

**İstanbul  
Hukuk  
Mecmuası**



## İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt/Volume: 77 • Sayı/Number: 2 • Aralık/December 2019

ISSN: 2636-7734 • E-ISSN: 2667-6974 • DOI: 10.26650/mecmuası

*İstanbul Hukuk Mecmuası* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olup uluslararası indekslerde taranan ve hakemli bir dergidir. Yayımlanan makalelerin sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.

*Istanbul Law Review* is the peer-reviewed, international journal of the Istanbul University Faculty of Law. Authors bear responsibility for the content of their published articles.

### Dergi Hakkında/About the Journal

#### Eski Adı/Former Name

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1916-2017)

ISSN: 2636 - 7734 Son Sayı/Latest Issue Aralık 2017 - Sayı 75/2

#### Yeni Adı/New Name

İstanbul Hukuk Mecmuası (Haziran 2018 - )

ISSN: 2636-7734 İlk Sayı/First Issue: Cilt: 76 Sayı: 1

#### Yayın Sahibi/Owner

İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

#### Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

#### Sorumlu Müdür/Responsible Director

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Halil Akkanat

### YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

#### Baş Editörler/Editors-in-Chief

Prof. Dr. Abuzer Kendigelen

Doç. Dr. Ali Paşlı

#### Yardımcı Editörler/Co-Editors

Arş. Gör. Mustafa Ahioğlu, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Canberk Değerliyurt, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

Arş. Gör. Ahmet Özsoy, İstanbul Üniversitesi, İstanbul

### DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat Buz, Bilkent Üniversitesi, Ankara, Türkiye

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Carsten Gerner-Beuerle, University College London, United Kingdom

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. İsmail Kırcı, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Ankara, Türkiye

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

Prof. Dr. M. Fatih Uşan, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara, Türkiye

Doç. Dr. Ivana Bajakić, University of Zagreb, Croatia

**Çeviri Editörleri/English Language Editors**  
**Alan James Newson, İstanbul Üniversitesi, İstanbul**  
**Elizabeth Mary Earl, İstanbul Üniversitesi, İstanbul**

**Yönetim Yeri/Head Office**  
**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

**Yayın Türü/Type of Publication**  
**Yaygın Süreli Yayın/International Periodical**

**Yayın Dili/Language**  
**Türkçe, İngilizce/Turkish, English**

**Yayın Periyodu/Publishing Period**  
**Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır/Biannual (June & December)**

**Tarandığı Endeksler/Indexed by**  
**Emerging Sources Citation Index (ESCI / Web of Science 'WOS')/ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi)**  
**Ulusal Hukuk Veritabanı**

**Yayıncı Kuruluş/Publishing Company**  
**İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press**  
**İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,**  
**Fatih / İstanbul, Türkiye**  
**Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00**

**Baskı ve Cilt/Printing Office**  
**Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.**  
**Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul**  
**Tel: +90 (212) 269 30 00**  
**Sertifika No: 20179**

Basımı ve dağıtımını On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.



**İletişim/Correspondence**

**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul e-posta: hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr  
HYPERLINK "http://www.istanbul.edu.tr" www.istanbul.edu.tr/hukuk

**Tel: +90 (212) 440 01 05**

**Fax: +90 (212) 512 41 35**

**Web: <http://mecmua.istanbul.edu.tr> / [www.dergipark.gov.tr/iuhfm](http://www.dergipark.gov.tr/iuhfm)**

**Elektronik posta: [ilr@istanbul.edu.tr](mailto:ilr@istanbul.edu.tr) / [iuhfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:iuhfdergiler@istanbul.edu.tr)**

## İçindekiler Table of Contents

### MAKALELER ARTICLES

#### ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi  
Relocation of the Encumbrance ..... 475  
Arif Barış Özbilen

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargulamaya Etkisi  
Out of Judicial Settlement and Its Effect on Trial ..... 503  
Ayşe Kılınç

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü  
The Liability of the Employer to Employ Disabled Employee ..... 523  
Ayşe Köme Akpulat

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi  
Night Work and The Evaluation of the Amendments Regarding the Limit of Night Work Period ..... 555  
Ayşe Ledün Akdeniz

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu  
Multi-Tier Dispute Resolution Clauses Incorporating Both Mediation and Arbitration Together  
Under Turkish Law ..... 575  
Cemile Demir Gökyayla

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- Sözleşmesel Çerçeve de Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü  
Debtor's Default in Joint Indebtedness which Occurs within A Contractual Framework ..... 617  
Davut Armağan

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması  
Principle of Integrity of Private Law and the Application of the 5th Article of the Civil Code  
in the Family Law ..... 669  
Derya Ateş

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler  
Agreements between Shareholders of Joint Stock Companies, Which Include Right of Preemption ..... 697  
Direnç Akbay

##### *Araştırma makalesi/Research article*

- FIFA Transfer Sisteminde Çocuk Haklarının Korunması  
The Protection of Child Rights Under the FIFA Transfer System ..... 747  
Feyza Başar

*Araştırma makalesi/Research article*

**Ticaret Unvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri -Karşılaştırmalı Bir İnceleme-**

Problems in the Registration of Trade Names and Proposals for These Problems ..... 773  
Mehmet Emin Bilge, Rauf Karasu, Abdullah Altıntaş, Hakan Koçak

*Araştırma makalesi/Research article*

**Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması**

Provisional Legal Protection in Protection Law and Surveillance Measure Application ..... 813  
Nejat Aday

*Araştırma makalesi/Research article*

**Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukuki Niteliği**

The Legal Nature of State of Necessity in Light of the Principle of Unity of the Legal Order ..... 847  
R. Murat Önok, Işık Önyay

*Research article/Araştırma makalesi*

**Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals**

Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü Davasında Markayı Kullanma Yükümlülüğünün Başlangıç Anına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri ..... 897  
Sıtkı Anlam Altay

*Araştırma makalesi/Research article*

**Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Üyeliğinden Çıkmasının Rekabet Hukuku ve Uygulaması Bakımından Sonuçları ve Açmazları**

The Consequences and Predicaments for Competition Law and Enforcement of United Kingdom's Withdrawal from European Union Membership ..... 925  
Zeynep Ayata

**KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW**

*Research article/Araştırma makalesi*

**Examination of the Overlapping Claims of Turkey and the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus on the Maritime Areas to the West of the Island of Cyprus**

Türkiye ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Kıbrıs Adası'nın Batısındaki Deniz Alanları Üzerindeki Çakışan Taleplerinin İncelenmesi ..... 953  
Berk Hasan Özdem

*Araştırma makalesi/Research article*

**Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m 280)**

The Crime of Failure by Medical Professionals to Report an Offence (TCC Art. 280) ..... 999  
Levent Emre Özgüç

*Araştırma makalesi/Research article*

**İdare Hukukunun İşlevine Yönelik Bir Yaklaşım: "Trafik Işığı Metaforu"**

An Approach to the Function of Administrative Law: "The Traffic-Light Metaphor" ..... 1041  
Harun Yılmaz

## EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Türk hukuk camiasına sunduğu en önemli katkılardan biri ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2019/2 sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Eski adıyla İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası olan dergimizle ilgili geçtiğimiz sene isim ve sistem değişikliğine gidilerek, derginin etki alanının genişletilmesi ve ulaşılabilirliğinin sağlanması, özellikle yalnızca yurt içiyle sınırlı kalmaksızın dergimizin uluslararası bilinirliğinin artırılması için birtakım adımlar atıldı. Bu yeni süreci şekillendirmek ve sürece adapte olmak elbette belirli bir mesai istediğinden, bu sayımızdan önceki birkaç sayı sizlerle biraz da olsa gecikmeli şekilde buluştu. Ancak 2019/1 sayısından itibaren bu problemi aşarak, dergimizi zamanında okuyuculara sunmaktan memnuniyet duyuyor ve sonraki sayılar için de derginin zamanında ve düzenli şekilde çıkarılacağını şimdiden bildiriyoruz.

Dergimizin bu sayısı -geleneğe uygun bir şekilde- özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında tasnif edilmiş, birbirinden değerli on yedi makale içermektedir. Dergimizde yalnız İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının değil, yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyenin ve uygulayıcının çalışmalarının gün ışığına çıkartılması için çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda daha önceki sayılarda benimsemiş olduğumuz genişletilmiş İngilizce özet kısmına makalelerde yer verilmiş ve ayrıca ilk defa 2019/1 sayısında benimseyeceğimizi duyurduğumuz OSCOLA atıf kurallarına, bu sayımızda da riayet edilmiştir. Bundan sonraki sayılarda da OSCOLA atıf kurallarına ve diğer yayın ilkelerimize göre uyarlanmış Türkçe ve başta İngilizce olmak üzere yabancı dilde makaleler kabul edilmeye ve yayımlanmaya devam edilecektir.

Büyük bir kıvançla belirtmekteyiz ki dergimizde akademik çalışma yayımlamaya yönelik talep her sayımızda daha da artmaktadır. Gerek bu talebin karşılanabilmesi gerek dergimize yayımlanması için gönderilen çalışmaların mümkün olduğunca güncel bir şekilde okuyucuyla buluşabilmesi adına dergimizde çeşitli yeniliklere gidilmiştir. Bu kapsamda, 2020/1 sayısından itibaren “online first” sistemine geçilecek olup; yayımlanması amacıyla dergimize gönderilen çalışmalar, editör ve hakem incelemelerinden onay alarak mizanpaj aşamasını da tamamladıktan hemen sonra internet üzerinden erken erişime açılacaktır. Dergimize yönelik talebi karşılayabilmek ve akademik çalışmaları mümkün olduğunca güncel bir şekilde

okuyucuya sunabilmek amacıyla getirilen ikinci yenilik, yıllık çıkarılacak dergi sayısının artırılmasıdır. 2020 yılından itibaren yılın Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında olmak üzere dergimiz artık yılda dört sayı olarak çıkarılacaktır. Bu sayede yeni sayılar arasındaki süre azaltılacak ve uluslararası bir yayın olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nda çalışmalarını yayımlamak isteyen daha çok araştırmacı bu imkândan yararlanabilecektir.

Derginin yayımlanabilmesi için ciddi bir uğraş veren editör ekibine ve bu sayıda hakemlik görevini gerçekleştiren Fakülte bünyesi içindeki ve dışındaki tüm akademisyenlere teşekkür ediyoruz. Nihayet dergimizin işbu sayısına çok değerli yazıları ile katkı veren tüm oğretim üyelerine samimi desteklerinden ötürü şükranlarımızı sunuyoruz. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

**İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Doç. Dr. Ali PASLI





# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 30.09.2019  
Revizyon Talebi: 13.12.2019  
Son Revizyon Tarihi: 19.12.2019  
Kabul: 20.12.2019

## İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi

Arif Barış Özbilen\*

### Öz

Eşya üzerinde hak sahibine kullanma, yararlanma veya hem kullanma hem de yararlanma yetkilerini vererek sınırlı bir hâkimiyet sağlayan mutlak haklar, irtifak hakları olarak adlandırılmaktadır. Medenî Kanununun 791. maddesi, yüklü taşınmazın yalnızca belli bir kısmında kullanılması kaydıyla kurulan irtifak hakları bakımından, yüklü taşınmaz malikinin, kendi menfaatini ispat etmek, giderleri üstlenmek ve irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını zorlaştırmamak koşuluyla; irtifakın, taşınmazın başka bir yerine naklini isteyebileceğini öngörmektedir. Bu çalışmada temel olarak, irtifak hakkının kullanılmakta olduğu yerin değiştirilmesinin gerçekleşme koşullarının irdelenmesi ve yer değişikliğine ilişkin genel esaslar ile hukukî sonuçların ortaya konulması amaçlanmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

İrtifak hakkı, Yüklü taşınmaz maliki, Yer değişikliği, MK m. 791

### Relocation of the Encumbrance

### Abstract

A parcel of land may be encumbered in favour of another property such that the servient owner must permit the owner of the dominant property to exercise certain rights over it to or may not exercise certain of the rights attaching to his or her property for the benefit of the owner of the dominant property. According to article 791 of Turkish Civil Code, if only part of a property is affected by the exercise of an easement, the servient landowner is entitled to request that the right be transferred to another location which is no less suitable for the beneficiary provided he or she can show a legitimate interest and bears the cost. This study aims to examine the conditions of realization of the change of the place where the easement is used and to present the general principles and legal consequences of the relocation.

### Keywords

Easement, Servient landowner, Relocation of the encumbrance, Turkish Civil Code art. 791

\* **Sorumlu Yazar:** Arif Barış Özbilen (Doç. Dr.), Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.  
E-posta: bozbilen@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0001-6520-9719

**Atf:** Özbilen AB, “İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi” (2019) 77(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 475.  
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0001>

### **Extended Summary**

Absolute rights that grant limited control over properties by allowing the rights to use or to benefit (or both of these rights) to the right holder are called easement rights. A parcel of land may be encumbered in favour of another property such that the servient landowner must permit the owner of the dominant property to exercise certain rights over it or refrain from exercising certain rights attached to his or her property for the benefit of the owner of the dominant property. As a rule, this relationship between the servient landowner and the beneficiary of the easement shall continue in accordance with the conditions agreed in the easement agreement until the easement ends. However, some situations that arise during this relationship may make it unbearably difficult for the servient landowner to fulfill these obligations against the beneficiary of the easement. In the event of such circumstances, the relationship between the parties may need to be rearranged in order to restore the balance deteriorated against the owner.

The fact that the place used by the beneficiary of the easement gained significant meaning and significant value in terms of the servient landowner from the moment of establishment of the easement, is considered a situation which aggravates the obligations undertaken by the landowner against the beneficiary. That is why the legislator felt the need to introduce a special regulation in Article 791 of the Turkish Civil Code. According to this regulation if only part of a property is affected by the exercise of an easement, the servient owner is entitled to request that the right be transferred to another location which is no less suitable for the beneficiary, provided that he or she can show a legitimate interest and bears the cost,. He or she is entitled to do so even if the easement is recorded in the land register as being in a specific location.

It should be acknowledged that this provision constitutes a special application of article 786 of Turkish Civil Code. According to this article, the beneficiary is entitled to take all measures necessary to preserve and exercise the easement. However, he or she is obliged to exercise his or her rights in as benign a way as possible. In this respect, it would not be wrong to say that article 791 of the Turkish Civil Code is an extension of the basic principle that the beneficiary of the easement should not act in contradiction to the interests of the owner while exercising his right.

Indeed, especially in cases where article 791 of the Turkish Civil Code has found its application, that is, it has been decided that the easement is to be used only in a certain place, the existence of the easement does not completely eliminate the interests of the landowner in making use of the immovable property as efficiently and effectively as possible. The existence of the easement prevents him only from exercising some of his authorities provided by the right to property. Therefore, the

legislator has accepted that if the needs of the real estate change after the establishment of the easement, the landowner may request under certain conditions to change the place where the easement is used. In this way, the landowner could be able to keep an important authority to operate his property in an efficient manner even this property is charged with an easement.

This study, aims to examine the conditions of realization of change of place where the easement is used and to present general principles and legal consequences of the relocation.

## İrtifak Hakkının Kullanıldığı Yerin Değiştirilmesi

### I. Giriş

İrtifak hakkı, hak sahibine malikin aracılığına ihtiyaç duymaksızın eşyayı kullanma ya da onun semerelerinden yararlanma yetkilerini (veya bu iki yetkiyi birden) veren sınırlı bir aynî hak türüdür. Mülkiyet hakkı irtifakla sınırlanmış olan malik ise kimi zaman irtifak hakkı sahibinin eşyayı kullanmasına ya da semerelerinden yararlanmasına katlanma; kimi zaman da maliki olduğu eşya üzerindeki belirli yetkilerini kullanmaktan irtifak hakkı sahibi lehine kaçınma yükümlülüğü ile karşı karşıya kalır. Malik ile irtifak hakkı sahibi arasındaki bu ilişki kural olarak irtifak sözleşmesinde kararlaştırılan koşullar doğrultusunda irtifak hakkının varlığı sona erinceye kadar sürekli bir biçimde devam eder.

Ancak bu ilişki devam ederken ortaya çıkan kimi durumlar, malikin irtifak hakkı sahibine karşı üstlenmiş olduğu bu yükümlülükleri yerine getirmesini katlanılmaz bir biçimde zorlaştırabilir. Böylesi durumların varlığı hâlinde, malik aleyhine bozulan dengenin tekrar kurulabilmesi için, taraflar arasındaki ilişkinin sonradan ortaya çıkan koşullara göre yeniden düzenlenmesi gerekliliği gündeme gelebilir.

Taşınmaz üzerinde tesis edilen irtifaklarda, irtifak hakkı sahibi tarafından kullanılmakta olan yerin, zaman içerisinde yüklü taşınmaz maliki açısından irtifakın kuruluş ânına göre kayda değer bir anlam, ciddi bir değer kazanması da, malikin irtifak hakkı sahibine karşı üstlenmiş olduğu yükümlülükleri ağırlaştıran bir durum olarak kabul edilmektedir. İşte bu nedenle kanunkoyucu, Medenî Kanununun 791. maddesinde özel bir düzenleme ortaya koyma ihtiyacını duymuştur. Söz konusu düzenlemeye göre:

*“İrtifak hakkı yüklü taşınmazın yalnız belli bir kısmının kullanılması koşuluyla kurulmuşsa, bu taşınmazın maliki, menfaatini ispat etmek ve giderleri üstlenmek kaydıyla; irtifakın, hakkın kullanılmasını güçleştirecek biçimde taşınmazın başka bir yerine naklini isteyebilir.*

*İrtifak hakkının kullanılacağı yer tapu kütüğünde belirtilmiş olsa bile yüklü taşınmaz maliki bu yetkiyi kullanabilir.*

*Mecraların bir yerden başka bir yere naklinde komşuluk hukuku kuralları da göz önünde tutulur”.*

Bu hükmün, MK m. 786 hükmünün özel bir uygulama alanını oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Hatırlanacak olursa MK m. 786/f. 1 hükmüne göre, irtifak hakkı sahibi, hakkının korunması ve kullanılması için gerekli olan önlemleri alabilir; ancak o, hakkını yüklü taşınmazın malikine en az zarar verecek biçimde kullanmak zorundadır. Bu bakımdan MK m. 791 hükmünün de, irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanırken yüklü taşınmaz malikinin menfaatlerine aykırı hareket etmemesi gerektiği yönündeki temel ilkenin bir uzantısı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Gerçekten de, özellikle MK m. 791 hükmünün uygulama alanı bulduğu, yani irtifakın yüklü taşınmazın yalnızca belli bir yerinde kullanılmasının kararlaştırıldığı durumlarda; irtifakın varlığı, malikin taşınmazından olabildiğince verimli ve etkin bir biçimde yararlanma konusundaki menfaatlerini bütünüyle ortadan kaldırmaz; yalnızca mülkiyet hakkının ona sağladığı yetkilerden bazılarını kullanabilmesinin önüne geçer. Buradan hareket eden kanunkoyucu da, irtifak hakkının tesis edilmesinden sonra taşınmazı ile ilgili ihtiyaçlarında değişiklikler meydana gelen malikin, belli koşulların varlığı hâlinde irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesini talep edebileceğini kabul etmiştir. Bu sayede malik, taşınmazını -her ne kadar irtifak hakkı ile yüklü dahi olsa- randımanlı bir biçimde işletme konusunda önemli bir yetkiyi elinde tutabilmektedir.

## II. İrtifak Yerinin Değiştirilmesinin Koşulları

MK m. 791 hükmünün ilk fıkrasında, irtifak hakkının ilişkin olduğu yerin değiştirilmesinin, belirli koşulların varlığına bağlandığı görülmektedir. Bu koşullar, irtifak hakkının yüklü taşınmazın yalnız belli bir kısmının kullanılması koşuluyla kurulmuş olması, yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliği hususundaki menfaatinin ispat etmesi, yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliğine ilişkin giderleri üstlenmesi ve yer değişikliğinin irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını güçleştirmeyecek olması şeklinde sıralanabilir.

### A. İrtifak Hakkının Yüklü Taşınmazın Yalnız Belli Bir Kısmının Kullanılması Koşuluyla Kurulmuş Olması

İrtifak hakkı, hak sahibine kural olarak yüklü taşınmazın tamamı üzerinde yararlanma yetkisi sağlamaktadır. Bununla birlikte, hakkın kullanılacağı yer, sözleşme ile veya fiili kullanım yoluyla belli bir alan ile sınırlandırılabilir. MK m. 791/f. 1 hükmü, irtifak hakkının yerinin değiştirilmesi talebinde bulunulabilmesi için, ortada, yüklü taşınmazın yalnız belli bir kısmında kullanılacak bir irtifakın olması gerektiğini belirtmektedir. Bu koşulla ilgili olarak örnek vermek gerekirse geçit irtifakı, kaynak irtifakı, hayvan otlatma irtifakı ya da arazinin belli bir yerinden geçmesi plânlanan elektrik veya doğalgaz hattı için kurulacak mecra irtifakları sayılabilir<sup>1</sup>. Bu gibi irtifaklar hak sahibine çoğu kez, yüklü taşınmazın sadece belli bir kısmı üzerinde fiilen yararlanma yetkisi vermektedirler.

Görülebileceği üzere, MK m. 791/f. 1 hükmü bağlamında ileri sürülebilecek yer değişikliği talepleri, yüklü taşınmazın tamamı üzerinde kullanılan irtifaklar

<sup>1</sup> Peter Liver, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV. Band: Das Sachenrecht, 3. Aufl., *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792)*, (Schulthess 1980), Art. 742, No: 2; Maria Consuelo Argul, *Commentaire Romand* (éd: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Code Civil II, Art. 742, (Helbing Lichtenhahn 2016), 1805; Paul-Henri Steinauer, *Les droits réels*, Tome II, 4ème édition, (Stämpfli 2012), 457; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, *Sachenrecht*, 3. Aufl., (2009), 322; Vito Roberto/Stephanie Hrubesch-Millauer, *Sachenrecht*, 3. Aufl., (2012), 134; Aydin Aybay/Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, 2. Basi, (2010), 261.

bakımından söz konusu olamayacaktır<sup>2</sup>. Mesela yüklü taşınmaz malikine, arazi üzerinde veya altında yapı inşa etmeme ya da bir başka taşınmazın manzarasını kapatmama gibi yükümlülükler yükleyen irtifaklarda, yer değişikliği talebinde bulunulması mümkün değildir. Zira bu gibi örneklerde irtifak hakkı yüklü taşınmazı bir bütün olarak kayıtlamakta; irtifak hakkının kullanılması yüklü taşınmazın tamamı üzerinde söz konusu olmaktadır<sup>3</sup>.

İrtifak hakkının, yüklü taşınmazın yalnızca belli bir kısmında kullanılacağı hususu, çoğu kez kazanma sebebini oluşturan irtifak sözleşmesinde belirtilmekte<sup>4</sup> ve irtifakın fiilen kullanılacağı yer tapu plânları ile somutlaştırılmaktadır<sup>5</sup>.

Bununla birlikte, irtifakın kullanılacağı yerin, tapuda gösterilmiş olup olmamasının, yer değişikliği talebinin ileri sürülebilirliği bakımından herhangi bir etkisinin olmadığını da ifade etmek gerekir<sup>6</sup>. Gerçekten MK m. 791/f. 2 hükmü, “*irtifak hakkının kullanılacağı yer tapu kütüğünde belirtilmiş olsa bile yüklü taşınmaz maliki bu yetkiyi kullanabilir*” yönündeki ifadesiyle bunu açıkça ortaya koymaktadır. Keza irtifakın kullanılacağı yerin, tapuda belirtilmemiş olması durumunda da; tarafların bu konudaki tutum ve davranışları, irtifak hakkının kullanımının, yüklü taşınmazın belli bir kısmına hasredilmiş olduğuna işaret edebilir. Örneğin, irtifakın uzun zamandan beri yüklü taşınmazın yalnızca belli bir kısmında kullanılıyor olması ve yüklü taşınmaz malikinin, hak sahibinin bu davranışına karşı bir itirazda bulunmaması hâlinde durum böyledir<sup>7</sup>. Böyle bir durum dahi, irtifakın yerinin değiştirilmesi yönündeki talebin ileri sürülmesine imkân verir.

## B. Yüklü Taşınmaz Malikinin Yer Değişikliği Hususundaki Menfaatini İspat Etmesi

Yüklü taşınmaz malikinin, taşınmazı üzerindeki irtifakın yerini değiştirme konusunda talepte bulunabilmesi için, yer değişikliğinden ciddi bir menfaati olduğunu ispat etmesi gerekmektedir<sup>8</sup>. MK m. 791 hükmünde öngörülen bu koşul, irtifak hakkının kurulması sırasında mevcut olmayıp, bu hakkın tesisinden sonra

<sup>2</sup> Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 13. Baskı, (Barış 2017), 503.

<sup>3</sup> M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, (Filiz 2016), 819; Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, (Sevinç Matbaası 1978), 856.

<sup>4</sup> Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, (Beta 2018), 659; Gürsoy/Eren/Cansel, 856.

<sup>5</sup> Bu konu ile ilgili olarak, İsviçre kanunkoyucusu ipotekli borç senedi ve aynı haklara ilişkin revizyon kapsamında 11.12.2009 tarihli federal yasa ile, MK m. 781 hükmünün karşılığını oluşturan CC 732 hükmüne ikinci bir fıkrâ ilâve etmiştir. 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeye göre: “*Yüklü taşınmazın yalnız belli bir kısmında kullanılacak olan irtifakın yeri, hukuki sebebe ilişkin belgede açıkça belirtilmediği müddetçe, tapu plânı üzerinde gösterilmek zorundadır*”. Bkz. RO 2011 4637; FF 2007 5015. Hükmün Fransızca metni şu şekildedir: « *La servitude doit être dessinée sur un extrait de plan du registre foncier lorsque son exercice se limite à une partie de l'immeuble et que le lieu où elle s'exerce n'est pas décrit avec suffisamment de précision dans le titre* ».

<sup>6</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, 659.

<sup>7</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 819; Akipek/Akıntürk/Ateş, 659.

<sup>8</sup> Steinauer, 458; Ertaş, 503.

meydana gelen yeni ihtiyaçların veya ortaya çıkan yeni bir durumun varlığına vurgu yapmaktadır<sup>9</sup>. Yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliğinden elde edeceği menfaat çoğunlukla ekonomik bir kazanç olarak karşımıza çıkar. İrtifakın kullanılmakta olduğu yerin değiştirilmesi sayesinde, yüklü taşınmaz malikinin, taşınmazından daha verimli bir biçimde yararlanacağını -örneğin, irtifak hakkından arındırılacak olan kısımda kârlı bir inşaat projesini başlatabileceğini ya da boş kalan kısım üzerinde gelir getiren tarımsal faaliyetlerde bulunabileceğini- ispat etmesi durumunda, ekonomik menfaatin varlığından bahsedilebilir<sup>10</sup>.

Bununla birlikte, yüklü taşınmaz malikinin elde etmeyi hedeflediği menfaatin ekonomik temelli olması zorunlu değildir. Bu menfaat pekâlâ manevî ya da estetik bir nedene de dayanabilir<sup>11</sup>.

Mesela kır düğün ve davetleri organize eden bir şirket tarafından satın alınan taşınmazın bir bölümü üzerinde daha önceden geçit irtifakı tanınmış olmasından dolayı, bu haktan yararlanan ve sayıca fazla olan kişilerin meraklı gözlerle davetlilerin önünden geçip gitmeleri, malik ve müşteriler açısından rahatsızlık yaratıyor olabilir. Benzer şekilde, yüklü taşınmaz malikinin, aile bireylerini silahlı bir saldırı neticesinde kaybetmiş olması durumunda, taşınmaz üzerinde önceden tesis edilmiş olan silahlı atış eğitimi irtifakının, hak sahipleri tarafından malikin yaşamakta olduğu yerden görülebilir şekilde kullanılması, ona sürekli olarak bu acılı olayı hatırlatıyor olabilir. Keza, kreş olarak işletilmeye başlayan bir taşınmaz üzerinde evvelce kurulmuş olan spor yapma irtifakının, hak sahibi topluluk tarafından o yerde kullanılması, kreş bahçesine çıkan çocukların güvenliği açısından bir zaafiyet yaratabilir.

Tüm bu hâllerde, yüklü taşınmaz maliki, irtifakın yerinin değiştirilmesi konusunda ekonomik bir menfaate sahip olduğunu kolaylıkla ispat edemiyor olsa da; estetik, manevî ya da güvenlik kaynaklı menfaatlerinin varlığını kanıtlayarak, taşınmazı üzerinde kullanılmakta olan irtifak hakkının başka yere nakledilmesini talep edebilmelidir.

Bunların yanında, irtifak hakkı ile yüklü olan taşınmazın, malikin bir başka taşınmazı ile tevhit ettirilmesi (birleştirilmesi) de yüklü taşınmaz malikinin yer

<sup>9</sup> Maria Consuelo Argul Grossrieder, 'Comment se débarrasser d'une servitude foncière qui gêne un projet de construction?', *Droit de la construction-Baurecht* 2005, 108; Tarkan Göksu, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Sachenrecht, 3. Aufl., (Hrsg.: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), (2016), Art. 742, No: 3.

<sup>10</sup> Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Aufl., (Schulthess 2015), 1222; Gürsoy/Eren/Cansel, 856; Aybay/Hatemi, 261.

<sup>11</sup> Bkz. Etienne Petitpierre, *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar* (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), 5. Aufl., (Helbing Lichtenhahn 2015), Art. 742, No: 9; Denis Piotet, *Traité de Droit Privé Suisse* Vol. V/T. 2, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, 2e éd., (Helbing Lichtenhahn 2012), 109; Michel Pellascio, *Orell Füssli Kommentar*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., (2011), Art. 742, No: 6; Hans Leemann, *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV/2, Art. 730-918, (Stämpfli 1925), Art. 742, No: 4; Göksu, Art. 742, No: 3; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, 1222; Liver, Art. 742, No: 31; Steinauer, 458; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 820; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, *Sınırlı Aynî Haklar*, 2. Bası, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982), 87; Akipek/Akintürk/Ateş, 659. Ayrıca bkz. ATF 57 II 155.

değişikliği konusunda bir menfaatinin bulunduğuna işaret edebilir. Nitekim irtifak hakkının fiilen kullanılmakta olduğu yer, tevhit (birleştirme) işlemi neticesinde yeni oluşan taşınmazın kullanım bütünlüğünü bozarak, yüklü taşınmaz maliki açısından olumsuz bir durum yaratabilir<sup>12</sup>.

Hemen belirtelim ki, MK m. 791 hükmünden yararlanmak isteyen yüklü taşınmaz malikinin, hâlihazırda kullanılmakta olan irtifak hakkının yerinin değiştirilmesi neticesinde ciddi anlamda menfaat elde edeceğini ikna edici delillerle, örneğin somut bir proje ortaya koyarak ispat etmesi gerekir. Menfaatin varlığının kanıtlanmasında, soyut ve genel nitelikteki kanaat ve düşünceler yeterli olmaz<sup>13</sup>.

### C. Yüklü Taşınmaz Malikinin Yer Değişikliğine İlişkin Giderleri Üstlenmesi

İrtifak hakkının fiilen kullanılmakta olduğu yerin değiştirilebilmesi için yerine getirilmesi gereken koşullardan biri de, yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliği nedeniyle yapılması gereken masraflara katlanma zorunluluğudur. Örneğin, kaynak suyunu almak için irtifakın o âna kadar kullanılmakta olduğu yerde yapılmış olan tesisatın yeni yere nakli ve montajı; geçit hakkının kullanılabilmesi için yeni yerdeki yolun taşlardan temizlenmesi ya da eski yerde olduğu gibi bu yola da asfalt dökülmesi; yeni yerde spor yapılabilmesi için gerekli saha ya da kortların oluşturulması için yapılacak giderler ile irtifakın yerinin değiştirilmesi için ödenmesi gereken tapu masrafları bu kalemde sayılabilir<sup>14</sup>. Yüklü taşınmaz malikinin, bu masrafları, yer değişikliği talebi ile birlikte (önceden) irtifak hakkı sahibine ödemesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Burada irtifakın değeri bakımından bir azalma söz konusu olmadığı için, MK m. 791 hükmü, yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliği nedeniyle yapacağı masraflar haricinde, onun, irtifak hakkı sahibine tazminat ödemesi gerektiğine dair bir kural öngörmemiştir<sup>16</sup>.

Yer değişikliğine ilişkin giderleri üstlenme borcu, eşyaya bağlı bir borç niteliğinde olup<sup>17</sup>; kanunkoyucu tarafından yalnızca yüklü taşınmaz malikine yüklenmiştir<sup>18</sup>. Bu

<sup>12</sup> Bkz. bu konuda Yarg. 14. HD, 26.6.2007 tarih ve 6715/8327 sayılı kararı: "... davalıya ait 13 parsel yararına 12 ve 11 parsel sayılı taşınmaz üzerinden hükmen geçit irtifakı tesis edilmiştir. Davacı geçitle yükümlü 11 parsel ile birlikte 9 parsel sayılı taşınmazı da satın almış, bunları tevhit ettirmiş ve oluşan 125 parsel sayılı taşınmazı kullanmaya başlamıştır. Şimdi, hükmen tesis edilen geçit irtifakının 125 parsel sayılı taşınmazının kullanım bütünlüğünü bozduğunu ileri sürerek irtifakın taşınmazının sınırından tesis edilmesini istemektedir.... Tevhid ile geçit güzergahı taşınmazın kullanım bütünlüğünü bozar hale gelmiştir. Davacının taşınmazını tahsis edildiği amacına uygun olarak kullanmasını sağlamak amacıyla mahkeme gerekli incelemeyi yapmak durumundadır. Gerçekten, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı yasanın gösterdiği sınırları aşacak şekilde kısıtlanmış ise, yararlanan taşınmaz malikinin bu değişikliğe karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur". (<http://www.kazanci.com>)

<sup>13</sup> Bkz. Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, Band 1, 3. Aufl., (2007), 283; Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, (Yetkin 2017), 399; ATF 117 II 35. Ayrıca bkz. Yarg. 14. HD, 5.5.2011 tarih ve 4518/6179 sayılı kararı.

<sup>14</sup> Charles Besson, 'La suppression et l'adaptation des servitudes par le juge (art. 736 et 742 CC)', *Journal des tribunaux* 1969 I, 282; Argul, 1806; Pellascio, Art. 742, No: 8; Göksu, Art. 742, No: 5.

<sup>15</sup> Petitpierre, Art. 742, No: 14; Argul, 1806; Piotet, 109.

<sup>16</sup> Besson, 280; Argul, 1806; Piotet, 109. Ayrıca bkz. ATF 57 II 155.

<sup>17</sup> Piotet, 109; Argul, 1806.

<sup>18</sup> Liver, Art. 742, No: 106.



bakımdan, yüklü taşınmaz maliki yer değişikliğinin irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını kolaylaştıracağını ileri sürerek, yer değişikliğine ilişkin giderlere onun da katılmasını talep edemez<sup>19</sup>.

## **D. Yer Değişikliğinin İrtifak Hakkı Sahibinin Hakkını Kullanmasını Güçleştirmeyecek Olması**

### **1. Genel Prensip**

Yüklü taşınmaz malikinin, irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesini talep edebilmesi için, bu değişikliğin, kural olarak irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını güçleştirmeyecek olması, diğer bir anlatımla, değişiklik neticesinde irtifak hakkı sahibinin bu haktan yararlanma ölçüsünde bir eksikliğin meydana gelmiyor olması gerekmektedir<sup>20</sup>. Bu nedenle, yer değişikliği talebinde bulunulan irtifak hakkı sahibine, onun, hakkını menfaat kaybına uğramadan kullanabilmesi için en az önceki kadar elverişli bir yer<sup>21</sup> gösterilmelidir<sup>22</sup>.

Örnek vermek gerekirse, taşınmazı kaynak irtifakı ile yüklü olan taşınmaz maliki, yer değişikliği talebinde bulunabilmek için, suyun, irtifakın nakledileceği yerde de, hâlihazırda kaynamakta olduğu yerdeki kadar yoğun ve tazyikli bir biçimde çıkartılabileceği; bunu sağlamak üzere gerekli boru hattı ve tesisatın kendisi tarafından inşa edileceği konusunda irtifak hakkı sahibine güvence vermelidir<sup>23</sup>. Bununla birlikte, özellikle eşyaya bağlı irtifaklarda, yararlanan taşınmaz maliki, sırf irtifakın fiilen kullanıldığı yerin değiştirilmesi yüzünden kendi arazisi üzerindeki diğer tesis ve yapılarda da değişiklikler yapmak veya irtifakın nakledileceği yerde kurulacak olan tesisatı kendi taşınmazındaki diğer tüm yapılara adapte etmek mecburiyetinde kalacak ise, bu yerin önceki kadar elverişli olduğu iddia edilemez<sup>24</sup>.

Bununla beraber, MK m. 791 hükmü netice itibarıyla bir değişikliği hükme bağladığından, irtifakın naklinin taraflar ve özellikle de irtifak hakkı sahibi açısından farklı bir sonuç yaratması kaçınılmazdır. Yer değişikliğinin, irtifak hakkı sahibine hakkın kullanılmasına ilişkin olarak birebir aynı imkânı sağlaması beklenemez. Bu nedenle, değişiklik neticesinde irtifak hakkı sahibinin uğrayacağı menfaat kaybı göreceli olarak az ise -diğer koşulların da varlığı hâlinde- yer değişikliği talebini

<sup>19</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, 660.

<sup>20</sup> Aybay/Hatemi, 261; Esener/Güven, 399; Akipek/Akıntürk/Ateş, 660.

<sup>21</sup> İsviçre Federal mahkemesi verdiği bir kararda, irtifakın nakledileceği yeni yerin eğim ve genel yola çıkıştaki görüş kabiliyeti bakımından önceki yer kadar elverişli olmaması nedeniyle, geçit irtifakının kullanıldığı yerin değiştirilmesi yönündeki talebi reddetmiştir. Bkz. TF, RNRF 2005 315, c. 5. 2 (Argul, 1805'den naklen).

<sup>22</sup> Steinauer, 458; TF, 5C.91/2004.

<sup>23</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, 857.

<sup>24</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, 857, dn. 41.

olumlu karşılamak gerekir<sup>25</sup>. İrtifak hakkı sahibinden, katlanılmasının dürüstlük kuralına göre beklenebileceği ufak tefek zorluklar ile önemli sayılmayacak rahatsızlıklar bu hakkın kullanımını güçleştirmiş olmaz<sup>26</sup>. Bu çerçevede, geçit hakkı sahibinin, kullanmakta olduğu kısa fakat engebeli yol yerine, yer değişikliği kapsamında kendisine önerilen ve öncekine göre daha uzun fakat düz olan yola itiraz edemeyeceği savunulmaktadır<sup>27</sup>.

## 2. Özel bir durum: Yer Değişikliği Nedeniyle İrtifak Hakkı Sahibinin Zarara Uğrayacak Olması (MK m. 785/f. 2 Hükmünün Uygulanması Bakımından MK m. 791 Hükmünün Rolü)

Yukarıdaki satırlarda, dürüstlük kuralına göre irtifak hakkı sahibinden katlanması beklenebilecek küçük zorluklar ile önemsiz rahatsızlıkların, bu hakkın kullanımını güçleştirmiş sayılmayacağını, bu nedenle de irtifak hakkı sahibinin irtifakın kullanılmakta olduğu yerin değiştirilmesine itiraz edemeyeceğini ifade ettik. Peki, yer değişikliği neticesinde irtifak hakkı sahibinin kayda değer bir zararı doğacaksa ne olacaktır?

Hemen belirtelim ki, böyle bir durum karşısında doğrudan doğruya MK m. 791 hükmünün uygulanması söz konusu olamaz. Nitekim, MK m. 791 hükmünün uygulanabilmesi için varlığı aranan koşullardan “*yer değişikliğinin, irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını güçleştirmeyecek olması*” şeklindeki koşul burada mevcut değildir. İrtifak hakkı sahibinin yer değişikliğinden önemli sayılabilecek bir zararının doğması; onun, mevcut olan hakkını kullanmasının ciddi bir biçimde güçleştiğine delalet eder. Bu da MK m. 791 hükmüne başvurulmasına engel olur<sup>28</sup>.

Ne var ki, öğretide MK m. 791’in, MK m. 785/f. 2 hükmünün uygulama alanı bulunduğu hâllerde de etkili olabileceği savunulmaktadır<sup>29</sup>. Bu olasılıkta ise, irtifak hakkı sahibi yer değişikliğinden zarara uğrayacak olsa bile, bu zararının yüklü taşınmaz maliki tarafından tazmin edilmesi koşuluyla irtifak hakkının kullanımı bakımından yer değişikliği gündeme gelebilecektir. Şimdi bu olasılığın nasıl cereyan edebileceğini açıklamaya çalışalım:

<sup>25</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, 322; Argul, 1805; Piotet, 109.

<sup>26</sup> Liver, Art. 742, No: 32; Steinauer, 458; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 820; Esener/Güven, 399.

<sup>27</sup> Bkz. Steinauer, 458; Argul Grossrieder, 108.

<sup>28</sup> Bu konuda bkz. Yarg. 14. HD, 26.6.2007 tarih ve 6715/8327 sayılı kararı: “...geçit irtifakı yerinin değiştirilmesinde yüklü taşınmazın yeni oluşan mülkiyet sınırlarına göre, davacı yararının bulunup bulunulmadığının saptanması, güzergahın geçirilebileceği yerin davalının koşullarını önceki durumuna göre katlanılamayacak şekilde ağırlaşp ağırlaşmadığı hususlarının yerinde saptanması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir”. (<http://www.kazanci.com>)

<sup>29</sup> Liver, Art. 742, No: 73; Leemann, Art. 742, No: 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 820-821. MK m. 785 ile MK m. 791’in birbirini tamamlayan hükümler olarak düşünülmesi gerektiği yönünde bkz. Gülen Sinem Tek, Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785), (Oniki Levha 2017), 274; Gökçe Canarlan, ‘Eşyaya Bağlı İrtifak Haklarında İrtifakın Yerinin Değiştirilmesini Talep Hakkı’, Legal Hukuk Dergisi, C. 13, S. 154, 2015, 189. Bu konuda ayrıca bkz. ATF 57 II 155.

Bilindiği gibi MK m. 785/f. 2 hükmüne göre, “*yüküne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkının, bedel karşılığında kısmen veya tamamen terkinini*” istenebilecektir<sup>30</sup>. O hâlde yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibinin irtifakın kullanıldığı yerdeki menfaatinin çok azaldığını ispat etmek ve karşılığında bedel ödemek kaydıyla irtifak hakkının tapudan terkin edilmesini isteyebilecektir<sup>31</sup>.

MK m. 785/f. 2 hükmüne ilk bakıldığında, irtifak hakkını terkininin ancak irtifak hakkı sahibinin menfaatinin önemli ölçüde azaldığı durumlarda söz konusu olabileceği; irtifak hakkı sahibinin menfaatinin varlığını koruduğu müddetçe, söz konusu hükmün uygulanamayacağı düşünülebilir. Mesela hayvan otlatma irtifakı ile yüklü olan bir taşınmaz hakkında sonradan imar izninin çıkması neticesinde, kural olarak irtifak hakkı sahibinin menfaatinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Diğer bir ifade ile, onun taşınmaz üzerinde hayvanlarını otlatma konusundaki menfaatinde imar izninin çıkmasından sonra bir azalma söz konusu olmayacaktır<sup>32</sup>. Bu nedenle, ilk bakışta, MK m. 785/f. 2 hükmünün böyle bir durumda uygulanamayacağı söylenebilir.

Bununla birlikte, MK m. 785/f. 2 hükmü ile öngörülen, terkinini istenebilecek olan irtifak hakkının, “*yüküne oranla çok az yarar sağlaması*” koşulundaki “**yüküne oranla**” ifadesinin anlamı gözlerden kaçırılmamalıdır. Örneğimize baktığımızda, imar plânında yapılan değişiklik çerçevesinde, taşınmazın yer aldığı bölge, üzerinde plaza ve iş merkezlerinin bulunduğu bir ticaret sahası olarak tasarlandığından, taşınmaz ile ilgili olarak imar izninin verilmesi ile birlikte yüklü taşınmaz malikinin yükü kayda

<sup>30</sup> “...irtifak hakkı, zamanın akışı içinde hak sahibi için kesin ve sürekli bir biçimde faydasını yitirmiş ve böylece hakkın kuruluş amacı da ortadan kalkmış ise terkinini istenebilir. Güdülen amaç, yüklü taşınmazın gereği gibi kullanılmasını ya da işletilmesini engelleyen, kısmen ya da tamamen gereksiz ve faydasız hale gelen irtifak hakkının ortadan kaldırılmasını sağlamaktır... Ancak, irtifak hakkının sahibine sağladığı yararın kısmen ortadan kalkmış olması bu haktan da ortadan kalkması için yeterli bir sebep değildir”. Bkz. Yarg. 14. HD, 12.9.2017 tarih ve 3067/6052 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com>)

<sup>31</sup> Şayet yüklü taşınmaz üzerinde irtifak hakkı sahibinin irtifaktan elde ettiği menfaatte herhangi bir azalma söz konusu değilse; diğer bir ifadeyle, yükü ile mukayese edildiğinde, irtifakın hak sahibine sağladığı yarar tüm ağırlığını koruyarak devam ediyorsa, yüklü taşınmaz malikinin MK m. 785/f. 2 hükmüne başvurarak irtifakın terkinini istemesi mümkün olmaz. Bu durumda o ancak, irtifak hakkı sahibinin irtifak hakkından elde ettiği menfaatin önemli bir kayba uğramadan yeni yerde de varlığını sürdüreceğini temin ederek MK m. 791 hükmü vasıtasıyla yer değişikliği talebinde bulunabilir. Bkz. bu konuda Yarg. 14. HD, 5.5.2011 tarih ve 4518/6179 sayılı kararı: “...davacı D... Gayrimenkul San. ve Tic. A.Ş. MK 791. madde uyarınca menfaatini kanıtladığında irtifakın yerinin değiştirilmesini talep edebilecektir. Dava konusu irtifak hakkı tescil evrakları ekinde geçtiği güzergah belirtilerek tesis edilmiştir. Diğer bir anlatımla, kapsadığı alan bellidir. Mahkemece taşınmaz başında yeniden keşif yapılarak davalının iddia ettiği gibi enerji nakil hattı yer altına alınmış ise bunun yerinin saptanması, tescile konu güzergahta değil ise ve davacının mülkiyet hakkı kapsamında kalıyor ise irtifak hakkının sağladığı yarar devam ettiğinden nakil hattının geçtiği yere taşınmasına karar verilmelidir. Şayet irtifak hakkına konu hat, mülkiyet sınırları dışına çıkartılmış ise bu durumda terkin kararı verilmelidir”. (<http://www.kazanci.com>)

<sup>32</sup> Bu yönde bir karar için bkz. Yarg. 14. HD, 12.9.2017 tarih ve 3067/6052 sayılı kararı: “... Davacı, TMK'nun 785. maddesine dayanarak irtifak hakkının terkinini istemiştir. Uyuşmazlık, irtifak hakkından beklenen faydanın ortadan kalkıp kalkmadığı, yüküne oranla sağladığı yarar arasında aşırı bir oransızlık bulunup bulunmadığı ve davalının bu hakkı kötüye kullanıp kullanmadığı noktalarında toplanmaktadır. 15.10.1951 tarihinde tesis edilen ve hakim (yararlanan) taşınmazın manzarasının kapanmamasını, komşu taşınmazda yapılacak bina ve yapılar sebebiyle hava ve ışıktan mahrum kalınmamasını amaçlayan irtifak hakkının, kurulduğu 1951 yılı ile birlikte daha ziyade ileriki yıllarda etrafta yoğun yapılaşmanın olacağı, buna göre etrafındaki boş arsa, bağ ve bahçelerin binaya dönüşeceği öngörülerek bu günler için kurulduğu, yani irtifak hakkının kurulduğu tarihteki faydadan hiçbir şey eksilmediği gibi bu hakka ihtiyacın ve beklenen faydanın artarak devam ettiğinin kabulü gerekir... Bu nedenlerle; irtifak hakkının kurulduğu tarihten bugüne kadar devam eden hak ve yükümlülükler arasındaki dengenin yüklü taşınmaz aleyhine bozulduğundan da söz edilemez.... Mahkemece, irtifak kuruluşundaki yararın devam ettiği anlaşıldığından davanın reddi gerekir...” (<http://www.kazanci.com>)

değer bir biçimde artmış; yüklü taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibi arasında irtifak sözleşmesinin kurulması anında mevcut olan menfaat dengesi önemli ölçüde bozulmuştur. Zira hayvan otlatma irtifakının kurulduğu sırada, imar yasağı nedeniyle üzerinde bina inşa edemeyeceği bir taşınmazda hayvanların otlatılmasına katlanması, yüklü taşınmaz maliki açısından ciddi bir yük oluşturmuyorken; taşınmaz hakkında imar izninin verilmesinden sonra, salt hayvan otlatma irtifakının varlığı nedeniyle, üstelik de ticaret sahası olarak kararlaştırılan bir yerde bulunan taşınmazı üzerinde inşaat yapamaması, onu ekonomik olarak katlanması çok ağır bir yük altında bırakmaktadır.

Görüldüğü üzere, imar izninin verilmesi, irtifak hakkı sahibinin menfaati bakımından herhangi bir eksilme meydana getirmemiş olsa da; yüklü taşınmaz malikinin katlandığı yük, iznin verilmesiyle birlikte, irtifak hakkı sahibinin sabit kalan menfaati karşısında olağanüstü bir şekilde artmıştır. İşte bu nedenle, ilk değerlendirmeden farklı olarak MK m. 785/f. 2 hükmünde öngörülen “*irtifak hakkının yüküne oranla çok az yarar sağlaması*” koşulunun gerçekleştiği kabul edilmeli ve irtifak hakkının kısmen veya tamamen terkinine karar verilebilmelidir<sup>33</sup>.

Konuyla ilgili olarak, yüklü taşınmaz malikinin MK m. 785/f. 2 hükmünde öngörülen irtifak hakkının bedel karşılığında terkinini istemek yerine MK m. 791 hükmüne dayanarak, irtifakın yerinin değiştirilmesi (örneğin otlatma irtifakının, yüklü taşınmazdaki, üzerinde inşaat yapılması mümkün olmayan bataklıkta hemen yan kısmındaki çayırık alana nakledilmesi) talebinde bulunabileceğini de ifade etmek gerekir<sup>34</sup>. Fakat onun bu talepte bulunabilmesi için, irtifak hakkı sahibinin yer değişikliği nedeniyle uğradığı zararı da MK m. 785/f. 2 hükmü gereği ayrıca tazmin etmesi gerekecektir<sup>35</sup>.

Bilindiği gibi, MK m. 785/f. 2 hükmünde zikredilen “bedel”in belirlenmesinde, irtifak hakkının kısmen veya tamamen terkinini dikkate alınmaktadır. Burada ise irtifak hakkı sahibinin hakkı kısmen veya tamamen terkin edilmemekte; yalnızca bunun bir

<sup>33</sup> “... Genel yola bağlantısı bulunmayan taşınmazlar için, yol ihtiyacını karşılamak amacıyla kurulan geçit hakkı, bu ihtiyacın sona ermesi ile birlikte ya da yüküne oranla çok az yarar sağladığı kanıtlandığı takdirde hukuksal temelini de kaybedeceğinden, böyle bir durumda yükümlü taşınmazın maliki de bedel karşılığında taşınmazı üzerinde kurulan geçit hakkının kaldırılmasını isteyebilir... Davaya konu 1357 sayılı parsel üzerinde davacı şirket inşaatı yapıp tamamlamış ve ayrıca geçit güzergahı yönünde bir havuz inşa etmiştir. Davacı, geçit nedeni ile havuzun site sakinleri tarafından kullanılmasının zorlaştığını ve bu parseldeki bağımsız bölümlerin değerinin düştüğünü ileri sürmektedir. Gerçekten de 1357 parseldeki binalarda oturanların geçit nedeni ile zarar gördükleri anlaşıldığından 1358 parsel sayılı taşınmazın geçit ihtiyacının başkaca güzergahlardan karşılanması mümkündür. Bu durumda... 1358 sayılı parsel lehine görünen geçit irtifakının bedeli mahkemece tespit ettirilerek, belirlenen bedelin davacı tarafça lehine geçit irtifakı tesis edilen 1358 parsel sayılı taşınmazın son maliki S. 'a ödenmek üzere depo ettirildikten sonra kaldırılmasına karar verilmesi gerekir...” Bkz. Yarg. 14. HD, 12.2.2013 tarih ve 510/2014 sayılı kararı. (<http://www.kazanci.com>)

<sup>34</sup> Argül, 1805-1806; Leemann, Art. 742, No: 17; Liver, Art. 742, No: 73; Art. 736, No: 184. Burada, irtifakın nakledileceği yerin, irtifak hakkı sahibi açısından önceki yere nazaran nisbeten daha az elverişli bir yer olabileceği yönünde bkz. Piotet, 110.

<sup>35</sup> Carl Albert Wieland, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV, Das Sachenrecht, (1909), Art. 742, No: 5; Liver, Art. 742, No: 73; Argül, 1805-1806; Leemann, Art. 742, No: 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemiş, 820. Yaya olarak geçilmesi amacıyla kurulan geçit irtifakının nakledileceği yeni yolun eski yoldan 17 metre daha uzun olmasının ve hak sahibinin aleyhine dik bir açı oluşturmasının, irtifak hakkı sahibine ek bir tazminat hakkı vereceği yönünde bkz. 25.12.1958, H. P. contre R. S., la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois -ZBGR 1959 p. 290. (Besson, 279'dan naklen).

başka yerde kullanılması söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan, irtifak hakkı sahibine ödenecek bedel de buna göre hesaplanmalıdır.

Kanımızca, irtifak hakkının başka yere nakli ile birlikte şayet irtifak hakkı sahibinin menfaatinde herhangi bir kayıp söz konusu olmayacaksa, yüklü taşınmaz maliki MK m. 791 gereği yer değişikliğine ilişkin giderlere katlanmakla sınırlı olarak sorumlu olmalı; eğer irtifak hakkı sahibi nakil nedeniyle menfaat kaybına da uğrayacak ise, bu takdirde nakil masrafları dışında, menfaat kaybını karşılayan bir tazminat da ödemekle sorumlu tutulmalıdır. Diğer taraftan, irtifak hakkı sahibinin yer değişikliğinde hiçbir menfaati bulunmuyorsa (örneğin teklif edilen yeni yer çorak bir toprakla kaplı olup, üzerinde hayvanların otlayabileceği bir alan mevcut değilse) yüklü taşınmaz maliki onu yer değişikliğine zorlayamaz<sup>36</sup>. Bu durumda ancak -MK m. 785/f. 2’de öngörülen koşulların varlığı hâlinde- irtifak hakkının bedel karşılığında terkini istenebilir<sup>37</sup>.

### III. Yer Değişikliğine İlişkin Genel Esaslar

#### A. Yer Değişikliği Kavramı

##### 1. Yüklü Taşınmazın Başka Bir Yerine Nakil

MK m. 791 hükmünün uygulanmasında, irtifakın yerinin değiştirilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi ayrı bir önem taşır. İrtifak hakkının ilişkin olduğu yerin değiştirilmesi, kural olarak, irtifakın yüklü taşınmaz üzerinde fiilen kullanılmakta olduğu yerin, aynı taşınmazın başka bir kısmına nakledilmesini ifade eder. Zaten kanunkoyucu MK m. 791/f. 1 hükmünde, irtifakın yerinin değiştirilmesi için gerekli koşullara sahip olan yüklü taşınmaz malikinin, irtifakın “*taşınmazın başka bir yerine naklini*” isteyebileceğini ifade etmektedir. Bu durumda, yer değişikliğinin, kural olarak yüklü taşınmazın sınırları içinde kalmak suretiyle gerçekleştirildiği söylenebilir<sup>38</sup>.

##### 2. Yüklü Taşınmaz Malikinin Başka Bir Taşınmazına Nakil

Yer değişikliğinin muhakkak surette yüklü taşınmazın sınırları içerisinde gerçekleşmesi gerekmez. Şayet irtifak hakkı sahibi, yüklü taşınmaz üzerinde kurulmuş olan irtifak hakkından sağladığı menfaati, yüklü taşınmaz malikinin bir başka taşınmazı üzerinde de elde etmeye devam edebilecekse; irtifak hakkı, üzerinde kurulmuş olduğu taşınmazdan, yüklü taşınmaz malikinin diğer bir taşınmazına da nakledilebilir<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Tek, 274.

<sup>37</sup> Christina Schmid-Tschirren, *Kurzkommentar ZGB* (Hrsg: Büchler, Andrea / Jakob, Dominique), (Helbing Lichtenhahn 2012), Art. 742, No: 5; Pellascio, Art. 742, No: 14; Petitpierre, Art. 736, No: 22; Tek, 274.

<sup>38</sup> Steinauer, 459; Argul, 1806.

<sup>39</sup> Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, (Yetkin 2018), 537; Gürsoy/Eren/Cansel, 858; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 822; Akipek/Akintürk/Ateş, 660; Esener/Güven, 399. İsviçre hukukunda bkz. Pascal Simonius/Thomas Sutter, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, Bd. II, *Die beschränkten dinglichen Rechte*, (Helbing Lichtenhahn 1990), 74; Piotet, 110; Leemann, Art. 742, No: 10; Liver, Art. 742, No: 37; Göksu, Art. 742, No: 7; Wieland, Art. 742, No: 3. Ayrıca bkz. ATF 88 II 150.

Taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibi arasındaki hukukî ilişkide, malikin menfaatlerinin zarar görmemesini amaçlayan ve irtifak hakkının yüklü taşınmaz malikine en az zarar verecek şekilde kullanılması gerektiğini ortaya koyan “*civiliter uti*” kuralı da, evvelce tesis edilmiş olan irtifakın, yüklü taşınmaz malikinin menfaati gereği onun başka bir taşınmazına nakledilebileceğine gerekçe olarak gösterilmektedir. Dolayısıyla, irtifak hakkı sahibinin haklı bir sebep öne sürmeksizin, irtifakın, yüklü taşınmaz malikine ait olan diğer bir taşınmazı üzerine aktarılmasına itiraz etmesinin hem “*civiliter uti*” kuralına hem de MK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil edeceği savunulmaktadır<sup>40</sup>.

Ancak bu konuda MK m. 791 hükmünün uygulama koşullarından birini oluşturan, yer değişikliğinin irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını güçleştirmemesi yönündeki şartın da göz ardı edilmemesi gerekir. Şayet irtifakın yüklü taşınmaz malikine ait olan diğer bir taşınmaz üzerine nakledilmesi, irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını güçleştiriyor ise, o, bu değişikliğe katlanmaya zorlanamamalıdır<sup>41</sup>. İrtifakın nakledilmek istendiği yeni taşınmaz üzerinde bu irtifakın kullanılmasını engelleyecek ya da güçleştirecek başka irtifakların veya tapuya şerh edilmek suretiyle etkisi kuvvetlendirilmiş olan nisbî hakların bulunması, bu duruma örnek gösterilebilir<sup>42</sup>. Keza irtifakın nakledileceği taşınmaz üzerinde önde gelen rehin haklarının varlığı da, irtifak hakkı sahibi açısından olumsuz bir sonuç yaratabilir<sup>43</sup>.

Öte yandan İsviçre hukukunda, irtifak hakkının, yüklü taşınmazın yalnız belli bir kısmında değil de, -mesela inşaat yapmama irtifakında olduğu gibi- yüklü taşınmazın tamamı üzerinde kullanıldığı hâllerde dahi, MK m. 791 hükmünün kıyas yoluyla uygulanabileceği ve böylelikle taşınmazın bütünü üzerinde kullanılmakta olan irtifakın, yüklü taşınmaz malikinin başka bir taşınmazına nakledilebileceği savunulmaktadır<sup>44</sup>. Buna gerekçe olarak ise, MK m. 791 hükmünün emredici bir düzenleme olmadığı ve bu nedenle, söz konusu hükmün geniş yorumlanması ve uygulanması gerektiği gösterilmektedir<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Bkz. Liver, Art. 742, No: 37; Piotet, 110; Leemann, Art. 742, No: 10; Wieland, Art. 742, No: 3; Steinauer, 459; Simonius/Sutter, 74; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 822.

<sup>41</sup> Liver, Art. 742, No: 43; Leemann, Art. 742, No: 11; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 822.

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. ATF 88 II 150. İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bu kararda, MK m. 791’in *ratio legis*’inden hareket ederek, hükmün kıyas yoluyla, yüklü taşınmazın sınırları dışında kalmakla birlikte yüklü taşınmaz malikine ait olan diğer bir taşınmaza nakil söz konusu olduğunda da uygulanabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, geçit irtifakının yüklü taşınmazdaki yerinin değiştirilmesi yerine, irtifakın yüklü taşınmaza sınır bakımından bitişik olan ve yine yüklü taşınmaz malikine ait olan bir başka taşınmaz üzerinde kurulabileceğini belirtmiştir. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için, irtifak hakkının varlığının, nakledileceği diğer taşınmaz üzerinde daha önceden tesis edilmiş olan sınırlı aynı hakların ya da şerh ile etkisi kuvvetlendirilmiş nisbî hakların mevcudiyeti nedeniyle tehlikeye düşmeyecek olması gerektiğinin de altını çizmiştir.

<sup>43</sup> Besson, 282; Piotet, 110; Göksu, Art. 742, No: 7; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 822. Bilindiği gibi, Medenî Kanuna göre sıra bakımından önde gelen sınırlı aynı hak sahibi, kendi hakkı ile bağdaşmayan ve kendisinden sonra gelen sıradaki sınırlı aynı hakların terkin edilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu çerçevede MK m. 869/f. 2/c. 2’ye göre, sonradan kurulan ve rehlin paraya çevrilmesi sırasında daha eski tarihli rehinli alacaklılara zarar veren irtifaklar ve taşınmaz yükleri terkin edilecektir. Bu konuda ayrıca bkz. Sirmen, 516.

<sup>44</sup> Argul, 1805; Pellascio, Art. 742, No: 5; Leemann, Art. 742, No: 3.

<sup>45</sup> Bkz. Argul, 1805. Ayrıca bkz. ATF 88 II 150; TF 5C.275/2000; TF 5C.91/2004.

### 3. Üçüncü Bir Kişinin Taşınmazına Nakil

Yer değişikliği konusunda yanıt aranması gereken bir diğer soru da irtifakın nakledileceği taşınmazın, mutlaka yüklü taşınmazın malikine mi ait olması gerektiği ile ilgilidir.

Bu konuda bir görüş, yüklü taşınmaz malikinin, irtifak hakkı sahibini, hakkını başkasına ait olan bir taşınmazda kullanma konusunda zorlayamayacağını, dolayısıyla yer değişikliğinin yüklü taşınmaz malikine ait olan taşınmazlar ile sınırlı olarak gerçekleşebileceğini savunmaktadır<sup>46</sup>.

Buna karşılık bir diğer görüş ise, yer değişikliğinin yüklü taşınmaz maliki dışında bir üçüncü kişinin taşınmazı üzerinde de gerçekleşebileceğini ileri sürmektedir<sup>47</sup>. Ancak bunun söz konusu olabilmesi için, taşınmazın sahibi olan üçüncü kişinin rızası şarttır<sup>48</sup>. MK m. 791’de öngörülen koşulların gerçekleşmesi ile birlikte yüklü taşınmaz malikinin, kendi taşınmazı üzerindeki irtifakın, bir başka kişinin taşınmazına nakledilmesi konusunda bu kişiyle anlaşması mümkündür. Şayet irtifakın nakli, irtifak hakkı sahibi açısından herhangi bir menfaat kaybına yol açmıyorsa, nakle itiraz eden irtifak hakkı sahibinin bu davranışı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılabilir. Bu durum karşısında kendisine başvurulmuş mahkeme, irtifakın üçüncü kişinin taşınmazına nakledilmesine karar verebilecektir<sup>49</sup>.

Kanımızca da, MK m. 791’de öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda, irtifakın üçüncü bir kişinin taşınmazına nakledilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu konuda karar verilirken, üçüncü kişinin taşınmazına yapılan naklin, yüklü taşınmazın başka bir kısmında ya da yüklü taşınmaz malikinin başka bir taşınmazında gerçekleşen yer değişikliklerinden daha farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerekir. Zira bu ihtimallerde, irtifak hakkı sahibinin, yer değişikliği nedeniyle ufak tefek menfaat kayıplarına uğrasa dahi, yüklü taşınmaz malikinin elde edeceği menfaatin büyüklüğü karşısında, bu değişikliğe rıza göstermek zorunda olduğu kabul edilmektedir. Yer değişikliğinin, irtifak sözleşmesinin taraflarına yabancı bir üçüncü kişinin taşınmazı üzerinde etki doğuracak şekilde gerçekleşmesi durumunda ise, irtifak hakkı sahibinin nakil neticesinde en ufak bir menfaat kaybı yaşamayacağını mahkeme tarafından çok sıkı bir biçimde, titizlikle denetlenmesi gerekir<sup>50</sup>. Yer değişikliğinin irtifak hakkı sahibinin yararına sonuç doğuracağına ya da en azından irtifak hakkı sahibinin nakil nedeniyle herhangi

<sup>46</sup> Esener/Güven, 399; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 822.

<sup>47</sup> Liver, Art. 742, No: 44; Piotet, 110; Argul, 1807; Besson, 282.

<sup>48</sup> Bu konuda bkz. TF 5C.199/2002.

<sup>49</sup> Liver, Art. 742, No: 45; Gürsoy/Eren/Cansel, 859.

<sup>50</sup> Örneğin, yüklü taşınmaz üzerinde spor yapma konusunda irtifak hakkına sahip olan kişi, üçüncü kişiye ait olan taşınmaz üzerinde çok daha geniş bir alanda spor yapma imkânına kavuşacak olsa da; eğer hâlihazırda irtifakın kullanılmakta olduğu yüklü taşınmaza göre üçüncü kişinin taşınmazına ulaşım konusunda büyük bir zorluk yaşayacak ise yer değişikliğine zorlanamamalıdır.

bir menfaat kaybına uğramayacağına kanaat getirmesi hâlinde, mahkeme, irtifakın üçüncü kişinin taşınmazına aktarılmasına karar verebilmelidir.

## B. Yer Değişikliği Talebinde Bulunabilecek Kişi

İrtifak hakkının ilişkin olduğu yerin değiştirilmesi yönündeki talebin kim tarafından ileri sürülebileceği de konumuzla ilgili olarak yanıtlanması gereken sorulardan birini oluşturmaktadır. MK m. 791 hükmünün lafzına bakıldığında, yer değişikliği talebinin yüklü taşınmaz maliki tarafından ileri sürülebileceği hususu “*bu taşınmazın maliki ... naklini isteyebilir*” şeklindeki ifade ile açıkça ortaya konulmuştur (f. 1). Söz konusu hükümde, irtifakın yerinin değiştirilmesi konusunda yüklü taşınmaz maliki gibi, irtifak hakkı sahibinin de talepte bulunabileceği yönünde herhangi bir ifade bulunmamaktadır.

Buradan hareket eden bir görüş, kanunkoyucunun, yer değişikliği talebinde bulunma yetkisini irtifak hakkı sahibinden özellikle esirgediğini ve irtifak hakkı sahibinin, menfaati ne kadar büyük olursa olsun, irtifakın yerinin değiştirilmesi talebinde bulunamayacağını savunmaktadır<sup>51</sup>. Söz konusu görüşe göre bu yetki, malikin taşınmazını en elverişli şekilde kullanabilme, taşınmazından en etkin biçimde yararlanabilme hakkından kaynaklandığı için, yalnızca yüklü taşınmaz malikine ait olabilir<sup>52</sup>.

Bununla birlikte bizim de katıldığımız diğer bir görüş, irtifak hakkı sahibinin de irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesine ilişkin talepte bulunabileceğini ileri sürmektedir<sup>53</sup>. Bunun tek şartı ise, irtifak hakkı sahibinin irtifakın yerinin değiştirilmesinde menfaatinin bulunması ve yüklü taşınmaz malikin bu değişiklikten zarar görmeyecek olmasıdır<sup>54</sup>. Bu görüşü savunanlardan bazıları buna gerekçe olarak, konu hakkında İtalyan Medenî Kanununda yer alan özel düzenlemeyi göstermektedir<sup>55</sup>. İtalyan Medenî Kanunu m. 1068 hükmü, irtifakın yerinin değiştirilmesine ilişkin talebin kural olarak yüklü taşınmaz maliki tarafından ileri sürülebileceğini (f. 2) öngörmekle birlikte; irtifaktan yararlanan taşınmaz malikin (irtifak hakkı sahibinin) de, kendisi açısından kayda değer bir menfaat sağlayacağını ve yüklü taşınmaz malikine zarar vermeyeceğini ispat etmek koşuluyla irtifakın yerinin değiştirilmesini talep edebileceğini ortaya koymaktadır (f. 3)<sup>56</sup>. Özellikle irtifak hakkının, yüklü taşınmazın bir başka kısmında kullanılmasına haklı bir gerekçesi bulunmamasına rağmen izin vermemekte ısrar eden yüklü taşınmaz

<sup>51</sup> Leemann, Art. 742, No: 16; Wieland, Art. 742, No: 1; Ertaş, 503; Aybay/Hatemi, 260-261; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 821; Akipek/Akıntürk/Ateş, 659.

<sup>52</sup> Aybay/Hatemi, 260-261.

<sup>53</sup> Liver, Art. 742, No: 28; Argul, 1805; Piotet, 109; Pellascio, Art. 742, No: 4; Göksu, Art. 742, No: 6; Esener/Güven, 400.

<sup>54</sup> Piotet, 109; Argul, 1805; Liver, Art. 742, No: 28; Schmid-Tschirren, Art. 742, No: 4; Gürsoy/Eren/Cansel, 860.

<sup>55</sup> Liver, Art. 742, No: 28; Gürsoy/Eren/Cansel, 860.

<sup>56</sup> İtalyan Medenî Kanunu m. 1068/f. 3 hükmünün orijinal metni şu şekildedir: “*Il cambiamento di luogo per l'esercizio della servitù si può del pari concedere su istanza (Cod. Proc. Civ. 163) del proprietario del fondo dominante, se questi prova che il cambiamento riesce per lui di notevole vantaggio e non reca danno al fondo servente*”.



malikinin bu davranışının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde sayılacağı<sup>57</sup> ve bu hâllerde, irtifak hakkı sahibinin de MK m. 791’de sayılan koşulların varlığı hâlinde yer değişikliği talebinde bulunabileceği savunulmaktadır<sup>58</sup>.

Bu yetkinin irtifak hakkı sahibine de tanınması gerektiği savının diğer bir gerekçesini ise MK m. 791 hükmünün amacı ortaya koymaktadır<sup>59</sup>. Nitekim söz konusu düzenlemenin amacı, taraflar arasında gerçekleştirilmiş olan irtifak sözleşmesindeki dengenin, sonradan ortaya çıkan haklı bir sebebin varlığı nedeniyle bozulması karşısında, bu sözleşmenin şartlarında değişikliğe gitmek suretiyle taraflar arasındaki hukukî ilişkinin varlığını sağlıklı bir biçimde sürdürmesine olanak sağlamaktır. Sonradan ortaya çıkan haklı sebep, yüklü taşınmaz malikinin ihtiyaçlarındaki değişikliklerden kaynaklanabileceği gibi; pekâlâ hukukî ilişkinin diğer tarafını oluşturan irtifak hakkı sahibinin gereksinimlerinden de ileri gelebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, taraflar arasında bozulmuş olan menfaat dengesinin, hukukî ilişkinin revizyonu neticesinde yeniden sağlanmasıdır. Öte yandan, MK m. 791 hükmünün emredici nitelikte bir düzenleme olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, irtifakın yerinin değiştirilmesi yönündeki talebin her iki tarafça da ileri sürülebileceği sonucuna varılması gerekir<sup>60</sup>.

Hemen belirtelim ki, irtifak hakkı sahibinin yer değişikliği talebinde bulunması da belli koşullara bağlanmıştır; bu yetki irtifak hakkı sahibi tarafından sınırsız bir biçimde kullanılamaz. Bu hususta MK m. 788 hükmü ayrı bir önem taşımaktadır. Buna göre, “*Yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarındaki değişiklik, yüklü taşınmazın irtifaktan doğan yükünü ağırlaştırmaz*”. Görüldüğü gibi, yüklü taşınmaz malikinin irtifaktan kaynaklanan yükünü ağırlaştırmama, diğer bir ifadeyle yüklü taşınmaz malikinin menfaatlerine zarar vermeme, bu yetkinin kullanılması bakımından önemli bir sınır teşkil etmektedir.

Diğer taraftan, irtifak hakkı sahibinin yer değişikliği talebinde bulunabilmesi için MK m. 791’deki şartların gerçekleşmesi gerektiği konusunda da tereddüt etmemek gerekir<sup>61</sup>. Bu koşullar, irtifak hakkının yüklü taşınmazın yalnız belli bir kısmının kullanılması koşuluyla kurulmuş olması; irtifak hakkı sahibinin yer değişikliği konusunda önemli bir menfaatinin bulunduğunu kanıtlaması ve yer değişikliğinin yüklü taşınmaz malikinin zararına bir sonuç doğurmaması olarak sıralanabilir<sup>62</sup>. MK

<sup>57</sup> Bu konuda bkz. Yarg. 14. HD, 26.6.2007 tarih ve 6715/8327 sayılı kararı.

<sup>58</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 821.

<sup>59</sup> Esener/Güven, 400.

<sup>60</sup> Esener/Güven, 400-401.

<sup>61</sup> Liver, Art. 742, No: 30.

<sup>62</sup> Şayet irtifakın yerinin değiştirilmesi talebi, irtifak hakkı sahibi tarafından ileri sürülecek ise, MK m. 791 hükmünde öngörülen koşulları bu duruma uyarlamak gerekir. Bu doğrultuda, yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliği hususundaki menfaatini ispat etmesi gerektiği yönündeki koşul, irtifak hakkı sahibinin yer değişikliği hususundaki menfaatini ispat etmesi gerektiği şeklinde; yer değişikliğinin irtifak hakkı sahibinin hakkını kullanmasını güçleştirmemesi gerektiği yönündeki koşul ise, yer değişikliğinin yüklü taşınmaz malikinin bu değişiklikten zarar görmemesi gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır.

m. 791 hükmünde öngörülen bu koşullarla ilgili olarak bir hususun altının çizilmesi şarttır: Şayet irtifakın kullanılmakta olduğu yerin değiştirilmesi talebinde bulunan taraf irtifak hakkı sahibi ise, yer değişikliğine ilişkin giderlere katlanması gereken taraf da yüklü taşınmaz maliki değil; yer değişikliği talebinde bulunan irtifak hakkı sahibi olmalıdır<sup>63</sup>. Zira değişiklikten menfaat elde edecek olan tarafın, bunun külfetine de katlanması icap eder<sup>64</sup>.

### C. Yer Değişikliği Talebinden Önceden Vazgeçilmesi ve Yer Değişikliği Dışındaki Diğer Talepler

Yüklü taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibinin, önceden, irtifakın yerinin değiştirilmesi talebini bertaraf etmeye yönelik bir anlaşma yapıp yapamayacakları da tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır. Hemen belirtelim ki, Medenî Kanunda bu soruya yanıt olarak gösterilebilecek herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

Mesele hakkında ortaya atılan görüşlerden biri, yüklü taşınmaz malikine irtifakın kullanılmakta olduğu yerin değiştirilmesi talebinde bulunma yetkisini veren MK m. 791 hükmünün kamu düzeninden kaynaklandığını ileri sürerek; bunun, emredici nitelikte bir düzenleme olduğunu savunmaktadır<sup>65</sup>. Söz konusu görüş buna gerekçe olarak MK m. 791'in, yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını, kanunda öngörülme-yen tarzdaki aşırı sınırlamalara tâbi olmadan kullanabilmesinin ve bu haktan ekonomik amacına uygun olarak yararlanabilmesinin teminatı niteliğinde olduğunu göstermektedir. Öte yandan, yüklü taşınmaz maliki yer değişikliği talebini, irtifakın yeri tapuda açıkça gösterilmiş olsa bile ileri sürebildiğine göre, hükmün emredici olduğunu kabul etmek gerekir<sup>66</sup>. Bu görüşe göre irtifak sözleşmesinin taraflarının, irtifakın yerinin değiştirilmesi talebinin bertarafına yönelik bir anlaşma yapmaları mümkün değildir. Şayet taraflar bu yönde bir anlaşma yaparlarsa; bu, TBK m. 27 hükmü gereği kesin hükümsüz sayılmalıdır.

MK m. 791 hükmünün emredici nitelikte bir düzenleme olmadığını savunan diğer bir görüş ise, yüklü taşınmaz malikinin, MK m. 791 ile kendisine verilen bu hakkı kullanmaktan önceden vazgeçebileceğini veya hakkın sağladığı yetkilerin kapsamını sınırlandırabileceğini öne sürmektedir<sup>67</sup>. Hattâ hüküm emredici niteliğe sahip olmadığından, tarafların yer değişikliği konusundaki talep yetkisini yalnızca irtifak hakkı sahibine vermeleri de mümkündür<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Argul, 1805; Liver, Art. 742, No: 30; Piotet, 109.

<sup>64</sup> Esener/Güven, 401.

<sup>65</sup> Petitpierre, Art. 742, No: 16; Leemann, Art. 742, No: 15; Wieland, Art. 742, No: 6; Köprülü/Kaneti, 86.

<sup>66</sup> Leemann, Art. 742, No: 1.

<sup>67</sup> Bkz. Argul, 1805; Liver, Art. 742, No: 14-20; Piotet, 108; Esener/Güven, 400; Tek, 274, dn. 554.

<sup>68</sup> Esener/Güven, 400.

Kanımızca da, ilk görüş taraftarlarınca sunulan gerekçeler, yer değişikliği talebinden önceden vazgeçilemeyeceği yönünde, hükmün amacından uzak bir neticeye varılmasına imkân vermemektedir. Aynî haklar söz konusu olduğunda, irade serbesti ilkesinin, sözleşmeler hukuku alanından farklı olarak geniş bir yere sahip olmadığı argümanı doğru olabilir; bununla birlikte böyle bir kabul, aynî hak sahibinin, hakkın kullanımı ile doğrudan bağlantısı bulunan bir talepten feragat edemeyeceği veya bu konu ile ilgili bir anlaşma yapamayacağı yönünde bir yorumda bulunulmasına cevaz vermez. Kanunkoyucunun Medenî Kanun içerisinde feragat yasağını öngören hükümler vasıtasıyla hak sahiplerinin haklarından önceden feragat ettikleri anlaşmaların geçersiz sayılacağını açıkça düzenlemeye ihtiyaç duymuş olması<sup>69</sup>; buna karşılık MK m. 791’de feragat yasağı ile ilişkilendirilebilecek herhangi bir ifadeye yer vermemiş olması da, bizi, yer değişikliği talebinden önceden vazgeçilebileceği yönünde bir sonuca yaklaştırmaktadır. Nitekim yer değişikliği talebinin hukukî işlemle bertaraf edilemeyeceği veya sınırlandırılmayacağı hususunu BGB § 1023 (II) hükmü vasıtasıyla açıkça düzenleme yoluna giden Alman kanunkoyucusunun<sup>70</sup> aksine, Türk kanunkoyucusu bu konuda bir sınırlama öngörmüş değildir.

Konu ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir başka nokta ise, MK m. 791’de öngörülen koşullarla karşı karşıya kalan yüklü taşınmaz malikinin, irtifak hakkının kullanılmakta olduğu yerin değiştirilmesi dışında başka taleplerde bulunup bulunamayacağı hakkındadır. Bu husustaki genel kanı, söz konusu madde kapsamında irtifakın fiilen kullanılmakta olduğu yerin değiştirilmesini talep etme yetkisine sahip olan yüklü taşınmaz malikinin, evleviyet gereği bundan daha hafif nitelikteki tedbirleri alma konusunda irtifak hakkı sahibini zorlayabileceği yönündedir<sup>71</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında, arazisi üzerinde mecra irtifakı tesis edilmiş olan ve mecranın bulunduğu yerde bina inşa etmek isteyen yüklü taşınmaz malikinin, irtifakın yerinin değiştirilmesi talebinde bulunmak yerine; bundan daha hafif nitelikte bir istem olarak, binanın inşası sırasında su mecrasının zarar görmeden muhafaza edilebilmesi için alınması gereken tedbirlerle ilişkin masrafların tamamının ya da belli bir kısmının irtifak hakkı sahibi tarafından ödenmesini talep edebileceğine hükmetmiştir<sup>72</sup>.

Bununla birlikte MK m. 791 hükmünün, irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesi ihtiyacını karşılamaya yönelik bir düzenleme olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan, yüklü taşınmaz maliki bu hükümde öngörülmüş olan koşulların varlığından hareket ederek irtifak hakkı sahibinden irtifakın kapsam ve niteliğinin

<sup>69</sup> Bu hükümlerden biri de, MK m. 893/f. 2’dir. Tescile tâbi olan kanunî ipotek haklarını düzenleyen hüküm, alacaklıların, kanun tarafından kendilerine tanınan bu haklardan önceden feragat etmelerinin geçerli olmayacağını açıkça öngörmüştür.

<sup>70</sup> BGB § 1023 (II): „Das Recht auf die Verlegung kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden“.

<sup>71</sup> Argul, 1807; Steinauer, 459.

<sup>72</sup> Bkz. ATF 71 II 27.

değiştirilmesini talep edemez<sup>73</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, bu konuda verdiği bir kararda, geçit irtifakı ile yüklü olan bir taşınmazı satın alan ve geçidin bulunduğu yer üzerinde yeni binalar inşa etmek isteyen (yeni) malikin, MK m. 791 hükmünden yararlanarak, arsa üzerinde arabaların geçmesine yönelik olarak kurulmuş olan geçit irtifakının, bundan sonra yalnızca yayaların geçebileceği şekilde kullanılması talebinde bulunamayacağına hükmetmiştir<sup>74</sup>.

#### D. Özel Olarak: Mecralarda Yer Değişikliği

MK m. 791 hükmü, mecraların yerinin değiştirilmesi konusunda özel bir düzenleme ortaya koymaktadır. Maddenin son fıkrası, mecraların bir yerden başka bir yere naklinde komşuluk hukuku kurallarının da göz önünde tutulması gerektiği hususunu düzenlemektedir.

Bilindiği gibi kanunda bir tanımı yapılmamış olan mecra; su, gaz, elektrik ve benzeri türden akıcı şey ve maddelerin bir yerden başka bir yere nakledilmesi amacıyla yapılan tesisat şeklinde açıklanmaktadır<sup>75</sup>. MK m. 744 hükmünde mecra olarak, su yolu, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait olan borular ile elektrik hat ve kablolarından bahsedilmiştir.

İrtifak hakkının ilişkin olduğu yerin değiştirilmesi hususunu düzenleyen MK m. 791 hükmü, üçüncü fıkrasında, yer değişikliğinin bir mecra ile ilgili olarak gerçekleşmesi hâlinde komşuluk hukuku kurallarının uygulanacağını belirtmektedir. Komşuluk nedeniyle ortaya çıkan karşılıklı ilişkide, komşuların birbirine yardım etme yükümlülüğünün bir uzantısı da, Medenî Kanunun 744 ile 746'ncı maddeleri arasında düzenlenmiş olan ve taşınmaz maliklerinin kendi arazilerinin altından veya üstünden mecra geçirilmesine katlanmak mecburiyetinde olduklarını ortaya koyan zorunlu mecra hakkıdır<sup>76</sup>.

Kanunkoyucu, zorunlu mecra hakkı ile ilgili olarak, irtifak hakkının kurulmasından sonra durumun değişmesi hâlinde yüklü taşınmaz malikinin, mecra hakkı sahibinden mecranın yerinin değiştirilmesini talep edebileceğini belirtmektedir (MK m. 746/f. 1). İşte MK m. 791/f. 3 hükmünde, mecraların bir yerden başka bir yere nakli söz konusu olduğunda uygulanması gerektiği ifade edilen, diğer bir deyişle kendisine

<sup>73</sup> Pellascio, Art. 742, No: 12; Steinauer, 459; Argul, 1807; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 820.

<sup>74</sup> Bkz. ATF 73 II 27.

<sup>75</sup> Bu konuda bkz. Cumhuriyet Özakman, *Türk Hukukunda Mecra İrtifakları*, (1978), 3; Halûk Tandoğan, 'Türk Hukukunda Mecralar', *AHFD*, C. IX, S. 3-4, 1952, 142 vd.; Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV/1/2, Grundeigentum I, (1965), Art. 676, No: 8; Robert Haab, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV/1, Das Eigentum, (1977), Art. 676, No: 1; Wieland, Art. 676, No: 6; Sirmen, 397; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 508-509; Ertas, 378; Akipek/Akintürk/Ateş, 540 vd.; Gürsoy/Eren/Cansel, 627; Esener/Güven, 266.

<sup>76</sup> MK m. 744 hükmü konu ile ilgili olarak, her taşınmaz malikinin, uğrayacağı zararın tamamının önceden ödenmesi koşuluyla, su yolu, kurutma kanalı, gaz ve benzerlerine ait boruların, elektrik hat ve kablolarının, başka yerden geçirilmesi olanaksız veya aşırı ölçüde masraflı olması durumunda, kendi arazisinin altından veya üstünden geçirilmesine katlanmakla yükümlü olduğunu belirtmektedir (f. 1).

yollama yapılan kural da, MK m. 746 hükmü ile ortaya konulan bu düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre:

*“İrtifakın kurulmasından sonra durum değişirse, yüklü taşınmaz maliki, mecranın kendi yararına olarak başka bir yere nakledilmesini isteyebilir*

*Yer değiştirme giderleri, kural olarak mecra hakkı sahibine aittir.*

*Özel durumlar haklı gösterdiği takdirde, taşınmaz maliki de giderlerin uygun bir kısmına katılmakla yükümlü tutulabilir”.*

Dikkat edilecek olursa bu düzenleme, MK m. 791 hükmüne nazaran, yüklü taşınmaz maliki açısından daha avantajlı bir durum yaratmaktadır<sup>77</sup>. Nitekim MK m. 791 hükmünde, irtifakın yerinin değiştirilmesi konusundaki giderleri üstlenmek zorunda bırakılan taraf yüklü taşınmaz maliki iken; MK m. 746 hükmü, yer değiştirme giderlerinin kural olarak mecra yani irtifak hakkı sahibi tarafından ödenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>78</sup>. MK m. 746’ya göre yüklü taşınmaz maliki, hâkim tarafından ancak özel durumlar haklı gösterdiği takdirde giderlerin uygun bir kısmına katılmakla yükümlü tutulabilecektir<sup>79</sup>.

Diğer taraftan MK m. 746 hükmünde, MK m. 791’den farklı olarak yüklü taşınmaz malikinin, irtifakın, taşınmazın başka bir yerine naklini, **ancak “hakkın kullanılmasını güçleştirmemesi koşuluyla”** isteyebileceği hususuna vurgu yapılmamıştır. Dolayısıyla MK m. 746 hükmü, MK m. 791 hükmünden farklı bir biçimde, mecra irtifakından yararlanan kişinin, mecranın öncekine nazaran daha az elverişli bir yere nakline katlanmak zorunda kalabileceğine işaret etmektedir. Fakat kuşkusuz ki, nakil neticesinde mecra irtifakının kullanımından elde edilecek fayda katlanılamayacak ölçüde azalacak ise, mecra hakkı sahibi yer değişikliğine itiraz edebilecektir<sup>80</sup>.

Görüldüğü üzere, yer değişikliğinin bir mecrayı konu alması hâlinde uygulama alanı bulacak olan, MK m. 746 hükmüdür. Bu hususta, mecra irtifakının tarafların anlaşmasından ya da komşuluk hukukundan (kanundan) kaynaklanıyor olması herhangi bir fark yaratmaz. Zira MK m. 791/f. 3 hükmü, MK m. 746’ya atıf yaparken bu konuda bir ayrıma gitmemiştir.

Bu durumun ise, özellikle irtifakın yerinin değiştirilmesine ilişkin masraflara hangi tarafın katlanması gerektiğine verilecek yanıt bakımından hayli tartışmalı bir mesele yarattığı muhakkaktır. Nitekim taşınmaz maliki, arazisi üzerinde mecra hakkı dışında herhangi bir irtifak hakkı tesis ettiğinde, ancak masraflarını kendisi üstlenmek koşuluyla söz konusu irtifakın yerinin değiştirilmesini talep edebilmekte

<sup>77</sup> Steinauer, 235.

<sup>78</sup> Bkz. ATF 97 II 371.

<sup>79</sup> Bkz. Ertaş, 404.

<sup>80</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 823; Gürsoy/Eren/Cansel, 857-858; Köprülü/Kaneti, 61.

iken; taşınmaz üzerinde tesis edilenin bir mecra irtifakı olması hâlinde -ki bu irtifak komşuluk hukukundan kaynaklanmıyor olsa bile- yer değişikliğine ilişkin masrafları (MK m. 791/f. 3'ün yollaması neticesinde uygulanan) MK m. 746 hükmü uyarınca mecra hakkı sahibine yükleyebilmektedir.

İsviçre öğretisinde, bahsettiğimiz bu durumun, iradî olarak kurulan (komşuluk hukukundan kaynaklanmayan) mecra irtifakı ile yine iradî olarak kurulan diğer irtifak hakları arasında sebepsiz bir uygulama farklılığına yol açtığı yönünde ortaya atılan eleştiriler<sup>81</sup> neticesinde İsviçre kanunkoyucusu, ipotekli borç senedi ve aynı haklara ilişkin revizyon kapsamında 11.12.2009 tarihli federal yasa ile, MK m. 791/f. 3 düzenlemesinin karşılığını oluşturan CC 742 III hükmünü yürürlükten kaldırmıştır<sup>82</sup>. Bu atıf maddesinin yürürlükten kalkmasıyla birlikte, MK m. 746'nın karşılığını oluşturan CC 693 hükmü, 1.1.2012 tarihinden itibaren, yalnızca komşuluk hukukundan (kanundan) doğan zorunlu mecra irtifakı hakkında uygulanmaya başlamıştır. Dolayısıyla, mecra irtifakının kaynağını, komşuluk ilişkisini düzenleyen kanun maddeleri oluşturduğu takdirde; bu irtifak hakkı ister taraflarca tapuda yapılan sözleşmeye dayanarak isterse mahkeme kararı neticesinde kurulmuş olsun, uygulanacak olan hüküm CC 693 olacaktır<sup>83</sup>.

Komşuluk hukukundan (kanundan) kaynaklanmayıp, tarafların anlaşması neticesinde kurulan mecra irtifakının yerinin değiştirilmesi söz konusu olduğunda ise CC 742 (MK m. 791) hükmü uygulanacaktır. İsviçre hukukunda bu konu ile ilgili olarak asıl önem arz eden nokta, MK m. 791/f. 3'ün karşılığını oluşturan CC 742 III hükmünün İsviçre Medenî Kanunu'ndan çıkarılması ile birlikte, komşuluk hukukundan kaynaklanmayan mecra irtifakının yerinin değiştirilmesine yönelik giderlere bundan böyle -Türk hukukundan farklı olarak- mecra hakkı sahibinin değil, yüklü taşınmaz malikinin katlanacak olmasıdır<sup>84</sup>.

#### IV. İrtifak Yerinin Değiştirilmesinin Sonuçları

MK m. 791/f. 1 hükmünde belirtilen koşulların gerçekleşmesi ile birlikte yüklü taşınmaz maliki, irtifak hakkı sahibinden irtifakın kullanılmakta olduğu yerin değiştirilmesini talep edebilir. Başka bir anlatımla, söz konusu hükümde öngörülen şartların gerçekleşmiş olması, yüklü taşınmaz malikinin kendiliğinden irtifakın yerini

<sup>81</sup> Bu konudaki eleştiriler için bkz. Petitpierre, Art. 742, No: 3, 11; Liver, Art. 742, No: 89; Simonius/Sutter, 75; Besson, 284. RO 2011 4637; FF 2007 5015.

<sup>82</sup> Argul, 1806.

<sup>84</sup> Steinauer'e göre, yüklü taşınmaz maliki bu nedenle, taşınmazı üzerinde komşuluk hukukundan kaynaklanan bir mecra hakkı tanırken, irtifakı kuran resmî senette mecra hakkının yasal zorunluluk nedeniyle kurulduğunu açıkça belirtmelidir. Bu sayede o, ileride bir yer değişikliği ihtiyacının doğması hâlinde CC 693 (MK m. 746) hükmünden yararlanarak mecranın nakline ilişkin masrafların mecra hakkı sahibi tarafından karşılanmasını talep edebilir. Aksi takdirde, yani mecra hakkını kuran resmî senette bu hususun belirtilmemesi durumunda, söz konusu hak, tamamen tarafların anlaşması neticesinde kurulmuş olduğu, diğer bir ifadeyle komşuluk hukukundan kaynaklanmadığı gerekçesiyle, mecranın yerinin değiştirilmesi konusunda CC 742 (MK m. 791) hükmü uygulanacak ve buna ilişkin giderlere yüklü taşınmaz maliki katlanmak zorunda kalacaktır. Bkz. Steinauer, 235-236; 458.

değiştirebileceği anlamına gelmez<sup>85</sup>. Yüklü taşınmaz malikinin burada yapması gereken, irtifakın başka bir yere nakledilmesi konusunda irtifak hakkı sahibini rıza göstermeye ikna etmek<sup>86</sup>; bunun gerçekleşmemesi durumunda ise yer değişikliği hususunda hâkimin müdahalesini talep etmektir<sup>87</sup>.

Yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliği konusundaki talebinin irtifak hakkı sahibi tarafından kabul edilmesi, çoğu kez irtifak hakkı ile yüklü olan taşınmazın kaydedildiği tapu kütüğünde bir takım değişikliklerin yapılmasını gerektirir. Bu değişiklik kimi zaman taşınmaz üzerindeki irtifakın tapu kütüğündeki tescilini ilgilendirirken, kimi zaman ise irtifak hakkını kurmak üzere tapuda düzenlenmiş olan resmî senetle veya irtifakın fiilen kullanıldığı yeri gösteren plânla alâkalı olabilir. Bu ihtimâlleri ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Bilindiği gibi, irtifakın kullanılacağı yere ilişkin bilgi kural olarak tapu kütüğünde yer almaz<sup>88</sup>. Hakkın varlığı ve kapsamı tapu kütüğünde yalnızca özet olarak ve kısa ifadelerle ortaya konulur. Hakkın ne zaman, nasıl ve nerede kullanılacağı yönündeki ayrıntılara ise tamamlayıcı resmî belgelerde yer verilir. İrtifakın kullanılacağı yerin, çizim olmaksızın yalnızca sözcükler kullanılarak tasvir edilmesi çok güç olduğundan ve böyle bir tasvirin de ihtilaflara yol açması kuvvetle muhtemel olduğundan; irtifakın kullanılacağı yerin belirtilmesi konusunda taşınmaza ait tapu kütüğündeki sayfada, plâna yollama yapmakla yetinilir. Resmî ölçüme dayanılarak oluşturan plândaki çizimler sayesinde irtifak hakkının nerede kullanılacağı hususu kolaylıkla tespit edilebilir.

Bu gibi hâllerde, yani irtifak hakkının taşınmazın hangi kısmında kullanılacağını gösterebilmek için, taşınmazın tapu kütüğündeki sayfasında plâna yollama yapılmış olması durumunda, irtifakın yerinin değiştirilmesi istendiğinde plânın da değiştirilmesi gerekecektir. Bunun neticesinde, taşınmaza ait tapu kütüğünde de bir

<sup>85</sup> Steinauer, 459; Argul, 1806.

<sup>86</sup> Eşyaya bağlı irtifaklarda, yararlanan taşınmaz üzerinde irtifaktan sonra kurulan sınırlı aynı hak veya kişisel hakların sahiplerinin yer değişikliğine rıza göstermeleri gerekmez. Bu nedenle, yararlanan taşınmaz üzerinde irtifaktan sonra tescil edilen rehin hakkı sahiplerinin de irtifakın yerinin değiştirilmesine onay vermeleri kural olarak şart değildir. Bkz. Piotet, 109; Argul, 1806; Pellascio, Art. 742, No: 9; Leemann, Art. 742, No: 7. Buna gerekçe olarak, buradaki değişikliğin yalnızca yer bakımından söz konusu olduğu; irtifakın değeri bakımından ise bir değişiklik yaratılmadığı argümanı ileri sürülmektedir. Bkz. Steinauer, 458. Yazara göre, aksi söz konusu olsaydı, yararlanan taşınmaz malikinin yer değişikliği nedeniyle belli bir tazminata da hak kazanması gerekirdi.

Ancak kanımızca, yukarıda da (II, 4, b) belirtmiş olduğumuz gibi MK m. 791 hükmü, MK m. 785/f. 2 hükmünün uygulama alanı bulduğu hâllerde de tatbik edilebilir. Bunun neticesinde, irtifak hakkı sahibinin nakil nedeniyle menfaat kaybına uğradığı durumlarda, yüklü taşınmaz maliki nakil masrafları dışında irtifak hakkı sahibinin menfaat kaybını karşılayan bir tazminat da ödemekle sorumlu tutulabilir. Yer değişikliği yüzünden irtifak hakkı sahibinin (yararlanan taşınmaz malikinin) ekonomik açıdan menfaat kaybına uğrayacağına objektif olarak tespit edilebildiği durumlarda, bu kayıp yararlanan taşınmaz üzerindeki rehin hakkı sahiplerini de doğrudan etkileyeceğinden; irtifakın yerinin değiştirilmesi konusunda, bu durumla sınırlı olarak, bunların rızalarının da aranması gerekecektir. Bu konuda ayrıca bkz. Sylvain Marchand, *Commentaire Romand* (éd: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Code Civil II, Art. 793-811, (Helbing Lichtenhahn 2016), Art. 805, No: 3.

<sup>87</sup> Michel Mooser, 'La description de l'assiette d'une servitude', *Revue suisse du notariat et du registre foncier* 72/1991, 258; Petitpierre, Art. 742, No: 14; Argul, 1806.

<sup>88</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, 861.

değişiklik yapılması zarureti doğar. Bu çerçevede tapu kütüğünde eski plâna yapılan yollamanın değiştirilmesi ve irtifakın nakledildiği yeri gösteren yeni plâna yollama yapılması gerekir<sup>89</sup>.

Eğer irtifak hakkı tesis edilirken tapu kütüğünde plâna yollama yapılmamışsa; yani irtifakın kullanılacağı yer çizimle somutlaştırılmayıp yalnızca irtifak hakkının tapu kütüğüne tescili ile yetinilmiş ve irtifakın kullanılacağı yere ilişkin kütükte hiçbir bilgiye yer verilmemişse, irtifakın taşınmazın başka bir yerine nakledilmesi ile ilgili olarak tapuda herhangi bir değişiklik yapılmasına da gerek kalmayacaktır.

Bununla birlikte uygulamada pek karşılaşılmasa da, irtifakın kullanıldığı yerin tapu kütüğünde açıkça belirtilmiş olması durumunda, irtifakın taşınmazın başka bir yerine nakledilebilmesi için tapuda değişiklik yapılması şarttır. Örneğin tapu kütüğünde “*arazinin yukarı kısmındaki patikadan geçilmek üzere*” şeklinde bir ifade kullanılmış ve bundan sonra irtifakın, arazinin aşağı kısmındaki keçi yoluna nakledilmesi isteniyorsa; bu değişikliği tapu kütüğünde de gösterilmesi gerekir.

Şayet irtifakın kullanılacağı yer, tapu kütüğünde gösterilmeyip yalnızca tescilin hukukî sebebinin oluşturan irtifak sözleşmesinde belirtilmişse; yer değişikliği talebi gündeme geldiğinde kural olarak irtifak sözleşmesindeki irtifakın yerini düzenleyen hükümde değişiklik yapılması ihtiyacı doğar. Fakat bu, yer değişikliğinin hüküm doğurması için zorunlu bir kural değildir. Zira irtifakın kullanılacağı yerin, irtifakı kuran resmî senette hiç yer almamış olması dahi, irtifak sözleşmesinin hükümsüzlüğüne yol açmaz.

Mâlum olduğu üzere MK m. 787 hükmüne göre, irtifaktan doğan yetki ve yükümlülükleri açıkça belirlediği ölçüde tescil, irtifakın kapsamını belirlemede esas oluşturur (f. 1). Hükmün ikinci fıkrasına göre ise, tescilden açıkça anlaşılmadığı hâllerde kapsam, tescilin sınırları içinde, irtifak hakkının kazanılma sebebine veya uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanılış biçimine göre belirlenir.

Bu hüküm dikkate alındığında, irtifak hakkının kazanma sebebinin oluşturan irtifak sözleşmesinde belirtilmemiş olsa dahi, irtifakın kullanılacağı yer, irtifakın uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanılış biçimine göre de belirlenebilmektedir<sup>90</sup>. O hâlde yer değişikliğinin ancak ve ancak irtifak sözleşmesinin düzenlendiği resmî senette yapılacak değişiklik neticesinde hüküm doğuracağını söylemek kanımızca isabetli olmayacaktır. Taraflar yer değişikliğini, resmî senette değişiklik yapma yoluna gitmeden, mesela adi yazılı şekil şartına uyarak düzenledikleri bir senet vasıtasıyla gerçekleştirebilecekleri gibi, sözlü olarak yaptıkları bir anlaşma yoluyla da sağlayabilirler. Hattâ irtifak hakkı sahibinin, yüklü taşınmaz maliki tarafından

<sup>89</sup> Liver, Art. 742, No: 59; Gürsoy/Eren/Cansel, 861.

<sup>90</sup> Ancak bunun mümkün olabilmesi için, irtifakın kullanılacağı yer ile ilgili olarak tapu kütüğünde farklı (uzun süreden beri davasız ve iyiniyetle kullanım biçimi ile örtüşmeyen) bir kaydın yer alması gerektiği unutulmamalıdır.



kendisine teklif edilen yeni yeri uygun bularak, hakkını burada kullanmaya başlaması da örtülü bir kabul anlamına geleceğinden, bununla da yer değişikliği gerçekleşmiş sayılacaktır<sup>91</sup>. Bununla birlikte irtifak hakkı tesis edilirken bunun kullanıldığı yerin irtifak sözleşmesine ilişkin resmî senette belirtilmiş olması hâlinde; irtifakın yerinin sonradan tarafların örtülü anlaşması neticesinde değiştirildiğinin ispatı bakımından senede karşı senetle ispat zorunluluğunun (senede karşı tanıkla ispat yasağının) gündeme geleceğine de dikkat edilmesi gerekir<sup>92</sup>.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi, irtifakın, yüklü taşınmazın başka bir yerine nakledilmesinin yanında, yüklü taşınmaz malikinin diğer bir taşınmazına ya da üçüncü bir kişinin taşınmazına nakledilmesi de mümkündür. Şayet irtifak hakkı yüklü taşınmaz malikinin başka bir taşınmazına ya da üçüncü bir kişinin taşınmazına nakledilecek ise, bu takdirde, yüklü taşınmaz üzerinde tesis edilmiş olan irtifak hakkının öncelikle bu taşınmaza ait tapu kütüğündeki sayfasından terkin edilmesi gerekir<sup>93</sup>. Bundan sonra, irtifak hakkının diğer taşınmaz üzerinde tesis edilmesine yönelik bir irtifak sözleşmesi resmî şekil şartına uyularak tapuda düzenlenir ve bu sözleşmeye dayanılarak irtifak hakkı, yüklü taşınmaz malikinin diğer taşınmazının ya da üçüncü kişinin taşınmazının kayıtlı olduğu tapu kütüğüne tescil edilir<sup>94</sup>. İrtifak hakkının üçüncü bir kişinin taşınmazına nakledilecek olması durumunda, tapuda düzenlenecek olan irtifak sözleşmesinin, irtifakın kendi taşınmazına nakledilmesini kabul eden bu üçüncü kişi ile irtifak hakkı sahibi arasında gerçekleştirilmesi gerekir<sup>95</sup>.

MK m. 791/f. 1’de belirtilen koşulların gerçekleşmesine rağmen irtifak hakkı sahibi irtifakın başka bir yere nakledilmesine rıza göstermiyorsa; yüklü taşınmaz malikinin yer değişikliği konusunda hâkimin müdahalesini talep etmesi gerekir<sup>96</sup>. Bu davada hâkim, öncelikle yer değişikliği ile ilgili olarak MK m. 791 hükmünde öngörülen şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini denetler<sup>97</sup>. Hâkim, irtifakın yerinin değiştirilmesi konusunda hükme varırken, bu değişikliğin yüklü taşınmaz maliki açısından yaratabileceği olası olumsuz sonuçlar ile irtifak hakkı sahibi açısından sağlayabileceği muhtemel avantajları da göz önünde bulundurmalıdır<sup>98</sup>. Şayet MK m. 791’deki tüm koşulların somut olayda gerçekleştiğine kanaat getirirse, yer değişikliği nedeniyle yüklü taşınmaz maliki tarafından üstlenilmesi gereken masraf tutarını da belirler. Hükmün kesinleşmesiyle birlikte irtifakın yeri değiştirilmiş olur<sup>99</sup>.

<sup>91</sup> Bkz. Liver, Art. 742, No: 48; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 821.

<sup>92</sup> Bilindiği gibi “senede karşı tanıkla ispat yasağı” başlığını taşıyan HMK m. 201 hükmü gereği, senede bağlı her çeşit iddia ya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler 2500 TL (2019 yılı için 3660 TL)’den daha az bir miktara sahip olsalar bile tanıkla ispat olunamaz.

<sup>93</sup> Besson, 281-282; Piotet, 110; Argul, 1807; Leemann, Art. 742, No: 11; Gürsoy/Eren/Cansel, 861; Esener/Güven, 401.

<sup>94</sup> Esener/Güven, 401; Gürsoy/Eren/Cansel, 861; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 822; Argul, 1807; Piotet, 110; Besson, 282.

<sup>95</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, 860.

<sup>96</sup> Akipek/Akıntürk/Ateş, 659.

<sup>97</sup> Esener/Güven, 400.

<sup>98</sup> Argul, 1806; Petitpierre, Art. 742, No: 10; Pellascio, Art. 742, No: 7.

<sup>99</sup> Liver, Art. 742, No: 47; Leemann, Art. 742, No: 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, 821.

## V. Sonuç

İrtifak hakkı sahibinin hakkını kullanırken yüklü taşınmaz malikinin menfaatlerine aykırı hareket etmemesi gerektiği yönündeki temel ilkenin bir uzantısını oluşturan MK m. 791 hükmü, irtifak hakkının kurulmasından sonra taşınmazı ile ilgili ihtiyaçlarında değişiklikler meydana gelen malikin, belli koşullar altında irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesini irtifak hakkı sahibinden talep edebileceğini öngörmektedir.

MK m. 791 hükmü emredici bir düzenleme değildir. Hükmün amacı, sonradan ortaya çıkan haklı bir sebebin varlığı nedeniyle yüklü taşınmaz maliki ile irtifak hakkı sahibi arasındaki bozulan dengenin, irtifakın kullanıldığı yerin değiştirilmesi suretiyle yeniden tesis edilmesini sağlamaktır. Bu çerçevede, yer değişikliğinin mutlaka yüklü taşınmazın sınırları içerisinde gerçekleşmesi gerektiğine dair dar bir yorum yapılmamalı; şayet irtifak hakkı sahibinin yüklü taşınmaz üzerinde kurulmuş olan irtifak hakkından sağladığı menfaatinde herhangi bir kayıp meydana gelmeyecekse irtifakın, yüklü taşınmaz malikinin diğer bir taşınmazına, hattâ buna rıza gösteren üçüncü bir kişinin taşınmazına nakledilmesine de cevaz verilmelidir. Benzer şekilde, sonradan ortaya çıkan haklı sebebin, yüklü taşınmaz malikinin ihtiyaçlarındaki değişikliklerden kaynaklanabileceği gibi; irtifak hakkı sahibinin gereksinimlerinden de ileri gelebileceği göz önünde bulundurularak, yer değişikliği talebinin irtifak hakkı sahibi tarafından da ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. MK m. 791 hükmü emredici nitelikte bir düzenleme olmadığından, yüklü taşınmaz malikinin bu düzenleme ile kendisine verilen hakkı kullanmaktan önceden vazgeçebileceği veya hakkın sağladığı yetkilerin kapsamını sınırlandırabileceği sonucuna varılmalıdır.

MK m. 791/f. 3'e göre, yer değişikliğinin bir mecraı konu alması hâlinde MK m. 746 hükmü uygulanacak ve yer değişikliğine ilişkin masraflara -MK m. 791/f. 1'de öngörüldüğünün aksine yüklü taşınmaz maliki değil- mecra hakkı sahibi katlanacaktır. Mecra irtifakının tarafların anlaşmasından ya da komşuluk hukukundan (kanundan) kaynaklanıyor olması bu hususta herhangi bir fark yaratmamaktadır. Bu durumun, iradî olarak kurulan (komşuluk hukukundan kaynaklanmayan) mecra irtifakı ile yine iradî olarak kurulan diğer irtifak hakları arasında sebepsiz bir uygulama farklılığına yol açtığı muhakkaktır. Olması gereken hukuk bakımından, İsviçre'de olduğu gibi bir yasa değişikliği yapılarak, MK m. 746 hükmünün yalnızca komşuluk hukukundan (kanundan) doğan zorunlu mecra irtifakının yerinin değiştirilmesi söz konusu olduğunda uygulanması sağlanmalıdır. Komşuluk hukukundan (kanundan) kaynaklanmayıp tarafların anlaşması neticesinde kurulan mecra irtifakının yerinin değiştirilmesi söz konusu olduğunda ise MK m. 791/f. 1'in uygulanması temin edilmelidir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

## Bibliyografya/Bibliography

- Akipek J, Akıntürk T, Ateş D, *Eşya Hukuku*, (Beta 2018)
- Argul MC, *Commentaire Romand* (éd: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Code Civil II, Art. 742, (Helbing Lichtenhahn 2016)
- Argul Grossrieder MC, ‘Comment se débarrasser d’une servitude foncière qui gêne un projet de construction?’, *Droit de la construction-Baurecht* (2005), 108-112.
- Aybay A, Hatemi H, *Eşya Hukuku*, 2. Bası, (2010)
- Besson C, ‘La suppression et l’adaptation des servitudes par le juge (art. 736 et art. 742 CC)’, *Journal des tribunaux* (1969) I, 258-288.
- Canarlan G, ‘Eşyaya Bağlı İrtifak Haklarında İrtifakın Yerinin Değiştirilmesini Talep Hakkı’, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 154, (2015), 167-192.
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku*, 13. Baskı, (Barış 2017)
- Esener T, Güven K, *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, (Yetkin 2017)
- Göksu T, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Sachenrecht, 3. Aufl., (Hrsg.: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo), Art. 641-977 ZGB, (2016)
- Gürsoy KT, Eren F, Cansel E, *Türk Eşya Hukuku*, (Sevinç Matbaası 1978)
- Haab R, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, (1977)
- Köprülü B, Kaneti S, *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. Bası, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1982)
- Leemann H, *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV/2, Art. 730-918, (Stämpfli 1925)
- Liver P, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, IV. Band: Das Sachenrecht, 3. Aufl., Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730 bis 792), (Schulthess 1980)
- Marchand S, *Commentaire Romand* (éd: Pascal Pichonnaz/Bénédict Foëx/Denis Piotet), Code Civil II, Art. 793-811, (Helbing Lichtenhahn 2016)
- Meier-Hayoz A, *Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV/1/2, Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB, (1965)
- Mooser M, ‘La description de l’assiette d’une servitude’, *Revue suisse du notariat et du registre foncier* 72/1991, 257-262
- Oğuzman MK, Seliçi Ö, Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, (Filiz 2016)
- Özakman C, *Türk Hukukunda Mecra İrtifakları*, (1978)
- Pellascio M, *Orell Füssli Kommentar*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Art. 742, (2011)
- Petitpierre E, *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar* (Hrsg: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Art. 730-744, 5. Aufl., (Helbing Lichtenhahn 2015)
- Piotet D, *Traité de Droit Privé Suisse Vol. V/T. 2, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, 2<sup>e</sup> éd., (Helbing Lichtenhahn 2012)
- Rey H, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, Band 1, 3. Aufl., (2007)
- Roberto V, Hrubesch-Millauer S, *Sachenrecht*, 3. Aufl., (2012)
- Schmid J, Hürlimann-Kaup B, *Sachenrecht*, 3. Aufl., (2009)
- Schmid-Tschirren C, *Kurzkommentar ZGB* (Hrsg: Büchler, Andrea / Jakob, Dominique), Art. 730-792, (Helbing Lichtenhahn 2012)

- Simonius P, Sutter T, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II, Die beschränkten dinglichen Rechte, (Helbing Lichtenhahn 1990)
- Sirmen L, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, (Yetkin 2018)
- Steinauer PH, *Les droits réels*, Tome II, 4<sup>ème</sup> édition, (Stämpfli 2012)
- Tandoğan H, 'Türk Hukukunda Mecralar', *AHFD.*, C. IX, S. 3-4, (1952), 135 vd.
- Tek GS, *Yararı Kalmayan ya da Azalan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m. 785)*, (Oniki Levha 2017)
- Tuor P, Schnyder B, Schmid J, Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14. Aufl., (Schulthess 2015)
- Wieland CA, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band IV, Das Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, (1909)



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 11.07.2019  
Revizyon Talebi: 20.12.2019  
Son Revizyon Tarihi: 25.12.2019  
Kabul: 26.12.2019

## Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi

Ayşe Kılıç\*

### Öz

Medenî usûl hukukumuzda hâkim olan tasarruf ilkesine göre, taraflar -kural olarak- uyuşmazlığı sona erdirmek hususunda tasarruf hakkına sahiptir. Tarafların uyuşmazlığı sona erdirebilmelerine imkan sağlayan kurumlardan biri de sulhtur. Sulh, esas itibariyle tarafların aralarındaki uyuşmazlığa kısmen veya tamamen son verdikleri bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Hukukumuzda sulh ile ilgili düzenleme HMK'nın md. 313 vd. yer almaktadır. Ancak belirtilen maddelerdeki düzenlemeler, mahkeme huzurunda yapılan sulhe ilişkindir. Ayrıca tarafların mahkeme dışında sulh olmaları da mümkündür. Buna göre, mahkeme dışında yapılan sulh, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle mahkeme dışında yaptıkları bir sözleşmedir. Mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesi hukukî niteliği itibariyle bir maddî hukuk sözleşmesidir.

Tarafların mahkeme dışında sulh sözleşmesi yapabilmeleri için derdest bir davanın varlığı gerekmez. Ayrıca derdest bir dava olsa bile mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesi ile devam eden yargılama etkilenmez. Mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesi ile devam eden yargılamanın etkilenebilmesi için mahkeme dışında yapılan sulhün, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülmesi gerekir.

### Anahtar Kelimeler

Sulh, Mahkeme huzurunda yapılan sulh, Mahkeme dışında yapılan sulh, Sulh sözleşmesi, Tasarruf ilkesi

### Out of Judicial Settlement and Its Effect on Trial

#### Abstract

Under the “dispositional control of the parties principle” which is one of the ruling principles of Civil Procedure Law, parties of a legal dispute have right to end it (in principle). One of the dispute resolution ways in this manner is to make an settlement. Settlement can be defined as an agreement in which parties completely or partially ending the dispute mutually.

In the Turkish Civil Procedure Law, settlement is regulated under the Article 313 the following articles of Civil Procedure Code. But, these provisions only covers the in-judicial settlements. Also, there is an another option as “out of judicial settlement” for the parties as well. Out of judicial settlement is an agreement out of the court in which the parties agreed to end the dispute completely or partially at mutual interest point they considered. Out of judicial settlement is an substantive law agreement. There is no necessity of an outstanding ongoing case process at this point. Additionally, an ongoing trial process would not affect the out of judicial settlement. It is needed a transformation of the out of judicial settlement to an injudicial settlement to affect an ongoing trial at the same dispute.

#### Keywords

Settlement, In-judicial settlement, Out of judicial settlement, Settlement agreement, Dispositional control of the parties principle

\* **Sorumlu Yazar:** Ayşe Kılıç (Dr. Öğr. Üyesi), Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Afyonkarahisar, Türkiye. E-posta: kilincayse1983@hotmail.com ORCID: 000-0003-4420-0082

**Atrf:** Kılınc A, “Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi” (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 503.  
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0002>

### **Extended Summary**

One of the principles that Civil Procedure Law based on is the “dispositional control of the parties principle”. Under this principle, parties’ have the right solve private law disputes according to their dispositions. Under the principle, dispute parties are free to decide choose or not to choose litigation as way of resolution. Principle also covers to end the dispute by an settlement (in principle). One of the dispute ending options under the principle is the parties settlement agreement.

Settlement agreement, generally, is an agreement in which parties agree to ending the dispute with mutual compromise. In other words, it can be also defined as an agreement in which parties completely or partially ending the dispute mutually.

Settlement agreement, regulated as an stand alone regulation for the first time in the Article 313/1 of the Code of Civil Procedure (CCP) numbered 6100. Under the Article, settlement agreement means that the parties agreement on to ending the dispute completely or partially in an outstanding case. This definition only covers the in-judicial settlement. Because the definition requires a settlement in front of the court.

Out of judicial/court settlement is not regulated under the CCP. Because, this kind of settlement fall in the area of the Turkish Code of Obligations. Out of judicial settlement is an agreement out of the court in which the parties agreed to end the dispute completely or partially at mutual interest point they considered. There is no necessity of an outstanding ongoing case process at this point. Additionally, an ongoing trial process would not affect the out of judicial settlement. It is needed a transformation of the out of judicial settlement to an in-judicial settlement to affect an ongoing trial at the same dispute.

Out of judicial settlement is an substantive law agreement. This agreement is fall in the provisions (General Provisions) of the Turkish Code of Obligations. Out of judicial settlement agreement is not be need to be made in written because of the “freedom as to form” principle of the Turkish Code of Obligations. If the out of judicial settlement transformed to an in-judicial settlement it could affect an ongoing trial at the same dispute.

Parties convey the out of judicial settlement to the court and then court get in record the agreement. After that moment, out of judicial settlement is evaluated as an in-judicial settlement. It is not needed that the whole provisions of the out of judicial settlement to get in recorded in the trial documents.

Article 315/1 of the CCP regulates the provisions on effects and solutions of settlement agreements. Under this provisions when the out of judicial settlement transformed to an in-judicial settlement it would has the same legal power and

solutions of it. The first solution of this transformation is the ending of existing dispute, in other words ending of the existing court trial. The second important outcome of the in-judicial settlement agreement is that it would have the same legal effect of final court decision. In-judicial settlement has an important another legal effect that it would has the power of the final court decisions under the Enforcement and Bankruptcy Code Article 38. If the out of judicial settlement transformed to an in-judicial settlement it would has the same affect as well.

## Mahkeme Dışında Yapılan Sulh ve Yargılamaya Etkisi

### I. Sulh Hakkında Genel Bilgiler

Medenî usûl hukukuna hâkim olan tasarruf ilkesi uyarınca, özel hukuktan kaynaklanan bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlıkla ilgili tasarrufta bulunma hakkına sahiptir<sup>1</sup>. Tasarruf ilkesine göre taraflar, uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyıp taşımamak diğer bir ifadeyle, uyuşmazlık hakkında dava açıp açmamak konusunda serbest olduğu gibi, uyuşmazlığı sona erdirmek hususunda da -kural olarak- tasarrufta bulunabilir<sup>2</sup>. Tasarruf ilkesi gereğince, tarafların uyuşmazlığı sona erdirmek konusunda<sup>3</sup> tasarrufta bulunabilmelerine imkan sağlayan kurumlar; feragat, kabul ve sulhtur<sup>4</sup>. Davaya son veren işlemler olarak feragat ve kabul tek taraflı işlemler iken, sulh her iki tarafın da katılımını gerektiren bir işlemdir<sup>5</sup>.

Sulh ile ilgili olarak hukukumuzda bağımsız bir düzenleme ilk defa 6100 sayılı HMK ile yer almaktadır. Nitekim, 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde de öğretiler ve yargı içtihatlarında kabul edilmekle birlikte ayrı bir hükümle düzenlenmemekte; birtakım kanunî düzenlemelerde dağınık bir şekilde yer almakta idi<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> HMK'nın md. 24'te :"(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder." şeklinde düzenlenen tasarruf ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz and Emel Hanağası, *Medenî Usûl Hukuku* (4. baskı, Yetkin 2018) 152-154; Murat Atalı, İbrahim Ermenek and Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2018) 118-121; Ali Cem Budak and Varol Karaaslan, *Medenî Usûl Hukuku* (Güncellenmiş 2. baskı, Adalet 2018) 77-80; Güray Erdönmez, Pekcanitez Usûl *Medenî Usûl Hukuku* (15. bası, Oniki Levha 2017) 783-795; Abdurrahim Karşlı, *Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı* (6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve gözden geçirilmiş 2. baskı, Alternatif 2011) 255-259; Nedim Meriç, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde)*, (Yetkin 2011) 17 vd.; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku C.I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Yetkin 2016) 350-354, (Kısaltma: Tanrıver, *Usûl*).

<sup>2</sup> H. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım and Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (6. bası Alkım 2006) 456; Budak and Karaaslan (n 1) 295; Karşlı (n 1) 374; Meriç (n 1) 63-90, 189-228; Ayşe Soy, *Türk Medenî Yargılama Hukukunda Sulh* (Adalet 2017) 3.

<sup>3</sup> Tasarruf ilkesi uyarınca tarafların uyuşmazlığı sona erdirebilmelerine imkan sağlayan diğer bir kurum da HMK md. 123'te; "*Davacı, hüküm kesinleşinceye kadar, ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabilir.*" şeklinde düzenlenen davanın geri alınmasıdır. Madde de açıkça belirtildiği gibi, davanın davacı tarafından geri alınabilmesi davalının açık rızası ile mümkündür. Bu anlamda davanın geri alınması, sulhte olduğu gibi tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla gerçekleşir. Ancak davanın geri alınması, feragat, kabul ve sulhten farklı olarak uyuşmazlığı geleceğe etkili olarak sona erdirmemekte diğer bir ifadeyle, kesin hükmün sonuçlarını doğurmamaktadır. Davanın geri alınması ile davacı, davanın konusunu oluşturan maddî hukuktan doğan hakkından vazgeçmemekte; yalnızca davayı takip hakkından vazgeçmektedir. Davanın geri alınması ile ilgili olarak bkz Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 1) 384; Erdönmez, Pekcanitez Usûl (n 1) 786; Meriç (n 1) 190-202; Ayrıca tarafların yargılamayı sona erdirmek konusunda tasarruf yetkisine sahip olduğu diğer durumlar olan; tarafların davayı takip etmemek suretiyle yargılamayı sonlandırmaması, hükme karşı kanun yoluna başvurmaktan feragat, arabulucuya başvurma suretiyle yargılamayı sona erdirmek için bkz Erdönmez, Pekcanitez Usûl (n 1) 786; Yine HMK'da düzenlenmemekle birlikte yargılamayı sona erdiren bir hâl olarak davanın konusuz kalmasına ilişkin bkz Murat Atalı, Pekcanitez Usûl *Medenî Usûl Hukuku* (15. bası, Oniki Levha 2017) 2041-2043; Meriç (n 1) 225-228.

<sup>4</sup> Atalı, Pekcanitez Usûl (n 3) 2008-2009; Atalı, Ermenek and Erdoğan (n 1) 121; Budak and Karaaslan (n 1) 295; Erdönmez, Pekcanitez Usûl (n 1) 786; Karşlı (n 1) 374; Meriç (n 1) 202-225; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 999; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku C. I-II* (Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 7. baskı, Filiz 2000) 568.

<sup>5</sup> Soy (n 2) 5, 13; Süha Tanrıver, "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler" (1994) 49 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 333, 333, (Kısaltma: Tanrıver, "Sulh"); Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1022.

<sup>6</sup> Cenk Akil, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh Ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi" (2012) XVI (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 2; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 2) 464; Sabri Şakir Ansay, "Sulh" (1944) I (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 200, 201.; Karşlı (n 1) 383.; Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1972) 2-3; Soy (n 2) 3-4; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 333.; Banu Ulusan, "Sulh Sözleşmeleri", 2011-2012 (VIII- IX) 2-1 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan) 975, 976; Üstündağ (n 4) 570; 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde sulhle ilgili olarak HUMK'ta ve diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler için bkz Soy (n 2) 4; Ulusan (n 6) 976.



Sulh, genel olarak, tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunarak aralarındaki anlaşmazlığı çözdükleri diğer bir ifadeyle, aralarındaki uyuşmazlığa kısmen veya tamamen son verdikleri bir sözleşme olarak tanımlanabilir<sup>7</sup>. HMK md. 313/1'de ise sulh; görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme olarak ifade edilmiştir. Belirtilen maddede tanımlanan sulhun mahkeme huzurunda yapılan sulh olduğunu söylemek gerekir<sup>8</sup>. Zira hükmün içeriğinden açıkça sulhun mahkeme huzurunda yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesinde de, mahkeme dışı yapılan sulhun hükmün kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir<sup>9</sup>. Mahkeme huzurunda yapılan sulh, hem maddî hukuka hem de usûl hukukuna özgü koşullarla düzenlenmesine rağmen, kural olarak bir usûl hukuku kurumu olduğu ifade edilebilir<sup>10</sup>. Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda yapılabilir<sup>11</sup>. Ayrıca sulhun konusunun hukuka ve ahlâka aykırı olmaması da gerekir<sup>12</sup>.

Sulh, hukukî niteliği itibariyle<sup>13</sup> bir sözleşmedir<sup>14</sup>; zira bu sözleşme ile taraflar karşılıklı olarak fedakarlıkta bulunur. Bu fedakarlık, genellikle tarafların karşılıklı olarak taleplerini kısmen kabul veya taleplerinden kısmen feragat etmeleri şeklinde

<sup>7</sup> Akil (n 6) 2; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 2) 464; Atalı, Pekcantez Usûl (n 3) 2033; Béatrice Grob-Andermacher and Hans Ulrich Walder-Richli, *Zivilprozessrecht Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte* (5. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2009) 268; Budak and Karaaslan (n 1) 300; Baki Kuru, *Istinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2017) 403; Meriç (n 1) 206-207; Önen (n 6) 23; Soy (n 2) 5-6; Adrian Staehelin, Daniel Staehelin and Pascal Grolimund, *Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts* (2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2013) 456; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 333; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1022; Ulsan (n 6) 976.

<sup>8</sup> Akil (n 6) 2; Atalı, Pekcantez Usûl (n 3) 2033; Karşlı (n 1) 383; Soy (n 2) 3, s. 6; Ulsan (n 6) 976; Alman hukukunda tarafların yanı sıra taraflardan biri ile üçüncü bir kişi arasında da mahkeme önünde (huzurunda) sulh yapılmasının mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz Wolfgang Grunsky and Florian Jacoby, *Zivilprozessrecht* (15. überarbeitete Auflage, Franz Vahlen 2016) 149; Burkhard Hess, Jauernig/Hess *Zivilprozessrecht* (30. völlig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2011) 191; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab and Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht* (17. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2010) 734, 735-736.

<sup>9</sup> Kuru (n 7) 411; Ulsan (n 6) 976; "...Mahkeme dışı sulh borçlar hukukunun konusu olduğundan, bu maddede düzenleme dışı bırakılmıştır..." bkz HMK md 313'ün Hükümet Gerekçesi md 317; Ayrıca bu konuda bkz Ulsan (n 6) 976 dn. 3.

<sup>10</sup> Hess (n 8) 190-191; Önen (n 6) 2; Staehelin, Staehelin and Grolimund (n 7) 456; Mahkeme huzurunda yapılan sulhun, hem maddî uyuşmazlığı hem de usûlî talebe ilişkin uyuşmazlığı (diğer bir ifadeyle, görülmekte olan davayı) kısmen veya tamamen sona erdireceğine ilişkin olarak bkz Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 2) 464; Meriç (n 1) 207.

<sup>11</sup> Akil (n 6) 6; Ansay (n 6) 202; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 564; Atalı, Pekcantez Usûl (n 3) 2033; Budak and Karaaslan (n 1) 300; Grob-Andermacher and Walder-Richli (n 7) 269; Grunsky and Jacoby (n 8) 149; Kuru (n 7) 404; Meriç (n 1) 209; Önen (n 6) 44; Soy (n 2) 107; Staehelin, Staehelin and Grolimund (n 7) 456; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 334; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1023; Üstündağ (n 4) 581.

<sup>12</sup> Önen (n 6) 43; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 334.

<sup>13</sup> Öğretide mahkeme huzurunda yapılan sulhun hukukî niteliği ile ilgili olarak; yargılama hukuku teorisi, özel hukuk teorisi, çift vakia teorisi ve karma teori ortaya atılmıştır. Hâkim olan görüşe göre, mahkeme huzurunda yapılan sulh, ne yalnızca bir usûl hukuku işlemi ne de yalnızca bir özel hukuk işlemidir. Mahkeme huzurunda yapılan sulh, bünyesinde hem maddî hukuk hem de usûl hukuku özellikleri taşıyan karma nitelikli bir hukukî kurumdur. Bu konudaki görüşler ve tartışmalar için bkz Akil (n 6) 3-4; Önen (n 6) 34-42; Soy (n 2) 7-12; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 334-336; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1025-1027; Ulsan (n 6) 977-978; Mahkeme huzurunda yapılan sulhun çifte karakterli bir işlem olması dolayısıyla etkilerini hem maddî hukuk alanında hem de usûl hukuku alanında gösterdiğine ilişkin olarak bkz Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 2) 464; Meriç (n 1) 208.

<sup>14</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 562; Kuru (n 7) 404; Mahkeme huzurunda yapılan sulhun esasının maddî hukukun sulh sözleşmesi olduğuna ilişkin olarak bkz Önen (n 6) 21.

gerçekleşir<sup>15</sup>. Ancak sulh sözleşmesinin her zaman kısmî kabul veya kısmî feragat şeklinde yapılmadığını da eklemek gerekir. Zira taraflar, sulh sözleşmesinde uyuşmazlık konusu dışındaki bir unsura yer verebilirler (HMK md. 313/3)<sup>16</sup>. Sulh, uyuşmazlığın tamamına ilişkin olabileceği gibi, bir kısmına ilişkin de olabilir<sup>17</sup>. İlk durumda davanın tamamında sulh söz konusudur. Taraflar davanın tamamında sulh olduklarında, sulh ile birlikte yargılama sona erer<sup>18</sup>. Kısmî sulhte ise uyuşmazlık kısmen sona ermektedir<sup>19</sup>.

Sulhun ne zamana kadar yapılabileceğine ilişkin olarak HMK md. 314'te düzenleme yapılmıştır. Belirtilen hüküm uyarınca, sulh hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilir<sup>20</sup>.

Öğretide mahkeme huzurunda yapılan sulhten tarafların tek taraflı olarak dönemeyeceği<sup>21</sup>; fakat tarafların mahkeme huzurunda yapılan sulhu, karşılıklı anlaşmak suretiyle feshedebilmelerinin mümkün olduğu<sup>22</sup> ileri sürülmüştür. Ancak bu görüşe karşı olarak mahkeme huzurunda yapılan sulhun, maddî hukuk karakteri taşıması sebebiyle sona eren bir yargısal faaliyetin sona ermemiş olması sonucunu doğuracağından, dönmenin ve feshin mümkün olmaması gerektiği savunulmuştur<sup>23</sup>. Kanımızca ikinci görüş daha isabetli olup, mahkeme huzurunda yapılan sulhten tek taraflı olarak dönülemez veya taraflar karşılıklı anlaşmak suretiyle sulhu feshedemezler. Zira HMK md. 315 gereği, mahkeme huzurunda yapılan sulhun yargılamaya etki ederek davayı sona erdirmesi ve kesin hükmün sonuçlarını doğurması hususları dikkate alındığında dönmenin ve feshin mümkün olmadığını söylemek gerekir<sup>24</sup>.

<sup>15</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 562; Kuru (n 7) 403; Soy (n 2) 5-6; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 333; Ulusan (n 6) 976; Sulhun koşulları ve unsurları hakkında bkz Önen (n 6) 23-33.

<sup>16</sup> Akil (n 6) 6; Ansay (n 6) 204; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 562; Atalı, Pekcanitez Usûl (n 3) 2036; Karılı (n 1) 386; Meriç (n 1) 208; Soy (n 2) 23; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1023; Ulusan (n 6) 976 dn 7; Ancak sulhun kapsamına alınacak hususun taraflar arasındaki uyuşmazlığı veya tereddütlü durumu giderebilecek ve karşılıklı fedakarlık şartına sadık kalacak karakterde olması gerektiğine ilişkin olarak bkz Önen (n 6) 50-51.

<sup>17</sup> Grunsky and Jacoby (n 8) 149; Önen (n 6) 51-52 ;Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 8) 736; Soy (n 2) 21; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 334; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1023.

<sup>18</sup> Önen (n 6) 51; Soy (n 2) 21; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 334; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1023.

<sup>19</sup> Önen (n 6) 52; Soy (n 2) 21; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 334; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1023.

<sup>20</sup> Hükme karşı kanun yollarına başvurulduktan sonra, tarafların, kanun yolu mahkemesine sulh olduklarına dair dilekçe vermeleri durumunda, sulh sözleşmesinin mahkeme dışında yapılmış olsa bile mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Akil (n 6) 10; Ancak ilk derece mahkemesi kararını verdikten sonra hükme karşı kanun yollarına başvurulmadığı takdirde, mahkeme huzurunda sulhun mümkün olamayacağına ilişkin olarak bkz Önen (n 6) 110; Ayrıca ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verildikten sonra tarafların sulh olması halinde hangi merci tarafından nasıl bir işlem yapılarak karar verileceği ile ilgili ayrıntılı bilgi içi bkz Önen (n 6) 109-112; Soy (n 2) 86-94; Hüküm kesinleşinceye kadar yapılan sulhun mahkeme huzurunda sulh olduğu; hüküm kesinleştikten sonra yapılan sulhun ise mahkeme dışı sulh olduğuna ilişkin olarak bkz Kuru (n 7) 405.

<sup>21</sup> Akil (n 6) 2; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım (n 2) 465; Ansay (n 6) 208; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 564; Karılı (n 1) 386; Kuru (n 7) 410; Meriç (n 1) 212; Önen (n 6) 193; Soy (n 2) 162.

<sup>22</sup> Akil (n 6) 2; Karılı (n 1) 386; Üstündağ (n 4) 579; Ayrıca sulh sözleşmeden dönme ve sulhu feshetme konusunda öğretilen ileri sürülen görüşler ve tartışmalar için bkz Önen (n 6) 190-194; Soy (n 2) 163-165.

<sup>23</sup> Meriç (n 1) 212; Aynı yönde görüşler için bkz Önen (n 6) 193-194; Soy (n 2) 165.

<sup>24</sup> Soy (n 2) 165; Ayrıca bkz Meriç (n 1) 212; Önen (n 6) 193-194.

Sulhun karma nitelikli bir sözleşme olması dolayısıyla hem maddî hukuka hem de usûl hukukuna ilişkin nedenlerden dolayı hükümsüzlüğü gündeme gelebilir<sup>25</sup>. Maddî hukuka ilişkin sebepler<sup>26</sup>; butlan ve iptal edilebilirliktir<sup>27</sup>. Sulhun usûl hukukuna ilişkin hükümsüzlük sebepleri<sup>28</sup> ise yalnızca butlandır. Diğer bir ifadeyle, sulhun aslında gerçekleşmemiş olmasıdır<sup>29</sup>.

Çalışmamızın bu bölümünde -HMK'da düzenlenmiş olması sebebiyle özellikle mahkeme huzurunda yapılan- sulh hakkında genel bilgiler vermeye çalıştık. Aşağıda öncelikle -ikinci bölümde- çalışmamızın esasını oluşturan mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesi genel hatları ile ele alınacaktır. Üçüncü ve son bölümde ise mahkeme dışında yapılan sulhün mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülmesi ve yargılamaya olan etkisi üzerinde durulacaktır.

## II. Mahkeme Dışında Yapılan Sulh

### A. Tanımı ve Amacı

Yukarıda sulh hakkında genel bilgiler verirken, mahkeme dışında yapılan sulhun<sup>30</sup> HMK'da düzenlenmediğini belirttik<sup>31</sup>. Zira, sulhun düzenlendiği HMK md. 313'ün gerekçesinde mahkeme dışında yapılan sulhun, borçlar hukukunun konusuna girmesi sebebiyle hükmün kapsamı dışında tutulduğu ifade edilmektedir. Her ne kadar mahkeme dışında yapılan sulh, HMK'da düzenlenmemiş de olsa, aşağıda<sup>32</sup> tartışacağımız üzere mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülmesi ve böylece yargılamaya etki etmesi mümkündür. Ayrıca mahkeme huzurunda yapılan sulhun esasının maddî hukuk kurallarına göre yapılan sulh sözleşmesine dayandığının da altını çizmek gerekir<sup>33</sup>.

<sup>25</sup> Akil (n 6) 8; Ağah Kürşat Karauz, *Sulh Sözleşmesi* (Adalet 2014) 75; Önen (n 6) 172; Soy (n 2) 165; Ulusan (n 6) 990.

<sup>26</sup> Sulhun; emredici kanun hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olması veya konusunun imkansız olması maddî hukuka göre mutlak butlan sebebiyle hükümsüzlüğü gündeme gelir. Hata, hile, tehdit gibi irade sakatlığı halleri ile gabin durumunda da maddî hukuka göre iptal edilebilirlik söz konusu olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Akil (n 6) 8-9; Karauz (n 25) 77-85; Önen (n 6) 173-176; Soy (n 2) 166-170; Ulusan (n 6) 990-991.

<sup>27</sup> Akil (n 6) 8-9; Atalı, Pekcanitez Usûl (n 3) 2035; Karşlı (n 1) 386; Karauz (n 25) 76; Kuru (n 7) 410; Önen (n 6) 173; Soy (n 2) 166-170; Ulusan (n 6) 990; Ancak HMK md 315/2 gereği, sulhun iptal edilmesi ile medenî usûl hukukunun sulhe bağladığı sonuçların (kesin delil, kesin hüküm gibi) ortadan kalkacağı ve usulî talebin istenilirse tekrardan yargılamaya konu olabileceğine ilişkin olarak bkz Meriç (n 1) 211.

<sup>28</sup> Taraf veya dava ehliyetinin olmaması, görevsiz mahkemenin ya da yasaklı hâkimin huzurunda sulhun yapılmış olması ya da sulhun tutanağa geçirilmemiş veya eksik ya da yanlış geçirilmiş olması hallerinde ise sulhun, usûl hukuka dayanan sebeplerle hükümsüzlüğü gündeme gelecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Akil (n 6) 9; Önen (n 6) 176-177; Ulusan (n 6) 990.

<sup>29</sup> Akil (n 6) 9; Önen (n 6) 176; Ulusan (n 6) 990; Ancak usûl hukukuna ilişkin sebeplerden dolayı sulhun iptalinin mümkün olmadığı; yalnızca sulh üzerine verilen kesinleşmemiş kararlar aleyhine olağan kanun yollarına (istinaf ve temyiz), kesinleşmiş kararlar aleyhine ise olağanüstü kanun yoluna (yargılamanın yenilenmesi) gidilebileceğine ilişkin olarak bkz Soy (n 2) 166.

<sup>30</sup> Mahkeme dışında yapılan sulh, mahkeme huzurunda (önünde) yapılan diğer bir ifadeyle, kazaî sulhun karşılığı olan "*adi sulh*" olarak da adlandırılmaktadır. Bu konuda bkz Ulusan (n 6) 983; Ancak biz çalışmamızda öğreti ve uygulamada yaygın kullanımı sebebiyle, "*mahkeme huzurunda yapılan sulh*" ve "*mahkeme dışında yapılan sulh*" kavramlarını kullanmayı uygun bulduk.

<sup>31</sup> Bkz yukarıda I. bölüm.

<sup>32</sup> Bkz aşağıda III. bölüm.

<sup>33</sup> Kuru (n 7) 411; Önen (n 6) 2.

Mahkeme dışında yapılan sulh, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa veya tereddütlü duruma son vermek amacıyla karşılıklı fedakarlıkta bulunmak suretiyle mahkeme dışında yaptıkları bir sözleşmedir<sup>34</sup>. Mahkeme dışında yapılan sulhun geçerli olabilmesi için derdest bir davanın varlığı gerekli değildir. Kaldı ki, tarafların mahkeme dışında sulhu yaptıkları sırada derdest bir dava olsa bile bu dava mahkeme dışında yapılan sulhten etkilenmeyecektir<sup>35</sup>. Zira aşağıda belirtileceği üzere, mevcut bir davanın mahkeme dışında yapılan sulhten etkilenebilmesinin belirli koşulları vardır<sup>36</sup>. Ayrıca mahkeme dışında yapılan sulhun esas amacı zaten taraflar arasındaki hukukî belirsizlik riskine, diğer bir ifadeyle dava riskine son vermektir<sup>37</sup>. Bu amacından yola çıkılırsa, mahkeme dışında yapılan sulhun, mahkeme huzurunda yapılan sulhe göre medenî usûl hukukunun amacına ulaşmada daha pratik sonuçları olduğunu söyleyebiliriz. Zira taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili henüz bir dava açılmadan yapılan mahkeme dışı sulh, tarafların arasındaki uyuşmazlığın yargılama makamlarına intikal etmesini önleyebilecektir. Böylece medenî usûl hukukunun amaçlarından biri olan uyuşmazlıkların -dava dışında- barışçıl yollarla çözülmesini sağlayacaktır. Ayrıca dava açılmasının önüne geçmesi sebebiyle de, yargılama makamlarını açılmış bir davaya bakma yükümlülüğünden kurtararak usûl ekonomisi ilkesine de katkı sağlayacaktır.

## B. Hukukî Niteliği

Mahkeme dışında yapılan sulh, hukukî niteliği itibariyle Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir<sup>38</sup>. İsimsiz sözleşme türleri arasında ise kendine özgü bir sözleşmedir<sup>39</sup>. Mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinde tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunarak aralarındaki uyuşmazlığı çözdüklerinden dolayı tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu da ifade etmek gerekir<sup>40</sup>. Mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinin hukukî niteliği belirtilirken, ayrıca mahkeme huzurunda yapılan sulhun hukukî niteliği ile ilgili olarak bir hususun altına çizmek gerekir. Şöyle ki; mahkeme huzurunda yapılan sulh, HMK md. 313 vd. ayrı bir kurum olarak ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme huzurunda yapılan sulh, mahkeme dışında yapılan sulh gibi bir sözleşmedir. Ancak HMK'da bağımsız bir kurum olarak düzenlenmiş olması sebebiyle, artık mahkeme

<sup>34</sup> Atalı, Pekkantez Usûl (n 3) 2033; Karşılı (n 1) 384; Karauz (n 25) 20; Önen (n 6) 2; İsviçre hukukunda da yargılama öncesinde ve yargılama dışında sulhun mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz Grob-Andermacher and Walder-Richli (n 7) 268.

<sup>35</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 565; Atalı, Pekkantez Usûl (n 3) 2034; Karşılı (n 1) 384; Karauz (n 25) 20; Kuru (n 7) 411; Soy (n 2) 98; Ulusan (n 6) 984; Alman hukukuna göre mahkeme dışında yapılan sulhun yargılamayı sona erdirmeyeceği ve icrasının mümkün olmadığına ilişkin olarak bkz Grunsky and Jacoby (n 8) 148.

<sup>36</sup> Bkz aşağıda III. bölüm.

<sup>37</sup> Karauz (n 25) 22.

<sup>38</sup> ibid 22, 54.

<sup>39</sup> ibid 53-55.

<sup>40</sup> ibid 63.

huzurunda yapılan sulh sözleşmesinin hukukî niteliğini isimsiz sözleşme olarak kabul etmek mümkün değildir<sup>41</sup>.

### C. Şekli

Mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinde de taraflar, mahkeme huzurunda yapılan sulh sözleşmesinde olduğu gibi sulhun unsurlarını içerecek şekilde sulh sözleşmesini düzenler. Ancak mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinin, mahkeme huzurunda yapılan sulh sözleşmesine dönüşmedikçe tutanağa geçirilmesi<sup>42</sup> söz konusu olmaz<sup>43</sup>. Dolayısıyla, mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesi niteliği itibarıyla bir maddî hukuk sözleşmesidir ve Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir<sup>44</sup>. Mahkeme dışında yapılan sulhe bir maddî hukuk sözleşmesi olması sebebiyle, sözleşmelerin kuruluşuna, uygulanmasına ve sona ermesine ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümler uygulanacaktır<sup>45</sup>.

Borçlar Kanunu'nda yer alan şekil serbestisi ilkesi gereğince, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir (TBK md. 12/1). Sulh sözleşmesinin de Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş bir sözleşme olduğunu dikkate aldığımızda, taraflarca herhangi bir şekil şartı öngörülmedikçe, mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinin geçerli olabilmesi için belirli bir şekilde yapılması gerekmez<sup>46</sup>. Ancak mahkeme dışında yapılan sulhun konusunu oluşturan hukukî ilişki herhangi bir şekle tabi ise, mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinin geçerli olabilmesi için şekil şartına uygun olarak yapılması gerekir<sup>47</sup>.

### D. Hükümsüzlüğü, İptali ve Feshi

Yukarıda belirttiğimiz gibi mahkeme dışında yapılan sulh, hukukî niteliği itibarıyla bir maddî hukuk sözleşmesi olduğundan, maddî hukuka dayanan hükümsüzlük ve iptal sebepleri ile geçersiz olacaktır<sup>48</sup>. Ayrıca karma nitelikli bir sözleşme olduğu dikkate alındığında, mahkeme huzurunda yapılan sulhun de maddî hukuka dayanan sebeplerle -yukarıda incelendiği gibi- geçersizliği söz konusu olacaktır Maddî hukuka dayanan geçersizlik sebepleri ise butlan ve iptal edilebilirlik olup, bu konuda

<sup>41</sup> ibid 54.

<sup>42</sup> Bkz aşağıda III, A bölüm.

<sup>43</sup> Karauz (n 25) 20.

<sup>44</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 565; Karauz (n 25) 20; Karşlı (n 1) 384; Önen (n 6) 1-2; Soy (n 2) 97; Ulsan (n 6) 990.

<sup>45</sup> Karşlı (n 1) 384; Karauz (n 25) 51-87; Soy (n 2) 97.

<sup>46</sup> Karşlı (n 1) 384; Karauz (n 25) 87; Ulsan (n 6) 983.

<sup>47</sup> Ulsan (n 6) 983-984.; Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Karauz (n 25) 88-91; Öğretide mahkeme huzurunda yapılan sulhun, maddî hukuk tarafından öngörülen şekil şartının yerine geçtiğine ilişkin olarak bkz Akil (n 6) 6; Karauz (n 25) 88; Önen (n 6) 123-126; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 339.

<sup>48</sup> Bkz yukarıda II, B bölüm.

yukarıda yaptığımız açıklamalara yollamada bulunmakla yetineceğiz<sup>49</sup>. Ancak burada özellikle altını çizmemiz gerekir ki, mahkeme huzurunda yapılan sulhun geçerliliği, öncelikle maddî hukuka göre geçerli olmasına bağlanmıştır<sup>50</sup>. Dolayısıyla, gerek mahkeme huzurunda yapılan gerekse mahkeme dışında yapılan sulhun maddî hukuk bakımından geçerli olması önem arz edecektir<sup>51</sup>.

Mahkeme dışında yapılan sulhun maddî hukuk karakterine sahip olmasından dolayı gerekli koşullar oluşmuşsa, sözleşmeden tek taraflı olarak dönülebileceği ve tarafların anlaşarak sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmektedir<sup>52</sup>.

### III. Mahkeme Dışında Yapılan Sulhun Yargılamaya Etkisi

#### A. Mahkeme Dışında Yapılan Sulhun Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhe Dönüştürülmesi

Yukarıda mahkeme dışında sulhun yapılabilmesi için derdest bir davanın varlığına gerek olmadığını; ayrıca dava devam ederken yapılırsa bile mahkeme dışında yapılan sulhun yargılamayı etkileyemeyeceğini ifade ettik<sup>53</sup>. Ancak mahkeme dışında yapılan sulhun mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülebileceği gerek öğretide çoğunluğun görüşü<sup>54</sup> gerekse Yargıtay içtihatları<sup>55</sup> ile benimsenmektedir. Mahkeme dışında yapılan sulh, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştüğünde ise yargılamaya etki edebilecektir<sup>56</sup>.

Bu bağlamda öğretide çoğunluğun görüşü uyarınca<sup>57</sup>, mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesi, taraflarca mahkemeye sunularak mahkeme tarafından tutanağa geçirilmesiyle mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşür. Buna göre, taraflar mahkeme dışında yaptıkları yazılı sulh sözleşmesini mahkemeye sunarlar ve sulh

<sup>49</sup> Bkz yukarıda I. bölüm.

<sup>50</sup> Karauz (n 25) 76; Önen (n 6) 173; Ulusan (n 6) 983.

<sup>51</sup> Karauz (n 25) 76.

<sup>52</sup> Karauz (n 25) 113; Karş mahkeme huzurunda yapılan sulhten tek taraflı olarak dönülemeyeceği ve taraflarca anlaşmak suretiyle feshinin mümkün olup olmadığına ilişkin bkz. yukarıda I. bölüm.

<sup>53</sup> Bkz yukarıda II, A bölüm.

<sup>54</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz aşağıda dn 57.

<sup>55</sup> "...Bu halde mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin ayrıca tutanağa yazılmasına HMK'nun 154/3-f maddesine göre gerek yoktur. Çünkü duruşma tutanağında eklendiği yazılı belgelerin içeriği de tutanak metni hükmündedir. (HMK'nun 154/4.) Ancak mahkeme dışı bu sulhe göre karar verilebilmesi için HMK'nun 154/3-ç maddesine göre mahkemeye verilen sulh sözleşmesinin duruşmada tarafların önünde okunması, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılması ve ondan sonra tutanağın taraflara (veya sulh için yetkili vekillerine) imza ettirilmesi gerekir. Böylece mahkeme dışı sulh mahkeme içi sulhe dönüşür ve buna göre karar verilir. Oysa dava konusu olayda mahkeme dışı sulh sözleşmesi olarak 09.09.2014 tarihli oturumda sunulduğunda, mahkemece sadece alındığı okunduğu ve dosyasına konulduğu belirtilmiştir. HMK'nun 154/3-ç maddesine gereğince taraflar önünde okunduğu belirtilmemiş ve taraflar vekillerinin imzaları alınmamıştır. Bu sebeple sulh sözleşmesi mahkeme önünde sulhe dönüşmediğinden buna göre karar verilmesi de isabetsiz olmuştur..." Yargıtay 17 HD, 18452/4933, 2.5.2017. Karar için bkz Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası.

<sup>56</sup> Karanlı (n 1) 384; Mahkeme dışında yapılan sulh, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştüğünde, mahkeme huzurunda yapılan sulhün sonuçlarını doğuracaktır. Bkz aşağıda III, B bölüm dn 69.

<sup>57</sup> Akil (n 6) 5; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 562; Atalı, Pekcanitez Usül (n 3) 2035; Karanlı (n 1) 384; Karauz (n 25) 98; Kuru (n 7) 411; Soy (n 2) 98; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 338; Ulusan (n 6) 984.

özleşmesi duruşma tutanağına geçirilirse, mahkeme dışında yapılan sulh, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşecektir<sup>58</sup>. Yine bu görüş doğrultusunda, mahkeme dışında yapılan yazılı sulh sözleşmesinin içeriğinin duruşma tutanağına geçirilmesine gerek yoktur. Zira duruşma tutanağına eklendiği yazılı olan belgelerin içeriği de tutanak hükmünde olup, sulh sözleşmesinin duruşmada okunması, okunduğunun duruşma tutanağına yazılması ve tutanağın sulhe ilişkin bölümünün taraflarca imzalanması yeterlidir<sup>59</sup>.

Öğretide çoğunluğun görüşünün aksine *Önen*<sup>60</sup> tarafından mahkeme dışında yapılan sulhun mahkeme tutanağına geçirilmek suretiyle mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşmeyeceği ileri sürülmüştür. Yazar, mahkeme huzurunda yapılan sulhun aynı zamanda bir yargılama işlemi olması ve mahkeme dışında yapılan sulhte mahkemenin sulhun yapılmasındaki uzlaştırıcı ve sevk edici fonksiyona sahip olmaması sebebiyle mahkeme dışında yapılan sulhun, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülemeyeceğini kabul etmektedir. Yine yazara göre<sup>61</sup>, mahkeme dışında yapılan alelade bir maddî hukuk sözleşmesiyle, bir yargılama ilişkisini dolaysız olarak etkilemek ve sonuçlandırmak mümkün değildir. Zira taraflar yapacakları sözleşmelerle aralarındaki maddî hukuk ilişkilerini etkileyebilir. Yargılama ilişkilerinin etkilenebilmesi -davanın sonuçlanabilmesi- için yargılama işlemlerinin varlığı gerekeceğinden tarafların mahkeme dışında yaptıkları sulhun, mahkeme huzurunda yapılan sulh şeklini alması gerekir. Bunun için de taraflarca mahkeme dışında yapılan sulhun, mahkemeye beyan edilip tutanağa geçirilmesi, taraflarca imzalanmasıyla davanın bir parçası haline gelmesi gerekecektir. Aslında yazarın paylaştığı bu son görüşten, mahkeme dışında yapılan sulhun, belirli yargılama işlemlerinin yapılması suretiyle mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşebileceğini dolaylı olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz.

*Tanrıver*'e<sup>62</sup> göre ise -*Önen*'in görüşüne karşı- mahkeme dışında yapılan sulh, mahkemeye verilip tutanağa geçirilmekle mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşeceğinden, mahkeme sulhun yapılmasındaki uzlaştırıcı ve teşvik edici işlevini

<sup>58</sup> Akil (n 6) 5.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 565; Atalı, Pekcanitez Usül (n 3) 2035; Karlı (n 1) 384; Kuru (n 7) 411; Soy (n 2) 98; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 338.

<sup>59</sup> Akil (n 6) 5.; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 562; Karlı (n 1) 384; Soy (n 2) 98; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 338; Tanrıver, *Usül* (n 1) 1029; "...HMK'nın 154 maddesine göre de taraflar, mahkeme dışında yapmış oldukları yazılı bir sulh sözleşmesini mahkemeye vererek ve bu yazılı sulh sözleşmesine göre davada sulh olduklarını bildirmeleri halinde sulh sözleşmesinin mahkemeye verildiği duruşma tutanağına yazılır (HMK.m.154,3/f). Bu halde, mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin ayrıca tutanağa geçirilmesine (yazılmasına) gerek yoktur. Çünkü duruşma tutanağında eklendiği yazılı olan belgelerin içeriği de tutanak metni hükmündedir (HMK.m.154,4). Ancak mahkemeye verilen yazılı sulh sözleşmesinin duruşmada tarafların önünde okunması, okunduğunun da duruşma tutanağına yazılması ve ondan sonra tutanağın (m.154,3/ç'ye göre) taraflara (veya sulh için yetkili vekillerine) imza ettirilmesi gerekir. Böylece, mahkeme dışı sulh, mahkeme içi sulha dönüşür. Somut olayda uyumsuzluğun HMK'nın 320/1 maddesinde yazılı duruşma açılmadan, karar verilecek işlerden olmadığı da gözetilerek yukarıda açıklanan hususlar nazara alınmadan duruşma açılmaksızın dosya üzerinden yapılan inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir..." Yargıtay 23. HD, 7955/3478, 31.5.2018. Karar için bkz Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası.

<sup>60</sup> Önen (n 6) 88.

<sup>61</sup> ibid 144.

<sup>62</sup> Tanrıver, "Sulh" (n 5) 338-339.

yitirmeyecek ve sulh de karma nitelikli bir işlem olma özelliği koruyacaktır. Zira tarafların mahkeme dışında yaptıkları yazılı sulh sözleşmesini mahkemeye sunduklarının tutanağa yazılması, sonra bunun taraflara yüksek sesle okunup, kaydedilerek taraflara imzalatılması birer usûl işlemidir.

Mahkeme dışında yapılan sulhun, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşebilmesi için tarafların yazılı sulh sözleşmesini mahkemeye sunmaları gerektiğini belirttik. Ancak taraflardan birinin mahkeme dışında yapılan sulhu inkâr etmesi durumunda mahkemenin nasıl bir işlem yapacağı ve karar vereceğinin üzerinde durmak gerekir. Buna göre, eğer taraflardan biri derdest davada mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesini inkâr ederse, sulh sözleşmesinin varlığına dayanan tarafın bunu kanunen caiz olan her türlü delille ispat etmesi gerekir<sup>63</sup>. Ancak burada özellikle HMK md. 200'de düzenlenen senetle ispat zorunluluğu kuralına göre, belli miktarı aşan hukukî işlemlere ilişkin sulh sözleşmesinin varlığının senetle ispat edilmesi gerekecektir<sup>64</sup>. Ayrıca mahkeme dışında yapılan sulhun ispatının mümkün olması için her şeyden önce maddî hukuka göre herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmaması gerekir<sup>65</sup>. Zira, mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinin bir maddî hukuk sözleşmesi olduğu dikkate alındığında, geçerlilik şekline uyulmadan yapılan sözleşme zaten hükümsüz olacaktır.

## B. Mahkeme Dışında Yapılan Sulhun Sonuçları ve Etkisi

HMK md. 315/1'de "*Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verir.*" şeklinde düzenlenen hüküm gereği mahkeme huzurunda yapılan sulhun en önemli etkisi, mevcut uyuşmazlığı sona erdirmesi ve kesin hükmün sonuçlarını doğurmasıdır<sup>66</sup>. Yine İİK md. 38'de mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin, ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabi olduğu düzenlenmiş olduğundan, icra edilebilirlik etkisine sahip olduğunu da söylemek gerekir.

<sup>63</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 565; Kuru (n 7) 411; Soy (n 2) 100.

<sup>64</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 565; Karauz (n 25) 23-24; Kuru (n 7) 411-412.

<sup>65</sup> Soy (n 2) 100.

<sup>66</sup> "... Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 313. vd maddelerinde davaya son veren taraf işlemlerinden olan "sulh" işlemi düzenlenmiştir. Buna göre sulh, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yaptıkları sözleşmedir. Sulhun, hükmün kesinleşmesine kadar yapılması mümkün olup şarta bağlı olarak da yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirip kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğurduğu gibi taraflar isterse mahkemece, sulhe göre karar verilmeli, aksi halde ise karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm kurulmalıdır. Ayrıca her ne kadar yasada, mahkeme önünde sulh düzenlenmiş ise de mahkeme dışında sulh sözleşmesi yapılması da mümkündür. Somut olayda davacı vekilince temyiz dilekçesinde, taraflar arasında sulh sözleşmesi düzenlendiği belirtilerek 23.07.2014 tarihli sulh sözleşmesi dosyaya sunulmuştur. Bu durumda mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde dosyaya sunulan sulh sözleşmesinin incelenip değerlendirilmesi gerektiğinden hükmün bu sebeple bozulması gerekmektedir." Yargıtay 11 HD, 1907/134, 12.1.2016. Karar için bkz Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası.



Mahkeme dışında yapılan sulhler bakımından ise öğretide<sup>67</sup> haklı olarak kesin hüküm gücünden yoksun olduğu ve icra edilebilir etkiye sahip olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak *Meriç*<sup>68</sup> tarafından ileri sürülen görüşe göre, mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinde de tıpkı mahkeme huzurunda yapılan sulh de olduğu gibi benzer sonuçlar ortaya çıkacaktır. Şöyle ki; maddî uyuşmazlığı sona erdiren bu sözleşme usûlî talep üzerinde etki ederek uyuşmazlığı ve davayı sona erdirecektir. Bunun için tarafların dışarıda yaptıkları sulhü davayı takipsiz bırakma, davayı geri alma, davayı kabul, davadan feragat veya sulh şeklinde yargılamaya yansıtılmaları gerekir. Dolayısıyla her zaman usûlî talebe ilişkin faaliyetin mahkemeye sulh olarak yansımamış olması mümkündür. Ancak tarafların dışarıda yaptıkları sulhu mahkemeye bildirmeleri durumunda usûlî talebe ilişkin yargılama sulh nedeniyle sona erebilir.

Kanımızca mahkeme dışında yapılan sulhle *Meriç*'in ifade ettiği gibi uyuşmazlığın belli koşullar altında sona ermesi mümkün olabilir. Ancak mahkeme huzurunda yapılan sulhun diğer etkileri olan kesin hükmün sonuçlarının doğması ve icra edilebilirlik için mahkeme dışında yapılan sulhun mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülmesi gerekecektir.

Mahkeme dışında yapılan sulh, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştüğünde ise artık mahkeme huzurunda yapılan sulhun sonuçlarını doğuracaktır<sup>69</sup>. Bu sonuçlardan ilki ise sulhle mevcut uyuşmazlığın, diğer bir ifadeyle derdest davanın sona ermesidir (HMK md. 315/1). Buna göre, mahkeme huzurunda yapılan sulh, derdest davayı kendiliğinden sona erdirecek<sup>70</sup> ve fakat mahkemenin bu konuda ayrıca bir karar vermesine gerek kalmayacaktır. Mahkemenin vereceği karar, yalnızca davanın konusuz kaldığını tespit eden bir karar olacaktır<sup>71</sup>.

Sulh sonucu derdest davanın kendiliğinden sona ermesi üzerine mahkemenin vereceği karar sulh sözleşmesinin şarta bağlı olup olmamasına göre değişecektir. Zira sulh, feragat ve kabulden farklı olarak şarta bağlı olarak yapılabilecektir (HMK md.313/4)<sup>72</sup>. Öğretide şarta bağlı olarak sulh yapıldığında, mahkemenin şarta

<sup>67</sup> Ansay (n 6) 209; Karauz (n 25) 98.

<sup>68</sup> Meriç (n 1) 208.

<sup>69</sup> Karşlı (n 1) 384; Karauz (n 25) 97-98; Ulsan (n 6) 988.

<sup>70</sup> Sulh ile davanın kendiliğinden sona ermeyeceğine, sulh üzerine mahkemenin bir kararla davayı sona erdirmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz Kuru (n 7) 406; Alman ve İsviçre hukukunda da mahkeme huzurunda yapılan sulhün uyuşmazlığı ve derdest davayı mahkeme kararı olmaksızın sona erdirdiğine ilişkin olarak İsviçre hukuku için bkz Grob-Andermacher and Walder-Richli (n 7) 268-269; Alman hukuku için bkz Grunsky and Jacoby (n 8) 151; Rosenberg, Schwab and Gottwald (n 8) 737.

<sup>71</sup> Akil (n 6) 6-7; Ansay (n 6) 206; Karauz (n 25) 98; Meriç (n 1) 209; Soy (n 2) 139; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 342; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1031; Ulsan (n 6) 988; 1086 sayılı HUMK'ta mahkeme huzurunda yapılan sulhle davanın kendiliğinden sona ereceğine ilişkin bir hüküm mevut değildir. Dolayısıyla mahkeme huzurunda yapılan sulhun derdest davayı sona erdirip erdirmeyeceği öğretide tartışmalı idi. Bu konuda bkz Akil (n 6) 6-7 dn 28; Ayrıca bu konudaki görüşler için bkz Önen (n 6) 128-142; Soy (n 2) 140-143; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 342.

<sup>72</sup> Akil (n 6) 10; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayyavaz and Hanağası (n 1) 562; Karşlı (n 1) 385; Karauz (n 25) 108; Kuru (n 7) 405; Önen (n 6) 58; Soy (n 2) 25; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 346.; Ulsan (n 6) 981.

bağlı olarak hüküm verip veremeyeceği meselesi tartışmalıdır<sup>73</sup>. Ancak öğretide<sup>74</sup> çoğunluğun benimsediği görüşe göre, şarta bağlı olarak sulh sözleşmesi yapılabilir de mahkeme şarta bağlı olarak hüküm veremeyecektir. Bu durumda mahkemenin “*karar verilmesine yer olmadığına*”na karar vermesi gerekir.

Sulh şarta bağlı olarak yapılmadığı takdirde ise HMK md. 315/1 gereği iki ihtimal ortaya çıkar. Buna göre, taraflar, mahkemeden sulhe göre karar vermesini isterlerse mahkeme sulhe göre karar verecektir. Zira tarafların aralarındaki uyumsuzluğun esaslı noktaları üzerinde sulh olmaları durumunda, bu hususların bütün ayrıntılarının hükümde yer almasını talep edebilmelerinde hukukî yararları vardır<sup>75</sup>. İkinci ihtimalde ise taraflar, mahkemeden sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, mahkemenin “*karar verilmesine yer olmadığına*”na karar vermesi gerekir. Sulhun temel işlevinin hükmün tamamlayıcısı olmak değil; hükmün yerine geçmek ve hükmü etkisiz kılmak olduğu dikkate alındığında, mahkemenin bu yönde bir karar

<sup>73</sup> Bu tartışmalar ve görüşler için bkz Akil (n 6) 11-14; “...Sulh, davadan feragat ve davayı kabulden farklı olarak şarta bağlanabilen bir taraf usul işlemidir. Bununla birlikte sulhun şarta bağlanması mahkemenin de şarta bağlı hüküm verebileceği anlamına gelmez. Çünkü mahkeme kararlarının açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak biçimde kaleme alınması zorunludur. Somut olayda; davalı tarafta sunulan ve taraflarca imzası inkar edilmeyen sözleşme için, davacı tarafından eldeki dava ile alakası olmadığı davalının kullandığı araba için çekilen kredi borcunu ödemek amacıyla yapıldığı iddia edilmiş ise de; sözleşmenin incelenmesinde, işbu davanın dosya numarası belirtilerek eldeki davayı sonlandırmaya yönelik yapıldığı anlaşılmıştır. O halde, mahkemece; davalı tarafta sunulan sözleşmenin mahkeme dışı sulh sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi ve varılacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 3 HD, 22593/10593, 25.10.2018. Karar için bkz Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası.

<sup>74</sup> Akil (n 6) 14; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 563; Atalı, Pekcanitez Usûl (n 3) 2037; Karlı (n 1) 385; Karauz (n 25) 109; Kuru (n 7) 407; Soy (n 2) 143-144; Tanrıver, Usûl (n 1) 1030; Ulusan (n 6) 981; Ancak Budak/ Karaaslan'a göre, taraflar şarta bağlı sulh sözleşmesine göre karar verilmesini isterlerse, mahkeme sulh sözleşmesine göre karar vermemelidir. Bkz Budak and Karaaslan (n 1) 300.

<sup>75</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 563; Kuru (n 7) 408; Soy (n 2) 145; Ulusan (n 6) 988; Atalı'ya göre; bu ihtimalde taraflar arasındaki dava mahkemenin esas hakkındaki nihai kararı ile sona erdiğinden, bu halde bir bütün olarak mahkeme kararına karşı kanun yollarına başvurmak mümkündür. Bkz Atalı, Pekcanitez Usûl (n 3) 2036; “...Somut olaya gelince; mahkemece taraf vekillerinden sulh sözleşmesine göre taleplerinin ne olduğu sorulmamıştır. Bu durumda taraflar ya da sulhe yetkili vekil, sulh sözleşmesine göre bir karar verilmesini istediği takdirde sulh sözleşmesinde öngörülen ve tarafların her birine düşen edimlerin ve yükümlülüklerin de karara bağlanması gerekir. Böylece taşınmazlar yönünden tapuda işlem yapılmasına imkan verildiği gibi tarafların yükümlülüklerinin de hükmen yerine getirilmesine imkan sağlanmış olur. Bu sebeple, mahkemece, sadece taraflar arasındaki 08.10.2013 tarihli protokolün tasdiki ile yetinilerek infaza elverişli bir hüküm kurulmaması doğru olmamıştır...” Yargıtay 14 HD, 1838/8247, 9.11.2017; “...Sulh şarta bağlı değilse sulh üzerine mahkemenin vereceği karar, tarafların talebine göre iki şekilde olabilir: a) Taraflar, mahkemenin, sulhe (sözleşmesine) göre bir karar vermesini istemezlerse, karar verilmesine yer olmadığına karar verilir (HMK m 315,1). Taraflar sulhu tespit etmesini isterlerse, o zaman mahkeme, sulhu HMK m 154,3/ç'ye göre tutanağa geçirir ve “karar verilmesine yer olmadığına” (HMK m 315,1/c.2) biçiminde bir kararla davanın son bulduğunu tespit etmekte yetinir. Çünkü, davanın sahibi taraflardır ve hâkim onların talebinden fazlaya karar veremez (HMK m 26). b) Taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, mahkeme, sulh sözleşmesine göre bir karar (hüküm) vermek zorundadır. Özellikle tarafların, aralarındaki uyumsuzluğun esaslı noktalarında sulh olmaları halinde, bunun bütün ayrıntıları ile birlikte bir mahkeme kararında (hükümünde) belirtilmesini istemelerinde hukuki yararları vardır. Taraflar sulh olurken aynı zamanda yargılama giderleri hakkında da bir anlaşmaya varmışlarsa, mahkeme, tarafların anlaşmasına göre tarafların ödeyecekleri yargılama giderlerini sulh nedeniyle davayı sona erdiren kararında belirtir. Taraflar, sulh sözleşmesinde yargılama giderlerinden söz etmemişlerse mahkeme, yargılama giderleri üzerinde de bir anlaşmaya varmaları için taraflara bir imkân verir. Taraflar, yargılama giderleri hakkında bir anlaşmaya varamazlarsa mahkeme, yargılama giderlerini, sulh sözleşmesindeki (kısmi) kabul ve feragat edilen miktarlar oranında taraflar arasında paylaştırır (HMK m 326,2); yani taraflardan birini, o oranda yargılama gideri ödemeye mahkûm eder. Taraflardan biri (veya her ikisi) davayı bir vekil (avukat) vasıtasıyla takip etmiş ise, mahkeme, karşı tarafı (veya her iki tarafı) sulh sözleşmesindeki kabul ve feragat oranında vekâlet ücreti ödemeye mahkûm eder (HMK m 323,1/ğ; 326,2). Bu vekâlet ücretine, tarifeye göre hükmedilir. Somut olaya gelince; hüküm tarihinden ve kararın temyiz edilmesinden sonra taraflar arasında 24.02.2017 tarihli bir sulh sözleşmesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, taraflar arasında düzenlenen 24.02.2017 tarihli sulh sözleşmesi uyarınca değerlendirme yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerektirmiştir...” Yargıtay 14 HD, 1550/337, 16.1.2018. Kararlar için bkz Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası.

vermesi için doğası gereğidir<sup>76</sup>. Ayrıca sulh üzerine mahkemenin bir karar vermesine gerek kalmadığından sulhe karşı usûl hukuku bakımından kanun yoluna başvurmak mümkün olmayacaktır<sup>77</sup>.

Mahkeme huzurunda yapılan sulhun diğer önemli etkisi ise kesin hükmün sonuçlarını doğurmasıdır (HMK md. 315/1)<sup>78</sup>. Ancak burada ifade edilen kesinlikten maddî anlamda kesinliği mi yoksa şeklî anlamda kesinliği mi anlamak gerektiği konusunda öğretilerde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Öğretilerde ilk olarak *Önen*<sup>79</sup> tarafından ileri sürülen görüşe göre, sulhun doğurduğu kesinlik, ancak şeklî anlamda bir kesinlik olabilir. Yazara göre, maddî anlamda kesinlik, maddî gerçekliğin belirtilmesidir. Sulh ise bir taraf işlemi olduğundan, tarafların hukukî tasarruflarıyla bağlayıcı bir adli gerçekliği belirlemeleri mümkün değildir. Zira adli gerçekliği belirleme imtiyazı mahkemelere özgüdür ve bu sebeple yalnızca mahkemelerin vereceği kararlar maddî anlamda kesinliğe elverişli olacaktır. Sulhun şeklî anlamda kesinliği sağladığını savunan bu görüş uyarınca, sulhe karşı kanun yollarına başvurulamayacağı gibi<sup>80</sup>, sulhun maddî anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğurmaması sebebiyle aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı sebebe dayanarak tekrar dava açılabilmesi de mümkündür<sup>81</sup>. Bu durumda tarafların yapacağı tek şey ise sulhu davada bir defa olarak ileri sürmek olacaktır<sup>82</sup>.

Öğretilerde ileri sürülen diğer bir görüş<sup>83</sup> uyarınca ise sulh, maddî anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğuracağından, aynı davanın tarafları arasında aynı konuda ve aynı sebebe dayanarak tekrar dava açılmaz.

*Atalı*'ya<sup>84</sup> göre, davaya son veren taraf işlemleri hükmün sürrogatları olduğundan bizzat kendisi maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Maddî anlamda kesin

<sup>76</sup> Akil (n 6) 7; Önen (n 6) 134; Soy (n 2) 142; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 342-344; "Zira davanın sahibi taraflardır ve hâkim onların talebinden fazlasına karar veremez (HMK md. 26/1)." Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 563; Kuru (n 7) 407.

<sup>77</sup> Akil (n 6) 7; Ansay (n 6) 206-207; Önen (n 6) 150-151; Sulh üzerine mahkemenin vereceği karara karşı usûl hukuku sebeplerine göre olağan kanun yollarına başvurulabileceğine ilişkin olarak bkz Kuru (n 7) 409; Soy (n 2) 159-160; Ancak sulhun içeriği olan maddî hukuk işlemine karşı usûl hukuku kurallarına göre kanun yollarına başvurulamayacağına ilişkin olarak bkz Kuru (n 7) 409; *Atalı*'ya göre de mahkemenin karar vermesine yer olmadığına ilişkin kararına karşı yalnız mahkemenin usûlî yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine ilişkin olarak kanun yolu incelemesi yapılabilecektir. Bkz *Atalı*, Pekcanitez Usûl (n 3) 2036.

<sup>78</sup> "...Davaacılar vekili 31.08.2018 tarihli dilekçesi ile karar verildikten sonra davacı vekilinin sunduğu 08/03/2016 tarihli ibraname uyarınca sulh olduklarını bu sulh protokolü uyarınca idare tarafından bedelin ödenmeye başlandığı belirtilmiştir. Sulh HMK'nın 313 vd maddelerinde düzenlenmiş olup görülmekte olan bir davada tarafların aralarındaki uyumsuzluğu kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir ve hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir. Karar kesinleşinceye kadar yapılan her türlü sulh anlaşması mahkeme huzurunda yapılmış sulh olarak kabul edilir. Sulh ilgili bulunduğu davayı sona erdirir, kesin hüküm gibi sonuç doğurur..." Yargıtay 5.HD, 5093/25740, 27.12.2018. Karar için bkz Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası.

<sup>79</sup> Önen (n 6) 149; Ayrıca *Karauz*, *Tanrıver* ve *Ulusan* da *Önen*'i referans alarak buradaki kesinliğin şeklî anlamda kesinlik olduğunu paylaşmışlardır. Bkz *Karauz* (n 25) 98-99; *Tanrıver*, "Sulh" (n 5) 343 dn 40; *Ulusan* (n 6) 988-989.

<sup>80</sup> Önen (n 6) 150-151; *Ulusan* (n 6) 989.

<sup>81</sup> Önen (n 6) 151; *Ulusan* (n 6) 989.

<sup>82</sup> Önen (n 6) 151; *Ulusan* (n 6) 989.

<sup>83</sup> Akil (n 6) 7; Kuru (n 7) 409; Soy (n 2) 155-156.

<sup>84</sup> *Atalı*, Pekcanitez Usûl (n 3) 2009, s. 2035.

hüküm ise yalnızca mahkeme kararlarına tanınan bir ayrıcalıktır. Davaya son veren taraf işlemlerinde davayı esasen sona erdiren tarafın iradesidir. Ancak kanun koyucu davaya son veren taraf işlemlerinde de mahkeme kararlarına tanınan ayrıcalıklardan yararlanma imkanı vermiştir. Bu sebeple davaya son veren taraf işlemi ile sona eren bir dava yeniden açılmak istendiğinde mahkeme kesin hüküm varmış gibi hareket etmelidir.

*Tanrıver*<sup>85</sup> de HMK md. 315'te sözü edilen kesin hüküm gibi etki doğurmanın maksadının, sulhun hem şeklî hem de maddî anlamda kesin hükmün hukukî sonuçlarını doğurması olduğunu; belirtilen düzenlemede özel bir düzenleme getirilerek kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğurmaya vurgu yapıldığını ve bu yüzden sulh ile sona eren dava tekrar açıldığında mahkemenin maddî anlamda kesin hüküm dava şartı eksikliğinden davanın usûlden reddine karar vermesi gerektiğini ileri sürmektedir.

*Budak/Karaaslan*'a<sup>86</sup> göre de sulhun kesin delil etkisini de kapsayacak şekilde kesin hüküm teşkil edebilmesi için tarafların talebi üzerine mahkemenin sulhe göre karar vermiş olması gerekir. Ancak taraflar sulhe göre karar verilmesini talep etmezlerse, mahkeme karar verilmesine yer olmadığına karar vereceğinden, bu durumda sulh sözleşmesi sadece davanın ikinci defa açılmasına engel olacak; ancak kesin delil gücünden yoksun olacaktır.

*Meriç*'e<sup>87</sup> göre, taraflar mahkemeden yapmış oldukları sulh sözleşmesinin tutanağa geçirilmesini istemişlerse, sulhu içeren hüküm hem maddî hem de şeklî anlamda kesin hüküm teşkil eder. Ancak taraflar, sulhe göre karar verilmesini istememişlerse, sulh bir mahkeme kararı yerine geçemeyecek ve kanunî bir geçekliği ifade edemeyecek; fakat maddî anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğurabilecektir. Ancak yazara göre, mahkemenin sulh sebebiyle davanın konusuz kaldığına ilişkin kararı, yalnızca tarafların anlaşmalarını belirttiğinden, sulhun içeriğini göstermeyen mahkeme tutanağının kesin hükmün sonuçlarını doğurması beklenemez.

Kanımızca da sulhun kesin hükmün sonuçlarını doğuracağını kabul etmek gerekir. Zira HMK md. 315/1 hükmü, tereddüde yer bırakmayacak şekilde mahkeme huzurunda yapılan sulhun, kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğuracağını düzenlemiştir. Sulhun amacının taraflar arasındaki uyuşmazlığı geleceğe etkili olarak çözmek olduğu hususu dikkate alındığında, sulhun, hem maddî hem de şekli anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğurması gerekir. Ayrıca burada zaten sulhun kendisinin kesin hüküm teşkil edeceği değil; kesin hükmün sonuçlarını doğuracağı açıkça belirtilmiştir<sup>88</sup>. Dolayısıyla sulhle sona eren yargılama üzerine kanun yollarına

<sup>85</sup> Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1031-1033.

<sup>86</sup> Budak and Karaaslan (n 1) 302.

<sup>87</sup> Meriç (n 1) 210-211.

<sup>88</sup> Meriç (n 1) 210; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1031.

başvurulamayacağı gibi; aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı sebebe dayanarak tekrar dava açılması mümkün olmayacaktır.

