayı geçemez"⁸⁹.

Aracı veya sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacı, aracılıkta bulunduğu ya da tacir adına yaptığı sözleşmeler dolayısıyla ücret isteme hakkı-

⁸⁷ TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 14-15; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 448; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 428; SÜZEK, s. 289 vd.

⁸⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 429; Bu hüküm, ticarî işletme sahibi işverenin özel yükümlülüklerinden birini oluşturan ücret yükümlülüğü düzenlenmektedir. İşveren, pazarlamacıya sadece belirli bir miktardan veya bu miktarla birlikte komisyondan oluşan bir ücret ödemekle yükümlüdür. Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağına ilişkin yazılı anlaşmanın, kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması koşuluyla geçerli olduğu kabul edilmiştir. Deneme süresi için ödenecek ücretin, serbestçe kararlaştırılabileceği, ancak deneme süresinin iki ayı geçemeyeceği öngörülmüştür. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 349a maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PORTMANN, s. 2091-2092; GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, s. 848.

⁸⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 429.

na sahiptir. Bilindiği gibi işçinin ücret hakkı, uluslararası sözleşmeler ve özel hükümlerle korunmuştur⁹⁰. Örneğin aylık ücretin dörtte birinden fazlasının hacedilememesi, başkasına devredilememesi (İş K m. 35), işçinin onayı olmaksızın takas edilememesi (TBK m. 144/3; BK m. 123/2), imtiyaz tanınması (İİK m. 206/4; m. 179/b; m. 289/3) gibi. Bu ilkeler pazarlamacı hakkında da geçerlidir⁹¹.

Pazarlamacıya ödenecek ücret, sabit bir miktar olabileceği gibi bu miktarla birlikte ayrıca komisyondan da oluşabilir (TBK m. 454/1). Görüldüğü gibi pazarlamacıya işletme dışında yürüteceği satış ve sürüm faaliyetleriyle ilgili aracılık ya da sözleşme hacmi dikkate alınmaksızın sabit bir ücret ödenebilecektir. Bu ihtimalde kararlaştırılan ücret, başarı veya belirli sayıda ya da tutarda aracılık edilmesi yahut sözleşme yapılması şartına bağlı değildir. Şüphesiz bu durum pazarlamacının, işletme dışında satış ve sürüm faaliyetlerini olabildiğince arttırma yönünde çaba sarf etme yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez. Pazarlamacıya ödenecek ücretin tamamen veya kısmen komisyondan oluşması da mümkündür. Pazarlamacının ücretinin sabit bir miktara ek olarak veya yalnızca komisyondan oluşması ihtimali, belirli şartlarda muteberdir. Öncelikle pazarlamacının komisyon hakkına ilişkin anlaşmanın, yazılı yapılması zorunludur. Ayrıca kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının ücret hakkını ikame edecek yeterli düzeyde; aracılık veya sözleşme yapma hususundaki faaliyetlerin uygun karşılığı olarak kabul edilebilecek miktara denk gelmesi gerekir. Aksi halde komisyon hakkına yönelik yazılı anlaşma geçerli değildir (TBK m.454/2)⁹².

İşveren, ücret ödeme borcunu yerine getirmez veya temerrüde düşerse pazarlamacı, TBK m. 97 gereği aracılık ya da sözleşme yapma faaliyetlerini askıya alabilir. Pazarlamacı, İşK m. 34'e kıyasen muaccel olan ücreti, müc-

⁹⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. İşçinin ücret hakkı için bkz. **CENTELE, T.**, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 3 vd.; **TUNÇOMAĞ, K./CENTELE, T.**, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008, s. 104 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 557 vd.; **SÜZEK**, s. 376 vd.

⁹¹ Bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 429; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 629 vd.; **TUNÇOMAĞ/CENTELE**, s. 124 vd.; **GÖKSEL, M.**, “Ücretin Haciz, Devir ve Temlik İşlemlerine Karşı Korunması”, Ali GÜNEREN’e Armağan, İstanbul 2010, s. 149 vd.; **DEYNEKLİ, A.**, “Aciz Hali ve İflasın İşçi Alacaklarının Tahsiline Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 2, 2009, s. 43-44.

⁹² Bkz. **TOPÇUOĞLU**, s. 47; Ayrıca bkz. **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 117.

bir sebep dışında ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ödenmemişse iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir⁹³.

Komisyon hakkı, pazarlamacının aracılık ettiği veya yaptığı sözleşmelerin sayısına göre belirlenebileceği gibi aracılık edilen ya da kurulan sözleşmelerin para cinsinden karşılığına göre de tespit edilebilecektir. Komisyon hakkının belirlenmesinde esas alınacak aracılık faaliyetlerinin veya işveren adına yürütülen işlemlerin hesabını tutma yükümlülüğü sözleşmeyle pazarlamacıya yükletilmiş olabilir. Bu görev pazarlamacıya yükletilmemişse işveren, komisyon hakkının muaccel olduğu her dönem için komisyon hakkına tabi işlemleri içeren yazılı hesap vermekle⁹⁴ yükümlüdür (TBK m. 404/4). Hesap konusunda işveren ile pazarlamacı arasında tereddüt doğarsa TBK m. 404/5 hükmüne kıyasen işverenin, pazarlamacıya veya onun yerine birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermesi, bilginin dayanağını oluşturan defter ve belgelerin incelenmesi imkânını tanınması gerekir. Kanun, aracılık faaliyetlerini yürüten pazarlamacının ücret hakkının, sabit bir miktar dışında, komisyon olarak kararlaştırıldığı ihtimalde, bu hakkın doğumu için aracılık faaliyetlerinin sonucuna (sözleşme ile sonuçlanıp sonuçlanmaması) ilişkin

⁹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **TUNCAY, A. C.**, Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları (İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı), Karar İncelemesi, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 6, 2005, s. 651 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU, H.**, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçini Ret Hakkı, Türk Kamu Sen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 2, S. 15-16, Mart- Haziran 1994, s. 4; **SUR, M.**, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, A.Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 396-397; **TOPUZ, M.**, “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İşK. m. 34, İşK. m. 83)” Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, İstanbul 2007, s. 458 vd.; **ENGİN, M.**, “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2003, s. 78 vd..

⁹⁴ Aracı pazarlamacı, işveren ile müşterileri bir araya getirmek ve uzlaştırma hususunda sınırlı bir yükümlülüğe tabidir. İşveren ve işletme dışındaki müşterilerin uzlaşp uzlaşmayacağı veya uzlaşmanın sonradan sağlanması ya da münhasır alanda yapılan işlemler hakkında pazarlamacının gerekli ve yeterli bilgiye sahip olması her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle Kanun, işverenin hesabına aracılık faaliyetlerini deruhte eden işçinin aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğünü açıkça düzenleme gereği duymuştur. TBK m. 404/4 hükmüne göre, hizmet sözleşmesinde işçiye “*aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü*” getirilebilir. İşçi için bu yönde bir yükümlülük öngörülmemişse işveren, işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap verme borcu altındadır. Aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü kime yükletilirse yükletilsin işveren, ücret veya aracılık işlemlerine ilişkin uyuşmazlıkta ilgili defter ve belgelerin incelenmesine katılmak zorundadır. Buna göre işveren, işçiyi veya birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiyi bilgilendirmek ve bilginin dayanağını oluşturan defter ve kayıtları bu kimselerin incelemelerine izin vermekle yükümlüdür (TBK m. 404/5). TBK m. 469 gereği aynı yükümlülüğün, pazarlama sözleşmesi ve dolayısıyla işveren hakkında da geçerli olacağı kabul edilmelidir, **TOPÇUOĞLU**, s. 59-60.

herhangi bir açıklık getirmemiştir. Buna karşılık pazarlamacılık faaliyetlerinin sistematik olarak devamında düzenlendiği hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerde, belirli işler için aracılık edecek işçinin, aracılık faaliyetinin sonucuna göre hangi şartla ücrete hak kazanacağı TBK m. 404/1’de şu şekilde tespit edilmiştir: “İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar”. Öyleyse komisyon hakkının hangi şartlarla kazanılacağı sözleşme ile belirlenmemişse, aracılık konusu işlemin tacir ve müşteri arasında geçerli olarak kurulması ile pazarlamacının komisyon hakkının doğacağı söylenebilir⁹⁵.

Ücretin komisyon olarak belirlendiği durumlarda, iki temel esasa uyulması gerekir:

Birincisi, münhasırlık içeren pazarlamacılık sözleşmesinde, pazarlamacı, münhasırlık kapsamında yapılan işler için de komisyon ödenmesini işverenden isteyebilecektir. Halbuki münhasırlık içermeyen sözleşmelerde, pazarlamacı, sadece aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenmesini isteyebilecektir. Gerçekten, TBK m. 455’e göre, “Pazarlamacı, belirli bir pazarlama alanı veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi sadece kendisine verilmişse, kendisinin veya işverenin bu alan veya çevrede yaptığı bütün işlerde kararlaştırılmış ya da alışılmış olan komisyonun ödenmesini isteyebilir” (f.1); “Belirli bir pazarlama alanı veya belirli müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi pazarlamacıyla birlikte başkalarına da verilmişse pazarlamacıya, sadece kendisinin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenir” (f.2)⁹⁶.

⁹⁵ TOPÇUOĞLU, s. 47-48; Ayrıca bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 117.

⁹⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 429; Hükme göre, pazarlamacı, belirli bir pazarlama alanı veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi sadece kendisine verilmesi durumunda, kendisinin veya işverenin bu alan veya çevrede yaptığı bütün işlerde kararlaştırılmış ya da alışılmış olan komisyonun ödenmesini isteyebilir. Belirli bir pazarlama alanı veya belirli müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi pazarlamacıyla birlikte başkalarına da verilmişse pazarlamacıya, sadece kendisinin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenir. Komisyonun muaccel olması anında, yapılan işin değeri henüz kesin olarak belirlenemiyorsa komisyonun, önce alışılmış olan en az değeri üzerinden, geri kalanının ise, en geç işin yerine getirilmesinde ödeneceği kabul edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanununun 349b maddesinin üçüncü fıkrasında pazarlamacı tarafından yapılan işin değerinin henüz kesin olarak belirlenememesi durumunda ödenecek komisyonun belirlenmesinde, bu işin ticarî işletme sahibi işveren tarafından takdir edilen en az değerinin göz önünde tutulması kabul edildiği hâlde, TBK’da “alışılmış olan en az değeri” ifadesi kullanılarak bu değerlendirme objektif bir ölçüye bağlanmıştır. Bu hüküm İsviçre Borçlar Ka-

İkincisi, ücretin miktarı, yapılan işin değeri üzerinden hesaplanarak belirlenir. Fakat şunu da unutmamak gerekir ki, TBK m. 455/son'a göre, “Komisyonun muaccel olması anında, yapılan işin değeri henüz kesin olarak belirlenemiyorsa komisyon, önce alışılmış olan en az değeri üzerinden, geri kalanı ise, en geç işin yerine getirilmesinde ödenir” (m.455/son)⁹⁷.

Pazarlamacı tekel hakkına sahip olsun veya olmasın, bizzat aracılıkta bulunduğu ya da işveren adına yaptığı işlemler için komisyon talep edebilecektir (TBK m. 455/2). Aracılık faaliyetleri veya sözleşme yapması için pazarlamacıya, belirli bir coğrafi alan veya müşteri çevresi tahsis edilmişse pazarlamacı kendi alanında yapılan fakat olumlu sonuçlanmasında herhangi bir rolü olmayan işlemler için de komisyona hak kazanır. Yukarıda bahsedildiği gibi pazarlamacıya münhasır alan tahsis edilmiş olması işverenin bu alandaki müşterilerle doğrudan işlem yapmasını engellemez. Fakat işverenin münhasır alandaki müşterilerle doğrudan yaptığı işlemler için pazarlamacı kendisine, kararlaştırılan ya da alışılmış olan komisyonun ödenmesini isteyebilecektir (TBK m. 455/1).TBK pazarlamacının ücret veya komisyon hakkının ne zaman ödeneceğini düzenlememiştir. Hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler çerçevesinde bakıldığında işveren ve pazarlamacının ücret veya komisyon hakkının ödenmesi gereken zamanı serbestçe kararlaştırabileceklerdir. TBK m. 406/1, 2 hükmüne göre aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenecektir. Ancak hizmet sözleşmesi ile daha kısa ödeme süreleri tespit edilebilecektir. Daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmamışsa veya aksine âdet yoksa aracılık ücreti her ayın sonunda ödenir. Buna karşılık aracılık ücreti asıl ücrete ek olarak kararlaştırılmış ve işlemlerin yapılması altı aydan daha uzun bir süre gerektirecekse, yazılı anlaşmayla ödeme daha ileri bir tarihe bırakılabilecektir. Kısım kısım ifa edilecek borçlar ile sigorta sözleşmelerinde, yazılı olarak kararlaştırılmak kaydıyla, her bir kısma ilişkin ücret hakkının, bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğması kabul edilebilecektir (TBK m. 40/2). Pazarlamacının yaptığı işin değerinin komisyon hakkının muaccel olacağı zamanda henüz kesin olarak belirlenemediği hallerde komisyon, önce alışılmış olan en az değeri üzerinden, geri kalanı ise en geç işin yerine getirilmesinde ödenecektir (TBK m. 455/3)⁹⁸.

nununun 349b maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir.İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.**PORTMANN**, s. 2092-2093.

⁹⁷ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 429.

⁹⁸ **TOPÇUOĞLU**, s. 48-49; **SÜZEK**, s. 292; İşveren, pazarlamacının işletme dışında yürüttüğü aracılık faaliyetleri veya kendi adına aktedilen sözleşmeler karşılığında ücret öde-

b) Pazarlama Faaliyetinin Engellenmesi Halinde Ücret

TBK m. 456'ya göre, “Pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesi, kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelir ve sözleşme veya kanun gereği bu hâlde bile kendisine ücret ödenmesi gerekirse ücret, sabit ücrete ve komisyonun kaybı sebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenir. Ancak komisyon, ücretin beşte birinden az ise, komisyon kaybı sebebiyle tazminat ödenmeyeceği yazılı olarak kararlaştırılabilir. -Pazarlamacı, pazarlama işlerini kendi kusuru olmaksızın yürütme imkânını bulamamasına karşın ücretinin tamamını almışsa, işverenin istemi üzerine, kendisinin yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlüdür”⁹⁹.

Pazarlamacının pazarlama işlerini ifası kendi kusuru dışında imkansızlaşır ve bu durumdadahi gerek sözleşme gerekse kanun bakımından kendisine ücret ödenmesi gerekiyorsa ücret sabit ücrete ve komisyon kaybı nedeniyle ödenecek uygun bir tazminata göre tespit edilir. Ancak işçi bu durumda ücretin tamamını almışsa işverenin talebi üzerine yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlüdür¹⁰⁰.

mekle yükümlüdür (TBK m. 454/1). Ücretin ödeme zamanına (haftalık, aylık) ilişkin bir kısıtlama bulunmamaktadır. Pazarlamacıya, faaliyetleri karşılığında sabit bir ücret ödenebileceği gibi yazılı olarak kararlaştırılmak kaydıyla performansına göre ücretle birlikte komisyon hatta sadece komisyon ödenmesi de mümkündür. Ancak ücretin, tamamının veya önemli kısmının komisyon olarak ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda komisyonun, hakkaniyet ilkesine göre pazarlamacının faaliyeti ile uygun olması gerekir (TBK m. 454/2). İşveren, pazarlamacının, muaccel alacaklarını (örneğin, ücret, komisyon ve masraf gibi) ödememiş veya ödeme güçlüğüne düşmüş ve talebe rağmen müccel alacakları için güvence verememişse kendisine ait taşınırlar, kıymetli evrak ve paralar üzerinde hapis hakkını kullanmasına katlanmak durumundadır (TBK m. 458/1). Faaliyetleri için belirli bir alan veya müşteri çevresi tahsis edilen pazarlamacı, münhasır alan veya çevrede kendisi dışındaki kimseler tarafından yürütülen ve sonuçlandırılan işler dolayısıyla komisyon talep edebilecektir, (TBK m. 455/1). TOPÇUOĞLU, s. 49; Bu hususta ayrıca bkz.ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 448.

⁹⁹ Hüküm, pazarlama faaliyetinin engellenmesi hâlinde pazarlamacının ücreti düzenlenmektedir. Buna göre, pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesinin, kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelmesi ve sözleşme veya kanun gereği bu hâlde bile kendisine ücret ödenmesinin gerekmesi durumunda ücret, sabit ücrete ve komisyonun kaybı nedeniyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenir. Ayrıca, komisyonun, ücretin beşte birinden az olması durumunda, komisyon kaybı nedeniyle tazminat ödenmeyeceği yazılı olarak kararlaştırılabilir. Pazarlamacının, pazarlama işlerini kendi kusuru olmaksızın yürütme olanağı bulamadığı hâlde ücretinin tamamını almışsa, ticarî işletme sahibi işverenin istemi üzerine, kendisinin yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 349c maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PORTMANN, s. 2094-2095.

¹⁰⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 428.

Pazarlama faaliyetinin engellenmesi, imkânsızlıktan daha kapsamlı bir kavramdır. Bu sebeple pazarlamacının kusuru olmaksızın pazarlama faaliyetini yürütmenin mümkün olmadığı bütün halleri TBK m. 456 hükmü kapsamına dahil etmek gerekir. Örneğin işverenin münhasır bölgeye şube açması, acente tayin etmesi; münhasır müşteri çevresinin kapatma veya taşınma gibi fiili ya da hukuki sebeplerle dağılması yahut yok olması gibi¹⁰¹.

Kanun, ücret ve komisyon hakkı peşin ödenen fakat pazarlama işlerini kusuru olmaksızın yürütme imkânı bulamayan pazarlamacıya önemli bir yükümlülük getirmiş bulunmaktadır. Ücretinin tamamı ödenen pazarlamacı, işverenin talebi üzerine, kendisinin yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlüdür (TBK m. 456/2). Pazarlamacının teklif edilen işi yapma yükümlülüğü, peşin ödenen ücret ve komisyon hakkına karşılık gelecek makul bir süre ile sınırlandırılması belirtilmektedir. Bundan başka pazarlamacıya teklif edilen iş, yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işler olması gerekir¹⁰². Aksi halde pazarlamacı, haklı sebeplerle fesih şartları çerçevesinde (TBK m. 435, 437), pazarlamacılık sözleşmesini sona erdirebilecektir. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece pazarlama işlerinin yürütülmesinin, pazarlamacının kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelmesi ihtimalinde ücret ve komisyon hakkı zayi olacağından haklı sebeplerle sözleşme feshedilebilecektir. Buna karşılık pazarlama faaliyetinin imkânsızlığı hâlinde bile sözleşme veya kanun gereği pazarlamacıya ücret ödenmesi gerekirse ücret, sabit ücrete ve komisyon kaybisebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenecektir¹⁰³. Ancak komisyon, ücretin beşte birinden az ise, komisyon kaybı sebebiyle tazminat ödenmeyeceği yazılı olarak kararlaştırılabilir (TBK m. 456/1)¹⁰⁴.

¹⁰¹ TOPÇUOĞLU, s. 50.

¹⁰² Bkz. UŞAN, M. F., “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, Özel Sayı, 2007, s. 233-237; WEBER, R./ERBAŞ, C. G., “Türk Hukukunda Değişiklik Feshi”, Prof. Dr. Ali GÜZEL’e Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 829 vd..

¹⁰³ İşverenin temerrüdü ve sonuçlarına ilişkin bkz. ÖZDEMİR, M. E., “Borçlar Kanunu’nun 325. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ali GÜNEREN’e Armağan, İstanbul 2010, s. 73 vd; SÜZEK, S., “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 124-125.

¹⁰⁴ TOPÇUOĞLU, s. 50.

c) Sözleşmenin İfa Edilmemesi Halinde Komisyon Hakkı

Aracılık faaliyeti sonucunda işveren ile müşteri arasında sözleşme kurulmuş veya yetki çerçevesinde işveren adına sözleşme akdedilmiş ise pazarlamacı komisyona hak kazanacaktır (TBK m. 404/1). Sözleşmenin sonradan işveren veya müşteri tarafından ifa edilmemesinin pazarlamacının komisyon hakkını etkileyip etkilemeyeceği tartışmalıdır. Şüphesiz taraflar, pazarlama sözleşmesinde, sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda komisyon hakkının akıbetini istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Pazarlama sözleşmesinin bu duruma ilişkin bir açıklık içermemesi durumunda ifanın yerine getirilmemesinin haklı gerekçeye dayanıp dayanmadığı, ifayı kimin yerine getirmediği sorunları belirleyici olacaktır. TBK m. 404/3 hükmüne göre “İşçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmese veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmese, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmi ifa hâlinde, ücretten orantılı olarak indirim yapılır”¹⁰⁵.

İşveren, sözleşmenin konusu olan edimi haklı bir sebep bulunmaksızın ifa etmemişse pazarlamacının komisyon hakkı bu sonuçtan etkilenmeyecektir. Aynı şekilde müşteri sözleşmeyi işverenden kaynaklanan haklı sebeplerle yerine getirmemişse pazarlamacının komisyon hakkı zarar görmeyecektir. Yine müşteriden kaynaklanan haklı sebeplerle sözleşme ifa edilmemiş ve işveren ifa davası açarak ifayı veya şartları çerçevesinde zararlarını tazmin ettirmişse komisyon hakkı varlığını muhafaza edecektir. Fakat taraflardan birinin edimi, kusursuz imkânsızlık sebebiyle ifa edilememişse, borç ilişkisi sona ereceğinden pazarlamacı komisyon hakkını kaybedecektir. Sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının işveren adına yaptığı işlem imkânsızlık sebebiyle sonuçlandırılmamışsa komisyon hakkı zayi olacaktır. Aracı pazarlamacılıkta olduğu gibi işveren, haklı bir sebep olamamasına rağmen edimi ifa etmemiş veya kusurlu davranışları ile edimin imkânsızlığına yol açmışsa pazarlamacıya komisyon ödemekle yükümlü olacaktır. Müşterinin edimi ifa etmekten kaçındığı hallerde ise pazarlamacı, işlemin sonuçlandırılabilmesi için gerekli olağan işlemleri yapmaya mezun kabul edildiğinden (TBK m. 452/2), dava ve takip yaparak edimin ifasını temin ettiği ölçüde komisyon hakkını koruyacaktır¹⁰⁶.

¹⁰⁵ TOPÇUOĞLU, s. 51.

¹⁰⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 448.

3. Pazarlamacının Harcamalarını Karşılama Borcu

TBK m. 457'ye göre: “Pazarlamacı, aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunuyorsa, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça, her işveren, pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılmakla yükümlüdür.- Harcamaların tamamen veya kısmen sabit ücrete veya komisyona dâhil edilmesine ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.”¹⁰⁷.

Bu hükme göre, işverene hizmet ediminin ifası sırasında bu edimle ilgili olarak işçinin yaptığı tüm giderleri karşılamak durumundadır. Zorunlu harcamaların kısmen ya da tamamen işçi tarafından karşılanmasına ilişkin anlaşmalar ise geçersiz sayılmıştır. Ekonomik bakımdan işverenden daha güçsüz olan işçiyi koruyucu bu hüküm pazarlamacılık sözleşmesinde de tekrar edilmiştir. Nitekim pazarlamacının yaptığı giderlerin tamamen veya kısmen sabit ücrete veya komisyona dahil edilmesine ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Bununla birlikte eğer pazarlamacı aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyet gösteriyorsa hangi giderin hangi işverene ait olduğunun hesabı güçlük yaratabileceği için her işverenin bu giderlere eşit oranda katılmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bununla beraber bu kuralın aksi taraflar arasında yazılı olarak kararlaştırılabilir¹⁰⁸.

Ticari işletmenin merkez veya şubesi dışındaki yerlerde satış ve sürüm faaliyetleri için aracılık eden veya bizzat işveren adına sözleşme yapan pazarlamacı, bütün masrafını işverenden talep edebilecektir. Bu anlamda işveren, pazarlamacının seyahat harcamaları başta olmak üzere, konaklama, yeme içme, iletişim gibi harcamalarına katlanmakla yükümlüdür. Pazarlamacının masrafları isteme hakkı TBK m. 457/2'de emredici hüküm olarak düzenlenmiştir. Kanun açıkça masrafları isteme hakkını bertaraf edecek çözümleri yasaklamıştır. TBK m. 457/1 hükmüne göre, pazarlamacı, birlikte çalıştığı işveren dışında, işveren sıfatını taşıması şart olmayan başkaca işverenler he-

¹⁰⁷ Hükümde, pazarlamacının harcamalarından ticarî işletme sahibi işverenlerin sorumlulukları düzenlenmektedir. Buna göre, pazarlamacının aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunması durumunda, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça, her işverenin pazarlamacının, faaliyeti çerçevesinde yaptığı harcamalara eşit olarak katılmakla yükümlüdür. Harcamaların tamamen veya kısmen sabit ücrete veya komisyona dahil edilmesine ilişkin anlaşmalar, kesin hükümsüzdür. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 349d maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PORTMANN, s. 2095.

¹⁰⁸ TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 14.

sabına da aracılık faaliyetleri veya sözleşmeler yapabilecektir. Pazarlamacının, aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunduğu durumlarda taraflar, masrafların nasıl ödeneceğini serbestçe kararlaştırabilirler. Sözleşme ile aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, her işveren, pazarlamacının harcamalarına eşit şekilde katılmakla yükümlüdür (TBK m. 457).TBK m. 416/2'de sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapan işçiye, en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans ödenmesi kararlaştırılmıştır. Şüphesiz tarafların pazarlama sözleşmesinde pazarlamacıya yaptığı masraflar için avans ödeme imkânını kabul etmeleri mümkündür. Fakat sözleşme ile işverene masraflar karşılığında avans ödeme yükümlülüğü öngörülmemişse pazarlamacı avans talep etmemesi gerekir¹⁰⁹.

Pazarlamacının masraflarının ne zaman ödeneceği TBK m. 457'de düzenlenmemiştir. TBK m. 416/1 hükmüne kıyasen masrafların pazarlamacıya, daha kısa bir süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa her defasında ücretle birlikte ödenmesi gerektiği söylenebilir¹¹⁰.

IV. Pazarlamacılık Sözleşmesinin Sona Ermesi

1. Taraflardan Birinin Ölümü, Fiil Ehliyetini Yitirmesi

Pazarlama sözleşmesi, pazarlamacının ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşverenin ölümü halinde, yerini mirasçuları alacağından pazarlama sözleşmesi sona ermez. Pazarlama sözleşmesinin kuruluşu ve devamında ağırlıklı olarak işverenin kişiliği etkili olmuşsa, onun ölümüyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi kabul edilmiştir (TBK m. 441,469).

İşverenin ölümü ile ticari işletmenin tamamının veya bir bölümünün devrinde (TBK m. 428, 429), hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler

¹⁰⁹ TOPÇUOĞLU, s. 51.

¹¹⁰ İşveren, aracılık eden veya kendi adına sözleşme yapan pazarlamacının faaliyetleriyle bağlantılı masraflarını karşılamakla yükümlüdür. İşverenin masrafları ödeme yükümlülüğünü hafifletecek veya tamamen ortadan kaldıracak anlaşmalar hükümsüzdür (TBK m. 457/2).Masrafların ödenmesi yükümlülüğü bakımından pazarlamacının inhisar hakkına sahip olup olmasının bir önemi yoktur.Masraflara katlanma yükümlülüğü, pazarlamacının iki veya daha fazla işveren hesabına faaliyette bulunduğu hallerde de geçerlidir.Pazarlamacıyı yetkilendiren işverenler, hangi miktar veya oranda masraflara katlanacaklarını, bu yükümlülüğü zayıflatmamak veya bertaraf etmemek şartıyla ve yazılı anlaşma ile istedikleri gibi belirleyebilirler.Pazarlamacıyı yetkilendiren işverenler arasında bir anlaşma yoksa her bir işveren, pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılacaktır (TBK m. 457/1), TOPÇUOĞLU, s. 51.

kıyasen pazarlama sözleşmesine de uygulanacaktır (TBK m. 469). İşletmenin devrinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devir tarihinden önce doğmuş, bu tarihte veya öncesinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenler müteselsilen sorumludurlar. Devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır. Birleşme, katılma ve tür değiştirmede müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanmaz (TBK m. 428; İŞK m. 6)¹¹¹.

2. İşverenin İflası veya Ödeme Güçsüzlüğüne Düşmesi

İflasın pazarlama sözleşmesini sona erdireceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bilindiği gibi vekâlet sözleşmesi, sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça vekilin veya vekâlet verenin iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur (TBK m. 513/1). Niteliği ve sonuçları gereği tacirin iflası pazarlama sözleşmesini sona erdirecektir. Zira iflasına karar verilen gerçek veya tüzel kişi işverenin, mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kalkar, işletmenin konusuna giren işlemler yapılamaz. Dolayısıyla işverenin iflasına karar verilmişse pazarlamacının onu borç altına sokacak veya malvarlığının mevcut durumunu etkileyecek işlemler yapabilmesi düşünülemez. Şu halde işverenin iflasına karar verilmekle pazarlama sözleşmesi de sona erer¹¹².

Ödeme güçsüzlüğü, borçlunun, paraya çevrilebilir malvarlığının bir veya daha fazla alacaklısının alacağını kısmen veya tamamen karşılamaya yetmemesi ve bu durumun süreklilik arz etmesi halidir. İcra dairesi alacağını kısmen veya tamamen alamamış alacaklıya kalan miktar için bir aciz vesikası düzenleyip vermek zorundadır (İİK m. 143/1). İşverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir (TBK m. 436). Öyleyse pazarlamacı da işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ve alacaklarını karşılayacak tutarda teminat verilmemesi durumunda sözleşmeyi derhal feshedebilecektir. Kanunda “derhal” ifadesi kullanılmakla birlikte, sözleşmenin feshedilebilmesi için işverenin ödeme güçsüzlüğü içinde bulunmasından başka, “uygun bir süre içinde” pazarla-

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 182-188.

¹¹² TOPÇUOĞLU, s. 60-61.

macının sözleşmeden doğan haklarını karşılayabilecek miktarda teminat verilmemiş olması şarttır. “Uygun süre”, dürüstlük kurallarına (TMK m. 2) göre belirlenmelidir¹¹³.

3. Sözleşme Süresinin Sona Ermesi

Pazarlama sözleşmesi belirli bir süre için yapılmışsa kural olarak, sözleşmede gösterilen sürenin dolması üzerine kendiliğinden sona erer. Tarafların ayrıca fesih bildiriminde bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Belirli süreli pazarlama sözleşmesi, kararlaştırılan süre bitmesine rağmen sürdürülüyorsa belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. TBK m. 430 hükmüne kıyasen tarafların, belirli süreli pazarlama sözleşmesinin fesih bildiriyle sona ermesini kararlaştırdıkları fakat iki tarafın da fesih bildiriminde bulunmadığı ihtimalde sözleşmenin belirsiz süreli sözleşmeye dönüşeceği belirtilebilir (TBK m. 430). Aynı hüküm, üst üste belirli süreli pazarlama sözleşmesi kurulabilmesi imkânını, ancak esaslı bir sebebin varlığı hâlinde kabul etmiştir. Zira işçinin, uzun yıllar belirli süreli sözleşmeyle çalıştırılması, iş güvenesi hükümlerinden yararlanmasını engelleyebilecek nitelikte olduğundan hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilir¹¹⁴.

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **DEYNEKLİ**, s. 44-45.

¹¹⁴ **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 119-120; Ayrıca bkz. **BÜYÜKTARAKÇI, S.**, “Mevsimlik İşler ve Kampanya İşlerinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, Özel Sayı, 2009, s. 1094; Esaslı sebep olarak mevsimlik işler, kampanya işleri örnek gösterilebilir, **TAŞKENT, S.**, “Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Prof. Dr. Ali GÜZEL’e Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 745-767; Belirli süreli pazarlama sözleşmesinin, süre bitmesine rağmen sürdürülmesi veya sona erme için fesih bildiriminin şart koşulup fesih bildiriminde bulunulmaması hallerinde, sözleşmenin aynı süre için uzatılmış sayılmayıp belirsiz süreli sözleşmeye dönüşmesi taraf menfaatlerine en uygun çözümdür. Bu durumda taraflardan her biri, fesih sürelerine uymak şartıyla belirsiz süreli sözleşmeyi her zaman sona erdirebilecektir (TBK m. 431). İşveren ve pazarlamacı, sonuçlarına katlanmak şartıyla belirli süreli pazarlama sözleşmesini tek taraflı olarak feshedebilecektir. Ancak süre tamamlanmadan sözleşmenin sona erdirilmesi, sonuçları bakımından feshin haklı sebeplere dayanıp dayanmaması önemlidir (TBK m. 437-439). Bu anlamda fesih hakkını kötüye kullanarak pazarlama sözleşmesini sona erdiren işveren, pazarlamacıya fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür (TBK m. 434). Nihayet TBK m. 430/3 hükmü dikkate alınarak on yıldan uzun süreli pazarlama sözleşmesini taraflardan her birinin, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebileceği söylenebilecektir. Fesih bildirimini, altı aylık sürenin bitimini izleyen aybaşında hüküm ifade edecektir, bkz. **TOPÇUOĞLU**, s. 61-62; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 119-120.

4. Feshi İhbar

Pazarlama sözleşmesinin taraflarından her biri, belirsiz süreli sözleşmeyi istedikleri zaman “feshi sürelerine” uyararak sona erdirmeye hakkına sahiptir (TBK m. 431). Feshi hakkının süresi içinde kullanılmaması veya dayanılan sebebin gerçek dışı olması hallerinde haksız feshi söz edilir¹¹⁵.

Feshi sürelerine uymak veya feshi bildirim süresine ait ücreti peşin ödemek kaydıyla (TBK m. 432/4) pazarlama sözleşmesi her zaman sona erdirilebileceğinden, haklı sebep gösterilmesi ya da sona erdirmeye gerekçesinin haklı sebep sayılması şart değildir¹¹⁶. Deneme süresi kabul edilmişse, haklı sebep şartı dikkate alınmaksızın işveren ve pazarlamacı, feshi süresine bağlı kalmadan pazarlama sözleşmesini feshedebilecektir¹¹⁷. Pazarlama sözleşmesini hangi taraf sona erdirirse erdiren pazarlamacıya, çalıştığı günlere ait ücretin ödenmesi zorunludur (TBK m. 433)¹¹⁸.

5. Haklı Sebeplerle Feshi

Pazarlama sözleşmesi, hizmet sözleşmesine (m. 435) kıyasen, “haklı sebeplerle” sona erdirilebilecektir. Hatta haklı sebeplerin bulunması durumunda, pazarlama sözleşmesinin belirli süreli veya belirsiz süreli olması arasında herhangi bir fark gözetilmeyecektir. Bu durumda, güven ilişkisini zedeleyen davranışlar karşısında tarafların, sıkı bir işbirliği anlayışını gerektiren pazarlama sözleşmesini, feshetmek istemesi makul bir yoldur. Ayrıca, haklı sebebin taraflardan birinin kusurlu davranışından kaynaklanmış olup olmadığı da önemli değildir. Haklı sebeplerle sözleşmeyi fesheden tarafın, feshi sebebini yazılı olarak bildirmesi zorunludur (TBK m. 435/1). Dürüstlük kurallarına göre pazarlama ilişkisini sürdürmenin beklenemeyeceği bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır (TBK m. 435/2). Dayanılan sebebin, haklı sebep sayılıp sayılmayacağı hususu, dürüstlük kuralları çerçevesinde

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 119-120; **KAPLAN, T. S.**, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, KAMU-İŞ, s. 217 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC8.pdf>: 19.01.2013); **MANAV, A. E.**, İş Hukukunda Geçersiz Feshi ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009, s. 183.

¹¹⁶ Bkz. **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 119-120.

¹¹⁷ Bkz. **KAR, B.**, “Deneme Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven ÇANKAYA’ya Armağan, Ankara 2010, s. 15-32.

¹¹⁸ **TOPÇUOĞLU**, s. 63; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 119-120..

irdelenecektir. Genel olarak, taraflar arasındaki güven ilişkisini sarsan, işbirliğini sürdürülemez hale getiren sebepler haklı sebep sayılabilecektir. Örneğin; hileli davranışlarda bulunmak; rekabet yasağını, bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmek; ücret ve komisyon hakkını, masrafları ödememek gibi. Taraflar, ileri sürülen davranışların haklı sebep oluşturup oluşturmayacağı konusunda anlaşamazlarsa, dava yoluyla, sözkonusu davranışların haklı sebep sayılıp sayılmayacağını tespiti istenebilecektir¹¹⁹.

6. Mevsim Dönemlerinden Etkilenen İşlere Mahsus Sona Erme Sebebi

TBK m. 459'a göre, "*Komisyon, sabit ücretin en az beşte birini oluşturuyor ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkileniyorsa işveren, bir önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışmaya devam eden pazarlamacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyararak feshedebilir. -Aynı koşullar altında pazarlamacı da, kendisini bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış ve bundan sonra da çalıştırmaya devam eden işverene karşı, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde, iki aylık fesih süresine uyararak sözleşmeyi feshedebilir.*"¹²⁰.

TBK m. 459 hükmü, mevsim dönemlerinden etkilenen işlerle ilgili aracılık veya işveren adına işlemler yapma faaliyetlerini konu edinen pazarlamacılık ilişkisi için her iki taraf bakımından geçerli olan özel bir sona erme sebebi kabul etmiştir. Mevsimlik iş, "sadece yılın belli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte yılın belli dönemlerinde faaliyetin yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler"dir. Bir işin mevsimlik iş olarak kabulünde, işin süresinden ziyade niteliğinin önemli olduğuna işaret

¹¹⁹ Bkz. TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 204 vd.; KOÇ, M., "İş Güvencesi Kapsamında İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, S. 59-60, 2009, s. 240-246; TOPÇUOĞLU, s. 63-64.

¹²⁰ Hükümde, işverene ve pazarlamacıya tanınan özel fesih süresi düzenlenmektedir. Buna göre, işverenin pazarlamacılık sözleşmesini şu üç koşulun birlikte gerçekleşmesi durumunda yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyararak feshedebileceği kabul edilmiştir: 1. Komisyonun, sabit ücretin en az beşte birini oluşturması, 2. Komisyonun önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkilenmesi, 3. Pazarlamacının bir önceki mevsimin sona ermesinden beri işverenle çalışmaya devam etmesi. Belirtilen 1. ve 2. koşullara ek olarak, şu koşulların gerçekleşmesi durumunda pazarlamacı da, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde, iki aylık fesih süresine uyararak sözleşmeyi feshedebilir: 1. İşverenin, pazarlamacıyı bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış olması, 2. İşverenin pazarlamacıyı bundan sonra da çalıştırmaya devam etmesi. Bu hüküm İsviçre Borçlar Kanununun 350 nci maddesi göz önünde tutularak düzenlenmiştir. İsviçre'deki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PORTMANN, s. 2097.

edilmektedir. Mevsimlik iş tanımına uymasa bile pazarlamacının sabit bir miktarla birlikte komisyondan (sabit miktarın en az beşte biri) oluşan ücret hakkının, pazarlamacı aleyhine mevsimlik dalgalanmalardan etkilendiği bütün iş ve işlemler TBK m. 459 kapsamında değerlendirilecektir¹²¹. İşveren, iki aylık fesih süresine uyararak; komisyon hakkının, sabit ücretin en az beşte birini oluşturması ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkilenmesi kaydıyla önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışan pazarlamacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında feshedebilecektir. Aynı imkân pazarlamacıya da tanınmıştır. Pazarlamacı, iki aylık fesih süresine uyararak, kendisini bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış ve bundan sonra da çalıştırmaya devam eden işverene karşı, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde sözleşmeyi feshedebilir (TBK m. 459)¹²².

7. Tarafların Kararlaştırdıkları Özel Sebeplerle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Pazarlama sözleşmesi, taraflar arasında sıkı işbirliği gerektiren ve karşılıklı güvene dayanan bir sözleşmedir. İşletmenin merkez veya şubeleri dışındaki coğrafi alan ya da müşteri çevresinde satış ve sürümün artırılması amacı üzerinde yoğunlaşan pazarlama ilişkisinin uzun süre devam etmesinde, sık sık başka kimselerle değişmemesinde, hem işverenin hem de pazarlamacının menfaati vardır. Bu güven veya menfaat ilişkisi ortadan kalktığında tarafların anlaşarak pazarlama sözleşmesini sona erdirmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır¹²³.

İşveren ve pazarlamacı, pazarlama sözleşmesi ile kanunun kabul ettiği sona erme sebepleri dışında, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla, ayrıca sona erme sebepleri kabul edebilir. Örneğin sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacıya yıllık asgari miktar veya sayıda sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir¹²⁴. Benzer şekilde aracı pazarlamacının asga-

¹²¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 448; BÜYÜKTARAKÇI, s. 1074; TOPÇUOĞLU, s. 65; SÜZEK, s. 295.

¹²² TOPÇUOĞLU, s. 65; SÜZEK, s. 295.

¹²³ Bkz. TAŞKENT, S., “İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi”, Kamu – İş, C: 11, S: 4/2011, s. 1-7; GEREK, H. N., “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4, 31, s. 43-58; ELMAS, S., “Türk İş Hukukunda İkale”, Kamu – İş, C: 11, S: 1/2009, s. 85 vd.; ÇİL, Ş., “İş Hukukunda İbra Sözleşmesi”, Kamu – İş, C: 7, S: 3/2004, s. 1-29.

¹²⁴ AKI/DEMİRİLİK, s. 11 vd.

ri sayıda müşteri ziyareti veya aracılık faaliyeti gerçekleştirmesi yükümlülüğü öngörülebilir. Kararlaştırılan eşik veya yükümlülükler uymaması durumunda pekâlâ sözleşmenin feshi yoluna gidilebilecektir¹²⁵.

8. Temsil Yetkisinin Sona Ermesi

Sözleşme yapma yetkisine sahip pazarlamacının temsil yetkisinin sona erdirilmesinde TBK'nın temsil ve vekâlete ilişkin hükümleri uygulanabilecektir. Aksi kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça temsil yetkisi, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi, tüzel kişiliğin ortadan kalkması durumlarında sona erer (TBK m. 43; 441). Ancak ticari vekilliğin özel bir türü olduğundan işverenin ölümü, pazarlamacının yetkisini sona erdirmeyecektir (TBK m. 48; 441)¹²⁶.

Güven esasına dayanan işlem yetkisi, azil ve istifa yoluyla sona erdirilebilir (TBK m. 512). İşveren, pazarlamacının temsil yetkisini her zaman sınırlandırabilir veya geri alabilir. İşveren (temsil olunan), bu hakkından önceden feragat edemez. Taraflar arasındaki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmeleri gibi hukuki ilişkilerden doğabilecek haklar saklıdır. İşveren, verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığı da aynı yolla bildirmelidir. Aksi halde yetkinin geri alındığı, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir (TBK m. 42). Pazarlamacı ve işveren, temsil yetkisini her zaman tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda yetkiyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. İşveren, işlem yetkisinin kapsamını gösteren bir belge vermişse pazarlamacı, yetki sona erdiğinde belgeyi temsil olunana geri vermek veya hâkimin belirleyeceği yere bırakmakla yükümlüdür. Pazarlamacının belgeyi iade etmesi için gerekeni yapmayan işveren veya halefleri, bundan dolayı iyiniyetli üçüncü kişilerin zararını gidermekle yükümlüdürler (TBK m. 44)¹²⁷.

¹²⁵ TOPÇUOĞLU, s. 66.

¹²⁶ Ölümünden sonra etkili olacak temsil yetkisi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. ŞENER, O. H., "Postmortal Temsil Yetkileri ve Ticari Mümessillik", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1, 2009, s. 113-170.

¹²⁷ TOPÇUOĞLU, s. 66.

V. Pazarlamacılık Sözleşmesinin Hükümlerinin İş Kanunu Kapsamına Giren İşçiler Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

TBK Pazarlamacılık sözleşmesi olarak tanımlanan yeni bir hizmet sözleşmesi türü getirmiştir. Burada ortaya çıkan ve tartışılması gereken asıl konulardan biri de pazarlamacının artık TBK kapsamında bir işçi mi yoksa 4857 sayılı İşK kapsamına giren bir işçi mi olduğudur. 4857 sayılı İşK m. 4, İş Kanunu'nun kapsamı dışında bıraktığı işler arasında pazarlamacılık işini saymamıştır¹²⁸.

Buradan hareketle, pazarlamacılık sözleşmesinin İşK kapsamında olduğu belirtilebilir. Fakat hemen belirtmek gerekir ki, TBK md. 448 vd. pazarlamacılık sözleşmesini hizmet akdinin özel bir türü olarak düzenlemekle kalmamış m. 464 “*pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hallerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır.*” hükmünü getirmiştir. Buradan hareketle de bu sözleşmeye TBK hükümleri uygulanacaktır görüşü ortaya çıkacaktır. Varılan bu iki sonuç çelişki arz etmektedir.

TBK ile İşK arasındaki ve her iki kanundaki hükümler arasındaki hiyerarşik ilişki tespit edilebilirse daha sağlıklı sonuçlara varılabilir. Yani 01.07.2012’de yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK, 2003’te yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu karşısındane ölçüde genel kanun olduğunun belirlenmesi gerekir. Eğer bu hususta sağlıklı bir sonuca ulaşılabılırsa şu önemli sonuca varılacaktır: Eğer TBK eskiden olduğu gibi İş Kanunu karşısında genel kanundur vargısından hareket edersek, o zaman sadece İşK’nda hüküm

¹²⁸ İşK m. 4’e göre: “Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz; a) Deniz ve hava taşıma işlerinde, b) 50’den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri, d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, e) Ev hizmetlerinde, f) İş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında, g) Sporcular hakkında, h) Rehabilitasyon edilenler hakkında, ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde. - Şu kadar ki; a) Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri, b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler, c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler, d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri, e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri, f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler, Bu Kanun hükümlerine tabidir”.

bulunmayan hallerde TBKndaki hükümler uygulama alanı bulabilecektir. Eğer TBK hem sonraki hem de pazarlamacılıkla ilgili özel hükümler getiren Kanundur vargısından hareket edersek pazarlamacılık sözleşmesi İŞK Kapsamı dışında kalacaktır. Bu bizi şu sonuca götürecektir: Bugüne kadar İŞK kapsamında faaliyetini sürdüren seyyar tüccar memuru TBK'nın yeni ifadesiyle pazarlamacı artık İŞK kapsamı dışında kalacak ve İŞK ile getirilen bazı ileri haklardan (kıdem tazminatı, işe iade hakkı, bazı haklı fesih nedenleri, yıllık ücretli izin gibi) yararlanamayacaktır¹²⁹.

İŞK ile TBK arasında birbirine zıt hükümler bulunduğu hallerde hangi hükümlerin uygulanacağı da ayrıca tartışılması gereken bir konudur. Ancak her durumda pazarlamacı lehine bir çözüm biçimi benimsemek her halde daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Bu hususta bir sonuca varmadan ana ilkeyi ortaya koymakta fayda vardır. Eğer bir konuda normlar arasında bir çatışma varsa; yani aynı konu hem genel hem de özel kanunda düzenlenmiş ise kural, özel kanun genel kanuna göre öncelikli uygulama alanına sahip olacaktır¹³⁰.

Genel kanun hükümleri ancak özel kanunda hüküm bulunmayan durumlarda uygulama alanı bulur. Fakat aynı hususu aynı özellikte bir birinin eşiti olan iki kanunda düzenlenmişse yani kanunlar arasında bir hiyerarşi yoksa sonraki tarihli kanun uygulama alanı bulur. Diğer bir ifadeyle bir husus iki genel kanunda düzenlenmiş ise veya iki özel kanunda düzenlenmiş ise tarih itibariyle yeni olan uygulanır. Bu yaklaşımdan hareketle genel kanun önce, özel kanun sonraki tarihli ise sorun yoktur. Özel kanun hem özel olduğum hem de sonraki kanun olduğu için uygulama önceliğine sahip olur. Çünkü kanun koyucu o konuda bir kanun varken bir başka kanunu yürürlüğe koymuş ise tercihini yeni kanunun ihtiyaçlara daha iyi cevap vereceğini düşünerek onun uygulanmasından yana kullanmış demektir. Ancak özel kanunda tabiki o hususta uygulanabilecek hüküm bulunmalıdır. Yoksa boşluk olan hallerde eski tarihli de olsa yine genel kanun uygulanacaktır. Buna karşılık özel kanun daha eski tarihli, genel kanun yeni tarihli ise hangi kanunun uygulama önceliğine sahip olduğunu belirlemek, yorum metodlarına başvurarak kanun koyucunun nihai iradesini ortaya çıkarmakla mümkündür. Sonraki kanunun uygulamada üstünlüğü esasını benimsersek, sonraki genel kanunun önceki özel kanuna karşı uygulama üstünlüğünü Kabul etmemiz gere-

¹²⁹ TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 16.

¹³⁰ TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 16.

kir. Eski tarihli dahi olsa özel kanunun genel kanuna her şeye rağmen üstünlüğünü benimserseniz bu defa sonraki tarihli genel kanun ile getirilmiş özel hükümleri nazara almamış oluruz. Bu sağlıklı bir çözüm biçimi değildir¹³¹.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da, özel kanunla özel hükmün, genel kanunla genel hükmün aynı şeyleri ifade etmediğidir. Bazen genel bir kanunun içinde özel bir hüküm de yer alabilir. O zaman da normlar çatışması açısından kanunun genel ya da özel kanun olmasına bakılmaksızın genel ya da özel nitelikli hüküm olup olmamasına göre vedigge esaslar çerçevesinde sorunun çözümüne gidilecektir. Buna göre, özel hüküm sonraki genel kanunun içinde yer alıyorsa buna öncelik vermek gerekir. Böyle bir durumda hala özel kanun hükümlerine öncelik tanıyarak sonraki genel kanunu devre dışı bırakmak isabetli bir yaklaşım olmayacaktır. Burada da kanun koyucunun belli bir konuda genel kanun içinde neden özel hükümlere yer verdiğini araştırmak yani onun budüzenlemeyi yaparken güttüğü amacı bulmak gerekir¹³².

Tuncay'a göre, İş Hukukunda genel kanun-özel kanun ilişkisinde TBK'nun eskiden olduğu gibi yine işkanunları (4857 sayılı İşK, 854 sayılı Deniz İşK, 5953 sayılı Basın İşK) karşısında genel kanundur. Bireysel iş kanunlarında hükümlenmeyen hallerde TBK hükümlerinin uygulanması gerekir. TBK hükümlerinin İşK'nda açık hüküm bulunmayan hallerde uygulanmasının nedeni iş kanunlarının işçiyi daha fazla koruyan ve daha ayrıntılı hükümlerle donanmış olduğu gerçeğidir. Ancak 01.07.2012'de yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK öncesine nazaran çok daha ayrıntılı ve işçiyi daha fazla koruyan yeni hükümler getirmiş olduğu da önemli bir gerçektir. Ayrıca pazarlamacılık sözleşmesi, evde hizmet sözleşmesi gibi iş kanunlarında yer almayan yeni sözleşme tiplerine de yer vermiş bulunmaktadır. Yazara göre, ohalde yukarıda sözü edilen genel kanun-özel kanun, genel hüküm-özel hüküm ve önceki kanun-sonraki kanun ilişkileri düşünülerek TBK ile İşK'nda aynı konuyu düzenleyen fakat çelişen hükümler bakımından 6098 sayılı TBK'nun işçinin daha lehine hükümler taşıması halinde 4857 sayılı İşK'na üstün tutulması gerekir¹³³.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ, E.**, Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), MESS Sicil, Haziran 2011, s. 26-27; **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 16; **GÜRİZ, A.**, Hukuk Başlangıcı, 13. bası, Ankara 2011, s. 1158; **GÖZLER, K.**, Hukuka Giriş, 7. bası, Bursa 2010, s. 239.

¹³² **YILMAZ**, s. 30; **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 16.

¹³³ **TUNCAY**, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 16.

Esasen 6098sayılı Kanun'un gerekçesinde 6.bölüm altında''*Hizmet sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanunukapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanunu'nun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklar yaratılmamaya çalışılmıştır.*'' ifadelerinden TBK'na tâbi işçinindahı mümkün olduğu kadar korunmakistendiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, 6098 sayılı Kanun'un gerekçesindeyer alan ''*pazarlamacılık sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almamış olmakla birlikte, uygulamada çok sık karşılaşılan, hizmetsözleşmesinin özel bir türüdür.*'' ifadelerindenkanun koyucunun uygulamada pek çok seyyar tüccar memuru yeni ifadesiyle pazarlamacının bulunduğunu bildiği vebunların hizmet sözleşmesiyle çalıştırıldıklarını kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Kanun koyucununbugüne kadar İşK kapsamında çalışan bu kişilerin faaliyet biçiminin özelliğinden ötürü ayrıntılı hükümlere yer vermeyi istediği vebunu da TBK içinde yaptığı anlaşılmaktadır. *Tuncay'a* göre, bu durumların kabulü, halen İşK kapsamında çalışan pazarlamacıların 01.07.2012'den sonra TBK kapsamında çalışacakları sonucunun kabulüne yol açmayacaktır¹³⁴.