Yine öğretide<sup>89</sup> sulhun şarta bağlı olarak yapılması durumunda, sulhun sonucunda davanın kendiliğinden sona ereceği; ancak uyuşmazlığın sona ermeyeceğinden bahisle maddî anlamda kesin hükmün etkisine sahip olamayacağı ileri sürülmüştür. Ancak her ne kadar şarta bağlı olarak sulh yapıldığında mahkemece şarta bağlı hüküm verilemese de, HMK md. 315/1 uyarınca kesin hükmün kendisinin değil sonuçlarının ortaya çıkacağı düzenlenmiş olduğundan, bu durumda da maddî anlamda kesin hükmün sonuçlarını doğuracağını kabul etmek gerekir. Diğer bir ifadeyle, aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı sebebe dayanarak tekrar dava açılmamalıdır<sup>90</sup>.

Mahkeme huzurunda yapılan sulhun diğer önemli bir sonucu da İİK md. 38 uyarınca ilâmların icrasına ilişkin hükümlere tabi olmasıdır. Ancak mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin ilâm niteliğini haiz olmadığı; yalnızca icra edilebilirlik bakımından ilâmlarla aynı hukukî rejime tabi olduğunun altını çizmek gerekir<sup>91</sup>. Zira sulh, mahkeme ilâmlarından farklı olarak irade sakatlığı sebeplerine dayanarak iptal edilebilir ve şarta bağlı olarak yapılabilmesi mümkündür<sup>92</sup>. Mahkeme huzurunda yapılan sulhun icraya elverişli olabilmesi için, tarafların sulh olduklarına ilişkin tutanağın önce taraflar, sonra da hâkim ve zabıt katibi tarafından imzalanması ve mahkemece uyuşmazlığın sulh ile sonuçlandırıldığı tespit ve tevsik edilmiş olması gerekir<sup>93</sup>. Yine sulhun icra edilebilmesi için içerik itibarıyla icraya elverişli olması diğer bir ifadeyle, bir edimin ifasını sağlamaya yönelik olması gerekir<sup>94</sup>.

Yukarıda bahsettiğimiz HMK md. 315/1 ve İİK md. 38 hükümlerinde düzenlenen etkiler şüphesiz ki, mahkeme dışında yapılan sulh, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştüğünde de ortaya çıkacaktır. Ancak burada özellikle mahkeme dışında yapılan sulhun icrasının üzerinde durmak gerekir. Şöyle ki; İİK md. 38'de "*mahkeme huzurunda yapılan sulhler*" ifadesinin kullanılması, mahkeme dışında yapılan sulhun icra edilemeyeceği anlamına gelmemelidir. Kaldı ki, bu düşünceden yola çıkıldığında HMK md. 315/1'de düzenlenen sonuçlar da mahkeme dışında yapılan sulhte geçerli olmayacaktır. Zira HMK md. 313'ün gerekçesinde mahkeme dışında yapılan sulhun,

<sup>89</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz and Hanağası (n 1) 564; Atalı, Pekanttez Usûl (n 3) 2037; Kuru (n 7) 409; Soy (n 2) 155-156.; Aksi yönde bkz Akil (n 6) 7.

<sup>90</sup> Sulhun şarta bağlı olarak yapılmasının yargılamanın kesin bir hükümlerle sona ermiş sayılmasına engel olmadığına ilişkin olarak bkz Akil (n 6) 7.

<sup>91</sup> Ansay (n 6) 206; Karşlı (n 1) 386; Karauz (n 25) 100; Önen (n 6) 152-153; Soy (n 2) 179; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 344; Ulsan (n 6) 989.

<sup>92</sup> Karauz (n 25) 100; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 344; Ulsan (n 6) 989.

<sup>93</sup> Önen (n 6) 153; Soy (n 2) 180; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 344.

<sup>94</sup> Grunsky and Jacoby (n 8) 151; Hess (n 8) 190; Karşlı (n 1) 386; Karauz (n 25) 99-100; Önen (n 6) 157; Soy (n 2) 180; Tanrıver, "Sulh" (n 5) 345; Tanrıver, *Usûl* (n 1) 1034; Ulsan (n 6) 989.

düzenlemenin kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir<sup>95</sup>. Ancak yukarıda<sup>96</sup> ayrıntılı olarak tartıştığımız üzere, mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesinin, mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşmesi durumunda mahkeme huzurunda yapılan sulhun etki ve sonuçlarını doğuracağına tekrar altını çizmek gerekir.

## Sonuç

Sulh, medenî usûl hukukumuzda hâkim olan tasarruf ilkesi gereğince, tarafların uyuşmazlığı sona erdirmek konusunda tasarrufta bulunabilmelerine imkan sağlayan bir kurumdur. Sulh ile ilgili olarak hukukumuzda bağımsız bir düzenleme ilk defa 6100 sayılı HMK ile yer almaktadır. Ancak mevcut düzenleme yalnızca mahkeme huzurunda yapılan sulhe ilişkindir. Oysa uyuşmazlık içinde olan tarafların, uyuşmazlığı yargılama makamlarına taşımadan önce veya uyuşmazlıkla ilgili yargılama devam ederken mahkeme dışında sulh olmaları mümkündür.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek diğer bir ifadeyle, sona erdirmek için karşılıklı fedakarlıkta bulunarak mahkeme dışında yaptıkları sözleşme, mahkeme dışında yapılan sulh sözleşmesidir. Mahkeme dışında yapılan sulh, bir maddî hukuk sözleşmesi olup, derdest bir davanın varlığını gerektirmez. Ayrıca derdest bir dava olsa bile mahkeme dışında yapılan sulhle, devam eden yargılama etkilenmez. Ancak mahkeme dışında yapılan sulhün, belirli koşullar altında mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülmesi ile mahkeme huzurunda yapılan sulhün etkilerini ve sonuçlarını doğurması mümkün olacaktır. Diğer bir ifadeyle, mahkeme dışında yapılan sulhün, devam eden yargılamayı etkilemesi için mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüştürülmesi gerekir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

<sup>95</sup> Bkz yukarıda I. bölüm.

<sup>96</sup> Bkz yukarıda III, A bölüm.

## Bibliyografya/Bibliography

- Akil C, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, (2012) XVI (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-17.
- Alangoya HY, Yıldırım MK and Deren-Yıldırım N, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (6. bası Alkım 2006).
- Ansay SŞ, “Sulh”, (1944) I (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 200-209.
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S, Hanağası E, *Medenî Usûl Hukuku* (4. baskı, Yetkin 2018).
- Atalı M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. bası, Oniki Levha 2017).
- Atalı M, Ermenek İ and Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2018).
- Budak AC and Karaaslan V, *Medenî Usûl Hukuku* (Güncellenmiş 2. baskı, Adalet 2018).
- Erdönmez, G, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (15. bası, Oniki Levha 2017).
- Grob-Andermacher B and Walder-Richli HU, *Zivilprozessrecht Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonalen Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte* (5. vollständig überarbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2009).
- Grunsky W and Jacoby F, *Zivilprozessrecht* (15. überarbeitete Auflage, Franz Vahlen 2016).
- Hess B, *Jauernig/ Hess Zivilprozessrecht* (30. völlig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2011).
- Karauz AK, *Sulh Sözleşmesi* (Adalet 2014).
- Karşlı A, *Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı* (6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve gözden geçirilmiş 2. baskı, Alternatif 2011).
- Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2017).
- Meriç N, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde)* (Yetkin 2011).
- Önen E, *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1972).
- Rosenberg L, Schwab KH and Gottwald P, *Zivilprozessrecht* (17. neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck 2010).
- Soy A, *Türk Medenî Yargılama Hukukunda Sulh* (Adalet 2017).
- Stahelin A, Stahelin D and Grolimund P, *Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts* (2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2013).
- Tanrıver S, “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, (1994) 49 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 333-348.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku C.I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Yetkin 2016).
- Ulusan Banu: “Sulh Sözleşmeleri”, 2011-2012 (VIII- IX) 2-1 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Erhan ADAL’a Armağan) 975-993.
- Üstündağ S, *Medenî Yargılama Hukuku C. I-II* (Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 7. baskı, Filiz 2000).







# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 16.10.2019  
Revizyon Talebi: 18.10.2019  
Son Revizyon Tarihi: 20.10.2019  
Kabul: 23.10.2019

## İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü

Ayşe Köme Akpulat\*

### Öz

Engelliler; sağlık, eğitim ve istihdam konusunda çeşitli sorunlar yaşamakta ve bu anlamda dezavantajlı gruplar arasında yer almaktadır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25. maddesinde, herkesin engellilikten doğan geçim sıkıntısı durumunda korunması gerektiği açıklanmıştır. Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'de de engellilerin hakları ve taraf devletlerin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu Sözleşmenin 27. maddesine göre, taraf devletler çalışma hakkının gerçekleşmesini güvence altına alacak ve destekleyeceklerdir. Türkiye'de de engellilere ilişkin çok sayıda yasal düzenleme yapılmıştır. Bunlardan biri de 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesidir. Maddede, işverenlere işyerlerinde engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü getirilmiştir. Buna göre, elli veya daha fazla sayıda işçi çalıştıran işverenler, belirli sayıda engelli işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdür. Bu sayı özel sektör işyerlerinde yüzde üç, kamu işyerlerinde ise yüzde dördttür. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır. Bu çalışma, İş Kanunu'nun 30. maddesini ilgili mevzuat çerçevesinde incelemeyi amaçlamaktadır.

### Anahtar Kelimeler

İş Kanunu, Engelliler, İstihdam, Çalışma hakkı, Sosyal devlet, Korunmalı işyeri

## The Liability of the Employer to Employ Disabled Employee

### Abstract

Disabled people, having various problems with health, education, and employment, are among the disadvantaged groups. In Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights 1948, it is explained that everyone should be protected in case of a lack of livelihood arising from disability. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities also regulates the rights of persons with disabilities and the obligations of the contracting states. According to Article 27 of the Convention, contracting states shall secure and support, ensuring the right to work. Also, in Turkey, a large number of legal arrangements have been made for persons with disabilities. One of them is article 30 of Labour Law no. 4857. By this Article, employers are obliged to employ disabled workers in the workplace. Accordingly, employers employing fifty or more workers are obliged to employ a certain number of disabled workers in jobs suitable for their occupation, body and mental status. This number is 3 percent in private sector workplaces and 4 percent in public workplaces. The number of workers the employer is obliged to employ in this scope is calculated according to the total number of employees for those employers who have more than one workplace within the same province boundaries. This study aims to examine article 30 of the Labour Law within the framework of the relevant legislation.

### Keywords

Labour Law, Person with disabilities, Employment, Right to work, Social state, Sheltered workplaces

\* **Sorumlu Yazar:** Ayşe Köme Akpulat (Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: aysekome@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-5271-2961

**Atf:** Köme Akpulat A, "İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 523.  
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0003>

### **Extended Summary**

Involvement of persons with disabilities in business life is extremely important – just as much as in their access to education and health services - and in their enjoyment of social protection because unemployment makes individuals becoming unemployed feel like they are useless. Involvement of persons with disabilities in business life, and pursuing the same eliminates the social effects caused by the risk of unemployment. In addition, working persons with disabilities benefit from social insurance protection based on their work, and thus a decrease occurs in the expenses made for persons with disabilities from the social security budget. While the policies relevant to persons with disabilities started with passive policies such as protecting persons with disabilities, today they have transformed into active policies such as ensuring the complete participation of persons with disabilities in employment.

In Turkey, the number of persons with disabilities recorded on the National Database on Persons with Disabilities is 2.461.828 for the first half of the year 2019. And the rate of participation of persons with disabilities in employment is 22.1 percent. When compared with the data for the EU and OECD, this number is very low. Thus, increasing the participation in employment of persons with disabilities is also among the objectives relevant to business life.

When the legal regulations in Turkey are examined, it can be observed that rules relevant to the protection of persons with disabilities have taken place in Constitutional Law for the first time. According to Article 17 of Constitutional Law, everyone has the right to live, and to preserve and improve their material and moral presence. And, according to Article 49 of Constitutional Law, working is everyone's right and obligation. The government takes the required measures to increase the standard of living of employees, protect the unemployed, and support working. The government's actualization of this obligation is especially important in terms of persons with disabilities who are experiencing many difficulties in involvement in business life. For this reason, it is required that the government should take special measures for persons with disabilities, and to provide the work environment for them. Hence, in Article 50 of Constitutional Law, it has been emphasized that no one could be employed in works not conforming to their strength, and the rule of "the ones having physical and psychological insufficiency are distinctively protected in terms of working conditions" has been established.

And the most basic law regarding persons with disabilities is the Law on Persons with Disabilities no 5378. This law intends that persons with disabilities should benefit from fundamental rights and freedoms, and to ensure their participation in social life under equal conditions with other individuals. Article 30 of Labour Law no 4857 regulates the details relevant to the liability of employers to employ persons

with disabilities. Article 30 was regulated again in 2008, and new principles were established regarding the employment of persons with disabilities. In accordance with this, employers employing fifty or more employees in the workplace have to employ a specific number of persons with disabilities. When Article 30 of Labour Law is examined, it is observed that the straightforward quota method has been adopted regarding the employment of persons with disabilities. The quota determined within this scope is three percent for workplaces in the private sector, and four percent for workplaces in the public sector.

It is required that the following conditions are present for liability of the employer to employ persons with disabilities to arise : i) The workplace's inclusion in the scope of Labour Law, or Maritime Labour Law, ii) Employment of fifty or more employees in the workplace. In case of the presence of these conditions, the employers are required to employ persons with disabilities whose rate of disability is at least 40 percent.

Persons with disabilities should be employed through the Turkish Employment Agency. But the employer may also employ a person with disabilities through his own means. In this case, it is required to inform the Turkish Employment Agency, and to have the person with disabilities recorded at the Agency. An administrative fine is imposed on the employer acting against the liability of employing persons with disabilities.

Another method regarding the employment of persons with disabilities is the concept of sheltered employment. Briefly, this method is ensuring the employment of persons with disabilities – for whom it is difficult to bring them in business life - within the frame of special conditions. In this system, there are sheltered workplaces where the working environment is specifically arranged in order to ensure the employment of persons with disabilities. In Turkish Law, the principles of this subject have been regulated in the Law on Persons with Disabilities, and in a certain regulation issued on this subject. That Regulation first came into force in 2006, and it was renewed in 2013. Persons with disabilities who will be employed at sheltered workplaces, are not only persons with physical disabilities but persons with mental and psychological disabilities. In terms of acquiring the status of a sheltered workplace, some conditions have been sought by the Regulation. Above all, it is required that the workplace is one which holds the qualifications determined by the Regulation, and where at least eight persons with disabilities are employed. In addition, the ratio of the number of persons with disabilities who will be employed at a sheltered workplace to the number of total employees shouldn't be less than seventy five percent. In the Regulation, the physical conditions and equipment that the sheltered workplace has to have (safety, traffic safety, fire protection etc.) were also specified. A specific part of the remunerations

of the persons with disabilities being employed at sheltered workplaces is paid by the government.

In Turkish law, amendments made in time in Article 30 of Labour Law being the basis of the liability of employing persons with disabilities, and especially the increase in incentives for the employers in private sector are deemed as proper regulations. Again, allowing the employers to find workers who will be employed by their own means is also among those steps which would facilitate employment. Certainly, considering the measures ensuring employment as incentives rather than a quota and fine method would be a more constructive approach.

## İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü

### Giriş

Sosyal hayatta dezavantajlı gruplar arasında kabul edilen engellilerin<sup>1</sup>; eğitim ve sağlık hizmetlerine ulaşması, sosyal korumadan yararlanması kadar, istihdam edilebilmesi de son derece önemlidir. Zira işsizlik, “işsiz kalan tüm bireylerde faydasız bir insan olduğu hissini yaratmakta ve kişiyi moral çöküntü içine sokmaktadır”<sup>2</sup>. Engellilerin çalışma hayatına aktif olarak katılamaması kendilerinin ve ailelerinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürdüğü gibi, işsizliğin önemli etkilerinden olan toplumsal barışın zedelemesine de yol açar<sup>3</sup>. Engellilerin çalışma hayatında var olması ve bu varlığını sürdürmesi işsizlik riskinin yarattığı sosyal etkileri ortadan kaldıracığı gibi, çalışan engelliler, bu çalışmalarına dayanarak sosyal sigorta korumasından yararlanacağından, sosyal güvenlik bütçesinden engellilere yönelik yapılan harcamalarda da (sosyal yardım ve hizmetlerde) azalma olacaktır<sup>4</sup>. Bu nedenle, her birey gibi engelli bireylerin de işgücü alanında yer alması gerek bireysel gerek toplumsal açıdan birçok faydayı beraberinde getirmektedir.

Engellilere ilişkin politikalar, engellileri sosyal yardım kapsamında korumak şeklindeki pasif politikalarla başlamışken; bugün için gelinen nokta, engellilerin istihdama tam katılımının sağlanması yönündeki aktif politikalara dönüşmüştür. Ülkemizde de engellilerin istihdam edilebilirliğini sağlamak ve istihdam oranını arttırmak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmış ve işverenlere bu yönde bir yükümlülük getirildiği gibi, teşvik uygulamaları da hayata geçirilmiştir. Kuşkusuz bu düzenlemelerin temel amacı, engellileri “kâğıt üstünde bir işyerinde çalışıyor göstermekten” çok; aktif olarak çalışma hayatına katılmalarını sağlamaktır. Engellilerin etkin ve sürdürülebilir istihdamı, engelli bireylere mesleki beceri kazandırılması ve istihdamın kalıcı nitelikte olmasını da içerir. Çalışmamızda, işyerinde belirli sayıda işçi çalıştıran işverenlerin engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünün koşulları ve bu yükümlülüğe uymamanın sonuçları incelenmiş, engelli işçi çalıştırmanın teşviki amacıyla getirilen primlerin hazinece ödenmesi konusunda da ayrıca durulmuştur.

<sup>1</sup> Esasen engelliliğe ilişkin çok sayıda tanım ve isimlendirme yapılmıştır. Ancak çalışmamızın konusu, engellilik yerine kullanılan diğer kavramları tartışmak veya engelliliğe ilişkin yapılan tüm tanımlamaları ortaya koymak değildir. Bu nedenle terminoloji olarak, hukukumuzda da kabul edilen “engelli” kavramı benimsenmiş, engelliliğe ilişkin yapılan çeşitli tanımlamalara çalışma içinde yer verilmiştir.

<sup>2</sup> William H. Beveridge, *Full Employment in A Free Society* (2nd edition, 1960) 19.

<sup>3</sup> Kenan Tunçomağ, ‘Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümü’ (1974) 40(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 375, 376.

<sup>4</sup> Ömer Ekmekçi, ‘Yeni Tüzük Hükümleri Uyarınca Sakat İşçi Çalıştırma Yükümü’ (1987) (4,5,6) İstanbul Barosu Dergisi (Sakat İşçi Çalıştırma) 309, 310. Primli ve primsiz sistemde engellilere yapılan yardımlar ve genel olarak engellilerin sosyal güvenliği için bkz Canan Ünal, *Özürtlülerin Sosyal Güvenlik Hakları* (Beta 2012) 87-169.

## I. Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlüğüne İlişkin Mevzuat Hükümlerine Uluslararası Sözleşmeler Karşısında Genel Bir Bakış

### A. Genel Olarak Engellilerin İstihdama Katılma Oranları

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) raporlarında, ağır ya da hafif engelli bireylerin, dünya nüfusunun yüzde 15'ini oluşturduğu ve bunların yüzde 80'inin de aktif çalışma yaşında olduğu; engelli bireylerin ve özellikle engelli kadınların; iş dünyasında fırsat eşitliği konusunda ciddi sorunlarla karşılaştığı, engelli olmayan bireylerle kıyaslandığında daha fazla işsizlik ve ekonomik hareketsizlik yaşadıkları açıklanmıştır<sup>5</sup>. Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) 2011 tarihli ve oldukça geniş kapsamlı raporunda (World Report on Disability); 51 ülkenin verileri incelendiğinde, istihdama katılan engelli erkeklerin oranının yüzde 52, engelli kadınların oranının yüzde 19 olduğu; Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) ülkelerinde ise engelli olmayanların istihdama katılım oranı yüzde 75 iken, bu sayının engellilerde yüzde 44'e düştüğü tespit edilmiştir<sup>6</sup>. Avrupa Birliğinde ise Avrupa Topluluğu İstatistik Ofisi (EUROSTAT) verileri incelendiğinde, aktif çalışma yaşındaki engellilerin istihdam oranlarının yüzde 47 olduğu görülmektedir<sup>7</sup>.

Ülkemizdeki duruma gelince, Türkiye'de engelli bireylerin yaş, cinsiyet, şehir bazında dağılımına ilişkin son araştırma Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından gerçekleştirilen 2011 tarihli Nüfus ve Konut Araştırması'dır<sup>8</sup>. Buna göre, "en az bir engeli olan nüfusun oranı yüzde 6.9 (4.876.000 kişi)'dur. Erkeklerde yüzde 5.9 olan bu oran, kadınlarda yüzde 7.9'dur". Sağlık Bakanlığı ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın veri tabanlarından elde edilerek oluşturulan Ulusal Engelli Veri Tabanında kayıtlı olan engelli sayısı ise 2019 yılının ilk yarısı itibariyle 2.461.828'dir<sup>9</sup>. TÜİK'in 2019 yılı Mayıs ayı verilerine göre ülkemizde genel olarak işgücüne katılma oranı yüzde 52.9'dur<sup>10</sup>. Engellilerin istihdamdaki oranına ilişkin ulaşılabilen en güncel resmi istatistik olan 2011 Nüfus ve Konut Araştırması'na göre, engellilerin istihdamdaki oranı yüzde 22.1'dir. Avrupa Birliği ve OECD verileriyle kıyaslandığında, bu sayı düşüktür.

Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan, 4857 sayılı İş Kanunu<sup>11</sup> madde 30 uyarınca işçi çalıştırma yükümlüğüne ilişkin istatistikler ise Türkiye İş Kurumu (İŞKUR) tarafından yayınlanmaktadır. Bu istatistiklere göre 2019 yılı Haziran ayı itibariyle,

<sup>5</sup> ILO, <[https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS\\_475650/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/disability-and-work/WCMS_475650/lang--en/index.htm)> Erişim Tarihi 8.9.2019.

<sup>6</sup> WHO, *World Report on Disability* (2011) 237.

<sup>7</sup> EUROSTAT, <<https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3888793/6802087/KS-TC-14-007-EN-N.pdf/5c364add-6670-4ac9-87c7-9b8838473a7b>> Erişim Tarihi 8.9.2019.

<sup>8</sup> TÜİK <<https://biruni.tuik.gov.tr/yayin/views/visitorPages/index.zul>> Erişim Tarihi 7.9.2019.

<sup>9</sup> Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, *Engelli ve Yaşlı İstatistik Bülteni* (2019) <<https://ailevecalisma.gov.tr/media/9085/buelten-haziran2019-son.pdf>> 16, Erişim Tarihi 7.9.2019.

<sup>10</sup> TÜİK <<http://www.tuik.gov.tr/UstMenu.do?metod=temelist>> Erişim Tarihi 7.9.2019.

<sup>11</sup> RG 10.6.2003/25134.

engelli işçi çalıştırmakla yükümlü olunan işyeri ve işçi sayısı kamuda 1.334 işyerinde 17.106; özel sektörde 17.702 işyerinde 110.554 işçidir. Engelli çalıştırmakla yükümlü bu işyerlerinde çalışan engelli sayısı ise kamuda 15.542 iken, özel sektörde 97.028'dir. Görüldüğü gibi kamuda 4.253, özel sektörde ise 20.642 kişilik açık bir kontenjan sayısı bulunmaktadır. Böylece, (engelli işçi çalıştırmakla yükümlü olunmamasına rağmen İŞKUR aracılığıyla engelli işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan 8.808 işçi de dikkate alındığında), yaklaşık 136 bin engelli işçinin, kamu ve özel sektör işyerlerinde İş Kanunu madde 30 gereğince istihdam edildiği görülmektedir<sup>12</sup>.

Tüm bu sayısal verilerin gösterdiği üzere, dünyada ve ülkemizde, engellilerin işgücüne katılım oranı yüksek değildir. Bu nedenle, birçok uluslararası belgede, engellilere her alanda eşit haklar tanınması gerektiği düzenlenerek; engellilerin çalışma hakkının korunması üzerinde ayrıca durulmuştur. Engellilerin uygun bir işte çalışması ve işe devamlarının güvence altına alınması, bu sözleşmelere taraf devletlere getirilmiş önemli yükümlülüklerden olmuştur. Ülkemizde de, özellikle 2005 yılından itibaren, engellilere yönelik politikaların geliştirilmesinde önemli adımlar atılmıştır.

## 1. Engelli İstihdamına Yönelik Temel Uluslararası Düzenlemeler

Engellilerin çalışmaya hayatına dahil olmaları Sanayi Devrimi'nden sonra gerçekleşmiş ancak işgücüne olan ihtiyacın arttığı bu dönemde dahi engelliler, çoğunlukla istihdamın dışında tutulmuştur<sup>13</sup>. Dünya savaşlarından sonra engelli sayısındaki artış ve bu durumun yol açtığı sorunlar nedeniyle bu konu ülke gündemlerinde yer almaya başlamıştır<sup>14</sup>. İnsan hakları konusunda gelişen ve olgunlaşan anlayış dezavantajlı grupların da özel olarak korunması düşüncesini doğurmuş ve uluslararası belgelerde engellere yönelik çeşitli esaslar kabul edilmiştir. Kuşkusuz bu düzenlemelerden ilki olarak, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin zikredilmesi gerekir. Beyannamenin 25. maddesinde, herkesin işsizlik, hastalık, engellilik, dulluk, yaşlılık gibi kendi kontrolü dışında gerçekleşen ve geçim eksikliği yaratan risklere karşı korunması gerektiği ifade edilmiştir.

Evrensel Beynamede yer alan bu düzenlemeyi Birleşmiş Milletler'in çeşitli sözleşmeleri takip etmiştir. Bu sözleşmelerden konu bakımından üzerinde durulması gereken ilk sözleşme 1966 yılında kabul edilip 1976 yılında yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'dir<sup>15</sup>. Sözleşme, Türkiye tarafından 2000 yılında imzalanmış ve 2003 yılında onaylanması üzerine Resmî Gazete'de<sup>16</sup> yayınlanmıştır. Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003

<sup>12</sup> İŞKUR < <https://www.iskur.gov.tr/kurumsal-bilgi/istatistikler/> Erişim Tarihi 8.9.2019.

<sup>13</sup> Mustafa Şen, 'Türkiye'de Engellilere Yönelik İstihdam Politikaları' (2018) 8(2) Sosyal Güvenlik Dergisi 129, 130.

<sup>14</sup> İbrahim Subaşı, 'İş Hukukunda Özürlülerin Durumu' (2011) Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan (İstanbul Üniversitesi Yayını 2011) 477,477.

<sup>15</sup> Tam metin için bkz < <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> Erişim Tarihi 3.9.2019.

<sup>16</sup> RG 11.8.2003/25196.

tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşmeye göre; taraf devletler, herkesin özgürce seçtiği ya da benimsediği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatına sahip olma hakkını içeren çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için uygun girişimlerde bulunur (madde 6). Yine Sözleşmeye taraf olan devletler, tüm işçilerin adil bir biçimde, herhangi bir ayırım gözetmeksizin eşit işe eşit ücret ilkesiyle çalıştırılmalarını güvence altına alacaktır (madde 7).

Konu bakımından öneme sahip olan ikinci sözleşme ise Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşme'dir<sup>17</sup>. Sözleşme, BM Genel Kurulu tarafından 2006 tarihinde kabul edilmiş ve 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 2007 yılında imzalamış ve 2009 yılında Sözleşmenin onayına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı, Resmi Gazete'de<sup>18</sup> yayınlanmıştır. Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarih ise 28 Ekim 2009'dur. Türkiye bu Sözleşmeye herhangi bir çekince koymamış veya beyanda bulunmamıştır. Sözleşmenin “Çalışma ve istihdam” başlıklı 27. maddesi; “*Taraf Devletler, engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğunu kabul eder*” hükmü ile başlamaktadır. Maddede, çalışma hakkının, “*engellilerin, açık, bütünleştirici ve erişilebilir bir iş piyasası ve çalışma ortamında serbestçe seçtikleri bir işle hayatlarını kazanmaları fırsatını*” da içerdiği açıkça vurgulanmıştır. Buna göre taraf devletler, işe alım ve istihdam edilme koşullarında, istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi ve sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dahil olmak üzere, istihdama ilişkin her hususta, engelliliğe dayalı ayrımcılığı yasaklayacak, engellilerin iş ve sendikal haklarını diğer bireylerle eşit koşullar altında kullanabilmelerini sağlayacak ve çalışma hayatında engellilerin istihdam olanaklarının ve kariyer gelişiminin desteklenmesine ve engellilerin iş aramasına veya işe başlamasına, çalışmaya devam etmesine ve işe geri dönmesine yardım edecektir. Bunun yanında taraf devletler; engellileri kamu sektöründe istihdam edecek ve olumlu eylem programları, teşvikler ve diğer tedbirleri de içerebilecek uygun politika ve önlemlerle, engellilerin özel sektörde istihdam edilmelerini destekleyecektir. Türkiye tarafından onaylanarak hukukumuzun bir parçası olan bu Sözleşme; engellilere ilişkin getirdiği istihdam politikası hükümleri gibi diğer hükümleri itibariyle, devletlere önemli yükümlülükler getiren oldukça kapsayıcı ve detaylı bir sözleşmedir.

Bu kapsamda son olarak ILO'nun 1983 tarihli ve 159 sayılı Sakatların Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdamı Hakkındaki Sözleşmesi'ne<sup>19</sup> yer verilmelidir. Sözleşme, Türkiye tarafından onaylanarak<sup>20</sup> 20 Haziran 2000 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir.

<sup>17</sup> Tam metin için bkz < <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities>. > Erişim Tarihi 3.9.2019.

<sup>18</sup> RG 14.7.2009/27288.

<sup>19</sup> Tam metin için bkz <[https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377302/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377302/lang--tr/index.htm)> Erişim Tarihi 3.9.2019.

<sup>20</sup> RG 10.7.1999/23751.



Sözleşmeye göre engelli terimi, “*uygun bir iş temini muhafazası ve işinde ilerlemesi hususundaki beklentileri, kabul edilmiş fiziksel veya zihinsel bir özür sonucu önemli ölçüde azalmış olan bir bireyi*” ifade eder. Bu sözleşmede üyelerin, engelliler bakımından bir istihdam politikası geliştirmesinin altı çizilerek, bu politikanın engelli işçiler ile engelli olmayan işçiler arasında fırsat eşitliği ilkesine dayanması gerektiği belirtilmiştir.

Uluslararası sözleşmelerde getirilen bu esaslara rağmen, engellilerin tüm dünya genelinde çalışma hayatında yeterince rol alabildiği söylenemez. Bu sonuç, devletlerin bu konuda etkin uygulamaları hayata geçirememesinden kaynaklandığı gibi işverenlerin engelli işçi çalıştırmak konusundaki olumsuz yaklaşımından da kaynaklanmaktadır. Kimi zaman da esasen çalışma hayatında yer almak isteyen engelliler, karşılaşılabilecekleri zorlukları düşünerek bu isteklerinden vazgeçmekte ve iş aramaktan çekinmektedir. Nitekim, uluslararası çalışmalarda; topluma tam katılımın sağlanmasında, eğitim ve istihdamın en önemli iki unsur olarak karşımıza çıktığı, engellilerin özellikle işgücü alanına katılmasının engelli olmayanlara göre iki kat daha zor olduğu, çalışan engellilerin ise daha çok yarı zamanlı veya serbest meslek esasına göre çalıştığı, engelli ailelerinin görece daha yüksek bir yoksulluk riski altında bulunduğu tespit edilmiştir<sup>21</sup>. Benzer olarak, uygun olmayan ortamda çalışmanın, engelli olmayanlara göre engellileri daha çok etkilediğinden (daha az üretken yaptığından); bu kimselerin işyerine ulaşmasının çoğu zaman daha maliyetli olmasına kadar engellilerin çalışma hayatının bir parçası olması konusunda yaşadığı zorluklar sıralanmıştır<sup>22</sup>. ILO’nun 2014 – 2017 yıllarını kapsayan strateji ve eylem planında da (Disability Inclusion Strategy and Action Plan 2014–17), engelli bireylerin istihdamını etkileyen tüm olumsuz unsurların ortadan kaldırılmasına yönelik çalışmalara devam edileceği, özellikle bu alanlara odaklanan stratejik öneme sahip kuruluşlarla işbirliği yapılacağı belirtilmiştir<sup>23</sup>.

## 2. Ulusal Düzenlemeler

Uluslararası sözleşmelerin yanında, engellilerin istihdamına ilişkin kanun hükümlerine yer vermeden önce bu hükümlerin de temel dayanağı olan Anayasa üzerinde durulmalıdır. Anayasa’nın birçok maddesi konu ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgilidir. Kuşkusuz bu maddelerden ilki, “*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” hükmünü içeren 17. maddedir. Esasen bütün temel hakların, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkından doğan temel özgürlük hakkının bir sonucu olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>21</sup> Valentina Stoevska, ‘Disability Statistics - Labour Market Characteristics of Persons with Disabilities’ (2018) 20th International Conference of Labour Statisticians 10 - 19 October 2018, Geneva (ILO, 2018) 2.

<sup>22</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz WHO (n 6) 236 ff.

<sup>23</sup> ILO, <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---ifp\\_skills/documents/genericdocument/wcms\\_370772.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/genericdocument/wcms_370772.pdf)> Erişim Tarihi 8.9.2019.

Bu hükümden sonra ele alınması gereken düzenlemeler, Anayasa'nın 3. bölümünde yer alan ve pozitif statü hakkı olarak kabul edilen, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerle ilgilidir. Bu haklardan ilki, 49. maddede açıklanan çalışma hakkı ve ödevidir. Buna göre, “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır”. Anayasamızda, çalışma, ayırım yapılmaksızın tüm bireyler için hem bir hak hem de bir ödev olarak görülmüştür. Bir başka ifadeyle, çalışma hakkının özelliği, zorla çalıştırma yasağı (madde 18) karşısında isteğe bağlı olarak herkese tanınmasıdır<sup>24</sup>. Ancak, çalışma hakkının kullanılması tek başına bu hakkın öznesine değil, bazı dış etmenlerin gerçekleşmesine bağlıdır. Bu noktada da devlete, çalışma ortamını sağlama ödevi verilmiştir. Esasen devletin bu ödevi, işsizliği önlemekle yakından ilgili olduğu gibi<sup>25</sup>, işsiz kalanlara yardım edilmesi ve belli zorunlu işleri yaratmak için gerekli önlemlerin alınmasını da içerir<sup>26</sup>.

Devletin bu ödevini gerçekleştirmesi, özellikle istihdam konusunda birçok zorluk yaşayan engelliler açısından oldukça önemlidir. Bu nedenle devletin, bu bireyler için özel olarak önlemler alması ve çalışma ortamını sağlaması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 50. maddesinde kimsenin, gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı vurgulanmış ve “bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” düzenlemesi getirilmiştir (fıkra 1 ve 2). Bunun yanında, “Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır” biçimindeki 61. madde (fıkra 2) hükmüyle de sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler arasında engelliler de sayılmıştır<sup>27</sup>.

Engellilerin, temel hak ve özgürlüklerden faydalanmasını teşvik ve temin ederek toplumsal hayata diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılımlarının sağlanması ve engelliliği önleyici tedbirlerin alınması için gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak amacıyla çıkarılan ve engellilere yönelik en temel kanun olarak kabul edebileceğimiz kanun; 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'dur<sup>28</sup>. Bu Kanun'un

<sup>24</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cahit Talas, ‘Çalışma Hakkı ve Türkiye’deki Durum’ (1991) XLVI(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 407,407; Murat Şen, ‘İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı’ (2013) 2(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13,20.

<sup>25</sup> Talas (n 24) 406.

<sup>26</sup> Şen (n 24) 19.

<sup>27</sup> Hemen belirtmek gerekir ki, hukukumuzda önce, 572 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (RG 6.6.1997/23011 Mükerrer) ile 1475 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin de dahil olduğu kimi düzenlemelerde yer alan “sakat” ibaresi yerine “özürlü” ibaresi getirilmiş; daha sonra 2013 yılında kabul edilen, Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 6462 sayılı Kanun’la (RG 3.3.2013/28636) mevzuatımızda geçen “özürlü” ibareleri “engelli” olarak düzeltilmiştir. Ancak, Anayasa'nın bu maddesinde yer alan “sakat” ifadesi varlığını sürdürmüştür.

<sup>28</sup> RG 7.7.2005/25868.

14. maddesi, engellilerin istihdamına ilişkin hükümlere ayrılmıştır<sup>29</sup>. Maddede yer alan esaslar; -engellilerin sürdürülebilir istihdamı için gerekli tedbirlerin alınması, -işe başvuru, önerilen çalışma süreleri, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları da dahil istihdama ilişkin engelliliğe dayalı ayrımcılık yapılmaması, - çalışan engellinin aleyhine, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamele yapılmaması, - işverenler tarafından engellilerin karşılaşılabilecek güçlük ve engelleri kaldırmak üzere işyerlerinde makul düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olması şeklinde sıralanabilir.

Geçmişten günümüze iş kanunları incelendiğinde, engelli istihdamına ilişkin olarak işverenlere doğrudan kanuni bir yükümlülük getiren ilk hükmün, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda<sup>30</sup> yer aldığı tespit edilmektedir. Kanuna göre, işverenler, işyerlerinde İş Kanunu'nun bu konuda koyduğu hükümler, esaslar, ölçütler ve şartlara göre engelli gemi adamı çalıştırmak zorundadır (madde 13). Deniz İş Kanunu yürürlüğe girdiğinde atıf yapılan İş Kanunu hükmü bulunmamaktayken, bu kanundan kısa bir süre sonra 931 sayılı İş Kanunu'nun<sup>31</sup> yürürlüğe girmesiyle, hukukumuzda engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünün esasları ilk kez düzenlenmiştir (m.25). Buna göre, yüz işçiye kadar işçi çalıştıran işverenler her tam elli işçiye karşılık bir engelli (Kanunun ifadesiyle sakat), işçi sayısının yüzden fazlası için her yüz işçiye karşılık iki engelli çalıştırmakla yükümlüdür. Engellilerin çalıştırılacağı işlerin, beden ve ruh durumlarına uygun olması gerekir. Kısa bir süre yürürlükte kalan bu kanundan sonra yürürlüğe giren 1475 sayılı İş Kanunu'nun<sup>32</sup> 25.maddesinde de engellilerin istihdamına yönelik aynı düzenleme varlığını sürdürmüştür<sup>33</sup>. Bu maddeye dayanılarak önce, Sakatların ve Eski Hükümlülerin Çalıştırılmaları Hakkında Yönetmelik<sup>34</sup>, sonra da Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük yürürlüğe girmiştir<sup>35</sup>.

Nihayet, bugün için 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi, işverenlerin engelli işçi çalıştırma yükümlüğüne ilişkin detayların düzenlendiği hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu 30. madde, 2008 yılında bir torba kanunla (5763 sayılı Kanun) yeniden düzenlenmiş ve önceki iş kanunlarından değişik bazı esaslar getirilmiştir. Öte yandan bu maddeye dayanılarak çıkartılan Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik<sup>36</sup> yerine de Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik<sup>37</sup> yürürlüğe girmiştir.

<sup>29</sup> Kanunun temel esasları hakkında bkz Gülsevil Alpagut 'Özürlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler' (2005) (Ekim) Mercek Dergisi (Son Değişiklikler) 152,153 ff.

<sup>30</sup> RG 29.4.1967/12586.

<sup>31</sup> RG 12.8.1967/12672.

<sup>32</sup> RG 1.9.1971/13943.

<sup>33</sup> Ayrıntılı açıklamalar için Tunçomağ (n 3) 377 ff; Ekmekçi, Sakat İşçi Çalıştırma (n 4) 310-311; M. Fatih Uşan, *İş Hukukunda Sakat İstihdamı* (Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası 1999) 210 ff.

<sup>34</sup> RG 21.1.1972/14079.

<sup>35</sup> RG 16.3.1987/19402.

<sup>36</sup> RG 24.3.2004/25412.

<sup>37</sup> RG 25.4.2009/27210.

Hemen belirtilmelidir ki, 30. maddenin ve bu maddeye aykırılık nedeniyle idari para cezasının düzenlendiği 101. maddenin, Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan dava, Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir<sup>38</sup>. Engelli işçi çalıştırmaması üzerine idari para cezasına çarptırılan işverenin açtığı iptal davasını gören idare mahkemesi, hükmü Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. İdare mahkemesi gerekçesinde, engelli işçi çalıştırma yükümünün sosyal devlet ilkesi gereği Devlete ait olduğunu, bunun yükünün özel teşebbüslere yükletilmemesi gerektiğini, ayrıca hükmün sözleşme yapma hürriyetine, işverenler için bir angarya getirdiği için de angarya yasağına aykırı bulunduğunu açıklamıştır. Yüksek Mahkeme ise isabetli olarak, engelli işçi çalıştırma yükümüne ilişkin kuralın, dezavantajlı grupları koruduğu yani sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçsüzlük de bulunmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiş, hükmün angarya yasağıyla ilgili bulunmadığını da ayrıca belirtmiştir<sup>39</sup>. Kanımca da hükümde Anayasa'ya aykırılık söz konusu değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, engellilerin istihdamına yönelik politikalar geliştirilmesi, uluslararası belgelerde ve iç hukukumuzda kabul edilmiş bir amaçtır. Bu amacın temelinde insan haklarının korunması, geliştirilmesi ve sosyal devlet ilkesi yatar. Engellilere yönelik politikalar; pasif biçimde, yalnızca onları bir sosyal yardım objesi olarak görerek korumaya ve ihtiyaçlarını gidermeye yönelik olmamalı aksine aktif politikalarla, engellilerin kendi mesleki becerilerini kazanıp çalışma hayatına dahil olmaları, kendi çalışmalarını nedeniyle gelir sahibi olmalarının sağlanması biçiminde olmalıdır. Bunun gerçekleşebilmesi de istihdamda etkin olarak yer almaktan geçer. Bu nedenle makul düzenlemelerle, işverenlere belirli oranda engelli işçi çalıştırma yükümü getirilmesi mümkündür. Öte yandan bunun bir “yük” olarak değerlendirilmesi de yerinde değildir. İşveren tarafından uygun şartlarda çalıştırılan engelliler, engelli olmayan işçiler gibi, işverenin ve giderek tüm ülkenin ekonomik yararına iş görür.

Engellilerin istihdamı konusuna, yasal düzenlemelerin yanında kalkınma planlarında da yer verilmiştir. Nitekim 11. Kalkınma Planı'nın (2019-2023) “İstihdam ve çalışma hayatı” başlıklı bölümde; engellilerin işgücüne katılımı ve istihdamının artırılacağı, engellilerin meslek edinmesine yönelik uzaktan eğitim programları ile engellilerin işgücüne katılımını ve istihdam edilebilirliğini artırmak için genel ve mesleki eğitim, mesleki rehabilitasyon, kendi işini kurma hibe desteği ve iş ve meslek danışmanlığı hizmetlerinin geliştirileceği, engellilere yönelik istihdam olanakları ve engelli istihdamına ilişkin teşvikler konusunda özel sektör işverenlerinin bilinçlendirilmelerinin sağlanacağı ve iş ve meslek danışmanlarının niteliklerinin engellilere daha iyi bir hizmet sunabilecek şekilde geliştirileceği üzerinde durulmuştur.

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi, 101/126, 19.6.2008, RG 19.11.2008/27059.

<sup>39</sup> Kararı inceleyen Tamer Bozkurt, ‘Anayasa Mahkemesi’nin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa’ya Uygun Oluğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler’ (2009) (2) Ankara Barosu Dergisi 98,105.

## II. Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğünün Esasları

### A. Kabul Edilen İstihdam Yöntemi

Engellilerin istihdamına yönelik yöntemler çok çeşitli olabilir. Bunlardan, kişisel çalışma yöntemi, evde çalışma yöntemi, kooperatif usulü çalışma yöntemi ve işverenin engelliye bir zorunluluk olmaksızın işe alması yöntemleri bir kenara bırakılırsa; istihdamı sağlayıcı en temel üç yöntemin, belirli sayıda engelli istihdamını zorunlu kılan kota sistemi, belirli iş alanlarının yalnızca engellilere tahsis edilmesi ve her iki sistemle birlikte uygulanabilen koruyucu istihdam olduğu söylenebilir<sup>40</sup>. İş Kanunu'nun "*İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ... işçiyi ... meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler.*" hükmü karşısında, hukukumuzda engelli istihdam yöntemlerinden kota yönteminin benimsendiği görülmektedir<sup>41</sup>.

Kota yönteminin; çeşitli ülkelerde "doğrudan doğruya kota" (straightforward quota) yöntemi olarak, yani işverenlere engelli işçi çalıştırma yönünde bir zorunluluk getirilmesi şeklinde uygulandığı gibi kimi zaman da engelli işçi çalıştırmak yerine, seçimlik bir hak gereğince, bu amaçla kurulmuş bir fona ödeme yapılması olarak uygulandığı da bilinmektedir. Buna göre, 30. maddenin işverenlere doğrudan bir yükümlülük getirmesi nedeniyle kanunun kabul ettiği sistemin "doğrudan doğruya kota" olduğu belirtilmelidir. Ancak, aşağıda yer verileceği üzere Engelliler Hakkında Kanun'un 14.maddesine dayanılarak çıkartılan Korunmalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik esasları gereğince, ülkemizde engellilere yönelik "koruyucu istihdam yöntemi" (sheltered employment) de uygulanmaktadır.

Kota kapsamında 30. maddede belirlenen kontenjan, özel sektör işyerleri için yüzde üç, kamu işyerleri için yüzde dördtür. 1475 sayılı Kanun'da engelliler için yüzde üç, eski hükümlüler için yüzde üç ve terör mağdurları için yüzde iki olmak üzere ayrı kontenjanlar öngörülmesine rağmen, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin 5763 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde ve eski yönetmelikte bu oran, işyerinde çalışan toplam işçi sayısının yüzde altısı olarak tespit edilmiş ve engelliler için belirlenen oranın toplam oranın yarısından az olamayacağı belirlenmiştir. İşverenlerin zorunlu olarak çalıştıracığı işçi sayısının her yıl Bakanlar Kurulu tarafından belirlenerek hesap edileceği de düzenlenmiştir. Bu oranın her yıl tespit edilmesini günün koşullarına göre istihdamın yönlendirilmesi bakımından yerinde bulan kimi görüşlere rağmen<sup>42</sup>, kanun değişikliğiyle bu oranlar sabit olarak belirlenmiştir.

<sup>40</sup> Bu yöntemler ve çeşitli ülke uygulamaları için bkz. Uşan (n 33) 87 ff; Şen (n 13) 138. Koruyucu istihdam modeli hakkında açıklamalar için bkz IV.

<sup>41</sup> Gülsevil Alpagut '4857 Sayılı Yasa'da Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Yükümlülüğü' (2004) (Nisan) Mercek Dergisi (Özürlü Çalıştırma) 118,119.

<sup>42</sup> Alpagut, Son Değişiklikler (n 29) 159, yazara göre, örneğin eski hükümlü veya terör mağduru sayısında yıllar içinde azalma olması halinde engelli oranının yüksek tutulması, böylece gruplar arasında değişebilecek iş gücü arzına bağlı olarak istihdama yön verilmesi mümkündür. Aynı yönde A. Eda Manav, 'İşverenin Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu' (2006) 10(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137,157.

## B. Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğünün Uygulama Alanı: İş K. Ve Deniz İş K. Kapsamına Giren Ve Elli Veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılan İşyerleri

### 1. İşyerinin İş Kanunu veya Deniz İş Kanunu'nun Kapsamına Girmesi

Engelli işçi çalıştırma yükümü İş K.'nda düzenlendiğinden, yükümlülüğün uygulanacağı işverenler, madde 4 gereğince İş Kanunu'nun kapsamına giren işverenlerdir. Öte yandan İş K.'nun kapsamına girmekle birlikte, süresiz işlerde yapılan iş sözleşmelerine, konuyu düzenleyen 10. maddenin açık hükmü karşısında 30. maddenin uygulanması mümkün değildir. Yukarıda yer verildiği gibi, Deniz İş Kanunu'nun 13. maddesinde de açıkça engelli gemi adamı çalıştırma yükümlüğü düzenlendiğinden<sup>43</sup>, 1. madde gereği Kanunun kapsamına giren işverenler de bu yükümlülüğe tabidir. İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamına giren işverenlerin, özel sektör ya da kamu işvereni olması yükümlülüğün doğması bakımından bir fark yaratmamakta, ancak özel sektör işvereni bakımından çalıştırılacak işçi sayısı daha düşük olmaktadır. Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'in 10. maddesinde, bankalar, borsalar, kamu kurum ve kuruluşlarının vizeye tabi olmadan işçi çalıştıran eğitim ve sosyal tesisleri gibi bazı yerlerin işverenlerinin, özel sektör işvereni olarak değerlendirileceği sıralanmıştır (fıkra 2).

Basın İş Kanunu'nda<sup>44</sup>, engelli işçi çalıştırılmasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle konu öğretilerde tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, İş Kanunu'nun kapsamı dışında tutulan işlerde açıkça basın işi sayılmadığından, bu işlerin görüldüğü işyerlerinde de engelli işçi çalıştırılmak zorundadır<sup>45</sup>. Ancak çoğunluk görüşü, Basın İş Kanunu ile olan bu farkı anlamsız, çelişkili ve makul bir açıklamadan uzak bulsa da Basın İş Kanunu'nda bu yönde açık bir düzenleme olmaması nedeniyle basın işverenlerinin engelli çalıştırma yükümlülüğünün bulunmadığı yönündedir<sup>46</sup>. Bu görüşe göre, Kanunda düzenlemenin bulunmadığı her durumu bir boşluk olarak kabul etmek mümkün değildir. Kanun koyucunun herhangi bir hüküm sevk etmemesi, basın işverenleri açısından böyle bir zorunluluk getirmemesi demektir. Bir an için kanunda boşluk olduğu düşünülse bile, bu boşluğa uygulanacak olan kanun, Türk Borçlar Kanunu'dur. Oysa Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde de böyle bir kural yer almamaktadır<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Deniz İş K.'nda engelli işçi çalıştırılmasının İş K.'ndaki aynı esaslara bağlanmasının hayatın gerçekleri ile bağdaşmadığı, Deniz İş K. kapsamındaki çalışmaların oldukça ağır olduğu, burada en azından daha düşük bir oranın belirlenmesinin isabetli olacağı yönünde, Uşan (n 33) 212.

<sup>44</sup> RG 20.6.1952/8140.

<sup>45</sup> Kadir Arıcı, 'Türk Hukukunda Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu ve Uygulaması' (1982) 73(1) Adalet Dergisi 84, 86-87.

<sup>46</sup> Nurşen Canıklıoğlu, *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi* (Beta 2002) 43; Ömer Ekmekçi, 'Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler' (2005) 19(5) Çimento İşveren (Yaşanan Sorunlar) 42,47; Alpagut, Özürlü Çalıştırma (n 41) 123; Fatma Burcu Savaş, 'Çalışma Yaşamında Engelli Bireyin İstihdam Sorunları ve Yasal Yükümlülükler' (2014) 2 Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan (Beta 2014) 2615,2617.

<sup>47</sup> Canıklıoğlu (n 46) 48.

Kanımcı da, baskın görüşe katılmak gerekir. Ancak olması gereken hukuk açısından, basın işyerlerinde de engellilerin istihdam edilmesinin gerektiği açıktır.

## 2. İşyerinde Elli veya Daha Fazla İşçi Çalıştırılması

Engelli işçi çalıştırma zorunluluğunun doğması için, işyerinin yalnızca İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamına giren bir işyeri olması yetmemekte, aynı zamanda bu işyerinde elli veya daha fazla işçi çalıştırılması gerekmektedir. İş Kanunu'nun kapsama ilişkin 4. maddesi gereğince, tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde ise yükümlülüğün doğması için gereken işçi sayısı, elli bir olarak kabul edilmelidir. Çalışacak işçi sayısını tespit ederken, İş Kanunu'nda sınırları belirlenen (madde 2) işyeri kavramı gereğince; asıl işyeri yanında, bağlı işyerleri, eklentiler ve araçlardan oluşan iş organizasyonu kapsamındaki tüm birimler dikkate alınmalıdır. Ancak Kanun, aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısının, toplam işçi sayısına göre hesaplanacağını da ayrıca düzenlemiştir. Böylece, işverenin birbirinden bağımsız işyerleri aynı il sınırları içinde bulunuyorsa, bu işyerlerinde çalışan işçi sayısı toplanacaktır. Görüldüğü gibi kanun, aynı işkolu, yakın mesafe vb. gibi bir ölçüt getirmek yerine; sayının toplanması bakımından coğrafi bir sınır (aynı il) kabul etmiştir<sup>48</sup>. Toplam sayının hesabında dikkate alınan bu işyerlerinin İş Kanunu veya Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren işyeri olması gerekir<sup>49</sup>. Kanun, çalıştırılması gereken engelli veya engellilerin birden fazla işyerinden hangisinde çalıştırılacağına yönelik bir düzenleme getirmediğinden, işveren bu işçileri ayrı ayrı her bir işyerinde ya da tek bir işyerinde çalıştırabilir<sup>50</sup>.

Konu hakkında Yargıtay kararı oldukça sınırlı olmakla birlikte, bir karara konu olan olayda, işverene yükümlülüğe uymadığı gerekçesiyle idari para cezası uygulanmış ancak işveren; sekiz adet işyeri bulunduğunu, bunların şube niteliğinde olmadığını, her birinin ayrı sektörde faaliyet gösterdiğini, kendisine engelli işçi eksikliğinin tamamlanması için herhangi bir liste tebliğ olmadığını, ihtar yapılmış olsa bile eksik kontenjanın kapatılacağını belirttiğini ifade ederek cezaya itiraz etmiştir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, işverene, sadece engelli işçi çalıştırılmadığını tespit eden müfettiş raporuna dayanarak ceza verilmesini bir bozma sebebi olarak değerlendirmiştir<sup>51</sup>. Kanımcı da karar isabetlidir. Her ne kadar, işverenin işyerlerinin şube niteliğinde olmaması ya da bağımsız bir işyeri olması, bu işyerlerinin aynı il sınırları içinde olması halinde yükümlülüğü ortadan kaldırmayacaksa da, bu konuda bir inceleme yapılmaksızın karar verilmesi yerinde değildir. Zira bu işyerlerinin bağımsız işyeri olarak farklı il sınırları içinde bulunması halinde, işverenin engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü aynı il sınırlarındaki işyerinde çalışan işçi sayısına göre belirlenecek,

<sup>48</sup> Ekmekçi, Sakat İşçi Çalıştırma (n 4) 314; Uşan, (n 33) 217.

<sup>49</sup> Uşan (n 33) 218.

<sup>50</sup> Ekmekçi, Sakat İşçi Çalıştırma (n 4) 315.

<sup>51</sup> Yargıtay 9 CD, 5352/7240, 26.12.2006 <<https://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 6.9.2019.

buna göre yükümlülük ya tamamen ortadan kalkacak ya da çalıştırmakla yükümlü olunan işçi sayısı azalacaktır.

Bir işyerinde yalnızca iş sözleşmesiyle çalışanlar değil, stajyerler, çıraklar, mesleki eğitim görenler, aile hukukundan doğan yardım yükümünü yerine getirenler bulunabileceği gibi işverene karşı iş görme borcunu vekalet ya da istisna sözleşmesine dayanarak yerine getirenler de olabilir. Kanun açıkça “işçi sayısından” bahsettiği için, yukarıda anılan bu kimseler sayıya dahil edilmez. İşyerinde işçi olarak çalışanların ise, sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi olması önemli değildir (madde 30/2 ve Yönetmelik madde 11/1). Bunun gibi, diğer atipik çalışma biçimlerine göre çalışan işçilerin de sayıya dahil edilmesi gerekir<sup>52</sup>. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanların çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür ve elde edilen tam sayı işyerinde tam süreli çalışan işçi sayısına eklenir (madde 30/2 ve Yönetmelik m.11/1). Örneğin; haftada 22.5 saat çalışan bir işçi, sayının hesabına 0.5 olarak dahil edilecek<sup>53</sup> veya haftada 15 saat çalışan üç işçi, bir işçi sayılarak işyerindeki işçi sayısına eklenecektir. Sayının hesabında, işçinin o sırada çalışıp çalışmadığı da önemli değildir. Örneğin hastalık veya yıllık izin sebebiyle işe gelmeyenler de hesaba dahil edilecektir<sup>54</sup>.

Alt işveren ilişkisinin varlığı halinde alt işverene bağlı olarak çalışanların, sayının hesabına dahil olmayacağı kabul edilmelidir<sup>55</sup>. Gerçekten, kanuna uygun bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde, alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçisi olduğundan söz edilemeyeceğinden bu işçiler asıl işverenin işyerine değil, alt işverenin işyerine ilişkin sayıya dahil olacaktır. Ancak, muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinde işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması karşısında konuya nasıl yaklaşılabileceği üzerinde durulmalıdır. Kanımca, İş Kanunu madde 3’e göre muvazaa ilişkisinin itiraz edilmeyen müfettiş raporları veya mahkeme tarafından tespit edilip alt işveren işyerinin tescil işleminin iptal edilmesinden sonra, asıl işverenin engelli işçi çalıştırma yükümü yeni sayıya göre belirlenecektir. Ancak, işçilerin “başlangıçtan itibaren” asıl işverenin işçisi olarak işlem görmesi nedeniyle, asıl işverenin engelli işçi çalıştırma yükümlülüğünün de başlangıçtan itibaren yeni sayıya göre belirlenmesi isabetli olmayacaktır. Öğretide de ifade edildiği üzere, işçilerin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması, işçinin “asıl işveren işçisi olarak çalışsa idi elde edeceği hakların ortadan kaldırılmasının engellenmesi” amacını taşır. Yani bu kural “sadece ücret ve diğer haklar ile sendikal düzen gibi, doğrudan işçinin haklarını etkileyen hususlar bakımından” hükümlerini doğurur<sup>56</sup>. Bu nedenle geriye

<sup>52</sup> Manav (n 42) 146.

<sup>53</sup> Ekmekçi, Yaşanan Sorunlar (n 46) 44.

<sup>54</sup> Caniklioğlu (n 46) 56.

<sup>55</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku* (18th edition, Beta 2019) 310; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu and Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (31st edition, Beta 2018) 264; Ekmekçi, Yaşanan Sorunlar (n 46) 44, Alpagut, Özürlü Çalıştırma (n 41) 121; Caniklioğlu (n 46) 55; Subaşı (n 14) 496; Savaş (n 46) 2620.

<sup>56</sup> Ekmekçi, Yaşanan Sorunlar (n 46) 45.



dönerek, işverenin engelli işçi çalıştırma yükümünü eksik yerine getirdiği veya hiç yerine getirmediği gerekçesiyle bir cezai yaptırım uygulamak mümkün değildir.

Özel istihdam büroları aracılığıyla olsun ya da olmasın hukuka uygun bir geçici iş ilişkisiyle (madde 7) çalışan işçilerin, geçici olarak iş gördükleri işverenin işçisi olmadığı kabul edildiğinden, bu işçiler de elli işçinin hesabında dikkate alınmayacaktır<sup>57</sup>. Bununla birlikte, İş Kanunu'nun 7. maddesinde, 2016 yılında özel istihdam büroları aracılığıyla işçi çalıştırmanın yasal bir zemine kavuşturulduğu 6715 sayılı Kanun'la<sup>58</sup> yapılan değişiklikle, “Geçici işçi sağlama sözleşmesi ile çalışan işçi, 30 uncu maddenin uygulanmasında özel istihdam bürosu ve geçici işçi çalıştıran işverenin işçi sayısına dâhil edilmez.” kuralı kabul edilmiştir. Böylece, geçici işçi çalıştıran işveren bir kenara bırakılırsa, özel istihdam bürosu işyerlerinde toplam işçi sayısı hesaplanırken, geçici işçi sağlama sözleşmesiyle çalışanlar dikkate alınmayacaktır.

Engelli işçi çalıştırma yönünden özel istihdam büroları ve geçici işçi çalıştıran işveren adına bu yönde bir istisna tanıyan 6715 sayılı Kanun; bu işverenlere bir imtiyaz tanındığı ve devletin engellileri koruma yükümlülüğünün ortadan kaldırdığı gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. Yüksek Mahkeme ilk olarak, geçici işveren bakımından sayıya dahil edilmeme kuralının “geçici işçinin geçici işverenin işyerinde geçici olarak çalışması ve geçici işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesinin bulunmamasının bir sonucu” olduğunu açıklamıştır. Mahkeme, geçici işçinin özel istihdam bürosunun işçisi olduğunu belirttikten sonra “özel istihdam bürosu geçici işçiyi kendi işyerinde çalıştırmamakta ve geçici işverenin işyerinde çalışmak üzere görevlendirmektedir. Dolayısıyla geçici işçinin, özel istihdam bürosunun Kanun'un 30. maddesinde öngörülen engelli çalıştırma yükümlülüğünün belirlenmesindeki işçi sayısına dâhil edilmemesi de geçici işçinin özel istihdam bürosuna ait bir işyerinde çalışmamasından kaynaklanmaktadır.” biçimindeki bir açıklamayla Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir<sup>59</sup>. Kanımca da bu sonuç, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici işçi çalıştırma ilişkisinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, tıpkı geçici işveren gibi, özel istihdam bürosunun kendi işyerinde çalıştırdığı işçilerin sayısı elli veya daha fazla ise, büronun da engelli işçi çalıştırma yükümü altında olduğu açıktır. Hesapta dikkate alınmayan işçiler, geçici işçi sağlama sözleşmesiyle başka işverenlere gönderilen işçilerdir.

Sayının hesabında dikkate alınmayacak işçi gruplarından bir diğeri, yer ve su altında çalışan işçilerdir. Zira 30. maddenin 4. fıkrasında açıkça “Yer altı ve su altı işlerinde engelli işçi çalıştırılmaz ve yukarıdaki hükümler uyarınca işyerlerindeki

<sup>57</sup> Süzek (n 55) 323; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, (n 55) 264; Alpogut, Özürlü Çalıştırma (n 41) 121.

<sup>58</sup> RG 20.5.2016/29717.

<sup>59</sup> Anayasa Mahkemesi, 141/27, 28.2.2018, RG 29.3.2018/30375.

*işçi sayısının tespitinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz.*” Yer ve su altında engelli işçilerin çalışmasının zorluğu karşısında bu hükmün yerinde olduğu kuşkusuzdur ancak, yer ve su altı işi olmamakla birlikte ağır ve tehlikeli olan birçok işte de engelli işçi çalıştırmak oldukça güçtür. Bu nedenle bu işler bakımından da sayının hesabında bir istisna getirilmesi ya da oranının düşürülmesi isabetli olabilir<sup>60</sup>. Ayrıca, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’a<sup>61</sup> dayanılarak çıkarılan uygulama yönetmeliğinde, özel güvenlik birimlerinde ve özel güvenlik şirketlerinde çalıştırılacak engelli sayısının tespitinde, özel güvenlik görevlilerinin hesaba dahil edilmeyeceği düzenlenmiştir (madde 47 ve Yurt İçinde İşe Yerleştirme Yönetmeliği madde 11/3). O halde, özel güvenlik şirketleri yanında kurumların kendi güvenlik ihtiyacını karşılamak için oluşturduğu güvenlik biriminde güvenlik elemanı olarak çalışanlar sayıya eklenmeyecektir.

Son olarak, işyerinde hâlen çalıştırılan engelli, eski hükümlü ve terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralanan işçiler, toplam işçi sayısının hesabında dikkate alınmaz (Yönetmelik madde 11/6). Buna göre tam süreli bir iş sözleşmesiyle çalışan engelli, eski hükümlü veya terör mağduru, işyerinde toplam işçi sayısından düşülecektir. Bu durumda işyerinde halihazırda kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan engellilerin sayının hesabından nasıl hariç tutulacağı sorusu akla gelebilir. Bu durumda tıpkı sayının hesabında olduğu gibi, kısmi süreli çalışan engellilerin çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülecek ve elde edilen bu tam sayı toplam işçi sayısından eksiltilecektir (Yönetmelik madde 11/1).

### C. Yükümlülük Kapsamında Çalıştırılacak Engelliler

İşverenin 30. maddedeki istihdam yükümünü yerine getirmesi için, çalıştıracağı kimsenin engelli olması gerekir. Bununla birlikte İş Kanunu madde 30’da, istihdam edilecek engelliye ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Engelli kavramına yönelik çok sayıda tanım yapılmakla birlikte, Dünya Sağlık Örgütü’ne göre engellilik, *“kişiden veya bir bütün olarak vücuttan beklenen davranışlar, beceriler ve görevler olarak ifade edilen normal aktivitelerin gerçekleştirilmesindeki eksiklik veya sınırlılıktır”*<sup>62</sup>. Hukukumuzda ise 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun, *“Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey”* engelli olarak tanımlamaktadır (madde 3/1,c).

Konumuz bakımından önemli olan, bir diğer ifadeyle işyerinde istihdam edilecek engelliye ilişkin tanım, Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Yönetmeliği’nde

<sup>60</sup> Kota oranlarının tespitinde işkolu veya sektör bazında özelliklerin dikkate alınması yönünde, Alpagut, Özürlü Çalıştırma (n 41) 123.

<sup>61</sup> RG 26.6.2004/25504.

<sup>62</sup> WHO, *International Classification of Impairments Disabilities and Handicaps* (1976) 30.

yapılmıştır. Buna göre engelli; “Doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri” ifade eder (madde 3/1,e). Görüldüğü üzere, engelliliğin doğuştan ya da sonradan gerçekleşmesi, gerçekleşme nedeni, engellinin yaşı gibi belirlemelere maddede yer verilmiş değildir. Ancak engellinin, iş arayan olarak Türkiye İş Kurumu’na<sup>63</sup> kaydolması için on dört yaşını doldurması gerekir (madde 15). Bunun gibi, aşağıda korumalı işyerleri konusunda anlatılanın aksine; engellilik bakımından, bedensel, zihinsel ya da ruhsal engellilik konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Yönetmelikte, engelliliğin oranı olarak, tüm vücut fonksiyonlarında en az yüzde kırk kayıp oranı kabul edilmiştir. Engellilerin iş arayan olarak Kuruma kaydolması ve Kurum hizmetlerinden yararlanması, bu oranı bir sağlık kurulu raporuyla<sup>64</sup> belgelemesine bağlıdır. Ancak, sağlık raporunda “çalışamaz” durumda olduğu belirlenen engellilerin Kuruma tescilinin yapılması mümkün değildir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, İş Kanunu m.30 kapsamında istihdam yükümlülüğünden yararlanacak olan engelliler; 14 yaşını doldurmuş, en az yüzde 40 oranında engelli olduğunu sağlık kurulu raporuyla belgelendiren bireylerdir. Öte yandan, engellinin iş arayan olarak Kuruma kaydolması ya da Kurum aracılığı olmadan çalıştırılıyorsa sonradan Kurum tarafından tescilinin yapılması da zorunludur. Zira Kurum tarafından tescili yapılmayanların engelli statüsünde değerlendirilmeyeceği, Yönetmelikte açıkça belirtilmiştir (madde 13/2).

#### D. Yükümlülüğe İlişkin Diğer Esaslar

Engelli işçi çalıştırmaya ilişkin ilk iki koşul, hükmün kapsamına giren bir işyerinin bulunması ve çalıştırılacak kişinin Yönetmelik gereğince engelli olarak kabul edilen kimselerden olmasıdır. Ancak, bu şartların yanında Yönetmelikte belirtilen, daha çok usule ilişkin birtakım şartlar da bulunmaktadır.

### 1. Engellinin Kurum Aracılığı ile Sağlanması ve İstinası

Bu şartlardan ilki, işçilerin Kurum aracılığıyla sağlanmasıdır. 30. maddede, işverenlerin çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Kurum aracılığıyla sağlayacakları

<sup>63</sup> Çalışmanın devamında Kurum olarak adlandırılacaktır.

<sup>64</sup> Sağlık raporunun engellinin istihdam edilebileceği uygun işlerin tespiti yönünden gerekli olduğu, geçmiş yıllarda sağlık kuruluşlarının engellilerin istihdam edilebilirliği konusunda genellikle yetkin olmamaları engellinin istihdamına engel olmadığı, güncel uygulamalarda uzman sağlık kuruluşunun belirlenmesinin ve rapor içeriğinin değiştirilmesinin isabetli olduğu yönünde, E. Murat Engin, ‘Çalışma Yaşamında Özürlülük’ (2009) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13,15.

kuralı getirilmiş, Yönetmelikte de aynı esas tekrar edilmiştir (madde 13). Ancak bu kural, kesin ve mutlak bir kural değildir. Yönetmelikte, özel sektör işverenlerinin Kurum aracılığı olmadan engelli istihdam edebilmesine imkân verilmiş ancak işe başlama tarihinden itibaren bu durumun en geç on beş iş günü içinde Kuruma bildirilmesi ve tescil ettirilmesi zorunluluğu getirilmiştir (madde 13/2). Bu istisnanın<sup>65</sup>, istihdamı kolaylaştırıcı etkisinin olduğunu, sözleşme yapma serbestisi çerçevesinde ve işverene kendi işçisini seçme hakkının tanınması karşısında yerinde olduğunu söylemek gerekir. Yine işverenin, Kurum aracılığı olmaksızın işyerinin işçisi iken engelli duruma düşenlere öncelik tanıyarak bu işçiyi yükümlülük kapsamında çalıştırılan engelli işçi olarak istihdam etmesi mümkündür. Bu durumda da işçinin Kurum tarafından tescilinin yapılması istenilmeli ve gerekli belgeler sunulmalıdır (madde 16).

Yükümlülük kapsamındaki işverenin, çalıştırmakla yükümlü bulunduğu işçiyi Kurumdan talep ederken, bu işçilere ilişkin nitelikleri de belirtmesi gerekir. Talebinde nitelik belirtmeyen işverenin, sonradan gönderilen kişilerin uygun olmadığı yolunda bir itirazda bulunamayacağı da öğretilmiş<sup>66</sup>. Kuşkusuz; işverenin belirttiği niteliklerin, yükümlülüğünden kaçmak ya da bunu geciktirmek amacı taşımayan, dürüstlük kuralına uygun, kabul edilebilir nitelikler olması gerekir. Ayrıca işverenin, i) işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı şartlar öne sürmesi, ii) işin niteliği gerektirmediği sürece engellilik oranına üst sınır getirmesi, iii) engel grupları arasında (bedensel, zihinsel engelli gibi) bir ayırım yapması yasaktır. Yönetmelikte yer verilen bu yasaklar, istihdam yükümünden kurtulmanın önüne geçmesi açısından anlamlıdır. Ancak, işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların ne olduğu veya işin niteliğinin hangi oranda ve hangi engel grubunda bir işçinin çalışmasına imkân verdiğini tespit etmek her zaman kolay değildir. Belirtmek gerekir ki, işverenin bildirdiği nitelikler, gerçekten işin gerektirdiği türden nitelikler ise Kurum kayıtlarında bu nitelikte işçinin olmaması; bu niteliklerin, istihdamı zorlaştırıcı özellikte olduğu anlamına gelmez ve giderek, işverenin yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle bir yaptırım uygulanması gerekmez.

## 2. Süre Şartı

Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bir süre şartına da bağlanmıştır. Talep süresi olarak isimlendirebileceğimiz ilk sürede, işverenin yükümlülüğün doğmasından itibaren beş iş günü içinde, çalıştırmakla yükümlü olduğu işçileri Kurumdan talep

<sup>65</sup> İstisnanın yalnızca özel sektör işverenine tanınmasının gerekçesi ise, kamu işverenlerinin işçi alımlarının, kamu işçi istihdamına ilişkin mevzuat hükümlerine göre yapılmasıdır. Bu kapsamda, engelli işçilerin alınmasına yönelik detaylar Kamu Kurum Ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. Bu yönetmelikte engelli tanımı, Engelliler Hakkında Kanun ve İşe Yerleştirme Hizmetleri Yönetmeliğine benzer şekilde yapılmış (m.3/1,1) ve engellilerin kamu işyerlerinde istihdamı için Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavı (EKPS) puanı aranmıştır (m.10).

<sup>66</sup> Ekmekçi, Yaşanan Sorunlar (n 46) 46.

etmesi gerekir (Yönetmelik madde 14/1). Bu süre kamu ve özel sektör işverenleri bakımından aynıdır. Buna göre, işyerinin engelli çalıştırma yükümlülüğünün kapsamına girmesi (başka bir işyerinin devralınması, işçi istihdamı sonucu sayının artması, yükümlülük kapsamında çalışan engelli işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi gibi) üzerine, beş iş günü içinde işverenin Kuruma başvuru yapması gerekir. Önceki yönetmelikte yedi gün olan bu sürenin kısa olduğu ve işverenin kısa sürede bu kişileri istihdam edeceği iş alanlarını ve işçilerin niteliklerini belirlemesinin beklenemeyeceği ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Kanımca, aynı çelişki beş iş günlük süre için de geçerlidir ve beş iş günlük süreyi yeterli bulmak mümkün değildir. Sürenin kısa olması, işverenin engelli işçinin niteliklerini gereği gibi belirleyememesi sonucu adaylarla olan görüşmenin uzamasına yani istihdamı hızlandırmak yerine geciktirmesine, engelli işçinin çalışacağı iş alanın iyi tespit edilmeyerek çalışma koşullarında engelli aleyhine bir durum oluşmasına yol açabilir.

Yükümlülüğün karşılanma süresi olarak tanımlanabilecek süre sınırı yalnızca özel sektör işverenleri açısından getirilmiştir. Buna göre, adayların Kurum tarafından özel sektör işvereniyle görüştürülmesinden sonra, işverenin görüşmeden itibaren on beş gün içinde engelli açığını karşılaması gerekir. Böylece adaylarla olan görüşmelerin neticelendirilmesinin gereksiz yere uzatılması engellenmeye çalışılmıştır. On beş günlük sürenin, bir işverenin çalışmaya başlayacağı işçiyi seçmesi için yeterli bir süre olup olmadığı tartışılabilir. Kanımca bu süre gereksiz uzatmaların önüne geçmesi açısından makul bir süredir. Ancak yukarıda yer verildiği gibi, talep süresinin kısa tutulması, iş alanlarını ve ihtiyaçlarını yeterince belirleyemeyen işvereni görüşmelerden sonra karar vermek bakımından zor durumda bırakabilir. Yönetmelikte, özel sektör işvereni bakımından engelli açığının, yükümlülüğün doğduğu tarihten itibaren otuz gün içinde karşılanması zorunlu tutulmuştur (madde 15). Şu halde, talep süresi ve görüşme süresi de dahil olmak üzere ihtiyacın doğduğu andan itibaren otuz gün içinde engelli işçinin istihdam edilmesi gerekir. İşverenler açısından otuz günlük süre uyulması gereken zorunlu bir süre olsa da, Kurum tarafından işin niteliklerine uygun engellinin sağlanamaması halinde işverene bir yaptırım uygulanması mümkün değildir. On beş gün ve otuz günlük süre özel sektör işverenleri için zorunlu olup, yukarıda yer verildiği üzere kamu işverenleri için özel mevzuat gereğince, bu süreler uygulanmaz.

### 3. Kurumun Engellileri İşverenle Görüştürmesi ve Engellinin İşe Alınması

Belirli sürede Kuruma başvurmak ve istihdam yükümlülüğünü yerine getirmenin işverenlerin borcu olması karşısında, nitelikleri uygun engellileri işverenle görüştürmek de Kurumun görevidir. Yönetmelik'te, "*Kurum, özel sektör işverenin engelli talep tarihinden itibaren en geç on gün içinde, başvuranlardan nitelikleri*

<sup>67</sup> ibid 46.

*uygun engellileri durumlarını ve niteliklerini belirten belgelerle birlikte işverenle görüştürür*” kuralı getirilerek (madde 15/2), Kurumun bu görevini yerine getirmesi bir süreye de bağlanmıştır. Kanımca, süresine uygun bir şekilde engelli çalıştırma talebinde bulunan işverenin engelli talep tarihinin üzerinden, on günden uzun bir sürenin geçmesi ve bu nedenle yükümlülüğün doğduğu tarihten itibaren otuz gün içinde istihdamın sağlanamaması halinde, gecikilen süre için işverene bir ceza yaptırımının uygulanmaması, uygulanmışsa iptal edilmesi gerekir.

Kurumun işverenin başlangıçta işçi talep ederken belirttiği niteliklere ve iş alanlarına uygun engellileri işverenle görüştürmesi gerekir. Bununla birlikte hükmün devamında, işverenin bu görüşmeden itibaren engelli açığını, en geç on beş gün içinde, Kurum tarafından görüştürülenler ya da Kurum portalında kayıtlı diğer engelli iş arayanları bizzat seçerek veya kendi imkânlarıyla temin ettiği engelliler arasından karşılayacağı belirtilmiştir. Aynı zamanda işveren, işe alınanları ve alınmayanları, alınmayış nedenlerini de belirterek Kuruma bildirmelidir. Şu halde işverene istihdamı gerçekleştirmek için üç ayrı imkân (görüştürülenlerden seçme, portaldan seçme, kendi imkânlarıyla temin etme) tanınmıştır. Bu noktada, işverenin, Kurum tarafından aranan nitelikte engelli gönderilmemesi halinde diğer iki imkânı da kullanarak, belirlenen süre içinde muhakkak bir işe alım yapmasının zorunlu olup olmadığı sorusu akla gelir. Kanımca, gerek emredici nitelikteki otuz günlük süre sınırı gerekse 15. maddedeki ifade, Kurum tarafından, belirtilen nitelikte işçi gönderilmese veya görüşmelerden bir sonuç alınmasa bile, işverenin bu istihdamı gerçekleştirmekle zorunlu olduğu sonucunu doğurur. Ancak işverenin, kimi özel durumlarda işin gerektirdiği ve dürüstlük kuralına uygun olarak belirlediği niteliklerde bir işçinin Kurum portalında bulunmadığını, bu konuda gerekli görüşmeleri ve yazışmaları yaptığını ve kendi imkânları ile belirleyemediğini ispatlaması halinde ceza yaptırımının uygulanmaması yerinde olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, işveren engelli işçi çalıştırma yükümünün ortaya çıkmasıyla birlikte, iş seçiminden, başvuru formlarının değerlendirilmesi, hangi engellinin çalıştırılacağına seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan aşamaların hiçbirinde, ayrımcı bir muamelede bulunamaz. Bu durumun, bir kimsenin engelliliğinden kaynaklanan nefret nedeniyle işe alınmasının engellenmesi biçiminde gerçekleşmesi halinde; failin Türk Ceza Kanunu madde 122 gereğince, nefret ve ayrımcılık suçu nedeniyle cezalandırılması gerekir. Yönetmelik’te ayrıca, çalışan engellilerin aleyhine de ayrımcı bir muamelenin yasak olduğu ifade edilmiştir (madde 17/2). Anayasa madde 10, İş Kanunu madde 5’te yer alan eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı ile<sup>68</sup> kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınarak hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın

<sup>68</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz Gaye Burcu Yıldız ‘Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı’ (2008) (10) Sicil İş Hukuku Dergisi 80,81 ff; Engin (n 64) 24; Savaş (n 46) 2625-2629.

önlenmesi amacıyla yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda<sup>69</sup> düzenlenen kurallar karşısında, Yönetmelik'te böyle bir hüküm yer almasa bile aynı sonuca ulaşmak mümkündür. İş ilişkisi sırasında, çalışan engellilere yönelik engellerinden dolayı bir ayırım yapılması durumunda, İş Kanunu madde 5 uyarınca işçinin, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilmesi söz konusu olacaktır. Ayrıca; Eşitlik Kanunu'nda fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit şartlarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre şartlarından etkilenen birey olarak tanımlanan (madde 2/1,f) engellilere yönelik, engellilik temellerine dayalı ayrımcılığın yapılması açıkça yasaklanmış ve bu yasağın ihlali halinde; konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır (madde 3). Aynı zamanda bu Kanunun, İstihdam ve serbest meslek başlıklı 6. maddesinde; işverenlerin, kişiler hakkında bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamayacağı düzenlenmiştir.

### **E. Yükümlülüğün Gerçekleştirilmesine Yönelik Teşvik**

İşverenin engelli işçi çalıştırmasının teşviki adına, 30. maddenin 6. fıkrasında özel bir teşvik hükmü getirilmiştir. Bu teşvik, engelli işçilerin sigorta primlerinin bir kısmının Hazine tarafından ödenmesine yöneliktir. Buna göre, özel sektör işverenlerince bu madde kapsamında çalıştırılan engelli sigortalıların, belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı, Hazine tarafından ödenecektir. Ayrıca kontenjan fazlası ve yükümlü olmadığı halde engelli çalıştıran işverenlere de aynı prim teşviki getirilmiş ve bu şekilde çalıştırılan her bir engelli için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamının Hazinece karşılanacağı belirlenmiştir. Hüküm, 2014 yılında 6518 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce, işverenin engelli işçiyi kontenjan dahilinde çalıştırması halinde teşvik oranı tam, kontenjan fazlası ya da yükümlü olmamasına rağmen çalıştırması halinde yüzde elli olarak uygulanmaktaydı. Bugün için teşvik oranının artırılmasının yerinde olduğunu söylemek gerekir.

Hazine tarafından bu primlerin karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak, aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermeleri ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı ödemiş olmaları gerekir. Görüldüğü gibi, bu teşvik özel sektör

<sup>69</sup> RG 20.4.2016/29690.

işverenlerine, sigortalı engellinin prime esas kazancı ne olursa olsun alt sınır üzerinden ve işveren hissesi bakımından getirilmiştir. Engelliye prime esas kazanç alt sınırı üzerinde bir ücret ödeniyorsa, bu miktara ilişkin sigorta primlerinin işveren hissesine düşen kısmı işveren tarafından ödenmelidir. Ancak Sosyal Güvenlik Kurumu'na gerekli belgeleri vermeyip, primleri zamanında ödemeyen işverenin bu teşvikten yararlanması mümkün değildir. Bu teşvikten yararlanmak için işverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumu'na idari para cezası borcu bulunmaması şartı ise aranmamıştır<sup>70</sup>.

### III. Engelli Çalıştırma Yükümüne Aykırılığın Yaptırımı

Engelli işçi çalıştırma yükümüne uyulmamasının yaptırımı İş Kanunu madde 101'de belirtilmiştir. Buna göre, *“Bu Kanununun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için binyediyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz”*. Benzer olarak Deniz İş Kanunu'nda da *“13 üncü madde gereğince engelli ve eski hükümlü gemi adamı çalıştırma ile ilgili kanun ve yönetmelik hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli veya eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için ikibin Türk Lirası idari para cezası verilir”* (madde 50/ç). Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'te de, engelli işçiler hakkında yapılacak denetimin, İş K.'nun çalışma hayatının denetimine ilişkin kurallara göre yapılacağı belirtildikten sonra aynı esas tekrar edilmiştir (madde 21). Görüldüğü gibi, engelli çalıştırmamanın hukuki yaptırımı her iki kanunda da bir tazminat olarak değil, idari para cezası olarak belirlenmiştir. Esasen İş K.'nda sözleşme yapma zorunlulukları kapsamında tazminat yaptırımı öngörülen iki hal, maluliyeti ortadan kalkan işyerinin eski işçileri (madde 30/5) ile askerlik veya kanundan doğan bir görevi tamamlayarak dönenlerin (madde 31/4) işe alınmaması halidir.

İdari para cezaları, kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımlardan birisidir. Bu cezaların özelliği; idari organlar tarafından uygulanmaları ve yargı tarafından ancak itiraz üzerine değerlendirilmeleridir<sup>71</sup>. İş hukukunda idari para cezaları, iş hukuku mevzuatında getirilen kimi kuralların hiç veya gereği gibi uygulanmaması nedeniyle öngörülen ve yaygın bir uygulama alanına sahip (İş Kanunu madde 98-108, Deniz İş Kanunu madde 50-53, Basın İş Kanunu madde 26-27, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 78, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 26, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu madde102) kamu hukuku

<sup>70</sup> A. Can Tuncay and Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (19th edition, Beta 2017) 198; Ali Güzel, Ali Rıza Okur and Nursen Canıklıoğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (17th edition, Beta 2018) 306.

<sup>71</sup> Tankut Centel, 'Özrürlü Çalıştırma Yükümüne Aykırılığa İlişkin Cezai Sorumluluk Esasları' (2010) (20) Sicil İş Hukuku Dergisi, 5,5.



yaptırımlarıdır. Bu yaptırıma ilişkin temel esaslar Kabahatler Kanunu'nda<sup>72</sup> düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi gereğince, bu kanunun genel hükümleri diğer kanunlarda düzenlenen idari para cezalarına da uygulanacağından, engelli çalıştırma yükümlülüğüne aykırılık halinde de Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri amirdir.

İdari para cezalarının uygulanmasının sebebi bir kabahat (idari suç) oluşturduğundan, bu suçun unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Engelli işçi çalıştırmama kabahatinin maddi unsuru, hiç veya gereken sayıda engelli işçi çalıştırılmamış olmasıdır<sup>73</sup>. Öte yandan suçun manevi unsurunun (kusurun) da oluşması gerekir. Engelli işçi çalıştırmamanın taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, bu kabahat için kasıtlı hareket gerekir. Bu nedenle, yukarıda açıklandığı gibi, işverenin, engelli işçi çalıştırma iradesini gösterip gerekli işlemleri yapması halinde, idari suç işlemeye kastının varlığından bahsedilmemelidir<sup>74</sup>. Ancak uygulamada, yasal süreyi geçiren işverenlerin doğrudan idari para cezasına çarptırıldığı ve buna ilişkin itirazların gereğince değerlendirilmediği bilinmektedir.

Söz konusu idari para cezası, İş Kanunu madde 108'deki özel hüküm gereğince, doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilecek ve genel esaslara göre tahsil edilecektir. 101. maddede belirlenen idari para cezası, çalıştırılmayan her engelli ve çalıştırılmayan her ay için belirlendiğinden maktu değil, önceden belli olmayan nisbi nitelikte bir cezadır. Bu idari para cezası, yeniden değerlendirme oranı<sup>75</sup> sonucunda, 2019 yılı için 3.250 Türk Lirası olmuştur. Bu miktar, çalıştırılmayan her engelli ve çalıştırılmayan her ay için hesaplanır. Öte yandan, bu yükümlülüğe uyulmaması nedeniyle tahsil edilen cezalar, “engellilerin kendi işini kurmaları, iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri, engellinin işe yerleştirilmesi, işe ve işyerine uyumunun sağlanması ve bu gibi projelerde” kullanılacaktır (madde 30/7).

Maddede, kamu kuruluşlarının para cezasından hiçbir şekilde muaf olmayacakları da ayrıca belirtilmiştir. Esasen bu yönde bir hüküm olmasa bile, yaptırım tüm işverenlere getirildiğinden, işveren niteliğine sahip bu kuruluşların da engelli işçi çalıştırma yükümünde oldukları ve aykırılık halinde idari para cezası yaptırımıyla karşılaşacakları açıktır. Ancak bu düzenleme; geçmişte kamu kuruluşlarının çeşitli genelgeler yayımlayarak para cezasından sorumlu olmadıkları yönündeki uygulamalarının önüne geçmek ve tereddütleri gidermek açısından anlamlıdır<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> RG 31.3.2005/25772 mükerrer.

<sup>73</sup> Centel (n 71) 8; Engin (n 64) 21.

<sup>74</sup> Centel (n 71) 9.

<sup>75</sup> Yeniden değerlendirme oranı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer m.298/B fıkrasına göre, yeniden değerlendirme yapılacak yılın Ekim ayında (Ekim ayı dahil) bir önceki yılın aynı dönemine göre Türkiye İstatistik Kurumunun Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksinde meydana gelen ortalama fiyat artış oranıdır. Bu oran 2019 yılı için yüzde 23.73'dür.

<sup>76</sup> Ekmekçi, Yaşanan Sorunlar (n 46) 50.

Engelli işçi çalıştırma yükümüyle ilgili olan bir diğer idari para cezası da 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu'nun<sup>77</sup> 20. maddesinden doğmaktadır. Maddenin, ilk fıkrasının (i) bendi gereğince, Kurum tarafından istenilen rapor, bilgi ve belgeler ile işgücü piyasasının izlenmesi için gerekli olan istatistiksel bilgileri Kurumca belirlenen süre içerisinde ibraz etmeyenlere 3.000 Türk Lirası idari para cezası verilecektir. Buna göre, işverenlerden çalıştırdıkları engelli işçi sayısına, bunların çalıştığı iş alanlarına ilişkin talep edilen bilgilerin verilmemesi bir kabahat olarak kabul edilmiştir.

Nihayet, idari para cezalarına itiraz, bu konuda İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından Kabahatler Kanunu'ndaki hükümlere (madde 3 ve 27) göre yapılacaktır. Buna göre, engelli işçi çalıştırma yükümüne uymadığı gerekçesiyle Kurum il müdürü tarafından idari para cezası verilen işveren, yaptırım kararının tebliğinden itibaren on beş gün içinde sulh ceza hâkimliğine başvuracaktır<sup>78</sup>. Bu süre içinde başvuru yapılmaması halinde idari para cezası kesinleşecektir. Belirtmek gerekir ki, idari para cezalarına itirazlardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin neresi olduğu geçmişten günümüze yapılan mevzuat değişiklikleri nedeniyle oldukça tartışma konusu olmuştur. Bugün için 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda<sup>79</sup> da idari para cezalarına itirazlar, iş mahkemelerinin görev alanından istisna tutulmuştur (madde 5/b). Bu nedenle, Türkiye İş Kurumu tarafından uygulanan idari para cezalarına karşı yapılan başvuru, sulh ceza hâkimliklerinde görülmeye devam edecektir<sup>80</sup>.

#### IV. Korunmalı İşyerleri

19. yüzyılın başlarında Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanmaya başlanan, “koruyucu istihdam” (sheltered employment), engelli istihdamına yönelik tek başına ya da diğer yöntemlerle birlikte uygulanabilecek bir istihdam yöntemidir. Bu yöntem kısaca, çalışma hayatına kazandırılmaları güç olan engellilerin, özel koşullar çerçevesinde istihdamının sağlanması olarak tanımlanabilir<sup>81</sup>. Bu sistemde, engellilerin istihdamını sağlamak amacıyla, çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği “korunmalı işyerleri” (sheltered workplaces) bulunmaktadır<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> RG 5.7.2003/25159.

<sup>78</sup> Yargıtay 9 HD, 26448/27819, 5.9.2012; Uyuşmazlık Mahkemesi, 106/136, 7.6.2010 <<https://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 6.9.2019.

<sup>79</sup> RG 25.10.2017/30221.

<sup>80</sup> Konu hakkında yapılan mevzuat değişiklikleri, yargı kararları ve açıklamalar için bkz Ayşe Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, (On İki Levha 2018) 142 ve 156.

<sup>81</sup> Gülsevil Alpagut, 'Korunmalı İşyeri Kavramı ve Korunmalı İşyerleri Hakkında Yönetmeliğin Değerlendirilmesi' (2006) (3) Sicil İş Hukuku Dergisi (Korunmalı İşyeri) 29,31; John Kregel and David H. Dean, 'Sheltered vs Supported Employment: A Direct Comparison of Long-Term Earnings Outcomes for Individuals with Cognitive Disabilities' (2001) <<https://worksupport.com/documents/shelteredchap3.pdf>> Erişim Tarihi 10.9.2019 63,64; Engin (n 64) 26.

<sup>82</sup> Laurent Visier, 'Sheltered Employment For Persons With Disabilities' (1998) (137) International Labour Review 347,347; Uşan (n 33) 183; Alpagut, Korunmalı İşyeri (n 81) 31.

Bu işyerleri, özel veya kamu işverenlerince kurulabilmekte veya onlar tarafından desteklenebilmektedir. Korunmalı işyerleri her şeyden önce, engellilere, rekabetten uzak, fiziki veya zihinsel yetersizliklerin dezavantaj yaratmadığı koruyucu bir çevrede istihdam olanağı sağlamakta; zaman içinde engellilerin mesleki becerilerinin gelişmesine ve çalışma hayatına geçişlerini kolaylaştırmaktadır<sup>83</sup>.

Hukukumuzda, Engelliler Hakkında Kanun'da korunmalı işyeri, “*İş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engellilere mesleki rehabilitasyon sağlamak ve istihdam oluşturmak amacıyla Devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen işyeri*” olarak tanımlanmıştır (madde 3/1,i). Bu Kanun'un 14. maddesine dayanılarak, ilk olarak 2006 yılında bir yönetmelik çıkartılmış<sup>84</sup> daha sonra bu yönetmelik yerini, 2013 tarihli Korunmalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik'e<sup>85</sup> bırakmıştır. Yönetmeliğin korunmalı işyeri tanımı da, Kanunda geçen “mesleki rehabilitasyon sağlamak” ifadesine yer vermemesi dışında, yukarıda yer verilen tanımla aynıdır. Her iki tanımda da, zihinsel veya ruhsal engellilere yer verilmiş, diğer engelli grupları sayılmamıştır. O halde kanun koyucu, korunmalı işyerlerinde çalıştırılacak kimseleri zihinsel veya ruhsal engelliler olarak sınırlandırmıştır. Kanımca bu sınırlandırma isabetli değildir. Devletin korunmalı işyerlerini mali kaynakları ölçüsünde desteklemesi beklendiğinden; bu işyerlerinde çalışmak üzere önceliğin, çalışma hayatına geçişte daha çok güçlük yaşayan zihinsel veya ruhsal engellilere verildiği düşünülebilir. Ancak yukarıda temel esaslarına yer verilen, devletin engelli istihdamına yönelik ödevleri karşısında, engelinin niteliğine bakılmadan bu imkânın tanınması kuşkusuz daha yerinde olacaktır. Üstelik önceki yönetmelikte, işyerine kabul bakımından “*en az yüzde kırk oranında zihinsel, duygusal ve davranışsal engeli olmak veya diğer engel gruplarından ise % 60 ve üzeri olmak*” şartı aranmışken, yeni düzenlemede diğer engellilerin kapsam dışında tutulması doğru değildir.

Korunmalı işyeri statüsünün kazanılması bakımından Yönetmelikte birtakım şartlar aranmıştır. Her şeyden önce işyerinin, Yönetmelikte belirlenen nitelikleri taşıyan en az sekiz engellinin çalıştığı bir işyeri olması gerekir. Aynı zamanda, korunmalı işyerlerinde çalışacak engelli bireylerin sayısının toplam işçi sayısına oranı yüzde yetmiş beşten az olmamalıdır. Bu kapsamda, işçi sayısının tespitinde, İş Kanunu madde 30'a benzer şekilde belirsiz ve belirli süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar ise çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. (madde 4). Yönetmelikte, korunmalı işyerinin taşınması gereken fiziksel şartlar ve donanımına da (emniyet, trafik güvenliği, yangından korunma gibi) ayrıca yer verilmiştir (madde 10-12). Aynı zamanda, bu işyerlerinde işyeri yöneticisi ve eğitici personel istihdamı da zorunlu tutulmuştur (madde 6). Bu

<sup>83</sup> Çeşitli ülke uygulamaları hakkında bkz Visier (n 82) 348 ff.

<sup>84</sup> Yönetmelik hükümlerini değerlendiren Alpagut, Korunmalı İşyeri (n 81) 33 ff; Recep Makas, 'Korunmalı İşyeri' (2011) 25(6) Çimento İşveren 4,6 ff.

<sup>85</sup> RG 26.11.2013/28833.

şartları taşıyan işyerinin işvereni, korumalı işyeri statüsünün kazanılması için Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğüne (bugün için Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü) başvuruda bulunduktan sonra, talebin en geç otuz gün içinde değerlendirilmesi üzerine valilikçe, “Korumalı İşyeri Statüsü Belgesi” düzenlenir (madde 4 ve 7). Korumalı işyerinde istihdam edilebilmek için, en az yüzde kırk oranında zihinsel veya ruhsal engelli olmak, Kuruma kayıtlı olmak ve asgari çalışma yaşı olan on beş yaşını doldurmuş olmak gerekir. Bu şartları taşıyan engelli bireyler, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri aracılığı ile işyerlerine başvururlar. İşyeri, işe aldığı engelli bireyleri en geç bir ay içinde bildirmek zorundadır (madde 13, 14). Görüldüğü gibi işe alma usulü bakımından, istihdamı kolaylaştırıcı bir biçimde, işverenin engelli işçileri çalıştırmak için Kuruma başvurması aranmamış, yalnızca işe aldığı engellileri bildirmesi beklenmiştir.

Korumalı işyerlerine devlet tarafından yapılan mali desteklerden biri, bu işyerlerinde çalışan engellilerin ücretlerinin belirli bir kısmının Hazine tarafından işverene ödenmesidir. Bu doğrultuda, İş Kanunu’na 2014 yılında 6518 sayılı Kanun’la Ek 1. madde eklenmiş ve korumalı işyerlerinde çalışan engellilere işverenlerince zamanında ödenmiş ücretlerinin a) Korumalı işyerlerinde çalışan her engelli için 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun’un madde 2/1,a bendi gereğince ödenen aylık tutarı kadarı, b) 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 2. maddesi kapsamındaki illerde kurulmuş bulunan korumalı işyerlerinde çalışan her engelli için ilaveten (a) bendi ile belirlenen tutarın yüzde yirmisi, c) Korumalı işyeri statüsü almak için ilgili mevzuatla çalıştırılması zorunlu olan sayıdan daha fazla engelli çalıştıran işyerlerinde, zorunlu sayının üstünde çalıştırılan her engelli için ilaveten (a) bendi ile belirlenen tutarın yüzde yirmisi, Hazine tarafından işverene ödenecektir. Ancak bunun için hem ücretlerin hem de ücretlere ilişkin yasal yükümlülüklerin zamanında ödenmesi gerekir. Ayrıca konu hakkında, Korumalı İşyerlerinde Çalışan Engellilerin Ücretlerine Karşılık İşverene Yapılacak Ödeme Hakkında Yönetmelik<sup>86</sup> yürürlüktedir. Ayrıca, korumalı işyerlerinde çalıştırılan engelli sigortalıların, prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı Hazine tarafından karşılanır. İşverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 5510 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumu’na verilmesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ödemiş olması gerekir (İş Kanunu madde 30/6). Korumalı işyerlerine yönelik bu teşvikin, isabetli bir yaklaşım olduğu belirtilmelidir. Ancak bir işyerinin korumalı işyeri olarak değerlendirilmesi için çalıştırılması gereken asgari engelli işçi sayısının ve bu sayının diğer işçilere oranının yüksek olduğunu, bir başka ifadeyle bu şartı sağlamayı güçleştirdiğini söylemek mümkündür.

<sup>86</sup> RG 30.4.2016/29699.

## Sonuç

Uluslararası düzenlemeler karşısında; Anayasamız ve iç hukukumuzda kabul edilen diğer esaslar dikkate alındığında, genel olarak engellilerin istihdamı konusunda önemli adımlar atıldığını söylemek mümkündür. Engellilerin istihdamından, engellilerin bir işyerinde çalışması değil aynı zamanda mesleki beceri kazandırılması, çalışmanın önündeki başta fırsat eşitsizliği olmak üzere, soyut ve somut engellerin kaldırılması ve nitelikli istihdamın sürdürülebilirliği de anlaşılmalıdır. Bu anlamda ülkemizin hukuki düzenlemelerde kendisini gösteren engelli istihdamı politikasının, uluslararası sözleşmelerle büyük oranda uyum içinde olduğu görülmektedir. Ancak bir yaptırıma bağlanmış olsun ya da olmasın, hukuki düzenlemelerin bu konuda tek başına yeterli ve sorun çözücü olduğunu söylemek güçtür. Bu konuda, özellikle toplumdaki bilgi eksikliğinin ve kimi ön yargıların önüne geçmek son derece önemlidir.

Engellilerin çalışma hayatına katılması hedefine; engellilere iş alanları açmak, engelli işçi çalıştırmayı zorunlu kılmak, teşvik uygulamaları getirmek gibi tek başına istihdam politikaları ile varmak da mümkün değildir. Engelli bireylerin, eğitim ve sağlık kurumlarından, ulaşım araçlarından, sosyal ve kültürel hizmetlerden engelsiz biçimde yararlanmasının sağlanması, aynı zamanda engelli istihdamını da arttıracaktır. Yine engelliliğin çalışmaya ve üretmeye engel olmadığı, işi elde etmekten işyerine ulaşmaya ve iş koşullarına kadar uygun şartların sağlanması halinde her engelli bireyin çalışma hayatında yer alacağı konusunda toplumun bilgilendirilmesi de göz ardı edilmemeli ve bu konuda ciddi bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

İşverenlerin, belirli şartları taşıyan işyerlerinde engelli işçi çalıştırma yükümünde olması da, engelli istihdamına yönelik öteden beri kabul edilen bir yöntemdir. Hukukumuzda, bu yükümlülüğün dayanağı olan İş Kanunu'nun 30. maddesinde zaman içinde yapılan değişiklikler ve özellikle özel sektör işverenlerine yönelik teşviklerdeki artış, yerinde düzenlemeler olarak görünmektedir. Yine, işverenlerin çalıştıracakları işçileri kendi imkânlarıyla bulmalarına izin verilmesi de istihdamı kolaylaştıracak adımlardandır. Kuşkusuz, istihdamı sağlayıcı tedbirlerin, kota ve ceza yönteminden çok teşvik olarak düşünülmesi daha yapıcı bir yaklaşım olacaktır. Bu konuda, sorumluluğun işverenlere bırakılarak, "ne olursa olsun engelli çalıştırsın" anlayışının terk edilmesi gerekir. Zira engellinin bir işte çalışmasından çok uygun işte çalışması daha önemlidir. Türkiye'deki iş kollarının ve çalışma şartlarının ortaya konularak; engellilere uygun iş ve işyeri ortamının oluşturulması, çalışma yaşamının bu yönüyle de denetlenmesi, engellilerin niteliklerinin artırılması ve niteliklerinin farkına varmalarının sağlanması, bağımsız çalışmaya özendirilmesi gibi tedbirlerinin alınması sorumluluğu yalnızca işverenlere bırakmamak bakımından gereklidir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

## Bibliyografya/Bibliography

- Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, *Engelli ve Yaşlı İstatistik Bülteni* (2019).
- Alpagut G, '4857 Sayılı Yasa' da Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Yükümlülüğü' (2004) (Nisan) Mercek Dergisi (Özürlü Çalıştırma) 118-129.
- Alpagut G, 'Özürlüler Hakkında Kanun ve Özürlü Çalıştırma Zorunluluğu Konusunda Mevzuattaki Son Değişiklikler' (2005) (Ekim) Mercek Dergisi (Son Değişiklikler) 152-160.
- Alpagut G, 'Korumalı İşyeri Kavramı ve Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmeliğin Değerlendirilmesi' (2006) (3) Sicil İş Hukuku Dergisi (Korumalı İşyeri) 29-39.
- Arıcı K, 'Türk Hukukunda Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğu ve Uygulaması' (1982) 73(1) Adalet Dergisi 84-97.
- Beveridge WH, *Full Employment in A Free Society* (2nd edition, 1960)
- Bozkurt T, 'Anayasa Mahkemesi'nin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa'ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler' (2009) (2) Ankara Barosu Dergisi 98-105.
- Caniklioğlu N, *Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi* (Beta 2002).
- Centel T, 'Özürlü Çalıştırma Yükümüne Aykırılığa İlişkin Cezai Sorumluluk Esasları' (2010) (20) Sicil İş Hukuku Dergisi 5-10.
- Çelik N, Caniklioğlu N and Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri*, (31st edition, Beta 2018).
- Ekmeççi Ö, 'Yeni Tüzük Hükümleri Uyarınca Sakat İşçi Çalıştırma Yükümü' (1987) (4,5,6) İstanbul Barosu Dergisi (Sakat İşçi Çalıştırma) 309-327.
- Ekmeççi Ö, 'Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler' (2005) 19(5) Çimento İşveren Dergisi (Yaşanan Sorunlar) 42-53.
- Engin EM, 'Çalışma Yaşamında Özürlülük' (2009) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13-30.
- Güzel A, Okur AR and Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, (17th edition, Beta 2018).
- Kregel J and Dean HD, 'Sheltered vs Supported Employment: A Direct Comparison of Long-Term Earnings Outcomes for Individuals with Cognitive Disabilities', (2001) <<https://worksupport.com/documents/shelteredchap3.pdf>> 63-83, Erişim Tarihi 10.9.2019.
- Köme Akpulat A, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, (On İki Levha 2018).
- Makas R, 'Korumalı İşyeri' (2011) 25(6) Çimento İşveren Dergisi 4-13.
- Manav AE, 'İşverenin Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru Çalıştırma Zorunluluğu' (2006) 10(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-169.
- Savaş FB, 'Çalışma Yaşamında Engelli Bireyin İstihdam Sorunları ve Yasal Yükümlülükler' (2014) 2 Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan (Beta 2014) 2615-2646.
- Stoevska V, 'Disability Statistics - Labour Market Characteristics of Persons with Disabilities' (2018) 20th International Conference of Labour Statisticians 10 - 19 October 2018, Geneva (ILO 2018).
- Subaşı İ, 'İş Hukukunda Özürlülerin Durumu' (2011) Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan (İstanbul Üniversitesi Yayını 2011) 477-540.
- Süzek S, *İş Hukuku* (18th edition, Beta 2019).
- Şen M, 'İnsan Hakları Bağlamında Çalışma Hakkı' (2013) 2(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13-37.
- Şen M, 'Türkiye'de Engellilere Yönelik İstihdam Politikaları' (2018) 8(2) Sosyal Güvenlik Dergisi 129-152.

- Talas C, 'Çalışma Hakkı ve Türkiye'deki Durum' (1991) XLVI(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 407-421.
- Tuncay AC and Ekmekçi Ö, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, (19th edition, Beta 2017).
- Tunçomağ K, 'Sakat ve Eski Hükümlü Çalıştırma Yükümü' (1974) 40(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 375-391.
- Uşan MF, *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*, (Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası 1999).
- Ünal C, *Özürliülerin Sosyal Güvenlik Hakları*, (Beta 2012).
- Visier L, 'Sheltered Employment For Persons With Disabilities' (1998) (137) International Labour Review 347-365.
- WHO, *World Report on Disability* (2011).
- WHO, *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* (1976).
- Yıldız GB, 'Türk İş Hukukunda Özürümlük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı' (2008) (10) Sicil İş Hukuku Dergisi 80-87.

#### **Elektronik Kaynaklar/Electronic Resources**

<http://www.tuik.gov.tr>

<https://ec.europa.eu>

<https://www.ilo.org>

<https://www.iskur.gov.tr>

<https://www.kazanci.com>

<https://www.ohchr.org>

<https://www.un.org>







# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 10.10.2019  
Revizyon Talebi: 15.10.2019  
Son Revizyon Tarihi: 17.10.2019  
Kabul: 23.10.2019

## Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Ayşe Ledün Akdeniz\*

### Öz

Gece döneminde çalışmanın, toplum bakımından bir ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu çalışma biçimi, özellikle çalışanların sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle önemli tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle gece çalışmalarına ilişkin olarak pek çok sınırlandırıcı hüküm bulunmaktadır. Bunlardan biri de gece çalışma süresine ilişkin sınırdır. 2015 yılında İş Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucunda, belirli sektörlerde (turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerde) gece çalışma süresi sınırının aşılmasına imkân tanıyan bir düzenleme yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklik, gece çalışması ile ilgili yönetmeliklerin de revize edilmesini gerektirmiştir. Yeni düzenleme uyarınca her ne kadar yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yapılabilmesi için işçinin yazılı onayının alınması şart koşulmuş ise de, yapılan değişikliklerin işçi bakımından yeterli bir koruma sağladığından söz etmek güç gözükmektedir. Çalışmamızda, gece çalışmasının genel özellikleri ile gece çalışmalarına ilişkin bazı tartışmalı noktalara yer verilmiştir. Böylelikle gece çalışmasına ilişkin son değişikliklerin, konu hakkındaki mevcut tartışmalar ile bağlantılı bir biçimde değerlendirilmesi ve tespit edilen sorunlara çözüm önerileri sunulması amaçlanmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Gece çalışması, Çalışma süresi, Postalar halinde çalışma, Turizm, Özel güvenlik, Sağlık hizmeti

### Night Work and The Evaluation of the Amendments Regarding the Limit of Night Work Period

### Abstract

It is stated that night work is a necessity in terms of the community. However, this type of work leads on to important discussions, particularly due to its negative impacts on the health of the workers. Thus, there are many restrictive provisions with respect to night work, one of which is related to the limit regarding the night work period. With the amendments made in 2015 to the Labor Law, a new provision allowing for the limit to be exceeded regarding the night work period in some sectors (tourism, private security and jobs related to healthcare) entered into force. This amendment required revisions in other regulations concerning night work as well. Although it is now stipulated, in accordance with the amendments, that the worker's approval in writing must be obtained in order to perform night work for more than seven hours and a half, it seems hard to indicate that such amendments provide adequate protection to the workers. Our study contains the general characteristics of night work, and some discussions with respect thereto. Accordingly, it is aimed to evaluate the last amendments introduced regarding night work in connection with the current discussions on the subject, and to provide solutions to the identified problems.

### Keywords

Night work, Working time, Shift work, Tourism, Private security, Healthcare

\* Sorumlu Yazar: Ayşe Ledün Akdeniz (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-Posta: alakdeniz@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-1312-3726

Atf: Akdeniz AL, "Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 555. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0004>

### **Extended Summary**

Night work has been the subject of many discussions due to its contradictory nature to the biological structure of the human body. This attribute of night work requires that night work and day work should not be handled in the same way in the legal order. The developments in the field of Occupational Health and Safety Law, and the researches regarding the effects of night work on the human health, constantly demand the review and improvement of the regulations regarding night work. In this regard, the most important protective provision regarding the workers working at night could be the limit on the night working time.

In accordance with the Article 69 (I) of the Labour Law No. 4857, “night” is defined as the period starting at the latest at 20.00 in the evening, and lasting at the earliest until 06.00 in the morning, which in any case lasts maximum eleven hours. Furthermore, in accordance with Article 69 (III), night work shall not exceed seven and a half hours. However, significant exceptions have been recently adopted to this rule. The amendment, enacted in 2015, allows employers in some sectors (private security, tourism and jobs related to healthcare) to demand night work in excess of seven and a half hours by obtaining written approval from the worker. It should be noted that the regulations concerning night work are particularly important regarding the work carried out by shift work. Taking into consideration the need for governing special procedures and principles on this subject, a regulation specifically on shift work has been issued, and exceptions to the rule on the limit of the night working time are also included in this regulation.

In my opinion, the propriety of this change amendment is highly debatable. It can be argued that the service should continue uninterruptedly in the sectors mentioned in the Article (private security, tourism and jobs related to healthcare). However, the employment of the workers for longer periods is not the only way to ensure the continuity of the service. Although written approval of the worker enabling the night work in excess of seven and a half hours is stipulated, the worker-protective approach of the Labour Law which protects the workers even from themselves, especially on the issues regarding occupational health and safety should not be disregarded.

It should also be noted that the Regulation on shift work also includes a statement which is not included in the text of the Labour Law. In the Regulation; it is prescribed that *the workers employed by the subcontractor* in the workplaces, where private security, tourism and health services are carried out, also fall under this scope. If the letter of the statement is followed; it could be concluded that all workers employed by the subcontractor in the health, tourism and private security sectors may be employed at night for more than seven and a half hours. However, it is clear that such an interpretation would be incompatible with the exception regulated in the Labour

Law. The provision of the regulation should be interpreted in a manner to cover subcontractor workers who are employed in the sectors referred to in the Labour Law, specifically in cases where subcontracted work is carried out with respect to these sectors.

It has been concluded that the recent changes in the field of night work constitute a reversal in terms of workers' rights. It is clear that the continuity of the services without disruption can be also maintained by increasing the number of shifts. Furthermore, I would like to draw attention to the fact that the regulations regarding night work are quite disorganized. In this regard, it may be suggested that all the rules regarding night work should fall into a single regulation. As a result, it may be stated that there is a need for the review of the regulations on night work in our legislation.

## Gece Çalışması ve Gece Çalışma Süresinin Sınırı ile İlgili Değişikliklerin Değerlendirilmesi

### I. Giriş

Gece çalışması, insanın biyolojik yapısına ters düşen niteliği nedeniyle, pek çok tartışmaya zemin oluşturan bir çalışma biçimidir. Hukuk düzeninde, toplumun ihtiyaçlarının sağlanabilmesi amacı ile gece çalışmaları yapılmasına izin verilmekte ise de, bu çalışma biçimine ilişkin pek çok sınırlandırıcı hüküm de bulunmaktadır. Çalışmamızda, gece çalışmasının özelliklerine yer verilerek, 6645 sayılı Kanun<sup>1</sup> ile gece çalışması bakımından yürürlüğe giren ve gece çalışma süresi sınırının belirli işler bakımından aşılmasına imkân tanıyan değişikliğin incelenmesi amaçlanmaktadır.

### II. İş Kanunu'nda "Gece Çalışması"

Gece çalışması, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkilerinin büyük çoğunluğu<sup>2</sup> bakımından uygulama alanı bulan 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>3</sup> 69. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin gerekçesinde de yer verilmiş olduğu üzere, hükmün içeriği oluşturulurken, 1475 sayılı İş Kanunu'nun<sup>4</sup> mülga 65. maddesinde yer verilen esaslar kural olarak aynı şekilde korunmuştur. Esasen, 1475 sayılı İş Kanunu'nun mülga 65. maddesi de, mülga 3008 sayılı Kanun'un<sup>5</sup> 43. maddesi ile benzerlikler içermektedir. Böylelikle her şeyden önce, İş Kanunu'nda gece çalışmasına yönelik esasların uzun bir süredir önemli bir değişikliğe uğramaksızın korunduğunu tespit etmek mümkündür<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6645, Kabul Tarihi: 4.4.2015, RG 23.4.2015/29335.

<sup>2</sup> Hukuk düzenimizde, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan iş ilişkileri de bulunduğundan, bir gece çalışması söz konusu olduğunda, öncelikle, işgörmeye borcunu yerine getiren işçinin hangi Kanun'a tabi olduğunun belirlenmesi ve uygulama alanı bulacak Kanun'da gece çalışmasına ilişkin bir hüküm bulunup bulunmadığının tespiti önem taşımaktadır. Belirtelim ki, Borçlar Kanunu gece çalışmasına yönelik herhangi bir düzenleme içermemektedir. Deniz İş Kanunu'nda ise, iş süresine yönelik hükme yer verilmişse de, gece çalışması ayrıca düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği (RG 10.2.2018/30328) madde 60/5'te, gece dönemi, 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki esaslara paralel bir biçimde, en geç akşam saat 20.00'de başlayan, en erken sabah saat 06.00'a kadar süren ve her durumda en fazla on bir saat sürebilen dönem olarak belirlenmiştir. Benzer şekilde, Basın İş Kanunu'nda da gece çalışması ayrıca tanımlanmamıştır fakat gece çalışmasına yönelik bazı özel düzenlemelere yer verildiğinden konunun dolaylı yünden ele alındığı sonucuna varılmaktadır, bu yönde bkz. Vuslat Özyurt, "Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma" (2008) 5 (19) Legal IHSKGD 919, 950. Bu anlamda Basın İş Kanunu madde 19 örnek gösterilebilir. Yine, bu Kanun anlamında gazeteci kavramına dâhil olanlardan müessesese, matbaa, idarehane ve büro gibi yerlerde hizmetlerinin niteliği itibarıyla aralıksız bir biçimde çalışanlar bakımından günlük iş süresi, gece ve gündüz dönemlerinde sekiz saat olarak belirlenmiş, gece veya gündüz dönemindeki çalışma süresinin artırılması durumunda bu Kanuna göre fazla çalışma sayılacağı öngörülmüştür (bkz. Ek madde 1).

<sup>3</sup> İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.5.2003, RG 10.6.2003/25134.

<sup>4</sup> İş Kanunu, Kanun Numarası: 1475, Kabul Tarihi: 25.8.1971, RG 1.9.1971/13943.

<sup>5</sup> İş Kanunu, Kanun Numarası: 3008, Kabul Tarihi: 8.6.1936, RG 15.6.1936/3330.

<sup>6</sup> Bununla birlikte, mülga 3008 sayılı İş Kanunu'nda yer verilen düzenlemede (4857 ve 1475 sayılı İş Kanunlarından farklı olarak) işçilerin gece çalışmalarının "sekiz saatten" fazla süremeyeceğinin öngörülmüş olduğu da eklenmelidir.

İş Kanunu madde 69/I'de<sup>7</sup> gece; en geç akşam saat 20.00'de başlayan, en erken sabah saat 06.00'ya kadar süren ve her durumda da en fazla 11 saat süren dönem olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda yer verilen “en erken”, “en geç” ve “en fazla 11 saat” ifadeleri gece döneminin başladığı saat ile biteceği saatin değiştirilebileceğini, ancak devam süresinin en fazla 11 saate kadar çıkarılabileceğini ifade etmektedir<sup>8,9</sup>. Bu noktada ekleyelim ki, hukukumuzda çalışma süresi kavramı bakımından, gece döneminde çalışma süresi ile gündüz dönemi çalışma süresi gibi bir ayrım yapılmamaktadır<sup>10</sup>. Çalışmanın Kanun'da belirtilen zaman dilimine denk gelmesi durumunda, gerçekleştirilen çalışma bakımından gece çalışmasının hükümleri uygulama alanı bulmaktadır<sup>11</sup>.

### III. Gece Çalışmasının Özel Durumu ve Süresinin Daha Kısıtlı Tutulması İhtiyacı

Gece çalışmasının, uygulamaya geçtiğinden beri tartışmalara yol açmış bir çalışma olduğu ifade edilmektedir<sup>12</sup>. Gece çalışmalarının insan sağlığı üzerinde olumsuz etkilerine ve sebebiyet verdiği hastalıklara ilişkin pek çok araştırma bulunmaktadır<sup>13</sup>. Öğretide de isabetle dikkat çekildiği üzere insan, gece uyumasını gerektiren bir biyolojik yapıya sahiptir<sup>14</sup>; gece çalışması ise bu yapıya aykırı niteliktedir. O halde bir gece çalışması söz konusu olduğunda, bu çalışma biçiminin gündüz çalışması ile bir tutulamayacağı konusunda tereddüt etmemek gerekir<sup>15</sup>. Nitekim bu doğrultuda, gece çalışmaları özellik arz eden çalışma süreleri olarak ele alınmakta<sup>16</sup> ve genellikle konunun iş sağlığı ve güvenliği ile yakından ilgisine<sup>17</sup> de yer verilmektedir.

<sup>7</sup> 1475 sayılı İş Kanunu'nun mülga 65. maddesinin kenar başlığı “Gece Süresi” başlığını taşımakta idi. 4857 sayılı Kanun'un 69. maddesinin gerekçesinde, madde başlığında yapılan değişiklik gerekçesine de yer verilmiştir. Buna göre anılan maddede gece süresi tanımının yanı sıra, gece çalışmalarının ne şekilde yapılacağı da düzenlenmiş olduğu için, madde başlığı “Gece Süresi ve Gece Çalışmaları” olarak değişikliğe uğramıştır.

<sup>8</sup> Münir Ekonomi, *İş Hukuku, Cilt 1* (3rd edn, Teknik Üniversitesi Matbaası 1984, 288; Ercan Güven and Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (5th edn, Nisan 2017, 273; Hamdi Mollamahutoğlu, Muhittin Astarlı and Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (3rd edn, Lykeion 2019) 349; Zeki Okur, ‘İş Hukuku’nda Gece Çalışması’, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan*, Cilt I, (Beta 2010) 511, 512; Murat Özveri, ‘Çalışma Süresi ve Gece Çalışması’, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan*, Cilt I, (Beta 2010) 623, 629.

<sup>9</sup> Bu tanım, yeterli açıklık taşımaması yönünden eleştiriye uğramıştır, bkz Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri* (Turhan 2008) 256.

<sup>10</sup> Baki Oğuz Mülayim, *İş Hukukunda Gece Çalışması* (Adalet 2016) 146; Mollamahutoğlu, Astarlı and Baysal, *İş Hukuku* (n 8) 348.

<sup>11</sup> Serkan Odaman, *Esneklik Prensipleri Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri* (Legal 2013) 85.

<sup>12</sup> Özveri, ‘Gece Çalışması’ (n 8) 626.

<sup>13</sup> ibid 627. Gece çalışmasının işçi sağlığı üzerinde olumsuz etkilerinin vardiyalı ya da sürekli gece çalışması yapılması fark etmeksizin ortaya çıktığı yönünde, bkz ibid 627.

<sup>14</sup> Okur, ‘Gece Çalışması’ (n 8) 511; Astarlı, *Çalışma Süreleri* (n 9) 251.

<sup>15</sup> Bu konuda bakınız Nüket Saracel, *Gece Çalışması ve Türk İş Hukukunda Gece Çalışmasının Düzenlenme Esasları* (T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları 1987) 29 ff.

<sup>16</sup> Sarper Sözek, *İş Hukuku* (18th edn, Beta 2019) 778; Astarlı, *Çalışma Süreleri* (n 9) 251; Okur, ‘Gece Çalışması’ (n 8) 514.

<sup>17</sup> Gece çalışma süresi de dâhil, iş sürelerinin, iş sağlığı ve güvenliği bakımından öneminin özel düzenlemelerin kabulünü gerektirdiği yönünde bkz Gülsevil Alpagut: ‘İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri - Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu’, *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı* (INTES 2019) 68. Ayrıca en büyük sanayi kazalarının da gece çalışmasında yaşandığı yönünde bkz Bünyamin Bacak

Mevzuatımızda gece çalışma *süresi* bakımından getirilmiş ana kural İş Kanunu madde 69/III'te yer almakta olup, buna göre gece çalışmasının kural olarak yedi buçuk saati geçmemesi gerekir. Ancak bu ana kurala yakın geçmişte<sup>18</sup> önemli istisnalar getirilmiştir. İş Kanunu madde 69/III'e eklenen cümle uyarınca; özel güvenlik, turizm ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerde işçiden yazılı onayını almak şartıyla yedi buçuk saati aşacak şekilde gece çalışması yaptırılabilmesi artık yasal hale gelmiştir. Bununla birlikte, anılan sektörlerde yedi buçuk saat üzerinde gece çalışması yapılmasına imkân tanınmış ise de, günlük çalışma süresine yönelik 11 saatlik sınırın (bkz. İş Kanunu madde 63/II, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği<sup>19</sup> madde 4/III) halen yürürlükte olduğu da belirtilmelidir. Ayrıca mevzuatımızda iş sağlığı ve güvenliğine yönelik başkaca düzenlemelerin yürürlükte oldukları da gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan örneğin, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te<sup>20</sup> öngörülen sınırlamalara uyulması gerekli olup, bu kapsamda korunmuş işçiler yazılı onay vermiş olsalar bile, yedi buçuk saatin üzerinde çalışamazlar<sup>21</sup>.

Ekleyelim ki, işçilerin gece postalarında yedi buçuk saatten çok çalıştırılmalarının yasak olduğuna ilişkin ana kurala, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>22</sup> madde 7'de de yer verilmiş ve yine bu maddede bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Maddede yer verilen ilk istisna, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılması gereken haller ile olağanüstü hallerde fazla çalışma yapılmasını gerektiren hallere ilişkindir (bkz. İş Kanunu madde 42 ve 43). Böylelikle işçilerin postalar halinde çalıştırılması ile yürütülen işlerde, İş Kanunu'na tabi çalışan işçinin fazla çalışma yapmasının onun onayına bağlanmadığı hallerden biri söz konusu olduğunda, gece çalışması da yedi buçuk saatten fazla sürebilecektir. İkinci olarak, Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği'nde<sup>23</sup> belirtilen durumlarda da gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırma yaptırılacağı öngörülmektedir<sup>24</sup>. Maddede yer

and Ecehan Kazancı, 'Türk Çalışma Hayatında Vardiyalı Gece Çalışan İşçilerin Karşılaştığı Fizyolojik, Psikolojik Ve Sosyolojik Etkilerin Değerlendirilmesi' (2014) 3 (6) Emek ve Toplum 132, 134. Gece çalışmasına ilişkin özel kurallar öngörülmesinin nedeninin, işçilerin korunması ihtiyacı ile ilgili olduğu yönünde bkz E. Tuncay Senyen- Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (10th edn. Gazi 2019) 373; Güven and Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (n 8) 273; Mollamahmutoglu, Astarlı and Baysal, *İş Hukuku* (n 8) 348; Sevgi Dursun Ateş, 'Turizm, Özel Güvenlik Ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (2019) 16 (61) Legal İHSGHD 81, 81, 90-91.

<sup>18</sup> Bkz İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun madde 37, Kanun Numarası: 6645, Kabul Tarihi: 4.4.2015, RG 23.4.2015/29335.

<sup>19</sup> İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, RG 6.4.2004/25425.

<sup>20</sup> Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik, RG 16.7.2013/28709.

<sup>21</sup> Dursun Ateş, 'Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (n 17) 103.

<sup>22</sup> Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 7.4.2004/25426.

<sup>23</sup> Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği, RG 28.4.2004/25446.

<sup>24</sup> İlgili Yönetmelik'in 5. maddesi uyarınca Kanun'a göre asıl işe göre belirlenmiş günlük çalışma süresine ilave olarak, bu sürenin başlama saatinden önce ya da bitme saatinden sonra olmak üzere, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini görecek işçiler, anılan işlerde günde en fazla iki saat daha çalıştırılabileceklerdir. Ekleyelim ki, bu Yönetmelik kapsamında

verilen son istisna ise, 2015 yılındaki Kanun değişikliğini<sup>25</sup> takiben, bu Yönetmelik'te yapılan değişiklik ile tanınmıştır<sup>26</sup>. Çalışmamızda, gece çalışmasının yedi buçuk saati aşmasına belirli sektörler bakımından izin veren söz konusu değişikliğin incelenmesi amaçlanmaktadır. Ancak son değişikliklerin mevcut tartışmalar ile bağlantılı bir biçimde değerlendirilebilmesi için, öncelikle gece çalışmalarına ilişkin bazı hususlara yer verilmesi uygun görülmüştür.

#### IV. Gece Çalışma Süresi Bakımından Bazı Tartışmalı Noktalar

Postalar halinde çalışma, üretimde kullanılan teknik nedeniyle üretime kesintisiz bir biçimde devam edilmesi gerektiğinde başvurulacak bir çalışma düzenidir<sup>27</sup>. Hukukumuzda bu konuya ilişkin özel usul ve esaslar düzenlenmesi ihtiyacı gözetilerek, postalar halinde çalıştırılma suretiyle yürütülen işlere özgü bir yönetmelik çıkarılmıştır. Bu Yönetmelik niteliği itibarıyla sürekli çalışmaları için kesinti olmaksızın üst üste postalar halinde işçi çalıştırılmak usulü ile işletilen işleri veya nöbetleşe şekilde işçi postalarıyla yerine getirilen işleri kapsamaktadır. Söz konusu yönetmelikte gece postalarına ilişkin de esaslara yer verilmiştir<sup>28</sup>. Gerçekten, gece çalışmasına ilişkin düzenlemeler, özellikle nöbetleşe işçi postaları ile yapılan işler bakımından önem arz etmektedir. Yönetmelik'te yer verilen esaslardan biri de, çalışma süresi hesaplanırken bu sürenin yarısından fazlasının gece dönemine rastlayan bir posta çalışmasının gece çalışması sayılacağıdır (madde 7/son). Bu doğrultuda öğretilde, postalar halinde çalışmalarda gece çalışmasından söz edebilmek için, çalışma süresinin yarısından fazlasının gece dönemine rastlamasının yeterli olduğuna dikkat çekilmiş ve bu anlamda posta vardiyasının 20.00 ve 06.00 saatleri arasında başlamasının ya da bitmesinin beklenmediği isabetli olarak ifade edilmiştir<sup>29</sup>. Bu zaman dilimleri ile temas etmek kaydıyla, bir posta çalışması süresinin yarısından fazlası gece dönemine rastlamakta ise bu çalışma gece çalışması sayılmaktadır.

Bu noktada, gece dönemi ile gündüz dönemine rastlayan çalışma sürelerinin eşit olması halinde bir çalışmanın ne şekilde nitelendirileceği konusunun öğretilde tartışmalı

bir hazırlama, tamamlama ve temizleme çalışmanın yapılabilmesi için Yönetmelik'te belirlenen diğer koşulların da sağlanması gerekir.

<sup>25</sup> Bkz İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun madde 37.

<sup>26</sup> Değişiklik yapan Yönetmelik için bkz Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG 19.8.2017/30159.

<sup>27</sup> Okur, 'Gece Çalışması' (n 8) 511.

<sup>28</sup> Örneğin Yönetmelik'in 4. maddesi uyarınca, nitelikleri nedeniyle sürekli çalışmaları için kesintisiz olarak üst üste postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işler bakımından posta sayısı 24 saatlik süre içerisinde en az üç posta olacak şekilde düzenlenmelidir. Ancak aynı maddede yapılan değişiklik uyarınca; özel güvenlik, turizm ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyette bulunan alt işverence yürütülen işlerde düzenleme 24 saat içerisinde iki posta olacak şekilde yapılabilmektedir. Değişiklik yapan Yönetmelik için bkz RG 19.8.2017/30159. Bu şekilde 24 saat içerisinde iki posta olacak şekilde çalışılması, anılan işlerde gece çalışma süresinin yedi buçuk saatin üzerinde kararlaştırılabilmesi ile bağlantılıdır.

<sup>29</sup> Ömer Ekmekçi, '4857 Sayılı İş Kanunu'nda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar' (2006) Çimento İşveren, 48, 50.

olduğunu da eklemek gerekir. Bir görüşe göre, postalar halinde işçi çalıştırılmasına ilişkin Yönetmelik'te “çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın gece çalışması sayılacağından” söz edileceği açıkça belirtilmiş olduğundan (bkz. madde 7/son), gece dönemi ve gündüz dönemine denk gelen çalışma sürelerinin eşitliği halinde, çalışma, gece çalışması olarak nitelendirilmemelidir<sup>30</sup>. Görüşümüze göre de, gece dönemi ve gündüz dönemine denk gelen çalışma sürelerinin eşit olması halinde çalışmanın gece çalışması sayılabilmesi için bir mevzuat değişikliği gerekli olup yürürlükteki mevzuat çerçevesinde bu durumun gece çalışması olarak değerlendirilmesi imkânı bulunmamaktadır. Bununla birlikte aksi yöndeki görüşe göre, işçi yararına yorum ilkesi kapsamında, gece dönemi ve gündüz dönemine denk gelen çalışma sürelerinin eşit olması halinde bu çalışmanın gece çalışması olarak kabul edilmesi gerekir<sup>31</sup>.

Yine, Yönetmelik'in ilgili maddesinde, *çalışma süresinin* yarısından çoğunun gece dönemine rastlamasından söz edildiğine de dikkat çekmek isteriz. Öğretide bu ifadeden hareket ile, ara dinlenme süresinin gece çalışması süresinin hesabında dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>32</sup>. Gerçekten, İş Kanunu madde 68/son ve İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği madde 3/I uyarınca ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılması imkânı bulunmamaktadır. Ancak görüşümüze göre, gece çalışmaları söz konusu olduğunda, meselenin gündüz çalışmaları ile aynı şekilde ele alınmış olması eleştirilebilir bir durumdur. Gece çalışmasında bulunan bir işçi ara dinlenmesi verdiğinde, yalnızca mola vermemekte, aynı zamanda biyolojik yapısına ters düşen bir biçimde gün ışığından yoksun bir şekilde geçireceği süreyi de uzatmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, ara dinlenmelerinin gece çalışma süresine dâhil edilmesi yönünde bir mevzuat değişikliği yapılması isabetli olacaktır.

Öte yandan, gece çalışmasının mutlaka postalar (vardiyalar) halinde yürütülmesinin bir zorunluluk olmadığına da dikkat çekilmelidir. Bir işçinin sürekli olarak gece çalışması yapması da olasıdır<sup>33</sup>. Örneğin gece çalışması yapılmayan bir işyerinde, güvenliği sağlamak amacıyla yalnızca ve sürekli bir biçimde gece bekçisi olarak çalışan bir işçi bakımından durum bu şekildedir. Açıktır ki, posta usulü olmaksızın sürekli biçimde gece çalışan bir işçinin çalışmasının bir kısmının gündüz dönemine, bir kısmının ise gece dönemine rastlaması da söz konusu olabilecektir. Ancak bu şekilde bir durum söz konusu olduğunda çalışmanın ne şekilde nitelendirileceğine yönelik bir düzenleme mevzuatımızda yer almamaktadır. Çalışılan sürenin yarısından fazlasının gece dönemine denk geldiği bir posta çalışmasının gece çalışması sayılacağı, *sadece*

<sup>30</sup> ibid 51; Okur, ‘Gece Çalışması’ (n 8) 513; Mülayim, *Gece Çalışması* (n 10) 141.

<sup>31</sup> Nuri Çelik, Nursen Caniklioğlu and Talat Canbolat *İş Hukuku Derstleri* (32th edn, Beta 2019) 706; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent and Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku* (9th edn, Beta 2019) 317; Fevzi Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Ve Uygulanması* (8th edn, Albi 2014) 235; Dursun Ateş, ‘Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar’ (n 17) 87.

<sup>32</sup> Bkz Ekmekçi, ‘Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışması’ (n 29) 51; Özyurt, ‘Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma’ (n 2) 926; Okur, ‘Gece Çalışması’ (n 8) 513; Mülayim, *Gece Çalışması* (n 10) 141; Dursun Ateş, ‘Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar’ (n 17) 86.

<sup>33</sup> Okur, ‘Gece Çalışması’ (n 8) 512-513.



postalar halinde çalışmalara ilişkin esasların düzenlendiği Yönetmelik'te (madde 7/ son) öngörülmüştür.

Öğretide, madde 7/son'daki kuralın postalar halinde çalışmanın söz konusu olmadığı gece çalışmaları bakımından da uygulanabileceği savunulmaktadır<sup>34</sup>. Bu yöndeki görüş benimsenir ise, örneğin saat 19.00-21.30 arasında yapılan bir çalışmanın da gece çalışması olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Yüksek Mahkeme'nin ise bu konuda farklı yönde kararları mevcuttur. 7. Hukuk Dairesi'ne göre, eğer işyerindeki çalışma postalar halinde bir yapılan bir çalışma değil ise, işin yarısından fazlası gece döneminde geçse bile, çalışmanın tamamının gece çalışması niteliğinde sayılmaması gerekir<sup>35</sup>. 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında ise, gece bekçisi olarak çalışan işçinin günlük çalışma süresinin yarısından fazla bir kısmı gece dönemine denk gelen çalışmasının gece çalışması kabul edileceği belirtilmiş ve günlük fazla çalışma süresinin yedi buçuk saati aşılması üzerinden hesaplanması gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>36</sup>.

Kanaatimizce, çalışma süresinin ne kadarlık bir kısmının gece dönemine rastlaması durumunda bu çalışmanın gece çalışması sayılacağı, yalnızca postalar halinde çalışmalar bakımından düzenlenmiş olması, önemli bir eksiklik niteliğindedir<sup>37</sup>. Gerçekten, gece çalışmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere sadece postalar halinde çalışmaya ilişkin Yönetmelik'te yer verilmesi birtakım sorunlara yol açmaya elverişli olup, bu konu ileride, gece çalışma süresi sınırını esnekleştiren değişiklik ile bağlantılı olarak da değerlendirilecektir.

## V. Gece Çalışma Süresi Sınırını Esnekleştiren Son Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler

Gece çalışması, pek çok tartışmaya zemin oluşturmuş bir çalışma düzenidir<sup>38</sup>. Gece çalışmasından vazgeçilmesinin mümkün olmadığı, toplumun gece çalışılmaksızın

<sup>34</sup> Mülâyim, *Gece Çalışması* (n 10) 142-144.

<sup>35</sup> "...İşyerinde postalar halinde çalışma bulunmadığından işin yarısından fazlası gece döneminde geçse de çalışmanın tamamı gece çalışması niteliğinde sayılmayacaktır. Bilirkişice 14 saatlik çalışma süresinden iki saat ara dinlenmesini orantı kurarak gece ve gündüz çalışmalarından indirmek suretiyle sonuca gitmesi gerekirken gece çalışmanın 69.madde düzenlemesine aykırı olarak 12 saat olarak kabulü hatalıdır..." , bkz Yargıtay 7 HD, 24796/7184, 01.04.2014 (Lexpera).

<sup>36</sup> Yargıtay 9 HD, 17642/24006, 02.07.2015 (Kazancı).

<sup>37</sup> Bu anlamda, *gece işçisi* gibi bir kavrama yer verilerek, her bir işçi özelinde tereddüdü ortadan kaldıracak bir biçimde konunun açıklığa kavuşturulması bir çözüm olarak düşünülebilir. Ancak İş Kanunu'ndaki çalışma sürelerine ilişkin hükümlerin Avrupa Birliği'nin çalışma sürelerine ilişkin direktifindeki (Council Directive 2003/88/EC of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time [2003] OJ L299/9) düzenlemeler dikkate alınarak hazırlanması nedeniyle bu iki mevzuat arasında belirli benzerlikler görülmesine rağmen (bkz Ertan İren, *Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu* (Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası 2008) 230), İş Kanunu'nda ayrıca "gece işçisi" gibi bir kavrama yer verilmemiştir. Ekleyelim ki, Direktifin ikinci maddesinde yer verilen gece işçisi tanımına göre, günlük çalışma süresinin en az üç saatinin gece süresine rastladığı işçiler yahut yıllık çalışma süresinin belirli bir kısmının gece dönemine rastladığı işçiler gece işçisi olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda gece işçisi sayılabilmek için yıllık çalışma süresinin ne kadar kısmının gece dönemine rastlaması gerektiği üye ülkelerin mevzuatına bırakılmıştır.

<sup>38</sup> Özveri, 'Gece Çalışması' (n 8) 626.

karşılanamayacak pek çok hizmeti bulunduğu ifade edilmekte ise de<sup>39</sup>, bu çalışmanın insanın biyolojik yapısına kural olarak ters düştüğü açıktır. Bu bakımdan gece çalışmasını yerine getirenler ile toplumun ihtiyaçları arasında bir denge gözetilmesinin gereği olarak, bu çalışma biçimine ilişkin pek çok sınırları hüküm öngörülmüştür. Bunlardan biri de gece çalışma süresinin günlük sınırıdır. Bununla birlikte, 2015 yılında gece çalışma süresine ilişkin yedi buçuk saatlik süre sınırının (bkz. İş Kanunu madde 69/III), belirli işler bakımından aşılabılmesine imkân tanıyan bir mevzuat değişikliği gerçekleştirilmiştir<sup>40</sup>. Buna göre; turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerde, işçiden yazılı onayı almak şartı ile gece çalışmasına ilişkin yedi buçuk saatlik süre sınırının aşılması bir hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Çalışmamızın bu bölümünde gece çalışma süresine ilişkin söz konusu değişikliğin daha yakından incelenmesi amaçlanmaktadır.

### A. Değişikliğin Hazırlık Sürecine Bakış

Öğretide ifade edilen bir görüşe göre; turizm, özel güvenlik ve sağlık sektöründeki işler bakımından hizmet devamlılık gerektirmekte ve hizmetin kesintisizliği işin niteliğinden kaynaklanmaktadır<sup>41</sup>. Bu sektörlerdeki ihtiyaçlar günün her anında ortaya çıkabilecektir ve bu bakımdan çalışmanın hem gece hem gündüz döneminde yapılması bu hizmetin alıcıları için gereklilik arz etmektedir<sup>42</sup>. Anılan sektörlerdeki işlerin yürütülmesi bakımından, bu işyerlerinde faaliyetin devamlılığının sağlanmasına ihtiyaç duyulduğu yadsınamaz bir gerçek ise de, hizmetin devamlılığını sağlamanın tek yolunun, işçilerin gece çalışma sürelerini arttırmak olup olmadığı sorusu da gündeme gelebilir. Bu anlamda gece çalışma süresi sınırını bazı sektörler bakımından esneten değişikliğin değerlendirilebilmesi için, Kanun'un hazırlık aşamalarına da değinilmesi uygun görülmüştür.

Öncelikle, Kanun'un 69. maddesinde değişiklik yapan düzenlemeye, (1/1006 Esas Numaralı) İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda<sup>43</sup> yer verilmemiş olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte Alt Komisyon Metni'nin 40. maddesinde, İş Kanunu'nun 69. maddesinin 3. fıkrasına “*Ancak, sanayiden sayılmayan işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir.*” cümlesinin eklenmesi öngörülmüştür<sup>44</sup>. Dikkat edileceği üzere Alt

<sup>39</sup> Dursun Ateş, ‘Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar’ (n 17) 82-83.

<sup>40</sup> Bkz 6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun madde 37.

<sup>41</sup> Dursun Ateş, ‘Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar’ (n 17) 83.

<sup>42</sup> ibid 84.

<sup>43</sup> < <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1006.pdf> > Erişim Tarihi 15.08.2019.

<sup>44</sup> Alt Komisyon Raporu'nda, “*yürürlükteki mevzuata göre gece çalışmalarının yedi buçuk saat ile sınırlandırılmasının özellikle sağlık ve güvenlik sektörü işyerlerinde, işçiler açısından çeşitli sorunlara neden olduğu gerekçesiyle; işçilerin gece çalışmalarının yedi buçuk saati geçemeyeceğine dair hükme, sanayiden sayılmayan işler açısından bir istisna getirilmesi*” öngörüldüğünden söz edilmektedir, bkz: < <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss687.pdf> > Erişim Tarihi 15.08.2019.

Komisyon Raporu'nda getirilmesi planlanan bu istisna, ilk aşamada “sanayiden sayılmayan işlerin” tümüne<sup>45</sup> ilişkin olarak düşünülmüştür. Ancak sanayiden sayılmayan işler bakımından işçiden yazılı onay almak şartıyla yedi buçuk saat üzerinde gece çalışması yaptırılabilmesine ilişkin söz konusu cümlelerin eleştiriyile karşılandığı belirtilmelidir<sup>46</sup>. Fakat yine de Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunun Kabul Ettiği Metin’de “Ancak, sanayiden sayılmayan işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir.” cümlesi yer almış ve TBMM görüşmeleri sırasında bu düzenlemenin yeniden müzakere edilmesi önerisi reddedilerek madde bu hali ile kabul edilmiştir<sup>47</sup>. Ancak ertesi gün yapılan TBMM görüşmelerinde, kamu yararı çerçevesinde gece çalışmasına ilişkin bu hükmün kapsamının daraltılmasını da içeren yeni bir önerge verilmiş, “sanayiden sayılmayan” ibaresinin “turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işler” şeklinde değiştirilmesi kabul edilmiştir<sup>48</sup>. Gereğe ise şu şekildedir:

*“2003/88 sayılı AB Direktifinde, turizm özel güvenlik ve sağlık hizmetlerinde çalışanların gece çalışma süresinin sekiz saati üzerinde taraflarca anlaşarak düzenlenebileceği belirtilmektedir. Düzenlemeyle, turizm, sağlık ve güvenlik sektörü işyerlerinin, sektörün ihtiyaçları doğrultusunda haftalık yasal çalışma süresini geçmeyecek şekilde ve işçinin yazılı onayı alınarak gece çalışmalarındaki yedi buçuk saatlik günlük çalışma süresi sınırlamasına tabi olmaması amaçlanmıştır.”<sup>49</sup>*

## B. Değişikliğe Avrupa Birliği Direktifi Perspektifinden Bakış

Öğretide, İş Kanunu'nun 69. maddesinde 6645 sayılı Kanun ile getirilmiş olan belirli işlere yönelik istisnanın, çalışma sürelerine ilişkin 2003/88/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifinde de mevcut olduğu ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Gerçekten, Direktifin 17. maddesinin 3. fıkrasında, -gece çalışma süresine ilişkin 8. madde de dahil olmak üzere- belirli faaliyetler / hizmetler bakımından bazı istisnalar düzenlenebileceği öngörülmüştür ve yine 17. maddede yer verilen istisnalar arasında, turizm, sağlık ve güvenlik alanları ile bağlantılı faaliyetler de sayılmıştır.

Ancak önemle vurgulamak isteriz ki, istisnaların tanındığı söz konusu 17. maddenin 3. fıkrasında, bu istisnalara 17. maddenin 2. fıkrası uyarınca izin verildiğinden söz

<sup>45</sup> Dikkat çekmek isteriz ki, raporda bu istisnanın “özellikle sağlık ve güvenlik sektörü işyerlerinde, işçiler açısından çeşitli sorunlara neden olduğu gerekçesiyle” getirilmek istenildiğine yer verilmiş, fakat turizm sektörü Alt Komisyon Raporu'nda bu aşamada henüz hiç anılmamıştır.

<sup>46</sup> Bu konuda verilen muhalefet şerhlerinde, bir önerge ile sanayiden sayılmayan işyerlerinde gece çalışmasına ilişkin yedi buçuk saatlik sınırın kaldırılmasının, mevcut durum bakımından oldukça köklü bir değişiklik olduğu ve işçi haklarının geri götürülmesi anlamını taşıdığı ifade edilmiştir. Muhalefet şerhinde, bu düzenlemenin 2003/88 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile uyumlu olmadığı, sanayiden sayılmayan işlerde çalışan tüm işçiler bakımından gece çalışma süresini 11 saate kadar arttırabilen bir düzenlemeye gidildiği, bu şekilde gece ve gündüz çalışmaları arasında hiçbir fark kalmadığına yönelik açıklamalara da yer verilmiştir, bkz: < <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss687.pdf> > Erişim Tarihi 15.08.2019.

<sup>47</sup> < <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil5/ham/b09001h.htm> > Erişim Tarihi 15.08.2019.

<sup>48</sup> < <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil5/ham/b09101h.htm> > Erişim Tarihi 15.08.2019.

<sup>49</sup> < <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil5/ham/b09101h.htm> > Erişim Tarihi 15.08.2019.

<sup>50</sup> Mülâyim, *Gece Çalışması* (n 10) 153-154.

edilmektedir. Burada atf yapılan 2. fıkrada ise, ana kuraldan sapmalara ancak işçilere eşdeğer telafi edici dinlenme süreleri verildiğinde ya da çok istisnai durumlarda bu şekilde bir eşdeğer telafi edici bir sürenin objektif sebeplerle verilememesi halinde makul bir korumanın sağlanması kaydıyla izin verilmektedir. Bu bakımdan İş Kanunu'nun 69. maddesinde, böyle bir koruma öngörmeksizin sadece işçiden yazılı rıza almak şartıyla, sürekli bir biçimde işçinin gece çalışmasına ilişkin ana kural olan yedi buçuk saat üzerinde çalışma yapmasına izin veren kanun değişikliğinin, Avrupa Birliği hukuku ile bağdaştığını söylemek güçtür<sup>51</sup>. Bu istisnalara söz konusu Direktif kapsamında da yer verildiği ifade edilmekte ise de, bu direktifte öngörülen eşdeğer bir koruma sağlanmadıkça, Avrupa Birliği mevzuatına uyumdan söz edilemeyeceği kanaatindeyiz.

### C. Değişikliğin Kapsamının Yalnızca Postalar Halinde Çalışmaya İlişkin Yönetmelikte Düzenlenmesi

İş Kanunu'nun 69. maddesindeki değişiklik, mevzuatımızda yer alan başkaca düzenlemeleri de etkilemiş ve bazı düzenlemelerin revize edilmesi ihtiyacını doğurmuştur<sup>52</sup>. Bunlardan biri de işlerin postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülmesine ilişkin Yönetmelik'te (madde 7) yapılan değişikliktir<sup>53</sup>. 2017 yılındaki Yönetmelik değişikliği ile<sup>54</sup> postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işler bakımından özel güvenlik, turizm ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerin kapsamı düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenleme, özel güvenlik, turizm ve sağlık sektörlerinin *kapsamına ilişkin* tek düzenlemedir. Oysa, gece çalışmasının mutlaka postalar halinde bir çalışmanın parçası olması zorunluluğu yoktur. Böyle bir durumda, bir posta çalışması sistemi içerisinde olmaksızın sürekli bir biçimde gece çalışması yapan bir işçi bakımından da bu düzenlemeye kıyasen başvurulabileceği

<sup>51</sup> Aksi görüşte bkz ibid 153-154. Yazara göre Kanun'a getirilen düzenleme esas itibarı ile Direktife ayrıki nitelikte değildir.

<sup>52</sup> Örneğin, nitelikleri nedeniyle sürekli çalıştıkları için kesintisiz olarak üst üste postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde posta sayısı, kural olarak 24 saatlik süre içerisinde en az üç işçi postası çalıştırılacak şekilde düzenlenmektedir. Ancak postalar halinde çalışmaya ilişkin Yönetmelik'te yapılan değişiklik ile; turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işverence yürütülen işlerde 24 saat içerisinde iki posta şeklinde yapılabileceği öngörülmüştür. Örgütide henüz anılan Yönetmelik'e ilgili cümle eklenmeden önce de, 24 saatte en az üç posta şeklindeki sınırlamanın İş Kanunu madde 69/III kapsamındaki işçiler bakımından geçerliliğini yitirdiğine dikkat çekilmiştir. Yazara göre, madde kapsamındaki sektörler bakımından artık 24 saatte iki posta şeklinde çalışması mümkün ise de, bu uygulama sürekli biçimde haftalık 45 saati aşan bir biçime dönüşmemelidir, bu yönde bkz Mahmut Kesici, 'Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması' (2015) 47 Çalışma ve Toplum, 221, 231. Yine benzer şekilde, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik de değişikliğe uğramış (bkz Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik RG 19.8.2017/30159), kadın çalışanların "her ne şekilde olursa olsun" gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacağına ilişkin kural (madde 5/1) revize edilerek, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işverence yürütülen işlerde kadın çalışandan yazılı onay almak şartı ile yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilmesi öngörülmüştür. Bununla birlikte eklemek gerekir ki, kadın çalışanların, gebe olduklarının doktor raporuyla tespit edilmesinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın çalışanların ise doğum tarihinden başlamak üzere kendi mevzuatlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla bir yıl süre ile gece postalarında çalıştırılmayacaklarına ilişkin düzenleme muhafaza edilmektedir (bkz madde 9).

<sup>53</sup> Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik madde 2 (RG 19.8.2017/30159).

<sup>54</sup> 2017 yılında postalar halinde işçi çalıştırılmasına ilişkin Yönetmelik'te değişiklik yapılarak, getirilen istisna hükmünün uygulama alanına yönelik esaslara yer verilmeden önce örgütide, İş Kanunu'nun 69. maddesinde belirli sektörlerle yer verilmesine rağmen bu hizmetlerin kapsamının belirtilmemiş olması hususu eleştiriye uğramış ve bu belirsizliğin uygulamada sorunlara yol açabileceğine dikkat çekilmiştir, bkz Kesici, 'Gece Çalışması' (n 52) 223-227.

savunulabilir ise de, gece çalışmalarına yönelik esasların büyük oranda yalnızca postalar halinde çalışmaya ilişkin Yönetmelik'te düzenlenmesi yönünde bir usulün yerleşmesini isabetli bulmadığımızı da belirtmek isteriz<sup>55</sup>.

## D. Değişikliğin İçeriğine İlişkin Bazı Değerlendirmeler

### 1. Yazılı Onay Şartı Bakımından

Mevzuatımızda belirli sektörler bakımından yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yapılabileceğine imkân tanıyan düzenlemede yazılı onay alınması gerektiğinden söz edilmekte ise de, onayın ne zaman alınması gerektiği belirtilmemiştir. Öğretideki bir görüşe göre, yazılı rızanın İş Kanunu madde 41 ve ona dayanılarak hazırlanmış olan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği<sup>56</sup> hükümleri çerçevesinde öngörülen usulde alınması gerekir<sup>57</sup>. Bu doğrultuda yazılı rıza, iş sözleşmesi yapılırken ya da ihtiyaç ortaya çıktığında alınır<sup>58</sup> ve işçinin özlük dosyasında saklanır. Fazla çalışma yapmak istemeyen işçinin verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak şartı ile geri alabilmesi mümkündür<sup>59</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki, yazılı onay şartı, ispat değil, bir geçerlilik şartı niteliğindedir<sup>60</sup>. Öğretide her ne kadar bu rızanın toplu iş sözleşmeleri ile de alınmasının mümkün olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de<sup>61</sup>, Kanun hükmünde yedi buçuk saatlik sınırın aşılmasının münhasıran işçinin rızasına bağlanmış olduğu açıktır. Bu bakımdan, çalışma sürelerine ilişkin 2003/88/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifini dikkate alarak yazılı onayın toplu iş sözleşmeleri ile de alınabileceği görüşünün<sup>62</sup> isabet taşıdığı söylenemez. İş Kanunu madde 69/III hükmü istisnai nitelik taşıdığından ve bireysel olarak işçiden yazılı onay alınmasını aradığından, genel olarak toplu iş sözleşmeleri ile alınmış geçerli bir onayın varlığından söz edilmemelidir<sup>63</sup>.

<sup>55</sup> Bu anlamda örneğin, çalışma süresinin yarısından fazlasının gece dönemine rastlaması durumunda bu çalışmanın gece çalışması sayılacağına yönelik düzenlemeye de yalnızca postalar halinde işçi çalıştırılmasına ilişkin Yönetmelik'te yer verilmiştir, bkz madde 7/son.

<sup>56</sup> İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği, RG 6.4.2004/25425.

<sup>57</sup> Kesici, 'Gece Çalışması' (n 52) 230. Bu görüşün savunulduğu dönemde, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'ne fazla çalışma yaptırılacak işçinin onayına ilişkin maddede (bkz madde 9) henüz değişiklik gerçekleştirilmemiş idi. Yönetmelikte yapılan değişiklikten (bkz İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik RG 25.8.2017/30165) önce kaleme alınan bu çalışmada, yazılı onayın başlangıçta iş sözleşmelerine bu yönde hüküm konularak alınabileceği ya da sonradan iş sözleşmesi devam ederken alınabileceği, işçiden alınmış yazılı onayın en fazla bir yıl için geçerli olacağı ve her yıl yenilenmesinin gerekeceği belirtilmiştir.

<sup>58</sup> Gece çalışmaları bakımından yedi buçuk saatin üzerinde çalışma yapılabilmesi için işçiden İş Kanunu madde 41 kapsamında alınmış onay yeterli olmayacağı yönünde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat, *İş Hukuku* (n 31) 710; Alpagut, 'Çalışma ve Dinlenme Süreleri' (n 17) 68.

<sup>59</sup> Dursun Ateş, 'Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (n 17) 104.

<sup>60</sup> Kesici, 'Gece Çalışması' (n 52) 229; Mülayim, *Gece Çalışması* (n 10) 159-160; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat, *İş Hukuku* (n 31) 710; Dursun Ateş, 'Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (n 17) 103.

<sup>61</sup> Mülayim, *Gece Çalışması* (n 10) 162; Dursun Ateş, 'Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (n 17) 104.

<sup>62</sup> Bu görüşte bkz Dursun Ateş, 'Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (n 17) 104.

<sup>63</sup> Kesici, 'Gece Çalışması' (n 52) 230.

## 2. İşyerlerinin Esas Alınması Bakımından

### a. Turizm, Özel Güvenlik, Sağlık Hizmeti İşlerinin Yürütüldüğü İşyerleri

Gece çalışmasının yedi buçuk saatin üzerinde yapılabilmesine izin verilen üç sektördeki işlerin kapsamı, işçilerin postalar halinde çalıştırılmasına ilişkin Yönetmelik'in 7. maddesinde belirlenmiştir. Öğretide, henüz Yönetmelik'te 2017 yılında bu konuya ilişkin değişiklik yapılmadan önce, niteliği itibariyle turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti ile bağlantısı olan işlerin de bu kapsamda kabul görmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>64</sup>. Böylece, gece çalışmalarının yedi buçuk saati aşamamasının halen genel kural olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiği ve bu nedenle genel kurala getirilen istisna kapsamında olan bağlantılı işlerin tespit edilirken 'dar yorum ilkesinin' benimsenmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür<sup>65</sup>.

Bununla birlikte, 2017 yılında yapılan Yönetmelik değişikliği ile; özel güvenlik, turizm ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerin kapsamı belirlenirken; “*tesisler*”, “*işyerleri*” ve “*kuruluşlar*” gibi ifadelere yer verilerek *birimler* esas alınmış ve buralarda çalışan işçiler bakımından -işçinin de onayının alınması şartı ile- yedi buçuk saati aşarak gece çalışması yapılabileceği öngörülmüştür. Özel güvenlik, turizm ve sağlık hizmetlerinin yürütüldüğü işlerin kapsamı belirlenirken yalnızca Yönetmelik hükmü esas alınacak olursa; burada her bir sektör bakımından *birimler* esas alınmış olduğundan ve bu *birimlerde* çalışan tüm işçiler kapsama dahil edildiğinden, örneğin sağlık hizmeti yürütülen bir işyerinde çalışan muhasebecinin de (yazılı onayını almak şartı ile) yedi buçuk saat üzerinde gece çalışması yapabileceğini kabul etmek gerekecektir. Oysa bu durumun Kanun'da öngörülen “sektörel” istisna ile bağdaşmayacağı açıktır. Nitekim Kanun'un hazırlık çalışmalarına da bakılacak olursa<sup>66</sup>, başlangıçta “*sanayiden sayılmayan işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilmesi*” gündemde iken, verilen bir önerge doğrultusunda “*sanayiden sayılmayan*” ibaresinin “*turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işler*” şeklinde daraltıldığı da göz önünde tutulmalıdır<sup>67</sup>. O halde Yönetmelik hükmünü, Kanun'da öngörülen esasa aykırı olmayacak şekilde, İş Kanunu madde 69/III'te öngörülen *özel güvenlik, turizm ve sağlık hizmetinin yürütüldüğü bir işte çalışmak ön koşulu ile*, Yönetmelik'in 7. maddesinde yer verilen birimlerin kapsamına alınmış işçiler olarak yorumlamak uygun olacaktır. Öğretideki aksi görüşe göre ise, Yönetmelik'te “işler” sayılmayarak “işyerleri” esas alındığından, artık yapılan işin niteliği değil, çalıştığı işyeri dikkate alınarak gece döneminde yedi buçuk saatin üzerinde çalışma yapılıp yapılamayacağına bakılması gerekmektedir<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> ibid 227.

<sup>65</sup> ibid 227.

<sup>66</sup> Bu konuda bkz yukarıda Başlık V. A.

<sup>67</sup> < <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil5/ham/b09101h.htm> > Erişim Tarihi 15.08.2019.

<sup>68</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat, *İş Hukuku* (n 31) 709.

## b. Turizm, Özel Güvenlik, Sağlık Hizmeti İşlerinin Yürütüldüğü İşyerlerinde Alt İşveren Tarafından Çalıştırılan İşçiler

İşçilerin postalar halinde çalıştırılması suretiyle yürütülen işlere ilişkin Yönetmelik'in 7. maddesinde ayrıca, Kanun metninde yer almayan bir ifadeye yer verildiği de belirtilmelidir. Yönetmelik'te yapılan değişiklik doğrultusunda; özel güvenlik, turizm ve sağlık hizmeti işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde *alt işveren tarafından çalıştırılan işçilerin* de bu kapsamda olduğu öngörülmüştür. Öğretide, Yönetmelik'in 7. maddesinde bahsedilen işlerin "işyeri/işletme" esas alınarak belirlenmesi ve işçilerin tümünün kapsama alınmış olması nedeni ile, kapsam bakımından işyerlerinden iş alan alt işverenler tarafından çalıştırılan işçileri de içerecek genişlikte bir düzenlemenin söz konusu olduğu ileri sürülmüştür<sup>69</sup>.

Yönetmelik'te yer verilen ifadenin lafzı esas alınacak olursa; sağlık, turizm ve özel güvenlik sektörlerinde alt işveren tarafından çalıştırılan tüm işçilere yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilceği gibi bir sonuca ulaşılabilecektir. Oysa yine bu yönde bir yorumun da, Kanun'da öngörülen istisna hükmü ile bağdaşmayacağı açıktır. Eğer turizm, sağlık ve özel güvenlik işlerinin görüldüğü işyerlerinde, alt işveren tarafından işçilerin tamamının gece yedi buçuk saat üzerinde çalıştırılabilceği kabul edilir ise, Yönetmelik hükmü Kanun'a aykırı bir biçimde yorumlanmış olur. Gerçekten Anayasa madde 124/I'de; Cumhurbaşkanının, Bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanları ile ilgili kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak için ve bunlara aykırı olmaması kaydıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri hükmüne yer verilmiştir. Öğretide de yönetmelik çıkarmaya yetkili olanların, yönetmeliğin dayandığı yasa veya tüzükte öngörülme-yen bir sınırlamaya yer veremeyeceklerine isabetle dikkat çekilmektedir<sup>70</sup>. Aynı gerekçeyle, Yönetmelik'in, bir üst hukuk normunda getirilmiş olan istisna hükmünün kapsamını genişletmesi de hukuka uygunluk taşımayacaktır. Nitekim yakın tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında da yer verildiği üzere; yönetmelik kaynağını kanundan almakta olup, yalnızca kanunun uygulanmasını göstermektedir. Bu nedenle kanunda bulunmayan bir düzenlemenin yönetmelik ile getirilmek yolu ile kanunun önüne geçecek şekilde uygulanmasının benimsenmesi hukukun genel teorisine aykırı niteliktedir<sup>71</sup>.

Görüşümüz göre, aynı doğrultuda, söz konusu Yönetmelik hükmünün de, yalnızca Kanun'da yer verilen sektörler bakımından alt işverenlik ilişkisi kurulduğu

<sup>69</sup> ibid 709; Dursun Ateş, 'Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (n 17) 99.

<sup>70</sup> Ömer Ekmekçi, *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi*, (BANKSİS 1996) 66-67.

<sup>71</sup> "Diğer taraftan normlar hiyerarşisi dikkate alındığında daha alt basamakta yer alan ve tamamen idarenin düzenleyici tasarrufu niteliğinde olan yönetmelikle, daha üst basamakta bulunan ve yasama organı tarafından objektif, soyut ve genel nitelikte bir yasama tasarrufu niteliğinde bulunan kanuna aykırı düzenleme getirilmesi mümkün değildir. Yönetmelik kaynağını kanundan alır ve ancak kanunun uygulanmasını gösterir. Kanunda bulunmayan bir düzenlemenin, yönetmelikle ihdası ve bu yolla kanunun önüne geçen bir uygulamanın benimsenmesi hukukun genel teorisine de aykırıdır.", Hukuk Genel Kurulu, 22-2381/2038, 27.12.2017 (Kazancı).

durumlara özgü olarak, bu alanlarda iş alan alt işveren işçilerini kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir. Bu şekilde örneğin, bir hastanede hem yemek işinin hem de güvenlik işinin alt işverene verildiği bir kurguda, alt işverence çalıştırılan özel güvenlik personeline yedi buçuk saat üzerinde gece çalışması yaptırılabilir iken; alt işverence çalıştırılan yemekhane personelinin yazılı onayı alınmış olsa bile gece yedi buçuk saat üzerinde çalıştırılması hukuka uygun olmayacaktır.

### E. Gece Çalışma Süresinin Aşılması ve Durumun Fazla Çalışma Ücreti Bakımından Değerlendirilmesi

İş Kanunu'nun 104. maddesinde, Kanun'un 69. maddesine aykırılığın yaptırımını olarak idari para cezası öngörülmüştür. Ancak eklemek gerekir ki, Yargıtay içtihatları, gece çalışmasının günde yedi buçuk saati geçemeyeceğine ilişkin hükme aykırılığın, aynı zamanda aşılın çalışma süresi bakımından işçinin fazla çalışma ücretine hak kazandıran bir durum olduğu yönündedir. Öğretide bu yaklaşımı isabetli bulanlar olduğu gibi<sup>72</sup>, eleştirenler de bulunmaktadır<sup>73</sup>. Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, fazla çalışma ücretine hak kazanmak için yedi buçuk saat sınırının aşılması yeterli olup, haftalık 45 saat olan yasal çalışma süresinin aşılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>74</sup>.

Bu noktada, 2015 yılında gece çalışma süresinin günlük sınırının turizm, özel güvenlik, sağlık hizmeti yürütülen işlerde değişikliğe uğramış olması nedeni ile, bu sektörlerde yedi buçuk saatin aşılması durumunda işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanamayacağı konusunun ayrıca değerlendirilmesi gereği doğmuştur<sup>75</sup>. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bu değişiklikten sonra anılan sektörlerde çalışanlar bakımından bu durumun değerlendirildiği bir karar henüz yayımlanmamıştır. Yakın geçmişte Yüksek Mahkemenin sağlık sektöründe çalışan bir işçinin alacaklarına ilişkin kararında, 6645 sayılı Kanun ile İş Kanunu'nda yapılan değişikliğe yer verilmiş ise de, davacı işçinin hizmet süresi döneminde bu değişikliğin yürürlükte olmaması nedeniyle konuya ilişkin başkaca bir değerlendirme yapılmamış, yalnızca bu dönemde yedi buçuk saatlik gece mesai süresine uyulması gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Güven and Aydın, *Bireysel İş Hukuku* (n 8) 275; Özveri, 'Gece Çalışması' (n 8) 640.

<sup>73</sup> Gece döneminde yapılan çalışmanın yedi buçuk saatin üzerine çıktığı, ancak haftalık toplam çalışma süresinin 45 saate ulaşmadığı durumlarda, işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanamayacağı yönündeki görüşe göre, iş hukukunda işçinin korunması gereğine yönelik sosyal düşünceler fazla çalışmaya yönelik emredici hükmün yorum yoluyla aşılması için yeterli bir sebep teşkil etmemektedir. Astarlı, *Çalışma Süreleri* (n 9) 259. Belirli sektörler bakımından yedi buçuk saatin üzerinde çalışma yapılmasına ilişkin istisnai düzenlemenin yürürlüğe girmemiş olduğu dönemde ileri sürülen bu görüşe göre, günlük yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışma yapılmasının yaptırımını idari para cezasının uygulanmasıdır, bkz Astarlı, *Çalışma Süreleri* (n 9) 259.

<sup>74</sup> "Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saat geçemez (İş Kanunu, Md 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saat aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir.", bkz Yargıtay 22 HD, 10297/8986, 17.04.2019 (Kazancı); Yargıtay 22 HD, 22348/10567, 14.05.2019 (Kazancı).

<sup>75</sup> Dursun Ateş, 'Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (n 17) 84.

<sup>76</sup> Yargıtay 22 HD, 18121/25703, 28.11.2018 (Kazancı).



Öğretide, İş Kanunu'nun 69. maddesinde belirli sektörlerde gece yedi buçuk saatin üzerinde çalışılması için işçiden yazılı onay alınması gerektiğinin şart koşulmuş olması nedeniyle, anılan işlerde çalışan işçinin yazılı onay vermemesi durumunda ve günlük yedi buçuk saat sınırı aşıldığında, işçinin yerleşik yargı içtihadına istinaden fazla çalışma ücretine hak kazanacağı kabul edilmektedir<sup>77</sup>. İşçinin yedi buçuk saat üzerinde çalışmaya *yazılı onay vermesi* ihtimali bakımından ise durum tartışmalıdır. Yazılı onayın varlığı halinde, söz konusu çalışmanın artık kanuna aykırı bir nitelik taşımadığı tartışmasız ise de<sup>78</sup>, bu durumdaki işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanamayacağı konusuna öğretide farklı şekilde yaklaşmaktadır. Bir görüşe göre, işçinin gece yedi buçuk saatin üzerinde çalışmaya verdiği onay yalnızca yedi buçuk saatin üzerinde çalışmaya ilişkindir, yoksa işçinin fazla çalışma ücretinden feragat ettiği düşünülmemelidir<sup>79</sup>. Bunun nedeni, fazla çalışmaya yazılı onay vermemiş olan işçiler ile yazılı onay vermiş işçilerin yedi buçuk saatin üzerinde çalıştırılması durumunda, ücret bakımından ayrıma yol açılmasının kabul edilebilir olmamasıdır<sup>80</sup>. Diğer görüşe göreyse, söz konusu Kanun değişikliğinden sonra yazılı onay ile çalışma süresinin uzatılması öngörüldüğü için, işçiler onay verilmiş olan çalışma süresi aşılmadıkça fazla çalışma ücretine hak kazanamayacaklardır<sup>81</sup>.

Görüşümüze göre de, artık belirli sektörler bakımından gece çalışma süresinin yedi buçuk saatin üzerine çıkmasının (işçinin de yazılı onayını almak şartıyla) yasal hale gelmiş olması nedeniyle, bu durumdaki bir işçinin günlük yedi buçuk saat üzerinde gece çalışması yapması nedeniyle fazla çalışma ücretine hak kazanacağını savunmak güç gözükmektedir. Haftalık çalışma süresi aşılmamasına rağmen günlük gece çalışma süresi sınırının aşılması durumunda işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanması gerektiği yönündeki görüş, Kanun'un yasakladığı bir çalışmanın yaptırımının sadece idari para cezası ile sınırlanmasının yeterli görülmemesi, işçiyi korumak için getirilmiş bir düzenlemenin işçi aleyhine sonuçlar doğurmasının önüne geçilmesi ile bağlantılıdır<sup>82</sup>. Bu nedenle, katıldığımız görüşe göre de, eğer yazılı onay almak şartı da sağlanmış ise Kanun'a aykırı bir durumdan söz edilemeyeceğinden, günlük gece çalışma süresi sınırının aşılmasının yaptırımı artık fazla çalışma ücretine hak kazanmak olmamalıdır. Bununla birlikte açıktır ki, İş Kanunu madde 69/III'teki istisna kapsamında olan bir işçinin gece çalışma süresi, günlük en fazla çalışma sınırını ya da haftalık çalışma sınırını aşmış ise, işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanması bakımından bir değişikliğin gündeme gelmemesi gerekir.

<sup>77</sup> Kesici, 'Gece Çalışması' (n 52) 232; Mülayim, *Gece Çalışması* (n 10) 161.

<sup>78</sup> Kesici, 'Gece Çalışması' (n 52) 232.

<sup>79</sup> ibid 232.

<sup>80</sup> ibid 232.

<sup>81</sup> Mülayim, *Gece Çalışması* (n 10) 161; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat, *İş Hukuku* (n 31) 710; Dursun Ateş, 'Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar' (n 17) 119; Alpagut, 'Çalışma ve Dinlenme Süreleri' (n 17) 69.

<sup>82</sup> Özveri, 'Gece Çalışması' (n 8) 640.

## VI. Sonuç

Gece çalışması, insanın doğası gereği uyuması gereken saatlerde yapılan bir çalışma olması nedeniyle, özel hükümler ile düzenlenen bir çalışma biçimidir. Bu anlamda gece döneminde yapılan çalışmalar ile gündüz döneminde yapılan çalışmaların aynı şekilde ele alınmaması beklenir. Bu doğrultuda çalışmamızda öncelikle gece çalışmasının özellikleri üzerinde durulmuş ve mevcut düzenlemeler bakımından tespit edilen bazı hususlara ilişkin önerilerde bulunulmuştur. Örneğin mevzuatımız gereğince ara dinlenmeleri çalışma süresinden sayılamaz ise de, gece çalışmasında bulunan bir işçi ara dinlenmesinde aynı zamanda biyolojik yapısına ters düşen bir biçimde gün ışığından yoksun bir şekilde geçireceği süreyi de uzattığından, gece çalışmasında ara dinlenmesi süresinin çalışma süresine dâhil edilmesi düşünülebilir. Gerçekten, iş sağlığı ve güvenliği hukuku alanındaki gelişmeler ve gece çalışmasının insan sağlığı üzerindeki etkilerine ilişkin araştırmalar, gece çalışmasına yönelik düzenlemelerin gözden geçirilmesini ve iyileştirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu anlamda gece çalışmasında bulunan işçiler bakımından koruyucu hükümler arasında belki de en önemlisi, gece çalışma süresine ilişkin getirilmiş sınırdır. Ancak gece çalışma süresine ilişkin yedi buçuk saatlik sınırın üzerine çıkılabilmesi, 2015 yılında gerçekleştirilen Kanun değişikliği ile, işçinin yazılı onayını almak şartına bağlı olarak, özel güvenlik, turizm ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde yasal hale gelmiştir. Kanaatimizce, bu değişiklik işçinin korunmasının sağlanması bakımından bir geriye gidiş olarak nitelendirilebilir. Her ne kadar yedi buçuk saatin üzerinde çalışma yapılabilmesi için işçinin yazılı onayı şart koşulmuş ise de, iş hukukunun -özellikle de iş sağlığı ve güvenliği hukuku ile bağlantılı noktalarda- işçiyi kendisine rağmen koruyan bir yaklaşımı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Madde metninde yer verilen sektörlerde hizmetin kesintisiz devam etmesi gerektiği savunulabilecek ise de, hizmetin devamlılığını sağlamanın tek çözümü işçinin daha uzun süreli çalıştırılması değildir. Hizmetlerin kesintisiz bir biçimde sürdürülebilmesinin, vardiya sayısının arttırılması ile de sağlanabileceği açıktır. Üstelik, çalışmamızda yer verdiğimiz üzere, söz konusu değişikliğin 2003/88/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile de uyumlu olduğu söylenememektedir. Öte yandan önemle vurgulamak isteriz ki, postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerdeki çalışmalar için çıkarılan Yönetmelik'te gece çalışma süresine yönelik istisna hükmüne ilişkin kapsamın, *tesis, işyeri, kuruluş* ifadelerine yer verilerek belirlenmesi de eleştiriye açıktır. Kapsamın belirlenmesi bakımından yorumun Kanun'daki istisna hükmü ile bağdaşacak biçimde yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bunun dışında, mevzuatımızda gece çalışmasına yönelik önemli esasların yalnızca postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlere ilişkin Yönetmelik ile düzenlendiği dikkat çekmektedir. Ancak gece çalışmasının postalar halinde yürütülmediği işler de bulunduğundan, gece çalışmasına ilişkin birtakım önemli esaslara yalnızca bu Yönetmelik çerçevesinde yer verilmesini isabetli bulmadığımızı ifade etmek isteriz.

Sonuç olarak çalışmamızda, mevzuatımızda gece çalışmalarına ilişkin düzenlemelerin gözden geçirilmesi ihtiyacı bulunduğu kanaatine ulaşılmıştır. Bu noktada, gece çalışmasına ilişkin olarak düzenlemelerin oldukça dağınık bir halde yer aldığına dikkat çekerek<sup>83</sup>, gece çalışmasına ilişkin tüm esasların tek bir yönetmelik kapsamında düzenlenmesini önermek isteriz. Hatta belki bir adım daha ileri gidilerek, bu yönetmeliğin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na dayanılarak çıkarılması üzerinde düşünülebilir<sup>84</sup>. Bu şekilde, işçinin İş Kanunlarının hangisine tabi olduğuna ya da Borçlar Kanunu'na tabi olup olmadığına bakılmaksızın, gece çalışması söz konusu olduğunda asgari bir koruma altında olabilmesi de sağlanabilecektir. Bu durum, görülen işin niteliğinden kaynaklanan ayrık düzenlemelerin gözetilmesine engel olmayacağı gibi, mevzuatımızda dağınık bir halde yer alan gece çalışmasına ilişkin pek çok düzenlemenin de derlenmesine imkân tanıyacaktır.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

<sup>83</sup> Örneğin, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler, İş Kanunu'nda tanımlanan gece dönemine denk düşen 20.00-06.00 saatleri arasındaki işçi postalarında çalıştırılmaması, hem Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalar Yönetmelik (RG 7.4.2004/25426) madde 5/1'te hem de Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 6.4.2004/25425) madde 5/VI'te öngörülmektedir.

<sup>84</sup> Nitekim Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik (RG 24.7.2013/28717), hem 4857 sayılı İş Kanunu'nun 73. maddesine hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır. Anılan Yönetmelik, uygulama bakımından öncelik olarak çalışanın tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında olup kendi özel mevzuatlarında hüküm bulunmaması halinde ise bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağını (bkz madde 11) öngörmektedir.

## Bibliyografya/Bibliography

- Alpagut G, ‘İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri - Yargılama Sürecinde Emsal Ücret Sorunu’, *İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları Değerlendirme Toplantısı*, (İNTEs 2019) 67-89.
- Astarlı M, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri* (Turhan 2008).
- Bacak B and Kazancı E, ‘Türk Çalışma Hayatında Vardiyalı Gece Çalışan İşçilerin Karşılaştığı Fizyolojik, Psikolojik Ve Sosyolojik Etkilerin Değerlendirilmesi’ (2014) 3 (6) Emek ve Toplum, 132-149.
- Çelik N, Caniklioğlu N and Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri* (32th edn, Beta 2019).
- Demir F, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Ve Uygulaması*, (8th edn, Albi 2014).
- Dursun Ateş S, ‘Turizm, Özel Güvenlik Ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Döneminde Yapılan Çalışmalar’ (2019) 16 (61) Legal İHSGHD 81-126.
- Ekmekçi Ö, *Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi* (BANKSİS 1996).
- Ekmekçi Ö, ‘4857 Sayılı İş Kanunu’nda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar’ (2006) Çimento İşveren, 48-55. (Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışması)
- Ekonomi M, *İş Hukuku, Cilt 1*, (3rd edn, Teknik Üniversitesi Matbaası 1984).
- Eyrenci Ö, Taşkent, S and Ulucan D, *Bireysel İş Hukuku*, (9th edn, Beta 2019).
- Güven E and Aydın U, *Bireysel İş Hukuku*, (5th edn, Nisan 2017).
- İren E, *Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu*, (Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası 2008) .
- Kesici M, ‘Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması’ (2015) 47 Çalışma ve Toplum, 221-235.
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M and Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, (3rd edn Lykeion 2019).
- Mülayim BO, *İş Hukukunda Gece Çalışması* (Adalet 2016).
- Odaman S, *Esneklik Prensipleri Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri* (Legal 2013).
- Okur Z, ‘İş Hukuku’nda Gece Çalışması’, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan*, Cilt I (Beta 2010) 511-569.
- Özveri M, ‘Çalışma Süresi ve Gece Çalışması’, *Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan*, Cilt I (Beta 2010) 623-645.
- Özyurt V, ‘Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma’ (2008) 5 (19) Legal İHSGHD 919-955.
- Saracel N, *Gece Çalışması ve Türk İş Hukukunda Gece Çalışmasının Düzenlenme Esasları*, (T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları 1987).
- Senyen- Kaplan ET, *Bireysel İş Hukuku* (10th edn, Gazi 2019).
- Süzek S, *İş Hukuku* (18th edn, Beta 2019).

## Çevrimiçi Kaynaklar/Online Resources

- <https://www.kazanci.com.tr/> (Kazancı)
- <http://www.lexpera.com.tr/> (Lexpera)
- <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-1006.pdf>
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss687.pdf>
- <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil5/ham/b09001h.htm>



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 13.10.2019  
Revizyon Talebi: 19.11.2019  
Son Revizyon Tarihi: 18.12.2019  
Kabul: 19.12.2019

## Arbuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu

Cemile Demir Gökyayla\*

### Öz

Çok basamaklı tahkim anlaşmalarında, tarafların, öncelikle arbulucuya başvuracakları ve uyuşmazlığın arbuluculuk yoluyla çözümlenememesi hâlinde tahkime başvurulabilecekleri kararlaştırılmaktadır (Arbuluculuk – Tahkim Yolu). Çok basamaklı tahkim anlaşmaları, uyuşmazlığın arbuluculuk yoluyla çözümlenememesi hâlinde tahkim yoluyla çözüleceğine dair taraf iradelerini herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde yansıtılabiliyorsa geçerlidir. Taraflardan birisinin arbuluculuk yoluna hiç başvurmadan ya da süreç devam ederken tahkim yoluna başvurması hâlinde, hakemler öncelikle arbuluculuk yoluna başvurulmasının tahkim yoluna başvurulabilmenin bir ön koşulu olup olmadığını incelemelidir. Arbuluculuk bir ön koşulsuz yargılamayı durdurup tarafların arbuluculuk aşamasına başvurmalarına ve arbuluculuk başarılı olmazsa tahkime devam edilmesine karar vermeleri gerekir. Arbulucunun hakem olarak da görev almasının isabetli olup olmadığı tartışmalıdır zira arbulucunun tahkim yargılamasında hakem olarak görev almasının önemli sakıncaları vardır. Amerika, Avrupa ve Türkiye’de benimsenen arbuluculuk ve tahkimle ilgili etik kurallara göre arbulucu ancak tarafların yazılı olarak muvafakat vermeleri hâlinde hakem olarak görev yapabilir. Bu hâlde bile, gizli bilgi ve belgelerin paylaşılması ve hakemin arbulucu olarak geliştirdiği önyargıları olması ihtimali vardır.

Bir diğer husus da arbuluculuk aşamasında teati edilen bilgi ve belgelerin tahkim aşamasında delil olarak kullanılmasının hukuka uygun olup olmayacağı konusudur. Bu konuda arbuluculuk süreci nedeniyle ve bu süreçte özgü olarak hazırlanan belgeler ve vakiaları ispata yarayan belgeler arasında ayırım yapılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Tahkim, Hakem, Arbulucu, Hakem kararlarının iptali, Delillerin kabul edilebilirliği

## Multi-Tier Dispute Resolution Clauses Incorporating Both Mediation and Arbitration Together Under Turkish Law

### Abstract

Parties may agree that in the case of a dispute they shall first try to settle this dispute through mediation and only if the mediation fails may they start arbitration proceedings. Under Turkish law, such multi-tier dispute resolution clauses are valid to the extent that the parties’ intention to resort to arbitration is clear. In the case where one of the parties starts the arbitration without first invoking the mediation, the arbitral tribunal should interpret the arbitration agreement to determine whether the mediation is a pre-condition of arbitration. If the mediation is a pre-condition, the tribunal should suspend the arbitral proceeding for the parties to invoke the mediation. However, if the mediation fails, then the tribunal will resume the proceedings. The question of whether or not the mediator should also act as the arbitrator in relation to the same dispute is highly debatable because of the risks imminent thereto. Under the ethics rules accepted in the USA, in Europe and in Turkey, the mediator may act as arbitrator only if the parties agree thereon in written form. When the parties consent to the mediator acting as arbitrator there is still the risk of the mediator-arbitrator having prejudices because of the information and documents disclosed during the mediation proceedings. Another question is whether

\* Sorumlu Yazar: Cemile Demir Gökyayla (Doç. Dr.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-posta: cemile.gokyayla@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0001-6506-9808

Atf: Demir Gökyayla C, “Arbuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu” (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 575. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0005>

the information or documents disclosed throughout the mediation are admissible evidence at the arbitral proceedings. However, the solution is clear: while the documents prepared for the sole purpose of settling the dispute at the mediation are inadmissible, the documents related to the facts are admissible.

In November 2019, Istanbul Arbitration Center (ISTAC) introduced its own Med-arb rules, namely the ISTAC Med-arb Rules. They are the first published institutional Med-arb rules and reflect the best practices in international mediation – arbitration. I am confident that ISTAC Med-arb Rules will be welcomed in the field of international dispute resolution with great enthusiasm.

**Keywords**

Arbitration in Turkey, Mediation in Turkey, Med-Arb, Admissibility of claim, Admissibility of evidence

**Extended Summary**

This article deals with multi-tier dispute resolution clauses incorporating both mediation and arbitration together under Turkish Law. I use the terminology of “*med-arb*” not only for the situation where the mediator acts as an arbitrator, but rather in a general meaning covering all instances where the arbitration is commenced following an unsuccessful mediation.

The purpose of this article is to discuss the validity of the *med-arb* agreements, the consequences of starting arbitration before the mediation fails, the effects of the mediation proceedings and of the mediator acting as an arbitrator on the arbitration that follows the mediation as well as the admissibility of the documents and factual evidence exchanged at the mediation. For the purpose of this article, the comparative laws, international ethics rules, international guidelines on the conflict of interest and admissibility of evidence are reviewed along with Turkish law.

Turkish Code on Mediation in Civil Law Disputes stipulates some provisions related to the *med-arb*. These provisions shall apply equally to both domestic and international arbitrations where the place of arbitration is Turkey.

Following the jurisprudence of the Turkish Supreme Court, a med-arb agreement is valid only if it reflects, without doubt, both parties’ consents to the arbitration following the failure of the mediation proceedings. Therefore, a multi-tier dispute resolution clause subject to Turkish law needs to be drawn carefully. In this respect IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses are of assistance.

In cases where one of the parties commences arbitration without a recourse to mediation first, the arbitral tribunal should make a decision on the admissibility of the claim. There is no direct provision related to the question of admissibility under Turkish law. Under Turkish law, in parallel with the practice of international arbitration, the tribunal has to interpret the *med-arb* agreement to make a decision on the question of whether the recourse to mediation is a pre-condition of the arbitration. If the mediation is a pre-condition, then the tribunal should suspend the arbitral

proceedings and direct the parties to the mediation. However, in the case that the mediation fails, the tribunal may resume the arbitral proceedings. There is nothing under Turkish law suggesting that a precondition of arbitration is a jurisdictional issue rather than an admissibility issue.

The advantages of the med-arb are subject to heated debates among people holding different perspectives. Such advantages are controversial since when a dispute arises and the arbitration starts without a recourse to mediation, the respondent may object to the jurisdiction of the tribunal or to the admissibility of the claim relying on the fact that the pre-condition to try mediation first is not met. Such an objection may cause arbitration to be delayed and/or the costs of arbitration to increase. Therefore, before opting for a *med-arb* agreement the parties should evaluate the possibility of settling their dispute at the Med-arb. The parties who are able to consider their commercial interests do not need a *med-arb agreement* as they are able to settle the disputes without the assistance of a mediator. They first try to settle the dispute, in some cases for years, and to avoid adjudication by an arbitral tribunal. They only start arbitration when there is no possibility of settlement of their dispute and of saving their commercial alliance. In such cases, *med-arb* agreements become a tool to delay the proceedings and increase the costs for the claimant to force him or her to give up his or her claim. Having said that, for the parties who are unable to consider their commercial interest and unable to avoid adjudication, med-arb agreement may be the right dispute resolution clause.

In a *med-arb* agreement, the parties may wish the mediator to act as their arbitrator if the mediation fails. Neither the Turkish Code of Mediation in Civil Disputes nor the Turkish International Arbitration Code prevents a mediator to act as an arbitrator. Turkish Ethics Rules for Mediators stipulate that a mediator may act as an arbitrator only if the parties have agreement in writing. Therefore, any mediator to act as arbitrator needs to have the parties' written consent. In international mediation and arbitration practices, the scholars and practitioners widely accept that having an arbitrator who previously acted as a mediator generates a number of serious risks and concerns. First of all, the mediator-arbitrator may not protect his or her impartiality in the arbitration because of the facts that she or he became aware of during the mediation. Secondly, the mediator-arbitrator may rely on the confidential information exchanged in caucus while making the award. Thirdly, the mediator may be too willing to act as an arbitrator and as a result the mediation may prematurely fail. Finally, the mediator may abuse his or her powers and force the parties to settle their disputes as the mediator suggests. The parties may feel that if they are not able to settle their dispute and proceed to the arbitration, the mediator-arbitrator would make an arbitral award in parallel of the recommendations at the mediation phase. Considering the severity of the consequences, if the parties agree to have an arbitrator

who previously acted as their mediator, they need to be aware of such consequences and they need to make an informed decision accordingly .

The Turkish Code of Mediation in Civil Law Disputes restrains the ability of the mediator-arbitrator to rely on the documents produced during the mediation for the purpose of settlement and defines which documents are in this category. In the case where the mediator-arbitrator relies on these documents while making the award, depending on the extent the document or information has a bearing on the award, the arbitral award may be cancelled, or its enforcement may be refused.

In November 2019, Istanbul Arbitration Center (ISTAC) introduced its Med-arb Rules. ISTAC Med-arb Rules are the first published institutional Med-arb rules. ISTAC Med-arb Rules reflect the best practices in international mediation – arbitration. I believe that ISTAC Med-arb Rules will be welcomed in the field of international dispute resolution.



## Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu

### I. Giriş

Özel hukuka hâkim temel prensiplerden bir tanesi, irade serbestisidir. İrade serbestisi prensibinin sonucu olarak, bireyler, sözleşmelerinin içeriğini (Türk Borçlar Kanunu (“TBK”)<sup>1</sup> madde 26 ve 27), yabancılık unsuru içeren sözleşmelere uygulanacak hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)<sup>2</sup> madde 24), uyuşmazlıkların çözülmesi için yer itibarıyla yetkili Türk mahkemelerini veya yabancı mahkemeyi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”)<sup>3</sup> madde 18 ve MÖHUK.m47) belirleyebilir hatta uyuşmazlıkların Devlet yargısı dışında çözülmesi için tahkim anlaşması yapabilirler (HMK.m406 vd., Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”)<sup>4</sup> madde 1, 4 ve 5). Görüldüğü gibi, devlet, devletin egemenlik erklerinden olan yargılama yetkisini kullanırken özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde bireyin tercihlerine göre geriye çekilebilmektedir.<sup>5</sup> Zaman içinde bireylerin devlet yargısına getirebileceği alternatifler çeşitlenmiş ve devlet mahkemesine alternatif olarak görülen tahkimin de ötesinde yargılamaya alternatif teşkil eden uyuşmazlık çözüm yöntemleri ortaya çıkmaya başlamıştır.

Milletlerarası ticari sözleşmelerde, hatta milletlerarası ticari uygulamada kabul görmüş tip sözleşmelerde, örneğin International Federation of Consulting Engineers (“FIDIC”) tarafından hazırlanan standart inşaat sözleşmeleri bu kapsamda zikredilebilir<sup>6</sup>, uyuşmazlığın öncelikle arabulucu, uzlaştırıcı, uyuşmazlık çözüm kurulu gibi üçüncü kişilerin dahliyle çözümlenmesi yoluna başvurulacağı, bu üçüncü kişilerin dahliyle de uyuşmazlık sulh yoluyla çözümlenemezse tahkim yoluna başvurulacağına dair uyuşmazlıkların çözümlenmesine ilişkin anlaşmalar yapılmaktadır<sup>7</sup>.

Taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması hâlinde öncelikle arabuluculuk yoluna başvurulacağı, uyuşmazlık arabuluculuk aşamasında çözümlenemezse tahkim yoluyla çözüleceğine dair anlaşmalar İngilizce “*Med-Arb*” olarak ifade edilmektedir<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG. 04.02.2011/27836

<sup>2</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG. 12.12.2007/26728)

<sup>3</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG. 04.02.2011/27836

<sup>4</sup> Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001 RG. 05.07.2001/24453

<sup>5</sup> Hangi konuların bu kapsama girmediğine ilişkin örnekler için bakınız: Ali Yeşilirmak, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (1st, On İki Levha 2011) 84, ¶ 148

<sup>6</sup> <http://fidic.org/bookshop> (Erişim Tarihi: 05.08.2019). FIDIC tip sözleşmelerindeki çok aşamalı tahkim anlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuray Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (1st, Beta 2015) 69 ff.

<sup>7</sup> Francis Russel, *Russel on Arbitration* (24th, Sweet & Maxwell 2015) 2 ff; Mine Tan Dehmen, “Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi” (2011) 25(1-2) MHB 451, 457.

<sup>8</sup> Mark B. BARIL and Donald DICKEY, ‘MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option’ 1 (<https://www.semanticscholar.org/paper/MED-ARB-%3A-The-Best-of-Both-Worlds-or-Just-A-Limited-79ffef5650e52059b27d>)

Türkçe ise Arabuluculuk – Tahkim Yolu<sup>9</sup> veya Arabuluculuk-tahkim olarak ifade edilebilir<sup>10</sup>. “*Med-Arb*”, tarafların uyuşmazlıklarını tarafsız bir üçüncü kişinin dahliyle sulhen çözmek, uyuşmazlık sulhen çözülemezse tahkim yoluna başvurmak konusundaki uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır<sup>11</sup>. Karşılaştırmalı hukukta *Med-Arb* ifadesi, genellikle, arabulucu ve hakemin aynı kişi olması hâlini kapsayacak şekilde dar bir anlamda kullanılmaktadır. Bu çalışmada, Arabuluculuk-Tahkim Yolu ifadesi arabulucunun aynı zamanda hakem olarak görev yapmasıyla sınırlı olmaksızın geniş anlamda kullanılmaktadır. Arabulucunun hakem olarak da görev yapması aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir<sup>12</sup>.

Arabuluculuk – Tahkim Yolu, tavsiyeye şayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görülmektedir. Zira Arabuluculuk – Tahkim Yolu, tarafları uyuşmazlıkları, kısa sürede, etkili ve daha az masrafla çözüme imkânı sunar. Diğer taraftan, arabuluculuk süreci sonunda, uyuşmazlık, nihai ve bağlayıcı şekilde çözümlenemeyebilirken Arabuluculuk - Tahkim Yolunda ise arabuluculuk başarısız kaldığında uyuşmazlık hakem tarafından nihai ve bağlayıcı olacak şekilde çözülecektir. Böylece hem arabuluculuk sürecinden beklenen esneklik hem tahkimde nihai karar verilmesinin bir arada sağlanması mümkündür<sup>13</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri’nde yapılan birkaç araştırma, tarafların tahkim aşamasında uyuşmazlık üzerindeki kontrollerini kaybedecek olmaları nedeniyle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmek konusunda istekli olduklarını göstermiştir<sup>14</sup>. Benzer görüşler, Hindistan için de dile getirilmiştir<sup>15</sup>.

Tahkim-Arabuluculuk Yolunun birçok Asya ülkesinde tercih edilen uyuşmazlık çözüm yolu olduğu da ifade edilmiştir. Örneğin, Çin, Hong-Kong, Japonya, Tayvan ve Singapur’da bu husus kanunlarla düzenlenmiştir<sup>16</sup>. Arabuluculuk ve tahkimin bir

320bd6b1d0081232822d, Erişim Tarihi 09/09/2019); *Med-Arb*’ın değişik varyasyonları olabilir. Örneğin önce tahkime başlanması ve bir süre sonra aynı hakemin arabulucu olarak görev yapması (*Arb-Med*). Diğer bir ihtimal ise tahkim ve arabuluculuğun farklı hakem ve arabulucu tarafından eş zamanlı başlaması ancak arabuluculuk başarısız olursa tahkim yargılamasının devam etmesi gibi. Bkz.: Edna Sussman, ‘Developing an Effective *Med-Arb/Arb-Med* Process’ 2009 2(1) NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer 71, 71.

<sup>9</sup> Bu anlaşmalara yönelik “Arabuluculuk-Tahkim Yolu” nitelendirmesi için bkz: Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (1st, Seçkin 2003) 100; Mustafa Serdar Özbek, ‘Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim’ 2017 43(1) Yargıtay Dergisi 15, 106.

<sup>10</sup> Güven Yazar, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk* (1st, On İki Levha 2019) 31.

<sup>11</sup> Ildır 100; İhsan Berkhan, *Tahkim ve Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesi*, (1st, Aristo 2019) 24; Martin C. Weisman, ‘*Med-Arb: The Best of Both Worlds*’ 2013 19(40) Dispute Resolution Magazine 40, 41; A. Pappas Brian, ‘*Med-Arb and the Legalisation of Alternative Dispute Resolution*’ 2015 20(157) Harv. Negot. L. Rev. 157, 159; M. Elizabeth Telford, *Med-arb: a viable dispute resolution alternative* (1st IRC 2000), i; Deekshita Srikant and Saha Arka, ‘*Amalgamating The Conciliatory And The Adjudicative: Hybrid Processes And Asian Arbitral Institutions*’ 2014 III(1) Indian Journal of Arbitration Law 76, 77; Richard Fullerton, ‘*The Ethics of Mediation – Arbitration*’ 2009 38(5) The Colorado Lawyer 31, 31.

<sup>12</sup> Bkz. yuk. V.A.

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: Telford 2 ff.; Brian 159; Baril, Dickey, 4; Berkhan 24.

<sup>14</sup> Weisman 40; Telford 3; Arabuluculuk - Tahkim Yolunun sağladığı avantajlar hakkında bkz. Brian 157-203, 167-168; Yazar 32.

<sup>15</sup> Srikant and Arka 78.

<sup>16</sup> Ibid 82. Yazar 31.

arada yer almasının faydası ve bu yöntemin tavsiye edilmesinin nedeni, arabuluculukta nihai bir karar verilmiyor olmasına ilişkin eksikliğin arabuluculuğu takip eden tahkim sayesinde giderilebilmesidir<sup>17</sup>.

15 Kasım 2019 tarihinde, İstanbul Tahkim Merkezi, dünyada ilk defa Arabuluculuk-Tahkim Kuralları yayınlamıştır ve Kurallar yürürlüğe girmiştir<sup>18</sup>. ISTAC, Kurallar'da “Arabuluculuk-Tahkim” (*Mediation-Arbitration*) ifadesini kullanmıştır. ISTAC, Arabuluculuk-Tahkimi, birbirinden farklı uyuşmazlık çözüm mekanizması olan arabuluculuk ve tahkimin aynı uyuşmazlık çözümü sürecinde iki aşamalı olarak birlikte kullanılmasını sağlayacak bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak ifade etmiştir<sup>19</sup>.

Bu çalışmada, arabuluculuk yönteminin öncelikle denemesi ancak arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlığın çözümlenememesi hâlinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini öngören anlaşmaların sonuçlarına değinilmektedir.

## II. Tahkim ve Arabuluculuk Arasındaki Temel Farklar

Arabuluculuk ve tahkime bir arada yer veren *uyuşmazlık çözümü anlaşmalarını*<sup>20</sup>, daha iyi değerlendirebilmek için tahkim ve arabuluculuk arasındaki temel farklara değinmek gerekir<sup>21</sup>.

Tahkim, çekişmeli bir yargılamadır. Hakemler, uyuşmazlık üzerinde yargılama yetkisine sahiptir. Hakem, vakıaların nasıl gerçekleştiği hakkında vicdani bir kanaate varır ve hukuk kurallarını uygulayarak hangi tarafın haklı olduğu konusunda tarafları bağlayıcı ve nihai bir karar verir<sup>22</sup>. Karar, yasal şartlar gerçekleşince, şekli ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Hakem kararları da mahkeme kararları gibi ilamlı icra yoluyla icra edilir. İspat yükü, ispat ölçüsü, iddiaları somutlaştırma yükü, delil ikame yükü devlet yargısında olduğu gibi tahkim yargılamasında da uygulama alanı bulur. Hakem, tıpkı hâkim gibi, tarafların iddia ve savunmalarını dinler, delillerini inceler ve tarafların sundukları beyanları ve delilleri çerçevesinde vicdani kanaatini

<sup>17</sup> Brian 167; ayrıca bkz.: Ildır 89.

<sup>18</sup> <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallari-Med-Arb.pdf> (Erişim Tarihi 24.11.2019).

<sup>19</sup> <https://istac.org.tr/istac-med-arb-kurallarini-ilan-etti/> (Erişim Tarihi 24.11.2019).

<sup>20</sup> Uygulamada yazılı sözleşmelerde “uyuşmazlıkların çözümü” kenar başlığını taşıyan bir sözleşme hükmüyle karşılaşılmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bu hükümde, taraflar söz konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğine ilişkin anlaşmalarına yer vermektedir. Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bu hükümde, taraflar uyuşmazlığın devlet yargısına çözümlenecekse yetkili mahkemeyi seçebilirler. Taraflar, tahkim anlaşması yapabilir. Alternatif çözüm yöntemlerine yer verebilir. Böylece, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bu anlaşmalarda, arabuluculuk anlaşması, tahkim anlaşması, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk konularındaki anlaşmaları yer alır. Bilindiği üzere, hukuk seçimi, yetkili mahkemelerin belirlenmesi ve tahkim anlaşmaları asıl sözleşmeden bağımsız diğer bir ifadeyle geçerlilikleri asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmayan anlaşmalardır. Bu çalışmada, arabuluculuk ve tahkim anlaşmalarının bir arada yer alması ihtimali incelenmektedir. Bu nedenle, arabuluculuk ve tahkim anlaşmasının bir arada olduğu anlaşmalar için tahkim anlaşması ifadesini kullanmak isabetli değildir. Zira tahkim anlaşması arabuluculuğa ilişkin anlaşmayı da kapsamayacaktır. Biz çalışmamızda *uyuşmazlık çözümü anlaşması* ifadesini kullanmayı uygun bulduk.

<sup>21</sup> Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Baril, Dickey 2-3; Yarar 26-27.

<sup>22</sup> MTK.m12 uyarınca “Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılması şartıyla hakkaniyet ve nasafet kuralına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir.”Dostane aracı olarak hareket eden hakemler, hukuk kurallarına göre karar vermezler.

tesis edip hüküm verir. İspatlanamayan konularda ise ispat yükünü taşıyan taraf, iddiasının dayanağı olan vakıaların ispat edilememesinin sonuçlarına katlanır.

Arabuluculuk ise yargılama dışı bir uyuşmazlık çözüm faaliyetidir.<sup>23</sup> Arabulucu, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getirir. Tarafların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için<sup>24</sup> aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlar.<sup>25</sup> Tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde arabulucu uyuşmazlığın çözülmesi için kendi önerisini getirebilir.<sup>26</sup> Kısaca, arabulucu esasında tarafları bir araya getirmekte ve onların çözümlerini bulmalarını sağlamakta ve uyuşmazlık sulh ile çözülmektedir.<sup>27</sup>

Türk Hukukunda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (“**HUAK**”)<sup>28</sup>, arabuluculuk faaliyetini tahkim yargılamasından ayıran bu temel hususları açıkça ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, taraflar çözüm üretilmezse arabulucu bir çözüm önerebilir ancak önermek zorunda değildir (HUAK.m15(7)). Arabulucu, arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunu tespit ederse taraflara danıştıktan sonra arabuluculuk faaliyetini sona erdirebilir (HUAK.m17(1)(b)). Dolayısıyla, arabulucu, taraflar kendi çözümlerini üretmediklerinde uyuşmazlığı sona erdirmek için bir çözüm üretmek ve uyuşmazlığı sona erdirmek zorunda değildir. Üstelik arabulucu bir çözüm üretse de bu tavsiye niteliğinde olacaktır ve bağlayıcı değildir. Zira arabuluculuk bir yargılama ve karar mekanizması değildir.<sup>29</sup> Arabulucu, tarafların menfaatlerine ilişkin uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması amacıyla taraflara yardım eder.<sup>30</sup>

Tahkim yargılamasına son verilebilecek haller ise MTK’nın 11 ve 13 maddelerinde sayılmaktadır. Tahkimi sona erdiren sebepler arasında tarafların kendi uyuşmazlıklarını çözmek için bir çözüm üretilmemeleri veya hakemlerin, davacı davasını takip etmektен vazgeçmedikçe, uyuşmazlığın çözüme kavuşabilmesi için yargılamaya devam edilmesini faydasız bulmaları gibi haller sayılmaz.

Arabuluculuk faaliyeti sırasında, taraflardan bir tanesi arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirebilir (HUAK.m17(1)(c)). Tahkimde ise davacının davasından feragat etmesi veya davacının davalının muvafakatiyle davasını geri alması dışında

<sup>23</sup> İldır 23; Yeşilirmak 18.

<sup>24</sup> Ibid 24-25; Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (1st Adalat 2011) 27.

<sup>25</sup> Kekeç 23.

<sup>26</sup> Krş.: Gizem Ersen Perçin, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri’ 2011 31(2) Public and Private International Law Bulletin 177, 177 ff.

<sup>27</sup> Kekeç 24.

<sup>28</sup> Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG. 22.06.2012/28331

<sup>29</sup> Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (4th Vedat 2016) 10.

<sup>30</sup> Kekeç Birinci Bölüm § 4.C.

tarafardan bir tanesinin tahkimden çekildiğini bildirmesi yargılamayı sona erdirmez (HMK.m435, MTK.m13(b)). Davalının davaya iştirak etmemesi hâlinde ise yargılamaya devam edilir (HMK.m430(1)(b, c), MTK.m11(c)(3,4)).

Tüm bunlara ek olarak, tahkime başvurulması zamanaşımını keser. Arabuluculuğa başlanması ise zamanaşımını ve hak düşürücü sürelerin işlenmesini durdurur ama kesmez (HUAK.m16(2)).

Sonuç olarak, arabuluculuk ve tahkim birbirlerinden son derece farklıdır. Tahkim, bir uyuşmazlığın yargılama faaliyeti sonucunda ilamlı icra yoluyla icra edilebilir bir hakem kararı verilmesi suretiyle nihai olarak çözüme bağlanmasını hedefler. Arabuluculuk ise genellikle henüz bir uyuşmazlık nedeniyle tahkim veya devlet mahkemeleri huzurunda dava açmadan tarafların bir araya gelerek uyuşmazlığı sulhen çözmelerine hizmet eder. Bu itibarla, arabuluculuk, tahkim yoluna başvurmadan önce denenecek bir uyuşmazlık çözüm faaliyeti olarak bir ön basamak teşkil edebilir. Diğer bir ifadeyle, tahkim ve arabuluculuk arasındaki ilişki, arabuluculuk ile mahkemeler arasındaki ilişki gibidir. Arabuluculuk, mahkemeler huzurundaki yargılamaya alternatif olduğu ölçüde tahkime de alternatiftir.<sup>31</sup>

### **III. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Tahkime İlişkin Yasal Düzenlemelerle İlişkisi**

Hukukumuzda milli ve milletlerarası tahkim farklı kanunlara tabidir. Milletlerarası tahkim 4686 sayılı MTK'ya tabidir. Kanunun birinci maddesi uyarınca, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar milletlerarası niteliktedir ve MTK'ya tabidir. HMK ise MTK kapsamında yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkimleri milli tahkim olarak nitelemekte ve milli tahkimi düzenlemektedir (HMK.m407).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun birinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca<sup>32</sup>, Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır<sup>33</sup>.

Uyuşmazlık çözüm anlaşmasında arabuluculuk ve tahkim bir arada yer alıyorsa, uyuşmazlık yabancılık unsuru içerse de içermese de arabuluculuk faaliyetine Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uygulanacaktır. Tahkim yargılamasına başvuru hallerinde ise uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmamasına göre MTK veya HMK uygulanacaktır.

<sup>31</sup> Karş.: Özbek 20.

<sup>32</sup> Bununla birlikte HUAK.m18/A/18 uyarınca "özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz.

<sup>33</sup> Milli ve Milletlerarası Arabuluculuk tanımları için bkz.: Necla Öztürk, 'Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış' 2015 31(2) Batıder 203-256, 210-214.

## IV. Arabuluculuk – Tahkim Anlaşmaları

### A. Arabuluculuk – Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği

Taraflar, uyuşmazlık çözümü anlaşmasında, uyuşmazlığın öncelikle arabuluculuk faaliyetiyle çözülmeye çalışılacağını, arabuluculuk faaliyetinden sonuç alınmaması hâlinde tahkime başvurulacağını kararlaştırabilir. Zira yukarıda ifade ettiğimiz gibi arabuluculuk faaliyetine rağmen uyuşmazlık nihai olarak çözüme kavuşturulamayabilir ve tarafların arasında uyuşmazlığın yargılama yapılması suretiyle sona erdirilmesi gerekebilir. Bu şekildeki, –basamaklı ya da çok aşamalı olarak ifade edilen tahkim anlaşmaları geçerlidir. Zira uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyeti sonucunda çözümlenememesi hâlinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğine dair taraf iradeleri tereddüde yer vermeyecek kadar açıktır<sup>34</sup>.

Bununla birlikte, arabuluculuğa ve tahkime bir arada yer veren bir tahkim anlaşması, son derece dikkatli kaleme alınmalıdır. Zira Yargıtay’ın müstakar kararlarına göre, geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edebilmek için tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin taraf iradelerinin herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça anlaşılabilir olması gerekir. Aksi halde, tahkim anlaşması geçersiz kabul edilmektedir. Bu kapsamda Yargıtay, özellikle, uyuşmazlığın ilk önce taraflarca atanacak hakemler tarafından çözümleneceğine ve hakemler tarafından çözümlenemezse mahkemelerde dava açılacağına dair uyuşmazlık çözümü anlaşmalarını geçerli bir tahkim anlaşması saymamıştır<sup>35</sup>.

*Lindsay v. Lewandowski*<sup>36</sup> kararı çok aşamalı tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin bir ABD mahkeme kararıdır. Karara konu olan olayda, taraflar, arabuluculuk aşamasının başarısız olması hâlinde arabulucunun “bağlayıcı arabuluculuğa” devam edecekleri konusunda anlaşma yapmışlardır. ABD mahkemesi “bağlayıcı arabuluculuk” gibi bir usulün var olmadığı ve böyle bir usule arabuluculuk ya da tahkim kurallarından hangisinin uygulanması gerektiğinin bilinmemesi karşısında uyuşmazlık çözüm yolu anlaşmasını geçersiz saymıştır. Kararda, tarafların arabulucunun hakem olarak görev yapmasına ilişkin ifadelerinin herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olması hâlinde arabulucunun hakem olarak karar verebileceği belirtilmiştir<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 1987 ve 1995 yıllarında verdiği iki kararında FIDIC tarafından hazırlanan standart inşaat sözleşmenin 1987 tarihli versiyonun 67. maddesinde yer alan tahkim anlaşmasının geçerliliğini tartışmıştır. 15. Hukuk Dairesi, 67. maddede yer alan taraflar arasındaki uyuşmazlığın öncelikle Mühendis tarafından karara bağlanacağına ve taraflardan birinin Mühendis’in kararına itiraz etmesi ve diğer tarafa tahkime başvurma iradesini bildirmesi hâlinde tahkime başvurabileceğine ilişkin düzenlemenin geçerli bir tahkim anlaşması olduğuna karar vermiştir. Bu konuda bkz.: Ekşi 47-49; Tan Dehmen 460.

<sup>35</sup> Örneğin: Y. 15. HD., 13.11.2017 t. 5313/3922; Y. 15. HD., 13.11.2017 t. 10552/256; Y. 23. HD. 26.05.2014 t., 887/4043; Y. 15. HD., 09.02.2017 t., 5600/512 (Kararlar için bkz.: Lexpera Hukuk Otomasyonu).

<sup>36</sup> *Lindsay v. Lewandowski* (2006) 43 Cal. Rptr. 3d 846, 853.

<sup>37</sup> Sussman 73.

Uluslararası Barolar Birliği'nin Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Kaleme Alınmasına İlişkin Kılavuzunda<sup>38</sup>, çok aşamalı tahkim anlaşmaları hazırlanırken dikkat edilmesi gereken üç husus ifade edilmiştir. Bunlardan ilki uyarınca, çok aşamalı tahkim anlaşması, tahkim öncesi aşamada başvurulacak müzakerelerin veya arabuluculuğun ne kadar süreceğine ve tahkimin hangi vakianın gerçekleşmesi üzerine başlatılacağına ilişkin (örneğin yazılı bir talep) açık bir düzenleme içermelidir. İkinci olarak, tahkim öncesi uyuşmazlık çözümü aşamasının başarısız olması hâlinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi, ihtiyari değil bağlayıcı olarak anlaşılacak şekilde kaleme alınmalıdır. Son olarak, hakkında tahkim öncesi çözüm yöntemlerine ve akabinde tahkime başvurulacak uyuşmazlık konularının aynı olmasına dikkat edilmelidir<sup>39</sup>.

Öncelikle arabuluculuk faaliyetine başvurma, eğer uyuşmazlık arabuluculuk ile çözümlenemezse bu defa nihai ve bağlayıcı olarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için tahkime başvurma yönündeki taraf iradelerinin, tereddüde yer vermeyecek derecede açık olarak ifade edilmemesi hâlinde tahkim anlaşmasının geçerliliğini tehlikeye atacağını söyleyebiliriz. Örneğin, uyuşmazlıkların arabuluculuk aşamasında çözümlenememesi hâlinde tahkim yoluna “başvurulabileceği” şeklindeki bir düzenleme tahkime başvurmanın tarafların seçimine bırakılması şeklinde yorumlanabilir<sup>40</sup> ki bu durumda uyuşmazlığın tarafların tercihine göre çözümlenmesi söz konusu olacaktır. Tahkim anlaşmasının geçersiz sayılması hâlindeyse arabuluculuk faaliyeti sonucunda çözümlenemeyen uyuşmazlık nihai olarak devlet mahkemeleri huzurunda çözümlenecektir.

## **B. Arabuluculuk Yoluna Başvurulmadan Tahkime Başvurulmasının Sonuçları**

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlığın çözülebileceğine inanmıyorsa, örneğin davalı, davacının samimi sulh girişimlerini sonuçsuz bırakmışsa, artık, arabuluculuk faaliyetine başvurmak suretiyle daha fazla zaman kaybetmek ve masrafa katlanmak yerine tahkime başlamak isteyebilir. Tahkim davasının başlaması üzerine, davalı, arabuluculuk faaliyetine başvurulmamasının tahkimin başlamasını engelleyen bir ön şart olduğu iddiasıyla hakemlerin henüz uyuşmazlık hakkında karar veremeyeceğini iddia edebilir. Davalının itirazı, davacının davasının tahkim yargılamasına henüz konu olamayacağına ilişkindir. Davalı tahkime başvurunun ön şartının arabuluculuğun başarısızlıkla sonuçlanması olduğunu ve bu şart gerçekleşmeden tahkim yargılamasının başlayamayacağını iddia etmektedir. Diğer bir ifadeyle burada şartta bağlı bir tahkim anlaşması vardır ve şart henüz gerçekleşmediği

<sup>38</sup> Uluslararası Barolar Birliği'nin Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Kaleme Alınmasına İlişkin Kılavuz, Uluslararası Barolar Birliği, 07.10.2010. [https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx) (Erişim Tarihi 28.09.2019).

<sup>39</sup> [https://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_27October\\_2010\\_Arbitration\\_Clauses\\_Güçüidelines.aspx](https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Güçüidelines.aspx) (Erişim Tarihi 28.09.2019). Bkz.: EKŞİ, s. 25.

<sup>40</sup> Uluslararası Barolar Birliği Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Kaleme Alınmasına İlişkin Kılavuz s. 90. Bkz.:[https://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_27October\\_2010\\_Arbitration\\_Clauses\\_Guidelines.aspx](https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx) (Erişim Tarihi 28.09.2019)

için tahkime taraf olma yükümlülüğü davalı için henüz doğmamıştır. Bu aşamada tahkim yargılamasının başlatılması, “*premature*” olarak ifade edilmektedir.<sup>41</sup>

Tarafların uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülmesine yatkın olmadığı hâllerde, tahkim davası başlatılmadan önce arabuluculuk yolunun tüketilmesinin bir ön şart olarak kararlaştırılması, tahkimin başlamasını geciktirmek isteyen taraf için adeta bir fırsata dönüşebilir.<sup>42</sup> Dolayısıyla, arabuluculuk yolu tüketilmeden tahkime başlanmasının mümkün olmadığına ilişkin davalı itirazı, hakemler tarafından karara bağlanırken bu hususun da göz önünde bulundurulması gerekir.

Hakemler, taraflar arasında uyuşmazlık çözüm anlaşması uyarınca arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla sonuçlanmasının tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurmasının şartı olup olmadığı hakkında karar vermelidir. Kararlarını verirken hakemler, uyuşmazlık çözümü anlaşmasının ifade tarzını ve tarafların uyuşmazlık çözüm anlaşması müzakereleri sırasındaki davranışlarını inceleyerek uyuşmazlık çözüm anlaşmasını yorumlamalıdır. Tahkimde davanın başlatılabilmesi için arabuluculuk yoluna başvurulması zorunlu ya da ihtiyari olabilir<sup>43</sup>. Hakemler, arabuluculuğun tüketilmesinin tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurmasının zorunlu bir önşartı olduğuna karar verirlerse tarafların tahkim yoluna başvurmadan önce arabulucuya başvurmaları gerekir<sup>44</sup>. Milletlerarası tahkim uygulamasında, arabuluculuğa başvurmadan tahkim yargılamasının başlatıldığı hallerde, davalının itiraz etmesi üzerine, hakemler, davayı reddetmek yerine yargılamayı durdurup, tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuk faaliyetiyle çözmeye çalışmalarını tercih etmektedirler. Bu hâlde taraflar, arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alamaz ve uyuşmazlıklarını çözemelerse yargılamaya kaldığı yerden devam edilebilecektir.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Sanlı 450; Tan Dehmen 463 ff; Krş.: Ersen Perçin 187.

<sup>42</sup> Uluslararası Barolar Birliğinin Tahkim Anlaşmasının Kaleme Alınmasına ilişkin kılavuzunda, tarafların bu süreci tahkimi geciktirmek için kötüye kullanılmasını engelleyici bir tedbir olarak tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm aşamasının ne kadar süreceğine ilişkin sınırlama getirilmesi ve bu sürecin ne şekilde başlatılmasının gerektiğine ilişkin açık bir hükme yer verilmesi önerilmiştir. Bkz. Kılavuz s. 87 Bkz.: [https://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_27October\\_2010\\_Arbitration\\_Clauses\\_Guidelines.aspx](https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx) (Erişim Tarihi 28.09.2019)

<sup>43</sup> Russel 2 ff; Ekşi 27 ff; Tan Dehmen 459.

Hakem heyeti davalı devletin tahkim öncesi dostane sulh görüşmelerini yerine getirmemiş olmasının tahkime başlamayı engellemeyeceğini zira somut olayın özellikleri dikkate alındığında dostane müzakerelerinin olası bir suluu sağlamakta faydasız olacağına anlaşıldığına ve tahkim yargılamasının devam etmesine karar vermiştir. (Bkz.: *Ethyl Corp v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, ¶ 75 ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0300\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0300_0.pdf)) (Erişim Tarihi 05.08.2019).

Başka bir kararda da dostane görüşmelerin faydasız kalacağı anlaşılabiliyorsa tarafların dostane görüşmelere başlamadan tahkim yoluna başvurabileceklerine karar verilmiştir (*Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 564 <https://www.italaw.com/cases/35> (Erişim Tarihi 05.08.2019)

Başka bir hakem kararında hakemler, tahkim öncesi uyuşmazlık çözümü sürecinin her iki tarafın da iyiniyetli ve samimi çabalarını gerektirdiğini, diğer bir ifadeyle, tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm sürecinin davacının daha fazla yargılama masrafına katlanmasına ve zaman kaybetmesine neden olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz.: ICC Case No. 14079 (ICC Bulletin, 2014, Vol 25 - Supplement, Procedural Decisions in ICC Arbitration).

<sup>44</sup> Krş.: Akıncı 11; Ekşi 55.

<sup>45</sup> Russel 2 ff; Gary Born, *International Commercial Arbitration “Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”* (2nd, Wolters Kluwer Law & Business 2014) 932; Christopher Boog, ‘How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses - Note - 6 June 2007 - Swiss Federal Supreme Court’ 26(1) 2008 ASA Bulletin 111, 112; Ekşi 40-43 arasında önceki aşamanın tüketilmemesinin tahkimde itiraz konusu olması hâlinde hakemlerin bekletici mesele yapabileceğine ilişkin görüşlere ve hakem kararlarına işaret edilmiştir. Ancak Yazar, kendi görüşünü açıkladığı ve 46. ve 55. sayfalarda önceki aşamaya başvurulmadan tahkime başvurulmasının sözleşmenin ihlali olduğunu ve tarafların önceki



Milletlerarası tahkim uygulamasında genel kabul gören bu yaklaşım İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları'nın 4üncü maddesinin 5inci fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Buna göre “*taftlardan biri arabuluculuk süreci başlamadan, arabuluculuk süreci sona ermeden ve her halükarda arabuluculuk süreci başladıktan sonra sekiz hafta geçmeden önce tahkim davası açarsa, karşı taraf en geç cevap dilekçesinde tahkim yargılamasının durdurulmasını ve arabuluculuk sürecinin başlatılmasını veya kaldığı yerden devam etmesini talep edebilir. Hakem kurulunun tahkim yargılamasını durdurmaya karar vermesi üzerine arabuluculuk süreci başlar. Arabuluculuk süreci tarafların anlaşamaması nedeniyle sona ererse taraftardan birinin talebi üzerine tahkim yargılaması kaldığı yerden devam eder. Hakem kurulu, karşı tarafın talebi üzerine arabuluculuk-tahkim sözleşmesinin ihlalden doğan zararın karşılanması için için uygun bir tazminata hükmedebilir.*” Bu madde uyarınca, hakemler, arabuluculuğun tahkime başvuru hakkının bir önkoşulu olduğunu kabul etmeleri hâlinde tahkim yargılamasına bu gerekçeyle son veremezler. Böylece uygulamada doğabilecek tereddütlerin önüne geçilmiş olması bakımından takdir edilmesi gereken bir düzenleme yapılmıştır.

Hakemler, arabuluculuğun bir ön şart olmadığına karar verirlerse davalının itirazlarını reddederler ve uyuşmazlığı esastan incelemeye başlayabilirler.

### **C. Arabuluculuk Tahkim Yolunun Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Değerlendirilmesi**

Arabuluculuk-Tahkim Yolunda, tarafların uyuşmazlıklarını yargılama yerine üçüncü kişilerin yardımıyla sulh yoluyla çözmeye çalışmaları teşvik edilmekte, uyuşmazlık sulh yoluyla çözülemezse tahkim edilmektedir.

Hukuki bir uyuşmazlığın ortaya çıkması hâlinde taraflar arasında psikolojik bir gerginlik ortaya çıkabilir ve taraflar uyuşmazlığın çözülmesi için bir araya gelip sorunu müzakere edemez hâle gelebilirler. Bu durumda ancak tarafsız üçüncü bir kişinin dahilyle taraflar uyuşmazlıklarını müzakere etmeye başlayabilir. Müzakereler sonucunda uyuşmazlığın çözülmesi mümkün olabildiği için, arabuluculuğun tahkimin bir alternatifi olabileceği iddia edilmektedir. Bu beklentiye göre, taraflar zaman içinde tahkim yerine arabulucuya başvurmak suretiyle uyuşmazlıklarını çözeceklerdir ve tahkimin uygulama alanı daralacaktır. Örneğin, ABD’de ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk yöntemi yaygın olarak kullanılmaktadır<sup>46</sup> ve yazarlar,

usulleri tüketmeden tahkime başvuramayacağını ifade etmiş ancak yine de tahkime başvurulması hâlinde hakemlerin beklentisi mesele yapma kararı veremeyeceğini açıkça belirtmemiştir. Buradan hareketle Sayın Prof. Dr. Ekşi'nin hakemlerin yargılamayı durdurup tarafların öncelikle arabuluculuk yoluna tüketmelerine karar veremeyeceği kanaatinde olduğu sonucuna varıyoruz.

ICC Case No. 14431 tahkim yargılamasında, hakemler yargılama yetkileri olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmek yerine tarafların uyuşmazlık çözüm kuruluna başvurmaları için yargılamanın durmasına ve bu şekilde taraflar uzlaşamazsa yargılamanın devam etmesine karar vermişlerdir (\*Dispute Adjudication Boards Under FIDIC Contracts' 2015 I 31.

<sup>46</sup> ABD’de Arabuluculuk-Tahkim Yolunun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilmeye başlanması 1940'lara tarihlenmektedir. Telford I; Thomas J. Stipanowich, Jung Yang, Jay Welsh, Chen Qiming, Peter Robinson, Tan Jinghui, Chen

arabuluculuğun gittikçe tahkime yaklaştığını ve onun yerini almaya başladığını ifade etmişlerdir<sup>47</sup>.

Şüphesiz, uyuşmazlıkların yargılama yerine barışçıl girişimlerle sulh yoluyla çözülmesi, en azından toplumsal hoşgörü ve barış için, tercihe şayandır. Dikkatimizi çeken vakıa şudur ki, arabuluculuk ya da diğer üçüncü kişilerin müdahalesiyle uyuşmazlıkların çözülmesi 20. yüzyılın ikinci yarısında bugünkü önemine ulaşmaya başlamakla beraber<sup>48</sup> çok eskiden beri bilinmektedir. Roma Hukuku'nda, tahkim devlet yargısının bir alternatifi olarak mevcuttu. Tıpkı günümüzde olduğu gibi hakemler yetkilerini taraflar arasındaki anlaşmadan almaktaydı ancak hakem kararları bağlayıcı değildi. Mecelle'de de tahkim bir yargılama yöntemi olarak mevcuttu<sup>49</sup>. Türkiye'de bu yöndeki tartışmalar ve yasama faaliyetleri görece yenidir ancak bireylerin uyuşmazlıklarını çözmek için üçüncü bir kişiye başvurmaları yeni değildir. Bu açıdan bakıldığında arabuluculuk geçilen yüz yılların sonunda tahkimin yerini alamamıştır ve geçmişten hareketle bir perspektif yapılacak olursa arabuluculuğun tahkimin yerini alamayacağını söyleyebiliriz.

Bugün geldiğimiz noktada, özellikle milletlerarası ticaretin aktörleri -tacirler, milletlerarası ticaret odaları, milletlerarası meslek örgütleri- uyuşmazlıkların yargılamaya başvurulmadan önce üçüncü kişilerin müdahalesi -arabuluculuk, uzlaştırıcı, uyuşmazlık çözüm kurulu- ile çözümlenmesini düzenleyen tip sözleşme ve kurallara yer vermektedir. Hazırlanan (tip) sözleşmelerde tahkime başvurmadan önce üçüncü bir kişinin dahilini içeren alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisine başvurulmasına yer verilmektedir. Örneğin, inşaat sektöründe yaygın olarak kullanılan 2017 FIDIC Tip Sözleşmelerinin 20. maddesinde tahkimden önce uyuşmazlık çözüm kuruluna başvurulması, uyuşmazlık çözüm kurulunun faaliyetleri sonucu uyuşmazlık çözümlenemezse tarafların 56 gün boyunca uyuşmazlığı müzakerelerle çözmeye çalışmaları bu şekilde uyuşmazlık çözümlenemezse tahkime başvurulması düzenlenmektedir.

Taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması hâlinde öncelikle arabuluculuk faaliyetine başvuracaklarını ve arabuluculuk faaliyetinin sonuçsuz kalması hâlinde tahkime başvurabileceklerini düzenleyen bir uyuşmazlık çözümü anlaşması tarafların tahkime başvurmak yerine arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı sona erdirmelerini sağlamakta beklendiği kadar etkili midir sorusunun sorulması gerektiği kanaatindeyiz.

Öncelikle soruya verilecek yanıt, somut uyuşmazlığın taraflarının özelliklerine göre değişir.

Guang, Jeff Kichaven, Denise Madigan, Wang Hongsong, Zhang Jianhua, 'East Meets West: An International Dialogue on Mediation and Med-Arb in the United States and China' 2009 2(9) Pepp. Disp.Resol. L.J. 384 (<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol9/iss2/5> Erişimi Tarihi 3/09/2019)

<sup>47</sup> Brian 164; Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 380.

<sup>48</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.: İldr 31 ff; Öztürk 205.

<sup>49</sup> Kekeç 30 ff; İldr 31 ff; Örneğin Çin'de arabuluculuğun binlerce yıl eskiden beri var olduğu ifade edilmiştir. Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 380.

Milletlerarası ticaretin aktörlerinin dikkate değer bir bölümü, uzun ve kısa vadeli ticari menfaatlerini ön planda tutarak bir uyuşmazlığın yargıya taşınmasına ya da taşınmamasına karar verir. Arabulucunun görevi, tarafları sözleşme veya hukuk kuralları uyarınca sahip oldukları haklardan ziyade, gerçek menfaatlerinin ne olduğunu değerlendirmeye teşvik etmektir<sup>50</sup>. Uygulamada, taraflar, uğranılan zararın giderilmesinden ziyade başkaca ticari menfaatlere sahiplerse uyuşmazlık çıkarmaktan son ana kadar kaçınır. Örneğin, milletlerarası inşaat sözleşmelerinde müteahhidin karşısındaki işsahibi genellikle bir kamu kurumu veya güçlü bir gayrimenkul geliştirme şirkettir. Müteahhit, aynı işsahibi ile gelecekte iş yapmayı düşünüyorsa uyuşmazlık çıkararak o iş bağlantısını kaybetmek yerine o anda uğradığı zararı sineye çekmeyi tercih edebilir. Bu örnekten hareketle görüleceği üzere, tacirler, mevcut ticari ilişkilerini korumayı, kısa vadede uğranılan zararın giderilmesine tercih edilebilir. Kısaca, ticari menfaatleri daha fazlaysa, özellikle milletlerarası ticaretin aktörleri, uyuşmazlık çıkarmak yerine zarara katlanmayı tercih edebilirler. Korunan ticari menfaatin değeriyle doğru orantılı olarak fedakârlıkta bulunmaya hazırdırlar. Bu kapasitedeki aktörler arasında uyuşmazlık, her iki tarafın menfaatini dengeleyen bir çözümün bulunmasının imkânsız olduğunun anlaşıldığı hâllerde doğar. Diğer bir ifadeyle bıçak kemiğe dayandığında taraflar haklarını hukuki çözümlerle aramayı tercih edeceklerdir. Bu aşamadan sonra da arabuluculuk faaliyetine başvurulmasının ve bir de arabulucunun katılımıyla tarafların ticari menfaatlerini tekrar değerlendirmelerinin ve arabulucunun teşvikleri sayesinde kabul edebilecekleri bir çözüme ulaşmalarının ancak nadiren gerçekleşebileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, ticari menfaatlerini doğru analiz edebilen ticari aktörler için arabuluculuk faaliyetinin tahkimin bir ön şartı olarak kabul edilmesinin faydadan ziyade âdeta kanlı bıçaklı tarafların tahkim yargılamasını geciktirmek ve güçleştirmek için daha fazla imkâna sahip olmalarına hizmet ettiği kanaatindeyiz<sup>51</sup>. Örneğin, Dubai Milletlerarası Tahkim Merkezi Tahkim Kurallarına tabi olarak 2019 yılı itibariyle görülmekte olan üç ayrı derdest tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlıkta tahkim öncesi çözüm yoluna başvurulmadığı için yetki itirazında bulunan taraf olarak iş sahibi, yüklenicinin uyuşmazlığın müzakere yoluyla çözülmesi için randevu talebine cevap dahi vermemiştir.

Nitekim, arabuluculuğun uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kayda değer bir ağırlığa sahip olduğu ABD’de dahi, tarafların sözleşmede kararlaştırılmış olması veya hâkimin kararı nedeniyle öncelikle arabuluculuk yoluna başvurduklarında, gerçekten kendi iradelerinin bir sonucu olarak arabuluculuk yoluna başvurmadıkları için arabuluculuk aşamasının başarılı olmadığını gösteren tecrübeler de bulunmaktadır. *Arabulucu-Tahkim Yolunun*, ancak ve ancak tarafların uyuşmazlıklarını, samimi bir şekilde arabuluculuk yoluyla çözmek konusunda istekli olmaları hâlinde başarılı

<sup>50</sup> Fullerton 32.

<sup>51</sup> Arabuluculuk yolunun bu amaçla da kullanıldığı ifade edilmiştir. Bkz Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 412.

olabileceği belirtilmektedir. Buradan hareketle, kanun gereği veya hâkimin kararı sonucunda arabuluculuk yoluna başvurulması hâlinde arabuluculuğun beklendiği kadar başarılı olamayacağı sonucuna varılmaktadır<sup>52</sup>.

Buna karşılık başka bir kategori ticari aktör ise ticari menfaatlerini doğru değerlendiremeyebilir. Bu kategoridekiler, biraz fedakârlıkla ticari olarak daha lehlerine bir sonuç elde etmeye konsantre olmak yerine karşı taraftan mümkün olduğunca çok tazminat vb. almak ister. Bu tür ilişkilerde, arabulucu, tarafları makul davranmaya teşvik edebilir ve taraflar kısa vadeli menfaatleri yerine kendileri için ticari olarak daha başarılı ve/veya daha barışçıl çözümler üreterek uyuşmazlığa son verebilirler. Bu nitelikteki taraflar için arabuluculuğun yargılama öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olması uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesinde etkili olabilir.

Arabuluculuk Tahkim Yolunun başarısında tarafların milliyetlerinin önemli olup olmadığına ilişkin tartışmalar yapılmıştır. Arap ya da Uzak Asya milliyetlerine mensup kişilerin, örneğin Japonya, arabuluculuk yoluyla uzlaşmaya Avrupa ve Kuzey Amerika ülkelerinin milliyetlerine mensup kişilerden daha yatkın olduklarına ilişkin görüşler ileri sürülmüştür. Haklı olarak, milletlerarası ticaretin aktörleri incelendiğinde milliyetlerine dayalı olarak ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir. Gerçekten, birçok şirketin yöneticisi şirket ya da hissedarlarının tabiiyetinde olduğu devletin kültüründe yetişmemiş olabilir. Bazı şirketlerin ortaklarının örneğin Birleşik Arap Emirlikleri tabiiyetinde olmalarına rağmen yöneticilerinin, örneğin Avusturyalı ya da Hindistan vatandaşı olduklarını gözlemliyoruz. Bu durumda, bu şirketin dahil olduğu uyuşmazlıklarda nasıl bir kültürel yaklaşımı olacağını bilemeyebiliriz. Benzer şekilde, ABD’nde eğitim görmüş ve orada çalışmış bir Türk vatandaşı tarafından yönetilen bir şirket tarafından alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ne şekilde yaklaşılabileceğini bilemeyiz. Bu nedenle tarafların mensubu oldukları milliyetten hareketle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yaklaşımları konusunda genelleme yapmaktan kaçınılması uygun olur<sup>53</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan<sup>54</sup> görüldüğü gibi, davalının arabuluculuk faaliyetine başvurulmaması nedeniyle yargılamaya devam edilemeyeceği yönündeki itirazları ile karşılaşan hakemler, davalının iddiaları hakkında tarafların iddia ve savunmalarını değerlendirerek bir karar vermek zorundadır. Bu halde yargılamanın uzaması ve yargılama giderlerinin artması âdeta kaçınılmazdır. Bu sebeple, taraflar arasında uyuşmazlık çözüm anlaşması henüz müzakere edilirken somut ilişkide arabuluculuk faaliyetinin beklenen faydayı sağlayamayacağı anlaşılabilirse tahkim davasının başlatılmasından önce arabuluculuk faaliyetinin tüketilmesi bir şart olarak yazılmamalıdır.

<sup>52</sup> Telford 11; Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 411.

<sup>53</sup> Ayrıntılı tartışmalar için bkz.: Tai-Heng Cheng, ‘Reflections on Culture in Med-Arb’ 2010 34(9-10) NYLS Legal Studies 424 (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1574814> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1574814>, Erişim Tarihi: 11/09/2019).

<sup>54</sup> Bkz. Yuk. IV. B.

Bu görüş, arabuluculuğu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi alternatifi olarak taraflara sunmadığı noktasında eleştirilebilirse de bu eleştirilerin haklı olmayacağı kanaatindeyiz. Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler (HUAK.m3(1)). Uyuşmazlık çözüm anlaşmasında, tahkim yargılamasına başlamadan önce arabuluculuk yoluna başvurulacağı öngörülmemiş olsa bile tahkimden önce veya tahkim yargılaması devam ederken taraflar her zaman arabulucuya başvurabilir. Arabuluculuktan hiç söz edilmeden tahkim anlaşması yapılmış olması, tarafların bir arabulucu yardımıyla uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözmeye girişimlerine engel değildir<sup>55</sup>. Zira “taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler” (HUAK.m3(1)). Taraflar arasında önceden yapılmış bir arabuluculuk anlaşması olmasa bile taraflardan birisi tahkim yargılamasından önce ya da yargılama devam ederken, diğer tarafa arabuluculuğa başvurmayı teklif edebilir (HUAK.m3(2)).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gibi, MTK’da ve HMK’da, tarafların tahkim yargılaması devam ederken arabulucuya başvurmalarına engel olabilecek herhangi bir emredici kanun hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, uyuşmazlık çözümü anlaşmasında tahkimden önce arabulucuya başvurulmasına ilişkin bir hükme yer verilmemesi arabulucuya başvurmak isteyen tarafların arabulucuya başvurmalarına engel değildir.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları’nın üçüncü maddesi Arabuluculuk -Tahkim anlaşması yapılma zamanını düzenlemekte ve tarafların tahkim yargılamasına başladıktan sonra da arabuluculuk yoluna başvurmak konusunda anlaşabileceklerini ve bu anlaşmanın sonuçlarını açıkça düzenlemektedir<sup>56</sup>.

Tahkim yargılaması başladıktan sonra arabuluculuğa başvurulması hâlinde arabuluculuğun başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde arabuluculuk faaliyetinin

<sup>55</sup> Bkz.: Tan Dehmen 464.

<sup>56</sup> Madde şu şekildedir:

Arabuluculuk-Tahkim Anlaşmasının Yapılma Zamanı

1. Taraflar, arabuluculuk-tahkim anlaşmasını, aralarında belirlenebilir bir hukuki ilişkiden doğabilecek veya doğmuş bir uyuşmazlığın çözümü için uyuşmazlığın nihai olarak çözümlenmesine kadar herhangi bir aşamada yapabilirler.
2. Bu uyuşmazlığın çözümü için daha önce müzakere edilmiş olması, arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması veya tahkim yargılamasının başlatılmış olması, tarafların arabuluculuk-tahkim anlaşması yapmasına engel olmaz.
3. Tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yöntemine başvurduktan sonra İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca arabuluculuk-tahkim anlaşması yapmaları durumunda, arabuluculuk sürecine İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca devam edilir.
4. Tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargılaması başlattıktan sonra İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca arabuluculuk-tahkim anlaşması yapmaları durumunda, tahkim yargılaması durur ve uyuşmazlık İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk- Tahkim Kuralları’na göre çözülür. Uyuşmazlığın, İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmemesi durumunda, durmuş olan tahkim yargılamasına İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca aynı hakem kurulu ile kalınan yargılama aşamasından devam edilir. Eğer daha önce durmuş olan tahkim yargılamasına İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca devam edilmesi tahkim yeri hukuku kuralları, İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları veya hakkaniyet kurallarıyla çelişkili durumlar yaratacak ise, taraflardan birinin yazılı talebi üzerine Divan’ın vereceği kararlar daha önce durmuş olan tahkim yargılamasına devam edilmesine ve İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk-Tahkim Kuralları uyarınca yeni bir tahkim davası açılmasına karar verilebilir.

tahkim sürecine zarar vereceğine veya tarafların iddia ve savunmalarını olumsuz etkileyebileceğine ilişkin bazı haklı kaygılar olabilir. Bu kaygılardan bir tanesi, tahkim yargılaması devam ederken arabulucuya başvurulması hâlinde henüz bir sonuç alınmadan tahkim süresinin önemli ölçüde tükenmesi hatta sona ermesi olabilir. Bu kaygıyı bertaraf etmenin yolu, tarafların tahkim yargılaması devam ederken arabuluculuğa başvurmak konusunda anlaşma yaparlarken arabuluculuk faaliyetinin tahkim süresine etkisi konusunda da anlaşma yapmalarıdır.

## **V. Arabuluculuk Faaliyetinin Başarısızlıkla Sonuçlanması Hâlinde Arabuluculuk Faaliyeti ve Müteakip Tahkim Yargılaması Arasındaki İlişki**

Taraflar öncelikle arabulucuya başvurmuş, arabuluculuk faaliyeti gerçekleşmiş ama uyuşmazlık çözümlenememiş olabilir. Bu durumda aynı taraflar, uyuşmazlıklarını çözümlenebilmek için tahkim yargılaması başlatacaklardır. Bu ihtimalde birçok farklı sorun ve soru ile karşılaşılabilir. Aşağıda bunlara değinilecektir.

### **A. Arabulucunun Tahkim Aşamasında Hakem Olması**

Arabulucuya başvuran ancak uyuşmazlıklarını arabuluculuk faaliyeti sonucunda çözemeyen taraflar, arabulucu olarak görev yapan kişinin hakem olarak da görev yapmasını isteyebilir.

Arabulucunun hakem olarak görev yapmasının gerçekten faydalı mı olduğu yoksa kendi içinde önemli tehlikeler mi içerdiği oldukça tartışmalı bir konudur. Nitekim ABD’de bazı uygulamacılar bu arabulucunun hakem sıfatıyla yargılamaya devam etmesini önerirken çok sayıda kişi de bu uyuşmazlık yönteminin isabetli olmadığını savunmaktadır<sup>57</sup>.

Aşağıda, arabulucunun hakem olarak görev yapmasının hukuki dayanağı, faydaları ve riskli yönleriyle, arabulucunun hakem olarak görev yapmasının neden olduğu risklerin bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

### **1. Arabulucunun Tahkimde Hakem Olarak Görev Yapmasının Yasal Dayanağı**

Hakemler görevi kabul etmeden önce bağımsız ve tarafsız olmalı ve yargılamanın sonuna kadar bağımsız ve tarafsız kalmalıdır. Hakem olarak atanan kişiler, tarafsızlıklarından şüphe edilmesini gerektirecek hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmek zorundadır (MTK.m7, HMK.m417)<sup>58</sup>.

MTK’da ve HMK’da, arabulucuların hakem olarak görev yapmalarını yasaklayan bir düzenleme yoktur. HUAK da arabulucunun hakem olarak görev yapmasına

<sup>57</sup> Fullerton 37.

<sup>58</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Süheyla Balkar Bozkurt, *Milletleri Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (1st On İki Levha 2016).

ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. HUAK, arabulucunun “*bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenmesini*” yasaklamıştır (HUAK.m9(4)).<sup>59</sup> 2018 yılında yürürlüğe giren HUAK Yönetmeliği’nde arabulucunun avukat olması yasaklanmıştır<sup>60</sup>.

Arabuluculuk Etik Kurallarının, menfaat ilişkisi veya çatışması kenar başlıklı 4üncü maddesinin 6ıncı fıkrasında arabulucunun hakem olarak görev yapması hususu düzenlenmektedir. Buna göre “*Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, avukat olarak görev üstlenemez. Ancak, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir.*”<sup>61</sup>

Görüldüğü gibi, Türkiye’de arabulucu ancak tarafların açık ve yazılı onaylarının bulunması koşuluyla tahkim aşamasında hakem olarak görev yapabilir.

ISTAC Arabuluculuk – Tahkim Kuralları’nın 5inci maddesinde “arbuluculuk-tahkim veya arabuluculuk süreçlerinde arabulucu olarak görev yapan kişi, tarafların açık ve yazılı onayı olmaksızın, aynı uyuşmazlık hakkındaki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapamaz.” denilmek suretiyle arabulucunun hakem olarak görev yapması tarafların açık ve yazılı onayının alınması şartına bağlanmıştır.

## 2. Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapmasının Faydaları

Arabulucunun hakem olarak görev yapmasının birçok faydası dile getirilmiştir. Bunlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

Arabuluculuk faaliyeti sırasında, arabulucu, uyuşmazlık, tarafların iddia ve savunmaları konusunda bilgi edinmişse arabulucunun bu bilgileri, tahkim yargılamasında daha hızlı ve az masrafla karar verilmesine yardımcı olabilir<sup>62</sup>.

Arabulucunun hakem olarak da görev yapacağını bilen taraflar uyuşmazlığı arabuluculuk aşamasında çözmek konusunda istekli davranabilirler<sup>63</sup>. Kuzey Amerika’da, arabulucunun hakem olacağını bilen tarafların arabuluculuk sırasında daha yapıcı ve barışçıl davrandıkları, daha çok sulh alternatifleri yarattıkları ve arabuluculuk aşamasının daha başarılı olduğu gözlenmiştir<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Buna karşılık, mülga HUAK Yönetmeliği’nin 12(4) hükmü arabulucunun ilgili uyuşmazlığa ilişkin açılan davada hâkim, hakem ya da bilirkişi olmasını yasaklamıştı. 26.01.2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan mülga HUAK Yönetmeliği m. 12(4): “*Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, hâkimlik, hakemlik ve bilirkişilik yapamayacağı gibi avukat olarak da görev üstlenemez.*” Mülga Yönetmelik hükmüne yönelik eleştiri için bkz.: Özbek 81 ff.

<sup>60</sup> Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği RG. 02.06.2018/30439.

<sup>61</sup> [http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik\\_kurallar.html](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html) (Erişim Tarihi 22/09/2019)

<sup>62</sup> Ildr 100; Özbek 21; Berkhan 25 ff; Brian 159; Bu yönde bkz: Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 399; Telford 2; Sussman 73.

<sup>63</sup> Ibid 102.

<sup>64</sup> Telford 3 ff.

Arabulucunun ileride hakem olması hâlinde daha doğru bir karar vereceği de ifade edilen faydaları arasındadır. Zira hakem arabuluculuk aşamasında uyuşmazlıkla ilgili pek çok şeyi –hatta gizli kalması tercih edilen bilgileri de öğrenmiştir. Bu durumda hakem tarafların kolaylıkla kabul edebilecekleri hatta tarafların bu şekilde dahi sulh olabilecekleri bir karar verebilir<sup>65</sup>.

Diğer bir fayda da arabuluculuk aşamasında taraflar aralarındaki birden çok uyuşmazlıktan önemli bir kısmı üzerinde anlaşma sağlanabilir. Böylece daha az sayıda uyuşmazlık hakeme havale edilebilir<sup>66</sup>.

Arabuluculuk aşamasında arabulucuya sunulan bilgiler ve tartışmalar sayesinde, taraflar müstakbel hakem kararını öngörebilir<sup>67</sup>.

### 3. Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapmasının Riskleri

Arabulucunun hakem olarak görev yapmasının, yukarıda sayılan faydaları yanında üç temel riskinden söz edilmektedir.

Bunlardan ilki, arabuluculuk sürecinde uyuşmazlık ve taraflar hakkında edindiği bilgiler nedeniyle arabulucunun tahkimde tarafsız hareket edememesidir.

İkincisi, tarafların arabulucuyla birebir oturumlarda arabulucuyla paylaştığı –diğer taraftan- gizli bilgilerin tahkim aşamasında hakemin kararını etkilemesidir. Tarafların arabulucuya aktardıkları gizli bilgiler arabulucu-hakem tarafından kendilerine karşı kullanılabilir ya da diğer tarafın hakkında beyanda bulunma imkânına sahip olmadıkları bilgilere dayanarak arabulucu hakem karar verebilir.

Üçüncüsü ise, arabulucu-hakemin taraflar üzerinde sahip olduğu gücün arabulucu tarafından kötüye kullanılması ihtimalidir. Arabuluculuk aşamasının başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde hakem olarak görev yapacak arabulucunun arabuluculuk aşamasında uygun gördüğü çözümü taraflara dayatma gücüne sahip olabilmesidir. Böylece taraflar benimsemedikleri bir çözüm üzerinde sulh olabilirler zira arabuluculuk aşaması başarısız olursa arabulucunun önerdiği çözüme paralel bir hakem kararı verileceğini düşünebilirler<sup>68</sup>.

Diğer bir risk ise, arabulucunun hakem olarak da görev alacak olacağı için bir an evvel tahkime başlamak konusunda istekli olması nedeniyle uyuşmazlığın arabuluculuk aşamasında çözülebilmesi için yeterli çabayı sarf etmemesidir<sup>69</sup>. Bu durumda, Arabuluculuk-Tahkim yolundan beklenen uyuşmazlığın tahkime

<sup>65</sup> Ibid 5.

<sup>66</sup> Telford 5

<sup>67</sup> Ibid 5

<sup>68</sup> Örneğin, Fullerton 32; Brian 160

<sup>69</sup> Telford iii.; Srikant and Arka 79.



başvurmaksızın arabuluculuk aşamasında daha hızlı ve ucuza çözülmesi beklentisi gerçekleşmeyebilir.

Aşağıda bu riskler ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### a. Arabulucunun Tahkim Aşamasında Tarafsız Davranamaması Riski

Arabulucuların da tıpkı hakemler ve hâkimler gibi tarafsız olması gerekir<sup>70</sup>. Arabuluculuk aşamasında arabulucu, taraflar ve uyuşmazlık hakkında birçok şey öğrenmiş olabilir. Sahip olduğu bu bilgiler ve edindiği izlenimler, arabulucunun tarafsız bir hakem olarak yargılama yapmasını engelleyebilir<sup>71</sup>. Zira arabulucu, bu bilgiler sonucunda -kendisi bile farkında olmadan-<sup>72</sup>, bazı önyargılara sahip olabilir. Arabuluculuk aşamasında arabulucunun uyuşmazlığın çözümü hakkında bir kanaate sahip olması hakem olarak görev aldığı anda tarafsızlığını tehdit eden bir durumdur. Örneğin, taraflar, genellikle sulh olmak için talep sonuçlarından daha azına razı olabilirler. Ancak, hakemin kararını etkilememesi için bu bilgiyi hakemle paylaşmayacaklardır<sup>73</sup>. Davacı, arabuluculuk faaliyeti sırasında örneğin tahkimde talep edeceği tazminatın yarısının ödenmesine razı olmuşsa, arabuluculuk yapmış olan hakem, tahkim yargılamasında davacı hukuken haklı olsa ve alacağının tamamını ispatlayabilse bile tazminatın tamamına hükmederken çekimser davranabilir zira davacının aslında razı olduğu bir paranın iki katına hükmettiğini düşünebilir<sup>74</sup>.

Tarafların gözünde hakemin tarafsızlığını etkileyecek diğer bir durum da arabuluculuk aşamasında uygulanan taktiklere bağlı olarak arabulucunun hakemin uyuşmazlığın çözümü hakkındaki görüşlerini taraflara söylemesidir. Arabulucunun, arabuluculuk sürecinde başvuracağı birçok teknik vardır. Bu tekniklerden bazıları arabulucunun daha aktif bir rol alıp uyuşmazlık hakkındaki kendi fikirlerini taraflarla

<sup>70</sup> İldir 50 ff; Arabulucunun tarafsızlığı hakkında bkz: Berkhan 29.

Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarında arabulucunun bağımsızlığı 3üncü maddede düzenlenmiştir:

(1) Tarafsızlık, arabulucunun taraf tutmamasını ve taraflar hakkında önyargılı olmamasını kapsar.

(2) Arabulucu, taraflardan birinin kişiliğine, geçmişine, inanç ve değerlerine ve arabuluculuk sürecindeki tutum ve davranışlarına veya başka bir sebebe dayanarak taraf tutmamalı ve önyargılı davranmamalıdır.

(3) Arabulucu, arabuluculuk sürecini yürütürken tarafsız olmak ve tarafsızlığını şüpheli hâle getirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır. Arabulucu, kendisinin davranış ve görünüşteki tarafsızlığından şüphe duyulmasına yol açacak şekilde, taraflara değerli bir hediye, yardım, borç veya değerli başka bir mal vermemeli ve onlardan da kabul etmemelidir.

(4) Arabulucu, arabuluculuğu tarafsız bir şekilde yönetmeyecek ise arabulucu olma teklifini reddetmeli ve hangi aşamada olursa olsun arabuluculuktan çekilmelidir.

(5) Arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığının söz konusu olması veya sonradan ortaya çıkması hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmesine rağmen, taraflar, arabulucudan görevi üstlenmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir veya üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir.

(6) Arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk sürecini arabuluculuğa uygun tarafsız bir yerde yürütmelidir. ([http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik\\_kurullar.html](http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurullar.html) Erişim Tarihi 22/09/19)

<sup>71</sup> Nitekim mülga Yönetmeliğin 12(4) hükmünde arabulucunun hakem olarak görev yapmasını yasaklamasının nedeni hakemin tarafsızlığını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Özbek 15; aynı yönde Brian 202; Berkhan 26.

<sup>72</sup> *Regina v. Gough* (1993) 2 All Er 724 kararında bir kişinin tarafsız olduğunu düşünse bile tarafsız olmamasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Srikant and Arka 96.

<sup>73</sup> Brian 173; Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 401; Telford 4.

<sup>74</sup> Aynı yönde bkz.: Brian 180; Baril, Dickey 6.

paylaşmasını gerektirir. Böylece, taraflar müstakbel hakemin uyuşmazlığa yaklaşımı hakkındaki fikirlerini öğrenebilir ya da tahmin edebilirler<sup>75</sup>. Örneğin, arabulucu, bir tarafın talep ettiği tazminat tutarını fahiş bulduğunu ya da zararın ispatlanamayacağını söyleyebilir. Böyle bir açıklamanın yapılmış olması, tahkim aşamasında, tarafların gözünde hakemin tarafsızlığına gölge düşürebilir.

Arabulucunun ilk önce arabuluculuk sürecine katılmış olmasının hakemin tarafsızlığına etkisine ilişkin Uluslararası Barolar Birliği'nin ve ABD'deki bazı düzenlemelere değinmek uygun olur.

Uluslararası Barolar Birliği'nin Menfaat Çatışmalarına İlişkin Kılavuzunun (2)(a) paragrafında bir hakem tahkim başlamadan önce ya da tahkim yargılaması devam ederken kendisinin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda şüpheye kapılırsa hakem olarak görev yapmamalıdır. Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığından şüphe duyulmasını haklı gösterecek sebep olsa bile taraflar hakemi reddetme haklarından feragat edebilir (Kılavuz (4)(a)). Hakem olarak görev alan kişi, daha önce taraflar arasındaki uzlaştırma, arabuluculuk gibi sulh görüşmelerinde görev almış olabilir. Bu hallerde, arabulucu-hakem, arabuluculuk görevini üstlenmeden önce hakem olarak görev alabileceği ve tarafların hakemin tarafsız olmadığına ilişkin itiraz etmeyecekleri konusunda anlaşmasını sağlamalıdır. Tarafların anlaşmaları, hakemin arabuluculuk sürecine katılmış olması ve o aşamada edindiği bilgiler nedeniyle tahkimde hakemin reddi hakkında feragat etmeleri anlamına gelecektir. Arabuluculuk süreci başarıyla sonuçlanmazsa taraflar bu anlaşmalarıyla bağlıdır. Ancak, hakem bizzat kendisi sulh görüşmelerine katılması ve o aşamada öğrendikleri nedeniyle tarafsızlığından şüphe duyarsa hakem olarak görev yapmamalıdır (Kılavuz (4)(d)).

Kılavuz, hakemin dostane çözüm usullerinde görev almasını, hakemin tarafsızlığından şüphe duyulmasını objektif olarak haklı gösteren bir sebep olarak değerlendirmektedir. Ancak, tarafların rızasıyla hakemlik görevinin yapılmasına izin vermektedir. Bununla birlikte taraflar rıza gösterebilirler bile hakem bizzat kendisi kendi tarafsızlığından şüpheye düşerse görevi kabul etmemesi tavsiye edilmektedir.

Amerikan Tahkim Birliği, Amerikan Barolar Birliği ve Uyuşmazlık Çözüm Birliği tarafında 2005 yılında onaylanan arabuluculuk sürecine hâkim ilkeleri düzenleyen kurallar da Uluslararası Barolar Birliğiyle benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Standart VI 8inci paragrafta, arabulucuların aynı taraflar arasında aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak tarafların rızası olmadıkça başka bir görev alamayacağı düzenlemiştir. Görevi kabul etmeden önce, arabulucu, hakem olmasının sonuçları konusunda tarafları aydınlatması ve bu sonuçların taraflarca kabul edilmesi hâlinde görevi kabul edebilir<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Brian 173; Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 401; Telford 4.

<sup>76</sup> [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/model\\_standards\\_conduct\\_april2007.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf) (Erişim Tarihi 14/09/2019)

Bir Amerikan mahkeme kararı olan *Gaskin vs. Gaskin*<sup>77</sup> kararında, mahkeme, arabulucunun aynı ya da ilgili başka bir uyuşmazlıkta hakem olmasına tarafların açık muvafakatleri yoksa arabulucunun hakem olarak görev yapamayacağına karar vermiştir<sup>78</sup>.

Yukarıda değindiğimiz Türkiye'deki Arabuluculuk Etik Kuralları<sup>79</sup>, uluslararası kurallarla uyumludur. Ancak, tarafların, arabulucunun hakem olmasına rıza göstermeleri tarafların arabulucunun hakem olmasının yarattığı risklerin farkında olmalarını gerektirmektedir ki tarafların bu konuda yeterince bilgili ve bilinçli olmaları her zaman mümkün olmayabilir<sup>80</sup>.

## **b. Arabuluculuk Esnasında Arabulucu Tarafından Öğrenilen Gizli Bilgilerin Hakem Kararını Etkilemesi**

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, arabulucunun kullanacağı birçok teknik vardır. Bu tekniklerden bir tanesi de arabulucunun taraflarla hep birlikte yapılan oturumlar dışında her bir tarafla diğer tarafın hazır bulunmadığı birebir oturumlar düzenlenmesidir<sup>81</sup>. Türkiye Arabuluculuk Etik Kuralları'nın 6ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, arabuluculuk sürecinde taraflardan biriyle özel oturumda bir araya gelen arabulucu, bu özel oturumda edindiği hiçbir bilgiyi, bilgiyi veren tarafın rızası olmadan, doğrudan veya dolaylı olarak diğer tarafa aktarmamalıdır<sup>82</sup>. Arabulucu, bu bilgileri diğer tarafa uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülmesini temin etmek amacıyla kullanılmalıdır<sup>83</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, karşı tarafın, arabulucuya aktarılan gizli bilgilerden bihaber olması ve hâliyle, bu bilgilere karşı beyanda bulunma imkânına sahip olmamasıdır. Oysa gizli oturumlarda nihai hakem kararını etkilemek amacıyla gerçek dışı bilgiler verilmesi ihtimali vardır. Bu gizli diyebileceğimiz bilgiler, arabuluculuğun başarısız olması hâlinde hakem kararını etkileyebilir<sup>84</sup>. ABD'de yapılan araştırmalar bu yönde sonuçlar vermiştir<sup>85</sup>. Hatta bu durum hakem kararının iptaline dahi neden olabilir<sup>86</sup>.

Arabulucuya aktarılan bilgilerin hakem kararını etkilemesi riskini ciddi bir risk olarak değerlendiren ve arabulucu olarak katıldıkları uyuşmazlıklarda hakemlik yapmayı reddedenler olduğu gibi deneyimli arabulucu-hakemlerle sürecin yürütülmesi hâlinde böyle bir risk olmadığını savunanlar da bulunmaktadır<sup>87</sup>. ABD'de

<sup>77</sup> *Gaskin v. Gaskin* (2006) No. 2-06-039-CV WL 2507319

<sup>78</sup> Karar hakkında bilgi için bkz: Sussman 72.

<sup>79</sup> Bkz.: yuk. V.A.1.

<sup>80</sup> Karş. Brian 96.

<sup>81</sup> İldr 104.

<sup>82</sup> Aynı yönde bkz.: European Code of Conduct for Mediators Madde 4 ([https://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf) Erişim Tarihi 22/09/2019)

<sup>83</sup> Fullerton 33.

<sup>84</sup> Karş.: İldr 102.

<sup>85</sup> Brian 178.

<sup>86</sup> Srikant and Arka 89.

<sup>87</sup> Weisman 41; Telford 5 ff; Baril and Dickey 5; Fullerton 32 ff.

ve Kanada'da arabulucu-hakem olarak görev yapan kişilerin bu konuda bir sorun yaşamadıkları ve konunun abartıldığını söyledikleri iddia edilmiştir<sup>88</sup>. Buna karşılık kişisel deneyimlerine dayanarak arabuluculuktan tahkime geçişin zor olduğunu ifade edenler de bulunmaktadır<sup>89</sup>.

Böyle bir risk olmadığını savunan yazarlara göre, arabuluculuk aşamasından tahkime devam edilmesi hâlinde arabulucu-hakem sanki hiç arabuluculuk süreci yaşanmamış gibi davranabilir ki davranmalıdır da<sup>90</sup>. Gizli bilgilerin öğrenilmesinin herhangi bir risk yaratmadığını iddia edenler, bu görüşlerine dayanak olarak ABD'de hâkimlerin gördükleri bir delilin taraflarca davada delil olarak kullanılmasına izin verilmediğinde, hâkimlerin delili öğrenmelerine rağmen bunu göz ardı edebildiklerini, âdeta geçici bir hafıza kaybı yaşayabilmelerini göstermektedir<sup>91</sup>.

Arabulucu-hakemin, tahkim yargılamasının başında taraflara kendisinin bir insan olduğunu ve beyninin bazı bilgileri hatırlayacağını ancak bunları göz ardı etmek için elinden geleni yapacağını söylemesinin yeterli olduğu da iddia edilmiştir<sup>92</sup>. Fakat psikolojik araştırmalar, kişilerin bildikleri bir şeyi bilinçli olarak bilmiyormuş gibi davranmalarının oldukça zor olduğunu göstermiştir<sup>93</sup>.

Tarafların gözündeki, arabuluculuk aşamasında paylaşılan bilgilerin hakem kararını etkilemesi riski, tahkim yargılamasına değil, bilakis, arabuluculuk sürecine zarar verebilir. Arabulucuya aktarılan gizli bilgilerin açıklanması riskini değerlendiren ve arabuluculuk sırasında öğrenilen gizli bilgilerin hakemin kararını etkileyebileceğini düşünen taraflar, tahkim aşamasında aleyhlerine kullanılabileceğini düşündüğü bilgileri arabulucuya söylemeyebilir, yeterince açık sözlü ve samimi davranmayabilirler. Oysa arabuluculuğun başarılı olabilmesinin koşullarından birisi, tarafların söylediklerinin ilerideki yargılamada aleyhlerine kullanılabilmesine ilişkin bir kaygı duymaksızın samimi görüşlerini açıklayabilmeleridir<sup>94</sup>. Dolayısıyla aynı arabulucunun hakem olarak görev alacak olması, arabuluculuktan beklenen faydayı ortadan kaldırabilir ve arabuluculuk süreci bir zaman kaybına dönüşebilir<sup>95</sup>.

Diğer bir ihtimal ise tarafların arabuluculuk aşamasını tahkime bir hazırlık gibi değerlendirmeleri ve stratejilerini buna göre belirlemeleri hatta arabulucunun sempatisini kazanmak amacıyla hareket etmeleridir<sup>96</sup>. Nitekim ABD'de yapılan

<sup>88</sup> Ibid 41; Ibid iii.

<sup>89</sup> Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 406.

<sup>90</sup> Weisman 41; Telford iii.

<sup>91</sup> Ibid 41; Ibid iii.

<sup>92</sup> Ibid 41; Ibid iii.

<sup>93</sup> Aynı yönde bkz.: Özbek 32; Brian 177 ff.

<sup>94</sup> Telford 4; Özbek 33 ff.

<sup>95</sup> İldir 102.

<sup>96</sup> Telford 4.; Baril and Dickey 6.

araştırma sonuçları bu hakikati teyit etmiştir<sup>97</sup>. Böylece, arabuluculuk aşaması uyuşmazlığın sulhen çözülmesine hizmet etmeyebilir.

### c. Tarafların İstemedikleri Bir Sulhe Zorlanmaları

Arabuluculukta tarafların kendi kararlarını verebilme hakları vardır. Bu hak, Türkiye Arabuluculuk Etik Kurallarının ikinci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların “*kendi kararını verme hakkı, tarafların sürece başlamadan, süreç içerisinde ve sonuç aşamasında özgür ve aydınlanmış iradeleriyle, gönüllü ve baskı altında kalmadan karar vermelerini kapsar*”. Bu madde uyarınca, “*arabulucu, hazırlık aşaması veya ilk arabuluculuk toplantısında kendisinin arabuluculuk sürecindeki rolü hakkında taraflara bilgi vermek zorundadır. Arabulucu karar verme yetkisinin kendisinde değil, taraflarda olduğu hususunu vurgulamalıdır*”.

Arabulucu-hakem, arabuluculuk aşamasının başarısız olması hâlinde tahkim aşamasında uyuşmazlık hakkında nihai karar verecek kişi olacaktır. Arabulucunun, tarafların müzakerelerini kolaylaştıran kişinin ötesinde nihai kararı da verecek kişi olması, arabulucuya tarafların nezdinde önemli bir güç kazandırabilir. Hatta, arabulucu bizzat kendisi bu gücünü kullanarak tarafları kendi önerdiği şekilde bir sulh olmaya zorlayabilir. Bu nedenle, taraflar, arabulucunun bir çözüm önermesi hâlinde uyuşmazlık sulhen çözülmezse bu öneriye paralel bir hakem kararı verileceğini düşünerek aslında benimsemeseler bile arabulucunun önerisini kabul edip sulh olabilir. Böylece, arabuluculuğun tarafların birlikte geliştirdikleri ve her iki tarafın da benimseyeceği şekilde uyuşmazlığın çözülmesi amacı zarar görür<sup>98</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta, arabulucuların tarafları sulhe zorlayan teknikler kullanıp kullanmadıkları, tarafların tahkime başvurmaktaansa arabulucunun önerdiği çözümü -istemeyerek de olsa- kabul edip etmedikleri araştırılmıştır. Türkiye dışında yapılan araştırmalarda, arabulucu-hakem olarak görev yapan kişilerin bir kısmına yönelik yapılan araştırmalar, tarafların üzerinde böyle bir baskı kuracak yöntemleri kullanmadıkları sonucuna varılmıştır<sup>99</sup>. Ancak, bu araştırmaların Türkiye’de yapılmadığı dikkate alınacak olursa benzer saha çalışmaları Türkiye’deki yapılmadığı sürece Türkiye’deki uygulama hakkında kesin bir sonuca varılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

## 4. Arabulucunun Hakem Olarak Görev Yapmasının Sakıncalarını Gidermek Amacıyla Önerilen Çözümler

Arabuluculuk ve Tahkim Yolunun yukarıda anlatılan sakıncaları konuyu gündeme getiren hemen herkes tarafından ifade edilmektedir. Arabuluculuk ve Tahkim Yolunu savunan yazarlar, bu sakıncaları gidermek için çeşitli çözümler önermektedirler.

<sup>97</sup> Brian 72; Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhuas 404.

<sup>98</sup> Ildır 102.

<sup>99</sup> Telford 10.

Bu çözümlerin, bir üst başlıkta açıkladığımız risklerin tamamını bertaraf etmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Arabulucu-hakemin, arabuluculuk aşamasında edindiği bilgilerin tahkimde kullanılmasına ilişkin riski gidermek için, arabulucu-hakemin, arabuluculuk sürecinin hemen başında tahkime devam edilmesi hâlinde gizli bilgiler öğrenirse bunları nasıl ele alacağını taraflara açıklamasının yeterli olduğu ifade edilmiştir<sup>100</sup>. Bu açıklamanın tarafların aklındaki kaygıları gidermek için yeterli olup olmadığı kanımızca tartışmalıdır.

Diğer bir çözüm yolu önerisi, arabulucunun, taraflarla birebir görüşmeler sonucunda gizli bilgiler öğrenmesi hâlinde hakem kararını etkileyebilecek nitelikteki gizli bilgileri tahkimden önce her iki tarafa da açıklaması zorunluluğu getirilmesidir. Bu çözüm yolu, Singapur ve Hong Kong hukuklarında benimsenmiştir. Fakat bu çözüm yolu birtakım sorunları barındırmaktadır. Öncelikle, hangi bilgilerin davanın sonucuna etkili olduğunun ve açıklanması gerektiğinin nasıl tespit edileceği belirsizdir. Bu nedenle, birebir görüşmelerde öğrenilen bilgilerin tamamının tahkimden önce taraflara açıklanması önerilmiştir<sup>101</sup>. Bu çözümün zayıf tarafı, gizli bilgilerin, uyuşmazlığın diğer tarafına açıklanacağını bilen tarafların gizli bilgileri arabulucuya vermek istememeleri ihtimalidir<sup>102</sup>. Bu da arabuluculuğun başarılı olmasını engelleyebilir.

Önerilen çözümlerden bir tanesi de birisi arabulucu ve diğeri hakem olarak görev alacak iki kişinin birlikte arabuluculuk sürecini başlatmalarıdır. Müstakbel veya muhtemel hakem, arabulucuyla birlikte taraflar arasında yapılan toplantılara katılmaktadır. Arabulucunun taraflarla yaptığı birebir görüşmelere ise katılmamaktadır. Arabuluculuk süreci başarısız olursa hakem tahkim yargılamasını başlatacaktır. Bu yöntemin avantajı, hakemin taraflarla birebir görüşmelere katılmaması nedeniyle, gizli bilgilerin korunması ve hakemin tarafsızlığının etkilenmesi riskini bertaraf etmesidir. Bu yola getirilen eleştiri ise arabuluculuktan farklı olarak tarafların kendi istekleriyle görüşmelerden çekilme imkânına sahip olmamalarıdır<sup>103</sup>.

Bu yola getirilen bir diğer eleştiri ise arabuluculuk aşamasında taraflar arasında yapılan görüşmelerin (müstakbel) hakem önünde gerçekleşmesi nedeniyle tarafların davranış biçimlerinin bundan etkilenmesi veya hakemin tarafların arabuluculuk sürecindeki tutumları nedeniyle önyargılar geliştirebilmesidir. Bu yolun diğer zafiyeti ise arabulucu ve hakeme ücret ödeneceği için uyuşmazlığın çözümü maliyetinin artmasıdır<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Weisman 41; Ibid 11; benzer şekilde bkz.: Stipanowich, Yang, Welsh, Qiming, Robinson, Jinghui, Guang, Kichaven, Madigan, Hongsong, Jianhua 405.

<sup>101</sup> Srikant and Arka 96.

<sup>102</sup> Ibid 92.

<sup>103</sup> Fullerton 36.

<sup>104</sup> Ibid 35.

Diğer bir çözüm yolu ise arabuluculuk sürecinde arabulucunun her iki tarafın katıldığı toplantılar yapması, taraflarca sunulan belgelerle yetinmesi ve taraflarla birebir görüşmeler yapmamasıdır. Ancak bu yönetime getirilen eleştiri ise taraflarla birebir yapılan görüşmelerin arabuluculuğun başarısına olan önemli etkisinin kaybedilecek olmasıdır<sup>105</sup>.

Önerilen başka bir çözüm ise, aynı kişinin önce arabulucu olarak görev yapması, sonra hakem olarak tahkim yargılamasına geçmesi ve tahkim devam ederken tarafları tekrar sulh müzakeresine davet etmesidir. Böylece, tarafların arabuluculuğun ruhuna uygun olarak yine kendi çözümlerini üretebilmeleri sağlanabilir. Bu yöntemin sakıncası ise hakemin tarafları müzakerelere davet etmesinin taraflar üzerinde baskı kurmasına neden olabilmesidir. Hakemin, tahkim aşamasında sunduğu çözüm önerisi varsa bu öneri taraflarca tavsiye olarak algılanabileceği gibi üstü kapalı bir talimat olarak da algılanabilir. Hakemin çözüm önerisinin taraflarca bir talimat olarak algılanması hâlinde arabuluculuğun tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulması özelliğini ortadan kaldırabilir<sup>106</sup>.

Diğer bir öneri ise, arabuluculuk sürecinin başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde taraflara tahkime devam etmekten çekilme imkânı tanınmasıdır. Böylece arabuluculuğun taraflardan birisi tarafından sonlandırılabilmesine ilişkin özelliği muhafaza edilebilir. Ancak bu durumda da Tahkim-Arabuluculuk Yolunun sağladığı uyuşmazlığın mutlaka nihai olarak çözümlenmesine ilişkin faydadan vazgeçilmiş olur<sup>107</sup>.

Arabuluculuk aşamasının taraflar üzerindeki yukarıda bahsettiğimiz zorlayıcı gücünü bertaraf etmek için tarafların verilecek hakem kararının da bağlayıcı olmadığı üzerinde anlaşmaları olduğu ifade edilmiş ancak bu hâlde uyuşmazlığın nihai olarak çözüme kavuşturulamaması riskine değinilmiştir<sup>108</sup>. Yukarıda açıkladığımız gibi<sup>109</sup>, tarafların hakem kararının bağlayıcı olmayacağına dair anlaşmaları, Türk hukukunda tereddüde yer vermeyecek kadar açık bir tahkim iradesi olmadığını gösterir, tahkim anlaşmasının geçersiz sayılmasına ve uyuşmazlığın Devlet yargısında çözümlenmesine neden olabilir.

Başka bir yöntem ise Tahkim-Arabuluculuk Yolu olarak ifade edilebilir. Bu yöntemde, ilk önce tahkim yargılaması tamamlanmakta ve hakem bir karar vermektedir. Ancak kararı, taraflara tebliğ etmeden önce tarafları sulh görüşmelerine davet etmekte ve taraflar arasındaki görüşmeleri destekleyerek tarafların uyuşmazlıklarını sulhle sona erdirmelerini sağlamaya çalışmaktadır. Bu aşamada hakem taraflara, bu toplantılarında karar hakkında bilgi vermemeleri koşuluyla birebir görüşmeler yapabilir. Sulh gerçekleşirse hakem kararı taraflara açıklanmaz ve uyuşmazlık sulhen çözülmüş olur.

<sup>105</sup> Baril and Dickey 4 ff; Sussman 71; Fullerton 35.

<sup>106</sup> Fullerton 35.

<sup>107</sup> Baril and Dickey 4 ff; Sussman 71; Ibid 36; Srikant and Arka 92 ff; Ibid 32.

<sup>108</sup> İldır 104.

<sup>109</sup> Bkz. IV.A.

Sulh gerçekleşmezse hakem kararı tebliğ edilir ve uyuşmazlık hakkında nihai bir karara verilmiş olur. Tahkim-Arbuluculuk Yolunun faydası tahkim yargılaması sırasında sunulan deliller, iddia ve savunmalar sonucunda tarafların kendi iddialarının güçlü ve zayıf taraflarını daha iyi değerlendirebilmeleri ve bunun sulh ihtimalini artırmasıdır. Kararın zaten verilmiş olması nedeniyle taraflar karar yerine sulh olmaya daha istekli ve gayretli olacaktır. Diğer taraftan hakemin arbuluculuk sırasında edindiği gizli bilgiler nedeniyle tarafsızlıklarını kaybetmeleri ihtimali de bertaraf edilmiş olacaktır. Hakem ise kararını arbuluculuk süreci başlamadan vermiştir ve arbuluculuk sürecinde edindiği izlenime ya da öğrendiklerine göre kararını değiştiremez. Fakat bu yöntemin zayıf tarafı ise tarafların sulh olmak için üzerlerinde yoğun bir baskı hissetmeleridir<sup>110</sup>. Bu yöntemin diğer bir dezavantajı da, kanımızca, yargılama masraflarının artması ve uyuşmazlığın kısa sürede çözülemeyecek olmasıdır. Böylece, arbuluculuk ve tahkimin arka arkaya olmasından beklenen yargılama hızı ve maliyetlerinin düşük olabilmesi avantajları da gerçekleşmeyebilir.

Arbulucunun hakem olarak görev yapmasının yarattığı sakıncaların bertaraf edilebilmesinin arbulucunun niteliklerine bağlı olduğu ifade edilmektedir. Arbuluculuk–Tahkim Yoluna ilişkin yukarıda ifade ettiğimiz risklerin önemli bir kısmı arbulucu-hakemin işin niteliğine uygun davranamayacağı kaygısından kaynaklanmaktadır<sup>111</sup>. Arbulucu-hakem, hem arbuluculuk hem de tahkim alanında tecrübeli olmalıdır. Görev alacak kişi, arbuluculuğun ve tahkimin birbirinden farklı uyuşmazlık çözüm yöntemi olduklarının; arbulucunun ve hakemin rolünün iki aşamada birbirinden farklı olduğunun; arbulucunun ve hakemin taraflara karşı davranışlarının farklı olması gerektiğinin farkında olmalıdır. Arbuluculuk aşamasındaki tarafların müzakerelerini kolaylaştırma görevinden uyuşmazlık hakkında karar verme görevine geçebilmelidir. En önemlisi, arbuluculuk aşamasında öğrendiklerini hakem olarak görev yaparken bilmiyormuş gibi davranabilmelidir. Son olarak, arbulucu-hakem, arbuluculuk aşamasında tarafların güvenini kazanabilmeli ve bunu tahkimde de koruyabilmelidir<sup>112</sup>.

Bu değerlendirmeler sonucunda, yukarıda ifade ettiğimiz varyasyonların hiçbirisi hem tahkime hem de arbuluculuğa hâkim olan ilke ve avantajları bir arada koruyamamaktadır ve bu risklerin tamamını bertaraf eden bir çözüm yolu olmadığı da açıkça ifade edilmektedir<sup>113</sup>.

## 5. Değerlendirme ve Sonuç

Öncelikle, yukarıda açıkladığımız risklerin gündeme gelmesi için, arbuluculuk faaliyeti başlamış, arbulucu, görevi nedeniyle uyuşmazlık hakkında gizli bilgilere,

<sup>110</sup> Fullerton 35.

<sup>111</sup> Telford 7; Baril and Dickey 6.

<sup>112</sup> Weisman 40; Ibid 7; Ibid 6; ayrıca bkz.: Sussman 73.

<sup>113</sup> Fullerton 37; Baril and Dickey 6.



tarafaların sulh tekliflerine ve uyuşmazlık hakkındaki tutumlarına tanık olmuş olmalıdır. Kısaca, denemiş ve başarısızlıkla sonuçlanmış bir arabuluculuk sürecine katılan bir arabulucunun tahkimde hakem olarak görev yapmasının yarattığı riskler söz konusudur. Buna karşılık, arabuluculuk faaliyeti hemen hemen hiç ilerlememiş hatta bir tanışma toplantısından ileriye gidememiş olabilir. Bu aşamada sona eren bir arabuluculuk faaliyetine arabulucu olarak iştirak eden kişinin hakem olmasının yukarıda açıkladığımız riskleri yaratmadığı kanaatindeyiz<sup>114</sup>.

Arabulucunun hakem olarak görev yapmasına yasal engel bir yoktur. Taraflar, Arabuluculuk-Tahkim Yolunun sağladığı avantajları ve riskleri bilerek ve iyi kavrayarak Arabuluculuk Tahkim Yolunu seçmişlerse seçimlerinin bu riskleri barındırdığının farkındadır<sup>115</sup>. Hatta arabulucunun hakem olarak görev yapmasının kabul edildiği hallerde arabuluculuk aşamasında öğrenilen bilgilerin tahkimde kullanmasına izin veren yazılı bir anlaşma da yapılabilir<sup>116</sup>.

Bu noktada Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 5inci maddesine dikkat çekmek uygun olur. 5inci madde uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların teklifleri; arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıya veya iddianın kabulü tahkimde delil olarak kullanılamaz. Sunulsa bile hakemler bu belge ve bilgileri kararlarında esas alamazlar. Oysa arabulucunun hakem olarak görev alması hâlinde tüm bunları bilen ve kuvvetle muhtemel hatırlayan kişi hakem sıfatıyla icrası kabil ve nihai bir karar verecektir. Dolayısıyla, arabulucunun hakem olması hâlinde 5inci maddeden beklenen fayda ortadan kalkabilir. Zira arabulucudan hakem olarak tarafsız bir yargılama yapması için arabuluculuk faaliyeti sarasında öğrendiği ve kararını etkileyecek her şeyi unutmamasını ve aynı meseleyi bu sefer bambaşka bir gözle ele almasını beklemek ağır bir beklentidir ve bu beklentinin karşılanması arabulucunun niteliklerine bağlıdır<sup>117</sup>.

Taraflar arabulucunun tarafsız hakem olabileceğine dair bilinç ve kaygılarına rağmen Arabuluculuk-Tahkim Yolunu seçmişlerse arabuluculuk aşamasında açık sözlü ve samimi bir arabuluculuk faaliyetinden ziyade müstakbel hakemi yargılamaya hazırlanmak için gayret gösterebilir. O zaman da arabuluculuk kendisinden beklenen faydayı sağlayamaz.

Sonuç olarak, arabulucunun hakem olarak görev yapması uyuşmazlığın çözüm maliyetlerini düşürebilse ve tahkim sürecini hızlandırabilse bile bu seçimin hem arabuluculuk sürecini hem de tahkim yargılamasını olumsuz etkileyebileceği unutulmamalıdır.

<sup>114</sup> Krş.: Özbek 52 ff.

<sup>115</sup> Fullerton 32.

<sup>116</sup> Ildır 102.

<sup>117</sup> Tanınmış bir Amerikalı arabulucu olan Martin Teplisky tarafından İmkânsız olduğu da ifade edilmiştir (naklen) Telford 3 ff.

## B. Arabuluculuk Faaliyetindeki Beyan ve Belgelerin Tahkim Yargılamasında Delil Değeri

Arabuluculuk faaliyeti sırasındaki beyanların, arabulucu ve diğer tarafla paylaşılan belgelerin tahkim yargılamasında kabul edilebilir bir delil olup olmayacakları, kanımızca, arabuluculuk faaliyetiyle akabindeki tahkim yargılaması arasındaki en önemli gerilim noktalarından birisidir<sup>118</sup> ve arabulucu ile hakem olarak görev alacak kişilerin farklı olması hâlinde söz konusu olabilir.

Arabuluculuk faaliyetinin amacını, arabuluculuğun HUA.K.m2’de yer alan tanımından hareketle, bir uyuşmazlık baş göstermesi hâlinde uyuşmazlığın taraflarının birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak olarak anlıyoruz. Arabulucu, kimin hukuken haklı olduğuna ilişkin bir yargılama yapmaktan ziyade tarafların kendileri için doğru çözümü bulmalarını sağlamaya çalışılmaktadır. Taraflar, arabuluculuk aşamasında bir çözüm bulabilmek için yargılamada aleyhlerine kullanılacak belgeleri diğer tarafla paylaşabilmeli ve uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tekliflerde bulunabilmelidir. Arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde bu beyan ve belgelerin yargılamada, taraflar aleyhine delil oluşturması ihtimali özellikle milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda tarafların arabuluculuğa başvurmalarını engelleyecek; engellemese bile tarafların arabuluculuk müzakereleri sırasında, ileride aleyhlerine delil teşkil edebilecek beyan ve belgeleri diğer tarafla paylaşmalarına engel olacaktır<sup>119</sup> ki bu durum arabuluculuk faaliyetinin başarı şansını azaltacaktır. HUA.K.m5, bu sorunu ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir.

Kanun, 5. maddede, belgeleri iki ana kategoriye ayırmıştır. Bunlardan ilki, arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerdir. İkinci kategori ise uyuşmazlıkla ilgili vakıaları ispata yarayan delillerdir.

### 1. Arabuluculuk Faaliyeti Sırasında ve Arabuluculuk Nedeniyle Üretilen Belgeler

#### a. Delil Olarak Kullanılmasının Yasak Olması

Kanun 5inci maddesinde bu nitelikteki belgelerin, tahkimde delil olarak ikame edilmesini açıkça yasaklamıştır. Bu belgeler şunlardır:

- a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteğine ilişkin belgeler,
- b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler,

<sup>118</sup> 21 Mayıs 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (2008/52/EC) m. 7: “Arabuluculuğun, gizliliğe uyulacak şekilde yapılmasının amaçlandığı düşünüldüğünde, üye devletler, taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde arabulucuların veya arabuluculuk sürecinin yönetimine katılan kişilerin, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan veya arabuluculuk süreciyle ilgili olan bilgiler hakkında, herhangi bir hukuk veya ceza davasında ya da tahkimde delil göstermeye zorlanamamasını sağlarlar.” (bkz.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>, Erişim Tarihi 24/11/2019)

<sup>119</sup> Özbek 33 ff.

- c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü,  
ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

Kanunun 5inci maddesi yasağın kapsamını oldukça geniş bir şekilde düzenlemiştir. Maddenin 3üncü fıkrası, bu nitelikteki belgelerin, tahkim yargılaması sırasında ikamesi yanında ibrazının talep edilmesini de yasaklamıştır.

Kanunun 5inci maddesinin 4üncü fıkrası, herhangi bir arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin sadece o arabuluculuğu takip eden tahkimde kullanılmasını yasaklamakla yetinmemiştir. Bunun ötesinde, arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgeler arabuluculuğun başarısız olması nedeniyle devam eden yargılama dışında herhangi bir hukuk davası ve tahkimde de delil olarak kullanılamaz. Bu hükümlerle, sadece arabuluculuk konusu uyuşmazlıkla ilgili ve o tarafların açtıkları davalar değil, tarafların başka davalarında hatta üçüncü kişilerin davalarında bu bilgi ve belgelerin kullanılması yasaklanmıştır.

Bu belgelerin davada kullanılmasına ilişkin yasağın istisnası, yine 5inci maddede düzenlenmiştir. Söz konusu bilgiler, bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

Uluslararası Barolar Birliği Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Kaleme Alınmasına İlişkin Kılavuz'unda yer alan örnek çok aşamalı tahkim anlaşmasında, tarafların tahkim öncesi başvuracakları uyuşmazlık çözüm yöntemleri esnasındaki iletişimin, sulh görüşmeleri çerçevesinde yapılmış kabul edilmesi ve yetkili hukukun sulh görüşmelerinin gizliliğini temin için yapılan hukuki düzenlemeler çerçevesinde korunması gerektiğine ilişkin bir ifade bulunmaktadır<sup>120</sup>.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları'nın 6ıncı maddesi, arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgi ve belgelerin tahkim yargılanmasında kullanılmamasını düzenlemiştir. Sadece taraflar ve arabulucu değil üçüncü kişiler de 6ıncı maddede düzenlenen yasağa tabidir. Böylece, arabulucunun, tarafların veya üçüncü kişilerin 6ıncı maddede sayılan belge ve bilgileri tahkimde kullanmaları yasaklanmıştır.

6ıncı maddede sayılan bilgi ve belgeler şunlardır:

1. Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler;
2. Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü;
3. Arabulucunun çözüm önerisi;
4. Taraflardan herhangi birinin arabulucunun çözüm önerisini kabul ettiğini veya edebileceğini belirten beyanı;
5. Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

<sup>120</sup> [https://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_27October\\_2010\\_Arbitration\\_Clauses\\_Guidelines.aspx](https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx) (Erişim Tarihi 28.09.2019)

Bu belge ve bilgilerin tahkimde delil olarak kullanılması açıkça yasaklanmıştır. Hakemler de taraflardan bu belgeleri sunmasını istemeyeceklerdir. Aynı şekilde, taraflar birbirlerinden bu nitelikteki belgeleri ibraz etmelerini isteyemezler ve hakemler bu belgelerin belgeleri yedinde bulunduran tarafça ibrazını emredemez.

### **b. Yasak Belgelerin Tahkimde Delil Olarak Sunulmasının Sonuçları**

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun açıkça yasaklamasına rağmen tarafların bu bilgi ve belgeleri tahkimde delil olarak sunmaları hâlinde dahi hakemler bu belge ve bilgelere dayanarak hüküm tesis edemezler (HUAK.m5(3))<sup>121</sup>.

Yukarıda açıkladığımız belgelerin yasak olmasına rağmen tahkimde delil olarak kullanılmasının ya da kullanılmak istenmesinin sonuçları ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları'nın 6ncı maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, yasak belgeler delil olarak sunulmuş olsa bile hakemler bu belgeleri hükme esas alamaz. Görüldüğü gibi HUAK ve ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları aynı düzenlemeye sahiptir.

ISTAC Kuralları'nda<sup>122</sup>, yasak belgelerin sunan taraf için bir yaptırım olarak yargılama giderlerine mahkûm edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, bir taraf bu yasak belgeleri delil olarak sunmuşsa diğer taraf hakemlerden belgeleri sunan tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilmesini isteyebilir. Bu madde uyarınca, hakemlerin takdir yetkisi vardır ve mutlaka yargılama giderlerinin tamamının o tarafça ödenmesine karar vermek zorunda değildir. Kanımızca, hakemler yargılama giderlerinin kısmen o tarafça ödenmesine ya da talebin reddine de karar verebilirler. Maddede ifade edilen yargılama giderleri, belgelerin delil olarak kullanılmasının neden olduğu yargılama giderleriyle sınırlı değildir. Her türlü yargılama gideri bu madde kapsamındadır.

Hakemlerin bu hükme rağmen arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelere dayanarak hüküm tesis etmeleri, kararın icrasını tehlikeye atabilir. Zira arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelere isnat edilerek verilen bir karar MTK'nın 15inci ve HMK'nın 439uncu maddelerinde sayılan hakem kararının iptali sebeplerinden biri hatta birden fazlası kapsamında iptal sebebi teşkil edebilir. Aynı şekilde, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi<sup>123</sup>'nin V. maddesinde sayılan tenfizi engelleyici sebepler kapsamında yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfizine engel olabilir.

<sup>121</sup> HUAK.m5 (3) Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülen aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. (...)

<sup>122</sup> "Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması ve belgelerin sunulması hakem kurulu tarafından istenemez. Bu bilgi ve belgeler, birinci fıkrada öngörülen aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Hakem kurulu, karşı tarafın talep etmesi üzerine, bu bilgi ve belgeleri sunan tarafı tahkim yargılamasının tüm giderlerini ödemeye mahkûm edebilir."

<sup>123</sup> Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi, Kabul Tarihi: 10.06.1958, RG. 25.09.1991-21002

Öncelikle, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesinin üçüncü fıkrasının yeterince açık olmadığı kanaatindeyiz. Bu yöndeki görüşümüzü değişik ihtimallerle ele almak, sorunun daha iyi ortaya konulmasına katkı sağlayabilir.

Birinci ihtimalde, taraflardan birisi bu belgeleri yargılamada delil olarak ikame etmiş olabilir. Hakemler diğer tarafın itirazı üzerine veya re'sen bu belgelerin kabul edilebilir delil olmadığını belirtip deliller arasından çıkarılmasına karar verebilir (Milletlerarası Tahkimde Delilerin İbrazı Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları.m9(2)). Hakemler belgenin kabul edilebilir bir delil olup olmadığına karar verirken belgeleri incelemeyerek belgenin içeriğine vâkıf olmayabilirler.

ISTAC Arabuluculuk -Tahkim Kuralları'nın 4üncü maddesinde kullanılmak istenilen delilin kullanılmasının 6ıncı madde uyarınca yasak olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması hâlinde hakemlerin belgeyi incelemelerine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Bu fıkraya göre, “arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan bir delilin tahkimde ileri sürülebilen bir delil olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüt veya taraflar arasında bir uyuşmazlık varsa, hakem kurulu ilgili delilin içeriğini incelemeyen bu delilin kabul edilip edilemeyeceği konusunda karar verir. Hakem kurulunun delili incelemeyen bu konuda karar verememesi durumunda, hakem kurulu, delilin kabul edilebilirliği konusunda bir bilirkişiyi beş işgünü içinde görüşünü sunmak üzere görevlendirebilir”.

Uygulamada, hakemler taraflarca dosyaya ibraz edilse bile sunulan delilin kabul edilebilir bir delil olduğunun şüpheli olması hâlinde bu delilleri, örneğin bir zarfın içine koymakta ve belgelerin delil durumları konusunda bir karara varılıncaya kadar belgeleri görmemektedir. Hakemler, bu belgelerin delil olarak kabul edilebilir olup olmadığına karar verebilmek için bile belgeleri incelemekten kaçınabilirler. Zira hakem bir kere içeriğini öğrendikten sonra kararında bu belgenin etkili olup olmadığına vicdanen tam bir kanaat getirmek mümkün olmayabilir. Bu nedenle, hakemler belgelerin delil niteliği konusunda karar verirken belgelerin içeriğini incelemesi ve içeriği hakkında değil ama niteliği hakkında hakemler için bir rapor hazırlamaları için re'sen bilirkişi atayabilirler (Milletlerarası Tahkimde Delilerin İbrazı Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları.m9(4)). Görüldüğü gibi birinci ihtimalde, hakemlerin delil olarak kullanılması HUAK.m5(3) tarafından yasaklanan belgeleri hiç görmedikleri ve karar verirken bu belgelerden etkilenmeyecekleri düşünülebilir.

İkinci ihtimalde ise hakemler bu yasak delilleri incelerler ancak hakem kararında bu belgelere dayanmazlar. Hakem kararı okunduğunda bu yasak delillerin tahkim yargılamasında delil olarak kullanıldıkları anlaşılabilir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesinin lafzına bakılırsa hakem kararında esas alınmadığı sürece bu belgelerin delil olarak sunulmasının kararın sıhhatine ilişkin bir sonucu yoktur. Bu belgelerin sunulduğu hâllerde hakem kararından bu belgelere

dayanılarak karar verildiği anlaşılmadığı sürece hakemler 5inci maddeye uygun davranmış olurlar.

Üçüncü ihtimalde ise arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgeler delil olarak kullanılmış ve hakemler de bu belgeleri delil olarak değerlendirip kararlarını bu belgelere dayandırmışlardır. Kanunun 5inci maddesi bu ihtimali açıkça yasaklamıştır.

Kanunun 5inci maddesi, arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelere erişim imkânına kavuşan hakemlerin bu belgelerin içeriğinden etkilenmelerine rağmen herhangi bir yerde bu etkinin izine rastlanmaması ihtimalini göz ardı etmektedir. Özellikle hakemlerin heyet olarak görev yaptığı hallerde bazı heyet üyeleri bu belgeleri incelemiş ve içeriğinden etkilenmiş olabilir, ancak diğer üyeler belgeleri incelemedikleri gibi hakemlerinden birisinin bu belgeleri incelediğinden de habersiz olabilir.

Kanunun 5inci maddesinin üçüncü fıkrasının zafiyeti, hakemlerin vardığı sonuç ile arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin içeriğine vakıf olmaları arasındaki illiyet bağının, diğer bir ifadeyle hakemlerin bu belgeleri kararlarına esas aldıklarını ispatlanmasının çok zor olmasıdır. Hakemler, örneğin, davacı arabuluculuk faaliyeti sırasında kendisine bu davadaki talebinin yarısının ödenmesini teklif etmiştir o halde talebinin yarısına hükmedilmelidir şeklinde açıkça belirterek karar vermişlerse belgenin karara esas alındığı açıkça görülebilir. Ama hakemler bunu demek yerine, talep sonucunun sadece % 54'ünün davacı tarafından üçüncü kişilere ödendiğine ilişkin ıslak imzalı belge olduğunu geri kalan % 46'nın ödendiğine ilişkin belgelerin ıslak imzalı olmaması nedeniyle talebin sadece % 54'ünü kabul ettiklerini belirtmişlerse ve talep edilen meblağın tamamının ödendiğini ispatlayan diğer delilleri göz ardı etmişlerse hakemlerin arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgeleri kararlarına esas almadıklarından emin olabilir miyiz, farklı bir ifadeyle, kararın iptalini sağlamak için karara esas alındığı ispatlanabilir mi?

Yasak belgelerin karara esas alındığının ispatlanabilmesi hâlinde hakem kararının iptal edilip edilmeyeceği veya tenfizinin reddedilip edilemeyeceği aşağıda incelenecektir.

### **i. Kararın *Lex Arbitri*'nin Emredici Kanunlarının İhlal Edilerek Verilmesi**

MTK'nın 8inci maddesi uyarınca, hakemler MTK'nın emredici hükümlerine uygun bir tahkim yargılaması yürütmek zorundadır. Öncelikle, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesi, Türkiye'nin tahkim yeri olduğu tahkimlerde, tahkim yargılamasında delillerin kabul edilebilirliğini düzenleyen emredici bir usul hukuku hükmü olduğu kanaatindeyiz. Bu itibarla 5inci madde *lex arbitri*'nin

emredici milli ve milletlerarası tahkim kurallarından birisidir. Bu hükmün MTK'da yer almaması hükmün MTK'nın 8inci maddesinin kapsamında emredici bir hüküm olmadığı anlamına gelmez.

İptal başvurusunu yapan taraf, tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması hâlinde, Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu ispat ederse hakem kararı iptal edilebilir (MTKm.15(A)(1) (f)). MTK'nın bu hükümlerinden hareketle, Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesi aykırı şekilde arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelere dayanan ve bu durumun hakem kararının esasına etkili olduğu ispatlanabilen hakem kararları tahkime uygulanan emredici usul hükümlerine aykırı bir karar olarak nitelenebilir ve iptal edilmeleri gündeme gelebilir.

Türkiye'nin taraf olduğu ve yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizini düzenleyen Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınmasına İlişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin tenfiz engellerini düzenleyen V(d) hükmü uyarınca, hakem kararı, tarafların uygulanmaları konusunda anlaştıkları, böyle bir anlaşma yoksa tahkim yerinin tahkime ilişkin usul kuralları ihlal edilerek verilmişse hakem kararının tenfizi reddedilebilir. Böylece, tahkim yerinin Türkiye olmadığı hallerde, hakem kararı, tahkim yerindeki Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesine benzer bir hüküm ihlal edilerek verilmişse hakem kararının tenfizinin reddi gerekebilir.

Ancak usul kuralı ihlalinin kararın iptaline neden ya da tenfize engel olabilmesi için yapılan usul ihlalinin kararın esasına etkili olması gerekir ve bunun ispat yükü de iptali talep eden veya tenfize itiraz eden tarafa ait kabul edilebilir. Ancak buradaki ispat zorluğuna da dikkati çekmek uygun olur.

## ii. Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olması

Arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin tahkim yargılamasında delil olarak kullanılması hâlinde verilen karar, Türk kamu düzenine aykırı olarak mütalaa edilebilir mi? Türk kamu düzenine aykırı olan hakem kararları iptal edilebilir (MTK.m15(A)(2)(b)) ve yabancı hakem kararlarının tenfizi reddedilebilir (New York Sözleşmesi.mV(2)(b)).

Arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin tahkimde delil olarak sunulmaları ve hakemlerin de bu belgeleri yargılama dışında tutmadan verdikleri kararlar Türk kamu düzenine aykırı mıdır sorusunun evet ya da hayır şeklinde verebileceğimiz soyut bir cevabı olmadığını düşünüyoruz.

HMK'nın 188inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar, tarafları bağlamaz. Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesi de aynı ilkenin arabuluculuk faaliyetleri kapsamındaki görünümü

olarak mütalaa edilebilir. Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkamisine İlişin Uluslararası Barolar Birliği Kuralları'nın 9uncu maddesi de sulh görüşmeleriyle ilgili olarak ve uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenmesi amacıyla meydana getirilen belgelerin, yazılı ve sözlü beyanların gizli tutulması gerektiğine ilişkin yasal düzenlemelerin bu sayılanların tahkimde delil olarak kabul edilmelerini engelleyeceğini düzenlemektedir. Görüldüğü gibi sulh görüşmelerinin yargılamadan gizli tutulması temin edilmek istenmektedir.

Taraflar, sulh müzakereleri sırasında meydana getirilen belgelerin ve beyanların tahkimde delil olarak kullanılabilecekleri konusunda anlaşabilirler. Nitekim Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkamisine İlişin Uluslararası Barolar Birliği Kuralları'nın 9(3) maddesi de sulh görüşmelerinin bir parçası olması hasebiyle delil olarak kullanılması yasak belge ve beyanların istifade ettikleri yasal korumadan tarafların feragat etmelerinin mümkün olduğuna ve tarafların bu belge ve beyanları tahkim yargılamasında delil olarak kullanarak yasal korumadan feragat etmeleri hâlinde bu belge ve beyanların tahkimde kabul edilebilir delil olarak mütalaa edilmelerine izin vermektedir. O halde, gerek HMK'nun 188inci maddesi gerek Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesi marifetiyle delil olarak kullanılmaktan korunan belge ve beyanlara sağlanan bu korumadan tarafların kısmen ya da tamamen feragat etmeleri mümkündür. Kısaca, bu belge ve beyanların sahibi olan taraflar bu belgelerden delil olarak yararlanırsa ve diğer taraf da buna itiraz etmezse bu belgeler tahkimde delil olarak kullanılabilirler. Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesinin aksine anlaşmaların geçerli olduğu dikkate alındığında hakem kararının 5inci maddeye aykırı olmasının, kararın kamu düzenine aykırı sayılması için tek başına yeterli olup olmadığı tartışılmalıdır.

Bu konu esas itibariyle, arabulucunun tahkim aşamasında hakem olarak görev yapmasına ilişkin anlaşmaların tarafların arabuluculuk aşamasında ortaya çıkan gizli bilgilerin tahkimde kullanılmasına feragat ettikleri anlamına gelip gelmeyeceği düzleminde tartışılmıştır.

Arabulucunun önce arabulucu sonra hakem olarak görev yapmasının yarattığı en önemli kaygılardan bir tanesi, arabuluculuk aşamasında edinilen ve tahkim aşamasında taraflarca dile getirilmeyen bilgilerin hakem kararını etkilemesi ihtimalidir<sup>124</sup>. Karşılaştırmalı hukukta hakem kararlarının bu nedenle iptal edildiği vakidir.

ABD Ohio Mahkemesi tarafından verilen *Bowden v. Weickert*<sup>125</sup> kararında arabuluculuk aşamasında arabulucuya iletilen bilgilerin tahkim aşamasında kullanılmasının hakemlerin yetkilerini aşmış olmaları nedeniyle iptal sebebi olup olmadığı tartışılmıştır. Mahkeme kararında, arabulucu-hakemin tarafsız davranması

<sup>124</sup> Bkz.: yuk. V.A.3. b.

<sup>125</sup> *Bowden v. Weickert* (2003) Ohio 3223



ve arabuluculuk aşamasında ortaya çıkan gizli bilgileri koruması gerektiği belirtilmiştir. Arabulucu-hakem, kararına sadece tahkim aşamasında sunulan delilleri ve beyanları esas alabilir. Aksi halde hakem yetkisini aşmış olur. Bu durumda, taraflar arabuluculuk aşamasındaki beyanlarının tahkimde esas alınmamasından feragat etmedikçe bu bilgilere dayanan hakem kararı iptal edilmelidir<sup>126</sup>.

Massachusetts mahkemesi tarafından verilen *Town of Clinton v. Geological Services Corp.*<sup>127</sup> kararında, arabuluculuk aşamasında edinilen bilgilerin tahkimde kullanılmasına açıkça muvafakat edilmesi sadece arabuluculuk yoluna başvurulmasının bu süreçte edinilen bilgilerin tahkimde kullanılmasına zımnen de olsa muvafakat edildiği anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir<sup>128</sup>.

ABD mahkemeleri tarafından verilen *U.S. Steel Mining Company v. Wilson Downhole Services*<sup>129</sup> kararında ise tarafların arabuluculuk esnasında diğerinin yokluğunda hakeme sunduğu bilgilerin hakemin kararına esas alınması konusunda taraflar arasındaki anlaşmayı dikkate alarak gizli bilgilerin kararda kullanılmasının iptal sebebi olmayacağı belirtilmiştir<sup>130</sup>.

Hong Kong İstinaf mahkemesi, *Gao Haiyan & Another v. Keeney Holding Ltd & Others*<sup>131</sup> kararında, tarafların arabulucunun ileride hakem olarak görev yapması üzerinde anlaşmaları hâlinde arabulucu-hakemin tarafsız olmadığı gerekçesiyle hakemi reddetmek haklarından feragat ettikleri sonucuna varmışlardır<sup>132</sup>.

*Logan v. Logan*<sup>133</sup> kararında da, hakem kararı, arabuluculuk aşamasında öğrenilen gizli bilgilere istinaden verilmişse ve bu bilgilere dayanılması taraflardan birisinin haklarını önemli ölçüde ihlal ediyorsa hakem kararının iptal edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak mahkeme arabuluculuk aşamasında edinilen bilgilerin ilgili tarafın hakkını esaslı bir şekilde ihlal edildiğinin ispatlanamaması nedeniyle hakem kararını iptal etmemiştir<sup>134</sup>.

Arabulucunun hakem olarak görev yapması nedeniyle verilen kararın tarafsız bir hakem kararı olmadığı ispat ölçüsü de tartışmalı konulardan birisidir. İngiltere ve Hong Kong mahkemeleri, hakemin tarafsız olmamasının gerçek bir risk olduğunun ispatlanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Diğer bir yaklaşım ise tarafsızlığa ilişkin makul bir şüphenin kararın iptal edilmesi için yeterli kabul edilmesidir. Makul bir

<sup>126</sup> Sussman 71; Srikant and Arka 89.

<sup>127</sup> *Town of Clinton v. Geological Servs. Corp.* (2006) 21 Mass. L. Rep. 609

<sup>128</sup> Srikant and Arka 89 ff.

<sup>129</sup> *U.S. Steel Mining Company v. Wilson Downhole Services* (2006) 02:00CV1758 WL2869535

<sup>130</sup> Sussman 72.

<sup>131</sup> *Gao Haiyan and another v. Keeneye Holdings and another* (2011) CACV 79

<sup>132</sup> Srikant and Arka 80 ff.

<sup>133</sup> *Logan v. Logan* (2007) F051606 WL 2994640

<sup>134</sup> Sussman 72.

şüphe (vakıaları bilen üçüncü bir kişinin şüphe duyması), gerçek riskten daha kolay ispat edilebilir. İngiliz mahkemeleri, gerçek bir riskin varlığı hâlinde hakemin tarafsız olmadığı yönünde kararlar vermiştir. Hong Kong mahkemelerinin ilk kararları İngiliz mahkemelerinin yaklaşımıyla aynı olmuştur. Ancak müteakip kararlarda makul bir şüphenin varlığını yeterli görmüşlerdir. Singapur ve Hong Kong mahkemeleri ile aynı yaklaşımı benimsemiştir<sup>135</sup>.

Kararlardan görüldüğü gibi, Arabuluculuk Tahkim Yolunun kararlaştırıldığı ve arabulucunun hakem olarak görev yapması konusunda tarafların anlaştıkları hallerde bu anlaşmanın gizli bilgilerin tahkimde kullanılmasından feragat edildiği anlamına gelip gelmeyeceği tartışılmıştır. Bu tartışma, verilecek cevap ne olursa olsun tarafların arabuluculuk aşamasındaki gizli bilgilerin tahkimde kullanılmasına muvafakat etmelerinin hukuken geçerli kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir. Bu durumda, gizli bilgilerin hakem kararına esas alınması riskinin varlığının hakem kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi için tek başına yeterli olmayacağını söyleyebiliriz.

## 2. Uyuşmazlıkla İlgili Vakıaları İspata Yarayan Deliller

İkinci kategori olarak nitelediğimiz belgeler, arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgeler değildir. Bunlar, vakıalara ilişkin belgelerdir. Örneğin, taraflar arasındaki sözleşmeler, yazışmalar, faturalar gibi iddia edilen vakıaların ispatına hizmet eden ispat araçlarıdır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesi uyarınca iddiaları ispat etmeye yarayan belgeler hem arabuluculuk faaliyeti hem de tahkim yargılaması sırasında kullanılabilir. Bu delillerin arabuluculuk sırasında kullanılması, yargılamada delil olarak kullanılmasına engel değildir.<sup>136</sup> Bu madde kısaca, tarafların iddia ve savunmalarının temelini teşkil eden vakıaları ispata yarayacak belgelerin hem arabuluculukta hem tahkimde delil olarak kullanılabilmesini düzenlemektedir.

İSTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları'nın 6ıncı maddesinin 3üncü fıkrası burada ikinci kategori olarak ifade edilen bilgi ve belgelerin tahkimde delil olarak kullanılmasına ilişkindir. Bu fıkra uyarınca, 6ıncı maddenin birinci fıkrası kapsamında olmayan belgeler, arabuluculuk aşamasında sunulmuş olsalar da tahkim aşamasında kabul edilebilir delil niteliğindedir.

## 3. Arabulucunun Tahkimde Tanık Olması

Yukarıdaki iki başlıkta, arabuluculuk faaliyeti çerçevesindeki müzakerelerde kullanılan belgelerin müteakip tahkimde delil olarak kullanılmasının mümkün olup

<sup>135</sup> Srikant and Arka 90.

<sup>136</sup> Çiğdem Yazıcı Tıktık, 'Arabuluculukta Gizliliğin Korunması' (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2010) 216.

olmadığını tartışmaya çalıştık. Arabulucunun tahkimde hakem olması konusunu ise daha üst başlıkta ele almıştık. Bu başlık altında, arabulucunun müteakip tahkimde tanık olarak ifade vermesine değinilecektir.

Arabulucu müteakip tahkimde tanık olabilir mi sorusuna arabulucunun hangi konuda tanıklık edeceğine göre farklı cevap vermek uygun olabilir.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetiyle ilgili ve bu faaliyet sırasında öğrendikleriyle ilgili olarak tanıklık yapamaz. Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nun 5inci maddesi açıkça arabulucunun tanıklık yapmasını yasaklamıştır

Arabulucu, arabuluculuk vazifesi dışında uyuşmazlıkla ilgili vakıalara da tanık olmuşsa sadece bunlarla sınırlı olarak tanıklık yapmasında bir engel olmadığını düşünüyoruz. Örneğin, arabulucu ayıplı olduğu iddia edilen imalatları yerinde incelemiş ancak bu imalatlar toprak altında kaldıkları için hakemin bunları bizzat inceleme imkânı yoksa arabulucu bu imalatlar hakkında gördükleri konusunda tanık ifadesi verebilmelidir. Arabulucu, bu vakıaları bağımsız ve tarafsız olarak gözlemiştir. Kişisel kanaatini katmadan sadece gördüklerini tanık olarak anlatmasına bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

ISTAC Arabuluculuk-Tahkim Kuralları'nın 6ıncı maddesinin birinci fıkrası tanıklığı arabuluculuk aşamasındaki bilgi ve belgeler hakkından tanıklığı düzenlemektedir. Buna göre taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim yoluna başvurulduğunda maddede sayılan belgeler hakkında<sup>137</sup> tanıklık yapamaz. Böylece arabulucunun tahkimde tanıklık yapması yasaklanmamış, sadece tanıklığın kapsamın daraltılmıştır. Sadece arabulucunun değil, tarafların ve üçüncü kişilerin de kullanılması yasak olan belgeler hakkında tanıklık yapması yasaklanmıştır.

## VI. Sonuç

Yukarıdaki tartışmalarımız sonucunda ulaştığımız tespitlerimizi şu şekilde sıralayabiliriz:

Uyuşmazlık çözüm anlaşmasında tahkim davasına başlamadan önce tarafların arabulucuya başvurmaları ve arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde tahkimde dava açılabilmesine ilişkin bir ön şart ancak kendi menfaatlerini doğru değerlendirebilmek için üçüncü bir kişinin (arabulucunun) yol göstermesine ihtiyaç duyabilecek taraflar arasında tahkime başvurmadan uyuşmazlığın çözülmesinde etkili olabilir. Menfaatlerini doğru değerlendiren taraflar tahkime başvurma kararı

<sup>137</sup> Bu belge ve bilgiler şunlardır:

- Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteğine ilişkin belgeler,
- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler,
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü,
- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

aldıklarında uyuşmazlığın sulhen çözüleceğine dair bütün umutlarını genellikle kaybetmiş olurlar ve uyuşmazlık öncesi alternatif çözüm yollarının öngörülmesi yargılamanın uzamasına ve yargılama masraflarının artmasına neden olabilir.

Çok basamaklı tahkim anlaşmasına rağmen tahkim yargılama sürecinin önceki aşama tüketilmeden başlatılması hâlinde hakemler çok basamaklı tahkim anlaşmasını yorumlamalıdır. Hakemler, arabuluculuk aşamasının tüketilmiş olmasını tahkim anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurmasının bir ön şartı olduğuna kanaat getirirlerse tarafların arabulucuya başvurmaları için tahkim yargılama sürecinin durdurulmasına karar vermeleri ve uyuşmazlık arabuluculuk aşamasında sulhen çözümlenemezse yargılamanın devam etmesi uyuşmazlığın daha hızlı ve az maliyetle çözümlenmesine hizmet eder.

Arabulucu olarak görev yapan kişinin tahkimde hakem olarak görev yapmasının faydaları yanında önemli riskleri de vardır. Uluslararası etik kuralları ve Türkiye'deki etik kuralları, hakemin arabulucu olarak görev yapmasının hakemin tarafsızlığını objektif olarak şüpheli hâle getirdiğini kabul etmişler ve arabulucunun ancak tarafların anlaşması hâlinde hakem olarak görev yapmasına izin vermişlerdir. Tarafların bu konudaki rızaları, arabulucunun hakem olarak görev yapmasının riskleri konusunda bilgili ve bilinçli olmalarını gerektirir.

Arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin tahkimde delil olarak sunulması ve hakemlerin bu bilgi ve belgelere dayanarak hakem kararını vermiş olması hakem kararının iptaline veya tenfizine engel olabilir.

2019 yılının Kasım ayında yayınlanarak yürürlüğe giren İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk – Tahkim Kuralları uygulamanın beklentilerini karşılamak üzere hazırlanmış ve Arabuluculuk-Tahkim kurumunun gelişmesine katkı sağlayacak olması nedeniyle ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin gelişmesine büyük bir katkı sağlayacaktır.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

## Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (4th, Vedat 2016).
- Baril MB and Dickey D, ‘MED-ARB: The Best of Both Worlds or Just A Limited ADR Option’ 1 (<https://www.semanticscholar.org/paper/MED-ARB-%3A-The-Best-of-Both-Worlds-or-Just-A-Limited-/79ffef5650e52059b27d320bd6b1d0081232822d>, Erişim Tarihi 09/09/2019)
- Berkhan İ, *Tahkim ve Arabuluculukta Tarafsızlık İlkesi*, (1st, Aristo 2019)
- Boog C, ‘How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses - Note - 6 June 2007 - Swiss Federal Supreme Court’ 26(1) 2008 ASA Bulletin 111-112
- Born G, *International Commercial Arbitration “Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements”* (2nd Wolters Kluwer Law & Business 2014)
- Bozkurt SB, *Milletleri Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (1st On İki Levha 2016)
- Brian AP, ‘Med-Arb and the Legalisation of Alternative Dispute Resolution’ 2015 20(157) Harv. Negot. L. Rev. 157-203.
- Cheng T, ‘Reflections on Culture in Med-Arb’ 2010 34(9-10) NYLS Legal Studies (SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1574814> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1574814>, Erişim Tarihi: 11/09/2019).
- Ekşi N, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* ( 1st, Beta 2015).
- Ersen Perçin G, ‘Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri’ 2011 31(2) Public and Private International Law Bulletin 177-201.
- Fullerton R ‘The Ethics of Mediation – Arbitration’ 2009 38(5) The Colorado Lawyer 31-38.
- Ildır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (1st, Seçkin 2003)
- Kekeç EK, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (1st Adalet 2011)
- Özbek MS, ‘Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim’ 2017 43(1) Yargıtay Dergisi 15-106.
- Öztürk N, ‘Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış’ 2015 31(2) Batıder 203-256.
- Russel F, *Russel on Arbitration* ( 24th edn, Sweet & Maxwell 2015)
- Sussman E, Edna Sussman, ‘Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process’ 2009 2(1) NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer
- Srikant D and Arka S, ‘Amalgamating The Conciliatory And The Adjudicative: Hybrid Processes And Asian Arbitral Institutions’ 2014 III(1) Indian Journal of Arbitration Law 76-100.
- Stipanowich TJ, Yang, Welsh J, Qiming C, Robinson P, Jinghui T, Guang C, Kichaven J, Madigan D, Hongsong W and Jianhua Z, ‘East Meets West: An International Dialogue on Mediation and Med-Arb in the United States and China’ 2009 2(9) Pepp. Disp.Resol. L.J. 384 (<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol9/iss2/5> Erişimi Tarihi 3/09/2019)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2016.
- Şanlı C, Esen E and Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2018.
- Tan Dehmen M, ‘Tahkim Öncesi Müzakere ya da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmemiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi’ (2011) 25(1-2) MHB 451-472.

- Taşpolat Tuğsavul M, Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2009.
- Telford M E, *Med-arb: a viable dispute resolution alternative* (1st IRC 2000),
- Weisman MC, 'Med -Arb: The Best of Both Worlds' 2013 19(40) Dispute Resolution Magazine 40-41.
- Yarar G, *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk* (1st, On İki Levha 2019)
- Yazıcı Tıktık Ç, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması' (Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi 2010).
- Yeşilirmak A, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (1st, On İki Levha 2011)



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 06.09.2019  
Revizyon Talebi: 20.12.2019  
Son Revizyon Tarihi: 25.12.2019  
Kabul: 26.12.2019

## Sözleşmesel Çerçeve de Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü

Davut Armağan\*

### Öz

Bir borç ilişkisinin borçlu tarafında birden fazla borçlu yer alabilir. Alacaklı karşısında birden fazla borçlunun yer alabildiği hallerden biri de müteselsil borçluluk halidir. Müteselsil borçluluk borç altına giren tarafların iradesinden kaynaklanabileceği gibi, kanunlarda müteselsil borçluluğa ilişkin kabul edilmiş düzenlemelerden de kaynaklanabilir. Borçluların sözleşmesel bir ilişki çerçevesinde alacaklı karşısında müteselsil borçlu olmaları, iradelerini bu yönde ortaya koymaları halinde meydana gelebilir. Öte yandan tarafların bu yönde açık iradeleri olmasa dahi kanun gereği sözleşmesel çerçevede müteselsil borçlu olma gündeme gelebilir. Bütün bu hallerde sözleşmesel olarak alacaklıya karşı borç altına giren müteselsil borçluların edimlerini zamanında ifa etmemeleri mümkündür. Bu durumda müteselsil borçluların temerrüdü söz konusu olur. Müteselsil borçluların temerrüdü bakımından temel kural, bunun şartları ve sonuçlarının her bir borçlu bakımından bağımsız olarak değerlendirilmesidir. Ancak bu temel kuralın istisnaları da bulunmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, sözleşmesel çerçevede meydana gelen müteselsil borçlulukta müteselsil borçlunun/borçluların temerrüdünün gerçekleşme şartlarının neler olduğunun tespiti ve müteselsil borçlulardan birinin, birkaçının veya tamamının temerrüdü halinde bu temerrüdün sonuçlarının neler olduğunun incelenmesidir.

### Anahtar Kelimeler

Müteselsil borçluluk, Müteselsil borçlu, Temerrüt, Sözleşme, Tazminat

### Debtor's Default in Joint Indebtedness which Occurs within A Contractual Framework

#### Abstract

More than one debtor can take part at the debtor side in a debt relationship. One of the situations where more debtor takes part against the creditor is the joint indebtedness. Joint indebtedness can arise from the will of binding parties as well as the regulations regarding joint indebtedness. Becoming joint debtors against a creditor within a framework of contractual relationship can occur when debtors reveal their wills in this direction. Furthermore, becoming joint debtors in a contractual framework can occur also by law, even if joint debtors do not have such will. It is possible that the joint debtors do not perform on time who incurs a contractual debt. In such cases, default of joint debtors is in question. Independent consideration of conditions and results of the default of joint debtors is the main rule. But there are also exceptions about this main rule.

The aim of this work is the determination of the conditions of the default of joint debtor/debtors in joint indebtedness, which occurs within a contractual framework and examination of the results of the default when one, some or all of joint debtors incur in default.

#### Keywords

Joint indebtedness, Joint debtor, Default, Contract, Compensation

\* **Sorumlu Yazar:** Davut Armağan (Arş. Gör., Doktora Öğrencisi) İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk, İstanbul, Türkiye. E-posta: darmagan@medipol.edu.tr  
ORCID: 0000-0001-6322-7120

**Atf:** Armağan D, "Sözleşmesel Çerçeve de Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 617. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0006>

### **Extended Summary**

All debtors are liable for all of the obligations in joint indebtedness. Also, the creditor has the right to claim this from one, some or all of the debtors. Joint indebtedness can arise from the regulations or wills of the parties. The coming together of joint debtors in a contractual framework also can arise from both the regulations and wills of the parties. In all these cases, if joint debtors do not perform on time, then default of joint debtors is mentioned. Obligations of joint debtors are relatively independent from each other. As a result of this, principally action of a joint debtor has effect only on that joint debtor. Accordingly, default of a joint debtor has only effect only on this debtor who is in default. But exceptionally, it is possible that the parties can agree that responsibility of all joint debtors from the results of default of a particular joint debtor.

Obligations of joint debtors can fall due on different dates, and accordingly, default dates can differ when performance times of joint debtors are different from each other. If one of the joint debtors has a right to avoid performance, this prevents this debtor from debtor's default. Notice principally causes the default of the debtor who has received notice. But a contra agreement regarding this is also possible. If there is a situation which makes notice unnecessary for a joint debtor, this debtor falls into default without a notice. The performance of the obligation must be possible for the occurrence of the default. If the object of the performance is impossible in terms of all debtors, all debtors get out of their debts. If the object of performance becomes impossible with a fault of a joint debtor, all joint debtors must be responsible *de lege ferenda*. If one of the joint debtors puts a creditor to creditor's default, other joint debtors also benefit from this situation.

Compensation of delay, which is a general result of debtor's default, can only be demanded from the joint debtor who is in default. If more than one joint debtor falls in default because of their fault, these are jointly responsible for the compensation of delay. Even if one joint debtor who does not fall in default, distinguishes obligation with performance, compensation of delay can still be demanded from the joint debtor who falls in default. If a force majeure or fortuitous events occur during the period of default of one joint debtor, this joint debtor is responsible for this situation. If the same situation occurs during the period of default of more than one joint debtor, these are jointly responsible.

If one of the joint debtors of a pecuniary obligation falls into default, this debtor is obliged to pay interest for the default. If more than one joint debtor falls into default, these are jointly responsible. But at this point, default dates, interest rates and the capital debt have importance. Because according to these elements, the amount of interest for default can differ. Therefore, a distinction must be made during the



consideration of the jointly responsible parts of the debt. If the creditor still has a damage which does not compensate with the interest for default, it can be claimed from the joint debtor who falls into default with fault.

In bilateral contracts the creditor, who wants extra rights to benefit, should give an extra period of time to the joint debtor who falls into default. This time periods must be reasonable for each joint debtor. It can be situations in which the creditor should give an extra period of time to some joint debtors while it is not necessary to give to the others, according to TCO Art. 123. When the creditor makes choice, this has only effect for the joint debtor which this right turns to.

Compensation for damage for non-performance can only be demanded from the joint debtor who falls into default with fault. If other joint debtors who do not fall into default, distinguish the obligation, this compensation cannot be demanded from the debtor who is in default. If more than one joint debtor falls into default with fault, these joint debtors are responsible for the compensation for damage for non-performance of obligation.

Withdrawal from the contract is possible when all joint debtors incur in default. The creditor must declare his withdrawal will to all joint debtors.

## Sözleşmesel Çerçeveve Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü

### I. Giriş

Borç ilişkisi, alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki ilişkiyi ifade etmekte olup alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha fazla alacak hakkının yanı sıra bazı ikincil hak ve borçları içerir<sup>1</sup>. Bu ilişki taraflar arasındaki çeşitli borçların kaynağını oluşturur<sup>2</sup>. Borç ilişkisinde taraf olarak prensip itibarıyla alacaklı ve borçlu olmak üzere iki kişi bulunur<sup>3</sup>. Ancak borç ilişkisinin alacaklı veya borçlu taraflarında birden fazla kişinin bulunması da mümkün olabilir<sup>4</sup>. Diğer bir deyişle bir borçlunun karşısında birden fazla alacaklının bulunması mümkün olabileceği gibi, bir alacaklının karşısında da birden fazla borçlu bulunabilir. Bu son halde belirtilen tarzda borçluluk da kısmi borçluluk, kümülatif borç ilişkisi, elbirliği halinde borç ilişkisi, bölünemeyen borç ve müteselsil borçluluk gibi çeşitli şekillerde meydana gelebilir<sup>5</sup>.

Çalışmamızın konusunu alacaklının karşısında birden fazla borçlunun yer aldığı hallerden biri olan müteselsil borçlulukta, bir sözleşme ile alacaklının karşısında yer alan borçluların temerrüdü ve bunun hukuki sonuçları oluşturmaktadır. Tek bir alacaklının karşısında yer alan tek bir borçlunun, borcunu zamanında ifa etmemesi sonucu temerrüde düşmesi ile birlikte alacaklı borçluya karşı birtakım haklara sahip olur. Bunun gibi alacaklının sözleşme ilişkisi içerisinde bulunduğu ve karşısında müteselsil olarak borçlu bulunan birden fazla kişiden birinin, birkaçının veya hepsinin borcunu zamanında ifa etmeme ihtimalleri mevcuttur. Böyle bir durum ile karşılaşan alacaklının, borçluların tamamını temerrüde düşürüp düşüremeyeceği, hangi haklara

<sup>1</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. baskı, Yetkin 2018) 22. Borç ilişkisi hakkında bilgi için bkz. Necip Kocayusufoğlu and others, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1* (5th edn, Filiz Kitabevi 2010), §2, para. “2ff”; Ali N İnan and Özge Yücel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4th edn, Seçkin 2014) “81ff”; Eren (n 1) “22ff”; İhsan Erdoğan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (3rd edn, Gazi Kitabevi 2017) “15ff”; Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (İÜHF Yayınları 1976) “1ff”; Hüseyin Hatemi and Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4th edn, Vedat Kitapçılık 2017) §2, “para 1ff”.

<sup>2</sup> M. K Oğuzman and M. T Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (16th edn, Vedat Kitapçılık 2018) para. 12; Kocayusufoğlu and others (n 1), §2, para. 4; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz and H. M Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2016), §3, para. “105ff”; Selahattin S Tekinay and others, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz Kitabevi 1993) “5ff”.

<sup>3</sup> Eren (n 1) 1223; Hatemi and Gökyayla (n 1) §36, para. 1; Claire Huguenin, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (2nd edn, Schulthess 2014) N. 2279; Wolfgang Fikentscher and Andreas Heinemann, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (11.th edn, De Gruyter 2017) para. 760; Ernst A Kramer and Thomas Probst, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (2.th edn, Helbing Lichtenhahn 2013) para. 542; Andreas Weiss, *Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung* (Schulthess 2011) 10.

<sup>4</sup> Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1* (Sermet Matbaası 1976) 1024; Eren (n 1) 1223; Erdoğan (n 1) 251; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Beta 2014) 442; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2.th edn, Schulthess 1988) 486; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7th edn, Stämpfli 2016) para. 88.01.

<sup>5</sup> Bu haller ile ilgili olarak ve müteselsil borçluluktan farkları için bkz. M. K Oğuzman and M. T Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2018) para. “1338ff”; Eren (n 1) “1224ff”; H. Oser and W. Schönenberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Madde 110-183* (Şerhin İkinci Basılışının Tercümesi, Adalet Bakanlığı 1950) “900ff”; Bernhard Berger, *Allgemeines Schuldrecht* (3rd edn, Stämpfli 2018) para. “2404ff”; Weiss (n 3) “23ff”. Bu hallere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kadir B Kapancı, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler* (2.th edn, Vedat Kitapçılık 2014) “7ff”.

sahip olduğu ve bu hakları borçluların tamamına karşı kullanıp kullanamayacağı gibi çözümlenmesi gereken bir takım problemler ortaya çıkar.

Çalışmada öncelikle müteselsil borçluluğun tanımı ve özellikleri belirtilecek ve ardından alacaklı karşısında yer alan borçluların hangi durumlarda bir sözleşme çerçevesinde müteselsil olarak borçlu olabileceği ele alınacaktır. Ardından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>6</sup> sistematığı çerçevesinde borçlu temerrüdünün şartları bakımından müteselsil borçluların durumu ele alınacaktır.

## II. Müteselsil Borç İlişkisinin Tanımı, Özellikleri ve Hukuki Niteliği

### A. Müteselsil Borç İlişkisinin Tanımı ve Özellikleri

Müteselsil borç ilişkisi, birden çok borçlunun, bir veya birden çok alacaklıya karşı, edimin tamamından sorumlu bulunduğu ve borçlulardan birinin yahut birkaçının borcu ifası sonucunda, ifa edilen miktar kadar diğerlerinin de borçtan kurtulduğu borç ilişkisine verilen addır<sup>7</sup>. TBK'da müteselsil borçluluk m 162 vd.'da düzenlenmiştir. TBK'da müteselsil borçluluğun açık bir tanımı yapılmış olmasa da müteselsil borçluluğu düzenleyen maddelerde müteselsil borçluluğun unsurlarına yer verilmiştir.

Müteselsil borçluluğun özellikleri ele alındığında ilk olarak belirtilebilecek husus müteselsil borçlulukta her bir borçlunun borcun tamamından sorumlu oluşudur<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> R.G., T. 04.02.2012, S. 27836.

<sup>7</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1339. Benzer tanımlar için bkz. Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk* (AÜHF Yayınları 1971) 35; Eren (n 1) 1228; Selahattin S Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (1956) 30; Tekinay and others (n 2) 285; Feyzi N Fezyioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; C. 2* (2nd edn, İÜHF Yayınları 1977) 302 and 311; Hatemi and Gökyayla (n 1), §36, para. 1; İnan and Yücel (n 1) 544; Murat Canyürek, *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler* (Vedat Kitapçılık 2003) 11; Ali Bozer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2nd edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2007) 294; Ayşenur Şahin Caner, *Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk* (On İki Levha 2017) 12; Hüseyin A Göktürk, *Borçlar Hukuku, Birinci Kısım, Borçların Umumi Hükümleri* (1946) 51; Tuğçomağ (n 4) 1034; Fritz Funk, *Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler* (Üniversite Kitabevi n.d) 210; Hıfzı V Velidedoğlu and Refet. Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)* (Yargıtay Yayınları 1987) 309; Mustafa R Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler; C. 2* (Beta 2003) 1329 and 1330; Çiğdem Kırca, 'Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler', *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Yetkin 2006) 641, 642; Ayşe Arat, 'Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları' (2018) 26(2) SÜHFD 325 326-327; Reisoğlu (n 4) 442; Bruno v Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schultess & Co 1964) 90; Max Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn 1985) 5; Stephan Mazan, 'Art. 143-150 OR' in Andreas Furrer and Anton K Schnyder (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* (3rd edn, Schulthess 2016), Art. 143, para. 2; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4th edn, Stämpfli 2017) para. 75.01; Frédéric Krauskopf, *Art. 143-150 OR, Die Solidarität* (Zürcher Kommentar Obligationenrecht, 3rd edn, Schulthess 2016), Art. 143, para. 2; Thomas Müller, 'Art. 143-150 OR' in Jolanta Kren Kostkiewicz and others (eds), *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht* (3<sup>rd</sup> edn, Orell Füssli 2016) Art. 143, para. 1; Christoph K. Graber, 'Art. 143-150' in Heinrich Honsell, Nedim P Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR* (6<sup>th</sup> edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2015), Art. 143, para. 1.; Andreas von Tuhr and Arnold Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B. II.* (3rd edn, Schulthess 1984) 297; Berger (n 5) para. 2400; Weiss (n 3) 15.

<sup>8</sup> Akıntürk (n 7) 36; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 78; Eren (n 1) 1229; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1345; Tekinay and others (n 2) 285; Ahmet İyımaya, 'Zincirleme Sorumlulardan Yalnızca Biri Aleyhine Açılan Davada 'Zincirleme Sorumluluk Kaydı'nın Yermalması Zorunlu Mudur?' [1995] TBBD 378, 380; Hatemi and Gökyayla (n 1), §36, para. 9; Canyürek (n 7) 13; Ferhat Canbolat, 'Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri: Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirilmesi ile Birlikte' (Yaz

Bu husus TBK m 162’de “Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar” denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak alacaklı dilediği borçluya ifa için başvurabilme imkânına sahiptir<sup>9</sup>. Alacaklı dilediği bir borçludan edimin tamamını talep edebileceği gibi birden fazla borçludan ya da borçluların tamamından da talepte bulunabilir<sup>10</sup>. Bunun yanı sıra alacaklının müteselsil borçlulardan edimin tamamının ifasını isteme zorunluluğu da bulunmayıp, edimin kısmen ifasını istemesi de mümkündür<sup>11</sup>. Bu hususlar da TBK m 163’te “Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir” şeklinde ifade edilmiştir. Borcun tamamen ifasına kadar bütün borçluların sorumluluğu devam ettiği için kısmen ifa halinde kalan kısım için başka bir borçlunun veya bütün borçluların da takibi mümkündür<sup>12</sup>. Kural olarak borç ifa edilmedikçe dava açılması veya ifaya hükmedilmesi müteselsil borcu sona erdirmez<sup>13</sup>. Bu noktada müteselsil borçluluğun arz ettiği bir diğer özellik olan alacaklının tatmin edilmesiyle diğer borçluların alacaklıya karşı borçtan kurtulmasına<sup>14</sup> dikkat edilmelidir. Söz konusu

2008) 66(3) ABD 68, 69; Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (n 7) 6; Şahin Caner (n 7) 46; Senai Olgaç, *Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler* (3rd edn, İsmail Akgün Matbaası 1970) 1041; Lütfü Dalamanlı, Faruk Kazancı and Muharrem Kazancı, *İlimi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu C. 2* (Kazancı 1990) 676; Ekrem Edgü, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler* (İ.İ.T.İ.A Nihat Sayar Yayın ve Yardım Vakfı 1978) 107; Büren (n 7) 94; Schwenzer (n 4) para. 88.18; Alain Gautschi, *Solidarschuld und Ausgleich* (Dike 2009) para. 11; Berger (n 5) para. 2414; Weiss (n 3), 11; Müller (n 7), Art. 144, para. 1; Hans Brox and Walker Wolf-Dietrich, *Allgemeines Schuldrecht* (39th edn, C.H. Beck 2015), §37, para. 8.

<sup>9</sup> Akıntürk (n 7), 38; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1344; Hatemi and Gökyayla (n 1), §36, para. 10; Canyürek (n 7) 13; Tekinay and others (n 2) 285; Ahmet H Dağdelen, *818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül* (On İki Levha 2011) 80; Şahin Caner (n 7) 43; Arat (n 7) 332; Tunçomağ (n 4) 1041; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22nd edn, Turhan 2018) 949; Peter Gauch, Walter R Schlupe and Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, B. 2* (10th edn, Schulthess 2014) para. 3708; Bucher (n 4) 491; Schwenzer (n 4) para. 88.18; Brigitta Kratz, *Obligationenrecht, Solidarität, Art. 143-150 OR* (Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stämpfli 2015), Art. 144, para. 12; Kramer and Probst (n 3) para. 547; Peter Jung, ‘Art. 143-150’ in Heinrich Honsell (ed), *Kurzkommentar OR* (Helbing Lichtenhahn 2014), Art. 144, para. 1; Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht : mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9th edn, Schulthess 2000), §6, para. 17; Hermann Becker, *Berner Kommentar, B. VI, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR* (2nd edn, Stämpfli 1945), Art. 144, para. 1; Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, B. I, Allgemeiner Teil* (14th edn, C.H. Beck 1987) 637. Ayrıca bkz. Dağdelen (n 9) 84.

<sup>10</sup> Bkz. Akıntürk (n 7) 38; Kılıçoğlu (n 9) 949; Oser and Schönenberger (n 5) 907-908; Ferit H Saymen and Halit K Elbir, *Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler C. 2* (İsmail Akgün Matbaası 1958) 784; Hatemi and Gökyayla (n 1), §36, para. 14; İnan and Yücel (n 1) 546; Şahin Caner (n 7) 45; Kapancı (n 5) 143; Bozer (n 7) 296; Edgü (n 8) 107-108; Funk (n 7) 212; Selahattin S Tekinay, ‘Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese’ (1956) 47(7) *Adalet Dergisi* 742, 750; İyimaya (n 8) 380; Mazan (n 7), Art. 143, para. 3; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 3708; Fikentscher and Heinemann (n 3) para. 771; Brox and Walker Wolf-Dietrich (n 8), §37, para. 12; Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 41 ve Art. 144, para. 5; Müller (n 7), Art. 144, para. 1; Graber (n 7), Art. 144, para. 1.

<sup>11</sup> Akıntürk (n 7) 37; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 78; Bucher (n 4) 494; Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 41; Tuhr and Escher (n 7) 305; Müller (n 7), Art. 144, para. 1; Kratz (n 9), Art. 144, para. 16.

<sup>12</sup> Akıntürk (n 7) 39. Ayrıca bkz. Guhl (n 9), §6, para. 17; Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 39; Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (n 7) 8.

<sup>13</sup> Funk (n 7) 212; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 312; Oser and Schönenberger (n 5) 908; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku C. I ve C. 2* (3rd edn, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik 1950) 1012; Turgut Önen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (5th edn, Yargı 1999) 108; Gautschi (n 8) para. 22; Krauskopf (n 7), Art. 144, para. 132. Kararlaştırılması kaydıyla bunun mümkün olduğu yönünde bkz. Funk (n 7) 212; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 312.

<sup>14</sup> Akıntürk (n 7) 40; Canyürek (n 7) 16; Tekinay and others (n 2) 288; İyimaya (n 8) 380; Saymen and Elbir (n 10) 780; Canbolat (n 8) 69; Büren (n 7) 95; Mazan (n 7), Art. 143, para. 2; Koller (n 7) para. 75.96; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 3716; Gautschi (n 8) para. 12 and para. 23; Huguenin (n 3) para. 2297; Guhl (n 9), §6, para. 17; Krauskopf (n 7)

husus da TBK m 163/f. 2’de “*Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder*” ve TBK m 166/ f. 1’de “*Borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur*” şeklinde ifadesini bulmuştur. Alacaklı eğer borçlulardan biri tarafından tatmin edilmiş ise, artık onun diğer borçlulara başvurma imkânı mevcut olmaz<sup>15</sup>. Bunun dışında borçluların kendi içlerinde mevcut borcun ne şekilde taksim edileceğini kararlaştırmalarının, borçluların alacaklı karşısındaki durumları açısından herhangi bir önemi yoktur<sup>16</sup>. Borçlunun alacaklıya karşı kararlaştırılan bu taksimi ileri sürmek suretiyle ifadan kaçınması mümkün değildir<sup>17</sup>.

## B. Müteselsil Borç İlişkisinin Hukuki Niteliği

Müteselsil borçluluğun hukuki niteliği ele alındığında başlıca iki teorinin var olduğu görülür. Bunlardan ilki borcun tekliği teorisi<sup>18</sup> (Einheitstheorie) olarak adlandırılır. Söz konusu teorinin temelinde “borcun konusunda birlik-hukuki bağlarda çokluk” düşüncesi yer alır<sup>19</sup>. Bu teoriye göre, tek bir borç ilişkisi bulunup bu borç ilişkisinin pasif tarafında birden fazla kişi yer alır<sup>20</sup>. Bu teori uyarınca her bir müteselsil borçlu alacaklıya karşı aynı edimi ifa yükümlülüğü altındadır<sup>21</sup>. Teklik görüşündeki hukuki bağlarda çokluk fikrine göre, borçluların borcunun aynı şey olması, alacaklı ile borçlular arasında birden çok bağ kurulmasına engel teşkil etmez ve borçluların taahhütlerinin belirli oranda bağımsızlık arz eder<sup>22</sup>. Buna göre borçlular alacaklıya karşı aynı edimi borçlanmış olsalar da alacaklıya aynı hukuki bağ ile bağlanmayabilirler; borçluların alacaklıya taahhüt ettikleri edim aynı olsa dahi örneğin ifa yeri veya muacceliyet tarihi gibi taahhütlerinin içerikleri farklılaşabilir<sup>23</sup>.

Vorbem. Art. 144-147, para. 2 ve Art. 144, para. 130; Tuhr and Escher (n 7) 309; Berger (n 5) para. 2426; Kramer and Probst (n 3) para. 547; Weiss (n 3) 13-14; Schwenger (n 4) para. 88.24; Müller (n 7), Art. 147, para. 1; Andreas Furrer and Markus Müller-Chen, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (3rd edn, Schulthess 2018) 280; Graber (n 7), Art. 144, para. 7; Jung (n 9), Art. 147, para. 2 Brox and Walker Wolf-Dietrich (n 8), §37, para. 13; Dieter Medicus and Stephan Lorenz, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil* (21st edn, Beck 2015) para. 887.

<sup>15</sup> Eren (n 1) 1230.

<sup>16</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1345; Arat (n 7) 329. Benzer şekilde bkz. Kratz (n 9), Art. 144, para. 13.

<sup>17</sup> Şahin Caner (n 7) 44; Kratz (n 9), Art. 144, para. 16. Bucher (n 4) 491. Ayrıca bkz. Karahasan (n 7) 1331; Weiss (n 3) 13.

<sup>18</sup> Bu teoriyi savunan yazarlar için bkz. Akıntürk (n 7) “48ff”; Kapancı (n 5) 27, fn. 108. Bu teorinin eleştirisi için bkz. Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) “15ff”.

<sup>19</sup> Akıntürk (n 7) 48; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 13; Dağdelen (n 9) 11; Şahin Caner (n 7) 37; Tekinay and others (n 2) 288; Kapancı (n 5) 27, fn. 108.

<sup>20</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1340. Ayrıca bkz. Canyürek (n 7) 11-12.

<sup>21</sup> Akıntürk (n 7) 48; Tekinay and others (n 2) 288; Fezyioğlu (n 7) 308; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 13; Kırcı (n 7) 643, fn. 9. Bu görüşte olmak üzere bkz. Göktürk (n 7) 53.

<sup>22</sup> Bu konuda bilgi için bkz. Akıntürk (n 7) 49.

<sup>23</sup> Dağdelen (n 9) 12. Doktrinde Oğuzman/Öz (Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para 1340) ve Kapancı (Kapancı (n 5) 28), teklik görüşünün kabul edilmesinin sonucunun borçluların tamamen ve her açıdan (örneğin, ifa yeri, ifa zamanı gibi) aynı hükümlere olması olduğunu ifade etmişlerdir. Ayrıca Kapancı teklik görüşünü savunan yazarların, hukuki bağlarda çokluk fikrini kabulü nedeniyle her bir borçlu bakımından koşullarda değişiklik yapılabileceğini ileri sürdükleri için, teklik görüşünün pek çok yerde çokluk görüşünün benzeştiğini, farkın sadece borçlanılan edimin tek olmasından ibaret kaldığını belirtmiştir (Kapancı (n 5) 28, fn. 112).

Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız diğer bir teori ise borcun çokluğu teorisi (Mehrheitstheorie)<sup>24</sup>. Bu görüşe göre müteselsil borç ilişkisinde borçlu sayısı kadar dar anlamda borç bulunur<sup>25</sup>. Bu birden çok borç ilişkisi alacaklı ile her bir müteselsil borçlu arasında ayrı ayrı meydana gelir<sup>26</sup>. Alacaklı ile borçlu arasında meydana gelen bu borç ilişkilerinden her biri, diğerinden az veya çok bağımsız olur<sup>27</sup>. Bu görüşün bir sonucu olarak her bir borçlu, müteselsil bir borç ilişkisi içerisinde farklı hükümlere göre sorumlu olabilir<sup>28</sup>. Örneğin, ifa zamanının bazı borçlular açısından diğerinden daha geç, zamanaşımının bazı borçlular açısından daha kısa olması mümkün olabilir<sup>29</sup>. Bunun gibi bu görüş doğrultusunda taraflar arasındaki edim yükümlülüklerinin aynı olmadığı müteselsil borçların var olduğu da kabul edilir<sup>30</sup>. Bu noktada belirtilmesi gereken diğer bir husus da her ne kadar müteselsil borçlulukta alacaklı ve borçlu arasında ayrı ayrı birden çok borç bulunmakta ise de bu borçların birbirleri ile bağlantı içinde olduklarıdır. Bu bağlantıyı sağlayan da ifa amacındaki aynılıktır<sup>31</sup>. Diğer bir deyişle müteselsil borçluların borçları birbirinden bağımsız ise de her birinin amacı alacaklıya olan borcun ifa edilmesidir.

Başlıca bu iki teörinin dışında Fransız hukuku kaynaklı ve karşılıklı temsil ilişkisi olarak adlandırılabilir teoriye göre, borçlular tarafından yapılan veya borçlulara karşı yapılan bir işlemin diğer borçlulara etki etmesi, borçluların birbirlerini temsil etmesi ile olur<sup>32</sup>. Bu görüşe göre, bir borçlunun yapmış olduğu bir işlem diğer borçlular tarafından da yapılmış kabul edilmekte veya bir borçluya yönelik yapılan bir işlem diğerine karşı da yapılmış kabul edilmektedir<sup>33</sup>.

TBK'nın kabul ettiği sistem ele alındığında da borcun çokluğu teörisinin esas alındığı ifade edilmiştir<sup>34</sup>. TBK m 166/f. 2'de düzenlenen bir müteselsil borçlunun borcunun sona erdiği hallerde diğer borçluların borcunun devam edişi; TBK m 160/f. 2'de düzenlenen müteselsil borçlulardan birinin zamanaşımından feragatinin

<sup>24</sup> Bu teörüyü savunan yazarlar için bkz. Akıntürk (n 7) 59, fn. 76.

<sup>25</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1341; Hatemi and Gökyayla (n 1) §36, para. 5; Canyürek (n 7) 12; Kapancı (n 5) 28; Dağdelen (n 9) 14.

<sup>26</sup> Akıntürk (n 7) 59; İnan and Yücel (n 1) 545; Dağdelen (n 9) 14; Şahin Caner (n 7) 40; Gautschi (n 8) para. 13; Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 6.

<sup>27</sup> Akıntürk (n 7) 59; Canyürek (n 7) 12.

<sup>28</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1341; Hatemi and Gökyayla (n 1), §36, para. 5; Şahin Caner (n 7) 41.

<sup>29</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1341.

<sup>30</sup> ibid para. 1341; Şahin Caner (n 7) 40; Tekinay and others (n 2) 289; Tuhr and Escher (n 7) 298; Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 6.; Müller (n 7), Art. 144, para. 4.

<sup>31</sup> Akıntürk (n 7) 67; Canyürek (n 7) 12; Dağdelen (n 9) 15; Kapancı (n 5) 29; Gautschi (n 8) para. 18; Becker (n 9) Vorbem. Art. 143-150, para. 9. Larenz (n 9) 638. Ayrıca bkz. Tekinay and others (n 2) 289; Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 27; Weiss (n 3) 12-13.

<sup>32</sup> Akıntürk (n 7) 50; Tekinay and others (n 2) 289-290; Kapancı (n 5) 26, fn. 107. Bu teori savunan yazarlar için bkz. Akıntürk (n 7) 50, fn. 50. Bu görüş hakkında bilgi ve eleştirisi için bkz. Tekinay and others (n 2) "289ff"; Akıntürk (n 7) "50ff"; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) "18ff"; Dağdelen (n 9) "12ff"; Feyzioğlu (n 7) 308.

<sup>33</sup> Bkz. Feyzioğlu (n 7) 307.

<sup>34</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1342; Eren (n 1) 1229.

diğer borçlulara etki etmeyişi ve TBK m 164’te defilerin farklı düzenlenişi buna örnek olarak gösterilmiştir<sup>35</sup>. Buna karşın TBK m 155/f. 1’de düzenlenen müteselsil borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımın diğerlerine karşı da kesmesi borç ilişkisinin çokluğu görüşü ile bağdaşmadığı da ifade edilmiştir<sup>36</sup>. Bunun gibi TBK m 164’te düzenlenen borcun konusu ve sebebinden kaynaklanan defilerden bütün borçluların yararlanabileceği hükmü ve TBK m 166/f. 1’de düzenlenmiş olan borçlulardan birinin alacaklıyı tatmin ettiği oranda diğer borçluların da borcunu sona erdireceğine dair hükmün de çokluk görüşü ile değil, teklik görüşü ile uyduğu doktrinde belirtilmiştir<sup>37</sup>.

### III. Müteselsil Borçluların Sözleşmesel Çerçeve de Bir Araya Gelme Şekilleri

#### A. Genel Olarak

Alacaklı ile sözleşme yapmış olan müteselsil borçluların bu sözleşme ilişkisi çerçevesinde temerrüdünden bahsedebilmek için her şeyden önce borçluların bu sözleşme ilişkisi içerisinde müteselsil borçlu olarak yer alması şarttır. Bunun için de TBK’nın müteselsil borçluluğun doğuşuna ilişkin hükümlerinden hangilerinin müteselsil borçluları sözleşmesel çerçeve de bir araya getirmeye elverişli olduğunun ele alınması gerekmektedir.

Müteselsil borçluluğun doğuşuna sebebiyet veren haller TBK m 162’de düzenlenmiştir. TBK m 162/f. 1’de “*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar*” denilmek suretiyle tarafların iradesiyle müteselsil borçluluğun doğabileceği kabul edilmiştir. İlk olarak müteselsil borçluluk hukuki işlem den doğabilecektir<sup>38</sup>. Bu kapsamda müteselsil borçluluk sözleşmeden (müteselsil borçluluğu birlikte kabul etme yoluyla, borca katılma veya sözleşmeye katılma yoluyla) veya tek taraflı hukuki işlem den<sup>39</sup> kaynaklanabilir<sup>40</sup>.

TBK m 162/f. 2’de ise “*Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde doğar*” denilmiş ve böylelikle hukuki işlem dışında bir kanun hükmünün mevcudiyeti halinde de müteselsil borçluluk meydana gelebileceği

<sup>35</sup> Akıntürk (n 7) 64-65; Kırcı (n 7) 644; Şahin Caner (n 7) 42. TBK m 160/f. 2 hükmünü belirtmeksizin aynı yönde bkz. Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1342.

<sup>36</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1342; Şahin Caner (n 7) 42.

<sup>37</sup> Bkz. Şahin Caner (n 7) 42; Akıntürk (n 7) 65.

<sup>38</sup> Bkz. Bozer (n 7) 294; Tunçomağ (n 4) 1036.

<sup>39</sup> Örneğin vasiyet ile müteselsil borçluluğun doğabileceği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. Tunçomağ (n 4) 1040; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 49-50; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1359; Şahin Caner (n 7) 70; Eren (n 1) 1232; Dağdelen (n 9) 22; Becker (n 9), Art. 143, para. 2. Bu halde kanundan doğan bir müteselsil borçluluğun olduğu yönünde bkz. Kratz (n 9), Art. 143, para. 179.

<sup>40</sup> Ayrım için bkz. Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. “1348ff”. Ayrıca bkz. Eren (n 1) “1231ff”; Canyürek (n 7) “18ff”; Kapanıcı (n 5) “49ff”; Kılıçoğlu (n 9) “944ff”; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) “43ff”.

düzenlenmiştir. TBK ve diğer kanunlarda müteselsil borçluluğun kabul edildiği birçok hüküm bulunmaktadır. Ancak bu hükümlerden bazıları sözleşmesel çerçevede müteselsil borçluluğu meydana getirmeye elverişli iken, diğer bazıları ise buna imkân vermez. Örneğin kanundan doğan bir müteselsil borçluluk hali olan TBK m 61 hükmü haksız fiillerdeki sorumluluğa dair olduğundan bu hüküm sözleşmesel çerçevede bir müteselsil borçluluk hali meydana getirmez.

Aşağıda sözleşmeden ve kanundan doğmak suretiyle sözleşme çerçevesinde müteselsil borçluluğa yol açan düzenlemeler değerlendirilecektir<sup>41</sup>.

## B. Sözleşmeden Doğan Müteselsil Borçluluk

### 1. Borçluların Müteselsil Borçluluğu Birlikte Kabulü

TBK m 162/f. 1'e göre "*Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse, müteselsil borçluluk doğar*". Bu hükme göre müteselsil borçluluğun iradi olarak doğabilmesi için borçluların alacaklıya borcun tamamından sorumlu olduğunu bildirmeleri gerekmektedir. Borçlular ve alacaklı arasında sözleşmenin yapıldığı esnada borçluların müteselsil olarak sorumlu olacakları kararlaştırılmış ise müteselsil borçluluk sözleşmeden doğmuş olur<sup>42</sup>. Borçluların müteselsil borç altına girme iradesiyle alacaklının bunun kabulüne ilişkin iradesinin birbirine uygun olması gerekir<sup>43</sup>. TBK m 162/f. 1'de yer alan hüküm alacaklının irade açıklamasına gerek olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır ve bu bakımdan alacaklının kabul iradesi gereklidir<sup>44</sup>. Bu şekilde teselsülün gerçekleşmesi kural olarak bir şekle tabi değildir<sup>45</sup>.

Borçlular müteselsil olarak borç altına girme iradelerini açık olarak beyan edebileceği gibi örtülü bir şekilde de ortaya koyabilirler<sup>46</sup>. Sözleşmenin kurulduğu

<sup>41</sup> Tek taraflı irade beyanı ile sözleşmesel çerçevede müteselsil borçluluğun doğmasının mümkün olmadığı kanaatinde olduğumuzdan bu husus aşağıda ele alınmayacaktır.

<sup>42</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1349. Benzer yönde bkz. Canyürek (n 7) 18; Koller (n 7), para. 75.14; Furrer and Müller-Chen (n 14) 279.

<sup>43</sup> Eren (n 1) 1231; Canyürek (n 7) 19; Gauch, Schlupep and Emmenegger (n 9) para. 3703 Gautschi (n 8) para. 77. Müteselsil borçluluğun varlığını alacaklının ispatlaması gerektiğine dair bkz. Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 89

<sup>44</sup> Kılıçoğlu (n 9) 945; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 310. Ayrıca bkz. Karahasan (n 7) 1331. Alacaklının kabul beyanının açık olması zorunlu değildir, bkz. Kratz (n 9), Art. 143, para. 165.

<sup>45</sup> Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 45; Dağdelen (n 9) 18; Gautschi (n 8) para. 84; Huguenin (n 3) para. 2299; Becker (n 9), Art. 143, para. 1; Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 87; Berger (n 5) para. 2411; Weiss (n 3) 41; Kratz (n 9), Art. 143, para. 182. Kanuni ve iradi şekle tabi sözleşmeler bakımından durumun değerlendirilmesi için bkz. Weiss (n 3) "42ff".

<sup>46</sup> Eren (n 1) 1231; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1351; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 45; Feyzioğlu (n 7) 305; Tekinay and others (n 2) 293; Arsebük (n 13) 1007; Oser and Schönenberger (n 5) 906; Saymen and Elbir (n 10) 778; Akıntürk (n 7) 112; Hatemi and Gökyayla (n 1) §36, para. 7; Kapancı (n 5) 49-50; İnan and Yücel (n 1) 54; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §33, para. 1620; Dağdelen (n 9) 19; Olgaç (n 8) 1037; Reisoğlu (n 4) 443; Karahasan (n 7) 1331; Dalamanlı, Kazancı and Kazancı (n 8) 668; Gauch, Schlupep and Emmenegger (n 9) para. 3703; Bucher (n 4) 493; Gautschi (n 8) para. 84; Huguenin (n 3) para. 2298; Jung (n 9), Art. 143, para. 8. Müteselsil borçluluk iradesinin sözleşmeden açık olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Kılıçoğlu (n 9) 945; Yarg. 23. HD, E. 2014/3645, K. 2014/4312 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/E.T.29.05.2019>).



esnada, durumun arz ettiği özellik ve işin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, borçluların borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiklerini düşünmesi, alacaklı açısından haklı görülebiliyor ise müteselsil borçluluğun doğduğu kabul edilmelidir<sup>47</sup>. Doktrinde bu durumlara, ihaleye birlikte katılan kişilerin birlikte pey sürmeleri<sup>48</sup>, bir karı kocanın birlikte kiraya veren ile kira sözleşmesi yapmaları, birlikte uydu anten satın almaları<sup>49</sup> örnek verilmiştir<sup>50</sup>.

## 2. Borca Katılma ve Sözleşmeye Katılma

Taraflar arasında müteselsil borçluluğun, borçlular tarafından birlikte yapılan aynı işlemde doğma zorunluluğu bulunmaz<sup>51</sup>. Müteselsil borçluluğun, sözleşmenin yapıldığı anda doğması zorunlu olmayıp, daha sonra doğması da mümkündür<sup>52</sup>. Gerçekten TBK m 201’de düzenlenen borca katılma ve TBK m 206’da düzenlenen sözleşmeye katılma müesseseleri ile sözleşmesel çerçevede bir müteselsil borçluluğun meydana gelmesi kabul edilmiştir.

TBK m 201/f. 1’de borca katılmanın tanımı “*Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir*” şeklinde yapılmış ve ardından konumuz açısından önem arz eden husus olan müteselsil borçluluğa ilişkin olan hüküm olan TBK m 201/f. 2’de ise “*Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar*” denilmek suretiyle borca katılmanın müteselsil borçluluğa vücut vereceği açıkça düzenlenmiştir<sup>53</sup>. Borca katılma yoluyla meydana gelen müteselsil borçluluğu, borçluların müteselsil borçluluğu birlikte kabulünden ayıran yönlerinden biri yukarıda da belirtildiği gibi daha sözleşmenin yapıldığı esnada değil, sonradan bir müteselsil borçluluk meydana getirmesidir. Diğer vurgulanması gereken bir fark da borca katılmada müteselsil borç ilişkisinin temelinde iki farklı sözleşmenin var olmasıdır<sup>54</sup>. İlk borçlunun taraf olduğu sözleşme, borcun konusunu oluşturan edimin içeriğinin ve tabii olduğu hükümlerin kaynağını oluşturmakta, katılma sözleşmesi ise ikinci borçlunun edimi müteselsilen üstlenmesinin dayanağını teşkil etmektedir<sup>55</sup>.

<sup>47</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1352; Şahin Caner (n 7) 74.

<sup>48</sup> Eren (n 1) 1231; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 310; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1352 ve orada fn. 169’da belirtilen İsviçre Federal Mahkemesi kararı.

<sup>49</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1352.

<sup>50</sup> Başkaca örnekler için bkz. Krauskopf (n 7), Art. 143, para. 92; Müller (n 7), Art. 143, para. 4; Kratz (n 9), Art. 143, para. 163.

<sup>51</sup> Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 48; Canyürek (n 7) 19-20; Tekinay and others (n 2) 294; Feyzioğlu (n 7) 306; Arsebük (n 13) 1008; Guhl (n 9), §6, para. 10; Tuhr and Escher (n 7) 301.

<sup>52</sup> Eren (n 1) 1231; Akıntürk (n 7) 114; Hatemi and Gökyayla (n 1), §36, para.7; Mazan (n 7), Art. 143, para. 13; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 3705; Huguenin (n 3) para. 2301; Berger (n 5) para. 2410; Weiss (n 3) 47; Schwenzler (n 4) para. 88.16; Kratz (n 9), Art. 143, para. 171; Graber (n 7), Art. 143, para. 5. Benzer şekilde bkz. Gautschi (n 8) para. 113.