Kanaatimizce pazarlamacılık sözleşmesi kanun koyucu tarafından kanunun gerekçesinde de ifade edildiği gibi bilinçli bir tercih olarak hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda bu sözleşmeye yine TBK'daki genel hizmet sözleşmesinin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ortaya konmuştur. O halde TBK eskiden beri İşK kapsamında yer alan seyyar tüccar memurunu bu kapsamdan çıkarma yönünde bir irade ortaya koymuştur. İşK'na göre hem genel kanun hem sonraki kanun hem de pazarlamacılık hususunda özek hükümler ortaya konan pazarlamacılar TBK kapsamındaki işçiler olarak muamele göreceklendir. Kısaca yukarıda da açıkladığımız gerekçelerle pazarlamacılara TBK hükümlerinin uygulanacağını düşünmekteyiz.

VI. Pazarlamacılık Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Tespiti Sorunu

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere Pazarlamacı bağımlı bir tacir yardımcısıdır. Bu nedenle pazarlamacılık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespit edilmesi büyük öneme sahiptir. Bu konuda ''Ticari davalar, çekişmesiz yargı işleri ve delilleri'' başlığını taşıyan TTK m. 4 bize yol gösterici olacaktır.

¹³⁴ TUNCAY, Pazarlamacılık Sözleşmesi, s. 16.

TTK m. 4'e göre: (1) Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların işveren olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda,

b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde,

c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde,

d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,

e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,

f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.

(2) Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir.

Yine TTK'nın "Ticari davalar ve çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemeler" başlığını taşıyan 5. Maddesine göre: "(1) Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.

(2) Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4 üncü madde hükmünce ticari sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asli-

ye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir.

(3) (Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.) Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır.

(4) (Değişik: 26/6/2012-6335/2 md.) Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder.”.

TTK'nın bu düzenlemelerinden de anlaşılacağı üzere, TTK açıkça pazarlamacılık sözleşmesinden doğan uyumsuzlukları ticari dava kapsamına sokmamıştır. TTK m. 4/c'de ifade edilen “11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun ...ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörölmüş bulunan 547 ilâ 554...inci maddeleri” hükmü pazarlamacılığı tacir yardımcılarında saymamasının yanında, bu sözleşmeden doğan uyumsuzlukların asliye ticaret mahkemesinde görülemeyeceğini ortaya koyması önemli bir eksiklik olarak nitelendirilebilir. Zira Eski TK m. 4/3'ün, “Borçlar Kanununun, bir işletmenin satılması veya diğeriyle birleştirilmesi hakkındaki 179 ve 180, rekabet memnuiyetine dair 348 ve 352, neşir mukavelesi hakkındaki 372 ila 385, itibar mektubu ve itibar emri hakkındaki 399 ila 403, komisyona dair 416 ila 429, **ticari mümessiller ve diğer ticari vekiller hakkındaki 449 ila 456**, havale hakkındaki 457 ila 462, vedia hakkındaki 463 ila 482 nci maddelerinde;... tanzim olunan hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılır” düzenlemesi seyyar tüccar memurunu da açıkça tacir yardımcısı olarak nitelemişken yeni TTK'nın bu nitelemeyi yapmaması açıklamaya muhtaç bir husustur.

Kanaatimizce TTK m. 4'e, TBK m. 448 ila 460 ifadesinin de eklenmesi gerekirdi. TBK'dan seyyar tüccar memuruna ilişkin hükmün çıkarılarak pazarlamacılık sözleşmesi adı altında düzenlenmesi onu tacir yardımcısı olmaktan çıkardığı şeklinde yorumlanmamalıdır.6098 sayılı TBK, ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını, 12. bölümde m. 547-554 arasında eskisi gibi muhafaza etmiş fakat seyyar tüccar memurunu bunların arasından

çıkartarak hizmet sözleşmesi ile ilgili bölüme eklemiş ve adını da değiştirerek “pazarlamacı” demiştir. Bunun nedeni TBK’nın, İsviçre BK.nda 1971’de yapılan değişikliği benimsemiş olmasıdır. 1971’de İsviçre BK. m. 463 de diğer tacir yardımcıları arasında düzenlenmiş olan seyyar tüccar yardımcısını oradan alarak hizmet sözleşmesi bölümünün sonuna eklenmiş ve madde sayısı 13’e çıkarılmıştır (m. 347-354). Ne var ki, bu yapılırken bu çalışan tipi ile fazla oynanmamış ve adı eskiden olduğu gibi seyyar tüccar yardımcısı veya ticari gezgin olarak bırakılmıştı. TBK hazırlanırken İsviçre BK.nun aldığı yeni şekil benimsenmiştir. TTK hazırlanırken TBK’ndaki bu önemli değişiklik bilindiği halde ticari işlerin ne olduğunu düzenleyen maddeye bunun alınmamış olması bilinçli bir tercihtir. Kanun koyucunun böylesine önemli bir hususu unutmaması veya gözden kaçırmaması söz konusu değildir. Tüm bu gerekçelerle bundan böyle pazarlamacılık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar ticari dava kapsamına dahil olmayacak, görevli mahkeme artık asliye ticaret mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemeleri olacaktır.

Sonuç

Pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmeye pazarlamacılık sözleşmesi denir. Bu sözleşme Mehaz İBK hükümleri esas alınarak TBK’da düzenlenmiştir. TBK, pazarlamacının iki türünü kabul etmiştir. Birincisi, aracı pazarlamacı diğeri sözleşme yapma yetkisine sahip olan pazarlamacı. Kanun kural olarak pazarlamacının aracılık etmesini esas almıştır. Aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. Taraflar, yazılı olarak kararlaştırmak şartıyla pazarlamacıya temsil yetkisi de verebilir. Temsil veya işlem yetkisi, tacir adına yapılan işlerin icrası ve sonuçlandırılması için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar. Pazarlamacı belliözellikleri ile diğer tacir yardımcılarında da ayrılmaktadır.

Pazarlamacının işvereni temsil yetkisi kural olarak bulunmadığından hareketle pazarlamacılığın seyyar tüccar memuru olmadığı farklı bir düzenleme olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşe pazarlamacı sadece aracılık faaliyeti yürütmektedir. Seyyar tüccar memurunun yetkileri pazarlamacıya tanınmamıştır. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, pazarlamacı kendisine yazılı

olarak yetki verilmesi durumunda işlem yapabilir ve tahsilat veya süre tanıma gibi yetkileri kullanabilir. Bu nedenle pazarlamacının sadece bu kriterden hareketle seyyar tüccar memuru olmadığı kabul edilmesi isabetli değildir. Pazarlamacılık sözleşmesi 818 sayılı BK'da düzenlenmiş olan seyyar tüccar memurunun çok daha ayrıntı biçimde düzenlenmiş biçimidir. 6098 sayılı TBK'nın hazırlanmasında Kanun koyucu hizmet sözleşmesi bağlamında özellikle Mevzuat Kanun olan İsviçre Borçlar Kanununu takip etmiş ve tıpkı oradaki düzenlemeler gibi yerini değiştirmiştir. Sonuç olarak bağımlı bir tacir yardımcısı şeklindeki yapı devam etmektedir. Pazarlamacılık sözleşmesi seyyar tüccar memurundan başka bir şey değildir.

Pazarlamacılık sözleşmesi biliçli olarak hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda bu sözleşmeye yine TBK'daki genel hizmet sözleşmesinin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı ortaya konmuştur. TBK eskiden beri İŞK kapsamında yer alan seyyar tüccar memurunu bu kapsamdan çıkarma yönünde bir irade ortaya koymuştur. TBK, İŞK'na göre hem genel hem sonraki kanun hüviyetindedir. Diğer taraftan pazarlamacılık hususunda özel hükümler ortaya koymuştur. Tüm bu sebepler pazarlamacıların TBK kapsamına dahil işçiler olarak muamele görmesi sonucunu doğuracaktır. Daha öz ifadeyle pazarlamacılara İŞK değil TBK hükümlerinin uygulanacağını düşünmekteyiz.

Yeni TTK'nın ticari davaları ve ticaret mahkemelerinin görev alanına giren işleri sayan 4. Maddesi nazara alındığında, eski TTK ile Yeni TTK arasında önemli bir fark ortaya çıkmaktadır. Zira eski TK seyyar tüccar memuruna ilişkin uyuşmazlıkları ticari dava kapsamına sokarak görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönündeki tespitine yeni TTK'da yer verilmemiştir. Bu durum bilinçli bir tercihtir. Dolayısıyla kanun koyucu bu husustaki davalarda görevli mahkeme olarak asliye hukuk mahkemesini tayin etmiştir. Sonuç olarak bundan sonra pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin olarak çıkan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi değil, asliye hukuk mahkemesidir.

Kaynakça

AKI, E./DEMİRBILEK, T., “Performans Değerlendirme Sistemi ve Performans Düşüklüğü Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, Prof. Dr. Ali GÜZEL’e Armağan, C. I, İstanbul 2010.

AKIN, M., Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, “tartışma kısmı”, Ankara 2008.

AKKURT, S. S., “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2008.

ALTHERR,H./BREM, E./BÜHLMANN, H., Schweizerisches Obligationenrecht, Textausgabe mit Leitsätzen aus der Praxis des Bundesgerichtes, 2., überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1994.

ARKAN, S., Ticari İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011.

ARSLANLI, H., Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960.

AYHAN, R./ÖZDAMAR, M./ÇAĞLAR, H., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2011.

BİLGİLİ, F./DEMİRKAPI, E., Ticaret Hukuku Bilgisi, Bursa 2012.

BÜYÜKTARAKÇI, S., “Mevsimlik İşler ve Kampanya İşlerinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, Özel Sayı, 2009.

CAN, O., 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, Ankara 2011.

CENTEL, T., İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988.

CİHAN, H., “Temsil İlişkisinde Yetkilendirmenin Yürürlükteki BK ve 6098 Sayılı Yeni BK’ya Göre Karşılaştırmalı İncelenmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 3, Y. 2011.

DEMİRVURAN, H.M., Ticari Vekalet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2004.

DEYNEKLİ, A., “Aciz Hali ve İflasın İşçi Alacaklarının Tahsiline Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 2, 2009.

EGLI, H.P., Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Art. 347 ff., Zürich 2002.

ELMAS, S., “Türk İş Hukukunda İkale”, Kamu – İş, C: 11, S: 1/2009, s. 85 vd.; **ÇİL, Ş.**, “İş Hukukunda İbra Sözleşmesi”, Kamu – İş, C: 7, S: 3/2004.

ENGİN, M., “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2003.

GAUCH, P./AEPLI, V./STÖCKLI, H., Präjudizienbuch OR, Zürich/Basel/Genf 2009.

GEREK, H. N., “İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi İle Sona Ermesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/4, 31.

GÖKSEL, M., “Ücretin Haciz, Devir ve Temlik İşlemlerine Karşı Korunması”, Ali GÜNEREN’e Armağan, İstanbul 2010.

GÖZLER, K., Hukuka Giriş, 7. Bası, Bursa 2010.

GUHL, T./KOLLER, A./SCHNYDER, A.K./DRUEY, J.N., Das Schweizerische Obligationenrecht, neute Auflage, Zürich 2000.

GUHL, T./MERZ, H./KUMMER, M., Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972.

GÜLVER, E., Emeklilik Sözleşmesi, İstanbul 2011.

GÜNEŞ, B./MUTLAY, F. B., “Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2011/1, 30.

GÜRİZ, A., Hukuk Başlangıcı, 13. bası, Ankara 2011.

HİRŞ, E., Ticaret Hukuku Dersleri, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul 1948.

İMREGÜN, O., Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 1996.

İNCEOĞLU, M. M., Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

KAPLAN, T. S., Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Haksız Feshi ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Getirilen Yeni Düzenlemeler, KAMU-İŞ, s. 217 (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/OGC8.pdf>: 19.01.2013).

KAR, B., “Deneme Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven ÇANKAYA’ya Armağan, Ankara 2010.

KARAYALÇIN, Y., Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968.

KAYIHAN, Ş., Acentelik Sözleşmesi, 3. Bası, Ankara 2008.

KINACIOĞLU, N., Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 1963.

KOÇ, M., “İş Güvencesi Kapsamında İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Nedenler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, S. 59-60, 2009.

KOÇ, S., “Borçlar Kanunu Tasarısının Hizmet Sözleşmesi ile İlgili Yeni Düzenlemeleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden KUNTALP’e Armağan, 2004/1, C. I.

MANAV, A. E., İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2009.

MİNELİLER, Z., “Ticari Vekil”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C. II, Ankara 2010.

MOLLAMAHMUTOĞLU, H., İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçini Ret Hakkı, Türk Kamu Sen, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 2, S. 15-16, Mart- Haziran 1994.

MOLLAMAHMUTOĞLU, H./ASTARLI, M., İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu-6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu İşlenmiş, 5. Bası, Ankara 2012.

ÖZDEMİR, M. E., “Borçlar Kanunu’nun 325. Maddesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ali GÜNEREN’e Armağan, İstanbul 2010.

POROY, R./YASAMAN, H., Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012.

PORTMANN, W., (Hrsg: **HONSELL, H./VOGT, N. P./WIEGAND, W.**), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel/Genf/Zürich 2007.

REHBINDER, M., Schweizerisches Arbeitsrecht, 15.Aufl., Bern 2002.

SCHMID, J./STÖCKLI, H., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2010.

ŞENER, O. H., "Postmortal Temsil Yetkileri ve Ticari Mümessillik", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 11, S: 1, 2009.

SOYER, P., "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Devrim ULUCAN'a Armağan, İstanbul 2008.

SUR, M., "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.

SÜZEK, S., "İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007(İş Akdi).

SÜZEK, S., İş Hukuku, (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku), Türk Borçlar Kanunu, HMK ve TTK'na Göre Yenilenmiş 8.Bası, İstanbul 2012.

TAŞKENT, S., "İş Sözleşmesinin İkale Yolu ile Sona Erdirilmesi", Kamu – İş, C: 11, S: 4/2011.

TAŞKENT, S., "Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Prof. Dr. Ali GÜZEL'e Armağan, C. I, İstanbul 2010.

TEKİNALP, G., Acente Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralları, İstanbul 1972.

TEOMAN, Ö., "Tacir Yardımcıları", Doç. Dr. Mehmet SOMER'e Armağan, İstanbul 2006.

TOPÇUOĞLU, M., "Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı", SDÜHFD, Cilt I, Sayı 2, 2011.

TOPÇUOĞLU, M., İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S. 18, 2004 (Aktif ve Pasif Satışlar).

TOPÇUOĞLU, M., Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006 (Acentelik ve Dağıtım).

TOPUZ, M., "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı(İşK. m. 34, İşK. m. 83)" Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, İstanbul 2007.

TUNCAY, A. C., “Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri”, Çimento İşveren, S. 2, C. 26, Mart 2012 (Pazarlamacılık Sözleşmesi).

TUNCAY, A. C., Ücretin Ödenmemesinin Sonuçları(İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı), Karar İncelemesi, Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 6, 2005.

TUNCAY, C./EKMEKÇİ, Ö., Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 14. Bası, İstanbul 2011.

TUNÇOMAĞ, K./CENTEL, T., İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2008.

UŞAN, M. F., “4857 Sayılı İş Yasasınının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, Özel Sayı, 2007.

WEBER, R./ERBAŞ, C. G., “Türk Hukukunda Değişiklik Feshi”, Prof. Dr. Ali GÜZEL’e Armağan, C. I, İstanbul 2010.

YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN, B., Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2012.

YENİSEY, K./ÖZTÜRK, Ö., “İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Devrim ULUCAN’a Armağan, İstanbul 2008.

YILMAZ, E., Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında), MESS Sicil, Haziran 2011.

ZEVKLİLER, A./GÖKYAYLA, K. E., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkiler, Ankara 2013.

ZEYTİNOĞLU, E., Çalışma Barışına Katkısı Olabilecek Bir Sistem: Esneklik, “10. Yıl’a Armağan”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl 11, Sayı 22, 2012/2.

EVLİLİK SONRASI DAYANIŞMA İLKESİ VE BU İLKENİN SINIRI OLARAK CLEAN BREAK İLKESİ DOĞRULTUSUNDA YOKSULLUK NAFAKASINI BELİRLEYİCİ ÖLÇÜTLER

Dr. Gediz KOCABAŞ^(*)

Özet

Yoksulluk nafakası, evlilik sonrası dayanışma ilkesinin bir uzantısı olarak boşanmanın mali sonuçları arasında düzenlenmiştir. Yoksulluk nafakasının amacı, boşanma sonrasında kendi geçimini sağlama yeteneği bulunmayan eşin bu yeteneği elde edinceye kadar diğer eş tarafından mali açıdan desteklenmesidir. Bu doğrultuda, clean break ilkesi, yoksulluk nafakasının amacına ulaşılması bakımından evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırlandırılmasında başvurulan bir ilke işlevini üstlenir.

***Anahtar Kelimeler:** Yoksulluk nafakası, evlilik sonrası dayanışma ilkesi, clean break ilkesi, yoksulluk nafakasını belirleyici ölçütler, boşanma, kendi geçimini sağlama yeteneği, yoksulluk, kusur, nafaka yükümlüsünün mali gücü, istem, hakimin takdir yetkisi.*

Abstract

Post-marital maintenance has derived its justification from the post marital solidarity principle. As a result of this connection it is arranged in the results of divorce case. The aim of the maintenance is to contribute the poor side unless the ability of self-support will be gained. At this point the clean break principle steps in according to bound the post marital solidarity principle.

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Key Words: *Post-marital maintenance (alimony), post marital solidarity principle, clean break principle, criteria which are decisive with regard to post-marital maintenance, divorce case, ability to self-support, poverty, fault, ability to pay, claim, judicial discretion.*

I. Genel Olarak

Yoksulluk nafakası, boşanmaya bağlanan mali bir sonuç olarak TMK m.175 vd. (ZGB Art.125 vd.) düzenlenmiştir. Yoksulluk nafakası alanında hakime geniş takdir yetkisi tanıyan bu genel nitelikli hüküm, bir taraftan “nafaka ihtiyacı” diğer taraftan ise “nafaka yükümlüsünün mali gücü” olmak üzere iki temel yapı taşı üzerine inşa edilir¹. Bu alanda hakime geniş takdir yetkisi tanınması, zorunluluk gereği kanun koyucunun yapmış olduğu bilinçli bir tercihtir. Bir an için nafaka alacaklısının zarar görmesini engellemek amacıyla ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ileri sürülebilirse² de, nafaka hukukunda ayrıntılı özel düzenlemeler getirilmesi mümkün olmadığı gibi böyle düzenlemelere de gerek duyulmaz. Hakimin TMK m.4’den (ZGB Art.4) doğan takdir yetkisi genel düzenlemenin somut olaya uyarlanmasında etkili bir araç olarak devreye girer. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin nafaka hukuku alanında sağlamış olduğu uygulama zenginliği ve buna dayalı olarak oluşturulan ölçütler nafaka uyuşmazlıklarında hakime yol gösterici bir nitelik taşır.

İsviçre hukukunda gerçekleştirilen boşanma hukuku revizyonu sırasında “kusur” ve “evlilik sonrası dayanışma” ilkeleri doğrultusunda tasarlanan yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemeler terk edilmiş³ ve kendi geçimini sağlayamayacak olan tarafa, diğer tarafın bir katkıda bulunup bulunmayacağı, böyle bir katkıda bulunulacaksa bunun miktarı ve süresinin belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütler ZGB Art.125/2’de sekiz bent halinde sıralanmıştır⁴. Öğreti-

¹ **SCHWENZER**, Ingeborg: FamKommentar Scheidung, Bern 2010, Art.125, N.1; **HATUSHEER**, Heinz/ **SPYCHER**, Annette/**BRUNNER**, Rolf/**GLOOR**, Urs/**BÄHLER**, Daniel/**KIESER**, Ueli: Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N.05-46; BGE 127 III 138; OGer Luzern 22 02 88 (FamPra 2004, s.130).

² Bu yönde bkz. **EGLI**, Isabelle: Die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach Scheidung, Bern 2007, s.16.

³ **SCHWENZER**, Ingeborg: “Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts”, AJP 1999, s.167; BGE 119 II 12.

⁴ Kanunda belirtilen ölçütler örnek olarak sıralandığı için bunlara yeni ölçütlerin eklenebileceği yönünde bkz. **BÄHLER**, Daniel: “Scheidungsunterhalt - Methoden der Berech-

de, kanunda sıralanan ölçütlerin Federal Mahkeme uygulamasında zaten dikkate alınmakta olduğu belirtilerek kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme getirilmediği, sadece uygulamada başvuru ölçütlerinin kanuna aktarıldığı ifade edilmektedir⁵. İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda ise kanun koyucu yoksulluk nafakasının belirlenmesinde başvurulacak ölçütleri örnek olarak saymak yerine 743 sayılı Medeni Kanun'da yer verilen genel düzenlemeyi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda korumuş, ölçütlerin belirlenmesini öğretiyi ve uygulamaya bırakmıştır⁶.

Bu çalışmanın amacı; clean break ilkesi doğrultusunda Türk ve İsviçre hukuklarında yoksulluk nafakasına ilişkin genel düzenlemeyi oluşturan TMK m.175 ve ZGB Art.125'in değerlendirilmesi sonucunda, nafaka ihtiyacı ile nafaka miktarının ve süresinin belirlenmesinde başvurulacak ölçütlerin ortaya konmasıdır. Bu kapsamda, öncelikli olarak evlilik sonrası dayanışma ilkesinin ve bu ilkenin sınırlandırılmasında kullanılan clean break ilkesinin yoksulluk nafakası alanında üstlenmiş olduğu işlev açıklanmaya çalışılacak, daha sonra Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması temel alınarak her iki hukuk sisteminde yoksulluk nafakasının unsurları ve nafakayı belirleyici ölçütler karşılaştırmalı bir bakış açısıyla ele alınacaktır.

nung, Höhe, Dauer und Schranken", FamPra 2007, s.463; **LÖTSCHER-STEIGER**, Bruno/**TRINKLER**, Judith: "Unterhalt bei knappen (Mankofällen) bis mittleren finanziellen Verhältnissen", FamPra 2004, s.836; **SCHWENZER**, Revision, s.170; **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-47; **MENNE**, Martin: "Betreuungsunterhalt in der Schweiz und in Deutschland", Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Privat Law (Bd. I), Bern 2011, s.1255; **POHLMANN**, Jörg: "Mankoteilung - Möglichkeiten eines Ausgleichs zwischen den Ehegatten", FamPra 2007, s.532; BGer 5P.352/ 2003 (FamPra 2004, s.401); BGer 5C.149/2004 (**HAUSHEER**, Heinz: "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001-2004 Veröffentlicht in den Bänden 127-130 Scheidungsrecht", ZBJV 2005, s.563); BGE 132 III 598; KGer Graubünden ZF 08 51-52.

⁵ **REUSSER**, Ruth: "Gedankensplitter zur revision des Scheidungsrechts", ZSR 1996, s.337 vd.; **MÖCKLI**, Urs Peter: "Aktuelle Fragen des nachehelichen Unterhalts - Art.125 ZGB", Dritte Schweizer Familienrecht § Tage, Bern 2006, s.5; **FREIBURGHANUS**, Dieter/**SUTTER**, Thomas: Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art.125, N.3; **SCHWENZER**, Art.125, N.1; **SCHWENZER**, Revision, s.169.

⁶ Türk ve İsviçre hukuklarının aksine Alman hukukunda yoksulluk nafakasına ilişkin genel bir düzenleme bulunmaz. Alman kanun koyucusu, nafaka isteminde bulunacak tarafın gelir getirici bir işte çalışmasına engel oluşturan durumları sınırlı sayıda belirtme yoluna giderek nafaka düzenlemesi bakımından farklı bir tercihte bulunmuştur. Açıklamalar için bkz. **MENNE**, s.1257; **SCHNITZLER**, Klaus: Münchener Anwalts Handbuch-Familienrecht, München 2010, Teil B, § 5, Rn.1 (**FRIEDERICI**, Peter).

II. Yoksulluk Nafakası İsteminin Dayanağı Olarak Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi

Evlilik birliği devam ettiği sürece eşler birbirlerine yardımcı olma (TMK m.185/3- ZGB Art.159/3) ve birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılma (TMK m.186/3-ZGB Art.163/1-2) yükümlülüğü altında bulunurlar. Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte her iki yükümlülük de ortadan kalkmasına rağmen, tek başına geçimini sağlayamayan tarafa, evlilik sonrası dayanışma ilkesi gereğince yoksulluk nafakası isteminde bulunma hakkı tanınır⁷. Böylece, boşanmaya bağlı olarak ortaya çıkan olumsuz ekonomik durumun dengelenmesi amaçlanır⁸. Diğer bir bakış açısıyla, yoksulluk nafakasına ilişkin düzenleme, evlenmeden doğan güvenin korunması düşüncesinin bir yansımasıdır. Evlilik sırasında oluşturulan yaşam düzeni çerçevesinde, ekonomik anlamda birbirlerine yardımcı olacakları yönünde karşı tarafta haklı bir güven oluşturan eşler için sosyal ve ahlaki düşünceler ile boşanma sonucunda zor duruma düşen tarafın ekonomik özgürlüğüne kavuşturulması yükümlülüğü öngörülmüştür⁹. Buna göre, boşanmayla birlikte her iki tarafın da kendi ekonomik özgürlüğünü sağlaması ge-

⁷ **GLOOR**, Urs/**STECK**, Daniel: “Rückblick auf 10 Jahre neues Scheidungsrecht”, FamPra 2010, s.9; **SCHWENZER**, Art.125, N.4; **FREIVOGEL**, Elisabeth: “Nachehelicher Unterhalt-Verwandtenunterstützung - Sozialhilfe Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen”, FamPra 2007, s.499; **TUOR**, Peter/**SCHNYDER**, Bernhard/**SCHMID**, Jörg/**RUMO-JUNGO**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009, N.36; **WIDMER**, Carmen Ladina: “Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen”, ZBJV 2009, s.429; BGer 5A_767/2007 (**HASHEER**, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009 Familienrecht-Veröffentlicht in Band 135, ergänzt durch Internet veröfentlichungen-Scheidungsrecht”, ZBJV 2010, s.886); BGE 127 III 289.

⁸ **FREIVOGEL**, s.499; **LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER**, s.835; **RUMO-JUNGO**, Alexandra: “Neuere Entwicklungen im nachehelichen Unterhalt”, Familienvermögensrecht, Bern 2003, s.10; **MARTI**, Gabriela: “Vertrauensschutz im Familienrecht”, FamPra 2010, s.503. Boşanma nedeniyle ortaya çıkan ekonomik olumsuzlukların gerektiği gibi dengelebilmesi için clean break ilkesinin yoğun biçimde uygulanmaması gerektiğini savunan görüş için bkz. **HINDERLING**, s.591. Ayrıca karş. **MÖCKLI**, s.4.

⁹ **MARTI**, s.503; **LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER**, s.835; **BRUDERMÜLLER**, Gerd: “Nachehelicher Unterhalt - der deutsche Weg”, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Privat Law (Bd. I), Bern 2011, s.252; BGE 127 III 289. Haklı güvenin oluşumunda evlilik süresi ve bu süre kapsamında sergilenen davranış biçimi önem taşır. Kısa süreli evlilikler yaşam biçimlendirici etkiden yoksun oldukları için böyle evlilikler bakımından evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğü giderek zayıflar ve clean break ilkesi daha etkin bir uygulama alanı kazanır. Bkz. **BÄHLER**, s.487.

rekmele birlikte taraflardan biri bu konuda yetersiz kaldığında diğer tarafın gücü oranında yardımda bulunması aranır.

Evliliğin devamı sırasında eşler arasındaki dayanışma yükümlülüğü bakımından cinsiyet farkı gözetilemeyeceği gibi evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğü bakımından da böyle bir fark gözetilemez¹⁰. Her iki taraf da, tek başına geçimini sağlayamayan tarafa yardımda bulunma yükümlülüğü altındadır. Önemli olan husus, taraflardan birinin geçimini sağlama yeteneğinde bir eksiklik bulunması ve diğer tarafın bu eksikliği kapatabilecek mali güce sahip olmasıdır.

III. Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesinin Sınırlanması

A. Sınırlamanın Amacı

Eşler arasındaki dayanışma yükümlülüğünün boşanma sonrasına uzanan biçimde etkili olması düşüncesi kabul edilirken, tarafların kendi geçimlerini sağlama yükümlükleri de gözden uzak tutulamaz. TMK ve ZGB’de kendi geçimini sağlama yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte BGB §1569 bu konuda yol gösterici pozitif düzenleme olarak kabul edilebilir. Kişisel sorumluluk başlığını taşıyan BGB §1569’a göre, boşanmadan sonra taraflar kendi geçimlerini sağlama yükümlülüğü altındadır. 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren Alman nafaka hukuku reformu sonrasında BGB §1569’da bir taraftan kişisel sorumluluk ilkesi güçlendirilirken, diğer taraftan da evlilik sonrası dayanışma ilkesine günümüz toplumsal koşulları doğrultusunda hakkaniyete uygun biçimde yer verilmiştir¹¹. Buna göre, boşanma sonrasında tarafların ekonomik anlamda kişisel sorumluluklarını üstlenmeleri ilkesi hareket noktası olarak kabul edilmiş; geçimini sağlama yeteneğine sahip olmayan tarafın kanunda belirtilen koşullar kapsamında istisnai olarak nafaka istemesi de mümkün

¹⁰ Bu doğrultuda, eMK 144’de yer alan “erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması gerekir” hükmü kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu için TMK m.175’e alınmamıştır. Uygulamada çoğu zaman kadın tarafından yoksulluk nafakası isteminde bulunulduğu, erkeğin ise nafaka yükümlüsü olduğu yönünde **FREI-VOGEL**, s.499, dn.8.

¹¹ **MAURER**, Hans-Ulrich: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7/1, München 2010, § 1569, Rn.1; **WENDL**, Philipp/**DOSE**, Hans-Joachim: Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, München 2011, § 4 Ehegattenunterhalt, Rn. 103 (**BÖMELBURG**, Regina); **BRUDERMÜLLER**, s.253.

kılınmıştır¹². Diğer bir söyleyişle, Alman hukuku bakımından kişisel sorumluluğun üstlenilmesi ilkesi ile nafaka istemi arasında kural-istisna ilişkisi kurulmuştur¹³. Boşanma sonrasında ileri sürülebilecek ekonomik nitelikli istemlerin önüne geçmek isteyen kanun koyucu kişisel sorumluluğun üstlenilmesi ilkesi ile taraflara kendi geçimlerini sağlama yükümlülüğü yüklerken, boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzluklara karşı da duyarsız kalmamıştır. Söz konusu olumsuzlukların taraflar arasında paylaştırılarak dengelenmesi amacıyla ekonomik anlamda zayıf olan tarafa, kanunda sayılan durumlarda, nafaka isteminde bulunma hakkı tanınmıştır¹⁴. Gerçekleştirilen bu değişiklik sonrasında kişisel sorumluluk ilkesi yeni bir hukuki yapılanma kazanmış ve yeni yapısıyla birlikte nafakanın unsurlarının değerlendirilmesinde daha yoğun bir uygulama alanı elde etmiştir¹⁵. Ayrıca, söz konusu yoğun uygulama alanı sadece unsurlarla sınırlı kalmamış, nafaka miktarı ile süresinin belirlenmesinde başvurulacak ölçütler bakımından da aynen uygulanmıştır.

Alman hukukunda, yoksulluk nafakası istemi, kişisel sorumluluk ve evlilik sonrası dayanışma ilkeleri üzerine kurulmuştur. Bu ilkelerden, kişisel sorumluluk ilkesi nafaka istemine yön veren temel ilke olarak kabul edilir. Evlilik sonrası dayanışma ilkesine ise geçimini sağlama yeteneğinden yoksun olan tarafın desteklenmesi amacıyla uygulama alanı tanınır¹⁶. Bu doğrultuda, taraflar boşanmayla birlikte kendi geçimlerini sağlama yükümlülüğü altına girerler. Bazı durumlarda ise kişisel sorumluluk ilkesinin evlilik sonrası dayanışma ilkesiyle sınırlandırılması ve boşanma sonrasında uzanan ortak bir sorumluluk anlayışının kabulü mümkündür¹⁷. Ancak bunun için kanunda sayılan koşulların gerçekleşmesi aranır (BGB §1570 vd.).

¹² HEISS, Beate/BORN, Winfried: Unterhaltsrecht, München 2011, 15.Kapitel, Rn. 74b (LANGENFELD, Gerrit); JAUERNIG, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar, München 2011, § 1569, Rn.1 (BERGER, Christian/MANZEL, Heinz-Peter). Kişisel sorumluluk ilkesi karşısında nafaka isteminin istisnai nitelik taşıdığı yönünde özellikle bkz. JOHANNSEN, Kurt/HENRICH, Dieter: Familienrecht, München 2010, § 1569, Rn.1 (BÜTTNER, Helmut); SCHULZE, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar, Baden-Baden 2012, §1569, Rn.1 (Hk-BGB/KEMPER, Rainer); MENNE, s.1257.

¹³ MAURER, § 1569, Rn.4; BÜTTNER, § 1569, Rn.5; SCHNITZLER, Teil B, § 9, Rn.1.

¹⁴ Kanunda sayılan durumlar bakımından sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu yönünde MAURER, § 1569, Rn.4. Benzer yönde, Alman nafaka hukukunun kişisel sorumluluk ilkesi lehine oldukça kısıtlayıcı bir anlayışla tasarlandığı görüşü için bkz. BRUDERMÜLLER, s.252.

¹⁵ BÖMELBURG, Rn.103.

¹⁶ BERGER/MANZEL, Vorbemerkungen, Rn.1.

¹⁷ BÖMELBURG, Rn.103.

İsviçre hukukunda ise kişisel sorumluluk ilkesi açıkça düzenlememekle birlikte boşanma hukuku revizyonu sırasında söz konusu ilkenin amacına uygun bir anlayış ile hareket edilmiştir. Buna göre, boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların mümkün olduğunca kısa bir zaman içinde taraflar arasında paylaştırılarak dengelenmesi ve böylece ekonomik nitelikli istemlere son verilmesi gerekir¹⁸. Hukuki belirsizlik, boşanma sonrasında kurulması beklenen yeni hayat düzeni bakımından ciddi bir tehlike oluşturabilir. Ekonomik geleceğin sağlıklı biçimde tasarlanması için belirsizliğin ortadan kaldırılması zorunludur. Arzu edilen bu sonuca ulaşılması ise evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırlanması yoluyla gerçekleşebilir. İsviçre kanun koyucusu, sınırlamanın nasıl gerçekleşeceği yönündeki tercihini ise Kıta Avrupası hukuk sisteminin sınırlarını aşarak yabancı kökenli bir ilkeyi İsviçre hukukuna aktarma yönünde kullanmıştır. 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemeler clean break ilkesinin etkisiyle tasarlanmışlardır.

Belirtmek gerekir ki, yoksulluk nafakası alanında clean break ilkesi ile BGB §1569'da düzenlenen kişisel sorumluluk ilkesi aynı hukuki esas ifade etmek üzere kullanılır. Diğer bir söyleyişle her iki ilke de boşanma sonrasında tarafların kendi geçimlerini sağlamak üzere ekonomik sorumluluklarını üstlenmeleri düşüncesini yansıtır. Clean break ilkesinin yoksulluk nafakası alanında görünümünü oluşturan “kendi geçimini sağlama yeteneği”, kavram olarak Alman hukukunda kabul edilen kişisel sorumluluk ilkesiyle örtüşür¹⁹.

Alman ve İsviçre hukuklarında boşanma ve özellikle de nafaka hukuku alanında gerçekleştirilen yenilik hareketlerinin temelinde, boşanma sonrasında bağımsız bir hayat düzeni oluşturma düşüncesi yer alır. Bu doğrultuda, her iki taraf da kendi ekonomik sorumluluğunu üstlenmeli ve taraflar boşanma sonrasında ekonomik nitelikli istemler ile karşı karşıya gelmemelidir. Böyle bir sonucun elde edilebilmesi için Alman hukukunda olduğu gibi pozitif bir düzenleme getirilebilir ya da İsviçre hukukunda olduğu gibi nafaka hukukuna ilişkin düzenlemelerin ekonomik bağlılığı sınırlayan genel bir ilke

¹⁸ VETTERLI, Rolf: “Zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts - ein Klärungsversuch”, AJP 2009, s.579.

¹⁹ Karş. EGLI/SCHWENZER, FamKomm, Vorbemerkungen zu Art. 125-132, N.6; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N.36; FREIBURGHANUS/SUTTER, Art. 125, N.12; MARTI, s.502; MAIER, Philipp: “Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht Zur Praxis der erst und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich”, AJP 2007, s.1227; BGer 5A_56/2010 (FamPra 2010, s.696); OGer Luzern 22 02 88 (FamPra 2004, s.130); KGer St.Gallen BF.2010.42 (FamPra 2012, s.436).

doğrultusunda tasarlanıp yorumlanması tercih edilebilir. Türk hukukunda yoksulluk nafakasının sınırlanması işlevini üstlenen pozitif bir düzenleme bulunmadığına göre kendi geçimini sağlama yükümlülüğü bakımından nafakaya ilişkin düzenlemelerin yorumlanmasında sınırlayıcı bir işlev üstlenen clean break ilkesinden yararlanılması düşünülebilir.

B. Clean Break İlkesi

Anglo-Amerikan hukuk sistemi kaynaklı bir ilke olan clean break ilkesi günümüzde İsviçre boşanma hukuku sistemini karakterize eden bir ilke durumundadır²⁰. Her yeni hukuki kurum ve kavramın tanımlanmasında karşılaşıldığı üzere clean break ilkesi de birçok farklı açıdan tanımlanır. Bununla birlikte, tanımların bulunduğu ortak nokta, boşanma kararıyla birlikte tarafların birbirleriyle olan bağlarının kesilmesi düşüncesidir. Bu anlamda, clean break ilkesi, boşanan taraflar arasındaki ekonomik ilişkilere ve uyumsuzluklara kesin olarak son verilmesi işlevini üstlenir²¹. Özellikle de, uzun bir süre devam edebilecek yoksulluk nafakası ödeme yükümlülüğünün önüne geçilmesi amacıyla kullanılır. Boşanmaya bağlanan kişisel sorumluluk alanında etkin bir işlev üstlenen clean break ilkesi doğrultusunda yoksulluk nafakasına yüklenen işlev de yeniden tanımlanır. Buna göre, yoksulluk nafakasının amacı, boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi yoluyla geçimini tek başına sağlayamayan tarafı kısa bir zaman dilimi içinde ekonomik özgürlüğüne kavuşturmadır²². Bu amaç doğrultusunda clean break

²⁰ Clean break ilkesini İsviçre boşanma hukukunda egemen ilke olarak tanımlayan Federal Mahkeme kararı için bkz. BGer 5A_441/2008 (FamPra 2009, s.470). Ayrıca bkz. **FASEL**, Urs/**WEISS**, Daniela: “Auswirkungen des Konkubinats auf (nach-)eheliche Unterhaltsansprüche”, AJP 2007, s.17; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/ RUMO-JUNGO**, N.35, Fn.78; **MÖCKLI**, s.4; **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-158.

²¹ **MÖCKLI**, s.5; **SCHWENZER**, Ingeborg: “Das clean break - Prinzip im nahehehlichen Vermögensrecht”, FamPra 2000, s.610; **MARTI**, s.502; **GLOOR/STECK**, s.9; **EGLI**, s.16. Clean break ilkesini bağımsız bir ilke olarak kabul etmeyen ve onu boşanma sonrasında tarafların ekonomik bağımsızlıklarını üstlenmeleri kapsamında nitelendiren görüş için bkz. **RUMO-JUNGO**, s.9; **HINDERLING**, Regula: “Tribunal fédéral, Ite Cour civile, Arrêt du 25 janvier 2001 en la cause dame X c. X - 5C.222/2000 (ATF 127 III 136)”, FamPra 2001, s.590.

²² **SUTTER-SOMM**, Thomas/**KOBEL**, Felix: Familienrecht, Zürich 2009, N.513; **MAIER**, s.1227; **EGLI**, s.16; **SCHWENZER**, Clean Break Prinzip, s. 611; **MÖCKLI**, s.5; **BRÄNDLI**, Gian/**KILDE**, Gisela: “Neues aus der Rechtsprechung im Ehe und Kindesrecht”, Scheidungsrecht Aktuelle Probleme und Reformbedarf (**RUMO-JUNGO**, Alexandra/**PICHONNAZ**, Pascal), Zürich 2008, s.189; KGer St.Gallen BF.2006.3/5 (**BRÄNDLI/KILDE**, s.188).

ilkesinin yoksulluk nafakası alanında somutlaştırılması için “kendi geçimini sağlama yeteneği” temel yapı taşı olarak kabul edilir²³.

Clean break ilkesi sadece yoksulluk nafakası isteminin engellenmesinde değil aynı zamanda nafaka miktarının belirlenmesinde de etkili olur. Bunun yanında gizli kalmış üçüncü bir etkiden de söz edilebilir. Böylece, boşanma sonrasında tarafların ekonomik durumlarında meydana gelen değişikliklere bağlı olarak, üstlenilmiş bulunan malvarlığı edimlerinin değişen koşullara uyarlanması istemi de engellenir²⁴. Clean break ilkesinin tutarlı biçimde uygulanması, boşanma sonrasında tarafların malvarlıklarında meydana gelen değişikliklere bağlı istemlerin dikkate alınmamasını zorunlu kılar²⁵. Bütün bu etkilerin bir araya gelmesiyle birlikte boşanma sonucunda her iki taraf da kendi ekonomik sorumluluğunu üstlenmiş olur²⁶.

İsviçre hukukunda gerçekleştirilen boşanma hukuku revizyonunu karakterize eden ilkelerden biri olarak clean break ilkesi en büyük etkisini yoksulluk nafakası alanında göstermiştir. Revizyon sonrasında yürürlüğe giren ZGB Art.125/1 ekonomik anlamda tek başına geçimini sağlama düşüncesi üzerine yapılandırılmış ve eski düzenlemenin aksine, kural olarak, süresiz nafaka ödenmesine dayalı sistem terk edilmiştir²⁷. Öğretideki tanımlarla aynı doğrultuda olmak üzere İsviçre Federal Mahkemesi de, clean break ilkesini, boşanmadan sonra tarafların ekonomik ihtiyaçlarını tek başına karşılayabilme yeteneğini edinmeleri ve ekonomik özgürlüklerini kazanma yönünde desteklenmeleri kapsamında tanımlar²⁸. Federal Mahkeme’ye göre clean break ilkesi gereğince boşanma kararıyla birlikte taraflar arasındaki ilişkinin

²³ MARTI, s.502; TRACHSEL, Daniel: “10 Jahre Scheidungsrechtsrevision - Was bewegt die Praxis?”, Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2010, s.46; RIECK, Jürgen: Ausländisches Familienrecht, München 2011, Schweiz, Rn.19 (TRACHSEL, Daniel).

²⁴ SCHWENZER, Clean Break Prinzip, s.611.

²⁵ Nafaka miktarının değişen koşullara göre uyarlanması ya da ortadan kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararları nedeniyle clean break ilkesinin göz ardı edildiğini savunan görüş için bkz. SCHWENZER, Clean Break Prinzip, s.625.

²⁶ Clean break ilkesinin merkezinde yer alan düşüncenin de boşanmaya bağlı olarak tarafların kendi ekonomik sorumluluğunu yüklenmesi olduğu yönünde FASEL/WEISS, s.17. Tarafların ekonomik özgürlüklerine kavuşturulmasını, clean break ilkesinin dar anlamda başlangıç noktası, geniş anlamda ise amacı olarak belirten görüş için bkz. RUMO-JUNGO, s.10.

²⁷ MÖCKLI, s.4. Eski kanun döneminde ihtiyacı olan tarafa süresiz olarak nafaka ödenmesi gerektiği yönünde BGE 115 II 6.

²⁸ BGer 5C.222/2000 (FamPra 2000, s.585); BGer 5P.352/2003 (FamPra 2004, s.401); 5C.48/2001 (FamPra 2002, s.144); BGer 5C.27/2005 (MÖCKLI, s.4, dn.7).

mümkün olduğunca azaltılması gerekir²⁹. Federal Mahkeme'nin bu son görüşü clean break ilkesinin geniş anlamda yorumlanmasına dayanır ve başlangıçta sadece nafaka yükümlülüğü bakımından uygulama alanı tanınan ilkenin sonradan boşanmaya bağlı tüm ekonomik ilişkileri kısıtlayıcı bir işlev üstlendiğini gösterir³⁰.

Kanun koyucu tarafından İsviçre hukukuna aktarılan clean break ilkesi öğreti ve Federal Mahkeme uygulamasında kabul görmesine rağmen³¹ nafaka hukuku alanında tek başına etkili olan bir ilke değildir. Yoksulluk nafakasını düzenleyen ZGB Art.125/1 clean break ilkesi üzerine inşa edilirken, diğer taraftan da evlilik sonrası dayanışma ilkesi sınırlanmış biçimiyle muhafaza edilir³². Böylece, yoksulluk nafakası isteminin temeli iki ilkenin bir araya getirilmesiyle oluşturulur³³. Bu noktadan hareket edildiğinde, yoksulluk nafakasını düzenleyen hükümlerin değerlendirilmesi için clean break ilkesi ile sınırlanmış evlilik sonrası dayanışma ilkesi bir bütün olarak dikkate alınır.

Türk Hukukunda ise yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemeler söze dayalı bir yorumla değerlendirildiğinde evlilik sonrası dayanışma ilkesinin ağır bastığı sonucuna ulaşılabilir. Özellikle, TMK m.175/1'de yer verilen "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesi bu sonucu destekler niteliktedir³⁴. Bu nedenle, İsviçre hukukunun aksi yönünde, Türk hukukunda evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırlanmaksızın kabul edildiği görüşü savunulabilir. Oysa ki, TMK m.175/1'nin sadece söze dayalı yorumu yanıltıcı olduğundan, düzenlemenin amacıyla birlikte yorumlanması durumunda Türk hukukunda

²⁹ BGer 5C.265/2002 (FamPra 2003, s.685).

³⁰ HINDERLING, s.590.

³¹ Clean break ilkesini sadece kısa süreli çocuksuz evliliklerin tasfiyesinde uygulanabilecek bir ilke olarak tanımlayan ve clean break ilkesine yoğun biçimde yer verdiği gerekçesiyle Federal Mahkeme uygulamasını eleştiren görüş için bkz. FREIVOGEL, Elisabeth/LEUENBERGER, Marcel: "Unterhalt bei Scheidung und Trennung", Erste Schweizer Familienrecht-Tage 3./4. Mai 2002: Ergebnisse aus den Arbeitskreisen-Arbeitskreis Nr. 6, FamPra 2002, s.732. Ayrıca bkz. HINDERLING, s.591.

³² EGLI/SCHWENZER, Vorbemerkungen, N.6; MÖCKLI, s.6; MAIER, s.1227; BGE 134 III 145.

³³ BGE 129 III 7; BGE 127 III 136; BGE 132 III 598; BGer 5A_56/2010 (FamPra 2010, s.696); BGer 5C. 48/2001 (FamPra 2002, s.144).

³⁴ eMK m.144'ün önceki düzenlemesinde yoksulluk nafakası bir yıl süre ile sınırlandırılmışken, 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrasında bir yıllık süre sınırı kaldırılmış ve süresiz nafaka kavramı getirilmiştir. Aynı kavram 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda da korunmuştur. Bkz. AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ-KARAMAN, Derya, Aile Hukuku, İstanbul 2012, s.302; ARKAN-SERİM, Azra: "Yoksulluk Nafakası", İÜHF, C.LXV 2007, s.286.

clean break ilkesinin uygulanabilirliğinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı görülür. Bu bakımından, öncelikle kanunda yer verilen “süresiz olarak nafaka isteyebilir” ifadesinin amaca uygun bir yorumla ihtiyaç sahibi tarafın ekonomik özgürlüğüne kavuşturulması için gerekli olan zaman dilimi ile sınırlandırılması gerekir³⁵.

Yoksulluk nafakasını da kapsar biçimde, evliliğinin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarını boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıllık kısa zamanaşımı süresine bağlayan TMK m.178’in gerekçesi de bu noktada yol gösterici olabilir. Nitekim, söz konusu dava haklarını eski Medeni Kanunda bulunmayan bir yıllık zamanaşımı süresine bağlayan 178.maddenin gerekçesinde, boşanma kararının kesinleşmesinden uzun bir zaman sonra tarafların boşanmaya bağlı ekonomik nitelikli istemler ile karşı karşıya gelmelerini engelleme amacı açıkça belirtilmiştir³⁶. Her ne kadar, bir yıllık zamanaşımı süresinin clean break ilkesiyle örtüşmediği düşünülebilirse de, böyle bir zamanaşımı süresine yer vermeyen eski Medeni Kanun düzenlemesiyle karşılaştırıldığında, bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin taraflar arasındaki ekonomik ilişkiye mümkün olan en kısa zamanda son verici nitelikte olduğu kabul edilebilir.

Yargıtay uygulamasında ise evlilik sonrası dayanışma ilkesine³⁷ yolla-
ma yapılmasına rağmen clean break ilkesinden açıkça söz edilmemesi bu

³⁵ Anayasa Mahkemesi’nin, TMK m.175’de yer verilen “süresiz olarak” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğu yönündeki başvuru değerlendirildiği kararında da bu görüş benimsenmiştir. Buna göre; (...) İtiraz konusu “süresiz olarak” ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 175. maddesinde “süresiz olarak” ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır (...) İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşi korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir (...). AYM 17.05.2012 E.2011/136, K.2012/72 (RG 26.06.2012 S.28335).

³⁶ Ayrıca bkz. **DURAL/ ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N.816; **ÖZÜGÜR**, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, İstanbul 2007, s.307; **AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN**, s.310; **ARKAN-SERİM**, s.298.

³⁷ (...) Yoksulluk nafakası, bir bakıma evlilik birliği devam ettiği sürece söz konusu olan karşılıklı bakım ve geçindirme ödevinin devam ettirilmesi anlamını taşımaktadır (...). Yoksulluk nafakası ahlaki ve sosyal düşüncelere dayanır. Onun içindir ki, bilimsel öğretilerde; evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olduğu belirtilmektedir (...). Yarg. HGK 04.05.2011 E.2011/2-155, K.2011/278; Yarg. HGK 10.11.2010 E.2010/2-614, K.2010/597; Yarg. HGK 13.05.2009 E.2009/3-165, K.2009/186 (Legalbank).

ilkesinin tamamen göz ardı edildiği biçiminde yorumlanamaz. Her ne kadar clean break ifadesi açıkça kullanılmasa dahi Yargıtay kararlarında; yoksulluk nafakasının, ihtiyaç sahibi tarafın ekonomik anlamda özgürlüğüne kavuşturulmasına bağlı olarak yoksulluk durumunun devamıyla sınırlandırılmış olması clean break ilkesinin uygulanmasından başka bir şey değildir³⁸. Somut olayın koşulları kapsamında, boşanma kararından sonra taraflar arasındaki ekonomik ilişkinin gereğinden fazla uzamamasını kabul eden Hukuk Genel Kurulu kararında da clean break ifadesi kullanılmamış olsa dahi clean break ilkesinin amacına uygun bir sonuca ulaşıldığı açıktır³⁹.

Buraya kadar açıklanmaya çalışıldığı üzere clean break ilkesi boşanmadan sonra taraflar arasındaki ekonomik ilişkiye mümkün olduğunca kısa bir zaman içinde son verilmesi amacıyla başvurulmuş bir ilkedir. Buna karşılık, sosyal ve ahlaki düşünceler doğrultusunda, eşler arasındaki dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğüne boşanma sonrasına uzanan biçimde uygulama alanı tanınması mümkündür. Özellikle, yaşam biçimlendirici etkiye sahip olan uzun süreli evliliklerde, evlilik sonrası dayanışma ilkesi kapsamında ekonomik bakımdan güçlü olan tarafın, zayıf olan taraf kendi ihtiyaçlarını karşılama yeteneğine sahip oluncaya kadar, yoksulluk nafakası ödemesi gerektiği kabul olunur⁴⁰. Bu doğrultuda, evlilik sonrası dayanışma ve clean break ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde söz konusu ilkelerin çatışma içinde olduğu ve birbirlerini dışladığı düşüncesi savunulabilir. Buna karşılık, clean break ilkesine yüklenen işlev evlilik sonrası dayanışma ilkesinin dışlanması olmayıp, bu ilkenin uygulama alanının sınırlandırılmasıdır⁴¹.

IV. Yoksulluk Nafakasının Unsurları

A. Boşanmaya Bağlı Yoksulluk

TMK m.175/1'e göre nafaka istemi boşanma yüzünden yoksulluğa düşme koşuluna bağlıdır. Aynı koşul, ZGB Art.125/1'de "geçimini sağlama-

³⁸ Yarg. 2.HD 11.02.2002 E.2002/1104, K.2002/1667 (Legalbank).

³⁹ Yarg. HGK 29.03.2006 E.200672-69, K.2006/117 (Legalbank).

⁴⁰ KGer Freiburg A1 2003-7&10 (BRÄNDLI/KILDE, s.189).

⁴¹ Benzer yönde BRÄNDLI/KILDE, s.189. Özellikle karşı. Cour de justice de Genève F-C/28 079/1998 (VETTERLI, Rolf: "Zwei Jahre Gerichtspraxis im Familienrecht", Familienvermögensrecht, Bern 2003, s.107. Aksi yönde, clean break ilkesi karşısında evlilik sonrası dayanışma ilkesinin işlevini yitirdiği görüşü için bkz. EGLI, s.16. Söz konusu iki ilkenin kısmen birbirini dışlayabileceği yönünde MARTI, s.502.

sı kendisinden beklenemeyecek durumda olan taraf” ifadesiyle belirtilmiştir⁴². Kanun koyucu, yoksulluk kavramını soyut olarak tasarlamış, söz konusu kavramın tanımlanmasını öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Yargıtay’ın yerleşik görüşü doğrultusunda, yoksulluk; yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi kişinin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde gelire sahip olmaması durumu olarak tanımlanır⁴³. Federal Mahkeme uygulamasında ise yoksulluk yerine “kendi geçimini sağlayabilme” kavramına yer verilir⁴⁴. Her iki yüksek mahkemenin kararlarında vurgulandığı üzere evliliğin sona ermesi tek başına nafaka istemine dayanak oluşturmaz. Evlilik sonrası dayanışma ilkesinin devreye girebilmesi için istemde bulunan tarafın boşanma nedeniyle yoksulluğa düşmesi, diğer bir söyleyişle zorunlu ihtiyaçları bakımından kendi geçimini sağlama yeteneğine sahip olmaması aranır⁴⁵. Bu nedenle, geçimini sağlama yeteneği ile evlilik sonrası dayanışma ilkesi arasında güçlü bir çatışmanın bulunduğu kabul edilir⁴⁶. Boşanma sonrasında taraflar kendi geçimlerini sağlama yeteneğine sahip olduklarında yoksulluğa düşme koşulu gerçekleşmediği için nafaka istemine yer olmaz.

Geçimini sağlama yeteneği bakımından yapılan değerlendirmede olumlu sonuca ulaşılması durumunda, geniş anlamda clean break ilkesinin etkisiyle nafaka isteminin reddi gerekirken; geçimini sağlama yeteneğinin bulunmadığı durumlarda, yaşam biçimlendirici etkiye sahip evlilikler bakımından kural olarak, böyle bir etkiden yoksun evlilikler bakımından ise istisnai olarak, evlilik sonrası dayanışma ilkesi gereğince yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerekir⁴⁷. Kanaatimizce, İsviçre hukukunda kabul edilen bu

⁴² Geçimini sağlama yeteneğinin, yoksulluk nafakası istemi bakımından asli belirleyici unsur olduğu yönünde **BACHMANN**, Bruno: “Neues Scheidungsrecht”, TREX 2000, s.318; BGer 5A_243/2007 (FamPra 2008, s.662). Türk hukukunda yoksulluğa düşme bakımından aynı yönde **ARKAN-SERİM**, s.289.

⁴³ Yarg. HGK 04.05.2011 E.2011/2-155, K.2011/278; Yarg. HGK 10.11.2010 E.2010/2-614, K.2010/597; Yarg. 3.HD 22.09.2005 E.2005/9325, K.2005/8888; Yarg. 3.HD 07.07.2005 E.2005/7283, K.2005/7591 (Legalbank).

⁴⁴ BGE 134 III 145; BGer 5A_154/2008 (FamPra 2008, s.937); BGer 5C.244/2006 (FamPra 2007, s.647).

⁴⁵ Yarg. HGK 16.05.2007 E.2007/2-275, K.275; Yarg. 2.HD 21.07.2011 E.2010/11896, K.2011/12835 (Legalbank); BGer 5A_6/2009 (FamPra 2009, s.770); BGer 5A_63/2009 (FamPra 2009, s.1045).

⁴⁶ **MÖCKLI**, s.7.

⁴⁷ **GLOOR/STECK**, s.9; **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-158; **MARTI**, s.502; **WIDMER**, s.429; **KOBEL-SUTTER-SOMM**, N.511 vd..

görüşün Türk hukukunda da uygulanması mümkündür. Kanun koyucu TMK m.175’de yer verdiği “geçim” kavramına hem yoksulluk unsurunu hem de nafaka miktarını belirleyici işlev yüklemiştir. Bu doğrultuda, yoksulluk unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği, istemde bulunan tarafın geçimini sağlama yeteneğine sahip olup olmamasına göre belirlenir. Birinci aşamada, istemde bulunan tarafın yoksulluğa düştüğü belirlendikten sonra ikinci aşamada nafaka miktarına karar verilirken geçimini sağlama yeteneğindeki eksikliğin tamamlanmasıyla yetinilir.

B. Boşanmaya Neden Olan Olaylarda Ağır Kusurlu Olmama

TMK m.175/1’e göre boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf kusuru daha ağır olmamak koşuluyla nafaka isteminde bulunabilir. Diğer bir söyleyişle, boşanmaya neden olan olaylarda kusursuz olan taraf yanında daha az kusurlu ya da eşit kusurlu olan tarafın da nafaka istemesi mümkündür⁴⁸. Buna karşılık, ağır kusurlu olan tarafa nafaka isteminde bulunma hakkı tanınmaz⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, kusur tartışması sadece istemde bulunan taraf bakımından sonuç doğurur. Buna karşılık, diğer taraf kusursuz olsa dahi nafakaya hükmedilmesi mümkündür (TMK m.175/2).

İsviçre hukukunda ise boşanma hukuku revizyonu sonrasında yürürlüğe giren ZGB Art.125, tarafların boşanmaya neden olan olaylardaki kusurundan bağımsız olarak tasarlanmıştır⁵⁰. Bu durum, İsviçre boşanma hukukunu karakterize eden “kusur ilkesinin” terk edilmesinin doğal sonucudur. Boşanma hukukunda bir dönüm noktası olarak kabul edilen bu değişiklik ile Avrupa

⁴⁸ Yarg. 2.HD 14.10.2010 E.2009/16010, K.2010/21077; Yarg. 2.HD 22.10.2009 E.2008/9705, K.2009/18183; Yarg. 2.HD 10.10.2008 E.2007/13417, K.2008/12976 (Legalbank).

⁴⁹ Yarg. 2.HD 15.12.2010 E.2009/19891, K.2010/21128; Yarg. 2.HD 06.10.2010 E.2009/14136, K.2010/16210; Yarg. 2.HD 27.09.2010 E.2010/12900, K.2010/15302 (Legalbank).

⁵⁰ **EGLI/SCHWENZER**, Vorbemerkungen zu Art. 125-132, N.5; **FREIBURGHaus/SUTTER**, Art.125, N.2; **MENNE**, s.1255; **EGLI**, s.773; **SCHWENZER**, Revision, s.168; **SCHWENZER**, Juristischer Argumentation, s.29; **RUMO-JUNGO**, s.9; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, N.31; **TRACHSEL**, Rn.19; BGE 127 III 65; OGer Thurgau ZBO.1999.44 (FamPra 2001, s.591); KGer St.Gallen VZ.2003.11 (FamPra 2003, s.666). Bundan böyle boşanma yargılaması sırasında “kirli çamaşırların ortaya dökülmesine” gerek kalmadığı benzetmesi için bkz. **BACHMANN**, s.317. Kusur ilkesine yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. **TRACHSEL**, Scheidungsrechtsrevision, s.49. Alman hukukunda ise 01.07.1977 tarihinde yürürlüğe giren 1.EheRG (Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 06. 1976) ile boşanma hukukunda kusur ilkesi terk edilmiştir. Bkz. **BÜTTNER**, Vorbemerkungen, Rn.1; **MAURER**, § 1569, Rn.1.

Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 18 Ocak 1989 tarih ve R (89) 1 no'lu tavsiye kararı doğrultusunda, nafaka isteminde bulunan tarafın boşanmaya neden olan olaylardaki kusuru değerlendirme dışı bırakılmıştır.

Söz konusu tavsiye kararının 5 no'lu ilkesine göre, boşanmaya bağlı olarak taraflardan birinin diğerine yapacağı katkının değerlendirilmesinde kusur dikkate alınmaz. Buna karşılık istemde bulunan tarafın ağır kusurlu olması durumunda katkı isteminin reddedilmesi ya da katkı payının indirilmesi yönünde yasal düzenleme getirilebilir. Bu noktadan hareket eden İsviçre kanun koyucusu da, bir taraftan yoksulluk nafakası istemini kusurdan bağımsız olarak düzenlerken, diğer taraftan istemin hakkaniyete aykırı olarak ileri sürülmesi, özellikle de istemde bulunanın; ailenin geçimini sağlama yükümlülüğünü ağır biçimde ihlal etmesi, yoksulluğun oluşumuna bilerek ve isteyerek sebep olması ya da nafaka yükümlüsü veya onun bir yakınına karşı ağır bir suç işlemesi durumunda istemin reddedilebileceğini veya nafaka miktarının indirilebileceğini kabul etmiştir (ZGB Art.125/3)⁵¹.

C. Nafaka Yükümlüsünün Mali Gücü

Yoksulluğa düşen tarafa uygun bir katkıda bulunmakla yükümlü tutulabilmek için somut olayın koşullarına göre belirlenen mali güce sahip olmak gerekir⁵². Taraflardan biri yoksulluğa düşecek olsa dahi diğer tarafın mali gücü bulunmamağaysa evlilik sonrası dayanışma ilkesi ve buna bağlı olarak yoksulluk nafakası istemi gündeme gelmez. Nafaka yükümlüsünün mali gücü, bir taraftan yoksulluk nafakasının bir unsuru olarak kabul edilirken, diğer taraftan da evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyi ile birlikte yoksulluk nafakasının üst sınırını oluşturan bir ölçüt olarak uygulama alanı bu-

⁵¹ Nafaka hukuku bakımından kusur ilkesinden ayrılan kanun koyucunun ZGB Art.125/3 düzenlemesi ile bir hakkaniyet kaydı getirdiği yönünde OGer Zürich LC100083 (ZR 2012, s.70). Ayrıca bkz. **SCHWENZER**, Art.125, N.80. Karş. **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, N.36. ZGB Art.125/3'de belirtilen sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı, yol gösterici nitelik taşıdığı fakat düzenlemenin kusur ilkesini canlandırmak amacıyla kullanılamayacağı yönünde BGer 5C.238/2000 (**VETTERLI**, *Gerichtspraxis*, s.114). Söz konusu düzenlemenin kusur ilkesi doğrultusunda yorumlanamayacağı, kanun koyucunun hakkın kötüye kullanılması savunmasına somut örnekler vermek amacıyla böyle bir düzenleme getirdiği yönünde **SCHWANDER**, s.1631.

⁵² **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.521, **MÖCKLI**, s.17; **ÖZTAN**, s.500; BGE 134 III 147; BGE 127 III 289; Yarg. 2.HD 20.11.2000 E.12775/K.14377 (**ÖZUĞUR**, s.421). Diğer bir söyleyişle, "ihtiyacı olan taraf" ancak "mali gücü olan taraftan" nafaka isteyebilir. Bkz. **HEISS/BORN**, *Unterhaltsrecht*, 2.Kapitel, Rn.1 (**HEISS**).

lur⁵³. Mali gücün belirlenmesinde, yükümlünün geliri ve malvarlığı durumu değerlendirilirken, malvarlığının getirdiği faiz ya da kira gelirin yanında sosyal güvenceler kapsamında yükümlüye yapılan ödemeler de dikkate alınır. Bunun yanında, yerine getirilmesi gerekli kanundan doğan başka yükümlülükler de söz konusuysa, bunların da dikkate alınması gerekir⁵⁴.

Gelir bakımından yapılan değerlendirmede, bağımlı olarak çalışan kişiler bakımından her türlü ikramiye, bahşiş ve diğer katkılar göz önünde bulundurulur fiili kazanç hesabı yapılır⁵⁵. Bağımsız olarak çalışan kişiler bakımından ise gelirin belirlenmesi bağımlı çalışanlara kıyasla daha güçtür. Gelirin kolayca gizlenebilmesi nedeniyle istemde bulunan tarafın zarar görmesini engellemek amacıyla uygulamada farklı yöntemler geliştirildiği görülmür. Bunlardan biri de İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarıyla biçimlenen “varsayımsal gelir” yöntemidir⁵⁶. Bu doğrultuda, dürüstlük kuralı çerçevesinde yükümlünün gösterdiği çaba karşılığında daha fazla gelir elde etmesi beklenen durumlarda varsayımsal gelir yöntemi doğrultusunda ortalama gelir hesabı yapılır. Çaba gösterme yükümlülüğünden hareket eden Federal Mahkeme'ye göre, nafaka yükümlüsü, yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirilebilmek için gelir getiren bir işte çalışmak zorundadır⁵⁷. Buradan anlaşıldığı üzere, yükümlülüğün kapsamı sadece gelir getirici bir işte çalışmakla sınırlı değildir. Nafaka yükümlülüğünün gerektiği gibi yerine getirilmesine elverişli bir iş bulup çalışmak yanında gerektiğinde işini ya da iş içindeki durumunu değiştirmek için harekete geçmeyi de kapsar. Yükümlünün göstermesi gereken çabanın ölçütü dürüstlük kuralıdır. Bu anlamda, nafaka yükümlülüğü, çalışma özgürlüğünün bir sınırlaması olarak kabul edilir⁵⁸. Çaba gösterme yükümlülüğü ve buna bağlı olarak yapılacak varsayımsal gelir

⁵³ Bkz. **POHLMANN**, s.536; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N.796.

⁵⁴ Özellikle, nafaka yükümlüsünün bakmakla yükümlü olduğu kişilerin (örn. yeni aile üyelerinin) ihtiyaçları ya da ödemekle yükümlü olduğu diğer nafakalar bu kapsamda değerlendirilir. Bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N.797; **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.522. Ayrıca bkz. **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-65.

⁵⁵ Bkz. BGer 5P.172/2002 (**MÖCKLI**, s.17, dn.56). Kanunda kullanılan “gelir” ifadesinin dar bir anlam taşıdığı, buna karşılık söz konusu ifadenin geniş anlamda “toplam kazanç” olarak anlaşılması gerektiği yönünde **FREIBURGHAUS/SUTTER**, Art.125, N.86.

⁵⁶ BGE 117 II 16; BGE 119 II 314; BGE 127 III 136; BGE 128 III 4. ZGB Art.125/2-5'in söyleminden sadece fiili gelirin değil aynı zamanda varsayımsal gelirin de anlaşılması gerektiği yönünde **FREIBURGHAUS/ SUTTER**, Art.125, N.86. Alman hukukunda varsayımsal gelir bakımından karşı. **HEISS**, Rn.11.

⁵⁷ BGer 6S.885/1999 (FamPra 2000, s.727).

⁵⁸ Ayrıca bkz. BGE 114 IV 124; **BÄHLER**, s.476.

değerlendirmesi, yükümlünün yaşı ve eğitim durumu ile mesleki çalışma deneyimi dikkate alınarak gerçekleştirilir. Değerlendirme sırasında piyasa koşulları da gözden uzak tutulmaz.

D. İstem

Yoksulluk nafakasının tüm unsurlarının gerçekleşmesi durumunda dahi yoksulluğa düşen tarafın istemi olmadıkça hakimin re'sen yoksulluk nafakasına hükmetmesi mümkün değildir⁵⁹. Nafaka istemi, boşanmanın eki olarak yargılama süresince boşanma hükmü kesinleşinceye kadar harca tabi olmaksızın her zaman ileri sürülebilir⁶⁰. Boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren ise bir yıllık zamanaşımı süresi içinde ayrı bir dava yoluyla da nafaka istenebilir. Bununla birlikte, yargılama sırasında yoksulluk nafakası isteminin bulunmadığını beyan eden tarafın daha sonra açacağı ayrı bir dava ile nafaka istemesi mümkün olmaz⁶¹.

V. Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler

TMK m.175/1 gereğince, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafa, (ZGB Art.125/1'in söylemiyle, yaşlılık güvencesi de dikkate alındığında geçimini sağlaması kendisinden beklenemeyecek durumda olan tarafa) diğer tarafın uygun bir katkıda bulunması gerekir. Böylece, boşanmaya bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi amaçlanır. "Belirleyici ölçüt" kavramına yüklenen anlam da burada somutlaşır. Diğer bir söyleyişle, belirleyici ölçüt, boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların değerlendirilmesinde yol gösterici hareket noktalarını ifade eder⁶². Nafaka istemini değerlendiren hakim, öncelikli olarak nafakanın unsurları bakımından yapacağı inceleme sonucunda istem hakkında nasıl bir karar verileceği soru-

⁵⁹ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N.788; **ÖZUĞUR**, s.296; Yarg. HGK 30.01.2008 E.208/2-51, K.2008/87; Yarg. 2.HD 14.03.2006 E.2005/19153, K.2006/3446 (Legalbank); Yarg. 2.HD 30.10.2006 E.2006/7457, K.14545 (**ÖZUĞUR**, s.331).

⁶⁰ Yarg. 2.HD 10.03.2004 E.2004/1940, K.2004/2981; Yarg. 2.HD 04.03.2003 E.2003/1776, K.2003/2845; Yarg. 2.HD 10.05.2002 E.2002/5498, K.2002/6349 (Legalbank).

⁶¹ Yarg. 3.HD 25.03.2003 E.2003/2980, K.2003/3240 (Legalbank).

⁶² **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.525; **EGLI**, s.25. Benzer yönde **FREIVOGEL/ LEU-ENBERGER**, s.732. Yoksulluk nafakasına ilişkin genel ilkeyi düzenleyen ZGB Art.125/1 ile belirleyici ölçütleri örnek olarak sıralayan Art.125/2 arasında ayrılmaz bir bağlantı bulunduğu ve genel ilkenin belirleyici ölçütler yoluyla somutlaştırıldığı yönünde **FREIBURGHaus/SUTTER**, Art.125, N.11.

suna yanıt arar. Sorunun olumlu yanıtlanması durumunda ikinci aşamaya geçilerek nafakanın miktarı ile süresi kararlaştırılır. Söz konusu aşamalarda, kendi geçimini sağlama yeteneği ile ödeme gücünün değerlendirilmesi yanında nafakanın miktarı ve süresinin hesaplanmasında da belirleyici ölçütlerden yararlanılır⁶³.

Yukarıda açıklandığı üzere İsviçre öğretisi ve uygulamasında yoksulluk nafakasını düzenleyen ZGB Art.125'in bir taraftan evlilik sonrası dayanışma ilkesine, diğer taraftan da clean break ilkesine dayandığı kabul edilir⁶⁴. Kanaatimizce, TMK m.175'in de aynı doğrultuda yorumlanması gerekir. Yoksulluk nafakasının amacı böyle bir yorumu zorunlu kılar. Bu nedenle, yoksulluk nafakasının amacını oluşturan ilkeler bakımından Türk ve İsviçre hukukları arasında fark olmadığı söylenebilir. Buna karşılık, TMK m.175'den farklı olarak ZGB Art.125/2'de yoksulluk nafakasının belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütler örnek olarak sayılmıştır. Buna göre, yoksulluk nafakası ihtiyacı ile nafaka miktarı ve süresinin belirlenmesinde; evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşım düzeni (ZGB Art.125/2 Ziff.1), evliliğin süresi (Ziff.2), evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyi (Ziff.3), tarafların yaş ve sağlık durumları (Ziff.4), gelir ve malvarlığı durumları (Ziff.5), çocuğun bakımını üstlenen taraf açısından bakımın kapsam ve süresi (Ziff.6), tarafların mesleki eğitimi ve iş durumları yanında çalışma hayatına yeniden atılmak için yapılacak masraflar (Ziff.7) ile devlet ya da özel kurumlar tarafından yapılan veya yapılması beklenen sosyal yardımlar (Ziff.8) dikkate alınır⁶⁵. Kanunda sayılan bu ölçütler Federal Mahkeme tarafından oluşturulmuş, daha sonra da pozitif düzenlemeye taşınmıştır. İsviçre kanun koyucusu söz konusu ölçütleri hakimi sınırlayıcı biçimde saymamış, aksi yönde takdir yetkisinin kullanılacağı geniş bir alan oluşturmuştur⁶⁶. Türk kanun koyucusu ise TMK m.175'de böyle ölçütlere yer vermek yerine bun-

⁶³ RUMO-JUNGO, s.12.

⁶⁴ Her ne kadar **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.511'de yoksulluk nafakasının dayanağı olarak bir görüşün boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesini, diğer bir görüşün ise evlilik sonrası dayanışma ilkesini kabul ettiği belirtilmişse de günümüzde geçerli olan hakim görüş boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesini evlilik sonrası dayanışma ilkesi kapsamında değerlendirmekte ve clean break ilkesini bu değerlendirmeden elde edilen sonucu sınırlamak için kullanmaktadır. Nitekim, karş. **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.512,513.

⁶⁵ Kanunda yer verilen sıralamanın “uygulama önceliği” ya da “önem ağırlığı” oluşturmayaacağı yönünde **SCHWENZER**, Revision, s.170; **SCHWANDER**, s.1629.

⁶⁶ BGE 127 III 141.

ların belirlenmesini öğretti ve uygulamaya bırakmıştır. Nitekim, aynı ölçütler Türk hukukunda da öğretti⁶⁷ ve Yargıtay⁶⁸ tarafından kabul edilip uygulanmaktadır.

Aşağıda, yoksulluk nafakasını belirleyici ölçütler başlığı altında her iki hukuk sisteminde başvuru ortak ölçütler ele alınmaya çalışılacak, bu kapsamda yeri geldikçe farklılıklar da belirtilecektir. Ancak, öncesinde vurgulamak gerekir ki, söz konusu ölçütler bağımsız olmayıp, organik ve işlevsel bakımdan birbiriyle güçlü bağlantı içindedir⁶⁹. Bu nedenle, her bir ölçüt bakımından yapılan değerlendirmede bu bağlantı gözden uzak tutulmamalıdır.

A. Tarafların Sosyal ve Ekonomik Durumları

Geçimini sağlama yeteneği ile mali gücün değerlendirilmesinde tarafların sosyal ve ekonomik durumları öncelikli olarak göz önünde bulundurulur. Sosyal-ekonomik durum üst başlık olarak kabul edildiğinde; tarafların sahip oldukları malvarlığı ve gelir durumları ile mesleki eğitimleri ve iş hayatına yönelik beklentileri yanında devlet ya da özel kurumlar tarafından yapılan veya yapılması beklenen sosyal güvence ödemeleri de bu başlık kapsamında incelenir.

Tarafların sahip oldukları malvarlığı ve gelir durumları (ZGB Art.125/2 Ziff.5), bir taraftan evlilik sırasındaki yaşam koşullarının diğer taraftan da ihtiyaçların ve bunları karşılayabilme yeteneğinin ölçülmesinde belirleyici işlev üstlenir⁷⁰. Nafaka isteminin dayanağı ile nafakanın miktarı ve süresinin değerlendirilmesi tarafların malvarlığı ve gelir durumları dikkate alınarak gerçekleşir. Malvarlığı durumu mal rejimi kuralları çerçevesinde gerçekleş-

⁶⁷ ÖZTAN, s.499,500; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.788 vd.; ÖZUĞUR, s.309 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN, s.303 vd.; ARKAN-SERİM, s.288 vd..

⁶⁸ (...) Yoksulluk durumu; günün ekonomik koşulları ile birlikte tarafların sosyal ve ekonomik durumları, yaşam tarzları, evlilik süreleri, evlilik boyunca ve boşanma sonrası oluşacak yaşam düzeyleri birlikte değerlendirilerek takdir edilmelidir (...). Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/2-73, K.2009/118 (Legalbank). Ayrıca bkz. Yarg. HGK 04.05.2011 E.2011/2-155, K.2011/278; Yarg. HGK 10.11.2010 E.2010/2-614, K.2010/597 (Legalbank).

⁶⁹ HAUSHEER/SPYCHER, N.05-61,62 vd.; EGLI, s.25. Kanunda belirtilen ölçütlerden hiçbiri kendi geçimini sağlama yeteneğinin belirlenmesinde tek başına etkili olamayacağı için tüm ölçütler dikkate alınarak bir karşılaştırma yapılması gerekir. Bkz. SCHWANDER, s.1629.

⁷⁰ SCHWENZER, Art.125, N.56; FREIBURGHaus/SUTTER, Art.125, N.86; HAUSHEER/SPYCHER, N.05-65.

cek tasfiye sonucunda kesin olarak ortaya çıkacağından isabetli bir değerlendirme için tasfiye sonucunun beklenmesi gerekir⁷¹. Böylece malvarlığı bakımından somut bir sonuç elde edilebilir. Buna karşılık, malvarlığına kıyasla gelir kavramını belirlemek bazı durumlarda oldukça güçtür. İstemde bulunmanın bir işte çalışma olanağının bulunduğu fakat çalışmadığı olasılığında söz konusu güçlük belirgin biçimde ortaya çıkar. Bu güçlüğün aşılması için fiili gelirin yanında çalışma olanağı bulunan tarafın dürüstlük kuralı doğrultusunda elde edebileceği varsayımsal geliri de dikkate alınır⁷². Bu konuda belirleyici ölçüt dürüstlük kuralı olduğuna göre varsayımsal gelir hesabına her durumda başvurulması mümkün değildir. Özellikle, istemde bulunan tarafın kabul edilmesi beklenen bir iş olanağını reddetmesi ya da nafaka elde etmek amacıyla kötü niyetli olarak işten ayrılması durumunda varsayımsal gelir hesabı belirli bir geçiş dönemiyle sınırlandırılmış olarak göz önünde bulundurulabilir⁷³. Ayrıca, belirtmek gerekir ki gelir kavramı geniş kapsamlı bir bütün oluşturur. Çalışma karşılığı elde edilen ücret söz konusu bütünün sadece bir parçasıdır. İstemde bulunan tarafın herhangi bir şekilde elde ettiği tüm ekonomik menfaatler bu kapsamda değerlendirilir⁷⁴.

Eğitim durumu ve buna bağlı olarak elde edilen meslek ve iş yanında bu alanda sahip olunan haklı beklentiler sosyal ve ekonomik durumun belirlenmesinde başvurulacak bir diğer ölçütü oluşturur (ZGB Art.125/2 Ziff.7). Buna göre, istemde bulunan tarafın mevcut iş düzeni ve eğitim durumu da dikkate alındığında nasıl bir işte çalışmasının kendisinden beklenebilir oldu-

⁷¹ **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.515; **LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER**, s.836; **ÖZTAN**, s.503; **GÜMÜŞ**, Alper: “Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası”, EÜHFD, C.IX 2005, s.389 vd.; BGer 5A_554/2009 (**HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-38).

⁷² **FREIBURGHAUS/SUTTER**, Art.125, N.86; **GLOOR/STECK**, s.10; **BÄHLER**, 474; **POHLMANN**, s.534; **ÖZTAN**, s.503. Bkz. BGer 5A_206/2010 (FamPra 2010, s.909); BGer 5P.322/2001 (FamPra 2002, s.558); Yarg. 2.HD 22.06.2001 E.2001/8334, K.2001/9819; Yarg. 2.HD 21.11.2005 E.2005/13247, K.2005/15915 (Legalbank).

⁷³ BGE 130 III 537; BGE 128 III 67; BGE 121 III 297; BGE 119 II 314; BGer 5C.258/2004 (FamPra 2005, s.607); BGE 127 III136; BGer 5P.418/2001 (FamPra 2002, s.578). Ayrıca bkz. **SCHWENZER**, Art.125, N.16.

⁷⁴ Örnek olarak bkz. **FREIBURGHAUS/SUTTER**, Art.125, N.88. Tazminat istemi ile yoksulluk nafakası isteminin hukuksal dayanağı birbirinden farklı olduğu için biri diğerinin yerine ikame edilemeyeceği gibi birini elde edenin diğerini elde etmek hakkının bulunmadığı da kabul edilemez. Ancak, elde edilen tazminat miktarı yoksulluğu ortadan kaldıracı nitelikteyse bu durumda yoksulluk nafakasına ilişkin koşullar yerine gelmediği için nafaka istemi reddedilir. Karş. Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/2-73, K.2009/118 (Legalbank).

ğu sorusuna yanıt aranır⁷⁵. Bir taraftan mevcut iş durumu diğer taraftan iş ve meslek hayatındaki beklentiler değerlendirilirken sadece subjektif bir değerlendirme ile yetinilmez. Kişiye bağlı durumlar yanında piyasa koşullarının genel durumu da gözden uzak tutulmaz⁷⁶. İstemde bulunan tarafın asgari bir gelire sahip olması ise boşanmaya bağlı olarak yoksulluğa düşmesine engel oluşturmaz. Bu nedenle düzenli bir işte asgari ücret karşılığında çalışan taraf da nafaka isteminde bulunabilir⁷⁷. Böyle bir durumda, istemde bulunan tarafın elde ettiği ücret nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Bu noktada, konuya ilişkin olarak yanıt aranan sorulardan biri de meslek ve iş durumunun uzmanlaşmaya bağlı olup olmadığıdır. Uzmanlaşmaya bağlı olarak elde edilen kazancın bu başlık altında değerlendirilmesi gerektiği tartışmasız olmakla birlikte uzmanlık alanının dışında yürütülen faaliyetlerden elde edilen ücretin hangi kapsamda değerlendirileceği tartışmalıdır. Belirtmek gerekir böyle bir tartışma teorik bir anlam taşır ve uygulamada istemde bulunan tarafın ekonomik durumunun belirlenmesinde elde edilen kazanç herhalde dikkate alınır. Günümüz ekonomik koşullarında uzmanlık alanının dışında çalışma olgusuyla yaygın olarak karşılaşıldığından bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda böyle bir faaliyetten elde edilen kazancın “meslek ve iş” kapsamında değerlendirilmesi isabetlidir⁷⁸. Aksi durumda ise bu kazancın “gelir” kapsamında önceki paragrafta yapılan açıklamalar başlığında değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, nafaka

⁷⁵ **SCHWENZER**, Art.125, N.62. Mesleki eğitimi bulunmayan ve yaşadığı ülkede konuşulan dili bilmeyen bir kadının kendi geçimini sağlayabilme yeteneğine sahip olmadığı yönünde BGer 5C.227/2003 (FamPra 2004, s.404). Çalıştığı işten kendi isteği ile ayrılarak yoksulluk durumunun doğumuna kendisi neden olan taraf yararına yoksulluk nafakası takdir edilemeyeceği yönünde Yarg. 2.HD 30.04.2007 E.2006/17468, K.2007/7074; Yarg. 2.HD 22.09.2003 E.10497/K.11847; Yarg. 2.HD 16.06.2003 E.7780/K.8775 (**ÖZUĞUR**, s.322).

⁷⁶ **SCHWENZER**, Art.125, N.64; **FREIBURGHaus/SUTTER**, Art.125, N.92.

⁷⁷ (...) Belirtmek gerekir ki; Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik kararlarında “asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması” yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemiştir (HGK.07.10.1998 gün, 1998/2656 E, 1998/688 K. 26.12.2001 gün 2001/2-1158-1185 sayılı ve 01.05.2002 gün 2002/2-397-339 sayılı kararları (...). Yarg. HGK 28.02.2007 E.2007/3-84, K.2007/95; Yarg. 3.HD 17.11.2008 E.2008/18414, K.2008/19635; Yarg. 3.HD 19.09.2005 E.2005/9511, K.2005/8693 (Legalbank); Yarg. 2.HD 30.11.2006 E.2006/ 9483, K.16717 (**ÖZUĞUR**, s.330). Asgari ücretle çalışan ve düzenli geliri olan tarafın yoksulluk nafakası isteyemeyeceği yönünde 2.Hukuk Dairesi'nin eski görüşü için bkz. Yarg. 2.HD 20.12.2000 E.15019, K.12643 (**ÖZUĞUR**, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, Ankara 2004, s.396). Buna karşılık, yoksulluğu ortadan kaldıran nitelikte düzenli bir işi ve geliri olan taraf lehine yoksulluk nafakasına hükmedilemeyeceği yönünde Yarg. 2.HD 02.04.2007 E.2007/4382, K.2007/5439; Yarg. 2.HD 18.04.2005 E.2005/4517, K.2005/6313 (Legalbank).

⁷⁸ Bu yönde **FREIBURGHaus/SUTTER**, Art.125, N.92.

isteminde bulunan taraf, evlilik süresince iş hayatında uzak kalmışsa, iş hayatında yeniden eylemli olarak yer almak amacıyla yapılacak harcamalar da ekonomik durumun belirlenmesinde etkili olur⁷⁹.

Boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların değerlendirilmesinde gelir getirici bir işte çalışma olasılığı belirlenirken dikkate alınması gereken ölçütlerden biri de ortak çocuğun bakımının üstlenilmesidir (ZGB Art.125/2 Ziff.6). Bakım yükümlülüğü, genellikle çalışma hayatına yeniden atılma ya da mevcut çalışma düzenini devam ettirme bakımından ciddi bir engel oluşturur⁸⁰. İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında bakıma muhtaç çocuğun yaşı dikkate alınarak bu konuda yol gösterici yerleşik bir görüş oluşturulmuştur. Öncesinde belirtmek gerekir ki, gelir getirici bir işte çalışma olasılığı bakımından uygulama alanı bulan bu görüş ortak çocuğun bakım yükümlülüğünü temel alır. Ortak çocuk dışında kalan diğer çocuklara yönelik bakım yükümlülüğü kapsam dışında bırakılır⁸¹. Bu görüş doğrultusunda, bakım yükümlülüğünü üstlenen tarafın tam zamanlı bir işte yeniden çalışma ya da böyle bir çalışmaya devam etme olasılığı ancak en küçük çocuğun 16 yaşını tamamlamış olması durumunda mümkündür⁸². Yarı zamanlı bir iş bakımından ise söz konusu yaş sınırı en küçük çocuk bakımından “10” olarak kabul edilir⁸³. Bu görüş, birden fazla çocuğun söz konusu olduğu durumlar dikkate alınarak geliştirilmiş olmakla birlikte tek çocuklu evlilikler bakımından da aynen uygulama alanına sahiptir⁸⁴. Bakıma muhtaç çocuğun 10-16 yaş arasında olduğu durumlarda yarı zamanlı bir işte çalışma olasılığı %50 iken yaş dilimi saklı kalmak üzere çocuk sayısının ikiye çıkması durumunda bu oran %30 olarak değerlendirilir⁸⁵. 16 yaşın altında birden fazla çocuk söz konusu ise kural olarak yarı zamanlı çalışma olasılığı bulunmaz⁸⁶. Aynı sonuç, hastalık ya da özürlülük nedeniyle bakım yükümlülüğün ağırlaştığı durumlarda da geçerlidir⁸⁷.

⁷⁹ Karş ZGB Art.125/7-2. Ayrıca bkz. **FREIBURGHANUS/SUTTER**, Art.125, N.93.

⁸⁰ **SCHWENZER**, Art.125, N.58; **BÄHLER**, s.474.

⁸¹ **SCHWENZER**, Art.125, N. 61.

⁸² BGer 5A_210/2008 (FamPra 2009, s.475); BGer 5C.48/2001 (**VETTERLI**, *Gerichtspraxis*, s.109); BGer 5C.100/2005 (**BRÄNDLI/KILDE**, s.189). Somut olayın koşullarına bağlı olarak tek çocuk söz konusu olduğunda yaş sınırının on altıdan aşağıya çekilebileceği yönünde **FREIVOGEL/LEUENBERGER**, s.733.

⁸³ BGE 114 II 301; BGE 115 II 6.

⁸⁴ BGer 5A_100/2007; BGer 5C_203/2006 (**SCHWENZER**, Art.125, N.59).

⁸⁵ BGer 5P.355/2005 (FamPra 2006, s.433).

⁸⁶ BGer 5P.169/2001 (**SCHWENZER**, Art.125, N.59).

⁸⁷ BGer 5C.171/2005 (FamPra 2006, s.156).

Emeklilik ya da yaşlılık aylığı veya dul/yetim aylığı gibi devlet ya da özel kurumlardan elde edilen sosyal yardımlar (ZGB Art.125/2 Ziff.8) da yoksulluk nafakasının belirlenmesinde başvuru ölçütlerinden biridir. Öncelikle belirtmek gerekir ki nafaka isteminde bulunan tarafın böyle bir sosyal yardımdan yararlanıyor olması tek başına istemin reddi için yeterli olmaz. Diğer bir söyleyişle, elde edilen sosyal yardımlara rağmen yoksulluğa düşme koşulu gerçekleşebilir⁸⁸. Buna karşılık, sosyal yardım kurumlarından maaş bağlanması için istemde bulunma hakkına sahip olmasına rağmen nafaka elde etmek için böyle bir istemde bulunmayan tarafın davranışı dürüstlük kuralına aykırı olduğu için yapılacak değerlendirmede varsayımsal maaş ödemesi de dikkate alınır⁸⁹. Ücret bakımından yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. İstemi değerlendiren hakim, istemde bulunan tarafın bu yolla elde ettiği geliri dikkate alarak, söz konusu gelirin yoksulluktan kurtarıcı nitelik taşıyıp taşımadığına karar verir (TMK m.4/ZGB Art.4).

B. Evliliğin Devamı Sırasındaki Yaşam Düzeyi

Yoksulluk nafakasını belirleyici ölçütlerden bir diğerini de evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyi oluşturur (ZGB Art.125/2 Ziff.3). Yaşam düzeyine yüklenen asli işlev, nafaka yükümlüsünün mali gücü de dikkate alınarak yoksulluk nafakasının üst sınırının belirlenmesidir⁹⁰. “Yaşam düzeyi” kavramı tek taraflı olarak belirlenen ya da umut edilen soyut bir kavram olmayıp, evlilik sırasında tarafların üzerinde anlaştığı fiili yaşam düzenini ifade eder⁹¹. Fiili yaşam düzeninin belirlenmesinde başvuru asli ölçüt ise mevcut malvarlığı durumu yanında fiili ya da varsayımsal gelir durumunu da içerir. Bu doğrultuda elde edilen verilere göre evlilik sırasındaki yaşam dü-

⁸⁸ (...) Davacının aldığı yaşlılık aylığı ve özel sigorta miktarının davacıyı yoksulluktan kurtarmasının mümkün görünmemesi karşısında, davacıya uygun miktarda yoksulluk nafakası verilmesi gerekmektedir (...). Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/2-73, K.2009/118 (Legalbank). Bu görüşün kabulüyle birlikte, sosyal yardım kurumları tarafından yapılan ödemelerin kendi geçimini sağlama yeteneğini nicelik ve zaman bakımından arttırdığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Bkz. HAUSHEER/SPYCHER, N.05-168.

⁸⁹ ÖZUĞUR, s.313.

⁹⁰ SCHWENZER, Art.125, N.4; FREIBURGHaus/SUTTER, Art.125, N.82; EGLI, s.18,43; HAUSHEER/ SPYCHER, N.05-163; LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER, s.836; TRACHSEL, Rn.19; HEISS, Rn.18; BGE 129 III 7; BGer 5C.84/2006 (FamPra 2007, s.149). Özellikle karşı OGer Luzern 22 02 88 (FamPra 2004, s.130).

⁹¹ FREIBURGHaus/SUTTER, Art.125, N.82; EGLI, s.43; LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER, s.836; BÜTTNER, § 1578, Rn.4.

zeyi ile boşanma sonrasında oluşacak yaşam düzeyi karşılaştırılır ve istemde bulunanın boşanma nedeniyle kurulu yaşam düzeyinin altında bir duruma düşüp düşmediği değerlendirilir⁹². Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra malvarlığı ya da gelir durumunda meydana gelen değişiklikler ise dikkate alınmazlar⁹³.

Kural olarak, boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek tarafa mümkün olduğunca evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyinin sağlanması gerekmele birlikte, nafaka yükümlüsünün mali gücü diğer tarafı ancak yoksulluktan kurtarmaya yetmekteyse, her iki taraf da evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeylerinin altında yaşamaya razı olmak zorundadır⁹⁴. Böyle bir durumda, nafaka alacaklısı evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyine yeniden kavuşturulması isteminde bulunamaz.

Özellikle, uzun süreli evliliklerin tarafların yaşamını biçimlendirici etkisi dikkate alındığında, evlilik sırasında oluşturulan yaşam düzeyinin devam edeceğine yönelik haklı güven, evlilik sonrasında da korunmaya değer görülür⁹⁵. Yaşam biçimlendirici evliliklerin boşanma yoluyla sona ermesi durumunda, evlilik süresince çalışma hayatından uzak kalan tarafın yeniden çalışma hayatına atılması ya da kaldığı yerden devam etmesi oldukça güçtür. Böyle evliliklerde, boşanmaya bağlı olarak kendi geçimini sağlama yeteneği üzerinde oluşan olumsuz etki, koşullar elverişli olduğu ölçüde, evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyinin boşanmadan sonra da sağlanması yoluyla giderilir.

C. Tarafların Yaşı ve Sağlık Durumları

Yoksulluk nafakasını belirleyici bir ölçüt olarak tarafların yaş ve sağlık durumları ayrı ayrı ya da birlikte etkili olur (ZGB Art.125/2 Ziff.4). Söz

⁹² Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/2-73, K.20097118 (Legalbank). Boşanma nedeniyle evlilik sırasındaki yaşam düzeyinin altına düşülmesi durumunda yoksulluğa düşme koşulunun gerçekleştiği yönünde **ÖZTAN**, s.500.

⁹³ Boşanma sırasında söz konusu değişikliklerin gerçekleşeceği büyük bir olasılıkla öngörülebilir ise böyle bir durumda sonradan meydana gelecek değişikliklerin yaşam düzeyi bakımından dikkate alınabileceği yönünde bkz. **BERGER/MANSEL**, § 1578, Rn.5. Oysa ki, söz konusu değişiklikler evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyi ile ilgili olmayıp nafaka isteminde bulunan tarafın yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin ya da nafaka yükümlüsünün mali gücünün belirlenmesinde etkili olabilirler. Yaşam düzeyine ilişkin değerlendirmeler ise boşanma hükmünün kesinleşmesiyle sona erer.

⁹⁴ **ÖZTAN**, s.501.

⁹⁵ **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-163; **GLOOR/STECK**, s.10.

konusu etki iki noktada önem taşır⁹⁶. Bunlardan birincisi hem nafaka alacaklısının kendi geçimini sağlama yeteneğinin hem de nafaka yükümlüsünün mali gücünün değerlendirilmesi bakımından yeniden çalışma hayatına atılma ve çalışma hayatında ilerleme olasılığının belirlenmesidir. Yaş ve sağlık durumuna bağlı olarak yeni bir işe başlama ya da ek işte çalışma olasılığının her bir taraf bakımından farklı olması mümkündür. Bu nedenle geçimini sağlama yeteneği ve ödeme gücü belirlenirken tüm bu olasılıkların dikkate alınması gerekir⁹⁷. Diğer bir nokta ise yaş ve sağlık durumuna göre taraflara yapılan ya da yapılması beklenen sosyal güvence ödemelerinin kapsam ve süresinin hesaplanmasıdır.

Tarafların yaşı ve sağlık durumları, nafaka alacaklısının geçimini sağlama yeteneği ile nafaka yükümlüsünün mali gücünün belirlenmesinde objektif nitelikli bir ölçüt olarak uygulama alanı bulur⁹⁸. Buna karşılık, yaş ve sağlık durumu ne kadar elverişsiz olursa olsun, geçimini sağlama yeteneği ile mali güç dikkate alınmaksızın sadece yaş ve sağlık durumuna göre nafaka takdir edilemez⁹⁹. Özellikle de nafaka alacaklısının sağlık durumunun kötü olduğu gerekçesiyle süresiz nafaka istemine dayanak oluşturulamaz. Yoksulluk nafakası istemini değerlendiren hakimin; sağlık durumuna olumsuz etki yapan unsurları birer birer gözden geçirmesi, bir hastalığın varlığı iddia edilmekteyse söz konusu hastalığın çalışma hayatına yeniden atılma bakımından kısıtlayıcı mı ya da engelleyici mi olduğunu uzman raporuyla açıklığa kavuşturması, hastalığın evlilikten önce var olup olmadığını ya da evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşılması ile hastalık arasında bir bağlantı bulunup bulunmadığını araştırarak sonuca ulaşması gerekir¹⁰⁰.

⁹⁶ **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-164. Yaş ve sağlık durumu ölçütünü sadece tarafların gelir getiren bir işte çalışma olasılığının belirlenmesi bakımından değerlendiren görüş için bkz. **SCHWENZER**, Art.125, N.52.

⁹⁷ Revizyon öncesinde eski kanun bakımından, kırk beş yaşındaki boşanmış bir kadının uzun süren evlilikten sonra yeniden çalışma hayatına atılmasının kural olarak mümkün olmadığı yönünde BGE 115 II 6; BGE 114 II 9. Buna karşılık, revizyon sonrasında yeni kanun bakımından kabul edilen “kendi geçimini sağlama yükümlülüğü” ilkesinden hareket edilerek bu konuda kesin bir yaş sınırı verilemeyeceği, her olayın kendi koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği yönünde KGer Graubünden ZF 05 71 (FamPra 2006, s.956). Karş. BGE 128 III 65; BGE 130 III 537; BGer 5A_605/2009 (**SCHWENZER**, Art.125, N.53).

⁹⁸ Bkz. **MÖCKLI**, s.6.

⁹⁹ **SCHWENZER**, Art.125, N.55; Yarg. 2.HD 25.06.1999 E.5508/K.7397 (**ÖZÜĞÜR**, s.439).

¹⁰⁰ KGer St.Gallen BF.2006.3/5 (FamPra 2007, s.159).

D. Evlilik Süresi

Taraflar arasındaki evliliğin süre ölçütü bakımından değerlendirilmesi; evliliğin devamı sırasındaki yaşam koşulları yanında evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşılma biçimi, evlilik öncesindeki yaşam düzeyi ve bu doğrultuda boşanmaya bağlı olumsuz ekonomik sonuçlar ile doğrudan bağlantılıdır¹⁰¹. Bu bağlantı nedeniyle de evlilik süresi yoksulluk nafakasını belirleyici bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulur (ZGB Art.125/2 Ziff.2).

Taraflardan her birinin düzenli gelir getiren bir işe sahip olduğu ve ailenin ortak ihtiyaçlarının beraber karşılandığı, özellikle de ev işlerinin ve mevcut çocukların bakım yükümlülüğünün birlikte paylaşıldığı durumlarda evlilik süresi nafaka isteminin değerlendirilmesinde tali bir rol oynar. Buna karşılık, taraflardan birinin çalışmadığı ve ailenin ekonomik yükünün tamamen diğer taraf üzerinde bulunduğu durumlarda, evlilik süresi boyunca çalışmayan tarafın boşanma sonrasında kendi geçimini sağlama yeteneği giderek kaybolur. Diğer bir söyleyişle, evlilik süresi uzadıkça, çalışmayan taraf bakımından kendi geçimini sağlama yeteneği azalır. Böyle durumlarda, yoksulluk nafakasını belirleyici bir ölçüt olarak evlilik süresi asli işleve sahiptir¹⁰². Evliliğin devamı boyunca çalışarak gelir elde eden taraf, diğer taraf bakımından ekonomik bir garanti olarak algılandığı için böyle evliliklerde evlilik sonrası dayanışma ilkesinin yoğun etkisi nedeniyle clean break ilkesinin uygulama alanı bulması güçleşir¹⁰³.

Bir evliliğin süre bakımından uzun ya da kısa olarak nitelendirilmesinde kesin sınırlar konulamaz. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda revizyon öncesindeki uygulama ve öğretisi beş yıldan az süren evlilikleri kısa, on yılın üzerindeki evlilikleri ise uzun evlilikler olarak nitelendirme eğilimindedir¹⁰⁴. Güncel görüş ve kararlarda da aynı eğilimin devam ettiği görülür¹⁰⁵. Buna

¹⁰¹ **FREIBURGH/AUS/SUTTER**, Art.125, N.81; **SCHWENZER**, Art.125, N.47; **RUMO-JUNGO**, s.15; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, N.41.

¹⁰² **FREIBURGH/AUS/SUTTER**, Art.125, N.81.

¹⁰³ Karş. **SCHNITZLER**, §9, Rn.8.

¹⁰⁴ BGE 109 II 184; BGE 110 II 225; BGE 115 II 6; **HAUSHERR**, Heinz: “Zur Ehescheidungsreform in der Schweiz”, ZfRV 1996, s.177,182.

¹⁰⁵ **EGLI**, s.18,36; **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.529; **RUMO-JUNGO**, s.17; **SCHWENZER**, Revision, s.170; **LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER**, s.836; BGer 5C.274/2001 (FamPra 2002, s.845); BGer 5C.149/ 2004 (FamPra 2005, s.352); KGer Graubünden ZF 05 71 (FamPra 2006, s.956); KGer St.Gallen BF.2002.9 (ZBJV 2003, s.538). Karş. **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-156.

göre, ZGB Art.125 gereğince uygun bir nafakanın belirlenmesinde sona eren evliliğin tarafların yaşamı üzerindeki biçimlendirici etkisi önem taşır¹⁰⁶. Kısa evlilikler olarak tanımlanan beş yıldan daha az süreli evliliklerde tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının belirlenmesinde evliliğin önemli bir etkisi görülmez¹⁰⁷. Bu tür evlilikler yaşam biçimlendirici etkiden yoksun kabul edildikleri için clean break ilkesinin uygulanmasına elverişlidirler. Beş ve on yıl arasında devam eden evlilikler de kural olarak taraflar arasındaki yaşam düzeninin belirlenmesinde bir dayanak olarak alınmaz. Buna karşılık, somut olayın koşullarına göre tarafların yaşam koşulları üzerinde biçimlendirici bir etki oluşmuşsa, böyle bir etki nafaka isteminin değerlendirilmesinde etkili olur. Biçimlendirici etkiye sahip olan on yılın üzerindeki uzun evliliklerde ise eşler arasında kurulan düzen ve buna bağlı olarak mevcut durumun devamı konusunda sahip olunan haklı beklenti dikkate alındığında evlilik sonrası dayanışma ilkesi gereğince nafaka istemine olumlu yaklaşılr¹⁰⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, süre sınırları kesin olmayıp genel kural niteliği taşır. Bunun yanında kısa süreli bir evlilik de, özellikle taraflardan biri evlenme nedeniyle ait olduğu sosyal, kültürel ve ekonomik çevreden ayrılmak zorunda kalmışsa, biçimlendirici bir etkiye sahip olabilir¹⁰⁹. Aynı doğrultuda uzun süreli bir evlilik de yaşam biçimlendirici etki taşıyabilir¹¹⁰.

¹⁰⁶ HAUSHEER/SPYCHER, N.05-162; GLOOR/STECK, s.10; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N.41; KOBEL/SUTTER-SOMM, N. 529; EGLI, s.18, 36; RUMO-JUNGO, s.15; LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER, s.836. Yaşam biçimlendirici etkiye sahip olmayan evlilikler bakımından boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi düşüncesinin istisnai olarak kabul edilebileceği yönünde BGer 5C.244/2004 (GLOOR/STECK, s.10); BGer 5A_538/2008 (FamPra 2009, s.184).

¹⁰⁷ Aynı sonucu kısa ve çocuksuz evlilikler bakımından kabul eden görüş için bkz. KOBEL/SUTTER-SOMM, N.528; SCHWENZER, Revision, s.170. Özellikle, ortak çocuklar nedeniyle kısa süreli bir evliliğin dahi yaşam biçimlendirici etkiye sahip olabileceği yönünde FREIVOGEL, s.819.

¹⁰⁸ BGer 5C.169/2006 (FamPra 2007, s.146). Ayrıca bkz. BGer 5A_679/2007 (FamPra 2009, s.198); BGer 5C.261/2006 (FamPra 2007, s.694); BGer 5C.149/2004 (FamPra 2005, s.352); BGer 5C.274/2001 (FamPra 2002, s.845). Evlilik sonrası dayanışma ilkesinin gerçek anlamda uzun süreli evlilikler bakımından uygulama alanına sahip olduğunu kabul eden görüş için bkz. KOBEL/SUTTER-SOMM, N.530. Benzer yönde RUMO-JUNGO, s.15; GLOOR/STECK, s.10.

¹⁰⁹ BGer 5A_384/2008 (FamPra 2009, s.190); BGer 5C.149/2004 (FamPra 2005, s.352); BGer 5C.278/2000 (BRUNNER, Rolf: "Entscheid der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 4. April 2001 5C.278/2000, ZBJV 2002, s.30). Kısa süreli fakat çocuklu evliliklerin biçimlendirici etkiye sahip olduğu yönünde BÄHLER, s.487.