<sup>53</sup> Borca katılma konusunda bilgi için bkz. Arsebük (n 13) 1008-1009; Eren (n 1) “1283ff”; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1875; Gamze Turan Başara, ‘Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma’ (2014) 63(2) AÜHF 419 “421ff”.

<sup>54</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1356; Şahin Caner (n 7) 78.

<sup>55</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1356.

Tarafların iradesi ile müteselsil borçluluğun meydana gelmesini sağlayacak bir diğer bir müessese TBK m 206 ile kabul edilen sözleşmeye katılma müessesesidir<sup>56</sup>. 6098 sayılı TBK ile kabul edilmiş olan bu düzenleme ile müteselsil borçluluk meydana gelebilir. TBK m 206'ya göre:

*“Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.-Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. -Sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır”.*

Görüldüğü üzere TBK m 206/f. 1’de sözleşmeye katılmanın tanımı yapılmış, TBK m 206/f. 2’de sözleşmeye katılmada kural olarak müteselsil alacaklı ve borçluluğun söz konusu olacağı hükme bağlanmış, f. 3’te ise sözleşmeye katılmanın şekli düzenlenmiştir. Buna göre taraflar sözleşmeye katılmak üzere TBK m 206/f. 1 uyarınca bir anlaşma yaptıklarında, TBK m 206/f. 2 uyarınca sözleşmeye katılanın ve sözleşmeye katılanın yanında yer aldığı tarafın, aksi kararlaştırılmadığı sürece müteselsil olarak borçlu olması söz konusu olmaktadır. Bu durumda bunların borçlarına ilişkin olarak TBK m 162 vd. yer alan müteselsil borçluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olur<sup>57</sup>.

Sözleşmeye katılmada da tıpkı borca katılmada olduğu gibi<sup>58</sup> sonradan gelen bir müteselsil borçluluk hali söz konusu olup, yine tıpkı borca katılmada olduğu üzere müteselsil borç ilişkisinin temelinde iki farklı sözleşmenin olduğu görülür.

### C. Kanundan Doğan Müteselsil Borçluluk

Müteselsil borçluluk tarafların iradesinden kaynaklanabileceği gibi, kanunda öngörülen hallerde tarafların bu yönde bir iradesi olmasa dahi gerçekleşebilir. TBK m 162/f. 2’de bu husus *“Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar”* denilmek suretiyle açıkça kabul edilmiştir. Böylelikle müteselsil borçluluğun doğabilmesi sadece borçluların iradesine bırakılmamıştır<sup>59</sup>. Ancak müteselsil borçluluk bir hukuki işlem çerçevesinde meydana gelmiyor ise bunu sağlamak için kanunda buna ilişkin bir hüküm var ise söz konusu olur<sup>60</sup>.

Kanun gereği müteselsil borçluluğun doğuşuna ilişkin gerek TBK’da gerekse diğer kanunlarda birçok düzenleme bulunmaktadır. Bu çok sayıdaki düzenleme

<sup>56</sup> Sözleşmeye katılma konusunda bilgi için bkz. Kılıçoğlu (n 9) “1059ff”; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. “1921ff”; Zeynep Bahadır, ‘Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma’ (2013) 17(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 “22ff”.

<sup>57</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1925.

<sup>58</sup> Sözleşmeye katılmanın borca katılmadan farkları için bkz. Kılıçoğlu (n 9) 1060.

<sup>59</sup> Akıntürk (n 7) 119.

<sup>60</sup> Canyürek (n 7) 21. Kanunen teselsülün kabul edilmesinde gözetilmiş olabilecek amaçlar için bkz. Kapancı (n 5) 51.

içerisinde çalışmamız bakımından önem arz edenleri, müteselsil borçluları bir sözleşme çerçevesinde bir araya getirme imkânını sağlayanlardır. Zira kanundan kaynaklanan bir müteselsil borçluluk hallerinden de sözleşmesel temelde olan haller mevcuttur<sup>61</sup>. Bu noktadan hareketle eğer kanundan doğan müteselsil borçluluk halleri, taraflar bakımından alacaklı ile bir sözleşmesel ilişki içerisinde sorumluluklarını gerektirmiyor ise bu durumda kanunen müteselsil borçluluğun kabul edildiği bu durumlar, müteselsil borçluların sözleşmeden doğan borcunun ifasında temerrüdü bakımından bir özellik arz etmez. Örneğin TBK m 61 hükmünde haksız fiilden birden fazla kişinin müteselsil sorumluluğu (borçluluğu) düzenlenmiştir. Ancak kanunen kabul edilen bu müteselsil borçluluk hali alacaklı ile borçlular arasındaki sözleşme ilişkisine dair bir muhtevayı haiz değildir.

Sözleşmesel çerçevede tarafların iradesinin müteselsil borçluluk yönünde olmamasına karşın kanun gereği bu sonucun bağlandığı durumlara örnek olarak çeşitli düzenlemeler gösterilebilir. TBK m 382 hükmü bunlardan biridir. Bu hükme göre “*Bir şeyi birlikte ödünç alanlar, ondan müteselsilen sorumlu olurlar*”. Buna göre TBK m 379 uyarınca birden fazla kişi bir şeyi karşılıksız kullanmak için ödünç almış iseler, ödünç alanların iradesi müteselsil olarak borç altına girmek olmasa dahi, bu sözleşme kapsamında müteselsil olarak borçlu olurlar<sup>62</sup>.

Bu konuda verilebilecek diğer bir örnek TBK m 567 hükmüdür. Bu hükme göre de “*Bir şeyi birlikte saklamak üzere alanlar, müteselsilen sorumlu olurlar*” denilmek suretiyle TBK m 561 uyarınca bir saklama sözleşmesi yapmış olan birden fazla saklayanın müteselsil borçluluğu kabul edilmiştir<sup>63</sup>.

TBK m 638/f. 3’te adi ortaklıklarda kanundan doğan bir müteselsil borçluluk halinin varlığı kabul edilmiştir. Buna göre “*Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar*”. Söz konusu hüküm uyarınca ortaklık ilişkisi çerçevesinde adi ortaklar birlikte veya bir temsilci onlar adına üçüncü bir kişi ile bir sözleşme yapmış ise bu durumda kural olarak alacaklı karşısında adi ortakların müteselsil olarak borçlu olduğu kabul edilmiştir. Adi ortakların müteselsil olarak borçlu olmamasının ancak bunun sözleşme yapılırken kararlaştırılması halinde olacağı fıkra ifade edilmiştir<sup>64</sup>.

TBK m 511 hükmü kanun gereği müteselsil borçluluğun mevcut olduğu diğer bir haldir. Söz konusu hüküm birlikte vekalet verenlerin ve vekillerin sorumluluğuna ilişkindir. TBK m 511/f. 1’de “*Bir kişiye birlikte vekâlet verenler, vekile karşı*

<sup>61</sup> Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4. Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (n 7) 6.

<sup>62</sup> Bkz. Cevdet Yavuz, Faruk Acar and Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10th edn, Beta 2014) 729-730.

<sup>63</sup> Bkz. ibid 1378-1379.

<sup>64</sup> Bilgi için bkz. Oruç H Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2017) “83ff”

*müteselsil olarak sorumludurlar*” denilmek suretiyle vekalet verenler açısından bir müteselsil sorumluluk hali kabul edilmiştir. Benzer şekilde TBK m 511/f. 2’de de durum vekiller açısından “*Vekâleti birlikte üstlenenler, vekâletin ifasından müteselsil olarak sorumludurlar ve yetkilerini başkalarına devir hakları olmadıkça, vekâlet vereni, ancak birlikte yaptıkları fiil ve işlemleriyle borç altına sokabilirler*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere vekalet sözleşmesinin gerek vekalet veren gerekse vekil tarafında birden fazla borçlunun yer aldığı durumlarda bu kişiler müteselsil borçlu olmaktadır<sup>65</sup>.

Bu noktada belirtmek istediğimiz diğer bir sözleşmesel çerçevede müteselsil borçluluğa sebep olabilecek ve kanundan doğan hal de TTK m 7/f. 1, c. 1’de düzenlenen ticari işlerdeki teselsül karinesidir. Bu hükme göre “*İki veya daha fazla kişi, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girerse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar*”. Buna göre taraflar bu noktada sözleşmeyi yaparken aksini kararlaştırmamışlar ise veya müteselsil borçluluğun söz konusu olmayacağını belirten bir hüküm olmadıkça ticari bir işte birden fazla borçlu alacaklıya karşı müteselsil borçlu durumunda olur. Bu noktada tarafların müteselsil borçluluğun doğmaması konusunda bir anlaşma içinde olduklarını ispatlamaları şarttır<sup>66</sup>. Aksi takdirde müteselsil borçluluğun mevcudiyeti kabul edilir.

#### IV. Müteselsil Borçluların Temerrüdünün Şartları

##### A. Genel Olarak

Borçlu temerrüdünün şartları TBK m 117’de belirtilmiştir. İlgili hükme göre “*Muaccel bir borcun borçlusuna, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. - Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşmenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır*”. Maddenin ilk fıkrasından borçlunun temerrüdü ile ilgili olarak çıkarılan sonuçlar borcun muaccel olması ve alacaklının ihtarda bulunmasıdır. Maddenin ikinci fıkrasında ise ihtara gerek olmayan hallere yer verilmiştir.

Temerrüdün şartlarını, borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi; alacaklının ihtarı, borcun ifasının mümkün olması ve alacaklının ifayı kabule hazır

<sup>65</sup> Söz konusu hükümler hakkında bilgi için bkz. Yavuz, Acar and Özen (n 62) 1213-1213 ve 1217-1218.

<sup>66</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1354; Arat (n 7) 328.

olması olarak belirtilebiliriz<sup>67,68</sup>. Ancak buna geçmeden önce konu ile ilgisi bakımından müteselsil borçlulukta borçlunun kendi davranışı ile diğer borçluların durumunu ağırlaştırılmamasına ilişkin TBK m 165 hükmü kısaca ele alınmalıdır. Zira müteselsil borçluların temerrüdü açısından bu hüküm önem arz etmektedir.

Müteselsil borçluların borçları birbirinden bağımsız nitelik arz eder ve buna bağlı olarak borçluların davranışı sadece kendisi bakımından sonuç doğurur<sup>69</sup>. TBK m 165 hükmü de bu bağımsız oluşun sonucu olan bir hükümdür<sup>70</sup>. Bu hüküm uyarınca “*Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz*”. Bu kuraldan ortaya birtakım sonuçlar çıkmaktadır Bunlardan biri, borçlulardan birinin faiz ödemek veya kabul edilen faizin miktarını yükseltmek, ceza koşulu ödemek, vadeyi öne almak gibi konularda alacaklı ile anlaşması halinde bunun diğer borçluları bağlamamasıdır<sup>71</sup>. Bu şekilde kendisi bakımından ağırlaştırdığı bir borcu ifa eden müteselsil borçlunun bu ağırlaşan kısım için diğer müteselsil borçlulara rücu imkânı bulunmaz<sup>72</sup>. Diğer bir sonuç, borçlulardan biri eğer ortak bir savunmayı yapmayıp, hakkında açılan davanın kaybına sebebiyet vermesi buna bağlı olarak ödeme yapma zorunda kalması durumundan diğer borçluların bundan etkilenmemesidir<sup>73</sup>. Bir diğer sonuç ise borçlulardan birinin borcu ihlal etmesinden sorumluluğun da ihlali yapan borçluya ait olması, diğer borçluları etkilememesidir<sup>74</sup>. Yine bu son kuraldan çıkan ve konumuz açısından önemli olan husus, borçlunun temerrüdü ve sonuçları da her bir borçlu için birbirinden bağımsız ve ayrı sonuç doğurmasıdır<sup>75</sup>.

<sup>67</sup> Bu ayırım için bkz. Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. “1501ff”. Oğuzman/Öz, borçlu temerrüdünde kusurun rolünü de temerrüdün şartları başlığı altında ele almış, ancak yazarlar kusurun öneminin temerrüde düşmek bakımından değil, temerrüdün bazı sonuçları açısından önemli olduğunu ifade etmişlerdir, Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1533. Benzer şekilde bkz. Tekinay and others (n 2) 919. Biz de Oğuzman/Öz’ün temerrütte kusurun etkisi konusundaki fikrine iştirak etmekle beraber, sistematik olarak karışıklığa yol açmamak gayesiyle çalışmamızda temerrüdün şartları arasında yer vermedik.

<sup>68</sup> Doktrinde yapılan başkaca tasnifler için bkz. Eren (n 1) “1120ff”; Kılıçoğlu (n 9) “875ff”; Tekinay and others (n 2) “911ff”; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. “2657ff”.; Schwenger (n 4), para. “65.01ff”; Max Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (3rd edn, Helbing Lichtenhahn 1988) “265ff”.

<sup>69</sup> Eren (n 1) 1236; Hatemi and Gökyayla (n 1), §36, para.24. Ayrıca bkz. Oser and Schönenberger (n 5) 910; Mazan (n 7), Art. 146, para. 1; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9), para. 3724.

<sup>70</sup> Tunçomağ (n 4) 1046; Arsebük (n 13) 1014. Ayrıca bkz. Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 1; Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (n 7) 11.

<sup>71</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1395; Eren (n 1) 1236. Ayrıca bkz. Kapancı (n 5) 153; Hatemi and Gökyayla (n 1), §36, para. 24; Tunçomağ (n 4) 1046; Reisoğlu (n 4) 445; Dalamanlı, Kazancı and Kazancı (n 8) 683; Büren (n 7) 96; Mazan (n 7), Art. 146, para. 2; Gautschi (n 8) para. 15; Huguenin (n 3) para. 2305; Guhl (n 9), §6, para. 19; Tuhr and Escher (n 7) 306-307; Kramer and Probst (n 3) para. 547; Schwenger (n 4) para. 88.21; Müller (n 7), Art. 146, para. 1; Kratz (n 9), Art. 146, para. 37; Graber (n 7), Art. 146, para. 1; Jung (n 9), Art. 146, para. 1.

<sup>72</sup> Kapancı (n 5) 154; Erdoğan (n 1) 254; Olgaç (n 8) 1047; Göktürk (n 7) 55.

<sup>73</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1394.

<sup>74</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1396; Tekinay and others (n 2) 310-311; Koller (n 7), para. 75.56.

<sup>75</sup> Eren (n 1) 1236; Tunçomağ (n 4) 1046. Ayrıca bkz. Şahin Caner (n 7) 244; Kapancı (n 5) 158; Fulya Ertüle, ‘Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması’ (2003) 7(1-2) AÜEHFD 629, 641; Göktürk (n 7) 55; Funk (n 7) 214; Tekinay, ‘Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese’ (n 10) 747; Saymen and Elbir (n 10) 786; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 313-314; Arsebük (n 13) 1015; Mazan (n 7), Art. 146, para. 4; Bucher (n 4) 494-495;

Müteselsil bir borçlunun diğerinin durumunu ağırlaştıramayacağı kuralı mutlak bir kural değildir. Nitekim TBK m 165’te bu kuralın aksinin kanunda yer almasının mümkün olduğu veya taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Buna göre örneğin müteselsil borçlular, aralarından birinin borcu ihlali halinde söz konusu olacak tazminat borcu bakımından müteselsil sorumluluğu kabul edebilirler<sup>76</sup>. Yine eğer taraflar aksini kararlaştırmışlar ise bir borçlunun temerrüdünün sonuçlarından diğer bütün borçluların da müteselsil olarak sorumlu olmaları mümkün olur<sup>77</sup>.

Burada son olarak bahsedilmesi gereken husus alacaklının da tek bir müteselsil borçluya yönelen fiilinin diğerleri açısından bir etkisinin olmamasıdır<sup>78</sup>. Örneğin borçluya karşı yapılan muacceliyete ilişkin ihtarı sadece onun açısından sonuç doğurur ve diğer borçları muaccel kılmaz<sup>79</sup>. Bunun gibi borçluların tamamının borcu muaccel olmuş olsa bile, borçlulardan sadece birine yapılan temerrüt ihtarı, sadece o borçluyu temerrüde düşürür<sup>80</sup>. Kanaatimizce bu husus da mutlak olarak kabul edilmemelidir. TBK m 165 hükmünün kıyasen burada uygulanması mümkün olmalıdır. Buna göre taraflar sözleşme yapılırken eğer bunun aksini kararlaştırmışlar ise bu durumda alacaklının tek bir borçluya karşı yönelen davranışının diğerlerine karşı da sonuç doğurmasını da kararlaştırılabilmelidir.

## B. Borcun Muaccel Olmasına Rağmen İfa Edilmemesi

TBK m 117’de “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer*” denilmek suretiyle temerrüdün gerçekleşmesi için borcun muaccel olması gerektiği ifade edilmiştir.

Taraflar arasında borç vadeye bağlanmış ise bu borcun muaccel olması için vadenin gelmesi gerekir<sup>81</sup>. Taraflar arasında bir vade kararlaştırılmamış ise TBK m 90 hükmü gereği borç doğduğu anda muaccel olur<sup>82</sup>. Müteselsil borçlulukta, müteselsil borçluların

Gautschi (n 8) para. 14; Furrer and Müller-Chen (n 14) 280; Berger (n 5) para. 2424; Müller (n 7), Art. 146, para. 1; Kratz (n 9), Art. 146, para. 24 ve para. 33; Graber (n 7), Art. 146, para. 2. Alman hukukunda bu konu BGB §425’te bir hüküm yer almaktadır. Buna göre aksi borç ilişkisinden anlaşılmadıkça temerrüdün sadece ilgili kişiyi etkileyeceği kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. Fikentscher and Heinemann (n 3) para. 775; Brox and Walker Wolf-Dietrich (n 8), §37, para. 14; Larenz (n 9) 639; Medicus and Lorenz (n 14) para. 895. Doktrinde Tekinay genel prensibin bu olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmekle birlikte, borçluların iç ilişkisi veya alacaklıya buldukları taahhüt gereğince, ifa için gerekli işleri birlikte yapmaları gerekiyorsa ya da birbirlerini gözetmeleri gerekiyorsa bu halde tarafların birinin kusuru ile veya temerrüt halinde meydana gelen zarar ve hasardan diğer borçluların sorumluluklarının da devam edeceğini ifade etmektedir. bkz. Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 128-129.

<sup>76</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1398.

<sup>77</sup> Funk (n 7) 214.

<sup>78</sup> Eren (n 1) 1237; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1399; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 5. Ayrıca bkz. Koller (n 7), para. 75.57; Kratz (n 9), Art. 146, para. 10.

<sup>79</sup> Eren (n 1) 1237.

<sup>80</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (n 5) para. 1400.

<sup>81</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 996; Halil Akkanat, ‘İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü’, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan* (Beta 2000) 10.

<sup>82</sup> Söz konusu borcun doğumu anının dürüstlük kuralı ışığında yorumlanması gerekir ve bu kurala göre borçluya ifa için gereken zaman tanınmalıdır. Bkz. Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1004; Eren (n 1) 974; Tekinay and others (n 2) 801; Tuhr and Escher (n 7) 50-51; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 214. Benzer şekilde bkz. Bucher (n 4) 306.

borçları birbirinden bağımsız nitelikte olduğu için bu borçların muacceliyet ve temerrüt tarihleri birbirinden farklı olabilir<sup>83</sup>. Buna göre çeşitli ayrımlar söz konusu olabilir. Alacaklının müteselsil borçlular ile yapmış olduğu sözleşmede herhangi bir ifa zamanı kararlaştırılmamış olabilir. Bu durumda genel kural uygulama alanı bulur ve TBK m 90 uyarınca bütün borçluların borcu borcun doğumu anında, sözleşmeler açısından sözleşmenin yapılması ile muaccel olur. İkinci ihtimal ise alacaklının müteselsil borçluların her biri ile farklı bir ifa zamanının kararlaştırılmış olmasıdır. Bu durumda da her bir müteselsil borçlu açısından ifa zamanı geldiğinde onun borcunun muaccel olduğundan bahsedilir. Üçüncü ihtimal ise alacaklının borçluların bazıları ile bir ifa zamanının kararlaştırılması, bazıları ile ise böyle bir kararlaştırmada bulunmamış olmasıdır. Bu durumda ise ifa zamanı kararlaştırılmış bulunan müteselsil borçluların borcu belirlenen vade geldiğinde, kararlaştırılmamış olan müteselsil borçluların borcu ise kural olarak sözleşmenin yapılması ile muaccel olur.

Temerrüdün gerçekleşebilmesi için borcun muaccel olmasının yanında, borçluların muacceliyete karşın borcu ifa etmemiş olması da gerekir. Ancak muacceliyete karşın alacaklının ifa talebine karşın borçlunun kullanabileceği bir defî hakkı mevcut ise bu defînin kullanımı temerrüdü engeller<sup>84</sup>. Müteselsil borçlulardan birinin alacaklıya karşın örneğin zamanaşımı defî gibi bir defî ileri sürme imkânı var ve bunu da ileri sürmüş ise bu durum onun temerrüdüne engel olur<sup>85</sup>. Benzer şekilde borçlunun alacaklıya karşın ödemezlik defî<sup>86</sup> ileri sürmesi de temerrüde düşmesini engeller<sup>87</sup>.

Burada ele alınabilecek bir husus da alacaklının müteselsil borçlularla yaptığı tecil anlaşmasının etkisinin ne olacağıdır. Tecil anlaşması sözleşmenin kurulmasından sonra bir borcun vadeye bağlanmasına veya mevcut vadenin uzatılmasına dair anlaşmadır<sup>88</sup>. Bu anlaşma sonucunda alacaklının bu tecil süresi boyunca alacağını talep etmesi mümkün olmaz<sup>89</sup>. Alacaklının müteselsil borçlulardan biri ile veya bazıları ile tecil anlaşması yapmasının diğer borçluların durumunu kötüleştirdiğinden bahsedilebilecek ve alacaklının sorumluluğuna yol açabilecek midir? Zira TBK m 168/f. 2’de alacaklının borçlulardan birinin durumunu diğerlerinin zararına iyileştirmesi halinde bunun sonuçlarına katlanacağı düzenlenmiştir.

<sup>83</sup> Şahin Caner (n 7) 244. Muacceliyet tarihi bakımından aynı yönde bkz. Tekinay, ‘Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese’ (n 10) 748; Erlüle (n 75) 641; Funk (n 7) 212.

<sup>84</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1504. Ancak sadece defî ileri sürme olanağının varlığı muacceliyeti (ve dolayısıyla temerrüdü) engellemez. Bunun ileri sürülmesi de gerekir. Bkz. Tunçoğlu (n 4) 905; Feyzioğlu (n 7) 231; Reisoğlu (n 4) 369; Akkanat (n 81) 43; Tuhr and Escher (n 7) 136; Cüneyt Pekmez, *Borcun İfa Edilmediği Defî (Ödemezlik Defî)* (On İki Levha 2019) 422. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Pekmez (n 84) “410ff”; Salamon Kaniti, *Akân İfa Edilmediği Defî* (İÜHF Yayınları 1962) 154-155.

<sup>85</sup> Zamanaşımı defî hakkında bilgi için bkz. Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (1st edn, On İki Levha 2010) “350ff”; Meliha S Paksoy, *Zamanaşımından Feragat (TBK 160)* (1st edn, On İki Levha 2012), “36ff”.

<sup>86</sup> Ödemezlik defî hakkında bilgi için bkz. Kaniti (n 84) “4ff”; Pekmez (n 84) “5ff”.

<sup>87</sup> Bkz. Kaniti (n 84) 155.

<sup>88</sup> Bkz. Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1006; Akkanat (n 81) 11. Bilgi için bkz. Melek B Yüce, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (Vedat Kitapçılık 2015) “256ff”.

<sup>89</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1007. Bu anlaşmanın başkaca sonuçları için bkz. Yüce (n 88) “263ff”.

Gerçekten de alacaklı müteselsil bir borçlu ile bir tecil anlaşması yaptığında, onun durumunu iyileştirmektedir. Bunu, o kişiye borcunu ifa etme konusunda fırsat tanımak ve özellikle temerrüde düşmesini önleyerek temerrüdün olumsuz sonuçlarından onu korumak suretiyle yapmaktadır. Ancak bu noktada bakılması gereken ikinci unsur TBK m 168/f. 2’de belirtilen bu iyileştirmenin diğer müteselsil borçluların zararına olup olmadığıdır. Zira her ne kadar müteselsil borçlunun durumu iyileştirilmiş olsa da diğer borçlular bundan olumsuz etkilenmiyor ise bu durumda alacaklının sorumluluğundan bahsedilemez. Her bir borçlunun borcun tamamını ödemekle yükümlü olduğu müteselsil borçlulukta borçluların zarar gördüğünden, ancak borcun ifasından sonra bunların rücu imkânının ortadan kalkması veya azalması halinde bahsedilebilir<sup>90</sup>. Bu da alacaklı tarafından bir borçlu tarafından verilen kefalet veya rehin gibi teminatların kaldırılması halinde, ifa eden borçlunun halefiyet gereği bu imkânlardan yararlanamaması durumunda söz konusu olur<sup>91</sup>. Ancak tecil anlaşmasında bu şekilde bir durum ile karşılaşılmaz. Tecil anlaşması yapıldığında söz konusu olan müteselsil borçlunun borcunun muacceliyetinin bir süre daha ertelenmesi söz konusudur. Muacceliyet her ne kadar ertelenmiş olsa da borçlu halen borcun tamamından sorumludur. Diğer bir müteselsil borçlu kendi borcu muaccel olduğu için ifade bulunur ise sonrasında yine tecil anlaşmasını yapmış olan borçluya da rücu edebilir. Bu noktada diğer borçluların bir zararının varlığından bahsedilemez<sup>92</sup>.

Aksine bazı durumlarda ise yapılan alacaklının müteselsil borçlulardan biri ile yapmış olduğu tecil anlaşmasının diğer müteselsil borçluların yararına olması mümkündür. Şöyle ki, yukarıda da belirtildiği üzere<sup>93</sup> TBK m 165 hükmü çerçevesinde borçlulardan birinin temerrüdünün sonuçlarından diğer borçluların da müteselsil olarak sorumlu olacaklarını tarafların kararlaştırmaları mümkündür. Böyle bir durumda müteselsil borçlulardan birinin alacaklı ile bir tecil anlaşması yapmak suretiyle temerrüde düşmekten kurtulması, bazı durumlarda diğer borçluları bu anlaşma yapılmasaydı düşülecek temerrüdün gerçekleşecek olumsuz sonuçlarından da kurtarabilir. Örneğin, müteselsil borçlulardan biri alacaklı ile yapmış olduğu tecil anlaşması ile borcunun ifa zamanını üç ay ileriye atmış olsun. Bu halde tecil anlaşması yapılmasa idi bu borçlunun üç ay sonra temerrüde düşmesi ile, başlangıçta yapılan ve temerrüdün gerçekleşmesi halinde diğer müteselsil borçluların da tek bir borçlunun temerrüdünün sonuçlarından da sorumlu olacaklarına dair önceden yapılan anlaşma gereğince, sorumluluklarının meydana gelmesi söz konusu olacaktı. Ancak söz konusu borçlunun alacaklı ile yapmış olduğu tecil anlaşması gereğince temerrüde düşmekten kurtulması, dolaylı olarak diğer müteselsil borçluların da yararına sonuçlar meydana getirmiş olur.

<sup>90</sup> Canyürek (n 7) 34; Şahin Caner (n 7) 201; Akıntürk (n 7) 159-160; Tekinay and others (n 2) 321; Arat (n 7) 337.

<sup>91</sup> Canyürek (n 7) 34.

<sup>92</sup> Müteselsil borçlulardan biri ile tecil anlaşması yapılmasının ardından, borcu daha önce muaccel olan ve temerrüde düşen diğer müteselsil borçlunun temerrüdü nedeniyle gecikme tazminatı ödemek zorunda kalmasının, alacaklının borçlunun durumunu ağırlaştırması olarak anlaşılıp anlaşılmayacağı hususunda bkz. fn. 138.

<sup>93</sup> Bkz. IV. A.



### C. Alacaklının İhtarı

Borcun muaccel olması üzerine alacaklı kendiliğinden temerrüde düşmez TBK m 117’de de belirtildiği üzere temerrüt sonucunun gerçekleşebilmesi için alacaklının kural olarak borçluya ihtarda bulunması gerekir. İhtar borçluya yöneltilen bir irade beyanı olup, alacaklı bununla borçludan borcun ifasını ister<sup>94</sup>. İhtar hukuki işlem benzeri bir fiil teşkil eder<sup>95</sup>. Zira borçlunun ihtarı teşkil eden beyanda bulunduğu esnada borçluyu temerrüde düşürme isteğinin olup olmadığı önem arz etmez<sup>96</sup>. Bunun dışında kural olarak ihtar herhangi bir şekil şartına bağlı değildir<sup>97</sup>. Ancak tacirler arasında temerrüde düşürmeye ilişkin ihtarların TTK m 18/f. 3 uyarınca noter aracılığı ile, taahhütlü mektup ile, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi kullanılarak yapılması gerekir<sup>98</sup>.

TBK m 117/f. 2’de belirtilen bazı durumlarda sözleşmeler açısından ihtarla gerek olmaksızın temerrüt gerçekleşir. Buna göre, borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş ise veya sözleşmede saklı tutulan bir hak uyarınca sözleşme taraflarından biri tarafından usulüne uygun bir bildirim sonucunda belirlenmişse, temerrüdün gerçekleşmesi için ihtarla gerek yoktur. Bunun yanı sıra dürüstlük kuralı gereğince bir ihtarın yapılması beklenemeyecek ise bu durumda da temerrüdün ihtarsız olarak gerçekleşeceği kabul edilmektedir<sup>99</sup>. Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açık bir şekilde beyan etmesi<sup>100</sup> veya ifayı gerçekleştirme gerektiği zamanı alacaklının değil de borçlunun bilmesi<sup>101</sup> halleri böyledir.

<sup>94</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1508; Tunçomağ (n 4) 906; Eren (n 1) 1121; Büren (n 7) 367; Tuhr and Escher (n 7) 136; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 266.

<sup>95</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1508; Hatemi and Gökyayla (n 1), §26, para. 61; Kılıçoğlu (n 9) 876; Eren (n 1) 1121; Kocayusufpaşaoğlu and others (n 1), §9, para. 6; İnan and Yücel (n 1) 618; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1283; Tekinay and others (n 2) 914; Akkanat (n 81) 21; Tuhr and Escher (n 7) 136; Schwenger (n 4) para. 65.08; Bucher (n 4) 358; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 266.

<sup>96</sup> Hatemi and Gökyayla (n 1), §26, para. 61; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1508; Kocayusufpaşaoğlu and others (n 1), §9, para. 6; Tuhr and Escher (n 7) 136.

<sup>97</sup> Kılıçoğlu (n 9) 876; Tunçomağ (n 4) 906; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1512; İnan and Yücel (n 1) 618; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1283; Erdoğan (n 1) 219; Göktürk (n 7) 261; Feyzioğlu (n 7) 232; Saymen and Elbir (n 10) 737; Eren (n 1) 1122; Akkanat (n 81) 26-27; Tuhr and Escher (n 7) 136; Tekinay and others (n 2) 914; Edgü (n 8) 139; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 2704; Furrer and Müller-Chen (n 14) 599; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 266.

<sup>98</sup> Bu hükümdede öngörülen şekil şartının niteliği hususundaki tartışmalar için bkz. Tülay Aydın Ünver, ‘Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği’, *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan* (Der 2015) “861ff”. Şekil şartına ilişkin olarak kabul edilen hukuki niteliğin sonuçlarının ne olacağı hususunda bilgi için bkz. Nil Karabağ Bulut, ‘Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik Veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar’, *Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan* (Der 2015) “231ff”.

<sup>99</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1525; Tekinay and others (n 2) 918; Akkanat (n 81) 37.

<sup>100</sup> Tekinay and others (n 2) 918; Tunçomağ (n 4) 911; Göktürk (n 7) 261; Eren (n 1) 1125; Kılıçoğlu (n 9) 881; İnan and Yücel (n 1) 620; Akkanat (n 81) 39; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1286; Erdoğan (n 1) 220; Edgü (n 8) 139; Feyzioğlu (n 7) 237-238; Tuhr and Escher (n 7) 141; Kramer and Probst (n 3) para. 491.

<sup>101</sup> Tunçomağ (n 4) 911; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1525; Tekinay and others (n 2) 918; Feyzioğlu (n 7) 238; İnan and Yücel (n 1) 619; Akkanat (n 81) 37; Tuhr and Escher (n 7) 140.

Müteselsil borçlular açısından söz konusu olan genel kural burada da geçerli olacaktır. Diğer bir ifade ile alacaklının ihtarı kural olarak kendisine ihtarda bulunulan borçlu açısından hüküm ifade eder<sup>102</sup>. Ancak alacaklı ile müteselsil borçlular arasında yapılan sözleşmede alacaklının yapacağı ihtarın diğerleri için de sonuç doğuracağı kararlaştırılmış ise borçlulardan birine yapılan ihtar diğer müteselsil borçluları da temerrüde düşürür. Kendisine ihtarda bulunulan müteselsil borçluya, diğer borçlular tarafından kendileri için de ihtara muhatap olma yetkisi verilmişse bu durumda da bu borçluya yapılan ihtar diğerlerini de temerrüde düşürür<sup>103</sup>.

Alacaklı ile borçlu arasında müteselsil borç ilişkisini oluşturan sözleşmede TBK m 117’de belirtilen ihtara gerek olmayan ve doktrinde dürüstlük kuralı gereği ihtar aranmayan hallerden birisi söz konusu olmadıkça alacaklının her bir müteselsil borçluya ihtarda bulunması gerekir<sup>104</sup>.

Müteselsil borçluların tümü açısından TBK m 117/f. 2 uyarınca sözleşmede bir vade kararlaştırılmış ise bu durumda söz konusu vadenin gelmesi ile bütün müteselsil borçlular ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer.

Her bir müteselsil borçlu için borcun muaccel olacağı zaman farklılaşabileceğinden, böyle hallerde ihtarın yapıldığı tarihler de farklılık arz edebilir<sup>105</sup>. Hal böyle olunca da müteselsil borçluların temerrüt tarihleri de farklılaşmış olur.

Müteselsil borçlulardan bazıları açısından bir vade kararlaştırılmış olup, diğer bazıları açısından ise bu şekilde bir kararlaştırma bulunmayabilir. Bu durumda nezdinde bir vade kararlaştırılmış olan müteselsil borçlular ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecek iken, diğerleri açısından temerrüdün gerçekleşebilmesi için ihtara gerek duyulur.

Müteselsil borçlular açısından ihtar gereken hallerde müteselsil borçlulara ihtarın yapılması kural olarak şekle bağlı olmaz. Ancak müteselsil borçlulardan biri, birkaçı veya tamamı tacir olup aynı zamanda alacaklı da tacir ise, tacir olan alacaklının, tacir sıfatını haiz müteselsil borçluları temerrüde düşürebilmesi için temerrüt ihtarını, TTK m 18/f. 3’te kabul edilen yollardan biriyle yapması gerekir.

<sup>102</sup> Canyürek (n 7) 41; Funk (n 7) 214; Tunçomağ (n 4) 1034; Feyzioğlu (n 7) 321, fn. 36; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 314; Şahin Caner (n 7) 245; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §33, para. 1626; Dağdelen (n 9) 105; Arat (n 7) 333; Erdoğan (n 1) 254-255; Tuhr and Escher (n 7) 307; Büren (n 7) 96; Koller (n 7), para. 75.144; Gautschi (n 8) para. 14; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 79; Kratz (n 9), Art. 146, para. 33.

<sup>103</sup> Canyürek (n 7) 41; Tuhr and Escher (n 7) 307; Feyzioğlu (n 7) 321, fn. 36; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 79. Doktrinde Krauskopf ayrıca borçlulardan her birinin diğerinin ifa yardımcısı durumunda olması halinde, ihtarda bulunulan borçlunun diğer borçluların pasif temsilcisi olacağını ve bu halde de haklarında temerrüdün diğer koşulları da gerçekleşmiş olmak kaydıyla borçlulardan birine ihtarda bulunmakla diğer borçluların da temerrüde düşeceğini belirtmektedir. Bkz. Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 83. Ayrıca bkz. Kratz (n 9), Art. 146, para. 33.

<sup>104</sup> Ayrıca bkz. Arat (n 7) 358-359.

<sup>105</sup> Arat (n 7) 358.

## D. Borcun İfasının Mümkün Olması

TBK'da temerrüdün gerçekleşebilmesi için borcun ifasının mümkün olması açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak bu şartın varlığı da doktrinde haklı olarak kabul edilmektedir<sup>106</sup>. Muacceliyetten önce borcun imkânsızlaşması, bu borcun ifa edilmemesi halinin temerrüt olarak vasıflandırılmasına engel olur<sup>107</sup>. Bu halde temerrüde dair hükümler uygulama alanı bulmaz<sup>108</sup>. Böyle bir durumda imkânsızlık yüzünden borç ifa edilemediğinden, imkânsızlıkta borçlunun sorumluluk durumuna göre sonuçlar tayin edilir<sup>109</sup>. Ancak imkânsızlık temerrütten sonra meydana gelir ise bu durumda temerrüt hükümleri uygulama alanı bulur<sup>110</sup>. Ancak ifanın imkânsızlaştığı an itibarıyla temerrüt de son bulur<sup>111</sup>. Bu andan itibaren ise ifa imkansızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulur<sup>112</sup>.

Sözleşmenin kurulmasının ardından müteselsil borçlulardan birinin kusuru olmaksızın borcun konusunun bütün borçlular nezdinde imkânsızlaşması halinde, diğer bir deyişle kusursuz ifa imkânsızlığı halinde bütün müteselsil borçluların TBK m 136 gereğince borçtan kurtulacağı kabul edilmektedir<sup>113</sup>.

Edimin imkânsızlaşmasından müteselsil borçlulardan biri sorumlu ise bu durumda doktrinde bir görüşe göre TBK m 112 uyarınca istenebilecek tazminattan sadece edimi imkânsızlaştıran borçlu sorumlu olacağı kabul edilmektedir<sup>114</sup>. Buna göre bu durum

<sup>106</sup> Tekinay and others (n 2) 912; Akkanat (n 81) 16; Büren (n 7) 365; Schwenzer (n 4) para. 65.02.

<sup>107</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1526.

<sup>108</sup> Reisoğlu (n 4) 372.

<sup>109</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1526.

<sup>110</sup> Tekinay and others (n 2) 912; L. M Kurt, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m 136)* (Yetkin 2016) 210.

<sup>111</sup> Reisoğlu (n 4) 372; Kurt (n 110) 210. Benzer şekilde bkz. Schwenzer (n 4) para. 65.02.

<sup>112</sup> Kurt (n 110) 210.

<sup>113</sup> Şahin Caner (n 7) 216; Tekinay and others (n 2) 299; Arsebük (n 13) 1019; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 96; Saymen and Elbir (n 10) 783; Hatemi and Gökyayla (n 1) §36, para. 34; İnan and Yücel (n 1) 549; Canbolat (n 8) 75; Kapancı (n 5) 220; Tercier, Pichonnaz and Develioglu (n 2), §33, para. 1628; Dağdelen (n 9) 140; Olgaç (n 8) 1048; Funk (n 7) 216; Önen (n 13) 111; Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (n 7) 14; Mazan (n 7), Art. 145, para. 7; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 3717; Gautschi (n 8) para. 43; Tuhr and Escher (n 7) 311; Berger (n 5) para. 2426; Müller (n 7), Art. 147, para. 4; Graber (n 7), Art. 144, para. 8. Ayrıca bkz. ve karşı. Krauskopf (n 7), Art. 147, para. 91. Dağdelen, müteselsil borçluların aynı belirli edimi borçlanmış olmaları halinde ise şu görüştedir: Yazara göre böyle bir durumda müteselsil borçlulardan biri için bir ifa imkansızlığı söz konusu olduğunda, bu borçlu borçtan kurtulur, diğer borçlular hakkında da TBK m 166/f.2 gereği durumun gereği ve borcun niteliği izin verdiği ölçüde diğer borçluların devam eden borçlarında indirime gidilmek gerekir. Borçlunun imkansızlıkta kusuru var ise alacaklıya tazminat ödemekle yükümlü olur. Yazarın görüşü hakkında açıklamaları için bkz. Dağdelen (n 9) 138-139. Bir müteselsil borçlunun şahsına ilişkin olan, onun açısından söz konusu bir ifa imkansızlığında, sadece bu müteselsil borçlunun borçtan kurtulacağı, diğer borçluların borçlu kalmaya devam edeceği kabul edilmektedir. Bkz. Akıntürk (n 7) 176; Tekinay and others (n 2) 299; Bozer (n 7) 299. Alman hukukunda ise BGB §425'te ifa imkansızlığına dair kusurlu olup olmama ayrımı yapılmaksızın aksi borç ilişkisinden anlaşılmadıkça ifa imkansızlığının sadece ilgili kişiyi etkileyeceği kabul edilmiştir. Bkz. Fikentscher and Heinemann (n 3) para. 775; Larenz (n 9) 640. Borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen imkansızlık ve sonuçları hakkında bilgi için bkz. Kurt (n 110) "77ff".

<sup>114</sup> Akıntürk (n 7) 195; Feyzioğlu (n 7) 321; Arsebük (n 13) 1015; Canyürek (n 7) 39-40; Kılıçoğlu (n 9) 958; Eren (n 1) 1236; Tunçomağ (n 4) 1046-1047; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 314; Saymen and Elbir (n 10) 786-787; Funk (n 7) 214; Şahin Caner (n 7) 242; Olgaç (n 8) 1047; Dalamanlı, Kazancı and Kazancı (n 8) 683; Mazan (n 7), Art. 146, para. 5; Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (n 7) 14; Bucher (n 4) 495; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9), para. 3726; Gautschi (n 8) para. 43; Huguenin (n 3) para. 2305; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 25; Tuhr and Escher (n 7) 307; Berger (n 5) para. 2425; Graber (n 7), Art. 146, para. 5; Müller (n 7), Art. 146, para. 2; Kratz (n 9), Art. 146, para. 24; Jung (n 9), Art. 146, para. 2.

diğer borçlular açısından TBK m 136 uyarınca bir kusursuz ifa imkânsızlığı teşkil eder ve onlar borçtan kurtulur<sup>115</sup>. Ancak bu durumun ne kadar adil olacağı tartışmaya açıktır. Zira başlangıçta borçluların tamamı tarafından edimin tamamı alacaklıya karşı taahhüt edilmiş olup, sırf bir borçlunun kusuru ile borcun imkânsızlaşmasından ötürü diğer borçluların borçtan kurtulması adil değildir. Her ne kadar borçlunun kendi davranışı ile diğer borçluların durumunu ağırlaştırılamaması kuralı müteselsil borçlulukta cari ise de müteselsil borçlulardan birinin davranışı sonucunda alacaklının daha elverişsiz bir durumu kabul etmek zorunda bırakılması da kanaatimizce adil olmaz. Bu durumda menfaatler dengesine bakıldığında bir tarafta borçlunun bireysel davranışının diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırılamaması kuralının sonucu ve çokluk görüşünün yansması olarak diğer müteselsil borçluların borçtan kurtulmalarındaki (sadece imkânsızlığa kusuru ile sebep olan müteselsil borçlunun tazminat ile sorumlu olması) diğer borçluların menfaati vardır. Diğer tarafta ise başlangıçta belki de kendisine karşı müteselsil olarak borç altına gireceklerine güvenerek bu sözleşmeyi yapmaya razı olan alacaklının, müteselsil olarak borç altına girenlerden biri nezdinde gerçekleşen bir kusurlu davranış sonucunda, başlangıçta başvurabileceği birden fazla borçluyu kaybetmeme, artık sadece tek bir borçlu ile baş başa kalmama konusundaki menfaati vardır. Bu noktada kanaatimizce üstün tutulması gereken menfaat alacaklının menfaati olmalıdır.

Bu noktada bu imkânı sağlayabilecek biri mevcut, biri ise olması gereken hukuk bakımından iki çözüm akla gelebilir<sup>116</sup>. TBK m 165'te müteselsil borçlulardan birinin davranışının diğerinin durumunu ağırlaştırılabilmesinin sözleşmede kararlaştırılması veya kanunda bir hüküm olması halinde mümkün olduğu kabul edilmiştir. Buna göre eğer taraflar sözleşme yapılırken edimin borçlulardan birinin kusuruyla imkânsız hale gelmesi durumunda bunun sonuçlarından borçluların müteselsil olarak borçlu olacağını kararlaştırabilirler ve böyle bir kararlaştırma halinde tazminat borcu açısından müteselsil borçluluk devam eder<sup>117</sup>. Bu şekilde bir kararlaştırma olmaması durumunda ise kanunda bunu sağlayacak bir hüküm bulunmamaktadır<sup>118</sup>.

<sup>115</sup> Bu yönde bkz. Akıntürk (n 7) 195-196; Feyzioğlu (n 7) 321; Arsebük (n 13) 1016; Kılıçoğlu (n 9) 958; Eren (n 1) 1236-1237; Tunçomağ (n 4) 1047; Tekinay and others (n 2) 310-311; Oser and Schönerberger (n 5) 911; Kapancı (n 5) 221; Şahin Caner (n 7) 243; Dağdelen (n 9) 141; Mazan (n 7), Art. 146, para. 5; Gautschi (n 8) para. 43; Huguenin (n 3) para. 2305; Becker (n 9), Art. 146, para. 2; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 25; Tuhr and Escher (n 7) 307; Berger (n 5) para. 2425; Müller (n 7), Art. 146, para. 2; Kratz (n 9), Art. 146, para. 24 ve para. 32; Graber (n 7), Art. 146, para. 5.

<sup>116</sup> Doktrinde Canyürek, alacaklıdan karşı edim alacağı elde edecek olan müteselsil borçluların da imkânsızlaşan edimin değeri ile sınırlı olarak müteselsil sorumluluğunun devam etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Zira imkânsızlıkta kusuru bulunmayan müteselsil borçluların bir taraftan kendi borçlarından kurtulmaları diğer taraftan karşı edimi talep etmeleri mümkün değildir. Yazara göre bir müteselsil borçlunun kusuru ile alacaklının durumu ağırlaştırılmamalıdır. Alacaklının zararı bu imkânsızlaşan edimin değerini aşmakta ise bu durumda aşan kısım için bizzat kusuruyla imkânsızlığa sebep olan borçlu sorumlu olur. Bkz. Canyürek (n 7) 39-40. Canyürek'in bu görüşüne mevcut düzenlemeler çerçevesinde (de lege lata) biz de iştirak etmekteyiz.

<sup>117</sup> Bkz. Akıntürk (n 7) 195-196; Funk (n 7) 214; Arsebük (n 13) 1016; Saymen and Elbir (n 10) 787; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 314; Canyürek (n 7) 38; Kılıçoğlu (n 9) 958; Şahin Caner (n 7) 243; Olgaç (n 8) 1047; Gautschi (n 8) para. 43, fn. 93; Huguenin (n 3) para. 2305; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 26; Tuhr and Escher (n 7) 307; Berger (n 5) para. 2425; Müller (n 7), Art. 146, para. 2.

<sup>118</sup> Doktrinde, müteselsil borçlulardan birinin imkânsızlıktan kusurlu olarak sorumlu olması halinde bundan diğer müteselsil borçluların da sorumlu olmasını, kusurlu imkânsızlığa sebep olan müteselsil borçlunun diğerlerinin TBK m 116 anlamında

Yukarıda açıklanan nedenlerle buna ilişkin düzenlemenin kanunda yer almayışı da bu açıdan bir eksikliklerdir. Olması gereken hukuk bakımından müteselsil borçlulardan birinin kusuru ile gerçekleşen imkânsızlıktan diğer borçluların da sorumlu olduğu kabul edilmeli ve buna ilişkin bir düzenlemeye gidilmelidir<sup>119</sup>. Buna paralel olarak alacaklıya karşı bu kusurlu ifa imkânsızlığı sonucunda TBK m 112 gereği tazminatı ödeyen müteselsil borçlunun, kusuru ile imkânsızlığa sebebiyet veren borçluya rücu imkânı da düzenlenmelidir.

Birden fazla müteselsil borçlunun da kusuru ile borcun ifasının imkânsızlaşmasına sebep olması mümkün olabilir. Kanaatimizce de lege lata bu durumda kusurlu olan müteselsil borçluların tazminat borcu bakımından müteselsil olarak sorumluluklarının devam ettiğini kabul etmek gerekir<sup>120</sup>. Bu durumda haksız fiillere ilişkin TBK m 61 hükmünün kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Her ne kadar kusurlu ifa imkânsızlığı sözleşmesel temelde sorumluluk olsa da TBK m 114/f. 2 hükmü gereğince haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine uygulanabilir. Bu noktada kanaatimizce haksız fiillerdeki müteselsil sorumluluğa ilişkin TBK m 61 hükmü kıyasen kusurlu ifa imkânsızlığı hallerine uygulanabilir niteliktedir. Zira ilgili hükümde “*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır*” denilmiştir. Sözü edilen ihtimalde de birden fazla borçlu kusurlu davranışları ile borcu imkânsızlaştırmak suretiyle birlikte bir zarara sebebiyet vermektedirler. Bu nedenle bu şekilde imkânsızlığa sebebiyet veren müteselsil borçluların TBK m 112 uyarınca söz konusu olan tazminat borcu açısından da müteselsil olarak borçlu oldukları kabul edilmelidir<sup>121</sup>. Bu durumdan, imkânsızlığa sebep olmayan diğer borçluların sorumlu olup olmayacağı noktasında tek bir müteselsil borçlunun sorumlu olması hali için de lege ferenda yaptığımız açıklamalar bu ihtimal açısından da geçerlidir.

ifa yardımcısı olduğunun kabulüyle sağlanmasını savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bu yönde olarak bkz. Arsebük (n 13) 1016. Bu görüş hakkında bilgi ve eleştirisi için bkz. Kapancı (n 5) “159ff”; Akıntürk (n 7) “196ff”. Ancak kanaatimizce Akıntürk’in de haklı olarak belirttiği üzere (Akıntürk (n 7) 196-197) müteselsil borçlular, borçlu sıfatını haiz olduklarından, birbirlerinin ifa yardımcıları olarak nitelendirilmeleri müteselsil borçluluğun niteliğine uymaz. Ayrıca bkz. Tekinay and others (n 2) 311, fn. 32; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 130.

<sup>119</sup> Bu noktada akla borçlu temerrüdünün sonuçları bakımından da benzer sonucun kabul edilmesinin gerekip gerekmediği gelebilir. Kanaatimizce borçlu temerrüdünün sonuçlarından diğer borçluları da doğrudan müteselsil olarak sorumlu tutulmasına yönelik bir ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira müteselsil borçlulardan biri temerrüde düştüğünde, kusurlu ifa imkânsızlığından farklı olarak, alacaklının diğer borçlulara başvuru imkânı ortadan kalkmamaktadır. Öte yandan diğer müteselsil borçluların da borcu ifa etme imkânları da devam etmektedir. Kendi borcunu ifa ederek borçtan kurtulabilecek diğer bir müteselsil borçluyu daha ağır bir sonuçla karşı karşıya bırakmak kanaatimizce adil olmaz. Bu noktada ayrıca alacaklının menfaatinin kusurlu ifa imkânsızlığında buna sebep olan borçlunun bireysel olarak sorumlu olması halinde söz konusu olabilecek sakınca kusurlu temerrüt halinde görülmez. Bu nedenle bir borçlunun kusuru ile ifa imkânsızlığına sebep olması ve bir borçlunun kusuru ile temerrüde düşmüş olması halleri bakımından aynı sonucun kabul edilmesi gerekmez.

<sup>120</sup> Bu yönde bkz. Akıntürk (n 7) 197; Canyürek (n 7) 38; fn. 95; Canbolat (n 8) 75; Kapancı (n 5) 220; Şahin Caner (n 7) 243; Dağdelen (n 9) 141; Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4. Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (n 7) 15.

<sup>121</sup> Bu yönde bkz. Dağdelen (n 9) 141-142.

## E. Alacaklının İfayı Kabule Hazır Olması

Bu şart TBK'da açıkça öngörölmüş değildir. Ancak doktrinde temerrüdün gerçekleşebilmesi için alacaklının ifayı kabule hazır olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>122</sup>. TBK m 106 gereği “*Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa*” alacaklı temerrüdü söz konusu olur. Alacaklının temerrüdünün söz konusu olduğu sürece borçlunun temerrüdünden bahsedilemez<sup>123</sup>.

Alacaklının ifayı kabule hazır olmaması sebebiyle müteselsil borçlulardan birinin borcu ifa edememesi onun temerrüde düşmesine engel olur. Örneğin, haklı bir sebep olmaksızın müteselsil bir borçlunun ifa teklifini reddeden bir alacaklı temerrüde düşmüş olur ve bu durumda artık ifayı teklif etmiş olan müteselsil borçlu temerrüde düşmez. Acaba bu durumun diğer borçlular açısından etkisi ne olacaktır? Örneğin müteselsil borçlulardan birinin ifa teklifini reddettiği süre zarfında, diğer müteselsil borçlular açısından kararlaştırılmış vadenin geçişi söz konusu olabilir. Bu durumda sözü edilen halde diğer olan müteselsil borçluların borçlu temerrüdüne düştüğünden bahsedilebilecek midir? Kanaatimizce bu soruya verilmesi gereken cevap olumsuzdur. Zira TBK m 106/f. 2’de “*Alacaklı, müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşerse, diğerlerine karşı da temerrüde düşmüş olur*” denilmek suretiyle alacaklının temerrüdünün etkisinin diğer müteselsil borçlulara şamil olduğu kabul edilmiştir. Buna göre bir müteselsil borçlu alacaklıyı temerrüde düşürdüğünde alacaklı diğer müteselsil borçlulara karşı da temerrüde düşmüş olacaktır<sup>124</sup>. Bu durumda bir müteselsil borçlunun alacaklıyı temerrüde düşürmesi, diğer müteselsil borçlular bakımından borçlu temerrüdünün gerçekleşmesine engel olacaktır.

## V. Müteselsil Borçluların Temerrüdünün Sonuçları

### A. Genel Olarak

Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi ile birlikte bunun birtakım sonuçları olur. Bunlar TBK m 118’de belirtilen gecikme tazminatı, TBK m 119’da belirtilen temerrüde düşen borçlunun beklenmedik hâlden dolayı sorumluluğu, TBK m 120-123’te düzenlenen para borçlarında temerrüt faizi ve aşkın zarardan sorumluluk, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde TBK m 125’te düzenlenen ifadan vazgeçerek

<sup>122</sup> Eren (n 1) 1125; Tunçomağ (n 4) 911; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1531; Erdoğan (n 1) 221; Akkanat (n 81) 18.

<sup>123</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1531; Tunçomağ (n 4) 911; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 2664. Ayrıca bkz. Erdoğan (n 1) 221.

<sup>124</sup> Ayrıca bkz. Tekinay and others (n 2) 298; Tekinay, *Borçlar Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 85; Feyzioğlu (n 7) 328; Canyürek (n 7) 100; Mazan (n 7), Art. 148, para. 9; Koller (n 7), para. 75.150; Gautschi (n 8) para. 46; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 155; Müller (n 7), Art. 147, para. 6; Schwenzler (n 4) para. 88.25; Jung (n 9), Art. 147, para. 2. Bu husus Alman hukukunda BGB §424’te açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. Fikentscher and Heinemann (n 3) para. 775; Brox and Walker Wolf-Dietrich (n 8), §37, para. 13; Larenz (n 9) 638; Medicus and Lorenz (n 14) para. 895.

olumlu zararın talebi ile sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazmininin talep edilmesi imkânı ve sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin feshi ile olumlu zararın tazmininin talep edilmesidir. Aşağıda bu sonuçlar müteselsil borçluluk bakımından incelenecektir.

## B. Borçlu Temerrüdünün Genel Sonuçları Bakımından

### 1. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebi

Borçlu temerrüdünün şartlarının gerçekleşmesi borcun sona ermesine neden olmadığından alacaklı borçludan ifa talebinde bulunabilir ve buna karşılık borçlu da gecikmiş de olsa edimi ifa edebilir<sup>125</sup>. İmkânsızlık söz konusu olmadığı sürece borcun aynen ifası mümkündür<sup>126</sup>. Buna göre temerrüde düşmüş olan her bir müteselsil borçlunun edimi ifa etmesi mümkündür. Alacaklının da her bir müteselsil borçludan ifayı talep etme imkânı devam eder. Diğer bir deyişle, borçlunun temerrüde düşmesi, borçlunun aynen ifa yükümlülüğünü sona erdirmeyeceği gibi, alacaklıya da ifanın yerine tazminat talep etme hakkını vermez<sup>127</sup>.

Borçlunun borcunu gecikmiş olarak ifa etmesi alacaklının zarara uğramasına sebebiyet verebilir. Böyle hallerde TBK m 118 alacaklıya gecikme tazminatı isteme imkânı tanımaktadır. Bu hükme göre, “*Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı, alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür*”.

Gecikme tazminatı, ifadaki gecikme nedeniyle alacaklının uğradığı zararın giderilmesi için ödenecek tazminatı ifade eder<sup>128</sup>. Bu tazminat alacaklının gecikme olmaksızın borcun ifasındaki menfaatine yönelir<sup>129</sup>. Gecikme tazminatının kapsadığı zararlar temerrüdün gerçekleştiği tarihten ifanın gerçekleştiği tarihe kadar geçen dönemdeki zararlardır<sup>130</sup>. Gecikme tazminatı borçlunun temerrüdünün bir sonucudur<sup>131</sup>. Bu nedenle muacceliyetten sonra ancak temerrütten önce gerçekleşen bir ifa TBK m 118 bakımından bir geç ifa teşkil etmeyeceğinden bir zarardan da bahsedilemez<sup>132</sup>. Böyle hallerde bir gecikme tazminatının istenmesi mümkün olmaz.

<sup>125</sup> Eren (n 1) 1126. Benzer şekilde bkz. Gauch, Schluep and Emmenegger (n 9) para. 2667.

<sup>126</sup> Eren (n 1) 1127.

<sup>127</sup> Tekinay and others (n 2) 920.

<sup>128</sup> Eren (n 1) 1130.

<sup>129</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1582.

<sup>130</sup> Kılıçoğlu (n 9) 893.

<sup>131</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1585.

<sup>132</sup> Eren (n 1) 1130.

TBK m 118 uyarınca istenebilecek zarar olumlu zarardır<sup>133</sup>. Bunun yanında gecikme tazminatından sorumluluk için borçlunun kusurlu olması şarttır<sup>134</sup>. Borçlu ancak temerrüde düşme olgusunda kendi kusurunun olmadığını ispat etmesi halinde zararı tazmin borcundan kurtulabilir<sup>135</sup>. Diğer bir ifade ile borçlu karine olarak kusurlu kabul edilir<sup>136</sup>.

Müteselsil borçluluğun bulunduğu bir sözleşme ilişkisinde de alacaklı kural olarak temerrüde düşmekte kusuru bulunan müteselsil borçludan gecikme tazminatı talep edebilecektir<sup>137</sup>. Alacaklının diğer müteselsil borçlulara başvurması kural olarak mümkün olmaz. Birden fazla müteselsil borçlunun temerrüde düştüğü bir durumda temerrüde düşmekte kusuru olmayan müteselsil borçludan gecikme tazminatı talep edilmesi mümkün değildir.

Bu noktada alacaklı karşısındaki müteselsil borçlulardan iki veya daha fazlasının kusuru ile temerrüde düşmesi halinde, alacaklının uğradığı zarar nedeniyle isteyebileceği gecikme tazminatından kusurlu olarak temerrüde düşen bu borçlular arasında teselsülün devam edip etmeyeceği akla gelmektedir. Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap verilmelidir. Zira söz konusu durumda alacaklının uğradığı zararı toplamda tek bir meblağdan müteşekkildir. Kanaatimizin temellendirmek için akla gelebilecek diğer ihtimalleri ele almak isabetli olacaktır.

İlk durumda gecikme tazminatını oluşturan meblağın temerrüde düşen her bir borçludan ayrı ayrı talep edilebileceği düşünülebilir. Ancak bu, alacaklının uğradığı zarardan fazla miktarda tazminat elde etmesi anlamına gelecektir ki bu durum tazminat hukukunun temel prensibi olan alacaklıyı zenginleştirmeme prensibine aykırı olur. Bu durumu bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse, müteselsil borçlulardan üçü kusurları ile temerrüde düşmüş ve alacaklının da bu nedenle 30.000 TL tutarında bir zararı olduğunu varsayalım. Bu halde alacaklının müteselsil borçluların her birinde ayrı ayrı 30.000 TL talep edebileceği kabul edilirse toplamda 90.000 TL elde ederek zararının çok ötesinde bir menfaat elde etmiş olur.

<sup>133</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1583; Eren (n 1) 1131; Erdoğan (n 1) 222; İnan and Yücel (n 1) 621; Bucher (n 4) 360. Bu zararın kapsamına nelerin girebileceği hususunda bkz. Kılıçoğlu (n 9) 893; Tunçomağ (n 4) 923; Göktürk (n 7) 262; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1583; Tekinay and others (n 2) 925; Funk (n 7) 164; Feyzioğlu (n 7) 243; Reisoğlu (n 4) 373-374; Gauch, Schluep and Emmenegger (n 9) para. 2673; Bucher (n 4) 360, fn. 125; Tuhr and Escher (n 7) 144-145; Furrer and Müller-Chen (n 14) 602-603.

<sup>134</sup> Eren (n 1) 1132; Kılıçoğlu (n 9) 893; Erdoğan (n 1) 222; Gauch, Schluep and Emmenegger (n 9) para. 2671; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 268.

<sup>135</sup> Tekinay and others (n 2) 926; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1587; Feyzioğlu (n 7) 243; Saymen and Elbir (n 10) 741; Tuhr and Escher (n 7) 143; Furrer and Müller-Chen (n 14) 603; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 268. Ayrıca bkz. Funk (n 7) 164.

<sup>136</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1587; Reisoğlu (n 4) 374.

<sup>137</sup> Bu yönde bkz. Arsebük (n 13) 1015; Edgü (n 8) 109.



İkinci olarak gecikme tazminatını oluşturan meblağdan, kusurları ile temerrüde düşmüş olan borçluların kısmi borçluluk esasına göre sorumlu tutulmaları akla gelebilir. Ancak bu durumun sakıncası da temerrüde düşen kusurlu borçlulara, kendilerine düşene düşenin dışında kalan kısmı reddetme imkânı sağlamasıdır. Bu durumun ise temerrüde düşen borçlular karşısındaki alacaklının menfaatini aşırı ölçüde zedeleyeceği aşikardır. Bir önceki paragraftaki örnek üzerinden somutlaştırmak gerekirse, bu halde 30.000 TL tutarındaki gecikme tazminatından her bir borçlunun 10.000 TL'lik kısmı ile sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Böyle bir durumda her bir borçludan alacaklının 30.000 TL'nin tamamını talep etme imkânı olmaz. Bu şekilde bir talebin varlığı halinde temerrüde düşen müteselsil borçlular bu talebi reddetme olanağına kavuşur.

Kabul ettiğimiz görüş uyarınca kusurlu olarak temerrüde düşen müteselsil borçluların gecikme tazminatı bakımından da müteselsil olarak sorumlu olduğu kabul edilir ise hem alacaklı gecikme tazminatı oluşturan meblağı bir kez elde etmekle söz konusu borç sona ereceğinden alacaklı aşırı bir menfaat elde etmez, hem de alacaklı söz konusu bedelin tamamı için her bir temerrüde düşen borçluya başvurabileceğinden (borçlular alacaklının ifa talebini reddedemeyeceğinden) alacaklı yeterince korunmuş olur. Yine verilen örnek üzerinden gitmek gerekirse 30.000 TL tutarındaki gecikme tazminatı için kusurlu olarak temerrüde düşen üç borçluya da başvurulabilir ve her birinden ancak toplamda 30.000 TL talep edilebilir ve bu tutar alacaklıya ödendiği takdirde borç sona erer.

Müteselsil borçluluğun söz konusu olduğu bir sözleşmede alacaklı borçlular için farklı vadeler kararlaştırabilir. Bunun sonucu olarak da müteselsil borçlulardan bazıları temerrüde düşmüş iken diğerleri için henüz temerrüt gerçekleşmemiş olabilir. Temerrüde düşmemiş olan borçlular açısından sözleşmede kararlaştırılan edimi ifa etmek suretiyle borcu sona erdirme imkânı mevcuttur. Böyle bir durumda, alacaklının, temerrüde düşen borçludan gecikme tazminatını talep etme imkânının devam edip etmediği sorusu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce bu durumda alacaklı temerrüde düşmüş olan kusurlu müteselsil borçludan, asıl borç sona ermiş olsa dahi gecikme tazminatını talep edebilir<sup>138</sup>.

Bir diğer husus, birden fazla müteselsil borçlunun kusurları ile temerrüde düşmelerine karşın temerrüdün gerçekleşme tarihlerinin birbirinden farklı olması halinde gecikme tazminatlarından sorumluluklarının ne şekilde olması gerektiği

<sup>138</sup> Alacaklı borcu ifa eden borçlunun ifa zamanını sözleşme kurulduktan sonra ertelemiş ise (bir tecil anlaşması yapılmış ise) acaba bu durum alacaklının gecikme tazminatı ödeyen borçlunun durumunu ağırlaştırması olarak kabul edilebilecek midir? Bu halde temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlu gecikme tazminatından tek başına sorumlu olacak ve diğer müteselsil borçlulara rücu imkânı da bulunmayacaktır. Bunun bir an için tecil anlaşmasının temerrüde düşen borçlunun durumunu diğer tecil anlaşması yapılan borçlu lehine ağırlaştırdığı ve bu nedenle TBK m 168/f. 2 uyarınca alacaklının bunun sonuçlarına katlanması gerektiği düşünülebilirse de gecikme tazminatının talep edilmesi için kusur arandığından ve borcu ifa eden borçlunun ifa zamanı ertelenmesi idi kusurlu olarak temerrüde düşeceğini varsaymak mümkün olmadığından söz konusu hükümden kusurlu olarak temerrüde düşen borçlunun yararlanması mümkün olmamalı ve alacaklının sorumluluğuna gidememelidir.

hususudur. Gerçekten müteselsil borçlulardan biri daha erken bir zamanda temerrüde düşebilecek iken, bir diğeri daha geç bir zamanda temerrüde düşebilir. Bu süreçte de alacaklının gecikmeden kaynaklanan zararı zamanla artabilir. Böyle durumlarda kanaatimizce sonradan temerrüde düşen müteselsil borçlunun zarardan sorumluluğu kadar gecikme tazminatından da müteselsil sorumluluğunun mevcudiyeti kabul edilmelidir. Örneğin müteselsil borçlulardan ilkinin temerrüde düşmesinden, müteselsil borçlulardan ikincisinin temerrüde düşüşüne kadar 5.000 TL'lik bir gecikme zararı meydana gelmiş; ikincisinin temerrüde düştüğü andan itibaren de 10.000 TL'lik bir gecikme zararı meydana gelmiş olabilir. Bu durumda kusurlu olarak temerrüde düşen iki müteselsil borçlu da gecikme tazminatının 10.000 TL'lik kısmından müteselsil olarak sorumlu olacak, 5.000 TL'lik gecikme tazminatından ise ilk olarak temerrüde düşen borçlu tek başına sorumlu olacaktır.

## 2. Beklenmedik Hâlden Sorumluluk

TBK m 119'da temerrüde düşen borçlunun beklenmedik halden sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise borçlunun beklenmedik halden sorumlu olmaktan kurtulması için temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını veya borcunu zamanında ifa etse dahi beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispatlaması gerektiği düzenlenmiştir.

Bu sorumluluk temerrüt devam ederken beklenmedik bir hal nedeniyle edimin konusunun yok olması veya kötüleşmesi halinde söz konusu olmaktadır<sup>139</sup>. Bu halde borçlunun edimin kusursuz imkânsızlığından ve borca aykırı davranışın beklenmedik sonuçlarından sorumluluğu söz konusu olmaktadır<sup>140</sup>.

Borçlu sorumluluktan kurtulmak istiyor ise bu durumda ispatlaması gereken olgulardan biri, temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığıdır<sup>141</sup>. Bir diğeri ise borç temerrüt gerçekleşmesizin ifa edilse idi dahi beklenmedik halden doğan kazanın alacaklı zararına ifa konusuna isabet edeceğinin ispatıdır<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Eren (n 1) 1133; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 269. Benzer yönde bkz. Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1292; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 2681; Tuhr and Escher (n 7) 145.

<sup>140</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1590,

<sup>141</sup> Eren (n 1) 1133; Tunçomağ (n 4) 928; İnan and Yücel (n 1) 621; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para.1293; Tekinay and others (n 2) 927; Erdoğan (n 1) 223; Edgü (n 8) 142; Feyzioğlu (n 7) 244; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 2683; Furrer and Müller-Chen (n 14) 603; Kramer and Probst (n 3) para. 492. Doktrinde Kılıçoğlu temerrüde düşmede kusursuz olduğunun ispatlanmasının gerekmediğini; TBK m 119'da yer alan temerrüde düşmede kusurun olmadığının ispatı ile sorumluluktan kurtulmanın zarar ile ilgili olduğunu, beklenmedik halden sorumluluktan kurtulma ile ilgili olan hususun ise zamanında ifa halinde dahi beklenmedik halin ifa konusuna zarar vereceğinin ispat edilmesi olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Kılıçoğlu (n 9) 895.

<sup>142</sup> Eren (n 1) 1133; Tunçomağ (n 4) 929; Saymen and Elbir (n 10) 742; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1593; Tekinay and others (n 2) 927; Hatemi and Gökyayla (n 1), §26, para. 80; Kılıçoğlu (n 9) 895; İnan and Yücel (n 1) 621; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1293; Edgü (n 8) 142; Funk (n 7) 164; Feyzioğlu (n 7) 245; Büren (n 7) 370; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 2684; Furrer and Müller-Chen (n 14) 603; Kramer and Probst (n 3) para. 492.

Müteselsil borçlulardan biri temerrüde düşmüş iken beklenmeyen hal gerçekleşmiş ise bu durumda beklenmeyen halden temerrüde düşmüş olan bu borçlu sorumlu olur<sup>143</sup>.

Bütün müteselsil borçluların temerrüde düşmesinin ardından beklenmedik hal gerçekleşir ise bundan bütün müteselsil borçlular kural olarak sorumlu olur. Bu sorumluluğun da temerrüde düşmüş olan borçlular açısından müteselsil sorumluluk olması gerekir.

Bu noktada birden fazla müteselsil borçlunun temerrütte olması haline ilişkin durumlarda sorumluluktan kurtulmaya ilişkin bu son imkândan ne şekilde yararlanılabileceği ele alınabilir. Temerrüde düşme zamanları aynı olmak kaydıyla<sup>144</sup> temerrüde düşmüş olan birden fazla müteselsil borçlu bulunmakta ise ve bunların borçlanmış oldukları edim aynı ise -örneğin her bir müteselsil borçlu dükkanlarında bulunan buğdaylardan on çuval buğday teslim etmeyi borçlanmış olsun- bu durumda kendisinden beklenmeyen hal nedeniyle tazminat istenen borçlunun ifa zamanında gerçekleşse idi dahi zararın gerçekleşeceğini ispat etmesi halinde, temerrütte olan diğer müteselsil borçlunun da sorumluluktan kurtulduğu kabul edilmelidir. Zira söz konusu durumda hangi müteselsil borçlu borcu zamanında ifa ederse etsin o zararın alacaklının nezdinde gerçekleşeceği açıktır. Buna karşın yine temerrüde düşme zamanları aynı olmak kaydıyla, bu kez borçluların farklı edimleri müteselsil olarak borçlanmaları halinde ise, her durumda bu sonuç kabul edilemez. Bu nedenle bu hallerde her bir durumun özellikleri göz önünde bulundurularak ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Böyle bir halde müteselsil borçluların edimlerinin birbirinden farklı olması halinde bazı durumlarda borcun zamanında ifa edilmesi durumunda zararın yine de gerçekleşeceği savunması, diğer borçluya etki edebileceği gibi etmeyebilir de. Örneğin, iki kişiden biri bir yarış atını diğeri de bir otomobili müteselsil olarak borçlanmışlar ve aynı zamanda temerrüde düşmüşler ve otomobil ve yarış atı beklenmedik hal sebebiyle (örneğin yangın) telef olmuş ise, otomobilin teslimini borçlanmış olan müteselsil borçlunun yukarıda zikredilen savunmada bulunması kural olarak diğer müteselsil borçluyu da tazmin borcundan kurtarmaz. Zira alacaklı açısından bir otomobilin muhafazası için gereken yer ve bir yarış atının muhafazası için gereken yer aynı değildir.

<sup>143</sup> Dağdelen (n 9) 106; Tunçomağ (n 4) 1046; Feyzioğlu (n 7) 321; Arsebük (n 13) 1015; Eren (n 1) 1236; Tuhr and Escher (n 7) 307; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 18; Berger (n 5) para. 2424.

<sup>144</sup> Zira borçluların temerrüde düşme tarihlerinin farklı olması halinde; müteselsil borçlulardan biri için ifa temerrüde düşmeksizin yapılmış olması halinde zarar meydana gelmeyebilecek iken, diğer müteselsil borçlu açısından aynı durum söz konusu olmayabilir. Örneğin, müteselsil borçluların on gün arayla temerrüde düşmüş olduğu varsayılır ve aradaki beşinci gün zarar meydana getiren olay (örneğin sel) meydana gelir ise, temerrüde on gün önce düşen borçlunun borcunu zamanında ifa etseydi dahi söz konusu zararın şeye isabet edeceğini ispat edebileceğini söylemek mümkün iken, o tarihte henüz temerrüde düşmemiş olan müteselsil borçlunun bu şekilde bir savunma yapması mümkün olmaz.

## C. Borçlu Temerrüdünün Para Borçları Açısından Sonuçları Bakımından

### 1. Temerrüt Faizi

Temerrüt faizi, borçlunun para borcunu ödemede temerrüde düşmesi halinde, kural olarak temerrüt anından başlamak üzere ve temerrüdün devamı boyunca ödeme yükümlülüğü altında bulunduğu faiz olarak ifade edilebilir<sup>145</sup>. Borçlu para borcunu ödemede temerrüde düşerse, TBK m 120 ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun<sup>146</sup> gereğince temerrüt faizi ödeme zorunluluğu vardır<sup>147</sup>. Bu faiz kural olarak temerrüdün gerçekleştiği günü izleyen günden itibaren işlemeye başlar.<sup>148</sup> İşleyen bu faiz ise borcun ifa edildiği gün son bulur<sup>149</sup>. Borçlunun temerrüt faizi ödeme yükümlülüğünün söz konusu olması için tarafların anlaşmasına gerek yoktur zira bu yükümlülüğün kaynağı kanundur<sup>150</sup>. Temerrüt faizinin ödenmesi için borçlunun kusurunun veya zararının varlığı aranmaz<sup>151</sup>. Asıl borcun miktarı, temerrüdün ne kadar devam ettiği ve faiz oranı, temerrüt faizine ilişkin olarak alacaklının faize ilişkin hakkının kapsamını belirler<sup>152</sup>.

Temerrüt faizi oranı sözleşme ile kararlaştırılabilir. Taraflar arasında bir temerrüt faizi oranı kararlaştırılmamış ise bu durumda temerrüt faizi oranı 3095 sayılı Kanun uyarınca tespit edilir.

Müteselsil borçlular açısından temerrüt faizinin arz ettiği özellikler ele alındığında ilk olarak alacaklının her bir borçlu ile ayrı bir faiz oranı kararlaştırabileceği zikredilebilir. Alacaklı her bir müteselsil borçlu ile ayrı ayrı ve farklı oranlarda temerrüt faizi kararlaştırabilir. Sözleşmeye konu olan işin ticari bir iş olup olmadığına göre yapılacak temerrüt faizi anlaşmasına TBK m 120/f. 2'deki sınırların uygulanıp uygulanmayacağı belirlenmelidir.

Alacaklı müteselsil borçluların bir kısmı ile temerrüt faiz oranını kararlaştırmış, diğer kısmı ile kararlaştırmamış da olabilir. Bu halde kararlaştırılanlar hakkında kararlaştırılan oran, diğerleri hakkında da kanuni faiz oranı uygulanır.

<sup>145</sup> Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı 1992) 126.

<sup>146</sup> R.G., T. 19.12.1984, S. 18610.

<sup>147</sup> Eren (n 1) 1127.

<sup>148</sup> Reisoğlu (n 4) 376; Barlas (n 145) 171.

<sup>149</sup> Reisoğlu (n 4) 376.

<sup>150</sup> Eren (n 1) 1127.

<sup>151</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1600; Tunçomağ (n 4) 920-921; Tekinay and others (n 2) 930; Eren (n 1) 1128; Saymen and Elbir (n 10) 742-743; İnan and Yücel (n 1) 622; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1295; Erdoğan (n 1) 224; Funk (n 7) 165; Feyzioğlu (n 7) 247; Barlas (n 145) 133-134; Tuhr and Escher (n 7) 146; Bucher (n 4) 362; Schwenzler (n 4) para. 66.08; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 267.

<sup>152</sup> Barlas (n 145) 169.

Para borcunu ödemeyen müteselsil borçlulardan sadece temerrüde düşenden temerrüt faizi talep edilebilir<sup>153</sup>. Temerrüde düşmeyenlerden faiz talep edilebilmesi mümkün değildir. Ancak birden fazla müteselsil borçlu temerrüde düşmüş ve faiz ödeme borcu altında ise bu halde kanaatimizce söz konusu olacak temerrüt faizinden de müteselsilen sorumlu olmaları gerektiği kabul edilmelidir. Ancak temerrüt faizinin miktarı zamanla arttığından, müteselsil borçluların temerrüt faizi bakımından da ne kadarlık bir miktarda müteselsil olarak sorumlu olduklarının tespiti önem arz eder. Zira müteselsil borçluların temerrüde düştükleri tarih aynı olabileceği gibi, birbirinden farklılık da arz edebilir. Bu da ödenmesi gereken temerrüt faizinin miktarını farklılaştıracaktır. Bunun yanı sıra karşılaştırılan temerrüt faizi oranı da farklılık arz edebileceğinden bu da dikkate alınmalıdır.

Müteselsil borçlular para borcunu ödemekte temerrüde aynı tarihte düşmüşler ve sözleşmede karşılaştırılan temerrüt faizi oranı bütün müteselsil borçlular için aynı ise veya sözleşmede müteselsil borçlular bakımından bir temerrüt faizi oranı karşılaştırılmadığından bütün borçlular açısından kanuni temerrüt faizi oranı uygulanacak ise, bütün borçlular için temerrüt faizinin miktarı aynı olacağından, bütün temerrüt faizi tutarından müteselsilen sorumlu olacaklardır.

Müteselsil borçlular para borcunu ödemekte temerrüde aynı tarihte düşmüşler ve sözleşmede müteselsil borçlular için farklı temerrüt faizi oranı karşılaştırılmış ise veya bazıları ile karşılaştırılmadığı için kanuni temerrüt faizi oranı uygulanacak ise, bu durumda kanaatimizce temerrüt faizinin miktarı bakımından her bir müteselsil borçlunun işlemiş temerrüt faizi miktarı az olan kısımlar bakımından müteselsil olarak, bunu aşan kısımlar için ise tek başına sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Örneğin müteselsil borçlulardan B için işlemiş olan temerrüt faizi miktarı 1.000 TL ve C için işlemiş olan temerrüt faizi miktarı 3.000 TL ise ve C için işlemiş olan temerrüt faizi miktarı 8.000 TL olduğunu kabul edelim. Bu durumda işlemiş olan temerrüt faizinin 1.000 TL'lik kısmından B, C ve D müteselsilen, 3.000 TL'lik kısımdan C ve D müteselsilen ve geri kalan 5.000 TL'lik kısımdan ise D tek başına sorumlu olur.

Aynı çözüm müteselsil borçluların temerrüde düştükleri tarihin farklı olması halinde de kabul edilebilir. İlk olarak müteselsil borçluların temerrüde düştükleri tarihin farklı ve temerrüt faizi oranlarının aynı olması hali ele alınabilir. Bu durumda örneğin karşılaştırılmış temerrüt faizi oranları aynı olan B temerrüde erken erken düştüğü için 8000 TL, C temerrüde B'den sonra düştüğü için 3.000 TL ve D ise temerrüde en son düştüğü için 1.000 TL temerrüt faizi tutarını ödeme borcu altında ise; 1.000 TL'nin ödenmesinden B, C ve D müteselsilen, 3.000 TL'nin ödenmesinden B ve C müteselsilen ve geri kalan 5.000 TL'nin ödenmesinden ise D tek başına

<sup>153</sup> Feyzioğlu (n 7) 321; Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (n 7) 128-129; Oser and Schönerberger (n 5) 911; Arsebük (n 13) 1015; Eren (n 1) 1236; Dağdelen (n 9) 106; Tuhr and Escher (n 7) 307; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 17.

sorumlu olur. İkinci olarak müteselsil borçluların hem temerrüde düşme tarihleri hem de temerrüt faizi oranlarının birbirinden farklı olması hali değerlendirilmelidir. Buna göre örneğin sırasıyla ilk olarak C daha sonra B ve en son da D temerrüde düşmüş ve D için söz konusu olan temerrüt faizi oranı diğerlerine nazaran daha yüksek olduğundan 8.000 TL, B için 3.000 TL ve C için de 1000 TL temerrüt faizi işlemiş olabilir. Bu durumda 1.000 TL'nin ödenmesinden B, C ve D müteselsilen, 3.000 TL'nin ödenmesinden 3.000 TL'nin ödenmesinden B ve D müteselsilen ve geri kalan 5.000 TL'nin ödenmesinden ise D tek başına sorumlu olur.

Temerrüde düşme tarihleri birbirinden farklı olan müteselsil borçlular açısından farklı temerrüt faizi oranları söz konusu ise bu durumda ödeme tarihinde işlemiş faiz tutarı az olan oranında müteselsil sorumluluğun var olduğu kabul edilmelidir. Bu ihtimalde temerrüde düşmekte öncelik sonralık ilişkisinin esas alınması yanıtıcı olabilir. Zira müteselsil olarak borç altına giren borçlulardan sonradan temerrüde düşen borçlu için söz konusu olan faiz oranı önceden temerrüde düşmüş olanın faiz oranından daha fazla olabilir ve bu da temerrütte bulunulan süre boyunca artarak daha önceki bir tarihte temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlunun ödemesi gereken temerrüt faizi tutarını aşabilir. Bu nedenle bu ihtimalde somut olayda temerrüt faizi tutarları hesaplanarak müteselsil borçluların işlemiş faiz tutarlarının en azı oranında müteselsil sorumluluğun bulunduğunu kabul etmek isabetli olur.

Temerrüt faizi alacağı, feri bir alacak olduğu için alacaklının çekince ileri sürmeksizin ifayı kabul etmesi halinde TBK m 131/f. 2 uyarınca asıl alacak ile beraber son bulur<sup>154</sup>. Buna göre temerrüde düşmüş borçlulardan biri asıl borcu ifa etmiş ise alacaklı bu ifayı kabul ederken çekince ileri sürmez ise temerrüt faizi isteme hakkını da kaybeder. Bu noktada akla, bir müteselsil borçlunun temerrüde düşmesine karşın, asıl borcu temerrüde düşmeyen borçlunun ifa etmesi halinde, alacaklının temerrüde düşen müteselsil borçludan temerrüt faizi talep edip edemeyeceği, bunun mümkün olduğu kabul edilir ise temerrüde düşmemiş olan borçlunun ödemesini kabul ederken, alacaklının temerrüde düşen müteselsil borçlu bakımından işlemiş temerrüt faizini talep edebilmesi için bir çekince ileri sürmesinin gerekip gerekmediği gelmektedir.

Kanaatimizce ilk soruya verilmesi gereken cevap olumludur. Müteselsil borçlulukta müteselsil borçluların borçları birbirinden nispi olarak bağımsızlık arz eder. Bu nedenle temerrüde düşmeyen alacaklının asıl borcu sona erdirmiş olması, temerrüt nedeniyle temerrüt faizi işlemiş olan müteselsil borçlunun bu borcunu ortadan kaldırmaz. İkinci soruya verilmesi gereken cevap ise kanaatimizce olumsuzdur. Zira alacaklının çekinceyi borcu ödemiş olan -ve temerrüde düşmediği için faizi ödemekle de yükümlü olmayan- bir müteselsil borçluya ileri sürmesinin bir anlamı ancak müteselsil borçluların birbirlerini temsil yetkisini haiz olması durumunda bir anlam

<sup>154</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1628 ve orada fn. 586'da belirtilen Yargıtay kararları.

taşıyabilir. Bunun dışında kanaatimizce TBK m 131/f. 2 hükmünün amacı da bunu desteklemez. Söz konusu hüküm kanaatimizce asıl borcu ifa etmekle yükümlü olan kişi ile işlemiş faiz veya cezai şartı yerine getirmekle yükümlü olan kişilerin aynı olmaları halinde uygulama alanı bulmalıdır. Bu nedenlerle alacaklı faiz ödeme borcu altında olmayan bir müteselsil borçlunun ifasını kabul ederken çekince ileri sürmüş olmasa dahi temerrüt faizini temerrüde düşmüş olan müteselsil borçludan talep edebilir.

## 2. Aşkın Zarar

Temerrüt faizinin üzerinde gerçekleşen ve alacaklının iradesi olmaksızın onun malvarlığında meydana gelmiş olan zarar, aşkın zarar olarak ifade edilir<sup>155</sup>.

Para borçlarında borçlunun temerrüde düşmesiyle işleyecek temerrüt faizi ile karşılanmayan bir zararı bulunabilir. TBK m 122/f. 1 bu durumlar için aşkın zararın da alacaklı tarafından talep edilebileceğini düzenlemiştir. Bu hükme göre, “*Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür*”.

Bu maddeden çıkan ve aşkın zararın talep edilebilmesi için gereken şartlar, alacaklının temerrüt faizini aşan bir zararının varlığı<sup>156</sup> ve borçlunun kusurlu olmasıdır<sup>157</sup>. Ancak bu madde anlamında aşkın zarardan sorumluluk için borçlu karine olarak kusurlu sayılmıştır. Aşkın zararı tazmin etmekten kurtulmak isteyen mütemerrit borçlunun, temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekir.

Bir para borcunun ifası için müteselsil olarak borç altına girenlerden, kusuru ile temerrüde düşmüş olanlar, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanmayan bir zararları mevcut ise bu aşkın zararı da karşılamak durumundadır. Kanaatimizce kusuru ile temerrüde düşen müteselsil borçlular, aşkın zararın karşılanmasından da müteselsilen sorumlu olmalıdırlar. Temerrüde kusuru ile düşmemiş olan müteselsil bir borçlunun ise bu şekilde bir sorumluluğu yoktur.

Aşkın zararın giderilmesi noktasında müteselsil olarak sorumlu kabul ettiğimiz müteselsil borçlular açısından bu müteselsil sorumluluğunun hangi miktarda olacağını da ele alınması gerekir. Kanaatimizce aşkın zarar açısından kabul edilmesi gereken müteselsil sorumluluğun miktarı, en fazla temerrüt faizini ödeyen müteselsil borçlunun ödediği miktarı aşan zarar tutarında olmalıdır. Yoksa somut olayda daha az temerrüt faizi ödemekle yükümlü olan müteselsil borçlunun ödediği miktarı aşan miktar esas alınmamalıdır. Aksinin kabulü alacaklının haksız biçimde

<sup>155</sup> Eren (n 1) 1134. Ayrıca bkz. Hasan Ayrancı, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK m 105)* (Yetkin 2006) “115ff”.

<sup>156</sup> Bu madde bakımından karşılanması gereken zarar; temerrüt gerçekleşmeksizin borçlunun borcunu ödemesi halinde alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durum ile temerrüt nedeniyle içinde bulunulan durum arasında söz konusu olacak farkın temerrüt faizi tutarını aşan kısmı olacaktır (Barlas (n 145) 189).

<sup>157</sup> Aşkın zararın talep edilebilme şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrancı (n 155) “123ff”.

zenginleşmesine yol açacak nitelik taşır. Taraflar aynı tarihte temerrüde düşmüşler ve aynı temerrüt faizi oranına tabi iseler özellik arz eden bir durumla karşılaşılmaz ise de farklı tarihlerde temerrüde düşme veya farklı faiz oranına tabi olma durumları bakımından kabul ettiğimiz görüş bakımından özellik arz eder.

Durumu bir örnekle somutlaştıralım. İlk olarak temerrüt tarihinin ve faiz oranlarının aynı oluşunu ele alalım. Dört adet müteselsil borçlulardan ikisi olan A ve B'nin kusurları ile sözleşme konusu bedeli ödemede aynı tarihte temerrüde düştüklerini ve haklarında aynı temerrüt faizi oranının geçerli olduğunu varsayalım. Bu durumda A ve B açısından 2.000 TL temerrüt faizi işlediğini, alacaklının bunu aşan 3.000 TL zararının olduğunu kabul edelim. Bu halde aşan kısım olan 3.000 TL'den A ve B müteselsilen sorumlu olur.

İkinci olarak alacaklılar için söz konusu olan faiz oranlarının aynı olmasına karşın A'nın temerrüde B'den daha erken düştüğünü varsayalım. Buna göre A açısından 4.000 TL temerrüt faizi işlemişken B açısından ise 2.000 TL'lik bir temerrüt faizi işlemiş alacaklının da gecikme nedeniyle toplamda 10.000 TL'lik bir zararının olduğunu kabul edelim. Bu durumda yukarıda temerrüt faiz bakımından kabul ettiğimiz görüşe göre A ve B faiz bedelinin ödenmesinin 2.000 TL'lik kısmından müteselsilen sorumlu olacak A kalan 2.000 TL'lik kısım için tek başına sorumlu olacak, diğer bir ifade ile bu kısım için alacaklı sadece A'ya başvurabilecektir. Bu durumda aşkın zararın da  $10.000 - 4.000 = 6.000$  TL olduğunu kabul etmek ve bu 6.000 TL'den A ve B'nin müteselsilen sorumlu olacağını kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, yani B için işlemiş olan 2.000 TL'lik temerrüt faizini aşan kısım olan  $10.000 - 2.000 = 8.000$  TL'yi aşkın zarar kabul ederek bunlardan A ve B'yi müteselsil sorumlu tutmak ise alacaklıyı zenginleştirmek anlamına gelecektir. Zira bu durumda 2.000 TL temerrüt faizi açısından A ve B'ye müteselsilen, kalan 2.000 TL'lik temerrüt faizi için A'ya tek başına başvurabilen alacaklının 8.000 TL'lik alacağı müteselsilen talep edebileceğini kabul etmek alacaklının toplamda  $2.000 \text{ TL} + 2.000 \text{ TL} + 8.000 \text{ TL} = 12.000 \text{ TL}$  elde etmesine sebep olur. Bu nedenle aşkın zarardan müteselsil sorumluluğun işlemiş temerrüt faizinden yüksek olanı aşan kısım bakımından olduğunu kabul etmek gerekir.

## **D. Temerrüdün Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerdeki Sonuçları Bakımından**

### **1. Genel Olarak**

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler, edim ve karşı edim arasında değişim ilişkisinin bulunduğu ve sözleşmenin taraflarının karşılıklı olarak borçlu ve alacaklı olduğu sözleşmelerdir<sup>158</sup>. TBK m 123-126 arasında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde

<sup>158</sup> Eren (n 1) 1137. Ayrıca bkz. Tunçomağ (n 4) 931; Feyzioğlu (n 7) 253; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 2731.



borçlu temerrüdüne ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. TBK m 125'te karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede temerrüde düşülmesi üzerine alacaklının diğer sözleşmelere nazaran ayrıca sahip olduğu seçimlik haklara yer verilmiş, TBK m 126'da bu husus sürekli edimli sözleşmelerin arz ettiği özellik göz önüne alınarak düzenlenmiştir. TBK m 123 ve m 124'te ise bu hakları kullanabilmek için borçluya verilmesi gereken ek süre ve bu ek sürenin verilmesinin gerekmediği hallerde yer verilmiştir. Aşağıda bu hallerin bütün özelliklerine yer verilmeyip, müteselsil borçluluk açısından önem arz ettiği ölçüde ele alınacaktır.

## 2. Borçluya Ek Süre Verilmesi, Süre Verilmesini Gerektirmeyen Haller ve Alacaklının Seçim Hakkı

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede alacaklının TBK m 125 ve TBK m 126'daki imkânlardan yararlanabilmesi için kural olarak borçluya ek bir süre vermesi veya bu sürenin verilmesini hâkimden talep etmesi gerekir.

Süre verme, alacaklının temerrüde düşmüş olan borçlunun borcunu ifa etmesi amacına matuf olarak borçluya süre tanınması olarak ifade edilebilir<sup>159</sup>. Bu şekilde bir süre verilmesinin amacı, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüdün ağır sonuçlarından borçlunun kurtulabilmesi için, borçluya son bir imkân tanımaktır<sup>160</sup>. Alacaklının bu süreyi vermesi hukuki işlem benzeri bir fiil niteliğini haizdir<sup>161</sup>. TBK m 123 uyarınca verilecek sürenin uygun bir süre olması da şarttır<sup>162</sup>. Sürenin verilmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir<sup>163</sup>. Ancak tacirler arasında verilecek ek süre açısından TTK m 18/f. 3'e uyulması gerekir<sup>164</sup>.

Seçimlik hakları kullanmak için kural ek süre verilmesi iken TBK m 124'te sayılan hallerde ise istisnai olarak ek süre verilmesine gerek olmaz. Bu haller; borçlunun içinde bulunduğu durumdan ve tutumundan süre verilmesinin etkisiz olduğunun anlaşılması (b. 1), borçlu temerrüdü sonrası borcun ifasının alacaklı açısından yararsız kalması (b. 2), borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın kabul edilmeyeceğinin sözleşmeden anlaşılması (b. 3) halleridir.

<sup>159</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1651. Ayrıca bkz. Tekinay and others (n 2) 946.

<sup>160</sup> Kılıçoğlu (n 9) 886; Tunçomağ (n 4) 934; Saymen and Elbir (n 10) 750. Ayrıca bkz. Büren (n 7) 374; Tuhr and Escher (n 7) 148; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 271.

<sup>161</sup> Tekinay and others (n 2) 946; Tunçomağ (n 4) 935; Reisoğlu (n 4) 384; Kılıçoğlu (n 9) 872; Tuhr and Escher (n 7) 149; Bucher (n 4) 367; Schwenger (n 4) para. 66.16; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 271.

<sup>162</sup> Uygun süre verilmemesi halinde bunun sonucunun ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1659; Büren (n 7) 375.

<sup>163</sup> Eren (n 1) 1139; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1661; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1309; Feyzioğlu (n 7) 256; Reisoğlu (n 4) 384; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. 2735; Schwenger (n 4) para. 66.16.

<sup>164</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1661.

Müteselsil borçlulukta alacaklı ancak temerrüde düşen müteselsil borçluya ek süre verebilir<sup>165</sup>. Verilen bu ek süre, sadece kendisine ek süre verilen müteselsil borçlu açısından sonuç doğurur<sup>166</sup>. Bu husus alacaklının bir borçluya yönelen davranışı ile diğerlerinin durumunu ağırlaştırılmamasına yönelik temel prensibe dayanır. Buna göre karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede temerrüde düşen bir müteselsil borçluya karşı TBK m 125'teki ek imkânları kullanmak isteyen alacaklının, temerrüde düşen müteselsil borçluya vermiş olduğu ek süre, sadece onun açısından sonuç doğurur. Bu husus temerrüde düşen müteselsil borçluların sayısının birden fazla olması halinde de kural olarak aynıdır. Alacaklı temerrüde düşen her bir müteselsil borçluya ayrı ayrı uygun ek süreler vermek durumundadır. Bu noktada ek sürenin alacaklı tarafından yetkili temsilciye de verilebileceği<sup>167</sup> hususu da göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre temerrüde düşen müteselsil borçluların birbirlerini temsil yetkisi bulunmakta ise bu durumda bir borçluya verilen ek sürenin diğerleri açısından da sonuç doğuracağı kabul edilebilir<sup>168</sup>. Ancak bu durumda dahi, kanaatimizce alacaklının ek süre verme iradesini içeren beyanını kime yönelttiği önemlidir. Temerrüde düşen müteselsil borçluların birbirlerini temsil yetkisi bulunsa dahi, alacaklının müteselsil borçlulardan hangisine ek süre verdiğini beyanında belirtmemesi halinde, bu beyana doğrudan muhatap olan müteselsil borçlu açısından hüküm ifade etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Alacaklı beyanda bulunduğu müteselsil borçlu ile birlikte diğerine de ek süre vermek niyetinde ise bunu açık olarak iradesini yönelttiği müteselsil borçluya beyan etmelidir.

TBK m 123 uyarınca borçlulara verilmesi gereken sürenin uygun bir süre olması gerekmektedir. Müteselsil borçlular birbirinden nispi olarak bağımsız olduğu için temerrüde düşmüş olan her bir müteselsil borçlu açısından verilmesi gereken ek sürenin uygunluğu ayrı değerlendirilmelidir. TBK m 123 gereğince verilecek sürenin dürüstlük kuralı temelinde taraflarının menfaatlerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerekir<sup>169</sup>. Hal böyle olunca somut olaydaki değerlendirmeye göre bir borçluya verilmiş olan ek süre uygun olabilirken, diğer bir borçlu açısından aynı ek süre uygun olmayabilir. Her bir müteselsil borçlunun ifayı hazırlamak için içinde bulunduğu şartlar ve sahip olduğu imkânlar birbirinden farklılık arz edebilir. Bu nedenle örneğin bir borçluya bir haftalık bir ek süre verilmesi uygun olabilecek iken diğer bir müteselsil borçlu daha uzun veya daha kısa bir süre uygun süre olarak değerlendirilebilir.

Yine müteselsil borçluların alacaklı karşısındaki borçlarının birbirinden nispi olarak bağımsız olmasının bir sonucu olarak, temerrüde düşmüş bazı müteselsil borçlulara TBK m 123 uyarınca uygun bir ek süre vermek gerekebilir iken diğer

<sup>165</sup> Tuhr and Escher (n 7) 307; Mazan (n 7), Art. 146, para. 4.

<sup>166</sup> Benzer şekilde bkz. Arsebük (n 13) 1015; Canyürek (n 7) 41; Kapancı (n 5) 158-159; Mazan (n 7), Art. 146, para. 4; Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 85.

<sup>167</sup> Eren (n 1) 1139.

<sup>168</sup> Benzer şekilde bkz. Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 85.

<sup>169</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1656.

bazıları açısından TBK m 124 hükmü gereği ek süre verilmesine gerek olmayabilir. Bunun yanı sıra temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlular bakımından da ek süreyi gerektirmeyen sebepler birbirinden farklı olabilir. Söz gelimi temerrüde düşen müteselsil borçlulardan birinin tutumu sebebiyle süre vermenin etkisiz olmasından dolayı (TBK m 123/b. 1 gereği) ona süre vermek gereksiz olabilecek iken, temerrüde düşen diğer bir müteselsil borçlu açısından ise ifanın belirli zamanda gerçekleşmemesi üzerine ifanın kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşıldığı için (TBK m 123/b. 3 gereği) süre vermek gereksiz olabilir. TBK m 123/b. 2’de belirtilen durum ise müteselsil borçluların borçlandığı edimin konusu aynı ise bütün borçlular açısından geçerli olur. Diğer bir deyişle bu ihtimalde bütün temerrüde düşen borçlular için aynı sebep ile süre verilmesinin gereksiz olması söz konusu olur. Zira söz konusu bentte ifanın alacaklı için yetersiz kalması hali düzenlenmiştir. İfanın alacaklı için yetersiz kalması hali söz konusu ise bu durumda bütün temerrüde düşmüş borçlular açısından aynı sebeple ek süre verilmesine gerek olmayan bir hal söz konusu olur. Ancak temerrüde düşen müteselsil borçluların edimleri farklı farklı ise, bu halde müteselsil borçlulardan birinin edimi ifasında alacaklının menfaati kalmamış olsa bile diğer edimi elde etmede menfaatinin olması söz konusu olabilir.

Verilen ek süre boyunca da borç ifa edilmemişse veya süre verilmesi gerekmeyen bir durum bulunmakta ise alacaklının ifa ve gecikme tazminatını istemeye devam edebileceği TBK m 125/f. 1’de belirtilmiştir<sup>170</sup>.

Bu imkânın dışında alacaklının TBK m 125/f. 2’deki haklarını kullanması da mümkündür. Alacaklının bunun için sürenin sonunda kullanmak istediği hakkı borçluya derhal beyan etme zorunluluğu mevcuttur<sup>171</sup>. Alacaklının seçim hakkı yenilik doğuran bir hak olup<sup>172</sup>; seçtiği yolu borçluya beyan etmesi ise yenilik doğuran bir işlem teşkil eder<sup>173</sup>. Borçluya alacaklının bu beyanının ulaşması ile beyan hüküm ifade edecek olup, borçlunun öğrenmesinden sonra alacaklı tarafından bu beyandan dönülmesi söz konusu olmaz<sup>174</sup>.

Alacaklı temerrüde düşen müteselsil bir borçluya karşı bu seçim hakkını kullandığında söz konusu etki sadece bu beyanın yöneldiği müteselsil borçlu açısından söz konusu olur<sup>175</sup>. Temerrüde düşmüş müteselsil borçluya alacaklı seçtiği hakkı beyan etmesiyle artık temerrüde düşen müteselsil borçlu açısından bu sonuç doğmuş olur.

<sup>170</sup> Bu durumda müteselsil borçluluk açısından özellik arz eden hususlarda yukarıda gecikme tazminatına ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Bkz. V. B. 1.

<sup>171</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1667; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1311; Saymen and Elbir (n 10) 751. Derhal beyan etmekten, somut olayın şartları ve niteliği ile dürüstlük kuralları dikkate alındığında gecikmemek anlaşılmalıdır, Kılıçoğlu (n 9) 928.

<sup>172</sup> Kılıçoğlu (n 9) 927; Furrer and Müller-Chen (n 14) 607.

<sup>173</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1671.

<sup>174</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1673.

<sup>175</sup> Koller (n 7), para. 75.147; Eren (n 1) 1236; Arat (n 7) 359. Benzer şekilde bkz. Tuhr and Escher (n 7) 307.

### 3. İfadan Vazgeçerek Olumlu Zararın Tazmini

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun temerrüdü halinde TBK m 125/f. 2 uyarınca alacaklı ifadan vazgeçerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Alacaklının talep edebileceği bu zarar olumlu zarardır<sup>176</sup>. Bu zararın tazmininin talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekir<sup>177</sup>. Bu zararın tazmini bakımından kusurlu ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulur<sup>178</sup>.

Alacaklının temerrüt sonucunda ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini istemesi durumunda, bu tazminatın belirlenmesinde dikkate alınan mübadele ve fark teorileri<sup>179</sup> dikkate alınarak, bu zararın istenip istenemeyeceği ve istenebilecek ise bunun ne şekilde olacağı konusunda bir ayırım yapılmalıdır<sup>180</sup>. Müteselsil borçlulardan sadece biri temerrüde düşmüş ise alacaklı bu temerrüde düşen borçlunun ifasından vazgeçerek bu müteselsil borçludan mübadele teorisi uyarınca tazminat talep edilebilir. Zira bu durumda alacaklı bu durumda kendi edimini müteselsil borçlulardan birine karşı yerine getirebilecek durumdadır ve ifasından vazgeçilmiş olan müteselsil borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünün meydana gelmesi diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırmaz<sup>181</sup>.

Alacaklının olumlu zararının tazminini fark teorisi uyarınca isteyebilmesi için ise doktrinde bir görüşe göre<sup>182</sup> alacaklı tarafından bütün borçlulara süre tayin edilmesi ve ifadan vazgeçildiği bildirimini yapılması gerekir. Bunun gerekçesi ise fark teorisine göre tazminat talep edildiğinde, sadece kendisine karşı ifadan vazgeçilmek suretiyle tazminat talep edilen borçlunun değil, diğer müteselsil borçluların da karşı edimi isteme haklarını yitirmeleridir. Bu görüşe göre bunun aksinin kabul edilmesi halinde böyle bir durumda bir müteselsil borçlu verilen süre içinde borcunu ifa etmemek suretiyle diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırmış olur.

<sup>176</sup> Kılıçoğlu (n 9) 930; Tekinay and others (n 2) 962; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1317; Erdoğan (n 1) 229; Ayşe Havutçu, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1995) 67; Furrer and Müller-Chen (n 14) 611; Schwenzer (n 4) para. 66.27; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 275. Bu zarar kalemleri için bkz. Kılıçoğlu (n 9) 930; Eren (n 1) 1145; Havutçu (n 176) 74-75; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. “2769ff”; Furrer and Müller-Chen (n 14) 611-612.

<sup>177</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1677.

<sup>178</sup> Eren (n 1) 1147; Tunçomağ (n 4) 949; Tuhr and Escher (n 7) 154. Ayrıca bkz. Tekinay and others (n 2) 962.

<sup>179</sup> Mübadele teorisinde, olumlu zararın tazminini isteyen alacaklı kendi edimini yerine getirmesi söz konusu iken, fark teorisinde alacaklı kendi edimini aynen yerine getirmek zorunda olmayıp, kendi edimini borçlunun ödeyeceği tazminat miktarından düşürür ve aradaki farkı talep eder, bkz. Havutçu (n 176) 77. Bu teoriler hakkında bilgi için ayrıca bkz. Eren (n 1) 1146; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. “1298ff”; Kılıçoğlu (n 9) 933-934; Havutçu (n 176) “76ff”; Büren (n 7) “376ff”; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. “2777ff”; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 275; Kramer and Probst (n 3) para. 496.

<sup>180</sup> Bu şekilde bir ayırma gitmeksizin bu hakkın ancak temerrüde düşen müteselsil borçluya karşı kullanılabileceği yönünde bkz. Tuhr and Escher (n 7) 307.

<sup>181</sup> Havutçu (n 176) 113.

<sup>182</sup> ibid 113 ve orada dn 75'te belirtilen yazarlar.

Kanaatimizce temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlu veya borçlulardan fark teorisi uyarınca olumlu zararın istenebilmesi için her zaman bütün borçlulara süre tayin edilmesi ve ifadan vazgeçildiği bildirimini yapılması gerekli değildir. Bu noktada önem arz eden husus fark teorisine göre olumlu zararı isteyecek olan alacaklının, karşı edimini yerine getireceği müteselsil borçlu veya borçluların kim olduğudur. Müteselsil borçluların tamamının, alacaklıdan bir karşı edim alacağı olduğu hallerde, alacaklı temerrüde düşmüş olan tek bir müteselsil borçludan yukarıda da belirtildiği üzere ifadan vazgeçilerek olumlu zararın tazminini talep edememelidir. Zira bu durumda diğer müteselsil borçlular karşı edim alacağını kaybetmiş ve böylece durumları ağırlaştırmış olur. Ancak alacaklının karşı edimini yerine getirmesi gereken sadece bir veya birkaç müteselsil borçlu söz konusu ise (bütün müteselsil borçlular karşı edim alacaklısı değil ise) bu durumda bütün müteselsil borçluların temerrüde düşmesini, bunların tamamına ek süre vermeyi ve bunların tamamına ifadan vazgeçildiği bildirimini yapılmasını gerektirecek haklı bir menfaat bulunmamaktadır. Böyle durumlarda alacaklının fark teorisine göre olumlu zararını isteyebilmesi için karşı edim alacaklısı olan müteselsil borçlunun veya borçluların temerrüde düşmüş olması yeterlidir. Karşı edim alacaklısı olmayan, diğer bir deyişle sadece müteselsil borçlu olarak bulunanların böyle bir hal karşısında durumunun ağırlaştığından da söz etmek mümkün değildir. Örneğin bir müteselsil borçlu temerrüde düştüğünde bu borç ilişkisi içinde, alacaklıdan talep edilecek karşı edim alacağını da sadece bu müteselsil borçlu talep edebilecek ise bu durumda sadece bu müteselsil borçludan fark teorisine göre olumlu zararın tazmini talep edilebilir. Diğer müteselsil borçluların zaten bir alacağı olmadığından, durumlarının kötüleştiğinden de bahsedilemez.

Alacaklı temerrüde düşmüş olan kusurlu müteselsil borçluya karşı ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini talep ettiğini beyan etmiş ise artık bu müteselsil borçludan ifayı talep edemez<sup>183</sup>. Şayet alacaklı temerrüde düşmüş olan müteselsil borçluya karşı bir edim yükümlülüğü altında değil ise uğradığı zararın tamamının tazminini isteyebilir<sup>184</sup>.

<sup>183</sup> Böyle bir halde temerrüde düşmemiş olan borçlu başlangıçtaki edimini ifa ederek borçtan kurtulabilir (Arsebük (n 13) 1015).

<sup>184</sup> Doktrinde Dağdelen, temerrüde düşen müteselsil borçluya karşı alacaklının ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini istediğinde, bu borçlunun teselsül ilişkisine dahil olan borcunun sona ereceğini, bu sona ermeden de diğer borçluların TBK m 166/f. 2 uyarınca yararlanacakları ve olumlu zararın hesaplanmasında da bunun dikkate alınacağını ifade etmiştir. Yazara göre örneğin, 1000 TL değerinde 100 kasa portakalın teslimini müteselsilen borçlanan iki borçludan birine karşı, temerrüdü nedeniyle ifadan vazgeçilerek olumlu zararın talep edilmesi durumunda, temerrüde düşen borçlunun borcu sona erer. İç ilişkide bu borçlunun sorumlu olduğu teslim miktarı 70 kasa ise diğer borçlunun borcu da 100 kasa portakal tesliminden 30 kasa portakal teslimine düşer. Alacaklının olumlu zararı ise 70 kasa portakalın değeri olan 700 TL ve diğer giderlerdir. Bkz. Dağdelen (n 9) 107. Yazara göre, temerrüde düşen borçlunun sona ermeyip şekil değiştirdiği kabul edilirse, bu durumda diğer borçluların alacaklı karşısındaki durumları değişmez. Diğer borçlular başlangıçta borçlandıklarını ifa ile yükümlü olmaya devam ederler. Mütemerrit borçludan tazminat elde edilmesi durumunda diğer borçluların borcu da sona erer ve tazminat da ifa halindeki durum ile ifa etmeme durumu arasındaki farka göre belirlenir. bkz. Dağdelen (n 9) 108. Kanaatimizce alacaklıya taraflar arasındaki iç ilişkiyi bilemeyeceği gibi bu şekilde bir zorunluluğu da yoktur. Ayrıca müteselsil borçluların edimlerinin birbirinden farklı olması durumunda söz temerrüde düşmemiş olan borçlunun borcunun ne şekilde indirileceği hususu da önemli problemler oluşturabilecektir. Bu nedenle bizim yukarıda belirttiğimiz ve yazara da ikinci olarak belirttiği hususun kabulü meseleyi daha basit olarak çözebilecektir.

Alacaklı müteselsil borçlulardan birini temerrüde düşürüp olumlu zararını isteyebilecek durumu oluşturduğunda, hem temerrüde düşen borçludan olumlu zararını içeren tazminatı hem de diğer müteselsil borçlulardan başlangıçta kararlaştırılan edimi isteyemez, bunlardan ancak birini tercih etmek durumundadır<sup>185</sup>. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir husus, şartları gerçekleştiğinde müteselsil borçlulardan birine karşı ifadan vazgeçip olumlu zararın talep edilmesinin, diğer müteselsil borçluları etkilememesidir. Bu noktada temerrüde düşmemiş diğer borçlular sözleşmedeki edimi yerine getirerek borcu sona erdirirler<sup>186</sup> ise diğer borçlulardan söz konusu olumlu zararın tazmini istenemez<sup>187</sup>. Kanaatimizce bu durumda alacaklının ifadan vazgeçme sebebiyle söz konusu olabilecek olumlu zararı temerrüde düşmüş ve kendisine karşı ifadan vazgeçildiği beyan edilmiş olan müteselsil borçludan istenmesi de mümkün olmaz<sup>188</sup>. Zira burada alacaklının talep edebileceği olumlu zarar ifanın yerini almaktadır. Aksi durumda alacaklı hem ifayı hem de ifaya olan menfaatini elde etmiş olur. Diğer taraftan temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlu kendisine karşı ifadan vazgeçerek olumlu zararını talep eden alacaklının bu zararını tazmin ederse, diğer müteselsil borçluların da borcu sona ermiş olur<sup>189</sup>.

Birden fazla müteselsil borçlunun temerrüde düşmesi ve alacaklının bunların tamamına karşı ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmini talebinde bulunması halinde kanaatimizce mütemerrit müteselsil borçluların olumlu zararın tazmininden de müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmelidir.

#### 4. Sözleşmeden Dönme ve Olumsuz Zararın Tazmini

Alacaklının borçluya vermiş olduğu ek süre sonucunda borcunu ifa etmediği (veya ek sürenin gerekmediği) hallerde sahip olduğu diğer bir imkân TBK m 125/f. 2’de belirtilen sözleşmeden dönme hakkıdır<sup>190</sup>. Sözleşmeden dönmenin sonuçları ise TBK m 125/f. 3’te belirtilmiştir. Buna göre, “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”. Görüldüğü üzere hükümde sözleşmeden dönmenin tarafların edimleri ifa yükümlülüğünden kurtardığı ve ifa etmişler ise iade talep

<sup>185</sup> Benzer şekilde bkz. Krauskopf (n 7), Art. 146, para. 86.

<sup>186</sup> Tuhr and Escher (n 7) 307.

<sup>187</sup> Şahin Caner (n 7) 245; Canyürek (n 7) 41.

<sup>188</sup> Aksi görüşte bkz. Arsebük (n 13) 1015, fn. 67.

<sup>189</sup> Kanaatimizce olumlu zararını tazmin eden mütemerrit borçlu ödediği tazminatın tamamını diğer müteselsil borçlulara rücu edememeli, temerrüde düşmemiş olan müteselsil borçlulara edimin değerinden onların iç ilişkideki payları oranında rücu edebilmelidir. Aksinin kabulü edimin değerinden daha fazlasını tazmin etmiş olan müteselsil borçlunun bu durumu diğer müteselsil borçlulara yansıtması suretiyle onların durumunu ağırlaştırması anlamına gelir ve TBK m 165’e aykırılık teşkil eder.

<sup>190</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2007) “7ff”; Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Tıpkı Basım, Yetkin 2014) “45ff”.

edebilecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca borçlunun kusursuzluğunu ispatlayamadığı hallerde alacaklının sözleşmeden dönme sebebiyle uğradığı zararı da talep edebileceği ifade edilmiştir.

Sözleşmeden dönmenin etkisi tartışmalı<sup>191</sup> olmakla birlikte kabul ettiğimiz klasik dönme görüşüne göre sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşme ilişkisi kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili olarak ortadan kalkar<sup>192</sup>. Alacaklının sahip olduğu dönme hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak teşkil eder<sup>193</sup>. Sözleşmeden dönme üzerine artık tarafların birbirinden ifa talep etmesi mümkün olmaz<sup>194</sup>. Sözleşmeden dönme ile tarafların önceden verdikleri veya yaptıklarının artık hukuki sebebi ortadan kalkar<sup>195</sup>. Tarafların ifa ettikleri edimlerini ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre birbirlerine iade etmeleri gerekir<sup>196</sup>. Buna göre gerek iade yükümlülüklerine gerekse buna ilişkin zamanaşımı süresine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır.

Sözleşmeden dönme üzerine borçlu uğramış olduğu olumsuz zararının tazminini talep edebilir. Bu zarar sözleşmeden dönme sebebiyle alacaklının uğramış olduğu zararı ifade eder<sup>197</sup>. Bu zarar alacaklının sözleşmenin yapılmış olmaması halinde uğranılmayacak olan zararları içerir<sup>198</sup>. Bu zararın talep edilebilmesi için TBK m 125/f. 3'ten de anlaşıldığı üzere borçlunun kusuru gerekmektedir.

Sözleşmeden dönme dar anlamda borcu değil, geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren hallerden biridir. Bu nedenle doktrinde isabetli olarak müteselsil borç ilişkisinde alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için bütün borçluların temerrüde düşmüş olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>199</sup>. Buna göre alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için bütün borçluların temerrüde düşmüş olması, TBK m 124'te belirtilen

<sup>191</sup> Sözleşmeden dönmenin etkisi hakkında savunulan görüşler için bkz. Eren (n 1) "1148ff"; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. "1689ff"; M. T. Öz, "Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi" [13] MHAD 131 "133ff"; Buz (n 190) "118ff"; Serozan (n 190) "59ff".

<sup>192</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1690; Tunçomağ (n 4) 951; Saymen and Elbir (n 10) 756; Tuhr and Escher (n 7) 155; Öz (n 191) 134.

<sup>193</sup> Hatemi and Gökyayla (n 1), §26, para. 90; Eren (n 1) 1148; Öz (n 191) 134. Eren (Eren (n 1) 1150) ve Hatemi ve Gökyayla (Hatemi and Gökyayla (n 1), §26, para. 92), yeni dönme görüşünü, Öz ise aynı etkili dönme görüşünü (Öz (n 191) 172) benimsemektedir.

<sup>194</sup> Tuhr and Escher (n 7) 155; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1690.

<sup>195</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1690.

<sup>196</sup> Eren (n 1) 1149; Kılıçoğlu (n 9) 936.

<sup>197</sup> Eren (n 1) 1152.

<sup>198</sup> Kılıçoğlu (n 9) 930-931. Bu zarar kalemleri için bkz. Kılıçoğlu (n 9) 931; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1706; Tunçomağ (n 4) 956; Reisoğlu (n 4) 390-391; Tuhr and Escher (n 7) 156-157; Furrer and Müller-Chen (n 14) 611; Keller and Schöbi Christian, *Keller, Max/Schöbi, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (n 68) 279.

<sup>199</sup> Akıntürk (n 7) 200; Funk (n 7) 214; Oser and Schönenberger (n 5) 911; Velidedeoğlu and Özdemir (n 7) 314; Canyürek (n 7) 41; Saymen and Elbir (n 10) 786; Buz (n 190) 296-297; Kapancı (n 5) 159; Şahin Caner (n 7) 245; Arat (n 7) 359; Mazan (n 7), Art. 146, para. 4; Bucher (n 4) 495, fn. 42; Keller and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (n 7) 11; Graber (n 7), para. 3; Gauch, Schlupe and Emmenegger (n 9) para. "3725ff"; Gautschi (n 8) para. 14; Huguenin (n 3) para. 2305; Becker (n 9), Art. 146, para. 2; Tuhr and Escher (n 7) 307; Berger (n 5) para. 2424; Müller (n 7), Art. 146, para. 1; Kratz (n 9), Art. 146, para. 33; Jung (n 9), Art. 146, para. 2.

istisnai bir durum olmadıkça alacaklının müteselsil borçlulara TBK m 123'te öngörülen uygun ek süreyi vermesi gerekir. Alacaklının tek bir müteselsil borçluya karşı sözleşmeden dönme beyanında bulunması diğer müteselsil borçluların da içerisinde bulunduğu sözleşmeden doğan borç ilişkisini ortadan kaldırmaz. Aksinin kabulü gerek müteselsil borçlulardan birinin davranışından (borcu ifa etmemek suretiyle temerrüde düşme), gerekse alacaklının davranışından (sözleşmeden dönme bildirim) dolayı, diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırmak anlamına gelir. Zira diğer söz konusu durumda henüz diğer müteselsil borçluların temerrüdü dahi söz konusu olmaksızın sözleşme ilişkisinin dışında kalmaları söz konusu olur. Ayrıca temerrüde düşmemiş olan müteselsil borçlular, alacaklıdan bir karşı edim alacaklısı iseler sözleşmeden dönme durumunda bunu da kaybederler ki bunun kabul edilebilmesi isabetli olmaz<sup>200</sup>.

Bütün müteselsil borçlular açısından sözleşmeden dönmenin şartları oluşmamış olsa da alacaklı temerrüde düşmüş ve kendisine verilen ek süre boyunca da ifa etmeyen münferit bir müteselsil borçluya sözleşmeden dönme beyanında bulunmuş olabilir. Bu durumda alacaklının bu beyanının en azından sözü geçen müteselsil borçlu arasındaki ilişkiyi sona erdirip erdirmediği, diğer bir ifade ile bu dönme beyanının geçerli olup olmadığı ele alınmalıdır. Zira bu soruya verilecek cevap birçok noktada önem arz etmektedir. Bu soruya verilecek cevaba göre; diğer müteselsil borçlular hakkında dönmenin şartları gerçekleştiğinde, bu borçluya tekrar bir dönme beyanında bulunulması gerekip gerekmediği tespit edilecek; alacaklının borçludan ifayı talep etmeye devam edip edemeyeceği belirlenecek; dönme beyanında bulunulmuş müteselsil borçlunun daha sonra yapmak istediği ifanın, borçlunun mu yoksa üçüncü kişinin ifası mı teşkil edeceği belirlenecek ve buna bağlı olarak bu borçlunun rücu hakkı tayin edilecektir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre<sup>201</sup> burada alacaklının temerrüde düşen borçluya karşı sözleşmeden dönmesi geçerli olur. Dönmenin etkisi sadece bu borçlu açısından söz konusu olur ve bu borçlu artık karşı edimi talep edemez ve alacaklının temerrütten dolayı uğradığı zarardan da münhasıran sorumlu olur. Diğer müteselsil borçlular ile alacaklı arasındaki ilişki ise devam eder<sup>202</sup>.

Kanaatimizce alacaklının sözleşmeden dönmesi bütün müteselsil borçluların temerrüde düşmesinin ardından, bütün borçlulara yönelteceği bir beyanla mümkün

<sup>200</sup> Benzer şekilde bkz. Buz (n 190) 296.

<sup>201</sup> Canyürek (n 7) 42-43; Feyzioğlu (n 7) 321; Dağdelen (n 9) 108-109; Şahin Caner (n 7) 246; Krauskopf (n 7), Art. 146 para. 17 ve Art. 146, para. 87. Krauskopf'a göre müteselsil borçlulardan biri hakkında sözleşmeden dönmenin şartları oluşmuş ise söz konusu borçluya karşı sözleşmeden dönülebilecektir. bkz. Krauskopf (n 7), Art. 146 para. 17 ve Art. 146, para. 87.

<sup>202</sup> Dağdelen bu durumda diğer müteselsil borçluların borçlarının da TBK m 166/f. 2 hükmünün izin verdiği ölçüde sona ereceğini kabul etmektedir. Yazara göre ayrıca temerrüde düşen borçlunun karşı edime ilişkin talebi sona erer, alacaklının da karşı edimi bölünebilir nitelikte ise borçluya düşen miktar oranınca sona erer. Alacaklının karşı edimi bölünebilir bir nitelik arz etmez ise bu halde bir azalmadan bahsedilmez ancak, alacaklı bu halde zararını menfi zarar talebi içerisinde isteyebilir. Bkz. Dağdelen (n 9) 109.



olmalıdır<sup>203</sup>. Dolayısıyla alacaklının sadece temerrüde düşen tek bir borçluya karşı yaptığı dönme beyanını geçersiz olarak kabul etmek gerekir. Zira kanaatimizce müteselsil borç ilişkisi alacaklı ve borçlular arasındaki geniş anlamdaki borç ilişkisini ifade eder ve bu yönüyle geniş anlamda sözleşmeden doğan tek bir geniş anlamda borç ilişkisi mevcuttur<sup>204</sup>. Her bir münferit müteselsil borçlunun alacaklı ile söz konusu olan ve nispi olarak bağımsızlık arz eden bağı ise dar anlamda borçları bakımındandır. Bu nedenle bu geniş anlamdaki borç ilişkisinden sadece bir borçluya yapılan dönme beyanı ile bu geniş anlamdaki müteselsil borçluluk ilişkisi çözülmez. Kendisine dönme beyanında bulunulan müteselsil borçlu ile alacaklı arasında ayrı bir geniş anlamda borç ilişkisi bulunmadığından bu ilişkinin ortadan kalkması da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle bu dönme beyanını geçerli kabul etmemek gerekir<sup>205</sup>.

Alacaklının tek bir müteselsil borçluya karşı dönme beyanını geçerli saymanın diğer bir sakıncası ise söz konusu durumda borçluların durumunun ağırlaşmasıdır. Yukarıda zikredilen görüşe göre temerrüde düşen müteselsil borçlu borç ilişkisinden çıkıp diğer müteselsil borçlular ile alacaklı arasında önceki gibi hukuki ilişki devam edecektir. Bu durumda diğer müteselsil borçlulardan borcu ifa ettiğinde temerrüde düşen borçlu borç ilişkisine artık dahil olmadığı için ona karşı TBK m 167 vd. uyarınca rücu edilmesi de mümkün olmayacaktır. Aynı zamanda söz konusu borçlunun bu borç ilişkisinden çıkması nedeniyle diğer borçluların iç ilişkideki payı da artmış olacaktır. Bu ise görüldüğü üzere diğer müteselsil borçluların durumunu ağırlaştırmaktadır. Halbuki alacaklının bu aşamadaki dönme beyanını geçersiz sayılması halinde, alacaklının kendisine dönme beyanında bulunduğu borçlu, müteselsil borçlu olmaya devam edeceğinden, alacaklı ondan ifayı tekrardan talep edebileceği gibi, diğer müteselsil borçluların bu borçluya rücu etme imkânı devam edecektir.

Alacaklının temerrüde düşmüş tek bir müteselsil borçluya karşı yaptığı dönme beyanının geçerli kabul edilmesinin diğer bir sakıncası ise kanaatimizce talep edilecek tazminatlar yönündendir. Alacaklı dönme beyanı üzerine kendisine karşı sözleşmeden dönülen borçludan olumsuz zararının karşılanmasını isteyebilecektir. Diğer borçlular ile sözleşme ilişkisi devam ettiğinden diğerlerinden de ifayı kabul edebilecek; diğer borçlulardan bazıları temerrüde düştüğü takdirde ifa ve gecikme tazminatı veya ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep edebilecektir. Görülmektedir ki bu durumda alacaklı aynı müteselsil borçluluk ilişkisi içerisinde alacaklı hem olumsuz zararını hem olumlu zararını veya gecikme tazminatını talep edebilecektir. Bu ise kanaatimizce kabul edilemez bir sonuçtur. Zira sözleşmeden doğan borç ilişkisi içerisinde alacaklı hem ifayı veya ifaya olan menfaatini, hem

<sup>203</sup> Bu yönde bkz. Becker (n 9), Art. 146, para. 2.

<sup>204</sup> Ayrıca bkz. Kapancı (n 5) 26, fh. 106 ve 271.

<sup>205</sup> TBK m 117 vd. uyarınca şartları gerçekleşmiş bir dönme beyanının geçersiz sayılması, müteselsil borçluluk ilişkisinin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

de sözleşmenin geçersizliğinden kaynaklanan zararını talep edememelidir. Aksinin kabulü tek bir borçlu ile sözleşmesel borç ilişkisi içinde bulunsaydı elde edemeyeceği bir konuma müteselsil borçluluk sayesinde alacaklıyı kavuşturmak anlamına gelir<sup>206</sup>.

Sözleşmeden dönmenin şartlarının gerçekleşmesinin ardından alacaklının bütün borçlulara yönelteceği dönme beyanı ile müteselsil borç ilişkisini doğuran sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmış olur. Bu durumda gerek müteselsil borçlular gerekse alacaklı edimlerini ifa etmekten kurtulur.

Yerine getirilmiş edimlerin iadesi ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilebilir. Alacaklıya karşı yerine getirilmiş bir edim var ise alacaklı bunu yerine getirmiş olan müteselsil borçluya iade eder. Sözleşmeden dönen alacaklı edimi müteselsil borçluların tamamına ifa etmişse, müteselsil borçluların tamamı, eğer sadece borçlulardan birine ifa etmişse bu müteselsil borçlu iade eder.

Alacaklı sözleşmeden dönmesi sebebiyle uğramış olduğu zararı kusursuzluğunu ispat edememiş olan müteselsil borçlulardan talep edebilir. Kanaatimizce kusurlu müteselsil borçluların olumsuz zararın tazmini noktasında da müteselsil olarak sorumlu olduklarının kabulü gerekir.

## 5. Sürekli Edimli Sözleşmelerde Sözleşmenin Feshi ve Olumlu Zararın Tazmini

818 sayılı BK'da yer almayan yeni bir madde olan TBK m 126'da sürekli edimli<sup>207</sup> sözleşmeler<sup>208</sup> açısından borçlu temerrüdü ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre sürekli edimli bir sözleşmenin ifasına başlanmış ise alacaklının elinde iki imkân mevcuttur. Bunlardan ilki alacaklının ifa ve gecikme tazminatı isteyebilmesi; ikincisi ise alacaklının sözleşmeyi feshetmesi ve sözleşme süresinden önce sona erdiği için uğradığı zararın<sup>209</sup> giderilmesini istemesidir.

Sürekli edimli sözleşmelerde de yine temerrüdün sonuçlarından kural olarak temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlu sorumlu olacak, temerrüde düşmeyen borçluları bu durum etkilemeyecektir. Gecikme tazminatından kural olarak temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlu şahsen sorumlu olur, birden fazla müteselsil borçlunun kusurları ile temerrüde düşmeleri halinde gecikme tazminatından müteselsil sorumlu olduklarını kabul etmek gerekir.

<sup>206</sup> Müteselsil borçluluğun borçluların borcun tamamından sorumlu olması, alacaklının dilediği borçluya başvurabilmesi gibi alacaklı lehine özellikleri bulunmaktadır. Ancak müteselsil borçluluğun alacaklıya normalde elde edemeyeceği menfaatleri sağlamak gibi bir amacı bulunmamaktadır.

<sup>207</sup> Bir borçlunun zaman içerisinde, sürekli olarak ve aralıksız bir davranışını gerekli kılan edimler, sürekli edimlerdir, (ibid, §3, para. 7). Sürekli borç ilişkisi hakkında bilgi için bkz. Seliçi (n 1) "4ff".

<sup>208</sup> Sürekli edimli sözleşmeler hakkında bilgi için bkz. Zeynep D Taşkın, 'İfasına Başlanmış Sürekli Edimli Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdü' [2018] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 429 "431ff".

<sup>209</sup> Burada söz konusu olan zarar olumlu zarar olacaktır. Bkz. Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1716; Taşkın (n 208) 463 Gülmelahat Doğan, 'Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü' [72] ABD 385 407.

Sözleşmenin feshi bakımından da genel olarak sözleşmeden dönme için gerçekleşmesi gereken şartlar aranır<sup>210</sup>. Sözleşmenin feshi bakımından da bütün müteselsil borçluların temerrüde düşmesi ve gerekiyor ise ek süre verilmesinin ardından bütün müteselsil borçlulara yöneltilecek bir beyan ile sözleşmenin feshedilmesi gerekir. Sözleşmenin feshinin ardından alacaklının uğramış olduğu zararın tazmin edilmesinden de temerrüde düşmede kusuru olan borçluların müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmelidir.

Sözleşmenin feshi ileriye etkili olur<sup>211</sup>. Fesih tarihinden sonrası için edimler önceden ifa edilmiş ise bunlara ilişkin karşılıklı iade talepleri gündeme gelir<sup>212</sup>. Buna göre müteselsil borçlulardan fesih tarihinden sonraki dönem için sözleşmeyi fesheden alacaklıya önceden bir ifade bulunulmuş ise bunun iadesini talep edebilir.

Sürekli edimli sözleşmelerde ifaya henüz başlanılmadan borçlu temerrüdü gerçekleşmiş ise bu halde sözleşmeden dönme söz konusu olur ve olumsuz zararın tazmini talep edilebilir<sup>213</sup>. Bu halde müteselsil borçluların durumu için sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazminine ilişkin açıklamalarımız geçerlidir.

## Sonuç

Sözleşmesel çerçevede müteselsil olarak borç altına girme farklı biçimlerde gerçekleşebilir. İlk olarak bu bir sözleşme yapmak yoluyla gerçekleşebilir. Tarafların birlikte müteselsil borçluluğu kabul etmesi, borca katılma ve sözleşmeye katılma gibi hallerde müteselsil borçluluk sözleşmeden doğar ve sözleşmesel çerçevede bir müteselsil borçluluk gerekir.

Bunun yanı sıra kanunun müteselsil borçluluğu öngördüğü hallerden bazılarında da yine sözleşmesel çerçevede müteselsil borçluluk meydana gelebilir. Burada önemli olan, kanunda müteselsil borçluluğun öngördüğü her halde değil, niteliği gereği bir sözleşme ilişkisi kapsamında tarafları müteselsil borçlular olarak bir araya getiren bir kanun hükmünün varlığıdır.

Sözleşmesel çerçevede bir araya gelen müteselsil borçluların temerrüdü bakımından temel kural temerrüdün şartları ve bunun sonuçlarının kural olarak her bir müteselsil borçlu bakımından bağımsız olarak değerlendirilmesidir. Ancak bazı durumlarda bunun istisnaları söz konusu olabilir.

<sup>210</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1717. Karş. Kılıçoğlu (n 9) 938.

<sup>211</sup> Bucher (n 4) 384; Kılıçoğlu (n 9) 937; Tercier, Pichonnaz and Develioğlu (n 2), §25, para. 1326b; Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1713; Gauch, Schluep and Emmenegger (n 9) para. 2815. Ayrıca bkz. Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1441; Kocayusufpaşaoğlu and others (n 1), §2, para. 5; Seliçi (n 1) 115 ve 119.

<sup>212</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1716; Doğan (n 209) 407.

<sup>213</sup> Oğuzman and Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (n 2) para. 1717; Seliçi (n 1) 223 Taşkın (n 208) 448-449.

Müteselsil borçluların borçlarının muacceliyet tarihleri ve temerrüt tarihleri birbirinden farklılaşabilir. Bir müteselsil borçlunun borcunun muacceliyetine rağmen sahip olduğu bir defa hakkını kullanması sadece bu borçlunun temerrüdüne engel olur. Alacaklının müteselsil borçlulardan biri ile bir tecil anlaşması yapması bu borçlu açısından sonuç doğurur ve bu anlaşma alacaklı tarafından anlaşma yapılan borçlunun durumunun diğer müteselsil borçlular aleyhine iyileştirilmesi olarak kabul edilemez.

Bir müteselsil borçluya yapılmış olan temerrüt ihtarı, o müteselsil borçlunun, diğer müteselsil borçlular adına ihtarı kabul etme yetkisi olmadıkça, sadece ihtarda bulunulan müteselsil borçlu açısından temerrüt sonucunu doğurur. Müteselsil borçluların tamamını temerrüde düşürmek için kural olarak tamamına ihtarda bulunmak gerekir. Ayrıca müteselsil borçlulardan bazılarının ihtarla düşürülmesi için ihtarla gerek bulunmayabilir. Temerrüt için ihtarın gerekip gerekmediği her bir müteselsil borçlu bakımından ayrı değerlendirilmelidir.

Temerrüdün gerçekleşebilmesi için borcun ifasının mümkün olması gerekir. Borcun konusunun herhangi bir müteselsil borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması halinde bütün müteselsil borçlular borçlarından kurtulur. Müteselsil borçlulardan birinin kusuru ile borcun konusu imkânsızlaşmış ise taraflar bu imkânsızlıktan diğer borçluların da sorumlu olacağını kararlaştırmışlar ise diğer borçlular da müteselsil olarak sorumlu olur. Ancak bu şekilde bir kararlaştırma yoksa bu durumda olması gereken hukuk bakımından söz konusu olacak tazminattan sadece imkânsızlığa sebep olanın değil diğer borçluların da müteselsilen sorumlu olmaları kabul edilmelidir. Birden fazla müteselsil borçlu kusurları ile imkânsızlığa sebep vermiş iseler bunlar da tazminattan müteselsil olarak sorumludur.

Temerrüdün gerçekleşmesi için alacaklının ifayı kabule hazır olması da şarttır. Bu noktada alacaklının temerrüdü söz konusu ise borçlu temerrüdüne de engel olur. Alacaklının müteselsil borçlulardan birinin ifa teklifini reddeden alacaklının temerrüde düşmesi, diğer müteselsil borçluların temerrüdünü de engeller.

Temerrüde düşmüş her bir müteselsil borçlunun kural olarak aynen ifada bulunması mümkündür. Buna karşın alacaklı da her bir müteselsil borçludan aynen ifayı talep edebilir. Gecikme tazminatı ancak kusurlu olarak temerrüde düşmüş olan müteselsil borçludan istenebilir. Birden fazla müteselsil borçlu kusurları ile temerrüde düşmüş ise bu durumda gecikme tazminatından da müteselsil olarak sorumlu oldukları kabul edilmelidir. Kusurlu olarak temerrüde düşen müteselsil borçluların temerrüt tarihleri birbirinden farklı ise sonradan temerrüde düşen müteselsil borçlunun zarardan sorumluluğu olduğu kadarıyla müteselsil sorumluluk kabul edilmelidir.

Beklenmedik halden temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlu sorumlu olur. Temerrüde düşen birden fazla borçlu mevcut ise bunların beklenmedik halden sorumluluklarının da müteselsil olduğunun kabulü gerekir.

Sözleşmesel çerçevede gerçekleşen müteselsil borçlulukta, her bir borçlu ile alacaklı arasında kararlaştırılan temerrüt faizi oranı aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Birden fazla müteselsil borçlu temerrüde düşmüş ise temerrüt faizinden de müteselsil olarak sorumlu olmalıdır. Bu durumda işlemiş olan temerrüt faizinin ne kadarından müteselsil olarak sorumlu olunacağı belirlenmesinde, faiz oranı, temerrüdün gerçekleştiği tarih önem arz eder. Müteselsil borçlulardan temerrüt faizinden sorumlu olduğu bir durumda, temerrüde düşmeyen bir borçlunun asıl borcu ödemesi ve alacaklının bu ödemeyi çekince ileri sürmeksizin kabul etmesi halinde yine de temerrüt faizi temerrüde düşen borçludan talep edilebilir.

Alacaklının temerrüt faizi ile karşılanmayan bir aşkın zararı mevcut ise bu zararı kusuru ile temerrüde düşmüş müteselsil borçludan talep edebilir. Birden fazla müteselsil borçlu kusurları ile temerrüde düşmüş ise bu borçlular aşkın zarardan da müteselsil olarak borçludur. Bu son bahsedilen borçlular açısından kabul edilmesi gereken müteselsil sorumluluğun miktarı, en fazla temerrüt faizini ödeyen müteselsil borçlunun ödediği miktarı aşan zarar tutarında olmalıdır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde tanınan ek imkânlardan yararlanmak için verilmesi gereken ek süreden sadece kendisine ek süre verilen müteselsil borçlu yararlanabilir. Bunun yanı sıra durumun özelliklerine göre temerrüde düşmüş olan müteselsil borçlulardan bazılarında ek süre vermek gerekebilir iken bazıları bakımından ise gerekemeyebilir. Müteselsil borçlulara verilmesi gereken sürenin uygunluğu her bir müteselsil borçlu bakımından ayrı değerlendirilmelidir. Verilen süre sonucunda seçimlik hakkın kullanılması da sadece bu beyanın yöneltildiği müteselsil borçlu açısından sonuç doğurur.

Müteselsil borçlulara karşı alacaklının ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazmininin istenebilmesi bakımından mübadele ve fark teorileri bakımından ayırım yapılarak bir sonuca varılmalıdır. İfadan vazgeçilerek olumlu zararın tazmininin istenebileceği durumlarda bu tazminat talebinin kendisine yöneltilmiş müteselsil borçludan artık ifa talep edilemez. Diğer müteselsil borçlular ise başlangıçtaki edimi ifa ederek borcu sona erdirebilirler. Bu durumda artık kendisine karşı vazgeçme beyanında bulunulan borçludan olumlu zararın istenmesi de söz konusu olmaz. Diğer taraftan temerrüde düşen borçlunun olumlu zararı tazmin etmesi ile diğer müteselsil borçluların borcu da sona erer. Birden fazla müteselsil borçlu kusurlu olarak temerrüde düşmüş ve kendilerinden olumlu zararın tazmini talep edilmiş ise bu durumda bu borçluların müteselsil olarak sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

Alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için bütün müteselsil borçluların temerrüde düşmüş olması ve onlar hakkında sözleşmeden dönmenin şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bir tek müteselsil borçluya yöneltilen dönme beyanı bütün sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayacağı gibi bu borçlu açısından da müteselsil borçluluğun sona ermesine neden olmaz. Sözleşmeden dönmenin geçerli olabilmesi için bütün müteselsil borçlulara yöneltilen bir beyan gerekir. Sözleşmeden dönme üzerine alacaklı elde ettiği bir edim varsa bunu kendisine ifa eden müteselsil borçluya iade eder. Sözleşmeden dönen alacaklı kendi edimini borçluların tamamına ifa etmişse bu borçluların tamamı, sadece bir müteselsil borçluya ifa etmişse bu müteselsil borçlu iade ile yükümlüdür. Kusurlu müteselsil borçlular dönme üzerine söz konusu olumsuz zararın tazmininden de müteselsilen sorumlu olmalıdır.

Sürekli edimli sözleşmeler bakımından sözleşmenin feshi halinde müteselsil borçlunun durumu sözleşmeden dönmedeki durum ile benzerlik gösterir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

## Bibliyografya/Bibliography

- Akıntürk T, *Müteselsil Borçluluk* (AÜHF Yayınları 1971).
- Akkanat H, 'İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü', *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta 2000).
- Arat A, 'Müteselsil Borçlarda Alacaklı ile Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm ve Sonuçları' (2018) 26(2) SÜHFD 325.
- Arsebük E, *Borçlar Hukuku C. 1 ve C. 2* (3rd edn, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik 1950).
- Aydın Ünver T, 'Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği', *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan* (Der 2015).
- Ayrancı H, *Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK m 105)* (Yetkin 2006).
- Bahadır Z, 'Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma' (2013) 17(3) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.
- Barlas N, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* (Kazancı 1992).
- Becker H, *Berner Kommentar, B. VI, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR* (2nd edn, Stämpfli 1945).
- Berger B, *Allgemeines Schuldrecht* (3rd edn, Stämpfli 2018).
- Bozer A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2nd edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2007).
- Brox H and Walker Wolf-Dietrich, *Allgemeines Schuldrecht* (39th edn, C.H. Beck 2015).
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht* (2.th edn, Schulthess 1988).
- Buz V, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (Tıpkı Basım, Yetkin 2014).
- Büren Bv, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (Schulthess & Co 1964).
- Canbolat F, 'Müteselsil Borcun Sona Erme Nedenleri: Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirilmesi ile Birlikte' (Yaz 2008) 66(3) ABD 68.
- Canyürek M, *Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler* (Vedat Kitapçılık 2003).
- Dağdelen AH, *818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül* (On İki Levha 2011).
- Dalamanlı L, Kazancı F and Kazancı M, *İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu C. 2* (Kazancı 1990).
- Doğan G, 'Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü' [72] ABD 385.
- Edgü E, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler* (İ.İ.T.İ.A Nihat Sayar Yayın ve Yardım Vakfı 1978).
- Erdem M, *Özel Hukukta Zamanaşımı* (1st edn, On İki Levha 2010).
- Erdoğan İ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (3rd edn, Gazi Kitabevi 2017).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. baskı, Yetkin 2018).
- Erlüle F, 'Müteselsil Kefalet ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması' (2003) 7(1-2) AÜEHFD 629.
- Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2* (2nd edn, İÜHF Yayınları 1977).
- Fikentscher W and Heinemann A, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (11.th edn, De Gruyter 2017).
- Funk F, *Borçlar Kanunu Şerhi I Umumi Hükümler* (Üniversite Kitabevi n.d).
- Furrer A and Müller-Chen M, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (3rd edn, Schulthess 2018).

- Gauch P, Schlupe WR and Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, B. 2* (10th edn, Schulthess 2014).
- Gautschi A, *Solidarschuld und Ausgleich* (Dike 2009).
- Göktürk HA, *Borçlar Hukuku, Birinci Kısım, Borçların Umumi Hükümleri* (1946).
- Graber CK, 'Art. 143-150' in Heinrich Honsell, Nedim P Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR* (6th edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2015).
- Guhl T, *Das Schweizerische Obligationenrecht : mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9th edn, Schulthess 2000).
- Hatemi H and Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (4th edn, Vedat Kitapçılık 2017).
- Havutçu A, *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1995).
- Huguenin C, *Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil* (2nd edn, Schulthess 2014).
- İnan AN and Yücel Ö, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4th edn, Seçkin 2014).
- İyimaya A, 'Zincirleme Sorumlulardan Yalnızca Biri Aleyhine Açılan Davada 'Zincirleme Sorumluluk Kaydı'nın Yermalması Zorunlu Mudur?' [1995] TBBD 378.
- Jung P, 'Art. 143-150' in Heinrich Honsell (ed), *Kurzkommentar OR* (Helbing Lichtenhahn 2014).
- Kaniti S, *Akđin İfa Edilmediği Def'i* (İÜHF Yayınları 1962).
- Kapancı KB, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler* (2.th edn, Vedat Kitapçılık 2014).
- Karabağ Bulut N, 'Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar Bakımından Getirilen Şeklin Geçerlilik Veya İspat Şartı Şeklinde Nitelendirilmesine Bağlı Olarak Doğuracağı Hukuki Sonuçlar', *Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan* (Der 2015).
- Karahasan MR, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2* (Beta 2003).
- Keller M and Schöbi Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 4, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn 1985).
- Keller, Max/Schöbi, Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, B. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts* (3rd edn, Helbing Lichtenhahn 1988).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22nd edn, Turhan 2018).
- Kırca Ç, 'Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler', *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan* (Yetkin 2006).
- Kocayusufpaşaoğlu N and others, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1* (5th edn, Filiz Kitabevi 2010).
- Koller A, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (4th edn, Stämpfli 2017).
- Kramer EA and Probst T, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (2.th edn, Helbing Lichtenhahn 2013).
- Kratz B, *Obligationenrecht, Solidarität, Art. 143-150 OR* (Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stämpfli 2015).
- Krauskopf F, *Art. 143-150 OR, Die Solidarität* (Zürcher Kommentar Obligationenrecht, 3rd edn, Schulthess 2016).
- Kurt LM, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m 136)* (Yetkin 2016).
- Larenz K, *Lehrbuch des Schuldrechts, B. 1, Allgemeiner Teil* (14th edn, C.H. Beck 1987).
- Mazan S, 'Art. 143-150 OR' in Andreas Furrer and Anton K Schnyder (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* (3rd edn, Schulthess 2016).
- Medicus D and Lorenz S, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil* (21st edn, Beck 2015).



- Müller T, 'Art. 143-150 OR' in Jolanta Kren Kostkiewicz and others (eds), *OR Kommentar; Schweizerisches Obligationenrecht* (3.<sup>th</sup> edn, Orell Füssli 2016).
- Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1* (16th edn, Vedat Kitapçılık 2018).
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2* (14th edn, Vedat Kitapçılık 2018).
- Oğaç S, *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler* (3rd edn, İsmail Akgün Matbaası 1970).
- Oser H and Schönenberger W, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Madde 110-183* (Şerhin İkinci Basılışının Tercümesi, Adalet Bakanlığı 1950).
- Önen T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (5th edn, Yargı 1999).
- Öz MT, 'Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi' [13] MHAD 131.
- Paksoy MS, *Zamanaşımından Feragat (TBK 160)* (1st edn, On İki Levha 2012).
- Pekmez C, *Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlilik Defi)* (On İki Levha 2019).
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25th edn, Beta 2014).
- Saymen FH and Elbir HK, *Türk Borçlar Hukuku I, Umumi Hükümler C. 2* (İsmail Akgün Matbaası 1958).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7th edn, Stämpfli 2016).
- Seliçi Ö, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (İÜHF Yayınları 1976).
- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (2nd edn, Vedat Kitapçılık 2007).
- Şahin Caner A, *Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk* (On İki Levha 2017).
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2017).
- Taşkın ZD, 'İfasına Başlanmış Sürekli Edimli Sözleşmelerde Borçlu Temerrüdü' [2018] Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 429.
- Tekinay SS, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi)* (1956). Müteselsil Borç ile Kefalet Arasında Bir Mukayese' (1956) 47(7) Adalet Dergisi 742.
- Tekinay SS and others, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz Kitabevi 1993).
- Tercier P, Pichonnaz P and Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2016).
- Tuhr A von and Escher A, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B. II.* (3rd edn, Schulthess 1984).
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler; C. 1* (Sermet Matbaası 1976).
- Turan Başara G, 'Türk Borçlar Kanunuyla Getirilen Yeni Bir Müessesene: Borca Katılma' (2014) 63(2) AÜHFD 419.
- Velidedeoğlu HV and Özdemir R, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)* (Yargıtay Yayınları 1987).
- Weiss A, *Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung* (Schulthess 2011).
- Yavuz C, Acar F and Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10th edn, Beta 2014).
- Yüce MB, *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (Vedat Kitapçılık 2015).





# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 30.07.2019  
Revizyon Talebi: 18.12.2019  
Son Revizyon Tarihi: 20.12.2019  
Kabul: 21.12.2019

## Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması

Derya Ateş\*

### Öz

Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmü, “*Medeni Kanun ile Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin uygun düştükleri ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmeleri*” esasını getirmektedir. Bu düzenleme ile kanun koyucunun amacının ne olduğu; hüküm uygulanırken hangi sistematik içinde yer aldığı ve maddenin yorumunun ne şekilde yapılacağı belirlenmesi gerekir. Medeni Kanunun 5 inci maddesi özel hukuk boşlukları ve genel olarak yasal düzenleme eksiklikleri karşısında çoğu zaman boşlukları ortadan kaldırmakta ve eksiklikler karşısında oldukça geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Bu geniş uygulama alanının “Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri” ve “özel hukuk ilişkileri” bağlamında somutlaştırılması, çalışmamızda aile hukuku alanı ile sınırlandırılmış olup böylece maddenin uygulamadaki rolünün de özel olarak örneklendirilmesi amaçlanmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

MK.m5, Aile hukuku, Özel hukuk ilişkileri, Genel hükümler, Hukuki boşluk

### Principle of Integrity of Private Law and the Application of the 5th Article of the Civil Code in the Family Law

### Abstract

5th article of the civil code specifies the following: “All general clauses under the Civil Code and Code of Obligations are applicable on all private law relationships to the degree they are appropriate”. With this regulation, the aim of the legislator, the systematic of the clause through its execution, and how the article shall be interpreted should also be determined. 5th article of the Civil Code usually eliminates the gaps concerning private law and general legislative regulations and has an extensive scope of execution. Embodiment of this extensive scope of execution within the framework of “General clauses of Civil Law and Code of Obligations” and “private law relationships” is limited to family law in our study. Thus, it is aimed to specifically exemplify the role of the article in its execution.

### Keywords

CC.art.5, Family law, Private law relations, General rules, Legal gap

\* Sorumlu Yazar: Derya Ateş (Dr. Öğr. Üyesi), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: deryaates@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0001-7895-9906

Atf: Ates D, “Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması” (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 669. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0007>

### ***Extended Summary***

Preliminary provisions of Turkish Civil Code provide both general principles of law, which are the basis for judicial system and guidance to the judges that are rule of law practitioners. Article 5 of the Civil Code, which does not stand out at first, is in fact a versatile and crucial rule of law that often fills specific legal gaps and general legislative regulation gaps, and that offers a pathway to the judge to resolve the issue without having to enforce the Civil Code's second clause of Article 1.

Turkish Civil Code Article 5 which reads as follows: “*This Code and the general provisions of the Code of Obligations shall apply as applicable to all private law transactions*”, shows on one hand that the divergence between two Laws are only in form, and on the other hand that it is a critical rule of law applicable in all private law relations. As will be discussed below in detail, when the historical development of the Code is examined, it is understood that the lawmaker formed the unity between these two Laws consciously and voluntarily.

In relation to the Article 1 of Turkish Civil Code specifying *the applicability of the law according to its wording or interpretation to all legal questions for which it contains a provision*, and guiding the judge in case of legal gaps which may arise, it is vital to clarify the *importance and function of Article 5 of the Code*. As a matter of fact, this is a starting point in terms of discussions on whether this clause is necessary, and of determining the scope, function, area of implementation and methodology.

In this context, within the scope of the study, the article's history was reviewed with regard to Turkish and Swiss Laws, particularly in a systematic way. Subsequently, the interpretation of the article in correlation with Article 1 of Civil Code was approached along with the main debates. Lastly, the article was evaluated according to some examples limited to Family Law by objectifying the clause in a narrower scope, since its area of implementation is considerably wide and comprehensive.

As it is understood from the examples given on Family Law, debates on “*whether this clause is necessary*” are in fact about whether the judge *performs a direct or a comparative implementation, or whether he/she performs a practice to cover both* while implementing the general clauses of Civil Code and Code of Obligations. Likewise, Article 1 of Civil Code draws a roadmap for the potential legal gaps while empowering the judge to apply the law according to its wording or interpretation. At this point, without a doubt, it is the judge who is to decide whether the application should be direct or comparative.

Considering the increasing amount of needs in the developing and self-renewing social life and the new legal regulations, the article fairly transforms the general provisions in Code of Obligations and Civil Code into the general provisions of

Private Law. The article is also a general reference that strengthens the bond between the two Codes, the relationship between them being emphasized by the legislator. Since reference provisions come in sight when the judge is led by the legislator during a legal regulation to be implemented in a legal issue, Article 5 of Civil Code stands as a *general reference provision* giving instructions to the judge on comparative implementation.

Without doubt, if this provision did not exist the judge would fill out the existing gaps and would find a solution by comparison. However, the fact that the legislator has placed the article in Preliminary Provisions of Civil Code section with general statements, allow a systematic consistency in rulings, in addition to guiding the judge. For this reason, the provision carries importance for the whole Private Law area, rather than being a simple general legal law. Because it permits the judge to control and implement before its execution (if necessary) a rule of law which is not directly connected to the issue at hand. In this case, the judge will take into consideration the general provisions foreseen by Civil Code and Law of Obligations and by pursuing the guidance of Civil Code Article 5 where necessary, will be able to implement the rule of law on a concrete case. For that matter, it will not be wrong to state that as a general reference provision, Article 5 of Civil Code imposes an obligation for comparative implementation before proceeding with second paragraph of the article number 1 of Law.

## Özel Hukukun Bütünlüğü İlkesi ve Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Aile Hukukundaki Uygulaması

### I. Giriş

“Medeni Kanun ile Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin uygun düştükleri ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmeleri” esasını getiren Medeni Kanunun 5 inci maddesi, bir yandan her iki Kanun arasındaki ayrılığın aslında sadece şekli olduğunu ortaya koymakta diğer yandan ise tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanabilir kilit bir hukuk kuralı yaratmaktadır. Aşağıda detaylı olarak da ele alınacağı üzere maddenin tarihsel gelişimine baktığımızda kanun koyucunun her iki Kanun arasındaki bu bütünlüğü bilinçli ve iradi olarak kurduğu görülür.

*Kanunun sözüyle ve özüyle değiştiği tüm konularda uygulanması* esasını ve doğabilecek kanun boşlukları ile hukuk boşluğunda hâkimin izlemesi gereken yolu gösteren Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesi karşısında *Kanunun 5 inci maddesinin yerinin ve işlevinin belirlenmesi son derece önemlidir*. Aslında bu tespit hem hükmün gerekli olup olmadığı yönündeki tartışmalar, hem de maddenin kapsamının, işlevinin, uygulama alanı ve yöntemlerinin belirlenmesi bakımından hareket noktasıdır.

Bu çerçevede çalışma kapsamında maddenin Türk ve İsviçre Hukukları yönünden bilhassa sistematik olarak tarihçesi gözden geçirilmiş, ardından Medeni Kanununun 1 inci maddesi ile bağlantılı olarak madde yorumu temel tartışmalar ile birlikte ele alınmış; son olarak da uygulama alanı oldukça geniş ve kapsamlı olan hüküm daha dar bir çerçevede somutlaştırılarak aile hukuku ilişkileri ile sınırlı birkaç örnek üzerinden değerlendirilmiştir.

## II. Türk Medeni Kanununun 5 İnci Maddesinin Tarihçesi Ve Yorumu

### A. İsviçre Medeni Kanununun 7 inci ve Türk Medeni Kanununun 5 inci Maddelerinin Tarihçesi

743 sayılı Kanunu Medeni ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 5 inci maddeleri İsviçre Medeni Kanununun 7 inci maddesinden kaynak alır. Bu sebeple hükmün Türk hukuku yönünden gelişimi aslında Kanunu Medeni ile birlikte ve dönemin kanunlaştırma çalışmalarına paralel olarak İsviçre Hukukundaki tarihsel sürecin açıklanması ile anlam bulur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun yapma teknikleri incelendiğinde siyasal, ulusal, ekonomik ve bilimsel pek çok sebeple tek bir yöntem çerçevesinde kanun

yapılmaz. Bununla birlikte uygulanan her tekniğin temelinde aslında mümkün olduğunca ekonomik şekilde madde metinlerinin bir araya getirilmesi amaçlanır. Bilhassa genel nitelikteki Kanunlar bakımından bu durumun önemi büyüktür<sup>1</sup>. İsviçre hukukundaki süreç incelendiğinde kanun koyucunun Alman Medeni Kanununun aksine “*Genel Hükümler*” den oluşan ayrı bir bölüm koymadığı; buna karşılık Kanun metninin en başında yer alan “*Başlangıç Hükümleri*” ile farklı bir kanunlaştırma tekniğini benimsediği görülür.

Alman Medeni Kanununda olduğu gibi Genel Hükümler başlığı altında, medeni hukukun tüm alanlarında uygulanabilir hükümlerin bir araya toplanması daha basit, anlaşılabilir ve tercih edilebilir bir kanun yapma tekniğini olarak görülse de İsviçre’de kanun koyucuyu bu yöntemden uzaklaştıran kanunlaştırma çalışmalarının tarihsel süreci olmuştur<sup>2</sup>. Zira İsviçre Medeni Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında yürürlükte bulunan 1881 tarihli eski İsviçre Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerini kaldırmak yerine, Medeni Kanuna eklenecek yeni hükümlerle iki Kanun arasındaki maddi bütünlüğü sağlanması tercih edilmiştir<sup>3</sup>.

Bu noktada İsviçre Medeni Kanunun 7 inci maddesine (ve dolayısıyla Türk Medeni Kanunun 5 inci maddesine) duyulan ihtiyacın da aslında İsviçre hukukundaki kanunlaştırma sürecinden doğduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Maddeye ait düzenleme 1900 yılındaki ön tasarı çalışmalarında yer almamakla birlikte; ilk olarak 1904 yılındaki Tasarının 9 uncu maddesinde “*Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri*

<sup>1</sup> Kanun yapma teknikleri bakımından bkz. Schwarz, A.B; Medeni Hukuka Giriş, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1935)14 vd; Velidedeoğlu, H.V, Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, (4th edn İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1951)43 vd.; Güriz, A, Hukuk Başlangıcı, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1986) 72 vd.; Bilge, N, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram Ve Kurumları (Turhan 2005) 66 vd. Yine İsviçre hukuku yönünden bkz. Friedrich, Hans Peter; Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Nachdruck der Ausgabe von 1962, (Bern,) n.8 art. 7 ZGB, (Stämpfli 1966 574.

<sup>2</sup> Bu noktada Alman Medeni Kanunun 1.kitabında yer alan “*Genel Hükümler*” kısmının, Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında yer alan “*Başlangıç Hükümleri*” nden farklı amaçla metne alınmış ve farklı özelliklere sahip düzenlemeler olduğunu da ayrıca belirtmek gerekir. Velidedeoğlu bu durumu; “*Başlangıç bir “umumi hükümler kısmı” demek değildir. Umumi kısım, bir kanunun düzenlendiği münasebetlerin bütününde veya mühim bir kısmında müşterek tatbik sahası bulunan kaidelerin sistemli bir şekilde uygulanarak bir araya getirilmesinden meydana gelen ve kanunda başlı başına bir kitap teşkil eden kısımdır.*” ifadesi ile açıklar. Velidedeoğlu, H.V, 4. Serozan ise aynı durumu; “*İsviçre Medeni Kanunun çarpıcı özelliği, bu yasanın başka yasalardan, örneğin BGB’den ayrılmı olarak, bir “Genel Bölüm” kapsamamasıdır. Medeni Kanunun 7 adet “Başlangıç” kuralı gerçek anlamda bir genel bölüm oluşturmazlar. Bu kurallar aslında uygulamayla ve ispatla ilgili (olmasa da olur) belirtileri yansıtılır. İsviçre Medeni kanununda gerçek anlamda bir “Genel Bölüm”ün eksikliğini Borçlar Kanununun “Genel Bölüm”ü kapatır. Nitekim MK.m5 kuralına göre, Borçlar kanununun genel hükümleri medeni hukuk alanında da geçerlidir. Aslında yasalarda Genel Bölümlerin fazla geniş tutulması, soyutlamalarda ve genellemelerde ölçünün kaçmasına yol açabilir.*” şeklinde ortaya koyar. Serozan, R, Medeni Hukuk Genel Bölüm, (Vedat 2005), 55. Bu konuda ayrıca bkz. Von Tuhr, A, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt 1-2, (Yeni Matbaa 1983), 3 vd.; Oğuzman, K and Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I (Vedat 2018), 1; Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi, H., Serozan, R. and Arpacı, A., Prof.Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş Cilt 1, (Filiz 2017), 1 vd., Tunçomağ, K, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Cilt I, (Sermet, 1976), 10; Tekinay S. S, Akman S, Burcuoğlu, H. and Altop A, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri (Filiz, 1993), 3; Eren, F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24th edn, Yetkin 2019), 12.

<sup>3</sup> Geissbübler, G. Les Contrats Prévus Par Le Code Civil Et Le Rôle De L’art 7 Cc <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:32766 > accessed 19 Novembre 2013, 4; Friedrich, H. P, Berner Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung Und Personenrecht, Einleitung, Nachdruck Der Ausgabe Von (Bern : Stämpfli & Ci 1966), 583. Ayrıca bkz. Gürzumar, O. B., Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi Ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, (Prof. Dr. Erden Kuntalpe Armağan) (I) GÜHFD, (2004), 110.

*kıyas yoluyla diğer medeni hukuk alanlarında da uygulanır*” ifadesi ile düzenlenmiş<sup>4</sup>; güncel şeklini ise 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanununun 7 inci maddesi ile almıştır<sup>5</sup>.

30 Mart 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu ile eş zamanlı olarak 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe giren 10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu hazırlanırken; kanun koyucu ilk aşamada Alman ve Fransız hukuklarındaki örnekler gibi, her iki kanunu tek bir metin altında yasalaştırmak istemiştir. Ancak İsviçre Ticaret Kanunu ile uyumun sağlanabilmesi için şekli olarak Kanunlar ayrı tutulmuş, bu ayrılığa karşılık aralarında İsviçre Medeni Kanununun 7 inci maddesi ile bir köprü kurulmaya çalışılmıştır.<sup>6</sup> İsviçre Borçlar Kanununun tam başlık metninde yer alan “*İsviçre Medeni Kanununun tamamlayıcısı 30 Mart 1911 tarihli Federal Kanun (Beşinci Kitap: Borçlar Kanunu)*” şeklindeki ifade de bu ayrılığın sadece şekli olduğunu ortaya koymaktadır<sup>7</sup>. Türk Hukuku yönünden de aynı durum 818 sayılı Borçlar Kanununun 544 üncü maddesinde yer alan “*Kanunu Medenin mütemmimi olan iş bu kanun....*”; 6098 sayılı Borçlar Kanununun ise 646 ıncı maddesinde yer alan “*Bu Kanun 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır*” düzenlemeleri ile ifade bulur<sup>8</sup>.

Türk Hukuku yönünden düzenlemenin ilk hali; 1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Kanunu Medenin 5 inci maddesinde yer alan: “*Akitlerin in'ikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taalluk edip borçlar kısmında beyan olunan umumi kaideler, medeni hukukun diğer kısımlarında dahi caridir.*” şeklindeki ifadedir. Maddenin İsviçre Medeni Kanunun Fransızca metinden yapılan tercümesi orijinaline uygun ve anlam olarak da farklılık yaratmamakla birlikte; “*hüküm*” kelimesi “*ıfayı (extinction)*”, “*medeni hukukun diğer kısımları*” ifadesi ise “*diğer medeni hukuk ilişkilerini (aux autres matières du droit civil)*” ifade eder.

Aşağıda daha detaylı olarak da ele alacağımız üzere, hem İsviçre hem de Türk hukuklarında maddenin lafzi yorumunun genişletilerek uygulanması kanunlaştırma çalışmaları sırasında dikkate alınmış ve 4721 sayılı Medeni Kanunun 5 inci maddesi “*Genel Nitelikli Hükümler*” başlığı altında “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*” şeklinde yeniden kaleme alınmıştır.

<sup>4</sup> FF 1904 IV I, 100: “*Les dispositions générales du droit des obligations s'appliquent par analogie aux autres matières du droit civil.*”. <<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10075908.pdf?id=10075908&action=open>>

<sup>5</sup> İMK.m7 : “*Les dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières du droit civil.*”

<sup>6</sup> Geissbühler, G, 4; Tercier, P and Pichonnaz, P, Le Droit Des Obligations, (Schulthess Verlag 2012)N 41; Serozan, 51-52; Eren, 11; Oğuzman and Öz, 1; Akipek, J, Akıntürk, T. and Ateş, D, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku (15th edn, Beta, 2018), 72.

<sup>7</sup> *Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations)*

<sup>8</sup> Her iki kanun arasındaki ayrılığın şekli olması hususunda Türk hukuku yönünden bkz. Von Tuhr, 3 vd.; Serozan, 51; Oğuzman and Öz, 1; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 3.; Eren, 11-12; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop, 1, Gürzumar, 110; Akipek, Akıntürk and Ateş, 76.



## B. Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Yorumu

### 1. Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Türk ve İsviçre Hukukları Bakımından Sınırları

İsviçre Medeni Kanununun 7 inci ve Kanunu Medeninin 5 inci maddesinin sınırını doğru belirleyebilmek adına ilk başvurulacak yöntem elbette ki maddenin sözel anlamını kavramak; bir başka ifadeyle hükmün lafzi (*deyimsel/mantıksal*) yorumunu yapmaktır. Bu bağlamda, madde metninde kullanılan ifadelerin dar mı yoksa geniş mi yorumlanacağı meselesi de aslında yapılacak olan lafzi yorum ile ilişkilidir<sup>9</sup>. Maddenin *dar yorumlanması* halinde, Borçlar Kanununun sözleşmelerin kurulmasına, ifasına ve hukuki sonuçlarının ortadan kalkmasına ilişkin genel hükümlerinin borçlar hukuku ilişkileri dışında, diğer medeni hukuk ilişkilerine de uygulanabilmesi kuralı kabul edilecek; ancak Borçlar Kanununda yer almakla birlikte; maddede sayılanlar dışındaki genel hükümler (*haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi*) ile özel hükümler kısmında yer alan genel hüküm niteliğindeki düzenlemeler (*vekâletsiz iş görme gibi*) ise diğer medeni hukuk ilişkilerine uygulanamayacaktır<sup>10</sup>.

Oldukça az taraftar bulan bu görüşün karşısında, maddenin sadece lafzi yorumu ile sınırlı kalınmaması gerektiği; kanun koyucunun iradesi araştırılarak tarihsel (sübjektif) yorumunun yanında ayrıca Kanun'un amacının (*ratio legis*) da incelenerek amaçsal (gai) yorumunun da yapılması yönündeki görüş baskın olarak taraftar bulmuştur<sup>11</sup>. Bu doğrultuda İsviçre doktrini yönünden maddenin kanunlaştırma sürecindeki değişikliği ve kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurularak dar yorumlanmaması gerektiği benimsenmiş; İsviçre Federal Mahkemesi de doktrine paralel bir yaklaşımla maddeyi genişleterek yorumlamıştır<sup>12</sup>. Buna göre, İsviçre Medeni Kanununun 7 inci maddesinin Kanunun sözleşmelerin kurulmasına, ifasına ve sona ermesine ilişkin genel hükümleriyle sınırlı kalmadığı; haksız fiillere, sebepsiz zenginleşmeye, borçlarla ilgili özel durumlara ve alacağın devri ile borcun nakline ilişkin hükümlerin de madde kapsamında olduğu kabul edilmiştir<sup>13</sup>. Aynı şekilde, maddede yer alan “*Genel Hükümler*” ifadesinin şekli değil maddi anlamda (*au sens materiel*) kullanıldığı; bu sebeple Kanunun özel hükümler bölümünde düzenlenmiş olsa dahi genel nitelik taşıyan kuralların madde kapsamında değerlendirmesi gerektiği de benimsenmiştir<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Kanunların lafzi (deyimsel veya mantiki) yorumu ile ilgili bkz. Bilge, 202; Güriz, 45-46; Akipek, Akıntürk and Ateş, 120; Serozan, 105; Öztan, B. Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, (Turhan 2019), 131 vd; Oğuzman and Barlas, 67 vd.

<sup>10</sup> Deschenaux, H, Traite De Droit Civil Suisse, Le Titre Préliminaire Du Code Civil, (Fribourg Ed. universitaires 1969), 49; Manai, D, Clés Pour Une Introduction Au Droit, (2th edn *Stämpfli* 2012) 111; Geissbühler, 5. Ayrıca bkz. Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 2- 3; Gürzumar, 113.

<sup>11</sup> *Max GMÜR* gibi maddenin dar yorumlanması yönündeki görüşü savunun yazarlar hakkında bkz. Gürzumar, 113, dipn.29.

<sup>12</sup> Deschenaux, 58; Friedrich, 589; Geissbühler, 5. Örnek Federal Mahkeme kararları için bkz. JdT 2001 s.216 içinde ATF 127 III 1; JdT 2001 s.105 içinde ATF 129 III 646.

<sup>13</sup> Deschenaux, 54; Friedrich, 589; Pichonnaz and Foex, CC 7, n. 8-10; Geissbühler, 5.

<sup>14</sup> Deschenaux, 54. *Deschenaux* bu duruma örnek olarak tıpkı haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi bir borç kaynağı oluşturan vekâletsiz iş görme örneğini vermektedir. Aynı şekilde İsviçre Hukukunda Borçlar Kanununun Beşinci Kısmında

İsviçre doktrini ve yargı kararları, ayrıca maddenin uygulama alanının medeni hukuk ile sınırlı olmadığını<sup>15</sup>; hükmün atıf yaptığı medeni hukuk ilişkilerinin aslında özel hukuk anlamında kullanılarak doğrudan doğruya “*özel hukuk ilişkilerini*” kapsadığını, bu sebeple “*medeni hukuku ilgilendiren her türlü mevzuatın*” hükmün uygulama alanına girdiğini de ifade eder<sup>16</sup>. Diğer yandan maddenin, çift taraflı ve karşılıklı bir ilişki ortaya koyduğu ve İsviçre “*Medeni Kanunun genel nitelikli hükümlerinin*” de borçlar hukuku ve diğer özel hukuk ilişkilerini kapsayacak şekilde uygulama alanı bulacağı da açıklanmaktadır<sup>17</sup>. Bu durum aslında yukarıda da ifade ettiğimiz üzere; Alman Medeni Kanunu gibi ayrı bir “*Genel Hükümler*” bölümü bulunmayan Kanun sistematigi içinde, ilk olarak Başlangıç Hükümleri ve özel olarak da *Kanunun sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanması* esasını getiren Medeni Kanunun 1 inci maddesinin 1 inci fıkrası hükmünün sonucudur. Buna göre; Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri yanında gerçek kişiler ve tüzel kişiler yönünden hak ve fiil ehliyetleri (İMK.m11, m19, m53; MK.m8, m16, m48 vd.) ya da kişilik hakları (İMK.m 27 vd.; MK.m23 vd.) gibi özel hukukun temelini oluşturan genel hükümlerinin de tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanacağı açıktır<sup>18</sup>.

Türk Hukuku yönünden ise doktrin ve yargı kararları,

*“Akitlerin in’ikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taalluk edip borçlar kısmında beyan olunan umumi kaideler, medeni hukukun diğer kısımlarında dahi caridir.”*

İfadesi ile kaleme alınan *Kanunun Medeninin 5 inci maddesini* İsviçre hukukuna paralel şekilde yorumlamış ve Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümlerinin, maddenin düzenlendiği başlıktan bağımsız olarak “*türü bakımından genel nitelik taşıyan kurallar*” şeklinde anlaşılması gerektiğini kabul etmişti<sup>19</sup>. Bu bağlamda, “*Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümlerinin*” Kanunun “*Umumi Hükümler*” kısmında ya da “*Akdin Muhtelif Nevileri*” kısmında düzenlenmiş olmalarının, uygulama yönünden bir farklılık yaratmayacağı; yine madde düzenlemesinin *çift*

yer alan “Kıymetli Evrak” başlıklı genel nitelikli hükümlerin irad ve ipotekli borç senesinde ve vekalet akdi hükümlerinin ise vasiyeti yerine getirme görevlisinin faaliyetinde uygulanması yine İsviçre Medeni Kanunun 7 inci maddesi ile açıklanmaktadır. Bu konuda azınlıkta kalmakla birlikte bir grup yazar ise, geniş yoruma gerek olmadığını, Kanunun İkinci Kısmında yer alan kuralların medeni hukuk ilişkilerine uygulanabilmeleri için somut olgu ile uygulanacak kurum arasında maddi içerik ve özellik bakımından bir ilişkinin mutlaka sabit olması gerektiği ileri sürülmektedir. Friedrich, 593. Ayrıca bkz. Gürzumar, 114 dipn.38.

<sup>15</sup> Friedrich, 594, 595.

<sup>16</sup> Friedrich, 595. Edis, S, Özel Hukukun Bütünlüğü Üstüne, (1975) 32 (1-4) AÜHFD 155-172, 163. İsviçre Federal Mahkemesinin fikri ve sınırlı hukuk alanına giren bir ilişkide İsviçre Medeni Kanunun 7 inci maddesini uyguladığı ATF 102 II 115 VE ATF 124 III 370 sayılı kararları için bkz. Gürzumar, 118.

<sup>17</sup> Deschenaux, 59; Geissbühler, 4.

<sup>18</sup> Deschenaux, 60. Friedrich, İsviçre Medeni Kanunun 7 inci maddesi geniş yorumlanmasa dahi, medeni hukukun bu genel hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine uygulanmalarının aslında hükümlerin nitelikleri gereği olduğunu vurgular ve yerleşim yeri, hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçilememesini, tüzel kişileri, birlikte mülkiyet ve haksız zilyet sorumluluğu gibi örnekler verir. Friedrich, 593-594. İsviçre hukukunda Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümlerinin şartlar gerektiriyorsa ve imkân varsa, kanun boşluğu doldurma yöntemi ile *kamu hukuku alanına* giren konularda da kıyasen uygulanabilecekleri hususunda da görüş birliği bulunmaktadır. ATF 122 I 328, Gürzumar, 120.

<sup>19</sup> Oğuzman and Öz, 2; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 2, Edis, 160-161; Oğuzman and Barlas, 60, Öztan, 198; Eren, 12, Gürzumar, 121.

yönlü olarak ele alınıp Medeni Kanunun genel nitelikli hükümlerinin de *tüm özel hukuk ilişkilerinde* uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir<sup>20</sup>. Doktrin ve yargı kararları ile benimsenen bu ilkeler doğrultusunda 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 5 inci maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

*“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.”*

Kanunu Medenin ve Medeni Kanunun 5 inci maddelerinin kanun metinleri karşılaştırıldığında ilk göze çarpan hususlar;

*“Akitlerin in’ikadına ve hükümlerine ve sukutu sebeplerine taalluk edip borçlar kısmında beyan olunan umumi kaideler,”* ifadesinin yerini *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri”*; *“... medeni hukukun diğer kısımlarında dahi caridir”* ifadesinin yerini ise *“...tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.”* düzenlemesinin aldığı; ayrıca metne *“uygun düştüğü ölçüde”* ifadesinin eklendiğidir.

4721 sayılı Medeni Kanunun 5 inci maddesi ile ilgili madde gerekçesi şu şekildedir:

*“Maddenin kenar başlığı “Genel nitelikli hükümler” şeklinde değiştirilmiştir. Yürürlükteki maddenin Borçlar Kanununun genel hükümlerinin sadece “medenî hukuk ilişkilerinde” uygulanabileceği kanısını uyandıran ifadesi, Medenî Kanun ile Borçlar Kanununun 1 ilâ 181 inci maddelerindeki genel hükümler ile bunların dışında kalmakla birlikte genel nitelik arzeden diğer hükümlerin de tüm özel hukuk ilişkilerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilmesine olanak sağlayacak şekilde değiştirilmiştir. Gerçekten tartışmasız olarak kabul edildiği üzere, bu madde, sadece “medenî hukukun diğer kısımlarında” değil, “özel hukukun diğer kısımlarında da” uygulanabilen temel bir kural koymaktadır. Bunun açıklığa kavuşturulması bakımından “medenî hukuk ilişkileri” deyimini yerine, “özel hukuk ilişkileri” deyimine yer verilmiştir.”* Gerekçe’de de açıkça ortaya konulduğu üzere aslında kanun koyucu, hem İsviçre doktrin ve yargı kararları hem de Kanunu Medenin uygulama alanı ile paralel olarak maddenin geniş yorumlanmasını istemiş ve bu durumu metne yansıtmıştır.

Gürzumar, İsviçre Medeni Kanunun 7 inci maddesi hükmünde yer alan *“Bu Kanunun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri”* ibaresinden farklı olarak Medeni Kanun metninde *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri”* ifade biçiminin kullanıldığına dikkat çekmekte ve maddenin dil kuralları dikkate alınarak değerlendirildiğinde ilk bakışta; *“Hem Medeni Kanunun bütün olarak uygun düştüğü ölçüde, tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı; hem de Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı”* şeklinde bir anlam ortaya koyduğunu belirtmektedir<sup>21</sup>. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Kanunu Medeni ’de yer almayan *“Bu*

<sup>20</sup> Oğuzman and Öz, 3; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 3, Edis, 161; Oğuzman and Barlas, 59, Öztan, 198; Eren, 13, Gürzumar, 121.

<sup>21</sup> Gürzumar, 124 vd. Yazar Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaparken Medeni Kanunun bütün hükümleri ile genel nitelikli olduğunun düşünülmüş olması ihtimalinin de önemli olmadığını belirtmektedir. Çünkü bu düşünülmüş olsa dahi, sonucun değişmeyeceğini ve maddenin doktrin ile yargı kararlarına paralel geniş yorumunun yine de metne yansıtılmış olacağını diğer yandan kanun koyucunun bu fikrinin yanlış olması halinde ise; Kanunun sadece genel nitelikli hükümleri genel atfın konusunu oluşturacağını ifade etmektedir.

*Kanun*” ifadesi ile kanun koyucunun sadece Medeni Kanunun ilk 7 maddesini değil, fiil ehliyetleri gibi diğer kısımlarda yer alan genel hükümleri de kapsayacak şekilde bir düzenleme yaptığını açıklamaktadır<sup>22</sup>. Bir başka deyişle söz konusu ifade; tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanmak üzere genel atıf kapsamına alınan Medeni Kanun hükümlerine işaret ettiğinden, genel nitelik taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın Medeni Kanunun bütün kurallarının kastedildiği şeklinde bir yorum yapmak mümkün değildir<sup>23</sup>. O halde; Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmü; hem “*Medeni Kanunun genel nitelikli hükümleri*” hem de “*Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümleri*” yönünden uygun düştükleri ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmeleri esasını getirmektedir.