¹¹⁰ Yirmi sekiz yıllık bir evliliği yaşam biçimlendirici etkiden yoksun kabul eden Federal Mahkeme kararı için bkz. BGer 5C.32/2001 (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N.42, Fn.105).

Bu nedenle, söz konusu süre sınırlarını yol gösterici olarak kabul etmek ve her somut olayı kendi koşulları kapsamında değerlendirmek gerekir.

E. Evlilikten Doğan Yükümlülüklerin Paylaşılma Düzeni

Kendi geçimini sağlama yeteneğinin belirlenmesi bakımından evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşılma düzeni diğer bir hareket noktasını oluşturur¹¹¹. TMK m.186/3 (ZGB Art.163/1) gereğince, eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar. Söz konusu katkı; giderleri karşılamaya yönelik para sağlanması yoluyla gerçekleştirileceği gibi ev işlerinin yapılması, çocukların bakımının üstlenilmesi ya da diğer eşin meslek ve iş hayatında desteklenmesi yoluyla da gerçekleştirilebilir (ZGB Art.163/2). Buna karşılık, evliliğin sona ermesiyle birlikte taraflar bundan böyle kendi geçimlerini sağlama yükümlülüğü altına girerler¹¹². Kendi geçimini sağlama yeteneği bulunmayan tarafın ileri süreceği nafaka istemi değerlendirilirken de evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşılma düzenine göre hareket edilir (ZGB Art.125/2 Ziff.1). Ancak, söz konusu ölçüt kapsamında yapılacak değerlendirme görüldüğünden çok daha güçtür. Özellikle, evlilik sırasında iradi olarak kabul gören yükümlülüklerin paylaşılma düzeni, boşanma yargılamasıyla birlikte taraflarca yoğun itiraza tabi tutulan ve adil olmadığı için eleştirilen bir rejime dönüşür. Evlilik birliği giderlerine “para” yoluyla katılan tarafın, ev işlerini veya çocukların bakımını üstlenen tarafla karşılaştırıldığında, kendisinin daha ağır yükümlülük altında bulunduğu iddiası da bu başlık kapsamındaki en yoğun tartışmalardan birini oluşturur. Söz konusu güçlüğü aşılabilmesi amacıyla yükümlülüklerin paylaşılma düzeni dikkate alınarak öğretide geliştirilmiş farklı evlilik modelleri doğrultusunda konuya yaklaşılması isabetli sonuçlar elde edilmesini sağlayabilir.

Her iki eşin de düzenli bir işe sahip olduğu ve düzenli bir gelir elde ettiği evliliklerde, diğer bir söyleyişle çifte gelirlili evlilik modelinde¹¹³, kural

¹¹¹ **FREIBURGHaus/SUTTER**, Art.125, N.80; **RUMO-JUNGO**, s.10. Yükümlülüklerin paylaşılma düzenini, özellikle süre bakımından yapılan değerlendirme doğrultusunda, yaşam biçimlendirici etkiye sahip evlilikler bakımından hareket noktası olarak kabul eden görüş için bkz. **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-161.

¹¹² **SCHWENZER**, Art.125, N.41; BGer 5C.235, 5C.236/2001 (FamPra 2003, s.390).

¹¹³ **EGLI**, s.30; **SCHWENZER**, Art.125, N.45; **VETTERLI**, s.576. Eşlerin, mesleki eğitime sahip olduğu ve kural olarak ortak çocuğun doğumuna kadar her birinin de düzenli gelir elde ettiği evlilik türünü “Modern evlilik” olarak nitelendiren görüş için bkz. **BÜTTNER**, Vorbemerkungen, Rn.4.

olarak boşanmaya bağlı olumsuz ekonomik sonuçlarla karşılaşılmaz. Her iki taraf da evlilik boyunca çalışma hayatının içinde kaldığı için bu alanda bir kayıp yaşanmaz. Böyle bir evlilik modelinde, yoksulluk nafakası istemine ancak istisnai durumlarda olanak tanınır. Özellikle, uzun süreli bir evlilik söz konusu olduğunda ekonomik bakımdan daha zayıf durumda bulunan tarafın sosyal hayat düzeyinde boşanmayla birlikte beklenmedik bir düşüş gerçekleşecekse nafaka istemi kabul edilebilir¹¹⁴. Bu tür evlilikler clean break ilkesinin tam anlamıyla uygulanmasına yatkındır. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki çocuklu bir aile söz konusu olduğunda, çocuğun bakım yükümlülüğüne bağlı olarak boşanmanın olumsuz ekonomik etkileriyle karşılaşılması olasılığı daha yüksektir. Çocuğa yönelik bakım yükümlülüğü, beraberinde ekonomik durumda dengesizlikleri de getireceği için böyle bir olasılıkta yoksulluk nafakası istemine daha ılımlı yaklaşılması mümkündür¹¹⁵.

Eşlerden birinin (çoğunlukla erkeği ifade etmek üzere) tam zamanlı olarak çalıştığı, diğersinin ise (çoğunlukla kadını ifade etmek üzere) çalışma hayatında yer almayıp ev işleri yanında çocukların bakımı ile uğraştığı geleneksel evlilik modeli¹¹⁶ bakımından, çifte gelirli evlilik modeliyle karşılaştırıldığında tam aksi yönde bir sonuç elde edilir. Bu tür evliliklerde boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzluklar yoğun biçimde gerçekleşir. Kadının ev işleriyle uğraştığı, erkeğin ise çalışarak ailenin geçimini üstlendiği geleneksel evlilik modelinde, boşanma sonrasında kadının çalışma hayatına atılma olasılığı düşüktür. Çocuğun velayetinin de anaya bırakıldığı durumlarda çalışma hayatına atılma olasılığı giderek azalır ve yoksulluk nafakasına olan ihtiyaç da ters orantılı olarak artış gösterir. Böyle evliliklerde, evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırlanması adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, clean break ilkesinin uygulanması bakımından dikkatli davranılması gerekir.

¹¹⁴ SCHWENZER, Art.125, N.45; KGer St.Gallen IF-BF.2000.5 (ZBJV 2001, s.84). Ayrıca bkz. KGer St. Gallen RF.2003.39 (FamPra 2003, s.647). Nafaka istemi bakımından “uzun süreli evlilik” ve “sosyal yaşam düzeyinde beklenmedik düşüş” koşullarının gerçekleşmesi yanında nafakanın sadece geçiş dönemiyle sınırlı olarak takdir edilmesi gerektiği yönünde BezGer Arbon B-§ 033/02 (FamPra 2003, s.669).

¹¹⁵ Aynı sonuç, çocuklu aileler bakımından; çocuğun bakım ve eğitim döneminin tamamlanmasından sonra yeniden iş hayatına dönmek isteyen eşin; mesleki kariyere verilen ara nedeniyle sağlık sorunları, yaş ya da piyasa koşullarından kaynaklanan güçlüklerle karşılaşması durumunda da kabul edilebilir. Karş. BÜTTNER, Vorbemerkungen, Rn.4.

¹¹⁶ EGLI, s.32; SCHWENZER, Art.125, N.42,43.

Eşlerden birinin (çoğu zaman erkeğin) tam zamanlı olarak çalıştığı, diğer eşin ise (çoğu zaman kadının) yarı zamanlı (%50-90 oranında) bir işte çalışıp, ev işlerini de üstlendiği ek gelirli evlilik modelinde¹¹⁷ boşanmaya bağlı olumsuz ekonomik durumların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yönünde soyut bir kural getirilemez. Bir olayda, hobi biçiminde gerçekleşen faaliyetlerden gelir elde edilmesi söz konusuysen, diğerinde yüksek ücret karşılığı yürütülen uzmanlık faaliyetiyle karşılaşılması mümkündür¹¹⁸. Bu nedenle, her somut olayın kendi koşulları kapsamında değerlendirilerek sonuca ulaşılması daha uygundur. Buna rağmen, soyut bir belirleme yapmak gerekirse, yukarıda söz edilen evlilik modelleriyle karşılaştırıldığında, ek gelirli evlilik modelinin, eşlerden her birinin çalışarak gelir elde ettiği çifte gelirli evlilik modeline daha yakın olduğu söylenebilir¹¹⁹. Ek gelirli evlilik modeli kapsamında değerlendirilmekle birlikte eşlerden birinin tam zamanlı olarak çalıştığı buna karşılık diğer eşin yarı zamanlı çalışma oranının %50'den daha az olduğu evlilik modelinde¹²⁰ ise %50'den az çalışma oranına sahip eş çoğu zaman bir meslek sahibi olmadığı için boşanma sonrasında %100 çalışma olanağına kavuşması hemen hemen olanaksızdır. Nafaka isteminin de bu düşünce doğrultusunda değerlendirilmesi gerekir¹²¹. Yukarıda olduğu gibi yine soyut bir belirleme yapmak gerekirse, söz konusu evlilik modelinin, geleneksel evlilik modeline yakın olarak nitelendirilmesi daha uygundur.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus da yükümlülüklerin paylaşılma düzeni bakımından dikkate alınacak zaman diliminin mutlaka evlilik süresi kapsamında yer alıp almadığıdır. Bu hususta, kural olarak, evlenme sözleşmesinin kurulmasıyla başlayan sürenin dikkate alınacağı açıktır. Buna karşılık, taraflar evlenme sözleşmesinin kurulmasından önce aile hayatı yaşamaya başlamışlarsa ya da araya ayrılık süresi dahil olmuşsa bu sürelerin de değerlendirmede dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır¹²². Federal Mahkeme uygulamasında evlilik öncesi birlikte yaşama

¹¹⁷ EGLI, s.32; VETTERLI, s.576; SCHWENZER, Art.125, N.42,43.

¹¹⁸ VETTERLI, s.576.

¹¹⁹ Karş. BGer 5P.418/2001 (FamPra 2002, s.578); BGE 115 II 6; BGE 109 II 184; OGer Luzern 22 02 88 (FamPra 2004, s.130).

¹²⁰ EGLI, s.33.

¹²¹ Bkz. BGer 5P.347/2001 (FamPra 2002, s.334); KGer St.Gallen BF.2001.4 (FamPra 2002, s.374).

¹²² EGLI, s.37; SCHWENZER, Juristischer Argumentation, s.24 vd.; SCHWENZER, Revision, s.170.

süresinin ya da ayrılık süresi içinde olsa dahi fiilen birlikte geçirilen sürenin dikkate alınabileceği kabul edilir¹²³.

Sonuç

Boşanan taraflar arasındaki ekonomik ilişkilere ve uyuşmazlıklara kesin olarak son verme amacını taşıyan clean break ilkesi yoksulluk nafakasını belirleyici ölçütler üzerinde de doğrudan etkili olur. İsviçre hukukunda öğretti ve uygulamada tartışmasız kabul gören bu ilkenin Türk hukukunda da uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmaz. Bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda yoksulluk nafakasının amacı, boşanmaya bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi yoluyla tek başına geçimini sağlama yeteneğine sahip olmayan tarafın mümkün olan en kısa zaman dilimi içinde ekonomik özgürlüğüne kavuşturulmasıdır. Bununla birlikte, yoksulluk nafakasının dayanağı olarak, sosyal ve ahlaki düşünceler ile eşler arasındaki yardımlaşma yükümlülüğüne boşanma sonrasına uzanan bir etki tanınması düşüncesini ifade eden evlilik sonrası dayanışma ilkesi de gözden uzak tutulamaz. Clean break ilkesinin işlevi evlilik sonrası dayanışma ilkesini dışlamak olmayıp, onun uygulama alanını sınırlamaktır. Bu doğrultuda, nafaka isteminin değerlendirilmesi yanında nafaka miktarının ve süresinin belirlenmesinde başvurulacak ölçütler de söz konusu ilkeler dikkate alınarak somut olaya uygulanmalıdır.

¹²³ BGer 5C.169/2006 (FamPra 2007, s.146); BGer 5C.222/2000 (FamPra 2001, s.585). Evlilik öncesi kurulan birlikte yaşam düzeninin evlilik sırasındaki yaşam düzenini belirleyici etkiye sahip olduğu, yükümlülüklerin paylaşım biçimi veya çalışma hayatındaki tercihlerin oluşumunda bu dönemin etkisinin gözden uzak tutulamayacağı, bu nedenle evlilik öncesi birlikte yaşama süresinin de yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gerektiği yönünde BGer 5C.62/2005 (FamPra 2006, s.952). Aynı doğrultuda KGer Basel 100 03 901 (FamPra 2006, s.421). ZGB Art.125 henüz yürürlüğe girmeden önce aksi yönde görüş için bkz. **SCHWANDER**, s.1630.

Kısaltmalar

AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Art.	: Artikel
Bd.	: Band
BezGer	: Bezirksgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
FamPra	: Die Praxis des Familienrechts
Fn.	: Fussnote
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	: Karşılaştırınız
KGer	: Kantonsgericht
N.	: Numara/Randnummer
OGer	: Obergericht
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TREX	: Der Treuhandexperte
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZfRV	: Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.Dezember.1907 (SR/RS 210)
ZR	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Kaynakça

AKINTÜRK, Turgut/**ATEŞ-KARAMAN**, Derya, Aile Hukuku, İstanbul 2012.

ARKAN-SERİM, Azra: “Yoksulluk Nafakası”, İÜHFM, C.LXV 2007, s.285 vd..

BACHMANN, Bruno: “Neues Scheidungsrecht”, TREX 2000, s.317 vd..

BÄHLER, Daniel: “Scheidungsunterhalt - Methoden der Berechnung, Höhe, Dauer und Schranken”, FamPra 2007, s.461 vd..

BRÄNDLI, Gian/**KILDE**, Gisela: “Neues aus der Rechtsprechung im Ehe und Kindesrecht”, Scheidungsrecht Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Zürich 2008, s.161 vd..

BRUDERMÜLLER, Gerd: “Nachehelicher Unterhalt - der deutsche Weg”, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Privat Law (Band I), Bern 2011, s.251 vd..

DURAL, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Alper: Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, İstanbul 2012.

EGLI, Isabelle: Die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach Scheidung, Bern 2007.

FASEL, Urs/**WEISS**, Daniela: “Auswirkungen des Konkubinats auf (nach-)eheliche Unterhaltsansprüche”, AJP 2007, s.13 vd..

FREIVOGL, Elisabeth: “Nachehelicher Unterhalt - Verwandtenunterstützung - Sozialhilfe Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen”, FamPra 2007, s.497 vd..

FREIVOGL, Elisabeth/**LEUENBERGER**, Marcel: “Unterhalt bei Scheidung und Trennung”, Erste Schweizer Familienrecht-Tage 3./4. Mai 2002: Ergebnisse aus den Arbeitskreisen-Arbeitskreis Nr. 6, FamPra 2002, s.732 vd..

GLOOR, Urs/**STECK**, Daniel: “Rückblick auf 10 Jahre neues Scheidungsrecht”, FamPra 2010, s.1 vd..

HAUSHEER, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001-2004 Veröffentlicht in den Bänden 127-130 Scheidungsrecht”, ZBJV 2005, s.549 vd..

HAUSHEER, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009 Familienrecht-Veröffentlicht in Band 135, ergänzt durch Internetveröffentlichungen- Scheidungsrecht”, ZBJV 2010, s.881 vd..

HAUSHEER, Heinz/**SPYCHER**, Annette/**BRUNNER**, Rolf/**GLOOR**, Urs/**BÄHLER**, Daniel/**KIESER**, Ueli: Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010 (**HAUSHEER/ SPYCHER**).

HEISS, Beate/**BORN**, Winfried: Unterhaltsrecht, München 2011.

HINDERLING, Regula: “Tribunal fédéral, Ite Cour civile, Arrêt du 25 janvier 2001 en la cause dame X c. X - 5C.222/2000 (ATF 127 III 136)”, FamPra 2001, s.585 vd..

JAUERNIG, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar, München 2011.

JOHANNSEN, Kurt/**HENRICH**, Dieter: Familienrecht, München 2010.

LÖTSCHER-STEIGER, Bruno/**TRINKLER**, Judith: “Unterhalt bei knappen (Mankofällen) bis mittleren finanziellen Verhältnissen”, FamPra 2004, s.828 vd..

MAIER, Philipp: “Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht Zur Praxis der erst und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich”, AJP 2007, s.1223 vd..

MARTI, Gabriela: “Vertrauensschutz im Familienrecht”, FamPra 2010, s.497 vd..

MAURER, Hans-Ulrich: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7/1, München 2010.

MENNE, Martin: “Betreuungsunterhalt in der Schweiz und in Deutschland”, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Privat Law (Band I), Bern 2011, s.1251 vd..

MÖCKLI, Urs Peter: “Aktuelle Fragen des nahehelichen Unterhalts - Art.125 ZGB”, Dritte Schweizer Familienrecht§Tage, Bern 2006.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, İstanbul 2007.

POHLMANN, Jörg: “Mankoteilung - Möglichkeiten eines Ausgleichs zwischen den Ehegatten”, FamPra 2007, s.526 vd..

REUSSER, Ruth: “Gedankensplitter zur revision des Scheidungsrechts”, ZSR 1996, s.337 vd..

RUMO-JUNGO, Alexandra: “Neuere Entwicklungen im nachehelichen Unterhalt”, Familienvermögensrecht, Bern 2003, s.1vd..

SCHNITZLER, Klaus: Münchener Anwalts Handbuch-Familienrecht, München 2010.

SCHULZE, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar, Baden-Baden 2012.

SCHWANDER, Ivo, “Nachehelicher Unterhalt gemäss Art. 125 ff. nZGB”, AJP 1999, s.1627 vd..

SCHWENZER, Ingeborg: FamKommentar Scheidung, Bern 2010.

SCHWENZER, Ingeborg: “Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts”, AJP 1999, s.167 vd. (Revision).

SCHWENZER, Ingeborg: “Das clean break - Prinzip im nachehelichen Vermögensrecht”, FamPra 2000, s.609 vd. (Clean Break Prinzip).

SCHWENZER, Ingeborg: “Über die Beliebigkeit juristischer Argumentation”, FamPra 2000, s.24 vd. (Juristischer Argumentation).

SUTTER-SOMM, Thomas/**KOBEL**, Felix: Familienrecht, Zürich 2009.

TRACHSEL, Daniel: “10 Jahre Scheidungsrechtsrevision - Was bewegt die Praxis?”, Fünfte Schweizer Familienrecht§Tage, Bern 2010, s.41 vd..

TUOR, Peter/**SCHNYDER**, Bernhard/ **SCHMID**, Jörg/**RUMO-JUNGO**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009.

VETTERLI, Rolf: “Zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts - ein Klärungsversuch”, AJP 2009, s.575 vd..

VETTERLI, Rolf: “Zwei Jahre Gerichtspraxis im Familienrecht”, Familienvermögensrecht, Bern 2003, s.89 vd.(Gerichtspraxis).

WIDMER, Carmen Ladina: “Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen”, ZBJV 2009, s.419 vd..

ROMA HUKUKU'NDA *CAPITIS DEMINUTIO* (*)

Çev: Dr. G. Burcu GÜNVEREN (**)

Capitis deminutio kavramı, modern hukukçular tarafından çok ayrıntılı olarak ele alınıp tartışılmış olsa daş bu kavramın anlamına ilişkin olarak henüz bir mutabakattan söz edilemeyeceği gibi, hukuk kaynaklarındaki bazı metinlerin neden olduğu güçlüklerin üstesinden gelindiği de söylene-
mez. Öne sürülen bunca tez varken aralarından herhangi birinin, diğerine nazaran daha çok kabul gördüğünü söylemek şüphelidir. Ayrıca klasik hukukçuların dili belirsiz ve muğlak olduğu için, bu güçlüklerle ilgili genel kabul görmüş çözümler öne sürmek de pek olası değildir. Ancak elbette ki çözüme yönelik bu girişimi yarıda bırakmak da gereksizdir. Bu noktadan hareketle; bu makalede bu konuyla ilgili bir-iki noktayı kısaca yeniden incelemek ve bu zamana kadar neredeyse hiç ele alınmamış bir teori ile ilgili tez önermek istiyorum.

İlk olarak, *caput* sözcüğünün anlamını belirlemek önemlidir. Bilindiği üzere, ilkel toplumlarda hukuki terimler çok fazla değer görmezdi. Soyut düşünceler ya da kavramsal fikirler hemen hemen hiç kullanılmamıştı veya bunlar kolaylıkla ifade edilemezdi. Bu nedenle soyut kuralların henüz oluşmamış anlamlarını açıklamanın basit ve açık karakterleri temsil eden sembollerin benimsenmesi ile olduğu düşünülüyor. İlk Romalılarda bu tür sembollerin çok çeşitli olduğundan söz etmek mümkündür, en çok kullanılan iki kavram da *manus* ve *caput*'tur. "El" anlamına gelen "*manus*" hakimiyet ve mülkiyet (*potestas* ve *dominium*) kavramlarını ifade etmek için kullanılırken; "baş" anlamına gelen *caput* ise öncelikle birey kavramını (*homo* vb.) ve elbette ki buna bağlı olarak bireyin devlet ya da aile sınırları içindeki özgürlüğünü nitелеmek için kullanılmaktadır.

(*) Makalenin İngilizce metnine ulaşmak için bkz. GOUDY, H., "*Capitis Deminutio in Roman Law*", 9. *Juridicial Review*, 1987, s. 132-142.

(**) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı.

Mommsen'in da özellikle belirttiği gibi¹ *caput* sözcüğünün mecazi anlamı Roma tarihinin ilk dönemlerinde ortaya çıkıyor. Öncelikle, kamu hukukuyla bağlantılı olarak *civitas* anlamına gelen kavram, öznel bağlamda devlet bünyesinde bireyin özgürlüğünün temsil edilmesini bir başka ifadeyle, bireyin vatandaşlık haklarını kullanabilme ehliyetini ifade ediyor. Roma vatandaşı olmayıp, Roma'da ikamet edenler aslında *caput* sahibi değildirler. Köleler ve sıradan *peregrini*'ler bu konumdadırlar. Bunu anlatan özdeyiş de şöyledir: “*Servus nullum caput habet*”. “*Iudicium capitis*” kavramı birisinin vatandaşlık hakkını kapsayan bir dava olarak tanımlanırken, “*poena capitis*” de birini bu haktan mahrum eden ceza olarak bilinir. Yaşam ya da özgürlük kavramları da bu dava veya ceza dâhilinde olabilirdi ancak bu çok önemli değildi çünkü zaten vatandaşlık hakkını yitiren kişi özgürlüğünü de kaybetmiş sayılırdı. *Ius gentium* bir sistem olarak kabul edilinceye kadar Roma hukukunda *libertas* ile *civitas* arasında net bir ayrım yapılmadı. İkinci önemli nokta da özel haklar kapsamında *caput*'un, bir bireyin bağımsızlık durumu ya da bir başka kişinin “*ius*” ya da “*potestas*”ına tabi olmaktan kurtulma (*sui iuris*: kendi hukukuna tabi olma) anlamına gelmesidir. Bu da, sonuç olarak, *agnatio* ve *gentilitas*'ın haklarından faydalanma ehliyeti anlamına gelir. Bu iki önemli noktadan hangisinin daha eski olduğunu söylemek imkânsızdır; ama büyük ihtimalle devletin “*gentiles*”den ibaret olduğu döneme aittir. Roma vatandaşı olması nedeniyle kamu hukuku karşısında *caput*'a sahip olan birisi, bir başka kişinin “*potestas*”ına tabi olduğu durumda özel hukuk karşısında *caput*'a sahip olmayabilir (örneğin, *filius familias*) ama bunun tersi durum söz konusu değildir.

Bana kalırsa, “*capitis deminutio*” ifadesi aslında yukarıda bahsi geçen anlamlara gelen *caput*'un kaybolmasıdır. Bazen öne sürüldüğü gibi herhangi bir azalma ya da eksilme durumundan bahsedilmez; bu durum her zaman için *caput*'un kaybolması olarak bilinir². Vatandaşlığın (*civitas*) yitirilmesi

¹ Mommsen, “Römisches Staatsrecht,” iii. s. 8.

² Burada daha önce olduğu gibi, Mommsen'in izinden gidiyorum. Kelimenin “*deminutio*” olarak mı yoksa “*diminutio*” olarak mı telaffuz edilmesi gerektiği tamamen sözlük biliminin irdeleyeceği bir konu, o yüzden ben bu konuya girmiyorum. “MMS” bu konuda farklılık gösteriyor. Mesela *Gaian Codex*'de her iki sözcüğe de rastlıyoruz. Ancak “*deminutio*”nun en eski kullanım olmasından dolayı en iyi fikir de bunu kullanmak olacaktır sanırım. Ayrıca “*deminutio*” ile “*diminutio*”nun arasında anlamsal yönden de hiçbir farklılık yoktur. Klasik hukukçulara göre “*minutio*” sözcüğü sıklıkla “*deminutio*”nun eş değeri olarak kullanılıyor. Heineccius'un önerisine göre (Antiq. Rom. Synt., i. 16, sec. 1) “*caput*” sözcüğü çok eski zamanlarda bir vatandaşın isminin *ensor*'un listesine gidiğine delalet

capitis deminutio magna'yı oluştururken özel hukukla ilgili bağımsızlığın yitirilmesi ise *capitis deminutio minor*'ü^a teşkil eder. Cumhuriyet'in son zamanlarında ya da İmparatorluğun ilk dönemlerinde hukukçular, teorik simetri tutkuları ve üçlü sınıflandırmalara olan düşkünlükleri sonucunda *capitis deminutio*'nun kökenini geliştirdiler ve bunu insanlarla ilgili yaptıkları sınıflandırmayla paralel olarak üç grupta incelediler. Bunlardan ilki; (1) *capitis deminutio maxima* (ya da *magna*) birisinin özgürlüğünü kaybettiği durumlarda görülür; (2) *capitis deminutio media* (ya da *minor*) ise birisinin özgürlüğünü yitirmediği ama vatandaşlığını kaybettiği durumlarda görülür; (3) *capitis deminutio minima* ise özgürlüğünü (*libertas*) ve vatandaşlığını (*civitas*) muhafaza eden birisinin *familia*'dan kaynaklanan haklarını yitirmesi halidir. *Capitis deminutio maxima*, diğer ikisini de kapsayan bir türdür ve *capitis deminutio media* da üçüncüyü içine alır^b. Hukukçular büyük ihtimalle, *ius civile* ile *ius gentium* dahilindeki hakları yok edecek şekilde özgürlüğün kaybedilmesinin, *ius gentium* haklarını hiç etkilemeden ancak *ius civile* (vatandaşlar hukuku) kapsamındaki hakların yitirilmesi ile sonuçlanan vatandaşlığın kaybolmasına nazaran daha büyük bir *capitis deminutio* olduğunu düşünüyor. Yineliyorum, bu sınıflandırma eski hukuk sistemine yabancı olabilir zira bu hukuk sistemi, *ius Romanorum*'un bir parçası olarak *ius gentium*'u göz ardı ederdi. Ayrıca *Iustinianus* hukukunda, *Caracalla*'nın düzenlemesinden sonra özgürlük ve vatandaşlık kavramlarının hemen hemen eş kapsamlı olmasından sonra sahip olduğu önemi büyük ölçüde kaybetti. Bunun yanı sıra; *manus* ve *mancipium* sebebiyle üyesi olunan ailenin değişimi tamamen terk edildi ve hâkimiyetten çıkarma ile evlat edinmenin biçimi ve etkisinin, özünde değişikliğe uğraması da bu konuda etkili oldu.

Caput sözcüğüyle yakından bağlantılı olan iki kavram daha vardır. Bunlardan birisi *status*; diğeri de *existimatio*'dur. *Status* kavramı, Dr. Hunter'ın ortaya attığı ve kişinin "sahip olduğu en geniş alan" anlamına gelen bir terimdir. Genel anlamda, bir bireyin sahip olduğu durum ya da koşulu anlatmak için kullanılan bu kavram, klasik hukukta *caput* sözcüğüne eş anlamlı

etmek üzere kullanılırdı ve ismin silinmesi halinde bunun "*capitis deminutio*" olduğu söylenirdi.

^a Bir *paterfamilias*'ın *adrogatio* yoluyla evlatlık alınması muhtemelen *capitis deminutio minor*'ün ilk örneğidir.

^b Inst. i. 16; Dig. iv. 5, fr. 11. Klasik dönemdeki hukukçular yukarıda bahsettiğimiz terminolojiye sıkı sıkıya bağlı kalmazlardı. Mesela bu konuyla ilgili olarak Dig. 38, 17, 1, 8'e bakınız. Onların diline bakarak kesin olarak şöyle bir sonuca varıyoruz; temelde sadece iki tür *capitis deminutio* vardı.

olarak kabul edilir; her halükarda bu sözcüğün özel hukukta kullanımı vardır^a. Mr. Poste, *Gaius*'taki metnin (i. 158) açıkça *capitius deminutio minima*'dan bahsettiği bölümde *capitius deminutio* sözcüğünü *status*'un kaybı olarak çevirmiştir^b. *Existimatio* sözcüğü ise, bazı durumlarda, genel olarak *caput* ve *status*³ sözcüklerine eş değer kabul edilip bu bağlamda kullanılsa da, aslında bunlardan farklıdır. Genel anlamda kişisel saygınlık ve onur (*bona fama*) anlamına gelen sözcük, hukuk bağlamında her vatandaşın sahip olduğu hakların ve ayrıcalıkların toplamını ifade etmek için kullanılır⁴. Kişisel bir davranıştan dolayı yaşanan şeref kaybına (*infamia*) işaret eden *existimationis minutio* kavramı, vatandaşlık haklarının kanuni yaptırım yoluyla büyük ya da küçük çapta kayıplara uğramasını da kapsar. Kısacası, yasal yaptırımı da beraberinde getiren ahlaki yaptırım anlamına gelir⁵. Ancak *existimatio*'nun kaybı illa ki *caput*'un da yitirilmesini kapsayacak diye bir durum söz konusu olmadığı gibi bunun aksi de geçerli değildir. *Iustinianus* bunu açıkça şöyle ifade eder; “*Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur; et ideo Senatu motum capite non minui constat*” (Inst. i. 1,16, 5)¹.

Bir bireyin *capitis deminutio maxima* ve *media*'ya uğradığı durumlar yeterince açıktır ve çok az zorluk barındırır. Bunların özgürlük ve vatandaşlık haklarının kaybı ve tamamen kaybolması anlamına geldikleri ise tartışma konusu olmaz. Ancak bu durum *capitis deminutio minima*'dan farklıdır. Bilindiği üzere, *capitis deminutio minima*'nın hangi olaylarda ve kimler için vuku bulduğu konusunda klasik hukukçular arasında oldukça fazla tartışma yaşandı. İlk olarak Savigny'nin (Niebuhr'un izinden giderek) karakteristik diyalektik becerilerini kullanarak geliştirdiği ve öğrettiği öğretiyi başlayabiliriz. Savigny'e göre; diğer iki sınıflandırma gibi, *capitis deminutio minima*, *in deterius* durumda olan bir bireyin hukuki ehliyetinde görülen değişikliği içerir. Bir başka deyişle, kendi hukukuna tabi olan birisi (*sui iuris*) baba

^a Kuntze, “Excuse” s. 369, *status* sözcüğünün *caput*'la ilişkisini *potestas* ile *manus* arasındaki ilişkiye benzetir.

^b Poste, “*Gaius*”, s. 113. 158. başlıktaki notunun yanlış anlama üzerine kurgulandığını düşünüyorum.

³ Dig. L. 16, fr. 103'e bakınız; Cicero, *pro Roscio*, viii. 31, ve ix. 32, *caput*'un *existimatio*'nun yerine kullanıldığı bölüm; Tertull., *de Spectac.*, 22.

⁴ *Digesta*'da “*dignitatis illaesa status*” olarak tanımlanır (Dig. L., 13, 5, 1).

⁵ Greenidge'in s. 5'teki seq. “*Infamia in the Roman Law*” adlı bölüme bakınız.

¹ “Durumu değil de rütbesi değişmiş olan kimseler de *capitis deminutio*'ya çarptırılmış sayılmazlar: mesela *senatus*'dan çıkarılmış kimse, *capitis deminutus* değildir”. Çeviri için bkz. *Iustinianus, Institutiones* (çev. UMUR, Z.)

hâkimiyetine girebilir (*alieni iuris*) veya *in potestate* ya da *in manu* olan birisi, *in causa mancipii* durumuna geçebilir. Hukuki ehliyetinde görülen bu azalma durumu, bir *pater familias*'ın *adrogatio* yoluyla evlat edinilmesi durumlarında ya da kendi hukukuna tabi olan (*sui iuris*) bir kadının, *cum conrentione in manum* olarak evlenmesi halinde, açıkça belli olur. Kendisini *adrogatio* yoluyla evlat edinen kişinin ya da kocasının hâkimiyeti altına giren ve böylelikle önceki *caput*'larını kaybeden bu kişiler, hukuksal açıdan öncekinden çok daha kötü durumdadırlar^a. Ancak evlatlık alınan *filiusfamilias*'ın durumunda bu konum bu derece açık değildir. Konuyla ilgili metinlerde ifade edilenler ışığında; bu kişi hiç şüphesiz *capitis deminutio*'ya uğrar ancak sadece bir *patria potestas*'tan diğerine geçerdi. Savigny, *Paulus*'un *Digesta*'da (iv. 5. 5, 1) sunduğu sebepler ışığında bu durumu şöyle açıklar; bir erkek çocuğu evlat edinirken onu ilk olarak *in causa mancipii*'ye yerleştirmek gerekir ve bu kişinin "*in imaginariam servilem statum deductus*" olması lazım gelir. Hâkimiyetten çıkarma uygulaması da aynı şekilde açıklanır. Hâkimiyetten çıkarma uygulamasıyla, bir başkasının hâkimiyeti altında olan (*in potestate*) bir çocuk, kendi hukukuna tabi konumuna (*sui iuris*) gelir ve böylelikle bu çocuğun hukuki ehliyeti kötüye gitmez, tam tersi gelişir. Ancak bu çocuğun hâkimiyetten çıkarılması için ilk olarak, evlatlık alınan çocuk gibi, *in servilem statum*'a geçmesi gerekir. Bu açıklamalar, evlat edinme ve hâkimiyetten çıkarma uygulamalarındaki *capitis deminutio* durumu ile bağlantılı olarak tatmin edici olmuştur. Ancak bu uygulamaların, *adrogatus*'un çocukları ve *cum manu* olarak evli olan bir *filiusfamilias* için başvurulduğu durumlarda zorluk baş gösterir; zira bu durumlarda bir ön *status servilis* uygulaması yoktur. *Adrogatio* yoluyla yapılan evlat edinme işlemiyle ilgili olarak *Paulus*'un *Digesta*'da (Dig. iv. 5. 3. pr.) şöyle bir sözü vardır: "*Liberos qui arrogatum parentem sequuntur placet minui caput cum in aliena potestate sint et cum familiam mutaverint*". *Adrogatio* yoluyla evlatlık alınmış birinin çocukları *paterfamilias* ile birlikte bir çeşit külli hâkimiyetle evlat edinen kişinin hâkimiyeti altına girerler ve bu durum da *adrogatio* yoluyla evlat edinme işlemiyle gerçekleşir. Ancak Savigny bunu istisnai bir durum olarak görür ve *Paulus*'un benimsemediği, hukuki bir fikirden öte bir anlam taşımayan *placet* sözcüğünü metinde görünce de *adrogatus*'un

^a Metinlerde *capitis deminutio* ile hiçbir yerde ilişkilendirilmese de, klasik hukuktaki *probatio causae ex lege Aelia Sentia* ve *erroris causae probatio* gibi ya da Post klasik hukukta *potestatem propter ingratitudinem*'deki *legitimatatio* ve *revocatio* gibi diğer haller bazen meydana gelebilir.

çocuklarının *capitis deminutio* uygulamasından geçmelerinin yerleşik bir öğreti olmadığını öne sürer. Savigny ayrıca *cum manu* olarak evlenen bir *filiāfamilias*'ın *capitis deminutio*'ya maruz kaldığı fikrini de kabul etmez; halbuki *Gaius* (i.162) ve *Ulpianus*, genel olarak *caput* kaybının *coemptio* yoluyla yapılan evliliğin bir sonucu olduğunu iddia ederler. Savigny'nin iddiaları ile ilgili çok ayrıntılı bilgi sunmadım ama genel olarak Savigny'nin öne sürdüğü gerçeklere Puchta^a ve Vangerow^b daima karşı çıktılar. Zira hem yukarıda bahsi geçen metinlerle hem de hukuk kaynaklarında belirtilen diğer delillerle bu iddiaların tutarlı olmadığını gördüler. Ancak günümüz yazarları arasından da kendilerine çok fazla destekçi bulamadılar^c. Kanaatimce *Paulus*'dan alıntılanan metinde geçen “*placet*” sözcüğü, hukukçuların genel kanaatinin yansıması olarak yorumlanmalı. Bunun yanında, *Gaius*'un *coemptio* ile ilgili yetersiz ifadesi de mazur gösterilemez.

Puchta'nın bakış açısına göre; klasik hukuktaki *capitis deminutio minima* kavramı öyle ya da böyle *familiae mutatio* (*familia* tarafından agnatik aile) anlamına geliyor ve vatandaşlık statüsünde herhangi bir değişikliğe uğramamış ancak akrabalık soyundan gelen aile ilişkisindeki haklarını yitirmiş her kişide bu uygulama görülebilir. Şimdiye kadar bahsedilenler hep *Paulus*'ün metni ile uyumlu gidiyor. Orada da gözlemlenebileceği gibi; *Paulus*, *familia*'daki değişimi, *adrogatus*'un çocuklarının *capitis deminutio*'ya maruz kalması temelinde değerlendirir. Puchta'nın ifadesi geçerliliğini koruyor ve genel olarak da Savigny'ninkinden çok daha memnun edici duruyor. Ayrıca bu, *Gaius*'un “*prioris status permutatio*” tanımına da uyuyor. Ancak bu teori de kimi ciddi zorluklarla karşılaşılıyor. *Caput*'un yitirilmesinin en önemsiz olduğu hallerle, daha ciddi olduğu iki hal arasında yapılan anlamsız ayırımın yanı sıra, metne yönelik de bazı itirazlar geliyor. *Confarreate* sayılan evlilikte dünyaya gelen bir çocuk, *flamen Dialis* unvanını aldığı anda ya da bir *filiāfamilias*, *virgo vestalis* vazifesiyle alındığında, erkek evlat ve kız evlat bu işlemler sonrasında kendi hukukuna tabi (*sui iuris*) bireyler olurdu. *Gaius*'un ve *Ulpianus*'ın da açıkça belirttiği gibi, *flamen* ve *vestal virgin* vazifelerine baktığımızda herhangi bir hâkimiyetten çıkarma işlemi geçirmeden *patria potestas*'tan kurtulduklarını görüyoruz. *Ulpianus*'a göre; “*In potestate parentum esse desinunt et hi qui flamines Diales inaugurantur*

^a “Kursus der Instit.,” ii. 469

^b Pandekten, i. Sec. 34, anm 1.

^c Savigny'nin teorisi Poste tarafından benimsendi, *Gaius*, sf. 119. C. IX, NO.2.

et quae virgines Vestae capiuntur.^a. Ancak her iki durumda da *capitis deminutio* durumunun olmadığı aynı derecede kesindir. *Gaius* (iii.114) ve *Aulus Gellius* (N. A. i. 12, 18) bu hususu bize ispatlamaktadır^b. Puchta ve onun teorisini benimseyenler^c, *flamen*'lerin ve Vesta rahibelerinin *ipso iure* olarak *patria potestas*'tan kurtulduklarını kabul ederken aynı zamanda ya bunların gerçek anlamıyla aile durumunda değişikliğe yol açan agnatik ailelerinden ayrıldıklarını kabul etmeyi reddediyorlar ya da bütün bu durumları usulsüz olarak değerlendiriyorlar. Ancak *flamen*'lerin ve Vesta rahibelerinin agnatik ailelerinin değişmediğine yönelik tezi savunmanın zor olduğunu düşünüyorum; zira otorite her yönüyle buna karşıdır^d. Aile haklarının temeli *patria potestas*'ta yatar; ailenin kendine özgü kuralları ile agnatik bağları aynı anda sona erdirmedikçe kimse *patria potestas*'tan çıkamaz.

Puchta'nın teorisini genel manada kabul eden Muirhead'e göre; *flamines* ve Vesta rahibeleri her türlü aile haklarından yoksun kaldılar; ama Muirhead aynı zamanda onların Tanrı'ya adanarak kutsal bir aileye girdiklerini de ekliyor^a. Ancak bu açıklama yine de sorunsuz değil. Hukuki açıdan *divine family* (kutsal aile) gibi bir kavram yok; ama bu varsayım, *capitis deminutio* kavramı hariç tutularak *mutatio familiae* kavramından söz edebiliriz. Elbette ki bütün bu durumlar genel kurala yönelik istisna durumlardır^b ama mümkünse böyle bir açıklamadan kaçınılmalıdır^c.

Caput'u bir bireyin *status*'u olarak ya da *familia*'nın başı (*proprio iure*) olarak görmeyen veya bu tür bir *familia*'nın hür üyesi olarak değerlendirmeyen Böcking^d'in teorisi gibi, Puchta'nın teorisinden çok az farklılıklar taşıyan başka teoriler de var ama ben onlardan çok bahsetmiyorum.

^a Ulp., Frag. X, 5.

^b Hıristiyan imparatorların yönetimi altındayken, belli başlı değerlerin taşınması da benzer etkiye sahipti. Selden'e göre, "Ad Fletam Diss.," C. Viii. Sec. 3, I. Edward zamanında, İngiltere'de bir tartışma hüküm sürüyordu ve bu tartışma bağlamında rahiplik rütbesinden yoksun olan bir kişinin *capite minutus* olup olmadığı ele alınırdı.

^c Moyle, "Justinian's Institutes", 1. bölüme bakınız.

^d Savigny, yukarıya bakınız; Mommsen, R.S.R. iii. 43, Madvig, "Verfassung und Verwaltung des R.S.," ii. 675, 676'ya bakınız.

^a Muirhead, "Historical Introduction to Roman Law", s. 128

^b Aul. Gell., yukarıya bakınız.

^c Voigt (xii. Tafeln, ii. Sf. 26 n) bunları *ius*'tan ziyade *fas*'a ait olmak diye açıklar ve *capitis deminutio*'nun *fas*'la ilgili konularda uygulanmadığını söyler. Ama bu, sadece bir iddiadır.

^d Böck. Pand., sec. 58.

Bana kalırsa, en makbul teoriyi Mommsen öne sürdü. Ona göre; *capitis demunituio minima*, özel hukuk çerçevesinde bir kişinin diğerine tabi olmasıyla, önceki *status*'unu kaybetmesi anlamına geliyor. Bu teoriyi kabul ettiğimizde öne çıkan zorluklar yok olmasa da azalıyor. Mommsen'e göre özel hukuk bağlamındaki *capitis deminutio* şöyle açıklanabilir: “*der Uebertritt des privatrechtlichen freien Mannes in privatrechtliche Unreitheit oder auch des privatrechtlichen unfreien Mannes in eine andere privatrechtliche Unfreiheit.*”^e. Bu yüzden de hukuki muamele ile bir başkasının hakimiyeti altına girmiş olan vatandaşlar, *capitis deminutio minima*'ya maruz kalırlar. Bu kişilerin altına girdikleri hakimiyetin *patria potestas*, evlilikle ilgili olan *manus* ya da köle benzeri *mancipium* olması bir şey değiştirmez. Bu teoride tartışmaya açık tek nokta *alieno iuri subiecti* ile ilişkilidir çünkü doğrusu onların kaybedecekleri *caput*'ları da yoktur^a. Fakat *capitis deminutio* kavramını ilk olarak *sui iuris* kavramıyla sınırlandırdığımızı varsayarsak, bunu, adeta muhtemel *caput*'u olanları da kapsayacak şekilde biraz daha genişletebiliriz. Hukukçuların aklındaki en belirgin düşünce, bir yabancıya itaat etme durumudur. Hür vatandaşın yaptığı *capite deminutus*'tur (bu noktada bir *familia*'nın üyesi olarak önceki konumunun ne olduğu hiç önemli değildir). Başka bir deyişle; gerekli olan tek şey, kalıcı olsun ya da olmasın, bir başkasının yetkisine tabi olma durumudur. Bu türlü bir tabi olma durumu olmadan ailede değişiklik görüldüğü takdirde *capitis deminutio*'dan da bahsedilemez. Bunu görülebilecek birkaç olay çerçevesinde inceleyelim. Doğal ya da hukuki yolla soybağının kurulduğu *paterfamilias*'ın ölümü ya da *filia familias*'ın Vesta rahibesi olarak kutsanması veya *filiusfamilias*'ın *flamen* olarak kutsanması, *patria potestas*'ı sona erdirse de (ayrıca son iki örnekte agnatik bağını da koparsa) *caput* kaybına sebep olmaz; çünkü *ius alienum*'a tabi olma durumu söz konusu değildir^b. Ancak bir diğer yandan, *adrogatio* yoluyla gerçekleşen evlat edinme işleminde, hem evlatlık alınan kişi, hem de onun çocukları söz konusu olduğunda bu tür bir kayıptan bahsedilebilir çünkü bu kişiler *adrogatio* işlemi sonucunda evlatlık alan kişinin hakimiyeti altına giriyor

^e Röm. S. R., iii. s. 9.

^a *Alieni iuris* olan hür kişilerin kölelerle tezat oluşturacak biçimde *caput in familia*'ya sahip oldukları söyleniyor; deyim yerindeyse onların da olanak dâhilinde *caputları* var. Cf. “*noxa caput sequitur*” kavramının kullanımı.

^b Roma *colonia*'sındaki bir *filiusfamilias*'ın vatandaşlığa gönüllü olarak girmesi bir başka durumdur.

ve ona tabi oluyorlar^c. Alacaklısına bağımlı ve maddi anlamda aciz durumda bulunan, haliyle de *causa mancipii*'ye giren bir borçlunun durumuyla meşrulaştırılan bir çocuğun durumu da aynıdır. Bu yüzden de *filiusfamilias*'ın hâkimiyetten çıkarılmasında asıl önemli nokta geçici olarak *mancipium*'un oluşturulmasının hazırlayıcı aşama olmasıdır çünkü böylelikle bir başkasının yetkisine tabi olma denenmiş olurdu. *Filiusfamilias*'ın evlatlık alınması da hâkimiyetten çıkarma işlemiyle aynı şekildedir; aralarındaki tek fark hakimiyete tabi olmanın iki kere yaşanmasıdır. *Filius* ilk olarak satılır, bunun ardından da hakimiyete tabi olur. Yine aynı şekilde, *cum manu* evlilikte, *sui iuris* ya da *filiusfamilias* olan kadın, evlilikten sonra kocasının *manus*'una tabi olur ve böylelikle de *caput*'unu kaybeder. Ya da kocası tarafından *in manu* olma durumundan azat edilen bir kadından da bahsedebiliriz. Bu durumda, evlilik *coemptio* yoluyla gerçekleşmişse, *manus*'un bozulması da ancak kişinin yeniden satışıyla mümkündür ve bu da *in causa mancipii*'yi gerektirir. *Confarreatio* yoluyla yapılan evliliğin bozulmasıyla ilgili yol gösterici hiçbir metin ya da belge yoktur. *Gaius*'un döneminde *confarreatio* işlemi artık *quoad sacra* dışında *manus* kurmuyordu. Bütün bu durumlarda tabi olma durumu geçerliliğini korumaktadır^a. Ancak elbette ki bu üç durumda da *caput*, sadece özel haklara ilişkin olarak kaybedilirdi; kamu hukuku kapsamında bir kayıp olmazdı.

Günümüz yazarlarının bazıları, *capitis deminutio* öğretisini özenle tartışıyorlar ve gözlemediğime göre henüz hiçbirisi yukarıda bahsi geçen teoriyi benimsememiş olsa da konuyla ilgili ışık tutacak noktalara değindiler^b. Özellikle de Max Cohn ve H. Krüger konuyla ilgilendiler ve öğretinin tarihiyle ilgili yeni görüşleri ustaca ele aldılar. Ancak bu yazımda bu görüşleri tartışmayacağım. Onlara göre *capitis deminutio* ifadesinin kullanımı *capitis deminutio minima*'yla sınırlandırılmıştır; yani bir kişinin *familia*'sıyla olan

^c Bu ayrıca *Paulus*'un *Digesta*'da bulunan cümlesinin açıklaması da olabilir (iv. 5, fr. 3), ve buna göre de *adrogatus*'un çocukları *adrogatio* yoluyla evlatlık alındıktan sonra *capitis deminutio*'ya maruz kalırlar, "*cum in aliena potestate sint.*"

^a *Gaius MS.*'in (i. sec. 162) söylemeye çalıştığı gibi; sadece bir kölenin azat edilmesi işlemi *emancipio* tek başına *capitis deminutio*'ya sebep olmaz. Buna göre de, *Gaius*'un metni Huschke'nin önerileri doğrultusunda bazı değişikliklerden geçmelidir. Ancak bu metnin kelimesi kelimesine ele alınması gerektiğini varsayarsak Cohn'un da öne sürdüğü gibi (Beitrag, ii. 110 sq) bu durum Puchta'nın teorisine karşı güçlü bir iddia olacaktır.

^b *Capitis deminutio* 'nun *magna* ve *minor* olarak ikiye ayrılmasının kuramını benimseyen Voigt'e bakınız (xii. Tafeln, ii. 73); Pernice, Labeo, i. s. 173; H. Krüger, *Geschichte der Capitis Deminutio*, C. i. (Breslau, 1887); Cohn, *Beitrag zur Bearbeitung des Röm Rechts*, Heft ii. s. 41-400.

bağının değişimi anlaşılır. Ayrıca İmparatorluğunun ilk zamanlarına kadar buna *caput*'un vatandaşlık veya özgürlük bağlamında yitirilmesi için başvuruluyordu. Fakat Krüger'e göre, *capitis deminutio minima*, aslında satılarak devredilen kişinin hayat şartlarının, köleye benzer bir hale gelmesiyle sonuçlanacak şekilde, kalıcı ya da geçici olması fark etmeksizin, bir kimsenin *mancipatio* yoluyla devrinde uygulanıyordu. Krüger, tezini temellendirmek için eski hukuktaki kölelikle ilgili ayrıntılı ve kapsamlı incelemeler yürütüyor ve günümüzde egemen olan öğretilere yerinde eleştiriler getirirken, aynı zamanda, bunlarla ve *legis actiones* ile ilgili yeni teoriler öne sürmektedir. Neyazık ki, Krüger'in bu ilginç çalışmasının ikinci cildi henüz yayınlanmamıştır.

HENRY GOUDY

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ KİŞİLİK HAKKI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Ar. Gör. Başak GÖRGEÇ^(*)

Özet

Çalışmamız 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tüm sözleşmelerde uygulama alanı bulan genel işlem koşullarının kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesine ilişkindir. Kural olarak sözleşme tarafları sözleşme hükümlerini belirlemede özgür olsalar da sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı durumlar mevcuttur. Bu sınırlar arasında yerini alan genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak üzere, önceden ve tek başına hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün bir diğer sınırı ise kişilik hakkı tarafından çizilmektedir. Taraflar, sözleşme hükümleri ile birbirlerinin kişilik hakkını ihlal edemezler. Bir sözleşmede yer alan hüküm, taraflardan birinin kişilik hakkını ihlal ederken aynı zamanda genel işlem koşulu kapsamında da yer alabilir. Bu durumda kişilik hakkının ihlaline ilişkin yaptırımın mı genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımların mı uygulanacağı konusu gündeme gelir.

Anahtar Kelimeler: genel işlem koşulları, kişilik hakkı, sözleşme özgürlüğü.

Abstract

This study is about consideration of general standard terms and conditions, which is regularized by the Turkish Obligation Code numbered 6098 and be able to be executed to all contracts, within the personal right. Even the parties are free to determine the terms of the contract, there are some situations that restrict this freedom. General standard terms and conditions as

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

one of the restrictions, are contract terms that are determined before and only by one of the parties to be used in several different contracts and offered to the other party. Another boundary of freedom of contract is drawn by the personal right. Parties may not abuse each others personal right by the terms of a contract. A contract term may cause violation of personal right and may be in the content of general standard terms and conditions at the same time. In this case the question of whether the sanction of violation of personal right or the sanction of general standard terms and conditions will be applied, comes to the fore.

Key Words: *general standard terms and conditions, personal right, freedom of contract.*

I. Genel İşlem Koşulları

İki veya daha fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından meydana gelen sözleşme, dünyada yaşanan gelişmeler sonucunda iki tarafın da söz sahibi olduğu görüşmeler sonrasında kurulmaktan gittikçe uzaklaşmaktadır. Tüketicimin fazlalaştığı hayatımızda sözleşmeler, tarafların sözleşme hükümlerinde eşit olarak söz sahibi olduğu hukuki işlemler olmaktan çıkmış, güçlü olan tarafın neredeyse tek elinde hazırlanır hale gelmiştir. Zayıf olan taraf ise sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmek ya da sözleşmeden tamamen vazgeçmek arasında seçim hakkına sahip haline gelmiştir.

A. Genel Olarak

Sözleşmelere hâkim olan ilkelerin başında gelen irade serbestisi, iki yöne sahiptir. Sözleşme yapma özgürlüğü yönü ile kişinin dilediği kişi ile sözleşme yapabilmesini ifade eder¹. İstisnalar haricinde kişi istemediği bir sözleşmeye

¹ REHBINDER Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne (Çev. TEOMAN Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHF, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 643 (641-653); TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 362; SEROZAN Rona, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1013 (1013-1030); ATAMER Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s. 9 (ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi); AYRANCI Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜFHD, C.52, S. 3, Ankara 2003, s. 229

taraf olmaya zorlanamaz². Sözleşmenin konusunu belirleme ve içeriğini düzenleme özgürlüğü yönü ile kişinin sözleşme konusunu, sözleşme tipine bağlı

vd.(229-252); HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 25; YALÇIN Onur, Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006, s. 41; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010 s. 270 vd.; AYAN Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Konya 2010, s. 140; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU), s. 501 vd.; REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'ndaki değişikliklerde işlenerek güncelleştirilmiş ve genişletilmiş 22. Bası, İstanbul 2011, s. 130; KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Ankara 2011, s. 73 vd.; HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 58; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2011, s. 24; BAŞALP Nilgün, Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimın Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 221 vd.; COLLINS Hugh, The Impact of The Human Rights Law on Contract Law in Europe, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 13/2011, Nisan 2011, s. 5 vd., <http://www.ssrn.com/abstract=1837429> (Erişim Tarihi 16.03.2012); ARIKAN Mustafa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 69 (69-74). ANTALYA O. Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2012, s. 261; TOPUZ Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1138.

² Sözleşme özgürlüğünün istisnasını oluşturan sözleşme yapma zorunluluğu, kanundan ya da tarafların önceki taahhüdünden kaynaklanabilir. Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu, çoğunlukla kamu hukukundan doğmakta olup, örnek olarak PTT, Türkiye Elektrik Kurumu gibi kamu hizmeti veren kamu kurumları, idareleri ya da imtiyaz yolu ile kamu hizmeti yerine getiren işletmelerin gerekli şartları yerine getiren ve başvuruda bulunan herkes ile sözleşme yapma yükümlülükleri olduğu verilebilir. Özel hukuk açısından çok sık rastlanmamakla beraber kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu halleri mevcuttur. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 5'e göre, üzerinde numunedir ya da satılık değildir ibaresi bulunmayan bir malın, ticari bir kuruluşun açıkça görülebilir bir yerinde sergilenmesi onun stokta bulunduğu anlamına gelmekte, satıcı da teşhir etmekte olduğu malların satışından kaçınmaz. Tarafın önceki taahhüdünden kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu ise tarafların bir sözleşme yapma vaadi ile sözleşmenin yapılacağına ilişkin vaatte bulunmalarıdır. Sözleşme yapma vaadi kendi başında bir sözleşme olup, tarafların üstlenmiş oldukları borç, vaad edilen sözleşmenin yapılmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 365 vd.; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 26 vd.; AYRANCI, s. 232 vd.; EREN, s. 272 vd.; AYAN, s. 141 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 506 vd.; REİSOĞLU, s. 73 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 59; OĞUZMAN/ÖZ, s. 194 vd.; BAŞALP, s. 222 vd.; ANTALYA, s. 262 vd.

kalmak zorunda olmadan serbestçe belirleyebilme özgürlüğüne sahip olduğu anlamını taşır. Ancak unutulmaması gereken, tarafların sahip oldukları bu özgürlüklerin bazı sınırlandırmalara da sahip olduğu gerçeğidir. Tarafların sözleşmenin konusu belirlemede ve sözleşme düzenlemede özgür olmaları, sözleşmenin emredici hukuk kurallarına, kişilik hakkına, kamu düzenine ya da ahlak ve adaba aykırı bir sözleşme yapabilecekleri anlamını taşımaz.

Türk hukukunda sözleşmelere ilişkin düzenlemeler esas olarak irade serbestisini dikkate alınarak yapılmıştır. Ancak yapılan her sözleşme, tarafların her ikisinin de iradelerine bağlı olarak gerçekleştirilmemektedir. Bazı sözleşmeler, taraflardan birinin ve genel olarak sözleşme konusu açısından daha güçlü olan tarafın iradesine uygun olarak düzenlenmekte, karşı tarafa ise kabul beyanında bulunma bırakılmaktadır³.

Sözleşme özgürlüğünün tek taraflı kullanıldığı hallerden biri, genel işlem koşullarıdır. Genel işlem koşullarında sözleşme hükümlerini taraflardan biri önceden belirlerken, sözleşmenin diğer tarafını oluşturacak kişinin elinde sadece sözleşmeyi yapma ya da yapmama konusunda bir özgürlük kalmaktadır. Avrupa hukukunda, genel işlem şartları, genel sözleşme şartları, “take it or leave it”, iltihakî sözleşme ifadeleri kullanılmakta olan bu tip sözleşmeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda⁴ genel işlem koşulları olarak adlandırılmıştır⁵.

TBK düzenlemesinden önce, Türk Hukukunda genel işlem koşullarına ilişkin, tüm sözleşmeleri kapsayacak ölçüde geniş bir koruma hükmü bulunmamaktaydı. TBK’den önce genel işlem koşullarına ilişkin uygulanmakta olan iki düzenleme vardı. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Ka-

³ BAŞALP, s. 225; ALTOP Atilla, Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, Derleyen Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, s. 30, (ALTOP, Sempozyum) (27-44); ÖZ Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_128.pdf, Erişim Tarihi: 16 03 2012, s. 130 (128-151). HAVUTÇU, sözleşme taraflarından güçsüz olanın sahip olduğu sözleşme özgürlüğünün şekli olduğunu, maddi anlamda sözleşme özgürlüğünün varlığından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir, s. 30.

⁴ RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 154 vd.; HAVUTÇU, s. 30 vd.; YALÇIN, s. 42; ALTOP Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e Armağan, İstanbul 2007, s. 1, (Makaleye internet aracılığı ile ulaşılmıştır. İnternet Erişimi: <http://demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2012); İNAL H. Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009, s. 210; EREN, s. 197; KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU, §23, s. 229, N. 5; ALTOP, Sempozyum, s. 30; ÖZ, s. 130.

nun⁶, bu kanunda yer alan sözleşmelerdeki haksız şartlar hükmüne dayanılarak çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁷, tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşullarına ilişkin hüküm içeren düzenlemelerdir⁸.

2003 yılında TKHK’ya eklenen düzenlemeyle m. 6 uyarınca, “*satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birinin tüketici olduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığını ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 6/A, 6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A ve 11/A maddelerinde yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmeleri en az on iki punto ve koyu siyah harflerle düzenlenir ve sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik satıcı veya sağlayıcı tarafından derhal giderilir. Bankalık standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların tespit edilmesine ve*

⁶ RG, T. 08.03.1995, S. 22221.

⁷ RG, T. 13.06.2003, S. 25137.

⁸ TKHK m. 6 ve bu hükme dayalı çıkarılan Yönetmelik kapsamında, sadece tüketici sözleşmeleri denetlenmektedir. Tüketici sözleşmesinde yer almakla beraber tarafların aralarında müzakere etmedikleri sözleşme koşulları denetime tabi tutulmuştur. Bu hükümlerin denetime tabi tutulmasının sebebi, mevcut ekonomik sistemde gerekli olan önkoşulların yeniden yaratılması ve taraflar arasında bozulmuş olan güç dengesinin eşitlenmesinin amaçlanmasıdır. Öte yandan bahsi geçen düzenlemelerde yapılan haksız şart tanımlaması ATAMER tarafından eleştirilmektedir. Tanımlarda “iyiniyet” kavramına yer verilmesinin, iyiniyetin hukuki sonucun doğmasına engel bir olgu ya da durumun bilinmemesi ve bilinmesinin gerekmemesi anlamı taşıdığını, bu nedenle burada 93/13/EEC sayılı direktifte değinildiği gibi dürüstlük kuralından bahsedilmesi gerekir. Ayrıca bkz. ATAMER Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 295 vd., (ATAMER, Armağan); ÖZ, s. 129; İNAL, s. 212; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 231, N. 9; OĞUZMAN/ÖZ, s. 176 vd.; ATAMER Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 10, (ATAMER, Sempozyum); SİR-MEN Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 109 vd.; BAŞ Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 276 vd.

bunların sözleşme metninden çıkartılmasının sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.” Bakanlık tarafından çıkarılmış olan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 5’e göre ise sözleşme şartının önceden hazırlanması ve özellikle standart sözleşmede yer alması sebebi ile tüketicinin sözleşme şartının içeriğine müdahalede bulunamaması halinde, bu şartın tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda, standart sözleşme olduğu kabul edilirse, bu sözleşmede yer alan bir hükmün belirli unsurlarının ya da münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Satıcı ya da sağlayıcı, söz konusu hükmün tüketici ile tartışıldığını ve bu şekilde sözleşmeye eklendiğini ileri sürmekte ise bunu ispatlamak ile yükümlüdür. Aynı maddenin son fıkrasında, yol gösterici olduğu ve sınırlayıcı olmadığı belirtilen bir haksız şart listesinin Yönetmeliğin sonuna eklendiği hatırlatılmaktadır⁹.

Yönetmelik m. 7’de ise satıcı, sağlayıcı ya da kredi veren tarafından sözleşmeye konulan haksız şartların batıl olduğu kabul edilmiş, bu hükümlerin dışındaki hükümler ile sözleşmenin ayakta tutulmasının mümkün olması halinde sözleşmenin bu hükümlerin batıl olmasına rağmen geçerliliğini koruyacağı düzenlenmiştir. TKHK ve Yönetmelik ile sağlanan koruma, tüketici sözleşmeleri ile sınırlı olduğundan genel işlem koşullarına ilişkin genel bir korumanın varlığı ihtiyacı karşılayamamaktaydı.

Yönetmelik m. 8’de ise Avrupa Konseyi’nin 05.04.1993 tarih ve 93/13/EEC sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Koşullara İlişkin Direktifi uyarınca, meşru bir menfaati olan gerçek ya da tüzel kişilere, hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasını önlenmesini sağlama amacı ile dava açma hakkı tanınmıştır¹⁰.

⁹ 93/13/EEC sayılı Direktifin ekinde verilen listenin tercümesi olan söz konusu haksız şart listesi için bkz. EK-1.

¹⁰ 93/13/EEC sayılı Direktifin (OJ. 21.04.1993), 7. maddesinin 2. fıkrasında yer almakta olan düzenleme uyarınca, “1. paragrafta belirtilen araçlar, mahkemelerin veya yetkili idari organların genel kullanım için hazırlanan akdi şartların haksız olup olmadığını belirlemeleri ve böylece söz konusu şartların devamlı şekilde kullanımını engellemek üzere uygun ve etkili araçları uygulayabilmeleri amacıyla ulusal mevzuat kapsamında tüketicilerin korunması konusunda meşru bir çıkarıya sahip olan kişi veya kuruluşların mahkemelerde veya yetkili idari organlar önünde ilgili ulusal mevzuat uyarınca harekete geçebilmelerine yönelik hükümleri içerir. (OJ. 21.04.1993). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında haksız şartlara ilişkin düzenleme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER Armağan, s. 292-329; ALTOP, Sempozyum, s. 33; ÖZ, s. 133; İNAL, s. 221 vd.

TKHK'dan önce ise Türk Hukukunda genel işlem koşullarına karşı koruma istisnai olarak yapılan özel düzenlemeler haricinde¹¹ genel hükümler ile sağlanmaya çalışılmaktaydı. Genel hükümler ile sağlanan koruma, daha çok kanunlarda yer alan emredici hükümlere, kişilik hakkına, ahlaka, dürüstlük kuralına aykırılık, gabin gibi kurumlara dayanmaktaydı¹².

B. Genel İşlem Koşulu Kavramı ve Denetimi

Genel işlem koşullarına ilişkin TBK düzenlemesi ile genel işlem koşullarına karşı oluşturulan korumanın, genel işlem koşulları içeren sözleşmenin taraflarını kimlerin oluşturduğuna bakılmadan uygulanması amaçlanmıştır¹³.

1. Kavram

Genel işlem koşulları, TBK m. 20'de tanımlanmıştır. Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, genel işlem koşulları, bir sözleşmenin yapılmasında düzenleyen kişinin, ileride birden fazla benzer sözleşmede kullanmak üzere, tek başına hazırladığı ve karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir¹⁴. Söz

¹¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1266/2 (RG, T. 09.07.1956, S. 9353). Bankalar açısından TBK'da hüküm altına alınan genel işlem koşullarının yansımaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTALP Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 81 vd.. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 76/2 hükmü uyarınca, bu kanunun 4. maddesinde yer alan faaliyet konularına ilişkin bankalar ile bireysel müşterileri arasında yapılacak sözleşmelerin şekil yönünden ve içerik anlamında barındırması gereken asgari hususlar ile tip sözleşmelerin uygulanacağı işlemler, kurulun uygun görüşü alınarak kuruluş birlikleri tarafından belirlenmekte, TKHK hükümleri de saklı tutulmaktadır.

¹² ALTOP, s. 2 vd.; İNAL, s. 224; ALTOP, Sempozyum, s. 32; ATAMER, Sempozyum, s. 10.

¹³ ATAMER, Armağan, s. 292; ATAMER, bu düzenleme ile tüketicilerin koruma altına alınmasının yanı sıra tacirlerin de koruma altına alındığını belirtmektedir, bkz. s. 322; ALTOP, s. 4; ALTOP, Sempozyum, s. 33. Tacirlerin tüketiciler kadar yoğun bir korumaya ihtiyaç duymayacaklarının açık olduğuna ilişkin bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 228, N. 3; ATAMER, Sempozyum, s. 10; ATAMER, yapılan düzenlemenin olumlu olmasına karşın, düzenlemenin şekillendirilmesi sırasında TKHK düzenlemesinin dikkate alınmamış olduğuna dikkat çekmektedir. ATAMER ayrıca, TKHK düzenlemesinin dikkate alınmamış olmasının yanı sıra, mukayeseli hukukta mevcut düzenlemelerin de incelenmemiş olduğunu hatta aynı dönemde hazırlanan ve TBK m. 25'e oranla daha elverişli ve amaca uygun olduğunu belirttiği TTK düzenlemesinin de göz ardı edildiğini belirtmektedir, bkz. s. 10.

¹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 156; YALÇIN, s. 43; EREN, s. 197; ATAMER, Sempozyum, s. 12; Baş, s. 279; ALTOP makalesinde, TBK'nın genelinde kullanılan dile uyum sağlanması amacı ile "sözleşme yapılırken" ifadesinin kullanılması yerine "sözleşme kurulurken" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağını belirtmiştir,

konusu koşulların, sözleşmenin metninde ya da sözleşmenin ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü veya şeklinin farklılık arz etmesi genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesinde önem arz etmez. Alman Medeni Kanunu'nda¹⁵ (BGB), genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme §305 vd. da yer almaktadır. BGB'de genel işlem koşullarının tanımını içeren §305/1'e göre genel işlem koşulları, sözleşmenin taraflarından birince diğer tarafa sözleşmenin başlangıcında sunulan ve birden fazla sözleşme için önceden formüle edilen, her türlü sözleşme hükümleridir. Bu hükümlerin fiziksel olarak sözleşmeden ayrılmış olmaları ya da sözleşme metninin bir parçası olmaları, bu hükümler

ALTOP, s. 5; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 61; ALTOP, Sempozyum, s. 36; REİSOĞLU, s. 69; KILIÇOĞLU, s. 112; ARIKAN, s. 69; ANTALYA, s. 299; KUNTALP, s. 90; TOPUZ, s. 1139. Yargıtay 13. HD, E. 2009/9084, K. 2010/235, T. 20.1.2010, "4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6.maddesi ile sözleşmelerdeki haksız şart düzenlenmiş ve "Satıcı ve sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı, değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığı ileri sürüyorsa, bunu ispat yükü ona aittir. 4077 Sayılı Kanunun değişik 6. ve 31.maddelerine dayanılarak hazırlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 7.maddesinde "satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tüketici ile akdedilen sözleşmede kullanılan haksız şartlar batıldır" hükmü getirilmiştir. Taraflar arasındaki 8.7.2003 tarihli sözleşmenin 11.maddesinde acentenin sözleşmeye uymaması halinde Türsab Kütahya Çizelgesi'nin uygulanacağı belirtilmiş olup ilgili çizelgede de yazılı belge ile ispat zorunluluğu getirilmekle ve ayrıca ayıplı hizmet yerine sunulan hizmetin tüketici tarafından kabulü halinde tüketicinin ayıplı hizmet iddiasından feragat etmiş sayılacağına ilişkin düzenleme tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir."(Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

¹⁵ 01.04.1977 yılında yürürlüğe giren ve 31.12.2001 tarihine kadar geçerliliğini koruyan Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Kanun (Gesetz Über Allgemeine Geschäftsbedingungen, kısaca AGB-G) genel işlem koşullarına ilişkin olarak Almanya'da yapılan ilk pozitif düzenleme idi. Bu düzenleme daha sonra BGB'nin 305 vd maddeleri olarak BGB düzenlemesine dâhil olmuş ve yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme uyarınca genel işlem koşulları, sözleşme taraflarından birinin diğerine, sözleşmenin yapılması sırasında sunduğu ve birçok sözleşme için önceden formüle edilen sözleşme koşulları olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu kanun, BGB'ye eklenirken büyük değişiklikler geçirilmemiştir. Her iki düzenleme incelendiğinde hükümlerde büyük farklar olmadığı görülmektedir. Ayrıca AGB-G hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. REHBINDER (Çev. Ömer TEOMAN), s. 647; ÖZ, s. 131; HAVUTÇU, s. 73; ARIKAN, s. 69 vd.

için kullanılan şekil, yazı türü ve büyüklüğü ya da sözleşmenin aldığı şekil genel işlem koşulları olmaları ile ilgili değildir.

Madde gerekçesine bakıldığında, TBK’da yer alan sözleşmeye ilişkin hükümlerin temelinde tarafların karşılıklı olarak sözleşmede yer alacak her konu üzerinde tartışarak pazarlık yaparak anlaştıkları inancı yer almakta olduğu görülür. Diğer bir söyleyişle TBK düzenlemelerinde, tarafların, bir sözleşme hazırlarken bu sözleşmeye dâhil olacak konuları ve sözleşmenin detaylarını beraber belirledikleri kabul edilmektedir. Ancak yaşanan ekonomik ve sosyal gelişmeler tarafların koşullarını birlikte belirledikleri sözleşmelerin yerine taraflardan birinin hazırladığı sözleşmeler ön plana çıkmaya başlamıştır. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler ile sözleşmenin bir tarafı, sözleşmeyi diğer tarafın istediği şekilde kabul etmek ya da sözleşmenin konusu olan edimden vazgeçmek durumunda kalmaktadır. Bu durumun engellenmesi ve tarafların her birinin sözleşme görüşmelerinde söz sahibi olabilmesinin sağlanması amacı ile genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

TBK m. 20/1 hükmü uyarınca, sözleşmede yer alan bir hükmün genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle bu hükmün sözleşmenin taraflarından birince tek başına düzenlenmiş olması gerekir. Diğer bir ifade ile sözleşmenin güçlü tarafını olan kişi, sözleşmenin hazırlanması esnasında karşı tarafın görüşünü almadan hükmün sözleşmede yer almasına karar vermiş olmalıdır¹⁶.

Kanun lafzında “düzenleyen” terimine yer verilmesine karşın, bu terimden anlaşılması gereken sadece düzenleyen kişi olmamalıdır. Zira sözleşmenin hazırlanması esnasında taraflardan biri bizzat sözleşme hükümlerini belirleyebileceği gibi bir başkasından da yardım olabilir. Başka birine danışarak hazırlanmış olan hüküm ya da bizzat başkasına sözleşmede yer alacak olan hükümlerin hazırlanması yetkisi verilmiş kişinin belirlediği hüküm genel işlem koşulu olarak değerlendirmeye tabidir. Bunun yanı sıra sözleşme

¹⁶ Yargıtay 13. HD, E. 2006/13233, K. 2007/1091, T. 1.2.2007, “Devre Tatil Sözleşmesinin 27/son maddesinde davalı şirketin tespit ettiği işletme giderlerine itiraz edilmeyeceği belirtilmiş ise de, davacılar ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu kanıtlanmayan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde davacılar aleyhine dengesizliğe neden olabilecek bu hüküm, 4077 sayılı Kanun kapsamında haksız şart niteliğinde olduğundan geçersizdir.” (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012). KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, bir tarafın hazırladığı ve son şeklini verdiği genel işlem koşulunun bu aşamada herhangi bir hüküm doğurmayacağını, sözleşmenin karşı tarafınca kabul edilmedikçe sözleşmenin içeriğine dahil olmayacağını ve hukuken bir değere sahip olamayacağını belirtmektedir, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 229, N.5; ATAMER, Sempozyum, s. 14 vd..

hükümlerini hazırlamakta olan taraf, bir başka sözleşmede yer alan bir hüküm kendi sözleşmesine dâhil etmiş de olabilir. Bu durumda da genel işlem koşullarına ilişkin denetim bu hüküm de kapsayacaktır. Bu nedenle “düzenleyen” ifadesi yerine “kullanan” ifadesine yer verilmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz¹⁷. Ayrıca BGB’deki düzenlemeye bakıldığında, §305/1’de “kullanan” ifadesine yer verildiği görülür.

Sözleşme hükmünün sözleşme yapıldığı sırada değil daha önceden hazırlanmış olması gerekir. Diğer bir söyleyişle, genel işlem koşulu olan bir hükümden bahsedilebilmesi için bu hükmün sözleşme görüşmelerinde tarafların karşılıklı anlaşmaları sonucunda sözleşmeye eklenmiş değil, taraflardan birinin önceden hazırlayıp sözleşmeye dâhil etmiş olduğu bir hükmün varlığı gereklidir¹⁸.

Önceden ve taraflardan birince tek başına hazırlanmış olan sözleşme hükmü, benzer sözleşmelerde daha sonra da kullanılmak üzere düzenlenmiş olmalıdır. Sözleşmede yer alan hüküm, birden fazla sözleşmede kullanılmak amacı ile düzenlenmiş ise genel işlem koşulu değerlendirmesi kapsamında yer alır. Öte yandan, söz konusu hükmün tek sözleşmede kullanılmış olması yani ikinci bir sözleşmede yer almaması durumu değiştirmez, önemli olan hükmün hazırlanması sırasında sözleşme tarafının bu hüküm başka sözleş-

¹⁷ Aynı yönde, ATAMER, Armağan, s. 324; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 69; ALTOP, Sempozyum, s. 42; ARIKAN, s. 71; ANTALYA, s. 300; ATAMER, Sempozyum, s. 15.

¹⁸ Yargıtay 13. HD, E. 2008/3546, K. 2008/10759, T. 18.9.2008, “Dosya kapsamından takip dayanağı sözleşmenin satıcı tarafından tek yanlı ve matbu olarak hazırlandığı, rakam, isim ve adreslerin yazılarak doldurulduğu ve sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Tüketici aleyhine olan tazminat ve fahiş faiz oranının tüketici ile müzakere edildiği ispat edilememiştir. Bu durumda sözleşmedeki tazminat ve faiz oranına ilişkin hükümlerin haksız şart olduğunun kabulü gerekir.” (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 20.03.2012); Yargıtay 15. HD, E. 2002/109, K. 2002/1845, T. 16.4.2002, “Davalı iş sahibinin davadan önce ilk yakınması üzerine yetkili servis elemanlarınca yapılan tamiri saptayan tutanak altında genel işlem şartı olarak konulmuş ibare devam edegelen ve gider artan ya da sonradan çıkan ayıpların ibrası olarak kabul edilemez.” (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 20.03.2012). Yargıtay 18. HD, E. 2005/9943, K. 2006/734, T. 7.2.2006 tarihli, üniversite tarafından öğrenim için yurtdışına gönderilen ile yapılmış sözleşmede yer alan hüküm ile ilgili kararında; “Somut olayda, akdın tarafı olan üniversitece tek yanlı hazırlanmış genel işlem şartı niteliğindeki taahhütnamede konulmuş olan cezanın fahiş olduğu ortadadır. Tarafların tacir olmadıkları da göz önüne alındığında, cezanın Borçlar Yasasının 161/son maddesince ve hakkaniyete uygun biçimde indirilmesi suretiyle hüküm tesisi gerekir.” sonucuna varmıştır; benzer kararlar için; Yargıtay 15. HD, E. 2002/6340, K. 2003/143, T. 14.1.2003; Yargıtay 15. HD, E. 2004/3978, K. 2005/1888, T. 30.3.2005; Yargıtay 18. HD, E. 2005/10472, K. 2006/949, T. 14.2.2006; Yargıtay 15. HD, E. 2000/114, K. 2000/612, T. 14.2.2000 (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 20.03.2012)

melerde de kullanmayı planlamış olmasıdır. Genel işlem koşulu olabilecek hükmü içeren sözleşmelerin metinlerinin özdeş olması, genel işlem koşulu denetimi için zorunlu değildir. Diğer bir ifade ile sözleşme metinlerinin özdeş olmaması bu sözleşmelerde yer alan ortak hükümlerin genel işlem koşulu sayılmasına engel olmaz¹⁹.

Sözleşme hükmünün bir tarafça tek başına, önceden ve birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olması genel işlem koşullarına ilişkin denetime tabi olması için yeterlidir. Hükmün sözleşmenin ana metninde ya da ekinde yer alması genel işlem koşulu denetiminden muaf olmasına yol açmaz. Aynı şekilde, sözleşmenin diğer hükümleri ile aynı yazı tipi ve şekline sahip olması ya da farklı bir yazı tipi ve şekil ile sözleşmede yer alması karşı tarafın bu hükmü özellikle okuduğu ve ardından kabul etmiş olduğu anlamını taşımaz.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmeye, sözleşmede yer alan bu koşulların her birinin ayrı ayrı tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin kayıtların konulması da bu hükümleri genel işlem koşulu olmaktan çıkarmamaktadır²⁰. Diğer bir ifade ile genel işlem koşullarının tarafların üzerinde müzakere ederek sözleşmeye dâhil edildiğine ilişkin hükümler, bu koşulları genel işlem koşulu olarak tanımlanmaktan alıkoyamaz.

Genel işlem koşulları ile ilgili hükümler, sundukları hizmetin kanun ya da yetkili makamlardan alınan izin ile yürütmekte olan kişi ya da kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır. Bu düzenlemenin varlığı, genel işlem koşullarına büyük bir uygulama alanı sağlar²¹. Zira günlük hayatta yapılan sözleşmelerin büyük bir çoğunluğu, kanu-

¹⁹ HAVUTÇU, s. 84; ALTOP, bu düzenlemenin genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerinin dolanılması yasağının somut görünümü olarak kanunda yer almasının olumlu bir gelişme olduğunu belirtmektedir, s. 6; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 66; ALTOP, Sempozyum, s. 37; REİSOĞLU, s. 70; KILIÇOĞLU, s. 113; ARIKAN, s. 70; ANTALYA, s. 301; ATAMER, Sempozyum, s. 19.

²⁰ HAVUTÇU, s. 88; ALTOP, s. 6 vd; REİSOĞLU, s. 71; ALTOP, Sempozyum, s. 37; ANTALYA, s. 302; ATAMER, Sempozyum, s. 21.

²¹ ALTOP, Sempozyum, s. 38 vd. ALTOP, Sempozyumda Elektrik İdaresi ile arasında geçen bir olaya değinmiş, yeni satın alınan dairenin elektrik sözleşmesini üzerine almak için idare başvurduğunda eski malikin ödememiş olduğu elektrik faturalarını ödememesi halinde kendisi ile sözleşme yapılmayacağı, üstelik faturaların ödenmediğinin bu görüşme sayesinde belirlendiğini, elektriğin faturaların ödenmemesi halinde derhal kesileceği cevabı ile karşılaşmıştır. Yaşamış olduğu olayın söz konusu hükmün gerekliliğine güzel bir örnek olduğunu belirtmiştir.

nun izin vermesi ya da yetkili makamdan alınan izin ile yürütülen hizmetlere ilişkindir. Bu kişi ya da kuruluşların hazırlamış oldukları sözleşmeler, TBK m. 20/1 kapsamında genel işlem koşulu olarak değerlendirilmeye yeterli olmayacak hükümlerden oluşsa dahi bu kişiler tarafından hazırlanan sözleşmeler genel işlem koşulları düzenlemelerinin kapsamında yer alır. Bu sözleşmelere; hastanelerle yapılan hasta kabul sözleşmeleri, bankalar ile yapılan kredi sözleşmeleri²² ya da kredi kartı sözleşmeleri, cep telefonu abonelik sözleşmeleri, paket tur sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri örnek olarak verilebilir²³.

2. Genel İşlem Koşullarının Kapsam Denetimi

Sözleşmede yer alan bir hükmün genel işlem koşullarına ilişkin şartları sağlaması halinde tabi tutulacağı ilk denetim kapsam denetimidir²⁴. Kapsam denetiminde, söz konusu genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında yer alıp almayacağı değerlendirilir. TBK m. 21 uyarınca, iki ihtimalde sözleşmede yer alan genel işlem koşulu yazılmamış sayılır. Öncelikle bu ihtimaller üzerinde durulması gerekir.

TBK m. 21/1, karşı tarafın menfaatine aykırı bir genel işlem koşulunun söz konusu olduğu durumlarda, bu genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında yer alması için, sözleşmeyi hazırlayan tarafın uyarıda bulunmasını

²² Bankalar ile yapılan birçok sözleşmede, özellikle kredi sözleşmesi, mevduat ve genel hesap sözleşmeleri, kiralık kasa sözleşmeleri, dış ticaretin finansmanına yönelik sözleşmeler ve benzeri hukuki ilişkilerde yer alan tüm koşullar genel işlem koşulları kapsamında yer alabilir. Bu koşullara, faiz, komisyon, mali yükümlülükler, banka kayıtlarının kesin delil teşkil edeceğine ilişkin kayıtlar, sözleşmenin sona erme şartları, akreditif açma kayıtları örnek olarak gösterilebilir. Bu hükümler uygulamada banka ile sözleşme imzalamak isteyen müşterinin tartışma konusu yapamayacağı ancak müzakere edilerek kabul ettiğine ilişkin yazılı bir beyanın altını imzalayarak kabul ettiği sözleşme hükümleridir, ayrıntılı bilgi için bkz. YALÇIN, s. 44; KUNTALP, s. 91 vd..

²³ Öte yandan bir avukatın taraflar arasındaki menfaat dengesini kurma amacı ile önceden ve tek başına hazırlamış olduğu metni tarafların olurlarına sunmuş olması halinde genel işlem koşulunun varlığından bahsedilmesi mümkün değildir. Zira bu ihtimalde, tarafların önceden üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmış olan sözleşme üzerinde değişiklik yapma imkanları mevcut olup, tarafların her ikisinin de menfaatlerinin korunması amaçlanmakta, taraflardan herhangi birinin güçsüz konumunda bulunmasından bahsedilmesi söz konusu olamamaktadır. ATAMER, sözleşme tarafı olacak kişilerin, üçüncü bir kişi, kurum ya da kuruluş tarafından hazırlanmış genel işlem koşullarının sözleşmede kullanılması konusunda anlaşmaları halinde de genel işlem koşulunun varlığından artık bahsedilemeyeceğini, taraflar arasındaki bu sözleşmenin bireysel bir sözleşme halini aldığını belirtmektedir, bkz. s. 18.

²⁴ ATAMER, kapsam denetimini yürürlük denetimi olarak adlandırmaktadır, bkz. ATAMER, Sempozyum, s. 11. Tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartlarının yürürlük (kapsam) denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, s. 113 vd.

aramıştır²⁵. Genel işlem koşulları içeren bir sözleşme ile karşılaşan tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının bulunması kanun düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere doğrudan geçersiz kabul edilmemiştir. Diğer bir söyleyişle, genel işlem koşullarının karşı tarafın menfaatine aykırı olması halinde dahi geçerli olma ihtimalleri bulunmaktadır. Bu düzenleme yukarıda bahsedilen sözleşme özgülüğünün bir uzantısı olduğu söylenebilir.

Genel işlem koşulunun sözleşme kapsamına dâhil olabilmesi için, sözleşmeyi sunan tarafın, diğer tarafa, söz konusu hüküm veya hükümlerin varlığı hakkında açıkça bilgi vermelidir²⁶. TBK m. 21/1'in lafzına bakıldığında sözleşmeyi sunan tarafa, genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiştir²⁷. Bu durumda sözleşmeyi hazırlamış

²⁵ Sözleşme hükmü ile sözleşme taraflarından birinin ve çoğunlukla güçlü olan tarafın hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin hükümler, genel işlem koşullu sözleşme olarak karşı tarafın menfaatine aykırı olduğundan, diğer şartların da varlığı halinde bu kapsamda değerlendirilir. Genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme henüz mevcut olmadan önce bu hükümlerle ilgili bkz. SEROZAN, s. 1024. Genel işlem koşullarına ilişkin açıkça bilgilendirme yükümlüğü, sözleşmede yer alan ve karşı tarafın aleyhine olan hükümler hakkında açıkça bilgi verilmesi ve karşı tarafın bu konuda uyarılması gerektiği anlamını taşır. Alman Hukukunda da kabul edildiği üzere genel işlem koşulunu sözleşmeye eklemiş olan taraf bu yönde bir uyarıda bulunur, açıklama yaparsa ve karşı taraf, bu açıklamaların ardından sözleşme hükmünü kabul ettiğini beyan ederse bu durumda genel işlem koşulu içeren sözleşme, bireysel anlaşma haline gelir. Diğer bir ifade ile sözleşme tarafları önceden hazırlanmış sözleşme hükmü üzerinde müzakerede bulunmuş ve taraflar müzakere sonrasında genel işlem koşulu teşkil edecek hükmün sözleşmeye dâhil olması konusunda anlaşmaya vardıkları takdirde genel işlem koşulundan bahsedilemeyecek, bireysel bir sözleşmenin var olduğu kabul edilecektir, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 75 vd. Genel işlem koşulu içeren sözleşmenin varlığı halinde, sözleşmeyi hazırlayan tarafa sözleşmede genel işlem koşullarının yer aldığını bildirmemesi, diğer bir ifade ile sözleşmenin karşı tarafının genel işlem koşullarının varlığından haberdar olmaması durumunda iradelerin uyuşmasından bahsedilemeyeceği ve bu nedenle bu genel işlem koşullarının sözleşme kapsamında yer almayacağı konusunda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, N. 5, dnp. 2; ATAMER, Sempozyum, s. 27; TOPUZ, s. 1144 vd..

²⁶ Yargıtay 13. HD, E. 2011/3576, K. 2011/10221, T. 27.6.2011, "Konut Kredisi Sözleşmesinde, "Müşteri işbu sözleşme hükümleri çerçevesinde kullanılan kredi dolayısıyla, ödenmesi gereken her türlü vergi, resim, harç, sigorta primi, operasyon masrafını... Bank Asya'ya ödemekle yükümlü olduğunu kabul ve taahhüt eder" hükmü mevcuttur. Ancak, bu ücret ve masrafların hangi sebeplerle alınacağına dair sözleşmede ve bilgi formunda açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Davalı banka, sadece kredinin verilmesi için zorunlu olan masrafları tüketiciden isteyebilir. Kredi verilmesi için gereken zorunlu masrafların neler olduğu konusunda ispat yükü ise davalı bankaya aittir. Aksi halde, diğer ücret ve masraflar başlığı altında maktuen belirlenen bir miktarın tüketiciden alınacağına dair hükmün yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğunun kabulü gerekir." (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

²⁷ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 86; HAVUTÇU, s. 109; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 234, N. 16; ANTALYA, s. 304; ARIKAN, s. 72; ATAMER,

olan taraf, sözleşme metnini karşı tarafa sunma ile bu yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul edilmeyecek, açık bir şekilde karşı tarafı koşulların varlığı konusunda bilgilendirecektir. Aksi takdirde genel işlem koşulu sözleşme kapsamında yer almaz. Ancak genel işlem koşulu hakkında açıkça bilgilendirmek tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda genel işlem koşulu içeren sözleşmeyi kabul edecek olan tarafın bu koşulun içeriğini öğrenme imkânına sahip olması da gerekir. Kabul beyanında bulunacak olan taraf, sözleşmede genel işlem koşullarının bulunduğu konusunda bilgilendirilmiş ancak kendisine bu koşulların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamışsa, açıklayacağı kabul beyanı, söz konusu genel işlem koşulunu sözleşme kapsamına dâhil etmeye yetmez²⁸. Diğer bir ifade ile kabul beyanı, beyanda bulunacak olan tarafın açıkça genel işlem koşulunun bulunduğuyla ilişkin bilgilendirilmesi ve bu koşulun içeriği hakkında bilgi sahibi olabilme imkânına sahip olması sonucunda açıklanmış ise genel işlem koşulu sözleşme kapsamında yer alır.

makalesinde genel işlem koşulları düzenlemesine ilişkin bir öneriye de yer vermiştir. Bu öneri ile kapsam denetimi konusunda TBK’da olmayan, “eğer açıkça bilgi verme, kullananın (kanun lafzıyla düzenleyenden) beklenemeyecek güçlükleri beraberinde getiriyorsa, sözleşmenin kurulduğu yerde yapılacak bir ilan yoluyla karşı tarafın uyarılması da mümkündür. Aksi takdirde genel işlem şartları sözleşme içeriği olmaz.” Düzenlemesine yer verilmesinin isabetli olacağını ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Armağan, s. 330; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 235, N. 18; ATAMER, Sempozyum, s. 28.

²⁸ Genel işlem koşulunun sözleşme kapsamında dâhil olması için, kabul beyanın bilinçli kabul olması gerekir. Bu kabul beyanı, kabul edilen sözleşme ve sözleşmede yer alan hükümler hakkında tam bilgi sahibidir. Genel kabul, kabul beyanında bulunan kişinin genel işlem koşullarını okumadan, içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan bu hükümlerin sözleşme kapsamına dâhil olmasını kabul etmesidir ki bu durumda genel işlem koşulu yazılmamış sayılır. Örtülü irade beyanları ile genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil olması, diğer bir ifade ile genel işlem koşullarını sözleşmeye ekleyen taraf, karşı tarafı örtülü olarak uyarıyorsa, TBK düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda, açıkça bilgilendirme aranması sebebi ile mümkün olmayacaktır. Genel işlem koşullarının, sözleşmenin yapıldığı yerde afiş vb. bir yolla ilan edilmiş olması ya da çoğaltılıp yayınlanması halinde, sözleşmenin karşı tarafı olan kişinin, bu hükümleri bilme yükümlülüğünün bulunmaması, gazete vb. yayın araçları takip etmek zorunda olmaması sebebi ile bu şekilde yapılacak bilgilendirmeleri örtülü olarak kabul ettiği söylenemez. Sözleşmenin karşı tarafına verilen fatura, makbuz, kullanma talimatı gibi belgelerin genel işlem koşulları barındırması halinde, yapılan sözleşmenin bu yolla değiştirilmesinin mümkün olmadığı, bu genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olamayacağı kabul edilmelidir. Benzer şekilde uçak, tren, otobüs biletleri, sinema ya da tiyatro giriş kartları gibi belgelerde yer alan genel işlem koşulları da taraflar arasında yapılan sözleşme kapsamında sayılmaz, sözleşmeler bu hükümler olmaksızın kurulurlar, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 99vd.; HAVUTÇU, s. 111 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 232 vd, N. 11 vd; ANTALYA, s. 306; TOPUZ, s. 1146.

Sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının içeriği hakkında karşı tarafa bilgi edinme imkânının tanınması, sözleşme metninin ekleri ile birlikte karşı tarafa sunulması, genel işlem koşullarının bulunduğu belirtilmesi ve koşul okunduğu zaman anlaşılır olmasını içerir²⁹. Sözleşmeyi sunan tarafın, karşı tarafın sözleşmede yer alan genel işlem koşulunun içeriğini öğrenebilme imkânını engellemesi, tam sözleşme metninin karşı tarafa verilmemesi şeklinde olabileceği gibi, metnin tamamının verilmesine karşın koşulların yazımı içeriğinin anlaşılmasını engeller nitelikte olması halinde de söz konusu olur. Genel işlem koşulunun sözleşme konusunda uzman kişiler açısından anlaşılmasının mümkün olması, söz konusu hükmü okuyan herkes açısından da anlaşılır olacağı anlamını taşımadığından herkesçe rahat anlaşılır bir metin sunulması gereklidir.

Genel işlem koşullarının kapsam denetimine tabi tutulurken dikkat edilmesi gereken bir nokta da sözleşmenin asıl metninde yer almayan ancak sözleşmeyi tamamlayan hükümlerin de bu denetime tabi olacağıdır. Genel işlem koşullarının tanımı yapılırken belirtildiği üzere, sözleşmenin metninde, ekinde ya da ayrı olarak sözleşme tarafına sunulan ve genel işlem koşullarına ilişkin diğer şartları ihtiva eden düzenlemeler de genel işlem koşulları olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada bu hükümler de sözleşmenin asıl metninde yer alan genel işlem koşullarının tabi olduğu bütün denetimlere tabi olacaktır³⁰.

²⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 97 vd.; HAVUTÇU, s. 111; ATAMER, Armağan, s. 308; ÖZ, s. 130; ANTALYA, s. 305.

³⁰ Bir hizmet sözleşmesinde yer almasa dahi, işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin genel düzenlemeler hazırlaması da sözleşme kapsamında değerlendirilen düzenlemeler arasında yer alacaktır. Bu durumda bu düzenlemelerin de genel işlem koşullarına ilişkin denetimlere tabi oldukları söylenebilir. Konuya ilişkin özel bir düzenleme olan TBK m. 399 hükmü uyarınca, işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bu talimat ve düzenlemelere dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür. İşverenin işçilerin davranışları ve işin görülmesine ilişkin hazırlayacağı genel düzenlemeler de genel işlem koşullarına ilişkin şartları taşıyabilir. Genel bir düzenlemeden bahsedildiğinden, burada işveren tarafından, birden çok işçiye sunulan ve onlarla müzakere edilmeden hazırlanmış bir düzenlemeden bahsedilmektedir. Bu durumda bu düzenlemelerin de denetime tabi tutulabileceği ileri sürülebilir. Zira bu düzenlemeler de işçi ile işveren arasında sözleşmenin bir parçasıdır ve bu genel düzenlemelere uygun davranılması, işçinin hizmet sözleşmesine aykırı davranışı sonucunu doğurur.

Bu konu incelenirken, iş yeri uygulaması olarak adlandırılan ve işverenin iş sözleşmesi devam ederken iş yerinde uygulanmaya koyduğu bazı değişiklikler de söz konusu olabilir. İş yeri uygulaması, işverenin uygulamada bulunurken ileride bağlayıcı olmasını düşünmemiş olsa dahi, işçilerin aynı türde yararları devamlı olarak elde etmesine imkan sağla-

TBK m. 21/2’de ise sözleşmenin niteliğine ve işin niteliğine yabancı olan genel işlem koşullarına ilişkin kapsam denetimi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmede yer alan ve sözleşme ile işin niteliğine yabancı olan genel işlem koşulları yani şaşırtıcı hükümler yazılmamış sayılır³¹. Bu ihtimalde, sözleşmenin diğer tarafına genel işlem koşulunun varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi ya da bu konuda bilgi edinme imkânına sahip olması ve bu şekilde vereceği bir kabul beyanı, genel işlem koşulunu sözleşme kapsamına dâhil etmede yeterli olmadığı gibi, genel işlem koşulunun sözleşme kapsamı dâhilinde olması için aranmamaktadır.

BGB §305c/1’e göre de genel işlem koşulları, özellikle sözleşmenin dış görünüşüne kıyasen karşı tarafın karşılaşmayı tahmin etmeyeceği derecede olağandışı olduğu durumlarda sözleşmenin kapsamında yer almazlar³². TBK düzenlemesi ile paralel bir düzenleme olan BGB §305c/1 hükmünde de sözleşmeye yabancı olan genel işlem koşullarının diğer bir ifade ile şaşırtıcı hükümlerin sözleşme kapsamında kabul edilmediğine yer verilmiştir.

diği ve bu imkanları sağlamaktan vazgeçme hakkını saklı tutmadığı davranışlar ya da işçilere sözleşmeleri dışında sağlanan imkanlar olarak tanımlanabilir. İş yeri uygulamasından bahsedilebilmesi için, işveren tarafından bu uygulamadan vazgeçme hakkının saklı tutulmamış olması gerekir. Söz konusu uygulamanın sözleşme kapsamında dahil olabilmesi için devamlılık da aranan şartlardan biridir. Bu konuda devamlılık ile kastedilenin arka arkaya üç kez tekrarlanan bir uygulamanın varlığı olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile iş yeri uygulamasının sözleşme kapsamında değerlendirilebilmesi, söz konusu uygulamanın en azından üç kez düzenli olarak tekrarlanmış olmasına bağlıdır. Aynı bir düzenlemede yer almamalarına rağmen iş yerinde uygulanmaya başlanması sonucunda iş yeri uygulaması halini alan durumlar da iş sözleşmesi kapsamında değerlendirilir. İş yeri uygulaması sayılabilecek değişikliklerin işçi lehine olması arandığından iş yeri uygulamasının genel işlem koşulları kapsamında değerlendirilmesine gerek yoktur. Zira iş yeri uygulaması olarak nitelendirilebilecek bir uygulamadan bahsedilebilmesi için işçinin lehine bir gelişmeden bahsedilmesi gerekir. İşçi aleyhine uygulanmaya başlanmış bir durumun iş yeri uygulaması olarak nitelendirilmemesi bu uygulamanın işveren ile işçi arasındaki sözleşme kapsamında değerlendirilmesi engeller. Bu sebeple de söz konusu uygulama genel işlem koşulları kapsamında dikkate alınabilir bir uygulama olmaktan yoksun olur. Ayrıca bkz. ÇELİK, s. 112 vd.; SÜZEK, s. 70 vd.

³¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 165 vd.; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 108 vd.; HAVUTÇU, s. 133; ATAMER, Armağan, s. 324; ALTOP, s. 7; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 238, N. 21; REİSOĞLU, s. 73; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62; OĞUZMAN/ÖZ, s. 173; ALTOP, Sempozyum, s. 41; ANTALYA, s. 309; ATAMER, Sempozyum, s. 29.

³² AGB-G’de genel işlem koşullarının somut bir sözleşmede uygulanmasına ilişkin koşulların yerine gelmesinin, sözleşmenin dış görünümüne göre sözleşmenin karşı tarafının bunu göz önünde bulundurması gerekmekte ise bu genel işlem koşulları sözleşmenin ögesi halinde gelmezler şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı, REHBINDER (Çev. TEOMAN Ömer), s. 648 vd.; ATAMER, Armağan, s. 324; ALTOP, s. 8.

Kapsam denetimi bir görüşe göre kendi içinde iki bölüme ayrılmaktadır. Genel kapsam denetimi olarak adlandırılan ilk bölümde ilişkilendirme ve yürürlük denetimi yapılır. İlişkilendirme denetiminde, TBK m. 21/1 hükmü uyarınca hükümleri düzenleyen tarafın karşı tarafa genel işlem koşullarına ilişkin açıkça bilgi verip vermediği ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlayıp sağlamadığı denetlenir. Yürürlük denetiminde ise bu koşulların karşı tarafça kabul edilip edilmediği ve genel işlem koşullarının sözleşmenin niteliğine ve işin niteliğine yabancı olup olmadığı araştırılır. Özel kapsam denetimi bölümünde ise şaşırtıcı kural denetimi yani TBK m. 21/2 denetimi yapılır³³.

TBK m. 21’de bahsedilen durumlarda yaptırım olarak “yazılmamış sayılma” ifadesi kullanılmıştır³⁴. Yazılmamış sayılma, Türk Hukuku açısından

³³ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 81 vd.; HAVUTÇU, s. 106; AN-TALYA, s. 303 vd.

³⁴ Avrupa Konseyi Sözleşmeler Hukuku Prensipleri hükümlerine de değinilmesi gerekir. Article 6/301 hükmünde haksız şartlar tanımlanmıştır. Bu madde uyarınca, taraflar arasında açıkça müzakere konusu edilmemiş bir sözleşme hükmü, sözleşme ile tarafların hak ve borçları arasında belirgin bir dengesizlik oluşmasına sebep olacak şekilde sözleşmenin karşı tarafı açısından dezavantaj yaratmakta, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekteyse haksız şart olarak adlandırılır. Tacirler arasındaki sözleşmede yer alan ve taraflarca açıkça müzakere edilmemiş olan bir hüküm, ancak ticari teamülden belirgin bir şekilde ayrılmakta ise haksız şart olarak kabul edilir (aynı doğrultuda KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 228, N. 3). Şartların saydamlığı başlığı ile düzenlenmiş olan Article 6/302 uyarınca, açıkça müzakere konusu edilmemiş hükümlerin sade ve anlaşılır bir dille düzenlenmeli ve iletilmelidir. Haksızlık denetiminin kapsamı, Article 6/303’te düzenlenmiştir. Bu başlık altında, kanun hükümlerine, üye devletlerin ya da Avrupa Birliğinin taraf olduğu uluslararası konvansiyonlara dayanan ve özellikle taşımacılık alanındaki sözleşme hükümlerine haksızlık denetimi yapılmaz düzenlemesine yer verilmiştir. Article 6/304’te ise “Article 6/305’te sayılan ve sınırlayıcı olmayan şartlar listesi, tüketici ile yapılan sözleşmelerde yer almaları ve açıkça müzakere edilmemeleri halinde haksız şart olarak kabul edilecek şartları içermektedir” ifadesine yer verilmiştir. Article 6/306 haksız şartların etkileri başlığı altında, haksız şartların onları tedarik etmeyen sözleşme tarafını bağlamayacağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin haksız şartlar olmaksızın ayakta kalabilmesi mümkünse, sözleşme taraflarını bağlar. Bu düzenleme uyarınca, sözleşmedeki haksız şartlar, bu şartları tedarik eden sözleşme tarafını bağlarken sözleşmenin karşı tarafı bu şartlar ile bağlı değildir. Bu durumda sözleşmenin karşı tarafı, sözleşmedeki şartların haksızlığına rağmen uygulanıp uygulanmayacağına karar verme hakkına sahiptir. Sözleşmenin karşı tarafı olan ve haksız şartlar ile bağlı olmayan taraf, bu hükümlerin bağlamazlığını herhangi bir hukuki işlem ile ispatlamak yükümlülüğü altında değildir. Sözleşme ise haksız şartlar olmaksızın varlığını sürdürebilmekteyse bağlılığını her iki taraf içinde sürdürür. Böylece sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin sağladığı avantajlardan mahrum bırakılmaması ve sözleşmenin diğer hükümleriyle mümkün olduğu sürece ayakta tutulmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Sözleşmenin haksız şartlar olmaksızın ayakta tutulmasının sağlayıcı açısından daha avantajlı bir durum yaratmasına bağlı savunma ileri sürülmesi de söz konusu değildir. Bu etkiden kaçınmak için yeterli şartların sağlanması tedarik edenin elindedir. Sözleşmenin

sözleşmelerin geçersizlik türleri arasında alışılmış bir geçersizlik türü değildir. Bu nedenle yazılmamış sayılma ifadesinin ayrı bir geçersizlik türü mü olduğu yoksa genel geçersizlik türlerinden birinin kapsamında mı olduğunun tespit edilmesi gerekir. TBK m. 22 uyarınca yazılmamış sayılma, sözleşmede yer alan genel işlem koşullarına ilişkin olup sözleşmenin diğer hükümleri geçerliliklerini korumaktadır. Bunun yanı sıra sözleşmeyi düzenleyen taraf, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağı bilseydi sözleşmeyi yapmayacağına ilişkin iddiada bulunması da TBK m. 22 ile imkânsız hale getirilmiştir³⁵. Diğer bir ifade ile sözleşmeyi düzenleyen kişi, genel işlem koşulları olmadan sözleşmeyi yapmayacak olduğu iddiasında bulunamayacak ve genel işlem koşullarından arındırılmış sözleşme ile bağlı olacaktır.