“*Özel hukuk ilişkileri*”; gerçek ve tüzel kişilerin eşit hak ve yükümlülüklerle sahip hukuk sülheleri olarak içinde buldukları ve Özel Hukuk alanına giren ilişkileri ortaya koymaktadır<sup>24</sup>. Eşit şart ve eşit yetkilere sahip olarak biri diğerine üstün sayılmayan bu kişilerin özel menfaatlerini koruyan “*eşitlik ilkesi*” hem Anayasanın 10 uncu hem de Medeni Kanun 8 inci maddelerinden temel alır<sup>25</sup>. Bir diğer yanı sıra özel hukuk ilişkileri, irade özgürlüğü ilkesi içinde; bireyin bağımsız olduğunu, kendi kurallarının egemenliği altında bulunduğunu, bu sebeple eğer borç altına gireceği bir durum yaratmak istiyorsa ancak kendisinin karar verebileceğini de ifade eder. Böylece kişi, özel hukuk ilişkilerinde, adeta kendi kendinin kanun koyucusu (*son propre législateur*) haline dönüşür; bir başka ifade ile birey kendi davranışlarının sınırlarını yine kendi kendine bulur<sup>26</sup>. Sosyal hayatta ortaya çıkan başlıca eylem, davranış, olgu ve işlemler ile bireylerin benzerleriyle olan ilişkilerini de düzenleyen tüm bu özel hukuk ilişkilerine uygun düştükleri ölçüde Medeni Kanun ile Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümlerinin uygulanabilmesini Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmü sağlamaktadır. Belirtmek gerekir ki; özel hukuk ilişkilerinin hangi

<sup>22</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 3.

<sup>23</sup> Gürzumar, 126. Yazar dipnot 91’de Dural and Ögüz’un da “...Medeni Kanun’daki fiil ehliyeti, yerleşim yeri, kişilik hakkı gibi genel nitelikteki hükümlerin de tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağını öngörülmesi de yerinde olmuştur” şeklindeki ifadesiyle Medeni Kanunun genel nitelikli hükümlerinin kastedildiğini kabul ettiklerini belirtmektedir. *Oğuzman and Öz*’ün “Medeni Kanunun çeşitli kitaplarında yer alan bir kısım hükümler de Borçlar Hukukunda uygulanacaktır. Mesela, Kişiler Hukuku kitabında düzenlenen ehliyet hükümleri Borçlar Hukukunda geniş bir uygulama alanı bulur.” ifadesini de bu yönde anlamak doğru olacaktır. Oğuzman and Öz, 3.

<sup>24</sup> Özel Hukuk ve özel hukuk ile kamu hukuku ayırımına temel olan kriterler hakkında bkz. Güriz, 66 vd.; Tekinay, 16 vd.; Bilge, 113 vd.; Edis, 14 vd.; Hatemi, 6 vd.; Serozan, 40 vd.; Akipek, Akıntürk and Ateş, 14 vd.; Öztan, 40 vd.; Oğuzman and Barlas, 4 vd.

<sup>25</sup> Özel hukuk ilişkilerini Kamu hukuku ilişkilerinden ayıran tam olarak bu iki ilkedir. Zira kamu hukukunun en temel niteliği tarafların eşit olmamasıdır. Bu ilişkilerde kamu yararının temsilcisi konumundaki devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin üstün konumda bulunmaları ve bu üstün konumları gereğince tek taraflı olarak ilişkinin kapsam ve içeriğini belirleyebilmeleri esastır. Elbette, devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu hukuki ilişkilerin, her zaman kamu gücüne sahip bir üstünlüğü bulunmayacağından hareketle eşit şartlar altında yapılan özel hukuk ilişkileri ortaya koymaları da muhtemeldir.

<sup>26</sup> Engel, P, *Traite Des Obligations En Droit Suisse* (2th edn, Staempfli SA Berne 1997), 94; Kant bu durumu “Bir kimse, başkası için bir şeye karar verdiğinde her zaman bazı adaletsizlikler ortaya koyması mümkün iken, kararı kendisi için verdiğinde adaletsizlikler bertaraf olur.” şeklinde ifade etmiştir. Ripert, G.; *La règle moral dans les obligations civiles*, (1949), 38. İrade özgürlüğü ilkesi hakkında ayrıca bkz. Engel, 94 vd.; Thévenoz L and Werro F, *Commentaire Romand, CO I (Code Des Obligations, Art 1-529 Co)*, ((Helbing Lichtenhahn Verlag 2003) içinde Guillor, O. And Steffen, G, 122 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 503; Oğuzman and Öz, 24 vd.; Eren, 313 vd.; Ateş, D, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık*, (Turhan 2007), 32 vd.;

Kanun metni içinde düzenlendiklerinin maddenin uygulaması bakımından bir önemi ya da farklılığı yoktur.

Bu noktada *Ticaret Kanununun genel hükümlerinin* Medeni Kanunun 5 inci maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunun da yine tarihsel olarak İsviçre Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanununun ayrı metinlerden oluşmasına dayandığını belirtmek gerekir. Zira Ticaret Hukuku ile ilgili kuralları içeriğinde barındıran İsviçre Borçlar Kanunu Türk hukukuna alınırken; ticaret hukuku ile ilgili kısımları alınmamış ancak Türk Ticaret Kanununun I/1' hükmünde yer alan:

*“Türk Ticaret Kanunu, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir.”* düzenlemesi doğrultusunda; Ticaret Kanununun genel nitelikli hükümlerinin de uygun düşükleri ölçüde özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmelerine imkân sağlanmıştır<sup>27</sup>. Ayrıca yine Ticaret Kanununun 1 inci maddesi uyarınca; genel borç ilişkilerinden ayrı olarak Ticaret Kanunu kapsamında özel bir ticari hüküm veya örf ve adet olmayan ticari işlere de Medeni Kanun ile Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri uygulanabilecek; böylelikle de her üç Kanun arasındaki bağlantı kesintisiz şekilde sağlanacaktır.

## 2. Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Gerekli Olup Olmadığı ve Maddenin Medeni Kanunun 1 inci Maddesi İle Bağlantısı

İsviçre Hukukunda Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu arasındaki ayrılığın sadece şekli olması ve maddi olarak her iki düzenlemenin de bir bütün meydana getirmesi sebebiyle<sup>28</sup>; maddenin gerekli ya da işlevsel olup olmadığı yönünde tartışmalar doğmuştur. Bu anlamda hükmün pratik ve gerçekçi bir açılımı bulunmayan adeta dekoratif bir hukuk kuralı olduğu; hatta Kanunda yeri olmasaydı dahi öngörülen sonucun zaten doğacağı ve maddenin kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahip olduğu hâkim görüş olarak kabul edilmiştir<sup>29</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki bu görüşü savunun yazarlar dahi hükmün gereksiz olduğu yönündeki söylemlere uzak kalmışlardır<sup>30</sup>. Gerçekten Türk doktrininde de kabul edilen görüş; Medeni Kanunun 5 inci maddesinin, her iki Kanun arasındaki bağlantıyı güçlendiren ve ilişkinin bir kez de kanun koyucu tarafından altının çizildiği genel bir atıf hükmü olduğu yönündedir<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Edis, Medeni Kanunun 5 inci maddesinin öngörülme nedeni göz önünde bulundurulduğunda; hükmün uygulaması bakımından Türk Borçlar Kanununun bir devamı olarak kabul edilmesinin doğru olacağı sonucuna varılabileceğini ifade eder. Ayrıca, böylelikle Ticaret Kanundaki genel bir kuralın Medeni Hukuk alanında uygulanması “kıyas yoluna” değil yasal bir temele dayanmış olarak Ticaret Kanununun 1 inci maddesindeki “Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir cüz üdür” düzenlemesine dayanır. Edis, 162-163; Gürzumar, 127-128.

<sup>28</sup> Deschenaux, 48; Tercier, 26-27.

<sup>29</sup> Steinauer, P-H, Traite De Droit Prive Suisse (II/1) Le Titre Préliminaire Du Code Civil, (Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009), N 128; Friedrich, 588; Gürzumar, 128. Aksi yönde bkz. Pichonnaz P and Foex B, Commentaire Romand, CC I, (Code Civil Art. 1-359) (Helbing Lichtenhahn Verlag 2010, n.2.

<sup>30</sup> Gürzumar bu noktada *Meier-Hayoz* dışındaki tüm yazarlar için bu vurguyu yapmaktadır. Gürzumar, 129.

<sup>31</sup> Eren, 11; İmre, 151; Edis, 156; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 3; Oğuzman and Öz, 1.

Aslında doktrinindeki “*hükümün gerekli olup olmadığı*” yönündeki tartışma; hâkimin Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerini tüm özel hukuk ilişkilerine uygularken; *gerçekte doğrudan bir uygulama mı, kıyasen bir uygulama mı, yoksa her ikisini de kapsayacak bir uygulama mı yaptığı* meselesiyle ilgilidir. Zira hâkime hukuk kurallarını sözü ve özüyle deindikleri tüm konularda uygulama yetkisi ve görevi veren Medeni Kanunun 1 inci maddesi aynı zamanda doğabilecek kanun boşlukları için de bir yol haritası çizer. Buna göre; hâkim yazılı hukuk kuralları ile somut bir meseleyi çözemediği zaman ortaya çıkan *kanun boşluğunu* önce örf ve adet hukuku kurallarına göre; bu da mümkün değilse ortaya çıkan *hukuk boşluğunu* kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre doldurması esastır.

Bir hukuk kuralında kanun koyucunun, düzenlemeden istenen ve beklenen anlamı belirlenmesi hükümün “*yorumu*” meselesidir. Hukuk kuralları yorumlanırken, kanun metni, kanunun sistematiği, tarihçesi ve konuluş amacı (ratio legis) bir arada değerlendirilir. Kanun hükümlerinde yer alan ifadelerin kelime anlamları ile değil de ratio legis’lerine göre yorumlanmaları ise *genişletici ya da daraltıcı yorum meselesidir. Medeni Kanunun 1 inci maddesinin ilk fıkrası uyarınca, yapılan bu yorum kıyastan farklıdır. Genel bir ifade ile kanunun tespit edilen konuluş amacı karşısında söylemi, amacı aşan genişlikte ise daraltılması; ratio legis’i karşısında kanunun söylemi yetersiz ise genişletilmesi gerekir*<sup>32</sup>.

Hukuk dışı alanlarda olduğu gibi, kanun koyucunun kasıtlı olarak sustuğu durumlarda boşluktan söz edilemez. Uygulanabilir somut bir hukuk kuralının varlığı halinde, kanun boşluğunun doğması mümkün değilken; çözüm olarak öngörülen hukuk kuralının somut meseleye doğrudan doğruya uygulanamadığı “*kural içi boşluklar*” ise bu anlamda kanun boşluğu oluşturamaz. Bunlar aslında daha adil ve hakkaniyete uygun çözüme ulaşılabilmesi için kanun koyucu tarafından özellikle öngörülen düzenlemelerdir. O halde, uygulanabilir bir hukuk kuralının varlığında, hem gerçek kanun boşluğu hem de hukuk boşluğu ihtimallerinin kendiliğinden sona erdiğini; genel hukuk kuralının içeriğinin ve uygulanabilirliğinin ise hâkim tarafından özel olarak değerlendirileceğini vurgulamak gerekir.

Kanun koyucunun öngöremediği ya da yasal düzenlemeler yapıldıktan sonra ortaya çıkan ihtiyaçlar sebebiyle hukuk sistematiği içinde doğan boşluklar ise *açık, gerçek kural dışı boşluklardır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi boşluğun varlığını, “kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bırakmış olmaması kaydı ile bir hukuki meseleyi yasal düzenlemeler ile cevapsız bırakmış olması halinde”* kabul eder<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Hatemi, 88. *Serozan*, kıyas ile genişletici yorum arasındaki sınırın çok silik olduğunu ve yorumlama ile boşluk doldurma ile kıyasen uygulama arasında nitelik değil ancak nicelik ayrımı olduğunu söyler ve bu ayrımın sadece ceza hukuku bakımından önemli olduğunu vurgular. *Serozan*, 112-113. Kanundaki kelimelerden çıkabilecek anlamla sınırlı olan daraltıcı yorum ile ilgili ise bkz. Kırca, Ç. Örtülü (Gizli) Boşluk Ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, (2001) (I) 50 AÜHFD, 108.

<sup>33</sup> Geissbühler, s.6; ATF 136 III 385, SJ 2010 I, 213.

*Açık, gerçek boşlukların* doldurulmasında ilk başvuru yolu olarak **kıyas** (*Analogie, Örneksime*), bir kanun hükmünün veya kanun hükmünde yer alan bir ilkenin benzer bir olaya uygulanmasını ifade eder<sup>34</sup>. Kanunun kıyas yoluyla uygulanması için, her iki eylem, davranış veya ilişkinin az çok birbirine benzer nitelikte menfaat çatışmasına sebebiyet vermiş olması yeterlidir. Kıyasta benzer olaya benzer sonuç bağlayan kişi atf hükümlerinden farklı olarak kanun koyucu değil, Medeni Kanunun 1 inci maddesi tarafından kendisine yetki verilen hâkimdir. Açık gerçek boşlukların doldurulmasında hâkime kıyastan sonra yol gösterebilecek bir diğer yol ise, hukukun genel ilkeleriyle boşlukların doldurulması, bu da mümkün değilse hâkim tarafından hukuk yaratılmasıdır.

### 3. Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Uygulanması

“*Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanması*” ifadesi doktrinde baskın görüşle *kıyasen* uygulama ile açıklanmakta; bazı yazarlar *sadece kıyasen* uygulama olabileceği görüşünü savunurken, bazı yazarlar ise *kıyasen uygulamanın kural, doğrudan uygulamanın ise istisna* oluşturduğunu kabul etmektedirler<sup>35</sup>.

Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin *uygun düştükleri ölçüde* diğer özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmeleri; aslında her iki düzenlemenin bir birinin tamamlayıcısı olmasından kaynaklanır ve teknik olarak bu uygulama *kıyasen* uygulamadır. İsviçre’de 1904 tarihli tasarı çalışmalarının Almanca metninde yer alan “*eine entsprechende Anwendung*” şeklindeki ifadenin, Fransızca metinde tam karşılığı olmamakla birlikte “*par analogie*” şeklinde çevrilmesi; sonrasındaki kanunlaştırma çalışmalarında genel nitelikli hükümlerin “*uygun düştükleri ölçüde*” uygulanabilmelerine esas olmuştur<sup>36</sup>. O kadar ki, İsviçre Hukukunda *Bucher* gibi “*uygun düştüğü ölçüde uygulama*” ile “*kıyasen uygulama*” terimlerini birebir aynı anlamda kullanan yazalar dahi bulunmaktadır<sup>37</sup>. Federal Mahkeme tarafından da *kıyasen* uygulama benimsenmekte ve “*İsviçre Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin diğer medeni hukuk ilişkilerine*

<sup>34</sup> Akıntürk, Akipek and Ateş, 132-133; Edis, (*Medeni Hukuka Giriş*) 143 vd.; Öztan, 156; Deschenaux, 105 vd.; Akyol, 284; Oğuzman and Barlas, 120 vd.; Serozan, 108 vd. *Serozan*, hakimin bir kanun boşluğunu doldururken başka bir hükümden kıyasen yararlanması ile “kanunun bir hükmün anlamının tespitinde, benzer bir durumu düzenleyen başka bir kanun hükmünden kıyasen yararlanma” ve “kanunun bir maddesinin başka bir hükmün kıyasen uygulanmasını emrettiği hallerde yollama yapılan hükmün kıyasen uygulanmasının” birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini belirtir. Buna göre, birinci halde ortada bir kanun boşluğu söz konusu iken; ikinci ve üçüncü durumlarda kanun boşluğu yoktur. Mesele mevcut kanun hükmünün uygulanması ile ilgilidir. Diğer yandan *Huber* gibi İsviçre Hukukunda kıyasın Medeni Kanunun 1 inci maddesinin 1 inci fıkrası kapsamında kanunun sözü ve özüyle değiştiği tüm konularda uygulanmasını ifade ettiğini düşünen yazarlar hakkında bkz. Gürzumar, 133 vd.

<sup>35</sup> Kıyas görüşü için bkz. Deschenaux, 58; Friedrich, 599; Bucher, 67; Edis, 250; İmre, 153; Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 3; Oğuzman and Barlas, 61; kıyasın kural doğrudan uygulamanın istisna olması görüşü için bkz. Gürzumar, 133 dipn.111’de belirtilen Haussheer H./Jaun, M.; Die Einleitungsartikel des ZGB, Art.1-10 ZGB, (2003), N.12 au Art. 7 ZGB, 245-248.

<sup>36</sup> Deschenaux, 54; Friedrich, 598; Geissbühler, 5;

<sup>37</sup> Bucher, 67.

*uygulanabilmelerinin ancak ilgili medeni hukuk ilişkisinin bünyesine uygun düşüyorsa mümkün olabileceği*” kararlarda açıkça ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Buna göre doktrin ve yargı kararları hükmü *dört basamaklı* olarak uygular. İlk basamak hâkimin özel hukuk alanı içinde olduğundan emin olması, ikincisi uygulamak istediği kuralın genel nitelikli bir borçlar hukuku kuralı olması, üçüncüsü somut olay içinde bir boşluk olduğunu tespit etmesi ve nihayet son olarak da belirlediği borçlar hukuku genel hükmü ile objektif olarak ve uygun düştüğü ölçüde bu boşluğu doldurma imkânının bulunmasıdır.<sup>39</sup>

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 5 inci maddesi Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin *uygun düştüğü ölçüde* tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmesi esasını açıkça metne almıştır. Aslında “*Uygun düştüğü ölçüde uygulanabilme*” kıyasen uygulamayı da destekleyen bir yaklaşım doğurur.

*Gürzumar*, ifadenin doğrudan uygulama hallerini de kapsadığının kabulü halinde gereksiz olduğunun gerçekten söylenebileceğini, belirli olay ve ilişkilere, şartları gerçekleştiği için zaten doğrudan uygulanması gereken hükümler yönünden Medeni Kanunun 5 inci maddesindeki gibi, genel bir atıf hükmüyle yollama yapılmasının anlamlı ve işlevsel olmadığını; buna karşılık Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmalarının her zaman dolaylı uygulama olmakla birlikte aynen uygulama hallerini de içerebileceğini vurgular<sup>40</sup>. Zira doğrudan uygulamadan daha kapsamlı olan *aynen uygulama*, bir kanun maddesinin bir başka kanun maddesinin uygulanması için atıfta bulunması şeklinde olabileceği gibi, kıyasen uygulanması için yapılan atıfları da kapsamaktadır<sup>41</sup>. Yazar, doğrudan uygulama kavramının alternatifini dolaylı uygulamanın oluşturduğunu, atıf nedeniyle gerçekleştirilen (ve atıf olmasaydı gerçekleştirilmek zorunda olmayan) tüm uygulama hallerinin dolaylı uygulama olduğu gibi (ki buna gönderme nedeniyle kıyasen uygulama da dâhildir), bir kanun hükmünün yorumlanmasında başka bir hükmünden benzetme yoluyla yararlanılması dışında kalan tüm kıyasen uygulama hallerinin de dolaylı uygulama olduğunu belirtir<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> ATF 127 III I, JdT 2991 I s. 216; ATF 129 III 646, JdT 2004 I s. 105.

<sup>39</sup> Deschenaux, s.58; Geissbühler, s.5-6. ATF 127 III I, JdT 2001 I s.216; ATF 129 III 646, JdT 2004 I s.105.

<sup>40</sup> Gürzumar, 141 vd.

<sup>41</sup> Bu anlamda hâkimi doğrudan doğruya uygulayabileceği yasal düzenlemelere yönlendiren hükümler de açık atıf hükümleri olduğundan yine somut olaya doğrudan uygulanabilir. Örneğin MK.m680: “*Borçlar Kanununun geçersizliğe ilişkin genel hükümleri*, paylaşma sözleşmeleri hakkında da uygulanır.”; MK.m714: “Kazandırıcı zamanasını sürelerinin hesaplanmasında, kesilmesinde ve durmasında, *Borçlar Kanununun zamanasına ilişkin hükümleri* kıyas yoluyla uygulanır.” hükümlerinde olduğu gibi. Aynı şekilde TTK.m23/1: “Bu maddedeki özel hükümler saklı kalmak şartıyla, tacirler arasındaki satış ve mal değişimlerinde de *Türk Borçlar Kanununun satış sözleşmesi ile mal değişim sözleşmesine ilişkin hükümleri* uygulanır.” TK.m56/1-e: “Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini, isteyebilir.”, TK.m102/2: “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.”

<sup>42</sup> Gürzumar, 143.



Bu anlamda; Medeni Kanunun Başlangıç Hükümlerine, hak ve fiil ehliyetlerine, kişilik haklarına, yerleşim yerine ilişkin hükümlerinin borçlar hukuku ilişkilerine ve daha da ötesinde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmelerinin *doğrudan bir uygulama* olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır<sup>43</sup>. Doğrudan uygulanabilir bir hukuk kuralının varlığı ise, Medeni Kanunun 5 inci maddesinden değil, “*kanunun sözüyle ve özüyle değindiği tüm konularda uygulanması*” kuralını düzenleyen Medeni Kanunun 1 inci maddesinden kaynak alır. Bir başka ifade ile özel hukukun bütünlüğü ilkesi içinde uygulanacak olan hüküm sadece kanun metni farklılaşmış şekilde hâkimin önünde zaten yer almaktadır.

*Atıf hükümleri* bir hukuki meselede uygulanacak olan yasal düzenlemeye, hâkimin kanun koyucu tarafından yönlendirilmesinde ortaya çıkar ki Medeni Kanunun 5 inci maddesi de kıyasen uygulama yönünde hâkime talimat veren *genel bir atıf hükmüdür*. Bu anlamda somut bir meselede uygulanabilecek yazılı bir hukuk kuralı bulunmadığı durumlarda Medeni Kanunun 1 inci maddesi uyarınca önce örf ve adet hukuku kurallarına, o da yoksa hukuk yaratma yoluna gitmesi gereken hâkime, aslında 5 inci madde ile varsa o hukuki ilişkinin bünyesine uygun düşen Medeni Kanun veya Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin kıyasen uygulaması yükümlülüğü getirilmektedir<sup>44</sup>. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, doğrudan doğruya bir uygulama söz konusu olmadığı için hükmen hâkim tarafından sınırlanabileceği ya da yerine göre değişikliğe uğratılabileceğidir. O halde halihazırda zaten, doğrudan uygulamanın mı yoksa kıyasen uygulamanın mı yapılması gerektiğine karar verecek olan kişi bizzat hâkimdir.

*Gürzumar* bu imkânın da ortadan kalkması halinde hukuk yaratma noktasına gelen hâkimin, böyle bir hukuk kuralı yaratırken, isterse, yani Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmünün işaret ettiği anlamda bir gereklilik söz konusu olmaksızın, daha serbest şekilde, uygun gördüğü ve yardımcı olacağına kanaat getirdiği ölçüde belli hükümlerden yararlanabileceğini vurgular. Bu durum artık Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmünün işaret ettiği anlamda kıyasen uygulamadan farklı olarak, hâkimin hukuk kuralı yaratırken başka hükümlerin öngördüğü çözümlerden yararlanmasında sahip olduğu geniş serbestliktir<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Edis *doğrudan doğruya* uygulamanın dört ayrı şekilde mümkün olduğunu belirtmektedir. Bunlar; a) *Maddi durumlar*, b) *Medeni Kanun tarafından düzenlenen ancak nitelikleri bakımından Borçlar Hukuku ilişkisi veya sözleşmesi olan hukuki ilişkiler*, c) *Medeni Kanunda bazı yönleri düzenlenen diğer yönleri için Borçlar Kanununa yollama yapılan haller*, d) *Diğer kanunlarda yer alan ancak hukuki unsur olarak Borçlar Hukukundaki anlamı ile kullanılan kavramlar*’dır. Edis, 168-169. Ayrıca bkz. Deschenaux, 60; Friedrich, 593, 594; Geissbühler, 4; Imre, 155; Oğuzman and Barlas, 61; Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan and Arpacı, 3.

<sup>44</sup> Bu konuda bkz. Gürzumar, 156 vd.; Oğuzman and Barlas, 60.

<sup>45</sup> Gürzumar, 160-161.

### III. Medeni Kanunun 5 İnci Maddesinin Aile Hukukunda Uygulanması

#### A. Aile Hukuku ve Medeni Kanunun 5 inci Maddesinin Aile Hukuku İle İlişkisi

Hukuk kuralları sadece hukuki ilişkiler bağlamında değil, tarihi ve sosyolojik yapıya paralel olarak kamu düzeni ile de oldukça yakından ilgilidir. Toplumların sağlıklı gelişebildikleri, bireyler arasındaki ilişkilerin daha sağlam temellere oturtulabildiği hukuki yapıların dayanaklarından biri de şüphesiz *zamana ve mekâna göre değişiklik gösterebilen aile kavramıdır*. Türk hukuku yönünden kanun koyucu, ailenin korunması ile ilgili Anayasanın 41 inci maddesinde özel bir düzenlemeye yer vermiş; temel hak ve özgürlüklerin bireylerin yalnızca diğer bireyler ve toplumun bütününe karşı değil, kişinin ailesine karşı da var olan ödev ve sorumluluklarını ihtiva edeceğini hükme bağlanmıştır (Any.m12)<sup>46</sup>. Diğer yandan hem eşlerden oluşan *dar anlamda* aile; hem ana, baba ve çocuklardan oluşan *geniş anlamda aile*; hem de bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında birlikte yaşayan bireylerden oluşan *en geniş anlamda aile* kavramını kapsayacak şekilde Medeni Kanunun 118 ile 494 üncü maddeleri arasında “Evlilik Hukuku”, “Hısımlık” ve “Vesayet” şeklinde üç kısımda düzenleme yapılmıştır.

Türk Medeni Kanunu bu anlamda aile hukukunun ilk ve temel kaynağını oluşturmakta, Medeni Kanunun 5 inci maddesi uyarınca *Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunan tüm genel hükümlerin de, uygun düştükleri ölçüde* aile hukuku ilişkilerinde oluşan boşluklara uygulanabilecek kaynaklardan olduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce Borçlar Kanunundaki genel bir hükmün aile hukukunda *uygulanabilirlik ölçütü* belirlenirken öncelikle bu ilişkilerin özellikleri ve ilişkilerde geçerli olan temel ilkelerin değerlendirilmesi gerekir.

Bu anlamda aile hukuku alanına giren özel hukuk ilişkileri toplumsal ve ahlaki nitelikleri gereği *süreklilik ve birlik* esası üzerine kurulu olan ilişkilerdir. Her zaman *ailenin ve çocukların korunması ilkesinden* hareket edilmekte, diğer yandan eşler arasında emek ve malvarlığı dengesi kurulmakta ve yine eşler arasında *eşitlik ilkesi* benimsenmektedir. Toplum içinde diğer hukuki ilişkilerden ayrı bir yer ve öneme sahip olan aile hukuku ilişkilerine *devlet*, kamu yararı ve kamu düzeni düşüncesiyle ve sadece denetlemek amacıyla diğer özel hukuk ilişkilerine oranla daha çok *müdahale* eder. Aile hukuku hükümleri genel olarak *emredici kurallardır*. Kuralların emredici özelliği, temelini aile kurumunun ahlak ve kamu düzeni ile olan yakın ilişkisinden alır.

İrade serbestliğinin çok istisnai hallerde tanındığı (evlat edinme gibi) ve düzenleme serbestliğinin bulunmadığı bu ilişkilerde *numerus clausus* yani *sınırlı*

<sup>46</sup> Anayasa’da aynı doğrultuda; kanun önünde eşitlikle (Any.m10), özel hayatın gizliliğiyle (Any.m20); düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü ile (Any.m26) hatta yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birlikleri ile (Any.m62) ilgili de özel düzenlemelere yer verilmiştir.

*sayı ilkesi* (kapalı adet kuralı) geçerlidir. Bir başka ifade ile kanunda kurulmamış ya da düzenlenmemiş olan bir ilişkiyi veya kurumu eşlerin kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile kurmalarına ya da düzenlemelerine imkân yoktur.<sup>47</sup> Bu sebeple tekrar altını çizmek isteriz ki; “bizim yapacağımız inceleme de Medeni Kanunun 5 inci maddesi uyarınca aile hukuku ilişkilerinde var olmayan hukuki ilişkilerin ya da kurumların uygulanabilirliği üzerine bir değerlendirme değil; maddeyi daha dar kapsamlı bir alanda örneklendirebilmek üzerine bir çalışmadır.”

## B. Uygulamada Yöntem

Yukarıda da açıklandığı üzere Medeni Kanun hükümleri içinde bizzat kanun koyucunun Borçlar Kanununun genel hükümlerine göndermede bulunduğu durumlar, hâkim tarafından Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmüne gidilmesine ihtiyaç bırakmaz. Zira artık somut olarak kanun koyucu tarafından belirlenmiş açık ve *doğrudan uygulanabilir* bir hukuk kuralının varlığı söz konusudur. Medeni Kanunun 1 inci maddesinden kaynak alan bu durumda hâkimin önünde özel hukukun bütünlüğü ilkesi içinde uygulanacak olan bir hüküm sadece kanun metni farklılaşmış şekilde yer alır<sup>48</sup>. *Gürzumar*, bu uygulama halinin, doktrinde doğrudan uygulama hali olarak zikredilmesi yanında, aslında kendisine atf yapılan hükümlerin açık atf gereğince dolaylı ve aynen uygulanmasının var olduğunu belirtmektedir<sup>49</sup>.

Aile hukuku yönünden Borçlar Hukuku genel hükümlerinin *doğrudan doğruya* uygulama örnekleri olarak: *Sebepsiz zenginleşme* ile ilgili madde 122; *kusur* ile ilgili madde 120, madde 121, madde 166, madde 174, madde 175, madde 181, madde 252, madde 236; *zarar* ile ilgili madde 173, madde 210; *maddi ve manevi tazminatlar* ile ilgili madde 119, madde 120, madde 121, madde 158, madde 174, madde 176, madde 219, madde 220, madde 228, madde 250, madde 260, madde 272; *zamanaşımı* hususunda madde 123, madde 178; *irade sakatlıkları* ile ilgili madde 149, madde 150, madde 151 ve *temsil* ile ilgili madde 188-191 hükümleri verilebilir.

Genel bir atf hükmü olan Medeni Kanunun 5 inci maddesi, somut meselede uygulanabilecek yazılı hukuk kuralı bulunmadığı durumlarda hâkime; Medeni Kanunun 1 inci maddesi uyarınca önce örf ve adet hukuku kurallarına, o da yoksa hukuk yaratma yoluna gitmeden önce imkân varsa o hukuki ilişkinin bünyesine uygun düşen (Medeni Kanun veya Borçlar Kanununun) genel nitelikli hükümlerin

<sup>47</sup> Aile hukuku ilişkilerinin tabi oldukları ilkeler ve özellikle sınırlı sayı ilkesi hakkında bkz. Feyzioğlu, F.N, Aile Hukuku, (Filiz 1986), 14; Velidedeoğlu, H.V, Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Başlangıç Ve Şahsın Hukuku, (4th edn İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1951), 10; Tandoğan, H, Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet (Vedat 2012), 5; Öztan, B, Aile Hukuku, (Turhan 2015) (*Aile*), 17 vd.; Akıntürk, and Ateş, 19 vd.; Dural, M, Ögüz, T and Gümüş A, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, (Filiz 2019), 4 vd.

<sup>48</sup> Medeni Kanunun; sözleşmeden dönme ile ilgili olarak 547 inci maddede, özel bazı durumlarla ilgili olarak 601 inci maddede, geçersizlik ile ilgili olarak 680 inci maddede, zamanaşımı ile ilgili ise 714 üncü ve 777 inci maddelerde belirlediği durumlarda olduğu gibi.

<sup>49</sup> Gürzumar, 147.

kıyasen uygulanması yükümlülüğü getirir. Bu çerçevede kanun koyucunun doğrudan doğruya göndermede bulunduğu haller bir yana bırakıldığında; Medeni Kanununun 5 inci maddesinin hakim tarafından uygulanabildiği aile hukuku örnekleri nelerdir?

## C. Medeni Kanununun 5 inci Maddesinin Aile Hukuku Uygulama Örneklerinden Bazıları

### 1. Nişanlanma

*Nişanlanma*, ileride birbirleriyle evlenmek isteyen ve evlenmelerinde kanunen bir engel olmayan ayrı cinsten iki kişinin bu konudaki iradelerini birbirlerine karşı açıklamalarıdır<sup>50</sup> Hukuki niteliği bakımından “sözleşme görüşü”, “karar görüşü” ve “hukuki ilişki” görüşleri ortaya konulan nişanlanmanın; kaynak İsviçre Medeni Kanunu m90 hükmünün Fransızca kenar başlığında yer alan “*nişanlanma sözleşmesi*” (*contrat de fiançailles*) ifadesinden hareketle sözleşme olduğu ağırlıklı olarak kabul edilir<sup>51</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar ise kendi aralarında nişanlanmanın “*aile hukuku sözleşmesi*” mi, asıl edimi bir yapma (evlenme) borcu olan “*borçlar hukuku sözleşmesi*” mi yoksa “*karma bir sözleşme*” mi olduğu konusunda bölünmüştür. Tartışmaların detayı çalışmamızın kapsamında olmamakla birlikte, son zamanlarda bilhassa nişanlanmaya *Medeni Kanununun 5 inci maddesi* uyarınca Borçlar Kanunu genel hükümlerinin de uygulanacağından hareket ederek ortaya çıkan ve gelişen bu tartışmaların aslında gereksiz olduğunu ve aynı yöndeki görüşlerin bilhassa İsviçre hukukunda çokça taraftar bulduğunu belirtmek gerekir<sup>52</sup>. *Medeni Kanununun 5 inci maddesi* uyarınca, her şeyden önce özel hukuk sözleşmesi olan nişanlanmaya, Borçlar Kanunu genel hükümlerinin, Aile Hukuku temel ilkelerine ve emredici kurallara aykırılık oluşturmamak kaydı ile bir başka ifadeyle *uygun düştüğü* ölçüde, *kıyasen* uygulanabilmeleri elbette mümkündür<sup>53</sup>.

Buna göre öncelikle nişanlanma sözleşmesinin meydana gelebilmesi için hangi şartların aranacağı; nişanlanmanın hangi hallerde geçerli olamayacağı gibi hususlar

<sup>50</sup> Akıntürk and Ateş, 23; Öztan, (*Aile*), 25; Zevkliler, A, Acabey, M.B. and Gökyayla, K. E, Medeni Hukuk Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, (Savaş 2000), 747; Dural, Ögüz and Gümüş, 13 vd.; Abik, Y, “ Nişanlanma Ve Nişanlılık”,(2005) 54 (2), AUHFD, 65-152, 71 vd.

<sup>51</sup> Koç, N, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2002), 17. Görüşler hakkında bkz. Akıntürk and Ateş, 26 vd.; Öztan, (*Aile*), 28 vd.; Zevkliler, Acabey and Gökyayla, 678 vd.; Dural, Ögüz and Gümüş, 15; Abik, 69.

<sup>52</sup> Werro, 163; Geissbühler, 19. Ayrıca bkz. Dual, Ögüz and Gümüş, 15. *Medeni Hukuk sözleşmelerinin* ve özel olarak aile hukuku sözleşmelerinin Medeni Kanun ya da Borçlar Kanunu içinde herhangi bir şekilde listelenmiş sözleşme örneklerinden oluşmadığını hatırlamak gerekir. İsviçre doktrininde, bu sözleşmelerin yargı kararları ile de tek tek belirlenmeleri mümkün olmayacağından hareketle farklı ayrımlar ve sınıflandırmalar yapılmıştır. Örneğin İsviçre Hukukunda *Tercier, Favre, Müller* ve *Morin* altı tane; *Engel* ve *Riechel* onbeş tane, *Riemer* ise yirmi beş tane sözleşme türünün var olduğunu savunmakta; hatta *Riechel* Medeni Kanunda yer alan sözleşme sayısının İsviçre Borçlar Kanunu Özel Hükümlerinde yer alan sayı kadar olduğunu söylemektedir. Bu konuda bkz. Geissbühler, 8. Ayrıca Engel, 159; Deschenaux, 52. Türk hukuku yönünden ise genel olarak benimsenen; medeni hukuk sözleşmelerinin; nişanlanma (MK.m118), evlenme sözleşmesi (MKm124 vd.), aile malları ortaklığı (MK.m373 vd.), miras sözleşmesi (MK.m503), paylaşma sözleşmesi (MK.m676) ve kurucu aynı hak sözleşmelerinden (MK.m780, m795; m840) oluştukları yönündedir.

<sup>53</sup> Öztan, 25; Zevkliler, Acabey and Gökyayla, 681; Koç, 13.

Medeni Kanunda hükme bağlanmadığından, *Medeni Kanunun 5 inci maddesi* uyarınca Borçlar Kanununun akdin kurulmasıyla (BK.m1 vd) ve sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüyle ilgili genel düzenlemelerin uygulanması (BK.m19, m26, m27) gerekir ki bu uygulama, nişanlanma sözleşmesinin özellikleri göz önüne alınarak ve nişanlanmanın niteliğine uygun düştüğü oranda kıyasen bir uygulamadır<sup>54</sup>. Örneğin, evli olup da yeniden nişanlanan bir kimse evli olduğunu gizlemişse, yapılan akit, Kanunun emredici kurallarına, ahlaka, kamu düzenine aykırı olduğundan Borçlar Kanununun 27 inci maddesi uyarınca kesin hükümsüzdür<sup>55</sup>. Bilhassa nişanlanma akdinin butlan sebeplerinden biriyle batıl olduğunu bilmeyen nişanlı yönünden bu nedenle *manevi bir zarar* doğmuşsa, bu zararın tazmini *Medeni Kanunun 5 inci maddesine* dayanılarak, Borçlar Kanunu'nun 58 inci ve hediyelerin iadesinin de Borçlar Kanununun 77 inci maddelerinin kıyasen uygulanması ile talep edilebilmeleri mümkündür<sup>56</sup>. Aynı şekilde nişanlanma ahlaka aykırı olsa bile, nişan hediyesinin iadesi Borçlar Kanununun 81 inci maddesi uyarınca *“ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için verilen şey”* kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>57</sup>. Zira bu madde genel ahlaka aykırılık taşıyan tüm sözleşmeler yönünden geniş yorumlanmamakta; sadece ifade bulan kişiyi genel ahlaka aykırı bir amaca uygun davranmaya sevk etmek ya da teşvik etmek amacıyla yapılan kazandırmaları kapsayacak şekilde dar yorumlanmaktadır<sup>58</sup>.

Medeni Kanunun 122 inci maddesinde özel olarak düzenlenen *hediyelerin iadesi*; nişan dolayısıyla ve nişanlanma sırasında veya nişanlılığın devamı süresinde, alışılmış dışında kalan hediyelerin geri verilmesini kapsar ve bu hak nişanlılardan başka, onların ana babalarına ve hatta ana baba gibi davranan kimselere de tanınmıştır<sup>59</sup>. Nişanlılara bu kişiler dışında *üçüncü kişiler tarafından verilen hediyelerin iade kapsamı* ise Medeni Kanunda özel olarak belirtilmediğinden ortaya çıkan boşluğun *Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmü ile doldurulması mümkündür*. Nitekim Borçlar Hukuku genel hükümleri içinde *“sebepsiz zenginleşme”* ve kimi zamanda Borçlar Hukuku özel hükümleri içinde *“bağışlamanın geri alınması”* hükümlerine gidilebilir. Üçüncü kişiler yönünden iade kapsamı tüm hediyeler yönünden değil, gelecekte evlenmeleri düşünülerek, onu gerçekleştirmek ve kolaylaştırmak amacıyla verilen

<sup>54</sup> Feyzioğlu, 22; Tekinay, 10; Öztan, 34; Werro, 163; Geissbühler, 19.

<sup>55</sup> Hatemi and Serozan, 39; Kılıçoğlu, 15; Öztan, 60. Yargıtay da evli bir kimsenin evliliği kesin olarak sona ermedikçe nişanlanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Örnek olarak bkz. 3.HD. 26.12.2005, 13403/14367. (www.kazanci.com.tr)

<sup>56</sup> Geissbühler, 20; Öztan, 49-50; Dual, Ögüz and Gümüş, 21. Yargıtay da evli bir kimsenin nişanlanamayacağından hareketle, hediyelerin iadesinin Medeni Kanunun 122 inci maddesi uyarınca değil, Borçlar Kanununun genel hükümleri uyarınca mümkün olduğunu vurgulamaktadır. Örnek olarak bkz. Yargıtay 3.HD. 11.06.2009, 8106/10088, YKD 2009, C.XXXV, 1855, Yargıtay 3. HD. 23.01.2014, 15535/884. (www.kazanci.com.tr)

<sup>57</sup> Hatemi and Serozan, 39.

<sup>58</sup> Bu anlamda örneğin nikâhsız birlikte yaşamayı temin etmek için yapılan bağışlamalar, verilen hediyeler ahlaka aykırılık sebebiyle ve alaka aykırı amacı gerçekleştirmek için verildiklerinden iadeleri istenemez. Ateş, D, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, (Turhan 2007), 318 vd. Ayrıca bkz. Engel, 594; Tercier, P, La Corruption Et Le Droit Des Contrats, (1999) (II) SJ 225-271 (*Corruption*), 253, Guggenheim, D, Le Droit Suisse Des Contrats, (Geneve Georg. 1991), 269; Petitpierre, (*Commentaire Romand*), 454; Sirmen, L, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Ders Notları, (1996), 193.

<sup>59</sup> Akıntürk and Ateş, 45 vd; Öztan, 80 vd.; Dual, Ögüz and Gümüş, 42 vd; Koç, 132 vd.

hediyelerdir ve bu husus Türk-İsviçre yargı kararlarında da yerleşmiştir<sup>60</sup>. Borçlar Kanununun 30 uncu maddesi kapsamında *yanılma* hükümlerine gidilememesinin sebebi ise nişanlanmanın kesin olarak evlenme ile nihayetlendirilmesini beklemenin evlenme özgürlüğü ile bağdaşmamasından kaynaklanır<sup>61</sup>.

Nişanlılara *ait mektup ve fotoğrafların* iadesi konusunda ise farklı görüşler bulunmaktadır<sup>62</sup>. Genel olarak baskın görüş, bunların hediye kavramına dâhil olmadıkları ve ancak nişanlılardan birinin kişilik hakkını zedelemesi durumunda geri verilmesinin istenebileceği yönündedir. Bu durumda kişilik hakkı zedelene nişanlı, Medeni Kanunun 24 üncü maddesi uyarınca dava açarak hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceğinden *Medeni Kanunun 5 inci maddesi uyarınca Borçlar hukuku genel hükümlerine gidilmesine ihtiyaç yoktur*. Diğer yandan hediyelerin iadesi ile ilgili hükmün (MK.m122), sebepsiz zenginleşme ile ilgili Borçlar Kanunun 77 inci ve devamı maddelerine yaptığı gönderme de kanun koyucu tarafından doğrudan doğruya yapıldığı içindir ki *yine Medeni Kanunun 5 inci maddesi kapsamında değerlendirilemeyecektir*. Ancak hükmün sebepsiz zenginleşmeye doğrudan gönderme yapmış olması ve Borçlar Kanunun sebepsiz zenginleşme için iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri öngörmüş olması (BK.m82); buna karşılık Medeni Kanunun ise nişanlılığın sona ermesinden doğan dava haklarını bir yıllık zamanaşımı süresi ile sınırlamış olması, hangi *zamanaşımı* süresinin uygulanması gerekeceği konusunda da tereddüt yaratmıştır. Bu durumda kabul edilen görüş; genel hüküm ve özel hüküm ilişkisi sebebiyle; bir başka ifadeyle *lex specialis* bir yıllık sürenin uygulanması gerekeceğidir.<sup>63</sup> İsviçre hukukunda da *Werro* hediyelerin iadesi ile ilgili hükmün (İMK.m91/I, MK.m122) sebepsiz zenginleşme ile ilgili hükmün karşısında (İBK.m62; BK.m77) özel bir hüküm olduğunu ve bu sebeple hediyelerin iadesi için nişanlılık ilişkisinin sona ermesinin yeterli olduğunu savunurken; *Huwiler* hediyelerin iadesi ile ilgili hükmün Borçlar Kanunun sebepsiz zenginleşme hükmünden bağımsız olduğu görüşündedir<sup>64</sup>. Bu sebeple, nişanlılar hediye sebebiyle olmasa da nişanlılık ilişkisini sona erdirme şartıyla maddeyi ileri sürebilmeleri gerektiğini savunur. Ancak bu görüş nişanlılık ilişkisi içinde nişanlıların birbirlerine verdikleri maddi değere sahip varlıkları belgelendirmeleri her zaman mümkün olmayacağından hareketle, ispat bakımından sorunlar ortaya koymaktadır. Nişanlıları birbirine bağlayan fiili

<sup>60</sup> Tekinay, 31; Velidedeoğlu, 43; Akıntürk and Ateş D, 47-48. Yargı kararları ile ilgili bkz. FF 1996 I 61; ayrıca HGK 26.11.1958, 6/84-79. (www.kazanci.com.tr)

<sup>61</sup> Geissbühler, 20.

<sup>62</sup> Mektup ve fotoğrafların hediye kavramına girdiği hakkında bkz. Schwarz, 52; Velidedeoğlu, 42; aksi yönde bkz. Tekinay, 28; Feyzioğlu, 60; Akıntürk and Ateş,D, 49; Dual, Öğüz and Gümüş, 43; Öztan, 96; Koç, 158. İsviçre hukuku yönünden ise bkz. Werro, 202; Geissbühler, 19.

<sup>63</sup> Geissbühler, 19. Ayrıca bkz. Koç, 153, Abik, 118. Diğer yandan Yargıtay, resmi nikâh yapılmadan gerçekleşen fiili birlikler yönünden tarafların aynı konutta birlikte yaşadıkları ve çocuk sahibi oldukları durumlarda, taraflar arasında aile hukuku ilişkisi bulunmadığını; bu sebeple taraflar bakımından somut olayın özelliklerine göre Borçlar Hukuku haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiği kabul etmektedir. HGK. 03.03.2010 tarihli 2010/4-88, 2010/126; aynı yönde bkz. Yarg.3.HD. E.20013/5424, E.2013/7367, T.6.5.2013. (www.kazanci.com.tr)

<sup>64</sup> Werro, 220; Geissbühler, 20.

durum sebebiyle verilen hediyelerin var olan nişanlılık ilişkisinin sona ermesi sebebiyle geri verilmeleri bizce de doğal olan yol olmalıdır.

Öztañ, ayrıca batıl olmaları sebebiyle hükümsüz olan nişanlanmalarda Medeni Kanunun 120 ve 121 inci maddeleri uyarınca tazminat davasının açılmayacağını ancak *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğabileceğini ve kişi haksız fiil nedeniyle manevi bir zarara uğramışsa, Medeni Kanunun 5 inci maddesinin yardımı ve Borçlar Kanununun 58 inci maddesi uyarınca tazminat isteyebileceğini de vurgular<sup>65</sup>. Aynı şekilde *maddi tazminat* yönünden de yine hâkim evlenileceğine inançla yapılan masrafların tazminine hükmederken geniş bir takdir yetkisine sahiptir ve bu noktada *Medeni Kanunun 5 inci maddesi* vasıtasıyla, Borçlar Kanununun 52 inci maddesini kıyasen uygulayabilir<sup>66</sup>.

Geçerlilik şartlarına sahip bir nişanlanmanın şarta bağlı olarak yapılması mümkündür. Geciktirici ya da bozucu şartlar yönünden Borçlar Kanununun şarta ilişkin hükümleri nişanlanmanın niteliğine uygun düştüğü oranda yine Medeni Kanunun 5 inci maddesi uyarınca uygulama alanı bulur<sup>67</sup>. Örneğin nişanlanma sözleşmesi bozucu bir şarta bağlanmışsa ve bu şart gerçekleşmişse, akit, kural olarak şartın gerçekleştiği andan sonrası için yani ileriye etkili (*ex nunc*) olarak ortadan kalkar. Böylece Medeni Kanunun 5 inci maddesi uyarınca Borçlar Kanununun 173 üncü maddesinin II inci fıkrası burada uygulama alanı bulacaktır<sup>68</sup>.

## 2. Evlenme

Evlilik tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, ayrı cinsiyetteki iki kişinin hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmesi olup, sosyal, ahlaki ve aynı zamanda hukuki bir kurumdur<sup>69</sup>. Evlenmenin hukuki niteliği hakkında doktrinde üç temel görüş vardır. Bunlardan ilki evlenmenin bir *aile hukuku sözleşmesi* olduğu görüşüdür. Bu görüş, evlenmenin nişanlıların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmaları ile kuruluyor olmasından temel alır<sup>70</sup>. İkinci görüş ise, nişanlıların evliliğin hükümlerini ve şartlarını kararlaştırmakta, değiştirmekte serbest olmadıklarını, bu sebeple evlenmenin bir sözleşme olmadığını ileri süren *kurum görüşü*dür<sup>71</sup>. Son görüş ise, tarafların irade beyanları ile kanunen objektif ve genel olarak tayin edilen evlenme statüsüne evlenme memurunun beyanı ile girdikleri *şart-tasarıf görüşü*dür<sup>72</sup>. Türk hukuku yönünden baskın ve yaygın olan görüş evlenmenin

<sup>65</sup> Öztañ, 60.

<sup>66</sup> Öztañ, 106.

<sup>67</sup> Schwarz, 50; Arsebük, 525; Köprülü, 475; Feyzioğlu, 38; Velidedeoğlu, 31; Saymen and Elbir, 50; Dual, Öğüz and Gümüş, 42; Akıntürk and Ateş, D, 36; Öztañ, 54.

<sup>68</sup> Öztañ, 56-57.

<sup>69</sup> Tandoğan, 2; Velidedeoğlu, 45; Akıntürk and Ateş, 59; Feyzioğlu, 83; Öztañ, 119.

<sup>70</sup> Velidedeoğlu, 50; Schwarz, 55; Tekinay, 65; Feyzioğlu, 95; Hatemi and Serozan, 72; Akıntürk and Ateş, 60; Öztañ, 121; Dual, Öğüz and Gümüş, 47.

<sup>71</sup> Fransız hukukunda benimsenen bu görüş hakkında bkz. Saymen and Elbir, 70; Tandoğan, 25; Tekinay, 65; Feyzioğlu, 93; Akıntürk and Ateş, 60; Öztañ, 122.

<sup>72</sup> Saymen and Elbir, 71-72.

bir medeni hukuk sözleşmesi olduğudur. Nitekim Yargıtay'ın da kararları bu görüşü destekler niteliktedir<sup>73</sup>.

Evlenme akdi, ilk bakışta nişanlıların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulması ve eşler bakımından karşılıklı yükümlülükler doğurması sebepleriyle ilk bakışta borçlar hukuku sözleşmelerine benzer özellikler taşıyor izlenimi yaratsa da şüphesiz ki sadece bu özellikleri ile borçlar hukuku sözleşmesi olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu sebeple sözleşme görüşü daha ziyade evlenmenin *kendine has özelliklere sahip (sui generis) bir medeni hukuk sözleşmesi olduğu* yönünde kabul bulur<sup>74</sup>. Bilhassa sözleşmenin kurulması ve irade açıklamalarındaki şekil şartı ve irade sakatlığı halleri borçlar hukuku genel nitelikli hükümlerinden farklılıklar gösterir. Bir başka deyişle sözleşme özgürlüğü ilkesinin “sözleşme yapma özgürlüğü bakımından” olmasa da; “şekil özgürlüğü” ve “düzenleme özgürlüğü” yönünden birebir uygulama alanı bulmasının mümkün olmadığı bir hukuki alan söz konusudur. Aynı şekilde hukuki sonuçları bakımından tarafların irade uygunlukları bulunsa dahi bir başka sözleşme ilişkisine uyarılmanın imkânsız olduğu<sup>75</sup>; kanunda belirtilen usuller dışında sona erdirilmesinin mümkün olmadığı ve kanun koyucunun kurumsal olarak evlilik ile farklı temel hak ve özgürlükleri korumaya aldığı gözden kaçırılmamalıdır<sup>76</sup>. Bunun içindir ki; Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin “*uygun düştükleri ölçüde*” Medeni Kanunun evlilik ile ilgili hükümlerinde uygulanma alanı bulması oldukça sınırlıdır.

Medeni Kanunda yasal mal rejimi olarak kabul edilen “*edinilmiş mallara katılma rejimi*”nde “*eşlerin katılma alacağından doğan talep haklarının zamanaşımı süresi*” kanun koyucu tarafından belirlenmemiştir. Medeni Kanununun 178 inci maddesinde yer alan ve evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesi halinde doğan dava haklarının boşanmanın kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacakları yönündeki hüküm, boşanma davası ve sonuçları ile ilgili iken; Medeni Kanununun 241 inci maddesinde düzenlenen bir ve beş yıllık zamanaşımı süreleri katılma alacağının ihlal edilmesi kastıyla borçlu eş tarafından üçüncü kişilere geçirilen mallar ve bu kişilerin sorumluluklarıyla ilgilidir. Dolayısıyla bu hükümlerin uygulama alanı bulması doğru olmayacaktır. Nitekim Yargıtay da konuyla ilgili olarak, Medeni Kanunda ayrı bir hüküm bulunmadığını ve niteliği itibariyle hakkın bir alacak hakkı olduğunu bu sebeple uygulanması gereken hükümlerin, *Medeni Kanununun 5 inci maddesi uyarınca* kıyasen Borçlar Kanununun 146 inci maddesi ve dolayısıyla on yıllık zamanaşımı süresi olduğu yönünde içtihat oluşturmuştur<sup>77</sup>. Gerçekten de

<sup>73</sup> Bilhassa Yargıtay'ın evlenme memurunun beyanının açıklayıcı mı kurucu mu olduğu hususunda verdiği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bu hususta belirleyici olmuştur. YİBK. 13.12.1985 T, 4/9; RG 9.1.1986, S.18983. (www.kazanci.com.tr)

<sup>74</sup> Deschenaux, Steinauer, Baddaley, 29, 33; Werro, 68; Geissbühler, 9; Velidedoğlu, 50,51; Öztan, 64; Hatemi and Serozan, 72; Zevkliler, 683; Oğuzman and Dural, 62; Akıntürk and Ateş, 60.

<sup>75</sup> Deschenaux, Steinauer and Baddaley, 36; Geissbühler, 9.

<sup>76</sup> Geissbühler, 10.

<sup>77</sup> YHGK, 17.04.2013 T, E.2013/8-375, K.2013/520, YHGK. 05.10.2016 T, 8-1061/959; YHGK, 25.02.2015 T., 8-2485/850; 8.HD. 27.01.2015 T., 8561/1622. (www.kazanci.com.tr)



bilindiği üzere tasfiye davaları, zamaşımı ve hak düşürücü süreye tabi olmayan, sınırının Medeni Kanunun 2 inci maddesi uyarınca çizildiği davalardır<sup>78</sup>. Buna göre; eşler arasında mal rejimi sözleşmelerinden doğan talep hakları, sözleşme ilişkisinden doğdukları için; Borçlar Kanununun 146 ncı maddesi uyarınca on yıllık genel zamaşımı süresine tabi olacak; ayrıca eşler arasında yasal mal rejiminin uygulandığı yani mal rejim sözleşmesinin bulunmadığı hallerde ise katılma alacağı kanundan doğan bir alacak olarak; alacağın varlığının öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl; her durumda mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren ise on yıllık zamaşımı süresine tabi olacaktır<sup>79</sup>.

### 3. Tanıma

Doğal ya da genetik babanın bir çocuğun kendisinden olduğu yolunda, kanunda belirtilen makamlara kanunun aradığı şekiller içinde beyanda bulunması durumunu ifade eden *tanıma* Medeni Kanunun 295 ve devamı maddelerinde düzenlenir. Kurucu yenilik doğuran ve tek taraflı bir hukuki işlemi ifade eden tanıma kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve geçmişe etkili sonuçlar doğurur<sup>80</sup>.

Kanun koyucu Medeni Kanunda tanımanın iptalini düzenlemiş ancak tanımanın butlanı sonucunu doğuran sebeplerin neler olduğunu düzenlememiştir. Bununla birlikte *Medeni Kanunun 5 inci maddesi*, Borçlar Kanununun kesin hükümsüzlüğe ilişkin 26 ve 27 inci maddelerinin tanıma için de uygulanmasına imkân sağlar.

Türk ve İsviçre Hukuklarında doktrin ve yargı kararlarındaki görüş; tanımanın esasa veya şekle ilişkin şartlarından herhangi birinin eksik olması durumunda tanımanın mutlak butlan ile geçersiz olacağı yönündedir. Gerçekten tanıyanın ayırt etme gücünden yoksun olması, tanınan çocuğun halen başka bir erkek ile soybağı ile bağlı olması, tanımanın resmi şekil şartına uygun yapılmaması gibi durumlarda işlemin mutlak butlan ile geçersiz sayılması gerekir<sup>81</sup>. Böylece batıl olan tanıma hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Ancak bu noktada bilhassa tanınan çocuğun aile kütüğünün değişmiş olması halinde ve aile hukuku ilkeleri çerçevesinde tıpkı evlenmenin butlanında olduğu gibi tanımanın butlanının dava ile tespit ettirilmesi zorunluluğu da doğmaktadır<sup>82</sup> ki bu mahkeme hükmü bozucu yenilik doğurucu değil, tespit edici nitelik taşır<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> Dual, Ögüz and Gümüş, 245.

<sup>79</sup> Kılıçoğlu, A, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, (Turhan 2002) (*Edinilmiş Mallara Katılım*), 76. Bu konuda ayrıca bkz. Şıpkı, Ş, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, (On İki Levha 2011), 292 vd.; Zeytin, Z, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Tasfiyesi, (Seçkin 2005); Sarı, S, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, (Beşir 2007 Gümüş, A, Evliliğin Genel Hükümleri Ve Mal Rejimleri, (Vedat 2007); Acar, F, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri Ve Eşin Yasal Miras Payı, (Seçkin 2007).

<sup>80</sup> Oğuzman and Dural, 326; Akıntürk and Ateş, 346; Öztan, 545; Dual, Ögüz and Gümüş, 293; Genç, A, Tanıma Yolu İle Kurulan Soybağı, (Prof.Dr.Zahit İmre'ye Armağan) (Der, 2009), 3. Ayrıca bkz. Baygın, C, Soybağı Hukuku, (On İki Levha 2010).

<sup>81</sup> Oğuzman and Dural, 335; Akıntürk and Ateş, 354; Öztan, 921; Dual, Ögüz and Gümüş, 298.

<sup>82</sup> Tekinay, 536 vd.; Oğuzman and Dural, 335 vd.; Hatemi and Serozan, 382; Akıntürk and Ateş, 354.

<sup>83</sup> Serozan, R, Çocuk Hukuku, (Vedat, 2005) (*Çocuk*), 765.

#### 4. Aile Malları Ortaklığı

*Aile malları ortaklığı* (MK.m373), aile bireylerinin kurmuş olduğu, daha çok aile mallarının, özellikle tarımsal taşınmazlar ve işletmelerin parçalanmasını önlemek amacıyla başvurdukları tüzel kişiliği olmayan ve elbirliği ile mülkiyet esaslarına göre kurulmuş ortaklıkları ifade eder<sup>84</sup>. Resmi şekil şartına bağlanmış olması ve Borçlar Kanununda bu tür bir şekil şartına ihtiyaç bırakmayan adi ortaklık hükümlerinin varlığı (BK.m620 vd.) aile malları ortaklığına uygulamada çok da sık başvurulmaması sonucu doğurmak; bununla birlikte 5403 sayılı *Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu* kapsamında da ayrıca düzenlenmektedir<sup>85</sup>.

Aile malları ortaklığının *elbirliği ile işletilen ortaklık* (MK.m376) ve *kazanç paylı ortaklık* (MK.m384) şeklinde iki ayrı türü bulunur. Elbirliği ile işletilen ortaklıkta, elbirliği ile iktisadi faaliyette bulunmak amaçlanırken yönetim tüm ortakların katılımı ile yürütülür ve her birinin yetkili olduğu olağan yönetsel işler dışındaki işler için ortakların kendi aralarından birini yönetici olarak atamaları mümkündür. Kazanç paylı ortaklıkta ise ortaklar aralarında yapacakları sözleşmeyle, yıllık kazançtan kendilerine belli bir pay verilmesi kaydıyla ortaklığın temsilini ve ortaklığın mallarının işletilmesini içlerinden birine bırakabilirler. Bu ortak, diğerlerine yıllık kazançtan belli bir pay verir. Dolayısıyla aslında elbirliği ile işletilen ortaklıkta daha çok aile üyelerinin belirli bir faaliyet alanında birlikteliklerinin sürdürülmesi ve bu sürecinde toplumsal bir koruma ile teminat altına alınması amaçlanırken; kazanç paylı ortaklıkta daha çok aile üyelerinin kendi aralarında güvendikleri bir kişi aracılığı gelecekleri açısından teminat oluşturmak ve ortak bir fayda sağlama amaçları vardır.

Aile malları ortaklığını adi şirketten ayıran en temel iki özellik “*ortak amaç eksikliği*” ve “*resmi şekil şartı*”dır. Kurumsal olarak bazı farklılıklar bulunmakla birlikte iki kurum da genel olarak benzerlik gösterir<sup>86</sup>. Bu benzerlikler tüzel kişilik oluşturmayan her iki kurum için de önemlidir. Bu bağlamda Medeni Kanunun aile malları ortaklığı ile ilgili hükümlerinde ortaya çıkan boşlukların *Medeni Kanunun 5 inci maddesi hükmü ile Borçlar Kanununun adi şirket ile ilgili hükümlerince* doldurulması; ya da aile malları ortaklığının bilhassa aile üyeleri dışındaki kişilerin de bu ortaklığa dâhil edilmek istenmeleri durumunda adi şirkete dönüştürülmesi mümkündür. Her iki kurum arasındaki benzerlik ve Engel’in “*kanun koyucunun zaman zaman bir*

<sup>84</sup> Oğuzman and Dural, 414, Akıntürk and Ateş 461; Öztan, 1240; Feyzioğlu, 462; Dual, Ögüz and Gümüş, 402.

<sup>85</sup> 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/B maddesinde yer alan “Miras konu tarımsal arazi ve yeter geliri tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır.” hükmü gereği, mirasçılar arasında anlaşma sağlanarak tarımsal arazilerin mülkiyeti devir işlemlerinin bir yıl içinde tamamlanması gerekmektedir. Devir işlemlerinin tamamlanmaması durumunda Tarım ve Orman Bakanlığınca mirasçılara üç ay ek süre verilerek belirtilen süre içerisinde mirasçılarının, adı geçen Kanunun 8/C maddesinde yer alan seçenekler yanında istedikleri takdirde, Medeni Kanununun 373 üncü ve devamı maddelerine göre aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığını kurabilecekleri ve buna ilişkin sözleşmelerin de noterliklerde yapılması gerektiğini belirtilmiştir.

<sup>86</sup> Örneğin evlenmenin aile malları ortaklığından çıkmak için bir sebep olarak kabul edilmesi (MK.m381); Ortaklık mallarının paylaşılması veya ayrılan ortağın payının hesaplanması, ortaklık mallarının paylaşma veya ayrılma zamanındaki değerine ve durumuna göre yapılması (MK.m383) tasfiye sonrası katılım payına biçilen değere göre yapılması (BK.m642) gibi.

*kurumun gerekliliği ve uygulanması hakkında kendini kandırdığı” görüşünden de hareketle İsviçre hukukunda bazı yazarlar aile malları ortaklığının Borçlar Kanunu içinde düzenlenmesinin daha yerinde olacağı görüşünü de savunmaktadır<sup>87</sup>.*

#### IV. Sonuç

Türk Medeni Kanununun “*Başlangıç Hükümleri*”, aslında hukuk sisteminin temelini oluşturarak, genel hukuk ilkelerini ortaya koyan; hem bireylere hem de hukuk kurallarının uygulayıcısı durumundaki hâkime yol gösteren kurallar bütününden oluşur. Bu kurallar arasında ilk başta çok da ön plana çıkmayan Medeni Kanunun 5 inci maddesi aslında özel hukuk boşlukları ve genel olarak yasal düzenleme eksiklikleri karşısında çoğu zaman bu boşlukları ortadan kaldıran, hâkime Medeni Kanunun 1 inci maddesinin II inci fıkrasındaki yolu izlemeden meseleyi çözebilme imkânı getiren adeta çok yönlü anahtar bir kural gibidir.

Uygulama alanı son derece geniş olduğundan çalışmamızda örneklendirmelerini sadece aile hukuku ile sınırladığımız madde, temelde var olan boşluklara ve eksikliklere rağmen özel hukuk ilişkilerini ayakta tutmayı sağlar. Aile hukuku kapsamında verilen örneklerden de anlaşıldığı üzere “*hükümün gerekli olup olmadığı*” yönündeki tartışmalar aslında hâkimin Medeni Kanun ve Borçlar Kanunun genel nitelikli hükümlerini tüm özel hukuk ilişkilerine uygularken; *gerçekte doğrudan bir uygulama mı, kıyasen bir uygulama mı, yoksa her ikisini de kapsayacak bir uygulama mı yaptığı* meselesiyle ilgilidir. Zira hâkime hukuk kurallarını sözü ve özüyle değindikleri tüm konularda uygulama yetkisi ve görevi veren Medeni Kanunun 1 inci maddesi aynı zamanda doğabilecek kanun boşlukları için de bir yol haritası çizer. Bu noktada şüphesiz ki doğrudan uygulamanın mı yoksa kıyasen uygulamanın mı yapılması gerektiğine karar verecek kişi hâkimdir.

Gelişen ve yenilenen sosyal hayat içinde artan ihtiyaçlar ve yeni yasal düzenlemelerle birlikte Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunun genel nitelikli hükümleri adeta özel hukukun genel hükümleri şeklini almıştır. Diğer yandan maddenin her iki Kanun arasındaki bağlantıyı güçlendirerek kanun koyucu bakımından kanunlar arasındaki ilişkinin adeta altını çizdiği genel bir atıf hükmü olma özelliği de vardır. Zira atıf hükümleri, hukuki meselelerde uygulanacak olan yasal düzenlemeler araştırılırken kanun koyucu tarafından hâkimin yönlendirilmesinde karşımıza çıkar. Bu anlamda Medeni Kanunun 5 inci maddesi de kıyasen uygulama yönünde hâkime talimat veren *genel bir atıf hükmüdür*.

Şüphesiz ki bu hüküm olmasaydı da hâkim var olan boşlukları doldurabilecek ve çoğu zaman da kıyas yoluyla yine çözüm bulabilecekti. Aslında kanun koyucunun maddeyi Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri bölümünde ve genel ifadeler ile

<sup>87</sup> Engel, 180; Geissbühler, 23-24.

düzenlemiş olması, hem hâkime önündeki mesele ile ilgili çözüm arayışında ışıktutmakta hem de yargı kararları arasında sistematik bir tutarlılık sağlamaktadır. Bu sebeple hüküm basit bir genel hukuk kuralı olmaktan çok daha fazlasıdır ve tüm özel hukuk alanı için önem taşır. Madde aynı zamanda hâkime önündeki mesele ile doğrudan bağlantısı olmayan bir hukuk kuralını uygulamadan önce kontrol etme ve ancak gerekliyse onu uygulama imkânı da verir. O halde hâkim Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından öngörölmüş genel hükümleri özel olarak dikkate alacak ve ihtiyaç varsa Medeni Kanunun 5 inci maddesinin gösterdiği yolu takip ederek o hukuk kuralını somut olaya uygulayabilecektir. Hatta genel bir atıf hükmü olarak Medeni Kanunun 5 inci maddesinin hâkime Kanunun 1 inci maddesinin II inci fıkrasına gitmeden önce kıyasen uygulama yönünde bir yükümlölük yüklediğini söylemek de bizce yanlış olmayacaktır.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

## Bibliyografya/Bibliography

- Abik, Y, “ Nişanlanma ve Nişanlılık”,(2005) 54 (2), AUHFD, 65-152.
- Acar, F, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, ( Seçkin 2007)
- Akıntürk, T. and Ateş, D., Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, (21th edn, Beta 2019).
- Akipek, J, Akıntürk, T. and Ateş, D, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku (15th edn, Beta, 2018)
- Ataay, A, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, (Der 1975)
- Ateş, D, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, (Turhan 2007)
- Baygın, C, Soybağı Hukuku, (On İki Levha 2010)
- Bilge, N, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları (Turhan 2005)
- Deschenaux, H, Traite De Droit Civil Suisse, Le Titre Préliminaire Du Code Civil, (Fribourg Ed. universitaires 1969)
- Dural, M, Ögüz, T and Gümüş A, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, (Filiz 2019)
- Edis, S, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, (Ankara Üniversitesi Yayınları 1993) (*Hukuka Giriş*)
- Edis, S, Özel Hukukun Bütünlüğü Üstüne, (1975) 32 (1-4) AÜHFD 155-172.
- Engel, P, Traite Des Obligations En Droit Suisse (2th edn, Staempfli SA Berne 1997)
- Eren, F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24th edn, Yetkin 2019)
- Feyzioğlu, F.N, Aile Hukuku, (Filiz 1986)
- Friedrich, H. P, Berner Kommentar, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung Und Personenrecht, Einleitung, Nachdruck Der Ausgabe Von (Bern : Stämpfli & Ci 1966)
- Geissbühler, G. Les Contrats Prévus Par Le Code Civil Et Le Rôle De L’art 7 Cc <<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:32766> > accessed 19 Novembre 2013
- Genç, A, Tanıma Yolu İle Kurulan Soybağı,( Prof.Dr.Zahit İmre’ye Armağan) (Der, 2009) 1-39.
- Guggenheim, D, Le Droit Suisse Des Contrats, (Geneve Georg. 1991)
- Gümüş, A, Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, (Vedat 2007)
- Güriz, A, Hukuk Başlangıcı, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1986)
- Gürzumar, O. B., Türk Medeni Kanunu’nun 5’inci Maddesi Ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri, (Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan) (I) GÜHFD, (2004) 105-161.
- Hatemi, H. and Serozan, R., Aile Hukuku, (Filiz 1993)
- Hatemi, H., Medeni Hukuk’a Giriş, ( On İki Levha 2017)
- Kılıçoğlu, A, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, (Turhan 2002) (*Edinilmiş Mallara Katılım*)
- Kılıçoğlu, A., Medeni Hukuk, (Turhan 2018)
- Kırca, Ç., Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, (2001) (I) 50 AÜHFD, 91-119.
- Kocayusufpaşaoğlu N, Hatemi, H., Serozan, R. and Arpacı, A., Prof.Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş Cilt 1, (Filiz 2017)
- Koç, N, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları 2002)
- Manai, D, Clés Pour Une Introduction Au Droit, (2th edn Stämpfli 2012)

- Oğuzman, K and Barlas, N, Medeni Hukuk, (Vedat 2018)
- Oğuzman, K and Dural, M, Aile Hukuku, (Filiz 1998)
- Oğuzman, K and Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I (Vedat 2018)
- Öztañ, B, Aile Hukuku, (Turhan 2015) (*Aile*)
- Öztañ, B, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, (Turhan 2019)
- Pichonnaz P and Foex B, Commentaire Romand, CC I, (Code Civil Art. 1-359) (Helbing Lichtenhahn Verlag 2010)
- Sarı, S, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, (Beşir 2007)
- Schwarz, A.B, Medeni Hukuka Giriş, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1935)
- Serozan, R, Çocuk Hukuku, (Vedat, 2005) (*Çocuk*)
- Serozan, R, Medeni Hukuk Genel Bölüm, (Vedat 2005)
- Sirmen, L, Türk Özel Hukukunda Şart, (Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1992) (*Şart*)
- Sirmen, L, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri Ders Notları, (1996)
- Steinauer, P-H, Traite De Droit Prive Suisse (II/1) Le Titre Préliminaire Du Code Civil, (Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009)
- Şıpka, Ş, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, (On İki Levha 2011)
- Tandoğan, H, Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet (Vedat 2012)
- Tekinay S. S, Akman S, Burcuoğlu, H. and Altop A, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri (Filiz, 1993)
- Tekinay, S.S, Türk Aile Hukuku, (Filiz 1971)
- Tercier, P, La Corruption Et Le Droit Des Contrats, (1999) (II) SJ 225-271 (*Corruption*)
- Tercier, P and Pichonnaz, P, Le Droit Des Obligations, (Schulthess Verlag 2012)
- Thévenoz L and Werro F, Commentaire Romand, CO I (Code Des Obligations, Art 1-529 Co), ((Helbing Lichtenhahn Verlag 2003)
- Tunçomağ, K, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, Cilt I, (Sermet, 1976)
- Velidedeoğlu, H.V, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1965) (*Aile*)
- Velidedeoğlu, H.V, Türk Medeni Hukuku, Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, (4th edn İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1951)
- Von Tuhr, A, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, (Yeni Matbaa 1983)
- Zevkliler, A, Medeni Hukuk, (Turhan 1997)
- Zevkliler, A, Acabey, M.B. and Gökyayla, K. E, Medeni Hukuk Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, (Savaş 2000)
- Zeytin, Z, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Tasfiyesi, (Seçkin 2005)



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 13.03.2019  
Revizyon Talebi: 12.11.2019  
Son Revizyon Tarihi: 20.11.2019  
Kabul: 28.11.2019

## Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler

Direnç Akbay\*

### Öz

Anonim ortaklıklarda değişik gerekçelerle pay sahipleri sözleşmeleri yapılmaktadır. Bu sözleşmelerde tarafların önalım hakkına da yer verilmektedir. Çalışma, anonim ortaklık pay sahipleri arasında yapılan sözleşmelerde yer verilen önalım haklarını konu almaktadır. Bir şekilde esas sözleşmede yer alan önalım haklarının akıbeti de çalışmada değerlendirilmiştir.

Çalışmanın merkezinde önalım hakkına ilişkin olaylarda uygulanacak kuralların tespit edilmesi sorunu yer almaktadır. Bu nedenle özellikle Türk Borçlar Kanunu'nun taşınmazlara ilişkin olarak öngördüğü sözleşmesel önalım hakkı kuralları incelenmiştir. Bunların pay sahipleri sözleşmelerinde yer verilen önalım hakkına ilişkin kurallara hangi ölçüde uygulanabileceği değerlendirme konusu yapılmıştır.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan önalım sözleşmelerinin öngörülme nedenleri ve şekli üzerinde durulmuştur. Söz konusu sözleşmenin hukuki niteliği ve bunun etkileri değerlendirme konusu yapılmıştır. Önalım sözleşmelerinin zorunlu içeriği tespit edilmiştir. Önalım hakkını kullanmanın ön koşulu, başka bir ifadeyle önalım olayı, incelenmiş ve bunun gerçekleştiğini bildirme yükümlülüğü üzerinde durulmuştur. Ayrıca hakkın kullanılma şekli ve bunu kullanmanın ortaya çıkaracağı sorunlar çalışmada ele alınmıştır. Hakkın etkisinin taraflar arasında olduğu sonucuna ulaşılmış ve hakkın kullanımının payın devri sonucunu doğurmayacağı ifade edilmiştir. Çalışma ayrıca önalım hakkının sona ermesini gerektirecek nedenleri ve bunun etkilerini de konu almaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Anonim ortaklık, Pay sahipleri sözleşmesi, Önalım hakkı, Türk Borçlar Kanunu, Ortaklıklar hukuku

### Agreements between Shareholders of Joint Stock Companies, Which Include Right of Preemption

#### Abstract

Shareholders' agreements are made in joint stock companies for various reasons. These contracts feature the right of preemption of parties. This article deals with the rights of preemption, which can be found in contracts that have been made by shareholders of joint stock companies. The consequences of preemption rights, which can be found in articles of companies, are also examined in the study.

The study focuses particularly on the problem of which rules are applicable for cases that include the right of preemption. Turkish Code of Obligations and Turkish Commercial Code have no rules for preemptive rights on shares of joint stock companies. But Turkish Code of Obligations has rules for preemptive rights on real estates. It is also taken as a subject of evaluation, to what extent these rules are applicable to the shareholders' agreements, which include right of preemption.

The reasons and the form of preemption contracts, often encountered in practice, are emphasized. The juridical quality of this contract and its reasons are also evaluated. The mandatory content of the preemption contracts are determined. The event of preemption, as a precondition in order to benefit from one's right is analyzed and the obligation of its notification is also examined. Moreover, the article also deals with the form of benefiting from one's right and problems,

\* **Sorumlu Yazar:** Direnç Akbay (Arş. Gör. Dr.), Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: [direnc.akbay@gmail.com](mailto:direnc.akbay@gmail.com) ORCID: 0000-0001-9925-9255

**Atf:** Akbay D, "Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 697. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0008>

which come up because of its use. Making use of the right of preemption typically has an effect between the parties of the shareholders' agreements and it does not come up with such a result as a takeover of company shares. The article includes also the reasons, which involve end of preemption right and effects of it.

**Keywords**

Joint stock company, Shareholders' agreement, Right of preemption, Turkish Code of Obligations, Company law

***Extended Summary***

To ensure a stable or firm composition of a shareholder group in a joint stock company, the Turkish Commercial Code includes rules on restricted transferability. The restriction possibility of transferability of shares in a joint stock company is limited. Because of this, shareholders of these companies make contracts, which are so called "shareholders' agreements". In these agreements the right of preemption of parties is a dominant feature. With a contractual right of preemption of parties, it is possible to protect the composition of a shareholder group. The contractual right of preemption is basically a problem of the law of obligations, but it has effects on the side of law of companies. It can be used as an alternative to statutory restriction of transferability of shares.

The study focused especially on the issue of which rules are applicable for the cases that include the right of preemption. Thus, the rules of the Turkish Code of Obligations on preemptive rights, which are provided for immovables are investigated. Another area dealt with in this article is the extent to which these articles are applicable for the rules of shareholders' agreements, which include the right of preemption.

Contractual right of preemption, which occurs in a shareholders' agreement, is generally not subject to any form. But there could be exemptions. The agreement must be considered as a whole, if a right of preemption is created depending on the death of one of the parties. In order to solve the problem about the form of this agreement, the legal quality of the shareholders' agreement must be established. Some shareholders' agreements are qualified as a partnership under the Turkish Code of Obligations. If the right of preemption is described as a qualified successorship clause (in the partnership under the Turkish Code of Obligations), this agreement must be in the form of a disposition mortis causa. If the right of preemption is described as a simple successorship clause (in the partnership under the Turkish Code of Obligations) or if the legal quality of the shareholders' agreement isn't a partnership under the Turkish Code of Obligations, there is no need to make this contract in the form of a disposition mortis causa.

The right of preemption can be divided into two categories. One type is called the real right of preemption and basically this type of right is the theme of this article. Real right of preemption cannot be an article or a rule of a joint stock company's statute. If



a statute of a joint stock company contains the right of preemption for shareholders, who remain in the company and against the shareholder, who wants to sell his/her shares to a third party, it must be accepted as void from the beginning. This study shares the idea that rules of statutes which include the right of preemption cannot at the same time be handled as a contractual agreement under the law of obligations between shareholders. This can be accepted under very exemptional circumstances.

The essential contents of the shareholders' agreements which contain the right of preemption are the parties of the agreement and the subject of the contract. The price of the subject is not one of them because Art 241/III in the Turkish Code of Obligations is applicable for contracts which do not include a price rule. This means that if there is a lack of rule about the price of the share in a shareholders' agreement, the price is determined according to the sales contract between the shareholder, who wants to sell his/her share and the third party, who wants to buy this share. If there is a price rule in the agreement, that creates the right of preemption, and this right of preemption is called a limited right of preemption; otherwise it is called an unlimited right of preemption.

The condition which makes the use of the right of preemption possible is called a preemptional event. The preemptional event is generally a share sales contract between one party of the shareholders' agreement and a third party. Art 240/I in the Turkish Code of Obligations about preemptional events is also applicable to the shareholders' agreements, which create contractual right of preemption between shareholders. The seller party of the share sales agreement is also obliged to give this information to the parties of the shareholders' agreements. In this study we maintain that Art 241 in the Turkish Code of Obligations is not fully applicable to the shareholders' agreements that include the right of preemption. That is why we suggest that only the seller has the obligation to give information to the parties of the shareholders' agreement, but not the buyer. Preventing the occurrence of preemptional event is also evaluated in the study, and in addition to the other legal probabilities, we suggest that the Art 175 in the Turkish Code of Obligations is also applicable for these situations.

By making use of the right of preemption, the subject of the right cannot be divided, if the shareholders' agreement has no other rules. Usually the subject of the right and the subject of the share sales agreement are the same. In the light of our study Art 242 in the Turkish Code of Obligations is partly applicable for the contractual right of preemption on shares. That means the owner of the right must make use of his/her right within three months at most. We think that a maximum duration of two years, which is also regulated in Art 242, is not applicable to the contractual right of preemption on shares. In our opinion it is a special duration for the right of preemption on immovables.

Making use of the right of preemption typically has an effect between the parties of the shareholders' agreements and it does not come up with such a result as a takeover of company shares. Because of this, an act of a party, which violates the shareholders agreement (also their right of preemption), may give a compensation right to the other parties for their damages. The right of preemption principally has no effect on the third parties, like the party of the share sales agreement. Some exemptional situations are also evaluated in the study.

## Anonim Ortaklık Pay Sahipleri Arasında Yapılan Önalım Hakkı İçeren Sözleşmeler

### Giriş

Anonim ortaklıklar sermaye unsuru merkeze alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Ortaklığın bu özelliği, pay sahipleri açısından bazı yararları beraberinde getirmektedir. Pay sahipleri hakkında kural olarak tek borç ilkesinin geçerli olması ve diğer ortaklık türlerine kıyasla anonim ortaklık pay sahibinin zayıf bir sadakat yükümlülüğü altında bulunması sermaye unsuru merkeze alınarak yapılan düzenlemelerin birer sonucudur.

Sermaye unsurunun merkeze alınıp kurumsal bir yapının oluşturulması, az pay sahipli anonim ortaklıklar bakımından bazı sorunları da beraberinde getirir. Bu ortaklıklarda pay sahiplerinin şahısları da ön plandadır. Dolayısıyla anonim ortaklıklar sisteminin öngördüğü yapısal kuralların haricinde pay sahipleri arasında şahıs unsurunu esas alan sözleşmeler yapılmaktadır. Bu sözleşmelerde sıkça rastlanılan düzenlemelerden birisi de pay sahipleri arasında önalım hakkı anlaşmalarının yapılmasıdır. Konumuzu da pay sahipleri arasındaki önalım hakkı içeren sözleşmeler oluşturmaktadır.

Sözleşmesel önalım hakkının hukuki niteliği, öngörülme nedeni ve şekli gibi temel sorunlar haricinde çözümlenmesi gereken birçok sorunla karşılaşmıştır. Yine esas sözleşmede önalım hakkına yer verilip verilemeyeceği ve buna yer verildiyse akıbetinin ne olacağı değerlendirilmiştir. Önalım hakkı içeren sözleşmelerin zorunlu unsurları ortaya konmuş ve özellikle önalım olayının gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan durum incelenmiştir. Ayrıca hakkın kullanılması, usulü ve süresiyle kullanmanın sonuçları ve hakkın sona ermesi de değerlendirme konusu yapılmıştır.

### I. Pay Sahipleri Sözleşmelerinde Önalım Hakkına Yer Verilme Gerekçeleri

Anonim ortaklıkların sermaye odaklı yapısı, uygulamada çoğunluğu oluşturan az ortaklı ve halka açılma planı bulunmayan anonim ortaklıkların ihtiyaçlarına yeteri kadar cevap verememektedir<sup>1</sup>. Bu ortaklıklar pay sahipleri arası güç dengesi gözetilerek kurulmaktadır<sup>2</sup>. Bu nedenle ortaklık içi güç ilişkilerinde oluşabilecek bir dengesizlik sorun olarak görülmektedir. Bu sorun uygulamada genelde pay sahipleri sözleşmeleriyle giderilmeye çalışılmaktadır<sup>3</sup>. Pay sahipleri sözleşmelerinin asıl içeriğini pay sahibinin ortak sıfatından kaynaklanan hakları ve özellikle onların konumunu doğrudan ilgilendiren düzenlemeler oluşturmaktadır. Önalım hakkı gibi

<sup>1</sup> İsviçre hukukunda, anonim ortaklıkların çoğunluğunun, kanunî örnek olan, sermaye odaklı halka açık anonim ortaklık tipiyle uyumlu olmadığı yönünde bkz Markus Bösigler, 'Bedeutung und Grenzen des Aktionärsbindungsvertrages bei personenbezogenen Aktiengesellschaften' (2013) (1) REPRAX 1, 1.

<sup>2</sup> Şahıs unsuru ön plana çıkan çok sayıda anonim ortaklık için, pay sahiplerinin kendi aralarındaki ve onlarla ortaklık arasındaki ilişkileri düzenleyen uygun kanunî hükümler olmadığı İsviçre hukukunda vurgulanmaktadır (ibid 1, 1).

<sup>3</sup> Bu bağlamda açıklamalar için bkz Markus Vischer, 'Vorkaufsrechte an Aktien' (2014) (1) GesKR 82, 82.

devir hakkına yönelik düzenlemeler de bu kategoride kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Bu nedenle önalım hakkının pay sahipleri sözleşmelerinin standart içeriğinden olduğu öğretide ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

Pay sahipleri sözleşmeleriyle sözleşme tarafları, ortaklıklar hukukundan ayrı olarak birçok hususu kendi aralarında düzenleyebilmektedir. Sözleşmeler yoluyla sağlanan bu düzenin devamı, sözleşme taraflarıyla pay sahipliği arasındaki ilişkinin bozulmamasını gerektirir. Bu sözleşmelerde, önalım hakkı öngörülmesinin pay sahipleri çevresinin kontrol altında tutulmasına hizmet ettiği öğretide belirtilmektedir<sup>6</sup>. Sözleşme tarafları, devir hakkına yönelik kısıtlamalar getirerek oluşturdukları çevrenin bir arada tutulmasını sağlamaya çalışmaktadır<sup>7</sup>. Burada yapılmaya çalışılan, paya sahip olanlarla sözleşme tarafları arasında bir bağlantı kurabilmektir<sup>8</sup>. Kapalı pay sahipleri çevresi olan anonim ortaklıklarda bu düzenin korunması için, payların nama yazılı<sup>9</sup> olarak öngörülmesi ve bunların bağlam kurallarına tabi tutulması tavsiye

<sup>4</sup> Bu hususta bkz Monika Hintz-Bühler, *Aktionärbindungsverträge* (Stämpfli 2001) 18 ve 21; Maja R Baumann, *Die Familienholding* (Schulthess 2016) 162.

<sup>5</sup> Bkz Vischer (n 3) 82, 82.

<sup>6</sup> Bu bağlamda bkz Damian Fischer, *Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen* (Dike 2009) 283; Sandro Germann, *Die personalistische AG und GmbH - Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen* (Dike 2015) 696 para 1619; Dieter Zobl, 'Die Pfandrechtliche Sicherung von Erwerbsberechtigungen in Aktionärbindungsverträgen' in Hans Caspar von der Crone and others (eds), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht* Festschrift für Peter Forstmoser (Schulthess 2013) 401, 403; Baumann (n 4) 162. Hukukumuz açısından bu yönde bkz Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı 2004) 214.

<sup>7</sup> Bu yönde açıklamalar için bkz Peter Forstmoser and Marcel Kuchler, *Aktionärbindungsverträge Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis* (Schulthess 2015) 371 para 1170. Benzer olarak bkz Marcel Gloor and Andrea E Flury, 'Die Call Option an Aktien beim Tod eines Aktionärs' (2005) 101 (13) SJZ 305, 306. Roland Müller and Kathrin Biedermann, 'Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmaßnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung' (2015) (6) AJP 885, 893'te bununla uyumlu olarak, önalım haklarının daha çok aile tipi ortaklıklarda öngörüldüğünü ifade etmektedir. Böylelikle ortaklığa aileye yabancı kişilerin girmesi engellenmiş olur. Sonucu hususta benzer olarak bkz Baumann (n 4) 162.

<sup>8</sup> Önalım hakları payların istenmeyen üçüncü kişiler tarafından iktisabını engelleme işlevini gösterirler [bu hususta bkz Germann (n 6) 696 para 1619]. Önceki sistemimiz bakımından hukukumuzda, "anasözleşmelere konulan paylar üzerindeki önalım haklarının amacı, payın satışı durumunda hak sahibine öncelik sağlamak, böylece payın üçüncü kişiye geçişini önlemek; arzu edilmeyen kişileri ortaklığa dâhil etmemek ve yabancılaşmayı engellemek" olarak ifade edilmiştir [bkz Mehmet Bahtiyar, 'Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri' (2001) 21 (2) BATİDER 83, 88]. Taşınmazlar bakımından da başkasına yapılacak bir satışı önleme amacına hukukumuzda işaret edilmiştir [bkz Murat Aydoğdu and Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Adalet 2017) 277; Cevdet Yavuz, Faruk Acar and Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Beta 2014) 254].

<sup>9</sup> TTK m 492, esas sözleşmesel bağlam öngörülebilmemesinin koşulu olarak payların nama yazılı olmasını aramaktadır. Keza TTK m 490'ın başlığı "nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde ilke" şeklinde düzenlenmiştir. TTK m 1534/1'e göre Kanunda yer verilen madde başlıkları da Kanunun lafzına dahildir. Bu durumda TTK'nın "nama yazılı pay" ile "nama yazılı pay senedi" kavramlarını birbirinden ayırdığı belirtilebilir. Başka bir ifadeyle TTK sadece pay senetlerinde değil, senede bağlanmamış paylarda da nama ve hamiline yazılı pay şeklinde bir ayırım yapmaktadır. Çalışmamızda Kanunda yer verilen terminoloji kullanılmaktadır. Öğretimizde de senede bağlanmamış payların aynen pay senedi gibi nama veya hamiline yazılı olmak üzere ikiye ayrıldığı savunulmuştur [Ünal Tekinalp in Reha Poroy, Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku*, vol 1 (Vedat 2014) 552 para 768]. Ancak bu noktada bir görüş birliği yoktur. Zira öğretilerde söz konusu ayırım eleştirilmekte, hatta Kanunda bu ayırımın kavramsal olarak yeknesak bir şekilde kullanılmadığı belirtilmektedir. Bu bağlamda eleştiriler ve öneriler için bkz Şafak Narbay, '6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri' (2012) XVI (3-4) EÜHFD 201, 201-206. TTK'nın anılan terminolojisine ilişkin tartışmalar Eski TTK dönemi öğretisine dayanmaktadır. Bu yönde tartışmalar ve öneriler için bkz Şafak Narbay, *Anonim Ortaklıkta Pay Defteri* (Seçkin 2003) 60 vd.

edilmektedir<sup>10,11</sup>. Dolayısıyla, öngörülüş amaçları yönünden karşılaştırıldıklarında, önalım haklarıyla bağlam düzenlemeleri arasında çok yakın bir ilişki ve benzerlik olduğu görülmektedir<sup>12</sup>. Ancak Kanunun öngördüğü bağlam düzeninin mevcut pay sahipliği yapısındaki güç ilişkilerini korumak bakımından kendi başına bir güvence oluşturamayacağı belirtilmektedir<sup>13</sup>. Bu nedenle, pay sahipleri sözleşmeleri ile düzenlemelere gidilmesi gerektiğine işaret edilmektedir<sup>14</sup>. Çünkü doğrudan doğruya pay sahipleri arasında kararlaştırılan önalım hakları (borçlar hukuku anlamında) sözleşmesel düzeyde değerlendirilmelidir. Ortaklıkla payını devretmek isteyen pay sahibi arasındaki ilişki ise bundan farklıdır<sup>15</sup>. Bu husus Kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde esas sözleşmesel düzenin bir parçası olabilir.

Esas sözleşmesel bağlam olanağı TTK m 492/I uyarınca sadece nama yazılı paylar için mümkündür<sup>16</sup>. Buna karşın hamiline yazılı pay senetlerinin devri sınırlandırılmaz, böyle bir sınırlandırma esas sözleşmeyle getirilmiş olsa da geçerli değildir<sup>17</sup>. Oysa sözleşmesel önalım hakkı her tür pay için mümkün olabilir. Bağlam olanağı ortaklık paylarının borsaya kote olması halinde ciddi anlamda kısıtlıdır (bkz TTK m 495 vd). Oysa sözleşmesel önalım hakkı bakımından ortaklığın türünü esas alan herhangi bir kısıtlamadan da bahsedilemez. Keza, bağlam kuralları ortaklıklar hukukuna özgü eşit işlem ilkesine (bkz TTK m 357) tabidir. Oysa ortaklıklar hukukunun öngördüğü eşit işlem ilkesini aşan bir düzenleme arzulanıyorsa, bu, bağlam yoluyla yapılamaz. Böyle bir düzen ancak pay sahipleri sözleşmesi aracılığıyla kurulabilir<sup>18</sup>. Arzulanan düzene hizmet ettiği ölçüde sözleşmesel önalım hakkından yararlanılabilir.

Payları borsaya kote olmayan anonim ortaklıklar bakımından, TTK m 493/III ayrı tutulursa, kural olarak sadece esas sözleşmede öngörülen önemli sebeplere istinaden bir pay devrine onay verilmeyebilir. Bunun dışında önalım hakkına benzer bir esas sözleşmesel bağlam, ortaklığın “devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı

<sup>10</sup> Bu hususta bkz Böşiger (n 1) 1, 4. Gerçekten anonim ortaklıklar hukukunun nama yazılı paylar bakımından öngördüğü bağlam sistemi, taraflar arasında yapılan önalım hakkı sözleşmeleriyle benzer amacı taşıyabilmektedir. Bu amaç öğretide, “anonim ortaklığın özgün yapısını koruma” amacı olarak da anılmaktadır [bu hususta bkz Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, vol 2 (Adalet Yayınevi 2014) 1614-1615 para 30].

<sup>11</sup> Hukukumuzda da “kapalı veya aile tipi anonim ortaklıklar” ile “kişisel nitelikli anonim ortaklıklar” bakımından bağlam sisteminin uygulama alanı bulunduğu belirtilmektedir [bkz Pulaşlı (n 10) 1616-1617 para 33-35].

<sup>12</sup> Bkz Bahtıyar (n 8) 83, 88 ve 99. Hukukumuzda özellikle kapalı veya aile tipi anonim ortaklıklar bakımından payların önalım, alım, geri alım, öneriye muhatap olma gibi hakların konusu yapılmaya çalışıldığı, bunun amacının da yabancılaşmayı önleme olduğu vurgulanmaktadır [bkz Tekinalp (n 9) 605 para 851].

<sup>13</sup> Bkz Böşiger (n 1) 1, 4-5; Forstmoser and Kuchler (n 7) 371 para 1170-1171.

<sup>14</sup> Bkz Böşiger (n 1) 1, 5.

<sup>15</sup> Bu bağlamda bkz Hanspeter Kläy, *Die Vinkulierung* (Helbing & Lichtenhahn 1997) 486.

<sup>16</sup> Bağlam senede değil, paya bağlandığundan, pay senedi yerine çıkarılan ilmihaberler ve çıplak payları da kapsar [bu hususta bkz Pulaşlı (n 10) 1623 para 48].

<sup>17</sup> ibid 1623 para 49.

<sup>18</sup> “Pay sahipleri arasında yapılmış bir pay sahipleri sözleşmesi eşit işlem ilkesine aykırı düşen hükümler içeriyorsa kural olarak böyle bir hüküm nedeniyle sözleşme taraflarının birbirlerine karşı eşit işlem ilkesine dayanan bir talebi olamaz” [bkz Okutan Nilsson (n 6) 168].

önererek”, onay istemini reddedebilmesidir. Fakat sözleşmesel önalım hakkından farklı olarak bu olasılıkta ortaklık etkindir ve ancak payların gerçek değeri esas alınabilmektedir. Oysa pay sahipleri sözleşmelerinde yer verilen önalım hakkına ilişkin düzenlemelerde sözleşmenin tarafları etkindir ve değer hususuysa hukukun sınırları içinde serbestçe belirlenebilir<sup>19</sup>. Öğretimizde, “Kanunda öngörülen bir takım koruyucu hükümleri ortadan kaldıran pay sahipleri sözleşmesi hükümlerinin” geçersiz olduğu belirtilmiştir. Buna göre örneğin payların gerçek değer üzerinden satın alınmasına ilişkin koruyucu hükmü ortadan kaldıran pay sahipleri sözleşmesi hükümlerinin sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayıp bu yöndeki bir düzenlemenin Kanuna aykırılık (BK m 27) nedeniyle hükümsüz olduğu savunulmaktadır<sup>20</sup>. Aşağıda ayrıca belirtildiği üzere, esas sözleşmeler ortaklıkla ve özellikle ortaklık ile pay sahipleri arasındaki ilişkilerle ilgili hususları düzenler. Esas sözleşmeler kural olarak pay sahipleri arasındaki hukuki ilişkilere dair düzenleme yapamazlar. Özellikle ilgili görüşte referans olarak değerlendirilen TTK m 493/VII ile “gerçek değere” ilişkin TTK m 493/I gibi kurallar esas sözleşmelere ilişkin ilkeler getirmekte ve kural olarak pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenlememektedir. Dolayısıyla bu düzenlemelere dayanarak pay sahiplerinin kendi aralarındaki hukuki ilişkinin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması düşünülemez. Zira bu sadece sözleşmesel önalım hakkıyla ya da pay sahipleri sözleşmesi özelinde de değerlendirilemez. Aynı yaklaşımla pay sahibinin paylarını gerçek değer dışında bir değer üzerinden devir edememesi de öne sürülebilir. Gerçek değere ilişkin kural bağlam hükümleri ve özellikle kaçış klozu çerçevesinde esas sözleşmeye konulacak kurallara yapılan bir müdahaledir. Bu alanı ortaklıklar hukukunun dışına çıkarmamak gerektiği kanısındayız.

Pay sahipleri sözleşmeleri içinde yer verilen önalım hakkı hükümlerinin etkisi bağlam düzenlemelerine göre daha zayıftır. Kanunî ya da esas sözleşmesel bağlam, “aynî benzeri” nitelikte bir etkiye sahiptir<sup>21</sup>. Buna karşın aşağıda yer verildiği üzere, sözleşmesel alım, önalım hakkı gibi haklar sözleşme tarafları arasında bir etki gösterir, yani nisbi etkilidir<sup>22</sup>. Öğretimizde limited ortaklıklar bakımından, alım, önalım ve geri alım gibi haklar tanıyan ortaklık sözleşmesi hükümlerinin bağlayıcı olacağı haklı olarak ifade edilmektedir. Ancak anonim ortaklıklar bakımından herhangi bir düzenleme yapılmadığı için buna yönelik esas sözleşme hükümlerinin “ortaksal nitelik kazanamayacağı, anonim ortaklığı ve pay sahiplerini bağlamayacağı,

<sup>19</sup> Payların gerçek değerinden ayrılan bir önalım hakkı düzenlemesi ancak pay sahipleri sözleşmesiyle olanaklıdır [bu hususta bkz Klây (n 15) 489]. Yoksa esas sözleşmesel herhangi bir düzenlemeyle metinde anılan hüküm aşılabilir. Aşağıda önalım hakkı içeren sözleşmede bedel hususuna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

<sup>20</sup> Görüş için bkz Necdet Uzel, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (On İki Levha 2013) 139 dipnot 102.

<sup>21</sup> Bu bağlamda bkz Pulaşlı (n 10) 1665 para 163.

<sup>22</sup> Limited ortaklıklar bakımından durum farklıdır. TTK m 577/I b uyarınca, önalım hakkı şirket sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde bağlayıcı bir hal alır. Oysa, önalım, alım ve geriye alım gibi hakların anonim ortaklık esas sözleşmesinde yer alsa bile ortaksal nitelik kazanamayacağı, ortaklığı ve ortaklık organlarını bağlamayacağı öğretide ifade edilmektedir [bu bağlamda bkz Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları* (Vedat 2012) 84].

bağlama ilişkin TTK m 491 vd hükümlerinin de buna olanak vermeyeceği” ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Dolayısıyla sözleşmesel önalım hakkı esas sözleşmesel bağlam olanağına bir alternatif olarak düşünülmemelidir. Anonim ortaklıklar hukukunun tanıdığı bağlam olanağı yanında, pay sahipleri sözleşmeleriyle önalım hakkı kararlaştırılmasında büyük fayda vardır. Somut olayda pay sahipleri sözleşmesindeki önalım hakkı bir şekilde uygulanmamış olursa, ortaklığın TTK m 493’te düzenlenen “kaçış klozundan” faydalanarak devre onay vermemesi, koşulları da oluşmuşsa, tamamlayıcı bir çözüm olarak gündeme gelebilir<sup>24</sup>.

## II. Sözleşmesel Önalım Hakkı ve Buna Yönelik Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Sözleşmesel önalım hakkı, yükümlünün bir şeyi satması ya da satım sonucu doğuracak şekilde devretmesi halinde, hak sahibinin o şeyi iktisap etmesini sağlamaya yönelik bir yetkidir<sup>25</sup>. Bu hak, yükümlüye yöneltilen tek taraflı<sup>26</sup> ve ulaşması gerekli bir irade beyanıyla kullanılmaktadır. Malikin bir kişiye önalım hakkı tanımak için yaptığı sözleşmeye de önalım sözleşmesi denmektedir<sup>27</sup>. Öğretide sözleşmesel önalım hakkının değişik tanımları yapılmaktadır. Ancak bu tanımlar önalım hakkı ve önalım sözleşmesinin hukukî niteliği hususunda kabul edilen görüşe göre değişebilmektedir. Bu hususta değişik görüşler olmasına rağmen öğretide öne çıkan iki görüşe aşağıda kısaca değinmek mümkündür.

Önalım hakkı çoğunlukla yenilik doğurucu hak olarak nitelenmektedir<sup>28</sup>. Öğretide önalım hakkının bu niteliğinin en isabetli şekilde kuruluş teorisi tarafından açıklandığı belirtilmektedir<sup>29</sup>. Kuruluş teorisine göre, taraflar arasında söz konusu yenilik doğurucu hakkın usule uygun kullanımıyla bir satım sözleşmesi kurulmaktadır<sup>30</sup>. Yani, önalım sözleşmesi, hakkın yükümlüsünün, hak sahibine, önalım olayına bağlı olarak

<sup>23</sup> Bu hususa ilişkin olarak bkz Tekinalp (n 9) 605 para 852.

<sup>24</sup> Pay sahipleri sözleşmeleri yanında ayrıca esas sözleşmesel bağlam düzenlemelerine de yer verilmesi gerektiği ve bunun önemi hususunda bkz Hintz-Bühler (n 4) 140.

<sup>25</sup> Bu bağlamda bkz Bösigler (n 1) 1, 5 dipnot 10. Benzer olarak bkz Germann (n 6) 695 para 1617; Zobl (n 6) 401, 402; Fischer (n 6) 62.

<sup>26</sup> Alım, önalım ve geriye alım haklarının tek taraflı bir beyan ile kullanıldığı noktasında bkz Bahtiyar (n 8) 83, 83.

<sup>27</sup> Bkz Yavuz, Acar and Özen (n 8) 254.

<sup>28</sup> Ortaklık paylarıyla ilgili olarak bu yönde bkz Vischer (n 3) 82, 83; Forstmoser and Küchler (n 7) 375-376 para 1180; Germann (n 6) 695 para 1618; Fischer (n 6) 63; Okutan Nilsson (n 6) 216. Taşınmaz satımlarıyla ilgili olarak bu yönde bkz Agnes Atteslander-Dürrenmatt, ‘Art 216-221, 229-236’ in Jolanta Kostkiewicz and others (eds), *OR Kommentar – Schweizerisches Obligationenrecht* (3rd edn Orell Füssli 2016) Art 216 para 8; Hans Giger, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR*, vol VI/2/1/3 (Heinz Hausheer ed Stämpfli 1997) Art 216 para 84. Hukukumuz açısından bu yönde bkz Feride Demirbaş, ‘Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı’ (2016) 65 (2) AÜHFHD 249, 252; Aydın Zevkililer and Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri* (Turhan 2013) 69; Yavuz, Acar and Özen (n 8) 254. Öğretimizde borçlar hukuku bağlamında önalım, alım ve geri alım hakları “satış ilişkisi doğuran haklar” olarak ele alınmakta ve kurucu yenilik doğurucu hak olarak kabul edilmektedir [bkz Mahmut Kızır, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi’ (2016) 22 (3) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, vol 2) 1773, 1775].

<sup>29</sup> Bkz Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 158.

<sup>30</sup> Taşınmaz satımlarıyla ilgili olarak bu yönde bkz Atteslander-Dürrenmatt (n 28) Art 216 para 8.

yapılacak tek taraflı bir irade açıklamasıyla önalım konusu üzerinde satış sözleşmesi kurmaya yönelik, yenilik doğurucu bir hak tanıdığı “sui generis” bir sözleşmedir<sup>31</sup>. Hukukumuzda hâkim görüş kuruluş teorisini esas almaktadır<sup>32</sup>. Buna karşılık koşul teorisi, önalım hakkı içeren sözleşmeyi, çift geciktirici koşula bağlı bir satım sözleşmesi<sup>33</sup> olarak dikkate almaktadır. Bu koşullardan birisi, önalıma mahal verecek olayın gerçekleşmesidir ve tesadüfî bir koşul<sup>34</sup> oluşturur. Diğeriyse önalım hakkının kullanılmasıdır ki, bu da sözleşmenin iradi koşulunu oluşturmaktadır<sup>35</sup>. Buna göre de önalım hakkı, hakkın konusu şeye ilişkin olarak, yükümlünün üçüncü bir kişiyle satım sözleşmesi yapması koşuluna bağlı kullanılan bir alım hakkıdır. Tanımda yer verilen alım hakkı ise, hak sahibinin, satım yükümlüsüne yönelttiği tek taraflı ulaşması gerekli bir irade beyanıyla onunla önceden kararlaştırdıkları fakat henüz hak sahibini bağlayıcı olmayan bir sözleşmeyi yürürlüğe koyan bir hak olarak açıklanmaktadır<sup>36</sup>.

Öğretide, önalım hakkı içeren sözleşmenin (kuruluş teorisi uyarınca) sui generis bir sözleşme veya geciktirici koşula bağlı bir satım sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin hukuki sonucu etkilemeyeceği belirtilmektedir. Zira sui generis sözleşme görüşüne (kuruluş teorisine) başvurulduğunda da kıyasen satım sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir<sup>37</sup>. Dolayısıyla çalışmanın boyutu ve tartışmanın konumuz üzerindeki etkisi dikkate alınarak görüş ayrılıklarına derinlemesine girilmeyecektir. Ancak yeri geldiğinde iki görüşe göre de ulaşılan sonuçlara işaret edilecektir.

Sözleşmesel önalım hakkı ile özellikle “gerçek önalım hakkı” kast edilmektedir<sup>38</sup>. Bundan anlaşılması gereken, pay üzerindeki önalım hakkının yukarıda aktarılan

<sup>31</sup> Teoriye ilişkin olarak bkz Jonas Rüegg, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken* (Jörg Schmid ed Schulthess 2014) 20-21 para 67.

<sup>32</sup> Bu yönde bkz Buz (n 29) 158; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2017) 201; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Yetkin 2011) 434; Demirbaş (n 28) 249, 253. Keza, anonim ortaklıklar hukukumuz bakımından Okutan Nilsson (n 6) 217’ye göre, “eğer önalım hakkı sahibi bu hakkını kullanırsa, yani payları almak iradesini beyan ederse, beyanın karşı tarafa varması ile kendisiyle önalım hakkını tanımış olan kişi arasında satım sözleşmesi kurulmuş olur”. Buna göre anonim ortaklıklar hukukumuzda anılan yazarın kuruluş teorisini esas aldığı kabul edilebilir.

<sup>33</sup> Öğretide uzun süredir savunulan bu görüş, önalım sözleşmesini satım sözleşmesinin özel bir türü olarak değerlendirmektedir [bkz Arthur Meier Hayoz and Ümit Doğanay (trs), ‘Şuf’ A Akdi’ (1967) 33 (3-4) İÜHF 273, 274].

<sup>34</sup> Sözleşme yükümlüsünün üçüncü bir kişiyle pay devri amacı güden bir sözleşme yapmasının tesadüfî koşul olarak nitelendirilmesi ilk bakışta yanlış algılanabilir. Zira, “sözleşmenin taraflarından birinin iradesi dışındaki olaylara bağlanan şarta tesadüfî şart denmektedir”. Öğretide, “üçüncü bir kişinin sözleşmeye izin vermesi şartıyla yapılması halinde de tesadüfî şart” söz konusu olduğu belirtilmektedir [alıntılar için bkz Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2015) 1170]. Bu durumda sözleşme yükümlüsünün üçüncü kişiyle yapacağı pay devri sözleşmesi aslında alıcı tarafın kabulüne bağlanmaktadır. Yani önalım hakkı içeren sözleşmenin yükümlüsü sadece kendi iradesiyle söz konusu koşulu gerçekleştirebilecek durumda değildir. Bu nedenle anılan koşulun tesadüfî koşul olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

<sup>35</sup> Koşul teorisi, özellikle İsviçre öğretisinde ciddi anlamda taraftar bulmaktadır. Bu yönde bkz Vischer (n 3) 82, 83; Giger (n 28) Art 216 para 157; Germann (n 6) 695 para 1618; Fischer (n 6) 62. Taşınmaz satımlarıyla ilgili olarak bu yönde bkz Atteslander-Dürrenmatt (n 28) Art 216 para 8. Alım hakkının da koşul teorisine göre açıklandığı belirtilebilir [bu hususta bkz Gloor and Flury (n 7) 305, 306]. Hukukumuzda bu görüşte bkz Aydoğdu and Kahveci (n 8) 277 ve 284.

<sup>36</sup> Taşınmaz satımlarında, alım ve önalım haklarıyla ilgili olarak bu yönde bkz Urs Fasel, ‘Art 216-216e’ in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Wolfgang Wiegand (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, vol 1 (Helbing Lichtenhahn 2011) Art 216 para 9-10.

<sup>37</sup> Bu bağlamda bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 375-376 para 1180.

<sup>38</sup> Bu nedenle çalışmada aksi belirtilmedikçe “önalım hakkı” ifadesi, “gerçek önalım hakkını” belirtmektedir.



özellikleri taşıması ve değinilen teorilere göre açıklanabilmesidir. Somut olayda pay üzerindeki hakkın yenilik doğurucu karakterde olup olmaması söz konusu ayırmadaki en önemli kriterdir. Öğretimimize göre yenilik doğurucu bir hak değil de yalnızca paylarını satmak isteyen ortağın öncelikle belirli kişilere öneride bulunması zorunluluğu öngörülmüş ise, “gerçek olmayan önalım hakkı” veya “önalım benzeri hak” söz konusudur<sup>39</sup>.

Anonim ortaklık pay sahipleri sözleşmeleri bakımından önalım hakkı düzenlenmemiştir. Bu nedenle pay sahipleri sözleşmeleriyle önalım hakkı düzenlenmesi ve olası uyuşmazlıklarda uygulanacak hükümler tespit edilmelidir. Sözleşmenin hukukî niteliğine ilişkin tartışmaların ortak yönleri değerlendirildiğinde, bu hususta taşınmaz satımına ilişkin BK m 237 vd hükümlerinden yararlanmak mümkündür<sup>40</sup>. Anılan hükümler uygulanırken somut olayda sözleşme konusunun taşınmaz değil, anonim ortaklık payı olduğu her zaman dikkate alınmalıdır. Keza önalım hakkı öngören sözleşmenin ne tür bir pay sahipleri sözleşmesi içinde yer aldığı da aynı derecede önem göstermektedir. Bu nedenlerle söz konusu hükümler taraflar arasındaki hukukî ilişkide, doğrudan doğruya uygulama alanı bulamaz. Ancak, uygun düştüğü ölçüde, kıyasen uygulama alanı bulabilir<sup>41</sup>.

### III. Hakkın Öngörülme Şekli

#### A. Kural: Şekil Serbestisi

Önalım hakkı, genelde pay sahipleri sözleşmelerinin bir parçasıdır. Pay sahipleri sözleşmeleri, içindeki özel hükümler yazılı veya başka bir özel şekli

<sup>39</sup> Bkz Bahtiyar (n 8) 83, 90. Ayrıca belirtelim ki, Tekinalp'e göre, gerçek olmayan önalım hakkı “önerilmeye muhatap olmanın” bir türüdür ve bu TTK m 466'daki haktan farklıdır [bkz Tekinalp (n 22) 86]. Aynı yazar, Tekinalp (n 9) 606 para 855'te gerçek olmayan önalım hakkı kavramını şu şekilde açıklamıştır: “Önalım hakkı, payların satışı halinde kullanılan yenilik doğurucu bir hak halinde düzenlenmeyip sadece, satmak isteyen pay sahibinin önce pay sahiplerine veya bunlardan bazılarına öneride bulunmaları şeklinde öngörülmüş ise gerçek olmayan önalım hakkı veya önalım benzeri hak söz konusudur. Satış olgusuna bağlı önalım hakkı gerçek önalım hakkıdır”. Gerçek olmayan önalım hakkının esas sözleşmelerde geçerli olarak yer alıp alamayacağı mevzuu tartışmalıdır. Öğreti açısından bkz III, C, 1. Uygulamada bu hususun neden olduğu sorular için bkz VI, B, 2.

<sup>40</sup> Sözleşmesel önalım hakkının taşınmazlar bakımından düzenlenip, taşınır veya ortaklık payları bakımından düzenlenmemiş olması, bunlar üzerinde sözleşmesel bir önalım hakkı tesis edilemeyeceği anlamına gelmez. Bu hususta bkz Zobl (n 6) 401, 402. Hukukumuz açısından bkz Okutan Nilsson (n 6) 215; Bahtiyar (n 8) 83, 83; Demirbaş (n 28) 249, 254; Aydoğdu and Kahveci (n 8) 289; Eren, *Özel* (n 32) 200. Hukukumuzda önceden de bu hususta tartışmalar ele alınıp değerlendirilmiş ve taşınırın sözleşmesel önalım hakkına konu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır [bu hususta bkz Feyzi N Feyzioğlu, ‘ŞuF’a Hakkının Mevzuu ve Sütjeleri’ (1952) 18 (3-4) İÜHF 875, 882].

<sup>41</sup> Ortaklık paylarıyla ilgili olarak bu yönde bkz Vischer (n 3) 82, 83; Forstmoser and Küchler (n 7) 375-376 para 1180; Zobl (n 6) 401, 403. Benzer yönde hukukumuz açısından bkz Okutan Nilsson (n 6) 215. Anılan hükümlerin menfaatler dengesinin uyduğu diğer durumlarda da uygulanabileceğini belirtmek yanlış olmaz. Örneğin, İsviçre hukukunda, önalım olayı, yani, satım veya ona eşdeğer bir durumun ortaya çıkması vakıası hakkında OR m 216c'nin uygulanabileceği belirtilmektedir. Fasel (n 36) Art 216c para 2'ye göre, anılan koşul, taşınır ve taşınmazlar açısından aynı şekilde tanımlanabileceği için konuya ilişkin olarak yapılan açıklamalar diğer “tüm” önalım ilişkilerine kıyasen uygulanabilir. Oysa şekli olarak OR m 216c düzenlemesi sadece taşınmazlar hakkında geçerlidir. Keza, Hintz-Bühler (n 4) 89'da ortaklık paylarında önalım bedeliyle ilgili olarak OR m 216d/III düzenlemesinin uygulanabileceğini belirtmektedir. Yazar aynı yerde özellikle dipnot 361'de, OR m 216d/III'ün aslen taşınmazlar için öngörüldüğünü ancak gerekçeye göre, bunun uygun düştüğü ölçüde taşınmazlara da uygulanabileceğini belirtmektedir.

gerektirmedikçe herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir<sup>42</sup>. Bu durumda, pay sahipleri sözleşmelerinde yer verilen önalım hakkına ilişkin hükümlerin özel bir şekle tabi olup olmadığı değerlendirilmelidir. BK m 237/III, önalım sözleşmelerinin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlamaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, taşınmazlara ilişkin olarak Kanunda öngörülen söz konusu hükümler, anonim ortaklık payları hakkında ancak kıyasen uygulama alanı bulabilmektedir. Hukukumuzda kural şekil serbestisidir (bkz BK m 12/I). Bu nedenle BK m 237'de olduğu gibi, kuraldan sapan durumlar, Kanunlarda açıkça belirtilmektedir. Bu manada istisnalar dar yorumlanmalı ve kural uygulanmalıdır. Dolayısıyla anonim ortaklık paylarına ilişkin yapılacak önalım sözleşmeleri bakımından herhangi bir şekil zorunluluğundan bahsedilememelidir<sup>43</sup>.

Sözleşmesel önalım hakkının kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmadığı saptandıktan sonra, şekil hususunun her somut olayda ayrıca dikkate alınması gerektiği de belirtilmelidir. Örneğin, taraflar, yapılan sözleşme için BK m 17 uyarınca iradi bir şekil kararlaştırmışlarsa önalım hakkına ilişkin sözleşmenin de bu şekilde yapılması gerekir.

## B. Ölümüne Bağlı Önalım Hakkı Tanınması

### 1. Sözleşmenin Bütün Olarak Değerlendirilmesi

İsviçre hukukunda, sözleşme unsurları veya içeriği değerlendirilerek bazen bunun şekle tabi olabileceği ifade edilmiştir. Mesela pay sahibinin ölümünden sonraya etkili olmak veya salt ölümüyle birlikte etkili olmak üzere kabul edilmiş bir önalım hakkının koşullara göre miras hukukuna ilişkin kurallara uyulmak suretiyle yapılması gerektiği belirtilmiştir<sup>44</sup>. Ancak alım hakkı bakımından bu hususun tartışmalı olduğunu ifade etmek gerekir. Benzer hukuki nitelikleri nedeniyle, aynı tartışmalar önalım hakkı için de önemlidir. Özellikle çok taraflı bir “pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde” taraflardan birisinin ölümü üzerine kararlaştırılan alım hakkının “kural olarak” sağlar arası işlem şeklinde niteleneceği görüşünün öğretilde hâkim olduğunu belirtebiliriz<sup>45</sup>. Bu görüşün oluşmasında, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ölümüne bağlı tasarruflarla

<sup>42</sup> Bu hususta özellikle bkz Okutan Nilsson (n 6) 73-74. Aynı yönde bkz Gloor and Flury (n 7) 305, 306; Josef Rütter and Kilian Zwysig, 'Aktionärbindungsverträge' (2010) (3) TREX 142, 142.

<sup>43</sup> Bu bağlamda bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 376 para 1182; Hintz-Bühler (n 4) 95; Vischer (n 3) 82, 83; Zobl (n 6) 401, 404. Hukukumuzda örneğin taşınmazlarla ilgili alım ve geri alım sözleşmelerinin resmi şekil zorunluluğuna tabi olduğu, fakat taşınırlara ilişkin aynı sözleşmelerin bir şekle uyulmaksızın yapılabileceği belirtilmektedir [bkz Kizir (n 28) 1773, 1777].

<sup>44</sup> Bu hususta bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 376 para 1182. Öğretimizde taşınmazlara ilişkin önalım hakkı bakımından benzer bir yaklaşım mevcuttur. Buna göre, “aksine bir anlaşma mevcut olmadığı için miras yoluyla itikali sağlamak üzere önalım hakkı üzerinde vasiyetname veya miras sözleşmesi ile ölümüne bağlı olarak tasarrufla bulunuluyorsa, ölümüne bağlı tasarrufların şekli bakımından TBK m 239/II değil, TMK m 531 vd uygulama bulur” [bkz Mustafa Alper Gümüş, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi' (2011-2012) 8-9 (2-1) YÜHFD (Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan) 435, 439].

<sup>45</sup> Bu bağlamda bkz Hintz-Bühler (n 4) 95; Gloor and Flury (n 7) 305, 312; Germann (n 6) 695 para 1616.

sağlar arası işlemlerin ayrımına ilişkin bir kararı büyük etki göstermektedir. Kararda, etkilerini muris hayattayken göstermeye başlayan işlemlerin ölüme bağlı tasarruf olamayacağı, fakat bunun aksininse doğrudan savunulamayacağı vurgulanmaktadır. Çünkü sağlar arası bir işlemin etkilerinin, murisin ölümüyle ortaya çıkacağı da kararlaştırılabilir. Mahkeme bu nedenle ortada sağlar arası bir işlem mi yoksa ölüme bağlı tasarruf mu olduğunun soyut bir kritere bağlanamayacağını belirtmektedir<sup>46</sup>. Dolayısıyla, somut olayın tüm koşulları değerlendirilip yorumlanarak bir sonuca ulaşılmalıdır<sup>47</sup>. Bu noktada mahkeme, somut olayın tüm koşulları incelenirken, her şeyden önce, sözleşme taraflarının iradelerinin (sözleşmeyi yapma amaçlarının) değerlendirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Taraflarca yapılan işlemin yükümlünün malvarlığını mı yoksa öncelikle onun terekesini mi etkilemekte olduğu ortaya konmalıdır. Özellikle tarafların iradelerine göre sözleşmenin etkilerini ne zaman göstermeye başlayacağı değerlendirilmelidir<sup>48</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin anılan kararında yer verilen, somut olayın tüm koşullarının değerlendirilmesi gerektiğine dair esas gerçekçidir. Bu nedenle, sözleşmesel önalım ve alım haklarına dair düzenlemelere hangi koşullar içinde rastlandığı ortaya konmalıdır. Pay üzerinde sözleşmesel önalım veya alım hakkı düzenleyen taraflar, bu hükümlere genelde bir bütünün içinde yer verirler. Bu da belirtildiği üzere, pay sahipleri sözleşmesidir. Değerlendirmede somut olayın bütün koşulları dikkate alınacağına göre, bahsedilen şekil sorununun çözümünde, sözleşmesel önalım ya da alım haklarının hukuki niteliği kadar bunların içinde yer aldığı pay sahipleri sözleşmesinin hukuki niteliği de etkilidir.

## 2. Adi Ortaklık Niteliği Taşıyan Pay Sahipleri Sözleşmeleri

### a. Basit ve Nitelikli Halefiyet Klozu Kavramları

Pay sahipleri sözleşmeleri çoğunlukla adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu sözleşmede, taraflardan birisinin ölümü halinde kalanlara önalım hakkı tanınıyorsa konumuzla ilgili bazı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Öncelikle bu durumda, ilgili adi ortaklığın ölüm halinde mirasçılarla devam edeceğinin kararlaştırıldığı sonucuna ulaşılmalıdır. Zira adi ortaklıkta ortaklardan birisinin ölümü bir sona erme sebebidir (bkz BK m 639/I/2). Fakat yapılan sözleşmeyle ölümün bir sona erme sebebi olmaktan çıkarılması mümkündür. Buna göre, ortaklardan birisinin ölümü halinde, mirasçılarla pay sahipleri sözleşmesi devam edecek, fakat mirasçılar ellerindeki anonim ortaklık payını üçüncü bir kişiye devrederlerse sözleşme tarafları

<sup>46</sup> Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz BGE 99 II 268, 271-272 (Karara İnternet erişimi için bkz <<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>> Erişim Tarihi 28 Ağustos 2017).

<sup>47</sup> Mahkemenin de kararına atıfla, ayrımın oldukça nazik bir mesele olduğu yönünde bkz Forstmoser and Kuchler (n 7) 162 para 473.

<sup>48</sup> Bu hususlarda bkz BGE 99 II 268, 272.

önalım hakkını kullanabilecektir. Tam da bu noktada nitelikli ve basit halefiyet klozu arasında bir ayırım yapılabilir. Ana hatlarıyla ifade etmek gerekirse, ölüm halinde mirasçılarla ortaklığın devam edeceğine dair sözleşme koşulu “basit halefiyet klozu” olarak anılmaktadır. Buna karşılık ortaklığın belirli bazı mirasçılarla devam edeceğine dair sözleşme “nitelikli halefiyet klozu” olarak adlandırılmaktadır<sup>49</sup>.

### **b. Önalım Hakkının Nitelikli Halefiyet Klozuyla Birlikte Yer Alması**

Sözleşmede nitelikli halefiyet klozu varsa, yani ölüm sonrası seçilmiş bazı mirasçılarla adi ortaklığın devamı öngörülmüşse, mirasçıları ilgilendiren bu hususun, ayrıca ölüme bağlı tasarrufların şekline de tabi olması gerekir. Çünkü böyle bir durumda, pay sahipleri sözleşmesindeki ortak sıfatından kaynaklanan konumun mirasçılara intikalinin koşulları yanında terekedeki bu konumun kaderine yönelik de bir düzenleme yapılmış olmaktadır<sup>50</sup>. Dolayısıyla söz konusu paylaşımın pay sahipleri sözleşmesine konulan hüküm yanında ayrıca ölüme bağlı tasarruf olarak da desteklenmesi gerekir<sup>51</sup>. Haliyle buna ilişkin şekil kurallarına uyulmalıdır. Ortağın iradesinin miras paylaşımına dönük kurallar getirmek olduğu böyle bir durumda, kalan ortaklara tanınan önalım hakkının seçilmiş mirasçılarla devamını öngören paylaşım kuralıyla birlikte ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi olması uygun olur. Zira artık önalım hakkı, terekedeki ortak konumunun kaderinin belirlenmesinin bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **c. Önalım Hakkının Basit Halefiyet Klozuyla Birlikte Yer Alması**

Adi ortaklık niteliğindeki pay sahipleri sözleşmesinde taraflardan birisinin ölümü halinde, sözleşmenin tüm mirasçılarla devam edeceğine dair bir belirleme de yapılabilir. İsviçre öğretisi, adi ortaklığın taraflardan birisinin ölümü halinde tüm mirasçılarla devam edeceğine dair sözleşmenin, sağlar arası bir işlem olduğunu kabul etmektedir<sup>52</sup>. Çünkü sözleşme taraflarının iradesi, terekedeki ortaklık sıfatından kaynaklanan konumun belli mirasçılara dağılımını kararlaştırmak değildir. Taraflar burada, anonim ortaklıkta birlikte hareket etmek üzere oluşturdukları sistemin içlerinden birinin ölümüyle sona ermemesini arzulamaktadır. Bu durumda, pay sahipleri sözleşmesindeki önalım hakkı, mirasçılarla devam hükmüyle birlikte kural olarak sağlar arası işlem sayılmalı ve ölüme bağlı tasarruflara ilişkin koşullara

<sup>49</sup> Bu anlamdaki “basit” ve “nitelikli” halefiyet klozu ayrımı için bkz Daniel Staehelin, ‘Art 545-551, 574-593, 619’ in Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt and Rolf Watter (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH*, vol 2 (Helbing Lichtenhahn 2012) Art 545/546 para 10; Fischer (n 6) 196.

<sup>50</sup> Pay sahipleri sözleşmelerinde mirasçılarla devam kloxuna ilişkin olarak bu yönde bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 189-190 para 589.

<sup>51</sup> Bu bağlamda ibid 194-195 para 584. Ortaklığın belirli bazı mirasçılarla devam edeceğine dair “nitelikli halefiyet klozu”nun yanında, ayrıca ölüme bağlı tasarruflara uygun şekilde bir düzenleme yapılması gerektiği hususunda ayrıca bkz Germann (n 6) 97 para 233; Karin Müller, ‘Art 530-551’ in in Jolanta Kostkiewicz and others (eds), *OR Kommentar – Schweizerisches Obligationenrecht* (3rd edn Orell Füssli 2016) Art 545 para 4; Hintz-Bühler (n 4) 179-180.

<sup>52</sup> Bu bağlamda bkz Staehelin (n 49) Art 545/546 para 10.

tabi olmamalıdır<sup>53</sup>. Fakat İsviçre Federal Mahkemesi'nin adi ortaklıkta ortaklardan birisinin ölümü halinde, kalan ortakların ortaklığa (mirasçılar olmaksızın) devamı ve mirasçılara ödenecek ayrılma payı ile ilgili bir kararı ilginç bir tartışmayı beraberinde getirmektedir. Buna göre, bir ortağın çıkması ve ölümü nedeniyle ortaklıktan ayrılması arasında, hesaplanacak ayrılma payı hususunda çok farklı koşullar öngören bir adi ortaklık sözleşmesi vardır<sup>54</sup>. Mahkeme ölüm nedeniyle hesaplanacak ayrılma payına ilişkin düzenlemenin ölüme bağlı tasarruf olarak dikkate alınıp alınamayacağını değerlendirmiştir. Mahkeme, ortağın ortaklıktan çıkması ile ölümü halinde hesaplanacak ayrılma payları arasında oluşacak ciddi hesap farklılığını dikkate almış ve bu hususu kararda özellikle vurgulamıştır<sup>55</sup>. Çıkmayla hesaplanacak ayrılma payının, ölüme bağlı olarak hesaplanacak ayrılma payından önemli ölçüde yüksek olması mahkemece ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirilmiştir. Öğreti de buradan hareketle, pay sahipleri sözleşmesinde, ölüme bağlı bir "alım hakkı"nın, örneğin sağlar arasındaki bir devirden çok daha avantajlı bir fiyat belirlemesine tabi tutulmasının ölüme bağlı tasarruflara ilişkin şekle uygun olarak yapılıp yapılmayacağı sorununu gündeme getirmiştir<sup>56</sup>.

Pay sahipleri sözleşmesinde taraflardan birisinin ölümü halinde, kalanlara ölenin anonim ortaklık payları üzerinde "alım" hakkı tanınması ve bunun gerçek değerden daha düşük bir değer üzerinden yapılmasının ölüme bağlı tasarruf olarak nitelenmesinin zor olduğu ifade edilebilir. Öğretide, aradaki fiyat farkının temelinde, her durumda, birlikte hareket eden diğer pay sahiplerinin üstün tutulması amacının bulunmadığı belirtilmektedir<sup>57</sup>. Bir diğer husus da sözleşme anında münferit pay sahiplerinin, mirasçıları olumlu mu olumsuz mu etkileyeceğini bilemeyecek olmasıdır<sup>58</sup>. Örneğin, taraflardan birisinin ölümü halinde mirasçılarla devamı öngören bir pay sahipleri sözleşmesinde, mirasçıların ölümden sonra payı üçüncü kişilere devretme olasılığına karşı diğer sözleşme taraflarına payların nominal değeri üzerinden önalım hakkı tanınmış olabilir. Ölümden bir süre sonra mirasçılar payı devretmek istediğinde, devredilen payların gerçek değeri nominal değerinin çok üstünde olabileceği gibi çok altında da olabilir. Bu noktada, sözleşen tarafların ölüme bağlı bir tasarruftan ziyade, kurdukları sistemin belirli bir çevre içinde işlemeye devam etmesine yönelik bir irade gösterdiği belirtilebilir. Sağlar arası ortaya çıkan bu iradenin sonucunun mirasçıları etkilemesi ayrı bir husustur.

<sup>53</sup> Bu hususta bkz Gloor and Flury (n 7) 305, 312. Ayrıca pay sahipleri sözleşmelerinde alım hakkının her zaman sözleşme taraflarının sağlığında etkilerini doğurmaya başlayan diğer hak ve yükümlülüklerle birlikte kararlaştırıldığı, bu nedenle de pay sahipleri sözleşmeleri çerçevesinde kararlaştırılan alım hakkının sağlar arası bir işlem olduğu yönünde bkz Hintz-Bühler (n 4) 95.

<sup>54</sup> Sözleşmenin detayları için bkz BGE 113 II 270, 270-271 (Karara internet erişimi için bkz <<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>> Erişim Tarihi 7 Eylül 2017).

<sup>55</sup> ibid 270, 273.

<sup>56</sup> Bu bağlamda özellikle bkz Gloor and Flury (n 7) 305, 312.

<sup>57</sup> ibid 305, 312.

<sup>58</sup> Özellikle alım hakkıyla ilgili olarak bu bağlamda bkz ibid 305, 312.

İsviçre’de alım hakkı bakımından tartışılan ve öğretilerde de ciddi taraftar bulan sağlar arası işlem görüşü önalım hakkı için evleviyetle kabul edilmelidir. Zira, taraflar sözleşirken tüm mirasçılarla sözleşmenin devam edeceğini kabul etmiş ve sözleşme konusu anonim ortaklık paylarının mirasçılar tarafından üçüncü kişilere devrine karşı gerçek değerden farklılaşan bir hesaplama yöntemi içeren önalım hakkı belirlemişlerdir. Burada sözleşen tarafların sağlıklarında kurduğu pay sahipleri çevresi arasındaki ilişkiyi aynı konseptte devam ettireceklerine yönelik bir iradenin var olduğu ölüme bağlı olarak tanınan alım hakkından daha da açıktır. Yani pay sahipleri arasında oluşan adi ortaklığın ortak amacının istenilen kişi çevresi içinde devamı amaçlanmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarına, ölenin mirasçılarına karşı gerçek değere göre fiyat farkı yaratan olası bir önalım hakkı tanınması sağlar arası bir işlem kabul edilmeli ve özel bir şekle tabi olmamalıdır.

### 3. Adi Ortaklık Niteliği Taşımayan Pay Sahipleri Sözleşmeleri

Pay sahipleri sözleşmesinin genellikle bir adi ortaklık sözleşmesi niteliği taşıdığı kabulü bir kenara bırakılırsa<sup>59</sup>, bunların iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler şeklinde yapılması da olasıdır<sup>60</sup>. Özellikle sözleşmede ortak bir amacın olmadığı durumlarda, sözleşmenin adi ortaklık niteliğinden bahsetmek olanaksızdır. Taraflar arasında böyle bir hukuki ilişki varsa, ölüm halinde aradaki ilişki son bulmayacak, mirasçılarla devam edecektir. Bu nedenle bir devam koşuluna ihtiyaç duyulmayacaktır. Ancak tarafların böyle bir yapı içinde dahi mirasçıların payları devri olasılığına karşı önalım hakkı tanımları mümkündür. Bu noktada somut olayın koşulları gözetilerek taraflar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekir. Pay sahibi, bu olasılıkta sağlığında yaptığı önalım sözleşmesine ölümü vade olarak eklemiştir<sup>61</sup>. Sözleşme, tarafların yaşamlarında kurduğu ilişkinin sonuçlarının devamlılığını sağlamak amacıyla önalım hakkı öngörmüşse, artık söz konusu düzenlemenin sağlar arası bir hukuki işlemin parçası olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin sürekli bir oy anlaşması düzenlenmiş ve önalım hakkı bu çerçevede ölüm sonrasında mirasçıların pay devri olasılığına karşı öngörülmüşse, tarafların sağken öngördükleri düzenin devamlılığını amaçladıkları kabul edilebilir. Burada önalım hakkı tanıyan tarafın doğrudan doğruya terekesini ve mirasçılarını etkileme amacı güdüp gütmeyeceği ortaya konmalıdır. Bir pay sahipleri sözleşmesinde önalım hakkı tanıyan tarafın, bu şekilde bir ölüme bağlı tasarruf yapması, hukukun ona sunduğu olanaklar karşısında alışılmış bir yöntem değildir. Ayrıca, hem sözleşme konusu anonim ortaklık payları hem de önalım hakkının tüm koşulları

<sup>59</sup> Bu bağlamda bkz Okutan Nilsson (n 6) 80.

<sup>60</sup> İsviçre hukukunda, uygulamada, her iki kategoriden unsurlar içeren pay sahipleri sözleşmelerinin olduğu, ancak genelde ortaklıklar hukukuna ilişkin unsurların ağırlıklı olduğu belirtilmiştir [bkz Dieter Haab, ‘Der Aktionärbindungsvertrag - Vereinbarung zur Ergänzungs des Aktienrechts und Mittel für eine massgeschneiderte Nachfolgeregelung’ (2007) (5) ST 383, 383].

<sup>61</sup> Ölüm olgusunun koşullardan ziyade vade teşkil ettiği noktasında bkz Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17th edn, Turhan 2013) 759. Bir hukuki işlemde, ölüm olayının genel olarak öngörülmesi halinde vadenin söz konusu olacağı noktasında bkz Eren, *Genel* (n 34) 1165. Benzer bir örnek için bkz Rona Serozan, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma* (Fakülteler Matbaası 1979) 31.

gerçekleşmişse bu payların bedeli mirasçılara ait olmaktadır. Bu durumda tek mesele, tanınan önalım hakkının belirlenen değeridir. Bunun payların gerçek değerine kıyasla çok düşük belirlenmiş olması, ortada aslında ölüme bağlı bağışlama benzeri bir durum olup olmadığı sorunu gündeme getirir. Öncelikle anonim ortaklık paylarının gerçek değerinin gelecekte hangi durumda olacağını kesin bir şekilde önceden belirlenmesi çok zordur. Önalım hakkına ilişkin sözleşmede belirlenen değer mirasçıların üçüncü kişilerle anlaştığı değerden ya da payın gerçek değerinden düşük olması durumunda, bunun önalım hakkı sahibi lehine yapılmış ölüme bağlı bir tasarruf amacı taşıdığı sonucuna doğrudan ulaşmak makul görünmemektedir. Bu noktada tarafların sağken ulaştıkları sözleşme düzeni ve bunun devamlılığını esas alarak böyle bir düzenleme öngördükleri belirtilebilir. Genelde bu sözleşmeler oluşturulurken taraflar kendi menfaatlerini düşünerek bazı koşulları kabul veya reddederler. Burada taraflar, karşılıklı olarak anonim ortaklığın diğer pay sahiplerine koşula bağlı kazandırıcı haklar tanımak suretiyle doğrudan ya da dolaylı ticari menfaatlerinin güvencesini sağlamaktadır. Yani tanınan bu haklar bir anlamda kendi edindikleri ticari konumun karşılığını, bir nevi ödemesini teşkil etmektedir. Tarafların sözleşme amacı, ölüm halinde, kendilerine yakın olan kişileri himaye etmek veya onlara iltimas geçmek değildir<sup>62</sup>. Dolayısıyla söz konusu işlem sağlar arası işlem olarak nitelendirilebilir. Bu durumda işlemin ölüme bağlı tasarrufların şekline bağlı olmayacağı belirtilebilir.

Öğretimizde bir görüşe göre, ölüme bağlı kazandırmayı amaçlayan sağlar arası işlemler atipik bir hukuki yapıya sahiptirler. Ölüme bağlı işlemlerle sağlar arası işlemler arasındaki sınırdaki kalan bu işlemlerin karma yapısı, onunla uyumlu karma bir hukuki rejimin benimsenmesini gerektirmektedir<sup>63</sup>. Anılan görüşe göre, söz konusu ilişkilere, sağlar arası işlemlere özgü borçlar hukuku kurallarıyla miras hukukunun ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kuralları değerlendirilerek uygun düştüğü ölçüde kıyasen bir uygulama yapılmalıdır. Kıyasen uygulamayı öneren ve bu tür hukuki işlemlerin katı bir şekilde kategorize edilmesine karşı çıkan bu görüş de şekil konusunda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin kuralların uygulanamayacağını belirtmektedir. Zira bu görüşe göre, söz konusu işlemlerin “ciddi atmosferi” şeklin koruyucu amaçlarını sağlamaktadır<sup>64</sup>. Adi ortaklık niteliği arz etmeyen bir pay sahipleri sözleşmesinin içerdiği önalım hakkı düzenlemesi, bu görüşe göre de şekle tabi olmayacaktır.

Pay sahipleri sözleşmesinde ölümden sonrası için tanınan önalım hakkının kural olarak ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi olmayacağını ve bu nedenle kural olarak şekil serbestisinin esas alınacağını belirtebiliriz. Ancak somut olayın koşullarının farklı değerlendirmeyi gerekli kıldığı istisnai durumlarda tarafların ölüme bağlı tasarrufların şekline uygun bir düzenleme yöntemi tercih etmeleri tavsiye olunabilir.

<sup>62</sup> Ölüme bağlı alım hakkıyla ilgili olarak özellikle bu bağlamda bkz Gloor and Flury (n 7) 305, 311.

<sup>63</sup> Bu hususta özellikle bkz Serozan (n 61) 218

<sup>64</sup> Bu yönde sonuç için bkz ibid 223.

## C. Ortaklık Esas Sözleşmesinde Önalım Hakkı Öngörülmesi

### 1. Sözleşmesel Önalım Hakkının Esas Sözleşmenin Düzenleme Alanını Aşması

Doğrudan doğruya pay sahipleri arasındaki önalım hakları maddi anlamda esas sözleşme konusu olamaz<sup>65</sup>. Çünkü maddi anlamda esas sözleşme kuralları, nitelikleri gereği, sadece işletmenin sosyal alanına ilişkin olabilirler. Esas sözleşmeler ortaklık ve pay sahipleri arasındaki ilişkiyi düzenler, yoksa salt pay sahipleri arasındaki ilişkileri düzenlemezler. Pay sahiplerinin kendi aralarındaki hak ve yükümlülükleri düzenleyen kurallar, esas sözleşmede değil, sözleşmesel düzeyde ele alınmalıdır<sup>66,67</sup>. Daha açık ifade etmek gerekirse, gerçek önalım hakkı, esas sözleşmelerin teorik düzenleme alanıyla bağdaşmaz.

Gerçek önalım haklarına esas sözleşmelerde yer verilememesinin tek nedeni, bunun esas sözleşmelerin teorik düzenleme alanı ile bağdaşmaması da değildir. Pozitif olarak en başta tek borç ilkesi<sup>68</sup> (TTK m 480) bu yönde bir düzenlemeye engeldir<sup>69</sup>. Gerçekten de öğretimimize göre, “payların alımı veya satımı zorunluluğunu yükleyen esas sözleşme hükümleri TTK m 480/I ile bağdaşmaz”<sup>70</sup>. Keza emredici kurallar düzenlemesi (TTK m 340) ile Kanunun öngördüğü bağlam düzenlemeleri haricinde payların serbest devredilebilirlik koşullarını ağırlaştırmayı yasaklayan hüküm (TTK m 493/VII) zikredilen esas sözleşme kurallarının geçersiz olacağını ortaya koyar<sup>71</sup>.

Anonim ortaklık esas sözleşmelerinde ancak bağlam düzenlemeleri önalım hakkıyla benzer bir amaca yönelebilmektedir. Olası bir olayda esas sözleşmesel bağlama uygun bir ret sebebi mevcut değilse, ortaklığın kaçış klozuna dayalı olarak

<sup>65</sup> Bu bağlamda bkz Klây (n 15) 488.

<sup>66</sup> Bu hususta özellikle bkz ibid 471.

<sup>67</sup> Öğretimizde Eski TTK sistemi bakımından, esas sözleşmelerde “...pay sahiplerinin birbirlerine karşı talep (alacak) haklarını içeren borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde olan düzenlemelere de yer verilebileceği...” belirtilmiştir [bkz Erdoğan Moroğlu, ‘Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği’ Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (Beta 2000) 515, 524]. Öğretiden alıntılanan bu tespitten de anlaşıldığı üzere, anılan dönemde dahi, bahsi geçen hususlar esas sözleşmede yer alsada sözleşmesel düzeyde dikkate alınmaktadır.

<sup>68</sup> Sadece pay sahipleri sözleşmesinin taraflarını bağlaması gereken önalım ve alım hakkı gibi devir sınırlamalarının esas sözleşmeye konmasının nedeni, çoğunlukla tüm pay sahiplerinin bu düzenlemelerden etkilenmesini sağlamaktır. Hukukumuzda da bu yöndeki esas sözleşme hükümlerinin genel olarak tek borç ilkesine aykırılık nedeniyle tüm pay sahipleri bakımından bağlayıcı nitelik kazanmayacağı ifade edilmektedir [bu yönde bkz Uzel (n 20) 137-138].

<sup>69</sup> Önceki TTK sistemi bakımından öğretimizde, teklifte ve icapta öncelik haklarının anonim ortaklık esas sözleşmelerinde düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Buna karşın, önalım, alım ve satım haklarının “hem tek borç ilkesine aykırı düşükleri hem de bağlam sisteminin amacını aştıkları için” tüm pay sahiplerini bağlayıcı gerçek bir esas sözleşme hükmü niteliği kazanamayacakları belirtilmiştir [bu yönde bkz Okutan Nilsson (n 6) 249]. Aynı sistem döneminde, esas sözleşmesel önalım haklarının tek borç ilkesine aykırılık oluşturmayacağı da savunulmuştur. Buna göre, zaten anılan düzenlemelerle getirilen borç ve yükümlülükler ortaksal değil yalnızca sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır [bkz Bahtiyar (n 8) 83, 95]. Yürürlükte olan hukukumuz bakımından Tekinalp (n 22) 84’te, önalım, alım ve geri alım gibi hakları anonim ortaklık esas sözleşmesinde yer alsalar bile ortaksal nitelik kazanamayacaklarını, bunların borçlar hukukuna özgü olarak kalacaklarını ifade etmektedir.

<sup>70</sup> Bkz Tekinalp (n 9) 607 para 859.

<sup>71</sup> Eski TTK sistemi bakımından esas sözleşmede yer alsada dahi önalım hakkının borçlar hukuku nitelikli olacağı ifade edilmiştir. Buna göre, “...anasözleşmenin ihtiyarı içeriğinde yer alan ve paylar üzerinde önalım hakkına ilişkin olan düzenlemeler, hangi türde olursa olsunlar tamamen borçlar hukuku niteliklidirler” [Bahtiyar (n 8) 83, 91].



devri reddetmesi mümkün olur (bkz TTK m 493). Kanuna uygun olması koşuluyla, kaçış klozunun somut kullanımına ilişkin esasların ihtiyaçlara göre esas sözleşme ile düzenlenebilmesi mümkündür<sup>72</sup>. Tabii ki, eşit işlem ilkesi ve payların gerçek değeri üzerinden satın alınması gibi kurallar nedeniyle bu düzenleme alanı ciddi anlamda dar olacaktır. Yukarıda<sup>73</sup> öğretiyeye atıfla işaret edilen ve gerçek olmayan önalım hakkı olarak anılan esas sözleşme düzenlemelerinin ancak bu koşullar altında değerlendirilebileceğini ifade edebiliriz<sup>74</sup>. Öğretimizde bir görüşe göre, bir pay sahibinin “-satacağı kişiyi bulmuş olsun veya olmasın- payını satmadan önce diğer pay sahiplerine öneride bulunmasını öngören esas sözleşme” hükümleri geçerlidir<sup>75</sup>. Esas sözleşmede yer alacak bu yönde bir düzenleme, önerilmeye muhatap olma hakkının başka bir türünü teşkil eder ve “ortaksal bir hak gücündedir”<sup>76</sup>. Bu görüşe göre, TTK m 493/II’ye hâkim hukuk düşüncesi, anılan yönde bir düzenlemenin bağlayıcılığına dayanak teşkil etmektedir<sup>77</sup>. Karşıt görüşse, gerçek olmayan önalım haklarına yönelik esas sözleşme hükümlerinin TTK m 493/VII karşısında geçerli olmayacağına işaret etmektedir<sup>78</sup>. Gerçekten de öğretimizde, TTK’nın “yeni bağlam sisteminin niteliği ve devir sınırlamalarının ağırlaştırılması yasağı uyarınca öncelik hakkının kullanımı ile devreden pay sahiplerini satma niyetini mevcut pay sahiplerine bildirmeye zorlanamayacağı” ifade edilmektedir<sup>79</sup>. TTK m 493/VII nedeniyle devir usulünde izlenmesi gereken yeni aşamaların da öngörülemediği savunulmaktadır<sup>80</sup>. Sonucu görüşün tek borç ilkesine ilişkin TTK m 480/I ve emredici hükümler ilkesine ilişkin m 340 ile de desteklenmesi mümkündür.

## 2. Esas sözleşmede Yer Alan Önalım Hakkının Tahvil Yoluyla Sözleşmesel Önalım Hakkı Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

Bir esas sözleşmede önalım hakkına yer verilmişse, bunların tahvil yoluyla sözleşmesel önalım hakkı olarak dikkate alınıp alınmayacağı ayrıca değerlendirilebilir. Esas sözleşme hükmünün pay sahipleri sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi istisnai bir olasılıktır. Zira ilgili tarafların, sadece kabul eden pay sahipleriyle sınırlı ve ancak sözleşmesel bir bağlayıcılığı olduğunu bildikleri, karşılıklı bir önalım hakkına onay verip vermeyecekleri sınırlıdır. Öğretimde bu noktada, sözleşme yapma iradesinin

<sup>72</sup> Bu hususta bkz Klây (n 15) 489.

<sup>73</sup> Bkz yukarıda II.

<sup>74</sup> Eski TTK döneminde, esas sözleşmelerde “öncelikle satın alma hakkı” gibi haklara uygulamada sıkça rastlandığı öğretilerde belirtilmiştir (bu hususta bkz Moroğlu (n 67) 515, 519).

<sup>75</sup> Bkz Tekinalp (n 9) 607 para 860. Yazar, ibid 607 para 859’da, “öneride bulunmak yükümlünün” bağlam hükümlerinin müsaadesi oranında geçerli sayılabileceğini de belirtmektedir. Yazara göre, “söz konusu düzenlemeler, bağlam çerçevesinde olmakla birlikte, pay sahiplerinin belirgin bir şekilde ekonomik kayıplarına yol açacaksa...” geçersiz olarak nitelenebilir.

<sup>76</sup> Bkz Tekinalp (n 22) 86.

<sup>77</sup> ibid 86.

<sup>78</sup> Bu yönde bkz Uzel (n 20) 141.

<sup>79</sup> ibid 141.

<sup>80</sup> ibid 141.

eksikliğinin değil, varlığının kanıtlanması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca şüphe halinde bağlanma iradesi aleyhine bir sonuca ulaşılmalıdır. Özellikle gerçek değerden sapan devir bedeli ya da eşit işlem ilkesine uygun olmayan düzenlemelerin öngörüldüğü durumlarda buna önemli ölçüde dikkat edilmelidir<sup>81</sup>.

Pay sahipleri arasında önalım hakkı düzenlemesi getiren geçersiz bir esas sözleşme hükmünün tahvil yoluyla borçlar hukuku sözleşmesi olarak dikkate alınması tamamen olanaksız değildir. İstisnaen tüm kurucu pay sahiplerinin açık bir şekilde önalım hakkını kabul ettikleri küçük ortaklıklarda tahvil yoluyla geçersiz olan esas sözleşme hükmünün pay sahipleri arasında bir sözleşme olarak dikkate alınması olanaklıdır. Ancak bu durumda dahi öğretide, kurucu pay sahipleri haricinde bir kişiye sonradan pay devredilmişse, anılan düzenlemenin sözleşmesel hükümlere tahvilinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir. Hatta sonradan payı devralmış kişi, önalım hakkını açıkça kabul etse dahi tahvil olanaksız kabul edilmektedir. Çünkü burada da ortak bir sözleşme yapma iradesi olduğundan bahsedilemez. Özellikle mevcut diğer pay sahiplerinin, payı devralan kimseye karşı (önalım hakkının borçlusu olarak) yükümlendiklerine yönelik açıklanmış iradeleri bu olasılıkta eksiktir<sup>82</sup>. Önceki TTK bakımından da öğretimizde benzer bir sonuca ulaşılmıştır. Buna göre, söz konusu hakların "...ilk esas sözleşmede yazılı olması halinde tüm kurucu pay sahipleri bu borç sözleşmesi ile bağlı olur"<sup>83</sup>. Esas sözleşme değişikliği ile sonradan pay sahiplerine önalım hakkı tanınırsa, geçersiz olan bu esas sözleşme düzenlemesinin sadece değişikliğe olumlu oy verenler arasında bir pay sahipleri sözleşmesi gibi değerlendirileceği bir an için düşünülebilir. Ancak bunun da çok istisnai olacağını belirtmek gerekir. Olumlu oy veren pay sahipleri, tüm pay sahiplerinin aynı şekilde bağlanacağını düşünerek bu yönde karar vermiş olabilirler. Tüm pay sahiplerinin bağlanmaması halinde, bu kişilerin sözleşme yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, ilgili düzenlemenin olumlu oy verenler arasında bir pay sahipleri sözleşmesi olarak ayakta tutulamayacağı öğretide savunulmaktadır<sup>84</sup>.

## IV. Hakkı İçeren Sözleşmenin Zorunlu Unsurları

### A. Hakkın Konusu Paylar ve Bunların Bölünememesi

Önalım hakkı içeren sözleşmeler bakımından BK m 2'ye göre şart olan esaslı unsurlar belirlenmelidir. Önalım sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin teorilerin sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespitinde satış sözleşmesine yöneldiğini belirtmiştik. BK m 207/I'e göre, satım sözleşmesi taraflarının satım konusu ve bedel ödeme borcu hususlarında anlaşmaları gerekir. Oysa önalım hakkı içeren sözleşmeler

<sup>81</sup> Geniş açıklamalar için bkz Klây (n 15) 490.

<sup>82</sup> Söz konusu hususlara ilişkin olarak bkz ibid 490 ve yine aynı yerde dipnot 131.

<sup>83</sup> Okutan Nilsson (n 6) 250.

<sup>84</sup> ibid 250. Yukarıda İsviçre öğretisine atıfla belirtildiği üzere, bu durumda sözleşme yapma iradesinin varlığının kanıtlanması gerekir.

bakımından sözleşmenin zorunlu içeriğinin, sözleşme tarafları (önalım hakkı sahibi ve yükümlüsü) ile sözleşme konusu olduğu öğretide belirtilmektedir<sup>85</sup>.

Sözleşmesel önalım hakkında, sözleşmenin konusu, anonim ortaklık paylarıdır. Ancak hakkı tanıyan tarafın paylarının tamamı önalım hakkının konusunu oluşturmayabilir. Hakkın kapsamı, hakkı tanıyan tarafın üçüncü kişilerle devretmek üzere anlaştığı paylardır. Yapılan sözleşmeden farklı bir anlam çıkarılmıyorsa, önalım hakkının devir konusu olan tüm payları kapsadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle öğretide, önalım hakkı kullanan kişinin, önceden kararlaştırılmış ya da belirlenecek olan fiyat üzerinden teklif konusu tüm payları devralmaya hazır olması gerektiği ifade edilmektedir. Önalım hakkı bölünmeksizin (bir bütün olarak) kullanılabilir<sup>86</sup>. Önalım hakkının bölünmeden kullanılmasına yönelik ilkenin özellikle adi ortaklık niteliği taşıyan pay sahipleri sözleşmelerinde, paylarının tamamını devretmek isteyen pay sahibini koruyucu etkisi vardır. Önalım hakkının konusuyla hakkın kullanılması arasında anılan ilke nedeniyle önemli bağlantılar vardır ve aşağıda bunlara ayrıca değinilecektir.

Önalım hakkı, satıma sunulan münferit bazı paylar ya da bunların bir kısmı üzerinde kullanılacak şekilde de düzenlenebilir<sup>87</sup>. Başka bir ifadeyle önalım hakkının bölünmeksizin kullanılmasına yönelik ilkedeki sözleşmeyle vazgeçilebilir. Bunun tam tersi de mümkündür. Taraflar kendi aralarında sözleşme konusu yaptığı payların tamamını satışa sunma yükümlülüğü altına da girebilir. Öğretide böylelikle taraflardan birisinin çok az bir payla sözleşmede kalmasının ve oy birliği gerektiren durumlarda veto hakkı kullanarak diğer sözleşme taraflarını bloke etmesinin engellenebileceği belirtilmektedir<sup>88</sup>. Öğretideki bu tespit özellikle adi ortaklık niteliği taşıyan pay sahipleri sözleşmeleri içinde yer verilen önalım hakkı bakımından çok yerindedir<sup>89</sup>. Bu şekildeki olası bir düzenleme en baştan taraflar arasında oluşturulan sistemin işlerliğini garanti eder.

## B. Bedel

### 1. Sınırlanmamış Önalım Hakkı

Önalım hakkı içeren sözleşmelerde, önalım hakkı konusunun belirlenmesi yeterlidir. Bu anlamda, bedel ödeme borcu esaslı nokta (bkz BK m 2) teşkil etmez. Çünkü pay

<sup>85</sup> Bu hususta bkz Müller and Biedermann (n 7) 893. Benzer olarak bkz Demirbaş (n 28) 249, 256. Fischer (n 6) 63'te, önalım bedelini de esaslı unsurlar içinde saymıştır. Önalım bedelini sözleşmenin esaslı unsurlarından birisi olarak saymamamızın nedeni aşağıda açıklanmıştır.

<sup>86</sup> Bu bağlamda özellikle bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 380 para 1201-1202.

<sup>87</sup> ibid 380-381 para 1203.

<sup>88</sup> Bu bağlamda ibid 381 para 1204.

<sup>89</sup> Gerçekten de BK m 625/II'de yönetici ortakların olumsuz yönetim hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, ortaklığı yönetmeye yetkili olan ortaklar bir işlemin tamamlanmasından önce yapılacak işleme itiraz ederek bu işlemin yapılmasını engelleyebilmektedir. Çok az bir payla pay sahipleri sözleşmesinde kalmasına izin verilen ortak, bu şekilde sistemi bloke edebilme olanağını tutmaya devam edecektir.

üzerindeki sözleşmesel önalım hakkına BK m 241/III kıyasen uygulanabilir. Taraflar önalım hakkına konu olan payları belirleyip, bedel ödeme borcu hakkında herhangi bir belirleme yapmayabilirler<sup>90</sup>. Buna göre, sözleşmede herhangi bir düzenleme yapılmadıysa, bedel ödeme borcu, devredenin üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmedeki bedele göre tespit edilecektir. Çalışma kapsamında BK m 241/III değerlendirilirken özellikle bedel ödeme borcu merkeze alınmıştır. Fakat söz konusu hükmün sadece “satış bedeli tutarını değil, diğer sözleşme modalitelerini”<sup>91</sup> de kapsadığı önemle belirtilmelidir.

Önalım hakkı, satım bedelinin belirlenmesi türüne göre ikiye ayrılır. Sınırlandırılmamış önalım hakkında, taraflar sözleşmede bedeli belirlemezler. Bu durumda BK m 241/III kıyasen uygulama alanı bulur. Payları devralacak olan üçüncü kişinin önalım yükümlüsüne ödemeye hazır olduğu bedel, önalım bedeli olarak kabul edilir<sup>92</sup>. Sınırlandırılmamış önalım hakkının paylarını devretmek isteyen kişi bakımından olumlu olduğu öğretide belirtilmektedir. Zira önalım hakkının kullanılmasından çekinmesine gerek yoktur. Aksine, paylarını almaya hazır üçüncü kişiye devredebileceği en yüksek bedelden payları devredebilir<sup>93</sup>. Bu noktada kabul edilen sistemin MK m 2’ye aykırı bir şekilde üçüncü kişilerle anlaşılacak suretiyle fiyat belirlenebilmesine çok müsait olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla olası uyumsuzluklarda üçüncü kişilerle yapılan devir sözleşmelerinin fiyat unsurunun bu bakımdan özellikle değerlendirilmesi önem taşır.

## 2. Sınırlandırılmış Önalım Hakkı

Sınırlandırılmış önalım hakkında, taraflar önalım sözleşmesinde doğrudan satım bedelini veya satım bedelinin belirlenmesi usulünü kararlaştırır<sup>94</sup>. Payını devretmek isteyen tarafın üçüncü kişiyle yaptığı devir sözleşmesinin, önalım sözleşmesinde belirlenen bedel üzerinde etkisi olmaz<sup>95</sup>. Öğretide, sınırlandırılmış önalım hakkı, sözleşmede kararlaştırılan bedel belirleme usulüne göre, mutlak veya nispi olarak ayrıma tabi tutulmaktadır.

<sup>90</sup> Bu bağlamda İsviçre hukuku açısından bkz Vischer (n 3) 82, 83; Müller and Biedermann (n 7) 893. Hukukumuz açısından benzer olarak bkz Eren, *Özel* (n 32) 203.

<sup>91</sup> Bkz Gümüş (n 44) 435, 446.

<sup>92</sup> Sınırlandırılmamış önalım hakkı kavramıyla ilgili olarak bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 377 para 1187; Vischer (n 3) 82, 84; Germann (n 6) 696 para 1620; Müller and Biedermann (n 7) 893; Hintz-Bühler (n 4) 92; Fischer (n 6) 63. Anonim ortaklıklar hukukumuz açısından sınırsız ve sınırlı önalım hakkı kavramları için bkz Okutan Nilsson (n 6) 218 dipnot 338-339; Bahtiyar (n 8) 83, 90. Borçlar hukukumuzda sınırlandırılmış önalım hakkı, nitelikli; sınırlandırılmamış önalım hakkı da olağan önalım hakkı olarak anılmaktadır [bkz Demirbaş (n 28) 249, 254; Gümüş (n 44) 435, 446; Eren, *Mülkiyet* (n 32) 432; Eren, *Özel* (n 32) 199; Zevkliler and Gökyayla (n 28) 69]. Keza adi-mevsuf, limitli-limitsiz, belirli-belirsiz önalım hakkı gibi tabirler de kullanılmaktadır [bkz Aydoğdu and Kahveci (n 8) 285].

<sup>93</sup> Bu hususta bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 377 para 1188.

<sup>94</sup> Bu yönde ibid 378 para 1189; Fischer (n 6) 63.

<sup>95</sup> Bu bağlamda bkz Hintz-Bühler (n 4) 92.

Alım bedelinin rakamsal olarak kararlaştırıldığı veya rakamsal bir şekilde kesin olarak belirlenebilir olduğu durumlarda<sup>96</sup>, mutlak sınırlandırılmış önalım hakkından bahsedilir<sup>97</sup>. Böylece, ileride ödenecek bedel, hakkın tanınması sırasında tespit edilir ve gelecekteki fiyat artmalarına karşı önlem alınmış olur<sup>98</sup>. Bu şekilde, bir bedel belirlenmesi, pay değerinde olması muhtemel değişiklikleri dikkate almamaktadır. Payın değerinde olması muhtemel değişimlerin taraflar açısından önemli olduğu durumlarda böyle bir usulün kullanılmamasında büyük fayda vardır.

Sözleşme sadece fiyat belirleme usulüne yönelik bir düzenleme yaptıysa, nispi sınırlandırılmış önalım hakkı söz konusu olur. Örneğin, sözleşmede bir üst sınır teşkil üzere fiyat belirlenir. Önalım hakkı yükümlüsünün üçüncü kişiyle yaptığı anlaşmada belirlenen fiyat bundan düşükse, hak sahibinin bu fiyattan hakkını kullanabileceği kararlaştırılabilir<sup>99</sup>. Keza, payların gerçek değerini veya gerçek değerine göre belirlenecek bir değeri esas alan hükümlere sözleşmelerde yer verilebilir<sup>100</sup>. Nispi anlamda sınırlandırılmış önalım hakkı konusunda farklı usullere rastlamak mümkündür. Söz konusu usuller tarafların anılan hususta sözleşme yaparken güttükleri amaca göre şekillenir. Nispi anlamda sınırlandırılmış önalım hakkı düzenlenirken, tarafların, bedelle ilgili karara esas alınacak unsurlarla birlikte, karar alma usulünü ve söz konusu kararı alacak kişileri belirlemeleri gerekir<sup>101</sup>.

Sözleşmede, önalım bedelinin üçüncü bir kişi tarafından saptanacağı kararlaştırılabilir. Üçüncü kişi, tarafların güvendiği birisi ya da bir uzman olabilir. Bu usulde, ortaklık ve pay sahipleri sözleşmesi taraflarının bedel belirleme sürecine etki edememesi amaçlanır<sup>102</sup>. Fiyatın belirlenmesi üçüncü kişinin serbest takdirine bırakılabileceği gibi, üçüncü kişinin fiyat belirlemede uyması gereken bazı temel koşullar da tespit edilebilir. Fiyat belirleme yöntemi olarak bu usul seçildiyse, çıkabilecek olası uyumsuzluklar dikkate alınarak, üçüncü kişinin masraflarının nasıl karşılanacağına da düzenlenmesi gerekmektedir<sup>103</sup>. Önalım hakkını düzenleyen sözleşmede, bedelin taraflar arasında pazarlıkla tespit edileceği de kararlaştırılabilir. Pazarlık usulünde, pazarlık görüşmelerinin üçüncü bir kişi tarafından yönetileceği de öngörülebilir<sup>104</sup>.

<sup>96</sup> Örneğin payların değerinin itibari değerine oranla belirlenmesi böyledir.

<sup>97</sup> Bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 378 para 1190.

<sup>98</sup> Bu bağlamda bkz Aydoğdu and Kahveci (n 8) 278.

<sup>99</sup> Bu hususta bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 378 para 1191.

<sup>100</sup> Bu bağlamda bkz Hintz-Bühler (n 4) 92; Forstmoser and Küchler (n 7) 378 para 1191.

<sup>101</sup> Bu hususta ibid 379 para 1195.

<sup>102</sup> Bu yönde ibid 379 para 1195.

<sup>103</sup> Son iki hususta ilgili olarak bkz Hintz-Bühler (n 4) 93.

<sup>104</sup> Bu bağlamda bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 379 para 1195.

## V. Haktan Yararlanmanın Önkoşulu: Önalım Olayı

### A. Önalım Olayının Belirlenmesi

#### 1. BK m 240/I'in Kıyasen Uygulanması ve Sözleşmeyle Belirleme

Önalım olayı, hakkı kullanmanın önkoşuludur. Hakkın kullanımını mümkün kılan olaya önalım olayı denmektedir<sup>105</sup>. Önalım olayının değerlendirilmesinde taşınmazlara ilişkin BK m 240/I kıyasen<sup>106</sup> uygulanabilir. Buna göre, “önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabilir”. Keza BK m 240/II'ye göre, önalım hakkına konu payın miras olarak bırakılması, cebri artırma yoluyla satışı, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve bunlara benzer amaçlarla edinilmesi hâlleri BK m 240/I anlamında “satış ya da satışa eş değer” işlem olarak kabul edilmemektedir<sup>107</sup>. Yani bu hallerde önalım olayı gerçekleşmiş olmadığından, hak da kullanılamaz. Bu sayım sınırlayıcı bir sayım değildir<sup>108</sup>. Bu nedenle payın pay sahibinin iradesi dışında devrinin söz konusu olduğu hallerde önalım olayının kural olarak gerçekleşmeyeceği borçlar hukuku öğretimizde kabul edilmektedir<sup>109</sup>.

BK m 240, önalım sözleşmeleri bakımından emredici değildir. Bu nedenle taraflar, önalım olayını sözleşme ile daha detaylı ya da Kanundan farklı şekilde düzenleyebilirler. Özellikle olası uyuşmazlıkların daha baştan engellenebilmesi için önalım olayıyla ilgili açıklayıcı ve hatta bu alanı genişletici bazı sözleşmesel düzenlemeler yapmakta fayda vardır. Bu bağlamda, normalde önalım hakkının kullanılmasına mahal vermeyecek durumlar, sözleşmeyle önalım olayı oluşturacak şekilde düzenlenebilir<sup>110</sup>. Örneğin, bağışlama Kanununun aradığı şekilde önalım hakkı kullanılmasına olanak sağlayan bir işlem değildir. Fakat taraflar hakkın kullanılma alanını bağışlamaları da kapsayacak şekilde genişletebilirler. Sözleşmesel düzenlemeler önalım hakkının kullanılma alanının belli ölçüde daraltılması şeklinde de olabilir. Örneğin belli yakınlıktaki kişilere (eş ve altsoy gibi) veya yavru ortaklıklara, özellikle sözleşme taraflarından birisinin hâkim konumda olduğu bir

<sup>105</sup> Bu hususta bkz Eren, *Mülkiyet* (n 32) 439. Yazar burada önalım olayı olarak adlandırılan hususu “önalım olgusu” olarak adlandırmaktadır.

<sup>106</sup> BK m 240/I düzenlemesinin, taşınır eşya, alacaklar ve anonim ortaklık payları bakımından kıyasen uygulanabileceği hususunda İsviçre hukuku açısından bkz Forstmoser and Kühle (n 7) 387 para 1234. Benzer olarak bkz Hintz-Bühler (n 4) 97; Germann (n 6) 696-697 para 1621. İlgili hükmün İsviçre karşılığı olarak öngörülen OR m 216c gerekçesinde de bu düzenlemenin taşınır ve anonim ortaklık payları bakımından uygulanacağı yönünde bkz Fischer (n 6) 63. Ayrıca TTK m 1 ile MK m 5 bağlantısı da kıyasen bir uygulamayı olanaklı kılmaktadır.

<sup>107</sup> Bu husus önceki BK ve TTK döneminde de kabul edilmekteydi [bu bağlamda bkz Okutan Nilsson (n 6) 218-219].

<sup>108</sup> BK m 240'a ilişkin olarak bu yöne bkz Gümüş (n 44) 435, 439.

<sup>109</sup> Taşınmazlar bağlamında bu yönde bkz Kızır (n 28) 1773, 1785.

<sup>110</sup> Bu hususlarda bkz Forstmoser and Kühle (n 7) 388 para 1236; Fischer (n 6) 63. Hukukumuzda taşınmazlar açısından sözleşmesel önalım hakkında önalım olayının taraflarca genişletilip daraltılabileceği ifade edilmiştir. Fakat özellikle önalım olayının sözleşmeyle genişletilmesinin taşınmazlar bakımından bazı sonuçları olabileceğine dikkat çekilmiştir [bkz Gümüş (n 44) 435, 442-443].

ortaklığa yapılan devirlerin hakkın kapsamı dışında bırakılması düşünülebilir<sup>111</sup>. Keza pay sahipleri sözleşmesinin tarafları kendi aralarında yapılan devirleri veya kendi aile bireylerine yapılan devirleri bu kapsamın dışında bırakabilirler<sup>112</sup>. Sözleşmelerle yapılacak düzenlemeler, olası kötüye kullanmalar da değerlendirilerek kaleme alınmalıdır.

## 2. Satışa Eşdeğer İşlemler

### a. Genel Ölçütler ve Özel Durumlar

#### aa. Genel Ölçütler

Sözleşmeden doğan önalım hakkının kullanılmasına meydan veren en tipik hukukî işlem satım sözleşmesidir<sup>113</sup>. Ancak, BK m 240'ta geçen satışa eş değer işlem ifadesinin somutlaştırılması, olası uyuşmazlıkların çözümü bakımından daha önemlidir. BK m 240'ın satış yanında ekonomik anlamda satışa eşdeğer işlemleri önalım olayı olarak ifade etmesi, hak sahibi lehine bir düzenlemedir<sup>114</sup>. Bu noktada, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yorum yoluyla sonuca ulaşılması gerektiği borçlar hukuku öğretimizde belirtilmektedir<sup>115</sup>. BK m 240/II değerlendirildiğinde, satışa eş değer bir işlemin öncelikle iradî bir devir işlemi olması gerektiği belirtilmelidir<sup>116</sup>. Bu nedenle BK m 274 bağlamında payın iradi olarak açık artırmaya çıkarılması önalım hakkının kullanılması bakımından gerekli koşulu sağlar<sup>117</sup>. Önalım olayının gerçekleşmesi bakımından sözleşmenin yapılması yeterlidir. Ayrıca ifa edilmiş olması gibi bir koşul aranmaz<sup>118</sup>. Bu nedenle payın devrine ilişkin borçlandırıcı işlemin yapılması, önalım olayını gerçekleştirir. Buna karşın önalım konusu payın satımına ilişkin üçüncü kişilerle yapılan müzakereler, önalım olayı kapsamında değerlendirilemez<sup>119</sup>. Bunun yanında pay ivazlı olarak devredilmeli ve geçişi cüz'i intikal teşkil etmelidir<sup>120</sup>. Yani ivazsız el değiştirmeler bu kapsamda anılamaz. Örneğin, payın bağışlamaya konu olması, "satışa eş değer"

<sup>111</sup> İsviçre hukukunda bu tür kayıtlara sıklıkla rastlandığı yönünde bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 388 para 1238.

<sup>112</sup> Bu yönde örnekler için ayrıca bkz Okutan Nilsson (n 6) 214-215.

<sup>113</sup> Bkz Eren, *Mülkiyet* (n 32) 439; Eren, *Özel* (n 32) 207.

<sup>114</sup> Bkz Demirbaş (n 28) 249, 257.

<sup>115</sup> Bkz Kizir (n 28) 1773, 1784.

<sup>116</sup> Bkz Germann (n 6) 697 para 1622; Fischer (n 6) 64; Yavuz, Acar and Özen (n 8) 255; Eren, *Özel* (n 32) 207.

<sup>117</sup> Bu yönde bkz Hintz-Bühler (n 4) 97. Borçlar hukuku öğretimizde de aynı sonuca ulaşılmaktadır [bu hususta Kizir (n 28) 1773, 1784; Eren, *Mülkiyet* (n 32) 441; Eren, *Özel* (n 32) 209; Zevkliler and Gökyayla (n 28) 70; Feyzi N Feyzioglu, 'Şuf' a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar' (1953) 19 (1-2) İÜHF 222, 242].

<sup>118</sup> Bkz Demirbaş (n 28) 249, 257; Eren, *Özel* (n 32) 209.

<sup>119</sup> Sözleşmenin geçerli bir şekilde yapılması gereğinin ardında yatan iki neden olduğu öğretilmektedir. Bunlardan birisi önalım hakkının kullanılmasında emniyet sağlaması, diğeri de bu yaklaşımın önalım hakkı sahibini koruduğu değerlendirmesidir [bu hususta Meier Hayoz and Doğanay (n 33) 273, 284].

<sup>120</sup> Bu yönde Fischer (n 6) 64. Hukukumuzda bu bağlamda bkz Eren, *Mülkiyet* (n 32) 439. İvazlılık noktasında ayrıca bkz Aydoğdu and Kahveci (n 8) 277; Yavuz, Acar and Özen (n 8) 255.

işlem çerçevesinde değerlendirilemez<sup>121</sup>. Öğretide haklı olarak karma bağışlamalarla ilgili peşinen bir sonuca ulaşılamayacağı belirtilmektedir. Kendisine pay devredilen üçüncü kişinin şahsi sebeplerle karşılıksız olarak bu bağışlamanın tarafı olması halinde, önalım olayının gerçekleşmeyeceği ve kullanılamayacağı belirtilmektedir. Buna karşın bağışlama unsurunun sadece yan edim özelliği taşıdığı ya da kanunu dolanma amacıyla olduğu bir durum söz konusuysa sorun farklı değerlendirilir ve önalım olayının gerçekleştiği kabul edilir<sup>122</sup>. Borçlar hukuku öğretimizde de karma bağışlama açısından benzer sonuçlara ulaşılmıştır. Buna göre: karma bağışlamalarda, bağışlamadan çok satış ön planda ise önalım olayı vardır; bağışlama ön planda ise önalım olayı yoktur. Ancak taraflar arasında bedelin çok düşük tespit edildiği durumlarda önalım hakkı sahibi malın objektif değerini ödemek suretiyle önalım hakkını kullanabilmelidir<sup>123</sup>.

Karşı edimin asli olarak üçüncü kişinin şahsıyla bağlantılı olmaması gerekir<sup>124</sup>. Örneğin, payın ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin bir parçası olması halinde bu hakkın kullanılamayacağı belirtilmektedir. Öğretide payın sermaye olarak bir ortaklığa getirilmesinin de hakkın ön koşulunu oluşturmayacağı belirtilmektedir<sup>125, 126</sup>. Burada ortaklık sözleşmesinde edimlerin satım sözleşmesi gibi bir karşılıklılık (synallagma) içinde olmaması görüşe gerekçe olarak gösterilebilir. Keza mal rejimi nedeniyle gerçekleşen devirler de satışa eş değer olarak kabul edilemez. Buna karşılık, öğretimizde, “önalım yükümlüsünün üçüncü kişiye olan para borcunu ödemek amacıyla” önalım hakkı konusu payı o kişiye devretmesi satışa eş değer işlem olarak nitelenmektedir<sup>127</sup>.

Üçüncü kişiyle yapılan sözleşme, mülkiyet devrine yönelik ve geçerli olmalıdır<sup>128</sup>. Bu nedenle öğretimde, pay üzerinde intifa ya da rehin hakkı kurulması BK m 240/I

<sup>121</sup> Bu bağlamda bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 387 para 1234. Bağışlama noktasında taşınmazlar açısından hukukumuzda bkz Gümüş (n 44) 435, 441; Demirbaş (n 28) 249, 258; Eren, *Mülkiyet* (n 32) 442.

<sup>122</sup> Bu anlama gelmek üzere bkz Hintz-Bühler (n 4) 97-98. Hukukumuzda taşınmazlar açısından benzer olarak bkz Eren, *Mülkiyet* (n 32) 443; Eren, *Özel* (n 32) 211 ve özellikle aynı yerde dipnot 119.

<sup>123</sup> Bkz Kizir (n 28) 1773, 1784 dipnot 47. Yine benzer olarak bkz Gümüş (n 44) 435, 441; Feyzioğlu, ‘Hakkın Kullanılması’ (n 117) 222, 247.

<sup>124</sup> Bu bağlamda bkz Hintz-Bühler (n 4) 98. Germann (n 6) 697 para 1622’de “ivazın, alıcının şahsına ilişkin olmaması, parasal bir edim olması gerektiğini belirtmektedir”. Buradan karşı edimin salt para borcu olması gerektiği gibi bir sonuca ulaşmak, hakkın kullanım olanağını ciddi anlamda daraltır. Ekonomik anlamda satım sonucu doğuran işlemler önalım olayı bakımından yeterli kabul edilmelidir.

<sup>125</sup> Son iki hususla ilgili olarak bkz Hintz-Bühler (n 4) 98. Yazar bunu gerekçelendirmemiştir.

<sup>126</sup> Hukukumuzda eski MK döneminde, taşınmazın bir ortaklığa sermaye olarak getirilmesi halinde taşınmaz üzerindeki önalım hakkının kullanılamayacağını belirtmektedir [bkz Fezyi N Fezyioğlu, *Şıf'a Hakkı* (Fakülteler Matbaası 1959) 260]. Yazar aynı yerde ve Fezyioğlu, ‘Hakkın Kullanılması’ (n 117) 222, 256’da bunun nedenini, aksi halde, birçok kişinin ortaklıklara ortak olarak girme imkânından mahrum kalacağı ve ortaklıkların da sermaye tedarikinde güçlüklerle karşılaşacağı şeklinde açıklamaktadır. Keza BK m 239’un gerekçesinde bir taşınmazın limited ya da anonim ortaklığa aynı sermaye olarak getirilmesinin önalım hakkı kullanılmasına mahal vermeyeceği belirtilmiştir. Taşınmazlar bakımından aynı hususta bkz Kizir (n 28) 1773, 1785; Aydoğdu and Kahveci (n 8) 283; Eren, *Mülkiyet* (n 32) 443; Zevkililer and Gökyayla (n 28) 70. Keza aynı yönde bkz Meier Hayoz and Doğanay (n 33) 273, 282.

<sup>127</sup> Taşınmazlarla ilgili olarak, ifa yerini tutan eda hakkında bu yönde bkz Kizir (n 28) 1773, 1784.

<sup>128</sup> Bkz Germann (n 6) 697 para 1622; Fischer (n 6) 64.