TBK’da düzenlenen yazılmamış sayılma, BGB’nin §305 ve §305c düzenlemelerinde sözleşmenin bir parçası olmama olarak yer almaktadır³⁶. Bu noktada BGB düzenlemesinde sözleşme dışında bir unsur olarak görüldüğü ve sözleşmeye hiçbir dâhil olmadığı kabul edilmektedir. TBK düzenlemesinden farklı olarak BGB § 306 uyarınca, genel işlem koşulları tamamen veya kısmen sözleşmenin parçası olarak kabul edilmemiş ya da hükümsüz ise sözleşmenin geri kalanı geçerliliğini korur. Sözleşmenin parçası olmayan ya da hükümsüz olan hükümlerden nedeni ile oluşan boşluklar kanun hükümleri ile doldurulur. Sözleşmenin kanun hükümleri ile tamamlanmasına rağmen ayakta tutulması taraflardan biri için katlanılması beklenemeyecek bir zorluk yaratmakta ise sözleşme hükümsüz olur. BGB § 306 düzen-

esaslı noktalarında haksız şartların öngörülmüş olması ve haksız şartlar olmadan sözleşmenin ayakta tutulması hukuken imkânsız ise artık haksız şartlar dışında kalan sözleşmenin tarafları bağladığından bahsedilemeyecek, sözleşme geçersiz olacaktır. Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Principles of The Existing EC Contract Law (Aquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, München 2007, s. 234-255. ATAMER de eserinde, genel işlem koşullarının sözleşme kapsamında yer almayacağına tespit edilmesinden sonra, sözleşmenin bu hükümler olmadan ayakta kalıp kalamayacağına tespit edilmesi gerektiğine değinmektedir. Sözleşmenin objektif esaslı noktalarının genel işlem koşulları ile düzenlenmiş olması ihtimalinde artık bu hükümler olmadan sözleşmenin geçerliliğini korumasının mümkün olmadığını bu nedenle sözleşmenin hiç kurulmadığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 120 vd. Yazılmamış sayılma yaptırımını düzenleyen söz konusu hükmün gerekçesinde, İsviçre Borçlar Kanununun bono, poliçe ve çeke ilişkin hükümlerinde yer alan yazılmamış sayılma düzenlenmesinden esinlenilmiş olduğunun belirtilmesinin yerine TTK’nın ilgili hükümlerine atıf yapılmasının, zira bu hükümlerdeki düzenlemenin de yazılmamış sayılma yaptırımını içerdiğini konusunda bkz. ATAMER, Sempozyum, s. 31.

³⁵ ALTOP, s. 8; ANTALYA, s. 310 vd.

³⁶ ATAMER, Armağan, s. 325; ALTOP, s. 7.

lemesine genel olarak bakıldığında TBK düzenlemesi ile aralarında büyük ayrılık olduğu görülmektedir. Zira TBK uyarınca düzenleyen tarafın sözleşmenin hükümsüz olduğuna ilişkin herhangi bir iddia ileri sürmesine imkân tanınmaz ve sözleşmenin genel işlem koşulları haricinde geçerli olacağı belirtilmişken, BGB’de sözleşmenin genel işlem koşulları olmaksızın herhangi bir şekilde ayakta tutulması taraflardan biri için kendisinden beklenemeyecek derecede güçlük yarattığında sözleşmenin tamamının geçersiz olacağı düzenlenmiştir. BGB § 306’da kısmi hükümsüzlük durumuna yer verildiğini söylemek mümkündür³⁷, öte yandan TBK’da yer alan yazılmamış sayılmanın nasıl bir geçersizlik olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre yazılmamış sayılma, esnek geçersizlik yaklaşımı kapsamında kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizliktir. Bu görüş uyarınca yazılmamış sayılma sui generis bir geçersizlik türüdür ve yokluk ile kesin hükümsüzlük arasında bulunmaktadır³⁸. Zira yazılmamış sayılma yaptırımı, sadece genel işlem koşullarına ilişkin hükümler ile korunmakta olan tarafça ileri sürülebilir. Diğer bir ifade ile sözleşmeyi düzenleyen kişi, genel işlem koşulunun yazılmamış sayılmasına dayanarak sözleşmenin de hükümsüz olduğu iddiasında bulunamazken, korunan taraf yazılmamış sayılan genel işlem koşulunun bulunduğu sözleşmenin de geçersiz olduğunu ileri sürme hakkını haizdir. Ancak korunan taraf bu iddiada bulunmadıkça ne sözleşmenin karşı tarafı bu geçersizliğe dayanabilir ne de hâkim bu geçersizliği re’sen dikkate alabilir. Sınırlı esnek geçersizlik olarak adlandırılan bu görüş uyarınca, TBK m. 27’de öngörülmüş ve doktrin tarafından kabul edilen kesin hükümsüzlük hali, çürütülmediği sürece klasik kesin hükümsüzlüğün mevcut olduğundan bahsedilir. Kesin hükümsüzlük halinin çürütülmesi iki şekilde karşımıza çıkabilir. İlk olarak kanunda yer alan yasaklayıcı hükmün anlamı ve amacı klasik kesin hükümsüzlükten farklı bir yaptırımın söz konusu olduğunu sonucuna ulaşılmasına neden olabilir. İkinci ihtimal ise kesin hükümsüzlüğün uygulanması gerektiği sonucunun yasaklayıcı hükmün incelenmesinden çıkarılabilmesine karşın, kesin hükümsüzlüğün uygulanması halinde bu hükmün amacına ters düşecek sonuçlar yaratmasıdır. Bu hallerin varlığı

³⁷ Alman Hukukunda, tamamen ya da kısmen genel işlem koşullarının sözleşmeye dâhil olmasına izin verilmemesi, yokluk türünde bir geçersizlik olup, Türk Hukukundaki yokluk ile aynı anlamı taşımamaktadır. Alman Hukukunda, butlan terimi ile hem tam hem kısmi kesin hükümsüzlük hem de yokluk kastedilmektedir, HAVUTÇU, s. 145.

³⁸ ANTALYA, s. 310; TOPUZ, s. 1159.

durumunda klasik kesin hükümsüzlükten ayrılmak gerekir³⁹. TBK'nın genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağına ilişkin düzenlemesi de bu kapsamda değerlendirildiğinde, kesin hükümsüzlükten ayrılmanın ilk ihtimalde belirtilen durumdan kaynaklandığı söylenebilir.

TBK m. 22 düzenlemesine bakıldığında yazılmamış sayılma, yazılmamış sayılan genel işlem koşulunu sözleşmeye ekleyen taraf açısından etkisini göstermektedir. Sözleşmenin tamamına etkili olmayan bir yazılmamış sayılma yaptırımının bulunması, kısmi hükümsüzlüğün söz konusu olduğunu düşündürmektedir⁴⁰. Ancak TBK m. 27/2'de düzenlenmiş olan kısmi hükümsüzlük halinde, sözleşmenin geçerli olmayan hükümlerinin bulunmaması halinde tarafların sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılıyor ise, kısmi hükümsüzlük sözleşmenin tamamına sirayet eder ve sözleşme kesin hükümsüz olur. Öte yandan tarafların iradelerinden kısmi hükümsüzlük sebebi ile geçerli olmayan hükümler olmasa da sözleşme ile bağlı olma isteği anlaşılabilmekeyse sözleşme ayakta tutulur. Genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın farazi iradesinin sözleşmeyi ayakta tutmak olduğunu yönünde kanunda düzenleme olması, bu geçersizliğin kısmi hükümsüzlükten ayrılmasına neden olmaktadır. Bu konuda karar verecek olan hâkim, tarafların iradelerini tespit ederek sözleşmede kısmi bir hükümsüzlük mü olduğunu yoksa sözleşmenin tamamının mı hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirleyecektir⁴¹.

TBK m. 22 düzenlemesine bakıldığında ise kısmi hükümsüzlükten farklı olarak tarafların iradelerinin, kısmi hükümsüzlükte olduğu gibi ne yönde olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. TBK m. 22 emredici bir düzenleme ile taraflardan birinin genel işlem koşulları olmaksızın sözleşmeyi yapmayacak olma iradesinin söz konusu olmayacağını, sözleşmenin bu şartlar haricinde geçerli olacağını belirtmektedir. Ayrıca genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın bu konuda herhangi bir itirazda bulunması, sözleşmeyi genel işlem koşulları bulunmaksızın yapmayacağını belirtmesinin de m. 22 ile önüne geçilmiştir. Bu nedenle genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımın kısmi hükümsüzlük olduğunu ileri sürmek TBK'da genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme ile tam olarak örtüşmemektedir. Madde

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §43, s. 592, N.31.

⁴⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 165 vd.; ARIKAN, s. 72.

⁴¹ BAŞPINAR Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, (Kısmi Butlan), s. 29 vd.

gereğesinde, sözleşmenin karşı tarafının TBK m. 27/2 hükmünden yararlanabileceği belirtilmiştir. Ancak TBK m. 27/2'de düzenlenen kısmi hükümsüzlükte taraf, hükümsüz olan sözleşme hükümleri olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını iddia edebileceğine yer verilmiştir. Genel işlem koşulları açısından bakıldığında, karşı tarafın bu iddiada bulunması pek olası değildir, zira varlığı konusunda bilgilendirilmediği, içeriğini öğrenme imkânından yoksun bırakıldığı bir hükmün ya da sözleşme niteliği ile örtüşmeyen bir hükmün yokluğu halinde bu sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürmesi söz konusu olmaz⁴².

Diğer görüş ise yazılmamış sayılmanın yazılı şekle tabi bir sözleşmede yer alan bir hükmün yazılı şeklin dışında bırakılması anlamını taşıdığı ancak genel işlem koşullarının mutlaka yazılı sözleşmelerde yer alması gerektirdiği de belirtilmiştir. Bu görüşe göre TBK düzenlemesi ile kesin hükümsüzlük sonucuna varılması amaçlanmıştır. Ancak burada kabul edilen geçersizlik kesin hükümsüzlükten daha ağır olduğundan yazılmamış sayılmanın yokluk anlamını taşıdığı ileri sürülmektedir. Yokluk halinden bahsedilmesinin gerekçesi olarak ise yazılmamış sayılmanın, karşı tarafın sözleşmeyi kabul ettiğine ilişkin beyanın bu hükümleri kapsamadığı, bu hükümler açısından irade beyanında bulunmadığı dolayısıyla bu hükümlerin yok hükmünde olduğu ileri sürülmektedir⁴³.

⁴² ATAMER, burada genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması ile sözleşme kapsamında yer almamaları anlamının çıkarılması gerektiğini, bu durumda sözleşme kapsamında bulunmayan bir hükmün yokluğuna dayanılarak sözleşmenin tamamının geçersiz olması gerektiğinin iddia edilmesinin de mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre, yazılmamış sayılma ile kastedilen durum sözleşmenin kapsamında yer almamaktır ve sözleşme kapsamında yer almayan bir hükmün yokluğuna dayanarak tüm sözleşmenin geçersiz olması gerektiği iddia edilemez, bu nedenle de düzenleyen tarafın kısmi butlanda mevcut olan bu imkândan faydalanamayacağını açıkça düzenlenmesine gerek yoktur, ATAMER, Armağan, s. 325.

⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 173; TOPUZ, s. 1157; ATAMER, Sempozyum, s. 32. ATAMER, TBK m. 21 denetimi ile m. 25 denetimlerinin başta kanun koyucu olmak üzere bir çok kişi tarafından karıştırıldığını ileri sürmektedir. TBK m. 21 düzenlemesinde yer alan yazılmamış sayılma halinin, sözleşme taraflarının genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamında dahil olup olmaması konusunda herhangi bir anlaşmaya varmamış oldukları durumlarda söz konusu olduğunu belirtmektedir. Diğer bir ifade ile sözleşme taraflarının irade beyanları, genel işlem koşullarının sözleşmede yer alması konusunda uyduğundan bahsedilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bu durumda kısmi kesin hükümsüzlükten bahsedilmesinin ise imkansız olduğunu, zira tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kurallarına aykırı olmadığını, genel işlem koşulları üzerinde taraflar arasında herhangi bir anlaşmanın gerçekleşmemiş olduğunu haklı olarak belirtmektedir.

Genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasının yok hükmünde oldukları da ileri sürülebilir. Genel olarak yokluk, bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması hali olarak tanımlanır ve yokluk hali hukuki işlemin tamamına ilişkindir⁴⁴. Örneğin, evlendirme memurunun önünde evlenmeye beyanlarının açıklanmaması evliliğin yokluğu sonucunu doğurur, evlenme beyanında bulunanlardan birinin yetkili memur önünde bu iradesini açıklamış olması tek başına yeterli olmadığı gibi yokluk sonucunu da değiştirmez. Genel işlem koşulu da kapsam denetiminden geçemediği takdirde yazılmamış sayılır yani sözleşme yok sayılır. Ancak genel işlem koşullarının söz konusu olduğu durumlarda genel işlem koşullarının yazılmamış, sözleşmenin ise varlığını bu hükümlerden yoksun olarak devam ettireceğinden bahsedilmektedir. Diğer bir ifade ile genel işlem koşullarına ilişkin yokluk, sözleşmenin tamamını etkilememektedir. Bu nedenle genel işlem koşullarına ilişkin yaptırımının yokluk olduğu kabul edildiğinde burada tüm sözleşmeyi kapsamayan bir nevi kısmi yokluk halinden bahsedildiği söylenebilir.

3. Genel İşlem Koşullarının Yorum Denetimi

Bir sözleşmede yer alan genel işlem koşulunun kapsam denetiminden geçmesi, yani sözleşme kapsamında yer aldığı kabul edilmesi halinde tabi olacağı denetim yorum denetimi olacaktır⁴⁵. Yorum denetiminin, sözleşmede yer alan, geçerli olarak kabul edilmiş olan genel işlem koşulunun yorumlanmasına ilişkin kullanılması kabul edilen ilkesi, TBK m. 23’de düzenlenmiştir. TBK m. 23’e göre, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması ya da birden fazla anlama gelebilmesi hallerinde, söz konusu hüküm genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanır⁴⁶.

⁴⁴ TOPUZ, s. 1155 vd..

⁴⁵ Genel işlem koşullarının yorumlanmasında İsviçre ve Almanya Hukuklarında farklılık mevcuttur. İsviçre’de genel işlem koşullarının yorumlanması konusunda, somut sözleşmenin özellikleri dikkate alınarak yorum yapılırken, Almanya’da ise genel işlem koşullarının birden fazla sözleşmede uygulanmasının söz konusu olması sebebi ile genelleyici bir yorum yöntemi tercih edilmektedir, ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 130 vd.; ATAMER, Sempozyum, s. 35.

⁴⁶ ATAMER, makalesinde vermiş olduğu genel işlem koşullarına ilişkin düzenleme önerisinde, bir kaydın, yerini aldığı yedek hukuk kuralının temelindeki asli düşünce ile bağdaşmasının imkânsız olduğu, sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek oranda sınırlandırması ya da açık ve anlaşılır bir dille kaleme alınmamış olması durumlarında ölçüsüz mağduriyetin varlığı kabul edilir şeklinde bir düzenlemenin bulunması gerektiğini belirtmektedir, bkz. ATAMER, Armağan, s. 331; HAVUTÇU,

Yorum denetimine yer veren BGB §305c/2 ise yorumlanmasında tereddüt edilen genel işlem koşullarının kullananın aleyhine yorumlanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme dikkate alındığında TBK m. 23'ün BGB §305c/2 ile paralel bir düzenlemeye sahip olduğu söylenebilir. Genel olarak bakıldığında Roma Hukuku'ndan beri kabul edilen bir yorum şekli olan sözleşmeyi düzenleyen tarafın aleyhine yorum, burada kanun koyucu tarafından özel olarak belirtilmiştir. Sözleşmeyi düzenleyen tarafın, sözleşme metnine hâkim olduğu düşüncesi gereği, sözleşmede anlamı tereddüt yaratan bir hükmün varlığı halinde karşı tarafın menfaati korunmalıdır. Açık ve anlaşılır olmayan her genel işlem koşulu, kendisini düzenleyen ya da BGB ifadesi ile kullananın aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanacaktır. Madde gerekçesine bakıldığında da açık olmayan ve nasıl bir anlam taşıdığı belirlenemeyen genel işlem koşullarının, Roma Hukuku'ndan beri hâkim olan "sözleşme şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır" ilkesine tabi tutulduğu görülmektedir⁴⁷.

TBK m. 23 düzenlemesinde düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum yapılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Burada yapılacak olan yorum sırasında dikkate alınması gereken bir husus da yapılacak yorumun, genel işlem koşulunu içerik denetiminden çıkarıp çıkarmayacağına ilişkindir. Karşı taraf lehine yorum yapılmasına rağmen ve bu yönde yapılacak her yorum içerik denetimini aşmaya yetmeyecek ise bu durumda, yorum denetimi aşamasının atlanması doğrudan içerik denetimine geçilmesi gerekir. Zira bu durumda genel işlem koşulu her ne kadar karşı tarafın lehine yorumlansa da içerik denetimine tabi olacağından geçerlilik kazanmasından bahsedilemeyecektir⁴⁸.

4. Değişirme Yasağı

TBK m. 24'e göre genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede düzenleyene tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü

s. 149 vd; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 239, N. 22; REİSOĞLU, s. 75; KILIÇOĞLU, s. 115; OĞUZMAN/ÖZ, s. 175; ARIKAN, s. 73; ANTALYA, s. 312; SİRMEN, s. 118 vd..

⁴⁷ ALTOP, s. 8. TKHK'da da belirsizlik ilkesi olarak anılan benzer düzenleme uyarınca, sözleşme hükmünün yorumlanmasında düzenleyenin aleyhine yorum ilkesine başvurulmaktadır, ayrıca bkz. ATAMER, Armağan, s. 300.

⁴⁸ ATAMER, Sempozyum, s. 37 vd. Buna karşılık yapılacak yorumlardan bir tanesinin genel işlem koşulunun içerik denetimini aşması sağlayacak olması ancak diğerinin aşmasının mümkün olmadığı durumlarda, söz konusu yorumlardan hangisinin karşı tarafın daha çok lehine olduğuna bakılması gerekir.

değiştirme ya da yeni bir düzenleme getirme yetkisi verilmesi halinde bu yetkinin tanındığı sözleşme hükmü yazılmamış sayılır⁴⁹. Aynı şekilde, genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin içinde yer almasa da ayrı bir sözleşme ile genel işlem koşulları içeren sözleşmede düzenleyene tek taraflı olarak ve karşı tarafın aleyhine değiştirme yetkisi veren hükümler de yazılmamış sayılır.

BGB’de yer almayan bu hüküm uyarınca, genel işlem koşulları ihtiva eden bir sözleşmenin hükümlerinin değiştirilmesi konusunda tek tarafa yetki verilmesi mümkün olmayacaktır. Sözleşmeyi düzenleyene karşı güçsüz konumdaki karşı tarafı koruma amacı ile getirilmiş bu hüküm ile düzenleyenin sözleşmenin yapılması aşamasında sahip olduğu sözleşmeyi yönlendirme yetkisini sözleşmenin sona ermesine kadar geçen sürede de devam ettirmesini ve bu yolla karşı tarafın aleyhine düzenlemeler getirmesi engellenmek istenmiştir.

Ana sözleşmede ya da sonradan yapılan sözleşmede düzenleyene sözleşme hükümlerini tek taraflı değiştirme yetkisi veren bu genel işlem koşulları da yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulmuştur⁵⁰. Bu durumda, kapsam denetiminde olduğu gibi, sözleşmeye değiştirme yasağına aykırı bir hüküm konulması halinde bu hükümde yok hükmünde olacaktır.

5. Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi

Düzenleyen tarafından bir sözleşmede yer verilen bir genel işlem koşulu kapsam denetiminden geçmiş yani karşı tarafın bu hükmün varlığına karşı uyarılmış, içeriğini öğrenme imkânına sahip olmuş ve şartıtcı hüküm olmadığı için karşı tarafın kabulü ile sözleşme kapsamında yer almış olması halinde içerik denetimden bahsedilebilir⁵¹. Unutulmaması gerekir ki genel iş-

⁴⁹ Yargıtay 13. HD, E. 2010/13371, K. 2011/4123, T. 21.3.2011, “Sözleşme uyarınca geri ödeme sırasında bankanın efektif veya döviz satış kurunun kredinin kullandırıldığı tarihteki kurdan düşük olması halinde kredinin ilk kullandırıldığı tarihteki kurun esas alınacağı hüküm altına alınmıştır. Yabancı paranın kurundaki artışların banka lehine yararlanabilecek iken kurdaki düşüklükten tüketicilerin yararlandırılmaması haksız şart niteliğindedir. Bu husus dikkate alınmalıdır.” (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

⁵⁰ Bu düzenleme ile kredi sözleşmelerinde yer alan, kredi kuruluşuna faiz oranlarını tek taraflı olarak değiştirme yetkisi veren koşullar geçersiz olacaktır, ayrıca bkz. ALTOP, s. 8; REİSOĞLU, s. 73; KILIÇOĞLU, s. 116; OĞUZMAN/ÖZ, s. 175 vd.; ARIKAN, s. 73; ATAMER, Sempozyum, s. 59 vd.; SİRMEN, s. 128 vd..

⁵¹ Liberal düşüncenin sonucu olarak tarafların üzerinde anlaşmış olduğu, kurulmuş bir sözleşmenin hâkim tarafından denetlenmesi ve gerekli olması halinde müdahalede bulunmasına ilişkin herhangi bir düzenleme hem Türk Hukukunda hem de İsviçre Hukukunda

lem koşulunun anlamı açık ve belirli olmadığı hallerde yorum denetimi uyarınca düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanarak yorum denetiminden geçmiş olur. İşte sözleşme kapsamında yer alan ve tüm sonuçlarını doğurma imkânına sahip olan genel işlem koşulunun tabi olacağı son denetim içerik denetimidir. İçerik denetimini düzenleyen TBK m. 25 uyarınca genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, sözleşmenin karşı tarafının aleyhine olan ya da karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz⁵². BGB § 307/1 düzenlemesine bakıldığında, daha genel bir ifadenin tercih edildiği görülmektedir. Bahsi geçen düzenleme uyarınca, genel işlem koşulları, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde karşı taraf açısından dezavantaj yaratacak, mağduriyete sebep olacak ise bu hükümler geçersizdir.

Bilindiği üzere sözleşme hükümlerinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmaması gerekir. Herhangi bir aykırılık halinde sözleşmenin aykırılık teşkil eden hükümleri geçersiz olur ve buradaki geçersizlik kısmi hükümsüzlüktür. Genel işlem koşullarının içerik denetiminde genel düzenlemeden bir adım daha ileri gidilmiş ve sözleşmede yer alan genel işlem koşullarının sadece emredici hukuk

mevcut değildi. TBK düzenlemesi ile hâkimin sözleşmeye müdahale imkanı sağlanmış ve açık içerik denetimi benimsenmiştir. İsviçre’de ise sözleşmeye müdahale edilmesine izin veren açık bir düzenleme bulunmadığından uygulamada dolaylı yollarla, örtülü denetim yapılarak sözleşmelere müdahale edilmektedir. İsviçre Hukukunda genel işlem koşullarının içerik denetimi, Haksız Rekabete Dair Federal Kanun ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile genel işlem koşulları rekabet hukuku kapsamında incelenmiştir. Genel işlem koşullarına ilişkin bu kanun haricinde hâkimin sözleşmeye müdahalesi yolu ile genel işlem koşullarına karşı güçsüz tarafın dolaylı olarak korunması yoluna gidilmiştir. Haksız Rekabete Dair Federal Kanun öncesinde, doktrinde içerik denetiminin hangi düzenlemeye dayanılarak yapılacağı konusunda farklı görüşler vardı. Bunlardan ilki, İsviçre Medeni Kanunu m. 2 yoluyla içerik denetimi yapılabileceğini söylemekteydi. Başka bir görüş, içerik denetiminde aşırı yararlanma hükümlerinden faydalanılabileceğini ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise kamu düzenine aykırılıktan yola çıkmaktadır. Son olarak ahlaka aykırılığın da sözleşme özgürlüğünü kısıtladığından bahsedilebileceği ileri sürülmüştür, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s.143 vd.; ATAMER, Sempozyum, s. 41.

⁵² HAVUTÇU, s. 168; ALTOP, s. 8; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §23, s. 243, N. 27; REİSOĞLU, s. 76; OĞUZMAN/ÖZ, s. 174; ARIKAN, s. 74; ANTALYA, s. 316; ATAMER, Sempozyum, s. 41; SİRMEN, s. 120 vd.; BAŞ, s. 291. Yargıtay 13. HD, E. 2005/11415, K. 2005/17157, T. 21.11.2005, “Taraflar arasındaki sözleşmenin...aynı maddenin son fıkrasında her ne kadar devre tatil sahibinin tespit ettiği işletme giderlerine itiraz edemeyeceği belirtilmişse davacı ile müzakere edilerek sözleşmeye konulduğu kanıtlanamayan ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerde davalı aleyhine dengesizliğe neden olabilecek böyle bir hüküm 4077 sayılı yasanın 6. maddesi gereğince haksız şart niteliğindedir.” (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

kurallarına, ahlaka, kamu düzenine ya da kişilik hakkına aykırı olmaları halinde hükümsüz olmalarının dışında dürüstlük kuralına aykırılık halinde de geçersiz oldukları kabul edilmiştir.

TBK m. 25 hükmü incelenirken dürüstlük kuralına da yer verilmesi gerekir. Dürüstlük kuralı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁵³ m. 2’de, herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır şeklinde yer almaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık ve hakkın kötüye kullanılması, hukuk düzeni tarafından korunmama yaptırımı ile engellenmektedir. Dürüstlük kuralına ilişkin bu kural TMK kapsamında yer alan hak ve borçlar için uygulandığı kadar TBK kapsamında da uygulama alanı bulmaktadır.

Dürüstlük kuralı, taraf olunan hukuk ilişkilerde kişilerin, dürüst, namuslu, ahlaklı, diğer kişilerde oluşan güveni boşa çıkarmayacak şekilde davranma olarak tanımlanabilir. Dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığının tespitinde davranışın meydana geldiği dönemde topluma hâkim olan ahlaki değerler ve adetler ile hakları sağlayan ilkeler esas alınır. Dürüstlük kuralının uygulama alanı, hakların kullanılması ve borçların ifa edilmesinin yanı sıra kanunun yorumlanması, kanun boşluklarının doldurulması, kanuna karşı hilenin önlenmesi, hukuki işlemin kurulması, yorumlanması ve tamamlanması, borçların doğumu, sözleşmede değişiklik yapılması ve sözleşmenin sona erdirilmesi durumlarını da kapsar. TBK m. 25 kapsamında dürüstlük kuralı, hakların kullanılması ve borçların ifasının yanı sıra sözleşme hükümlerinin geçerliliği konusunda da uygulama alanı bulacaktır⁵⁴.

İçerik denetimi ile yapılacak araştırmanın içeriği, genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına aykırı kullanılıp kullanılmadıkları, bu dürüstlük kuralına aykırılığın sözleşmenin karşı tarafının aleyhine olup olmadığını ya da durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadıklarından oluşur. Bu durumda sözleşmede yer alan genel işlem koşullarından karşı tarafın aleyhine olan ya da durumunu ağırlaştıran her hüküm değil, bu sonuca neden olurken dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edenler geçersiz olacaktır. Diğer bir ifade ile karşı tarafın

⁵³ RG. T. 08.12.2001, S. 24607.

⁵⁴ HAVUTÇU, s. 172; OĞUZMAN/ÖZ, s. 175; BAŞ, s. 292. ATAMER, taslak metinde kullanılan “zarar verici” ifadesinin dürüstlük kuralına aykırı davranışı karşılamayacağını belirterek tasarı metnini eleştirmiştir. Zarar verici ifadesi yerine mağduriyet yaratmadan bahsedilmesinin daha isabetli olacağına ilişkin, bkz. ATAMER, Armağan, s. 326 vd.; REİSOĞLU, s. 76; ANTALYA, s. 313 vd.; ATAMER, Sempozyum, s. 48.

aleyhine olan veya durumunun ağırlaşması sonucunu doğuran her genel işlem koşulu değil, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederek bu sonuçlardan birine sebebiyet veren genel işlem koşulları geçersiz olacaktır. Bu düzenleme ile bir yandan tarafların sahip olduğu sözleşme özgürlüğü korunmaya çalışılmış, bir yandan da genel işlem koşullarının geçerliliği dürüstlük kuralı sınırlandırılması ile genel işlem koşulu ile karşılaşmış olan kişinin menfaati korunmaya sağlanmıştır.

II. Kişilik Hakkı Kapsamında Genel İşlem Koşulları

Kişilik hakkı, kişinin sahip olduğu kişi değerlerini ifade etmekte ve haksız fiile karşı korunduğu gibi sözleşmelerin kurulmasında da dikkate alınır. TBK m. 27’de belirtildiği gibi, sözleşme kişilik hakkına aykırı olmaz. Bir sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması, sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu anlamını taşır. Sözleşmenin tamamı değil de bir kısmı kişilik hakkına aykırılık teşkil etmekte ve bu kısım olmaksızın sözleşmenin ayakta tutulması mümkün olduğu durumlarda kısmi hükümsüzlük söz konusu olur. Diğer bir ifade ile sözleşmede yer alan bazı hükümler kişilik hakkına aykırı ise bu hükümler kesin hükümsüz olur ve sözleşmenin geri kalanı tarafların iradelerinin de sözleşmenin ayakta tutulmasına yönelik olduğu durumlarda geçerli olur.

A. Kişilik Hakkı Kavramı

Kişilik hakkı, gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine, tüzel kişilerin hak ehliyetlerini kazanmalarından sona ermelerine kadar devam eden süre boyunca sahip oldukları, vazgeçmelerinin mümkün olmadığı, devredemedikleri bir hak olup, kişiliği oluşturan bütün değerleri içerir. Kişilik hakkı mutlak bir hak olup, ihlal edilmesi halinde ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilir.

Anayasa m. 12’de herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmiştir. TMK kapsamında kişilik hakkına ilişkin düzenleme m. 23, m. 24 ve m. 25’te yer almaktadır. TMK m. 26 vd’da ise adın korunması özel düzenlemeye tabi tutulmuştur. TMK m. 23 uyarınca, kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. İkinci fıkrada kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği, onları hukuka ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlenmiş, son

fıkırada ise yazılı rıza ile insan kökenli biyolojik maddelerin aşılması ve naklinin mümkün olduğuna yer verilmiştir. TMK m. 24'te hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunma talep edebileceği, kişilik hakkı zedelenen kimsenin bu saldırıya rıza göstermiş olması, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın bulunması ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin bulunmaması halinde kişilik hakkına yapılan her saldırının hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir.

Kişilik hakkının içeriği kişi değerlerinden oluşur. Kişi değerlerinin sınırlı sayıda olmadığı ve zaman içinde değişikliğe uğrayabildiği kabul edilir. Öte yandan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin kişilik haklarının kapsamının bir olmadığına da değinmek gerekir. Zira tüzel kişiler, yaratılış gereği insanlara özgü bazı özelliklere sahip değillerdir, dolayısıyla bunların kişi değerleri arasında yer alması ve kişilik hakkının sağladığı korumadan faydalanması mümkün değildir. Bu kişi değerlerine örnek olarak vücut bütünlüğü verilebilir. Tüzel kişilerin fiziksel bir görünümü bulunmaması, bir vücuda sahip olmalarını imkânsızlaştırdığından tüzel kişinin kişi değerleri arasında yer almasından da bahsedilemez. Öte yandan hayat alanı, şeref ve haysiyet gibi insan olmaya özgü nitelikte olmayan kişi değerleri tüzel kişilerin kişilik hakkının kapsamını belirler. TMK m. 48'de de tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehil oldukları düzenlenmiştir. Kişilik hakkını oluşturan kişi değerlerine, hayat ve sağlık, vücut bütünlüğü, hayat alanı, şeref ve haysiyet, resim, ses, ad, bilgi edinme hakkı, ekonomik özgürlük örnek olarak verilebilir⁵⁵. Kişinin ekonomik özgürlüğü, ekonomik varlık ve faaliyet özgürlüğü anlamını taşımakta, kişilik hakkını oluşturan değerlerden biri olarak kabul edilmektedir. Kişinin ekonomik özgürlüğünün korunması, kişiliğin dinamik korunması olarak adlandırılır. Kişiye sağlanan dinamik korumanın amacı, kişinin toplum içinde ekonomik bir varlığa sahip olmasını ve sahip olduğu bu ekonomik varlığı korumasını sağlamaktır.

⁵⁵ HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK m. 24/a fıkra I/İMK m. 28/a fıkra I), İstanbul 2001, s. 50 vd., doktrinde kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlerin tek tek sayılmamasının, zaman içinde yeni kişi değerlerinin ortaya çıkması nedeniyle yerinde bir tutum olduğu kabul edilir, ayrıca bkz. ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, s. 98; TEKİNAY Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, (TEKİNAY, Kişiler), s. 249 vd.; YALÇIN, s. 82; HELVACI Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2012, (HELVACI, Kişiler), s. 99.

Türk Borçlar Kanunu ile kişilik hakkına ilişkin özel bir düzenleme de yürürlüğe girmiştir. İşçinin kişiliğinin korunması başlığını taşıyan TBK m. 417/1 uyarınca; işveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun düzen sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemlerin alınması ile yükümlüdür. TBK m. 417/3 uyarınca da işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışları nedeni ile işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.

TBK m. 417 hükmü, TBK kapsamında yapılan hizmet sözleşmelerinin yanı sıra İş Kanunu kapsamında değerlendirilen iş sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Bu hüküm ile işveren, işçinin kişilik hakkını korumaya yönelik her türlü önlemi almak ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı bir davranış ya da ihmali ise sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilecektir⁵⁶.

⁵⁶ SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010, s. 346; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010, s. 177 vd. Söz konusu düzenleme esas itibari ile işçi ve işveren arasındaki sözleşme sebebi ile işverenin sahip olduğu borçlardan birini hükme bağlamaktadır. İşverenin, işçinin kişilik hakkına saygı duyma ve işçinin kişilik hakkını koruma yükümlülüğü kanun düzenlemesinde ilk kez yerini almış olsa da kişilik hakkına ilişkin genel hükümler karşısında her sözleşmede olduğu gibi hizmet sözleşmesinde de tarafların birbirlerinin kişilik hakkına saygı göstermek ile yükümlü oldukları açıktır. Öte yandan, yapılan bu düzenleme ile hizmet sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturan işçi, kanun tarafından açıkça koruma altına alınmış, işveren ise açıkça işçinin kişilik hakkının ihlalinin men edilmiştir. İşveren, bu hüküm sonucunda işçinin kişilik hakkına zarar vermekten kaçınmak zorunda olduğu gibi, aralarındaki sözleşme doğrultusunda diğer işçilerin ya da işçinin işi gereği ilişkide bulunduğu kimselerin de işçinin kişilik hakkını zedelemesini engellemek ile yükümlüdür. Diğer bir ifade ile işveren işçisinin kişilik hakkını, diğer işçilerin ya da üçüncü bir kişinin ihlal etmesini önleyecek korumayı sağlamakla yükümlüdür.

İşverenin bu koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ise işçi ile aralarındaki hizmet sözleşmesine aykırılık olarak değerlendirilir. Bunun sonucunda işçinin, kişilik hakkının ihlali sebebi ile işverenden isteyeceği tazminat, haksız fiil hükümlerine değil sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanacaktır. Sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu ile kıyaslandığında, zarara uğrayan taraf açısından çeşitli avantajlar sağlamaktadır. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri uyarınca sözleşmeye aykırı davrandığı iddia edilen taraf, sözleşmeye aykırı davranmadığını ispatlamak ile yükümlüdür. Öte yandan haksız fiil sorumluluğunun kabul edildiği hallerde, haksız fiile uğrayan kişi, zarar verici davranışın haksız fiil teşkil ettiğini ispat yükü altındadır. Bu durumda, TBK m. 417 hükmü sayesinde, kişilik hakkı işveren tarafından ihlal edilen ya da kişilik hakkının ihlalinin işveren tarafından önlenmediği hallerde ihlale maruz kalan işçi, sadece kişilik hakkının gerektiği gibi koruma altına alınmadığını ileri sürecektir. Bu iddianın gerçeği yansıtmadığını, yani işçinin kişilik hakkının saldırıya uğramadığı ya da saldırıya uğramasını engelleyecek gerekli önlemlerin alındığını ispatlanması ise işverene düşecektir.

B. Kişilik Hakkının Genel İşlem Koşullarına Etkisi

1. Kişilik Hakkının Sözleşmenin Geçerliliğine Etkisi

Kişilik hakkına ilişkin TMK m. 23/2 hükmü uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. TBK m. 27 hükmüne göre ise kişilik hakkına aykırı olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Söz konusu iki düzenleme birlikte ele alındığında, kişinin yapmış olduğu sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması yani özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlıyor olması sözleşmenin kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur. Unutulmaması gerekir ki, sözleşmenin yalnız bazı hükümleri kişilik hakkına aykırılık teşkil etmekte ve sözleşmenin geri kalanı bu hükümler olmaksızın da yapılır ise bu ihtimalde sözleşme tamamen kesin hükümsüz olmaz, kişilik hakkına aykırı olan hükümler kesin hükümsüzdür⁵⁷.

TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümleri beraber değerlendirildiğinde, bir sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması için sözleşmenin kişilik hakkı kapsamındaki özgürlükleri hukuka ya da ahlaka aykırı bir şekilde kısıtlıyor olması gerekir. Ancak gözden kaçırılmaması gereken bir nokta, her sözleşmenin kişi özgürlüklerini az ya da çok kısıtladığıdır. Bu nedenle kişilik hakkına aykırılık için sadece sözleşmenin özgürlükleri sınırlaması yeterli olmaz. Bunun yanı sıra sözleşme ile meydana gelen sınırlamanın kişilik hakkının kapsamında yer alan özgürlüğün kullanılmaz hale gelmesi ya da kullanılmaz hale yakın bir sınırlamaya tabi tutulmasıdır ki bu sınırlama hukuka ya da ahlaka aykırılık anlamına gelir. Aksi durum sözleşme yapılmasını imkânsız hale getirir.

Çalışma konusu açısından bakıldığında, kişilik hakkı değerleri arasında yer alan ekonomik özgürlük, sözleşme yolu en çok sınırlandırılan kişi değerlerinin başında gelir. Kişinin bir sözleşme ile ekonomik özgürlüğünün kısıtlanmasının kişilik hakkının ihlali teşkil edip etmemesi, sözleşme ile meydana gelen sınırlandırmanın hukuka veya ahlaka aykırı olup olmamasına bağlı-

⁵⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 161; SEROZAN, s. 1022; Sözleşmenin BK m. 19, 20, 21 ve TMK m.2, 23 hükümleri uyarınca hâkim tarafından içerik denetimine tabi tutulması konusunda bkz. BAŞALP, s. 232 vd. Yazar, TBK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde TKHK'nun kapsamına girmeyen sözleşmeler açısından kamu düzenine ilişkin hükümler aracılığı ile sözleşmelerin içerik denetimine tabi olabileceğini belirtmektedir; YALÇIN, s. 83; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetimi, s. 149.

dır. Kişinin ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması, sözleşmenin karşı tarafının kişinin ekonomik özgürlüğü üzerinde irade sahibi olması, kişinin ekonomik özgürlüğünün gasp edilmesi şeklinde gerçekleşir. Kişi taraf olduğu sözleşme nedeni ile başta bir ekonomik faaliyette bulunamıyorsa⁵⁸ ya da ekonomik faaliyetleri sözleşmenin karşı tarafınca belirlenir hale gelmiş ise artık ekonomik özgürlüğün hukuka veya ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırıldığından bahsedilebilir.

Bir sözleşmenin, sözleşme taraflarından birinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlamış olması nedeni ile hukuka ya da ahlaka aykırı olması, diğer bir ifade ile ekonomik özgürlüğün kısıtlanması yoluyla kişilik hakkının ihlal edilmesinin tespitinde dikkate alınacak unsurlar, sözleşmedeki edimin niteliği, kapsamı ve süresidir. Sözleşme konusu edime ilişkin bahsi geçen unsurlar, ekonomik özgürlüğün ne oranda hukuka ya da ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırıldığı göstermektedir. Ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırı bir şekilde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı, objektif esasa göre, dürüst, makul ve normal kişi dikkate alınarak tespit edilir. Toplum ortalamasında bir hayat süren kişinin ömrü boyunca tek bir ürün satmaya yönelik taahhüdü ele alındığında, edimin niteliği, kapsamı ve süresi, bu edimi yerine getirmeyi üstlenen kişinin ekonomik özgürlüğünün kişilik hakkını ihlal edecek oranda sınırlandırıldığı gösterir. Bu nedenle böyle bir sözleşme kişilik hakkına aykırılık nedeniyle geçersiz olmalıdır. Zira böyle bir sözleşme ile üstlenilen edim, kişinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırır ya da aşırı oranda sınırlar bir edimdir⁵⁹.

Kişinin ekonomik özgürlüğünün ortadan kalkması, yapılan sözleşme ile sahip olunan ekonomik özgürlüğün sözleşmenin karşı tarafının iradesine tabi kılma ile gerçekleştirilebileceği gibi, yapılan sözleşme ile üstlenilmiş olan edi-

⁵⁸ Yargıtay 13. HD, E. 2009/14991, K. 2010/5048, T. 14.4.2010, "Taraflar arasındaki Bankacılık Hizmetleri sözleşmesinin 136. ile 137. maddelerindeki düzenlemelerin tüketici davacının aleyhine olan ve tüketiciyi külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırılmadığı için açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir. Davacı tüketici olup maaşının tamamına sözleşmenin bu hükümleri uyarınca bloke edilerek el konulup kredi kartı borçları için takas mahsup uygulaması 4077 sayılı kanunun 6. maddesindeki haksız şart ile ilgili emredici hükmü bertaraf etmek için yapılan bir uygulamadır." (Kazancı Bilgi Bankası E.T. 20.03.2012). Olayda, kişinin maaş hesabının tamamına el konulması, kişilik hakkı açısından ekonomik özgürlüğünün kısıtlanması olarak değerlendirilebilir.

⁵⁹ BAŞPINAR Veysel, Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD, Y. 56, S. 1, Ankara 1999, s. 19 (17-34); ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetimi, s. 150; İNAL, s. 234; SEROZAN, s. 1022 ve 1026; YALÇIN, s. 84; HELVACI, Kişiler, s. 131, dpn. 390.

min kişiye başka bir ekonomik faaliyette bulunma imkânı tanımaması halinde de söz konusu olur⁶⁰.

Kişilik hakkına aykırılık, kanun tarafından kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur. TMK m. 23/2 ile TBK m. 27'nin birlikte değerlendirilmesi sebebi ile doktrinde bir görüş, TMK m. 23/2'ye aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olan bir sözleşmenin ahlaka aykırı olması durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımının TBK m. 27 dışında ele alınması gerektiğini belirtir. Bu görüşün dayanağı, sözleşmenin TBK m. 27 kapsamında kesin hükümsüz olduğu kabul edildiğinde, kişilik hakkı ihlal edilen tarafın olduğu kadar sözleşmenin karşı tarafının da kesin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının bulunmasıdır. Ancak TMK m. 23/2'ye aykırılık halinde söz konusu hüküm kişilik hakkı ihlal edilen kişiyi korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle sözleşmenin karşı tarafının da kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilmesine imkân verilmesi TMK m. 23/2 düzenlemesinin ve TBK m. 27'nin koruma amacına aykırı düşer. Bu koruma amacının aksine bir sonucun meydana gelmesinin önlenmesi için kişilik hakkının ihlalinin bulunduğu durumlarda yaptırım TMK m. 23'ten kaynaklanmalı ve TBK m. 27 hükmü bunun dışında kalmalıdır⁶¹.

Diğer görüş ise TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümlerinin amaçladığı koruma, kişilik hakkı kısıtlanmış kişinin iradesinin aksine, sözleşmenin karşı tarafının kesin hükümsüzlüğü ileri sürmesi ve hâkim kesin hükümsüzlüğü

⁶⁰ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetimi, s. 151; SEROZAN, s. 1026; YALÇIN, s. 84; Yargıtay 13. HD, E. 2010/13722, K. 2011/5258, T. 5.4.2011, "Davacının kullandığı kredi kartının, üyelik aidatı olarak ödenen paranın iadesine ilişkin davacı şikâyeti üzerine verilen hakem kararı nedeni ile banka tarafından iptal edildiği taraflar arasında ihtilafsızdır. Öte yandan sözleşmede üyelik ücreti alınacağına kararlaştırıldığı da sabittir. Davacı, davalıya ait kredi kartını kullanması nedeniyle, davalı banka tarafından bildirilen ücreti, sözleşmede hüküm olsun ya da olmasın ödemekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, davalı banka üyelik ücreti ödenmeden kart verme yükümlülüğünde olmayıp, sözleşmedeki buna dair kararlarında haksız şart niteliğinde bulunmamaktadır. Davacının ödediği üyelik ücretini Tüketici hakem heyeti vasıtasıyla iptal ettirmesi nedeniyle davalının da kredi kartını iptal etmesi sözleşmeye aykırı olmadığı gibi, kredi kartının iptal edilmesinin kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilmesi de olanaklı değildir." (Kazancı Bilgi Bankası, E.T. 20.03.2012)

⁶¹ EREN'den naklen BUCHER Eugen, Schweizerischen Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Bern 1988, s. 265 vd., EREN, s. 302. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümlerinin uygulanmasında bahsi geçen görüşün sınırlı esnek hükümsüzlük olarak adlandırıldığını belirtir. Esnek hükümsüzlüğe göre, TMK m. 23/2 hükmüne aykırı bir sözleşme yapılması halinde söz konusu hükmün kişilik haklarını koruyucu amacı sonucunda sözleşmenin karşı tarafı geçersizliği ileri süremeyecek, sözleşmenin geçersizliğine ilişkin iddia ancak kişilik hakkı sözleşme ile ihlal edilen kişi tarafından ileri sürülebilecektir. Hâkim de ancak ve ancak kişilik hakkı sözleşme ile ihlal edilmiş olan tarafın lehine sözleşmedeki hükümsüzlük halini göz önünde bulundurabilecektir, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §43, s. 592 vd, N. 32; ANTALYA, s. 105 vd.

re'sen göz önüne almasını zorunlu kılmamakta ise kişilik hakkı sınırlandırılmış kişinin iradesi doğrultusunda sözleşmenin geçerli olduğu kabul edilebilir. Diğer bir ifade ile kişilik hakkı sözleşme ile kısıtlanmış olan kişi buna rağmen sözleşmenin geçerli olmasını istemekte ise, TMK m. 23/2 ve TBK m. 27'nin amacı bu sözleşmenin ayakta tutulmasını gerektirir. Bu halde sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremez ve böylece kişilik hakkı sınırlandırılmış olan kişi elde etmek istediği korumaya ulaşmış olur⁶².

2. Kişilik Hakkının Genel İşlem Koşullarının Geçerliliğine Etkisi

Yukarıda belirtildiği üzere, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde, sözleşmeyi hazırlayan kişinin karşı tarafa genel işlem koşullarının varlığını açıkça bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünün yanı sıra bu genel işlem koşullarının içeriğini öğrenebilme imkânı tanımak zorundadır. Sözleşmenin karşı tarafı genel işlem koşullarını bu şekilde kabul ettiği takdirde sözleşme kapsamında yer alan genel işlem koşulları içerik denetiminden de geçebildikleri takdirde sözleşmenin bir parçası olarak hüküm ve sonuçlarını doğururlar. Ancak kişilik hakkının ihlali anlamını taşıyacak bir genel işlem koşulunun bulunması halinde izlenecek yolun ne olduğunun belirlenmesi gerekir.

Kişilik hakkına aykırılık teşkil eden bir genel işlem koşulu içeren sözleşmede öncelikle kişilik hakkına aykırılığın tespit edilmesi ile genel işlem koşulunun ya da sözleşmenin o olmaksızın yapılmayacağı kabul edilebildiği takdirde sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılması mümkündür. Ancak genel işlem koşullarına ilişkin özel düzenlemeler dikkate alındığında izlenecek yolun farklı olması gerektiği kanaatindeyiz. Hukukun her alanında etkili olan kişilik hakkı ile sözleşmeler açısından söz konusu olan genel işlem koşullarının kapsamı dikkate alındığında genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerin kişilik hakkını koruyucu TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümlerinden önce yer verilmesi gerekir.

Genel işlem koşulu olarak adlandırılacak bir sözleşme hükmü, kapsam denetimine tabi tutulduğunda ve kapsam denetimini geçemediği takdirde yazılmamış sayılır. Yazılmamış sayılan olan bu genel işlem koşulunun sözleşmede bulunmaması halinde söz konusu sözleşmenin yapılmayacağına ilişkin bir iddianın sözleşmeyi hazırlayan tarafça ileri sürülmesi de TBK m. 22 ile engellenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, sözleşme metninde ya da

⁶² BAŞPINAR, Kısmi Butlan, s. 141 vd.; EREN, s. 302 vd.

ekinde bulunan genel işlem koşulu sözleşme kapsamının dışındadır ve bu hükmün sözleşme kapsamında yer almaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu durumda bu sözleşme hükmünün kişilik hakkına aykırı olup olmadığı araştırılmasına gerek olmayacaktır. Ayrıca kişilik hakkının ihlali halinde taraflara tanınmış olan sözleşmenin kesin hükümsüz olan hüküm olmadan yapılmayacak olmasını ileri sürme imkânı genel işlem koşulunun kapsam denetiminde sözleşmeyi hazırlayan aleyhine daraltılmıştır. Bu noktada genel işlem koşulunun kapsam denetimi, sözleşmenin korunan tarafı açısından özel bir koruma getirdiği söylenebilir. Bu nedenle sözleşme kapsamında yer almadığı belirlenmemiş bir genel işlem koşulunun kişilik hakkına aykırılık teşkil edip etmediğinin incelenmesi anlamsız olacaktır. Zira bahsi geçen genel işlem koşulu kişilik hakkını ihlal etmese dahi sözleşme kapsamında yer almayacak, hiçbir zaman sözleşmenin bir parçası olmayacaktır. Bu nedenle kişilik hakkını ihlal etme ihtimali olan bir genel işlem koşulunun varlığı halinde öncelikle kapsam denetiminin gerçekleştirilmesi gerekir.

TBK m. 24 uyarınca genel işlem koşullarının bulunduğu ya da ayrı bir sözleşme ile sözleşmeyi düzenleyen tarafa tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşme hükümlerini değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar da yazılmamış sayılma yaptırımına tabidir. Söz konusu hüküm, genel işlem koşulu ihtiva eden bir sözleşme de değiştirme yasağını düzenlemiştir. Kişilik hakkı açısından sözleşmede böyle bir düzenlemeye yer verilmesi, bu düzenleme ile sözleşme tarafına verilen yetkinin karşı tarafın kişilik hakkını ihlal edecek derece hukuka ya da ahlaka aykırı olması gerekir. Ekonomik özgürlük açısından bakıldığında, sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin kapsamı, karşı tarafın ekonomik özgürlüğünün tamamen yok olması ya da büyük ölçüde engellenmesini teşkil ettiği takdirde kişilik hakkına aykırılık nedeni ile hüküm kesin hükümsüz olur. İki düzenleme arasındaki farka bakıldığında TBK m. 24 uyarınca yazılmamış sayılma hali söz konusu olacakken TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlükten bahsedilir. Üstelik TBK m. 24 uyarınca yazılmamış sayılması için sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma yetkisi veren hükmün kişilik hakkını ihlal etmesi şart değildir. TBK m. 24 için, tek yanlı olarak sözleşmeyi düzenleyen tarafa değiştirme yetkisinin tanınması, karşı tarafın aleyhine genel işlem koşulu içeren sözleşmenin hükümlerini değiştirme ya da yeni düzenleme yapma yetkisinin sağlanması yeterlidir. Bu değiştirme yetkisinin ayrıca kişilik hakkını ihlal edecek düzeyde yetkiler sağlanması aranmamaktadır. Bu nedenlerle genel işlem koşulu içeren sözleşmede değişiklik yapma

yetkisi verilen hükümlerin varlığı halinde öncelikle TBK m. 24 hükmünün uygulanması tercih edilmelidir.

Kapsam denetimi sonucunda genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağı durumlarda ya da sözleşmede değişiklik yapma yetkisinin verilmesinin TBK m. 24 uyarınca engellendiği hallerde artık kişilik hakkına aykırı bir hüküm olup olmadığına bakılmasına gerek yoktur. Ancak kapsam denetimi sonucunda sözleşmenin kapsamında yer alacağı belirlenen bir genel işlem koşulunun kişilik hakkına aykırı olması halinde içerik denetimi yapılmalı mıdır?

Kişilik hakkının ihlalinin sözleşmeye etkisi açıklanırken belirtilmiş olduğu gibi TMK m. 23/2 ve TBK m. 27 hükümleri birlikte değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda kişinin ekonomik özgürlüğünün hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasının söz konusu olduğu durumlarda sözleşme geçersiz olacaktır. Ancak kişilik hakkı zedelenen kişinin iradesi, kişilik hakkının zedelenmesine karşın sözleşmenin ayakta tutulması yani geçerli olması yönünde olduğu durumlarda, sözleşmenin karşı tarafının geçersizliği ileri sürmesine izin verilmez.

Genel işlem koşullarının içerik denetimine bakıldığında ise dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ya da onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulması halinde genel işlem koşulu kısmi kesin hükümsüzlük nedeni ile geçersiz olacaktır. Kişilik hakkını ihlali halinde de kişilik hakkını hukuka ya da ahlaka olarak sınırlandırılmasının söz konusu olduğu durumlarda da kısmi kesin hükümsüzlük söz konusudur. İki düzenleme dikkate alındığında içerik denetiminin, kişilik hakkına ilişkin ihlali de kapsar bir düzenlemeye sahip olması sebebi ile kişilik hakkının ihlal edilip edilmediğinin araştırılması gerekmeksizin içerik denetimi ile bu koruma sağlanabilmektedir. Bu nedenle içerik denetiminin yapılması yeterlidir. Kapsam denetimden geçmiş ve kişilik hakkına aykırı olmayan hükümlerin içerik denetimi yapılırken dürüstlük kurallarına aykırılık konusunda kanunlarda yer alan hükümlerden faydalanılır⁶³.

⁶³ Hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 417 hükmü bu konuya örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hüküm her ne kadar sözleşme hükümlerine ilişkin değilse de içerik denetiminde yapılacak incelemede yol gösterici olacaktır. Bu düzenleme doğrultusunda sözleşme hükümleri incelenecek, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın yani işçinin aleyhine bir düzenlemenin söz konusu olup olmadığına karar verilecektir. Bu kapsamda işçinin kişilik hakkının saldırıya uğraması ya da psikolojik ve cinsel tacize uğramasına sebep olabilecek hükümlere sözleşmede yer verilmesi halinde içerik denetimi sebebi ile söz konusu hükümler kesin hükümsüz sayılacaktır. Bu noktada işverenin bu hükümlerin bulunmaması halinde işçi ile hizmet sözleşmesi ilişkisi kurmak istemeyeceğini ileri sürmesi de söz konusu olmayacaktır.

Kaynakça

ALTOP Atilla, Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, Derleyen Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, (ALTOP, Sempozyum) (27-44)

ALTOP Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e Armağan, İstanbul 2007, s. 1, (Makaleye internet aracılığı ile ulaşılmıştır. İnternet Erişimi: <http://demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf>, Erişim Tarihi: 20.03.2012)

ANTALYA O. Gökhan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2012

Aquis Group, Principles of The Existing EC Contract Law (Aquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, München 2007

ARIKAN Mustafa, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011 (69-74)

ATAMER Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001 (ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi)

ATAMER Yeşim, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, (ATAMER, Armağan)

ATAMER Yeşim, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55 f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, (ATAMER, Sempozyum) (7-73)

AYAN Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Konya 2010

AYRANCI Hasan, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜFHD, C.52, S. 3, Ankara 2003, (229-252)

BAŞ Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, (276-306)

BAŞALP Nilgün, Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011

BAŞPINAR Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, (Kısmi Butlan)

BAŞPINAR Veysel, Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD, Y. 56, S. 1, Ankara 1999 (17-34)

COLLINS Hugh, The Impact of The Human Rights Law on Contract Law in Europe, University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, Paper No. 13/2011, Nisan 2011, s. 5 vd., <http://www.ssrn.com/abstract=1837429> (Erişim Tarihi 16.03.2012)

ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2010

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010

HATEMİ Hüseyin/**GÖKYAYLA** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011

HAVUTÇU Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003

HELVACI Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2012, (HELVACI, Kişiler)

HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar (MK m. 24/a fıkra I/İMİK m. 28/a fıkra I), İstanbul 2001

İNAL H. Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009

KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Ankara 2011

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2010, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU)

KUNTALP Erden, Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 81-102

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2011

ÖZ Turgut, Tüketici Hukuku Bakımından Genel İşlem Şartları, http://www.iku.edu.tr/TR/iku_gunce/HukukC1S1_2/HukukGunceC1S1_128.pdf, Erişim Tarihi: 16 03 2012 (128-151)

ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979

REHBINDER Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne (Çev. TEOMAN Ömer), Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHF, C. XLII, S. 1-4, İstanbul 1977, (641-653)

REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.7.2012'de yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu'ndaki değişikliklerde işlenerek güncelleştirilmiş ve genişletilmiş 22. Bası, İstanbul 2011

SEROZAN Rona, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (1013-1030)

SİRMEN Lale, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 109-134

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010

TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, (TEKİNAY, Kişiler)

TOPUZ Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, (1138-1174)

YALÇIN Onur, Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN FİNANSAL KİRALAMA (LEASING) SÖZLEŞMELERİNDE YETKİLİ MAHKEME

Ar. Gör. Merve ACUN (*)

Özet

Gelişen ekonomi ve ticaret hayatının getirdikleri ile birlikte, sınır ötesi faaliyetlerin sayısı giderek artmaktadır. Bu faaliyetlerde kullanılan pek çok sözleşme olup, bunların içinde finansal kiralama sözleşmesi de yer almaktadır. . Sözleşmenin uluslararası boyutlu olarak kurulabilmesi, sözleşme konusunun teknolojik ürünlerden oluşabilmesi, satın almaya oranla daha az bedel ödenmesi gibi etkenler, finansal kiralama sözleşmesinin uygulamada daha çok tercih edilmesine sebebiyet vermektedir. Finansal kiralama sözleşmesi karmaşık bir yapıya sahip olduğundan, yabancılık unsuru içeren finansal kiralama sözleşmelerinde yetkili mahkemenin tespit edilmesinde sorunlar yaşanabilmektedir. Çünkü, bu tespitin yapılabilmesi için sözleşmeye uygulanacak hukukun da bilinmesi gerektiği durumlarla karşılaşılabilir. Özellikle bu durum genel yetkili mahkemede dava açılma imkanı olmayan hallerde özel yetkili mahkemelerde açılacak davalarda kendini göstermektedir. Şüphesiz ki, bu konuda yapılan hatalar, tarafların gereksiz masraf yapmalarına, emek ve zaman kayıpları yaşamalarına sebebiyet verecektir. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde yetkili mahkeme konusu makalede incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler Milletlerarası finansal kiralama sözleşmesi, yetkili mahkeme, milletlerarası usul hukuku.

(*) Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Abstract

The number of the cross-border activities is going up in order to the outcome of emerging economic and commercial life. There are various types of contracts used in these activities that financial leasing contracts are one of them. Financial leasing contracts are preferred more in practically due to the facts that they are eligible to be made internationally, the subject of them is possible to be technological products and to pay less in comparing with purchasing. Due to their complex structure, it is possible to have problems with determining the authorized court particularly in financial leasing contracts containing foreign elements. For this determination can be made, it is must to be known which law would be applied to the contract. This case shows itself especially in the terms of being impossible to litigate in courts of general jurisdiction but can be litigated in special courts of competent jurisdiction. Doubtlessly, the mistakes being made on this subject will cause time- energy loses and unnecessary expenses for the sides. Therefore, the subject matter of the authorized court in financial leasing contracts containing foreign element is examined in this article.

Keywords: *International financial leasing, authorized court, international procedure law.*

Giriş

Türk Hukuku'nda 1970'li yılların sonlarında ihtiyaçlardan dolayı ticaret yaşamı içerisinde yer almaya çalışan finansal kiralama sözleşmesi gerçek anlamda ilk kez 1985 yılında 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nda¹ düzenlenmiştir. Söz konusu bu kanun giderek finansal kiralama sektöründe baş gösteren gereksinimleri karşılamak konusunda yetersiz kalmış ve Aralık 2012 tarihinde 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu² kabul edilmiştir³.

¹ RG. T. 28.6.1985, RG. Sayı: 18795. (Mülga Kanun) 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu bundan sonra mülga FKK. olarak ifade edilecektir.

² RG. T. 13.12.2012, RG. Sayı: 28496.

³ Milletlerarası özel hukukta finansal kiralama sözleşmesi konulu yüksek lisans tez çalışması tarafımızca yapılmıştır. Ancak, tezimizin hazırlandığı 2011 yılında yürürlükte olan 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu 13.12.2012 tarihinde 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Her ne kadar finansal kiralama sözleşmesinin maddi hukuktaki düzenleniş şekli tez çalışmamızda anla-

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin bir ihtilafın çözümünde yetkili mahkeme konusu milletlerarası usul hukukuna ilişkin bir meseledir. Makalede, milletlerarası usul hukukunda vasıflandırma problemi anlatıldıktan sonra, Türk Hukuku açısından milletlerarası uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü anlatılıp, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta yetkili mahkeme konusu ele anılacaktır. Yetkili mahkemeyi tespit edebilmek için finansal kiralama sözleşmesinin maddi hukukta düzenleniş şeklinin bilinmesi gerekir. Zira, sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlığın söz konusu olmasından dolayı, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi genel yetkili mahkemeye ek olarak yetkili olabilecektir. Bu nedenle ifa yerinin tespit edilebilmesi için tarafların borçları kısaca inceleme konusu yapılmıştır.

Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesi konusu malın taşınmaz olması halinde, münhasır yetkili mahkemenin olup olmadığının araştırılması gerekir. Ayrıca, münhasır yetkinin olmadığı durumlarda yapılabilecek yetki sözleşmeleri de finansal kiralama sözleşmelerinde düzenleme alanı bulabilecektir. Bu nedenlerle bu özellikli durumlar da makalede ayrı ayrı incelenmiş, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararlarına da yer verilerek makalemiz tamamlanmıştır.

I. Finansal Kiralama Sözleşmesi

A. Tanımı

Finansal kiralama sözleşmesi⁴; Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 18 uyarınca; “*Kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu*

tılmış olsa da, o dönemde yürürlükte olan mevzuatta değişiklik olduğundan dolayı, makalemiz içinde yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde yetkili mahkeme konusunun belirlenmesine olanak tanıyacak kadarıyla, burada ele alınması mecburiyeti hasıl olmuştur.

⁴ Finansal kiralama konusunda 28 Mayıs 1988 tarihinde Uluslararası Finansal Kiralama İşlemleri Hakkında UNIDROIT Konvansiyonu (UNIDROIT Convention on International Financial Leasing) imzalanmıştır. Bu Konvansiyona Türkiye taraf değildir. Söz konusu Konvansiyon yetkili mahkeme konusunda bir hüküm içermemektedir. Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. www.unidroit.org. Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LEVY, David, A. “*Financial Leasing Under The Unidroit Convention and The Uniform Commercial Code: A Comparative Analysis*”, <http://login.westlaw.co.uk> erişim tarihi, 24.2.2011, (s. 1-28).

bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşmedir". Görüldüğü gibi finansal kiralama sözleşmesi karmaşık yapısı olan bir sözleşmedir. Bu tanımla birlikte söylemek gerekir ki, Türk Hukuku'nda mülga FKK. döneminde kabul edilmeyen sat-geri kirala yöntemi kullanılarak da artık finansal kiralama sözleşmesi yapılabilecektir.

B. Finansal Kiralama Sözleşmesinin Unsurları

Finansal kiralama sözleşmesinin unsurları; kiralayan olarak finansal kiralama şirketi, kalkınma ve yatırım bankası ile katılım bankasının varlığı, kiralayanın finansal kiralama konusu malın zilyetliğini her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya bırakması, finansal kiralama bedeli ve son olarak tarafların anlaşması olarak belirlenebilir⁵.

1. Kiralayan Olarak Finansal Kiralama Şirketi, Kalkınma ve Yatırım Bankası ile Katılım Bankasının Varlığı

Finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan tarafını sadece katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları ile finansal kiralama şirketleri oluşturabilecektir (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 3).

5582 sayılı Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁶ (KFK.) m. 12 ile Sermaye Piyasası Kanunu⁷'na eklenen m. 38/A-2'de⁸ "*konut finansmanı kuruluşlarından*"⁹ bahsedilmiştir. Bu kuruluşların konut finansmanı amacıyla doğrudan tüketici-

⁵ YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı'dan Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2009, s. 408.

⁶ RG. T. 06.03.2007, RG. Sayı: 26454.

⁷ RG. T. 30.07.1981, RG. Sayı: 17416.

⁸ Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısında da ilgili hüküm 57 nci maddesinin ikinci fıkrasında "*Konut finansmanı kuruluşları, konut finansmanı kapsamında doğrudan tüketiciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleridir*" şeklinde yer almıştır.

⁹ Konut finansman sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PARMAKÇI, Murat, "*Finansal Kiralama ve Konut Finansmanı*", Leasing Dünyası, Fider Finansal Kiralama Derneği Bülteni, Sayı 14, Kasım 2005, s. 11 vd.; ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, "*Konut Finansman Kanunu'nun Leasing Sözleşmesi Üzerindeki Etki ve Sonuçları*" İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, Sayı 5, İstanbul 2007, s. 2015 vd.; ÇAPRI, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 23 vd.

ciye kredi kullandıran ya da finansal kiralama yapan bankalar ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunması uygun görülen finansal kiralama şirketleri ve finansman şirketleri olabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddeden, tüketicinin konut ihtiyacını karşılamak amacı ile kurulan finansal kiralama şirketlerinin de Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından konut finansmanı faaliyetinde bulunmasının uygun görülmesi gerektiği çıkarılabilecektir.

Finansal kiralama sözleşmesini, kiralayan şubeleri aracılığıyla da yapabilecektir. Bu kapsamda ifade edilmesi gereken konu ise, yabancı kiralayan şirketlerin Türkiye’de şube açıp açamayacağıdır. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 3’te şubenin “*şirketin bağımlı bir parçasını oluşturan ve faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan her türlü işyerini*” şirketin ise; “*Türkiye’de kurulu finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri ve finansman şirketlerini*” ifade ettiği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi sadece Türkiye’de kurulu finansal kiralama şirketinin şubesinin olması mümkündür. Kanun’un “*şubeler*” başlığını taşıyan 8 inci maddesinde “*1) Şirketin yurt içinde veya yurt dışında şube açması izne tabidir. Şirket her ne ad altında olursa olsun şube dışında teşkilatlanmaya gidemez ve acentelik veremez. (2) Şubelerin nitelikleri ile izne ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir*” şeklinde bir hükme de yer verilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, şirket kavramı sadece Türkiye’de kurulu finansal kiralama şirketlerini ifade etmektedir. Bu nedenle, artık yurtdışında kurulu finansal kiralama yapabilen bir şirketin Türkiye’de şubesinin olması mümkün değildir. Sadece, Türkiye’de kurulu bir şirketin yurt içinde ya da yurt dışında bir şubesi olabilecek, şube dışında acentelik vs. adı altında bir teşkilatlanma da söz konusu olmayacaktır.

2. Kiralayanın Finansal Kiralama Konusu Malın Zilyetliğini Her Türlü Faydayı Sağlamak Üzere Kiracıya Bırakması

Kiralayanın finansal kiralama konusu malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya bırakması gerekmektedir (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 18). Ayrıca Kanun’da kiracı “*finansal kiralamayı kabul eden*” olarak tanımlanmıştır (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m.3/1-e). Bu tanımda kiracının özelliklerine ilişkin her hangi bir belirlemeye yer verilmemiştir

3. Finansal Kiralama Bedeli

Finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan, kiracıya malın zilyetliğini bir kira bedeli karşılığında devredecektir (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri m. 18). Finansal kiralama bedeli ve ödeme dönemleri taraflarca belirlenecektir. Sözleşmede açıkça belirtildiği takdirde sözleşme konusu mal henüz imal edilmemiş veya kiracıya teslim edilmemiş olsa dahi, sözleşme tarihinden başlamak üzere kira bedelleri tahsil edilebilecektir. Finansal kiralama sözleşmesinde aksi belirtilmediği takdirde, sözleşme konusu malın sözleşme tarihinden itibaren iki yıl içinde kiracıya teslim edilmesi gerekmektedir (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri m. 20)

7/8/1989 tarihli ve 89/14391 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın 17 nci maddesine “g) Ticari veya mesleki amaç taşıyan finansal kiralamaya ilişkin bedeller döviz üzerinden ya da dövize endeksli olarak belirlenebilir” hükmü eklenmiştir¹⁰. Böylelikle, finansal kiralama sözleşmesinde bedel döviz ya da dövize endeksli olarak belirlenebilecektir.

4. Finansal Kiralama Sözleşmesini Oluşturan Tarafların Anlaşması

Finansal kiralama sözleşmesi, sözleşme konusu malın her türlü faydayı sağlamak üzere kiracıya bırakıldığı ve bunun karşılığında da kiralayana kira bedeli ödeneceği hususlarında tarafların anlaştığı bir sözleşmedir. Bu nedenle, bu sözleşme iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı edimler içeren bir sözleşmedir.

C. Finansal Kiralama Konusu Mal

Finansal kiralama sözleşmesinin konusunu sadece taşınır ve taşınmaz mallarla birlikte, bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları oluşturabilecektir. Bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları hariç, patent gibi fikri ve sınai hakların, bu sözleşmenin konusunu oluşturamayacağı Kanun’da belirtilmiştir (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 19).

Özüne zarar verilmeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen, hareket kabiliyeti olan eşyalar taşınır, hareket kabiliyeti olmayanlar ise taşınmaz

¹⁰ RG. T. 13.12.2012, RG. Sayı: 28496.

olarak değerlendirilir¹¹. Belirtmek gerekir ki; Türk Hukuku'nda sadece kat mülkiyetine konu bağımsız bölümler veya araziler taşınmaz hükmünde değildir. Türk Medeni Kanunu¹² (MK.) hükümlerine göre, arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli aynı haklar, kat mülkiyetine kayıtlı bağımsız bölümler taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturmaktadır¹³ (MK. m. 704). Bunlar, MK. m. 998 hükmü gereği tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebileceklerdir.

Bilgisayar yazılımı (software) ise, belirli uygulamalardan yararlanmak amacıyla, gereken programların hazırlanması ve işletim düzenlemelerinin yapılması işlemlerini ifade etmektedir¹⁴. Yazılım, kullanıcının bilgisayarlarla iletişim kurmasını sağlayan soyut bir dil olup, bilgisayarların çalışmasını ve esasen kullanıcıların isteklerini bilgisayar diline çevirmeleridir¹⁵. Finansal kiralama sözleşmesine de bu yazılımın çoğaltılmış nüshası konu olabilecektir.

Finansal kiralama konusu malın bütünleyici parça¹⁶ ya da eklenti olması halinde de, şayet mal asli niteliğini koruyabiliyorsa, tek başına finansal kiralama sözleşmesine konu olabilecektir (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 19/2). Türk Hukuku'nda sadece taşınır eşyaların eklenti olabileceğini belirtmek gerekir.

¹¹ OĞUZMAN, M., Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 12. Basıdan 13. Tıpkı Bası, İstanbul 2011, s. 8.

¹² RG. T. 08.12.2001, RG. Sayı: 24607.

¹³ Bir irtifak hakkının bağımsız olması ile devir kabiliyetinin olduğu, sürekli olmasıyla ise, MK m. 998/3 ve Tapu Sicil Tüzüğü m.10 gereği, süresiz ya da en az otuz yıl süre ile kurulmuş olması anlaşılmalıdır. Örneğin, bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı da tapuya taşınmaz olarak kaydedilebilecektir. Kanun bu hakları taşınmaz saymakla onların niteliğinde bir değişiklik yaratmamış, sadece bu hakların bazı bakımlardan taşınmaz gibi işlem görmesini sağlamış olmaktadır. Taşınmaz kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 140 vd.

¹⁴ TOPALOĞLU, Mustafa, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997, s. 19.

¹⁵ EROĞLU, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000, s. 1-2.

¹⁶ Türk maddi hukukunda bütünleyici parça ve eklenti tanımlanmıştır. Şöyle ki; “ *Bütünleyici parça yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğramadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır* “ (MK m. 684/2). Eklenti ise; “... *asıl şey malikinin anlaşılabilir arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlanması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır mal*” olarak tanımlanmıştır (MK. m. 686/2).

D. Tarafların Borçları

1. Kiralayanın Borçları

Finansal kiralama sözleşmesinde tarafların hak ve borçları Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 24’de düzenlenmiştir¹⁷. Ancak, diğer maddelerde de tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümler mevcuttur. Kiralayanın finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını kısaca, malın satıcısı¹⁸, üreticisi ya da kiracıyla sözleşme yapma, malı kiracıya teslim etme, zapta karşı tekeffül, kiracının sözleşme konusu maldan yararlanmasına engel olacak davranışlardan kaçınma, malı bir üçüncü kişiye devretmeme ve malı sigorta ettirme olarak saymak mümkündür. Aşağıda sadece yabancılik unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde yetkili mahkemenin tespit edilebilmesi için gerekli olan durumlar üzerinde durulacaktır.

Kiralayanın finansal kiralama sözleşmesi konusu malın satıcısıyla zamanında sözleşme yapmaması, gerekli ödemeyi zamanında yerine getirmemesi veya diğer sebepler ile malın kiracıya teslim edilmemesi halinde finansal kiralama konusu malın ne olduğunun bir önemi olmaksızın TBK.’nın 123, 125¹⁹ ve 126 ncı maddeleri uygulanır²⁰ (Finansal Kiralama, Faktoring

¹⁷ “(1) Kiracı, sözleşme süresince finansal kiralama konusu malın zilyedi olup, sözleşmenin amacına uygun olarak her türlü faydayı elde etme hakkına sahiptir. (2) Kiracı, finansal kiralama konusu malı sözleşmede öngörülen şart ve hükümlere göre itinayla kullanmak zorundadır. (3) Sözleşmede aksine hüküm yok ise kiracı, malın her türlü bakımından ve korunmasından sorumlu olup, bakım ve onarım masrafları kiracıya aittir. (4) Kiralama konusu malın sigorta ettirilmesi zorunludur. Malın kimin tarafından sigorta ettirileceği sözleşmede gösterilir. Sigorta primleri kiracı tarafından ödenir. (5) Malın sözleşme süresi içinde hasar ve ziyai sorumluluğu kiracıya aittir. Bu sorumluluk ödenen sigorta miktarının karşılanmayan kısmı ile sınırlıdır ve aşan kısım kiracı tarafından karşılanmak zorundadır. (6) Kiracının seçimi ve talebi üzerine üçüncü kişiden sağlanan malın ayıplı olmasından kiralayan sorumlu tutulamaz. Aynı hüküm, malın bizzat kiracıdan sağlanması hâlinde de uygulanır” (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 24).

¹⁸ Makale içinde geçen satıcı ifadesi Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu’na uygun olarak satıcı, üretici ya da kiracı olarak anlaşılmalıdır.

¹⁹ TBK. m. 123; “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir” 125. madde ise; “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. (2) Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini iste-

ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 25). Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan, sözleşme tarafı olmayan sözleşme konusu malın satıcısı ile sözleşme konusu malı edinmek için, sözleşme yapma zorunluluğu altındadır. Gerçekten de, kiralayan ile satıcı arasında zamanında yapılmayan veya kiralayanın sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi nedeni ile malı teslim alamayan kiracı, maldan hiç veya gereği gibi faydalanamayacaktır. Bu davranışıyla da kiralayan, aşağıda anlatılacak olan, malı kiracıya teslim etme borcuna aykırı davranmış olacaktır. Kiracı kiralayanı temerrüde düşürüp ifayı yerine getirmesi için bir süre verecektir. Bu süre içinde ifanın gerçekleşmemesi halinde, alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı veya ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazminini talep edebilecektir. Ancak, son iki seçenekteki haklarda yer alan tazminatların talep edilebilmesi için, kiralayanın kusurlu olması gerekmektedir.

Kiralayanın finansal kiralama konusu malı sigorta ettirmesi gerekebilemektedir. Ancak, sözleşmede malın kiralayan tarafından sigorta ettirileceğinin belirtilmesi halinde, kiralayanın böyle bir borcu doğmuş olacaktır. (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m.24/4) Bu borcun yerine getirilmesiyle birlikte kiracının sigorta primlerini ödeme sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde²¹ tarafların bu borçlarına aykırı davranmaları halinde, artık sigorta sözleşmesinden kaynaklı bir uyumsuzluğun söz konusu olacağı ifade edilmektedir.

2. Kiracının Borçları

Finansal kiralama sözleşmesinde kiracının en temel borcunu kira bedelini ödeme oluşturmaktadır. Kiracının bu borcunun yanı sıra, finansal kiralama konusu malı özenle kullanma, finansal kiralama konusu malın bakımı

yebilir veya sözleşmeden dönebilir. (3)Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

²⁰ Karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; OĞUZMAN, Kemal, M./ ÖZ, Turgut, M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 10. Bası, İstanbul 2012, s. 507 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011, s. 665 vd.

²¹ YÜNLÜ, Levent, “ Finansal Kiralama Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 1089.

ve korunması, finansal kiralama konusu malın hasar ve ziyana katlanma, finansal kiralama konusu malın zilyetliği ile kiracılık sıfatını veya sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini devretmeme, malın sigorta primlerini ödeme finansal kiralama konusu malı sözleşmenin bitiminde kiralayana geri verme borçları da bulunmaktadır. Aşağıda yabancılık unsuru içeren finansal kiralama sözleşmelerinde yetkili mahkemenin tespit edilebilmesi için gereken kısımlar üzerinde durulacaktır.

Kiracının finansal kiralama bedelini ödemede temerrüde düşmesi halinde kiralayanın sözleşmeyi feshedebilmesi için, kiracıya finansal kiralama bedelini ödemesi için otuz günlük bir süre vermesi gerekir. Bu süre içinde bedel ödenmezse kiralayanın sözleşmeyi feshetmesi söz konusu olabilecektir. Ancak, sözleşmede, süre sonunda mülkiyetin kiracıya geçeceği kararlaştırılmış ise, bu süre altmış günden az olamayacaktır. Kiracı bir yıl içinde sözleşmede yer alan kira bedellerinden üçünü veya üst üste ikisini zamanında ödemezse, kiralayan kendisine ihtar²² göndermek suretiyle, sözleşmeyi feshedebilecektir. Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı harekette bulunduğu hallerde, bu aykırılık nedeniyle diğer tarafın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda da sözleşme feshedilebilecektir (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketler Kanunu m. 31/1-2). Kiracı temerrüde düştükten sonra, temerrüde düşmesinde kusurlu olup olmaması önem arz etmeksizin temerrüt faizi ödemek zorunda kalacaktır. Ancak, verilen sürelerde kira bedellerinin ödenmesi halinde, kiralayanın fesih hakkı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Finansal kiralama konusu malın taraflardan birince sigorta ettirmesiyle birlikte, kiracının finansal kiralama konusu malın sigorta primlerini ödeme borcu doğmaktadır. Ayrıca, kiracının malı özenle kullanma borcu olduğu gibi, aksine düzenleme yoksa, malın bakım ve onarım masraflarına katlanma borcu söz konusu olur. Kiracının bu borçlarını yerine getirmemesi halinde, sözleşmeyi devam ettirmesi, kiralayandan beklenemeyecekse, kiralayan, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketler Kanunu m. 31/2 uyarınca sözleşmeyi feshedebilecektir.

Finansal kiralama konusu maldan kiracının her türlü faydayı elde etmesine olanak tanıyacak şekilde, finansal kiralama konusu malı kiracının zilyet-

²² “Kiracının bu Kanunda belirtilen süreler içinde borcunu ödememesinden dolayı kiralayana tarafından noter aracılığıyla kiracıya gönderilen fesih ihtarnameleeri hakkında 2004 sayılı Kanunun 68/b maddesi hükümleri uygulanır” (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 33/4)

liğinde bulundurması kiralaanın bir borcunu teşkil etse de, kiracı da söz konusu malı sözleşmenin amacına uygun olarak kullanmak zorundadır. Bu nedenle kiracı, finansal kiralama konusu malı sözleşmede belirtilen amaç ve kapsamda kullanmak zorundadır. Bu açıdan, bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshalarının finansal kiralama sözleşmesine konu olması halinin üzerinde durulmasında fayda vardır. Zira, bir bilgisayar yazılımının bir cd haline dönüştürülmesi halinde, bu malın kopyalanması, başkasının kullanmasına olanak tanınması ya da cd’de yer alan bilgilerin değiştirilerek farklı bir ürün elde edilmesi gibi kötüye kullanımlara açık bir durum ortaya çıkabilir. Kiracının böyle bir davranışta bulunması halinde, finansal kiralama konusu mal, sözleşme amacına uygun kullanılmamış olacaktır. Bununla birlikte, sözleşme sonunda kiracıya malın mülkiyetini satın alma hakkının tanındığı bir finansal kiralama sözleşmesinde, kiracının cd’nin mülkiyetini kazanmasından sonra, söz konusu işlemleri ya da benzerlerini yapması finansal kiralama sözleşmesi kapsamında kural olarak herhangi bir borcuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak, bu durumda kiracı yazılımın sahibinin ve mali hakları devralmış olan kiralaanın haklarını ihlal etmiş olacağından, sorumluluğu doğabilecektir.

II. Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

A. Genel Olarak

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK.)²³ ile düzenlenmiştir (MÖHUK. m.1/1). Bu kapsamda milletlerarası hukukta, özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, bu uyuşmazlığın çözümünde hangi mahkemelerin yetkili olduğunun çözümlenmesi gerekmektedir. Bu konu MÖHUK. tarafından iç hukuka yapılan atıfla, iç hukukun yer itibarıyla yetkili kuralları ile çözümlenmektedir (MÖHUK. m. 40). Bunun dışında MÖHUK.’ta tarafların yapmış oldukları yetki sözleşmeleri de düzenlenmektedir. Bu sözleşme ile birlikte, taraflar kural olarak bazı şartların varlığı halinde uyuşmazlığın çözümünde hangi yabancı ülke mahkemelerinin yetkili olduğunu belirleyebileceklerdir.

Milletlerarası özel hukukta, bir devletin yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığı çözebilmesi için, o uyuşmazlığa ilişkin yargılama yetkisinin

²³ RG. T. 12.12.2007, RG. Sayı: 26718.

olması gerekir. Kural olarak, kendi vatandaşları arasında ve kendi ülkesi sınırlarında gerçekleşen fiillerde, devletlerin bu yetkisinin varlığı tartışmaya yer vermeyecek kadar açıktır. Ancak, yabancı unsurlu işlem ve ilişkilerde ise, devletlere bu yetkiyi tanımak her zaman bu kadar kolay olmamakta, hatta bazı durumlarda, devletlerin söz konusu uyuşmazlığı çözecek yargı yetkisi dahi bulunmamaktadır. İşte, milletlerarası yetki, yabancı unsurlu işlem ve ilişkilerde, belirli bir devletin mahkemelerinin ülke içi yetki kuralları ile o uyuşmazlığı çözmeye yetkili olup olmadığını ifade eden bir kavramdır²⁴.

Doktrinde milletlerarası yetkinin yanlış anlaşılmaya müsait bir şekilde ifade edildiği bizce de haklı olarak belirtilmektedir²⁵. Gerçekten de milletlerarası yetki denildiğinde, ilk bakışta, milletlerarası yetkili tek bir mahkemenin varlığından söz edilmiş gibi bir intiba uyandırılmaktadır. Ancak, ifade edilmek istenen anlam bu değildir. Milletlerarası yetki, aslında ülke içi yetki kavramının karşılığında kullanılmıştır. Şöyle ki, bir devletin mahkemelerinin yetkili olduğunun tespit edilmesinden sonra, o devletteki hangi yer mahkemesinin yetkili olduğunun o devletin ülke içi yetki kuralları ile belirlenmesi, milletlerarası yetkiyi ifade etmektedir²⁶.

Milletlerarası yetkiden bahsedebilmek için, öncelikle yabancı unsurlu bir hukuki ilişkinin varlığı gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşımayan hukuki ilişkilerde, mahkemelerin yetkisi, milletlerarası yetki kuralları ile değil, ülke içi yetki kuralları ile çözümlenecektir. Bu nedenle, milletlerarası yetkiden bahsedebilmek için birincil şart, yabancılık unsurudur.

B. Vasıflandırma

Kullanılan hukuki kavramların çeşitli hukuk sistemlerinde farklı anlamlara gelmesi vasıflandırma probleminin neden olmaktadır. O kavramın hangi hukuk sistemindeki anlamının dikkate alınacağı, söz konusu uyuşmazlığın özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı ait bir konu olduğunun veya uyuş-

²⁴ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2011, s. 430; NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 52; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 2012, s. 503; ERDEM, B. Bahadır, “ 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, MHB., Y. 22, Sayı 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 153; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 64.

²⁵ NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 407.

²⁶ NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 407.

mazlığın maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ait olduğunun hangi hukuk sistemine göre cevaplanacağı, bir vasıflandırma problemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Roma Hukuku'ndan beri maddi hukuk kuralları ile usul hukuku kurallarının birbirinden ayrılmasına rağmen, farklı hukuk sistemlerinde bir kavram usul hukukuna ilişkinken, diğerinde ise, maddi hukuka ilişkin olarak değerlendirilebilmektedir. Örneğin, zamanaşımı Kıta Avrupası sisteminde maddi hukuka ait bir mesele iken, Anglo-Amerikan Hukuku'nda ise, usul hukuku konusudur. İspat hukuku kuralları ise, Kıta Avrupası sisteminde hem medeni kanunlarda hem de usul kanunlarında düzenleme alanı bulurken, İngiliz Hukuku'nda ise, usul hukuku meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Milletlerarası usul hukuku kavramlarının vasıflandırılması kural olarak *lex fori*'ye göre yapılır²⁷. Mahkemelerin kendi usul hukuku kurallarını uygulamaları günümüze kadar geçerliliğini korumuş bir ilkedir. Bu noktada mahkemenin uyuşmazlığın çözümü için takip edeceği usul açısından yargılama taraflarının vatandaş ya da yabancı olması arasında herhangi bir fark olmaz.

Usul hukukunda *lex fori* prensibinin hakim olmasının gerekçeleri olarak pek çok sebep ileri sürülmüştür²⁸. Bu sebeplerden ilki, usul hukukunun kamu hukuku karakterinin ağır basmasıdır. Zira, kamu hukuku niteliğinde olan normların milletlerarası alanda uygulanması açısından ülkesellik prensibi, geleneksel olarak kabul edilmektedir. Bundan dolayı mahkemeler kendi usul hukuku kurallarını uygulamaktadır. Ancak, günümüzde usul hukukuna ilişkin kurallarda kamu hukukunun etkisinin ağır bastığını savunmak güçleşmiştir. Günümüzde yargılama usulüne hakim hukukunun uygulanmasının nedeni ise, pratik gerekçelere dayanmaktadır. Gerçekten hakim söz konusu uyuşmazlığı kendi usul kuralları ile çözüme kavuşturması ve tarafların yargılamanın başlangıcına ve devamına hakim hukukunun usul hukuku kurallarının uygulanacağı konusundaki güven, usul hukuku açısından *lex fori*'nin uygulanmasının temel nedenlerinden biri olmaktadır²⁹.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, bir hukuk düzenine göre maddi hukuka ilişkin bir konu diğer hukuk düzeninde usul hukukuna ilişkin bir konu olarak düzenlenebilmektedir. Hakim davayı yürütürken, karşılaşacağı bir hukuk

²⁷ NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s.394; NOMER, Milletlerarası Usul Hukuku, s. 38; DOĞAN, s. 52.

²⁸ Usul hukukunda *lex fori* prensibinin hakim olmasının gerekçeleri hakkında bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 376 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 433 vd.; DOĞAN, s. 52 vd.

²⁹ DOĞAN, s. 52-53.

problemini kendi hukukuna göre usuli bir konu mu yoksa maddi hukuka ilişkin bir konu mu olduğunu belirleyecektir. Yapacağı vasıflandırma sonucunda, hakim söz konusu hukuki problemin usule ilişkin olduğuna karar verirse, kendi hukukunu uygulayacaktır.

Uyuşmazlığın düzenlendiği hayat ilişkisinin hangi hukuki kavramı ifade ettiği bağlanma konusu olarak ifade edilir. Örneğin, söz konusu hukuki ilişkinin haksız fiil, sözleşme, evlenme vs. olarak nitelendirilmesi bir vasıflandırma problemidir. Bu durumda bağlanma konusunun vasıflandırılması söz konusu olur. “Bağlanma konusunun belirli bir hukuk nizamına tabi tutulmasında nazara alınan vakıa”³⁰ ise bağlanma noktasını ifade eder. Bağlanma noktasının da vasıflandırılması önem arz etmektedir. Zira, Türk Hukuku’nda bağlanma konusu ve/veya bağlanma noktasının ifade ettiği anlam yabancı hukukta farklı bir anlamı içerebilir. Türk Hukuku’nda bağlanma konusunun ve bağlanma noktasının vasıflandırılması lex fori’ye tabidir³¹. Bu nedenle örneğin, Türkiye’de açılan bir davada yabancılık unsuru içeren bir finansal kiralama sözleşmesinin “finansal kiralama sözleşmesi” olup olmadığı Türk Hukuku’na göre tespit edilecektir.

Uyuşmazlık konusu malın taşınır ya da taşınmaz olarak değerlendirilmesi de bir vasıflandırma konusudur. Ancak, bu konudaki vasıflandırma lex fori’ye göre yapılamayacaktır. Bir malın taşınır ya da taşınmaz olarak vasıflandırılmasında malın bulunduğu yer hukuku (lex rei sitae) yetkili olmaktadır³². Bu nedenle, taşınır ya da taşınmazın Türkiye’de bulunması halinde, nelerin taşınır, taşınmaz ve taşınmaz hükmünde olduğunun belirlenmesi malın bulunduğu yer olan Türk Hukuku’na göre yapılacaktır.

C. Yabancılık Unsuru Taşıyan Finansal Kiralama Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde yetkili mahkemenin tespit edilebilmesi için öncelikle yabancılık unsuru taşıyan

³⁰ NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 102.

³¹ Bağlanma konusu ve bağlanma noktasının vasıflandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 93 vd.; TEKİNALP, Gülören/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2011, s. 38 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 83 vd.

³² NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 293; TEKİNALP/UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, s. 318; ÇELİKEL/ERDEM, s. 93.

finansal kiralama sözleşmesinin neyi ifade ettiğinin belirlenmesi gerekir. Yabancılık unsuru taşıyan bir finansal kiralama sözleşmesinde yabancılık unsurunu; kiralaayan ya da kiracının yabancı olması, sözleşmenin akdedildiği yerin ya da ifa yerinin Türkiye dışında bir ülkede olması, finansal kiralama konusu malın, yurtdışında bulunan bir mal olması halleri katabilecektir³³. Örneğin, finansal kiralama sözleşmesi taraflarının Türk tabiiyetinde olduğu iki şirkette, finansal kiralama konusu mal yurtdışında ise, sözleşme, farklı hukuk düzenleriyle bağlantılı hale gelebilecektir. Üstelik bu ihtimalde para ve mal transferi de söz konusu olacaktır. Her ne kadar, satıcı ile kiralaayan arasında akdedilen sözleşme finansal kiralama sözleşmesinden bağımsız olsa da, kiracının talebi ile sözleşme konusu malın belirlenecek olması, malın yurtdışından gelmesindeki gümrük aşamaları gibi bazı durumlar bu sözleşmeye yabancılık unsuru katabilecektir. Uluslararası finansal kiralama sözleşmesi ise, bir ülkede yerleşik kiralaayanın, başka bir ülkedeki yerleşik kiracıyla yapmış olduğu finansal kiralama işlemini ifade etmektedir³⁴. Görüldüğü gibi, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesi uluslararası finansal kiralamayı da bünyesinde barındıran daha üst bir kavramı ifade etmektedir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK. m. 40 gereğince, iç hukukun yer itibariyle yetkili mahkemeleri tarafından belirleneceğine yukarıda değinmiştik. Bu nedenle, Türk Hukuku açısından Türk mahkemelerin milletlerarası yetkisi, Türk İç Hukuku'na göre yetkili bir mahkemenin olması halinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca taraflar; şartların varlığı halinde, yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilecekleri gibi (MÖHUK. m.47), bir veya birden fazla Türk mahkemesini de yetkilendirebilirler (HMK. m. 17-18) Yetki sözleşmesi usul hukukuna ait bir sözleş-

³³ "...hukuki ilişkinin gerçekleştiği, konusunu oluşturan şeyin bulunduğu, tarafların bu ilişkiden doğan edimlerini yerine getirecekleri yer gibi coğrafi bir unsur yabancı bir ülke ile bağlantıyı sağlayabilir. İşte bir sözleşme ilişkisinde bu unsurlardan herhangi birinin yabancı bir ülke ile bağlantılı olması, o sözleşmeyi "yabancılık unsuru taşıyan" bir sözleşme haline getirir, bkz. ÖZDEMİR, Hatice, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme Kavramları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, Sayı 10-11-12, 1999, s. 927. Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler ve uluslararası sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme", s. 926-941; NORTH, Peter/FAWCETT J.J. Cheshire and North's Private International Law, Thirteenth Edition, Lexis Nexis Butterworths, United Kingdom 2004, s. 544 vd.

³⁴ EROL, Ahmet/ YILDIRIM, Ercan/ TOROSLU, Vefa, M, Tüm Yönleriyle Finansal, Kiralama (Leasing), İçtihatlı & Gerekçeli, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 525.

me olduğundan bu sözleşmenin hangi şartlar altında yapılabileceği lex fori'ye göre belirlenmelidir³⁵.

1. Finansal Kiralama Konusu Malın Taşınır Olması Halinde Yetkili Mahkeme

a) Genel Yetkili Mahkeme

Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi başka kanunlarda konu ile ilgili “*yetkili mahkeme*” tespiti yapılmadığı için sadece HMK. hükümleri çerçevesinde çözümlenecektir. Şayet, HMK. uyarınca yer itibarıyla yetkili mahkeme yoksa, söz konusu uyuşmazlık için, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden de söz edilemeyecektir.

Davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri³⁶ mahkemesi, genel yetkili mahkemedir (HMK. m. 6/1). MK. yerleşim yerini, yerleşmek amacıyla oturulan yer olarak tarif ederken³⁷ yerleşim yeri konusu yabancılık unsuru taşıyan davalarda farklı özellikler taşıyabilecektir. Zira, yerleşim yeri kavramı her hukuk sisteminde aynı şekilde düzenlenmemektedir³⁸. Örneğin, Alman Hukuku'nda birden fazla yerleşim yerine sahip olunabilirken, Türk Hukuku'nda ise, tek bir yerleşim yeri kabul edilmiştir. Bu nedenle, bağlanma noktasının doğru vasıflandırılması gerekmektedir.

Finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan, finansal kiralama şirketi, kalkınma ve yatırım bankası ile katılım bankası olabilecektir. HMK.'da yer alan genel yetkili mahkeme uyarınca da kiralayanın yerleşim yeri mahkemesi, milletlerarası yetkiye sahip olabilecektir. Bu durumda kiralayan olan finansal kiralama şirketi, kalkınma ve yatırım bankaları ile katılım bankalarının yerleşim yerinin tespit edilmesi gerekir. MK. m. 51 uyarınca; “*Tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça*

³⁵ NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 465.

³⁶ “*Yerleşim yeri 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre belirlenir*” (HMK. m. 6/2).

³⁷ “*Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir*” (MK. m.19).

³⁸ Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) m. 7/2, Bir kişinin aynı anda birden fazla yerleşim yerinin olabileceğini düzenlemiştir.

işlerinin yönetildiği yerdir". Dolayısıyla, tüzel kişinin yerleşim yeri yönetim merkezinin bulunduğu yer olarak değerlendirilir³⁹.

Kiralayanın finansal kiralama işlemi yapabilen yabancı bir şirketi olması halinde, yerleşim yerinin nasıl tespit edileceği sorunu söz konusu olmaktadır. Mülgâ FKK. döneminde yabancı kiralama şirketleri, finansal kiralama işlemlerini, Türkiye’de açtıkları şubeleri ya da temsilcilikleri aracılığı ile yapabilmekteydiler. Bu şekilde gerçekleşen finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık çıkması halinde, yabancı şirketlerin Türkiye’deki şube ve acenteleri onların kanuni yerleşim yeri sayılıp, HMK. m. 14/1’e göre⁴⁰ şubenin bulunduğu yerde dava açılabilir. Ancak, yukarıda anlatıldığı üzere, finansal kiralama açısından artık yurtdışında kurulu finansal kiralama yapabilen şirketlerin Türkiye’de şube açmaları söz konusu değildir. Bu nedenle; yurtdışında kurulu bir finansal kiralama şirketiyle, Türkiye’de kurulu bir şirket ya da gerçek kişi arasında yapılan finansal kiralama sözleşmesinde, davalının yurtdışındaki şirket olması ihtimalinde, genel yetkili mahkeme uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmayacaktır.

Finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kiralayanın davacı olması halinde ise, kiracının yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkeme olacaktır. Kiracının tüzel kişi olması halinde yerleşim yeri yukarıda belirtilen durumlara göre tespit edilecektir. Ancak, kiracının gerçek kişi olması ihtimali de vardır. Bu durumda yerleşim yeri yukarıda belirtildiği üzere MK. m. 19 uyarınca sürekli kalma niyeti ile oturuş yeri ifade etmektedir. MK.’ya göre; *“önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır”* (MK. m.20).

Bu konuda ikamet tezkeresine değinmekte fayda vardır. Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun⁴¹ (YİSHK.) m. 3/1 uyarınca, *“Türkiye’de bir aydan fazla kalacak yabancılar bu müddet bitmeden*

³⁹ ÖZKAN, Işıl, Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 84; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 137.

⁴⁰ *“Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir”* (HMK. m.14/1).

⁴¹ RG. T. 24.07.1950, RG. Sayı: 7564.

ikamet tezkeresi almak için gerekli beyannameyi doldurmak üzere yetkili emniyet makamlarına bizzat veya bilvasıta müracaat etmekle ödevlidirler. Bu beyanname hiç bir harç ve resme tabi değildir"⁴². Yabancıların Türk yetkili makamlarından ikamet tezkeresi almış olmaları Türkiye’de yerleşim yeri tesis ettikleri anlamında gelmez⁴³. Zira, yerleşim yeri tesisi için yerleşme niyeti ile fiili oturma şartı aranmaktadır. YİSHK. açısından “*ikamet tezkeresi*” MK. anlamında yerleşim yerini ifade etmemektedir. Söz konusu Kanun bakımından “*ikamet tezkeresi*” Türk Kanunlarına göre Türkiye sınırları içinde usulüne uygun oturma anlamını taşımaktadır. Bu nedenle, bir yabancıların ikamet tezkeresinde yazılı olan yerin o yabancıların yerleşim yeri olarak değerlendirilerek, genel yetkili mahkemenin tespit edilmesi söz konusu olmayacaktır⁴⁴.

Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme HMK. m. 9’a göre belirlenmektedir. Anılan hükme göre; “*Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyumsuzluk konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir*”. Bu nedenle

⁴² YİSHK m.3/1’de bir aylık sürenin, 24.10.2011 tarih ve 28094 sayılı RG.’de yayımlanan, 10.10.2011 tarih ve 2011/2306 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının ilgili hükmü gereğince, vize muafiyet süresi veya vizede belirtilen kalış süresi yeterli ise yabancıların Türkiye’den çıktığı gün itibarıyla önceki 180 gün zarfında 90 gün olarak uygulanması kararlaştırılmıştır.

⁴³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 509. İkamet tezkeresi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL, Aysel/ GELGEL (ÖZTEKİN), Günseli, Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 18 Bası, İstanbul 2012, s. 88 vd.; ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s. 97 vd.

⁴⁴ Doktrinde, emniyet makamlarından daimi ikamet izni almış olanların sakin oldukları yerin yerleşim yeri sayılabileceği ifade edilmektedir, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 509; UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “*Bireysel İş İhtilaflarında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi*” İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 976. Ancak yine doktrinde, Türk yabancılar hukukunda “daimi ikamet hakkı” ya da “daimi yerleşim hakkı” gibi statülerin bulunmadığı, bir yabancıların Türkiye’de daimi olarak yerleşebilmesinin yolunun vatandaşlık kazanılması halinde söz konusu olduğu ifade edilmektedir, bkz. ÇİÇEKLİ, s. 106. Konu ile ilgili Emniyet Genel Müdürlüğü’nün 2002 yılında çıkardığı Genelgede; “*Mevzuatımızda “daimi ikamet, yerleşik yabancı, mukim yabancı” gibi kavramlara rastlanılmamaktadır. Ancak, 11.08.1989 tarih ve 20249 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararın 2/b fıkrasında geçen yerleşik yabancı deyimi, 5683 sayılı yasanın tarif ettiği ikametli yabancılar farklı olarak sadece kambiyo işlemlerinde geçerli olan bir durumdur. Bu itibarla süresi ne olursa olsun her yabancıların, Yabancılar Mahsus İkamet Tezkeresi almak suretiyle Türkiye’de oturması gerekmektedir*” düzenlemeleri mevcuttur, bkz. ÇİÇEKLİ, s. 106, dipnot 46.

yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde, Türkiye’de yerleşim yeri olmayan yabancı gerçek kişi kiracıya karşı açılacak davada yetkili mahkeme, kiracının mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi veya finansal kiralama konusu malın bulunduğu yer mahkemesi olabilecektir.

Bu kapsamda mutad meskenin de açıklanması gerekmektedir. Zira, Türkiye’de yerleşim yeri olmayan gerçek kişi kiracının mutad meskeni mahkemesi yetkili mahkeme olabilecektir. Mutad mesken kavramının devletler özel hukukundaki anlamı ile usul hukukunda anlamı farklı şekilde kullanılmaktadır. Devler özel hukukunda mutad mesken, belirli bir yerde, belirli süre oturmak olarak ifade edilebilecek objektif kriterlerle tespit edilebilecek bir kavramdır. Ancak, bir yerin mutad mesken olarak değerlendirilebilmesi, daha ziyade, orada oturma süresiyle değil, oturma niteliği ile ilgili olacaktır. Bununla birlikte, sürekli oturma niyeti olarak ifade edilebilecek olan sübjektif unsur, mutad meskende aranmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle kişinin orada yerleşme niyeti ile oturması gerekmemektedir. Mutad meskeni, geçici süre ile oturulmayan ancak oturma niyetini de barındıran kişinin, hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı yer olarak tarif etmek mümkün olacaktır⁴⁵. HMK. m.9 kapsamında kullanılan mutad mesken ise; sakin olunan yer olarak kullanılmaktadır⁴⁶. Görüldüğü gibi, iki kavram arasında oldukça fark vardır.

b) Özel Yetkili Mahkeme

Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, genel yetkili mahkemenin yanında başka bir mahkeme daha yetkilidir. Bu yetki, genel yetkili mahkemenin yetkisini bertaraf etmemekle birlikte, genel yetkili mahkemeye ek başka bir mahkemenin yetkisini de tesis etmektedir. Bu konu HMK. m. 10’da düzenlenmiştir. Maddede yer alan hükme göre; “Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir”. Bu nedenle, sözleşmenin ifa edileceği yerin Türkiye’de olması halinde, davalının yerleşim yerinin Türkiye’de olup olmadığına bakılmaksızın Türk mahkemeleri milletlerarası yetki kazanabilecektir. Belirtmek gerekir ki; HMK. m. 10 kapsamındaki sözleşmeler, konusu mal varlığı hakkı olan borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerdir. Konusu şahıs varlığı olan, şahsın hukukuna, aile hu-

⁴⁵ Mutad mesken hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NÖMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 117 vd.; ÖZKAN, s. 31 vd.

⁴⁶ KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK’ na Göre Yeniden Yazılmış 23. Baskı, Ankara 2012, s. 135.

kukuna ve de miras hukukuna ilişkin sözleşmeler bu madde kapsamında değildir⁴⁷. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinin konusu ise malvarlığı hakkı olan borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşme olduğundan, HMK. m. 10 uygulanarak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilebilecektir.

Öncelikle çözülmesi gereken konu, milletlerarası niteliğe sahip uyuşmazlıklarda, sözleşmenin ifa yerinin hangi hukuka göre belirleneceğidir. Böyle bir durumda, yapılması gereken; sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi ve o hukuka göre sözleşmenin ifa yerinin tespit edilmesidir⁴⁸. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesinde yetkili mahkemeyi belirlemek için MÖHUK. m. 24 gereğince sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerine uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde “sözleşmenin ifa yeri” TBK. m. 89’ a göre tespit edilecektir⁴⁹. Borcun ifa yeri öncelikle tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Ancak, taraflar borcun ifa yerini belirlememişlerse, aksi kararlaştırılmadığı sürece, para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde, parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde, bu borçlar dışında kalan borçlar ise, borcun doğumu zamanında borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir. Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir (TBK. m. 89). Niteliği gereği belli bir yerde ifa edilmesi gereken bir borç varsa, sözleşmenin ifa yeri o yer olacaktır.

Taraflarca, borcun ifa yeri, borcun doğmasından sonra da kararlaştırılabilecektir. İfanın mahiyeti veya bir adetinin varlığı, borcun ifa yeri konusunda tarafların örtülü bir anlaşmaya vardıklarını gösterebilir. Sözleşmenin ifa yeri belirlenirken, ifası talep edilen şey esas alınacaktır. Sözleşmenin ifa yeri

⁴⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 139-140; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.140.

⁴⁸ NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 445. ÖZEL, Sibel, “Sözleşmesel İlişkide Mahkemenin Yetkisini Belirleyen İfa Yeri Kriterinin Elektronik Sözleşmelerde Uygulama Alanı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, s. 421. ÇELİKEL’e göre “ifa yerinin neresi olduğu konusunda çıkan vasıf ihlali *lex fori*’ye göre çözülür”, bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 514.