çerçevesinde “satışa eş değer” işlem olarak kabul edilmemektedir<sup>129</sup>. Kural bu olmakla birlikte, hukukun ekonomik analizi çerçevesinde, pay üzerinde kurulan intifa hakkının mülkiyetin devrine yakın sonuçlar doğurabiliyor olması göz önünde tutulmalıdır. Bu nedenle pay üzerinde intifa hakkı tesis edilen durumlarda ekonomik bir el değiştiririnin amaçlanıp amaçlanmadığı dikkatle incelenmelidir<sup>130</sup>. Gerçekten de örneğin TTK m 492/II’de olduğu gibi intifa hakkının devre eşdeğer kabul edildiği durumlar söz konusu olabilmektedir. İntifa hakkı kurulmasının özellikle önalım olayının gerçekleşmesini engelleme amacı taşıdığı durumlarda, aşağıda ayrıca işaret edilen çözümlere yönelmenin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

BK’nın 239. maddesinin gerekçesi olarak, taşınmazlar üzerinde tesis edilen önalım hakkına ilişkin bir örnek verilmiştir. Buna göre, “bir gayrimenkul yatırım ortaklığına ait hisselerin, bütünüyle devri halinde bu işlem, fıkra anlamında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlem niteliğinde sayılabilecektir”<sup>131</sup>. Aynı örnekten hareketle hisse ticaretiyle uğraşan bir anonim ortaklık paylarının tamamının devrinin ortaklık malvarlığında bulunan hisseler bakımından önalım olayı oluşturup oluşturmayacağı sorgulanabilir. Her iki örnekte de önalım sözleşmesinin konusunu oluşturan taşınmaz veya ortaklık hissesinin mülkiyetinin nakline yönelik doğrudan bir sözleşme yoktur. İlgili pay veya taşınmazın sahibi hâlâ aynı anonim ortaklıktır. Sadece bu anonim ortaklığın pay sahipleri değişmektedir. Bu durumda önalım konusunun devrine yönelik doğrudan bir mülkiyet nakli olmadığından ilgili örnek dikkatle değerlendirilmelidir. Kanımızca burada somut olayın koşulları çerçevesinde yapılan işlemin önalım olayının gerçekleşmesini engelleme amacı taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Eğer önalım olayının engellenmeye çalışılması söz konusuysa bununla ilgili olarak aşağıda yapılan açıklamalara uygun bir sonuca ulaşmak gerekir<sup>132</sup>. Ulaşılamıyorsa, önalım olayının gerçekleşmediği ve hakkın kullanılamayacağı kabul edilebilir. Zira aksi yönde bir yaklaşım tüzel kişilik kavramını yok saymak olur.

## bb. Özel Durumlar

### aaa. BK m 241/II Düzenlemesi ile Geçersiz ve İptal Edilebilir İşlemler

BK m 241/II’ye göre, “önalım hakkı kullanıldıktan sonra satış sözleşmesi ortadan kaldırılırsa ya da alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa, bu durum önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemez”. Hüküm uyarınca alıcı ve satıcının arasındaki sözleşmenin ortadan kaldırılması, BK m 132’ye uygun bir ibra sözleşmesi,

<sup>129</sup> Bu hususta bkz Forstmoser and Kuchler (n 7) 387 para 1234. Taşınmazlar üzerinde intifa hakkı açısından bu bağlamda bkz Eren, *Mülkiyet* (n 32) 443; Eren, *Özel* (n 32) 211.

<sup>130</sup> Taşınmazlarda bu hususa ilişkin olarak özellikle bkz Gümüş (n 44) 435, 440; Aydoğdu and Kahveci (n 8) 288. Keza yine taşınmazlar bakımından üst hakkı kurulmasıyla ilgili olarak bkz Demirbaş (n 28) 249, 257.

<sup>131</sup> Örnek açısından ayrıca bkz Kizir (n 28) 1773, 1784; Aydoğdu and Kahveci (n 8) 283; Zevkiler and Gökyayla (n 28) 70.

<sup>132</sup> Taşınmazlara ilişkin olarak İsviçre öğretisinde bir görüşün madde gerekçesinde anılan durumda önalım olayının gerçekleşmesini reddettiği de öğretimizde ifade edilmiştir [bkz Gümüş (n 44) 435, 441].

temerrüte ilişkin BK m 125 veya ayıptan sorumluluğa ilişkin BK m 227’de yer verilen dönme gibi hukuki kurumları ifade etmektedir. Bu durumda önalım hakkı kullanılanlara kadar satıcı ve alıcı örneğin BK m 132 uyarınca aralarındaki sözleşmeyi anlaşarak kaldırılabirler. Önalım hakkı kullanıldıktan sonra alıcı ve satıcının bu yola başvurmaları hakkın geçerli olarak kullanılmış olmasını engellemez<sup>133</sup>. Keza anılan hükme göre, satış sözleşmesi “alıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle onaylanmazsa” bu da önalım hakkı sahibine karşı, hak kullanıldıktan sonra ileri sürülemez. Fakat satıcının şahsından kaynaklanan sebeplerle satışın onaylanmamasının hükmün kapsamında olmayacağı değerlendirilmektedir. Hüküm aslen, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlının kendisini borç altına sokan hukuki işlemi kanunî temsilcinin rızası olmadan yapması halinde uygulanmaktadır<sup>134</sup>.

BK m 241/II düzenlemesinin, özellikle geçersiz ve iptal edilebilir işlemlerin etkilerini düzenlemediği belirtilmektedir<sup>135</sup>. Geçersiz satış sözleşmesi, kural olarak önalım olayı teşkil etmez<sup>136</sup>. Bu nedenle geçersiz bir satış sözleşmesi nedeniyle hakkın kullanılması halinde, kullanıma yönelik irade beyanının etki doğurmayacağı ve önalım hakkının varlığını koruyacağı öğretilmektedir<sup>137</sup>. Ancak tek taraflı bağlamazlığın söz konusu olduğu haller bakımından ayırım yapılmaktadır. Tek taraflı bağlamazlık ve özellikle iptal edilebilirliğin<sup>138</sup> söz konusu olduğu satım sözleşmelerinin ilk başta önalım olayını oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>139</sup>. İşlemin iptaliyle birlikte önalımın da düşeceği belirtilmektedir<sup>140</sup>. Bu durumda hakkın kullanılması bakımından en başta bir sorun yoktur. Ancak söz konusu satım sözleşmesi iptal edildikten sonra, hakkın kullanımına yönelik beyan da geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır<sup>141</sup>.

<sup>133</sup> Anılan yönde bkz Markus Binder, ‘Art 216-221 OR’ in Markus Müller-Chen and Claire Huguenin (eds), *Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184 – 318 OR), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2016) Art 216d para 5. Hukukumuzda sadece ikale sözleşmesi bağlamında aynı yönde bir değerlendirme için bkz Kizir (n 28) 1773, 1788. İsviçre öğretisine atıfla bu yönde iki görüş olduğu ve bir görüşün sadece ikale sözleşmesini bu hüküm bağlamında kabul ettiği, diğerininse ayıplı ifa nedeniyle dönme hakkının kullanılması gibi halleri de hüküm içinde değerlendirdiği noktasında bkz Gümüş (n 44) 435, 446. Sonuncu ile benzer yönde bkz Demirbaş (n 28) 249, 259-260.

<sup>134</sup> Taşınmazlar açısından bu yönde Kizir (n 28) 1773, 1788. Bu hususta ayrıca bkz Demirbaş (n 28) 249, 260.

<sup>135</sup> Bu manada Binder (n 133) Art 216d para 6; Atteslander-Dürrenmatt (n 28) Art 216d para 5.

<sup>136</sup> İlgili olarak bu yönde bkz Binder (n 133) Art 216d para 7; Atteslander-Dürrenmatt (n 28) Art 216d para 5. Öğretimizde de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Resmi şekle aykırı, muvazaalı ya da ehliyetsiz bir kişi tarafından yapılan ya da hukuka, ahlaka aykırı veya imkânsız olan satış sözleşmelerinde, ortada geçerli bir sözleşme olmadığı için önalım olayı gerçekleşmiş sayılmaz” [bkz Demirbaş (n 28) 249, 258]. Baştan itibaren geçersizlik hallerinde önalım hakkının kullanılamayacağı yönünde ayrıca bkz Aydoğdu and Kahveci (n 8) 284.

<sup>137</sup> Pay devriyle ilgili olarak bu yönde bkz Hintz-Bühler (n 4) 99.

<sup>138</sup> Hukukumuzda herhangi bir ayırım yapılmaksızın, iradeyi sakatlayan sebeplerden birisinin varlığı nedeniyle geçersizlik halinde önalım hakkının ileri sürülemeyeceği hususunda bkz Demirbaş (n 28) 249, 260.

<sup>139</sup> Bu bağlamda bkz Binder (n 133) Art 216d para 8; Atteslander-Dürrenmatt (n 28) Art 216d para 5.

<sup>140</sup> Bu bağlamda bkz ibid Art 216d para 5. Hukukumuzda, irade sakatlıkları, gabin veya sözleşmeden dönme gibi bir nedenle satış sözleşmesinin, önalım hakkı kullanıldıktan sonra ortadan kaldırılması halinde BK m 241/II’nin uygulanması gerektiği ve bu durumun önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceği de savunulmaktadır [bkz Aydoğdu and Kahveci (n 8) 285].

<sup>141</sup> Tespite ilişkin olarak bkz Hintz-Bühler (n 4) 99.

### bbb. Bağlı Nama Yazılı Paylarda Ortaklığın Devre Onay Vermemesi

Önalım olayının oluşup oluşmadığının tespitinde, özellikle halka açık olmayan anonim ortaklıkların bağlı payları nedeniyle sorunlarla karşılaşmak olasıdır. Ortaklık pay devrini haklı olarak reddetmişse, ortaklık kararından önce kullanılmış olan önalım hakkının durumu değerlendirilmelidir.

Bağlı nama yazılı payların devrinde, ortaklığın devre onay vermemesinin devreden ve devralan arasındaki hukukî ilişkiye etkisi tespit edilmelidir. Pay devri konusu çalışmanın kapsamını aştığından, devre onay verilmemesinin etkisine hâkim görüşü esas alarak kısaca değineceğiz. Bağlı nama yazılı payların devrine ilişkin borçlandırıcı işlemin, geciktirici şarta bağlı bir hukukî işlem olduğu öğretide ağırlıklı savunulmaktadır. Hatta ortaklık onayına ilişkin koşulun sözleşmede açıkça öngörülmemiş olsa bile, sözleşmenin bir parçası olduğu ifade edilmektedir. Bu noktada TTK m 494/I ve yeni TTK sisteminin benimsediği birlik teorisi referans alınmaktadır<sup>142</sup>. Dolayısıyla ortaklığın devir talebini reddetmesi, taraflar arasındaki ilişkide yer alan koşulun gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi anlamını taşımaktadır. Borçlar hukuku öğretisinde koşulun gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi durumunda, geciktirici şarta bağlı hukukî işlemin bağlayıcılığını kaybedeceği ve hiç yapılmamış sayılacağı belirtilmektedir<sup>143</sup>. Başka bir ifadeyle şartın gerçekleşmemesi geriye etkili sonuç doğurmaktadır<sup>144</sup>. Ortaklıklar hukuku öğretisinde de bununla uyumlu sonuçlara ulaşılmaktadır. Ortaklığın bağlı payın devrini hukuka uygun olarak reddetmesiyle birlikte, borçlandırıcı işlem de kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Hatta bunun için sözleşmede ortaklık onayına ilişkin bir koşula yer verilmesine dahi gerek yoktur<sup>145</sup>. Bu durumda devir sözleşmesi ile ortaklığın devre onay vermeyi reddettiği zaman arasında kullanılan bir sözleşmesel önalım hakkının da geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı savunulabilir<sup>146,147</sup>.

<sup>142</sup> Bağlı pay devrinin geciktirici şarta bağlı bir hukukî işlem niteliğinde olduğu yönünde bkz Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (Schulthess 2009) 746 para 308; Kläy (n 15) 199; Germann (n 6) 650 para 1511; Max Meyer, 'Vinkulierte Aktien in der Zwangsverwertung' (1997) 93 SJZ 22, 23. Hukukumuzda bu yönde bkz Murat Yusuf Akın, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (Vedat Kitapçılık 2014) 114.

<sup>143</sup> Bkz Eren, *Genel* (n 34) 1170; Theo Guhl and Alfred Koller in Theo Guhl and others, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Haldels- und Wertpapierrechts* (Schulthess 2000) 60-61 para 28; Isabel Matt, *Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht* (Schulthess 2014) 323; Claire Huguenin, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil* (Schulthess 2012) § 14 para 1316; Andreas Furer, Anton K Schnyder and Katya Roth Pellanda (eds), *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, (Art. 1-183 OR), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2016) Art 151 para 58.

<sup>144</sup> Bkz Matt (n 143) 323.

<sup>145</sup> Bu hususta bkz Germann (n 6) 650 para 1511; Kläy (n 15) 199.

<sup>146</sup> Bağlı nama yazılı payların devrinde ortaklığın onay vermeyi reddetmesi ilişkin farklı sonuca ulaşan bir görüş daha vardır. Buna göre, ortaklığın onay vermeyi reddetmesi, borçlandırıcı işlem bakımından sonraki objektif imkânsızlık durumunu doğuracaktır. Bu yönde bkz Simon Bühler, *OTC-Handel mit nichtkotierte Aktien* (Schulthess 2016) 264; Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht* (Stämpfli 2014) 145. Bu durumda, ortaklığın ret kararından önce kullanılan bir önalım hakkının akıbeti, sonraki imkânsızlığın türüne ve borçlar hukukunun söz konusu olguya bağladığı hüküm ve sonuçlara göre ayrıca tespit edilmelidir.

<sup>147</sup> Hukukumuzda ortaklık onayı ile öncesinde gerçekleşen devir sözleşmesinin ilişkilendirilmemesi gerektiği de savunulmaktadır [bu hususta bkz Üzel (n 20) 47 dipnot 47]. Bu görüşe göre, "taraflar, şirketin onay vermesini, bir koşul olarak öngörmedikçe, kaçınma bu işlemin geçerliliğini etkilemez" [bkz Tamer Bozkurt, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlanması (Bağlam) -Die Vinkulierung-* (On İki Levha 2016) 207-208]. Dolayısıyla tasarruf işlemi onay

## b. Yan ve Satışa Yabancı Edim İçeren Sözleşmelerin Değerlendirilmesi

Satış ve satışa eş değer işlemlerin tespitinde tüm teorik olasılıkların değerlendirilip her somut olaya önceden bir çözüm önerilmesi olanaksızdır<sup>148</sup>. Örneğin, mal değişimlerinin hakkın kullanılmasına olanak tanımadığı öğretide savunulmaktadır. Fakat somut olayda, önalım hakkı sahibinin yerine getirebileceği bir karşı edimin söz konusu olması halinde, mal değişiminin de önalım olayının gerçekleşmesini sağlayabileceği belirtilmektedir<sup>149</sup>. Mesela pay karşılığında para değil de misli bir eşyanın mülkiyetinin taahhüt edilmesi böyledir. Üçüncü kişilerle yapılan devir sözleşmelerinde yer alan karşı edimin değerlendirilmesi, özellikle sınırlandırılmamış önalım hakkı bakımından çok önemlidir. Zira bu karşı edim, sınırlandırılmamış önalımda, (hakkın kullanılması halinde) hak sahibiyle payını devreden arasında kurulacak satım sözleşmesindeki edimi de oluşturmaktadır. Alman hukukunda önalım hakkı içeren sözleşmelerde yan edimler BGB § 466 ile özel olarak düzenlenmiştir. Türk-İsviçre sistemindeyse böyle bir kural yoktur<sup>150</sup>. Ancak söz konusu Alman düzenlemesinin çözüm yöntemi İsviçre öğretisinde mevcut sistemle uyumlu bulunmakta ve bunun hem yan edim içeren sözleşmeler hem de sadece satıma yabancı edimlerle kurulan sözleşmeler bakımından genelleştirilebileceği savunulmaktadır. Böylelikle somut olayda, üçüncü kişiyle önalım yükümlüsü arasındaki sözleşmenin, önalım hakkının kullanımını olanaklı hale getiren “satışa eş değer” bir işlem olup olmadığı anlaşılabilir. Buna göre, satım konusu (yani pay) dışında kalan ve bir satış sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olmayan tüm edim ve karşı edimler dikkate alınır. Söz konusu edimler olmaksızın taraflar arasında (üçüncü kişiyle hakkın yükümlüsü arasındaki) sözleşmenin yapılabileceği kabul ediliyorsa iki yol vardır. Önalım hakkı sahibi tarafından ifa edilmesi mümkün olmayan yükümlülükler ya yok sayılmalıdır ya da kıymeti belirlenebilir olanlara bir değer biçilmelidir ve bu değer satım bedeli gibi dikkate alınmalıdır. Eğer söz konusu edimler olmaksızın taraflar arasında ilgili sözleşmenin yapılamayacağı kabul ediliyorsa, önalım hakkının

verilmemesinden etkilenir, fakat temeldeki borçlandırıcı işlem ayakta kalır. Ortaklığın devre onay vermemesinin hukuki etkisi konusunda bu görüş kabul edilirse, redde kadar geçen sürede kullanılan olası bir önalım hakkının akibeti konusunda farklı bir sonuca ulaşmak gerekir. Zira önalım olayı bakımından geçerli bir borçlandırıcı işlem yeterli olduğundan ve bu görüşe göre borçlandırıcı işlem üzerinde onayın herhangi bir etkisi olmayacağından kullanılan hakkın hukuki sonuçlarını doğurması gerekir.

<sup>148</sup> Hangi hukuksal işlemlerin satışa eş değer kabul edilebileceğine ilişkin “a priori genel bir cevap” verilemeyeceği ve somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılması gerektiği öğretide belirtilmiştir [Gümüş (n 44) 435, 440].

<sup>149</sup> Bkz Hintz-Bühler (n 4) 98. Hukukumuzda da mal değişiminin kural olarak önalım hakkının kullanımına olanak tanımayacağı belirtilmektedir [örneğin bkz Eren, *Mülkiyet* (n 32) 442]. Ancak “misli eşya karşılığında yapılan mal değişim sözleşmelerinin” önalım olayını oluşturacağı da belirtilmiştir [bu hususta bkz Kizir (n 28) 1773, 1784 ve aynı yerde dipnot 46]. Gümüş (n 44) 435, 442’de buna karşı çıkmaktadır. Söz konusu görüşe göre, “trampa ile trampa edilen mal para dışında bir misli mal olsa bile önalım olayı gerçekleşmez”. Keza sonucuya benzer olarak bkz Demirbaş (n 28) 249, 258. Kimi özellikli durumlarda mal değişimlerinin önalım olayı olarak değerlendirilebileceği noktasında bkz Yavuz, Acar and Özen (n 8) 255. Her somut olayın özel olarak değerlendirilmesi gerektiği ve mal değişim sözleşmelerinin önalım olayı oluşturmadığının en baştan savunulmasının mümkün olmadığı yönünde bkz Feyzioğlu, ‘Hakkın Kullanılması’ (n 117) 222, 247. Yukarıda yer verdiğimiz üzere, yan ve satıma yabancı edim içeren sözleşmeler açısından somut olaya özgü bir değerlendirme yöntemi uygulanmalıdır. Dolayısıyla mal değişim sözleşmelerini de çalışmada bu açıdan değerlendirmiş bulunmaktayız.

<sup>150</sup> Önalım hakkının kullanılmasına yol açan satım sözleşmesinde kararlaştırılmış olan yan edimlerle ilgili BK veya MK’da hüküm bulunmadığı öğretimizde ifade edilmektedir [Demirbaş (n 28) 249, 268].

kullanımına müsait bir “satışa eş değer” işlem olduğundan bahsedilememelidir<sup>151</sup>. Kanun koyucu ivazlı tüm devir işlemlerini önalım hakkı içeren sözleşmeler bakımından bir koşul olarak değerlendirseydi, bunu anılan şekilde açıkça yapabilirdi. Ancak Kanun satışa eş değer işlemlerden bahsetmektedir. Kanunun bu lafzının sınırlayıcı bir etkisi olmalıdır. Somut olayda tarafların sözleşmede belirledikleri edim yerine, bedel ödeme borcunu kabul etmelerinin objektif<sup>152</sup> olarak mümkün olmayacağı değerlendiriliyorsa artık “satışa eş değer” bir işlemten bahsedilememelidir.

## B. Önalım Olayının Gerçekleşmesini Bildirme Yükümlülüğü

Önalım hakkının yükümlüsü, üçüncü kişiyle satım ya da ekonomik bakımdan satıma eş değer bir sözleşme yaparsa bunu hak sahiplerine bildirmelidir. Bu sözleşmesel bir yükümlülüktür ve ihlali BK m 112 uyarınca tazminat sorumluluğuna neden olur<sup>153</sup>. BK m 241/I’e göre, “Satıcı veya alıcı, satış sözleşmesinin yapıldığını ve içeriğini önalım hakkı sahibine noter aracılığıyla bildirmek zorundadır”. Kuralda belirlenen şeklin, paylar üzerinde tesis edilen sözleşmesel önalım hakları bakımından uygulanmasına olanak yoktur. Bu noktada savunulabilecek gerekçeler BK m 237/III’ün uygulanmamasına ilişkin gerekçelere paraleldir. Bildirim, eğer buna ilişkin bir belirleme yapıldıysa, sözleşmede öngörülen şekilde olmalı ve hak sahibi birden fazlaysa tamamına yapılmalıdır<sup>154</sup>. Yani taraflar arasındaki sözleşmede bildirim bir şekilde bağlanmış ve asgari içeriği belirlenmişse, buna uyulması gerekir. Aksi halde usule uygun bir bildirim yapılmamış olmasının sonuçları doğmalı ve önalım hakkının süresi de kural olarak işlemeye başlamamalıdır. Keza BK m 241/I bildirimde bulunma yükümlülüğünü hem alıcı üçüncü kişiye hem de satıcıya yüklemiştir<sup>155</sup>. Taşınmazlar açısından öngörülen bu hükmün, önalım hakkının BK m 238 uyarınca tapuya şerh edilebilmesi ile bağlantısı olmalıdır. Çünkü tapuda şerh olduğu durumda, alıcı taşınmaz üstündeki sözleşmesel önalım hakkından haberdar olabilecektir. Oysa özellikle

<sup>151</sup> BGB § 466’yı esas alan genel tespitlere ilişkin olarak İsviçre hukuku açısından özellikle bkz Vischer (n 3) 82, 85-87. Demirbaş (n 28) 249, 268-269’da taşınmazlar üstündeki sözleşmesel önalım hakkı bakımından, yan edimlerin aynen ifa edilememesi durumunda bunların nakitle ifade edilecek değerlerinin esas alınacağı belirtilmektedir. Keza yazar nakit dışında yapılan tevdilerin geçersiz olduğunu, öğreti ve uygulamaya atıfla ifade etmektedir.

<sup>152</sup> Burada, sözleşmede yer verilen önalım olayının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik bir uyumsuzluk vardır. Taraflar arasında yapılan sözleşmede “satışa eş değer” işlem tanımlanmamışsa sözleşmede tarafların önalım hakkını hangi durumlari kapsamak üzere ön gördükleri değerlendirilmelidir. Başka bir ifadeyle, sorun sözleşmenin yorumlanması noktasındadır. Öğretide belirtildiği üzere, “... sözleşmenin içeriğine ilişkin uyumsuzluk noktaları, tarafların birbirine uygun farazi iradelerine göre belirlenir. Buna göre hâkim, makul ve dürüst şekilde davranan tarafların, mevcut şartlar altında, güven teorisine göre tespit edilecek sözleşme iradelerini esas alarak uyumsuzluğu çözer” [Eren, *Genel* (n 34) 469]. Bu noktada önalım hakkı tanıyan sözleşmede yer alan önalım olayının anlamının belirlenmesi için sözleşmenin “dürüstlüğe dayalı yorum kuralı” çerçevesinde yorumlanması büyük önem taşıyacaktır (sözleşmenin yorumlanmasında dürüstlüğe dayalı yorum kuralı ve bunu oluşturan ilkeler açısından bkz ibid 472).

<sup>153</sup> Bu bağlamda bkz Hintz-Bühler (n 4) 105; Germann (n 6) 697 para 1623; Fischer (n 6) 64. OR m 216d bağlamında bu yönde bkz Fasel (n 36) Art 216d para 5. Hukukumuzda taşınmazlar üzerindeki önalım hakkına ilişkin olarak satıcı bakımından bu yönde bkz Gümüş (n 44) 435, 445; Demirbaş (n 28) 249, 266.

<sup>154</sup> Bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 389 para 1240.

<sup>155</sup> Hukukumuzda İsviçre hukukundan farklı olarak bilgilendirme yükümlülüğünün BK m 241’de hem alıcıya hem satıcıya yüklendiği, oysa İsviçre hukukunda bunun sadece satıcıya yüklenmiş olduğu noktasında açıklamalar için bkz Kizir (n 28) 1773, 1786; Gümüş (n 44) 435, 443. Benzer olarak bkz Aydoğdu and Kahveci (n 8) 290.

anonim ortaklıklarda, alıcı, payı devreden onu bilgilendirmedikçe, pay üzerinde sözleşmesel önalım hakkı olduğunu bilemez<sup>156</sup>. Çünkü bu hak taraflar arasında bir sözleşmede kalmakta, ne esas sözleşmede ne de pay için senet basıldıysa burada bilgi olarak yer almaktadır. Ayrıca alıcı, hakkın öngörüldüğü pay sahipleri sözleşmesine de kural olarak yabancı birisidir. Bu nedenle BK m 241/I hükmü anonim ortaklık payları üzerindeki sözleşmesel önalım hakları bakımından kıyasen uygulanmalıdır. Önalım olayının gerçekleştiğini bildirme yükümlülüğü satıcı bakımından kabul edilmeli, fakat alıcı üçüncü kişinin böyle bir yükümlülük altında olmadığı belirtilmelidir.

Hak sahibinin hakkını kullanabilmesi, önalım olayının gerçekleştiğini öğrenmesine bağlıdır. Bildirim, üçüncü kişiyle bir sözleşme yapıldığı bilgisini ve bu sözleşmenin içeriğine ilişkin hususları kapsamalıdır<sup>157</sup>. İçerikten kast edilenin özellikle satım sözleşmesinin esaslı unsurları olduğu belirtilmektedir<sup>158</sup>. Bildirim, satıma sunulan payların sayısını, alıcının şahsını ve satım bedelini kapsamalıdır<sup>159</sup>. Ayrıca ödeme veya ifaya ilişkin diğer koşulların da bildirim konusu olması gerektiğine öğretide işaret edilmektedir<sup>160</sup>. Önalım olayının gerçekleşmesine neden olan hukuki işlem, tamamlanmış olmalıdır. Başka bir ifadeyle anılan işlem hukuken geçerli bir şekilde yapılmış olmadıkça hakkın kullanımı bakımından önalım olayının gerçekleştiği de kabul edilemez<sup>161</sup>. Örneğin, pay devri bir satım sözleşmesine dayanıyorsa, bu sözleşmenin bağitlanmış olması gerekir. Yoksa soyut anlamda sözleşme ön görüşmeleri yapılmış olması, bildirim yükümlülüğü açısından önemli değildir<sup>162</sup>.

### C. Önalım Olayının Gerçekleşmesinin Engellenmesi

Üçüncü kişiyle girilen hukuki işlemin önalım hakkının kullanımını engelleyecek şekilde olması, dürüstlük kuralına aykırılık iddialarını gündeme getirecektir. Dürüstlük kuralına aykırılık her durumda kolaylıkla kabul edilmemelidir<sup>163</sup>. Bu nedenle satıma yabancı edimler içeren her sözleşme hemen dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilemez. Ancak bazen önalım hakkının yükümlüsüyle üçüncü kişi arasındaki sözleşmede, hakkın kullanımını engellemek ya da güçleştirmek için hükümler öngörülebilir. Örneğin taraflar arasındaki sözleşmede devir için olması gereken fiyatın çok üstünde bir bedel belirlenmiş ya da yapılan işlem satımdan farklı gösterilmiş olabilir.

<sup>156</sup> Oysa limited ortaklıklar bakımından sistemimiz farklıdır. Önalım hakkına ilişkin limited ortaklık sözleşmesine hüküm konulabilmektedir (TTK m 577/1 a). Keza bu hak, ortaklık sözleşmesiyle birlikte tescil ve ilan edilmektedir. Ayrıca esas sermaye payı için TTK m 593/II uyarınca "ispat aracı şeklinde veya nama yazılı" olarak senet düzenlendiyse bu senette ortaklık sözleşmesinde önalım hakkı öngörüldüğünün açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Limited ortaklık ortağı, ortaklık sözleşmesinde öngörülmesi halinde önalım hakkından haberdar olabileceği hukukî imkândan yoksun değildir.

<sup>157</sup> Bu hususta bkz Hintz-Bühler (n 4) 105.

<sup>158</sup> Bu yönde bkz Gümüş (n 44) 435, 444; Demirbaş (n 28) 249, 265.

<sup>159</sup> Bu bağlamda borçlar hukukumuz açısından bkz Aydoğdu and Kahveci (n 8) 290.

<sup>160</sup> Bu yönde bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 389 para 1241.

<sup>161</sup> Bu hususta ayrıca bkz Fischer (n 6) 64.

<sup>162</sup> Bu bağlamda olmak üzere bkz Hintz-Bühler (n 4) 99.

<sup>163</sup> Bu hususta özellikle bkz Vischer (n 3) 82, 87.

Üçüncü kişiyle yapılan işlemin önalım hakkının kullanımını engelleme amacı taşıması halinde uygulanabilecek hukuki kurum ve kurallar mevcuttur. Öğretiye göre, üçüncü kişiyle yapılan sözleşmede yer alan bu hükümler olmasaydı da, sözleşmenin yapılacağı dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilebiliyorsa, ilgili hükümler yok sayılmalıdır. Yine dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmenin farklı şekilde yapılması gerektiği kanaatine ulaşırsa, sözleşmenin buna göre uyarlanması da önerilmektedir. Bedelin fazla yüksek belirlendiği bir sözleşme bakımından gerçek değer tespiti edilmesi bu duruma örnek olarak verilmektedir. Söz konusu uygulamaların dogmatik olarak muvazaayı düzenleyen BK m 19'a ve/veya ahlaka aykırılıkla ilgili olarak BK m 27'ye ve/veya BK m 241/III'ün amaca uygun yorumlanmasına dayanacağı belirtilmektedir. Anılan düzenlemelerle bağlantılı olarak BK m 175'in de uygulama alanı bulabileceği göz ardı edilmemelidir<sup>164</sup>. BK m 175/I'e göre, "tarafardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır". Bu durumda önalım hakkı yükümlüsünün üçüncü kişiyle yaptığı işlem önalım olayının gerçekleşmesini sağlar. Hatta üçüncü kişiyle önalım hakkının kullanımını engellemek amacıyla yapılan işlem bir şekilde geçersiz olsa dahi, bunun öne sürülmesi MK m 2/II'ye göre hakkın kötüye kullanımı teşkil edecek ve BK m 175 ile bağlantılı olarak da hakkın kullanılabilmesi gündeme gelecektir. BK m 175'in uygulanması, önalım sözleşmesinin niteliği bakımından koşul teorisinin kabul edildiği durumlarda zaten olağan bir durumdur. Ancak kuruluş teorisinin kabul edildiği durumlarda da kıyasen bu hükmün uygulanacağı kabul edilebilir. Zira BK m 175 burada hem menfaatler dengesine uygundur hem de somut olayda MK m 2'de öngörülen esasların gerçekleştirilmesinin bir aracı olmaktadır.

## VI. Hakkın Kullanılması ve Bunun Sonuçları

### A. Hakkın Kullanılması

#### 1. Konunun Bölünememesi İlkesinin Hakkın Kullanılması Üzerinde Etkisi

Adi ortaklık niteliğindeki pay sahipleri sözleşmelerinde, taraflara önalım hakkı tanınıyorsa, sözleşmeye hakkın kullanımına yönelik hükümler konulmasında büyük fayda vardır. Bu ihtiyaç adi ortaklığın yapısal özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Bu tip sözleşmelerde, açık bir hüküm olmadıkça, ilgili hakkın tüm ortaklara (pay sahipleri sözleşmesinin tüm taraflarına) ait olacağı öğretide belirtilmektedir. Ancak arzulanan durum aslen böyle olmadığı için pay sahipleri sözleşmesine somut bir hüküm konulması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>165</sup>.

<sup>164</sup> Önalım hakkının kullanımının dürüstlük kuralına aykırı şekilde engellenmesi olasılığıyla ilgili yer verdiğimiz açıklamalarla ilgili olarak ibid 82, 87.

<sup>165</sup> Açıklamaya ilişkin olarak bkz Hintz-Bühler (n 4) 96.

İsviçre’de özellikle alım hakkıyla ilişkili olarak en sık rastlanan düzenlemenin, ortaklardan her birisinin mevcut payı oranında hak kapsamındaki payların iktisabını talep edebilmeye yönelik olduğu belirtilmektedir<sup>166</sup>. Bu noktada iki olasılıkla karşılaşılır. Birincisi, ilk aşamada payların birlikte iktisap edilip daha sonra pay sahiplerine devredilmesi halidir. İkincisi de münferit olarak tarafların, kendilerine düşen pay sayısına göre doğrudan doğruya haklarını kullanmalarıdır. Anılan ikinci olasılıkta hak sahiplerinin bir kısmının hakkı kullanmamaları durumuyla karşılaşmak mümkündür. Hakkın yükümlüsü için bu ciddi bir olumsuzluk teşkil eder. Çünkü ilgili kişinin elinde kalan payların devredilebilirliği güçleşir<sup>167</sup>. Bu sebepten dolayı söz konusu kazandırıcı hakkın, pay sahibinin paylarının tamamını kapsadığı kabul edilir<sup>168</sup>. Hakkın bölünmeksizin kullanılmasına yönelik ilkeyi meşrulaştıran bu hususun bir başka sonucu daha vardır. Hakkı kullanacak kişilerin hakları, hakkını kullanmayan kişilerin payları oranında genişler<sup>169</sup>. Eğer hak sahipleri tarafından ilgili payların tamamı alınmak istenmiyorsa, hakkın da bir bütün olarak kullanılmadığı kabul edilmelidir<sup>170</sup>. Alım hakkının kullanılmasına ilişkin öğretinin söz konusu tespitlerinin önalım hakkı bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Öğretimizde, hakkı kullanacak kişilerin haklarının, hakkını kullanmayan kişilerin payları oranında genişleyeceği görüşü kısmen eleştirilmiştir. Buna göre, önalım hakkının düzenlendiği sözleşmede belirlenen fiyat üçüncü kişinin verdiği fiyattan düşük ise, satıcı kullanılmayan önalım hakkına denk düşen payların üçüncü kişiye değil de diğer önalım hakkı sahiplerine satılması halinde mağdur durumuna düşecektir. Bu nedenle somut olaydaki menfaatler dengesine uygun bir çözüm aranmalıdır<sup>171</sup>. Bu noktada belirtmek isteriz ki, önalım hakkı kural olarak satışa sunulan payların tamamı üstünde ya kullanılmaktadır ya da kullanılmamış kabul edilmektedir. Taraflar aralarındaki sözleşmede kısmi kullanımı kabul ettiyse zaten buna uyulacaktır. Sözleşmede herhangi bir düzenleme yoksa hakkı kullanmak istemeyenlere ilişkin kısmın diğer paydaşlara dağıtılmasına yönelik uygulama zaten satıcıyı koruma amaçlıdır. Önalım hakkını oluşturan sözleşmenin hukuki niteliği konusunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, bu yönde bir sonuca ulaşmak mümkündür. Örneğin koşul teorisi kabul edilirse, satıcı geciktirici koşula bağlı bir satım sözleşmesini en baştan diğer pay sahipleri ile yapmıştır. Önalım iradesinin açıklanmış olması koşulu

<sup>166</sup> Bu hususlarda ibid 96.

<sup>167</sup> Örneğin önalım hakkı yükümlüsünün azınlık teşkil eden tüm paylarını üçüncü bir kişiye devretmek istemesi durumunda söz konusu hakkı pay sahipleri sözleşmesi taraflarından bazılarının kullanıp bazılarının kullanmaması durumunda, hakkın yükümlüsünün paylarının değerinin düşmesi olasılığı yüksektir. Zira bir bütün olarak azınlık konumunun olanaklarını sunan paylar artık bölünmüştür ve bu olanağı sunması artık mümkün değildir.

<sup>168</sup> Devrin payların tamamını kapsamasından, üçüncü kişiyle yapılan devir işlemine konu payların tamamıdır. Pay sahibinin tüm payları bu işlemin konusunu oluşturuyorsa doğal olarak önalım (veya alım) hakkı o pay sahibinin tüm paylarını kapsamış olacaktır.

<sup>169</sup> Öğretimizde, Yargıtay’ın HGK 6-739/52 17.2.1993 kararına atıfla, üç hissedarlı bir taşınmaz üzerindeki önalım hakkı bakımından bu sonuca ulaştığı belirtilmiştir (bu hususta bkz Okutan Nilsson (n 6) 221 ve özellikle aynı yerde dipnot 348).

<sup>170</sup> Bu hususlarda özellikle bkz Hintz-Bühler (n 4) 96.

<sup>171</sup> Eleştirisi için bkz Okutan Nilsson (n 6) 223.



gerçekleştirmekte ve kurulmuş olan satım sözleşmesini etkin kılmaktadır. Diğer pay sahipleri, önalım hakkı içeren sözleşmede belirlenen fiyata uygun olarak satışa sunulan tüm payları satın almıyorlarsa zaten önalım hakkının kullanılmadığı kabul edilmektedir ve bu şekilde satıcı korunmaktadır. Kuruluş teorisi kabul edilirse de ulaşılabilecek sonuç değişmez. Önalım yükümlüsüyle önalım hakkı sahibi arasında, hak sahibinin tek taraflı bir irade açıklamasıyla önalım konusunun satımına ilişkin bir sözleşme kurulur. Önalım sözleşmesinin konusu üçüncü kişiye satılan paylar olduğundan hakkın kullanımı ilgili payların tamamı üzerinde bir satım sözleşmesi kurulmasını gerektirir. Sonuçta birinci olasılıkta taraflar arasındaki çifte koşula bağlı satım sözleşmesi, ikinci olasılıktaysa önalım hakkını düzenleyen sui generis sözleşme vardır. Bu sözleşmeleri dikkate almadan, aradaki ilişkiye taraflardan sadece birisinin menfaati gözetilerek müdahale edilmesi sistemimize uygun görünmemektedir. Dolayısıyla ilgili görüşe katılamamaktayız.

Birden fazla kişinin “birlikte” önalım hakkına sahip olduğu durumlarda, hakkın birlikte, özellikle bir temsilci vasıtasıyla kullanılması gerekmektedir. Hakkın kullanımını takiben, hak sahipleri paylarını devretmek isteyen pay sahibine karşı kararlaştırılan kapsamdaki payları birlikte devralma yükümlülüğü altına girer. Böyle bir durumda, önalım hakkının yükümlüsü devralınan payların, taraflar arasında nasıl pay edileceği meselesiyle uğraşmak zorunda kalmaz<sup>172</sup>.

Sözleşmede hak sahipleri tarafından, hakkın yükümlüye karşı doğrudan doğruya ve münferit olarak kullanılacağı kararlaştırılmışsa, hakkın kullanımına ilişkin hususların detaylı bir şekilde kurala bağlanması tarafların menfaatine olur. Özellikle hak sahiplerinin devre konu tüm payları satın alma yükümlülüğünde olmadığı kararlaştırılmışsa önalım sürecinin nasıl işleyeceği sözleşmede düzenlenmelidir. Keza payların nasıl paylaşılacağıyla birlikte hak sahiplerinin devre konu tüm payları almaya hazır olup olmadıklarına ya da önalım yükümlüsünün payları üçüncü kişiye devredip devredemeyeceğine karar veriliyorsa bu sürecin sözleşmeyle düzenlenmesi olası uyuşmazlıkların çözümü bakımından büyük önem taşır<sup>173</sup>.

## 2. Hakkı Kullanma Süresi

### a. Sürenin Başlangıcı

Aksine bir sözleşme olmadıkça, usulüne uygun bir bildirimle birlikte, hak sahibi veya sahiplerinin önalım hakkını kullanmalarına ilişkin süre başlar<sup>174</sup>. Sürenin bildirim ile başlamasının nedeni, hak sahiplerinin, haklarını ilgilendiren bir sözleşmenin kurulduğunu ve sözleşmenin koşullarını ancak bu şekilde öğrenebilecek

<sup>172</sup> Amlan noktada özellikle bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 381 para 1205.

<sup>173</sup> ibid 383-384 para 1216'da söz konusu soruna işaret edilmektedir.

<sup>174</sup> ibid 389 para 1241.

olmalarıdır. Yukarıda belirtildiği üzere bildirim, sözleşmenin kurulmasını ve içeriğini kapsar. BK m 242'nin lafzı, sürenin işlemeye başlaması için sadece sözleşmenin yapılmış olmasının bildirimini yeterli kabul etmektedir. Ancak öğretilde haklı olarak belirtildiği üzere, BK m 242, BK m 241/I ile birlikte değerlendirilmelidir. Dolayısıyla sürenin işlemeye başlaması için hem sözleşme yapıldığı hem de bu sözleşmenin içeriği hususunda hak sahibinin bilgilendirilmesi gerekir<sup>175</sup>. Bilgilendirme Kanunda veya taraflarca yapılan sözleşmede belirtilen asgari içeriği kapsamıyorsa, hak sahibi bakımından üç aylık sürenin işlemeye başlamaması gerekir.

Hak sahipleri, sözleşme ve içeriğini bildirimden önce öğrenmişse, süre başlangıcı için fiilen öğrenme tarihi esas alınabilir. Hukukumuzda taşınmazlarda kanunî önalım hakkının kullanımına ilişkin bir karara<sup>176</sup> istinaden fiili öğrenme söz konusu olsa bile sürenin ancak bildirimle başlayacağı sözleşmesel önalım hakkı bakımından ifade edilmiştir<sup>177</sup>. Hem BK m 241/I hem MK m 733/III önalım olayının gerçekleştiği bildirimini şekle bağlamış ve sürenin işlemesi de devam eden hükümlerle bildirimle bağlanmıştır. Şekle bağlı bildirim ve sürenin işlemeye başlaması arasındaki sıkı lâfzî ilişki, uygulama ve öğretilde sürenin işlemesinin ancak bildirimle başlayabileceğine yönelik görüşü desteklemektedir. Buna rağmen öğretilde bildirimden önce öğrenme varsa, sürenin bu andan itibaren işleyeceğini kabul eden görüşün de var olduğunu belirtmemiz gerekir<sup>178</sup>. Bu hususta bir sonuca ulaşabilmek için, incelediğimiz konuda BK m 241'in kıyasen uygulandığı ve bu nedenle bildirimde bulunma yükümlülüğünün kural olarak bir şekle bağlı olmadığı gözetilmelidir. Dolayısıyla, BK m 241'in bildirim şekli ile sürenin başlaması için bildirim esas alan kuralları arasındaki sıkı lâfzî bağ zayıflamaktadır. Bu nedenle önalım olayının bildirilmesi gereken içeriğini bir şekilde öğrenen hak sahibi bakımından üç aylık sürenin öğrenme itibarıyla işlemeye başlayacağını kabul etmek yerinde olur. Ancak bu hususun hakkın yükümlüsü bakımından ispatının önemli zorluklar<sup>179</sup> taşıyacağı da göz önünde bulundurulmalıdır.

## b. Sürenin Hukuki Niteliği ve Uzunluğu

Önalım hakkı, yenilik doğurucu nitelikte olduğundan, hak düşürücü bir süreye tabi olması gerekir<sup>180</sup>. Doğrudan kanunî bir düzenleme olmamasına karşın, BK m 242'nin kıyasen uygulanması ve hakkın bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde kullanılması kabul edilebilir. İsviçre hukukunda da OR m 216e'nin kıyasen uygulanması paylar

<sup>175</sup> Bu hususta özellikle bkz Gümüş (n 44) 435, 444.

<sup>176</sup> Bkz Yargıtay HGK, 6-230/244, 13.4.2005 (karar için bkz *Kazancı – İçtihat Bilgi Bankası* <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2018).

<sup>177</sup> Bu yönde bkz Eren, *Mülkiyet* (n 32) 446; Eren, *Özel* (n 32) 214; Kizir (n 28) 1773, 1786; Demirbaş (n 28) 249, 265.

<sup>178</sup> Bu görüşte Zevkliler and Gökyayla (n 28) 71.

<sup>179</sup> BK m 241'de öngörülen noter aracılığıyla bildirim esasının, sürenin başlangıcının tespiti açısından ispat kolaylığı sağlayacağı hususunda bkz Kizir (n 28) 1773, 1787.

<sup>180</sup> Bkz Buz (n 29) 262. Anonim ortaklıklar hukukumuz bakımından önalım hakkının zamanlaşımına bağlı olmayan bir hak olduğu noktasında bkz Okutan Nilsson (n 6) 220.

üzerindeki sözleşmesel önalım hakları bakımından önerilmektedir<sup>181</sup>. BK m 242'nin söz konusu hükmü tamamen taşınmazlar özelinde düşünülmemelidir. Zira İsviçre hukukunda, yargının OR m 216e'den önce eski ZGB m 681/III bağlamında böyle bir tutum alması, öğreti tarafından ciddi anlamda eleştirilmiştir. Anılan dönemde Federal Mahkeme, eski ZGB m 681/III'ün sadece orada düzenlenmiş olan önalım hakları için uygulanacağını içtihat etmiş, diğerleri içinse hakkın kullanımı bakımından "uygun bir süre" aranması gerektiği kanaatine ulaşmıştır<sup>182</sup>. Mahkemenin ulaştığı bu sonuç, pratik olmayan ve hukuk güvenliğine hizmet etmeyen bir görüş olarak nitelenmektedir<sup>183</sup>. Taraf menfaatleri önalım hakkı içeren sözleşmeler bakımından neredeyse aynı olduğundan, kıyasen BK m 242'deki sürenin uygulanabileceğine ilişkin görüşe katılmaktayız. Dolayısıyla, hakkın üç aylık bir hak düşürücü süreye bağlı olduğu, paylar üzerindeki önalım hakkının kullanılması bakımından ifade edilmelidir. Sürenin hak düşürücü nitelikte kabul edilmesinin doğal bir sonucu da, bunların zamanaşımı süreleri gibi durması ya da kesilmelerinin mümkün olmaması ve hâkimin söz konusu süreyi kendiliğinden dikkate almasının gerekmesidir<sup>184</sup>.

BK m 242'nin kıyasen uygulanması, tarafların sözleşmesel bir düzen benimsemeleri halinde söz konusu olmalıdır<sup>185</sup>. Taraflar sözleşmeyle farklı bir süre öngörebilirler. Hatta öğretilerde, olası belirsizliklerin aşılması için, pay sahipleri sözleşmelerinde, kanunî süreyle aynı olsa dahi, süreye ilişkin düzenleme yapılmasının yararlı olacağı vurgulanmaktadır<sup>186</sup>. Tarafların BK m 242'de düzenlenen üç aylık hak düşürücü süreden hangi ölçüde farklı bir süre belirleyebilecekleri ise ayrı bir sorundur. İsviçre öğretisinde, özellikle OR m 216e'deki üç aylık süre bağlamında mesele tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu süre sözleşmeyle hem uzatılabilmekte hem de kısaltılabilmektedir<sup>187</sup>. Başka bir görüşe göreyse, bu sürenin kısaltılması mümkündür, ancak uzatılması mümkün olmamalıdır<sup>188</sup>. Kanımızca, BK m 242 açısından ikinci görüşe uygun bir sonuca ulaşmak gerekir. BK m 242'de (taşınmazlar bakımından da olsa) iki yıllık bir üst sınır olması, kanun koyucunun iradesinin bu bağlamda süre uzatımlarını desteklemediği yolunda değerlendirilmelidir. Ayrıca, hakkın kullanımına ilişkin sürenin, hak düşürücü süre olarak kabul edilmesinin, bunun sözleşmesel olarak uzatılabilmesi olanağını en baştan devre dışı bıraktığı

<sup>181</sup> Bu bağlamda bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 390 para 1243; Germann (n 6) 698 para 1625; Hintz-Bühler (n 4) 100; Vischer (n 3) 82, 83; Fischer (n 6) 65-66.

<sup>182</sup> BGE 83 II 12, 16 (karar için bkz <[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F83-II-12%3Ade&lang=de&zoom=&type=show\\_document](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F83-II-12%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document)> Erişim Tarihi 13 Mart 2018).

<sup>183</sup> Eleştiri bağlamında bkz Hintz-Bühler (n 4) 100. İsviçre öğretisinde, OR m 216e'de yer verilen sürenin hukuk güvenliği nedeniyle uygulanması gerektiği ifade edilmektedir [bkz Fischer (n 6) 65].

<sup>184</sup> Bu hususta bkz Eren, *Mülkiyet* (n 32) 445-446; Eren, *Özel* (n 32) 214. Benzer olarak bkz Demirbaş (n 28) 249, 266; Buz (n 29) 264.

<sup>185</sup> Bu bağlamda bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 390 para 1243; Germann (n 6) 698 para 1625; Vischer (n 3) 82, 83.

<sup>186</sup> Bu bağlamda bkz Hintz-Bühler (n 4) 100-101.

<sup>187</sup> Bkz Fasel (n 36) Art 216e para 2; Binder (n 133) Art 216e para 3.

<sup>188</sup> Bu hususta OR m 216e özelinde bkz Atteslander-Dürrenmatt (n 28) Art 216e para 3. Anonim ortaklık payları üzerinde tanınan sözleşmesel önalım hakkı bağlamında bkz Hintz-Bühler (n 4) 100.

öğretide savunulmaktadır<sup>189</sup>. Dolayısıyla tarafların paylar üzerinde önalım hakkı tesis ederken bu hakkın kullanımı bakımından belirlenecek olan hak düşürücü süreyi, MK m 2'ye aykırı olmamak üzere, üç aydan kısa olarak belirleyebilmeleri, fakat bundan uzun bir süre öngöremeyecekleri kabul edilmelidir.

### c. BK m 242'de Öngörülen İki Yıllık Sürenin Uygulanamaması

BK m 242'de yer almakla birlikte, OR m 216e'de yer almayan hakkın “her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde” kullanılması zorunluluğunun ise paylar üzerinde tesis edilen sözleşmesel önalım hakkı bakımından uygun olmadığı savunulabilir. Buradaki süre MK m 733/IV ile uyum içindedir. MK m 733/IV, paylı mülkiyette olan taşınmazlarda paydaşlardan birisinin payını devretmesi durumunda, diğer paydaşların kanunî önalım hakkını düzenlemektedir. MK m 735/III'e göre, kanunî önalım hakkının kullanılmasına ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır. BK m 242'deki iki yıllık sürenin MK m 733/IV'te öngörülen iki yıllık süre ile uyum sağlama amacıyla getirildiği düşünülebilir<sup>190</sup>. Zira İsviçre ZGB m 681a/II'de yeni malikin sicile tescilinden itibaren iki yılın geçmesiyle hakkın kullanılmayacağı düzenlenmesine rağmen BK m 242'nin karşılığı olan OR m 216e'de böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle İsviçre öğretisinde hâkim görüş, taşınmazları ilgilendiren sözleşmesel önalım haklarının OR m 127'de düzenlenen genel zaman aşımı süresine tabi olduğudur<sup>191</sup>.

BK m 242'de yer alan, hakkın “her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde” kullanılması zorunluluğunun pay üzerindeki sözleşmesel önalım hakkı bakımından uygulanamayacağını düşünmekteyiz. Bunun nedeni, burada yapılan uygulamanın bir “kıyasen” uygulama olmasıdır. Kanun koyucunun BK m 242'de öngördüğü iki yıllık süre, taşınmazlar bakımından uygun olabilir, ancak ortaklık payı üzerinde kurulan önalım hakkı bakımından uygun değildir. Taşınmazların tersine, özellikle kanunî tipe uygun bir anonim ortaklıkta pay devri, ortaklık onayına veya pay defterine yapılacak bir kayda gerek kalmadan gerçekleşmektedir. Bu anlamda pay defterine yapılacak kayıt açıklayıcıdır<sup>192</sup>. Pay defterine yapılacak kayıt, tapu siciline yapılan tescille karşılaştırılmaz. Ayrıca somut olayda pay defterine bir kayıt yapılırsa dahi, anonim ortaklık pay defterindeki üçüncü kişilere ait kayıtların

<sup>189</sup> Bu yönde bir açıklama için bkz Atteslander-Dürrenmatt (n 28) Art 216e para 3.

<sup>190</sup> Kanun koyucunun iki yıllık süreyi öngörürken, önalım olayının bildirilmemesine bir yaptırım uygulamamış olması öğretimizde eleştirilmiştir. Bu süre içinde kullanılmamış olması, hakkın kaybına neden olacaktır [bu hususta Kizir (n 28) 1773, 1790; Aydoğdu and Kahveci (n 8) 290]. Öğretideki bu değerlendirme bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasının özel bir yaptırımı olmadığı şeklinde anlaşılabilir. Yoksa bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasının özellikle satıcı bakımından sözleşme ihlali teşkil edeceği ve bu nedenle yaptırımsız bir yükümlülük olmadığı belirtilmelidir.

<sup>191</sup> Bkz Atteslander-Dürrenmatt (n 28) Art 216e para 1; Binder (n 133) Art 216e para 3.

<sup>192</sup> Eski TTK döneminde pay defterine kaydın hukukî niteliği konusunda detaylı açıklamalar için bkz Narbay, *Pay Defteri* (n 9) 129-158. Yazar, detaylı bir inceleme neticesinde Eski TTK dönemi açısından pay defterine kaydın kurucu bir etkiye sahip olmadığını, açıklayıcı bir etkide olduğunu belirtmiştir (buna ilişkin olarak ibid 146 ve 158). Yürürlükteki hukukumuz bakımından da aynı sonuca ulaşılmaktadır [bu yönde Uzel (n 20) 85].

incelenebilmesi hususu tartışmalı bir konudur. Oysa tapu sicili alenidir. Dolayısıyla olası bir devir işleminden hak sahiplerinin haberdar olması, anonim ortaklık payları bakımından kolay değildir. Bu durumun zorluğu özellikle hamiline yazılı paylarda daha da belirgindir. Hamiline yazılı pay senetlerine sahip pay sahibinin pay defterine kaydı dahi söz konusu olmayacaktır. Bu koşullar altında sözleşmenin yapılmasından itibaren iki senelik bir sürenin geçirilmesi, konusu anonim ortaklık payı olan önalım hakkı bakımından kısadır ve bu sürenin uygulanması olası kötüye kullanmaları, hakkın yükümlüsü bakımından, çok kolay hale getirecektir.

### 3. Hakkı Kullanma Usulü

Önalım hakkı taraflar arasında kararlaştırılan usule uygun olarak kullanılmalıdır. Yenilik doğurucu bir hak olduğu için bunların kullanımına yönelik esaslar önalım hakkına da uygulanır. Yenilik doğurucu haklar kullanıldıktan sonra, geri alınamaz, bunlardan dönülemez<sup>193</sup>. Ayrıca şarta da yabancı haklardır<sup>194</sup>. Bu nedenle öğretilerde hakkın kullanımına yönelik açıklamanın koşulsuz ve geri alınamaz şekilde yapılması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>195</sup>. Aksi halde söz konusu kullanım, duruma göre yeni bir sözleşme veya mevcut sözleşmenin değiştirilmesi için icap olarak dahi değerlendirilebilir<sup>196</sup>.

BK m 242'ye göre, taşınmazlarda sözleşmesel önalım hakkı, kural olarak, dava yoluyla kullanılmaktadır<sup>197</sup>. Hükümde öngörülen bu usulün anonim ortaklık payları üzerindeki sözleşmesel önalım hakkının kullanımına uygulanması mümkün değildir. Taşınmazlara ilişkin bu düzenlemenin istisnai karakterde olduğu ve uygulama alanının genişletilmemesi gerektiği kabul edilmelidir. Zira yenilik doğurucu hakların kullanımında temel ilke hak sahibinin ulaşması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile hakkını kullanmasıdır<sup>198</sup>. Dolayısıyla pay üzerindeki önalım hakkının kullanımı bakımından, hak sahibi ya da sahiplerinin hakkın yükümlüsü ya da yükümlülerine yönelteceği ulaşması gerekli bir irade beyanı gerekli ve yeterlidir<sup>199</sup>.

BK m 242'de sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu siciline tescilli olup olmamasına göre kime karşı kullanılacağı hususu değişmektedir. Taşınmazlar

<sup>193</sup> Bkz Buz (n 29) 256-258.

<sup>194</sup> Bu bağlamda ibid 258. Genel olarak yenilik doğurucu hakların söz konusu özellikleri hakkında bkz Eren, *Genel* (n 34) 68-69.

<sup>195</sup> Anılan çerçevede bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 390 para 1244; Germann (n 6) 698 para 1624; Fischer (n 6) 63.

<sup>196</sup> Bu bağlamda bir olasılık için bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 390 para 1245. Örneğin, öğretimizde bozucu yenilik doğuran bir hak olarak nitelenen fesih ile ilgili olarak şu şekilde bir tespiti yer verilmektedir: "Hak sahibinin fesih beyanından dönmeyi kabul eden karşı tarafın, bu davranışı, olsa olsa yeni bir sözleşme ilişkisinin kurulması olarak yorumlanabilir" [Eren, *Genel* (n 34) 68]. Hakkın kullanılmasıyla taraflar arasında kurulan sözleşme ilişkisinin ancak ikale anlaşması ile sona erdirilebileceği hususunda bkz Demirbaş (n 28) 249, 272.

<sup>197</sup> Tarafların gerek MK gerekse BK'da öngörülen önalım haklarını dava yolu dışında, yenilik doğurucu bir işlemle kullanabileceklerine dair bir sözleşme yapabilecekleri, ancak bunun adi yazılı şekilde olması gerektiği yönünde bkz Kızır (n 28) 1773, 1789; Gümüş (n 44) 435, 450.

<sup>198</sup> Bkz Buz (n 29) 252; Eren, *Genel* (n 34) 66. Keza aynı yönde önalım hakkıyla ilgili olarak bkz Demirbaş (n 28) 249, 253; Aydoğdu and Kahveci (n 8) 294.

<sup>199</sup> Bu bağlamda ayrıca bkz Fischer (n 6) 64-65.

bakımından hak daha önce tapu siciline şerh edilmiş ve taşınmaz daha sonra alıcı adına tescil edilmişse önalıma ilişkin dava alıcıya, yoksa satıcıya karşı açılmaktadır<sup>200</sup>. Anılan düzenlemeden farklı olarak, anonim ortaklık payları üzerinde tesis edilen sözleşmesel önalım hakkının sadece satım sözleşmesinin satıcısına karşı kullanılabilmesi belirtilmelidir. Değerlendirdiğimiz önalım hakkı, pay sahipleri sözleşmesinde tarafların birbirlerine tanıdıkları bir haktır ve taşınmazlarda olduğu gibi aynı-benzeri bir etkiye sahip değildir. Bu noktada BK m 242’de tapu siciline göre yapılan ayırım anonim ortaklık pay defterine alıcının kayıt edilmiş olup olmamasına göre yapılamaz. Hukukumuzda sözleşmelerin taraflar arasında etki gösterdiği ve BK m 242’nin taşınmazlar özelinde bir hüküm olduğu değerlendirilerek, hakkın sadece satıcıya yani önalım sözleşmesinin yükümlüsüne karşı kullanılabilmesi ifade edilmelidir.

## B. Hakkı Kullanmanın Sonuçları

### 1. Hakkın Kullanımının Taraflar Arasında Etki Doğurması

Önalım hakkının kullanılmasının etkisi, bu hakkı öngören sözleşmenin hukukî niteliğiyle yakından ilgilidir. Koşul teorisi esas alındığında, önalım hakkının kullanılmasıyla, hakkın yükümlüsü ve sahibi arasında geciktirici koşula bağlı olarak tesis edilmiş olan satış sözleşmesi hukukî etkilerini göstermeye başlar<sup>201</sup>. Başka bir ifadeyle bu ana kadar askıda bulunan satış sözleşmesi etkilerini gösterir<sup>202</sup>. Koşula bağlı olan sözleşme bir borçlandırıcı işlemdir. Dolayısıyla, önalımla ilgili durumlarda BK m 171/III hükmü uygulama alanı bulmaz<sup>203</sup>. Anılan düzenlemeye göre, “koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur”. Bu düzenlemenin geciktirici koşula bağlı tasarruf işlemleriyle ilgili olarak uygulanacağı belirtilmektedir<sup>204</sup>. Yani çifte koşulun yarattığı bekleme süresi sırasında, pay üzerinde gerçekleştirilecek tasarruf işlemleri ara tasarruf işlemleri olarak nitelendirilip, önalım hakkı içeren sözleşme hükümlerini zedelediği oranda geçersiz kabul edilemeyeceklerdir. Bekleme hali sona erdiğindeyse, yani önalım olayı ve iradi koşul gerçekleştiğinde, önalım hakkı sahibi ve yükümlüsü arasındaki satım sözleşmesinin koşulları etkin hale gelir<sup>205</sup>. Buna karşın kuruluş teorisine göre, taraflar

<sup>200</sup> Önalım davasında taraf hususuna ilişkin olarak bkz Kizir (n 28) 1773, 1790; Demirbaş (n 28) 249, 271; Eren, *Mülkiyet* (n 32) 445; Eren, *Özel* (n 32) 213.

<sup>201</sup> Bu hususta bkz Forstmoser and Kuchler (n 7) 390 para 1246.

<sup>202</sup> Bkz Hintz-Bühler (n 4) 102; Germann (n 6) 698 para 1624; Fischer (n 6) 65.

<sup>203</sup> Pay devirlerine ilişkin olarak İsviçre hukukunda bu yönde bkz Vischer (n 3) 82, 83.

<sup>204</sup> Bu bağlamda bkz Eren, *Genel* (n 34) 1175. Yine hukukumuzda eski BK bakımından aynı yönde bkz Serozan (n 61) 33. İsviçre hukukunda, öğretinin çoğunluğunun, OR m 152/III düzenlemesinin koşula bağlı tasarruf işlemleri hakkında uygulanacağı, fakat koşula bağlı borçlandırıcı işlemler hakkında uygulanamayacağı Huguenin (n 143) § 14 para 1308’de belirtilmiştir. Yazar aynı yerde şu örneği vermiştir: A ve B geciktirici koşula bağlı bir satım sözleşmesi yaparlar. A, sözleşme konusu şeyi iki gün sonra C’ye satar. C, bu eşyanın maliki olur. B sadece OR m 152/1 bağlantısıyla m 97 uyarınca tazminat talep edebilecektir.

<sup>205</sup> Bu hususta bkz Giger (n 28) Art 216 para 157.

arasındaki sui generis sözleşmeye uygun bir şekilde önalım hakkı kullanıldığında önalım sözleşmesine konu paylar üzerinde hakkın sahibi ve yükümlüsü arasında bir satış sözleşmesi kurulur.

Satış sözleşmesi çerçevesinde, önalım hakkı sahibi, hakkın yükümlüsünden satım konusunun devrini talep edebilecektir ve buna karşılık da satım bedelinin ödenmesini yükümlenecektir<sup>206</sup>. Önalım hakkının kullanılmasıyla hak sahibi, yükümlünün üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeye dâhil olmaz veya o sözleşmedeki karşı tarafın yerini almaz<sup>207</sup>. Aksine önalım hakkı sahibiyile yükümlüsü arasında ayrı ve bağımsız bir ilişki söz konusudur<sup>208</sup>. Üçüncü kişiyle yapılmış olan satış ya da ekonomik olarak satışa eşdeğer olan sözleşme de önalım hakkının kullanılması nedeniyle kural olarak ortadan kalkmaz. Ancak hakkın yükümlüsü ile üçüncü kişi, aralarındaki sözleşmede hakkın kullanımıyla o sözleşmenin konusuz kalacağını kararlaştırmış olabilirler<sup>209, 210</sup>. Dolayısıyla alıcı konumundaki üçüncü kişiye karşı sözleşme ihlalinden kaynaklanan risklerden korunmak önemlidir. Önalım yükümlüsünün üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmede, önalım hakkı konusunda bilgilendirme yapması ve sözleşmeyi hakkın kullanılması koşuluna bağlaması bu nedenle tavsiye edilebilir<sup>211</sup>.

Önalım hakkının kullanılması payın devrini gerçekleştirmez. Koşul teorisine göre, etkilerini doğurmaya başlamamış bir satış sözleşmesinin etkilerini doğurmasını sağlar ya da kuruluş teorisine göre, hakkın kullanımıyla taraflar arasında bir satış sözleşmesi kurar. Yani hakkın kullanılması, işlemin borçlandırıcı aşamasını ilgilendirmektedir, tasarruf aşamasını değil. Bu nedenle sözleşmesel önalım hakkı sahibi, ifa talebini sadece hakkın yükümlüsüne karşı ileri sürebilir. Hakkın yükümlüsünün sözleşme yaptığı üçüncü kişiye karşı hakkı ileri sürmesi mümkün değildir<sup>212</sup>. Sözleşmesel önalım hakkı taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan nisbi etkilidir. Oysa esas sözleşmesel ya da kanunî bağlamın söz konusu olduğu durumlarda farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Çünkü bunlarda “aynî benzeri” nitelikte mutlak bir etkiden bahsedilmektedir<sup>213</sup>. Sözleşmesel önalım hakkı bakımından, hakkın yükümlüsü, üçüncü kişiye tasarruf işlemi de yerine getirerek payları devrettiyse, üçüncü kişinin o payları kazanması mümkündür<sup>214</sup>. Bu durumda önalım hakkının yükümlüsü, hak sahibiyile aralarındaki satış sözleşmesini

<sup>206</sup> Bkz Fischer (n 6) 65.

<sup>207</sup> Bu bağlamda bkz Vischer (n 3) 82, 84.

<sup>208</sup> Bu hususta ayrıca bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 376 para 1181.

<sup>209</sup> Bu hususlarda bkz Hintz-Bühler (n 4) 102.

<sup>210</sup> “Üçüncü kişinin önalım hakkını sadece biliyor olmasından hareketle, taraflar arasında böyle bir koşulun kararlaştırıldığı sonucuna ulaşılamaz” bkz Vischer (n 3) 82, 84.

<sup>211</sup> Bu çerçevede açıklamalar için bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 390-391 para 1247.

<sup>212</sup> Bu yönde Hintz-Bühler (n 4) 102. Aynı yönde Bahtiyar (n 8) 83, 92-93.

<sup>213</sup> Pulaşlı (n 10) 1665 para 163; Tekinalp (n 22) 84.

<sup>214</sup> Bu hak bir şekilde esas sözleşmeye yazılsa bile, üçüncü kişiyi etkileyecek bir güce kavuşamaz. Öğretimizde belirtildiği üzere, “şahsî bir hakkın üçüncü kişilere dermeyeran edilebilmesi için, gayrimenkuller bakımından getirildiği gibi (MK m 735, Eski MK m 658) özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır” [Okutan Nilsson (n 6) 251].

kural olarak yerine getiremeyeceğinden<sup>215</sup>, bu sözleşmeyi ihlal etmiş olur ve bunun sonuçlarına katlanması gerekir<sup>216</sup>. Dolayısıyla, anonim ortaklık payları üzerinde tesis edilen sözleşmesel önalım hakkının, taşınmazlar bakımından tapuya şerh edilmemiş bir önalım hakkına benzediği belirtilebilir. Zira taşınmaz üzerindeki önalım hakkı, tapuya şerh verilmemiş ve başkasına temlik edilmişse, devralan üçüncü kişiye karşı bu hak kullanılamamaktadır. Bu durumda “önalım yükümlüsünden tazminat isteminde bulunma hakkı doğar (MK m 735/I)”<sup>217</sup>.

## 2. Hakkın Üçüncü Kişi Üzerindeki Etkisi

Sözleşmesel önalım hakkının kullanımı üçüncü kişileri etkilemez. Gerçek önalım hakkına esas sözleşmede yer verilse bile bunun kural olarak tek borç ilkesine aykırı olacağı kabul edilmelidir<sup>218</sup>. Söz konusu hükmün tahvil yoluyla bir sözleşmesel düzenleme olarak değerlendirilmesinin mümkün olabileceği istisnai durumlarda da sözleşmenin nispi etkisi kendini gösterecektir<sup>219</sup>. Dolayısıyla üçüncü kişiye yapılan devir gerçekleşirse, bu, kural olarak önalım hakkına ilişkin sözleşmenin tarafları arasındaki<sup>220</sup> olumlu bir sözleşme ihlali teşkil edecektir. Sözleşme ihlalinin borçlar hukukuna özgü olası sonuçları gündeme gelecektir<sup>221</sup>.

Önalım hakkının nispi etkisine rağmen, “esas sözleşmede yer verilmiş” bir “gerçek olmayan” önalım hakkı bakımından farklı sonuçlara ulaşılabilmektedir. Yukarıda gerçek olmayan önalım hakkının esas sözleşmede yer alıp alamayacağını öğretimizde tartışmalı olduğunu belirtmiştik<sup>222</sup>.

Gerçek olmayan önalım hakkının esas sözleşmede yer alması halinde üçüncü kişilerle olan ilişkileri etkileyebileceği hususu uygulamada da farklı yönde kararlara konu olmaktadır. Yargıtay’ın bir kararına göre esas sözleşmede yer verilmiş gerçek olmayan önalım hakkının üçüncü kişiyi etkilemesi mümkündür. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, somut olayda ortaklık esas sözleşmesinde, pay devirlerinden önce diğer pay sahiplerine teklifte bulunma zorunluluğu vardır. Pay sahiplerinden birisi buna uymadan paylarını devretmiş ve yönetim kurulu da söz konusu devirleri pay defterine

<sup>215</sup> Devredenin (yani önalım hakkının yükümlüsünün) aynı paylardan daha fazlasına sahip olması halinde, bu durumun değişiklik gösterme olasılığına ilişkin olarak bkz Hintz-Bühler (n 4) 102.

<sup>216</sup> Önceki sistemimiz bakımından hukukumuzda, “bu durumda, geriye hak sahibinin yükümlüden yalnızca tazminat talep edebilmesi (Eski BK m 96) olanağı” olduğu belirtilmiştir [bkz Bahtiyar (n 8) 83, 93].

<sup>217</sup> Bkz Zevkilier and Gökyayla (n 28) 71. Benzer olarak bkz Yavuz, Acar and Özen (n 8) 256.

<sup>218</sup> Mevcut sistemimizde, önalım hakkının esas sözleşme ile tanınıp ticaret siciline tecil edilmiş olmasının dahi durumu değiştirmeyeceği açıkça ifade edilmektedir. “Zira sicil olumlu etkisi ancak kanunun tescilini ve/veya ilânını öngördüğü hususlar bakımından geçerlidir. Oysa pay üzerinde kurulan önalım hakkı, TTK’da tescili ve/veya ilânı gerekli hususlar arasında sayılmamaktadır” [Bkz Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2th edn, Yetkin Yayınları 2015) 204].

<sup>219</sup> Bu hususta bkz III, C, 2 altındaki açıklamalar.

<sup>220</sup> Bu esas taşınmazlar bakımından da kabul edilmekle birlikte taşınmazlarda tapu siciline yapılacak şerhin bu noktada farklılık yarattığı ifade edilmektedir [bu hususta Demirbaş (n 28) 249, 252].

<sup>221</sup> Karş Tekinalp (n 9) 608-609 para 862-863.

<sup>222</sup> Bkz yukarıda III, C, 1.



işlemiştir. Buna karşı dava açılmış ve pay devrinin iptali ve pay defterindeki kaydın terkinin talep edilmiştir. Bunun üzerine yerel mahkeme davayı reddetmiş, daire yerel mahkeme kararını onanmış ve karar düzeltme talebi de yerel mahkeme ve dairesinin gerekçesi tekrar edilerek şu şekilde reddedilmiştir: “Mahkemece, devirlerin geçerli olması için esas sözleşme hükmüne göre pay devrinin öncelikle şirket ortaklarına teklif edilmesi gerektiği, bu hususun davalı tarafça ispat edilmesi gerektiği, dosya kapsamından davacıya teklif yapıldığına dair delil ibraz edilmediği, bu sebeple devrin geçersiz olduğu, ancak esas sözleşmede ve kanunda önalım hakkının nasıl kullanılacağı düzenlenmediği, şuf’a davasının kıyasen uygulanabileceği, davada, davacı adına devir yapılmasının talep edilmediği, sadece geçersizliği ileri sürmesi satın almam-sattırmam gibi bir durum doğuracağı, MK’nın 2. maddesi anlamında hakkın kötüye kullanımı olacağı gerekçesi ile ...’ın açmış olduğu davanın feragat nedeni ile reddine, davacı ... ‘ın açtığı davanın reddine dair verilen karar davacı ... vekili tarafından temyizi üzerine Dairemizin 18/11/2013 tarihli kararı ile onanmıştır”<sup>223</sup>. Bu durumda esas sözleşmeyle kabul edilmiş gerçek olmayan bir önalım hakkına aykırılık nedeniyle Yargıtay devrin geçersizliğini kabul etmiştir. Yani Yargıtay bu tür esas sözleşme hükümlerine aykırı devirlerin üçüncü kişileri etkileyebileceğini anılan kararında kabul etmektedir. Ancak bu geçersizliğin somut olaydaki öne sürülme şekli MK m 2’ye aykırı bulunmuştur.

Yargıtay’ın, gerçek olmayan önalım hakkına ilişkin başka bir kararında, farklı yönde bir sonuca ulaştığı anlaşılmaktadır. Karşı oy da içeren kararda Yargıtay, yerel mahkemenin farklı yöndeki kararını onanmıştır. Karara göre, “... esas mukavelenin 9. maddesi uyarınca payını devretmek isteyen paydaşın devretmek istediği payları yönetim kurulu aracılığıyla şirketin diğer paydaşlarına gerçek değeri üzerinden teklif etme zorunluluğu getirdiği, ancak bu zorunluluğun bir teklif yükümü getirip, teklif yapılmamasının devir işlemlerinin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı, zira maddenin devamında yönetim kurulunun bu düzenlemeye aykırı devirleri kabul etmek zorunda olmadığını belirtmesi suretiyle, bu şekilde yapılan devirlerin kabul edilebileceğinin de anlaşıldığını, ayrıca devre dair yasal şartların da gerçekleştiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir”<sup>224</sup>. Yine Eski TTK döneminde verdiği başka bir kararında Yargıtay benzer yönde ve daha açık olarak nispiyet yönünde karar vermiştir<sup>225</sup>.

Kanaatimizce somut olay değerlendirilirken, öncelikle söz konusu düzenlemenin esas sözleşmede yer alıp almadığı ortaya konmalıdır. Esas sözleşmede yer almıyor ve

<sup>223</sup> Yargıtay 11 HD, 8324/13581, 11.9.2014 (karar için bkz *Kazancı – İctihat Bilgi Bankası* <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2018).

<sup>224</sup> Yargıtay 11 HD, 11944/5634, 24.5.2016 (karar için bkz *Kazancı – İctihat Bilgi Bankası* <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2018).

<sup>225</sup> Yargıtay 11 HD, 7138/1522, 23.2.1995, kararına göre, “...anasözleşmede yer alan ve bir nevi önalım hakkı benzeri olan bu hükmün satışı gerçekleşmesi halinde sözleşmede yer alan prosedürün yerine getirilmemiş veya eksik bırakılmış olması halinde pay senetlerini devir alan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığının kabulü gerekecektir” [karar için Moroğlu (n 67) 515, 525-529; Tekinalp (n 9) 608, para 861].

doğrudan ayrı bir pay sahipleri sözleşmesinden bahsediliyorsa zaten bu sözleşmenin üçüncü kişiyi etkileyebilmesi olanağı yoktur. Esas sözleşmede yer alan bir düzenleme varsa, bunun gerçek önalım hakkı mı, yoksa gerçek olmayan önalım hakkı mı teşkil ettiği değerlendirilmelidir. Pay sahiplerini birbirine karşı yükümlendiren gerçek bir önalım hakkı hem bir esas sözleşmenin düzenleme alanını oluşturmamakta hem de tek borç ve payların serbest devredilebilirliği ilkelerini ihlâl etmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemelerin esas sözleşmelerde yer alması düşünülemez ve bir şekilde yer alırsa da kural olarak kesin hükümsüz olduğu kabul edilmelidir. Ancak bunun tahvil yoluyla ayakta tutulabileceği bir durum söz konusuysa, düzenleme en iyi olasılıkla taraflar arasında bir pay sahipleri sözleşmesi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda yine üçüncü kişinin söz konusu düzenlemeden etkilenmesi mümkün değildir. Gerçek olmayan bir önalım hakkının esas sözleşmede yer alıp alamayacağı hususu, öğreti ve uygulamamız nezdinde tartışmalıdır. Bu nedenle kabul edilecek görüşe göre, farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla öncelikle somut düzenlemenin payların serbest devredilebilirliği, emredici hükümler ilkesi ve tek borç ilkelerinin yanı sıra özellikle TTK'nın bağlam sistemine ilişkin esasları karşısındaki durumu değerlendirilmelidir. Bu çerçevede hükmün esas sözleşme hükmü olarak geçerli olup olmadığına karar verilmelidir. Eğer hükmün esas sözleşme hükmü olarak geçerli olduğu kanaatine ulaşırsa ancak o zaman gerçek olmayan önalım hakkına aykırılığın üçüncü kişiyi etkileyebileceği hususu gündeme gelecektir. Aksi takdirde üçüncü kişilerin söz konusu düzenlemeden etkilenmeyecekleri kabul edilecektir.

## VII. Hakkın Sona Ermesi

Önalım hakkı kural olarak kullanılmakla birlikte sona erer<sup>226</sup>. Önalım hakkını kullanarak payları kazanan hak sahibi daha sonra payı başka kişilere devredebilir<sup>227</sup>. Çünkü bunlar kullanmakla tükenen haklardır<sup>228</sup>. Ancak bu durum özellikle adi ortaklık niteliği taşıyan pay sahipleri sözleşmelerine uymamaktadır. Çünkü payı önalım hakkı kullanmak suretiyle kazanan ya da kazananlar hali hazırda bir pay sahipleri sözleşmesine taraf olmaya devam etmektedirler. Bu nedenle, sözleşmede, önalım hakkının sadece o andaki payları değil, ileride edinilecek payları da kapsayacağını kararlaştırılmasında fayda olduğu öğretide belirtilmektedir<sup>229</sup>. Önalım hakkı, pay sahibinin sahip olduğu tüm payları üzerinde tesis edilmişse, bunun sahip olduğu veya olacağı tüm payları kapsadığının açıkça belirtilmesi olası uyuşmazlıkları engeller. Pay sahipleri sözleşmesi dışında birisi payı kazanmışsa, onun pay sahipleri sözleşmesine dâhil olması, ancak satım sözleşmesinde buna yönelik bir yükümlülük kararlaştırılmasıyla mümkündür. Aksi halde o paylarla ilgili sözleşmesel önalım

<sup>226</sup> Hintz-Bühler (n 4) 105.

<sup>227</sup> Bu bağlamda bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 392 para 1251.

<sup>228</sup> Bkz Germann (n 6) 708 para 1652.

<sup>229</sup> ibid 708 para 1652; Hintz-Bühler (n 4) 105-106.

hakkı sona erecektir<sup>230</sup>. Bu durum öğretide tam üçüncü kişi lehine bir sözleşme olarak nitelenmektedir. Zira pay sahipleri sözleşmesinde kalan taraflara payı devralan kişinin katılımını kabul edip etmeme olanağı verilmektedir<sup>231</sup>.

Sözleşmesel önalım hakkının süresi içinde kullanılmaması hakkın düşümüne neden olur. Hak sözleşmedeki süre ya da bu hususta bir anlaşma yoksa kıyasen uygulanan BK m 242'deki üç aylık süre içinde kullanılmalıdır. Sözleşmesel önalım hakkının süresi içinde kullanılmamasıyla ilgili olarak bir hususa özellikle dikkat çekmek istiyoruz. Hak düşümü sadece somut olaydaki önalım olayı bakımından mümkündür<sup>232</sup>. Somut olayda önalım hakkının kullanımını doğuracak bir işlem gerçekleşmiş ve bu usulüne göre bildirilmişse, hak süresi içinde kullanılmalıdır. Hak süresi içinde kullanılmamış, fakat yapılan işlem de sonuçlandırılıp devir gerçekleştirilmemişse, hak yeni yapılacak borçlandırıcı işlemler bakımından yine kullanılabilir olacaktır. Yani başka bir kişiyle önalım kapsamında bir işlem yapılırsa, yeni işlem bakımından önalım hakkı kullanılabilir.

Önalım hakkı içinde bulunduğu sözleşmenin sona ermesiyle de sona erecektir. Özel bir düzenleme olmadığı sürece, önalım hakkı genel olarak pay sahipleri sözleşmesiyle aynı kaderi paylaşır ve her durumda bununla birlikte sona erer<sup>233</sup>. Taraflar sözleşmede önalım hakkı için bir süre öngörebilirler. Bu, yukarıda bahsedilen hakkın kullanımına ilişkin hak düşürücü süreden farklıdır. Sözleşmede bu yönde bir süre öngörülmüşse, hak süreyle birlikte sona erer<sup>234</sup>.

Önalım olayını gerçekleştirmeyecek bir pay devri söz konusu olursa, önalım hakkı da sona erer. Örneğin, önalım kapsamında olmayacak bir bağışlama ya da payların bir ortaklığa sermaye olarak getirilmesi gibi durumlarda devir gerçekleşmekte, fakat önalım kapsamında bir işlem yapılmamaktadır. Bu durumda da ilgili paylar bakımından önalım hakkı sona ermiş olur. Tabi ki külli halefiyet gerektiren devirlerin bundan ayrı olduğunu da belirtmek gerekir<sup>235</sup>. Ayrıca önkoşulu gerçekleştirmeyecek bir pay devri söz konusu olsa da, payı bu şekilde devralan kişinin sözleşmesel olarak hakkın devraldığı paylar üzerinde devam edeceğini kabul etmesi de mümkündür<sup>236</sup>.

Önalım hakkı aktarılan durumlar dışında, çeşitli sebeplerle de sona erebilir. Tarafların bu yönde bir anlaşması hakkı sona erdirir. Bu durumda BK m 132'nin uygulama alanı bulacağı belirtilebilir. Yani önalım hakkı öngören sözleşmenin tarafları bu sözleşmeyi iradi olarak da olsa bir şekle bağlamışlarsa, bu şekil

<sup>230</sup> Bkz Germann (n 6) 709 para 1652.

<sup>231</sup> Bu anlama gelmek üzere bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 392 para 1252.

<sup>232</sup> Bu bağlamda bkz ibid 393 para 1254. Ayrıca bkz Germann (n 6) 709 para 1653.

<sup>233</sup> Açıklamalar için bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 393 para 1256.

<sup>234</sup> Bkz Germann (n 6) 709 para 1654; Hintz-Bühler (n 4) 107.

<sup>235</sup> Bu hususta bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 393 para 1258.

<sup>236</sup> Bu hususlara ilişkin olarak ayrıca bkz Hintz-Bühler (n 4) 108.

olmaksızın yaptıkları bir ibra sözleşmesi hakkı sona erdirici etkide olacaktır. Tabii ki çok taraflı ve özellikle adi ortaklık teşkil eden pay sahipleri sözleşmeleri açısından, kural olarak tüm sözleşme taraflarının onayının gerekeceği belirtilmelidir<sup>237</sup>. Payları önalım hakkına yönelik sözleşmeye konu olan anonim ortaklığın tasfiye edilip ortadan kalkması gibi somut olaya özgü farklı birçok neden de önalım hakkının sona ermesini sağlayabilir<sup>238</sup>.

### Sonuç

Pay sahipleri sözleşmelerinde önalım hakkı düzenlemesi yapılmasının birçok gerekçesi vardır. Sözleşmesel önalım hakkı, belli bir pay sahipleri çevresinin kontrol altında tutulmasını sağlamak amacıyla öngörülür. Anonim ortaklıklar hukukuna özgü bağlam sistemine benzer amaçları gütmektedir.

Pay sahipleri sözleşmesinde kararlaştırılan önalım hakkı kural olarak bir şekilde tabii değildir. Ölüme bağlı bir önalım hakkı tanınması halinde sözleşme bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Adi ortaklık niteliği taşıyan pay sahipleri sözleşmelerinde durum ikiye ayrılarak incelenmelidir. Eğer önalım hakkı nitelikli halefiyet klozu ile birlikte yer alıyorsa bunun ölüme bağlı tasarrufların şekline tabii olması gerekir. Basit halefiyet klozuyla adi ortaklık niteliği taşımayan sözleşmeler bakımından önalım hakkının ölüme bağlı tasarrufların şekline tabii olmasına gerek yoktur.

Pay sahipleri arasındaki gerçek önalım hakkı ancak sözleşmesel düzeyde incelenebilir. Yoksa esas sözleşmelerde gerçek önalım hakkına yer verilmesi mümkün olmamalıdır. Bir şekilde esas sözleşmede yer alan gerçek önalım hakkının pay sahipleri sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi istisnai bir olasılıktır. Geçersiz bir esas sözleşme hükmünün tahvil yoluyla borçlar hukuku sözleşmesi olarak dikkate alınması tamamen olanaksız değildir. İstisnaen tüm kurucu pay sahiplerinin açık bir şekilde önalım hakkını kabul ettikleri küçük ortaklıklarda tahvil yoluyla geçersiz olan esas sözleşme hükmünün pay sahipleri arasında bir sözleşme olarak dikkate alınması olanaklıdır. Ancak bunun için de bazı koşullar aranması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Ön alım hakkı içeren sözleşmeler bakımından sözleşmenin zorunlu içeriği, sözleşme tarafları (ön alım hakkı sahibi ve yükümlüsü) ile sözleşme konusudur. Bedel hususunda BK m 241/III düzenlemesi kıyasen uygulama alanı bulabilmelidir. Başka bir ifadeyle sözleşmede herhangi bir düzenleme yapılmadıysa, bedel ödeme borcu, devreden üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmedeki bedele göre tespit edilecektir. Bu nedenle sınırlandırılmamış ve sınırlandırılmış önalım hakkı ayrımı paylar üzerinde tesis edilen sözleşmesel önalım hakkı bakımından da yapılmıştır.

<sup>237</sup> Bu hususta bkz Germann (n 6) 710 para 1656; Hintz-Bühler (n 4) 108.

<sup>238</sup> Bu bağlamda bkz Forstmoser and Küchler (n 7) 393 para 1258.

Önalım hakkının kullanılmasının önkoşulu önalım olayı olarak adlandırılmaktadır. Önalım olayına ilişkin BK m 240/I'ın kıyasen uygulanabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Özellikle BK m 241/II ve iptal edilebilir işlemler de çalışmada değerlendirilmiştir. Bunun dışında örneğin bağlamalı paylarda ortaklığın devre onay vermemesi halinde kullanılmış olan önalım hakkının akıbeti, bağlamın hukuki niteliği çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Önalım olayının gerçekleştiğini bildirme yükümlülüğü vardır. Bunun BK m 241'deki şekle uygun olarak yapılmasına gerek yoktur. Yine BK m 241'den farklı olarak önalım olayının gerçekleştiğini bildirme yükümlülüğü satıcı bakımından kabul edilmiş, fakat alıcı üçüncü kişinin böyle bir yükümlülük altında olmadığı savunulmuştur. Önalım olayının gerçekleşmesinin engellenmesi durumunda değişik ihtimallerin yanında BK m 175 düzenlemesinin de uygulanabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Önalım hakkı, hakkın konusu bölünmeksizin kullanılabilir. Konunun bölünememesi ilkesinin hakkın kullanımı üzerinde doğrudan doğruya etkileri vardır. Bu etkiler değerlendirilmiştir. Hakkın kullanımı bakımından bir süre olması gerektiği, bunun başlangıcı ve uzunluğu belirtilmiştir. Fakat BK m 242'de öngörülen iki yıllık sürenin pay üzerinde öngörülen sözleşmesel önalım hakları bakımından uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Önalım hakkını kullanmanın etkisi kural olarak taraflar arasındadır. Sonuçları hakkın hukuki niteliğinde kabul edilen koşul ya da kuruluş teorilerine göre farklılık gösterebilmektedir. Ön alım hakkının kullanılmasıyla hak sahibi, yükümlünün üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeye dâhil olmaz veya o sözleşmedeki karşı tarafın yerini almaz. Ön alım hakkının kullanılması payın devrini gerçekleştirmez.

Önalım hakkının üçüncü kişi üzerinde kural olarak etkisi olmamasına rağmen istisnaen oluşabilecek vakıalar dikkate alınmıştır. Bunun haricinde, hakkın sona ermesini gerektirecek nedenler ve bunun etkileri ayrıca değerlendirilmiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

## Kısaltmalar Cetveli/List of Abbreviations

AG:	Die Aktiengesellschaft
AJP:	Aktuelle juristische Praxis
Art:	Artikel
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
bkz:	bakınız
BK:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
Eski BK:	818 sayılı Borçlar Kanunu
Eski TTK:	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
EÜHFD:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GesKR:	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
GmbH:	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HD:	Hukuk Dairesi
HGK:	Hukuk Genel Kurulu
İÜHFM:	İstanbul Hukuk Mecmuası
karş:	karşılaştırınız
m:	madde
MK:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
OR:	Obligationenrecht
REPRAX:	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
SchlT AG:	Schlussbestimmungen des Bundesgesetzes über die Revision des Aktienrechts vom 4. Oktober 1991
SJZ:	Schweizerische Juristen Zeitung
ST:	Der Schweizer Treuhänder
TBK:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TREX:	Der Treuhandexperte
TTK:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd:	ve devamı
ÜBest:	Übergangsbestimmung(en)
YÜHFD:	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## Bibliyografya/Bibliography

- Akın MY, *Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler* (Vedat 2014)
- Aydoğdu M and Kahveci N, *Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Adalet 2017)
- Bahtiyar M, ‘Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri’ (2001) 21 (2) BATİDER 83-126
- Baumann MR, *Die Familienholding* (Schulthess 2016)
- Bozkurt T, *Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) -Die Vinkulierung-* (On İki Levha 2016)
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht* (Schultess 2009)
- Bösiger M, ‘Bedeutung und Grenzen des Aktionärbindungsvertrages bei personenbezogenen Aktiengesellschaften’ (2013) (1) REPRAX 1-17
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005)
- Bühler S, *OTC-Handel mit nichtkотиerten Aktien* (Schulthess 2016)
- Demirbaş F, ‘Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı’ (2016) 65 (2) AÜHFD 249-277
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2015) [Genel]
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2017) [Özel]
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku* (Yetkin 2011) [Mülkiyet]
- Feyzioğlu FN, ‘Şuf’a Hakkının Kullanılması Mümkün Olan ve Olmayan Tasarruflar’ (1953) 19 (1-2) İÜHFM 222-269 [Hakkın Kullanılması]
- Feyzioğlu FN, ‘Şuf’a Hakkının Mevzuu ve Süjeleri’ (1952) 18 (3-4) İÜHFM 875-902
- Feyzioğlu FN, *Şuf’a Hakkı* (Fakülteler Matbaası 1959)
- Fischer D, *Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärbindungsverträgen* (Dike 2009)
- Forstmoser P and Küchler M, *Aktionärbindungsverträge Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis* (Schulthess 2015)
- Furer A, Schnyder AK and Roth Pellanda K (eds), *Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, (Art. 1-183 OR), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2016)
- Germann S, *Die personalistische AG und GmbH - Unter besonderer Berücksichtigung von Aktionär- und Gesellschafterbindungsverträgen* (Dike 2015)
- Giger H, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR*, vol VI/2/1/3 (Heinz Hausheer ed Stämpfli 1997)
- Gloor M and Flury AE, ‘Die Call Option an Aktien beim Tod eines Aktionärs’ (2005) 101 (13) SJZ 305-313
- Guhl T and others, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Haldels- und Wertpapierrechts* (Schulthess 2000)
- Gümüş MA, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Akdi Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerinin (TBK m. 237/III, 238, 239 ve 240-242) Değerlendirilmesi’ (2011-2012) 8-9 (2-1) YÜHFD (Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan) 435-453
- Haab D, ‘Der Aktionärbindungsvertrag - Vereinbarung zur Ergänzung des Aktienrechts und Mittel für eine massgeschneiderte Nachfolgeregelung’ (2007) (5) ST 383-386
- Hintz-Bühler M, *Aktionärbindungsverträge* (Stämpfli 2001)
- Honsell H, Vogt NP and Watter R (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlTAG, Art. 1-11 ÜBest GmbH*, vol 2 (Helbing Lichtenhahn 2012)

- Honsell H, Vogt NP and Wiegand W (eds), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, vol 1 (Helbing Lichtenhahn 2011)
- Huguenin C, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil* (Schulthess 2012)
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2th edn, Yetkin Yayınları 2015)
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (17th edn, Turhan 2013)
- Kızır M, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Onalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi’ (2016) 22 (3) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, vol 2) 1773-1796
- Kläy H, *Die Vinkulierung* (Helbing & Lichtenhahn 1997)
- Kostkiewicz JK and others (eds), *OR Kommentar – Schweizerisches Obligationenrecht* (3rd edn Orell Füssli 2016)
- Matt I, *Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht* (Schulthess 2014)
- Meier Hayoz A and Doğanay Ü (trs), ‘Şuf’ A Akdi’ (1967) 33 (3-4) İÜHF 273-287
- Meyer M, ‘Vinkulierte Aktien in der Zwangsverwertung’ (1997) 93 SJZ 22-26
- Moroğlu E, ‘Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği’ Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (Beta 2000) 515-529
- Müller R and Biedermann K, ‘Der Aktionärbindungsvertrag als Unterstützungsmassnahme bei der Nachfolge- und Nachlassregelung’ (2015) (6) AJP 885-895
- Müller-Chen M and Huguenin C (eds), *Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe (Art. 184 – 318 OR), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess 2016)
- Narbay Ş, ‘6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri’ (2012) XVI (3-4) EÜHFD 201-251
- Narbay Ş, *Anonim Ortaklıkta Pay Defteri* (Seçkin 2003) [Pay Defteri]
- Okutan Nilsson G, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (Çağa Hukuk Vakfı 2004)
- Poroy R, Tekinalp Ü and Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku*, vol 1 (Vedat 2014)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi*, vol 2 (Adalet Yayınevi 2014)
- Rüegg J, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken* (Jörg Schmid ed Schulthess 2014)
- Rütter J and Zwysig K, ‘Aktionärbindungsverträge’ (2010) (3) TREX 142-144
- Serozan R, *Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma* (Fakülteler Matbaası 1979)
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları* (Vedat 2012)
- Uzel N, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam* (On İki Levha 2013)
- Vischer M, ‘Vorkaufsrechte an Aktien’ (2014) (1) GesKR 82-88
- von der Crone HC, *Aktienrecht* (Stämpfli 2014)
- Yavuz C, Acar F and Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Beta 2014)
- Zevkliler A and Gökyayla E, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri* (Turhan 2013)
- Zobl D, ‘Die Pfandrechtliche Sicherung von Erwerbsberechtigungen in Aktionärbindungsverträgen’ in Hans Caspar von der Crone and others (eds), *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht* Festschrift für Peter Forstmoser (Schulthess 2013) 401-413





# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 19.11.2019  
Revizyon Talebi: 09.12.2019  
Son Revizyon Tarihi: 17.12.2019  
Kabul: 18.12.2019

## FIFA Transfer Sisteminde Çocuk Haklarının Korunması

Feyza Başar\*

### Öz

Çocukların korunması hem hukuki hem de sosyal yönden büyük önem taşımakta ve toplumdaki her aktörü yakından ilgilendirmektedir. Son yıllarda tüm spor dallarında ancak özellikle futbolda çocuk sporcuların yüksek hareketliliğe sahip olmaları, onların haklarının yeterince korunup korunmadığı yönünde kaygıların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu durum, başta Fédération Internationale de Football Association (FIFA) ve Union of European Football Associations (UEFA) olmak üzere uluslararası, bölgesel ve ulusal futbol otoritelerini çocuk korumasına yönelik gerekli hukuki düzenlemeleri yapmaya yöneltmiştir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS) gibi çocuk haklarını koruyan uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelere taraf olan devletlerin kendi ulusal düzenlemeleri, çocuk sporcuların futbol üzerinden duygusal ve fiziksel zarara, ekonomik istismara ve insan kaçakçılığına maruz kalmaları gibi sorunlarla başa çıkmakta yetersiz kalmıştır. Bu uygulamaların çocuklar üzerinde yarattığı zararlı etkiyi bertaraf etmeyi amaçlayan FIFA, futboldaki diğer ilgililerle birlikte, uluslararası futbolcu transferlerine yönelik katı kurallar geliştirmiş ve uygulamaya koymuştur. İlk olarak 2001 yılında yürürlüğe giren FIFA Futbolcuların Statü ve Transferleri Talimatı (FSTT) 2005, 2009 ve 2015 yıllarında genç oyuncuların koruma kapsamının genişletilmesi amacıyla değişikliğe uğramıştır.

Bu çalışmada, çocuk futbolcuların korunmasına ilişkin FIFA uluslararası transfer yasağının ve bu yasağa getirilen istisnaların gelişimi ve nasıl uygulandığı örnek Court of Arbitration for Sports (CAS) kararları ışığında değerlendirilecektir. Bunun nedeni CAS'ın sadece bu hukuki düzenlemelerin ilgililer tarafından ihlal edilmesi ile ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünü sağlayan en yüksek tahkim otoritesi olmakla kalmayıp aynı zamanda belirli hükümleri inceleyerek ve yorumlayarak aldığı kararlar ile uygulamaya yön veriyor olmasıdır. Bu anlamda CAS, FIFA'nın ortaya koyduğu hukuki çerçevenin ayrılmaz bir parçasıdır.

### Anahtar Kelimeler

Çocuk hakları, futbol, FIFA Futbolcuların statüleri ve transferleri talimatı, Uluslararası transfer, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

### The Protection of Child Rights Under the FIFA Transfer System

#### Abstract

The protection of minors is an important legal and social issue which concerns all stakeholders. Recently, the high mobility level of minors within the football industry has raised questions about their welfare and rights. Particularly, the exposure of young players to emotional and physical harm, financial exploitation, and human trafficking through engaging with football are the most crucial subjects in this field. This fact has been motivated international, regional and national football authorities like the *Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* and the *Union of European Football Associations (UEFA)* to develop a necessary legal framework for the protection of children.

\* Sorumlu Yazar: Feyza Başar (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Gedik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: feyzabasar@avrupaforumu.org.tr ORCID: 0000-0001-6641-1708

Atf: Başar F, "FIFA Transfer Sisteminde Çocuk Haklarının Korunması" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 747.  
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0009>

International agreements such as the United Nations Convention on the Rights of the Child and the national legislations of the States that are parties to these agreements have not been adequate to provide child athletes with enough protection from emotional and physical harm, economical exploitation and human trafficking. With a view to protecting minors from the detrimental impacts of such practices, FIFA, together with other stakeholders in football, has developed and implemented strict regulations for international transfers. Originally adopted and introduced in 2001, the Regulations on the Status and Transfer of Players (RSTP) that govern the international transfer of minors, went through modifications in 2005, 2009, and 2015 to expand its scope to improve the protection given to young players.

In this paper the protection of child rights shall be considered and reviewed under the FIFA and UEFA rules and regulations in the light of the CAS decisions. This is because the CAS has been an integral part of this regulatory regime for not only being a supreme arbitral authority resolving disputes related to the violations of the framework by football stakeholders but for also clarifying its practical operation through its jurisprudence by examining and interpreting its specific provisions.

**Keywords**

Child rights, football, FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players, International transfer, United Nations Convention on the Rights of the Child

***Extended Summary***

The protection of minors is very significant from a social and legal perspective and concerns everyone in society. However, the protection of minors is relatively a new topic since the professional training of coaches in this regard started during the mid 90's. On the other hand, the increase in cross-border movements due to economic, political, social and environmental reasons has revealed the vulnerability of children who are affected by this fact more than anyone else. The children and their families who have not been able to find sufficient education, care, health services and social opportunities in their own or host countries consider sport, and especially football, as a means of breaking away. As the commercial value of football and competition among the clubs has increased in Europe, scouting and transferring young talents from the countries in Africa, Latin America and Asia with low cost and less effort has become more profitable for the European clubs. There has been a growing concern linked to the transfer of minors that larger football clubs are attracting young overseas talents to their academies and this is undermining the efforts of many smaller clubs to invest in the education and training of such talents.

Realising the graveness of the situation, the European Union (EU) took the initiative to raise awareness for more effective protection of minors in sport. The 2000 Nice Declaration on Sport expressed “concern about commercial transactions targeting minors in sport, including those from third countries, inasmuch as they do not comply with existing labour legislation or endanger the health, and welfare of young sportsmen and women.” By the same token, in 2007, the European Commission issued a White Paper on Sport which states that “whilst the movement of minors in sport across frontiers may fall short of the legal definition of trafficking,

the exploitation of young players continues to be a problem in the EU.” In this White Paper, the Commission refers to the reports that an international network managed by agents takes very young players to Europe especially from Africa and Latin America and the children who are not selected by the clubs are then abandoned in those foreign countries all alone, subject to further exploitation. The European Parliament also shared similar concerns through the Belet and Mavrommatis Reports. The EU institutions’ approach was supported by the political commitment of the EU Member States, which culminated in the drafting of Article 165 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which grants a supporting competence in the field of sport. The wording of Article 165 (2) is as follows: “The Union shall contribute to the promotion of European sporting issues, while taking account of the specific nature of sport, its structures based on voluntary activity and its social and educational function.”

In 2010, the European Sports Forum held in Madrid discussed a number of issues related to the use of young people in sport including overtraining and exploitation, missed education opportunities, the use of doping substances, and sexual abuse and harassment. Although the UN Convention on Rights of the Child does not have any provisions directly related to sport, many provisions of this Convention may still be considered as the legal basis of the protection of minors in sport. The Convention’s ultimate objective is to guarantee the sound development and progressive empowerment of children and adolescents, and it provides a wide range of safeguards to ensure their protection from all forms of abuse, neglect, violence and exploitation. These safeguards are directly relevant to minors in sport. Under the Convention, the States are responsible for taking all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.

Having realised the intense movement of minors across borders to play football in foreign countries endangering their health and welfare, the Fédération Internationale de Football Association (FIFA) started to establish basic principles to protect them in 1990. In 2001, FIFA developed a regulatory framework composed of a set of provisions within its Regulations on the Status and Transfer of Players (RSTP) which govern the international transfer of minors. This framework went through modifications in 2005, 2009, and 2015 to expand its scope and to improve the protection provided to minor players. The Court of Arbitration for Sport (CAS) is an integral part of this regulatory regime as a supreme arbitral authority, which clarifies its practical operation through its jurisprudence by examining and interpreting its specific provisions. In this respect, the *Midjylland* Case, the *Elmir Muhic* Case, the *Vada I* and *Vada II* Cases, *Barcelona*,

*Real Madrid* and *Atletico Madrid* Cases are main cornerstones in the implementation of the substantive and procedural rules of the RSTP.

Article 19 of the FIFA RSTP provides that international transfers of players are only permitted if the player is over the age of 18. Three exceptions to this rule apply. First, if the player's parents move to the country in which the new club is located for reasons not linked to football. Second, the transfer takes place within the territory of the EU or EEA and the player is aged between 16 and 18, subject to the new club fulfilling a number of minimum obligations including the provision of education, training and accommodation. Third, the player lives no further than 50 km from a national border and the club which the player wishes to be registered in the neighbouring association is also within 50 km of that border. The rule takes effect only if there is a maximum distance between the player's domicile and the club's headquarters and the minor must continue to live at home. FIFA has accepted two further exceptions with regard to unaccompanied refugee players, and exchange students. The prohibition on the transfer of minors also extends to first registrations of non-national minors. Besides the substantive provisions laid out in Article 19 and 19bis, a key procedural requirement for any international transfer is the issuance of the International Transfer Certificate (ITC) by the player's former association within whose territory his/her new club is based. The FIFA Players' Status Committee (PSC) is authorised to inspect and approve every international transfer and every first registration of minors in football. National associations are required to submit an application to the Sub-Committee appointed by the PSC to seek an approval before registering any minor. In addition, FIFA has also developed a Transfer Matching System (TMS), the web-based information processing system for international transfers. The system has been proven very successful so far and the CAS decisions in *Barcelona*, *Real Madrid* and *Atletico Madrid* Cases, with the *Chealsea* decision on its way, shed further light on the effective implementation of the system despite certain contradictions.

## FIFA Transfer Sisteminde Çocuk Haklarının Korunması

### Giriş

Çocukların<sup>1</sup> korunması hem hukuki hem de sosyal yönden büyük önem taşımakta ve toplumdaki her aktörü yakından ilgilendirmektedir. Bununla birlikte sporda çocuk koruması aslında yeni bir konu sayılmaktadır. Nitekim bu alandaki profesyonel eğitim, özellikle antrenörlere yönelik olarak ancak 90'lı yılların ortalarında verilmeye başlanmıştır.<sup>2</sup> Ancak son yıllarda ekonomik, siyasi, sosyal ve çevresel nedenlerle ülkeler arasındaki göç hareketlerinin artması, bu durumdan en çok etkilenen çocukların hassasiyetlerini de gözler önüne sermiştir. Kendi ülkesinde veya gittiği ülkede yeterli eğitim, bakım, sağlık imkânları ve sosyal olanaklardan yararlanamayan çocuklar ve aileleri kurtuluşu sporda ve özellikle de futbolda görmeye başlamıştır. Nitekim Avrupa ülkelerinde futbolun ekonomik değeri ve kulüpler arası rekabet arttıkça, Afrika, Güney Amerika ve Asya ülkelerindeki yetenekli çocukları daha düşük bir maliyetle ve daha az rekabetçi bir ortam içinde keşfedip kendi ülkelerine getirmek de Avrupalı kulüpler açısından daha kârlı bir hale gelmiştir.

Özellikle Afrikalı futbolcuların Avrupa'daki profesyonel futbol kulüplerince istihdam edilmelerinin geçmişi kolonyal döneme kadar gitmektedir. Afrika'da kolonileri olan Avrupalı devletlerin futbol kulüpleri, Afrikalı genç yeteneklerden en çok yararlanan kulüpler olmuşlardır. Gerçekten de 1938 yılı itibariyle 140'tan fazla Afrikalı oyuncunun Fransız birinci ve ikinci liglerinde oynadığı tespit edilmektedir.<sup>3</sup> Yine Afrikalı oyuncuların Portekiz futbolunda boy göstermeye başlamaları geç-kolonyal döneme dayanmaktadır. Bu dönemde Sporting Lisbon, Benfica ve Porto kulüpleri Afrika'daki kulüpler ile ilişkiler geliştirmiş; keşfetmek, geliştirmek ve sonunda kendi kulüplerine kazandırmak için izleyici-seçici antrenörlük (scouting) ağları oluşturmuşlardır.<sup>4</sup> Ancak Afrika kıtasından Avrupa'ya doğru olan çocuk futbolcu akımı kolonyal dönem sonrasında da devam etmiş, hatta Paul Carlier 1990'lı yılların başlarında, kulüpler ve menajerler tarafından Afrika'dan Belçika'ya deneme amaçlı getirilip başarılı olamayınca terk edilen çocukların korunmasına yönelik olarak "Spor ve Özgürlük" isimli baskı grubunu kurmuştur. Söz konusu grup, Belçika'daki herhangi bir kulüple sözleşme imzalamayan çocukların bu denemeleri ayarlayan kişiler tarafından evlerine geri götürülmeyip yasa dışı göçmenler olarak

<sup>1</sup> Bu çalışmada "çocuk" BMÇHS'nin 1. Maddesi ile uyumlu olarak, erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşını doldurmamış her insan anlamında kullanılmaktadır. FIFA'nın hukuki düzenlenmelerinde ise yine 18 yaşını doldurmamış sporcular için "küçük (minor)" ifadesi kullanıldığından "çocuk" ve "küçük" ifadeleri çalışma boyunca 18 yaşını doldurmamış bireyler anlamında kullanılacaktır.

<sup>2</sup> Kristin Malkin, Lynne Johnston and Celia Brackenridge, 'A Critical Evaluation of Training Needs for Child Protection in UK Sport' (2000) *Managing Leisure* 5(3), <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13606710050084847?needAccess=true>> Erişim tarihi 3 Mayıs 2019.

<sup>3</sup> Bill Murray, *The World's Game- A History of Soccer* (University of Illinois Press 1998) 55.

<sup>4</sup> Gary Armstrong, 'The Migration of the Black Panther: An Interview with Eusebio of Mozambique and Portugal' in G. Armstrong and R. Giulianotti (eds), *Football in Africa: Conflict, conciliation and community*, (Basingstoke and New York: Palgrave Macmillan 2004) 229.

Belçika sokaklarına terk edildiklerini ve pek çoğunun hayatta kalabilmek için cinsel istismara göz yumduklarını saptamıştır.<sup>5</sup> Benzer olaylara İspanya’da, Güney Amerika ülkelerinden gelen çocuklar bakımından da rastlanmıştır.

Aslında bütün spor otoritelerinin çocuk istismarı sorununun farkında olup, bu sorunun çözümü için gerekli hukuki düzenlemeleri yapmaları ve davranış kılavuzları oluşturması gerekmektedir.<sup>6</sup> Nitekim pek çok ülkenin ulusal hukuklarında çocuk haklarını korumaya yönelik önemli değişiklikler de yapılmıştır. Buna rağmen çocuk istismarı konusu, Avrupa futboluna damgasını vurmaya devam etmiştir. Bu konuda duyulan endişeyi en iyi yansıtan ilk örneklerden biri Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun, menajerler tarafından satın alınıp kulüplere teklif edilmek üzere Kuzey Avrupa ülkelerine getirilen genç Afrikalı oyuncuların sorunlarına ilişkin soruşturma başlatması olmuştur. Komisyon tarafından 1999 yılında yayımlanan rapor, genç Afrikalı futbolculardan etkin olarak modern zaman köleliği yaratılması tehlikesine dikkat çekmektedir.<sup>7</sup>

Bu alanda yaşanan yoğun hareketlilik başta Fédération Internationale de Football Association (FIFA) ve Union of European Football Associations (UEFA) olmak üzere uluslararası, bölgesel ve ulusal futbol otoritelerini çocuk korumasına yönelik gerekli hukuki düzenlemeleri yapmaya yöneltmiştir. Özellikle FIFA, 1990 yılında durumun farkına varıp temel ilkeleri oluşturmaya başlamış ve 2001 yılında FIFA, UEFA ve Avrupa Birliği Komisyonu arasında varılan anlaşma sonucunda Futbolcuların Statü ve Transferleri Hakkındaki Talimata küçüklerin korunmasına ilişkin hükümler eklenmesine karar verilmiştir. Bunun yanında yine FIFA tarafından Transfer Eşleştirme Sistemi geliştirilmiştir.

## I. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Spor, disipline ilişkin kültürel normların ve yoğun bedensel faaliyetlerin vurgulandığı bir alandır ve bu durum çocuk sporcuların duygusal ve fiziksel şiddete maruz kalmaları tehlikesini ortaya çıkarmaktadır.<sup>8</sup> Çocuk Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (BMÇHS), rekabetçi sporlar ve bunların çocuk hakları üzerindeki etkisi bir yana, çocukların sporda korunmasına ilişkin doğrudan herhangi bir hüküm içermemektedir. Uzmanlara göre bu durum, sporun toplum içindeki pozitif imajından, yönetim kadrolarındaki bilinç eksikliğinden ve bu alandaki savunma gruplarının

<sup>5</sup> Peter Donnelly and Leanne Petherick, ‘Workers’ Playtime? Child Labour at the Extremes of the Sporting Spectrum’ (2004) 7 (3) Sport in Society 301.

<sup>6</sup> Michael Turner and Paul McCrory, ‘Child protection in sport’ (2004), British Journal of Sports Medicine, <<https://bjsm.bmj.com/content/bjsports/38/2/106.full.pdf>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2019.

<sup>7</sup> Paul Darby, ‘Out of Africa: The Exodus of Elite African Football Talent to Europe’ (2007) 10 Working USA: The Journal of Labor and Society, 451.

<sup>8</sup> Inger Eliasson, ‘The Gap Between Formalised Children’s Rights and Children’s Real Lives in Sport’ (2015) 52 International Review for the Sociology of Sport 3.

yokluğundan veya eksikliğinden kaynaklanmaktadır.<sup>9</sup> Başka bir ifadeyle spor, çocuk koruması bağlamında sıklıkla gündeme geldiği halde BMÇHS'nin hükümlerinde doğrudan düzenlenmemiş bir konudur. Bununla birlikte, temel amacı çocukların bedensel ve zihinsel olarak sağlıklı gelişimlerini garanti altına almak olduğundan BMÇHS, onların her türlü taciz, ihmal, şiddet ve istismardan korunmasına yönelik tedbirler getirmekte ve bunlar çocuk sporcuları da doğrudan ilgilendirmektedir.

BMÇHS dünyanın en fazla ülkesi tarafından kabul edilmiş insan hakları sözleşmesi olarak gücünü, neredeyse her durumla bağlantı kurulabilecek hükümler içermesinden almaktadır. Sözleşme içeriğindeki 42 hükümden 37'sinin çocuk sporcularla doğrudan ilişkilendirilmesi mümkündür. Örneğin BMÇHS'nin 32. maddesinde, Taraf Devletlerin “*çocuğun ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını*” kabul ettiklerini düzenlenmiştir. Aynı hüküm 2. parafının son bendinde sözleşmeye taraf olan devletlere bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörmeleri yükümlülüğünü de getirmiştir. Bu hüküm çocuğun eğitime zarar verecek, ailesinden ve/veya alışkın olduğu sosyal çevreden uzak kalarak zihinsel, ruhsal ve hatta bedensel bütünlüğüne zararlı olabilecek ve ekonomik olarak sömürülmesine yol açabileceğinden küçük futbolcuların uluslararası transferlerini yasaklayan kuralın temel dayanağını oluşturmaktadır. Benzer şekilde, BMÇHS'nin 28. maddesinde düzenlenen eğitim hakkının yansımalarını küçük futbolcuların uluslararası transfer yasağı kuralına getirilen istisna hükümlerinde bulmak mümkündür.<sup>10</sup> Yine yasadışı uyuşturucu madde kullanımından korunma hakkı (madde 33), her türlü cinsel sömürü ve suiistimalden korunma hakkı (madde 34), kaçırılma, satılma ve fuhuşa konu edilmekten korunma hakkı (madde 35), çocuk sporcular bakımından da uygulama alanına sahip olacaktır. Aynı şekilde, mağdur çocuğun rehabilitasyonuna ilişkin bakım hakkı (madde 39) ve adil yargılanma hakkı (madde 40) da yine çocuk sporcuları doğrudan ilgilendiren haklardandır.

BMÇHS çocuk haklarına ilişkin hemen hemen her konuyu kapsamakta olan uluslararası bir insan hakları sözleşmesidir. İnsan hakları, “*bireyleri ve grupları temel özgürlükler, haklar ve insanlık onuruna müdahale eden eylem ve ihmallerden koruyan evrensel hukuki teminatlar*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>11</sup> Bu hakların gerçekleştirilmesi sorumluluk sahibinin- ki bu genellikle devlettir- insan haklarına saygı duyulması, bunların korunması ve uygulanması için sürekli çaba göstermesini ve hak sahiplerinin de bunları talep etmesini gerektirir. İnsan haklarının da sporla

<sup>9</sup> Paulo David, *Human Rights in Youth Sport*, (Routledge 2004) 26.

<sup>10</sup> Gerek küçük futbolcularına uluslararası transfer yasağı kuralına gerekse bu kuralın istisnalarına makalenin 2. bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

<sup>11</sup> United Nations (UN), *Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation* (2012) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner New York.

ilişkili kabul edilemez istismar halleri ile mücadelede ve bunların önlenmesinde çok önemli bir rol oynadığı şüphesizdir. Hatta insan hakları kapsamında çocuk haklarının gittikçe daha fazla ön plana çıkması, çocuk sporculara verilen desteğin kalitesinin artmasına da katkıda bulunmaktadır. Bununla birlikte, çocuk haklarını koruyan uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelere taraf olan devletlerin kendi ulusal düzenlemeleri, çocuk sporcuların futbol üzerinden duygusal ve fiziksel zarara, ekonomik istismara ve insan kaçakçılığına maruz kalmaları gibi sorunlarla başa çıkmakta yetersiz kalmıştır. Bu uygulamaların çocuklar üzerinde yarattığı zararlı etkiyi bertaraf etmeyi amaçlayan FIFA, futboldaki diğer ilgililerle birlikte, uluslararası futbolcu transferlerine yönelik katı kurallar geliştirmiş ve uygulamaya koymuştur.

İlk olarak 2001 yılında yürürlüğe giren FIFA Futbolcuların Statüleri ve Transferleri Talimatı (FSTT) 2005, 2009 ve 2015 yıllarında genç oyuncuların koruma kapsamının genişletilmesi amacıyla değişikliğe uğramıştır. FIFA'nın yayınladığı 2018 yılına ait Küresel Transfer Pazarına İlişkin Rapor'da<sup>12</sup> yer alan verilere göre 2018 yılında tescil için başvurusu yapılan 18 yaşın altındaki küçük futbolcu sayısı bakımından 3754 ile yeni bir rekora ulaşılmıştır. Toplamda 3754 olan başvuru sayısının %12'si reddedilmiş, %88'i ise kabul edilmiştir. Söz konusu raporda yayınlanan veriler, futbolcuların statü ve transferlerine ilişkin hukuki düzenlemelerin ilk kez yürürlüğe girdiği 2011 yılından itibaren tescil için başvurusu yapılan küçük futbolcuların sayısının her sene artış gösterdiğini ortaya koymaktadır.

## II. FSTT Altında Çocuk Futbolcuların Korunmasına İlişkin Hukuki Çerçeve

FIFA'nın 1990 yılından itibaren çocuk futbolcuların korunmasına yönelik başlattığı çalışmalar, 2001 yılından itibaren somut şeklini almaya başlamıştır. 2007 yılında Avrupa Birliği Komisyonu'nun genç futbolcuların istismar edilmesine ilişkin endişelerini içeren bir rapor yayımlaması ise bu alandaki çalışmalara ivme kazandırmıştır.<sup>13</sup> Sonuç olarak, 2005 ve 2009 yıllarında FSTT değişikliğe uğramış ve küçüklerin korunmasına ilişkin hükümler genişletilmiştir. FIFA'nın bu çabaları CAS tarafından da desteklenmiş ve 2009 yılında verdiği *FC Midtjylland Kararı*<sup>14</sup> FIFA düzenlemelerinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

FSTT'nin 19. maddesi, çocuk futbolcuların korunmasına ilişkin olarak FIFA tarafından geliştirilen hukuki çerçevenin merkezinde yer alan hükümdür ve aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

<sup>12</sup> FIFA, Transfer Matching System, Global Transfer Market Report 2018, Men's Football, A Review of All Football Transfers in 2018 (2019) 41, <[https://www.fifatms.com/wp-content/uploads/dlm\\_uploads/2019/01/fifa\\_tms\\_gtm\\_men\\_A4\\_online\\_f01.pdf](https://www.fifatms.com/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/01/fifa_tms_gtm_men_A4_online_f01.pdf)> Erişim Tarihi 30 Eylül 2019.

<sup>13</sup> Commission of the European Communities, White Paper on Sport, COM (2007) 391 final.

<sup>14</sup> CAS 2008/A/1485 *FC Midtjylland v FIFA*.



*“Madde 19- Küçüklerin Korunması*

1. *Futbolcuların uluslararası transferlerine ancak futbolcunun yaşı 18'in üzerinde ise izin verilecektir.*
2. *Bu kurala aşağıdaki üç istisna uygulanacaktır:*
  - a) *Futbolcunun anne ve babasının yeni kulübün bulunduğu ülkeye futbola ilgisi olmayan bir nedenle taşınmış olmaları halinde.*
  - b) *Transferin Avrupa Birliği (AB) ya da Avrupa Ekonomik Alanı (EEA) sınırları içinde gerçekleşmesi ve futbolcunun 16 ile 18 yaş arasında olması halinde. Bu durumda yeni kulüp aşağıda yer alan minimum yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır:*
    - i. *Futbolcuya, en yüksek ulusal standartlar çizgisinde antrenman ve yeterli futbol eğitimi sağlaması.*
    - ii. *Futbolcuya, profesyonel futbol oynamayı bırakması halinde futboldan farklı bir kariyer takip etmesini sağlayacak akademik ve/veya okul ve/veya mesleki eğitim ve/veya antrenman teminatı vermesi.*
    - iii. *Futbolcunun en iyi şekilde bakımı (ev sahibi aile ile birlikte veya kulübün konaklama yerinde en uygun standartlarda yaşama olanağı sağlanması, kulüp tarafından bir mentor atanması, vb.) için gerekli bütün düzenlemeleri yapması.*
    - iv. *Böyle bir futbolcuyu tescil etmesi halinde, ilgili federasyona yukarıda sayılan yükümlülükleri yerine getirdiğine dair kanıt sunması.*
  - c) *Futbolcunun ulusal sınırına 50 km. 'den daha uzun olmayan bir mesafede ikamet etmesi ve komşu ülke federasyonuna tescilli kulübün ulusal sınıra 50 km. 'lik bir mesafe içinde kalması halinde. Futbolcunun ikamet yeri ile kulüp merkezi arasındaki mesafenin 100 km. 'yi aşmaması gerekmektedir. Bu durumda, futbolcu ailesi ile birlikte yaşamaya devam etmeli ve her iki federasyon da buna açık rızalarını göstermelidirler.*
3. *Bu maddede yer alan hükümler daha önce hiçbir kulübe tescil edilmemiş, ilk kez tescil edilmek istediği ülkenin vatandaşı olmayan ve ilgili ülkede aralıksız en az beş yıl yaşamış olan futbolcu hakkında da uygulanır.*
4. *2. paragraf kapsamındaki her uluslararası transfer ve 3. paragraf kapsamındaki her ilk tescil ile tescil edilmek istediği ülkede aralıksız en az beş yıl yaşamış her küçük yabancı futbolcunun ilk tescili, Futbolcu Statüleri Komitesi'nin bu amaçla atadığı Alt Komite'nin onayına tabidir. Onay için başvuru, futbolcuyu tescil etmek isteyen federasyon tarafından yapılacaktır. Bir önceki federasyona da kendi duruşunu bildirmek üzere olanak tanınacaktır. Alt Komite'nin onayı, bir federasyonun Uluslararası Transfer Sertifikası ve/veya ilk tescil talebinden önce temin edilmiş olmalıdır. Bu hükmün herhangi bir şekilde ihlal edilmesi halinde Disiplin Komitesi tarafından, FIFA'nın Disiplin Kodu uyarınca yaptırım uygulanacaktır. Alt Komite'ye başvurmayı ihmal eden federasyonun yanında, Alt Komite'nin onayı olmaksızın Uluslararası Transfer Sertifikası çıkaran önceki federasyon ile küçüğün transferi üzerinde anlaşmaya varan kulüpler hakkında da yaptırım uygulanabilecektir.*
5. *Küçüklerin ilk tescil ve uluslararası transferlerine ilişkin prosedürler bu talimatların 2. Ekinde yer almaktadır.*

*Madde 19bis- Küçüklerin Akademilere Tescili ve Bildirilmesi*

1. *Kendisiyle hukuki, mali veya fiili bağlantıları olan bir akademi işleten kulüpler, akademiye iştirak eden küçükleri, kulübün faaliyette bulunduğu bölgedeki federasyona bildirmekle yükümlüdürler:*

2. Her federasyon, herhangi bir kulübe hukuki, mali ve fiili bağlantısı olmaksızın bütün akademilerin aşağıdakileri yapmasını sağlamakta yükümlüdür:
  - a) İlgili ulusal şampiyonalara iştirak eden bir kulüp yönetmek; bütün futbolcuları akademinin faaliyet gösterdiği bölgedeki federasyona bildirmek ya da kulübün kendisine tescil ettirmek; ya da
  - b) Akademiye yetiştirme amacıyla iştirak eden bütün küçükleri faaliyette buldukları bölgedeki federasyona bildirmek.
3. Her federasyon, kulüpler ve akademiler tarafından kendisine bildirilen küçüklerin doğum tarihleri ve isimlerinden oluşan bir sicil tutacaktır.
4. Bildirim yapmak yoluyla, akademiler ve futbolcular futbolu FIFA Statüleri 'nde öngörülen şekilde futbol oynayacaklarını ve organize futbolun ahlaki prensiplerini gözetebileceklerini ve teşvik edeceklerini taahhüt ederler.
5. Bu hükmün herhangi bir şekilde ihlal edilmesi halinde, FIFA Disiplin Kodu uyarınca Disiplin Komitesi tarafından yaptırım uygulanacaktır.
6. 19. madde, bildirilmek istedikleri ülkenin vatandaşı olmayan bütün küçüklerin bildirimlerine uygulanacaktır.”

FSTT'nin 19. maddesi, uygulama açısından tek başına yeterli değildir. Bu hüküm, madde 5, madde 9, Ek 2,3, ve 3a gibi daha çok idari yükümlülükleri kapsayan ve tüm futbolcuların transferlerini ve dolayısıyla küçükleri de ilgilendiren diğer hükümlerle birlikte düşünülmelidir. Esasa ilişkin hükümler FSTT'nin temel prensiplerini ortaya koyarken, diğerleri ise daha çok futbol otoritelerinin esasa ilişkin hükümlere uyulup uyulmadığını denetleyebilmesine olanak sağlayan idari hükümleri oluşturmaktadır. Bu ayrım, çocuk futbolcularla ilgili tarafın yaptığı ihlalin ciddiyeti ile uygulanacak yaptırımın seviyesi ve orantılılığı hakkında karar vermek yönünden önem taşımaktadır.

## A. Esasa İlişkin Hükümler

### 1. Genel Kural

FSTT'nin 19.1. maddesi, küçük futbolcuların uluslararası transferini kesin olarak yasaklayan genel kuralı oluşturan hukuki çerçevenin esasa ilişkin temel hükmüdür. Küçük futbolcuların uluslararası transferinin yasaklanmasının amacı, çocukların ruh ve beden sağlıklarının korunması, kendileri için eğitim ve sportif faaliyetlerinin aksamayacağı bir çevre oluşturulması, ekonomik sömürü ve insan ticareti dâhil geçmişte maruz kaldıkları her türlü istismarın mümkün olduğunca önüne geçilmesidir.<sup>15</sup> Bu anlamda FIFA, yasağın en katı biçimde uygulanmasını savunmakta, ancak FSTT'de sayılan istisnai hallerde küçük futbolcuların uluslararası transferine izin vermektedir.

FSTT'nin 19.2. maddesi küçük futbolcuların transfer yasağına ilişkin istisnaları düzenlemektedir. Bu istisnaların ebeveyn kuralı, Avrupa Birliği (AB)- Avrupa

<sup>15</sup> FIFA, Circular No. 769 (2001) <[https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/ps\\_769\\_en\\_68.pdf](https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/ps_769_en_68.pdf)> Erişim Tarihi 5 Ağustos 2019.

Ekonomik Alanı (AEA) kuralı, 50+50 kuralı olarak üç ayrı kategoride incelenmesi mümkündür. Uluslararası transferin gerçekleşmesi için bu üç kategoride yer alan istisnalardan birine ilişkin şartların gerçekleşmesi gerekir.

## 2. Ebeveyn Kuralı

Küçük futbolcunun ebeveyninin (anne, baba ve/veya kanuni temsilcilerinin) transfer olunacak kulübün bulunduğu ülkeye futbolla ilgisi olmayan bir sebeple taşınmış olmaları halini düzenlemektedir. Diğer istisnaların içinde en hassas olanı ebeveyn kuralı olup bu kural kulüp ve menajerlere transfer yasağını dolanabilmeleri için en fazla imkânı verendir. Nitekim çoğu olayda, küçük futbolcunun ailesi yabancı bir ülkeye gerçekten iş bulmak ya da benzeri bir amaçla taşınmamaktadır. Tersine, anne veya baba, küçük futbolcunun hâlihazırda kararlaştırılmış transferini meşru göstermek için sahte bir iş teklifi almaktadırlar.

19. madde ile ilgili olarak 2015 yılında ortaya çıkan ilk dava bu istisna ile ilgili olan *Caballero Davası*'dır.<sup>16</sup> Bu davada 16 yaşındaki Paraguaylı futbolcu Carlos Javier Acuna Caballero, Club Olympia de Paraguay'da oynarken İspanyol kulübü Cadiz C.F. ile kontrat imzalamış, bundan bir hafta sonra ise futbolcunun annesi İspanya'daki bir restoran ile hizmet sözleşmesi imzalamıştır. Paraguay Futbol Federasyonu, futbolcunun yaşının küçüklüğü ve 19. maddenin şartlarının karşılanmadığı gerekçesiyle İspanyol Futbol Federasyonu için Uluslararası Transfer Sertifikası (UTS) çıkarmayı reddetmiştir. Bunun üzerine İspanyol Futbol Federasyonu, Cadiz C.F. kulübü adına FIFA'nın Futbolcu Statüleri Komitesi'ne başvuruda bulunmuştur. Temyiz aşamasında CAS, Komite'nin verdiği kararı haklı bularak, oyuncunun İspanya'ya gitme kararının daha önce alındığını, annesinin İspanya'ya taşınmasının ise tamamen futbolcu ile kulüp arasında imzalanan sözleşmeyle bağlantılı olduğu yönünde karar vermiştir.<sup>17</sup> Böylece 19. maddenin 2 (a) paragrafında yer alan ebeveyn istisnası bu olaya uygulanmamıştır.

Bu istisna hükmü kapsamında ön plana çıkan davalardan biri de *Elmir Muhic Davası*dır.<sup>18</sup> Elmir Muhic, 16 yaşında bir Bosna Hersekli futbol oyuncusu olarak Almanya'nın OFC Kickers Offenbach kulübüne katılmıştır. Futbolcu Statüleri Komitesi tarafından atanan Alt Komitenin red kararını takiben dava CAS'ın önüne gelmiştir. Panel, 19. maddenin 2. paragrafında düzenlenen üç istisnadan hiçbirinin bu davaya uygulanamayacağı yönünde karar vermiş<sup>19</sup> ve özellikle de 19(2)(a)

<sup>16</sup> CAS 2005/A/955 *Cadiz C.F., SAD v. FIFA en Asociacion Paraguaya de Futbol & CAS 2005/A/956 Carlos Javier Caballero v FIFA en Asociacion Paraguaya de Futbol.*

<sup>17</sup> *ibid.*, para. 7.3.1.

<sup>18</sup> CAS 2011/A/2354 *E. v FIFA*, award of 24 August 2011.

<sup>19</sup> Elmir Muhic aynı zamanda Frankfurt'ta, havaalanı yöneticisi olarak iş başvurusu yapmasına kendisini hazırlayacak olan 3 yıllık bir eğitim/staj programına iştirak etmiştir. Alman ulusal futbol federasyonu, Muhic ve Kickers Offenbach adına bu transferin gerçekleşmesine yönelik özel izin vermesi için FIFA'ya talepte bulunmuştur. Söz konusu talebi ise, oyuncunun annesi ve babası yanında olmadan ancak onların açık rızalarına dayalı olarak, doğrudan futbolla ilgisi olmayan insani sebeplerle Almanya'ya gelmiş olması özel şartlarına dayandırmıştır.

maddesinde yer alan “ebeyn” kuralının katı biçimde uygulanması gerektiğine dikkat çekmiştir. Her ne kadar bu hükümde yer alan ebeveyn ifadesi “*zınnen biyolojik anne ve babanın ötesine geçen durumları da kapsıyor olsa da*”, bu davadaki durum farklıdır.<sup>20</sup> Nedeni bilinmemekle birlikte Muhic’in anne ve babası halen Bosna Hersek’te yaşamaktadır ve küçük futbolcu halasının evinde kalmaktadır. Panel bu durumda hala ve benzeri akrabaların anne ve babanın yerini alamayacağına ve bu nedenle davaya bu istisnanın uygulanamayacağına karar vermiştir.

Bu istisna hükmünün uygulanabilmesi için küçük futbolcunun anne ve babasının tamamen futbola ilgisi olmayan bir nedenle başka bir ülkeye taşınmış olması çok önemlidir ancak bunun doğru düzgün tespit edilebilmesi her zaman kolay değildir. Bu bağlamda *John Kenneth Davası*’nda<sup>21</sup> CAS, bazı durumlarda ailenin taşınmasının farklı nedenlerin bir araya gelmesinden kaynaklanmış olabileceğini, böyle durumlarda her bir nedenin meşru olduğu kanıtlanmış olsa bile istisna hükmünün uygulanmasına “futbol faktörünün” bütün bu nedenler arasında ne kadar ağır bastığına göre değerlendirme yapıp karar verileceğini belirtmiştir. Örneğin, bütün ailenin taşınıp taşınmadığı, ailenin taşındığı yerin seçiminde küçüğün futbol faaliyetlerinin ne ölçüde rol oynadığı gibi faktörlerin hepsi dikkate alınmaktadır.

### 3. AB-AEA Kuralı

Bu kural yaşı 16 ile 18 arasında olan küçüklerin Avrupa Birliği (AB) ve Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) içinde transfer olabileceklerini kabul etmiştir. Ancak istisnadan yararlanabilmek için yeni kulübün, şu koşulları karşılaması gerekmektedir:

- i. Küçük futbolcunun, ulusal standartların en üst seviyesinde yeterli futbol eğitimi almalarını ve antrenman yapmalarını sağlayacaktır.
- ii. Küçük futbolcunun futbol eğitiminin yanında, futbolu bırakması halinde ona alternatif kariyer imkânı sağlayacak düzeyde akademik ve/veya okul ve/veya mesleki eğitim almasını garanti edecektir.
- iii. Küçük futbolcunun en iyi şekilde bakımının sağlanması için (ev sahibi aile yanında ya da kulübün konaklama mekânında en uygun şartlarda barınma, kulüp tarafından mentor atanması gibi) gerekli her türlü düzenlemeyi yapacaktır.<sup>22</sup>
- iv. Böyle bir futbolcunun tescilinin yapılması üzerine, ilgili olduğu federasyona yukarıda sayılan yükümlülükleri yerine getirdiğine dair delil sunacaktır.

Bu kapsamda ortaya çıkan en önemli kararlardan biri CAS’ın *Midtjylland* kararıdır.<sup>23</sup> 2006 yılı Haziran ayında Danimarka kulübü Midtjylland, daha önce Nijerya’nın F.C. Ebedei kulübüne tescilli üç Nijeryalı çocuk oyuncuyu, Danimarka

<sup>20</sup> CAS 2011/A/2354 *E. v. FIFA*, award of 24 August 2011, para.17.

<sup>21</sup> CAS 2015/A/4312 *John Kenneth Hilton v FIFA*, award of 9 August, 2016, para. 78.

<sup>22</sup> FSTT’nin 19.2(b)’de düzenlenen bu kuralda, BMÇHS’nin çocuğu ilgilendiren her durumda çocuğun yüksek yararının gözetilmesi gerektiği ilkesini öngören hükmünün bir yansıması görülmektedir.

<sup>23</sup> CAS 2008/A/1485 *FC Midtjylland v FIFA*.

Futbol Federasyonu'na amatör olarak kaydettirmiştir. Nijeryalı bu oyunculara, Danimarka Göç Bürosu tarafından, çalışma iznini kapsamayacak şekilde ikamet izni verilmiş ve Danimarka'da lise eğitimi sağlanmıştır. 2007 yılının Şubat ayında Federation Internationale des Associations de Footballeurs Professionels (FIFpro), F.C. Midtjylland'ın sistematik olarak FSTT'nin 19. maddesinin birinci fıkrasını ihlal ettiği gerekçesiyle FIFA'ya şikâyet etmiştir. Başlattığı soruşturmada sonra FIFA Futbolcu Statüsü Komitesi (FSK) FIFPro ile mutabık olmuş ve F.C. Midtjylland ve Danimarka Futbol Federasyonu hakkında ihlal kararı vermiştir. Bu kararında FIFA FSK, genç futbolcuların istismar ve kötü muameleden korunmaları için FSTT'in 19. maddesinin katı, istikrarlı ve sistematik bir biçimde uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>24</sup>

*Midtjylland* kararının Avrupa Birliği hukuku açısından da önemli bir yönü mevcuttur. CAS'a yaptığı temyiz başvurusunda Midtjylland, Avrupa Birliği ile Nijerya'yı da içine almak üzere, Afrika Ülkeleri arasındaki 'Cotonou Anlaşması'<sup>25</sup> denilen ortaklık anlaşmasına referansta bulunmuştur. Kulübün savunmasına göre bu anlaşma uyarınca Danimarka'da hukuki olarak ikamet etmekte olan bir Nijerya vatandaşı, Cotonou Anlaşmasının 13.3. maddesinde yer alan, bir Danimarka vatandaşı ile eşit muamele görme hakkından yararlanabilmelidir.<sup>26</sup> Ayrıca F.C. Midtjylland, o tarihte Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından görülmekte olan *Simutenkov* Davasına<sup>27</sup> atıfta bulunarak 19. maddesinin 2(b) paragrafında yer alan istisnanın "Avrupa Birliği ile ikili anlaşma yapmış olan üçüncü ülkelerin vatandaşlarının da çalışma koşulları bakımından vatandaşlıktan kaynaklanan ayrımcılıktan korunmalarını sağlayacak şekilde yorumlanması gerektiğini" iddia etmiştir.<sup>28</sup> Ancak CAS, Danimarkalı kulübün bu iddialarını reddetmiştir. CAS, öncelikle FSTT'nin 19. maddesinin amatör ve profesyonel oyunculara eşit şekilde uygulanacağını vurgulamıştır. Avrupa Birliği ve Cotonou Anlaşması bakımından CAS, kulübün iddialarında geçen ayrımcılık yasağını düzenleyen hükümlerin sadece işçilere uygulanabilir olduğunu, öğrencilere ya da Avrupa Birliği Üye Devletleri'nde istihdam edilmek isteyen diğer kişilere uygulanamayacağını belirtmiştir.<sup>29</sup>

Genel bilinen adıyla *Vada II Davası*<sup>30</sup>, FSTT'nin 19(2)(b) maddesinde yer alan istisna hükmünün uygulanmasına önemli katkılarda bulunmuştur ve fiili olarak kapsamını

<sup>24</sup> ibid. para.2.8.

<sup>25</sup> 2000/483/EC: Partnership agreement between the members of the African, Caribbean and Pacific Group of States of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, signed in Cotonou on 23 June 2000.

<sup>26</sup> Article 13.3. of the Cotonou Agreement: "The treatment accorded by each Member State to workers of ACP countries legally employed in its territory, shall be free from any discrimination based on nationality, as regards working conditions, remuneration and dismissal, relative to its own nationals. Further in this regard, each ACP State shall accord comparable non-discriminatory treatment to workers who are nationals of a Member State."

<sup>27</sup> Case C-265/03 Igor Simutenkov v Ministerio de Education y Cultura and Real Federacion Espanola de Futbol, [2005] E.C.R. I-02579.

<sup>28</sup> CAS 2008/A/1485 *FC Midtjylland v FIFA*, para.3.3.

<sup>29</sup> Rob Simmons, 'Protection of Minors vs. European Law' (2010) 1 European Sports Law and Policy Bulletin-The Bernard Case-Sports and Training Compensation, Sports Law and Policy Centre 170, 171.

<sup>30</sup> TAS 2012/A/2862/ *FC Girondins de Bordeaux v FIFA*, 11 January 2013 (Vada II); TAS 2011/A/2494 *FC Girondins de Bordeaux v. FIFA*, 22 December 2011 (Vada I).

genişletmiştir.<sup>31</sup> Davaya konu olan küçük futbolcu Valentin Vada, Arjantin ve İtalyan vatandaşlıklarına sahip olarak Arjantin’de yaşamaktadır. 16 yaşındaki futbolcu, AB-AEA istisnasından yararlanarak Fransa’nın Girondins de Bordeaux Kulübü’ne transfer olmak istemiş ancak FIFA söz konusu istisna hükmünün tüm şartlarının karşılanmadığına karar vererek talebi reddetmiştir. Kararı veren hakem, bu hükmün vatandaşlığı değil, yaşanan yeri/bölgeyi esas aldığına hükmetmiş, bu nedenle de transferin ancak AB-AEA sınırları içinde gerçekleşmesi halinde bu istisnadan yararlanılabileceğine hükmetmiştir. CAS Paneli de daha kapsamlı tartışmak suretiyle aynı sonuca varmış ve hükmün uygulanabilmesi için vatandaşlığın değil bölgeselliğin esas alınması gerektiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte CAS, FIFA/UEFA ile Avrupa Komisyonu arasında imzalanan 2001 tarihli anlaşma da Avrupa Birliği içindeki dolaşım serbestisi kuralına saygı gösterilmesi amacını güdüldüğünü ve bunun göz ardı edilmeyeceğini de ifade etmiştir. Buna ilave olarak CAS, *Midtjylland* kararı ile de uyumlu olarak FSTT’nin 19(2) maddesinde yer alan istisnaların sınırlı sayıda olmadığını vurgulamıştır.<sup>32</sup> Nitekim Girondins de Bordeaux Kulübü’nün, Futbolcu Statüleri Komitesi’ne bağlı Alt Komite’nin kararlarına ilişkin olarak CAS’a sunduğu belgeler de bu yönde bir uygulamayı ortaya koymaktadır. Buna göre, eğer bir kulüp FSTT’nin 19(2) maddesinde yer alan istisnaların hiçbirine girmeyen özel şartların olduğuna inanıyorsa, söz konusu kulübün bağlı olduğu federasyon, kulübü adına FIFA Alt Komitesi’ne resmi bir yazılı talepte bulunarak ilgili olayı bu özel şartlara göre değerlendirerek bir karara varmasını isteyebilecektir.<sup>33</sup> Alt Komite’nin verdiği pek çok kararda bir AB ya da AEA ülkesinin vatandaşlığına sahip futbolcuların başka bir AB veya AEA ülkesine transfer olmak istemesi halinde serbest dolaşım ilkesini dikkate aldığı gözlenmektedir. Bu nedenle CAS Paneli, aslında yazılı olmayan bir istisnayı uygulayarak, bir AB veya AEA ülkesinde yaşamayan ama böyle bir ülkenin vatandaşlığına sahip olan Vada’nın 19(2) (b) maddesinden yararlanmasına izin vermiştir. CAS’ın bu kararı daha sonra verdiği panel kararları ve özellikle *Atlético Véléz Sarsfield* kararı<sup>34</sup> ile de tekrar onanmıştır.

#### 4. 50+50 Kuralı

FSTT’nin 19. maddesinin 2(c) paragrafına göre küçük futbolcunun ulusal sınırdan 50 km’den daha yakın bir mesafede ikamet etmesi ve tescil olmak istediği, komşu ülke federasyonuna bağlı kulübün bu sınıra 50 km’den daha kısa bir mesafede olması halinde uluslararası transferi yapılabilecektir. Bu istisnadan yararlanabilmesi için küçük futbolcunun ikamet ettiği yer ile katılmak istediği yeni kulübün arasındaki uzaklık toplam 100 km.’yi geçemeyecek ve çocuk kendi ikamet ettiği yerde yaşamaya devam edecektir.

<sup>31</sup> Despina Mavromati and Jake Cohen, ‘International transfer of minors in football- key takeaways and procedural issues from Chelsea & the FA v. FIFA’ (2019) lawinsport.com, <<https://www.lawinsport.com/topics/item/international-transfer-of-minors-in-football-key-takeaways-and-procedural-issues-from-chelsea-the-fa-v-fifa>> Erişim tarihi 14 Ekim 2019.

<sup>32</sup> TAS 2012/A/2862/ *FC Girondins de Bordeaux v FIFA* 11 January 2013 (Vada II) para.94-95.

<sup>33</sup> *ibid.*, para.90.

<sup>34</sup> CAS 2016/A/4903 *Club Atlético Véléz Sarsfield v The Football Association Ltd., Manchester City FC & FIFA*.

## 5. 19. Madde Hükümünün AB Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda sayılan istisnalara rağmen FSTT'nin 19. maddesi aslında AB'nde geçerli olan serbest dolaşım ilkesini çocuklar açısından sınırlamaktadır. BMÇHS'nin çocuk haklarını ilgilendiren diğer hükümlerinin yanında 3. maddesinde yer alan ve diğer bütün maddelerin uygulanmasına ışık tutan 'çocuğun yüksek yararı ilkesinin' bu sınırlamayı haklı kılan bir gerekçe olarak yorumlanması mümkündür.<sup>35</sup> Nitekim söz konusu düzenlemeye göre: *"1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler; idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir"*.<sup>36</sup>

Aslında AB'nde devrim yaratan ünlü *Bosman Kararını*<sup>37</sup> takiben profesyonel futbol piyasası ciddi ölçüde liberalleşmiş ve küçük futbolcuların sağlık ve refahlarının korunabilmesi için uluslararası transferlerinin en uygun ne şekilde sınırlanabileceği konusu tartışılmaya başlanmıştır.<sup>38</sup> Küçük futbolcuların uluslararası transferlerine getirilecek sınırlamaların, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin AB hükümleri ile çelişeceği çok açıktır. Ancak AB, sporda küçüklerin korunmasını meşru bir ihtiyaç olarak çok önceden tespit etmiştir. Nitekim 2000 tarihli Spor Hakkındaki Nice Deklarasyonu'nda, *"üçüncü ülkelerden gelenler de dahil olmak üzere, sporda küçükleri hedef alan ticari işlemlerin, mevcut iş hukuku ile çeliştikleri ve genç sporcuların sağlık ve refahını tehlikeye düşürdükleri ölçüde endişeye sebep oldukları"* ifade edilmiştir.<sup>39</sup> Benzer şekilde Avrupa Komisyonu, 2007 tarihli Spor Hakkındaki Beyaz Raporunda *"sporda küçüklerin sınır-ötesi hareketlerinin, insan kaçakçılığının hukuki tanımı içinde yer almasa bile, genç oyuncuların istismarının AB'nde bir sorun olmaya devam ettiğini"* belirtmiştir.<sup>40</sup> Avrupa Komisyonu'nun bu endişesi Avrupa Parlamentosu tarafından yayımlanan Belet ve Mavrommatis Raporları'nda da dile getirilmiştir.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> BMÇHS'nde yer alan dört temel ilke, Sözleşme'nin bütün diğer maddelerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında yol gösterici olmakta ve çocuk haklarında korumacı yaklaşımın da temelini oluşturmaktadır. Bu ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feyza Başar, 'Avrupa Birliği Hukuku ve Uluslararası Hukukta Çocukların Göç ve İlticaya İlişkin Hakları', Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, sayı: 2, yıl:2, Temmuz 2019, s. 13.

<sup>36</sup> BMÇHS'nin 3. maddesinin devamı şu şekildedir: "2. Taraf Devletler, çocuğun anne babasının, vasilerinin ya da kendisinden sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar. 3. Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler."

<sup>37</sup> Case C-415/93 *Union Royale Belge Sociétés de Football Association and others v Bosman and others* [1995] ECR I-4921.

<sup>38</sup> Paul Minderhoud and Helen Oosterom-Staples, 'Obstacles to free movement of young workers', European network on free movement of workers' (2011) 4, <[https://www.ru.nl/publish/pages/714304/obstacles\\_to\\_free\\_movement\\_of\\_young\\_workers.pdf](https://www.ru.nl/publish/pages/714304/obstacles_to_free_movement_of_young_workers.pdf)> Erişim Tarihi 11 Ekim 2019.

<sup>39</sup> Declaration 29 to the Treaty of Amsterdam (2000) Presidency Conclusions, 'Declaration on the specific characteristics of sport and its social function in Europe, of which account should be taken in implementing common policies', Nice European Council Meeting.

<sup>40</sup> Commission of the European Communities (2007), 'White Paper on Sport', COM (2007) 391 final.

<sup>41</sup> European Parliament, 'Resolution of the European Parliament on the Future of Professional Football in Europe' (2007), A6-0036/2007 (the Belet Report); European Parliament, 'European Parliament Resolution of May 6 2008 on the White Paper on Sport' (2007) 2007/2261 (INI), (The Mavrommatis Report).

AB kurumlarının endişeleri, üye devletlerin siyasi taahhütleri ile birleşerek Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABIHA)'nın 165. maddesinde vücut bulmuştur. AB'ne spor alanında yetki tanıyan 165. maddesinin 2. paragrafına göre: “Birlik, sporun kendine özgü niteliğini, gönüllülük esasına dayalı yapısını ve sosyal ve eğitsel işlevini göz önünde tutarak, sporda Avrupa boyutunun geliştirilmesine katkıda bulunur.” Bunun yanında ABIHA'nın 45. maddesi ise işçilerin belirli bir ekonomik faaliyette bulunmak üzere Birlik içinde serbestçe dolaşabileceklerini düzenlemektedir. AB Adalet Divanı kararları ışığında işçi-işveren ilişkisinin temel özelliği, belirli bir zaman dilimi içerisinde bir kişinin bir başka kişinin emir ve direktifleri altında hizmet görmesi ve bunun karşılığında bir ücret almasıdır.<sup>42</sup> Buna göre futbolcuların da AB hukuku çerçevesinde işçi statüsünde oldukları kabul edilmektedir.

FSTT'nin kapsama ilişkin 1. maddesinin 3. paragrafı, diğer bazı maddelerin yanında 19. maddenin ulusal düzeyde bağlayıcı olduğunu ve bütün üye federasyonların düzenlenmelerine hiç değiştirilmeden aktarılması gerektiğini düzenlemiştir. Bu nedenle 19. madde hükmü, FIFA'ya üye olan diğer ülkelerin yanında AB ülkelerinin federasyonları tarafından da iç hukuklarına olduğu gibi aktarılmıştır. FSTT'nin 19. maddesinde yer alan hükmün Avrupa Birliği hukuku bakımından geçerliliği daha önce bahsi geçen *Cabellero* Davasında<sup>43</sup> sorgulanmıştır. Bu davada CAS, 18 yaş altı futbolcuların uluslararası transferlerini kısıtlayan FIFA kurallarının aşağıdaki şartları sağladıkları sürece İsviçre hukuku içindeki kamu düzeni veya diğer herhangi bir ulusal ya da uluslararası hukuku ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Bu şartlar şunlardır:

- i) Bu kuralların küçük futbolcuları, sıklıkla karşılaştığı üzere, futbol kariyerlerinin başarısızlığa uğraması veya umulduğu kadar başarılı olmaması durumlarında hayatlarının zarar görmemesi için uluslararası transferlerden korunmaları şeklinde bir meşru amaç güdüyor olmaları,
- ii) Genel yasağa getirilen makul istisnalar sayesinde ölçülülük ilkesinin sağlanmış olması<sup>44</sup>

AB Adalet Divanı tarafından verilen *Bernard Kararı*<sup>45</sup> ile birlikte küçüklerin transferine uygulanan sınırlamalar serbest dolaşımın sınırlandırılması olarak kabul edilse de meşru bir amacı olduğundan ve orantılılık ilkesine uyduğundan AB hukukuna uygun olduğu kabul edilmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, sözkonusu ilkelerin yansımaları FIFA organları ve CAS kararlarında da rastlamak mümkündür. Kural olarak FIFA'nın Disiplin ve Temyiz Komiteleri ile CAS, daha önce verilen emsal kararlarla bağlı değildir. Bununla birlikte usule ilişkin temel konularda yargısal istikrarın sağlanmış olması, bütün ilgililere adil davranılması açısından büyük önem

<sup>42</sup> Case 66/85 *Lawrie Blum v Land Baden-Württemberg* [1986] ECR 2135, para.17-21.

<sup>43</sup> CAS 2005/A/955 *Cadiz C.F., SAD v FIFA en Asociacion Paraguaya de Futbol* & CAS 2005/A/956 *Carlos Javier Caballero v FIFA en Asociacion Paraguaya de Futbol*.

<sup>44</sup> *ibid.* para.7.2.2.

<sup>45</sup> Case C- 325/08 *Olympique Lyonnais SASP v Olivier Bernard and Newcastle United* 16 March 2010.



arz etmektedir. CAS özellikle 19. maddeyi ilgilendiren davalarda yargısal istikrar ihtiyacının altını çizmiş ve *John Kenneth* Davasında da bunu şu ifadeyle teyit etmiştir: “*Panel, küçük futbolcuların menfaatlerini korumak için tasarlanmış temel ilkeleri ortaya koyan FIFA FSTT’nin 19. maddesinin çok önemli bir hüküm olduğu kanaatindedir. Bu nedenle Panel, çocukların korunmasına ilişkin kuralların katı, titiz ve istikrarlı bir biçimde uygulanması ihtiyacı olduğu konusunda hemfikiridir.*”<sup>46</sup>

### i. Küçüklerin İlk Tescil Kuralı

Küçük futbolcuların uluslararası transfer yasağı, vatandaş olmayan küçüklerin ilk tescillerini de içine almaktadır. FSTT’nin 19 maddesinin 3. paragrafı uyarınca eğer bir küçük futbolcu daha önce herhangi bir kulübe kaydedilmemişse ve ilk kez tescil olmak istediği kulübün bulunduğu ülkenin vatandaşı değilse, 19. maddenin 2. paragrafında yer alan istisnalardan birinin şartları karşılanmadıkça ilk tescil yasaklanacaktır. Bunun sebebi, her genç futbolcunun erken yaşta mutlaka bir kulübe tescilli olması gerekmediğinden, 19.3 hükmü küçüklere sağlanan korumanın başka bir ülkedeki kulübe ilk kez tescil olmak istemeleri durumunu kapsayacak şekilde genişletilmesini amaçlamıştır. Bu hüküm, aynı zamanda, halihazırda herhangi bir ülkedeki bir kulübe tescilli olan küçük futbolcunun başka bir ülkeye yerleşmesi anlamına gelen uluslararası transfer ile daha önce hiç tescil olmamış küçüğün tescil edilmesine ilişkin ilk tescil arasındaki farkı da ortaya koymaktadır.

### ii. Diğer İstisnalar

2016 yılından itibaren geçerli olmak üzere, FSTT’nin 19/2 hükmünde yer alan üç istisnaya küçüklerin ilk tescillerine uygulanmak üzere yeni bir istisna eklendi. 1 Haziran 2016’da yürürlüğe giren ve 5 yıl kuralı denilen bu istisnaya göre küçük futbolcu, tescil olmak istediği kulübün bulunduğu ülkenin vatandaşı olmamasına rağmen amaçlanan tescil tarihinden hemen önceki 5 sene içinde o ülkede aralıksız ikamet etmişse ilk kez tesciline izin verilecektir.<sup>47</sup>

FSTT’nin 19.2. maddesinde düzenlenen üç istisna ile 19.3. maddesinde yer alan 5 yıl kuralı dışında, küçük futbolcuların uluslararası transfer yasağına ilişkin olarak FIFA Alt Komitesi<sup>48</sup> ve CAS’ın kararları ile geliştirilmiş iki istisna kuralı daha mevcuttur. Alt Komite, her olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle, refakatli ve refakatsiz mülteci futbolcular ile değişim öğrencilerinin uluslararası transferlerini

<sup>46</sup> CAS 2015/A/4312 *John Kenneth Hilton v FIFA*, award of 9 August, para.78.

<sup>47</sup> FIFA Circular No.1542, Amendments to the Regulations on the Status and Transfer of Players. 1 June 2016, <[https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/79/97/47/circularno.1542-amendmentstotheregulationsofthestatustandtransferofplayers\\_neutral.pdf](https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/79/97/47/circularno.1542-amendmentstotheregulationsofthestatustandtransferofplayers_neutral.pdf)> Erişim Tarihi 18 Ekim 2019.

<sup>48</sup> 2009 yılında FIFA, küçüklerin uluslararası transferleri için Futbolcu Statüleri Komitesi tarafından atanan yeni bir denetim organı kurmuştur. Bu Alt Komite, küçük futbolcuların dahil olduğu her uluslararası transfer ve ilk tescillerini incelemekle sorumludur. Bir usul kuralı olarak, Alt Komite’nin onayı olmadan uluslararası bir transferin gerçekleşmesi mümkün değildir.

veya ilk tescillerini kabul edebilmektedir. Bu bağlamda refakatsiz mülteci, kendisine eşlik eden velisi, vasisi veya herhangi bir yasal temsilcisi olmaksızın başka bir ülkeye insani sebeplerle yerleşen ve hayatı ya da temel özgürlükleri ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya belirli bir siyasi görüşü nedeniyle tehdit altında olduğu için kendi ülkesine dönemeyen kişidir.<sup>49</sup> Diğer yandan değişim öğrencileri ise, yine velisi kedisine eşlik etmeksizin daha çok eğitim amacıyla bir başka ülkeye giden, ilgili kulüpteki tescil süreleri bir yılı aşmaksızın eğitim programlarının bitiminde hemen evlerine dönecek ya da program bitmeden 18 yaşını dolduracak olan kişilerden oluşmaktadır.<sup>50</sup>

## C. Usule İlişkin Temel Kurallar

### 1. Küçüklerin Uluslararası Transfer ve İlk Tescillerine İlişkin İdari Kurallar

FSTT'nin 19.4. maddesi küçük futbolcuların korunmasını güçlendirmekte ve usule ilişkin mekanizmayı kurmaktadır. FIFA, çocukların bir sözleşmeye taraf olabilmeleriyle ilgili hukuki şartları ise üye devletlerin iç hukuklarına bırakmıştır.<sup>51</sup> FIFA Futbolcu Statüleri Komitesi tarafından atanan Alt-Komite çocukların dahil olduğu her bir uluslararası transferi ile ilk tescilleri araştırmak ve onaylamak yetkisine sahiptir. Bu bağlamda ulusal federasyonlar, herhangi bir küçüğün transferini gerçekleştirmeden önce Alt Komite'ye bir başvuru yaparak onayını almakla yükümlüdür.

Buna ilave olarak, usule ilişkin mekanizma FIFA'nın, küçüklerin uluslararası transferi ve ilk tescilleri için oluşturulan uluslararası transferlere yönelik web tabanlı bilgi işleme sistemi olan Transfer Eşleştirme Sistemi (TES) kullanımını zorunlu kılmıştır. TES, 2007 yılında toplanan 57. FIFA Kongresi'nin uluslararası futbol transferlerinde için bir on-line sistem oluşturulması konusunda FIFA'nın ilgili çalışma grubunun önerisinin oylama yoluyla kabul edilmesi üzerine kurulmuştur. TES'in amaçları, her işlemde futbol otoritelerinin erişimine açık mevcut veri sayısını arttırarak piyasadaki uyum ile şeffaflığı arttırmak ve küçüklerin korunmasına yönelik kuralları uygulamaktır.<sup>52</sup>

<sup>49</sup> Bu tanım, 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan 'mülteci' tanımı ile uyumludur.

<sup>50</sup> Bu konuyla ilgili daha fazla bilgi almak için bkz. FIFA Minor Player Application Guide (2017) <[https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/86/35/28/protectionofminors%E2%80%9393%E2%80%9Cminorplayerapplicationguide%E2%80%9D\\_neutral.pdf](https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/86/35/28/protectionofminors%E2%80%9393%E2%80%9Cminorplayerapplicationguide%E2%80%9D_neutral.pdf)> Erişim Tarihi 15 Eylül 2019.

<sup>51</sup> Örneğin bu konu Türk hukukunda fiil ehliyetini düzenleyen Medeni Kanun hükümlerine tabidir. Buna göre 18 yaş altındaki oyuncuların imzaladıkları sözleşmeler, ancak yasal temsilcilerinin imzalarıyla birlikte geçerlilik kazanabilmektedir. İngiliz sözleşme hukukuna göre de sözleşme ile hukuki yükümlülük altına girebilmek için yaş sınırı 18'dir ve bu yaşın altında yasal temsilcinin onayı gerekmektedir. Ancak 18 yaşını dolduran bir oyuncu sözleşmeyi feshetme yetkisi kazanmaktadır. Bu konudaki İngiliz hukuku düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas Barnard 'Legal and regulatory considerations of minors in sport' (2015) lawinsport.com <<https://www.lawinsport.com/topics/item/legal-and-regulatory-considerations-of-minors-in-sport>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2019.

<sup>52</sup> Daha fazla bilgi için bkz. <<https://www.fifatms.com/about-us/>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2019.

## 2. Akademilerdeki Küçüklerin Tescil Edilmesi ve Bildirilmesi

FSTT'in 19bis maddesi uyarınca hukuki, finansal ya da fiili bağlantılar ile akademi işleten kulüpler akademilerine katılan bütün küçükleri, akademinin faaliyet gösterdiği bölgedeki federasyona bildirmek zorundadırlar. Diğer yandan, federasyonlar da herhangi bir kulüple hukuki, finansal ya da fiili bağlantısı olmaksızın kendi bölgelerindeki bütün akademilerin bütün futbolcularını ve idman amaçlı akademiye katılan bütün küçükleri federasyona bildirdiklerinden emin olmalıdırlar. Ayrıca, federasyonlar kendi bölgelerindeki kulüpler ve akademiler tarafından kendilerine bildirilen küçük futbolcuların isim ve doğum tarihlerinden oluşan bir sicil tutmak zorundadırlar.

## 3. Uluslararası Transfer Sertifikası (UTS)

Bütün uluslararası transferler için en temel gereksinim futbolcunun eski federasyonu tarafından yeni kulübünün içinde yer aldığı bölgenin bağlı olduğu federasyona çıkarılan Uluslararası Transfer Sertifikasıdır (UTS). FSTT'nin 9.1. maddesi uyarınca UTS çıkarılmadan yeni kulübün futbolcuyu kaydetmesi mümkün değildir. UTS, küçük futbolcuların uluslararası transferinde de aranan bir belgedir. UTS'nin fonksiyonlarından biri 12 ile 23 yaş arasındaki genç futbolculara, ilk profesyonel sözleşmelerini imzaladıklarında ve daha sonraki her profesyonel transferlerinde 23 yaşını dolduruncaya kadar ödenen yetiştirme tazminatının hesaplanmasına ve ayarlanmasına yardımcı olmasıdır.

Önceleri, yetiştirme tazminatı ödemeye ilişkin sorumlulukta minimum yaş limiti olduğu için 12 yaş altındaki futbolcuların uluslararası transferlerinde UTS çıkarılmıyordu.<sup>53</sup> Bununla birlikte, 12 yaş altındaki çocuk futbolcuların uluslararası transferlerinde ciddi bir artış gözlemlenince FIFA, 1 Mart 2015'ten itibaren geçerli olmak üzere UTS gerekliliği için yaş sınırını 10 yaşa indirmiştir. Bu değişiklik FSTT'nin 9.4. maddesindeki sözel ifadeye de yansımıştır. Sonuç olarak, UTS'nin yeni yaş limiti yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ulusal federasyonlar, 10 yaş ve üzerindeki çocuk futbolcuların uluslararası transferleri ve ilk tescilleri için Alt-Komiteenin onayını almakla yükümlü hale gelmişlerdir.

Kural değişikliği ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir nokta, FIFA'nın değişiklik bildirisinde ulusal federasyonların küçük futbolcuların korunmasına ilişkin düzenleyici kurallara saygı gösterilmesini sağlamakla görevli olduklarını yeniden vurgulamış olmasıdır. Ayrıca, 10 yaş altındaki küçükler için UTS ve Alt Komite onayı gerekmeyişi halde, uluslararası transfer ve ilk tescillerinde FSTT'nin 19.2. maddesindeki istisnaların gerektirdiği şartların karşılanmış olması gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur.

<sup>53</sup> Serhat Yılmaz 'Protection of Minors: Lessons About the FIFA RSTP from the recent Spanish Cases at the Court of Arbitration for Sport' (2018) The International Sports Law Journal < <https://doi.org/10.1007/s40318-018-0126-y> > Erişim Tarihi 11 Ağustos 2019.

#### 4. Futbolcuların Tescili

Usule ilişkin olarak küçük futbolculara uygulanan son önemli kural, FSTT'nin 5.1. maddesi uyarınca profesyonel veya amatör olarak bir kulübe bağlı oynayabilmeleri için tescil koşulunu gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Tescil, her futbolcunun organize futbola katılabilmesi için bir ön koşuldur. FSTT'nin tanımlar bölümünde organize futbol "FIFA'nın, konfederasyonların, federasyonların veya onlar tarafından yetkili kılınmış diğer kuruluşların gözetim ve denetimleri altında düzenlenen altında düzenlenen kurumsal futbol olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda küçükler de organize futbola katılabilmek için bağlı oldukları kulüplerin ya da akademilerin içinde yer aldığı bölgedeki federasyona tescil edilmek zorundadırlar.

##### *i. Barcelona, Real Madrid, Atletico Madrid ve Chelsea Davaları*

2013 yılından itibaren FIFA'nın Barcelona, Real Madrid ve Atletico Madrid kulüplerine karşı açtığı soruşturmalar, devamındaki hukuki süreç ve sonrasında gelen CAS kararları<sup>54</sup>, hem yukarıda bahsi geçen usule ilişkin kuralların hem de esasa ilişkin kuralların nasıl yorumlanıp uygulandığı konusunda büyük öneme sahiptir. FIFA'nın söz konusu üç İspanyol kulübü ve bağlı oldukları İspanyol Futbol Federasyonu- The Real Federacio Espanola de Futbol (RFEF)'a açtığı soruşmayı FSTT'nin 5, 9, 19, 19.1, 19.3, 19 bis.1, 19 bis.6, 19.4 maddeleri ile 2. ve 3. eklerinde yer alan hükümlerin ihlal edilmesine dayandırmıştır. *Barcelona* Davasında 31, *Real Madrid* Davasında 70, *Atletico Madrid* Davasında 221 çocuk soruşturma konusu olmuş ve kulüpler FIFA Disiplin Komitesi tarafından iki transfer sezonunda ulusal ve uluslararası düzeyde oyuncu tescil etme yasağı ve yüksek para cezası yaptırımlarına maruz kalmışlardır.

Barcelona, Real Madrid ve Atletico Madrid, FIFA Disiplin Komitesi tarafından verilen cezai yaptırım kararları hakkında CAS'a temyiz başvurusunda bulunmuşlardır. Futbolcuların federasyonlar nezdinde tescili hakkındaki 5. madde ile kulüplerle bağlantılı akademilerde oynayan küçüklerin tescili hakkındaki 19bis hükümleri, her üç kulübün iddialarına temel oluşturan iki ortak husustur. Bu iddialar İspanya'nın anayasal sistemi ve yürürlükteki spor düzenlemeleri ile ilgilidir. Kulüplerin iddiasına göre İspanya'da lisans çıkarma prosedürü devletin bölgesel organizasyonuna göre yapılmaktadır. Gerçekten de RFEF ile birlikte 17 bölgesel federasyon sisteme entegredir ancak her birinde RFEF'in bir temsilcisi bulunmaktadır.<sup>55</sup> Bu anlamda İspanya her birinin ayrı federasyonu olan 17 otonom bölgeye ayrılmıştır. Örneğin, Katalonya Bölgesi için Federacion Catalan, Madrid Bölgesi için Federacion Madrilenas gibi. İspanyol

<sup>54</sup> CAS 2014/A/3793 *Futbol Club Barcelona v FIFA*; CAS 2014/A/3813 *Real Federacion Espanola de Futbol v FIFA*; CAS 2016/A/4785 *Real Madrid Club de Futbol v FIFA*.

<sup>55</sup> Enric Ripoll Gonzales, 'The Transfer of minors and the need for legal certainty- Analysis of the Barcelona, Real Madrid & Atletico Madrid CAS Awards' (2018) lawinsport.com, 5 <<https://www.lawinsport.com/topics/item/the-transfer-of-minors-and-the-need-for-legal-certainty-analysis-of-the-barcelona-real-madrid-atletico-madrid-cas-awards#references>> Erişim tarihi: 15 Ekim 2019.

hukuk sistemi kulüplere takdir yetkisi bırakmadığı için kulüpler, kendi bünyelerindeki küçüklerin tescil işlemlerini ilgili oldukları bölgesel federasyonlara yaptırmışlardır. RFEF temsilcileri Barcelona'nın iddialarını destekleyerek, 19bis hükmü kapsamında, ulusal düzeyde futbol oynamayan futbolcuları tescil etmediklerini, küçükler için bir sicil dahi tutmadıklarını ifade etmiştir. Nitekim 19bis maddesi bir kulüple bağlantılı akademilere devam eden küçüklerin akademinin bulunduğu bölgedeki federasyona bildirilmeleri gerektiğini belirtmiş ancak bunun nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenleme getirmemiştir. İspanyol kulüpleri de kendi akademilerine katılan küçükler için kendi bölgesel federasyonlarına lisans başvurusu yaptıklarında 19bis hükmünde yer alan bildirim şartını da yerine getirdiklerini sanmışlardır.

CAS, kulüplerin 5. madde bağlamında yaptıkları itirazı haklı bularak İspanya'nın siyasi ve hukuk sisteminin, oyuncuların doğrudan RFEF'e tescil edilmelerini engellediğini ve hukuki yükümlülüklerine uygun davranan kulüplerin bundan sorumlu tutulamayacaklarına karar vermiştir. Bununla birlikte CAS, FSTT'nin 19bis hükmü bakımından aynı yolu takip etmemiştir. *Barcelona* Davasındaki CAS Paneline göre "*FSTT'nin 19bis maddesinde akademilerine katılan küçükleri federasyonlarına bildirme yükümlülüğü, tescil yükümlülüğünden farklıdır. Bu nedenle de bir oyuncuyu tescil ettirmekle kulüp otomatik olarak 'bildirim' yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmayacaktır.*"<sup>56</sup>

FSTT'nin UTS hakkındaki 9. ve yabancı oyuncuların tescili hakkındaki 19. maddelerinin ihlali konusunda ise daha farklı bir durum söz konusudur. Yukarıda değinildiği üzere 2015 yılına kadar 12 yaşın üstündeki küçükler için talep edilen UTS, 2015 yılından itibaren 10 yaş üstü çocuklar için talep edilmeye başlanmıştır. Ancak bu değişiklikten önce, 2005 yılında, FSTT'nin uygulanmasına yönelik olarak resmi bir yorum metni yayınlayan FIFA, bu metinde FSTT'nin içeriğinin 12 yaş altı küçükler için uygulanmayacağına dair bir ifadeye yer vermiştir. Her ne kadar bu yorum metni hukuki bağlayıcılığa sahip değilse de resmi bir metin olduğu için uygulamada karışıklığa neden olmuş, bunu uluslararası transfer yasağının 12 yaş altı çocuklara uygulanmayacağı şeklinde yorumlayan kulüpler, FIFA'ya göre 9. maddeyi ihlal etmişlerdir. Oysaki 2014 yılında Real Madrid Kulübüne bir mektup gönderen RFEF, 12 yaş altındaki küçüklerin transferi ve tescili için ne kendisinin ne de FIFA'nın onayının gerekli olduğunu belirtmiştir. CAS, *Barcelona* ve *Atletico Madrid* Davalarında 12 yaş altındaki küçük futbolculardan UTS istenmemesinin, uluslararası transfer yasağının bu oyunculara uygulanmayacağı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. *Real Madrid* Davası'ndaki tek hakem ise sunulan değililer ve iddialar karşısında 12 yaş altı küçük futbolcular için gerek FIFA gerekse ulusal federasyonlar bakımından herhangi bir prosedür olmadığına karar vererek Real Madrid hakkındaki kararın buna göre düzeltilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

<sup>56</sup> CAS 2014/A/3793 *Fútbol Club Barcelona v FIFA*, Award of 24 April 2015, para.100.

Bu bağlamda *Vada Davası*'nın<sup>57</sup> yeniden hatırlanmasında fayda vardır. Yukarıda AB-AEA istisnasının uygulanması bakımından değerlendirilen bu davada 15 yaşındaki Valentin Vada'nın anne ve babasının, futbola ilgisi olmayan bir sebeple yabancı bir ülkeye taşındığı tam olarak kanıtlanamadığından FIFA Alt Komitesi, FC Girondins de Bordeaux kulübüne transfer olmasını reddetmişti. Oysaki FIFA, Valentin'in 12 yaşından küçük olan erkek kardeşinin tesciline karşı çıkmamıştı.<sup>58</sup> Bu bağlamda aynı usul hükümleri hakkında, yaklaşık aynı tarihlerde görülen *Barcelona*, *Real Madrid* ve *Atletico Madrid* Davalarında çelişkili kararlar çıkması spor otoriteleri, kulüpler ve hukukçular nezdinde hukuki güvenlik açısından endişe yaratmıştır. Aslında CAS da hukuki güvenlik ve istikrar ilkesini önemsemekte, bunu kararlarında sık sık vurgulamaktadır. Örneğin, Fenerbahçe Spor Kulübü ile ilgili bir kararında hukuki güvenliğin, diğerlerinin yanında, uygulanacak hükmün, içeriği ve yer yönünden uygulama kapsamı bakımından yeterince açık olmasını gerektirdiğini belirtmiştir.<sup>59</sup>

*Barcelona*, *Real Madrid* ve *Atletico Madrid* Davalarını takiben, FIFA başta 19. madde olmak üzere küçük futbolcuların korunmasına ilişkin FSTT hükümlerini ihlal ettiği iddiası ile İngiliz Chelsea Futbol Kulübü ve İngiliz Futbol Federasyonu (The Football Association)'na karşı soruşturma başlatmıştır.<sup>60</sup> Uzun bir soruşturma sürecinin sonunda, 22 Şubat 2019 tarihinde FIFA Disiplin Komitesi, FFTS'nin 19, 5, 9 ve 18bis<sup>61</sup> maddelerinin 29 küçük futbolcu bakımından ihlal edildiğine karar vermiştir. *Chelsea Davası*'nı, İspanyol Kulüplerine karşı açılan önceki davalardan ayıran temel farklardan biri 5. maddenin uygulanması bakımındandır. Hatırlanacağı üzere 5. madde sadece tescilli futbolcuların organize futbola katılabilecekleri hakkındadır. Oysa *Chelsea Davası*nda haklarında 19. maddenin ihlal edildiği iddia edilen küçüklerin çoğunluğu kulüp tarafından deneme sürecinde tutulan ve bu nedenle tescil ettirilmeyen oyunculardır. Ancak FIFA, deneme sürecinde olsalar da bu futbolcuların dahil oldukları durumun organize futbol kapsamında olduğu ve hatta bu oyuncuların resmi maçlara katıldıkları kanaatine varmıştır. *Barcelona Davası*'nda ise aynı durumda olan küçük futbolcular için ihlal kararı çıkmamıştır. Chelsea Futbol Kulübü'nün 7 Temmuz 2019 tarihinde FIFA Temyiz Komitesi'nin kararına karşı CAS'a yaptığı başvurunun sonucu merakla beklenmektedir.

<sup>57</sup> TAS 2012/A/2862/ *FC Girondins de Bordeaux v FIFA* 11 January 2013 (Vada II).

<sup>58</sup> CAS 2016/A/4785 *Real Madrid Club de Futbol v FIFA*, para.55.

<sup>59</sup> CAS 2013/A/3256 *Fenerbahçe Spor Kulübü v UEFA*, award of 11 April 2014.

<sup>60</sup> Süreçle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Despina Mavromati and Jake Cohen, 'International transfer of minors in football- key takeaways and procedural issues from Chelsea & the FA v. FIFA' (2019), lawinsport.com, <<https://www.lawinsport.com/topics/item/international-transfer-of-minors-in-football-key-takeaways-and-procedural-issues-from-chelsea-the-fa-v-fifa>> Erişim Tarihi 14 Eylül 2019.

<sup>61</sup> FSTT 18bis maddesi, üçüncü kişilerin kulüpler üzerindeki etkisi hakkındadır. Bu maddenin 1. paragrafında yer alan ifade şöyledir: "Hiçbir kulüp, diğer kulüp veya kulüplerle veya üçüncü kişilerle iş ve transfer ilişkisi çerçevesinde bağımsızlığını, politikasını ve takımlarının performansını etkileme imkanı tanıyacak şekilde bir sözleşmesel ilişkiye giremez."

## Sonuç

Toplumun kendisi göç, küreselleşme, teknoloji gibi farklı ekonomik ve sosyal nedenlerle hızla evrilirken “çocuk hakları” kavramı da, ulusal, bölgesel ve uluslararası hukuk çerçevesinde bir evrim geçirmekte, her geçen gün bu haklara yenileri eklenmektedir. Bu bağlamda başta BMÇHS olmak üzere, çocuk haklarını koruyan ve düzenleyen uluslararası insan hakları sözleşmelerinin spor hukuku alanında da etki ve yansımalarının görülmesi sürpriz değildir. Özellikle FIFA'nın 2000'li yılların başından itibaren gösterdiği çaba günümüzde meyvelerini vermeye başlamış, çocukların uluslararası transferleri ve ilk tescilleri ile ilgili getirilen hukuki düzenlemeler ve bu alanda TES'in de devreye girmesi ile birlikte artan şeffaflık çocuk istismarlarının azalmasında önemli rol oynamıştır.

FSTT kapsamında, çocuk korumasına yönelik olarak kulüplere, akademilere ve ulusal federasyonlara yüklenen ciddi görev ve sorumluluklar FIFA tarafından oluşturulan kuralların kağıt üzerinde kalmayıp etkin biçimde uygulamaya geçmesine katkıda bulunmuştur. Ancak, kasten, ihmal sonucunda ya da iç hukuklarındaki farklı düzenlemeler nedeniyle hala bazı futbol kulüplerinin ve ulusal federasyonların FSTT'nin 19. maddesindeki yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmedikleri ya da 19.2 maddesinde yer alan istisnaları dolanmaya çalıştıkları vakalara rastlanması mümkündür. Nitekim yakın zamanda İspanyol kulüplerinden Barcelona ve Real Madrid ile İspanyol Futbol Federasyonu'na verilen ağır cezalar bu durumun en çarpıcı örneklerindedir.<sup>62</sup>

Her şeye rağmen özellikle küçük futbolcuların uluslararası transferlerinin ve ilk tescillerinin FIFA Alt-Komitesinin denetim ve onayına tabi tutulması bu alanda görülen davaların sayısında önemli bir azalmaya sebep olmuştur. Afrika, Latin Amerika ve Asya ülkelerindeki yetenekli gençler daha iyi bir yaşama kavuşmak ve daha büyük fırsatlar elde edebilmek için Avrupa kıtasına akmaya devam edeceklerdir; ancak bütün bu akının içinde çocukların daha iyi ve etkin korunuyor olmaları futbolun her zaman “iyi oyun” olarak kalmasına hizmet edecektir. Unutulmamalıdır ki yeterli koruma tedbiri alınmadığı için bir çocuk zarar gördüğünde, bundan sadece çocuk ve yakın çevresi değil bütün spor dünyası yara almaktadır.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

<sup>62</sup> CAS 2014/A/3793 *Futbol Club Barcelona v FIFA*; CAS 2014/A/3813, *Real Federacion Espanola de Futbol v FIFA*; CAS 2016/A/4785 *Real Madrid Club de Futbol v FIFA*.