⁴⁹ Makale içinde TBK m. 89’a göre yapılan açıklamaların hepsinde yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesine uygulanacak hukukun Türk Hukuku olduğu dikkate alınmalıdır. Sözleşmeye uygulanacak hukuk Türk Hukuku dışında yabancı bir hukuk ise, ifa yeri yabancı hukuka göre tespit edilmelidir.

birden çok yer olabileceğinden, ifa yeri her bir borç ve alacak yönünden ayrıca aranıp bulunmak zorundadır. İfa yeri, davacının isteğine göre belirlenecektir⁵⁰.

İfa yerinin yabancı bir ülkede olması halinde ise, HMK. m. 10 uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden bahsetmek söz konusu olmayacaktır. Örneğin, ifa yerinin Berlin olması halinde, davanın Alman mahkemelerinde açılıp açılmayacağı Alman Hukuku'nun konusuna girmektedir.

Sözleşmenin feshedilmesi halinde HMK. m. 10'un uygulama alanı bulup bulmayacağı ise doktrinde tartışmalı bir konudur. Doktrinde bir görüş, sözleşme feshedilmişse, artık geçerli bir sözleşme varmış gibi, HMK. m. 10'a dayanarak sözleşmenin ifa yerinde dava açılmayacağını, zira HMK. m. 10'un sadece geçerli sözleşmeler için uygulama alanı bulacağını⁵¹ ileri sürerken, diğer görüş⁵² ise, özellikle maddenin sözleşmeden doğan borçların ifası mahkemesi demeyip, sözleşmeden doğan davalar dediğinden dolayı, HMK. m. 10'un uygulanması için, sözleşmenin geçerli olup olmadığının önemi olmadığını savunmaktadır⁵³.

Sözleşmede karşılıklı olarak değişik yerlerde yerine getirilecek borçların söz konusu olması halinde, dava, davalının borcunu yerine getireceği yerde de açılacaktır⁵⁴. Finansal kiralama sözleşmesinde de kiralayan ve kiracının birden fazla borcu olduğundan, sözleşmenin ifa yerinin her bir borca göre ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.

⁵⁰ ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 224; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 139; KILIÇ, Halil, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı HMK, C. I, Ankara 2011, s. 600.

⁵¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 139-140; KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 270; KILIÇ, s.600.

⁵² UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 40. KURU/ARSLAN/YILMAZ ise, bir sözleşmenin feshi ve sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat (ve bu sözleşme gereğince verilen bonoların iptali) davasının HMK m. 10'a göre sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde açılacağını belirtmiştir, bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 140. HMK. m. 10'un uygulanması için sözleşmenin geçerli olması gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararına tarafımızca ulaşamadık. Böylesi bir ayırım yapılmadan HMK m. 10'un yetkili olduğuna ilişkin Yargıtay kararlarına örnek olarak; Y. 3. HD'nin 30.5.2012 tarihli, 2012/8974 E. ve 2012/13821 K. sayılı kararı; Y. 19. HD'nin 27.6.2012 tarihli, 2012/7181 E. ve 2012/10606 K. sayılı kararı verilebilir. (www.kazanci.com.tr)

⁵³ Makale içinde bundan sonra, HMK. m.10'un uygulanması konusunda anlatılan ilk görüş ve diğer görüş ifadeleri ile yukarıda anlatılan iki görüş kastedilmektedir.

⁵⁴ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı C. I, İstanbul 2001. s. 436.

aa) Kiralayanın Borçlarına Göre Yetkili Mahkeme

Finansal kiralama sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Genel olarak Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu. m. 32/2’de düzenlenen hüküm gereği, tarafların borçlarına aykırı davranması halinde, diğer tarafın sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenebileceği durumlarda sözleşme feshedilebilir. Bu şekilde bir feshin söz konusu olması halinde, HMK m. 10 gereğince yetkili bir mahkemenin varlığından söz etme imkanı olup olmadığı noktasında yukarıda bahsettiğimiz ilk görüş benimsenirse; sözleşmeden doğan davalarda HMK. m. 10’a göre yetkili mahkeme feshedilmeyen sözleşmeler için uygulama alanı bulacağından⁵⁵, bu durumda ifa yeri mahkemesinde dava açılmayacaktır. Diğer görüşün benimsenmesi halinde ise; HMK. m. 10’a göre dava açılmasında bir sakınca olmadığında, ifa yeri Türkiye’de ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi HMK. m. 10’a göre belirlenebilecektir.

Yukarıda bahsedildiği üzere “*finansal kiralama konusu malın, kiralayanın malın imalatçısı veya satıcısı ile zamanında sözleşme yapmaması veya gerekli ödemeyi zamanında yerine getirmemesi veya kiralayanın kusur ve ihmalden kaynaklanan diğer sebepler ile kiracıya teslim edilmemesi hâlinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 123, 125 ve 126 ncı madde hükümleri uygulanır*” (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 25). Bu durumda, kiracı kiralayanı temerrüde düşürüp, ifayı yerine getirmesi için süre vermesi gerekir. Bu işlemlerin ardından kiracı, borcunu yerine getirmeyen kiralayana karşı, aynen ifa ve gecikme tazminatını istiyorsa, sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde davasını açabilecektir. Zira, aynen ifanın talep edilmesi sözleşmeden kaynaklanan bir davadır. Bununla birlikte, olumlu zararın tazmininin istenmesi halinde, yukarıda bahsettiğimiz ilk görüşe göre; sözleşme hala geçerli olduğu için⁵⁶ HMK. m.10’a göre yetkili mahkeme tesis

⁵⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 139-140; KILIÇ, s.601. Sözleşmenin feshedilmesi halinde; diğer tarafın geçerli feshin bulunmadığı iddiasına dair, tespit hükmü verilmesi için açacağı davada HMK m. 10’un yetkili olduğu yorumu konusunda bkz. UMAR, s. 39. Bu konuda bkz. Yargıtay 13. HD’nin 06.07.2011 tarihli, 2011/4190 E. ve 2011/11081 K. Sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

⁵⁶ ALTOP, Atilla, Özellikle Taşınır Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, s. 189. Alacaklının ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmini istemesi halinde, sözleşme feshedilmemiştir. Zira, borçlunun borcunu tazminat borcu oluşturduğundan, sözleşme hala ayaktadır.

edilebilecektir⁵⁷. Ancak, olumsuz zararın⁵⁸ istenmesi halinde ise, sözleşmeden dönülmüş olacağından⁵⁹ HMK. m. 10'a göre yetkili mahkeme söz konusu olmamakla birlikte, şartların varlığı halinde genel yetkili mahkemede dava açılabilir. HMK. m. 10'un uygulanması kapsamında diğer görüşün kabul edilmesi halinde ise, böylesi bir ayrıma gitmeden ifa yeri Türkiye'de ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenecektir.

Kiralayanın sözleşmenin devamı süresince malın mülkiyetini ya da başka bir aynı hakkı üçüncü kişiye devretmeme borçlarına aykırı davranması halinde meydana gelen uyumsuzluklar için, sözleşmenin ifa yeri borçlunun yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Zira, bu iki borcun konusu da TBK. m. 89/3'de belirtilen "diğer borçlar" kısmında değerlendirilme imkanına sahiptir.

Bu noktadan sonra çözüme kavuşturulması gereken husus ise, finansal kiralama sözleşmesine konu malın parça borcu teşkil edip etmediğidir. Finansal kiralama konusu mal, kiracının seçimi ve talebi üzerine oluşturulan bir maldır. Kiracı, malın özelliklerini belirlemekte ve kiralayan bu talep doğrultusunda malı edinmektedir. Parça borcu, ferden tayin edilmiş eşyayı ifade etmektedir. Taraflar borcun konusu olan edimi, bireysel nitelik ve özellikleriyle sözleşmede tam ve somut olarak belirlerler. Örneğin, genel olarak, bir kişinin kolundaki saat, plaka numarası belirlenen araç gibi, sözleşme konusu eşyanın vasıfları tam olarak belirlenebilir. Her ne kadar finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturan mal, kiracının talebi ile belirleniyor olsa da kiracı o malın genel anlamdaki özelliklerini -mesela markasını- belirlemekten öteye geçemez. Kiralayanın finansal kiralama sözleşmesi kurulmadan önce malın maliki olmaması halinde, henüz kendi mülkiyetinde olmayan

⁵⁷ Bu konuda KURU, sözleşmeyi fesheden tarafın aynı zamanda tazminat da istemesi halinde (BK. m. 108/II) verilen şeyin geri alınması ve tazminat davası, artık sözleşmeden doğan dava niteliğinde olduğundan sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde açılabileceğini belirtmiştir, bkz. KURU, s.449.

⁵⁸ Olumsuz zarar, hüküm ifade ettiğine güvenilen bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulamaması yüzünden uğranılan bir zarardır. Sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde, alacaklının ifadaki menfaatinin tazminini değil, sözleşmeye güvenmesi yüzünden uğradığı zararın tazmini talep edilebilir, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 451-452.

⁵⁹ Sözleşmeden dönme geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, sonradan ortaya çıkan sebepler nedeniyle geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Sözleşmeden dönme, dönme iradesinin karşı tarafa açıklandığı andan itibaren değil, sözleşmenin kurulmasından itibaren yani geçmişe etkili olarak sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır. Bunun sonucu olarak, taraflar bu tarihe kadar aldıklarını iade ile yükümlü olacaklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s. 89.

bir malın, ferden tayin edilmek sureti ile finansal kiralama sözleşmesine konu olması pek mümkün görülmemektedir. Bu nedenle, kanımızca kiracının belirlediği mal, parça borcu olarak değerlendirilmeye müsait değildir⁶⁰. Ancak, örneğin bir otomobilin finansal kiralama konusuna konu olması halinde, kiracı otomobilin plaka numarasını da vererek belirleme yapmışsa, bu durumda parça borcu doğmuş olacakken, sadece markasının belirlenmesi halinde ise parça borcu söz konusu olmayacaktır. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile birlikte, kiralayan malın daha önceden maliki olabilir. Böylesi bir durumun varlığı halinde, söz konusu mal parça borcu teşkil etmeye müsait olabilir. Bu nedenle somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Belirtmek gerekir ki, artık kiralayanın baştan itibaren kendi mülkiyetinde olan bir malı da finansal kiralama sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir. Böyle bir malın finansal kiralama sözleşmesine konu olması halinde ise (sat-geri kirala), parça borcunun varlığı kabul edilebilecektir. Söz konusu malın cinsinden dünyada çok fazla olsa bile, sözleşmenin konusunu sadece kiracıdan satın alınan mal oluşturabilecektir.

Finansal kiralama konusu malın, bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshası olması halinde de incelenmesi gerekmektedir. Her ne kadar bilgisayar yazılımı bir eser teşkil edecek⁶¹ ve bu kapsamda bir parça borcu olarak değerlendirilmeye müsait olsa da, sözleşme konusu, bu yazılımın çoğaltılmış nüshası olacaktır. Dünya üzerinde birden çok kopyası olabilecek bir eşyanın da parça borcu olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Finansal kiralama konusu mal bir parça borcu teşkil ediyorsa, taraflar açık veya örtülü olarak bir ifa yeri kararlaştırmadılarsa, sözleşme kurulurken, finansal kiralama konusu malın bulunduğu yer⁶² sözleşmenin ifa yeri olacaktır. Böylece, HMK. m. 10⁷’a göre dava bu yer mahkemesinde açılacaktır.

⁶⁰ Satım sözleşmesi, X şirketinin Y model arabalarından bir adet satılması şeklinde değil de; bunlar arasında ayırılmamış, plakasıyla belirlenmiş birinin satılması şeklinde yapılmışsa, parça borcu söz konusudur, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 8. YÜNLÜ, finansal kiralama sözleşmesine konu olan malın verilmesi gerektiği için, burada parça olduğunu ileri sürmektedir, bkz. YÜNLÜ, s. 1083.

⁶¹ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 2012, s. 114.

⁶² Finansal kiralama sözleşmesi konusu mal, finansal kiralama sözleşmesi akdedilirken, yabancı bir ülkede olan bir mal ise, bu taktirde o ülke mahkemelerinin yetkili olduğunu söyleyemeyiz. Bu durumda, şayet başkaca yetkili bir Türk mahkemesi bulunmuyorsa, söz konusu uyuşmazlığın çözümünde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden bahsetme imkanı olmayacaktır.

bb) Kiracının Borçlarına Göre Yetkili Mahkeme

Kiralayan, kiracının kira bedelini ödememesi halinde Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 31/1 uyarınca sözleşmeyi feshedebilecektir. Bu taktirde doktrindeki ilk görüşe göre geçerli bir sözleşme söz konusu olmayacağından HMK. m. 10'a göre yetkili mahkeme de olmayacak, ancak şartların varlığı halinde genel yetkili mahkemede dava açılabileceği yorumu yapılabilir. Diğer görüş uyarınca ise böylesi bir ayrıma gidilmeden HMK. m. 10 uygulama alanı bulabilecektir. Kira bedeli ödeme borcu bir para borcu olduğundan, ifa yeri TBK. m. 89'a göre belirlenecektir. Sözleşmenin ifa yeri kriterinin para borçlarının ifa yeri olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle, tarafların bir ifa yeri kararlaştırmamaları halinde, para borçlarının ifa yeri olan, alacaklının yerleşim yerinde ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, HMK. m.10'a göre kira bedelini ödemeyen kiracıya karşı kiralayan, kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilecektir. Ancak, belirtmek gerekir ki, kiralayanın yurtdışında kurulu finansal kiralama yapabilen bir şirket olması halinde - Türkiye'de bir şubesi olamayacağından - Türkiye'de yerleşim yeri olamayacak ve bu nedenle de HMK. m. 10'a göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi söz konusu olmayacaktır.

Kiracının diğer borçları açısından yapılan değerlendirmede, ifa edilecek borç bir para borcu veya parça borcu olmayacağı için TBK. m. 89'un düzenlediği "*diğer borçlar*" kısmındaki değerlendirmeye tabi tutulacak ve ifa yeri, söz konusu borçların doğumları sırasında borçlunun yerleşim yeri olacaktır.

c) Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetkili Mahkeme Konusu

Yabancılık unsuru taşıyan sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme MÖHUK. m. 46'da düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; "*Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye'deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir*". İnceleme konumuz yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde yetkili mahkeme olduğundan, bu konuda HMK.'daki düzenlemeye gidilmeyecektir. Zira, yabancılık unsuru taşıyan sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme MÖHUK.'da düzenlenmiştir.

Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda milletlerarası yetkinin düzenlendiği MÖHUK. m. 46 hükmü, zayıf konumda olan sigortalı, sigorta ettiren veya sigorta lehdarını korumaya yönelik bir hükümdür. Bu nedenle, bu yetkinin aşağıda inceleme konusu yapılacak “yetki sözleşmesi” ile bertaraf edilmesi mümkün değildir. Zira, bu yetki sınırlı bir “münhasır yetki” yaratmaktadır⁶³.

Finansal kiralama sözleşmesinde, kiracı ya da kiralayan aralarındaki anlaşmaya göre, sözleşme konusu malı sigorta ettirmek zorundadır. Bu borcun yerine getirilmesinin ardından, kiracı sigorta primlerini ödemek zorunda kalacaktır. Tarafların bu borçlarına aykırı davranması halinde, finansal kiralama sözleşmesinin ihlalinin söz konusu olacağını düşünmekteyiz. Sigorta sözleşmesinin taraflarını sigorta şirketi ile sigorta ettiren oluşturmaktadır. Kanaatimizce, kiracı ya da kiralayanın finansal kiralama konusu malı sigorta ettirmemesi halinde, sadece taraflar malı sigorta ettirme/ sigorta primlerini ödeme borçlarına aykırı davranmış olur ve mesele finansal kiralama sözleşmesi kapsamında çözüme kavuşur. Bu durumda, şartların varlığı halinde, finansal kiralama sözleşmesinin feshedilmesi söz konusu olabilir (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m.31/2). Zira, sigorta sözleşmesinin tarafı, kiracı/ kiralayan ile sigorta şirkettir. Finansal kiralama sözleşmesinin tarafı ise, kiracı ile kiralayandır. MÖHUK. m. 46’nın uygulanabilmesi için, ortada bir sigorta sözleşmesi olması ve ihlalin taraflar arasında gerçekleşmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi halde, sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan örneğin kiralayana, sigorta sözleşmesinin ihlali nedeniyle dava açma hakkı tanınmış olacaktır ki bu durum kural olarak⁶⁴ mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki; şayet sigorta şirketi ile kiracı/kiralayan arasında yapılan sigorta sözleşmesinin ihlali gerçekleşirse, sigorta sözleşmesinden kaynaklı bir uyuşmazlık söz konusu olacaktır. Bu noktada öncelikle, kiracı/kiralayan ile sigorta şirketinin arasındaki sigorta sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı belirlenmeli, şayet yabancılık unsuru taşıyan bir sigorta sözleşmesi olması halinde, MÖHUK. m. 46 uygulanmalıdır. Yoksa finansal kiralama sözleşmesi yabancılık unsuru taşıdığı için, doğrudan sigor-

⁶³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 558.

⁶⁴ Sözleşmenin tarafı olmayan bir kişinin sözleşme ihlali nedeniyle dava açması tam üçüncü kişi yararına bir sözleşmenin yapılması halinde söz konusu olabilirdi. Zira, tam üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi ya da üçüncü kişiye halef olanlar da edimin ifasını isteyebilme hakkını haizdir (TBK. m. 129) Finansal kiralama sözleşmesinde malın sigorta ettirilmesi/prim ödenmesi halinin ise, bu kapsamda değerlendirilmeye müsait değildir.

ta sözleşmesinin de yabancılık unsuru taşıdığı yanılığısına düşülmemelidir. Somut olaya göre inceleme yapılmalıdır. Örneğin, finansal kiralama sözleşmesine yabancılık unsurunu sadece kiralayanın yurtdışında kurulu finansal kiralama işlemi yapabilen bir şirket olması katmış ise ve sigorta şirketi yabancı bir şirket değilse, kiracı ile sigorta şirketi arasında yapılan sigorta sözleşmesinin genellikle yabancılık unsuru taşıması söz konusu olmayacaktır. Sigorta sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması halinde, özel yetkili mahkeme olarak HMK. m. 15 de uygulama alanı bulabilecektir.

d) Taraflar arasında Yetki Sözleşmesi Yapılması

Taraflar ayrı bir yetki sözleşmesi ile ya da aralarında yaptıkları sözleşmeye bir şart koymak kaydıyla (yetki şartı) kanunda aranan şartların varlığı halinde, Türk mahkemesini yetkilendirebildikleri gibi, yabancı bir mahkemeyi de yetkilendirebileceklerdir. Yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi ile Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi farklı şartlara ve kanunlara tabi olduğundan ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

aa) Yetki Sözleşmesi ile Yabancı Bir Mahkemenin Yetkilendirilmesi

Milletlerarası özel hukukta taraflara sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde irade serbestisi tanıyan sistem, milletlerarası yetki konusunda da aynı esası benimsemiştir. Bu nedenle, taraflar yabancı bir mahkemeyi yetki sözleşmesi ile yetkilendirebileceklerdir. Bu belirlemenin yapılabilmesi için; söz konusu uyuşmazlık hakkında Türkiye’de münhasır yetkili⁶⁵ bir mahkemenin olmaması, uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğması ve yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir (MÖHUK. m. 47/1). Doktrinde bizce de haklı olarak kanunda sayılan bu üç şarta yabancı mahkemenin belirli olması şartı da⁶⁶

⁶⁵ Münhasır yetki kavramı ile usul hukukunda kullanılan kesin yetki kavramı farklıdır. Milletlerarası usul hukukunda kullanılan münhasır yetki ile, belirli bir uyuşmazlıkta, belirli bir devlet yargısının karar verme yetkisi anlaşılmalıdır. Türk usul hukukunun yetki kuralına göre, Türkiye içinde kabul edilen yetkili mahkeme sayısı önemli olmayacaktır. Önemli olan, söz konusu uyuşmazlıkta sadece Türk mahkeme veya mahkemelerinin yetkili kabul edilmiş olmalarıdır, bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 464.

⁶⁶ Yetki sözleşmesinde aranan belirlilik unsurunun sağlanmış sayılması için, doktrinde mahkemenin ismen belirtilmesini aramayan görüşler olduğu gibi, yabancı mahkeme adının ismen belirtilmesi, aksi halde belirlilik unsurunun sağlanamayacağı ve yetki sözleşmesinin geçersiz olduğu da ileri sürülmektedir. Yetki sözleşmelerinde belirlilik unsuru açısından yabancı mahkemenin ismen belirtilmesine gerek olmadığı konusunda bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 467; SARGIN, Fügen, Milletlerarası Usul Huku-

eklenmiştir⁶⁷. Bu şartların hepsinin varlığı halinde, yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi söz konusu olacak, aksi halde bu belirleme geçerli olmayacaktır. Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetkiye göre tayin edildiği duruma örnek olarak HMK. m. 12 hükmü verilebilir. Bu maddeye göre; “(1) Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir”. İç hukuk açısından genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin (HMK. m.6) yetkisini ortadan kaldıran bu düzenleme, milletlerarası yetki bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Yetki sözleşmesi yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur (MÖHUK. m. 47/1) Kanaatimizce yetki sözleşmenin yazılı delille ispat edilmesi ise, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması anlamına gelmemektedir. Örneğin, taraflar aralarında sözlü olarak yapmış oldukları bir yetki sözleşmesi ile ilgili olarak e-mail, faks vb. ile haberleşmelerinde, bu hususa değinmiş olsalar aralarında yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendirdiklerini yazılı delille ispat etmiş olurlar, ancak bu durum yetki sözleşmesinin yazılı olarak yapıldığı anlamına gelmemektedir.

Yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkeme münhasır yetkili olacaktır⁶⁸. Bu nedenle, davanın kural olarak o yer mahkemesinde görülüp karara

kunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin, Ankara 1996, s. 171; YÜNLÜ, s. 1072. AKINCI, yetkilendirilen devlet mahkemesinin mahkeme belirtilmeden oluşturulan yetki sözleşmesini geçerli kabul ediyorsa ve bu yetki sözleşmesine istinaden hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu tespit edilebiliyorsa, bu taktirde belirlilik ilkesi gerçekleşmiş sayılacak ve söz konusu yetki sözleşmesi geçerli olacaktır, bkz. AKINCI, Ziya, “ Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, MHB, Yıl: 22, Sayı 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 5-6; AKINCI, Ziya, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002, s. 66. Yetki sözleşmelerinde belirlilik unsuru açısından yabancı mahkemenin ismen belirtilmesine gerek olduğu konusunda bkz. EKŞİ, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 129-130. Biz yetki sözleşmelerinde belirlilik unsurunun sağlanabilmesi için, yabancı mahkemenin ismen belirtilmesinin gerekmediğini düşünerek, ilk görüşe katılmaktayız.

⁶⁷ Yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 463 vd.; NOMER, Milletlerarası Usul Hukuku, s. 111 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 561 vd.; ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Dördüncü Bası, İstanbul 2011, s. 88 vd., EKŞİ, s. 122 vd.; SARGIN, s. 166 vd.; AKINCI, Yetki Sözleşmesi, s. 61 vd.

⁶⁸ Bu konu çeşitli Yargıtay kararlarına da yansımış olup, ilgili karar örnekleri için bkz. Y. 11 HD’nin 15.2.2010 tarihli, 2008/10852 E. ve 2010/1711 K. sayılı kararı; Y. 11. HD’nin 17.5.2010 tarihli, 2008/14017 E. ve 2010/5405 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr).

bağlanması gerekmektedir. Ancak, yabancı mahkeme kendisini yetkisiz sayarsa veya yetki sözleşmelerine rağmen Türk mahkemelerinde açılan davada, davalı yetki itirazında bulunmazsa, yetkisiz olan mahkeme yetkili hale gelebilecektir.

bb) Yetki sözleşmesi ile Türk Mahkemesinin Yetkilendirilmesi

Tarafların aralarında anlaşarak bir Türk mahkemesine yetki tanınması halinde, HMK. m. 17-18 uygulama alanı bulacaktır. Belirtmek gerekir ki; taraflardan birinin Türk, diğerinin yabancı olduğu bir finansal kiralama sözleşmesinde tarafların Türk mahkemesini yetkilendirmeleri halinde; HMK. m. 17-18 uygulama alanı bulacaktır.

Yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilebilmesi için, yetki sözleşmesinin tarafları konusunda bir sınırlama vardır. Sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler (HMK. m. 17) Halbuki yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi MÖHUK. m. 47'deki şartlara tabi olduğundan, böyle bir sınırlama yoktur. Bu durumda yabancılık unsuru taşıyan bir finansal kiralama sözleşmesinde kiracının gerçek kişi olması halinde taraflar, diğer şartların varlığı halinde yabancı bir mahkemeyi kısıtlama olmaksızın yetkilendirebilecekken, aynı taraflar kiracının tacir olmaması halinde Türk mahkemesini yetkilendiremeyecektir. Bu nedenle, dikkat edilmelidir ki; finansal kiralama sözleşmesinde kiralayan, finansal kiralama şirketi, yatırım ve katılım bankası ile kalkınma bankası olacağından ve bu şirketlerin anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu olduğundan dolayı tacir olduğu bir gerçektir. Ancak, kiracı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Kiracı bir şirket olabileceği gibi bir gerçek kişi hatta tüketici dahi olabilir. Tüketici olması halinde kural olarak tacir olamayacağından dolayı, taraflar yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesini yetkilendiremeyecektir. Kiracının gerçek kişi olması halinde ise, tacir olup olmadığına göre Türk mahkemesini yetkilendirdikleri bir yetki sözleşmesi yapıp yapamayacakları değerlendirilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce mevzuatta yer alan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda⁶⁹ (HUMK.) ise, böyle

⁶⁹ RG. T. 2,3,4.7. 1927, RG. Sayı: 622-623-624.

bir sınırlama yoktur. Bu nedenle, HUMK. döneminde yapılan bir yetki sözleşmesine dayanarak HMK. döneminde dava açılacak ise, bu sınırlama geçerli olacak ve tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılmayan yetki sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır. Bu durum Yargıtay kararlarına⁷⁰ da yansımış ve bahsettiğimiz şekilde sorun çözümlenmiştir. Bu nedenle yabancılik unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde diğer şartların varlığı halinde HUMK. döneminde bir Türk mahkemesi yetkili kılınmış ve HMK.'nın yürürlüğe girmesinden sonra dava açılacaksa, kiracı ve kiralayanın tacir ya da kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Aksi halde, yetki sözleşmesi geçersiz olacağından, HMK. kapsamında başka yetkili mahkemede bulunmaması halinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi söz konusu olmayacaktır.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılacaktır (HMK. m. 17). Bu nedenle, yetki anlaşması ile yetkilendirilen Türk mahkemesi kural olarak kesin yetkili olmakla birlikte tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Şayet taraflar bu kuralın aksini kararlaştırmışlarsa, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkeme, diğer yetkili mahkemelerin yanında ek bir yetkiye sahip olacaktır. Yetki sözleşmesi ile bir Türk mahkemesinin yetkili kılınması halinde, bu mahkemenin kural olarak kesin yetkili mahkeme olması HMK. kapsamında geçerlidir. HUMK.'da ise, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkeme kesin yetkili değildir. HUMK. döneminde yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkeme, diğer yetkili mahkemelerin yanında ek bir mahkeme daha oluş-

⁷⁰ Y.11. HD'nin 2.7.2012 tarihli, 2012/8430 E. ve 2012/11618 K. sayılı kararı; "...*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesine göre Yetki Sözleşmesi, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapıldığı takdirde geçerlidir. Yalnız tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilir. Yetki sözleşmesi yapabilecek kişilere tahdit getirilmesindeki amaç, özellikle iktisaden büyük işletmelerin ve güçlü olan tarafın genel şartlar veya genel işlem şartları adı altında, sözleşmenin iktisaden ve sosyal bakımdan güçsüz olan tarafa yetki sözleşmesini dayatmasından korumaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin md. 448 hükmüne göre; "Bu kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır."* Şu halde; 6100 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar, 1086 sayılı Kanun'a göre yargılaması başlanmış ve tamamlanmış usuli işlemleri etkilememek kaydıyla, 6100 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılacak olan işlemler yeni kanuna tâbi olacaktır. Ayrıca HMK'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılacak davalara ise yeni kanun uygulanacaktır. Bu açıklamadan sonra somut olaya gelindiğinde, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar arasında yapılmış olan yetki sözleşmesine dayanılarak yetkili kılınmış mahkemede, 1 Ekim 2011 tarihinden sonra dava açılmayacaktır. Bu nedenle dava tarihi itibarıyla, HMK'nin 17. md. uyarınca geçerliliği kalmayan yetki şartına göre yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir" (www.kazanci.com.tr).

turmaktaydı (HUMK. m. 22). Bu durumda HUMK.'un yürürlükte olduğu dönemde yapılan yetki sözleşmesine dayanarak açılacak bir davada yetkili mahkemenin neresi olduğunun tespit edilmesi gerekecektir. Bu konuda Yargıtay bir kararında⁷¹ HMK.'nın yürürlüğe girmesinden önce yapılan yetki sözleşmeleri hakkında HUMK.'un uygulanmasının uygun olacağını belirtmiştir. Böylelikle HUMK. döneminde yapılan yetki sözleşmesi ile alternatif yetkili bir mahkeme tesis edilmiş olacaktır.

Taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekler konularda yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerini yetkilendirebileceklerdir. Ayrıca, kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamayacaktır (HMK. m. 18/1). Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi gerekir (HMK. m. 18/2). Bu kapsamda taraflar örneğin taşınmazın aynına ilişkin davalar ile iflas davalarında yetki sözleşmesi yapamayacaklardır⁷². Yetki sözleşmesi ile bir veya birden fazla mahkeme belirlenebilecektir. Yetki sözleşmesi veya yetki şartında “*ta- rafların aralarındaki finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan uyuş- mazlıklarda Ankara veya İstanbul mahkemeleri yetkilidir*” şeklinde yer alan bir kayıt yeterli olacaktır. Bununla birlikte, tarafların bundan sonra aralarında çıkabilecek tüm uyuşmazlıklarda İstanbul mahkemeleri yetkilidir şeklinde koydukları bir şart ise, uyuşmazlık konusunun belirsiz olması nedeniyle geçerli olmayacaktır.

⁷¹ Y.15. HD'nin 13.6.2012 tarihli, 2012/3501 E. ve 2012/4402 K. sayılı kararı; “...*Dava konusu olayda işin Samsun hudutları içerisinde ifa olduğu, davalının ikametgahının İstanbul olduğu ve imzalanan sözleşmede de İstanbul Mahkemelerinin yetkili kıldığı anlaşılmaktadır. Yetkinin kamu düzeniyle ilgili bulunmadığı hallerde davacının tercihinin göre davanın davalının ikametgahı, işin ifa olduğu yer veya sözleşmede yetkili kılınan mahal mahkemelerinin birisinde açılması mümkündür. Yetki sözleşmesi yapılması, diğer yetkili yer mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmadığı gibi sözleşmenin imzalandığı 06.06.2010 tarihi itibarıyla 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmemiş olduğundan sözleşmede kararlaştırılan İstanbul Mahkeme'sinin kesin yetkili olduğunun kabulü de mümkün değildir. Böyle bir kabul sözleşmenin imzalandığı tarihte üç ayrı yer mahkemesinde dava açma imkanı bulunan tarafların seçimlik haklarını ortadan kaldıracığından, sözleşmeyle kararlaştırılan kesin yetkinin 6100 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra imzalanan yetki sözleşmeleri hakkında tatbiki uygun olacaktır. Aksinin kabulü tarafların sözleşmeyle kazandıkları ve o tarih itibarıyla yetkili kılınan mahkemelerde dava açma imkanını ortadan kaldıracak nitelikte olduğundan eşitlik ilkesine de aykırıdır...*” (www.kazanci.com.tr). Benzer şekilde, Y. 11. HD'nin 4.7.2012 tarihli, 2012/9069 E. ve 2012/11824 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr)

⁷² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 156-157.

e) Yetkisiz Mahkemede Dava Açılması

Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelir (HMK. m. 19/4). Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümü için davanın, yetkisiz Türk mahkemesinde açılması halinde o yer mahkemesi de, davalının süresi içinde ve usulüne uygun bir yetki itirazının olmaması halinde yetki kazanabilecektir. Böylesi bir durumda, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan davalarda Türk mahkemeleri milletlerarası yetkili mahkeme olabilecektir. Aynı durum MÖHUK. m. 47 uyarınca yetkilendirilen yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde de geçerli olacaktır.

f) Finansal Kiralama Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlığın Tarafların Borçlarına Aykırı Davranması Halinin Dışında Kalan Hallerde Yetkili Mahkeme

Finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, sadece tarafların borçlarına aykırı davranması halinde ortaya çıkmamaktadır. Örneğin tarafların ehliyetsiz olması, sözleşmenin şeklen geçersiz olması, sözleşme konusunun imkansız olması ya da kamu düzenine aykırı olması gibi hallerde de finansal kiralama sözleşmesinden kaynaklı bir uyuşmazlık söz konusu olabilecektir.

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşmenin geçerliliğini de kapsayacaktır⁷³. Bu nedenle yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesine uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde, sözleşmenin TBK. m. 27'ye uygun olması gerekir. Söz konusu madde kapsamında, sözleşmede yer alan maddelerin Türk Hukuku'nun emredici hükümlerine, sözleşme konusunun ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ve konusunun imkansız olmaması gerekir. Aksi halde sözleşme kesin hükümsüzdür. (TBK. m. 27). Örneğin, finansal kiralama konusu mal olarak dünyada var olmayan bir makinenin kararlaştırılması halinde, sözleşme konusu baştan imkansız olacaktır. Bunun gibi, finansal kiralama konusu mal olarak kararlaştırılmayacak bir malın,

⁷³ NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 301, 309; ÇELİKEL/ERDEM, s.318

sözleşme konusu olarak kararlaştırılması halinde, söz konusu madde emredici hükümlere aykırılık teşkil edecektir. İşte tüm bu hallerde sözleşme kesin hükümsüz olduğundan ölü doğmuş demektir. Ancak, belirtmek gerekir ki, sözleşmeyi hükümsüz kılmak için dava açılmasına gerek olmadığı gibi, açılmış bir davada, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü anlaşılırsa, hakim re'sen bu durumu dikkate alacaktır⁷⁴. Kanaatimizce finansal kiralama sözleşmesinin TBK. m. 27'ye aykırı olması halinde her ne kadar dava açmaya gerek olmadan bu hükümsüzlük ileri sürülebilecek olsa da, hükümsüzlüğü iddia edenin hukuki yararı olması halinde tespit davası açmasına engel yoktur. Bu durumda yetkili mahkeme HMK. m. 6'ya göre belirlenecektir. HMK. m. 6 kapsamında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetki kazanabilmesi için de davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerinin Türkiye'de olması gerekir. Sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin tespit davası HMK m.10'a göre ifa yeri mahkemesinde açılabilecektir. Şayet ifa yeri Türkiye'de ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi HMK. m. 10'a göre tesis edilebilecektir⁷⁵.

Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde tarafların ehliyetsiz olması ya da sözleşmenin şeklen geçersiz olması haliyle de karşılaşılabılır. Bu iki durum sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamı dışındadır⁷⁶. Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesinde tarafların ehliyetine MÖHUK. m. 9, sözleşmenin şekline ise MÖHUK. m. 7 hükmü uygulanacaktır. Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesine uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde, TBK. m. 27 uyarınca ehliyetsizlik ve şekli geçersizlik sözleşmeyi kesin hükümsüz kılar. Bu nedenle, yukarıda kesin hükümsüzlükle ilgili anlatmış olduğumuz durum burada da uygulanma imkanı bulacaktır.

Bir sözleşmenin varlık kazanabilmesi için, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı şüphesiz ki gereklidir. Bu irade beyanlarının varlığı tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda irade beyanları sağlıklı da olmalı, irade beyanı yanılma, aldatma ve korkutma ile sakatlanmamalıdır. Böyle bir durumun varlığı halinde, sözleşme iptal edilebilirlik müessesesi ile karşılaşılabılır. Ancak, Türk Hukuku'nda bunun için dava açılmasına gerek yoktur.

⁷⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 178.

⁷⁵ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 140; KILIÇ, s. 600.

⁷⁶ Belirtmek gerekir ki, ehliyet kişi hukuku kapsamına girdiğinden MÖHUK. m. 2/3 gereği atif dikkate alınacaktır.

Karşı tarafa yöneltilen tek taraflı irade beyanı yeterlidir. Bu durumda düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur⁷⁷. Bu noktada da hukuki yararın olması halinde tespit davası açılabileceğini düşünmekteyiz. Bu konuda da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetki kazanabilmesi için, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerinin Türkiye’de olması (HMK.m.6) ya da yukarıda belirtildiği şekilde ifa yerinin Türkiye’de olması gerekmektedir (HMK. m. 10).

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz olasılıklarda tarafların aralarında yetki sözleşmesi yapmaları halinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Öncelikle tarafların aralarında yaptıkları sözleşme ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmeleri halinde bu davanın da yabancı mahkemede görülmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi halinde o yer mahkemesi münhasır yetkili hale gelecektir. Ancak, yabancı mahkeme kendini yetkili görmezse ya da Türkiye’de açılan bir davada davalı yetki itirazında bulunmazsa, o takdirde dava Türk mahkemelerinde görülebilecektir. Yetki sözleşmesi ile tarafların Türk mahkemesini yetkilendirmeleri halinde ise; kural olarak o yer mahkemesi kesin yetkili olacağından, davanın başka yerde görülmemesi gerekir. Şayet taraflar yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin kesin yetkili olmayacağını kararlaştırmışlarsa bu durumda yetki sözleşmesinde yetkilendirilen mahkeme kesin yetkili olmayacağından yetkili mahkeme yukarıda anlattığımız şekilde belirlenecektir.

2. Finansal Kiralama Konusu Malın Taşınmaz Olması Halinde Yetkili Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu bazı hallerde kesin yetkili mahkeme öngörmüştür. Böylesi bir durumun varlığı halinde, dava sadece kanunda öngörülen yer mahkemesinde açılabilir.

Münhasır yetki kuralının başında taşınmazın aynına ilişkin davalar gelmektedir. Bu nedenle, finansal kiralama sözleşmesi konusu malın taşınmaz olması halinde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkili olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

⁷⁷ İptal edilebilirlik kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 180; KILIÇOĞLU, s. 87 vd.

Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesi borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Finansal kiralama konusu malın taşınmaz olması halinde, doğrudan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkisinden söz edilemez. Bu konuyu inceleyebilmek için, finansal kiralama sözleşmesinin sonunda kiracının malın mülkiyetini satın alma hakkının kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına göre bir ayırım yapılması gerekir. Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesinin konusunun taşınmaz olması halinde şayet sözleşme sonunda kiracıya malın mülkiyetini satın alma hakkı tanınmamışsa, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kanaatimizce münhasır yetkiye sahip olamaz. Zira, bu durumda taşınmaz sadece belirli süre kullanma amacı ile edinilmektedir. Bu nedenle, bu tip bir finansal kiralama sözleşmesinin aynı etkiye⁷⁸ sahip olması mümkün değildir. Bu durumda, yukarıda yabancılık unsuru içeren finansal kiralama sözleşmelerinin konusunun taşınır olması halinde yetkili mahkemenin belirlenmesi için yapılan açıklamalar uygun düştüğü ölçüde burada da geçerli olacaktır.

Doktrinde, bir şahsi hakkın şerh edilmesi halinde, bu hakkın şerh edilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkili olduğu ileri sürülmüştür⁷⁹. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m.22’de finansal kiralama konusu malların taşınmaz olması halinde bu sözleşmenin tescil ve şerh olunacağını düzenlemiştir. Buradaki şerh, o mal üzerinde finansal kiralama sözleşmesinin bulunduğu belirtilmesine hizmet etmektedir. Ayrıca şahsi bir hak söz konusudur. Şahsi bir hakkın şerh edilmesi o hakkı şahsi hak olmaktan çıkarıp aynı hak haline getirmeye elverişli değildir. Bu nedenle, bu düşüncenin finansal kiralama sözleşmeleri açısından uygulanma olanağı olmadığı kanaatindeyiz⁸⁰.

Taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkiye sahip olmaması davanın burada açılmasına engel teşkil etmeyebilir. Diğer bir ifa-

⁷⁸ Taşınmaz üzerinde şahsi bir talep hakkı doğuran sözleşmeye dayanarak taşınmaz üzerinde bir aynı hak değişikliği veya aynı hak sahipliğinde bir değişikliğe sebep olan davanın söz konusu olması halinde taşınmaz üzerinde aynı etkiye sahip bir davanın varlığı kabul edilir, bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 434; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 147; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 142.

⁷⁹ ÜSTÜNDAĞ, s. 196.

⁸⁰ Doktrinde, Üstündağ’ın şahsi hakların şerhine ilişkin HUMK. m. 13’ün uygulanması fikri çerçevesinde “Doktrindeki bu görüşe göre ele alınırsa bir finansal kiralama sözleşmesinde taşınmazın şerhine ilişkin uyuşmazlıklarda, Usul Kanunumuzun 13. maddesi hükmü devreye girecektir ve de taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesi mutlak yetkili mahkeme olacaktır” fikri ileri sürülmüştür, bkz. YÜNLÜ, s. 1092.

deyle, sözleşmenin ifa yeri genellikle taşınmazın bulunduğu yer olacağından, taşınmazın bulunduğu yerde de dava açılacaktır. Ayrıca, finansal kiralama sözleşmesinde münhasır yetkinin olmadığı hallerde, taraflardan birinin yetkisiz mahkemede dava açmasına karşın diğer tarafın yetki itirazında bulunmaması halinde, o yer mahkemesi de yetkili hale gelecektir (HMK. m. 19/4).

Yabancılık unsuru içeren finansal kiralama sözleşmelerinde, sözleşme sonunda kiracıya malın mülkiyetini satın alma hakkının tanınması halinde ise, aynı etkili bir sözleşme söz konusu olacaktır. Bu durumda taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın malın mülkiyetinin devredilmesi konusunda olması halinde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkilidir. Bu nedenle, davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerektiği gibi, söz konusu uyuşmazlık için yetki sözleşmesi ile yabancı ya da Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce finansal kiralama sözleşmesinin konusunun taşınmaz olması ve sözleşme sonunda kiracıya malın mülkiyetini satın alma hakkının tanındığı sözleşmede, tarafların üzerine düşen borçlarını yerine getirmelerine rağmen, uyuşmazlığın sözleşme konusu malın mülkiyetinin devredilmesi hususunda çıkması halinde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olmasının nedeni; kiracı tarafından açılacak davanın MK. m. 716 temelli “*tescile zorlama davası*” olmasıdır. Bu dava sonunda hakim, şayet kiracıyı haklı görürse, vereceği karar tescil hükmünde olacak ve MK. m. 705’de düzenlenen taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanım hallerinden biri gerçekleşmiş olacaktır. Böylelikle de taşınmaz mülkiyetinde değişiklik gerçekleşmiş olacaktır.

Finansal kiralama sözleşmesinin feshedilmesi halinde, kiracının malı geri verme borcu söz konusu olacaktır (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 33/2). Sözleşmenin aynı etkiye sahip olması ise, ancak finansal kiralama sözleşmesinin sonunda kendini gösterebilecektir. Finansal kiralama sözleşmesi sonunda kiracıya malın mülkiyetini satın alma hakkı tanınmış olsa dahi⁸¹, sözleşme kiracı ya da kiralayan tarafından feshedilirse, kiralayanın sözleşme sonunda malın mülkiyetini kiracıya devretme borcundan bahsetmenin mümkün değildir. Bu durumda, sözleşme-

⁸¹ Finansal kiralama sözleşmesinde, sözleşme feshedilse dahi, kiracıya malın mülkiyetini devretmeye yönelik satım sözleşmesi yapılması ve mülkiyetin devredilmesi hakkının tanınması halinde, yukarıda yaptığımız yorum geçerli olmayacaktır.

nin aynı etkisinden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde, malın mülkiyetini kiracının satın alabileceğinin kararlaştırılmış olması tek başına taşınmazın bulunduğu yer mahkemesini münhasır yetkili hale getirmeye elverişli değildir. Ancak, malın mülkiyetinin kiracıya devredilmesi konusunda çıkan bir uyumsuzluğun söz konusu olması halinde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkili olacaktır.

Kira bedelinin ödenmesine ilişkin bir dava da aynı etkiye sahip olmadığından, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkiye sahip olmasından söz edilemez⁸². Ayrıca, kiralanmış taşınmazın boşaltılması veya kira bedelinin tespiti davaları da taşınmazın aynına ilişkin davalar olarak değerlendirilmedikleri için, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkiye sahip değildir⁸³. Bu bilgileri finansal kiralama sözleşmesine uyarladığımızda, finansal kiralama bedelinden ya da finansal kiralama konusu taşınmaz malın tahliye edilmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda, sözleşme sonunda malın mülkiyetinin kiracıya devredilmesi kararlaştırılmış olsa dahi, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkiye sahip olacağını söylemek mümkün görülmemektedir. Taşınmazın boşaltılması/tahliye edilmesi konusunda yukarıda yapmış olduğumuz yorum, sözleşme sonunda finansal kiralama konusu malın mülkiyetini satın alma hakkının kiracıya tanınmasının kararlaştırılmadığı ya da kararlaştırılmış olmakla birlikte örneğin kira bedelinin ödenmemesi nedeniyle sözleşmenin kiralayan tarafından feshedilmesi halinde geçerli olacaktır. Zira, sözleşme sonunda kiracıya malın mülkiyetini satın alma hakkı tanınmış ve sözleşme süresince tarafların borçlarına aykırı davranmamasına karşın, kiralayan taşınmazın boşaltılmasını/tahliye edilmesini talep etmesinden kaynaklı bir uyumsuzluk için açılan bir davada, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkili olacaktır.

⁸² NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 434; KURU, s. 510; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 148; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 144. Aksi görüş için bkz. EKŞİ, s. 99.

⁸³ KURU, s. 510; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 148; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 144.

IV. Sonuç

Finansal kiralama sözleşmesi şirketlere mal temin etmek için en çok başvurulan yöntemlerden biridir. Finansal kiralama sözleşmesinin yapısı oldukça karmaşıktır. Maddi hukuktaki düzenleniş şeklinde dahi birçok sorun ortaya çıkabilecekken, yabancılik unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde bu karmaşıklık kendini daha da göstermektedir.

Uluslararası finansal kiralamadan daha geniş bir kavramı içine alan yabancılik unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde kiracı ve kiralayanın pek çok hak ve borcu söz konusudur. Bu borçlara aykırı davranılması halinde, taraflar haklarını arayabilmek için mahkemelere müracaat etmek zorunda kalmaktadır. Milletlerarası özel hukukta finansal kiralama sözleşmesinde yetkili mahkeme konusunda yapılacak tespitlerde MÖHUK. m. 40 gereğince iç hukuktaki yetkiye ilişkin hükümlere gidilecektir. Bu nedenle, genel yetki, özel yetki, münhasır yetki kavramları inceleme konusu yapılmış ve yabancılik unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerindeki yetkili mahkemeler tespit edilmiştir.

Genel yetkili olan mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin, yabancı gerçek kişi kiracının davalı olması halinde nasıl tespit edileceği özellikli bir konudur. Zira, YİSHK.'da düzenlenen ikamet tezkeresi MK. anlamında yerleşim yeri anlamına gelmemektedir. Bu sebeple, kural olarak Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlar hakkında yetkili mahkemenin düzenlendiği HMK. m. 9 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Böylesi bir durumda, genel yetkili mahkeme, kiracının mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesi ya da finansal kiralama konusu malın bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Mutad mesken kavramı ise, HMK.'da devletler özel hukuku anlamıyla kullanılmamış, sadece sakin olunan yeri ifade edecek şekilde kullanılmıştır.

Kiracının davacı olması halinde ise genel yetkili mahkeme, kiralayanın yerleşim yeri mahkemesi olacaktır ve bu yer MK. m. 51 gereği, yönetim merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır. Belirtmek gerekir ki, kiralayanın finansal kiralama işlemi yapabilen yurtdışında kurulu bir şirket olması halinde, Türkiye'de şube açması da söz konusu olmayacağından, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi HMK. m.6 uyarınca tesis edilemeyecektir.

Finansal kiralama sözleşmesinin bir sözleşme olmasından dolayı, genel yetkili mahkemeye alternatif bir de özel yetkili mahkeme söz konusu olmaktadır. Bu durumda yetkili mahkeme HMK. m. 10 gereğince, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi olacaktır. Yabancılık unsuru içeren finansal kiralama sözleşmesine uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde sözleşmenin ifa yeri Türk Hukuku'na göre tespit edilecektir. Bu kapsamda sözleşmenin ifa yeri TBK. m. 89 hükmü çerçevesinde belirlenir. Ancak, sözleşmenin ifa yerinin her bir borç ve alacak açısından ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği için, hangi borcun ifası talep ediliyorsa o borca göre yetkili mahkeme belirlenmelidir.

Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinin konusunun taşınmaz olması halinde, münhasır yetkili mahkemenin olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Şayet münhasır yetkili bir mahkeme söz konusu olursa, dava taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılmak zorundadır. Yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmesinde, sözleşme sonunda kiracıya malın mülkiyetini satın alma hakkının tanınması, aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açacağından, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkili olacaktır. Ancak, sözleşmedeki, aynı etki, tarafların borçlarına aykırı davranmamaları şartıyla sözleşme süresinin sonunda kendini gösterebilecektir.

Yabancılık unsuru içeren finansal kiralama sözleşmelerinde münhasır yetkinin olmadığı hallerde, taraflar MÖHUK. m. 47 çerçevesinde yabancı bir mahkemeyi yetki sözleşmesi ile yetkilendirebilirler. Ancak, münhasır yetkinin olduğu hallerde ise, tarafların yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmeleri mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte tarafların Türk mahkemesini yetkilendirdikleri bir yetki sözleşmesi yapmaları da söz konusu olabilecektir. Bu durumda ise, HMK. m.17 ve 18 uygulama alanı bulacaktır. Kanaatimizce, HMK. hükümleri yabancılık unsuru taşıyan finansal kiralama sözleşmelerinde yetkili mahkemenin belirlenmesi için yeterlidir.

Kaynakça

AKINCI, Ziya, “ *Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*”, MHB, Yıl: 22, Sayı 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan.

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002.

ALTOP, Atilla, Özellikle Taşınır Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990.

ÇAPRI, Sezer, Konut Finansmanı Sözleşmeleri, İstanbul 2010.

ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 2012.

ÇELİKEL, Aysel/ GELGEL (ÖZTEKİN), Günseli, Yabancılar Hukuku, Yenilenmiş 18 Bası, İstanbul 2012.

ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, “*Konut Finansman Kanunu’nun Leasing Sözleşmesi Üzerindeki Etki ve Sonuçları*” İstanbul Barosu Dergisi, C, 81, Sayı 5, İstanbul 2007.

ÇİÇEKLİ, Bülent, Yabancılar Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2012.

EKŞİ, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul 2000.

ERDEM, B. Bahadır, “ *22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*”, MHB., Y. 22, Sayı 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan.

EROĞLU, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.

EROL, Ahmet/ YILDIRIM, Ercan/ TOROSLU, Vefa, M, Tüm Yönleriyle Finansal Kiralama (Leasing), İhtihatlı&Gerekçeli, 2. Baskı, Ankara 2011.

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul 2012.

KILIÇ, Halil, Açıklamalı-İçtihatlı 6100 Sayılı HMK, C. I, Ankara 2011.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı C. I, İstanbul 2001.

LEVY, David, A. “*Financial Leasing UnderThe Unidroit Convention and The Uniform Commercial Code: A Comparative Analyses*,” <http://login.westlaw.co.uk> erişim tarihi, 24.2.2011, (s. 1-28).

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul 2011.

NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009.

NORTH, Peter/FAWCETT J.J. Cheshire and North’s Private International Law, Thirteenth Edition, Lexis Nexis Butterworths, United Kingdom 2004.

OĞUZMAN, Kemal, M./ ÖZ, Turgut, M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 10. Bası, İstanbul 2012.

ÖZDEMİR, Hatice, “ *MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “ Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme “ Kavramları*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, Sayı 10-11-12, 1999.

ÖZKAN, Işıl, Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.

PARMAKÇI, Murat, “ *Finansal Kiralama ve Konut Finansmanı*”, Leasing Dünyası, Fider Finansal Kiralama Derneği Bülteni, Sayı 14, Kasım 2005.

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.

SARGIN, Fügen, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin, Ankara 1996.

SÖYLER, İlhami, Mali Teşvik Uygulamaları Açısından Finansal Kiralama (Teori-Uygulama- Sorunlar- Çözümler), Ankara 2007.

ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Dördüncü Bası, İstanbul 2011.

TEKİNALP, Gülören/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2011.

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 2012.

TOPALOĞLU, Mustafa, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997.

UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “*Bireysel İş İhtilaflarında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi*” İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı’dan Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2009.

YÜNLÜ, Levent, “*Finansal Kiralama Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*”, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 1089.