## Bibliyografya/Bibliography

- Armstrong, G, 'The Migration of the Black Panther: An Interview with Eusebio of Mozambique and Portugal' in Armstrong G. ve Giulianotti R. (eds), *Football in Africa: Conflict, conciliation and community* (Basingstoke and New York: Palgrave Macmillan 2004).
- Barnard T, 'Legal and regulatory considerations of minors in sport' (2015) lawinsport.com <<https://www.lawinsport.com/topics/item/legal-and-regulatory-considerations-of-minors-in-sport>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2019.
- Başar F, 'Avrupa Birliği Hukuku ve Uluslararası Hukukta Çocukların Göç ve İlticaya İlişkin Hakları' (2019) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi 2 (2) 7-38.
- Commission of the European Communities, White Paper on Sport, COM (2007) 391 final.
- David P, *Human Rights in Youth Sport* (Routledge 2004).
- Darby P, 'Out of Africa: The Exodus of Elite African Football Talent to Europe' (2007) 10, Working USA: The Journal of Labor and Society 56-75.
- Donnelly P and Petherick L, 'Workers' Playtime? Child Labour at the Extremes of the Sporting Spectrum' (2004) 7 (3) Sport in Society 49-57.
- Eliasson I, 'The Gap Between Formalised Children's Rights and Children's Real Lives in Sport' (2015), International Review for the Sociology of Sport 52.
- FIFA Circular No.1542, Amendments to the Regulations on the Status and Transfer of Players. 1 June 2016, <[https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/79/97/47/circularno.1542-amendmentstotheregulationsonthestatustsandtransferofplayers\\_neutral.pdf](https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/79/97/47/circularno.1542-amendmentstotheregulationsonthestatustsandtransferofplayers_neutral.pdf)> Erişim Tarihi 18 Ekim 2019.
- FIFA, Circular No. 769, 24<sup>th</sup> August 2001, [https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/ps\\_769\\_en\\_68.pdf](https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/ps_769_en_68.pdf) (Son erişim tarihi, 05.08.19).
- FIFA Minor Player Application Guide,23.02.2017 <[https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/86/35/28/protectionofminors%E2%80%93%E2%80%93Cminorplayerapplicationguide%E2%80%93D\\_neutral.pdf](https://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/86/35/28/protectionofminors%E2%80%93%E2%80%93Cminorplayerapplicationguide%E2%80%93D_neutral.pdf)> Erişim Tarihi: 15.09.2019.
- FIFA, Transfer Matching System, Global Transfer Market Report 2018, Men's Football, A Review of All Football Transfers in 2018, s. 41 <[https://www.fifatms.com/wp-content/uploads/dlm\\_uploads/2019/01/fifa\\_tms\\_gtm\\_men\\_A4\\_online\\_f01.pdf](https://www.fifatms.com/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/01/fifa_tms_gtm_men_A4_online_f01.pdf)> Erişim Tarihi 30.09.2019.
- Gonzales E R, 'The Transfer of minors and the need for legal certainty- Analysis of the Barcelona, Real Madrid & Atletico Madrid CAS Awards' (2018) lawinsport.com, 5 <<https://www.lawinsport.com/topics/item/the-transfer-of-minors-and-the-need-for-legal-certainty-analysis-of-the-barcelona-real-madrid-atletico-madrid-cas-awards#references>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2019.
- Mavroti D. and Cohen J, 'International transfer of minors in football- key takeaways and procedural issues from Chelsea & the FA v. FIFA' (2019) lawinsport.com, <<https://www.lawinsport.com/topics/item/international-transfer-of-minors-in-football-key-takeaways-and-procedural-issues-from-chelsea-the-fa-v-fifa>> Erişim tarihi: 14 Ekim 2019.
- Malkin, K., Johnston L. and Brackenridge, C. 'A Critical Evaluation of Training Needs for Child Protection in UK Sport, Managing Leisure' (2000), (5) 3 151-160 <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13606710050084847?needAccess=true>> Erişim tarihi 3 Mayıs 2019.
- Minderhoud and Oosterom-Staples H, 'Obstacles to free movement of young workers', European network on free movement of workers' (2011) 4, <[https://www.ru.nl/publish/pages/714304/obstacles\\_to\\_free\\_movement\\_of\\_young\\_workers.pdf](https://www.ru.nl/publish/pages/714304/obstacles_to_free_movement_of_young_workers.pdf)> Erişim Tarihi 11 Ekim 2019.
- Murray B. *The World's Game- A History of Soccer* (University of Illinois Press 1998).



- Simmons R. 'Protection of Minors vs. European Law' (2010) 1, European Sports Law and Policy Bulletin-The Bernard Case-Sports and Training Compensation, Sports Law and Policy Centre.
- Turner M and McCrory P, 'Child protection in sport' (2004) British Journal of Sports Medicine <<https://bjsm.bmj.com/content/bjsports/38/2/106.full.pdf>> Erişim tarihi 15 Ekim 2019.
- United Nations (UN), Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation (2012) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, New York.
- Yılmaz S. 'Protection of Minors: Lessons About the FIFA RSTP from the recent Spanish Cases at the Court of Arbitration for Sport' (2018), The International Sports Law Journal, <https://doi.org/10.1007/s40318-018-0126-y> Erişim Tarihi 11 Ağustos 2019.





# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 08.10.2019  
Revizyon Talebi: 05.11.2019  
Son Revizyon Tarihi: 20.11.2019  
Kabul: 20.12.2019

## Ticaret Unvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri -Karşılaştırmalı Bir İnceleme-\*

Mehmet Emin Bilge\*\* , Rauf Karasu\*\*\* , Abdullah Altıntaş\*\*\*\* , Hakan Koçak\*\*\*\*\*

### Öz

Ticaret unvanı, tacirlerin ticari ilişkilerinde kendilerini tanıtmak amacıyla kullandıkları isimlerdir. Ticaret unvanlarının tescil süreci ve usulü, unvan sahibinin, unvan sahibi dışındaki ilgili kişilerin ve kamunun menfaatini korumak için gerekli özelliklere sahip olmalıdır. Bu incelemenin konusu, Türk hukukunda ticaret unvanlarının tescil sürecini incelemek, tescil sürecinde yaşanan sorunları tespit etmek ve bu sorunların çözümü için önerilerde bulunmaktır. Çözüm önerileri konusunda doktrinde ileri sürülen görüşlerden ve karşılaştırmalı hukuktaki hukuki düzenlemelerden yararlanılmaktadır.

Bu makale iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, unvanların tescil edilme süreci açıklanmaktadır. Bu kapsamda, ticaret unvanının yapısına, tescil edilmesine ilişkin genel esaslara, tescil edilebilecek ad ve işaretler ile tescilli yasak veya izne tâbi olan ad ve işaretlere değinilmektedir. İkinci bölümde, ticaret unvanlarının tescil süreci, ticari ad ve işaretlerin korunması açısından değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, tescil süreci, önceki tescilli ticaret unvanları ile diğer ticari ad ve işaretler yönünden incelenmektedir. Ayrıca her bölümde Türk hukukundan farklılaşan yönleri esas alınarak karşılaştırmalı hukukta ilgili konuya ilişkin hukuki düzenlemelere, uygulamalara ve öğretilerdeki görüşlere de yer verilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Ticaret unvanı, Ticaret sicili, İltibas, MERSİS, Tescil

### Problems in the Registration of Trade Names and Proposals for These Problems

### Abstract

A trade name is the name used to identify merchants from others in their business operations. The registration procedure of trade names shall have the necessary features to protect the interests of the merchant, other relevant persons and the public. The subject of this article is to examine the registration procedure of trade names in Turkish law; to identify problems emerging during the registration process and to propose solutions for these problems. In this regard, opinions in academic studies and the regulations in comparative law are considered.

This article consists of two parts. In the first part, the registration procedure for trade names is explained. In this context, the structure of trade names, general principles of registration, names and signs, which are freely registrable, prohibited, or subject to permission in trade names are mentioned. In the second part, the registration process of trade names is

\* Bu makale, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi BAP Koordinatörlüğünün desteği ile yürütülen SBA-2017-153 numaralı kapsamlı araştırma projesi sonucunda üretilmiştir.

\*\* **Sorumlu Yazar:** Mehmet Emin Bilge (Prof. Dr.), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: mehmetemin.bilge@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-2586-6199

\*\*\* Rauf Karasu (Prof. Dr.), Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: raufkarasu@hacettepe.edu.tr ORCID: 0000-0002-9284-3480

\*\*\*\* Abdullah Altıntaş (Arş. Gör.), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: abduallah.altintas@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-1387-3746

\*\*\*\*\* Hakan Koçak (Arş. Gör.), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: hakan.kocak@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-9591-028X

**Atf:** Bilge ME, Karasu R, Altintas A ve Koçak H, "Ticaret Unvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri -Karşılaştırmalı Bir İnceleme-" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 773. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0010>

evaluated concerning the protection of trade names and signs. Within this framework, the registration process is examined in terms of previous registered trade names and other trade names and signs. In addition, as based on the differentiating features from Turkish law, each title includes the regulations, practices and opinions in academic studies in comparative law.

**Keywords**

Trade name, Trade Register, Confusion, MERSİS, Registration

***Extended Summary***

The registration procedure of trade names shall have the necessary features to protect the interests of the merchant, other relevant persons and the public. The registration procedure should have the characteristic of being not only quick and economic but also protective against any violation to the interest of right owners. In this regard, we recommend the following issues be taken into consideration in order to make the registration process and protection of trade names more qualified in Turkish law:

1. Once the principles and exemptions regarding signs and words that are prohibited or available with authorization should be legislated in TCC number of 6102. Thereafter, Administrative regulation should specify this issue by taking into consideration the principles and exemptions in TCC because there are a number of trade names in practise which use signs and words having natural, cultural or religious values. The commercialization of these words or their use in trade names may cause floccinaucinihilipilification of their worth. Therefore, the words and signs that express national, cultural or religious value need to be determined by regulation and their use in trade names should be prohibited.

2. The usable words only with authorization in trade names should be more detailed. Otherwise, the uncertainties in the current regulations should be clarified. To illustrate, it is unclear whether the translated versions of the words specified in TCC art. 46/3 are exempted from authorization or not. Another example is that the Trade Name Regulation (Official Gazette 14.02.2014, S. 28913.) art. 4/4 exempts some merchants from taking authorization, who should use the words subject to authorization because his/his shareholder name is supposed to be used. However, associations of ship owners are not stated in this exemption while the shareholder's name is required in the trade name of association of ship owners.

3. Art. 4/6 of the Trade Name Regulation states that country names could be used in trade names on condition of the related country's permission. Likewise, the names of geographical places are freely usable. We supposed that these statements be legislated in TCC or TCC state that this issue is regulated by secondary administrative acts. Besides, when country names are also used as a product name, a phrase or a

geographical place name, it is needed to clarify under such circumstance that the permission of that country is required.

4. The practice as to registrar's making changes on registered trade names should be regulated. Similarly, if court decisions regarding changing a trade name may not be applicable because of the character of MERSIS (Central Registration System), the application process of the court decision should be regulated.

5. The qualification for identity and similarity assessment between registered names and trade name application are far from providing adequate protection for trade names. Hence, art. 5 of the Trade Names Regulation which differentiates the evaluation for identity and similarity should be revised by taking into consideration the principles of TCC. The trade name query system in MERSİS and TTSG (Turkey Commercial Registry Gazette) should have a qualification to show registered trade names which are too similar. By the time a system automatically assesses similarity and identity rate is arranged, it is necessary to envisage a detailed regulation regarding similarity assessment in order to ensure uniformity and legal certainty. In this regard, considering the regulation in England may be useful. In addition, to provide qualified protection for registered trade names, two issues shall be regulated. Firstly, the right owners of registered trade names should have a right to object to an application of registration. Secondly, the registrar should have an authorization to make a change to trade names. In this regard, registrars should have a "too similarity assessment" authority and any similarity objection should be evaluated by a conflict resolution centre.

6. The provision in art. 6/6 of SMK (Industrial Property Act) number of 6769 should be accepted for trade names by considering the registration procedure of trade names. In this regard, right owners on other commercial names may object to the registration of trade names to the same conflict resolution centre that the registered trade name owners object as well.

7. Competent authorities for trade names and TÜRKPATENT do not cooperate in the evaluation of registry application as to whether the application violates registered trademarks, trade names and business names or vice versa. Additionally, there is no registry for business names. It could be useful to improve cooperation among competent registration authorities of trade names and intellectual property rights.

## Ticaret Unvanlarının Tescili Aşamasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri -Karşılaştırmalı Bir İnceleme-

### Giriş

Ticaret unvanı, tacirlerin ticari ilişkilerinde kendilerini tanıtmak amacıyla kullandıkları isimlerdir<sup>1</sup>. Niteliği itibarıyla ticaret unvanları, sınai mülkiyet hakları arasında yer almaktadır<sup>2</sup>. Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi md 8'e göre, Sözleşme'ye üye olan devletler<sup>3</sup>, ticaret unvanlarına koruma sağlamakla yükümlüdürler<sup>4</sup>. Bu kapsamda, unvanın korunması için tescil edilme şartı aranmamalıdır. Nitekim Türkiye de dâhil birçok ülkede unvanın tescili hak sahipliği yönünden kurucu bir etki doğurmamaktadır. Buna karşılık, birçok ülkede hukuki belirliliğin sağlanması ve ticari hayatta düzenin korunması amacıyla, tacirlere, ticaret unvanlarını tescil ettirme yükümlülüğü getirilmekte<sup>5</sup> ve ticari işlerinde unvanlarını kullanmaları aranmaktadır<sup>6</sup>. Ticaret unvanının tescil edilmesi halinde, unvanın korunmasına ilişkin özel başvuru yolları veya Paris Sözleşmesi gereği ticaret unvanlarına sağlanan korumadan daha kapsamlı bir koruma öngörülebilmektedir.

Ticaret unvanlarının tescil süreci ve usulü, unvan sahibinin, unvan sahibi dışındaki ilgili kişilerin ve kamu menfaatinin korunması için gerekli özellikleri taşımalıdır. Örneğin, tescil süreci hem hızlı ve ekonomik bir niteliğe hem de unvan sahibi dışındaki kişilerin hak ve menfaatlerinin ihlal edilmesini önlemek için gerekli standartlara sahip olmalıdır.

<sup>1</sup> Benzer yönde tanımlar için bkz Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019) 397; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (23. Baskı, BTHAE Yayınları, 2017) 271; Rıza Ayhan ve Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku* (11. Baskı, Yetkin, 2018) 292; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku* (18. Baskı, Beta, 2017) 129; Aynur Yongalık, "Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler -Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme" (2009) 21(3) BATİDER 5; Fatih Aydoğan, "Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum - Değişiklik (Madde) Önerisi-İtiraz Yolu Ve/Veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi" (2013) 71(2) İÜHFMD 30; Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, "Ticaret Unvanının Korunması" (2006) 14(2) SÜHFD 120; Şaban Kayhan, *Ticari İşletme Hukuku* (5. Baskı, Seçkin, 2018) 171.

<sup>2</sup> Rauf Karasu (Cahit Suluk ve Temel Nal), *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin, 2019) 373; Ayhan ve Çağlar (n 1) 281. Bir görüşe göre, ticaret unvanının kullanılması veya tescilli tacirin menfaatinden ziyade kamunun menfaatinin koruma amaçlıdır. Bu nedenle, ticaret unvanları klasik anlamda bir sınai mülkiyet hakkı değildir, bkz Matthew J. Eslmore ve Karsten Engsig Sorensen, "Company Names and Company Mobility in the Internal Market: How to Balance the Interests of the Holders of Name Rights and the Freedom of Establishment" (2009) 20(6) European Business Law Review 869-870; Saleem Sheikh, *A Guide to the Companies Act 2006* (Routledge Cavendish, 2008) 285.

<sup>3</sup> Sözleşme'ye taraf devlet sayısı 177'dir. Türkiye, Paris Sözleşmesi'ne taraf olmayı Lozan Anlaşması'na ek Ticaret Anlaşması md 14 ile taahhüt etmiş ve Ticaret Anlaşması'nı 342 sayılı Kanun ile onaylamıştır, bkz. RG 10.09.1923, S. 22. Türkiye, 10.10.1925 tarihinden beri Sözleşme'ye taraftır, bkz <[https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=2](https://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2)> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>4</sup> Sözleşme metnine ulaşmak için bkz <[https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=288514](https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514)> Erişim Tarihi 21.08.2019. Ayrıca TRIPS Anlaşması md 2/1'e göre, TRIPS Anlaşması'na taraf olan ülkeler de Paris Sözleşmesi md 8 uyarınca ticaret unvanlarına koruma sağlamakla yükümlüdürler, bkz. <[https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf)> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>5</sup> Örneğin, TTK md 40/1'e göre, tacir ticari işletmesini açmasını müteakip on beş gün içinde ticaret unvanını tescil ettirmek için sicil müdürlüğüne başvurmalıdır. Diğer ülkelerdeki benzer düzenlemeler için bkz. Alman Ticaret Kanunu (*Handelsgesetzbuch*) md 8/1 <<https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html>> Erişim Tarihi 21.08.2019; İngiltere Şirketler Kanunu (*Companies Act 2006*) md 82, <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>6</sup> TTK md 39/1, RG 14.02.2011, S. 27846; Alman Ticaret Kanunu md 37a; İngiltere Şirketler Kanunu md 82 vd.

Bu çalışmada ticaret unvanlarının tescil sürecinde yaşanan sorunlar tespit edilip, doktrinde ileri sürülen görüşlerden ve karşılaştırmalı hukuktaki hukuki düzenlemelerden yararlanılarak, bu sorunların çözümü için önerilerde bulunulacaktır. Bu nedenle çalışmanın bilime ve uygulamaya katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

## I. Ticaret Unvanının Tescili

### A. Tescil Olunabilecek Ad ve İşaretler

#### 1. Genel Esaslar

##### a. Türk Hukukunda

Ticaret unvanında kullanılabilir ad ve işaretlere ilişkin genel esaslar, TTK md 41-46'da düzenlenmektedir<sup>7</sup>. TTK md 46'ya göre, tacir, mevzuatta belirtilmesi aranan ifadelerin dışında çeşitli ad ve işaretlere de unvanında yer verme serbestisine sahiptir. Ancak bu ad ve işaretlerin yanıltıcı olmaması, gerçeğe uygun olması ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir. Ayrıca Tebliğ md 4/3'e göre<sup>8</sup>, unvan, ulusal çıkarlara ve ahlaka aykırı olmamalıdır; kültürel ve tarihi değerleri zedeleyecek şekilde belirlenmemelidir.

Ticaret unvanının yanıltıcı olmaması, tacir hakkında üçüncü kişilerde yanlış bir görünüm oluşturmamasıdır. TTK md 46/1 ve TSY md 44/2'de<sup>9</sup>, tacirin kimliği, işletmenin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında unvanın yanıltıcı olmaması gerektiği öngörülmektedir. Ayrıca TSY md 44/4'e göre, tek başına ticari faaliyetlerini yürüten gerçek kişiler, ticaret unvanlarında bir şirketin var olduğu izlenimini uyandıran ifadelere yer veremezler. Mevzuatta belirtilen bu hususlar, yanıltıcılık açısından örnekseyici niteliktedir.

Ticaret unvanı belirlenirken dikkate alınması gereken bir diğer husus, unvanın gerçeğe uygun olmasıdır. Örneğin, tacirin niteliğine göre, yalan, yanlış veya mesnetsiz bir durumu gösteren unvanlar gerçeğe aykırı olarak değerlendirilmektedir<sup>10</sup>. Ancak unvanda hayali veya farazi ad ve işaretlerin kullanılması, unvanın gerçeğe uygun olması şartına engel değildir<sup>11</sup>. Unvanın gerçeğe aykırı olup olmadığı hususunda tacirin kusuru aranmaz<sup>12</sup>.

Ticaret unvanında gerçeğe uygunluk esastır. Bununla birlikte, TTK'da belirli hallerde unvanın mevcut gerçeğe uygun olması aranmamaktadır. Diğer bir ifadeyle,

<sup>7</sup> RG 14.02.2011, S. 27846.

<sup>8</sup> RG 14.02.2014, S. 28913.

<sup>9</sup> RG 27.01.2013, S. 28541.

<sup>10</sup> Ahmet Fatih Özkan, "Ticaret Unvanlarında Ek Kullanımı" (2018) 4(2) TFM 253.

<sup>11</sup> İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku* (11. Baskı, Seçkin, 2018) 215.

<sup>12</sup> Özkan (n 10) 254.

unvanın sonradan gerçeğe aykırı hale gelmesi durumunda, her durumda unvanın değiştirilmesi gerekmemektedir<sup>13</sup>. Örneğin, TTK md 47’de, unvanda adı geçen tacirin veya ortağın adının sonradan değişmesi halinde unvanın aynı kalabileceği öngörülmektedir. Yine kollektif ve komandit şirketlere veya donatma iştirakine yeni bir ortak alındığında ticaret unvanının değiştirilmeyebileceği düzenlenmektedir.

Unvanın gerçeğe uygun olmaması ile yanıltıcı olması arasında her zaman kesin bir sınır olduğu söylenemez. Ancak bazı durumlarda gerçeğe uygunluk hali unvanın yanıltıcı olmasını engellemektedir. Örneğin, doktorasını tıp dışında bir alanda tamamlamış bir kişi, sağlık sektörüyle ilgili bir alanda faaliyet yürütmek için ticaret unvanında “Dr.” ifadesine yer verdiğinde, unvan gerçeğe uygun ancak tacirin kimliği hakkında yanıltıcı niteliktedir<sup>14</sup>.

Ticaret unvanına ilişkin bir diğer esas, unvanın kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Kamu düzeni kavramının esnek ve değişken niteliği karşısında, kapsamı ve içeriği hakkında nihai bir şey söylemek güçtür. Ancak öğretilerde, devletin ve milletin birliği, bütünlüğü; halkın manevi, ahlaki ve kültürel değerlerinin kamu düzeni kapsamında dikkate alınabileceği ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Ayrıca, 677 sayılı Kanun’da tarikatlarla ilgili bazı kelimelerin kullanımı yasaklandığı için, bu kelimelerin bulunduğu unvanların kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmektedir<sup>16</sup>. Tebliğ md 4/3’te ise, kamu düzeninden bağımsız olarak tarihi ve kültürel değerleri zedeleyen ifadelerin unvanda belirtilemeyeceği öngörülmektedir. Kanaatimizce bu durumu kamu düzenine aykırılık kapsamında mevzuatta gösterilen bir örnek olarak değerlendirmek mümkündür. Ancak uygulamada, milli, manevi veya kültürel değeri bulunan ifadelerin ticaret unvanında kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, “Atatürk”, “Kazım Karabekir”, “Mehmet Akif Ersoy”, “Sultan Alparslan”, “Fatih Sultan”, “Abdülhamit Han”, “Yirmiüç Nisan/23 Nisan”, “Ondokuz Mayıs/19 Mayıs”, “Onbeş Temmuz/15 Temmuz”, “Yirmi dokuz Ekim/29 Ekim”, “Şehit”, “Ayasofya”, “Fuzuli”, “Dede Korkut”, “Yeniçeri”, “Nasrettin Hoca”, “Keloğlan”, “Ulubatlı Hasan”, “Osmanlı”, “Selçuklu”<sup>17</sup>, “Mustafa Kemalpaşa/ Mustafakemalpaşa”<sup>18</sup> “Mevlevi”, “Kadiri” “Nakşibendi”, “Kâbe” ifadelerinin yer aldığı tescilli ticaret unvanları bulunmaktadır.

<sup>13</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayhan ve Çağlar (n 1) 290; Arkan (n 1) 280; Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 1) 418 vd.

<sup>14</sup> Özkan (n 10) 255; Ayhan ve Çağlar (n 1) 294.

<sup>15</sup> Özkan (n 10) 254; Kayar (n 11) 215.

<sup>16</sup> Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (5. Baskı, BTHAE Yayınları, 2018) 186. Bir görüşe göre, 431 sayılı Kanun Ek md 4 gereği, hanedana nispet edilen padişah, şehzade gibi kelimelerin ve 2622 sayılı Kanun md 1-2 gereği “Atatürk” kelimesinin unvanda kullanılması yasaktır, bkz. Ayhan ve Çağlar (n 1) 295. Ancak 431 sayılı Kanun’da söz konusu unvanların belli kişilere nispet edilmesi veya bu kişiler tarafından ticari olmayan bir maksatla kullanılması; 2622 sayılı Kanun’da ise “Atatürk” kelimesinin ad veya soyadı olarak alınması yasaklanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu kanunlar doğrudan bu ifadeleri ticaret unvanı olarak kullanmak açısından bir yasak getirmemektedir.

<sup>17</sup> Selçuklu, aynı zamanda yerel bir idari birimdir. Bu nedenle, Tebliğ md 4/6 bu ifadenin kullanılmasına açıkça izin vermektedir.

<sup>18</sup> Mustafa Kemalpaşa, aynı zamanda yerel bir idari birimdir. Bu nedenle, Tebliğ md 4/6 bu ifadenin kullanılmasına açıkça izin vermektedir.



Kanaatimizce, milli, manevi veya tarihi değer ifade eden kelimelerin örnekseyici olacak şekilde yönetmelik veya tebliğ ile belirlenmesi, bu tür ifadelerin tescil edilmelerini engellemekte fayda sağlayacaktır.

TTK'da dayanağı olmamakla birlikte, Tebliğ, md 4'te de bazı esaslar kabul edilmiştir. Buna göre, unvanda belirtilecek faaliyet alanı ve şirket türüne ilişkin ifadeler Türkçe olmalıdır. Ayrıca, sicilden silinmiş bir unvan, unvanın silinmesine ilişkin ilanın TTSG'de yayımlanmasını müteakip beş yıl geçmedikçe başka bir tacir tarafından ticaret unvanı olarak belirlenmemektedir. Kanaatimizce, bu esasların Kanun ile öngörülmesi daha isabetli olurdu<sup>19</sup>.

### b. Karşılaştırmalı Hukukta

Uluslararası anlaşmalarda ticaret unvanları konusunda ülkelerin yeknesak düzenlemeler öngörmesini arayan hükümler bulunmamaktadır<sup>20</sup>. Bu nedenle, her ülke ticaret unvanları konusunda kendi ihtiyaçlarına göre mevzuatını şekillendirmektedir<sup>21</sup>. Yine de ticaret unvanlarına ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri yeknesak hale gelmiş düzenlemeler ile yeknesaklaşmamış düzenlemeler şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Yeknesak hale gelmiş düzenlemeler aynı içerikte olmasa da aynı yaklaşımla belirlenmiştir. Buna karşılık, yeknesaklaşmamış konularda her ülke, kendi ihtiyaçlarına göre ilgili konuyu hukuki olarak düzenlemiştir<sup>22</sup>.

Yeknesak hale gelen hususlara ilişkin olarak, Türk hukukundaki unvanın gerçeğe uygun olması, yanıltıcı olmaması veya kamu düzenine aykırı olmaması gibi kriterlerin diğer hukuk düzenlerinde de benimsendiği görülmektedir<sup>23</sup>. Ayrıca bir tacirin iflasi veya tasfiyesi nedeniyle unvanının sicilden terkin edilmesi halinde, başka bir kişinin bu unvanı tescil ettirebilmesi için kamu kurumlarının izni<sup>24</sup> veya belli bir sürenin geçmesi<sup>25</sup>

<sup>19</sup> Aynı yönde bkz Can Özbek, *Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması* (Seçkin, 2014) 95.

<sup>20</sup> Juan Carlos Durand Grahammer, "Trademarks, Trade Names and Company Names: Addressing the Issue of Overlapping and Conflicting Rights" (2009) 5(1) *Convergence* 53; AIPPI, *Summary Report Question Q 155 Conflicts between Trademarks and Company and Business Names*, 1 <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>21</sup> AIPPI (n 20) 2.

<sup>22</sup> Ticaret unvanlarına ilişkin düzenlemelerin yeknesaklaşması hususunda, unvanların birden fazla hukuki alanı ilgilendirmesi nedeniyle birçok güçlüğün bulunduğu yönündeki görüş için bkz AIPPI (n 20) 2.

<sup>23</sup> Örnek olarak bkz İsviçre Borçlar Kanunu md 944/1, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html>; Alman Ticaret Kanunu md 18/2; German Group, "Report Q 155" in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* 1, <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019; Eslmore ve Sorensen (n 2) 858.

<sup>24</sup> Singapur Şirketler Kanunu (*Companies Act*) md 27/1A'ya göre, unvan başvurusunda bulunan bu hususta yetkili Bakanlıkta izin almışsa unvanın tescili mümkündür. Bakanlığın izin vermesi durumunda, mevzuatta öngörülen sürelerin geçmesi aranmaz. Kanun metni için bkz. <<https://sso.agc.gov.sg/Act/CoA1967#pr27->> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>25</sup> İngiltere'de bu süre beş yıldır, bkz *Insolvency Act 1986*, md 216, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/section/216>> Erişim Tarihi 21.08.2019. Estonya'da tasfiye edilmiş bir kişiye ait ticaret unvanının ayısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin bir başka kişi tarafından ticaret unvanı olarak tescil edilebilmesi için, tasfiye tarihinden itibaren üç yıl geçmelidir, bkz. Ermo Kosk ve Peeter Lepik, "Estonia" in Frank Dornseifer (ed), *Corporate Business Forms in Europe*, (Stämpfli, 2005) 124. Singapur'da şirketin tasfiyesi, Singapur Şirketler Kanunu 10. Kısımına göre (md. 247 vd) ise söz konusu süre en az 2 yıl; Kanun md 334 veya md 344A'ya göre ise en az altı yıldır. Benzer yönde ayrıca bkz. Singapur Şirketler Kanunu md 27/1A-(d, e).

aranmaktadır<sup>26</sup>. Ancak bu yöndeki düzenlemeler, kanuni dayanağı olmayan ikincil hukuki düzenlemeler ile değil; kanun ile öngörülmektedir<sup>27</sup>.

Yeknesak hale gelmemiş hukuk kurallarının içeriği ülkelerin ihtiyaçlarına göre şekillenmektedir. Örneğin, Malezya ve Singapur’da sicil memuru, ilgili bakanlık tarafından belirlenmiş isimlerin yer aldığı unvan başvurularını reddetme yetkisine sahiptir<sup>28</sup>. Yine bu ülkelerde istenmeyen (*undesirable*) nitelikteki unvan başvurularının sicil memuru tarafından reddedilmesi mümkündür<sup>29</sup>. Kanaatimizce, Türk hukukunda tescil edilmesi yasaklanacak kelimelerin mevzuatta açıkça belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Tescili yasak olan kelimelerin kapsamı hususunda sicil memuruna takdir yetkisi verilmemesi, uygulamada yeknesaklığın sağlanması açısından önem taşımaktadır.

Romanya’da ticaret unvanında yerel idare veya yerel birimlerin adının yer alabilmesi için şirketin o yerde kurulu olması gerekmektedir<sup>30</sup>. Kanaatimizce, Türk hukukunda bu yönde bir düzenleme kabul edilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak sicil memuru, unvanda belirtilen yer adı ile şirketin kurulduğu yer farklı ise unvanın yanıltıcı olup olmadığını iyi incelemelidir.

İngiltere’de şirket unvanlarının hukuka aykırı (*constitute an offence*) veya rahatsız edici (*offensive*) ifadeler içermesine<sup>31</sup>; başka bir şirket yapısına ait olduğu izlenimini uyandıran kelimelerden oluşmasına izin verilmemektedir<sup>32</sup>. Unvanın rahatsız edici olup olmadığını sicil memuru takdir etmektedir<sup>33</sup>. Öğretide, unvanın rahatsız edici niteliğe sahip olup olmadığını ülkeden ülkeye değişebileceği; örneğin, bir ülkede rahatsız edici bulunmayan bir unvanın bir başka ülkedeki dil özellikleri nedeniyle rahatsız edici bulunabileceği ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Türk hukukundaki mevcut

<sup>26</sup> Singapur’da bu yönde bir düzenleme işletme adları açısından da kabul edilmektedir. Buna göre, tescil konusu unvan sicilden terkin edilmiş bir işletme adına benzer ise, unvanın tescili için işletme adının sicilden silinmesinin üzerinden en az bir yıl geçmelidir, bkz. Singapur Şirketler Kanunu md 27/1A-(b).

<sup>27</sup> Türkiye’deki işleyiş nazara alındığında, Kanun’da dayanağı olmayan birçok hususun yönetmelik veya diğer alt düzenlemelerle belirlendiği görülmektedir. Bu durum, kanun hazırlama süreçlerinin daha nitelikli ve kapsamlı bir şekilde yürütülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

<sup>28</sup> Bu kapsamda tescili reddedilen unvanların genellikle resmi kurumlarla ilgili olduğu intibainı uyandıran kelimeler barındırdığı ifade edilmektedir, bkz Tan Cheng Han, “Incorporation and Its Consequences” in Tan Cheng Han (ed), *Walterwoon On Company Law* (3. Edition, Sweet & Maxwell, 2009) 42 dn 14.

<sup>29</sup> Öğretide, bu düzenlemenin haklı yanıltıcı unvan başvuruları açısından uygulanması gerektiği ifade edilmektedir, bkz Tan Cheng Han (n 28) 42.

<sup>30</sup> Roxana Smeu ve Adriana Turta, “Romania” in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 171.

<sup>31</sup> İngiltere Şirketler Kanunu (*Companies Act*) md 53, <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>> Erişim Tarihi 21.08.2019. Ayrıca, *The Limited Liability Partnerships (Application of Companies Act 2006) Regulations 2009* md 8’e göre, sermaye şirketleri, *Companies House* tarafından hukuka aykırılık oluşturduğu düşütilen işaretleri unvanında kullanamamaktadır, bkz <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/1804/made>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>32</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 65; Phillip Johnson, “I object! The New Company Names Adjudicator in the United Kingdom” (2008) 3(11) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 696.

<sup>33</sup> İngiltere Şirketler Kanunu 57.

<sup>34</sup> Esmore ve Sorensen (n 2) 868.

düzenlemeler, açıkça bu hususları öngörmemektedir. Ancak bu durumun bir eksiklik oluşturmadığı kanaatindeyiz. Hukuka aykırı veya rahatsız edici unvanlar, kamu düzenine aykırı olarak; diğer şirket yapılarına ilişkin olduğu izlenimi uyandıran unvanlar yanıltıcı olarak değerlendirilebilir ve bu gerekçeyle tescil edilmeleri engellenebilir.

İngiltere’de bazı ifade ve işaretlerin ticaret unvanında kullanılması yasaklanmaktadır. İngiltere Şirketler Kanunu (*Companies Act*) md 65/1’e göre<sup>35</sup>, yetkili kurum (*Companies House*) ticaret unvanlarında belirli kelimelerin kullanılmasını yasaklayan düzenlemeler öngörebilmektedir. Bu doğrultuda çıkarılan 2015/17 sayılı Yönetmelik md 4-6 ve bu Yönetmelik ekinin ikinci listesinde belirli kelimelerin, işaretlerin ve kısaltmaların belirli şirket tiplerine göre kullanımı sınırlandırılmaktadır<sup>36</sup>. 2015/17 sayılı Yönetmelik’te tüm şirket tipleri için genel yasak ve sınırlamaların yanı sıra, şirket tiplerine özgü yasak ve sınırlamalar da bulunmaktadır. Örneğin, 2015/17 sayılı Yönetmelik md 4’te yer alan sınırlandırmalar bütün şirketler için uygulanmaktayken; Yönetmelik md 5, İngiltere Şirketler Kanunu md 59’a göre muafiyet elde eden şirketler için, Yönetmelik md 6 ise şahıs şirketleri için uygulanmaktadır. 2015/17 sayılı Yönetmelik md 4/1’e göre, yalnızca şirket türünü belirten ifadeler veya bu ifadelere eşdeğer kabul edilen isimlerden oluşturulmuş bir ticaret unvanı tescil edilememektedir. 2015/17 sayılı Yönetmelik md 4/2-3’e göre, bu Yönetmelik ekinin ikinci listesinde yer alan belirli ifadeler, yalnızca söz konusu fıkralarda belirtilen kanunlara göre kurulmuş şirketler tarafından kullanılabilir. Bu nedenle, diğer şirket türlerinin söz konusu ifadeleri kullanmaları mümkün değildir. Ayrıca 2015/17 sayılı Yönetmelik eki ikinci listenin ikinci ve dördüncü paragraflarına göre, halkın yanıltılmasına neden olacak şekilde söz konusu listede ifade edilen kelimeler bazı harfleri çıkartılarak veya yeni harfler eklenerek kullanılamamaktadır. 2015/17 sayılı Yönetmelik md 4/4’te, ticaret unvanında belirli kelimelerin kullanılamayacağı öngörülmektedir. Benzer şekilde 2015/17 sayılı Yönetmelik md 4/5’te, Yönetmelik eki ikinci listesinde yer alan bazı ifadelerin ve işaretlerin yan yana kullanılamayacağı öngörülmektedir. 2015/17 sayılı Yönetmelik md 6’da şahıs şirketlerinin ticaret unvanında kullanamayacağı kelimeler düzenlenmektedir. İngiltere Şirketler Kanunu md 65/3’e göre, yasaklanmış kelimeleri veya işaretleri içeren bir ticaret unvanı tescil edilemez. Ancak anılan Kanun md 66’ya göre, yasaklanmış bir kelimenin yönetmelikle belirlenecek istisnai durumlarda tescil edilmesi halinde veya tesciline rıza gösterilmesi durumunda, sonradan rızanın geri alınması veya şartlarda değişiklik olması tescilin geçerliliğini etkilememektedir.

<sup>35</sup> Kanun metni için bkz. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>36</sup> Düzenleme metnine ulaşmak için bkz <<http://www.legislation.gov.uk/ukpsi/2015/17/contents/made>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

## 2. Kullanımı İzne Tabi İşaretler

### a. Türk Hukukunda

Ticaret unvanında kullanılabilmesi için izin gereken işaretler, 633 sayılı Kanun md 1’de, TTK md 46/3 ve Tebliğ md 4/4,6’da düzenlenmektedir. 633 sayılı Kanun md 1’e göre, “Diyanet” kelimesi yalnızca Diyanet İşleri Başkanlığı’nın izin verdiği vakıf, kurum ve kuruluşlar tarafından kullanılabilir. TTK md 46/3 ve Tebliğ md 4/4’e göre, ticaret unvanında “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” kelimeleri ancak Cumhurbaşkanı kararıyla kullanılabilir. Tebliğ’de bu ifadelerin izne tabi olması için yalın, sade ve eksiz olması gerektiği öngörülmektedir<sup>37</sup>. Diğer bir ifadeyle, bu kelimelerin yalın, sade veya eksiz olmayan hallerini unvanında kullanmak için izin gerekmemektedir. Ayrıca, Tebliğ md 4/4’e göre, TTK md 41 ve md 42 gereği unvanında belirtilmesi gereken kişinin adı veya soyadında bu ifadelerin bulunması halinde, unvanın oluşturulması için izin alınması gerekmemektedir. İzne tâbi kelimelerin yabancı dillerdeki karşılıklarının izne tâbi olup olmadığı ise mevzuatta düzenlenmemektedir<sup>38</sup>.

İzne tâbi kelimelere ilişkin düzenlemeler, düzenlenme biçimi açısından eleştirilmektedir. Çünkü TTK md 46/3’ün lafzından, bu kelimelerin bulunduğu her başvuru için Cumhurbaşkanı’nın özel olarak izin vereceği anlaşılmaktadır<sup>39</sup>. Bu durum, bu ifadelerin yer aldığı şubeler, isimler ve isim öbekleri açısından sorunlara neden olmaktadır. Örneğin TTK md 48/3’de, merkezi yurtdışında bulunan bir ticari işletmenin Türkiye’de şube açması halinde, ticaret unvanında “şubenin bulunduğu yerin”<sup>40</sup>; TTK md 44’te ise donatma iştirakinin ticaret unvanında gemi adının kullanılmaması durumunda, ortak donatanlardan en az birinin adının ve soyadının belirtilmesi aranmaktadır<sup>41</sup>. Şubenin unvanında “Türkiye şubesi” olarak belirtilmesi, ortak donatanın adı veya soyadında “Türk, Cumhuriyet” ifadelerinin bulunması mümkündür. Yine izne tabi işaretlerin “Türk kahvesi” gibi isim öbeği haline geldiği durumlar bulunmaktadır. Bu nedenle, öğretide izne tabi işaretlerin kullanımı açısından üç görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre, TTK’da, Cumhurbaşkanı’na her somut

<sup>37</sup> TTK’da 2.7.2018 tarih ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname md 192 ile izin vermeye yetkili makam “bakanlar kurulu” iken “cumhurbaşkanı” olarak değiştirilmiştir. Ancak benzer değişiklik TSY’de ve Tebliğ’de yapılmamıştır.

<sup>38</sup> TTSG’de “TÜRKİŞH/TÜRKISH/TURKİSH/TURKISH”, “TURKEY” “REPUBLIC”, NATIONAL/ NATIONAL” ifadelerinin yer aldığı tescilli ticaret unvanları bulunmaktadır, bkz. <[https://www.ticaretisicil.gov.tr/sorgu\\_acik.php](https://www.ticaretisicil.gov.tr/sorgu_acik.php)> Erişim Tarihi 21.08.2019. Bu ifadelerin de unvanında kullanılabilmesinin izne tabi olması gerektiği, ancak bunun için yasal değişikliğe ihtiyaç bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Özkan (n 10) 257 dn 91.

<sup>39</sup> Söz konusu iznin eşitlik ilkesi esas alınarak verilmesi gerektiği yönünde yargı kararı için bkz Danıştay 10. D, E 1989/374, K 1991/1175, T 28.03.1991, KİBB.

<sup>40</sup> Bu olasılıkta, unvanın tescili için Bakanlar Kurulu’nun izninin gerektiği yönünde bkz. Yargıtay TD E 1958/149, K 1958/1486, T 30.5.1958, 352 vd <<http://www.ankarabarus.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1958-6.pdf>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>41</sup> Tebliğ md 4/4’te yalnızca gerçek kişi, kolektif ve komandit şirketler için muafiyet getirilmektedir. Diğer bir ifadeyle, Tebliğ md 4/4’te aynı koşullara sahip olan donatma iştiraki için muafiyet tanınmamıştır. Bu nedenle, donatma iştirakindeki gerçek kişinin adı veya soyadında izne tâbi kelimelerin bulunması halinde, unvanın tescili için Cumhurbaşkanı’nın izni gerekmektedir.

unvan başvurusu için izin verme yetkisi yerine hangi şartlarda bu kelimelerin izne tabi olarak kullanılacağına ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmelidir<sup>42</sup>. Diğer görüşe göre, bu kelimelerin izne tabi olarak kullanılabilmesi, bu kelimelerin işletme ile devlet arasında bir bağlantı çağrıştırmaması nedeniyledir. Bu yüzden, “Türk, Cumhuriyet, Milli ve Türkiye” kelimeleri, “tacir veya işletme ile devlet arasında herhangi bir bağlantı çağrıştırmaması” halinde izne tâbi olmadan kullanılabilir; TTK’daki düzenlemeler bu esasa göre değiştirilmelidir<sup>43</sup>. Son olarak, izin usulünün tamamen kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>44</sup>. Gerekçe olarak, mevzuat gereği bu kelimeleri kullanması gereken tacirler için Cumhurbaşkanı’nın izin verip vermeyeceği gösterilmektedir.

TTK’da dayanağı olmamakla birlikte, Tebliğ md 4/6’ya göre ülke adlarının ticaret unvanında kullanılabilmesi için o ülkenin yetkili makamlarından izin alınması gerekmektedir. Ayrıca Tebliğ’de resmî olarak tanımlanmış yer adlarının unvanda kullanılabilmesi öngörülmektedir. Kanaatimizce, bu düzenlemelerin doğrudan TTK’da düzenlenmesi veya TTK’da açıkça yönetmelik veya tebliğ ile düzenleneceğinin öngörülmesi daha isabetli olur. Bunun yanı sıra, ülke adlarının bir ürün adı veya isim öbeği olarak kullanıldığı durumlarda (örneğin Yemen kahvesi), ülke adlarının aynı zamanda coğrafi yer adı olarak tanımlandığı durumlarda (örneğin Avustralya, Güney Afrika, Orta Afrika, Malta, Madagaskar), ülke adlarının Türkçe’de sesteş kelime niteliğinde olması durumunda (örneğin Mısır) izin gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Sonuç olarak, TTK’da kullanılması izne tabi olan veya yasaklanan ad ve işaretlere ilişkin genel esaslar ve istisnalar belirlenmeli; bu esaslara göre yönetmelik veya tebliğ ile ayrıntılı düzenleme yapılmalıdır.

## b. Karşılaştırmalı Hukukta

Birçok ülke, ticaret unvanına ilişkin düzenlemelerinde bazı ad ve işaretlerin kullanılmasını izne tâbi tutmaktadır. Bu hususta bazı ülkelerin konuyu düzenleme biçimi Türkiye ile benzerdir. Diğer bir ifadeyle, hangi kelimelerin izne tâbi olacağı açıkça belirtilmektedir. Ayrıca izne tâbi tutulan kelimeler, anlam bakımından Türkiye’deki düzenlemelerle aynı veya benzerdir. Örneğin, Letonya’da “*Latvijas Republika/the Republic of Latvia*”, “*valsts/state*”, “*pašvaldība/local government*” kelimeleri veya bunların yabancı dildeki karşılıkları<sup>45</sup>; Estonya’da “*riigi/state*”, “*linna/city*” ve “*valla/rural municipality*” kelimeleri başta olmak üzere merkezi

<sup>42</sup> Aynı yönde bkz Yongalık (n 1) 24.

<sup>43</sup> Özkan (n 10) 257.

<sup>44</sup> Yongalık (n 1) 24.

<sup>45</sup> Latvia Commercial Law, Art. 29, <<https://likumi.lv/ta/en/id/5490-the-commercial-law>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

veya yerel yönetimlerin adları<sup>46</sup>; Litvanya’da “*Lithuania*” kelimesi<sup>47</sup>; Romanya’da “*Roman*”, “*National*”, “*Institut*” kelimeleri veya bu kelimelerin türevleri<sup>48</sup> izinsiz olarak ticaret unvanında kullanılamamaktadır. İsviçre hukukunda da milli, bölgesel ve mülki anlamına gelen kelimeler için izin alınması aranmaktayken; bu şart, 1997 yılında kaldırılmıştır<sup>49</sup>.

Bazı ülkeler unvanda kullanılabilmesi için izin gereken ifadeleri Türk hukukundan daha farklı bir yaklaşımla düzenlemiştir. Örneğin, Danimarka’da unvanda kullanılması izne tâbi işaretler isim isim belirlenmemiştir. Bunun yerine, krallık veya devletle bağ kurulabilecek işaretlerin unvanda kullanılması için izin alınması gerektiği öngörülmektedir<sup>50</sup>. Benzer şekilde, İngiltere Şirketler Kanunu md 54/1’e göre, bir şirketin herhangi bir kamu kurum ve kuruluşu ile bağlantılı olduğu izlenimi veren bir kelimeyi ticaret unvanında kullanmak istemesi halinde *Companies House*’un izni gerekmektedir. Örneğin, ticaret unvanında İngiltere, Galler hükümeti veya İskoç yönetimi ile ilişkili görünmesine neden olacak bir kelime-işaret bulunmaktaysa, ticaret unvanının tescili *Companies House*’un onayına tâbidir. Ayrıca İngiltere Şirketler Kanunu md 54/1-(b, c)’ye göre, herhangi bir kamu kurumu veya yerel yönetimle<sup>51</sup> ilişkili kelimelerin ticaret unvanında kullanılması da *Companies House*’un iznine tabidir.

İngiltere’de kamu kurum ve kuruluşlarının adlarının yanı sıra bazı kelime ve ifadelerin de ticaret unvanında kullanılması izne tâbi tutulmaktadır. İngiltere Şirketler Kanunu md 55’e göre, yönetmelik ile belirlenecek hassas kelimelerin ve ifadelerin (*sensitive words and expressions*) ticaret unvanında kullanılabilmesi için izin alınması gerekmektedir. Bu husus 2014/3140 sayılı “*The Company, Limited Liability Partnership and Business Names (Sensitive Words and Expressions)*” Yönetmelik’te<sup>52</sup> düzenlenmektedir. 2014/3140 sayılı Yönetmelik’te ticaret unvanlarının yanı sıra işletme adları için de hassas kelimeler belirlenmektedir. 2014/3140 sayılı Yönetmelik md 3/1-(b, c) ve 4/(b, c)’ye göre, Yönetmelik’te belirlenen hassas kelime ve işaretlerin kip eki, çekim eki veya çoğul eki içeren hallerinin kullanımı da izne

<sup>46</sup> Kosk ve Lepik (n 25) 124.

<sup>47</sup> Rolandas Valiunas ve Dovile Burgiene, “Lithuania” in Frank Dornseifer (ed), *Corporate Business Forms in Europe*, (Stämpfli, 2005) 522.

<sup>48</sup> Romanya’da ayrıca “scientific/stiintific”, “Academy/academie”, “academic/academic”, “university/universitate / universitar”, “school/scoala”, “educational/scolar” ifadelerinin ticaret unvanlarında kullanılması yasaktır, bkz. Smeu ve Turta (n 30) 171.

<sup>49</sup> Yongalık (n 1) 13-14. Ancak İsviçre mevzuatında da belirli kelimelerin unvanda kullanılabilmesi açısından sınırlayıcı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, “Universität”, “Investmentfonds” veya “Bank” gibi kelimeler bazı sınır ve kurallara uygun olarak kullanılabilir, ayrıntılı bilgi için bkz. Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen, Nr 5 vd <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/handelsregister/weisung-firmenrecht-d.pdf>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>50</sup> Esmore ve Sorensen (n 2) 858.

<sup>51</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 54/2’de yerel yönetim ve kamu kurumları kavramlarının kapsamına ilişkin açıklamaya yer verilmektedir. Yerel yönetim kavramının 1972 tarihli *Local Government Act*’e göre kurulan belediye meclislerini, Kuzey İrlanda, İskoçya belediye meclislerini ve Londra ile Sicilya belediye meclislerini kapsadığı belirtilmektedir.

<sup>52</sup> Bkz <<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/3140/contents/made>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

tâbi tutulmaktadır. 2014/3140 sayılı Yönetmelik'in iki eki bulunmaktadır. Ek-1'de ticaret unvanı ve işletme adları için ortak olarak hassas kabul edilen kelime ve işaretler ile yalnızca ticaret unvanları için hassas kabul edilen kelime ve işaretlere yer verilmektedir. Ek-2'de ise, söz konusu hassas işaretlerin kullanılabilmesi için izni alınması gereken kamu kurum ve kuruluşları belirtilmektedir<sup>53</sup>. Başka bir ifadeyle, Ek-2'de hangi hassas işaret için hangi kamu kurum ve kuruluşunun izninin gerektiği düzenlenmektedir. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki ikinci listenin ikinci ve dördüncü paragrafına göre, unvanda kullanılması izne tabi olan kelimelerin veya ifadelerin bazı harflerinin çıkartılması veya bu kelime ve ifadelerle yeni harf eklenmesi, bu kelime ve ifadeler için gerekli izin alma şartını ortadan kaldırmamaktadır.

### 3. Kullanımı Serbest Olan İşaretler

#### a. Türk Hukukunda

Ticaret unvanlarında tacirin şirket olması halinde, şirketin türünün ve tacirin faaliyet alanlarının Türkçe olması aranmaktadır. Ancak ticaret unvanındaki diğer ifadelerin Türkçe olması gerektiği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, yabancı bir kelimenin veya anlamsız kelimelerin unvanda ek olarak belirtilmesi mümkündür<sup>54</sup>. Benzer şekilde, unvanda rakamların veya noktalama işaretlerinin kullanılıp kullanılmayacağı; Latin alfabesinden başka bir alfabe ile unvadaki eklerin belirlenip belirlenemeyeceği hususlarında da bir açıklık bulunmamaktadır. Uygulamada rakamların ticaret unvanında kullanıldığı görülmektedir. Unvan rezerve işlemlerin yapıldığı MERSİS sistemi, Latin alfabesi dışındaki alfabelerle ek belirlenmesine izin verirken<sup>55</sup>, noktalama işaretlerinin kullanılmasına izin vermemektedir.

Kanaatimizce ticaret unvanlarında tacirlerin sahip olduğu serbestinin kapsamının açık bir şekilde belirlenmesi, bu kapsamda noktalama işaretlerinin kullanılabilmesine izin verilmesi isabetli olur.

#### b. Karşılaştırmalı Hukukta

İngiltere'de ticaret unvanında kullanımı serbest olan işaretler, İngiltere Şirketler Kanunu md 57 ve 2015/17 sayılı Yönetmelik md 2'de düzenlenmektedir. Buna göre, ticaret unvanlarında harfler, semboller ve noktalama işaretleri kullanılabilir<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> İzne tâbi kelime ve ifadelerin güncel listesi ve izin vermeye yetkili kurum ve kuruluş listesi için bkz <<https://www.gov.uk/government/publications/incorporation-and-names/annex-a-sensitive-words-and-expressions-or-words-that-could-imply-a-connection-with-government>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>54</sup> TSY md 32'de sicil kayıtlarının Türkçe tutulacağı öngörülmektedir. Yabancı dilde düzenlenmiş bir belgenin noter onaylı Türkçe çevirisinin sicil müdürlüğüne sunulması gerekmektedir. Bu sayede, tescil edilmek istenen unvanın Türkçe anlamı sicil müdürü tarafından anlaşılabilme ve unvanın mevzuata uygunluğu incelenebilmektedir.

<sup>55</sup> Çince, Japonca, Arapça ve Rusça kelimeler denenmiştir.

<sup>56</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 57. Bu madde ilk kez 2006 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir, bkz Anonymous, "In Parliament" (March 2007) 28(3) Business Law Review 81.

2015/17 sayılı Yönetmelik eki birinci listede bu konuda örnek ve açıklayıcı ifadelere yer verilmektedir. Örneğin, İngiltere alfabesinde bulunmamakla birlikte diğer alfabetik işaretlerin de unvanda yer alabileceği belirtilmektedir<sup>57</sup>. Ayrıca, ticaret unvanında kullanılacak noktalama işaretleri bakımından bazı sınırlamalar getirilmektedir. Örneğin, 2015/17 sayılı Yönetmelik md 2/2-(d)'ye göre, Yönetmelik ekinde belirtilen bazı noktalama işaretleri, unvanın ilk üç karakterinde kullanılmaması şartıyla ticaret unvanında kullanılabilir. Yine, 2015/17 sayılı Yönetmelik md 2/2-(c)'de bazı noktalama işaretlerinin tür bakımından kullanımına sınır getirilmektedir. Örneğin, ticaret unvanında kesme işareti kullanacaksa, Yönetmelik'te belirtilen kesme işareti türlerinden birini tercih etmeli aynı unvanda iki tür kesme işareti kullanmamalıdır. Son olarak 2015/17 sayılı Yönetmelik md 2/4'e göre, ticaret unvanı 160 karakterden uzun olmamalıdır<sup>58</sup>.

İspanya'da Latin alfabesinin yanı sıra, Arap alfabesinin veya Roman rakamlarının kullanılmasına izin verilmektedir<sup>59</sup>. Buna karşılık, Almanya'da yalnızca Latin alfabesi ticaret unvanında kullanılabilir<sup>60</sup>. Ayrıca Almanya'da noktalama işaretlerinin ticaret unvanında kullanılmasına sınırlı olarak izin verilmektedir<sup>61</sup>.

İsviçre'de sembollerin unvanda kullanılmasına izin verilmemektedir<sup>62</sup>. Coğrafi yer adları ve ülke adları, ticaret unvanının ek bölümü yalnızca bu ifadelerden oluşmaması şartıyla ticaret unvanında serbestçe kullanılabilir<sup>63</sup>. Diğer bir ifadeyle, coğrafi yer adları ve ülke adlarının yanı sıra başka ifadelerin de unvanda kullanılması veya bu ifadelerin yalın hallerinin kullanılmaması halinde unvanın tescili mümkündür. İrmak, deniz, dağ, geçit, tepe, göl isimleri ise herhangi bir şarta tâbi olmaksızın serbestçe unvanda kullanılabilir<sup>64</sup>.

## B. Ticaret Unvanının Yapısı

### 1. Türk Hukukunda

Ticaret unvanı belirlenirken, tacirin niteliğine göre TTK'da öngörülen unvanın şekline ilişkin kurallara dikkat edilmelidir. Türk hukukunda ticaret unvanı çekirdek ve ek olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır<sup>65</sup>. Çekirdek bölümü, tacirin niteliğine göre

<sup>57</sup> Örneğin, A harfinin 10 farklı yazım türüne yer verilmektedir, bkz. <[http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/17/pdfs/ukxi\\_20150017\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/17/pdfs/ukxi_20150017_en.pdf)> Erişim Tarihi 21.08.2019. Ancak söz konusu harflerin küçük harf olarak kullanılması düzenlenmemektedir.

<sup>58</sup> Uzunluğun hesaplanmasında unvanda yer alan işaretler arası boşluklar da hesaba katılmaktadır.

<sup>59</sup> Astrid Dorfmeister ve Michael J. Munkert, "Spain" in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 196, 200.

<sup>60</sup> Bu konudaki eleştiriler için bkz. Eslmore ve Sorensen (n 2) 868.

<sup>61</sup> Eslmore ve Sorensen (n 2) 859.

<sup>62</sup> Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen, Nr 59.

<sup>63</sup> Norveç'te, bir başka ülkenin adı veya bu ülkeye ilişkin yerel idarelerin adları ticaret unvanında kullanılmamaktadır, bkz Eslmore ve Sorensen (n 2) 858 dn 23.

<sup>64</sup> Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen, Nr 15-19.

<sup>65</sup> Ticaret unvanını yapısal olarak çekirdek ve ek şeklinde ayırmak söz konusu olsa da, unvan bir bütün olarak korunmaktadır. Çekirdek veya ek kısmı için daha farklı bir koruma söz konusu değildir, bkz Yongalık (n 1) 18.



mevzuatta belirtilen ad ve işaretlerden oluşmaktadır. Ek bölümü ise, tacirin unvanda bulunmasını istediği veya diğer ticaret unvanlarından ayırt edilmesi için eklemesi gereken ad ve işaretlerden oluşmaktadır. Ek bölümünü belirleme hakkı kural olarak tacire aitken, çekirdek bölümünün nasıl oluşturulması gerektiği TTK'da düzenlenmektedir. Bu nedenle, unvan oluşturulurken tacirlere sınırlı bir serbesti tanınmaktadır<sup>66</sup>.

Ticaret unvanının çekirdek kısmı, unvan sahibinin niteliğine göre değişmektedir. Tacir gerçek kişi ise, ticaret unvanında adı ve soyadının kısaltılmadan belirtilmesi gerekmektedir. Kollektif şirketin ticaret unvanında, ortakların veya ortaklardan en az birinin adı, soyadı ve şirket türünü gösteren ibare bulunmalıdır. Komandit şirketlerde, komandite ortaklardan en az birinin adı, soyadı ve şirketi türünü gösteren ifadeye ticaret unvanında yer verilmelidir<sup>67</sup>. Anonim, limited ve kooperatif şirketlerin ticaret unvanında ise, işletme konusu ve şirketin türüne göre “anonim şirket, limited şirket, kooperatif şirket” ibareleri bulunmalıdır. Anonim, limited veya kooperatif şirketlerinin unvanında gerçek bir kişinin adı veya soyadı yer aldığı takdirde<sup>68</sup>, şirket türünü gösteren ifadeler kısaltılmadan gösterilmelidir. Dernek, vakıf veya yukarıda belirtilmeyen tüzel kişiler tarafından ticari işletme işletilmesi halinde, bu kişilerin ticaret unvanları kendi adlarından ibarettir<sup>69</sup>. Donatma iştiraklerinin ticaret unvanında ise ortak donatanlardan en az birinin adı soyadı veya gemi adı ile donatma iştiraki olduğunu gösterir bir ifade yer almalıdır. Ayrıca donatma iştirakinin unvanında soyadları veya gemi adları kısaltılamaz. Buna karşılık, mevzuatta kollektif ve komandit şirketlerin unvanında kullanılan gerçek kişilerin ad ve soyadlarının kısaltılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, kollektif ve komandit şirketlerin ticaret unvanlarındaki gerçek kişilerin ad ve soyadları veya şirket türünü belirten ifadeler kısaltılabilmektedir<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Ticaret unvanının şekline ilişkin, serbesti sistemi, gerçeklik sistemi ve karma sistem olmak üzere üç sistem bulunmaktadır. Tacir, serbesti sistemine göre yanlıtıcı olmaması ve ayırt edici olması şartıyla unvanını dilediği gibi belirleyebilmekteyken; gerçeklik sisteminde unvanında adını-soyadını veya hukuki durumunu belirtmek zorundadır. Türk hukukunun benimsediği karma sistemde ise, unvanda belirli hususların belirtilmesi zorunlu iken, tacire unvanında başka ad veya işaretleri kullanabilmesine izin verilmektedir, bkz. N. Ayşe Odman Boztosun ve Akın Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirmesi” (2005) 2(1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 387; Özkan (n 10) 241; Kayar (n 11) 212-213; Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 374; Ayhan ve Çağlar (n 1) 288; Özbey (n 19) 49 vd.

<sup>67</sup> TTK md 304/3'e göre, komandit şirketlerde tüzel kişiler komandite ortak olamazlar. TTK md 42/2'de, komandit şirketlerin unvanlarında belirtilecek hususlarda komandite ortaklar açısından ad ve soyadlarının belirtilmesi aranırken; komandite ortakların ad ve soyadlarından başka ticaret unvanlarının da şirketin unvanında yer alamayacağı öngörülmektedir. Diğer bir ifadeyle, tüzel kişilerin komandite ortak olamayacağı kabulü ile TTK md 42/2 düzenlenmektedir. MERSİS sistem olarak tüzel kişilerin unvanda adlarının geçmesine izin vermemektedir.

<sup>68</sup> TTK md 43/2'deki “adı veya soyadı” ifadesinin “adı ve soyadı” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 1) 407.

<sup>69</sup> Bir görüşe göre, TTK'da dernek, vakıf ve tüzel kişilere ait ticari işletmelere ilişkin unvan doğrudan belirtildiği için bu unvanlarda ek kullanılamaz. TSY md 43/2'de bu iddiayı güçlendirmektedir. Ancak katıldığımız diğer görüşe göre, bu kişilerin unvanlarında ek kullanabilecekleri kabul edilmelidir. Ayrıca, unvan tescil başvurularının yapıldığı MERSİS, dernek ve vakıf işletmelerine ait unvan başvurularında ek belirtilmesine izin vermektedir. Söz konusu kişilerin unvanlarında ek kullanamayacakları yönündeki görüş için bkz. Bozer ve Göle (n 16) 184. Unvanda ek kullanılabileceği yönündeki görüş için ayrıca bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 1) 409; Özbey (n 19) 49 vd.

<sup>70</sup> Özbey (n 19) 58; Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 376. Bir görüşe göre, şirket türünü belirten ifadeler kısaltılabilmekteyken, kişi ad ve soyadları kısaltılmamalıdır, bkz. Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 1) 404-405.

Ticaret unvanının bir diğer unsuru eklerdir. Unvanlarda ek kullanımı esas olarak tacirin kendi isteğine bağlıdır. Ancak bazı hallerde ek kullanılması zorunludur. Örneğin, tacirin tescil ettirmek istediği unvanın aynısı daha önce tescil edilmişse, tacir ek kullanmak zorundadır. Bunun yanı sıra, mevzuatta tacirin veya ticari işletmenin niteliğine göre çeşitli ifadelerin ek olarak kullanılması aranabilmektedir. Örneğin, 2699 sayılı Kanun md 3/2'ye göre, umumi mağaza niteliğindeki şirketlerin ticaret unvanlarında “umumi mağazalar” ifadesi bulunmalıdır<sup>71</sup>. Son olarak, mevzuatta tacirin kullanabileceği ekler yönünden sınırlama getirilebilmektedir. Örneğin, ikrazatçılık faaliyetinde bulunmak isteyen gerçek kişilerin unvanında yalnızca bu kişilerin ad ve soyadları ile ikrazat, ikrazatçı ve ikrazatçılık kelimeleri ek olarak kullanılabilir<sup>72</sup>.

Yukarıda bahsedilen ticaret unvanının yapısına ilişkin hükümlerin bazıları öğretilde eleştirilmektedir. Bu çerçevede, gerçek kişilerin ticaret unvanı açısından, gerçek kişi tacirlerin çekirdek kısmında ad ve soyadlarının belirtilmesinin işlevsiz olduğu ifade edilmektedir. Çünkü aynı adı ve soyadı taşıyan birçok kişi bulunmaktadır. Oysa ticaret unvanının kullanılmasındaki temel gerekçe tacirlerin birbirlerinden ayırt edilmesini sağlamaktır. Ayrıca uygulamada ticaret unvanlarında kanuna karşı hile yoluyla tanınmış kişilerin isimlerinin kullanıldığı, bu sayede haksız rekabette bulunulduğu belirtilmektedir<sup>73</sup>. Düzenleme bu haliyle, unvanın baştan ayırt edici nitelikten yoksun olmasına neden olabilmekte ve ihtiyaçlara cevap verememektedir<sup>74</sup>. Bu sorun, gerçek kişi tacirlere ticaret unvanlarını serbestçe belirleme yetkisi verilmesi ve unvanlarına “tescilli tacir veya t.t.” ifadelerinin eklenmesinin aranmasıyla çözülebilir<sup>75</sup>.

TTK md 44/2'de donatma iştirakinin unvanında soyadlarının veya gemi adlarının kısaltılamayacağı öngörülmektedir. Kanun'da ortak donatanların adlarının kısaltılmamasına ilişkin bir hüküm olmadığı için, ortak donatanların adlarının unvanda kısaltılabileceği ifade edilmektedir. Donatma iştiraklerinde ortakların adlarının kısaltılarak kullanılabilmesi<sup>76</sup>, donatma iştirakine ait unvanların diğer kişi ad ve soyadlarının bulunduğu unvanlardan ayırt edilebilmesini kolaylaştırmaktadır.

<sup>71</sup> Ticaret unvanında bazı ifadelerin bulunmasını şart koşan çeşitli mevzuat hükümleri için bkz. TTK md 269; 2004 sayılı İİK md 309/c-2, RG 19.06.1932, S 2128; 6362 sayılı Kanun md 49/1-(ç), RG 30.12.2012, S 28513; 5072 sayılı Kanun md 2/1-(a), RG 29.01.2004, S 25361; 1163 sayılı Kanun md 2/4, RG 10.05.1969, S 13195; 6361 sayılı Kanun md 5/1-(c), RG 13.12.2012, S 28496; 5300 sayılı Kanun md 4/4, RG 10.02.2005, S 25730; Sigorta Acenteleri Yönetmeliği md 12, RG 22.04.2014, S 28980; Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği md 18, RG 27.05.2015, S 29368; TSY md 44/3; Tebliğ md 4/5.

<sup>72</sup> İkrazatçılık Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik md 4, RG 21.12.1994, S 22148.

<sup>73</sup> Örneğin, gerçek kişi soyadını tanımış bir kişinin soyadıyla aynı olacak şekilde değiştirmektedir. Veyahut tanınmış kişi ile aynı isme sahip olan bir kişiye şirket kurdurup daha sonra şirket payları veya ticari işletme devralınmaktadır. Bu sayede, TTK md 47 veya md 49 hükmünden yararlanılarak unvan “mevzuata uygun” bir şekilde kullanılabilir, Yongalık (n 1) 19; Mehmet Emin Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas” (2015) 1(2) TFM 11, 16. Konuyla ilgili yargı kararları için ayrıca bkz Yargıtay 11. HD, E 2000/5942, K 2000/8429, T 31.10.2000, KİBB; Yargıtay 11. HD, E 1984/5877, K 1985/64, T 22.01.1985, KİBB.

<sup>74</sup> Yongalık (n 1) 19; Odman Boztosun ve Ünal (n 67) 392-393.

<sup>75</sup> Yongalık (n 1) 20.

<sup>76</sup> Donatma iştiraklerinde unvanda yer alan kişi adlarının kısaltılamayacağı yönünde bkz Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 1) 409-410.

Bu nedenle, donatma iştiraklerinde ortak donatanların adlarının belirtilmesinin aranması daha isabetli olacaktır<sup>77</sup>.

TTK md 43/2’de anonim, limited ve kooperatif şirketlerde gerçek kişilerin ad veya soyadının belirtilmesi halinde şirket türünü gösteren ifadenin kısaltılmayacağı öngörülmektedir. Sermaye şirketlerinin yapısı dikkate alındığında TTK’daki bu hükmün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Buna karşılık, bir görüşe göre, şirket türünde kısaltma yapılması yasağına ilişkin hükümler Türkçe’nin yapısı gereği işlevsel değildir; bu nedenle söz konusu hükümler kaldırılmalıdır<sup>78</sup>.

## 2. Karşılaştırmalı Hukukta

Ticaret unvanının yapısına ilişkin diğer ülkelerdeki düzenlemeler Türk hukuku ile benzer bir yaklaşıma sahiptir. Tacirin niteliğine göre ticaret unvanlarında belli ifadelerin bulunması aranmaktadır. Kullanılması zorunlu olan ifadeler, tacirin gerçek kişi olup olmadığına göre veya tacir tüzel kişi ise şirketin türüne göre değişiklik göstermektedir. Örneğin, İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht*) md 945/1’e göre<sup>79</sup>, gerçek kişi tacirler unvanlarında soy isimlerini belirtmek zorundadırlar. Ancak isimlerini belirtmek konusunda tercih hakları bulunmaktadır<sup>80</sup>. Singapur Şirketler Kanunu (*Companies Act*) md 27/7’ye göre<sup>81</sup>, sermaye şirketleri unvanlarının sonunda “*Limited*” veya “*Berhad*” ifadelerini bulundurmalıdır<sup>82</sup>. İngiltere Şirketler Kanunu md 58/1’e göre, halka açık sermaye şirketlerinin ticaret unvanında “*public limited company*” veya “p.l.c.” ifadelerine<sup>83</sup>; söz konusu Kanun md 59/1’e göre, sermaye şirketlerinin ticaret unvanlarında “*limited*” veya “*ltd.*” ifadelerine<sup>84</sup> kural olarak yer verilmelidir<sup>85</sup>.

<sup>77</sup> Çağlar ve Özdamar (n 1) 123.

<sup>78</sup> Yongalık (n 1) 22.

<sup>79</sup> Bkz <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html>> Erişim Tarihi 21.08.2019. İsviçre’de ticaret unvanlarının yapısına ve tacirin niteliğine göre unvanında belirtmesi aranan ifadelerle ilişkin düzenleme için bkz. *Anleitung und Weisung an die Handelsregisterbehörden für die Bildung und Prüfung von Firmen und Namen*, Nr 15.

<sup>80</sup> İngiltere’de gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanı belirleme zorunluluğu bulunmamaktadır. Almanya’da 1998 öncesinde gerçek kişilerin ticaret unvanının oluşturulma şekli Türk Hukuku ile paraleldi. Ancak günümüzde, gerçek kişilerin ticaret unvanlarında ad ve soyadlarının belirtilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

<sup>81</sup> Kanun metni için bkz <<https://sso.agc.gov.sg/Act/CoA1967#pr27->> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>82</sup> Tacirin tüzel kişi olması halinde, ticari şirketin niteliğine göre unvanında bulundurulması gereken işaretler için bkz Michael J. Munkert and Christian Seidl, “Austria”, in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 28, 35, 38, 41; Attila Kovács, “Hungary” in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 99, 102, 104; Sergio Finulli ve Michael J. Munkert, “Italy” in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 117, 120, 123, 127; Smeu ve Turta (n 30) 179, 181, 183, 185.

<sup>83</sup> Galler yönetiminde bu ifadelerin yerine “Cwmni Cyfyngedig Cyhoeddus” veya “CCC” ifadeleri kullanılmalıdır.

<sup>84</sup> Galler yönetiminde bu ifadelerin yerine “cyfyngedig” veya “cyf” ifadeleri kullanılmalıdır.

<sup>85</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 58/3 ve md 60’ta, bu kurallara kamuya yararlı dernek ve vakıf işletmeleri bakımından muafiyet getirilmektedir.

## C. Tescil Süreci

### 1. Türk Hukukunda<sup>86</sup>

TTK md 39'a göre, ticari faaliyetlerde ticaret unvanının kullanılması zorunludur. Bu nedenle, ticaret unvanlarının tescil prosedürünün hızlı olması, ticari hayatın aksamaması için önem taşımaktadır. Nitekim ticaret unvanlarının tescili, markalarda olduğu gibi uzun bir prosedüre sahip değildir. TSY md 13/1'e göre, unvanların tescil işlemleri MERSİS üzerinden yürütülmektedir. Unvanın tescili için, öncelikle tacirin veya TSY md 22/2'de belirtilen nitelikte tacirle ilgili olan bir kişinin MERSİS'e kayıt yaptırması gerekmektedir<sup>87</sup>. Ticaret unvanının tescil başvurusu, "kuruluş başvurusu" veya "değişiklik başvuruları" adı altında yapılmaktadır.

Kuruluş işlemlerinde unvan başvurusu, işletme veya şirket kuruluş işlemleri ile aynı anda yapılmaktadır. Unvan başvurusu, MERSİS üzerinden kuruluş başvurusunun seçilmesi ile başlamaktadır. Daha sonra tacirin veya ticari işletmenin niteliğine göre ilgili sekme tercih edilerek başvuruya devam edilmektedir<sup>88</sup>. Ardından ilgili sekmede unvana ilişkin daha detaylı bir ayırım varsa bu ayırım seçilmekte<sup>89</sup> ve tescil başvurusu yapılan sicil müdürlüğü belirlenmektedir. Bu işlemlerin tamamlanmasıyla MERSİS, tacirin veya ticari işletmenin niteliğine göre mevzuatta aranan şartlara uygun olarak kuruluş için gerekli unsurları gösteren bir ekran oluşturmaktadır. Bu ekranda bulunan unsurlardan biri de ticaret unvanıdır. Ayrıca belirtilen kategorilerde yapılan seçimlere göre, unvan için mevzuatta aranan standartları sağlayan bir altyapı MERSİS tarafından oluşturulmaktadır. Örneğin, kuruluş başvurusu sekmesinin seçilmesinden sonra ticari işletme sekmesinin açılması, gerçek kişilere ait ticari işletme seçeneğinin belirlenmesi ve yetkili sicil müdürlüğünün seçilmesi halinde ("kuruluş başvurusu" → "ticari işletme" → "gerçek kişilere ait ticari işletme" ve "yetkili sicil müdürlüğü"), MERSİS, başvuru sahibini unvan belirleyeceği sayfaya yönlendirmektedir. Bu kapsamda öncelikle sistem üzerinden gerçek kişiye ait bilgiler girilerek gerçek kişi işletme sahibi olarak belirlenmelidir. Sistem, ticaret şirketlerinin bu kuruluş şeklinde işletme sahibi olarak belirlenebilmesine engel olmaktadır. Ardından unvan rezerve edilmek istendiğinde unvanın çekirdek kısmı olan gerçek kişinin adı ve soyadı doğrudan unvan belirleme sekmesinde görünmektedir. Başvuru sahibine

<sup>86</sup> Bu başlık altında yapılan açıklamalarda, 28.02.2019 tarihinde Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü Şirketler Dairesi ile yapılan mülakat esas alınmaktadır.

<sup>87</sup> MERSİS'e TC kimlik numarası, pasaport numarası ve mavi kart numarası ile kayıt yaptırılabilir. Kayıt için kullanıcının iletişim adresini (telefon ve e-posta) belirtmesi ve kaydını e-posta ile teyit etmesi gerekmektedir. Sistem e-devlet aracılığı ile de kullanılabilir.

<sup>88</sup> Söz konusu sekmeler, "anonim şirket", "limited şirket", "ticari işletme", "şube", "kollektif şirket", "komandit şirket", "donatma iştiraki" ve "kooperatif"tir. Unvan hangi şirket yapısına uygunsa o başlık seçilerek tescil başvurusuna devam edilmelidir.

<sup>89</sup> Örneğin anonim ve limited şirketlerde pay sahibinin birden fazla olması veya tek pay sahibi olması; şubede merkezini yurt içinde olması veya yurt dışında olması; ticari işletmede işletmenin gerçek kişilere, derneklere, vakıflara, kamu tüzel kişilerine ait olması gibi belirtilmesi gereken kategoriler bulunmaktadır. Unvanın çekirdek kısmının alt yapısı bu kategorilerin işaretlenmesi yoluyla MERSİS tarafından oluşturulmaktadır.

yalnızca ek kullanma serbestisi tanınmaktadır. Bir başka örnek olarak derneklere ait ticari işletme için unvan rezerve edilme süreci gösterilebilir. Bu durumda, kuruluş başvurusu, ticari işletme sekmeleri tercih edildikten sonra derneklere ait ticari işletme seçeneği belirlenmeli ve derneğin adı belirtilmelidir (“kuruluş başvurusu”→ “ticari işletme”→ “dernek işletmesi”, “dernek adı” ve “yetkili sicil müdürlüğü”). İşletmenin tescil edileceği sicil müdürlüğü seçildikten sonra, başvuru sahibi unvanın rezerve edilebileceği sayfaya yönlendirilmektedir. Unvan belirlenirken TTK md 44/1’e uygun olarak “dernek adı” ve “işletmesi” ifadeleri sistem tarafından otomatik olarak belirtilmektedir. Başvuru sahibine yalnızca ek kullanma yetkisi verilmektedir. Son olarak anonim şirketlerin unvan başvurusunu açıklamanın faydalı olacağı kanaatindeyiz. Kuruluş başvurusu, anonim şirket sekmelerinin işaretlenmesi; alt tür olarak tek pay sahipli anonim şirket seçeneğinin belirlenmesi ve tescil yapılacak sicil müdürlüğünün seçilmesi üzerine unvanın belirlenebileceği ekran açılmaktadır (“kuruluş başvurusu”→ “anonim şirket”→ “tek pay sahipli anonim şirket” ve “yetkili sicil müdürlüğü”). Anonim şirketlerde unvanın bu ekran üzerinden belirlenebilmesi için öncelikle pay sahibinin belirtilmesi gerekmektedir<sup>90</sup>. Daha sonra unvan rezerve işleminin yapılabileceği ekran açılmaktadır. Başvuru sahibi unvanında bulunmasını istediği ekleri serbestçe yazabilmektedir. Şirketin faaliyet konusu, açılan sekme içerisinden belirlenebilmektedir. Faaliyet konusuna ilişkin kelimeler ek bölümünde kullanılamamaktadır. Ayrıca ek bölümünde “anonim” ifadesinin kullanılmasına izin verilmemektedir<sup>91</sup>.

Başvuru sahibi tescil konusu unvanı rezerve etme imkânına sahiptir. Unvanın MERSİS üzerinden rezerve edilmesi, ilgili kişiye kazanılmış bir hak bahşetmemektedir<sup>92</sup>. Sicil müdürü veya müdür yardımcısı, rezerve edilen unvanın tescilini reddetme yetkisine sahiptir. Örneğin unvan, yanıltıcı olduğu gerekçesiyle reddedilebilir. Unvanı rezerve süresi üç gündür<sup>93</sup>. Bu süre içinde, kuruluş için gerekli diğer bilgi ve belgeler sisteme girilmeli ve kuruluş başvurusu sistem üzerinden yetkili sicil müdürlüğünün onayına sunulmalıdır. Unvan başvurusu, sicil müdürlüğü tarafından onaylanmadıkça, başvuru için sicil numarası veya MERSİS numarası verilmemektedir.

Rezerve edilen ticaret unvanı, kuruluş işlemleri ile birlikte başvurunun yapıldığı yetkili sicil müdürlüğü tarafından incelenmektedir. İncelemeye ve tescile yetkili kişi, sicil müdürü ve müdür yardımcısıdır. Uygulamada inceleme aşamasında unvanın

<sup>90</sup> MERSİS, Limited şirketlerde bu yönde bir şart aramamaktadır.

<sup>91</sup> Bu esasın mevzuatta bir karşılığı bulunmamaktadır. Anonim şirkete ilişkin unvan rezerve işlemlerinde “limited, kollektif” ifadeleri ek olarak kullanılabilir. Ayrıca limited şirkete ilişkin unvan rezerve “limited” ifadesi de kullanılabilir. Sistem olarak belli bir kelimenin kullanılmasına kanuni dayanak olmaksızın sınır getirmek yerine, yanıltıcı, gerçeğe aykırı veya kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilip unvan başvurusunun reddedilmesi usule daha uygun olacaktır.

<sup>92</sup> Unvanın rezerve edilmesiyle birlikte başvuru sahibine rezerve işlemine ilişkin e-posta gönderilmektedir.

<sup>93</sup> MERSİS’te unvan rezerve süresi, 2017 Mart ayına kadar 15 gün olarak uygulanmıştır. Bu yönde ayrıca bkz Necla Akdağ Güney, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatında Ticaret Sicili* (İstanbul Ticaret Odası, 2011) 51.

mevzuata uygunluğu incelenirken belirli bir uygulama standardı bulunmamaktadır. Bazı sicil müdürlükleri, başvurunun MERSİS'in aradığı kriterlere uygun olmasını yeterli görürken; bazıları mevzuata uygunluk açısından daha detaylı bir araştırma yapmaktadır.

Unvan başvurusunun reddedilmesi halinde, red gerekçesi belirtilmelidir. MERSİS, red kararı verilmesi halinde gerekçe kısmının boş kalmasına izin vermemektedir. Başvurunun onaylanması halinde, tescil işlemi tamamlanmaktadır. Onaylama işlemi geri alınmamaktadır.

## 2. Karşılaştırmalı Hukukta

Ticaret unvanlarının tescil işlemleri, yürütme organı ve yargı organları nezdinde olmak üzere iki farklı şekilde tescil edilmektedir. Örneğin, İngiltere'de ve Singapur'da bakanlık birimleri unvan tescili işlemlerinde yetkili iken, Almanya ve Güney Kore'de özel yetkili mahkemeler unvanların tescili işlemlerini yürütmektedirler<sup>94</sup>. Ayrıca, sicil kayıtları bazı ülkelerde bölgesel bazda tutulurken; bazılarında merkezi sicil sistemi bulunmaktadır<sup>95</sup>.

Bazı ülkelerin unvan başvurularının rezerve edilmesine izin verdikleri görülmektedir. Bu ülkelerde unvanın rezerve edilme süresi, Türk hukukuna göre görece daha uzundur. Örneğin, Singapur'da ve Yunanistan'da unvanın rezerve süresi iki ay, Malezya'da üç aydır<sup>96</sup>. Ayrıca Singapur Şirketler Kanunu md 27/13'e göre, rezerve süresinin 60 gün daha uzatılabilmesi mümkündür. Buna karşılık İsviçre<sup>97</sup> ve İngiltere'de<sup>98</sup> unvanın rezerve edilme imkânı bulunmamaktadır.

## D. Ticaret Unvanının Değiştirilmesi

### 1. Türk Hukukunda

Tescil edilen bir unvanın sonradan değiştirilebilmesi mümkündür. Unvanın değiştirilmesi, sicil müdürlüğü tarafından re'sen veya ilgili kişinin<sup>99</sup> talebi üzerine gerçekleşmektedir. Talep üzerine değişiklik süreci, MERSİS üzerinden değişiklik yapma talebi ile başlatılmaktadır. Değişiklik talebinin sicil müdürlüğü tarafından kabul edilmesi üzerine, değişiklik konusuna ilişkin dayanak belge aranabilmektedir.

<sup>94</sup> Alman Ticaret Kanunu md 8/1; Korean Group, "Report Q 155" in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* 1, <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>95</sup> AIPPI (n 20) 3-4.

<sup>96</sup> Tan Cheng Han (n 28) 42; Vasiliki Vavitsa-Hohenau, "Greece" in Frank Dornseifer (ed), *Corporate Business Forms in Europe*, (Stämpfli, 2005) 357.

<sup>97</sup> Bkz <<https://www.regix.ch/de/index/faq>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>98</sup> Bkz Guidance Incorporation and Names, Nr 1.6, <<https://www.gov.uk/government/publications/incorporation-and-names/incorporation-and-names>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>99</sup> Talepte bulunabilecek kişiler için bkz TSY md 22.

Örneğin, anonim şirketin ticaret unvanı değiştirilmek istendiğinde, bu hususa ilişkin genel kurul kararı sisteme yüklenmelidir. Daha sonraki aşamalar kuruluştaki unvan rezerve süreci ile aynı şekildedir.

Sicil müdürlüğü tarafından unvan üzerinde iki farklı şekilde değişiklik yapılabilir. İlk olarak, unvanın mevzuata aykırı olarak tescil edildiği fark edilmiş olabilir. Diğer bir ifadeyle, unvan sehven mevzuata aykırı olmasına rağmen tescil edilmiştir. Bu hususta yapılacak değişikliğe ilişkin mevzuatta bir prosedür belirlenmemiştir. Sicil müdürlükleri unvan sahipleri ile irtibata geçmekte ve unvan sahiplerinin görüşleri de dikkate alınarak hareket edilmektedir. Değişiklik, unvanın TTSG’de ilan edilmesinden sonra yapılmışsa düzeltme ilanı yayımlanmaktadır.

Unvanın değiştirilmesi bir mahkeme kararına dayanabilmektedir. Uygulamada genellikle unvanın terkinine ilişkin ilamlar yalnızca belirli ifadelerin unvandan terkin edilmesine ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, unvandaki ifadelerin terkin edilmesi sonucu unvanın mevzuata uygun olup olmayacağı kontrol edilmemekte; mevzuata aykırı hale gelmesi durumunda unvan sahibine unvanın mevzuata uygun hale getirilmesi için bir süre verilmemektedir. Sicil müdürlüğü ilamın gereğini yerine getirirken unvan sahibi ile irtibata geçip terkin sonrası unvana eklenmesi gereken işaret hususunda unvan sahiplerinin görüşlerini dikkate almaktadır. Ancak unvan sahibi ile irtibata geçilemiyorsa ve ilam gereği terkin edilecek işaretler unvanın mevzuata uygunluğu açısından esaslı bir fonksiyona sahipse, ilamın gereği yerine getirilememektedir. Çünkü MERSİS, unvanın mevzuatta bulunması aranan ifadelerinin silinmesine tek başına izin vermemektedir. Örneğin ek kısmın terkin edildiği yalnızca faaliyet konusu ve şirket türünün olduğu “İnşaat Sağlık Limited Şirketi” ifadesi, MERSİS’te unvan olarak kaydedilememektedir.

Kanaatimizce, sicil müdürlüklerinin tescil edilmiş unvanda re’sen değişiklik yapabilmesine ilişkin uygulamanın mevzuat ile düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, ilama bağlı değişiklik hallerinde, unvandaki ifadenin terkin edilmesi üzerine geriye kalan bölümün mevzuata aykırı hale gelmesi söz konusu ise ilamın yerine getirilme usulü de düzenlenmelidir. Bu kapsamda, Ticaret Sicili Müdürlüğü ilama bağlı değişiklik yaptığında unvanın mevcut hali mevzuata aykırı hale geliyorsa, Ticaret Sicili Müdürlüğü ilama bağlı bir değişikliği yapmadan önce unvan sahibine belli bir süre vererek mevzuat uyarınca gerekli eklemeleri yapmasına imkân tanınmalıdır. Unvan sahibince söz konusu eklemeler yapıldıktan sonra Ticaret Sicili Müdürlüğüne ilama bağlı değişiklikler yapılmalıdır. Bu noktada unvan sahibine tanınacak süre çok kısa tutulmalı, birkaç günle sınırlandırılmalıdır. Aksi takdirde, hukuka aykırılığı ilamla belirlenmiş bir unvanın tescilinin hukuken geçerli kalmasının yolu açılmış olur. Bunun önlenmesi için unvan sahibine gerekli değişikliği yapması için verilen kısa sürede değişiklik yapılmaz ise unvan resen terkin edilmelidir.

## 2. Karşılaştırmalı Hukukta

Ticaret unvanı, unvan sahibinin talebi, kamu kurumunun kararı veya mahkeme kararı nedeniyle değiştirilebilmektedir.

Unvan sahipleri, ticaret unvanını değiştirme hakkına sahiptirler. İngiltere’de unvan sahibinin değişiklik talebinde bulunabileceği haller İngiltere Şirketler Kanunu md 78 ve md 79’da düzenlenmektedir. İngiltere Şirketler Kanunu md 78’e göre, şirketin unvan değişikliği yönünde karar alması halinde, ticaret unvanı değiştirilebilmektedir. Bu durumda, unvan değişikliğine ilişkin karar örneği sicile bildirilmelidir<sup>100</sup>. İngiltere Şirketler Kanunu md 79’a göre, şirket ana sözleşmesinde ticaret unvanını değiştirmek için farklı bir usul benimsenmişse, bu usule göre de unvan değiştirilebilmektedir. Bu durumda, değişikliğin şirket ana sözleşmesine uygun olarak yapıldığı sicile bildirilmelidir. Şirketlerin unvan değişikliğine ilişkin kararı kendi inisiyatiflerinden kaynaklanabileceği gibi, tür değiştirme, konkordato sürecinin olumlu sonuçlanması veya tasfiyeden dönme gibi durumların gereğini yerine getirmekten de kaynaklanabilmektedir<sup>101</sup>.

Ticaret unvanları, tescile yetkili makam veya başka bir kamu kurumunun kararı ile de değiştirilebilmektedir. Bu durumda yetkili kamu kurumu, esas olarak unvan sahibinden unvanın mevzuata uygun hale getirilmesini talep etmektedir. Diğer bir ifadeyle, yetkili kamu kurumu, mevzuata göre tescil edilmemesi gerekirken bir şekilde tescil edilmiş bir unvanın, unvan sahibi tarafından mevzuata uygun olacak şekilde değiştirilmesini isteyebilmektedir.

Kamu kurumları, unvan değişikliği talebine re’sen veya talep üzerine karar verebilmektedir. Kamu kurumlarının re’sen değişiklik talebi, esas olarak unvanın sehven mevzuata aykırı olarak tescil edilmesi veya tescilden sonra mevzuata aykırı hale gelmesi nedeniyle. Örneğin İngiltere’de, tescil sırasında *Companies House*’a yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi<sup>102</sup>, şirketin faaliyetleri esas alındığında ticaret unvanının kamuya zarar verecek ölçüde yanıltıcı olması<sup>103</sup>; unvanında “limited” veya “Ltd.” ifadesini kullanmaktan muaf tutulan şirketin muafiyet şartlarını sonradan yitirmesi<sup>104</sup> ticaret unvanının değiştirilmesine karar verilecek durumlardır.

Kamu kurumları, ticaret unvanının değiştirilmesine menfaati bulunan kişilerin talepte bulunması üzerine karar verebilmektedir. Örneğin Singapur’da menfaati bulunan herkes, sicil memurundan tescilli unvanın değiştirilmesini talep

<sup>100</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 78/2’ye göre, şirketin unvan değişikliği kararı belli bir kanuni şartın/kararın yerine getirilmesine yönelik ise, bu durum ve genel kurulun yapıp yapılmadığı bildirimde belirtilmelidir.

<sup>101</sup> Örnek düzenlemeler için bkz İngiltere Şirketler Kanunu md 63, 73, 74, 89-111 ve md 1033.

<sup>102</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 75.

<sup>103</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 76.

<sup>104</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 64.



edebilmektedir<sup>105</sup>. Bu talep, esas olarak tescil edilen unvanın daha önce tescil edilmiş bir unvana ayırt edilemeyecek ölçüde benzer olmasına dayanmaktadır<sup>106</sup>. Unvanın değiştirilmesine ilişkin itirazın dayanağı ancak önceki tescilli bir unvan olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, ticaret unvanı dışındaki ticari ad ve işaretler, unvanın tesciline itiraz için dayanak oluşturamamaktadır<sup>107</sup>.

İlgili kamu kurumunun unvanın değiştirilmesini talep edebilmesi, belli bir süreye tabi tutulmaktadır. İngiltere’de unvanın yanlış veya yanıltıcı beyan ile tescil edilmesi sağlanmışsa, bu unvanın değiştirilmesi kararı beş yıl içinde verilmelidir<sup>108</sup>. Buna karşılık, hem İngiltere’de hem de Singapur’da unvan değişikliği kararı, önceki tescilli bir unvana benzerlik nedeniyle verilmekteyse bu süre bir yıldır<sup>109</sup>. Unvan değişikliği kararının belli bir süre içinde verilmesinin yanı sıra, İngiltere’de kararın yazılı olarak unvan sahibine bildirilmesi aranmaktadır.

Değişiklik kararının unvan sahibine bildirilmesi üzerine, unvan sahibi, kendisine tanınan süre içinde<sup>110</sup> unvan değişikliğini gerçekleştirmelidir. Bununla birlikte, unvan sahibinin karara itiraz etmesi veya karara karşı yargı yoluna başvurması da mümkündür<sup>111</sup>. Eğer unvan sahibi hem kararın gereğini yerine getirmez hem de karara karşı itiraz etmezse, unvan sahibinin veya unvan sahibi tüzel kişi ise yöneticilerin hukuki veya cezai sorumluluğu doğabilmektedir<sup>112</sup>. İngiltere Şirketler Kanunu md 56/4’e göre, unvan sahibi değişiklik talebinde bakanlığın değişikliğe ilişkin bildirimini de sunmalıdır.

Kanaatimizce, Türk hukukunda ticaret unvanının re’sen değişikliğine ilişkin düzenleme yapılırken, İngiltere’deki düzenlemelerin dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Ayrıca Singapur’daki gibi üçüncü kişilere tescile itiraz hakkının tanınması, tescil öncesi işlemlerden doğan uyuşmazlıkların önüne geçecektir. Üçüncü

<sup>105</sup> Singapur Şirketler Kanunu md 27/2.

<sup>106</sup> İngiltere’de de tescil edilmiş bir unvan önceki tescilli bir unvan ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer ise, *Companies House* unvanın değiştirilebilmesini talep edebilmektedir. Ancak bu durum için menfaat sahibi kişilerin itiraz etmesine ilişkin bir başvuru yolu öngörülmemektedir, bkz İngiltere Şirketler Kanunu md 67.

<sup>107</sup> Johnson (n 32) 696.

<sup>108</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 75.

<sup>109</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 67/2; Singapur Şirketler Kanunu md 27/2. Singapur’da ilgili kişinin tescile itirazı, sicil memuru tarafından reddedilirse; itiraz eden kişi otuz gün içinde sicil memurunun kararına karşı Bakanlığa başvurabilmektedir. Bakanlığın bu husustaki kararı nihaidir.

<sup>110</sup> İngiltere’de unvan değişikliği mevzuatta esas olarak altı haftalık bir süre öngörülmektedir. Ancak bu süre kesin süre niteliğinde değildir. *Companies House*, verilen süre bitmeden önce ek süre verebileceği gibi, unvan değişikliği kararında mevzuatta belirtilen süreden daha uzun bir süre de tanıyabilmektedir. Mevzuatta unvan sahibine verilecek süreye ilişkin azami bir sınır bulunmamaktadır. Uygulamada, genellikle unvan sahibine 12 haftalık bir süre tanınmaktadır, bkz Nicholas Bourne, *Bourne on Company Law* (6. Edition, Routledge, 2013) 82; E-mail from Paul Coles, <enquiries@companies-house.gov.uk> (24.05.2018). Singapur’da da unvan değişikliğine ilişkin kararın yerine getirilmesi için tanınan süre altı haftadır. Ancak sicil memurunun daha uzun bir süre belirlemesi mümkündür, bkz Singapur Şirketler Kanunu md 27/2.

<sup>111</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 76’ya göre, bu madde kapsamında verilen unvan değişikliği kararına karşı üç hafta içinde mahkemeye başvurulmalıdır. Mahkeme, itirazı reddederse, unvan değişikliği kararının yerine getirilmesi için gereken süreyi belirlemelidir. Singapur Şirketler Kanunu md 27/2’ye göre, unvan sahibi, sicil memurunun kararına karşı otuz gün içinde Bakanlığa itiraz etmelidir. Bakanlığın verdiği karar nihaidir.

<sup>112</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 68/5, 75/6, 76/7; Singapur Şirketler Kanunu md 27/2B.

kişilere tescile itiraz hakkı verilmesi söz konusu olursa, bu itirazın Ticaret Bakanlığına MERSİS üzerinden yapılması gibi bir seçenek de benimsenebilir. Bu sayede, itirazlar tek bir merkez tarafından incelenir ve uygulamada yeknesaklık sağlanmış olur.

## II. Ticari Ad ve İşaretlerin Korunması Açısından Ticaret Unvanının Tescil Süreci

### A. Önceki Tescilli Ticaret Unvanları Yönünden

#### 1. Türk Hukukunda

Ticaret unvanları, unvan sahibinin niteliğine bakılmaksızın tüm ülkede korunmaktadır<sup>113</sup>. Ayrıca ticaret unvanı, bir bütün olarak korunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, unvana sağlanan korumanın kapsamı, unvanın çekirdek veya ek bölümüne göre değişmemektedir.

Ticaret unvanının korunması için tescil işlemi, kurucu bir etki doğurmamaktadır. Bu nedenle, ticaret unvanı tescil edilmemiş olsa bile, unvan sahibi unvan üzerinde hak sahibi olduğu andan itibaren başka kişilerin unvanını kullanmasını engelleyebilmektedir<sup>114</sup>. Ancak sicil sisteminin temel fonksiyonlarından biri, unvanların tescil sonrasında korunması açısından fayda sağlamasıdır. TTK md 50'ye göre, tescilli ticaret unvanını kullanma hakkı yalnızca unvan sahibine aittir. Bu nedenle, bir ticaret unvanı tescil edildikten sonra, aynı unvanın bir başka kişi tarafından tescil edilmesine izin verilmemektedir. Bu hususta, tacirlerin veya ticari işletmelerin faaliyet alanının farklı olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Unvan sahipleri birbirleriyle ilgisiz alanlarda faaliyet yürütecek olsalar bile aynı unvanı kullanamamaktadırlar. Ayrıca MERSİS, tescil edilmiş bir unvanın aynıısının bir başka kişi tarafından unvan olarak tescil edilmesine izin vermemektedir.

Unvan sahiplerinin ticaret unvanları üzerindeki hakkı, yalnızca unvan ile “aynı” olan ticaret unvanlarının tescil edilmelerini veya kullanılmalarını önlemekle sınırlı değildir. Tescil edilmiş ticaret unvanı ile “ayırt edilemeyecek kadar benzer veya iltibas oluşturacak nitelikteki” unvanların da tescil edilmemeleri veya kullanılmamaları önem arz etmektedir. TTK md 45 ve Tebliğ md 5/1'e göre, önceki tescilli unvandan ayırt edilmesini sağlayan bir ek bulunmaksızın sonraki unvan başvurusu tescil edilmemelidir. Diğer bir ifadeyle, “ek”in, ticaret unvanına ayırt edici bir nitelik kazandırması gerekmektedir. Tebliğ md 5/4'e göre, tescilli bir unvandan yalnızca şirket türü farklı olan, diğer bölümleri aynı olan bir unvan başvurusu tescil

<sup>113</sup> 6102 sayılı TTK öncesinde, gerçek kişilere ait ticaret unvanları kural olarak tescil edildiği sicil müdürlüğü çevresinde korunmaktaydı. Yalnızca 1618 sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu md 5'te seyahat acenteleri yönünden bu kurala bir istisna getirilmekteydi, bkz RG 28.09.1972, S 14320.

<sup>114</sup> Ticaret unvanının tescil edilmemesi halinde, unvan sahibi haksız rekabet hükümlerine veya TMK'nin adın korunmasına ilişkin hükümlerine başvurabilmektedir, Çağlar ve Özdamar (n 1) 134.

edilemez. Örneğin, “C Turizm Limited Şirketi” ticaret unvanı daha önce tescil edilmiş ise, “C Turizm Anonim Şirketi” ifadesi ayırt edici bir ek kullanılmadan tescil edilememektedir.

Unvanların ayırt edilemeyecek kadar benzer olması veya karıştırılma tehlikesinin bulunması hususunda, ilgili unvan sahiplerinin faaliyet konuları önem taşımaktadır. Tacirlerin faaliyet konuları birbirleriyle ilgisiz ise, ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin veya karıştırılma tehlikesinin varlığından kural olarak söz edilemez<sup>115</sup>. Buna karşılık, bir unvan aynı faaliyet konusunda, bir başkası tarafından tescil edilemez. Bu konuda esas alınması gereken ölçü TTK md 52’de öngörülmüştür. Buna göre, ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması yasaktır. Ancak 28913 sayılı ve 14.02.2014 tarihli Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ’de TTK md 52’de öngörülen korumayı zayıflatacak nitelikte tescile ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Buna göre, tescil edilmiş bir unvan ile aynı eke sahip olan unvan başvurusunun ilk faaliyet konusunun önceki tescilli unvanın ilk faaliyet konusu ile aynı olmaması; unvanın tescil edilmesi için yeterli kabul edilmektedir. Bu konuda Tebliğ’de verilen örneğe göre, “B İnşaat Otomotiv Sanayi Anonim Şirketi” ticaret unvanı daha önce tescil edilmiş ise, “B Turizm İnşaat Sanayi Anonim Şirketi” ticaret unvanı ayırt edici ek yapılmadan tescil edilebilecektir. Her iki unvanda da inşaat konusu ortak olarak yer almasına rağmen, inşaat sözcüğünün bir unvanda ilk sırada, diğer unvanda ise ikinci sırada yer alması nedeniyle tescilde bir sakınca görülmemiştir. Oysa bu iki unvan arasında inşaat konusu yönünden ticari dürüstlüğe aykırı olarak iltibas oluştuğundan, TTK md 52 uyarınca ikinci unvanın tescil edilmemesi gerekir. Zira ticaret unvanlarının tescil edilebilmesi için ek kullanılmasının zorunlu olduğu durumlarda, ekin ticaret unvanına ayırt edici bir nitelik kazandırması gerekmektedir. Hâlbuki Tebliğ’deki faaliyet konularının aynılığı durumunda, faaliyet konularının ilkinde başka bir faaliyet türünün ek olarak belirtilmesinin ayırt edicilik kriterini sağladığı yönünde bir ön kabul, her zaman sağlıklı sonuç vermeyecektir. Özellikle aynı şirket türüne ilişkin çekirdek kısmı aynı olan iki farklı ticaret unvanı düşünüldüğünde, faaliyet konularını içeren ek kısmının başına yeni bir faaliyet alanının eklenmesinin ticaret unvanları arasındaki karıştırılma riskini ortadan kaldırdığını söylemek hiç de kolay olmayacaktır. Zira ticaret unvanlarının içinde bulunan faaliyet alanlarının ayırt edilemeyecek derecede benzer bir nitelikte olması, ticaret unvanlarının karıştırılma riskini artırmaktadır. Kanunla getirilen düzenlemenin açıklığı karşısında Tebliğ’de bütün faaliyet konularının iltibas açısından dikkate alınmaması, TTK’nın ticaret unvanlarının korunması için arzu ettiği

<sup>115</sup> Geçmişte faaliyet konularının farklılığı iltibas yönünden uygulamada dikkate alınmamaktaydı. Ancak günümüzde unvan sahiplerinin faaliyet alanlarının aynı veya yakın olması gerektiği uygulamada ve doktrinde kabul edilmektedir. Faaliyet konularının aynı veya benzer olması gerektiği yönünde görüş ve yargı kararları için bkz Özbey (n 19) 113; Mehmet Emin Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (Yetkin, 2014) 85; Yargıtay HGK, E 2017/1298, K 2019/335, T 21.03.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 21.08.2019. İltibas yönünden faaliyet konularının aynı veya benzer olmasının aranmaması gerektiği yönündeki yargı kararları için bkz Yargıtay 11. HD, E 2002/342, K 2002/3318, T 09.04.2002, KİBB; Yargıtay 11. HD, E 2004/828, K 2004/10546, T 01.11.2004, KİBB.

standartları sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır. Ayrıca, Tebliğ md 5/3 hükmü, bir ticari işaret olan markalardaki iltibasa ilişkin esaslar ve içtihat ile de uyumlu değildir<sup>116</sup>. Bu nedenle, Tebliğ md 5/3 hükmü, TTK'nın unvana ilişkin hükümlerine aykırı olup hukuki bir temelden yoksundur<sup>117</sup>. Tebliğ'deki bu düzenlemenin Kanuna uygun bir şekilde yeniden düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Dikkate alınması gereken bir husus, iki şirketin ticaret unvanlarının ayırt edici ek unsurları aynı olmakla birlikte faaliyet konuları farklı ise unvanlar arasında iltibas oluşmasa da, tanınmış bir ticaret unvanının aynısının veya benzerinin farklı bir faaliyet konusunda ticaret unvanı olarak tescili, somut olay yönünden yapılacak değerlendirme sonucunda ticari dürüstlüğe aykırı görülebilir. Örneğin Ülker Bisküvi Sanayi A.Ş.'nin faaliyet konusu gıda olmakla birlikte bir başka şirket Ülker Tekstil Sanayi A.Ş. şeklinde de bir unvan kullanmak isterse, ticari dürüstlüğe aykırı bir şekilde iltibas oluşur ki, ikinci unvanın tescil edilmemesi gerekir.

Uygulamada MERSİS, benzerlik incelemesini yaparken yalnızca aynı olan ifadeleri tespit edebilmektedir. MERSİS, Tebliğ md 5 hükmü esas alınarak hazırlanmıştır. Unvan rezerve edilmek istendiğinde, Tebliğ md 5'te yer alan esasa göre benzerlik incelemesi otomatik olarak yapılmaktadır. Bu nedenle, Tebliğ md 5'te yer alan şartları sağlayan bir unvan başvurusu MERSİS'te rezerve edilebilmektedir. Dolayısıyla bir unvanın tamamen aynısı olmamakla birlikte ayırt edilemeyecek derecede benzeri rezerve edilebilmektedir. Örneğin, "Karasu İnşaat Turizm Sanayi Anonim Şirketi" olarak tescilli bir unvan bulunmaktayken; "Karassu İnşaat Turizm Sanayi Anonim Şirketi" veya "Karasu Turizm İnşaat Sanayi Anonim Şirketi" adlarıyla unvan rezervi yapılabilmektedir.

Unvan başvurusunun incelenmesi aşamasında, sicil müdürlüğü benzerlik yönünden ek bir inceleme yapabilmektedir. Bu aşamada, unvan başvurusunun tescilli unvanlar ile benzer olup olmadığı MERSİS üzerinden veya TTSG üzerinden incelenebilmektedir<sup>118</sup>. Ancak bu inceleme yeterli bir düzeyde yapılamamaktadır. Ayrıca, söz konusu sorgu sayfalarında da unvanda bulunan ifadelerin birebir aynı olması halinde eşleşme ortaya çıkmaktadır. Örneğin unvan başvurusunda "Altın" ifadesi yer almaktaysa "Altın, Altındağ, Özaltın" gibi ifadelerin yer aldığı unvanlar görülebilmekteyken; "Altun, Altin, Altın" gibi ifadelerin bulunduğu unvanlar

<sup>116</sup> Marka hukukunda karıştırma tehlikesi ve markalar arasında benzerlik bulunup bulunmadığına ilişkin öğretide kabul edilen esaslar ve içtihat daha kapsamlıdır. Bu nedenle, ticaret unvanları arasında iltibas bulunup bulunmadığı incelenirken marka hukukundaki iltibasa ilişkin görüşlerin ve içtihadın niteliğine uygun düştüğü ölçüde ticaret unvanları yönünden de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir, bkz Bilge, *İltibas* 10; Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 383. Karıştırılma tehlikesi konusunda ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler* 57 vd.

<sup>117</sup> Bilge, *İltibas* 10 dn 7, 21 dn 49; Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 383. Aynı yönde ayrıca bkz Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 1) 434.

<sup>118</sup> MERSİS'in unvan sorgulama sayfası, TTSG'nin unvan sorgulama sayfasından içerik olarak daha kapsamlıdır. Örneğin "yılmazlar" ek adı sorgulandığında MERSİS üzerinde kayıtlı 1457 unvan bulunurken, TTSG'de 1379 unvan bulunmaktadır.

görülemezdir<sup>119</sup>. Nitekim uygulamada, ayırt edilemeyecek kadar benzer olan ticaret unvanlarının tescil edildiği görülmektedir<sup>120</sup>.

Kanaatimizce, unvan başvurularının önceki tescilli unvanlar ile benzerliği konusunda mevzuat ve uygulama, önceki tescilli unvanlara yeterli korumayı sağlamaktan uzaktır. Tebliğ md 5'teki unvanın çekirdek ve ek kısmı için farklı değerlendirme yapılmasını öngören hükümler düzeltilmelidir<sup>121</sup>. Yukarıdaki başlıkta bahsettiğimiz, sicil müdürüne değişiklik yetkisi veren detaylı bir düzenlemenin öngörülmesi<sup>122</sup> ve menfaat sahibi olan kişilere tescile itiraz hakkının tanınması; önceki tescilli unvanların korunması açısından asgari bir koruma standardı sağlayacaktır<sup>123</sup>. Ayrıca, MERSİS ve TTSG'deki unvan sorgulama sistemlerinin birebir aynı olmayan fakat benzer nitelikteki unvanları da gösteren bir altyapıya kavuşturulması gerekmektedir. Kanaatimizce Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından markalar için uygulanan sisteme benzer bir sistem ticaret unvanları için de oluşturularak, aynı ve ayırt edilemeyecek derecede benzer olan ticaret unvanları Ticaret Sicili Müdürlüğü tarafından resen yapılacak inceleme ile reddedilmeli, benzer olan ticaret unvanları ise hak sahiplerinin itirazı üzerine reddedilmelidir. Bu kapsamda ticaret unvanı tescil başvuruları ilan edilerek hak sahiplerine belli bir süre içinde ilana itiraz etme yetkisi verilmelidir. Bu amaçla yeteri kadar uzmanın da ticaret sicili müdürlüklerinde istihdam edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## 2. Karşılaştırmalı Hukukta

Bir ticaret unvanının tescil edilebilmesi için önceki tescilli unvanlarla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olmaması koşulu karşılaştırmalı hukukta yaygın olarak kabul edilmektedir<sup>124</sup>. Şu kadar ki, İngiltere'de tescilli unvan ile aynı veya benzer olan unvan başvuruları, tescilli unvan sahibinin rızasının bulunması veya tescil edilecek şirket ile mevcut şirket arasında hâkim-bağlı şirket ilişkisinin bulunması halinde tescil edilebilmektedir<sup>125</sup>. Bunun yanı sıra, karıştırma ihtimaline neden

<sup>119</sup> Karşılaştırmalı hukukta, unvan incelemesi sırasında birebir aynı olmayan fakat benzerlik ihtimalinin bulunduğu unvanları da sorgulayabilmek mümkündür, bkz <<https://www.unternehmensregister.de/ureg/>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>120</sup> Örneğin 5205 sicil numaralı ve Alanya/Antalya merkezli "KARDEŞLER TURİZM İNŞ SAN VE TİC LTD ŞTİ" ile 79923 sicil numaralı ve Ankara merkezli "KARDEŞLER TURİZM İNŞ TİC VE SAN ANONİM ŞİRKETİ" arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlik bulunmaktadır. Yine "KARDEŞLER İNŞAAT TİCARET LİMİTED ŞİRKETİ" adı ile 10074 sicil numaralı Sakarya merkezli, 1575 sicil numaralı Gönen/Balıkesir merkezli, 27662 sicil numaralı Bafra merkezli ticaret unvanları tescilli bulunmaktadır. Son olarak "KARDEŞLER İNŞAAT TİCARET VE SANAYİ LİMİTED ŞİRKETİ" unvanı ile 14330 sicil numaralı Mersin merkezli, 9093 sicil numaralı Trabzon merkezli ve 7759 sicil numaralı Elazığ merkezli ticaret unvanlarının tescil edilmiş olduğu tespit edilmiştir, bkz <[https://www.ticaret sicil.gov.tr/sorgu\\_acik.php](https://www.ticaret sicil.gov.tr/sorgu_acik.php)> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>121</sup> Bilge, *İltibas* 21 dn 49.

<sup>122</sup> Bu kapsamda sicil müdürüne unvanı inceleme konusunda ayırt edilemeyecek kadar benzerlik yönünden bir yetkinin verilmesi; benzerlik incelemesi ve iddiasının yargı organları veya kurulacak merkezi bir uyuşmazlık çözüm merkezi nezdinde incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>123</sup> Benzer yönde bkz Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 384.

<sup>124</sup> AIPPI (n 20) 4.

<sup>125</sup> Tescilli unvan sahibinin rızasını geri alması, sonraki unvanın tescilinin geçerliliğine engel oluşturmamaktadır, bkz İngiltere Şirketler Kanunu md 67/4, 2015/17 sayılı Yönetmelik md 8.

olacak nitelikte benzer olan ancak ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin bulunmadığı unvanlar tescil edilebilmektedir<sup>126</sup>. Karıştırılma ihtimalinin bulunduğu gerekçesiyle tescile yapılan itiraz mahkemeler nezdinde görülmektedir<sup>127</sup>. Karıştırma ihtimalini ispat yükü, iddia sahibine aittir<sup>128</sup>.

Unvan başvurusunun önceki ticaret unvanlarıyla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olmaması yönünden genellikle sicilde kayıtlı ticaret unvanları dikkate alınmaktadır<sup>129</sup>. Ancak Singapur’da, unvan rezerve edilme süresi uzun olduğu için bir unvanı daha önce rezerve etmiş kişiye de tescil edilen unvana itiraz etme hakkı verilmektedir. Buna karşılık, sicil memuru rezerve edilen ticaret unvanlarını doğrudan dikkate alamamaktadır<sup>130</sup>.

Tescilli bir unvan sicilde kolaylıkla tespit edilebilmektedir<sup>131</sup>. Bu nedenle, aynı unvanın tekrar tescil edilmesini engellemekte güçlük bulunmamaktadır. Ancak ticaret unvanı başvurusunun önceki tescilli bir unvan ile benzer ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığını tespit etmek nitelikli bir inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, İngiltere’de bir unvanın önceki tescilli bir unvandan ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığı incelenirken dikkate alınması gereken bazı esaslar kabul edilmektedir. İsviçre’de başvuru konusu unvan ile aynı olan tescilli bir unvanın bulunup bulunmadığının yanı sıra, başvuru konusu unvan ile benzer bir ticaret unvanı olup olmadığı da sorgulanabilmektedir<sup>132</sup>.

İngiltere Şirketler Kanunu md 66/2-3 ve md 67/2-3’e göre, benzerlik incelemesi yapılırken dikkate alınmayacak hususlar ile aynı olarak kabul edilecek işaretler yönetmelik ile düzenlenebilecektir. Bu hususlar, 2015/17 sayılı Yönetmelik’te düzenlenmektedir. 2015/17 sayılı Yönetmelik md 7’de benzerlik incelemesinde dikkate alınacak ve alınmayacak ifade ve işaretler düzenlenmektedir. Söz konusu işaretler 2015/17 sayılı Yönetmelik ekinde üçüncü listede belirtilmektedir<sup>133</sup>.

2015/17 sayılı Yönetmelik ekinin üçüncü listesi on paragraftan oluşmaktadır. Birinci paragrafa göre, tescil edilmek istenen unvandaki işaretin sicilde bulunan bir unvan ile aynı olup olmadığı, söz konusu bu listede belirtilen esaslara göre

<sup>126</sup> David Stone ve Lisa Ritchie, “The UK Company Names Adjudicators: success for brand owners?” (2011) 6(5) Journal of Intellectual Property Law & Practice 339.

<sup>127</sup> İsviçre Borçlar Kanunu md 956.

<sup>128</sup> Tan Cheng Han (n 28) 46.

<sup>129</sup> Singapur Şirketler Kanunu md 28/3AA; İngiltere Şirketler Kanunu md 66.

<sup>130</sup> Singapur Şirketler Kanunu md 28/3AA.

<sup>131</sup> Bazı ülkelere ait unvan sorgulama sayfaları için bkz <<https://beta.companieshouse.gov.uk/company-name-availability>> <<http://wck2.companieshouse.gov.uk/wcframe?name=accessCompanyInfo>> <<https://www.zefix.ch/de/search/entity/welcome>> <<https://www.unternehmensregister.de/ureg/>> Erişim Tarihi 15.11.2019.

<sup>132</sup> Söz konusu inceleme ücret karşılığı yapılmaktadır, detaylı bilgi için bkz <<https://www.regix.ch/de>> <<https://www.regix.ch/de/index/faq>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>133</sup> Ayrıca bkz Başlık 6.4, 6.5 <<https://www.gov.uk/government/publications/incorporation-and-names/incorporation-and-names#business-names>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

belirlenmektedir. Yönetmelik ekinin üçüncü listesine göre, benzerlik incelemesi yapılırken sıralı bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu sıralama, listede belirtilen paragraflara göre gerçekleştirilmektedir. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste ikinci paragrafında, benzerlik incelemesinde aynı olarak kabul edilen harf türleri gösterilmektedir. Örneğin, on farklı yazım türüne sahip “a” harfi, benzerlik incelemesi yapılırken aynı kabul edilmektedir. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste üçüncü paragrafına göre, şirket türünü ifade eden ve 2015/17 sayılı Yönetmelik ekinin ikinci listesinde belirtilen kavramlar benzerlik incelemesinde dikkate alınmamaktadır. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste dördüncü paragrafına göre, rakamlar ve bunların yazılışı ile okunuş ifadeleri aynı olan diğer kelimeler, para birimi işaretleri ve yazılışları benzer olarak kabul edilmektedir. Örneğin, ticaret unvanlarında bulunan “2, to, too, two” işaretleri aynı olarak kabul edilmektedir. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste beşinci paragrafında, benzerlik incelemesinde unvanın sonunda yer almak kaydıyla dikkate alınmayacak işaret ve ifadeler belirtilmektedir. Örneğin, ticaret unvanının sonunda yer alan “UK, GB” gibi ülke kısaltmaları, “NET, ORG, COM, CO” gibi ifadeler benzerlik incelemesinde dikkate alınmamaktadır. Ayrıca bu ifadelerin önünde veya yanında yer alan noktalama işaretleri de benzerlik incelemesinde göz ardı edilmektedir. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste altıncı paragrafına göre, önceki paragraflara göre değerlendirme yapılmasına rağmen bir sonuca varılamamışsa, değerlendirme konusu ifadelerdeki noktalama işaretleri dikkate alınmamaktadır. Ayrıca “\*” “=” ve “#” işaretleri de benzerlik incelemesinde dikkate alınmamaktadır. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste yedinci paragrafına göre, isimlerin sonuna gelen çoğul eki benzerlik incelemesinde dikkate alınmamaktadır. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste sekizinci paragrafına göre, değerlendirilen ifadelerin ilk altmış karakteri dikkate alınmaktadır. Dikkate alınacak ilk altmış karakter hesaplanırken işaretler arasında bulunan boşluklar da hesaba katılmaktadır. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste dokuzuncu paragrafına göre, unvanın başında yer alan “@, the, www” ifadeleri dikkate alınmamaktadır. 2015/17 sayılı Yönetmelik eki üçüncü liste onuncu paragrafına göre, ifadelerde bulunan boşluklar dikkate alınmamaktadır.

İngiltere’de unvanlar arasındaki aynılık veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlik incelemesi için öngörülen düzenlemeler detaylı olsa da, uygulama Türk hukukundan farklı değildir. Bir harf farklılığı, unvanın önceki tescilli unvanlarla aynı kabul edilmemesi için yeterli görülmektedir<sup>134</sup>. Unvanın önceki tescilli unvanlar ile ayırt edilemeyecek kadar benzer olmamasına ilişkin kriterin uygulaması ise çok sınırlıdır<sup>135</sup>.

Kanaatimizce, Türk hukukunda unvan başvurularının önceki tescilli unvanlarla benzerlik incelemesinin algoritmik hesaplamalarla tespit edilebileceği bir sisteme

<sup>134</sup> Stone ve Ritchie (n 126) 340; United Kingdom Group, “Report Q 155” in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* 1, <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>135</sup> United Kingdom Group (n 134) 1.

geçilene kadar, İngiltere’de olduğu gibi bir düzenlemenin öngörülmesi, yeknesaklığın sağlanması ve hukuki belirlilik açısından gereklidir.

### 3. Unvanın Kötü Niyetle Tescili

Türk hukukunda ticaret unvanının kötü niyetli olarak tesciline ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>136</sup>. Ancak İngiltere’de ve Hong Kong’da ticaret unvanının kötü niyetle tescil edilmesini önlemek için çeşitli düzenlemeler öngörülmektedir. Bu yönde düzenleme yapılmasındaki temel gerekçe, henüz bir ülkede ticaret unvanını tescil ettirmemiş fakat başka bir yerde ticaret unvanını tescil ettirmiş veya kullanan bir kişiden, bu ülkede unvanını tescil ettirmeden önce söz konusu unvanı tescil ettiren bir başka kişinin menfaat sağlamasını engellemektir. Zira ilgili düzenlemeler, ticaret unvanına bir yerde tescil edilmesi veya kullanılması halinde uluslararası veya sınır aşan bir koruma sağlamamaktadır. Kötü niyetli tescile ilişkin düzenlemelerdeki amaç, fırsatçı tescillerin önüne geçmektir.

İngiltere’de ticaret unvanlarının kötü niyetle tescil edilmesini engelleyen düzenlemeler ilk kez 2006 tarihli Kanun ile kabul edilmiştir<sup>137</sup>. Unvanın kötü niyetle tescili İngiltere Şirketler Kanunu md 69-74 arasında düzenlenmektedir. Kötü niyetli tescilin varlığını kabul etmek için belli şartların bir arada bulunması gerekmektedir. İngiltere Şirketler Kanunu md 69/1’e göre, unvanın kötü niyetle tescil edildiğini iddia eden kişi, iyi niyetli<sup>138</sup> olduğunu veya ticaret unvanı ile tescilli unvan arasında karıştırma ihtimaline neden olacak yeterlikte benzerlik bulunduğunu göstermelidir. Buna karşılık, İngiltere Şirketler Kanunu md 69/3’e göre, üçüncü kişinin hakeme başvurması üzerine, tescilli unvan sahibine savunma süresi verilmektedir. Tescilli unvan sahibi, İngiltere Şirketler Kanunu md 69/4’te belirtilen hususlardan en az birini ispat etmelidir<sup>139</sup>. Aksi takdirde, itiraz eden kişinin başvurusu kabul edilmektedir.

İngiltere’de kötü niyetli tescile ilişkin itirazlar Fikri Mülkiyet Ofisi (*Intellectual Property Office*) bünyesinde kurulan Ticaret Unvanı Komisyonu’na (*Company Names*

<sup>136</sup> Öğretilen, bu durum “fırsatçı tescil/*opportunistic*” veya “ticaret unvanı korsanlığı/*company names squatting*” ifadeleriyle de tanımlanmaktadır, bkz Aydoğan (n 1) 27; Stone ve Ritchie (n 126) 340.

<sup>137</sup> Anonymous, “In Parliament” (n 56) 82. Bu düzenlemenin kabul edilmesindeki gerekçelerden biri, kötü niyetli tescillerin pazar payının yaklaşık 50 milyon pound olmasıdır, bkz Grahammer (n 20) 61 dn 24.

<sup>138</sup> Bu hususta mevzuatta kullanılan iyi niyet kavramı, İngiliz hukukundaki iyi niyet kavramından daha farklı değerlendirilmektedir. Unvanın tanınırlığı itiraz edenin iyi niyeti açısından dikkate alınmaktadır, bkz Stone ve Ritchie (n 126) 343; Johnson (n 32) 698.

<sup>139</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 69/4’e göre, şirket yetkilisi veya ortağı savunmasında, ticaret unvanını iyiniyetle tescil ettirdiğini veya itirazda bulunanın unvanın tescili nedeniyle menfaatinin önemli derecede olumsuz etkilenmeyeceğini ispat etmesi gerekmektedir. Bu durumun ispat edilmesi halinde üçüncü kişinin unvana yönelik itirazı reddedilmektedir. Ayrıca, şirket yetkilisi veya ortağı, üçüncü kişinin iyiniyetli olduğunu iddia ettiği tarihten önce unvanını tescil ettirdiğini; şirketin ticaret unvanı altında faaliyetlerine başlamak için ciddi hazırlıklar yaptığını veya faaliyet gösterdiğini veya geçmişte faaliyette bulunduğunu; unvanın ticari hayatın olağan seyrine göre tescilinin tamamlandığını ve şirketin itirazda bulunana ticari koşullara uygun olarak devredilebileceğini de ispat edebilir. Bu durumların ispatı halinde de üçüncü kişilerin itirazı reddedilmektedir. Ancak üçüncü kişi, bu savunmaların ispatı üzerine tescilli unvan sahibinin kendisinden yalnızca menfaat sağlamak için savunmada bulunduğunu veya kendi unvanının tescilini engellemek için hareket ettiğini ispat ederse üçüncü kişinin ticaret unvanına yönelik itirazı kabul edilmektedir.



*Tribunal*) yapılmaktadır<sup>140</sup>. Başvurular, komisyon bünyesinde görevli hakemler tarafından incelenmektedir. Hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde izleyeceği usul, kanunda düzenlenmemektedir; bu hususun *Companies House* tarafından belirleneceği öngörülmektedir<sup>141</sup>. İngiltere Şirketler Kanunu md 72/1'e göre, hakem kararını gerekçeli olarak doksan gün içinde vermelidir. İngiltere Şirketler Kanunu md 72/2'ye göre, hakem kararları online olarak yayınlanmaktadır<sup>142</sup>.

İngiltere Şirketler Kanunu md 73/3'e göre, hakem, iyi niyetli üçüncü kişinin tescilli unvana yönelik itirazını kabul ederse, tescilli unvan sahibine unvanını değiştirmesi için süre verilmektedir. Verilen süre içinde tescilli unvan sahibi kararın gereğini yerine getirmese, İngiltere Şirketler Kanunu md 73/4'e göre, hakem söz konusu şirketin unvanını değiştirebilmektedir. Hakemin şirket unvanını değiştirmesi halinde, durumu, itirazda bulunan kişiye, şirkete ve ticaret siciline bildirmesi gerekmektedir.

İngiltere Şirketler Kanunu md 74'e göre, hakem kararlarına karşı yargı yoluna başvurmak mümkündür. Yargı yoluna başvurulması, hakem kararının icrasını durdurmaktadır<sup>143</sup>. İngiltere Şirketler Kanunu md 74/3'e göre, hakemin, üçüncü kişinin itirazını kabul etmesi ve mahkemenin hakem kararına yapılan itirazı reddetmesi halinde, mahkeme, hakem kararının gereğinin yerine getirilme usulünü belirleyebilmektedir. Ayrıca, İngiltere Şirketler Kanunu md 74/5'e göre, hakemin üçüncü kişinin itirazını reddetmesi ve mahkemenin hakem kararını bozması halinde, mahkeme, tescilli unvanın değiştirilmesine karar verebilmektedir. Bu durumda, değiştirilmiş unvanın uyuşmazlık taraflarına ve sicile bildirilmesi gerekmektedir.

Öğretide, kötü niyetli tescile ilişkin düzenlemelerin çok kısıtlı bir konuya ilişkin olduğu ve uygulamasının yaygın olmadığı ifade edilmektedir<sup>144</sup>. Örneğin, tescilli unvan sahibi, itiraz eden kişiden menfaat sağlamak gibi bir amacının olmadığını<sup>145</sup> veya itiraz edenin ciddi bir ekonomik kayba uğramadığını ispat ederse, üçüncü kişinin itirazı reddedilmektedir. Buna karşılık, iyiniyetli üçüncü kişinin itirazına tescilli unvan sahibi cevap vermezse, üçüncü kişinin itirazını kabul etmiş sayılmaktadır<sup>146</sup>. Bu nedenle, prosedürün hızlı ve ekonomik olduğu da ileri sürülmektedir<sup>147</sup>.

<sup>140</sup> <<https://www.gov.uk/government/organisations/company-names-tribunal/about>> Erişim Tarihi 21.08.2019. Başvuru süreci ve sürece ilişkin yargılama giderleri için bkz Johnson (n 32) 702 vd; Stone ve Ritchie (n 126) 340 vd.

<sup>141</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 71/1-2. Hakemlerin inceleme sürecinde niteliği elverdiği ölçüde usul hukukuna ilişkin esasları dikkate alması gerektiği yönündeki görüş için bkz Johnson (n 32) 703.

<sup>142</sup> Komisyon kararlarına ulaşmak için bkz <<https://www.gov.uk/government/publications/company-names-tribunal-undefended-decisions-and-orders>> <<https://www.gov.uk/government/publications/company-names-tribunal-defended-decisions>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>143</sup> İngiltere Şirketler Kanunu md 74/2'ye göre, hakem kararının icrasının durdurulması için, hakem kararında tescilli unvan sahibine unvanını değiştirmesi için belirlenen süre içinde itiraz edilmelidir.

<sup>144</sup> Johnson (n 32) 705; Eslmore ve Sorensen (n 2) 879.

<sup>145</sup> Tescilli unvan sahibinin, itiraz eden kişi dışındaki kişilerden menfaat sağlaması, itirazın kabulü için yeterli değildir, bkz Johnson (n 32) 700.

<sup>146</sup> Ibid 702.

<sup>147</sup> Stone ve Ritchie (n 126) 339.

Hong Kong'da kötü niyetli tescile ilişkin düzenlemeler kabul edilirken, İngiltere'deki düzenlemeler, usul ekonomisine uygun olmadığı gerekçesiyle benimsenmemiştir<sup>148</sup>. Hong Kong'da sicil müdürünün unvan değişikliği kararının gereğini unvan sahibi yerine getirmese, sicil müdürü, şirketin ticaret unvanı bölümüne unvanı silerek, unvan yerine tescil numarasını yazmaktadır<sup>149</sup>.

Kanaatimizce Türk hukukunda kötü niyetli tescilleri önlemek için özel bir başvuru yolunun öngörülmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira bu yönde bir incelemenin sicil memurlarınca yapılabilmesi mümkün olamayacağı gibi, mahkemelerde ileri sürülecek kötü niyet iddialarının da TMK md 2 kapsamında çözümü uygun olacaktır. Bu nedenle, bu hususta bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur.

## B. Diğer Ticari Ad ve İşaretlerin Korunması Yönünden

### 1. Türk Hukukunda

#### a. Genel Olarak

Türk hukukunda, ticaret unvanlarının tescili aşamasında yalnızca tescilli ticaret unvanları açısından inceleme yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ticaret unvanında bulunan bir ibarenin bir başkasına ait marka, işletme adı veya internet alan adı hakkını etkileyip etkilemediği değerlendirilmemektedir. Ayrıca, tescil sürecinde üçüncü kişilere tescile itiraz hakkı tanınmamaktadır. Buna karşılık, SMK md 6/6'ya göre, bir marka tescil başvurusu başkasına ait ticaret unvanı da dâhil olmak üzere bir fikri mülkiyet hakkını içermekteyse, hak sahibinin itirazı üzerine marka tescil başvurusu reddedilmektedir<sup>150</sup>.

Bir ibarenin hem ticaret unvanında hem de marka, işletme adı, internet alan adı veya coğrafi işaret adı gibi diğer hak kategorilerinde kullanılabilmesi mümkündür. Bir görüşe göre, bir ibarenin bir ticari ad veya işaret kapsamında korunması; hak sahibine bu ibareyi diğer türdeki ticari ad ve işaretler yönünden de kullanma hakkı vermelidir<sup>151</sup>. Katıldığımız diğer görüşe göre, bir ibarenin bir ticari ad veya işaret kategorisinde tescil edilmesi halinde, hak sahibine bu ibare üzerinde kural olarak ibarenin tescil edildiği ad veya işaret yönünden münhasır hak tanınmalıdır<sup>152</sup>. Çünkü diğer görüşün kabulü, bir ibare üzerinde hak sahibine gereğinden fazla koruma sağlamakta ve iltibas tehlikesi oluşturmayan alanlarda da hak sahibine münhasır hak

<sup>148</sup> Grahammer (n 20) 60-61.

<sup>149</sup> Ibid 60.

<sup>150</sup> Söz konusu unvan markasal olarak kullanılmalıdır, bkz Bilge, *İltibas* 18; Yargıtay'ın 12.06.2006 tarih ve 2005/6657 E, 2006/6747 K Sayılı kararı ile onanan, Ankara FSHM'nin 17.02.2005 tarih, 2004/568 E, 2005/87 K sayılı kararı. SMK'de unvan sahibine marka tescilini engellemek için itiraz hakkı verilirken; TTK'da marka hakkı sahibine benzer bir itiraz hakkının verilmemesinin hak ihlallerine yol açacağı yönündeki görüş için bkz Aydoğan (n 1) 28, 39.

<sup>151</sup> TTK md 46/1'e "başkasına ait isim ve işaretlerin aynı ya da benzeri olmak sebebiyle işletmeler arasında karışıklığı (iltibas), haksız bir yararın sağlanmasına yol açmamak, yanıltıcı nitelikte bulunmamak" şartının da eklenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz Aydoğan (n 1) 40.

<sup>152</sup> Bilge, *İltibas* 13 dn 17.

tanılmaktadır<sup>153</sup>. Bununla birlikte, ticari ad ve işaretler ekonomik bir değer taşıdıkları için bu ad ve işaretlerle farklı türdeki ad ve işaretler arasında benzerlik veya bağlantı kurulmak suretiyle menfaat sağlanması amaçlanabilmektedir. Örneğin, tanınmış bir markada bulunan bir ifade, marka sahibi dışındaki bir kişi tarafından ticaret unvanı olarak tescil ettirilmek istenebilir<sup>154</sup>. Benzer şekilde, bir ifadeyi ticaret unvanı olarak tescil ettiren bir kişi, bu ifadeyi daha sonra işletme adı, internet alan adı veya marka olarak kullanmak isteyebilir. Kanaatimizce, bu olasılıkların yaşanması halinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek için tescilli unvan sahiplerine olduğu gibi diğer ticari ad ve işaret sahiplerine de tescile itiraz hakkının verilmesi isabetli olur<sup>155</sup>. Bu kapsamda, SMK md 6/6'da öngörülen hüküm, ticaret unvanının ve tescil sürecinin özellikleri de dikkate alınarak ticaret unvanları açısından da düzenlenmelidir. Çünkü mevcut durumda, marka, işletme adı, internet alan adı veya bir coğrafi işaret herhangi bir engelle karşılaşmadan ticaret unvanında kullanılabilir. Hak sahibinin başvurabileceği tek yol ise dava açmaktır.

### **b. İtiraz Hakkının Tanınması Halinde Dikkate Alınması Gereken Hususlar**

Ticaret unvanı tescil edildiğinde, unvan sahibi, ticaret unvanını yalnızca unvan olarak kullanma yönünden münhasır bir hakka sahiptir. Diğer bir ifadeyle, ticaret unvanında yer alan bir ifadeyi işletme adı, internet alan adı veya marka olarak kullanması halinde, bir başka kişinin hak iddiasıyla karşılaşabilir. Uygulamada ticaret unvanıyla ilgili en fazla uyuşmazlığın yaşandığı ticari işaret kategorisi marka hakkıdır. Özellikle hizmet sektörüne ilişkin faaliyetlerde aynı ifadeler hem marka hem de ticaret unvanında kullanılabilir<sup>156</sup>.

Ticaret unvanının, TTK'da sağlanan koruma doğrultusunda taciri işaret edecek nitelikte kullanılmasına<sup>157</sup> unvansal kullanım denilmektedir<sup>158</sup>. Unvanın marka olarak kullanımı halinde markasal kullanım<sup>159</sup> söz konusu olmaktadır. Öğretide bir görüşe göre, ticaret unvanının yalnızca kanunda belirtilen esaslara göre kullanılması, marka hakkının ihlal edilmesi anlamına gelmez<sup>160</sup>. Diğer bir ifadeyle, marka hakkının ihlal edilmesi için, ticaret unvanının markasal kullanıma konu edilmesi gerekmektedir<sup>161</sup>.

<sup>153</sup> Aynı yönde bkz Grahmmer (n 20) 61.

<sup>154</sup> Marka hakkı ile ticaret unvanları arasındaki fonksiyonel bağlantı hakkında detaylı bilgi için bkz Bilge, Ticari Ad ve İşaretler 21, 38.

<sup>155</sup> Ayrıca bkz Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler* 174-177, 201-202.

<sup>156</sup> Bilge, *İltibas* 8, 13; Aydoğan (n 1) 39; Özkan (n 10) 250; Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 373-374.

<sup>157</sup> Taciri işaret edecek nitelikteki marka, işletme adı veya diğer ayırt edici işaretlerin kullanımının da unvansal kullanım niteliği taşıdığı yönündeki görüş için bkz Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler* 23 dn 8.

<sup>158</sup> Bilge, *İltibas* 12.

<sup>159</sup> Unvansal kullanım ve markasal kullanım kavramlarına ve bu kavramlar arasındaki ilişkiye ilişkin detaylı bilgi için bkz Sabih Arkan, "Marka hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?" (2000) 20(3) BATİDER 5 vd; Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler* 115 vd; Aydoğan (n 1) 32; Özbey (n 19) 112; Yargıtay 11. HD, E 2015/4453, K 2015/11340, T 02.11.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 21.08.2019; Yargıtay 11. HD, E 2009/10030, K 2011/6580, T 31.05.2011, KİBB.

<sup>160</sup> Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 1) 391; Bilge, *İltibas* 13; Benzer yönde karar: Yargıtay, 11. HD, E 2009/13563 K 2011/6033 T 17.05.2011.

<sup>161</sup> Örnek yargı kararı için bkz Yargıtay 11. HD, E 2018/902, K 2019/2502, T 01/04/2019; Yargıtay HGK, E 2017/119, K 2019/187, T 21.02.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

Kanaatimizce, ticaret unvanının tescil aşamasında markasal kullanıma konu olup olmayacağı belirsizdir. Bu nedenle, marka hakkının SMK md 6/6'da ticaret unvanı açısından öngörüldüğü gibi doğrudan tescil engeli olarak kabul edilmesi isabetli olmaz. Bununla birlikte, marka hakkı sahibine de unvanın markasal kullanıma konu edilmesi ihtimali nedeniyle itiraz hakkının verilmesi gerekmektedir<sup>162</sup>. Marka sahibi, tescilli unvanın markasal kullanıma konu edildiğini ispat ederse, itiraz kabul edilerek ticaret unvanının değiştirilmesine karar verilmelidir<sup>163</sup>. Ancak hem markada hem de ticaret unvanında gerçek kişi adlarının kullanılması durumunda, gerçek kişi adının belirtilmesi yasal bir zorunluluksa marka hakkı sahibi ticaret unvanının tesciline katlanmalıdır<sup>164</sup>. Bu durumda, ticaret unvanının da dürüst bir şekilde kullanılması ve markasal kullanıma konu edilmemesi gerekmektedir<sup>165</sup>.

Marka ile ticaret unvanı arasında benzerlik bulunup bulunmadığı tespit edilirken, markanın ve ticaret unvanının kullanıldığı faaliyet alanlarının aynı veya benzer olması gerekmektedir<sup>166</sup>. Ticaret unvanının faaliyet alanı tespit edilirken unvanda yer alan faaliyet konusunun yanı sıra, uyuşmazlık sırasında unvanın ilgili olduğu işletme veya şirketin fiili faaliyetleri dikkate alınmalıdır<sup>167</sup>.

Marka hukukunda tanınmış markalar için özel düzenlemeler bulunmaktadır. Buna karşılık, ticaret unvanları açısından tanınmışlık hususunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Markanın tanınmış marka olması, farklı faaliyet alanında kullanılan unvan bakımından marka hakkına daha geniş bir koruma alanı sağlamamaktadır<sup>168</sup>. Ancak somut olayın şartlarına göre, tanınmış bir unvan ticari dürüstlüğe aykırı bir şekilde tescil edilmek istenirse, bu tescil talebinin de reddedilmesi gerekmektedir<sup>169</sup>.

Ticari ad ve işaretler arasındaki uyuşmazlıklar açısından, internet alan adı ile diğer ticari ad ve işaretler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için uyuşmazlık çözüm merkezi ve usulü düzenlenmektedir<sup>170</sup>. Bu usul ticaret unvanı ile marka arasındaki uyuşmazlıklar için örnek alınabilir<sup>171</sup>.

Ticaret unvanlarının tescili konusunda ilgili kamu kurumları ile marka tescili ile ilgili TÜRKPATENT arasında marka ve ticaret unvanı siciline ilişkin tescil işlemleri yönünden

<sup>162</sup> Aynı yönde bkz Aydoğın (n 1) 28, 41.

<sup>163</sup> Benzer yönde bkz Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları*, C 2 (Vedat, 2005) 100.

<sup>164</sup> Bilge, *İltibas* 11, 17.

<sup>165</sup> Detaylı bilgi için bkz Bilge, *İltibas* 16-17; Aydoğın (n 1) 34.

<sup>166</sup> Bilge, *İltibas* 18; Yargıtay HGK, E 2007/11-965, K 2007/961, T 12.12.2007, KİBB. Aydoğın'a göre, unvan ile marka farklı mal veya hizmet sınıfları içerisinde değerlendirilebiliyorsa, bu durumda unvanın markaya iltibas oluşturmaya açısından haksız yararlanma şartının gerçekleşmesi zayıftır, bkz Aydoğın (n 1) 38.

<sup>167</sup> Bilge, *İltibas* 19-20; Aydoğın (n 1) 38 dn 26; Yargıtay 11. HD, E 2005/3315, K 2006/5211, T 04.05.2006, KİBB; Yargıtay HGK, E 2017/1298, K 2019/335, T 21.03.2019 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

<sup>168</sup> Bilge, *İltibas* 11.

<sup>169</sup> Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 383-384; Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler* 90.

<sup>170</sup> İnternet Alan Adları Yönetmeliği md 23 vd, RG 07.11.2010, S 27752.

<sup>171</sup> Aydoğın (n 1) 45.

bir işbirliği bulunmamaktadır. Ayrıca, işletme adları ayrı bir sicile sahip değildir. Bu hususlarda elektronik sistemler arasında erişilebilirlik sağlanması veya bu sicillerin tescile itirazı incelemekle yetkili kurulların erişimine sunulması faydalı olacaktır.

## 2. Karşılaştırmalı Hukukta

Karşılaştırmalı hukukta, tescil konusu unvanın bir başkasına ait unvan dışındaki ticari ad ve işaretlerle benzer olmaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>172</sup>. Bununla birlikte, birçok ülkede tescil aşamasında diğer ticari ad ve işaretlerle aynılık veya benzerlik yönünden bir inceleme yapılmamaktadır<sup>173</sup>. Ancak Norveç'te unvanın tescil edilmesine, marka hakkı sahibi itiraz edebilmektedir. Söz konusu itiraz, marka sahibinin ticaret unvanının tescilini öğrendiği andan itibaren üç hafta içinde yapılmalıdır<sup>174</sup>.

İngiltere'de, unvanın benzerlik nedeniyle değiştirilmesine ilişkin bir karar ancak tescilli bir ticaret unvanının varlığına dayanılarak verilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, *Companies House* ticaret unvanının başkasına ait bir marka veya işletme adıyla aynılık veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlik nedeniyle değiştirilmesine karar verememektedir<sup>175</sup>. Ayrıca, İngiltere'de markaların tescilinde mal veya hizmet ayırımı söz konusu iken ticaret unvanlarında bu ayırımın olmaması; unvanın tescili aşamasında markanın tescil engeli olarak kabul edilmesi konusunda engel olarak görülmektedir<sup>176</sup>.

Öğretide, diğer ticari ad ve işaretlerle tescil edilmiş ticaret unvanları arasındaki uyumsuzlukların çözüm yöntemleri konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, sicil müdürlükleri ticari ad ve işaretler arasında karıştırma tehlikesinin bulunup bulunmadığı yönünden inceleme yapabilmek konusunda yeterli özellikleri taşımayabilmektedir. Bu nedenle, uyumsuzlukların çözümü için profesyonel bir birim oluşturulmalı veya mahkemelerde uyumsuzlukların görülmesine devam edilmelidir<sup>177</sup>.

Marka hukukundaki karıştırma ihtimaline ilişkin düzenleme ve içtihadın diğer ayırt edici işaretler yönünden de dikkate alınabileceği çeşitli hukuk sistemlerinde kabul görmektedir<sup>178</sup>. Bununla birlikte, öğretide marka ile diğer ayırt edici işaretler arasındaki farklılıklar nedeniyle, ilgili ayırt edici işaretin korunması hususunda farklı

<sup>172</sup> AIPPI (n 20) 5.

<sup>173</sup> E-mail from Paul Coles, <enquiries@companies-house.gov.uk> (24.05.2018); Grahammer (n 20) 61; Esmore ve Sorensen (n 2) 857-858. Tescilli bir markanın, bir ticaret unvanının tesciline engel oluşturduğu tek ülke Finlandiya'dır, bkz AIPPI (n 20) 5.

<sup>174</sup> AIPPI (n 20) 5.

<sup>175</sup> Johnson (n 32) 696.

<sup>176</sup> United Kingdom Group (n 134) 4.

<sup>177</sup> Grahammer (n 20) 61-62.

<sup>178</sup> Bu yönde verilmiş İsviçre yargı kararları için bkz BGE 117 II 199 E 2 - Touring-Garantie; BGE 119 II 473 -Radion; BGE 125 III 193 E 1.b - Bud; BGE 116 II 463 E 4.c - Coca Cola; BGE 116 II 614 E 5.b - Gucci. Bkz, Joller, Gallus, Verwechslungsgefahr im Kennzeichenrecht, Bern 2000, s 369, 370. Aynı yönde verilmiş Alman yargı kararları için ayrıca bkz BGH GRUR 1955, 95. 96 - Buchgemeinschaft I; BGH GRUR 1957, 281, 282 - Karo-as; BGH GRUR 1995, 825 - Torres; BGH GRUR 2001 344 - DB Immobilienfonds; BGH BIPMZ 2001, 210 - Windsurfing Chiemsee.

bir değerlendirme gerekliyse, marka hukukundaki içtihadın esas alınmayabileceği ileri sürülmektedir<sup>179</sup>.

Türk hukukunda olduğu gibi, diğer ülkelerde de marka ve ticaret unvanlarının tescilli konusunda yetkili kurumlar arasında bir bağlantı bulunmamaktadır<sup>180</sup>.

## Sonuç ve Öneriler

Ticaret unvanlarının tescil süreci ve usulü, unvan sahibinin, unvan sahibi dışındaki ilgili kişilerin ve kamu menfaatinin korunması için gerekli özellikleri taşımalıdır. Tescil süreci hem hızlı ve ekonomik bir niteliğe hem de unvan sahibi dışındaki kişilerin hak ve menfaatlerinin ihlal edilmesini önlemek için gerekli standartlara sahip olmalıdır. Bu kapsamda, Türk hukukunda ticaret unvanlarına ilişkin tescil sürecinin ve ticaret unvanlarının korunmasının daha nitelikli bir hale gelmesi için şu hususların dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz:

1. TTK'da kullanılması izne tabi olan veya yasaklanan ad ve işaretlere ilişkin genel esaslar ve istisnalar belirlenmeli; bu esaslara göre yönetmelik veya tebliğ ile ayrıntılı düzenleme yapılmalıdır. Uygulamada, milli, manevi veya kültürel değeri bulunan ifadelerin ticaret unvanında kullanıldığı görülmektedir. Bu ifadelerin ticarileştirilmesi veya ticaret unvanlarında kullanılması, taşıdıkları değeri sulandırmaktadır. Bu nedenle, milli, manevi veya tarihi değer ifade eden kelimelerin kanuni dayanağı öngörülerek yönetmelik veya tebliğ ile belirlenmesine ve bu ifadelerin ticaret unvanlarında kullanılmasının yasaklanmasına ihtiyaç vardır.

2. Ticaret unvanlarında kullanılması izne tâbi olan kelimelerin daha detaylı ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yönde bir düzenleme yapılamaması halinde ise, mevcut düzenlemedeki belirsizlikler açıklığa kavuşturulmalıdır. Örneğin, TTK md 46/3'te öngörülen izne tâbi kelimelerin yabancı dillerdeki karşılıklarının izne tâbi olup olmadığı belirsizdir. Yine Tebliğ md 4/4'te yalnızca gerçek kişiler, kolektif ve komandit şirketler için izne tâbi kelimeler yönünden muafiyet getirilmektedir. Donatma iştirakindeki gerçek kişinin adı veya soyadında izne tâbi kelimelerin bulunması halinde ise, bu yönde bir muafiyet öngörülmemektedir.

<sup>179</sup> Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang, Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, München 1985, § 31 Rn 5. vd Fezer'e göre ise karıştırılma tehlikesi, hem çatışma durumunun yapısı ve konusuna göre, hem de farklı tipiklik unsurlarına ve hukuki düzenlemelerin ilgili amacına göre belirlenmelidir, bkz Karl-Heinz Fezer, *Markenrecht* (4. Auflage, C.H.BECK, 2009) § 14 Rn 82.

<sup>180</sup> Bu ülkelere örnek olarak Çekya, Güney Kore, Singapur ve Almanya gösterilebilir. Finlandiya'da ise söz konusu kurumlar arasında bağlantı olduğu ifade edilmektedir, sırasıyla bkz Korean Group (n 98) 2; German Group (n 24) 4; AIPPI (n 20) 6; Czech Group, "Report Q 155" in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* 2, <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019; Singapore Group, "Report Q 155" in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* 3, <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.

3. Tebliğ md 4/6'ya göre ülke adlarının ticaret unvanında kullanılabilmesi için o ülkenin yetkili makamlarından izin alınması gerekmektedir. Ayrıca Tebliğ'de resmî olarak tanımlanmış yer adlarının unvanında kullanılabileceği öngörülmektedir. Kanaatimizce, bu düzenlemelerin doğrudan TTK'da düzenlenmesi veya TTK'da açıkça yönetmelik veya tebliğ ile düzenleneceğinin öngörülmesi daha isabetli olur. Bunun yanı sıra, ülke adlarının bir ürün adı veya isim öbeği olarak kullanıldığı durumlarda (örneğin Yemen kahvesi), ülke adlarının aynı zamanda coğrafi yer adı olarak tanımlandığı durumlarda (örneğin Avustralya, Güney Afrika, Orta Afrika, Malta, Madagaskar), ülke adlarının Türkçe'de sesteş kelime niteliğinde olması durumunda (örneğin Mısır) izin gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulmalıdır.

4. Sicil müdürlüklerinin tescil edilmiş unvanlarda re'sen değişiklik yapabilmesine ilişkin uygulamanın mevzuat ile düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, ilama bağlı değişiklik hallerinde, unvandaki ifadenin terkin edilmesi üzerine geriye kalan bölümün mevzuata aykırı hale gelmesi söz konusu ise ilamın yerine getirilme usulü de düzenlenmelidir.

5. Yürürlükteki mevzuat ve uygulama, tescil sürecinde önceki tescilli unvanlara yeterli korumayı sağlamaktan uzaktır. Tebliğ md 5'teki unvanın çekirdek ve ek kısmı için farklı değerlendirme yapılmasını öngören hükümler düzeltilmelidir. MERSİS ve TTSG'deki unvan sorgulama sistemlerinin birebir aynı olmayan fakat benzer nitelikteki unvanları da gösteren bir altyapıya kavuşturulması gerekmektedir. Unvan başvurularının önceki tescilli unvanlarla benzerlik incelemesinin algoritmik hesaplamalarla tespit edilebileceği bir sisteme geçilene kadar, İngiltere'deki gibi ayrıntılı bir düzenlemenin öngörülmesi, yeknesaklığın sağlanması ve hukuki belirlilik açısından gereklidir. Ayrıca sicil müdürüne değişiklik yetkisi veren detaylı bir düzenlemenin öngörülmesi ve menfaat sahibi olan kişilere tescile itiraz hakkının tanınması; önceki tescilli unvanların korunması açısından asgari bir koruma standardı sağlayacaktır. Bu kapsamda sicil müdürüne tescilli unvanlarla ayırt edilemeyecek kadar benzer olan başvuruları re'sen reddetme yetkisinin verilmesi gerekir. Başvuru konusu unvan ile tescil edilmiş unvan arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlik olmamakla birlikte karışıklığa yol açacak şekilde benzerlik olması durumunda ise, Ticaret Sicili Müdürlüğü menfaat sahibi kişilerin itirazı üzerine inceleme yapmalıdır. Bu konuda markalar ile ilgili mevzuata benzer bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Bu kapsamda unvan başvuruları tescil edilmeden önce, özel bir bültende yayınlanmalı ve üçüncü kişilere belirli bir süre itiraz hakkı tanınmalıdır. Unvanın tesciline menfaat sahiplerinin itiraz etmesi halinde, itiraz süreci tamamlanana kadar unvanın kullanılması durdurulmalı ve unvan sahibi bu süre içinde MERSİS numarasını unvan yerine kullanmalıdır.

6. SMK md 6/6'da öngörülen hüküm, ticaret unvanının ve tescil sürecinin özellikleri de dikkate alınarak ticaret unvanları açısından da düzenlenmelidir. Bu kapsamda, diğer ticari ad ve işaret sahiplerinin itirazlarının da ticaret unvanlarına ilişkin itirazların yapılacağı merkez tarafından incelenmesi düşünülebilir.

7. Ticaret unvanlarının tesciliyle ilgili kamu kurumları ile marka tesciliyle ilgili TÜRKPATENT arasında marka ve ticaret unvanı siciline ilişkin tescil işlemleri yönünden bir işbirliği bulunmamaktadır. Bu hususta elektronik sistemler arasında erişilebilirlik sağlanması veya bu sicillerin tescile itirazı incelemekle yetkili kurulların erişimine sunulması faydalı olacaktır.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için ASBÜ BAP Koordinatörlüğünden SBA-2017-153 projesi kapsamında finansal destek almışlardır.



## Bibliyografya/Bibliography

- AIPPI, *Summary Report Question Q 155 Conflicts between Trademarks and Company and Business Names*, <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.
- Akdağ Güney N, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatında Ticaret Sicili* (İstanbul Ticaret Odası, 2011).
- Anonymous, “In Parliament” (March 2007) 28(3) *Business Law Review* 71-84.
- Arkan S, “Marka hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?” (2000) 20(3) *BATİDER* 5-13.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku* (23. Baskı, BTHAE Yayınları, 2017).
- Aydoğan F, “Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukukî Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi-İtiraz Yolu Ve/Veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi” (2013) 71(2) *ÜHFM* 27-50.
- Ayhan R ve Çağlar H, *Ticari İşletme Hukuku* (11. Baskı, Yetkin, 2018).
- Bahtiyar M, *Ticari İşletme Hukuku* (18. Baskı, Beta, 2017).
- Bilge M E, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas” (2015) 1(2) *TFM* 7-22, (*İltibas*).
- Bilge M E, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi* (Yetkin, 2014), (*Ticari Ad ve İşaretler*).
- Bourne N, *Bourne on Company Law* (6. Edition, Routledge, 2013).
- Bozer A ve Göle C, *Ticari İşletme Hukuku* (5. Baskı, BTHAE Yayınları, 2018).
- Czech Group, “Report Q 155” in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.
- Çağlar H ve Özdamar M, “Ticaret Unvanının Korunması” (2006) 14(2) *SÜHFD* 119-150.
- Dorfmeister A ve Munkert M J, “Spain” in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 189-214.
- Eslmore M J ve Sorensen K, “Company Names and Company Mobility in the Internal Market: How to Balance the Interests of the Holders of Name Rights and the Freedom of Establishment” (2009) 20(6) *European Business Law Review* 851-888.
- Fezer K-H, *Markenrecht* (4. Auflage, C.H.BECK, 2009).
- Finulli S ve Munkert M J, “Italy” in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 107-134.
- German Group, “Report Q 155” in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.
- Grahammer J C D, “Trademarks, Trade Names and Company Names: Addressing the Issue of Overlapping and Conflicting Rights” (2009) 5(1) *Convergence* 53-62.
- Han T C, “Incorporation and Its Consequences” in Tan Cheng Han (ed), *Walterwoon On Company Law* (3. Edition, Sweet & Maxwell, 2009) 41-82.
- Johnson P, “I object! The New Company Names Adjudicator in the United Kingdom” (2008) 3(11) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 695-707.
- Karasu R (Suluk C ve Nal T), *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin, 2019).
- Kayar İ, *Ticari İşletme Hukuku* (11. Baskı, Seçkin, 2018).
- Kayıhan Ş, *Ticari İşletme Hukuku* (5. Baskı, Seçkin, 2018).

- Korean Group, “Report Q 155” in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.
- Kosk E ve Lepik P, “Estonia” in Frank Dornseifer (ed), *Corporate Business Forms in Europe*, (Stämpfli, 2005) 107-168.
- Kovács A, “Hungary” in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 89-106.
- Munkert M J ve Seidl C, “Austria”, in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 19-48.
- Odman Boztosun N A ve Ünal A, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirmesi” (2005) 2(1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 383-412.
- Özbey C, *Ticaret Unvanı ve Ticaret Unvanının Korunması* (Seçkin, 2014).
- Özkan A F, “Ticaret Unvanlarında Ek Kullanımı” (2018) 4(2) TFM 239-262.
- Sheikh S, *A Guide to the Companies Act 2006* (Routledge Cavendish, 2008).
- Singapore Group, “Report Q 155” in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.
- Smeu R ve Turta A, “Romania” in Michael J. Munkert, Stephan Stubner ve Torsten Wulf (eds.), *Founding a Company Handbook of Legal Forms in Europe* (Springer, 2010) 161-188.
- Stone D ve Ritchie L, “The UK Company Names Adjudicators: success for brand owners?” (2011) 6(5) Journal of Intellectual Property Law & Practice 339-346.
- United Kingdom Group, “Report Q 155” in AIPPI (ed), *Conflicts between Trademarks and Company and Business Names* <<https://aippi.org/committee-publications/?committee-id=7453>> Erişim Tarihi 21.08.2019.
- Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A ve Nomer Ertan N. F, *Ticari İşletme Hukuku* (6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019).
- Valiunas R ve Burgiene D, “Lithuania” in Frank Dornseifer (ed), *Corporate Business Forms in Europe*, (Stämpfli, 2005) 505-550.
- Vavitsa-Hohenau V, “Greece” in Frank Dornseifer (ed), *Corporate Business Forms in Europe*, (Stämpfli, 2005) 295-386.
- Yasaman H, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları*, C. 2 (Vedat, 2005).
- Yongalık A, “Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler -Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme” (2009) 21(3) BATİDER 5-30.



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 19.08.2019  
Revizyon Talebi: 13.12.2019  
Son Revizyon Tarihi: 21.12.2019  
Kabul: 22.12.2019

## Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması

Nejat Aday\*

### Öz

Uygulamadaki adıyla vesayet tedbir şerhi, TMK m 420 kapsamında verilen geçici hukuki koruma önlemleri arasında en çok uygulananıdır. Ancak bu önlemin ne anlama geldiği konusunda mahkemeler ve kararı uygulayan merciler arasında tam bir fikir birliği bulunmadığından uygulamada ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Hâlbuki vesayet hukukunun amacı, belirli zayıflık durumu içinde bulunan kişilerin esenliğinin sağlanmasıdır. Dolayısı ile vesayet makamının alacağı geçici hukuki koruma önlemlerinin de bu amaca hizmet etmesi gerekir. Aksi takdirde bu önlemler kanun koyucunun amacına aykırı olarak ilgili kişinin esenliğini tehdit eden sonuçlar doğurabilmektedir. Uygulamada vesayet makamlarınca verilen geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkin kararlara karşı kanun yollarına başvuru hakkı da tanınmamaktadır. Hukuka aykırı olan bu uygulama nedeniyle konuya ilişkin olarak yüksek mahkeme içtihatları oluşmamakta, böylece uygulamada yeknesaklık sağlanamamaktadır. Çalışmamızda kısıtlı uygulama örneklerinden hareketle sorunu ortaya koyarak bazı çözüm yolları önerilmeye çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Vesayet Hukuku, Vesayet Tedbir Şerhi, TMK m 220

### Provisional Legal Protection in Protection Law and Surveillance Measure Application

### Abstract

With the name given to it in practice, precautionary wardship annotation is the most common temporary protective measure among those that are outlined in Art. 420 TCC. However, since there is not a complete consensus about the meaning of this measure between the courts and the offices that execute the decision, big problems arise in practice. Nonetheless the purpose of the wardship is to maintain the welfare of the people in a certain state of weakness. Therefore, the temporary protective measures that the wardship office rules should serve this purpose. If not, against the purpose of the lawmaker, these measures may result in threatening the welfare of the relevant person. In practice, the temporary protective measures ruled by wardship offices are not allowed to be appealed. Because of this illegitimate practice, there are no Supreme Court decisions about this subject, therefore unity in practice cannot be maintained. In this study, we attempt to suggest some solutions by presenting the problem with reference to limited examples from practice.

### Keywords

Protection Law, Precautionary wardship annotation, Art 220 TCC

\* Sorumlu Yazar: Nejat Aday (Doç. Dr.), İstanbul Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: naday@fsm.edu.tr ORCID: 0000-0003-2586-7332

Atf: Aday N, "Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 813. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0011>

### **Extended Summary**

Wardship is regulated under the title of “*wardship*” in the Third Part of the Second Book of Turkish Civil Code titled Family Law. In articles 396-494 of the Civil Code, regulations on restricting the persons in need of protection, which are called narrow tutelage, are included. The purpose of our study is to examine some of the current problems related to the temporary protection measures given by the court during the restriction and wardship process within the scope of these regulations and the custody measure comment which is often applied by the courts to express all such measures. However, these measures are sometimes applied to even after the appointment of a guardian, and similar problems are encountered in the measures taken with or after the restriction decision. Therefore, other measures related to wardship law are mentioned in our study as appropriate. Essentially, the interim measures provided for in TCC Art. 420, which are examined in detail below, are intended to provide temporary legal protection within the period until the relevant decision is taken and a guardian is appointed. For this reason, in cases of necessity in the interim period, judges and temporary legal protections are decided upon for the works and transactions that the guardian will perform at the time or in the future.

The law does not define a custody/wardship measure between temporary legal protections. TCC art. 420/1 sets out in general terms that the guardianship authority may take interim measures required by guardianship duties before the appointment of a guardian. An example of temporary measures in the regulation is the temporary abolition of the capacity of the restricted candidate and the appointment of a representative. Accordingly, the wardship authority shall take the necessary measures ex officio before the appointment of the guardian, if wardship affairs are required; in particular, he may temporarily remove the person’s capacity to act and appoint a representative to him/her. It is understood from the phrase especially in the provision that the measures that can be taken by the court are not limited to these, and other measures may be taken due to the nature of the issue. Besides, according to the TCC art. 420, the person who has avoided wardship or who has objected to the appointment of guardian is obliged to carry out the duties of the guardian until another person is appointed.

As discussed in detail below, the intention is to ensure as far as possible the well-being of people who are in a limited sense of custody in certain situations of weakness, and to protect them from the effects of these situations. The law is based on the assumption that necessary protection will be provided by the appointment of a guardian to the person who is in such situations of weakness and the custody provisions become effective from this moment on. This is because the final protection of the court will be ensured. Indeed, TCC m 419/1 regulates that wardship authority is obliged to appoint a guardian without delay. The purpose of the provision is to ensure

the protection of the person concerned as soon as possible. However, in any case, there will be a short or long trial process until the guardian is appointed. In cases where a restriction decision is required to appoint a guardian, due to the nature of the work, the restriction decision will have to wait. Naturally, it will take time to find a suitable guardian. During this period, it may be necessary to decide on certain tasks such as having the limited candidate undergo emergency surgery, placement in an institution or following up a case or collecting the receivable for health reasons and monitoring the works required by the decision. The temporary legal protections provided for by this article (*TCC art. 420*) allow the necessary actions to be taken to protect the person concerned during this interim period. Because of this, in the period before the abolition of the wardship institution in Switzerland, the abolition of the capacity to act as a temporary legal protection measure and the appointment of a representative was called a temporary restriction in practice. This legal protection measure, which aims to ensure the protection of the restricted by the restriction decision and the use of the restricted candidate within the period from the appointment of a guardian, should not be called a temporary restriction.

## Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması

### I. Giriş

Vesayet kurumu Medeni Kanun'un "*Aile Hukuku*" başlığını taşıyan İkinci Kitabının Üçüncü Kısımında "*Vesayet*" üst başlığı ile düzenlenmiştir. Medeni Kanun'un 396-494. maddelerinde ise "*dar anlamda vesayet*" olarak adlandırılan, korunmaya muhtaç kişilerin kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamızın konusunu, bu düzenlemeler kapsamında kısıtlama ve vasi tayini sürecinde sulh mahkemesince verilen geçici koruma önlemleri ve mahkemelerce çoğu kez bu tür önlemlerin tamamını ifade edecek şekilde uygulanan "*vesayet tedbir şerhi*"ne ilişkin bazı güncel sorunlar oluşturmaktadır. Ancak söz konusu önlemler kimi zaman vasi atanmasından sonra da devam edecek şekilde uygulandığı gibi kısıtlama kararıyla birlikte veya sonrasında verilen tedbirlerde de benzer sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda vesayet hukukuna ilişkin diğer tedbirlere de yeri geldikçe değinilecektir. Esasen TMK m 420 hükmüyle öngörülen ve aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz geçici önlemler, ilgili hakkında kısıtlama kararı alınıp vasi atanıncaya kadar geçecek süre içinde geçici hukuki koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, ileride vasi yapması veya yerine getirmesi öngörülen iş ve işlemler için, bu ara dönemde zorunluluk ortaya çıkması halinde sulh hâkimi, geçici hukuki korumalara karar verecektir.

Kanun'da geçici hukuki korumalar arasında "*vesayet tedbir şerhi*" adı altında bir önlem tanımlanmış değildir. TMK m 420/f. 1, henüz vasi atanması gerçekleşmeden önce, vesayet makamının, vesayet işlerinin zorunlu kıldığı geçici önlemleri alabileceğini genel bir ifadeyle düzenlemiştir. Düzenlemede geçici önlemlere örnek olarak, "*kısıtlı adayı*"nın<sup>1</sup> fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması ve kendisine bir temsilci atanması gösterilmiştir. Buna göre, "*Vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamı, vasiinin atanmasından önce de re'sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir.*" Hükümde geçen "*özellikle*" ibaresinden, sulh hâkiminin alabileceği önlemlerin bunlarla sınırlı olmadığı, işin niteliği gereği (vesayet işlerinin zorunlu kıldığı) başkaca önlemlerin de alınabileceği anlaşılmaktadır<sup>2</sup>. Ayrıca, TMK m 423 hükmü gereğince, vasilikten kaçınmış veya vasi atanmasına itiraz edilmiş kimsenin yerine bir başkası atanana kadar vasiye ait görevleri yerine getirmekle yükümlü

<sup>1</sup> "*Kısıtlı adayı*" Yargıtay uygulamasıyla yerleşmiş bir deyimdir. İsbati tartışılabilir olsa da, avukatlar ve mahkemeler tarafından yaygın olarak kullanılan bu deyim biz de olduğu gibi kullanmayı tercih ettik. Örnek olarak bkz. Yargıtay 8. HD 12.11.2018, /9902/18472 (YBS): "*Taraflar arasında görülen ve yukarıda açıklanan davada yapılan yargılama sonunda Mahkemece, davanın yetkisizliğine karar verilmiş olup, hükmün kısıtlı adayı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairece dosya incelendi, gereği düşünüldü.*"

<sup>2</sup> Ömer Uğur Gençcan, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar 2. Cilt*, Md. 185-494 (Yetkin 2015) 1893.

tutulması da geçici hukuki koruma önlemlerinden sayılmaktadır<sup>3</sup>.

Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, dar anlamda vesayetle belirli zayıflık durumları içinde bulunan kişilerin, bu durumların etkisinden mümkün olduğunca kurtarılmak yoluyla esenliklerinin sağlanması amaçlanmaktadır. Kanun, söz konusu zayıflık durumları içinde bulunan kimseye vasi atanması ve bu andan itibaren vesayet hükümlerinin işlerlik kazanması ile gerekli korunmanın sağlanmış olacağı varsayımından hareket etmektedir. Zira mahkemenin bu konuda vereceği hükmün kesinleşmesi ile nihai koruma da sağlanmış olacaktır. Nitekim TMK m 419/f. 1 hükmü, vesayet makamının gecikmeksizin vasi atamakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Hükmün amacı, ilginin korunmasının en kısa sürede sağlanmasıdır<sup>4</sup>. Ancak her halde vasi atanana kadar kısa veya uzun bir yargılama süreci yaşanacaktır<sup>5</sup>. Vasi atanması için kısıtlama kararı verilmesi gereken durumlarda, işin doğası gereği, kısıtlama kararının beklenmesi gerekecektir. Uygun bir vasi bulunmasının zaman alacak olması da doğaldır<sup>6</sup>. Bu dönemde kısıtlı adayının sağlık nedeniyle acil bir ameliyata alınması, kuruma yerleştirilmesi veya bir davayı takibi ya da alacağının tahsili gibi işlere karar verilmesi ve kararın gereği olan işlerin takibi gerekebilir<sup>7</sup>. İşte TMK m 420 hükmüyle öngörülen geçici hukuki korumalar, bu ara dönemde ilgiliyi korumak için gerekli işlemlerin yapılmasına imkân tanımaktadır. Bu niteliği nedeniyle, İsviçre’de vesayet kurumunun yürürlükten kalkmasından önceki dönemde, geçici hukuki koruma önlemi olarak fiil ehliyetinin kaldırılması ve temsilci atanmasına, uygulamada “geçici kısıtlama” denilmekteydi<sup>8</sup>. Gerçekten, kısıtlama kararı ile kısıtlıya sağlanacak korumadan, vasi atanmasına kadar geçecek süre içinde de kısıtlı adayının yararlanmasını sağlamayı hedefleyen bu hukuki koruma önlemine “geçici kısıtlama” adı verilmesi yadırganmamalıdır<sup>9</sup>.

## II. TMK m 420 Hükmüyle Öngörülen Geçici Hukuki Koruma Türleri

Kısıtlı adayı hakkında mahkemeye alınabilecek geçici hukuki koruma önlemleri arasında fiil ehliyetinin kaldırılması ve temsilci atanması, *ultima ratio* (son çare/araç/ imkân) niteliğindedir<sup>10</sup>. Daha hafif bir önlemlerle hedeflenen koruma sağlanabilecek ise

<sup>3</sup> Doğa Elçin, ‘Vesâyet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine Veya Sona Ermesine Ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması’ (2018) 67 (2) AÜHFHD 279-354, 297.

<sup>4</sup> Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümtüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14th edn, Filiz 2019) 426.

<sup>5</sup> Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan 2015) 1315-1316.

<sup>6</sup> Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (2th edn, Filiz 1998) 471.

<sup>7</sup> Feyzullah Taşkın, *Vesayet Organlarının Görev ve Sorumlulukları* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2002) 64.

<sup>8</sup> Örneğin bkz. BGE 113 II 386, S. 388.

<sup>9</sup> Öğretide “geçici vasi” deyimini hakkında bkz. Bülent Köprülü, Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, (2th edn, Filiz1989) 326; Öztan 1316; Fatih Ertürk, *Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010) 81; Taşkın 65. Bu deyim uygulamada da kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Y. 20. HD., 21.6.2016, 4835/7281; Y. 11. HD., 10.04.2017, 1297/2018; Y. 2. HD., 1.7.2014, 13487/15105, Karşı Oy <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

<sup>10</sup> Bkz. BGE 113 II 386.

fiil ehliyetinin kaldırılmasına karar verilemez<sup>11</sup>. Dolayısıyla, öğretilerde fiil ehliyetinin geçici olarak sınırlandırılması ile diğer tedbirler arasında bir ayırım yapılmakta, bu ikinciler “*genel tedbirler*” başlığı altında incelenmektedir<sup>12</sup>.

Uygulamaya yönelik eserlerde ise bu önlemlerin üç ana başlık altında incelendiği anlaşılmaktadır<sup>13</sup>: 1) Kısıtlı adayının malvarlığına ilişkin olarak verilen geçici koruma önlemleri. “*Akçalı geçici önlemler*” de denilen bu önlemlerle, kısıtlı adayının taşınmazlarının devrini önlemek amacıyla tapu kayıtlarına tedbir konulmakta, taşınıruları bir yedime teslim edilmekte<sup>14</sup>, bir ticari işletmenin işletilmesinin devamı veya süreye bağlı bir hakkın kullanılması sağlanmaktadır<sup>15</sup>. Uygulamada kısıtlı adayının “*yeniden borçlandırılmaması, kredi kullandırılmamasına*” yönelik tedbir kararları verilebildiği de anlaşılmaktadır<sup>16</sup>.

2) “*Kişisel geçici önlem*” ile kısıtlı adayının şahsına ilişkin tedbirler alınmakta, örneğin bir tedavi veya barınma merkezine yatırılması sağlanmakta<sup>17</sup> veya acil bir ameliyata izin verilmektedir<sup>18</sup>. Esasen vasiinin “*kişiyeye özen*” yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler burada da dikkate alınmalıdır. Çünkü TMK m 445-447 hükümleriyle vasiye yüklenen görevler, zorunluluk halinde sulh mahkemesinin vereceği geçici hukuki koruma önlemleriyle yerine getirilecektir. Şu halde vesayet makamı, bu ara dönemde, kısıtlı adayı küçüğün “*bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri*” (TMK m 445/f. 1) bu kez TMK m 420 hükmü gereğince geçici hukuki koruma kararıyla alacaktır. Kısıtlı adayının yetişkin olması durumunda ise bu kez TMK m 447’nin “*Vasi, kısıtlıyı korumak ve bütün kişisel işlerinde ona yardım etmekle yükümlüdür. / Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde vasi, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlere göre kısıtlıyı bir kuruma yerleştirebilir veya orada alıkoymalıdır ve durumu*

<sup>11</sup> Peter Breitschmidt, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedom Peter Vogt, Thomas Geiser), (2th edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2002) Art. 386, Nr. 11, S. 1895.

<sup>12</sup> Bkz. Oğuzman, Dural 472-473; Öztan 1316 vd.; Dural, Öğüz, Gümüş 426; Ertürk 80; Belma Kayran, *Türk Medeni Kanununda Vesayet Hukuku*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2012) 53.

<sup>13</sup> Gençcan 1892-1893. İsviçre’de de kişiliği ve malvarlığını koruyan önlemler ayırımı yapılmakta, bunların birbiriyle kombine edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Breitschmid Art 396, Nr. 9, S. 1894.

<sup>14</sup> Gençcan 1892-1893.

<sup>15</sup> Ekrem Yıldız, Serhan Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları* (Vedat 2010) 69-76. Bu tür önlemlerin, üçüncü kişilerin hak kazanmalarına engel olmadığı yönünde bkz. Y 2. HD., 25.5.1993, 4885/5535. Karara göre, “*Mahcurun taşınmazlarının kaydı üzerine konan tedbir; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 101. maddesine göre olmayıp, Medeni Kanununun 370. maddesi hükmündedir. Vesayet altındaki kimsenin mallarının korunması için alınan tedbirler; 3. kişilerin haklarını elde etmelerine engel teşkil edemez. Tedbirin devamını haklı gösteren bir neden de yoktur. Şu halde, tedbir kararının kaldırılması isteğinin reddi usul ve yasaya aykırıdır.*” <e-uyar.com> accessed 15 Aralık 2019. Kararda “*mahcurun taşınmazları*” denilmesinden hareketle kısıtlama kararı verildiği kabul edilecek olursa, ilginin ayırt etme gücüne sahip olsa bile fiil ehliyetinin bu kararla kaldırılmış olduğu, dolayısıyla taşınmazları üzerinde tasarrufta bulunamayacağı kabul edilmelidir. Buna karşılık, kararda 743 sayılı mülga Medeni Kanun’un 370. maddesinden söz edildiği dikkate alınır, henüz kısıtlama kararı verilmeden alınan bir geçici hukuki korumanın söz konusu edildiği kabul edilmelidir. Ancak bu durumda da geçici hukuki koruma üçüncü kişilerin hak kazanmalarına engel olmayacaksa işlevinin ne olduğu sorusu cevapsız kalmaktadır.

<sup>16</sup> Örneğin bkz. Y. 19. HD, 12.10.2016, 4861/13282 (YBB).

<sup>17</sup> Yıldız, Gürsoy 69-76.

<sup>18</sup> Oğuzman, Dural 473.



*derhal vesayet makamına bildirir*” yolundaki hükmünü geçici hukuki koruma kararında dikkate alacaktır. Dolayısı ile, kısıtlı adayının bakımı için gerekli olan her iş ve işlem bu çerçevede gündeme gelebilir. Kısıtlı adayının boşanması, ayrılığı, nafaka talebi, geçimi, bir sözleşmenin feshini ihbar etmesi gibi tüm iş ve işlemleri kişisel bakımı ile ilgili geçici önlemler olarak düşünülebilir<sup>19</sup>. Ancak bu durumda dahi kişinin özgürlüğünün TMK m 420 hükmüne göre kısıtlanamayacağı, bunun için TMK m 432’deki olguların gerçekleşmesinin şart olduğu ifade edilmelidir<sup>20</sup>.

3) “*Karma geçici önlem*” ile ise, kısıtlı adayının hem malvarlığı hem de şahsına ilişkin geçici hukuki korumalar ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Uygulamada, henüz kısıtlama kararı verilmeden kısıtlı adayının tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açması gerektiğinde, ilgilinin fiil ehliyeti geçici olarak kaldırılarak kendisine bir temsilci atanmakta ve temsilciye davayı açması için yetki verilmektedir<sup>22</sup>. Hâlbuki tek bir davayla ilgili önlem alınması gerektiğinde, sadece o davayı takip edebilecek bir kayyımın yeterli olup olmayacağı değerlendirilmelidir<sup>23</sup>. Nitekim bir alacağın tahsili, bir sözleşmenin feshini ihbar, borçların ödenmesi gibi tedbirler de söz konusu

<sup>19</sup> Bkz. Breitschmid Art 396, Nr. 10, S. 1895. Yargıtay 20. HD’nin 6.12.2016 tarih ve 12607/11769 sayılı kararına (YBB) konu olan bir olayda, “... davacı vekili müvekkilinin kısıtlı adayı ...’nin kızı olup, ...’ın 77 yaşında ve uzun zamandır felçli olduğunu, idrak yeteneğinin zayıf ve bakıma muhtaç bir kişi olduğunu, davalı olan diğer kardeşi ... tarafından kısıtlı adayını görmesinin engellendiğini, **kısıtlı adayının bakımı ve mal varlığının korunması amacı ile müvekkilinin annesi olan kısıtlı adaya vasi olarak atanmasına ve kısıtlı adayı ile müvekkili aralarında dava sonuçlanıncaya kadar şahsi ilişki kurulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiş, sulh mahkemesince davacının şahsi münasebet kurulması talebinin tefriki ile yeni esas üzerinden davanın yürütülmesine karar verildikten sonra mahkemenin görevsizliğine karar verildiği anlaşılmıştır.**” Yargıtay haklı olarak dava konusu talep hakkında aile değil sulh mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle kararı bozmuşsa da, kararın gerekçesinde “**kısıtlı ergin kişi ile davacı arasında kişisel ilişki tesisine yönelik istek kısıtlının korunması ve ona yardım etme yükümlülüğü kapsamında tedbir alınması niteliğinde (TMK.md.487) olup, bu talebi inceleme ve karara bağlama görevi vesayet makamına (sulh hakimine) aittir**” denilmesini isabetli bulmuyoruz. Kanımızca, davada “**şahsi ilişki kurulması**” talebinin kısıtlı adayının korunması ve ona yardım edilmesi bakımından tedbir alınmasına yönelik olduğu isabetli bir biçimde belirlendiğine göre, bu yöndeki bir talebin MK m 487 değil m 420 kapsamında geçici hukuki koruma önlemi ile karşılanabileceği göz önünde bulundurulmalıydı.

<sup>20</sup> Mustafa Alper Güntüş, *Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması* (TMK 432-437) (2005) I/2, YÜHFD 189-228, 196.

<sup>21</sup> Gençcan 1893.

<sup>22</sup> “... Davacı Z. ’nin vesayet altına alınması için kızı Ş.B. ’nun 08.08.2007 tarihinde Kastamonu Sulh Hukuk Mahkemesinden talepte bulunduğu, aynı gün mahkemenin tedbir kararı ile Z. D. ’nun TMK. ’nun 420. maddesi hükmü gereğince fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılmasına ve kızı Ş. ’in temsilci olarak atanmasına, temsilciye tapu iptali ve tescil davası açmak üzere yetki verilmesine karar verildiği...” (Y 1. HD., 8.11.2013, 12308/15496 <www.Lexpera.com.tr> Accessed 15 Aralık 2019. Ayrıca bkz. Antalya BAM 1. HD., 22.3.2017, 168/158: “... Davaya konu taşınmazın önceki maliki ve davadan önce kısıtlanması talep edilen K1 ’in babası tarafından açılan davadan önceki olayın gelişim biçiminden, kısıtlanması talep edilen hakkının tehlikede olduğu, bu tehlikeyi gören babası tarafından yasal yollara başvurulduğu, vesayet makamından kızının kısıtlanması ve hatta tedbirin kısıtlanması talebinde bulunduğu halde bu yönde bir karar verilmeden dava konusu taşınmazın dava dışı 3. kişiye, kısıtlanma talebinden ve iş bu davadan 1 gün sonra davalı tarafından devredildiği, vesayet davasının halen derdest olduğu kamu düzeni ile doğrudan bağıntılı olan böyle bir durumda ilk derece Mahkemesince vesayet davasının sonucunun beklenmesi, vasi atanması halinde ona davanın ihbarı ile T.M.K. ’nun 462/8. maddesinde sözü edilen husumete izin kararı alınarak, vasi huzuru ile davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması, kısıtlanma talebi red edildiği taktirde şimdiki gibi davanın aktif husumet ehliyeti noktasından reddine karar verilmesi gerektiği, bunun usul ekonomisine de uygun düşeceği, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 26.03.2012 tarih 2012/3762 - 3371 E.K. sayılı ilamının da aynı yönde olduğu...” <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

<sup>23</sup> Yargıtay, açtığı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası devam ederken Sulh Mahkemesine yapılan ihbar sonucunda hakkında vesayet davası açılan davacının, duruşmaya gelmemesi nedeniyle dosyanın işleminden kaldırılmasına dair yerel mahkeme kararını, kişiye temsil kayyımı atanarak davaya devam edilmesini gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. Bkz. Y. 1. HD., 1.4.2010, 3055/3734 <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

olabileceği gibi<sup>24</sup>, hâkim gerekirse bu işler için bir kayyım da atayabilir<sup>25</sup>. Herhalde alınacak önlemlerin, TMK m 420 hükmünün çizdiği çerçeveyi aşmaması şarttır<sup>26</sup>. Bu bakımdan, önlem alınmasını gerektiren iş veya işlemin niteliğine uygun olmayan önlemler Kanun'a aykırı olur<sup>27</sup>. Dolayısı ile alınacak geçici önlemlerin âciliyeti yanında görülecek işe elverişli olması ve o işle orantılı (amaca uygun) bulunması da şarttır<sup>28</sup>.

### III. Bazı Ön Tespitler ve Uygulama Sorunları

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, geçici hukuki korumalara karar verecek hâkim, esas itibariyle ileride (atandıktan sonra) vasinin yerine getireceği görevleri dikkate alarak bir karar vermek durumundadır. Bir diğer deyişle, görevini yerine getiren bir vasi bulunmuş olsaydı hâkimin geçici hukuki koruma kararı vermesine gerek bulunmayacaktı. Dolayısı ile geçici hukuki koruma kararı verilirken, vasinin görevlerine ilişkin TMK m 438-454 hükümleri dikkate alınmalıdır<sup>29</sup>.

Diğer yandan, alınacak kararın ihtiyati tedbir niteliği gözetilerek, ihtiyati tedbirlere ilişkin yargılamadaki kural ve ilkeler dikkate alınmalıdır. Yapılacak işe veya ulaşılması amaçlanan sonucun elde edilmesine elverişliliği ve orantısallığı bakımından önlemin amacının göz önünde bulundurulması zorunluluğu da buradan kaynaklanmaktadır. Öncelikle elde edilmek istenen sonucu sağlamaya elverişli en hafif önlem alınmalı; önceden alınmış bir önlem varsa sonraki önlemin buna uyarlanmasına çalışılmalıdır. Bu bağlamda, önceki önlemin hafifletilmesi veya ağırlaştırılması gündeme gelebileceği gibi, düzeltilmesi veya ayrıntılandırılması da gerekebilir<sup>30</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, sürdürülmesi halinde fiilen kısıtlama kararı verilmesini önceleyen (sanki kısıtlama kararı varmış gibi sonuç doğuran) tedbirlerin hakkaniyete uygun olmayacağına hükmetmiştir<sup>31</sup>. Karara konu olan olayda, kısıtlama kararı da verilmiş olmasına rağmen karar henüz kesinleşmemiştir. Federal Mahkemeye göre, kararın kesinleşmesi ile fiil ehliyetinin zaten kaldırılacak olması mevcut tedbirin devamı için yeterli gerekçe oluşturmaz. Hatta ilgilinin borçlu olması da yeterli gerekçeyi sağlamaz. Tedbirin devamı için, vesayete ilişkin olarak görülmesi gereken acil iş veya işlemlerin varlığı veya ilgilinin çarçur etmesi tehlikesine karşı malvarlığının korunmasını gerektiren sebeplerin bulunması da şarttır. Kararda ayrıca

<sup>24</sup> Oğuzman, Dural 473.

<sup>25</sup> Köprülü, Kaneti 236. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, akıl hastalığına duçar olduğu sağlık kurulu raporu ile anlaşılan kimseye tedbiren değil de nihai olarak kayyım atanmış olmasını bozma sebebi sayılmıştır. Bkz. Y. 2. HD, 30.3.1987, 1880/2746 (Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* Cilt 1 (Yetkin 2001) 689).

<sup>26</sup> Breitschmid Art 396, Nr. 9, S. 1894.

<sup>27</sup> Oğuzman, Dural 473.

<sup>28</sup> Öztan 1316.

<sup>29</sup> Breitschmid Art 396, Nr. 6, S. 1894.

<sup>30</sup> Breitschmid Art 396, Nr. 6, S. 1894.

<sup>31</sup> BGE 113 II 386.

İlgilinin, hâlihazırda yeniden psikiyatri kliniğine yatmış olması nedeniyle ekonomik varlığının başka önlemlerle de güvence altına alınabileceğine, *ultima ratio* olarak öngörülen fiil ehliyetinin kaldırılmasına gerek bulunmadığına da dikkat çekilmiştir. Sonuçta Yüksek Mahkeme, vesayet makamının tedbirin devamına yönelik kararının keyfilik yasağını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Bilindiği gibi, TMK m 420/f. 2, önlemler arasında bir ayırım gözetmeksizin “*Vesayet makamının kararı ilân olunur*” hükmünü sevk etmiştir. Buradan hareketle mahkemece alınan geçici önlemlerin ilanı gerektiği, ancak TMK m 410/f. 2’nin kıyasen uygulanması ile iyiniyetli üçüncü kişilerin ilandan önce karardan etkilenmeyeceği kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Hâlbuki bu hükmün kaynağı olan ve bugün yürürlükte bulunmayan Art. 386 ZGB hükmü önlemler arasında bir ayırım gözetmiş ve sadece fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılarak kısıtlı adayına temsilci atanmasına dair önlemlerin ilan edilmesini hüküm altına almıştır. İsviçre öğretisinde diğer önlemlerin ilanına gerek bulunmadığı, sadece malvarlığını güvence altına alan önlemlerin ilan edilmese de bankalar ve ilgili mercilere bildirilmesinin önlem alınmasındaki amaca uygun düşeceği kabul edilmektedir<sup>33</sup>. Uygulamada ilan, hatta herhangi bir geçici koruma kararı dahi olmaksızın ilgilinin tasarruflarına getirilen fiili kısıtlamalar düşünüldüğünde, Türk Hukuku bakımından da fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması dışındaki kararların ilan edilmemesi uygun olacaktır. Bankalara ve ilgili mercilere bildirim yapılması gereken durumlarda ise verilen geçici hukuki korumanın içeriği ve kapsamı konusunda hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak açıklamalar yapılmalı, böylece önlemin amacını aşacak şekilde uygulanmasına engel olunmalıdır.

Uygulamada kısıtlı adayı hakkında vesayet tedbir şerhi kararı verildikten sonra kendisine temsilci atanmasının ihmal edildiğine dahi rastlanmaktadır. Esasen açıklık taşımayan her türlü tedbir kararı amacı dışında uygulanma riski taşır. Zira bizdeki gibi her türlü sorumluluktan kurtulmayı “*hayır*” cevabının kolaylığında arayan bürokrasilerde, tedbir, “*yapamazsın!*” anlamına gelmektedir. Hâlbuki bütün bir vesayet kurumunun amacı, ilgilinin içinde bulunduğu zayıflık durumlarının yol açtığı elverişsiz koşulların mümkün olduğunca giderilerek o kişinin esenliğinin sağlanmasıdır. Fiilen kısıtlı veya kısıtlı adayının esenliğini ihlal eden uygulamaların, kişinin Anayasa ile güvence altına alınan temel haklarını<sup>34</sup> ve keyfilik yasağını ihlal ettiği açıktır. Anayasa’nın 61. maddesinde “*sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler*” başlığı altında “*Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır*” (f. 2), “*Yaşlılar, Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla*

<sup>32</sup> Dural, Ögüz, Gümüş 427.

<sup>33</sup> Breitschmid Art 396, Nr. 9, S. 1894.

<sup>34</sup> Geçici hukuki korumaların Anayasa Hukuku ile ilişkisi bakımından bkz. Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri* (Onikilevha 2013) 20 vd.

düzenlenir” (f. 3), “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır” (f. 4), “Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur” (f. 5) hükümlerini sevk edilmiştir<sup>35</sup>. Uygulamada, hakkında tedbir kararı bulunmayan konularda bile kısıtlı adayı veya kısıtlının malvarlığını kilitleyen, vasi tarafından bile işlem yapılmasına izin verilmeyen durumların söz konusu olduğu düşünüldüğünde, konunun ne denli önemli ve acil önlemler alınmasını gerektirdiği anlaşılır. Sorunun ciddiyetini ortaya koymak bakımından bir örnek olaydan söz etmekte yarar görüyoruz:

Detayları ve belgeleri kişisel arşivimizde mevcut olan bu örnek olayda mahkeme, kısıtlılık kararı vermesine rağmen kısıtlının maaşının yatırıldığı hesaba tedbir koymamıştır. Zira kısıtlının aylık bakım giderleri maaşının çok üzerinde olup, bu giderler kısıtlının aynı zamanda vasisi olan bir yakını tarafından maaş hesabına aktarılmakta ve oradan harcanmaktadır. Vesayet makamı dönemsel olarak bu harcamalara ilişkin dökümleri ve vasi tarafından hazırlanan raporları incelemekte ve bunlara onay vermektedir. Ancak maaş hesabının bulunduğu banka şubesi, hesap sahibinin kısıtlı olduğunu anladığında hesap üzerine kendiliğinden vesayet şerhi koymuş ve hesabı işleme kapatmıştır. Vasi, itirazlarının banka tarafından kabul görmemesi üzerine mahkemeye müracaat ederek hesap üzerindeki tedbirin kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkeme ise, kendisinin verdiği bir tedbir kararı bulunmadığından, bankaya hitaben bu işlemin sebebinin açıklanmasını isteyen bir yazı göndermiştir. Bankanın mahkemeye verdiği cevabın ilgili kısımları şöyledir:

“...Mahkemenizin ... sayılı vesayet kararınızda ...'in vesayet altına alındığı ve kısıtlı olduğu belirtildiğinden ... şubemizdeki ... no.lu hesabına **kısıtlılık (vesayet) şerhi işlenmiştir**. Bu nedenle, Türk Medenî Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün 24'üncü maddesi uyarınca **mahkeme kararı ya da yetkili vasi olmaksızın hesaplarda işlem yapılamamaktadır**. Mahkemenizce belirlenen yetkili vasi tarafından hesap üzerinde yine **mahkemenizce belirtilen işlemler** yapılabilecektir. Bu doğrultuda, Vasi ...'in bankamız müşterisi ...'in hesapları üzerinde işlem yapmak istemesi sebebiyle işbu yazıyı düzenleme zarurietine<sup>36</sup> doğmuştur. Buna göre, vasinin bankamız nezdinde hesapla ilgili para yatırma, para çekme, havale, eft ve internet bankacılığı ürün tanımlaması ile internet bankacılığından her türlü bankacılık işleminin yapılabilmesi işlemlerini gerçekleştirebileceği hususunda **olurunuzu** arz ederiz.”

Bu yazı, uygulamadaki keyfilik boyutlarını göstermesi bakımından yeterlidir. Yazıda gerekçe olarak gösterilen VVMT m 24 hükmünün bankalara yönelik bir düzenlemesi olmadığı gibi, hükmün içeriği de kısıtlıya ait paranın mutlaka bir hesapta biriktirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Kaldı ki, böyle bir zorunluluk olduğunda paranın hesapta biriktirilmesi kararını verecek olan banka değil mahkemedir. Esasen VVMT, 20 maddesinde “*Malvarlığının ihtiyaca*

<sup>35</sup> Bu konuda bkz. Asu Gözüm, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2011) 7-13 vd.

<sup>36</sup> Yazıda bu şekilde geçtiği için düzelmemiş olup “zaruret” şeklinde anlaşılmalıdır.

yetmesi durumunda yapılacak işlemler”i açıklarken “aşağıdaki” hükümlere atıfta bulunmuş, bunlar arasında “*Para ve menkul kıymetler*” başlığı altında 24. maddede bazı düzenlemelerde bulunmuştur. Dolayısı ile, düzenlemenin sistematüğinden, malvarlığının ihtiyaca yetmemesi durumunda bu hükümlerin uygulanmayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Esasen mahkeme de bu nedenle VVMT m 24 gereğince herhangi bir karar almamıştır. Çünkü düzenlemenin, somut olayda olduğu gibi maluliyet aylığından başka geliri ve malvarlığı bulunmayan bir kısıtlı ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak banka kendisini hâkim yerine koyduğunda bu yorumları yapabilmekte ve bu hatalı uygulama düzeltilene kadar kısıtlı veya kısıtlı aday ciddi tehlikelere maruz kalabilmektedir. Örneğin acil bir tedavi veya ilaç ihtiyacını giderememekte, bu nedenle sağlığı riske edilebilmektedir. Bu duruma maruz kalan bazı kısıtlılar yakınlarının yardımıyla bu ihtiyaçlarını giderebiliyor olsa da, böyle bir imkânı bulunmayan kimselerin yaşadığı riskleri, onları bu tür risklerden korumak için alınması gereken önlemler sonucunda yaşıyor olması çok ciddi ve bir an önce el atılması gereken bir sorundur.

Örnek verilen banka yazısında asıl gözden kaçırılan husus, kısıtlama kararı ile kısıtlananın vasi değil, kısıtlının bizzat kendisi olduğudur. Vasi, TMK m 449’da sayılan yasak işlemler dışında kısıtlı nam ve hesabına her türlü hukuki işlemi yapmaya ehil ve yetkilidir. Vasinin hangi işlemler için vesayet veya denetim makamından izin alması gerektiği TMK m 462 ve 463 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bunların dışında vasinin vesayeten yapacağı iş ve işlemlerin kısıtlanabilmesi için vesayet makamınca verilmiş bir tedbir kararının varlığı gerekir. Böyle bir karar bulunmaksızın kısıtlının hesaplarına bizzat banka tarafından tedbir konulması ve uygulanması, mahkemeden rol çalmak anlamına gelir. Böylesine hukuk dışı bir uygulamanın hiçbir engelle karşılaşmadan uzun zamandır devam ediyor olması, bürokrasiyi keyfi bir şekilde uygulayan görevlilerin tutumları karşısında yurttaşların ne denli savunmasız ve çaresiz olduğunu gösterir. Kısıtlama kararlarının bankalara bildirilmesinin sebebi, kısıtlının işlem ehliyetinin kaldırılmasından bankayı haberdar ederek kısıtlının bizzat işlem yapmasına engel olmaktır. Hesap üzerinde vasinin işlem yapmasını engellemek bakımından ise bankanın ne görevi ne de yetkisi bulunur.

Bir Yargıtay kararına konu olmuş bir başka örnek olaydan söz etmek, sorunun bir başka yönünü ortaya koymak bakımından yararlı olacaktır. Karara<sup>37</sup> konu olan olayda, “*Davacı vekili, müvekkilinin babası ile davalı yüklenici arasında 18.11.2005 tarihinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığını; sözleşme gereği, sözleşme tarihinden itibaren 24 ay olarak kararlaştırılan teslim süresinde müvekkiline ait 3 dairenin teslim edilmediğini, binanın yıkılıp, davalıya tesliminden yeni bina yapıp murise teslimine kadar geçecek süre içerisinde yüklenicinin bir daire tahsis edeceği, yada aylık 350,00 TL kira ödeyeceğinin kararlaştırılmasına rağmen bu edimin de yerine getirilmediğini*

<sup>37</sup> Y. 23. HD, 09.05.2016, 1014/2984 (YBB).

ve bu nedenle murisin huzur evinde kaldığını ileri sürerek şimdilik kaydıyla kira gelir kaybı kapsamında 3.000,00 TL, kira gelir kaybı gecikmesi için 1.000,00 TL, huzurevi borcu için 4.000,00 TL'nin ticari faiziyle tahsilini talep ve dava etmiştir.

“Davalı vekili, ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2007/426 esas sayılı dosyası ile **vesayet makamınca taşınmaza tedbir konduğunu, tedbirin muris ölene dek devam ettiğini**, bu tedbir sebebiyle kat irtifakı kurulmadığını, iskan ruhsatı alınamadığını, bu sebeple müvekkilinden doğmayan sebeplerden dolayı zarar talep edilemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.”

Mahkeme davayı kabul etmiş, davalının temyizi üzerine Yargıtay “sözleşmeye konu olan taşınmaz üzerine ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2007/426 Esas sayılı dosyasında 17.07.2007 tarihinde **tedbir şerhi** konulduğu anılan tedbir kararının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibinin görev ve yükümlülükleri maddesiyle birlikte değerlendirilerek, arsa sahibinin yada vesayet altına alındıktan sonra vasisinin kat irtifakının kurulmaması ve yükleniciye ait kat irtifak tapularının devredilmemesi nedeniyle yüklenicinin finans ihtiyacını karşılayamamasının inşaatın geç teslimine etkisinin ne olduğu üzerinde durularak gerekirse ek rapor alınmak suretiyle gecikme tazminatına hükmedilip edilmeyeceği konusunda yeterli araştırma yapılmadan ve doyurucu gerekçe gösterilmeden karar verilmesinde isabet görülmemiştir” gerekçesiyle hükmü bozmuştur.

Uygulamada vesayet sürecindeki tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamayacağı kabul edildiğinden, bu örnekte olduğu gibi tedbire ilişkin kararlara, ancak bunlardan dolayı olarak söz eden başka kararlar vasıtasıyla ulaşılabilmektedir. Yukarıda alıntılanan kararda da doğal olarak tedbirin haklılığı tartışılmamış, ancak tedbirin etkisi, davalının kusurunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı veya azaltıp azaltmayacağı bağlamında ele alınmıştır. Hâlbuki tedbir kararına ilişkin bir Yargıtay incelemesi yapılmış olsaydı, tapuyu kilitleyecek şekilde verilen veya böyle uygulanan bir tedbirin, kısıtlı aday veya kısıtlının çıkarlarını korumak ve esenliğini sağlamakla hiçbir ilgisinin olmadığı ortaya çıkabilirdi. Kısıtlı adayının devam etmekte olan işlerinin bulunması halinde, bunların bizzat kısıtlı aday tarafından sürdürülmesinde sakınca görüldüğü takdirde mahkemenin, bu işlerin tümüyle durması sonucunu doğuracak bir önlem almaktan ziyade işlerin devamı sağlayacak önlemler almalı, gerekirse bu işlerin yönetimi için kayyım atamak yoluna gitmelidir. Bu yapılmadığı için, yukarıda alıntı yaptığımız Yargıtay kararına konu olan olayda taraflardan birinin mutlak surette zarara katlanması gerekecektir. Hâlbuki bu zarardan kusuru olmayan kısıtlı aday veya kısıtlı sorumlu tutmak doğru olmadığı gibi, salt vesayet makamının isabetli bir önlem almaması nedeniyle davacının zarara katlanması gerekmesi de hakkaniyete aykırıdır. Geçici önlemlerin hiç uygulanmaması kadar yanlış uygulanmasının da ciddi zararlara yol açabileceği bu örneklerle yeteri kadar gösterilmiş olmaktadır.

#### IV. Tapu ve Nüfus Sicillerinde Vesayet Şerhi Uygulaması

Yukarıda vesayet tedbir şerhinin bankalar ve mahkemeler uygulamasında yol açtığı bazı sorunlara işaret ettik. Ancak vesayet makamının verdiği kısıtlama ve geçici hukuki koruma kararlarının tapu ve nüfus sicillerine işlenmesi de uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere, TKGM ve NVİGM, ilgili müdürlüklere gönderdikleri yazılarla bu sorunlara çözüm getirmeye çalışmaktadır. Ancak sorunların asıl çözüm yerinin yüksek mahkeme içtihatları olması gerekse de, buraya kadar örnek olarak zikrettiğimiz yargısal kararlardan da anlaşılacağı üzere, doğrudan doğruya söz konusu geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkin yüksek yargı kararlarına rastlanmamaktadır. Bunun en önemli nedeni, geçici önlemlere ilişkin kararlara karşı kanun yollarının fiilen kapatılmış olmasıdır.

Yasal temelini TMK m 420 hükmünde bulan ve bu yönüyle geçici hukuki korumalardan olduğu kuşku götürmeyen vesayet tedbir şerhinin ne anlama geldiği ve hukuki sonuçlarının neler olduğu ancak uygulamada karşılaşılan somut olaylar bağlamında ortaya konulabilir. Bu nedenle, hakkında yayınlanmış çok az sayıda yargısal karar bulunan bu kurumu, sadece bilinen az sayıdaki yargısal içtihatlar bağlamında değil; TKGM ve NVİGM uygulamaları açısından da aydınlatmakta zorunluluk bulunmaktadır. Uygulamada ortaya çıkan sorunların başında, vesayet tedbir şerhinin, kendisine vasi atanmış kısıtlılar hakkında da uygulanması gelmektedir. Bu tür uygulamaların nadirattan olmadığı, TKGM ve NVİGM'nin aşağıda nakledeceğimiz yazılarından açıkça anlaşılmaktadır. Böylece, mahkeme ilamıyla elde edilmesi amaçlanan nihai hukuki korumanın dışında bir geçici hukuki korumaya süreklilik kazandırılmış olmaktadır. Hâlbuki mahkemenin vasi atanmasına ilişkin kararının kesinleşmesi ile vesayet kurumu tüm yasal sonuçlarıyla kısıtlıyı koruma işlevini yerine getirmeye başlamaktadır. Dolayısıyla, vasi atama kararının kesinleşmesi<sup>38</sup> veya vasinin göreve başlaması<sup>39</sup>, geçici önlemlerin de kendiliğinden ortadan kalkması sonucunu doğurur. Hâlbuki kısıtlama kararı vasinin de kısıtlanması anlamına gelmediğinden, kanunen vesayet veya denetim makamının iznini gerektirmeyen işlemler bakımından vasinin kısıtlı adına işlem yapmasında hiçbir engel bulunmaz. Ancak TMK m 420 gereğince verilen geçici önlemlerin uygulamada “vesayet tedbir şerhi” olarak işlenmesi, vasinin işlem yapmasını fiilen engellemekte, işlem yapılması için sulh mahkemesinden yetki alınması talep edilmektedir.

Şu halde, vesayet kararını veren mahkemenin, bu kararın, kısıtlı ile hukuki işlem yapacak üçüncü kişilere bildirilmesi amacını taşıyan işlemleri yapması yeterli olmalıdır. Bu nedenle, kişisel hakların tapu kütüğüne yazımı anlamına gelen “şerh” deyimini hiç kullanılmamalı, bu işlevi yerine getirmek üzere vesayet kararının tapu kütüğündeki beyanlar hanesine yazımıyla yetinilmelidir. Kısıtlının hesabı bulunan

<sup>38</sup> Gençcan 1894.

<sup>39</sup> Yıldız, Gürsoy 69, 76.

bankalara da vesayet kararı gönderilmelidir. Ancak burada amaç hesabın işleme kapatılması değil, kısıtlı adına işlem yapma yetkisinin vaside olduğunun bankaya bildirilmesidir. Böylece kısıtlanarak fiil ehliyeti kaldırılan kimsenin, tam ehliyetli bir kişi gibi hukuki işlemler yaparak kendisine ve üçüncü kişilere zarar vermesi önlenmiş olur. Çoğu kez mahkemenin amacı bu olsa da, kısıtlı hakkında “vesayet tedbir şerhi” bulunduğu dair bir kararın bankaya bildirilmesi, herhangi bir sorumluluk taşımak istemeyen bankaları hesapları kilitlemeye yönlendirmekte, bu da kısıtlıyı korumaktan çok onu zarara uğratan bir uygulamaya dönüşmektedir.

Esasen TMK m 420/f. 2 hükmünde şerhten hiç söz edilmeksizin “Vesayet makamının kararı ilân olunur” denilmektedir. Fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılmasına ilişkin önlemin bir tür geçici kısıtlama kararı olduğu görüşünden hareketle, bu kararların geçici olarak fiil ehliyeti kaldırılan kişinin yerleşim yeri veya nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilanı gerektiği kabul edilmekte<sup>40</sup>; ilanının ise Türkiye çapında yayın yapan bir gazetede yayımlanarak gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır<sup>41</sup>. Ancak bu ilan iyiniyet iddiasında bulunulmasına engel olsa da, geçici hukuki koruma önleminin geçerliliği ilama bağlı değildir<sup>42</sup>. Bununla birlikte, uygulamada ihtiyati tedbirin bankaya bildirilip bildirilmediğinin araştırılması gerektiğine hükmedilmektedir<sup>43</sup>.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, vasi atanmasına ilişkin kararın kesinleşmesi ile yargılama sürecinde alınan geçici önlemlerin tamamı kendiliğinden ortadan kalkar. İster vesayet tedbir şerhi, isterse başka bir ad altında verilsin, hiçbir geçici koruma önlemi bu kuralın kapsamı dışında kalmaz. Kuşkusuz mahkemenin, vasi atanmasına dair kararıyla birlikte veya sonradan Kanun’un öngördüğü başkaca önlemleri alması mümkündür. Ancak bunlar, yargılama sırasında verilen geçici hukuki koruma önlemi niteliğinde değil, TMK m 438-444 hükümlerinde düzenlenen vasinin görevleri kapsamında verilen kararlardır. Bu yüzden, vasi atanmasına dair kararın kesinleşmesi ile yargılama sırasında verilen geçici hukuki koruma önlemlerinin, bu arada vesayet tedbir şerhinin de terkinini gerekir. Hâlbuki tedbir şerhinin işlendiği sicilleri tutan idari merciler veya bankaların kendiliğinden bu şerhleri terkin etmeyeceklerini

<sup>40</sup> Fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması önleminin aynı anda “ilgili idari birimlere süratle” bildirilmesi gerektiği hakkında bkz. Ali İhsan Özüğür, *Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleriyle Açıklamalı – İçtihatlı Kişi Hukuku – Velayet Vesayet – Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (5th edn, Seçkin 2016) 822.

<sup>41</sup> Yıldız, Gürsoy 70, 76; Özüğür 822.

<sup>42</sup> Yıldız, Gürsoy 70, 76.

<sup>43</sup> Y. 19. HD, 12.10.2016, 4861/13282 (YBB). Karardan, tedbirin mahiyeti açık bir biçimde anlaşılammakta; ancak davalı tarafından “davacı Bankanın ... şube müdürlüğüne davalının kasıtlı adayı olduğunun bildirildiği” savunmasında bulunulduğu anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, “Mahkemece, davalı hakkında vesayet altına alınmasına ilişkin davanın yargılaması sırasında, davalının yeniden borçlandırılmaması, kredi kullandırılmamasına ilişkin yazının davacı bankanın ... Şube Müdürlüğüne bildirildiği belirtilmiş ise de dosya içerisinde ihtiyati tedbire konu yazının davacı bankaya tebliğ edilip edilmediği anlaşılammaktadır. Bu nedenle davalı kısıtlı hakkında ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 06.09.2011 tarihli yazısı ile davacı bankaya yazılan yazının tebliğ edilmediği, edilmiş ise tebliğ tarihinin tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Kanımızca hesap sahibinin “kısıtlı adayı olduğunun bildirilmesi” bankayı herhangi bir yükümlülük altına sokmaz; buna karşılık kararda “davalının yeniden borçlandırılmaması, kredi kullandırılmamasına ilişkin” bir açıklık bulunması halinde banka aksine davranıştan sorumlu tutulmalıdır. Dosyadan bu hususun anlaşılammaması sebebiyle bozma kararının yerinde olduğunu düşünüyorum.



tahmin etmek güç olmasa gerektir. Bu nedenle, vasi atanmasına ilişkin kararı veren mahkemenin geçici önlemlerin kalktığını ve varsa vasinin görevini yerine getirmesine ilişkin yeni önlemlerin neler olduğunu ilgili yerlere bildirmesi en doğru tutum olacaktır. Ancak mahkemenin talep üzerine dahi böyle bir karar vermemesi halinde vasinin elindeki tek imkân olarak denetim makamına itirazda bulunmak kalmaktadır. Çünkü sulh mahkemesinin bu tür kararlarına karşı ancak denetim makamı nezdinde itirazda bulunabileceği ve asliye mahkemesinin bu konuda vereceği kararın kesin olduğu kabul edilmektedir. Bu durum, yeknesak bir uygulamanın oluşturulmasına da engel olmaktadır. Hâlbuki geçici hukuki koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânı mevcut olup, aksi yöndeki uygulamanın kanuna aykırı olduğuna aşağıda ayrıca değinilecektir.

Uygulamada durum daha da çetrefil bir görünüm arz etmektedir. Öyle ki, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, TKGM'nin resmi internet sayfasında bulunan bir işlemden<sup>44</sup>, yargılama devam ederken mahkemeden gelen vesayet şerhi konulmasına dair kararların tapuda “*vesayet altına alınmıştır*” şeklinde tescil<sup>45</sup> edilebildiği anlaşılmaktadır. TKGM anılan yazısında bu tür kayıtların “*vesayet tedbir şerhi*” olarak değiştirilmesi ve beyanlar hanesine yazılması gerektiğini belirtmektedir. Esasen TST m 55 “*Müdürlüğün, hak sahibinin vesayet altına alındığına veya vesayetin kaldırıldığına dair mahkeme kararlarından yazılı olarak bilgisi olursa, bu durum taşınmazın kütüğünün beyanlar sütununa tarih ve yevmiye numarası ile yazılır*” hükmünü sevk etmiştir. Aynı hükmün vesayete ilişkin yargılama esnasında verilen tedbir kararlarında da uygulanması gerektiğinden kuşku duyulmamalıdır. Ancak uygulamada “*vesayet tedbir şerhi*” deyiminin ne anlama geldiği konusunda bir birlik oluşturulmadığı sürece tapu kayıtlarına “*vesayet altına alınmıştır*” yerine beyanlar hanesine “*vesayet tedbir şerhi*” yazılmış olması da sorunun çözümü için yeterli olmayacaktır. Çünkü kısıtlı adayına ait taşınmazın beyanlar hanesinde “*vesayet tedbir şerhi*” bulunduğunu gören tapu memuru, taşınmazla ilgili olarak işlem yapılmasını reddedecektir.

<sup>44</sup> “...yevmiye nolu işlem; ...adına kayıtlı 10 taşınmaz üzerinde, ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin, “...görülmekte olan, vesayet davası nedeniyle vesayet şerhi konulması kararının uygulamasıdır. Tescilin, “vesayet altına alınmıştır.” şeklinde yapıldığı saptanmıştır. “...yevmiye nolu işlem; ... adına kayıtlı 5 ayrı taşınmazda benzeri şekilde, dava açılması ile ilgili vesayet tedbir şerhi uygulamasıdır. Şerh “Vesayet altına alınmıştır” şeklinde yapılmıştır. “Vesayet şerhi kararı, açılan dava ile ilgili olup, henüz mahkemece vesayet altına alma kararı verilmemiştir. Bu nedenle malik halen vesayet altına alınmamıştır. Yapılan tesciller ise vesayet altına alındığını belirtmektedir. Yargıcın kararı ile çelişen bu kayıtların, TST'nin 85. Maddesi son fıkrası uyarınca, vesayet tedbir şerhi olarak değiştirilmesi, benzeri işlemlerde bu hususa dikkat edilmesi gerekir. Tapu Dairesi Başkanlığınca tenkite kısmen iştirak edilmiş olup, yapılan açıklama; Müdürlükten faks ile temin edilen belgelerin incelenmesinden; ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin ... tarihli, ... Esas sayılı müzakeresinde, “Kısıtlanan ... adına kayıtlı ... İlçesi, ... Köyü, 103 ada 63 nolu, 136 ada 19, 106 nolu, 140 ada 66, 129 nolu, 154 ada 25 nolu, 162 ada 29 nolu, 176 ada 156 nolu, 184 ada 78 nolu, 200 ada 5 nolu parsellere vesayet şerhinin konulması” hususunun istenildiği anlaşıldığından, Müdürlükçe ... tarih ve ... yevmiyeli işleme anılan taşınmazların tapu kütüğünün beyanlar hanesinde, “...vesayet altına alınmıştır.” şeklinde yapılan belirtme yerinde görülmele birlikte, “... adına kayıtlı taşınmazlara ilişkin olarak ise; ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin ... tarihli, ... Esas sayılı müzakeresinde “...ilgiliye ait kayıtlı taşınmazın bulunması halinde vesayet tedbir şerhi konularak ...” denildiği, ancak Müdürlükçe ...tarih, ... yevmiyeli işlem ile ... adına kayıtlı taşınmazların beyanlar hanesinde “Malik vesayet altına alınmıştır.” şeklinde belirtme yapıldığı anlaşıldığından, işleme Müfettiş tenkiti doğrultusunda yön verilmesi gerekmektedir.” [https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/vesayet\\_tedbir\\_serhi.doc](https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/vesayet_tedbir_serhi.doc).

<sup>45</sup> Burada “*tescil*” bir aynı hakkın tapu kütüğüne yazımı anlamında değil, teknik anlamı dışında, tedbir kararının beyanlar hanesine yazımı olarak anlaşılmalıdır.

Geçici hukuki koruma önlemine ilişkin kararların nüfus sicillerine yazımında da benzer sorunlar yaşandığını söyleyebiliriz. Nitekim NVİGM, il valiliklerine gönderdiği “*Vesayet Kararlarının Nüfus Müdürlüğüne Gönderilmesi*” konulu 16.05.2014 tarihli bir yazıda<sup>46</sup>, “*her ne kadar vesayete ilişkin mahkeme kararları, Nüfus Hizmetleri Kanununun 55’inci maddesi uyarınca mahkeme yazı işleri müdürleri tarafından kararın kesinleşmesinden itibaren 10 gün içerisinde bildirim gereken kararlardan biri olmasa da kısıtlılık kararlarına bağlanan hukuki sonuçlarının takibi ile telafisi imkansız hukuksal hata veya hukuken sakat işlemlere yol açılmaması hususunda anılan kararların nüfus siciline şerh edilmesinin faydalı*” olacağını il müdürlüklerine bildirmiştir. Yazıda geçen “*Vesayet makamı tarafından alınan geçici kısıtlama kararları ile boşanma davasında verilen tedbiren velayete ilişkin kararlarda kesinleşme aranmayacaktır*” ibaresinden, TMK m 420 gereğince kısıtlı adayının fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılmasına dair kararların (geçici hukuki koruma önlemlerinin) kastedildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, kısıtlılık kararının ancak karar kesinleştikten sonra nüfus siciline şerh edileceği kabul edilmektedir.

Yazıda söz konusu edilen şerhin, aile kütüklerinde bulunması gereken bilgileri düzenleyen NHK m 7/f. 1, (1) hükmünün gereği olduğu düşünülse bile, burada da şerh yerine bilgi verme amaçlı bir kaydın söz konusu olduğu anlaşılır. Çünkü bu kayıt sayesinde, örneğin babanın, vesayet altındaki çocuğu tanınması durumunda, vesayet makamına tanınmanın bildirilmesi sağlanmış olur (NHKY m 107). NVİGM’nin yazısında atıfta bulunulan NHK m 55 hükmünde “*Mahkeme yazı işleri müdürleri, aile kütükleri üzerinde tescil yapılmasını gerektirecek bütün karar ve işlemleri, kesinleştirme işlemi veya düzenleme tarihinden itibaren on gün içerisinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirmekle görevlidirler*” denilmektedir. Bu hükümden, vesayet makamının vereceği geçici hukuki korumaların nüfus siciline kaydı gerektiği anlaşılmamaktadır. Bilakis bu hüküm, mahkemelerin tescili gereken karar ve işlemlerinin hangi usule uyularak tescil edileceğini düzenlemektedir. Buna karşılık “*Aile kütüklerinde bulunması gereken kişisel bilgiler*”i düzenleyen NHK m 7 hükmünün 1. fıkrasının (1) bendinde “*Velayete ve vesayete ilişkin bilgileri*” denilmek suretiyle en azından vesayet kararlarının tescili gerektiği düzenlenmiştir. Ancak, yukarıda verdiğimiz örnekte, tanınmanın henüz vesayet kararı kesinleşmeyen mahkemeye bildirilmesinde de yarar olduğu kabul edilebilir. Bu nedenle, sadece vesayete ilişkin kararların değil geçici hukuki korumaların da nüfus sicilinde kaydının tutulması isabetli sayılabilir.

Ancak bu bilgilerden hareketle vesayet tedbir şerhinin ne anlama geldiği sorusuna hâlâ bir cevap verilemediğini kabul etmemiz gerekiyor. Sadece NVİGM’nin, vasi atanmasından önce verilen geçici hukuki koruma önlemleri ile vasi atanmasına dair kararlar arasında bir ayırım yapılması gereğinin farkında olduğu, bu konuda

<sup>46</sup> <https://www.nvi.gov.tr>

il müdürlükleri arasında farklı uygulamalara gidilmemesi için çaba gösterdiği anlaşılmaktadır. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, vesayet tedbir şerhi uygulamasına ilişkin yüksek yargı kararlarının azlığı da sorunların çözümünü güçleştirmekte, konuya ilişkin yeknesak bir uygulama oluşturulmasını engellemektedir. Aşağıda bu uygulamanın olması gereken hukuk bir yana, yürürlükteki hukuk bakımından bile savunulamayacağını göstermeye çalışacağız.

## V. Bir Geçici Hukuki Koruma Önlemi Olarak Vesayet Tedbir Şerhi

### A. Çekişmesiz Yargıda Verilen Geçici Hukuki Korumalar ve Kanun Yolu

Vesayet hukuku, belirli zayıflık durumları içinde bulunan kişileri korumak amacıyla bir dizi tedbirin uygulanmasını öngörmektedir. Bunların en önemlileri, fiil ehliyetine sahip olmayan yetişkinlerin kısıtlanması ve hukuki işlemlerini onların nam ve hesabına yapacak bir yasal temsilci atanmasıdır. Ancak bunlar çekişmesiz yargı sonucunda verilecek ilamla nihai hukuki korumayı sağladığından, teknik anlamda ihtiyati tedbir veya geçici hukuki koruma önlemi sayılmaz. Uygulamada vesayet davası sürecinde verilen geçici önlemlerin tümünü kapsayacak bir anlamda kullanılan “*vesayet tedbir şerhi*” ise, mahkemece kesin hukuki koruma önlemi olarak kısıtlama ve vasi tayin etme kararı verilene (kesinleşene) kadar kısıtlı adayının kişi ve malvarlığı haklarının korunmasını amaçlar. Bu yönüyle geçici hukuki koruma önlemleri arasında mütalaa edilmelidir.

Geçici hukuki koruma adı altında mahkemece alınan önlemlerin tümü, “*dava sonunda gerçekleşecek olan asıl (kesin) hukuki korumanın güvencesi*”<sup>47</sup> olarak kabul edilir. Bir üst başlık olarak ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespitini de içine alan geçici hukuki korumalar<sup>48</sup>, “*Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar*” başlığı altında HMK m 389-406 hükümlerinde düzenlenmiştir. Ancak geçici hukuki korumalar bunlardan ibaret olmayıp, HMK m 406/f. 2 hükmünde “*İhtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır*” denilmiş olması da bu gerçeği teyit eder. Bununla birlikte, geçici hukuki koruma önleminin öngörüldüğü özel düzenlemede açıklık bulunmaması durumunda HMK m 389-406 hükümlerinin bunlar hakkında da uygulanacağı, HMK m 323/f. 1, ç ve 334/f. 1 hükümlerinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın geçici hukuki korunmalardan söz edilmiş olmasından anlaşılmaktadır<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Ramazan Arslan, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler’, (2013) Özel Sayı Bankacılar Dergisi 7-28, 7.

<sup>48</sup> Bu konuda bkz. Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2th edn, Yetkin 2018) 464 vd.; Esra Güney İnan, *Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2018) 31 vd.

<sup>49</sup> Bkz. Kuru 465.

Hemen ifade edelim ki, öğretide, çekişmesiz yargıdaki geçici önlemler (*einstweilige Anordnung*) ile çekişmeli yargıdaki ihtiyati tedbirler (*einstweilige Verfügung*) arasında kategorik bir ayırım yapan Alman Hukuku örneğinden hareketle; bir hukuki durum veya ilgilinin korunmasına yönelik geçici önlemlerle bir hakkın kullanılmasını (icrasını) güvence altına almak amacını taşıyan ihtiyati tedbirlerin farklı özellikler taşıdığı; bu nedenle, ihtiyati tedbirlere ilişkin HMK m 389'un "*Birinci fıkra hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır*" yolundaki 2. fıkrasının çekişmesiz yargıdaki hukuki korumaları ihtiyati tedbir olarak nitelendirmek için öngörülmediği savunulmuştur<sup>50</sup>.

Kanımızca bu görüşlerden hareketle, TMK m 420 gereğince verilecek geçici hukuki koruma önlemlerine dair kararlara karşı kanun yoluna başvuru imkânının kapalı olduğu sonucuna varılması isabetli değildir. Bununla birlikte, uygulamada, vesayet tedbir şerhi kararları ihtiyati tedbir niteliğinde sayılmamakta, TMK m 461/f. 2 gereğince denetim makamına itirazda bulunulabilecek vesayet makamı kararı niteliğinde kabul edilmektedir. Bu hatalı değerlendirme sonucunda, vesayet tedbir şerhi konulmasına veya konulmamasına karşı yapılan itirazlar esastan incelenmemekte, denetim makamına itirazda bulunulması gerektiği gerekçesiyle geri çevrilmektedir<sup>51</sup>. Bilindiği gibi, TMK m 488 gereğince "*İlgililer, vesayet makamının kararlarına karşı, tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Denetim makamı, gerektiğinde duruşma da yaparak bu itirazı kesin karara bağlar.*" Bu hükmün isabeti<sup>52</sup> bir yana, geçici önlemlere ilişkin olmadığı gerçeğinden yola çıkılmasında yarar bulunmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere, geçici hukuki korumalara karşı kanun yolunu öngören düzenleme HMK m 394/f. 5 hükmü ile bu hükmün uygulanmasını mümkün kılan HMK m 389/f. 2 hükmüdür.

Öncelikle yukarıda değinilen ve Alman hukukundaki bir tasnifi yansıttığına işaret ettiğimiz çekişmesiz yargıdaki geçici önlemler (*einstweilige Anordnung*) ile çekişmeli yargıdaki ihtiyati tedbirler (*einstweilige Verfügung*) arasında yapılan kategorik ayırımın Türk hukukunda benimsenmemiş olduğunu<sup>53</sup> ifade etmemiz gerekir. Diğer yandan, HMK'nın ihtiyati tedbirin şartlarını düzenleyen 389. maddesinin 2. fıkrası "*Birinci fıkra hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır*" şeklindedir. HMK m 393/f. 5 hükmü ise, "*İhtiyati tedbir kararları*

<sup>50</sup> Bkz. Erişir 334. Aile hukukundaki geçici hukuki koruma önlemleri hakkında benzer bir görüş için bkz. Günay İnan 36, 37.

<sup>51</sup> Örneğin İstanbul BAM, 36. HD'nin 5.12.2016 tarih ve 47/38 sayılı kararında şöyle denilmektedir: "*H.M.K'nun 341/1 maddesi gereğince ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir; ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. / Vesayet makamının vesayet altına alınması istenen kişiye ait taşınmazların tapu kayıtlarına vesayet şerhi konulmasına veya kaldırılmasına ilişkin kararları ihtiyati tedbir niteliğinde değildir. Bu kararlara karşı T.M.K' nun 461/2. maddesi gereğince, kararın tebliğ gününden başlayarak 10 gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir. Vesayet makamının T.M.K' nun 462. maddesi gereğince verdiği kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.*" <www.Lexperacom.tr> accessed 15 Aralık 2019. Benzer biçimde olmak üzere bkz. Gaziantep BAM, 3. HD., 9.5.2017, 463/472 <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

<sup>52</sup> Bu kararlar için de temyiz yolunun açık olduğu görüşü için bkz. Taşkın 32.

<sup>53</sup> Esasen Erişir de bu hususu kabul etmektedir. Bkz. Erişir 334 dn. 535.

*hakkında kanun yoluna başvurulması hâlinde, tedbire ilişkin dosya ve delillerin sadece örnekleri ilgili mahkemeye gönderilir”* şeklinde kaleme alınmıştır. Bu hüküm, ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabileceğini ifade ettiği gibi, HMK m 394/f. 5 hükmü daha açık bir şekilde “*İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz*” demek suretiyle bu hususu açıkça düzenlemiştir. Gerçi geçici hukuki korumalardan bazılarının ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı, örneğin TBK m 224 hükmüyle düzenlenen geçici hukuki korumanın delil tespiti niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Buna karşılık, çekişmesiz yargı işinde verilmesine rağmen TMK m 420 gereğince hükmedilen geçici hukuki korumaların ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu, usul hukukunun ön önemli otoritelerinden olan Baki Kuru tarafından da kabul edilmektedir<sup>55</sup>. Diğer yandan, HMK m 394/f. 5 hükmünün geçici hukuki korumalara uygulanması bakımından dikkate alınması gereken HMK m 389/f. 2 hükmünde yer alan “*niteliğine uygun düşüğü ölçüde*” ölçütünün TMK m 420 hükmü bakımından gerçekleşmediği de söylenemez. Çünkü vesayet makamı tarafından verilen bir geçici hukuki koruma kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulmasının, işin niteliğine neden uygun düşmediğinin hiçbir makul açıklaması bulunmamaktadır. Bilakis vesayet tedbir şerhi (veya TMK m 420 gereğince verilen sair geçici hukuki korumaların) kararlarının ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu gözetilerek, bunlara karşı istinaf kanun yolunun açık tutulması, somut olay adaletinin sağlanması yanında uygulamada yeknesaklığın sağlanmasına da hizmet edecektir. Böylece, çok sayıdaki hatalı uygulamanın düzeltilebileceği de açıktır. Dolayısıyla *de lege feranda* savunulması gereken bir çözüm<sup>56</sup>, yorum yoluyla *de lege lata* bulabildiğimize göre, bunu uygulamaktan kaçınmanın makul bir gerekçesinin olmadığı kabul edilmelidir.

Kaldı ki, küçüklerin ve yetişkinlerin korunması alanında tüm dünyada yaşanan gelişmeler, sadece geçici hukuki koruma önlemlerinin değil, vesayet makamlarının her türlü kararının temyiz denetimine tabi kılınmasının zorunlu olduğunu göstermektedir. Tek amacı ilgilinin esenliğinin korunması olan vesayet kurumuna ilişkin farklı mahkemelerce verilecek farklı kararlarının aynı anda uygulanması sonucunu doğuran bir yasal düzenlemenin yeniden değerlendirilmesi gereği çok açıktır. Bununla birlikte, yürürlükteki hukukun en azından geçici hukuki koruma önlemleri bakımından kanun yoluna başvuruyu açık tutmuş olması, değerlendirilmesi gereken bir imkândır. Şu halde, TMK m 420 hükmü gereğince verilen geçici hukuki koruma önlemlerine dair kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı yolundaki yürürlükteki hukuka aykırı olan içtihattan bir an önce dönülmesinde yarar bulunmaktadır. Vesayet

<sup>54</sup> Kuru 467.

<sup>55</sup> Bkz. Kuru 665.

<sup>56</sup> HMK değişikliğinden önce yazılan bir eserde, geçici hukuki korumaların tümü için itiraz ve itirazın reddi üzerine temyiz imkânı tanınmasının gerekli olduğunu savunan bir görüş için bkz. Yılmaz 930 vd.

makamının diğer kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânlarının ise de *lege feranda* tartışılması, belki de vesayet kurumunun tümüyle revize edilmesi konusu bir an önce yasa koyucunun gündemine alınmalıdır.

Uygulamadan bir örnekle, konunun ne denli önemli olduğunu göstermekte yarar olduğunu düşünüyoruz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin bir kararına<sup>57</sup> konu olan olayda, davacının açtığı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası devam ederken, kendisine vasi atanması konusunda Sulh Mahkemesine ihbarda bulunulmuş ve vesayet davası açılmıştır. Bu arada davacı tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının duruşmasına katılmamış, mahkeme de bunun üzerine davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir. Temyiz üzerine Yargıtay'ın vermiş olduğu karar şöyledir:

*“Dosya içeriği ve toplanan delillerden; yargılama aşamasında davacının ehliyetten yoksun olup olmadığı konusunda mahkemece Sulh Hukuk Mahkemesine yapılan ihbar üzerine 26.03.2009 tarihinde açılan 2009/219 Esas sayılı vesayet davasında Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinin 26.11.2009 tarih ve 4947 sayılı ön raporu ile davacı hakkında sağlıklı bir karar verilebilmesi için müşahade altına alınmasının gerektiği bildirilmiş, mahkemece müşahade altına alınma kararı verilmiş ve fakat bu arada Mahkemece davacının duruşmalara gelmemesi gerekçe gösterilerek iptal tescil davası 14.07.2009 tarihinde işlemden kaldırıldıktan sonra 15.10.2009 tarihli celsede de açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.*

*“Bilindiği üzere ehliyetsizlik kamu düzeni ile mahkemece re’sen gözetilmesi gereken bir husustur. Esasen Mahkemece de bu husus gözetilerek davacıya vasi tayini gerekebileceği kanısıyla vesayet davasının açılması sağlanmıştır.*

*“Bu durumda davacının duruşmalara gelmemesi üzerine mahkemece yapılması gereken iş dosyanın işlemden kaldırılması ve sonuç olarak açılmamış sayılmasına karar verilmesi değil TMK’nun 426 ve devamı maddeleri uyarınca dava takibinin sağlanabilmesi amacıyla vesayet davası sonuçlanıncaya kadar ki aşama için temsil kayyımı atanmasını sağlamak ve böylelikle taraf teşkili sağlanarak yargılamayı yürütmektir.*

*“Hal böyle olunca; yukarıda açıklanan biçimde işlem yapılmadan yazılı olduğu şekilde davanın açılmamış sayılmasına ilişkin hüküm kurulması isabetli değildir.”*

Dikkat edileceği gibi, karara konu olan olayda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası Yargıtay önüne gelmemiş olsaydı, vesayet makamı sıfatıyla Sulh Mahkemesinin TMK m 420 gereğince gerekli tedbiri almamış olması hiçbir şekilde gündeme gelmeyecek, belki de denetim makamı ile vesayet mahkemesi arasında kısıtlı adayının hak kaybına engel olunmaksızın iş sonuçlanabilecekti. Esasen somut olayda, Yargıtay’ın atıfta bulunduğu TMK m 426 değil, m 420 hükmünün uygulanması gerekir. Çünkü hakkında vesayet davası devam eden kısıtlı adayı hakkında, ancak nihai bir karar olarak verilebilecek olan TMK m 426’da sayılan kararlar alınamaz. Kuşkusuz hâkim bu hükmü göz önünde bulundurarak, ancak TMK m 420 gereğince bir geçici hukuki koruma önlemi olarak kısıtlı adayını davada temsil edecek bir kayyım atayabilecektir.

<sup>57</sup> Bkz. Y. 1. HD., 1.4.2010, 3055/3734 <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

## B. Geçici Hukuki Koruma Kararı Verilmesinin Koşulları

TMK m 420/f. 1 hükmünde “*Vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamı, vasinin atanmasından önce de re’sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir*” denilmektedir. Maddenin kenar başlığı da “*geçici önlemler*” şeklinde olup, düzenlemede vesayet davası sürerken mahkemenin alacağı geçici hukuki korumaların söz konusu edildiği açıktır. Önlemin geçici olması, ancak belirli bir süreye bağlı olarak alınmasını zorunlu kılar<sup>58</sup>. Uygulamada bu hususa dikkat edildiği söylenemez. Hâlbuki kararda önlemin süresine yer verilmesi, en azından bankalara veya diğer resmi mercilere her defasında tedbirin kalktığına dair müzekkere yazdırılmasının yol açtığı güçlükleri bertaraf edecektir.

TMK m 420 gereğince geçici hukuki koruma kararı verilebilmesi için vesayete ilişkin bir ana davanın<sup>59</sup> varlığı şarttır. Gerek hükmün sistematik olarak bulunduğu yer gerekse durumun özelliği, derdest bir vesayet yargılamasının şart olduğunu gösterir. Esasen vesayete ilişkin bir dava bulunmadıkça başka önlemler devreye girer<sup>60</sup>. TMK m 432 hükmüyle düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında kuruma yerleştirme veya TMK m 426’da öngörülen hallerde temsil kayyımı atanması, vesayet yargılaması dışında alınan önlemlere örnek oluşturur<sup>61</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, TMK m 420 hükmüyle düzenlenen geçici hukuki korumalar çekişmesiz yargıda alınan ara kararı niteliğindedir. Geçici hukuki korumaların bu niteliği dikkate alınması gereken bir husustur. Çekişmeli yargıda, çekişmesiz yargının aksine, iki taraf arasında maddi hukuka ilişkin bir hak üzerinde çekişme bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tür işlerde ihtiyati tedbir kararıyla izlenen amaç, dava konusunun yargılama sonuçlanıncaya kadar korunmasının sağlanmasıdır. Hâlbuki çekişmesiz yargı işi olarak görülen vesayet davalarında, dava konusuna ilişkin bir çekişme olmadığı için hakkın korunmasına ilişkin bir korumaya da gerek yoktur. Bununla birlikte, kısıtlı adayının kısıtlanmasını gerektiren nedenler, zorunluluk durumunda nihai hükümlerle sağlanacak korumanın kısmen veya tamamen öne çekilmesini gerektirebilir. Aslında kısıtlı adayının fiil ehliyetinin kaldırılarak kendisine temsilci atanmasında gerçekleşen şey de tam anlamıyla budur. Yani çekişmesiz yargı sonunda kişinin kısıtlanarak kendisine vasi atanmasıyla aynı hukuki duruma, geçici hukuki korumayla ulaşılmakta, asıl talep sonucu böylece öne çekilmiş olmaktadır. Bu önlemin uygulanmasında çok daha sıkı davranılmasının gerekli olması tümüyle bu sebebe dayanmaktadır<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Gençcan 1894; Kayran 54.

<sup>59</sup> Her ne kadar çekişmesiz yargıda “*dava*”dan söz edilmesi isabetli değilse de, uygulamadaki alışkanlıkların dışına çıkmamak için bu hatalı terminolojiyi kullanıyoruz. Çekişmesiz yargıda “*dava*” yerine “*iş*” deyiminin kullanılması gerektiği yönünde bkz. Kuru 654. Aynı sebeple çekişmesiz yargıda “ *taraflar*” yerine “*ilgililer*” deyimini kullanılmalıdır. Bkz. Kuru 659.

<sup>60</sup> Breitschmid Art. 386 Nr. 3, S. 1892, 1893.

<sup>61</sup> Breitschmid Art. 386 Nr. 3, S. 1893.

<sup>62</sup> Bu konuda bkz. Erişir 333 vd.

Tedbir kararı verilebilmesi için, somut olayda hangi sebebe dayalı olarak kısıtlama talep ediliyorsa, o sebebin varlığının kuvvetle muhtemel olduğunun kanıtlanması gerekir<sup>63</sup>. Bir diğer deyişle, hâkimin bir kısıtlama sebebinin varlığına kani olması gerekir<sup>64</sup>. Bununla kastedilen, HMK m 390/f. 3 hükmünde ifadesini bulan yaklaşık ispatın<sup>65</sup> gerçekleşmiş olmasıdır. Buna göre, “*Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.*” Olağan yargılamada davacının dayandığı hakkın veya geçerli hukukun tespiti ve araştırılması amaçlanır. Nihai amaç, hakkın cebri icra aracılığıyla yerine getirilmesidir. Buna karşılık geçici hukuki korumalarla, kural olarak, hukuki ilişki veya hakkın geçici olarak düzenlenmesi veya geçici bir koruma sağlanması amaçlanır<sup>66</sup>. Konu TMK m 420 bakımından ele alındığında amaç, kısıtlama kararı verilmesini gerektiren koşulların tam olarak ispatı değil, kısıtlı adayının kısıtlanmasını gerektiren sebebin varlığı konusunda hâkimin yaklaşık kanaat sahibi olmasını sağlayacak yaklaşık ispatın gerçekleşmesidir. Örneğin akıl zayıflığına dayalı bir kısıtlama kararı talep edilen davada hâkim, henüz adli tıptan rapor alınmadan dosyada mevcut hekim raporu ve tanık ifadelerine dayanarak geçici hukuki koruma kararı alabilir. Böylece, söz gelimi, gecikmesi hak kaybına yol açacak bir konuda kısıtlı adayının kayyım ile temsiline karar verilebilir. Yine, gecikmesinde tehlike olan bir durumun varlığı halinde kısıtlı adayı dinlenmeksizin de geçici hukuki koruma kararı verilebileceği kabul edilmektedir. Nitekim geçici hukuki korumalar hakkında da uygulanması gereken HMK m 390/f. 2 hükmüne göre “*Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir.*” Ancak bu durum ilgilinin dinlenme hakkının tümüyle elinden alınması anlamına gelmez. Yargılama sona ermeden yokluğunda geçici hukuki koruma verilen kişinin mutlaka dinlenmesi gerekir<sup>67</sup>.

Diğer yandan, alınacak önlemin, yargılama sonucunda verilecek kararla kurulması öngörülen vesayet düzeninin ötesine geçecek nitelik ve ağırlıkta olmaması ve vesayet kapsamında yapılacak işlerin bu konuda verilecek bir karara kadar ertelenemeyecek ölçüde aciliyet arz etmesi de gerekir<sup>68</sup>. Bir diğer deyişle, vesayete ilişkin kararın beklenmesi halinde ilgilinin, bizzat kendisi veya bir yakını ya da atayacağı iradi

<sup>63</sup> Breitschmid Art. 386 Nr. 5, S. 1893; Erişir 333.

<sup>64</sup> Oğuzman, Dural 472.

<sup>65</sup> Davanın kabulü, davacının iddia ettiği olguları ispat etmesine bağlıdır. Davalının da benzer biçimde savunmasını dayandırdığı olguları ispat etmesi gerekir. Hâkimin mümkün olan bütün delilleri inceleyerek ulaştığı kanaate usul hukukunda “*tam kanaat*” denir. Buna karşılık niteliği itibari ile dava olmayan, mahkemen bir takım usuli taleplerin kabulü bakımından incelenmesi gerekli maddi koşulların ispatında “*yaklaşık ispat yöntemi*” kullanılır. Geçici koruma önlemleri, delil tespiti gibi dava sayılmayan usuli işlemlere ilişkin verilecek kararlar da kesin hüküm oluşturmadığından, konuya ilişkin olarak verilecek ara kararlarda bu yöntem kullanılır. Bu şekilde verilecek bir kararın uyumsuzluk esasından çözümlenmiş olmaz. Yaklaşık ispat için bütün delillerin incelenmesi de gerekmez. Çünkü amaç, usuli talebin kabul veya reddi ile davaya devam edilmesi ve söz konusu usuli talep nedeniyle davanın geciktirilmesinin önlenmesidir. Bkz. Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Yetkin 2013) 30 vd.

<sup>66</sup> Albayrak 401, 402; Erişir 334.

<sup>67</sup> Erişir 333, 334.

<sup>68</sup> Breitschmid Art. 386 Nr. 5, S. 1893.



temsili ya da önceden atanmış bir yasal danışman tarafından önlenemeyecek olumsuz sonuçlarla karşılaşmasından kaygı duyuluyor olmalıdır<sup>69</sup>. Örneğin, kısıtlı adayının bizzat atayacağı bir avukatla davada temsili herhangi bir tehlike oluşturmuyorsa veya gerekli tıbbi bakımı yakınları sayesinde elde edebiliyorsa, bu nedenlere dayalı olarak geçici hukuki korumaya gerek bulunmamaktadır. Ancak kısıtlı adayının kendi seçimlerine dayalı olarak bir davayı yürütmesinin şahsı veya malvarlığı açısından bir tehlike oluşturacağı anlaşılıyorsa, fiil ehliyeti geçici olarak kaldırılarak atanacak bir temsilci vasıtasıyla davasının takibi sağlanmalıdır. Nihayet, alınacak önlemin, gerçekleşmesinden kaygı duyulan olumsuz sonuçları veya tehlikeli durumları önlemeye veya en azından sınırlandırmaya uygun olması gerekir<sup>70</sup>.

Geçici önlemler vasi atanmasına ilişkin yargılama sırasında alınacağından, vesayet makamının vasinin görevlerini dikkate alarak bir karar vermesi gerekir. Sonuçta verilecek karar geçici hukuki koruma önlemine ilişkin olacağından, ihtiyati tedbirlere ilişkin yargılamada gözetilen kuralların da dikkate alınması gerekir. Örneğin, bütün hukuki koruma önlemlerinde olduğu gibi TMK m 420 hükmünün uygulanmasında da ölçülülük ilkesine uyulmalı, durumun gereklerine uymayan önlemler alınmamalıdır<sup>71</sup>.

Hâkim geçici hukuki koruma kararını “*vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde*” vereceğine göre, bu kararın, yasa koyucunun vesayet kurumu ile izlediği amaçla uyumlu olması gerektiği açıktır. Esasen TMK m 420 hükmünün, vesayet yargılamasının başlaması ile vasi atanması arasındaki boşluğu dolduran bir düzenleme olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Aniden ortaya çıkan önemli ruhsal rahatsızlıklar veya vesayet yargılamasının uzun sürmesi gibi nedenlerle derhal önleyici tedbirlerin alınması gerekli olabilir. Ancak vesayet makamının geçici hukuki koruma önlemi almasının caiz olması için daha yumuşak bir önlemin yeterli olmaması ve önlemin geciktirilemeyecek durumda bulunması şarttır<sup>72</sup>. Dolayısı ile gerek geçici hukuki koruma kararı verilmesini zorunlu kılan olgular gerekse kararın uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçlar bu amaçla uyumlu olmalıdır. Şu halde, geçici hukuki koruma kararının isabetini anlamak bakımından vesayet hukukunun amacının ne olduğunu ortaya koymak gerekir.

## VI. Geçici Hukuki Koruma Kararlarının Vesayet Hukukundaki Gelişmeler Işığında Vesayet Hukukunun Amacına Uygunluğu

Vesayet hukuku ile kural olarak belirli zayıflık durumları içinde bulunan gerçek kişilerin, bu yüzden karşılaşabilecekleri olumsuz sonuçlarının önlenmesi, denkleştirilmesi, olmadı hafifletilmesi amaçlanır. İstisnai durumlarda tüzel kişiler için de vesayet hukukunun bu önleyici etkisinden yararlanılır. Böylece zayıf durumda olan

<sup>69</sup> Breitschmid Art. 386 Nr. 5, S. 1893; Öztan 1316.

<sup>70</sup> Breitschmid Art. 386 Nr. 5, S. 1893.

<sup>71</sup> Erişir 333.

<sup>72</sup> Breitschmid Art. 386 Nr. 1, S. 1892.

kişinin esenliği sağlanmaya çalışılır<sup>73</sup>. Bir başka deyişle, velayet altındaki kişiye velinin göstermek zorunda olduğu dikkat ve özene benzer bir korumanın, vesayet kurumuyla sağlanması amaçlanır<sup>74</sup>. Her ne kadar kişinin kısıtlanması (veya kendisine kayyım ya da yasal danışman atanması) kişilik hakkına yönelik bir müdahale oluştursa da, kısıtlanın kendisinden veya sömürülmeye elverişli olması nedeniyle çevresinden gelecek kötü davranışlardan ancak böyle bir müdahale ile korunabileceği kabul edilmektedir<sup>75</sup>.

Kendisine vasi (kayyım, yasal danışman) atandıktan sonra da zayıflık durumu içinde bulunan kimseye yardımda bulunmak için verilen kararlarda, az veya çok, ilgilinin hukuken korunan kişilik ve malvarlığı alanına müdahale edilmiş olur. Vesayet organlarının bu kararları alırken ilgilinin özgürlük, onur ve kişiliğine saygı göstermesi zorunludur<sup>76</sup>. Aksi takdirde alınan kararlar vesayet hukukunun izlediği amaçla bağdaşmaz. Ancak bu kararları alırken vesayet organlarının her defasında özerkliğini koruması ve kararın sorumluluğunu üstlenmesi de şarttır (TMK m 466-468). Bu nedenle, vesayet organlarının, korunması gerekli kişi için karar verirken çoğu kez paradoksal bir durumla karşı karşıya kaldıkları söylenebilir<sup>77</sup>. Bu iki yönlü baskı, ilgili organı en uygun kararı almak bakımından bir ikilem içinde bırakabilir. Yasal düzenleme ne kadar iyi ve isabetli olursa olsun, bu zorlu işin üstesinden gelinmesi vasi, kayyım, yasal danışman gibi kimselerin profesyonel yeterliliklerine bağlıdır<sup>78</sup>. İsviçre’de bu durumu göze alan yasa koyucu vesayet kurumunda köklü bir revizyon gerçekleştirmiş olup, bizde de benzer bir değişimin eşiğine geldiğinin işaretleri giderek artmaktadır.

Kişinin kısıtlanmasını gerektiren zayıflık durumları; yaş küçüklüğü (TMK m 404), akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (TMK m 405), savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (TMK m 406), özgürlüğü bağlayıcı ceza (TMK m 407), yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik veya ağır hastalık (TMK m 408) olarak düzenlenmiştir. Vesayet, söz konusu zayıflık durumlarında bulunan kişinin kamu otoritesi tarafından korunması, kollanması, iş ve işlemlerinin

<sup>73</sup> Ernst Langenegger, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) Vor Art. 360-456, N. 3, S. 1780.

<sup>74</sup> Bu yönde bkz. Öztan 1258.

<sup>75</sup> Aslı Açıköz, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Onikilevha 2017) 1, 2. Yazara göre vesayet kurumunun amacı, “kişisel ve maddi çıkarlarını tek başına koruyamayan kişilerin bu çıkarlarının korunması ve işlerini yürütmek için ihtiyaç duydukları yardımın sağlanmasıdır.” Açıköz 1.

<sup>76</sup> MK md. 432 vd. hükümlerinde düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bakımından bu amaç şu şekilde ifade edilmektedir: “Kurumun adından ve TMK 432/1 hükmünün lafzından da anlaşılacağı üzere, KAOK’nün amacı kişinin ‘kişisel korumasını’ sağlamaktır. Diğer bir deyişle KAÖK ile kişinin bağımsızlığını ve kendi sorumluluğunu yeniden üstlenebilmesi hedeflenir. Bu nedenle ‘söz konusu amaç’ KAÖK hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması bakımından ‘ana temayı’ oluşturur. Buna göre kişinin ihtiyacı olan zorunlu ilgi ve bakım, kişinin insan onuruna uygun olmayan bir yaşam tarzından içinden çekilip çıkarılabilmesi, koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanması ile sağlanacaktır. Sonuçta KAÖK kişinin korunması dışındaki hiçbir amaca hizmet edemez.” Güntüş 193.

<sup>77</sup> Kurt Affolter, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) Art. 406, N. 59, S. 2054.

<sup>78</sup> Affolter Art. 406, N. 59, S. 2054.

vesayet organları tarafından yerine getirilmesini sağlayan hukuki kurum olarak da tanımlanmaktadır<sup>79</sup>. Bu açıklamalardan da, vesayet ile korunup kollanacak şeyin; belirli zayıflık durumları içinde bulunan kişinin esenliği olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü bu durumda bulunan kişi, kendi kişisel yetileriyle esenliğini sağlayacak imkânlardan yoksun bulunmaktadır.

Vesayet kurumunun mevcut durumuyla bu amacı sağlamak bakımından yeterli olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Nitekim vesayet hukukumuzun kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri, uzun bir hazırlık öneminin sonunda tümüyle yürürlükten kaldırılmış, 28 Haziran 2006 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukununun) Değiştirilmesi Hakkındaki Federal Kanun 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>80</sup>. Kanun'un hazırlık aşamasında İsviçre Federal Meclisinin hazırladığı 28 Haziran 2006 tarihli Rapor'da, mevcut vesayet hukukunun günün şartlarına uymadığı, tümüyle değiştirilmesi gerektiği ayrıntılarıyla gerekçelendirilerek ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

Zayıflık durumu içinde bulunan kişinin esenliğini sağlamak amacıyla Medeni Kanun'da öngörülen tedbirler, öncelikle tipe bağlılık ilkesi nedeniyle belirli bir sınırın dışında koruyucu etki gösterme imkânına sahip değildir. Öngörülen tedbirlerin sınırlı, şarta ve tipe bağlı oluşu; somut olay adaletine ulaşılmasında güçlülükler yaratmakta, özellikle orantılılık ilkesinin ihlaline yol açmaktadır. Bu düzenlemelerin, kişiye ve olaya özgü önlemler alınmasına engel olduğu açıktır<sup>82</sup>. İsviçre'deki yetişkinlerin korunmasına ilişkin yeni düzenlemelerde, kişinin henüz ayırt etme gücünü yitirmediği dönemde tayin edeceği bir temsilcinin, ehliyetin kaybından sonra yetişkini temsiline dair hükümler kabul edilmiştir. Kişi ayrıca ehliyetli olduğu dönemde, gelecekteki tıbbi müdahaleler hakkında karar alabildiği gibi, bakım vekâleti, konut veya bakımevinde kalma gibi konularda da karar verebilmektedir. Bu sayede vesayet organlarından ancak gerektiği zaman ve gerektiği ölçüde destek alınmış olacağı gibi, kişinin kendi kaderini belirlemesine ve kendisine yine bizzat kendisinin bakmasına yardımda bulunma imkânı da amaca uygun olarak daha geniş bir kapsamda değerlendirilmiş olur<sup>83</sup>. Sonuçta düzenlemeler değişse de amaç aynıdır. Bu amaç İsviçre Medeni Kanunu'nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukununun) Değiştirilmesi Hakkındaki Federal Kanun'un genel gerekçesinde de; kendi iş ve işlemlerini yapamayan ve başkalarının yardımının da ulaşamadığı zayıf kişileri korumak olarak gösterilmiştir<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> Yıldız, Gürsoy 3.

<sup>80</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kaplan, 'İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi', (2018) 137 TBBBD 375-404, 375 vd.; Cevdet Yavuz, Fulya Erlüle, Murat Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (Beta 2017) 1 vd.; Açıkgöz 9 vd.

<sup>81</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Bern 28 Juni 2006, BBL, 158 (2006), H. 36, (S. 7001-7196), S. 7002.

<sup>82</sup> Mehmet Akçaal, 'İsviçre Medeni Kanunu'na Göre Kayıymlık Türleri' (2018) 20 (2) DEÜHFD 63-87, 63 vd.

<sup>83</sup> Akçaal 65.

<sup>84</sup> Kaplan 378.

Yetişkinlerin korunmasına ilişkin olarak 20. yüzyılın başlarından itibaren bazı uluslararası girişimlerde bulunulmuş, sözleşmeler imzalanmıştır<sup>85</sup>. Bunların sonuncusu olan 13 Ocak 2000 tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Lahey Konvansiyonu Türkiye'nin taraf olmadığı bir uluslararası sözleşmedir. Bu noktada, çeşitli iç hukuk düzenlemelerine de yansıyan bazı değişimlere işaret etmek yerinde olur. Gerçekten sosyal hayat ve tıpta yaşanan gelişmeler sonucunda ortalama yaşam süresi uzamış, buna bağlı olarak yaşlılığa bağlı hastalıklar da artmıştır. Bu değişim sonucunda, vesayet hukukuna egemen olan katı teknikler yerine yetişkinlerin hukuki ehliyetini mümkün olduğunca saklı tutan, ancak somut olayda müdahaleyi zorunlu kılan nedenlerin ortaya çıkması durumunda ehliyeti asgari düzeyde sınırlayan daha esnek bir yaklaşım benimsenmeye başlamıştır<sup>86</sup>.

İş hayatını son derece başarılı bir kariyerle geçiren, bununla bağlantılı olarak refah düzeyini yükselten bir kişinin demans, alzheimer veya benzeri bir hastalık sonucunda kısıtlı adayı haline gelmesinin yol açabileceği sorunları tahmin etmek güç değildir. Gerçekten, böyle bir kişiye vasi atanması, böylece kişi varlığı ve malvarlığının korunması için gerekli önlemlerin alınması bakımından mevcut vesayet organlarının alacağı kararların tatminkâr olmadığı açıktır. Bu yeterlilik sadece alınacak kararların isabeti bakımından değil, hızlilik, elverişlilik, orantısallık gibi ölçütler bakımından da sorgulanmalıdır. Kısıtlı adayının olası mirasçılarının devreye girerek, mirasın intikaline kadar geçecek süre içinde malvarlığının eksilmesine engel olmak için birbirleriyle yarışması da nadirattan değildir. Uygulamada vesayet davalarının; birbirlerini kötüleyen, kısıtlı adayının düşmanı gösteren, en uygun vasi adayının kendisi olduğunu ispata çalışan ilgililer tarafından yürütüldüğü inkâr edilmez bir gerçektir. Kısıtlı adayının mevcut refah düzeyini sürdürmekteki en doğal ve vazgeçilmez hakkı ile malvarlığının korunması amacı arasındaki denge, sürece müdahil olan ve mahkeme önünde farklı menfaatleriyle temsil edilen ilgililerin gölgesinde nasıl gözetilecektir? Tümüyle sahipsiz ve malvarlığını sömürme niyetiyle çevresi kuşatılmış bir kişiyi bir yandan bu kötüniteli kimselerden korumak, bir yandan da varlık içinde yokluk çekmesine engel olmak için sulh mahkemeleri ne dereceye kadar etkin bir rol oynayabilir?

Diğer yandan, bu örneklerin zıt kutbunu oluşturan örneklerde ise farklı uygulama sorunlarıyla karşılaşmaktadır. Varlıklı ve iyiniyetli ailesi tarafından bakımı ve her türlü ihtiyacı karşılanan, üzerine titrenen kısıtlı veya kısıtlı adaylarının sayısı da hiç de az değildir. Vesayet kurumunun koruma amacını gerçekleştirmek gerekçesiyle bu tür yakınların karşısına vasiliğin yürütülmesi konusunda türlü zorluklar çıkartılması da tasvip edilmemesi gereken bir durumdur. Kuşkusuz sulh mahkemelerinin güncel

<sup>85</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fügen Sargin, 'Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi' (2003) 52 (2) AÜHFD 1-75, 2 vd.; Nuray Ekşi, 'Yargıtay Uygulamasında Vesayete İlişkin Yabancı Kararların Tanınması Davalarında Karşılaşılan Sorunlar' Public and Private International Law Bulletin, (2018) 38(1) 41-83, 46,47.

<sup>86</sup> Bkz. Sargin 3 vd.

iş yoğunlukları arasında farklı olaylar arasındaki nüansları tam anlamıyla kavrayıp somut olaya uygun kararlar vermesi son derece güç, hatta imkânsızdır. Diğer yandan, sorunların çözümü için vazgeçilmez bir gereklilik olan multi-disipliner yaklaşımın, sadece hukuk konusunda uzmanlığı bulunan bir hâkimden beklenmesi de isabetli sayılamaz. Dolayısıyla, başta İsviçre olmak üzere, bu konuda bizden önce harekete geçmiş ülkelerin düzenlemeleri incelenmeli, bunların yasa koyucuya yol gösterici nitelikleri ihmal edilmemelidir.

İsviçre vesayet sisteminde yapılan yenilemenin, Türkiye ve İsviçre arasındaki toplum ve yönetim şekillerinin birbirinden farklılığı nedeniyle Türk hukukuna uyarlanabilirliğinin bulunmadığı, bununla birlikte revizyonun gerekçesi olan kişinin kendi kaderini tayin hakkının güçlendirilmesi ve orantılılık ilkeleri uyarınca kişilik hakkına daha saygılı bir hukuki korumanın kabulünün Türk hukuku bakımından da önemli bir gereklilik olduğu öğretilde savunulmuştur<sup>87</sup>. Buna göre, kişinin fiil ehliyetinin elinden alınmadığı bir vesayet sisteminin uygulanması Türk hukuku açısından da arzu edilen bir durum olduğu gibi, ayırt etme gücü yerindeyken kişinin ileride bu yetiyi kaybetmesi halinde uygulanacak tıbbi müdahaleleri ve malvarlığı veya kişisel iş ve işlemlerini yerine getirebilecek temsilcileri önceden belirleme yetkisine sahip olduğu bir sistem hem daha adil hem de modern dünyanın amaçlarına daha uygundur<sup>88</sup>.

Bu düşüncelere temelde katılmakla birlikte, İsviçre'dekine benzer bir çocuk ve yetişkinleri koruma idaresi veya makamının oluşturulması düşüncesinden hemen vazgeçilmemesi gerektiği kanısındayız. Çünkü mevcut durumda sulh mahkemelerin vesayet makamı olarak somut olayın farklı özelliklerine derinliğine nüfuz etmek suretiyle seri bir biçimde müdahale imkânı bulunmamaktadır. Mahkeme vesayet işlerini, diğer yargısal işleri arasında ve önündeki yoğun iş takvimine uyarak yerine getirmeye çalışmaktadır. Yargılama hukukunun şekli gereklilikleri ve mahkeme kaleminin bu işlerde uzmanlığının bulunmaması da, vesayet sistemiyle izlenen amacın yakalanmasına izin vermemektedir. Kuşkusuz iki ülke arasındaki toplumsal ve yönetsel farklar açıktır. Bu nedenle, İsviçre'dekine benzer bir kurum veya idare, ülkemiz şartlarında kolaylıkla bürokrasinin çarkları arasında işlevsiz kalma tehlikesini barındırmaktadır. Ancak bu tehlikeler, gerekli girişimlerde bulunulmasına engel olmamalıdır. Toplumun değişik kesim ve temsilcilerinin görüşlerini almak suretiyle riskleri belirlemek ve bunları azaltacak çözümler geliştirmeye çalışmak zorunludur. Sorunun çözümünde mutlaka multi-disipliner bir yaklaşım geliştirilmeli; kişinin onuru, saygınlığı ve esenliği sadece lafla değil, fiilen de ön planda tutulmalıdır. Kişinin duygusal derinliği ve onurlu bir insan olarak hayatını sürdürme yeteneği her türlü buyurgan ve savsaklayıcı müdahaleden masun kılınmalıdır.

<sup>87</sup> Açıkgöz 28, 29.

<sup>88</sup> Açıkgöz 28, 29.

## VII. Sonuç

Vesayet kurumunun geleceğine ilişkin olarak düşüncelerimizi ifade ettikten sonra, olası bir değişiklikte de vesayet kurumunun amacının aynı kalacağını bir kez daha vurgulamamız gerekir. Bu amaç her zaman için, belirli zayıflık durumları içinde bulunan kişinin esenliğinin sağlanmasıdır. Dolayısı ile yürürlükteki hukuk bakımından da vesayet organının alacağı önlemlerin bu amaca uygun olması, özellikle orantılılık (denklik) ilkesini ihlal etmemesi gerekir. Sınırlı önlemlerle amaca ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda genel nitelikte önlemler alınması denklik ilkesini ihlal eder<sup>89</sup>. Yargıtay da vesayet kurumunun zayıf kişilerin korunması amacına atıfta bulunmakta, alınacak önlemlerin bu amaçla uyumlu olması gerektiğini vurgulamaktadır. Şu örnekler verilebilir:

*“Medenî Kanununun vesayet hükümleri ile, serbest hareket etmekten veya serbest irade ile karar vermekten mahrum olanlar korunmuştur. Bu cümleden olarak 357. madde ile de uzun süre mahkum olanlar koruma altına alınmıştır. Şu halde normun amacına uygun uygulanması için kişinin serbestçe hareketine imkan vermeyen mahkumiyetin bulunması kafidir”<sup>90</sup>.*

Bir başka kararında Yargıtay<sup>91</sup> konuya ilişkin olarak şu tespitlerde bulunulmaktadır: *“Vesayet makamlarının ihdas edilmesinin amacı, vesayet altında bulunan kişilerin yararlarının korunmasıdır. İşte bu sebeptendir ki, işlemin niteliğine göre bir kısım muamelelerde, yalnız Sulh Hukuk Hakiminin ve bir kısmında ise Sulh<sup>92</sup> Hukuk Hakiminin karar vermesi esası kabul edilmiştir. (MK. m 405-406). Bu maddeler birlikte mütalaa olunduğu, takdirde ortaya çıkan gerçek, vesayet altındaki kimselerin mal varlıklarının azalmasını önlemek gerektiğinde mameleki artırmak ve özellikle gelirlerin artışı sağlamak, yani o kimse iradesine sahip olsaydı müdebbir bir mal sahibi olarak neler yapacak idi ise, onun namına aynı işlemleri yapmaktır.”*

Dikkat edileceği üzere, bu kararlarda atıfta bulunulan amaç ve korunmak istendiği ifade edilen çıkarın ne olduğu konusunda soyut ve genel ifadelerle doğru tespitler yapılmaktadır. Ancak sorun bu doğru ilkelerin somut olaya isabetli bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı konusunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin Gaziantep BAM’ın bir kararında<sup>93</sup>, *“TMK’nun 403. maddesi ışığında vesayette amacın ‘vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak’ olduğu tartışmasızdır”* denildikten sonra, *“Bu bağlamda aynı yasanın 412. maddesinde kısıtlının yerleşim yerinin değiştirilmesi dahi vesayet makamının iznine*

<sup>89</sup> Yıldız, Gürsoy 69.

<sup>90</sup> Y 2. HD., 13.3.1996, 1395/2770 <www.e-uyar.com> accessed 15 Aralık 2019. Vesayetin üçüncü kişileri koruma amacının da bulunduğu hakkında bkz. Y. 2. HD., 9.7.2001, 9402/10765: *“... vesayetin amacının vesayet altındaki kişi yanında üçüncü kişileri de korumak olduğu, Adli Tıp Kurumu Başkanlığının yazılarından işlemin yapıldığı anda murisin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olduğunun belirlendiği ve şekli anlamdaki vesayet kararının işlemi geçersiz hale getirmez...”* (Manisa Bar. D. 2001/3, s. 47 <www.e-uyar.com> accessed 15 Aralık 2019). Bu görüş öğretide de taraftar bulmuştur: *“Vesayet kurumu aracılığıyla sağlanan korumada vesayete konu olan kişilerin yakın çevresi olan ailesi, onlarla temasta bulunan üçüncü kişiler ve hatta genel güvenliğin sağlanması bakımından toplumun da menfaati bulunmaktadır.”* Bkz. Açığöz 2.

<sup>91</sup> 2. HD., E. 1986/1348 K. 1986/2080 T. 27.02.1986

<sup>92</sup> “Asliye” olacak.

<sup>93</sup> Gaziantep BAM, 3. HD., 9.5.2017, 463/472 <www.Lexperacom.tr> accessed 15 Aralık 2019.

*tabi tutulmuş, kısıtlının mal varlığının korunması kaygısıyla 438. maddesinde defter tutulması, 439. maddesinde kıymetli şeylerin saklanması, 440. maddesinde taşınırın satılması gibi kısıtlının mal varlığı ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmış, Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük ile de uygulamanın ayrıntıları şekillendirilmiştir. / Özellikle 4721 sayılı yasanın 442. maddesinde ‘Yeteri kadar güven verici olmayan yatırımlar, güvenli yatırımlara dönüştürülür. Dönüştürme işleminin uygun zamanda ve vesayet altındaki kişinin menfaati gözetilerek yapılması gerekir.’ denilmek suretiyle de yasa koyucu vesayet makamına genel bir çerçeve çizerek kısıtlının mal varlığının güvence altında olması gerekliliğini ve zorunluluğunu bildirmiştir. / Tüm bu yasal düzenlemeler karşısında vesayet düzenine tabi olan vatandaş için ‘istediği aracı almakta engelleyen tek kriterin cebindeki parası’ olmadığı anlaşılmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir. Bu kararda da, diğerlerinde olduğu gibi, vesayet kurumunun amacının vesayet altındaki kişinin menfaatinin korunması olduğu yönündeki temel düşünce hiç kuşkusuz doğru ve isabetlidir. Ancak varılan sonucun bu amaçları gerçekleştirme bakımından isabetli olup olmadığı tartışılmalıdır. Karara konu olan olayın mahiyeti karardan tam olarak anlaşılamiyorsa da, vesayet altındaki kişinin parası (malvarlığı) yeterli olsa bile istediği araca sahip olamayacağı, malvarlığının korunmasına yönelik hükümlerin ağır bastığı yolundaki düşüncelerin kararın alınmasında başat rol oynadığı anlaşılmaktadır.*

Anılan karardan bağımsız olarak, yeterli malvarlığı bulunan kısıtlının, ayırt etme gücüne sahip olması durumunda, dilediği otomobile sahip olmasına engel olunmasını hangi gerekçeyle açıklayabiliriz? Kuşkusuz gerekçenin, bizzat kısıtlının çıkarı doğrultusunda oluşturulması gerekecektir. Benzer biçimde, ayırt etme gücü olsun veya olmasın, kısıtlı veya kısıtlı adayının otomobili, ayakkabısı, giyecekleri seçilirken ne ölçüde tasarruflu hareket edilmesi gerekir? Örneğin malvarlığı elverişli bulunan kısıtlı, lüks bir lokantada yemek yiyebilir mi? Yiyebilirse, bunu ayda bir defayla mı, yoksa haftada bir defayla mı sınırlamak gerekir? Yoksa her gün de bu ayrıcalıktan yararlanabilir mi? Kuşkusuz bunlar, düşüncüyü kışkırtmak için sorulmuş sorular olarak kabul edilebilir ve daha da çeşitlendirilebilir. Her halde önemli olan, somut olay bakımından alınan önlemin ilgilinin esenliğini sağlamaya elverişli olup olmamasıdır. Dolayısı ile, kısıtlı veya kısıtlı adayının kişiliğine veya malvarlığına müdahale anlamına gelecek önlemlerin uygulanmasında, sulh mahkemesine tanınan yetkinin geniş kapsamlı olmasından çok bu yetkinin somut olayın koşullarına uygunluğu, daha hafif bir müdahale ile koruma amacının sağlanıp sağlanmadığı gibi ölçütlerin ön plana çıkmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Şu halde her bir geçici hukuki koruma önlemi, ilgilinin esenliğini sağlama amacıyla bağlantılı olarak, öngörülen amaca ulaşmak için gereken yoğunlukta<sup>94</sup> ancak aşırıya kaçmadan, ilgilinin özgürlüğünü, kişiliğini, konforunu mümkün olduğunca koruyacak

<sup>94</sup> Öztan 1265.

bir şekilde verilmelidir. Bunun, vesayet hukukuna hâkim olan orantılılık ilkesinin<sup>95</sup> bir gereği olduğunu söyleyebiliriz. “*Vesayeti önlemler*” bakımından öğretilerde en hafifinden en ağırına doğru şu sıralama yapılmıştır<sup>96</sup>: Temsil kayyımlığı (TMK m 426/b. 1), yönetim kayyımlığı (TMK m 427/b. 2), istek üzerine kayyımlık (TMK m 428), kombine kayyımlık (TMK m 426/b. 1 ve b. 2), katılım yasal danışmanlığı (TMK m 429/f. 1), yönetim yasal danışmanlığı (TMK m 429/f. 2), kombine yasal danışmanlık, istek üzerine kısıtlanma (TMK m 408), TMK m 405 vd. hükümlerine göre kısıtlanma. Geçici hukuki korumalarda da vesayeti gerektiren düzenleme göz önünde bulundurulacağına göre, bunlara hükmedilirken de benzer bir sıralamanın dikkate alınması gerekir. Örneğin şartları gerçekleştiğinde, kısıtlama kararının öncelenmesi anlamına gelecek şekilde kısıtlı adayının fiil ehliyetinin kaldırılmasına karar verilebilecektir. Ancak, koruma amaçlı da olsa geçici koruma önlemiyle kişinin özgürlüğü kısıtlanamayacaktır. Bunun için TMK m 432’de öngörülen koşulların gerçekleşmesi şarttır<sup>97</sup>. Dolayısı ile, TMK m 432 kapsamında yargılama devam ederken TMK m 420’nin *-kiyasen de olsa-* uygulanması mümkün görülmemektedir<sup>98</sup>.

Diğer yandan, geçici hukuki korumayla elde edilmesi hedeflenen menfaat ile kısıtlı adayının esenliği arasında bir denge kurulmalı, bu denge zaman içinde de korunmalıdır. Örneğin, kısıtlı adayının malvarlığı elverişli olduğu sürece, salt bu malvarlığını korumak veya eksiltmemek amacıyla harcamaların asgari düzeyde tutulması orantılılık ilkesini ihlal eder. Amaç, kısıtlı adayının muhtemel mirasçılara bırakacağı muhtemel terekeyi değil, bizzat kısıtlı adayının esenliğini korumaktır. Bu nedenle, fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması uygun bulunduğu takdirde, atanacak geçici temsilciye aylık harcama limiti belirlenirken kısıtlı adayının mevcut yaşam düzeyi ve kalitesi ile malvarlığının elverişliliği arasındaki denge gözetilmeli, mümkün olduğunca kısıtlı adayının yaşam kalitesinden ödün vermemeye çalışılmalıdır.

Yargıtay da ana hatları ile alınacak önlemlerin aşırıya kaçmaması, insan onuruyla bağdaşması gibi gerekliliklere dikkat çekmektedir: “... *Vasinin mahcur üzerindeki kanuni yetkisi himaye ve müzaharet olarak özetlenebilir. Şu halde vasi ve vesayet idaresi vesayet altındaki kişinin özel durumunun gerektirdiği tüm önlemleri almak ve işlemleri yapmak zorundadır. Hatta kanunda açıkça belirlendiği üzere vasi icabı hale göre onu bir müesseseye koyabileceği gibi, sağlığının bedeni ve ruhi bütünlüğünün korunması; başkalarına zarar verilmemesi amacıyla görüşeceği kimseleri ve gidebileceği yerleri belirleme yetkisine de sahiptir (MK. 328, TCK.473). Ancak vasi bu yetkilerini kullanırken halin icabını aşan tutum ve davranışlardan kaçınmak insan onuru ile bağdaşmayan tedbirleri almamakla da yükümlü olmalıdır (TCK. 477, 478)*”<sup>99</sup>. Ancak,

<sup>95</sup> Bkz. Dural, Öğüz, Gümüş 410.

<sup>96</sup> Dural, Öğüz, Gümüş 410.

<sup>97</sup> Geiser Art. 397a, N. 16, S. 1958; Gümüş 197; Gözümlü 19.

<sup>98</sup> Gümüş 206.

<sup>99</sup> Y 2. HD, 11.12.2000, 15373/15682 <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.



yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu doğru ilkeleri soyut bir biçimde savunmaktan öte, somut olayda gerçekleşip gerçekleşmedikleri yönünden ele almak gerekir.

İsviçre’de vesayet sisteminin değişmesinden önce yazılan eserlerde *–ki bu dönem bizdeki mevcut duruma karşılık gelmektedir–* vesayet kanuna uygun olarak yürütülmesi bakımından seçilecek yöntemin, ilgili kişiyi fiilen vesayet işleyiş sürecine dâhil etme imkânını barındırması gerektiğinden söz edilmektedir<sup>100</sup>. Buna göre, ilgilinin birlikte hareket etmesini, motive edilmesini sağlamayan, hatta belki de bunu sabote eden bir yöntemin seçimi durumunda, derhal vesayet tedbirinin uygunluğu sorunu ortaya çıkacaktır. Alınan önlemin izlenen amaca ulaşılmasını sağlamaması halinde ise, bu kez de vasi veya vesayet makamının önlemin orantısallığı sorunuyla yüzleşmesi gerekir. Çünkü sadece aşırıya kaçan önlemler değil, işe yaramayan önlemler de yasaya aykırıdır<sup>101</sup>. Bu nedenledir ki, İsviçre’de revizyondan önce de, bir yandan vasi tarafından yürütülmesi gereken profesyonel bir danışmanlık ve vesayet çalışmasının yürütülmesi, diğer yandan alınacak vesayet önleminin elverişliliği ve orantısallığı arasında önemli bir karşılıklı etkileşimin bulunduğu kabul edilmekteydi. Buna göre, vesayet (kayımlığın veya yasal danışmanlığın da) profesyonelliğe aykırı bir şekilde yürütülmesi durumunda, önlemin hukuka uygunluğu da ortadan kalkabilecektir<sup>102</sup>. Türk hukuk uygulaması bakımından bunlara ilaveten, alınacak önlemin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek bir açıklıkta kaleme alınması ve aynı açıklıkta ilgililer, bankalar ve resmi mercilere bildirilmesi hususunu vurgulamamız gerekir. Kısıtlı veya kısıtlı adayının esenliğini en fazla tehdit eden şeyler arasında, hakkında verilecek geçici hukuki koruma kararının belirsizliği en ön sıralarda yer almaktadır. Yanlış anlaşılmaya, tekit edilmeye, açıklanmaya muhtaç önlemler, önlem olmaktan çok engel olmaktadır.

Sonuç olarak, sulh hâkimi, HMK m 4’te sayılan dava ve işlerin yanında seçim kurulu üyeliği veya başkanlığı gibi görevler de üstlenebilmekte, bu yoğun dava ve iş trafiği içinde hızla müdahale etmesi gereken vesayete ilişkin konularda kararlar almaktadır. Bu kararlara karşı sadece asliye hukuk mahkemesine itirazda bulunulabildiği, konuya ilişkin yüksek yargı kararlarının oluşmadığı, böylece hâkimin istikrar kazanmış

<sup>100</sup> Affolter Art. 406, Nr. 60, S. 2054.

<sup>101</sup> Örneğin TMK m 462 hükmünde sulh hâkiminin izni gereken işler arasında “*dava açma*” da sayılmıştır (b. 8). Burada amaç, kısıtlının “*davadaki kazanma şansını incelemek ve sonucuna göre husumete izin verip vermemek bakımından takdir hakkı*”nın sulh hâkimi tarafından kullanılmasıdır. Buna karşılık kısıtlıya karşı açılan bir davada hâkimin vasiye davayı takip izni vermemesinin kısıtlıyı koruma amacıyla bağdaşması mümkün değildir: “*Kanun koyucu, husumet deyimi ile, aktif ve pasif husumeti, yeni davacı yahut davalı sıfatıyla bir davanın tarafı olabilmeyi öngörmüş olup amaç, vesayet altında bulunanın yararını korumaktadır. Mahkeme de bu ilkedan hareket etmiş olmakla beraber, ters bir sonuca ulaşmıştır. Şöyle ki : Olayda izin, hacir altındaki kişinin adına bir dava açmak için değil, hakkında açılacak tapu iptali davasında davalılar arasında yer alacağı içindir. / Gerçekten vesayet altındaki kişinin davacı olması gereken hallerde Sulh Hakimi, davadaki kazanma şansını incelemek ve sonucuna göre husumete izin verip vermemek bakımından takdir hakkına sahip ise de, vesayet altında bulunanın davalı durumunda bulunması halinde isteği az önce açıklanan açıdan incelemek mümkün değildir. Çünkü : Vesayet altındaki bulunan kişinin davalı olduğu davada, sulh hakiminin husumete izin vermemiş olması, davanın reddini gerektirir. Bu takdirde, vasi duruşmadan çıkarılıp davaya gıyapta devam edilir. Onun için Sulh Hakimi husumete izin vermemekle vesayet altındaki şahsı korumuş olmaz, aksine onu savunma imkanından yoksun kılar.*” (Y. 2. HD., 01.07.1974, 4511/4299).

<sup>102</sup> Affolter Art. 406, Nr. 60, S. 2054.

örneklerden yararlanma imkânının da bulunmadığı düşünüldüğünde, sistemin bu şekilde işlemesine müsaade edilmesi, bu büyük risklerin mevcut halleriyle geleceğe taşınmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla, yetişkin ve küçüklerin korunmasına ilişkin sistemin mutlaka rasyonel ve bilimsel gelişmeler ışığında yeniden değerlendirilmesi ve zayıflık durumunda bulunan kişilerin esenliğini daha güvenilir ve hızlı bir şekilde gerçekleştirecek bir sisteme geçilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

### Kısaltmalar Cetveli/List of Abbreviations

Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BBL	: Bundesblatt
BGE	: Bundesgerichtssentscheidungen
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn	: dipnotu
HD.	: Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
TMK	: Türk Medeni Kanunu
N.	: Numara
NHK	: Nüfus Hizmetleri Kanunu
NHKY	: Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
Nr.	: Nummer
NVİGM	: Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü
s.	: sayfa
S.	: Sayı, Seite
TBBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TKGM	: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü
TST	: Tapu Sicil Tüzüğü
Vd.	: ve devamı
VVMT	: Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük
Y.	: Yargıtay
YBB	: Yargıtay Bilgi Bankası (karararama.yargitay.gov.tr)
YBS	: Yargıtay Bilgi Sistemi (karararama.yargitay.gov.tr)
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## Bibliyografya/Bibliography

- Açıkgöz A, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Onikilevha 2017).
- Affolter K, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) Art. 406, N. 59, S. 2054.
- Akcaal M, 'İsviçre Medenî Kanunu'na Göre Kayyımlik Türleri' (2018) 20 (2) DEÜHFD 63-87.
- Albayrak H, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Yetkin 2013)
- Arslan R, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler', (2013) Özel Sayı Bankacılar Dergisi 7-28.
- Breitschmid P, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) (Art. 386-391).
- Dural M, Ögüz T, Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz 2019).
- Ekşi N, 'Yargıtay Uygulamasında Vesayete İlişkin Yabancı Kararların Tanınması Davalarında Karşılaşılan Sorunlar' Public and Private International Law Bulletin, (2018) 38(1) 41-83.
- Elçin D, 'Vesâyet Ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine Veya Sona Ermesine Ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması' (2018) 67 (2) AÜHFD 279-354.
- Erişir E, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri* (Onikilevha 2013).
- Ertürk F, *Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini Ve Vesayetin Sona Ermesi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010).
- Geiser T, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) (Art. 396-397f).
- Gençcan ÖU, *4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar 2. Cilt, Md. 185-494* (Yetkin 2015).
- Gözüm A, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2011).
- Gümüş MA, 'Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması' (TMK 432-437) (2005) 1/2, YÜHFD 189-228.
- Günay İnan E, *Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2018)
- Kaplan İ, 'İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi', (2018) 137 TBBBD 375-404.
- Kayran B, *Türk Medeni Kanununda Vesayet Hukuku*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2012).
- Köprülü B, Kaneti S, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz1989).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (2th edn, Yetkin 2018).
- Langenegger E, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002, (Art. 392-395).
- Öğuzman K, Dural M, *Aile Hukuku* (2th edn, Filiz 1998).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan 2015).

Özüğür Aİ, *Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleriyle Açıklamalı – İctihatlı Kişi Hukuku – Velayet Vesayet – Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (5th edn, Seçkin 2016).

Sargın F, ‘Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi’ (2003) 52(2) AÜHFD 1-75.

Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Bern 28 Juni 2006, BBL, 158 (2006), H. 36, (S. 7001-7196).

Taşkın F, *Vesayet Organlarının Görev ve Sorumlulukları* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2002).

Yavuz C, Erlüle F, Topuz M, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (Beta 2017).

Yıldız E, Gürsoy S, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları* (Vedat 2010).

Yılmaz E, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri Cilt 1* (Yetkin 2001).



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 08.10.2019  
Revizyon Talebi: 13.12.2019  
Son Revizyon Tarihi: 18.12.2019  
Kabul: 20.12.2019

## Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği\*

R. Murat Önok\*\* , Işık Öney\*\*\* 

### Öz

Zorunluluk hâline ilişkin olarak Türk öğretisinde bugüne kadar yapılmış çalışmalarda konunun medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından çoğunlukla ayrı ayrı ele alındığı görülmektedir. Hâlbuki konunun medeni hukuk ve ceza hukuku arasındaki etkileşim dikkate alınarak, hukuk düzeninin birliği ilkesi ışığında incelenmesi bir gerekliliktir. Özellikle Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 01.06.2005'te yürürlüğe girmesinden sonra zorunluluk hâlinin hukuki niteliği ceza hukuku öğretisinde yoğun bir şekilde tartışılmış, fakat bu tartışmalarda, zorunluluk hâlinin medeni hukuk bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği ve bunun doğurduğu sonuçlar yeterince dikkate alınmamıştır. Bu çalışmada zorunluluk hâli hem medeni hukuk hem de ceza hukuku açısından bu bakış açısıyla ele alınmakta ve hukukun bu iki disiplini arasındaki etkileşime dikkat çekilmektedir. Çalışmada öncelikle hukuk düzeninin birliği ilkesi hakkında genel açıklamalara yer verilmekte, ardından sırasıyla medeni hukuk ve ceza hukuku açısından zorunluluk hâli incelenmektedir. Yapılan değerlendirmeler sonucunda CMK m 223/3-c'deki açık hüküm karşısında ceza hukukunda zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı, dolayısıyla TCK m 25/2 anlamında zorunluluk hâlleri bakımından beraat değil, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği; bununla birlikte medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli teşkil eden fiillerin hukukun birliği ilkesi gereği ceza hukuku anlamında da hukuka uygun sayılarak, bu hâllerde beraat kararı verilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Zorunluluk hâli, Hukuka uygunluk nedenleri, Hukuki sorumluluk, Cezai sorumluluk

### The Legal Nature of State of Necessity in Light of the Principle of Unity of the Legal Order

#### Abstract

The current Turkish legal doctrine on the state of necessity mostly handles the concept separately in terms of civil and criminal law. However, the principle of unity of the legal order requires a holistic approach. Especially after the entry into force of the Turkish Penal Code (TPC) and the Code of Penal Procedure (CPP) on 01.06.2005, the legal nature of the state of necessity has been extensively discussed in criminal law doctrine. But these discussions rarely, if ever, take the fact that the state of necessity constitutes a ground of justification under civil law into account. This study takes a holistic approach in examining the legal nature of the state of necessity and emphasizes the interaction between civil law and criminal law within the context of grounds for justification. It starts with general remarks on the principle of unity of the legal order and proceeds with a description of the state of necessity with a particular focus on its legal nature from civil law and criminal law perspectives respectively. The study concludes that in light of the clear provision in Art. 223 (3) (c)

\* Bu çalışmanın tashihlerini yapan Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevileri Levent Emre Özgüç ve Hüseyin Bahadır Çolak'a teşekkür ederiz.

\*\* **Sorumlu Yazar:** R. Murat Önok (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: monok@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-9758-2769

\*\*\* Işık Öney (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ionay@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-1332-7083

**Atf:** Önok RM, Öney I, "Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 847. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0012>

CPP, the state of necessity does not constitute a justification in criminal law, and therefore, where Art. 25 (2) TPC applies, the judgment to be rendered is not an acquittal, but a decision that infliction of punishment is not required. Nonetheless in cases where the act qualifies as one performed in a state of necessity from a civil law perspective, the act shall also be deemed lawful in terms of criminal law and the court shall decide for acquittal.

**Keywords**

State of necessity, Grounds for justification, Civil liability, Criminal liability

***Extended Summary***

State of necessity is a legal concept, which is of importance for both criminal and civil liability. It relieves the perpetrator of an act from criminal liability and deems the act lawful in the context of civil liability. Nonetheless the scope of the concept is not uniform for criminal and civil law: An act may be considered one of necessity within the context of criminal law, whereas not within the context of civil law. This discrepancy is acceptable, albeit not ideal, in light of the principle of unity of the legal order, as it is not uncommon for the same term to mean different things in different branches of law.

The interaction between civil and criminal law within the context of necessity's legal nature is however more problematic. Due to the principle of unity of the legal order, an act is either lawful or wrongful in the eyes of the whole legal order. This means that deeming an act lawful in one branch of law would lead to consequences for another. An inquiry on the legal nature of state of necessity therefore requires a holistic approach. This article deals with the problem of necessity's legal nature with that in focus and explores the interaction between civil law and criminal law within this context.

State of necessity constitutes a ground for justification under civil law (Turkish Code of Obligations Art. 63, para. 2). A state of necessity in civil law exists if a person deliberately inflicts damage on another person's assets in order to avert an imminent danger directed to a considerably higher interest, which could not have been avoided otherwise. Such a lawful act may nevertheless trigger an obligation to compensate the damage (Turkish Code of Obligations Art. 64, para. 2) for the person who has benefited from the intervention by evading the danger. In cases of dispute, it is up to the court to decide whether and to what extent the damage must be compensated.

Under § 4, the regulation and legal nature of necessity under Turkish Penal Code (TPC) is discussed. At the time of the previous Penal Code, necessity was very widely regarded as a justification. The entry into force of the new Penal Code (Law no. 5237) caused great debate around the nature of the new provision embodied in TPC Art. 25 (2). The wording of the provision and a systematic method of interpretation do not lead to a definitive result. As a consequence, two main views emerged. The seemingly

(narrowly) prevailing view argues that necessity does not constitute a justification, but either an excuse or a ground precluding culpability. In both cases, Art. 223 (3) (b) of the Code of Criminal Procedure (CCP) would apply since this provision does not distinguish between excuses and grounds precluding culpability. On the other hand, numerous writers still argue that necessity constitutes a justification.

We are of the opinion that Art. 25 (2) TPC lays down a ground precluding culpability. This is confirmed by the official reasoning of the provision, and the case-law of the Court of Cassation. Whereas neither the reasoning nor the case-law is binding, we base our view on the clear wording of Art 223 (3) (b) which provides that in case of necessity no punishment shall be imposed on the defendant due to a lack of culpability. In cases where a justification enters into play, Art. 223 (2) (d) shall apply, and the defendant shall be acquitted. Surely, it can be (and has been) argued that a provision of the PPC is not the place where the legal qualification of a provision of the TPC shall be made. Yet, that is what the lawmaker has done. Therefore, even when a perpetrator acts under a state of necessity, his or her act is still criminal, but - in the words of CPP Art. 223 (3) (b) - ‘there is no need to inflict punishment’. The reason for a lack of punishment is the abnormality in the formation of the perpetrator’s motive in the face of a grave and imminent danger, which creates a difference in the value judgment to be passed over culpability, and leads to the conclusion that he or she does not deserve punishment.

On the other hand, it cannot be argued that it is impossible to qualify TPC Art. 25 (2) as a justification by virtue of Turkish Code of Obligations Art. 64 (2): whereas it is argued that by reserving the right to demand damages Art. 64 (2) implicitly accepts the unlawful nature of the act, this is not true! That provision is based on equity, and not on the unlawful nature of the act.

We conclude that the state of necessity does not constitute a justification in criminal law, and therefore, where Art. 25 (2) TPC applies, the judgment to be rendered is not an acquittal, but a decision that infliction of punishment is not required. Nonetheless in cases where the act qualifies as one performed in a state of necessity from a civil law perspective, the act shall also be deemed lawful in terms of criminal law and the court shall decide for acquittal.

## Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği

### I. Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması

Zorunluluk (ıztırar, zaruret, çaresizlik, zorda kalma) hâli (Alm *Notstand*; İng *State of necessity*; Fr *État de nécessité*; İt *Stato di necessità*.) içerisinde bir başkasına zarar verilmesi sorunu hem ahlak felsefesini hem de hukuku oldukça meşgul etmiş bir meseledir<sup>1</sup>. Zorunluluk kavramı hukuk öğretisinde öncelikle bir ceza hukuku meselesi olarak ele alınmış olmakla beraber<sup>2</sup>, medeni hukuk alanında da önem arz eder. Bunun sebebi zorunluluk hâlinin sorumluluk kavramıyla yakın ilişki içerisinde bir kavram olmasıdır. Normal şartlarda failin (cezai ve/veya hukukî) sorumluluğuna yol açacak bir davranış, zorunluluk hâlinde gerçekleştirilmişse failin bu davranışı nedeniyle cezai sorumluluğu söz konusu olmayacak, medeni hukuk bakımından ise ancak fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesine dayanan bir denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğü söz konusu olabilecektir.

Zorunluluk hâli mevzuatta farklı yerlerde, farklı şekillerde düzenlenmektedir (5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m 25/2; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m 223/3-c; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m 64/2; 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m 753). Bu düzenlemelerde zorunluluk hâlinin oluşmuş sayılması için aranan koşullar birbiriyle uyumlu olmadığı gibi, zorunluluk hâlinin hukukî niteliği bakımından da bir görüş birliği olduğu söylenemez. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 01.06.2005'te yürürlüğe girmesiyle zorunluluk hâlinin ceza hukukundaki niteliği daha yoğun bir şekilde tartışılmış, fakat bu tartışmalarda yapılan değerlendirmelerde zorunluluk hâline ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndaki (TMK) düzenlemeler genelde -en azından yeterince- dikkate alınmamıştır. Hâlbuki hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca, bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının tespitinde tüm hukuk düzeninin dikkate alınması zorunludur. İşte bu çalışmanın esas amacı da iki farklı hukuk dalında kullanılan bu kavramın hukukî niteliğini tespit ederken, hukuk düzeninin birliği ilkesini gözetmek ve buna göre bir değerlendirme yapmaktır. Zira aşağıda da açıklanacağı üzere, ceza hukuku veya medeni hukuk bakımından zorunluluk hâline ilişkin yapılacak hukukî nitelendirme, diğer hukuk dalı bakımından da etkili olabilecektir.

<sup>1</sup> Bacon, v. *Putendorf*, *Kant* ve *Hart* gibi düşünürlerin konuya yaklaşımlarının bir özeti için bkz Kristian Cedervall Lauta, 'When a Right is a Wrong: Compensation for Acts of Necessity' (2017) 8(3) Journal of European Tort Law 299 ff. Zorunluluk hâlini açıklayan teoriler için bkz Nevzat Toroslu, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali* (Sevinç Matbaası 1968), 19 ff.

<sup>2</sup> Andreas von Tuhr, *Der Nothstand im Civilrecht* (Heidelberg, 1888) I: *von Tuhr*'un doçentlik tezi olarak hazırladığı ve ceza hukuku menşei zorunluluk hâli kavramını özel hukuk meseleleri bakımından incelediği bu eserdeki bazı fikirler, 20. yüzyılda Almanya ve İsviçre'de yürürlüğe giren kanunları etkilemiştir. Bu fikirlerin başında zorunluluk hâli içerisinde bir başkasına zarar veren kişinin, bu sırada yol açtığı zararın sonuçlarına (bu fiili hukuka uygun kabul edilmesine rağmen) katlanması gerektiği gelir [bkz Andreas von Tuhr and Hansjörg Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht* (3rd edn, Schultess 1979) 423, fn 106].



Bu temel sorundan yola çıkarak, aşağıda öncelikle hukuk düzeninin birliği ilkesine ilişkin genel açıklamalar yapılacak, bu ilkeyle bağlantılı olarak özellikle hukuka aykırılık kavramı üzerinde durulacaktır (bkz II). Ardından sırasıyla medeni hukuk (bkz III) ve ceza hukuku (bkz IV) bakımından zorunluluk hâli kavramı ana hatlarıyla incelenecektir. Çeşitli ceza hukuku çalışmalarında zorunluluk hâlinin hukukî niteliği hakkında kapsamlı değerlendirmeler yapıldığı için, kurumun ceza hukuku açısından niteliği, çeşitli görüşler ışığında, çalışmanın son bölümüne ışık tutmaya yetecek ölçüde ve kapsamda ele alınacaktır. Bununla birlikte, bu makalede savunulan görüş uyarınca medeni hukuk anlamında hangi hâllerin zorunluluk hâli teşkil ettiği, ceza hukuku bakımından da büyük önem arz ettiğinden, çalışmada medeni hukukun zorunluluk hâlinin şartlarına daha geniş yer ayrılmıştır. Son bölümde ise zorunluluk hâli kavramının medeni hukuktaki ve ceza hukukundaki benzerlikleri ve farkları ortaya koyularak, hukuk düzeninin birliği ilkesi çerçevesinde bu kavramın hukukî niteliğine ve bu tespitlerin diğer hukuk dalı açısından sonuçlarına ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır (bkz VI).

## II. Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi

### A. Genel Olarak

Bir hukuk sistemi oluşturma faaliyeti, hakkaniyet kavramını tutarlı ve rasyonel bir ilkeler bütünü hâlinde ortaya koyma teşebbüsü olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Bir hukuk sistemi oluşturulabilmesinin ön koşulu, oluşturulacak bu sisteme konu olacak hukukun bir düzen ve birlik arz etmesidir. Bu yüzden hukuk yöntembilimi (metodolojisi) öğretisi için hukuk düzeninin birlik arz ettiği bir ön kabul niteliğindedir<sup>4</sup>. Bu ön kabul, hukukçuya münferit hukuk kurallarını bir bütünün (sistemin) içerisine yerleştirme ödevini yükler<sup>5</sup>. Hukukçu bu ödevini, münferit hukuk kurallarını bir sistem içinde anlam ifade edecek şekilde yorumlayarak<sup>6</sup> (sistematik yorum) ve boşluk doldurma söz konusuysa yine bu faaliyeti hukuk düzenine uygun bir şekilde gerçekleştirerek ifa eder<sup>7</sup>. Hukukun (en azından yöntemi bakımından) ‘bilimsel’ addedilmesinin temelinde de bu yatar<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Helmut Coing, ‘Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft’ in *Frankfurter Universitätsreden Heft 17* (1956) 41.

<sup>4</sup> Claus-Wilhelm Canaris, ‘Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz’, in Jörg Neuner ve Hans Christoph Grigoleit (ed) *Claus-Wilhelm Canaris Gesammelte Schriften, Bd. 1: Rechtstheorie* (De Gruyter 2012) 199. Sistem kavramının hukuk kavramına ilişkin olduğu yönünde bkz Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2 (4th edn, Springer 1992) 295.

<sup>5</sup> Coing (n 3) 28; Heinrich Honsell and Theo Mayer-Maly, *Die Grundlagen des Rechts* (7th edn, Stämpfli 2017) 161.

<sup>6</sup> Honsell and Mayer-Maly (n 5) 171; Ernst Kramer, *Juristische Methodenlehre* (5th edn, Stämpfli 2016) 92 ff

<sup>7</sup> İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, hâkimin ZGB 1/2 (=TMK 1/2) uyarınca hukuk yarattığı hâllerde hukukun birliği ilkesini gözetmesi gerektiğini ifade etmektedir (BGE 126 III 138).

<sup>8</sup> Canaris (n 4) 199; ayrıca bkz Rona Serozan, *Hukukta Yöntem* (Vedat Kitapçılık 2015) 6: ‘Hukukçu hukuk kurallarını yöntembilimin mantık kurallarına uyarak rasyonel tarzda yorumlayıp uyguladığı ölçüde baştan aşağı bilimsel bir etkinlikte bulunur... Hukuk öğretisi karşılaştırır; birleştirir; sınıflandırır; ilkeleştirir; sistematikleştirir; sistemleştirir.’

Hukuk düzeninin birliği (Alm *Einheit der Rechtsordnung*), ancak hukuk kurallarının kendi içinde tutarlı olması hâlinde gerçekleşebilir<sup>9</sup>. Bu tutarlılık sayesinde de hukuk güvenliği tesis edilmiş ve kişilerin hukuk önünde eşit olması sağlanmış olur<sup>10</sup>. Dolayısıyla hukuk kurallarının yorumlanmasının önemli bir işlevi de ilk bakışta birbiriyile tutarsız veya çelişkili görünen kuralları birbiriyile bağdaşır hâle getirmektir<sup>11</sup>.

Hukuk düzeninin birliği kavramı üzerindeki tartışmaları 1935 yılında yaptığı bir konuşma<sup>12</sup> ile başlatan *Engisch*, hukuk düzeni içindeki tutarsızlıkları beş başlık altında inceler<sup>13</sup>. Konumuz bakımından bunların ilk ikisi önem taşımaktadır: Terminolojik tutarsızlıklar ve norm tutarsızlıkları.

## B. Terminolojik Tutarsızlıklar ve Zorunluluk Hâli

Değineceğimiz ilk tutarsızlık türü terminolojik tutarsızlıklardır<sup>14</sup>. Bununla kast edilen, bir kavramın hukuk düzeninin farklı dallarında farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmasıdır. Bu tutarsızlıklara birçok örnek vermek mümkündür. Örneğin anayasa hukuku anlamında mülkiyet hakkı kavramı (AY m 35) ile medeni hukukun mülkiyet kavramı (TMK m 683 vd) birbiriyile örtüşmez. Keza kusur ve ihmal kavramları da medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından farklı şekilde anlandırılmaktadır. Bu durumu ifade etmek için, hukuk kavramlarının göreceliğinden (Alm *Relativität der Rechtsbegriffe*) bahsedilmektedir. İdeal bir hukuk düzeninde hukukî kavramların hukuk düzeninin tamamında yeknesak şekilde kullanılması gerektiği savunulabilir. Fakat hukuk kuralları kaleme alınırken bu kaygıyla hareket edilmemişse, kavramın yeknesaklığı üzerinde ısrar etmek yerine, yorum faaliyeti sırasında her bir kavramı kendi bağlamı içerisinde anlamlandırmak daha isabetli olur<sup>15</sup>.

İşte bu çalışmanın konusu olan zorunluluk hâli kavramı bakımından da terminolojik bir çelişki söz konusudur. Aşağıda açıklanacağı üzere, TCK, CMK, TBK ve TMK'deki düzenlemeler incelendiğinde, medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından yeknesak bir zorunluluk hâli kavramından bahsedilmesinin mümkün olmadığı görülmektedir<sup>16</sup>. Bu nedenle bu kavramın ceza hukuku ve medeni hukuk bakımından farklı anlamlandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2nd edn, Österreichisches Staatsdruckerei 1992) 209.

<sup>10</sup> Coing (n 3) 29.

<sup>11</sup> Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (9th edn, Kohlhammer 1999) 207; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6th edn, Springer 1991) 313.

<sup>12</sup> Bu tebliğin genişletilmiş hâli kitap olarak yayınlanmıştır. Bkz Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* (Carl Winters Universitätsbuchhandlung 1935).

<sup>13</sup> Engisch, *Einführung* (n 11) 209 vd; Engisch, *Einheit* (n 12) 41 ff.

<sup>14</sup> *Engisch* bu tutarsızlıkları teknik tutarsızlıklar (Alm *technische Widersprüche*) veya yasa tekniği tutarsızlıkları (Alm *gesetzestechnische Widersprüche*) olarak adlandırır: Engisch, *Einführung* (n 11) 209; Engisch, *Einheit* (n 12) 43-45.

<sup>15</sup> Engisch, *Einführung* (n 11) 209.

<sup>16</sup> Öyle ki, ceza hukuku doktrini bakımından kendi içinde bile kavram üzerinde bir uzlaşma yoktur [Zeynel Temel Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin 2010) 28; Çağrı Kan, *Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Yetkin 2018) 38-39].

<sup>17</sup> Bununla birlikte, ceza hukukundaki zorunluluk hâliyle medeni hukuktaki zorunluluk hâlinin temelinde yatan düşüncenin aynı olduğu söylenebilir [Andreas v.Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol 2 (Duncker & Humblot 1918) 600].

### C. Hukuka Aykırılık Bağlamında Norm Tutarsızlıkları ve Zorunluluk Hâli

*Engisch*'in hukuk düzenindeki tutarsızlıkları kategorize ederken, dikkat çektiği ikinci kategori norm tutarsızlıklarıdır (Alm *Normwidersprüche*). Şayet hukuk düzeni bir yandan yasakladığı bir davranışa diğer yandan izin veriyorsa (veya bu davranışın gerçekleştirilmesini emrediyorsa) bir norm tutarsızlığı söz konusu olur<sup>18</sup>. Norm tutarsızlıkları, terminolojik tutarsızlıklardan farklı olarak, tolere edilemez<sup>19</sup> ve bunların mutlaka yorum yoluyla aşılması gerekir<sup>20</sup>.

Bu bağlamda, öğretilerde tartışma konusu olan bir meseleye değinmek gerekir. Acaba hukuka aykırılık hukuk düzeninin tamamı bakımından yeknesak bir kavram mıdır, yoksa her hukuk dalı bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilir mi<sup>21</sup>? Örneğin ceza hukuku bakımından hukuka aykırı olarak değerlendirilen bir davranış, medeni hukuk bakımından hukuka uygun sayılabilir mi? Bu konu öğretilerde özellikle hukukî sorumluluk ve cezai sorumluluk ilişkisi bağlamında tartışılmıştır<sup>22</sup>. Hâkim fikir, bizce de haklı olarak, bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığı konusunda bir yargıya varıldığında bu yargının tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olacağı yönündedir<sup>23</sup>. Bir hukuka aykırı davranış sonucunda bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı ise her hukuk dalına özgü bir sorundur. Hukuka aykırı fiile, cezai, hukukî veya idari yaptırımların uygulanıp uygulanmayacağı konusunda sırasıyla ceza hukuku, medeni hukuk ve idare hukuku kuralları uyarınca yaptırım uygulanması için aranan diğer şartlar belirleyici olur<sup>24</sup>. Bu bakımdan, ceza hukuku açısından suç olarak düzenlenmiş her davranış bir 'haksızlık'<sup>25</sup> teşkil etmekle birlikte; hukuka aykırı olup da haksızlık teşkil eden her davranış suç olarak düzenlenmemiş olabilir<sup>26</sup>. Doktrinde vurgulandığı üzere<sup>27</sup>, ceza hukukunun ikincil niteliği gereği, bir davranışın hukuka aykırı olması ve tazminat talebi hakkını doğurmasına karşın, herhangi bir ceza hukuku sonucuna

<sup>18</sup> Engisch, *Einführung* (n 11) 209 vd; Engisch, *Einheit* (n 12) 46.

<sup>19</sup> Engisch, *Einführung* (n 11) 210.

<sup>20</sup> Yapılacak yorumda tutarsızlığa yol açan kuralların normlar hiyerarşisindeki yeri, aralarındaki genellik-özellik ilişkisi ve yürürlüğe giriş anları rol oynayabilir [Engisch, *Einführung* (n 11) 210; Kelsen (n 9) 210]

<sup>21</sup> Engisch, *Einheit* (n 12) 56.

<sup>22</sup> Görüşler ve gerekçeleri hakkında detaylı bilgi için bkz Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru* (Kazanıcı 2007) 99 ff; Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Seçkin 2003) 21 ff.

<sup>23</sup> Kaneti (n 22) 107-110; Toroslu (n 1) 75-76; Katoğlu (n 22) 35-36; Karl Oftinger and Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil- Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung* (4th edn, Schultess Verlag 1995) para 225; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 2018) 305. Alman hukukunda bu yönde Manfred Wolf, Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11th edn, Beck 2016) § 21 para 71; Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım – I* (Yener Ünver ed; Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız and İlker Tepe trs, Adalet 2014) para 479. Alman hukukunda aksi yönde görüş için bkz Helmut Grothe, '§ 226-231 BGB: Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe' in Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker and Bettina Limperg (ed), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol.1 (8th edn, Beck 2018) § 227 para 1, § 228 para 2.

<sup>24</sup> Engisch, *Einheit* (n 12) 58.

<sup>25</sup> Bu bakımdan, hukuka aykırılık ve haksızlık kavramlarının eşanlamı olmadığına dikkat edilmelidir. Hukuka aykırılık, suç oluşturan fiilin bir sıfatıyken; haksızlık, hukuka aykırı fiilin bizatihi kendisini ifade etmektedir [Özgenç (n 23) 309].

<sup>26</sup> Özgenç (n 23) 308-309.

<sup>27</sup> Heinrich (n 23) para 52a.

yol açmaması mümkündür. Fakat bu durumda bile, söz konusu haksızlığın ‘ceza hukukuna aykırı olmadığı’ndan bahsedilemez<sup>28</sup>. Neticede, Almanya’da *Hans-Ludwig Günther* tarafından savunulan ve ‘ceza hukukuna özgü özel hukuka aykırılık’ın salt ceza hukuku kuralları açısından değerlendirilmesi gerektiğini savunan yaklaşıma<sup>29</sup> katılmıyoruz.

Hukuka aykırılığın genelliği kabul edildikten sonra şu sonuca varılabilir: Eğer hukukun herhangi bir dalında bir davranışın hukuka uygunluğu kabul edilmişse aynı sonuç tüm hukuk düzeni bakımından kabul edilmelidir<sup>30</sup>. Aksinin kabulü bir norm tutarsızlığı teşkil edeceği için mümkün değildir. Nitekim Türk öğretisinde hukuka aykırılığın genelliğini savunan yazarlar da bu görüşlerinin gerekçesi olarak hukukun birliği ilkesine dikkat çekmektedirler<sup>31</sup>. Aynı şekilde, hukuka uygunluk nedenleri de hukuk düzeninin bütününden ortaya çıkarılmalıdır. Örneğin, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş gözükken bir davranışı hukuka uygun hâle getiren kural, hukukun herhangi bir alanında yer alabilir<sup>32</sup>. Bu bakımdan, doktrinde belirtildiği üzere<sup>33</sup>, bir davranışın medeni hukuka aykırı fakat ceza hukukuna uygun olması ya da bir davranışın bu disiplinlerden sadece biri bakımından hukuka aykırı olmasından söz edilemez. Demek ki, örneğin, haksız fiil sorumluluğunu gerektiren bir davranış suç teşkil etmediğinde, bunun nedeni bu davranışın sadece medeni hukuka aykırı olması veya ceza hukukuna uygun olması değil; bir bütün olarak (ve dolayısıyla her iki disiplin açısından da) hukuka aykırı olmasına karşın, yasa koyucu tarafından ceza yaptırımına layık olarak değerlendirilmemesidir.

İşte bu çalışma kapsamında zorunluluk hâlinin hukukî niteliği değerlendirilirken, TCK, CMK, TBK ve TMK’deki düzenlemeler bu düşünceden hareketle anlamlandırılacaktır. Zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği hâllerde, bu durumun tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olduğu sonucuna varılacaktır.

<sup>28</sup> Aksi görüşte Kangel (n 16) 179. Oysa yazarın aynı sayfada belirttiği gibi, doğrusu, ‘ceza hukuku bakımından önem taşıyan haksızlıktan’ bahsetmektir. Bir haksızlığın cezai yaptırıma layık görülmemiş olması, onu (bir bütün olarak hukuk düzeni ve bu arada ceza hukuku açısından) hukuka aykırı olmaktan çıkartmaz. Yine bkz Toroslu (n 1) 75: Yazar, ‘bir fiilin ceza hukuku bakımından hukuka aykırılığında bahsedilebilmesi için, tipte tasrih edilen hususların tahakkuku gerekir’ demektedir.

<sup>29</sup> Kangel (n 16) 180’den naklen.

<sup>30</sup> Katoğlu (n 22) 23, 24; Kunter (n 23) 110; Toroslu (n 1) 76; Oftinger and Stark (n 23) para 225; Marcus Desax, *Haftung für erlaubte Eingriffe* (Universitätsverlag Freiburg 1977) 51; Kangel (n 16) 178.

<sup>31</sup> Kaneti’ye göre ‘[n]ormları birbirinden ayrı ve temas noktaları olmayan bölümlere ayırıp, bir fiilin ancak çiğnediği normun yer aldığı hukuk dalına aykırı olduğunu söylemek, hukuk düzeninin temeldeki birliğine, ve hukuk normunun ilgili hukuk dalının olduğu kadar, genel hukuk düzeni kavramının bir cüzü olduğu gerçeğiyle bağdaşmaz.’ (Kaneti (n 22) 107); Toroslu (n 1) 166-167: ‘Bize öyle geliyor ki, zaruret halinin hukuka aykırılığın tahakkukuna mani olduğunu bir kere kabul ettikten sonra, bu tesiri ceza hukuku sahasına münhasır kılmağa imkân yoktur. Zira hukuk nizamı tektir. Çeşitli sahalarda değişik özellikler taşıması, onun esasında bir ayırma tâbi olduğuna delâlet etmez. Bu, onun değişik icaplara cevap vermesinden ileri gelmektedir. Binnetice zaruret halinin hukuka aykırılığa tesiri, yalnız ceza hukuku bakımından değil, bütün hukuk nizamı bakımından kendisini gösterir.’

<sup>32</sup> Özgenç (n 23) 313.

<sup>33</sup> Özgenç (n 23) 305.

### III. Medeni Hukukta Zorunluluk Hâli

Medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli şu şekilde tanımlanabilir: Zorunluluk hâli öyle bir hâldir ki, kişinin kendisine veya başkasına yönelik yakın bir tehlikeyi savuşturması, ancak üçüncü bir kişinin malvarlığına müdahale etmek suretiyle mümkündür<sup>34</sup>. Aşağıda sırasıyla TBK ve TMK'deki ilgili düzenlemeler ile bunların uygulama alanı, zorunluluk hâlinin hukukî niteliği, şartları ve sonuçları incelenecektir.

#### A. Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Düzenlemeler

Medeni hukukta zorunluluk hâline ilişkin genel hüküm TBK m 64/2'de bulunmaktadır:

*Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.*

Zorunluluk hâli içinde taşınmazlara yapılan müdahaleler ise özel olarak TMK m 753'te düzenlenmiştir:

*Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaz müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.*

*Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir.*

Bazı yazarlarca zorunluluk hâlinin özel bir görünümü olarak nitelenen ve bir taşınmazın zilyedine, o taşınmazda zarar veren hayvanı yakalama ve etkisiz hâle getirme imkânı veren bir hüküm de TBK m 68'de yer almaktadır.

*Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoymalı; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.*

Belirtmek gerekir ki, TBK m 68'in uygulandığı her ihtimalde zorunluluk hâli söz konusu değildir. Hukukî nitelendirme için bir ayırım yapmak gerekir. Taşınmazda zarar veren (veya zarar verme tehlikesi bulunan<sup>35</sup>) hayvanın, saldırıya maliki tarafından yönlendirildiği hâllerde, TBK m 68 uyarınca hayvanın etkisiz hâle getirilmesinin haklı savunma (TBK m 64/1) niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir<sup>36</sup>. Buna karşılık, hayvanı yönlendiren kişi, hayvanın maliki değilse veya hayvan kendi içgüdüleriyle

<sup>34</sup> v.Tuhr and Peter (n 2) 422; v.Tuhr (n 17) 599; Valentin Landmann, *Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht* (Schultess 1975) 33.

<sup>35</sup> Hayvanın öldürülebilmesi için zararın gerçekleşmesi aranmamalı, sadece zarar tehlikesi yeterli görülmelidir [Halük Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (Vedat 2010) 159]. Zarar tehlikesinin mevcut olduğu fakat zararın henüz doğmadığı hâllerde de tehlikenin önlenmesi için hayvanın yakalanmasının da mümkün olduğu kabul edilmelidir [aksi yönde bkz Tandoğan, (n 35)158]. Buna karşılık hayvan yakalanıp tehlike bertaraf edildikten sonra eğer bir zarar meydana gelmediyse, yakalayanın alıkoyma hakkı bulunmayacaktır.

<sup>36</sup> Landmann (n 34) 63, 98, 104; Oftinger and Stark (n 23) para 269. Alman hukuku bakımından bu yönde Heinrich (n 23) para 484.

hareket ediyorsa TBK m 68 uyarınca hayvanın etkisiz hâle getirilmesi zorunluluk hâli kapsamında (TBK m 64/2) kalmaktadır<sup>37</sup>. Hayvanın kendi içgüdüleriyle hareket ettiği ihtimalde, zorunluluk hâlinin mevcudiyetine rağmen, zarar verene bir denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğü yükletilmemesi gerektiği savunulmaktadır<sup>38</sup>.

## B. Hükümlerin Uygulama Alanı

TBK m 64/2, TMK m 753 ile TBK m 68 karşısında genel hüküm niteliğindedir<sup>39</sup>. Bu düşünceden hareketle öğretilerde TBK m 64/2'nin sadece taşınır eşyalara zarar verilen durumlarda uygulanabileceği, taşınmazlar bakımındansa TMK m 753'ün uygulanacağı savunulmuştur<sup>40</sup>. Ancak, hâkim fikir bu yönde değildir. Medeni hukuk bakımından yeknesak bir zorunluluk hâli kavramı bulunduğu ve bu kavramın niteliği ve unsurları bakımından TBK m 64/2 ve TMK m 753'ün birlikte okunması gerektiği kabul edilmelidir<sup>41</sup>. O hâlde medeni hukuk bakımından zorunluluk hâlinin varlığı için, zarar gören eşyanın taşınır veya taşınmaz eşya olmasına göre bir ayırım yapılmaksızın, aynı şartlar aranmalı ve bu şartların varlığı hâlinde aynı hukukî sonuçların doğacağı kabul edilmelidir. Bu sayede örneğin önlenmek istenen zararın, verilen zarardan önemli ölçüde büyük olması şartı<sup>42</sup>, tüm zorunluluk hâlleri bakımından aranabilecektir<sup>43</sup>. Hâlbuki anılan koşul yalnızca TMK m 753'te öngörülmüş, TBK m 64/2'de zikredilmemiştir.

<sup>37</sup> Oftinger and Stark (n 23) para 269; hayvanların saldırılarına karşı korunurken verilen zararların zorunluluk hâli bakımından değerlendirilmesi gerektiği yönünde: Kaneti (n 22) 256 ve özellikle fn 90. Bu durumda hukuka aykırılığın söz konusu olacağı; ancak kusurun olmaması nedeniyle zarar verenin sorumlu olmayacağı yönünde: Ronald Brehm, 'Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR' in Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (ed) *Berner Kommentar Band/Nr. VII/1/3/1* (3rd edn, Stämpfli 2006) Art. 52 OR, para 19b. Bununla birlikte aynı yazar TBK m 68'i (OR 57) zorunluluk hâline ilişkin özel düzenlemeler altında incelemekte, bu hükmün uygulama alanına giren hâllerde hem haklı savunmaya hem de zorunluluk hâline benzer bir durumun olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu ihtimaller, haklı savunmadan ayrılmaktadır; çünkü bir hayvanın içgüdüsel saldırısı tek başına hukuka aykırılık oluşturmaz. TBK m 68'de düzenlenen bu ihtimalin zorunluluk hâline ilişkin genel düzenlemeden (TBK m 64/2) farkı ise yazara göre hayvana zarar verenin bir denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğünün olmamasıdır [Brehm (n 37) Art. 52 OR, para 40; aynı yönde Heinz Rey, *Aussvertragliches Haftpflichtrecht* (4 edn, Schultess 2008) para 785].

<sup>38</sup> Bu sonuca TBK m 64/1'i kıyasen uygulamak suretiyle varan yazarlar için bkz Oftinger and Stark (n 23) para 270-271; v.Tuhr and Peter (n 2) 421, fn 92. Kanımızca üstün tutulması gereken bir diğer görüşe göre, bu sonuca varmak için TBK m 64/1'i kıyasen uygulamaya lüzum bulunmamaktadır, zira hâkim TBK m 64/2 uyarınca sahip olduğu takdir yetkisi uyarınca, zarar verenin bu ihtimalde denkleştirme bedeli ödemeye mahkûm etmeyebilir [Landmann (n 34) 98; Hugo Oser, Wilhelm Schöenberger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, erster Halbband: Art. 1-183* (2nd edn, 1929 Schultess) Art. 52, para 12; Kaneti (n 22) 256 ve özellikle fn 90]. Landmann haklı savunmaya ilişkin hükmün kıyasen uygulanmasını öngören görüşün temelini, 1881 yılında kabul edilen, eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda zorunluluk hâlinin düzenlenmemiş sadece haklı savunmanın düzenlenmiş olmasına (aOR Art. 56) dayandığını ifade etmektedir [Landmann (n 34) 63].

<sup>39</sup> Landmann (n 34) 34; Brehm (n 37) Art. 52, para 38-40; Walter Fellmann and Andrea Kottmann, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol 1 (Stämpfli 2012) para 362.

<sup>40</sup> Desax (n 30) 44.

<sup>41</sup> Rey (n 37) para 784; Tandoğan (n 35) 37; İlhan Uluşan, *Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (2nd edn, Vedat 2012), 99; BGE 100 II 125. Kanunda zorunluluk hâlinin farklı yerlerde düzenleniyor oluşunun bir tesadüfe dayandığı yönünde bkz v.Tuhr and Peter (n 2) 423; 743 sayılı eski Medeni Kanun'un 677. maddesindeki (=TMK m 753) düzenlemenin lüzumsuz olduğu yönünde bkz Kaneti (n 22) 259-260.

<sup>42</sup> Bkz III, E, 3.

<sup>43</sup> Oftinger and Stark (n 23) para 300; Heinrich Honsell, Bernhard Isenring and Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schultess 2013) § 5, para 13; Martin A. Kessler, 'Art. 52 OR' in Heinrich Honsell, Nedin Vogt, Wolfgang Wiegand (eds) *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015) para 11. TBK m 64/2'de zikredilmeyen bu koşulun TMK m 753'ün uygulama alanına girmeyen zorunluluk hâlleri bakımından aranmayacağı, ancak zorunluluk hâlinde yapılacak müdahalenin ölçülü olmasının aranacağı yönünde görüş için bkz Landmann (n 34) 106-107.

Zorunluluk hâline ilişkin hükümlerin uygulama alanına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir mesele de bu hükümlerin borca aykırı fiillere de uygulanıp uygulanamayacağıdır. Kanımızca bu soruya olumlu cevap verilmelidir<sup>44</sup>. Bu sonuca varırken haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanmasını öngören TBK m 114/2'den yararlanılabilir. Örneğin tamir etmek üzere müşterisinin elbisesini dükkânında bulunduran terzinin, dükkânında başlayan yangını söndürmek amacıyla elbiseyi alevlerin üzerine örtmesi ve bu nedenle elbisenin zarar görmesi hâlinde durum böyledir<sup>45</sup>. Zorunluluk hâlinin şartları gerçekleşmişse ne haksız fiilden ne de borca aykırılıktan sorumluluk söz konusu olacak, müşteri yalnızca fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanan bir denkleştirme talebi ileri sürebilecektir.

### C. Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği ve Amacı

Medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk sebebidir. Türk hukuku bakımından bu husus TBK m 63/2'de açıkça ifade edilmektedir: '... zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.'. Zorunluluk hâlinin hukukî niteliği ne 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda ne de yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu'nda<sup>46</sup> bu açıklıkta ifade edilmiştir. Buna rağmen gerek 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde Türk öğretisinde<sup>47</sup>, gerekse İsviçre öğretisindeki hâkim görüş uyarınca<sup>48</sup> zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul edilmektedir.

Kanun koyucunun zorunluluk hâlinde gerçekleşen zarar verici fiili hukuka uygun saymasının nedeni, bu durumda yarışan iki meşru menfaatten daha üstün olanını tercih ederek, bunun korunması için diğerinin feda edilmesini arzu edilen bir sonuç olarak görmesidir<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Bu gibi durumlarda önce çözümün önce sözleşmeler hukukuna ilişkin kurallarda aranması gerektiği, bunların bir çözüm sunmaması hâlinde zorunluluk hâline ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanacağı yönünde bkz Landmann (n 34) 128-129. Alman hukukunda zorunluluk hâlinin sözleşmesel bir yükümlülüğü ortadan kaldırdığı yönünde bkz v.Tuhr (n 17) 606.

<sup>45</sup> Bu örnekteki fiil hem haksız fiil hem de borca aykırı fiil niteliğindedir. Bir fiilin yalnızca borca aykırılık teşkil ettiği hâllerde de aynı sonuca varılması gerektiği yönünde bkz Landmann (n 34) 129. Benzer örnekler için bkz v.Tuhr (n 17) 607.

<sup>46</sup> Desax (n 30) 50.

<sup>47</sup> Tandoğan (n 35) 40; Ulsan (n 41) 101; Kaneti (n 22) 257; Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993) 485

<sup>48</sup> Brehm (n 37) Art. 52, para 4; Landmann (n 34) 126; v.Tuhr and Peter (n 2) 422; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; Honsell et al (n 43) 71; Oftinger and Stark (n 23) para 299; Fellmann and Kottmann (n 39) para 365; Theo Guhl and Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9th edn, Schulthess 2000) para 34; Desax (n 30) 50. İsviçre'de azınlıkta kalan bir görüşe göre ise zorunluluk hâlinde izin verilen şey başkasının malvarlığına müdahale edilmesidir. Tek başına müdahale hukuka uygundur ancak bu müdahale bir zarar doğurursa hukuka aykırılık söz konusu olacak ve tazminat borcu doğacaktır [Karl Oechsli, *Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik* (Bern, 1966) 66 ff; Peter Jäggi 'Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung' in *Festschrift Wilhelm Schönenberger* (Universitätsverlag Freiburg 1968)181 ff; Desax (n 30) 49'dan naklen aktarılmıştır]. Alman hukukunda da medeni hukuk anlamında zorunluluk hâlinin iki türünü düzenleyen BGB § 228 ve § 904'te birer hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir [Grothe (n 23) § 228 para 1; Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 65-66].

<sup>49</sup> Brehm (n 37) Art. 52 para 36; Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 62.

## D. Haklı Savunma ile Karşılaştırılması

TBK m 64/1 uyarınca '[h]aklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.' Haklı savunma (meşru müdafaa) da zorunluluk hâli gibi TBK'de bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmektedir (TBK m 63/2). Haklı savunmada da zorunluluk hâlinde olduğu gibi bir hukukî menfaatin başka bir hukukî menfaatin feda edilmesi suretiyle korunması söz konusudur<sup>50</sup>.

Haklı savunmanın zorunluluk hâlinde ayrılan üç temel özelliği bulunmaktadır. Öncelikle haklı savunmanın söz konusu olabilmesi için zarar verici fiilin korunmak/savuşturulmak istenen saldırıyı gerçekleştiren kişiye yönelik olması gerekir. Tehlikeyle hiçbir ilgisi olmayan bir kişinin menfaatinin ihlali ise haklı savunma kapsamına girmez, ancak şartları gerçekleşmişse zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilebilir<sup>51</sup>. İkinci olarak, saldıranın hem şahsına hem de malvarlığına zarar veren fiillerin haklı savunma kapsamına girebileceği, buna karşılık üçüncü kişinin yalnızca malvarlığına zarar verilmesi hâlinde fiilin TBK m 64/2 uyarınca hukuka uygun sayılabileceğini vurgulamak gerekir<sup>52</sup>. Son olarak da haklı savunma kapsamında zarar veren kişi verdiği zarardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamazken hâkim, zorunluluk hâli kapsamında zarar verenin bir denkleştirme bedeli ödemesine hükmedebilir<sup>53</sup>.

Bu iki kavramın birbirinden farklarına ek olarak, aralarındaki ilişkiye de dikkat çekmekte fayda vardır. Zorunluluk hâli içerisinde gerçekleştirilen bir saldırıya karşı haklı savunma mümkün olamayacaktır. Zira haklı savunma ancak hukuka aykırı bir saldırıdan korunmak için yapılabilir<sup>54</sup>. Zorunluluk hâli içerisinde gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olduğu için, zarar verici fiile karşı yapılan savunma, haklı savunma niteliğinde değildir<sup>55</sup>.

## E. Şartları

### 1. Zarar Verene veya Başkasına Yönelmiş Yakın ve Gerçek Bir Tehlike Bulunması

Zorunluluk hâlinde bahsedebilmek için öncelikle devam eden<sup>56</sup> bir tehlikenin varlığı şarttır. Söz konusu tehlike hukuken korunan bir menfaatin kaybedilmesine veya bundan faydalanılmasının engellenmesine ilişkin olmalıdır<sup>57</sup>. Bu menfaatin türü

<sup>50</sup> Landmann (n 34) 33.

<sup>51</sup> Rey (n 37) para 782; Landmann (n 34) 33; Honsell et al (n 43) § 5, para 10.

<sup>52</sup> Bkz III, E, 2.

<sup>53</sup> Bkz III, F, 2.

<sup>54</sup> Tandoğan (n 35) 34; Desax (n 30) 51; Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (12th edn, Vedat 2016) para 82; Halûk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta 2017) para 108.1.

<sup>55</sup> Guhl and Koller (n 48) § 24, para 35; Tandoğan (n 35) 34. Alman hukuku bakımından v. Tuhr (n 17) 602.

<sup>56</sup> Zararın doğmuş olması tehlikenin sona erdiğini gösterir ve artık bu andan sonra korunacak bir menfaatten söz edilemeyeceği için zorunluluk hâlinde yararlanılamaz [Landmann (n 34) 100].

<sup>57</sup> Tandoğan (n 35) 38; Landmann (n 34) 94.



önemli değildir<sup>58</sup>; hukuken korunan her türlü menfaate (örn. malvarlığı hakları, şahıs varlığı hakları, zilyetlik) yönelmiş tehlike zorunluluk hâlinin oluşmasına sebebiyet verebilir<sup>59</sup>.

Tehlike, zarar veren kişinin kendisine yönelmiş olabileceği gibi üçüncü bir kişiye de yönelmiş olabilir<sup>60</sup>. TBK m 64/2'de '*kendisini veya başkasını ... bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar veren*' den bahsedilmekte olup başkasına yönelik bir tehlikenin de zorunluluk hâlinin oluşmasına sebebiyet verebileceği açıktır.

Tehlikenin kaynağının ne olduğu büyük bir önem arz etmez, tehlike bir insanın davranışından<sup>61</sup>, bir hayvandan<sup>62</sup>, başka bir eşyadan veya bir doğa olayından doğabilir<sup>63</sup>. Buna karşılık zorunluluk hâlinde söz edilebilmesi için tehlikenin gerçek olması şarttır. Bir başka deyişle, bir tehlikenin mevcut olduğu zannı zarar verici fiilin hukuka uygun sayılması için yeterli değildir. Görünüşte zorunluluk hâli (Alm *Putativnotstand*) olarak adlandırılan bu hâllerde -zarar veren kişi tehlike içerisinde olduğunu düşünmekte haklı olsa dahi<sup>64</sup>- fiil hukuka uygun sayılmaz<sup>65</sup>. Bu durum ancak TBK m 49 uyarınca yapılacak kusur değerlendirmesinde rol oynayabilir. Belirtmek gerekir ki, zarar verenin kusursuz olduğu hâllerde adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabilir. Şöyle ki, zarar veren tehlikeyi gerçek zannetmekte ve gerekli özeni gösterse dahi gerçek olmadığını anlayamayacak durumdaysa, onu sorumlu tutmak (kusurlu olmadığı için<sup>66</sup>) mümkün olmayacaktır; oysaki tehlike gerçek olsaydı zarar veren TBK m 64/2 uyarınca bir miktar denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü

<sup>58</sup> Grothe (n 23) § 228 para 6.

<sup>59</sup> Kaneti (n 22) 258; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, Yetkin 2017) 631.

<sup>60</sup> Landmann (n 34) 95.

<sup>61</sup> Zarar verici davranış hukuka aykırı bir saldırıda bulunan kişiye yönelmişse, bu fiil zorunluluk hâli değil haklı savunma kapsamında değerlendirilir (bkz § 3, D).

<sup>62</sup> Bir hayvandan kaynaklanan tehlike taşınmaz üzerindeki bir hukukî menfaate yönelmişse TBK m 68 uygulama alanı bulur ve taşınmazın zilyedi hayvanı alıkoymabileceği gibi gerekli olduğu takdirde onu yaralayabilir ve öldürebilir [Kaneti (n 22) 258].

<sup>63</sup> Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Kaneti (n 22) 258; Eren (n 59) 632; Landmann (n 34) 97-99; v.Tuhr (n 17) 600; Grothe (n 23) § 904 para 5.

<sup>64</sup> Bu ihtimalde normalde irade beyanlarının yorumlanmasında kullanılan güven ilkesinin (*Vertrauensprinzip*) uygulanması ve fiilin hukuka uygun sayılması gerektiği yönünde bkz Landmann (n 34) 48-50.

<sup>65</sup> v.Tuhr and Peter (n 2) 423; v.Tuhr (n 17) 602. Bu nedenle bu şartlar altında yapılan bir müdahaleye karşılık verilmesi hâlinde haklı savunma söz konusu olabilir (Ofinger and Stark (n 23) para 301).

<sup>66</sup> Roma hukukunda, tehlikenin gerçek olup olmadığının belirlenmesinde ex-post bir bakış açısı mı yoksa ex-ante bir bakış açısı mı benimseneceğinin tartışmalı olduğu, *Servius'* un ex-post değerlendirmeyi, *Celsus'* un ise bir değerlendirmeyi savunduğu ifade edilmektedir [Reinhard Zimmermann *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (2nd edn, Juta & Co., Beck, Kluwer 1992) 1001].

<sup>66</sup> Belirtmek gerekir ki, davranış burada bilerek gerçekleştiriliyor ve zararlı netice öngörülebiliyor olmasına rağmen kusurun bulunmadığını söyleyebilmemizin nedeni zarar verenin durum ve koşullara göre o sırada davranışını hukuka aykırı kılan vakıaları bilebilecek durumda olmasıdır. Öğretide genel bir ifadeyle hukuka aykırılığı bilmenin (hukuka aykırılık bilincinin) kusurun bir şartı olmadığı ifade ediliyor olsa da [Ofinger and Stark (n 23) § 5 para 23; Fellmann and Kottmann (n 39) para 530] bu ifadeyle zarar verenin hukuk kurallarına ilişkin bilgisizliği kast edilmektedir [örnekler için bkz Ofinger and Stark (n 23) § 5 para 23 fn 23]. Ayrıca bkz Tandoğan (n 35) 47-48. Kasttan bahsedilebilmek için zarar verici fiilin bilerek ve isteyerek yapılmış olması yeterli olmayacak, ayrıca failin hukuka aykırılığın da bilincinde olması aranacaktır [Eren (n 59) 598]. Bu nedenle bir zorunluluk hâlinin varlığı zannıyla hareket eden failin davranışı kasıtlı sayılamaz [Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil* (6th edn, Beck, 1963) 211].

tutulabilecekti. İşte öğretilerde bu adaletsiz sonucu aşmak için görünüşte zorunluluk hâllerinde, fail kusursuz olsa dahi TBK m 64/2'nin kıyasen uygulanabileceği ve failin hakkaniyet gereği denkleştirme bedeli ödemekle yükümlü tutulabileceği kabul edilmektedir<sup>67</sup>.

Ayrıca tehlikenin yakın olması gerekir<sup>68</sup>. Bununla kast edilen, tehlikenin savuşturulması için harekete geçilmediği takdirde zararın doğrudan ve derhâl gerçekleşecek olmasıdır<sup>69</sup>. Belirtmek gerekir ki, TBK m 64/2'de 'açık ya da yakın bir zarar tehlikesi'nden bahsedilmektedir. Bu ifade öğretilerde, tehlike açık olsa bile ayrıca yakın olmasının da aranması gerektiği gerekçesiyle, haklı olarak eleştirilmiştir<sup>70</sup>. Kanımızca bu eleştiri bir adım daha ileri götürülmeli ve tehlikenin açık olması zorunluluk hâlinin bir şartı olarak aranmamalıdır. Tehlike objektif olarak açık olmasa, yani aynı durumdaki ortalama bir insanın tehlikeyi fark etmesi mümkün olmasa bile, üstün yetenekleri sebebiyle bu tehlikeyi fark eden kişinin TBK m 64/2'den yararlanamaması makul bir sonuç olmayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tehlikenin açık olması eski kanunda zorunluluk hâlinin bir şartı olarak aranmamakta, yalnızca 'derhâl vuku bulacak bir tehlike'den bahsedilmekteydi. Hüküm gerekçesindeki 'Sistematiği yapıyla ilgili metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.' şeklindeki ifade de kanun koyucunun iradesinin zorunluluk hâli için yeni bir şart getirmeyi amaçlamadığını göstermektedir.

## 2. Zarar Veren Üçüncü Bir Kişinin Malvarlığına İlişkin Menfaatini İhlal Etmesi

TBK m 64/2 uyarınca zorunluluk hâli yalnızca üçüncü bir kişinin malların verilen zarar bakımından söz konusu olabilecektir. Bir başka deyişle, şahıs varlığının ihlali hâlinde zarar verenin fiili, medeni hukuk anlamında zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun sayılamaz<sup>71</sup>.

Hükümün açık ifadesine rağmen öğretilerde bazı yazarlarca şahıs varlığına yönelik ihlallerin de zorunluluk hâli kapsamında düşünülebileceği savunulmuş<sup>72</sup> ve hatta bu düşünce bazı yüksek mahkeme kararlarında da ifade edilmiştir<sup>73</sup>. Örneğin Yargıtay'ın

<sup>67</sup> v. Tuhr and Peter (n 2) 423; Brehm (n 37) Art. 52, para 57; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer and Dieter Zobl, 'Das Eigentum, Art. 641-729 CGB' in *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht* (2nd edn, Schultess 1977), Art. 701 ZGB para 13. İsviçre Federal Mahkemesinin ZGB Art. 702'yi (TMK m 753) böyle bir durumda kıyasen uyguladığı bir kararı için bkz BGE 100 II 129 E. 5.

<sup>68</sup> Tandoğan (n 35) 38; Kaneti (n 22) 258; Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Tekinay et al (n 47) 487; Eren (n 59) 631. Alman hukukunda savunma planında zorunluluk bakımından karşı Grothe (n 23) § 228 para 7.

<sup>69</sup> Landmann (n 34) 100; Desax (n 30) 46.

<sup>70</sup> Nomer (n 54) para 109.1.

<sup>71</sup> Tandoğan (n 35) 39; Kaneti (n 22) 259; Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Tekinay et al (n 47) 487-488; Eren (n 59) 632.

<sup>72</sup> Landmann (n 34) 102-103; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 12.

<sup>73</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, beyin ölümü gerçekleşen bir hastadan hastanede bir başka hastaya kalp nakli yapılmış ancak bu hususta kalbi nakledilen kişinin ebeveyninin rızası alınmamıştır. Federal Mahkeme

bir kararında bir kişinin öldürülmesi zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun kabul edilmiş<sup>74</sup> ve kararda şu ifadeye yer verilmiştir:

*Mahkeme hâdisede Borçlar Kanununun 52 nci maddesinin ıztırar halinde zarar vermeye ilişkin olan ikinci fıkrası hükmünü tatbik etmiştir. Her ne kadar bu fıkra sadece mallara zarar vermeden bahsediliyorsa da aynı hükmün evleviyetle ölüm ve cismani zarar halinde tatbiki de gerekir.*

Öğretide bu karar *Tandoğan* tarafından eleştirilmiş, yazar fiilin hukuka aykırı olacağını ancak olayın özelliklerine göre kusurun hafifliği göz önüne alınarak tazminatta indirim yapılabileceğini ifade etmiştir<sup>75</sup>. Gerçekten de Yargıtay'ın şahıs varlığına yönelik müdahaleyi 818 sayılı mülga BK m 52/2 uyarınca evleviyetle hukuka uygun sayması isabetli değildir<sup>76</sup>. Ancak *Kaneti* tarafından haklı olarak ifade edildiği üzere, karar başka bir gerekçeyle (yalnızca sonucu itibarıyla) isabetli kabul edilebilir<sup>77</sup>. Şöyle ki, kararın verildiği tarihte ceza hukuku öğretisinin önemli bir kısmı zorunluluk hâlini bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmekteydi<sup>78</sup>. Kararın verildiği tarihte yürürlükte olan 765 sayılı Ceza Kanunu m 49 b. 3 uyarınca zorunluluk hâli -bugün olduğu gibi- şahıs varlığına yönelik ihlalleri kapsayacak şekilde geniş tanımlanmıştı. Dolayısıyla bu fiil TCK uyarınca hukuka uygunluk sebebi teşkil ediyorsa tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun sayılmalıdır<sup>79</sup>. Denkleştirme yükümlülüğü bakımından da TBK m 64/2'nin (= 818 sayılı mülga BK m 52/2) kıyasen uygulanması uygun bir çözüm olur<sup>80</sup>.

Aşağıda açıklandığı üzere, günümüzde zorunluluk hâlinin ceza hukuku bakımından niteliği oldukça tartışmalıdır ve bu gibi olaylarda bu tartışmada benimsenecek görüş doğrultusunda bir sonuca varmak gerekir. Özetle, şahıs varlığına yönelik bir müdahalenin zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun sayılması ancak ceza hukukunun bu fiili hukuka uygun olarak kabul etmesi hâlinde mümkün olabilecektir. Eğer ceza hukukunda zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu kabul

rızanın dışında da hukuka uygunluk sebepleri olduğunu vurgulayarak, somut olayda çatışan menfaatler arasında bir tartım yapılması gerektiğine işaret etmiş ve müdahalenin zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır (BGE 101 II 197). Hâlbuki olayda ebeveynin malvarlığına değil kişilik haklarına bir müdahale söz konusudur.

<sup>74</sup> Yargıtay 4 HD, 3287/439, 23.1.1958 [Senai Olgaç, *Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (İsmail Akgün Matbaası 1976) 510].

<sup>75</sup> Tandoğan (n 35) 39.

<sup>76</sup> Kaneti (n 22) 258, fn 93: Bu dipnotta yazarın Yargıtay'ın bu gerekçesini yerinde bulduğu ifade edilmektedir. Ancak yazarın sonraki cümlelerinden aslında gerekçeyi isabetli bulmadığı anlaşılmakta, söz konusu ifadenin bir yazım/basım hatasından kaynaklandığı izlenimi doğmaktadır.

<sup>77</sup> Kaneti (n 22) 257-258.

<sup>78</sup> Örneğin bkz Toroslu (n 1) 67-68: '[Z]aruret hali ne isnadiyetin, ne kusurluluğun ve ne de cezalandırılabilmenin tahakkukuna mani olan bir sebeptir. Bunun suçun tipiklik ve maddi unsurlarına tesir etmesi de söz konusu olamayacağına göre, hukuka aykırılığın tahakkukuna mani olan sebepler arasında yer aldığını kabul etmek gerekir.' Ayrıca bkz aşağıda § 4, A.

<sup>79</sup> İsviçre öğretisinde *Desax* da şahıs varlığına yönelik müdahalelerin hukuka uygun sayılabileceğini ifade ettikten sonra bu görüşünün yerinde olarak ceza hukukunun bu fiili hukuka uygun saymasıyla desteklemektedir. Yazar, eseri yazdığı dönemde yürürlükte olan İsviçre Ceza Kanunu'nun 32. maddesinde düzenlenen zorunluluk hâlinin öğretinin çoğunluğu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak görüldüğünü ifade etmektedir [Desax (n 30) 44-45].

<sup>80</sup> Kaneti (n 22) 257.

edilirse, bu hâllerde TBK m 64/2'ye kıyasen medeni hukuk bakımından denkleştirme yükümlülüğünün doğacağı savunulabilir. Ancak bu çalışmada savunulan görüşe göre yürürlükteki hukuka göre ceza hukukunda zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmediğinden<sup>81</sup> şahıs varlığına yönelik müdahaleleri zorunluluk hâli sebebiyle hukuka uygun saymak yürürlükteki hukuk bakımından mümkün gözükmemektedir.

### 3. Korunan Menfaatin İhlal Edilen Menfaatten Önemli Ölçüde Üstün Olması

Zorunluluk hâlini taşınmazlara yapılan müdahaleler bakımından özel olarak düzenleyen TMK m 753'te zarar verici fiilin hukuka uygun sayılabilmesi için korunması amaçlanan menfaatin taşınmaza verilecek zarardan önemli ölçüde üstün olması aranmaktadır. Bu şart sadece taşınmazlara yapılan müdahaleler bakımından değil, medeni hukukun tüm zorunluluk hâlleri bakımından aranmalıdır<sup>82</sup>. Bu ölçüt, herhangi bir kanun hükmüne gerek duyulmaksızın, zorunluluk hâli kurumunun amacından da çıkartılabilir. Zira zorunluluk hâlinin temelinde yatan düşünce, bir menfaatin daha üstün bir menfaatin korunması için feda edilmesine izin vermektir<sup>83</sup>. Menfaatler arasında tartım yapılırken malvarlığı değerinin kural olarak objektif (piyasa) değeri esas alınsa da, somut olayın şartlarına göre malik için ifade ettiği subjektif değer de dikkate alınması düşünülebilir. Bu özellikle ev hayvanları bakımından önem taşır<sup>84</sup>.

Bu şart öğretide de neredeyse oybirliğiyle aranmakta, bazen de 'ölçülülük' olarak adlandırılmaktadır<sup>85</sup>. Bu şartın gerçekleşmediği hâllerde zarar verenin davranışı hukuka aykırı niteliktedir<sup>86</sup>.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisinde ölçülülük şartını arayan yazarlardan bazıları feda edilen menfaat ile korunan menfaatin eşit olduğu hâllerde de zorunluluk hâlinin mevcut olacağını ifade etmektedirler<sup>87</sup>. Kanımızca bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Zorunluluk hâlinde gerçekleştirilen zarar verici fiilin hukuka uygun sayılmasının

<sup>81</sup> Bkz IV, A.

<sup>82</sup> v.Tuhr and Peter (n 2) 423; Oftinger and Stark (n 23) para 300. Medeni hukuk bakımından yeknesak bir zorunluluk hâli kavramı bulunduğu yönündeki açıklamalar için bkz yukarıda n 41 ve buna bağlı metin. Aksi yönde görüş için bkz Landmann (n 34) 106 ff. Yazara göre 'önemli ölçüde üstün olma' şartı yalnızca taşınmazlara yapılan müdahaleler bakımından arandığından bu şart tüm zorunluluk hâllerine uygulanamaz. Bununla birlikte yazar yine de korunan menfaat ile ihlal edilen menfaat arasında makul bir oran olması gerektiğini bunun da zorunluluk hâlinin amacından çıkarılabileceğini ifade etmektedir.

<sup>83</sup> v.Tuhr (n 17) 600.

<sup>84</sup> Grothe (n 23) § 228 para 10, § 904 para 10-11.

<sup>85</sup> v.Tuhr and Peter (n 2) 423; Desax (n 30) 47; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 11; Honsell et al (n 43) §5 para 13; Nomer (n 54) para 109.4; Oftinger and Stark (n 23) para 300; Guhl and Koller (n 48) para 34; Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Tandoğan (n 35) 39; Uluşan (n 41) 99-100; Kaneti (n 22) 258-259. Bu ölçütün arandığı bazı mahkeme kararları için bkz Yargıtay 3 HD, 5821/4275, 8.7.1954 [Olguç (n 74) 895]; BGE 101 II 197.

<sup>86</sup> v.Tuhr (n 17) 602.

<sup>87</sup> Rey (n 37) para 782; Fellmann and Kottmann (n 39) para 364. Türk öğretisinde *Tekinay et al* de 'tehlikenin meydana getirilen zarardan daha önemsiz olduğu açıksa' zorunluluk hâlinin söz konusu olmayacağını ifade etmektedirler [Tekinay et al (n 47) 488].

temelinde hukuk düzeninin bu davranışı teşvik etmesi, daha üstün menfaat için daha düşük menfaatin feda edilmesi yatar. İki menfaat arasında böyle bir hiyerarşinin kurulmadığı hâllerde kendi menfaatini korumak için bir başkasının eşit ağırlıktaki menfaatini feda eden kişinin fiilinin hukuka aykırı sayılması daha doğrudur. Böylece korunmak istenen menfaate eşit derecedeki menfaati saldırıya uğrayan kişi de haklı savunma hükümlerinden yararlanabilecektir. Ayrıca, medeni hukukta zorunluluk hâllerinin kapsamının geniş tutulmasının ceza hukuku üzerinde de etkileri olacağını<sup>88</sup> unutmamak, bu nedenle zorunluluk hâlinin kapsamını genişletecek sonuçlara varırken çok ihtiyatlı davranmak gerekir.

Bununla birlikte kişinin bir menfaati korumak için eşit (ve hatta daha yüksek) önemde bir başka menfaati feda etmesi istisnai olarak ‘ortak tehlike’ hâllerinde hukuka uygun sayılabilir<sup>89</sup>. Bu konuda verilen tipik örnek şudur<sup>90</sup>: Bir binada başlayan yangının komşu binalara sıçrama tehlikesi bulunmakta fakat yangın söndürülememektedir. Yangının komşu binaya sıçramasını engellemenin tek yolu, yanmakta olan binayı yıkmaktır. Bu durumda komşu binanın değeri yanmakta olan bina ile eşit ve hatta daha düşük olsa bile, yanmakta olan evin feda edilmesi<sup>91</sup> hukuka uygun sayılmalıdır. Zira bu müdahale yapılmazsa iki ev birden yanıp yıkılacaktı. Bunun yerine sadece yanan evin yıkılması tercihe şayandır, dolayısıyla hukuk düzeni bu davranışı teşvik etmeli ve hukuka uygun kabul etmelidir<sup>92</sup>. Ortak tehlikeye verilebilecek bir diğer örnek de kökenleri *lex Rhodia de iactu*’ya dayanan<sup>93</sup>, günümüzde de TTK m 1272 vd’nda düzenlenen müşterek avaryadır<sup>94</sup>.

Kurtarılan menfaat ile ihlal edilen menfaat tartılırken somut olaya göre değerlendirme yapılmalı, menfaat türleri arasında mutlak bir hiyerarşi benimsenmemelidir<sup>95</sup>. Şahıs varlığına ilişkin menfaatlerin çoğu zaman malvarlığına ilişkin menfaatlerden üstün olduğu<sup>96</sup> doğrudur. Ancak bazı hâllerde bir kişinin şahıs varlığına ilişkin bir menfaati korumak için başkasının malvarlığına müdahalesi pekâlâ zorunluluk hâli kapsamının dışında kalabilir<sup>97</sup>. Örneğin vücut bütünlüğüne yönelmiş ancak çok hafif sonuçları

<sup>88</sup> Bu husustaki açıklamalar için bkz VI.

<sup>89</sup> Desax (n 30) 51, 53.

<sup>90</sup> Ulsan (n 41) 114.

<sup>91</sup> Aslında çoğu zaman, müdahalenin gerçekleştiği an itibarıyla yanmakta olan ve zaten çökeceği anlaşılan binanın değerinin, henüz yangının sıçramamış olduğu diğer binadan daha düşük olduğu da düşünülebilir [Ulsan (n 41) 115]. Ayrıca bkz Grothe (n 23) § 228 para 10.

<sup>92</sup> Ulsan (n 41) 114-115.

<sup>93</sup> Toroslu (n 1) 7; Desax (n 30) 89; Kerim Atamer, *Deniz Ticareti Hukuku* (vol.1, On İki Levha 2017) para 239; İpek Seveda Söğüt, ‘A Synoptic Overview of the Lex Rhodia De Iactu’ (2017) 23(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Özel Sayı: Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan 209.

<sup>94</sup> Ulsan (n 41) 117 ff; krş. Samim Ünan, Ergon Çetingil and Rayegan Kender, *Müşterek Avarya Hukuku* (On İki Levha 2011) 7: Yazarlar müşterek avaryanın deniz yolculuklarına has özel bir kurum sayılması gerektiğini ve bu kurumun temelinin medeni hukuk kurumlarıyla açıklanmasının gerekli olmadığını ifade etmektedirler.

<sup>95</sup> Krş. Brehm (n 37) Art. 52 para 43; Fellmann and Kottmann (n 39) para 364: Yazarlar şahıs varlığını korumak isteyen kişinin bir başkasının malvarlığına müdahalesini her zaman hukuka uygun sayılacağını ifade etmektedirler.

<sup>96</sup> v.Tuhr (n 17) 600.

<sup>97</sup> *Ulsan* da yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi hukuki menfaatlerin ilke olarak malvarlığına nazaran üstün tutulması gerektiğini ifade etmektedir [Ulsan (n 41) 101, fn 4].

olacak bir tehlikeden korunmak için çok değerli bir sanat eserinin feda edilmesi hâlinde, kurtarılan menfaatin feda edilen menfaatten önemli ölçüde üstün olduğu söylenemez<sup>98</sup>.

#### 4. Kendisini veya Başkasını Tehlikeden Koruma Amacıyla Kasten Zarar Verme

Öğretideki hâkim görüşe göre zorunluluk hâlinde bahsedilebilmesi için zarar veren kişinin zarar verici davranışı, kendisini veya başkasını tehlikeden koruma amacıyla, kasten gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>99</sup> Bir başka deyişle, zarar veren kişinin hem tehlikenin farkında olarak bunu savuşturmak amacıyla hareket etmesi hem de bu fiil sonucunda meydana gelecek zarara yönelik kastının bulunması gerekir. Gerçekten de bu ölçütün aranması yerindedir. Eğer bu şart aranmasa ve zarar verici fiilin tehlikeyi önlemiş olması yeterli görülseydi, tehlikenin farkında olmadan zarar verici davranışı gerçekleştiren fakat tesadüfen bu sırada tehlikeyi önleyen kişinin fiili de hukuka uygun sayılacaktı. Hâlbuki bu gibi durumlarda fiili hukuka uygun saymanın hükmün amacına uygun olduğu söylenemez<sup>100</sup>. Örneğin (A), (B)'yi öldürmek amacıyla, kendisine ait olmayan bir otomobille takip ederken, bu durumun farkında olmayan (C)'nin (A)'nın kullandığı araca çarpması ve bu nedenle (A)'nın durması ihtimalinde, (C)'nin zarar verici fiili TBK m 64/2 kapsamında değerlendirilmez ve hukuka aykırı sayılır. Zira üçüncü kişinin maruz kaldığı tehlikeyi bilmeyen (C)'nin zarar verici fiili tehlikeyi tesadüfen önlemiştir<sup>101</sup>. Benzer şekilde tehlikenin farkında olmasına rağmen, bunu savuştururken tesadüfen zarar veren kişinin de zorunluluk hâli içerisinde hareket ettiği söylenemez; bu fiil hukuka aykırı sayılır<sup>102</sup>.

İsviçre öğretisinde *Landmann* kasıt ölçütünün aranmasının, hükmün amacına giren bazı hâlleri dışlaması sebebiyle yerinde olmadığını savunmaktadır. Yazara göre bu ölçütün aranması, hukuka aykırılık ölçütünü yanlış bir şekilde sübjektifleştirmekte<sup>103</sup>

<sup>98</sup> Benzer bir örnek için bkz Desax (n 30) 47-48, fn 5. Alman hukuku bakımından aynı yönde Ludwig Enneccerus and Heinrich Lehmann, *Das Bürgerliche Recht* (1. Cilt, Verlag N. G. Elwertsche 1900) 326; Grothe (n 23) §228 para 10.

<sup>99</sup> Brehm (n 37) Art. 52 para 37; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 9; v. Tuhr and Peter (n 2) 424; Oftinger and Stark (n 23) para 302; Fellmann and Kottmann (n 39) para 363; Rey (n 37) para 781; Tandoğan (n 35) 40; v. Tuhr (n 17) 602. *Kaneti* zararın bilerek verilmiş olmasını aramakta (*Kaneti* (n 22) 259); *Tekinay et al* de kişinin kendisini veya bir başkasını tehlikeden kurtarmak için harekete geçmesini aramaktadır (*Tekinay et al* (n 47) 487).

<sup>100</sup> Landmann (n 34) 53.

<sup>101</sup> Nitekim Yargıtay da bir kararında tehlikeden korunma amacını vurgulayarak zorunluluk hâline ilişkin hükmü uygulamıştır: 'Borçlar Kanununun 52 nci maddesi ikinci fıkrası uyarınca kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vuku bulacak bir tehlikeden koruyan için başkasının mallarına zarar veren kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hâkimin hakkaniyet uyarınca tayin etmesi gerekir. Davalı şoför önüne ani çıkan çocuğun ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermemek ve kendisi de suçluluk sorumluluğu altına girmek için direksiyonu kırdığı anlaşıldığından olayda bu madde hükmü uygulanır.' [Yargıtay 3 HD, 1639/1247, 25.02.1964 [Olgaç (n 74) 895].

<sup>102</sup> *Oftinger and Stark* bu duruma örnek olarak, bisikletiyle yolda seyreden bir kişinin yola çıkan bir çocuğu ezmek için yön değiştirip park hâlindeki bir araca zarar vermesini göstermektedir [Oftinger and Stark (n 23) § 31 para 302, fn 456; benzer bir örnek için bkz Grothe (n 23) § 904 para 7]. Kanımızca bu örnek her zaman isabetli olmayabilir. Burada tehlikenin farkına vararak yön değiştiren bisikletli kişinin, zarara yönelik olası kastının olduğunun söylenebileceği durumlarda, zarar verenin fiilinin TBK m 64/2 uyarınca hukuka uygun sayılması gerekir. Olası kastın da zorunluluk hâli için aranan kast şartını yerine getireceği yönünde bkz v. Tuhr (n 17) 604, fn 29; Grothe (n 23) § 904 para 7.

<sup>103</sup> Alman hukuku bakımından hâkim görüşe karşı benzer bir eleştiri için bkz Grothe (n 23) § 228 para 11.

ve aynı zamanda hakkaniyetli olmayan sonuçlara yol açmaktadır.<sup>104</sup> Yazar bu adil olmayan sonuçlara ilk örnek olarak aniden farkına varılan bir tehlikeden korunmak için, içgüdüsel olarak ortaya çıkan bir refleks hareketiyle zarar verici davranışta bulunan kişiyi göstermektedir. Böyle durumlarda kişinin kastından bahsedilemez, zira bu tür refleks hareketleri istemsiz olarak gerçekleşmektedir. Kişi, tehlikenin farkına varıp bunu savuşturmak için gerekli zarar verici davranışı yapıp yapmama konusunda bir değerlendirme yapma imkânı bulmaksızın hareketi gerçekleştirmektedir. Yine yazara göre ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin kendini koruma içgüdüleriyle hareket ettiği hâllerde de benzer bir durum söz konusudur.<sup>105</sup> Yazar, son olarak bir köpeğin bir kişiyi kurtarmak için bir başkasına zarar verdiği ihtimallerde de köpeği hayvan bulunduran yönlendirmemiş olsa dahi hayvan bulunduranın zorunluluk hâlinde faydalanması gerektiğini savunmaktadır.<sup>106</sup> *Landmann* bu görüşü doğrultusunda kast yerine tehlikeyi önleme amacına yönelmiş bir hareketin bulunmasını aramanın daha uygun olduğunu savunmaktadır.<sup>107</sup>

Kanımızca hâkim görüş üstün tutularak kastı bir şart olarak aramak gerekir. Bunun bir sebebi, medeni hukuktaki zorunluluk hâlinin kapsamı belirlenirken bunun ceza hukuku ile etkileşimini de gözetme gerekliliğidir. Aşağıda açıklanacağı üzere, medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilecek fiillerin ceza hukuku bakımından da hukuka uygun kabul edilmesi gerekecektir.<sup>108</sup> Bu nedenle medeni hukuktaki zorunluluk hâlinin uygulama alanını başka çözümler bulunabildiği takdirde genişletmemek gerekir. Kaldı ki, bu tür istemsiz davranışlar kanımızca hükmün amacı kapsamında da değildir. Hükmün amacı bir tehlikenin varlığını idrak etmiş ve bunu savuşturmak için üçüncü bir kişiye zarar verip vermeme konusunda iradesini kullanarak karar veren kişinin fiilinin hukuka uygun sayılmasıdır.

*Landmann* tarafından verilen örneklerin ilk ikisinde zarar verenin sorumlu tutulması gerçekten de hakkaniyete uygun değildir. Ancak kasıt şartından vazgeçmek yerine bu hâllerde aynı sonuca başka gerekçelerle de varılabilir. Eğer istemsiz hareketin bir fiil dahi teşkil etmediği kabul edilirse,<sup>109</sup> zaten sorumluluk

<sup>104</sup> Landmann (n 34) 52.

<sup>105</sup> Landmann (n 34) 52. Bu durumlarda yine de kasttan bahsedilebileceği yönünde aksi görüş için bkz Oftinger and Stark (n 23) para 306, fn 463: Yazılar ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin de kasıtlı hareketlerinden bahsedilebileceğini, zira kastın sadece irade ile sonucun uyumuna bağlı olduğunu, bunun için kişinin mantıklı bir şekilde karar verebiliyor olmasının gerekmediğini ifade etmektedirler. v.Tuhr da Alman hukuku bakımından ayırt etme gücünün zorunluluk hâli için bir şart olarak aranmayacağını ifade etmektedir [v.Tuhr (n 17) 604]. 5237 sayılı TCK sistemi bakımından da kast ve kusurluluk ayrı meseleler olarak görüldüğü için, algılama ve irade yeteneği olmayan bir kişinin bile kasıtlı fiilde bulunabileceği kabul edilmektedir [Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6th edn, Beta 2016) 363-364].

<sup>106</sup> Yazar kastı hem haklı savunma hem zorunluluk hâli hem de hakkını kendi gücüyle koruma bakımından ortak bir ölçüt olarak değerlendirmektedir ve hayvan bulundurana ilişkin verilen bu örnek haklı savunmaya ilişkindir.

<sup>107</sup> Landmann (n 34) 53-54.

<sup>108</sup> Bkz VI.

<sup>109</sup> *Kaneti*'ye göre irade bulunmuyorsa fiilden dahi bahsedilemez: '... [S]uurun katılması olmaksızın yapılan refleks hareketler iradenin yokluğu dolayısıyla fiil kavramına girmezler'. Yine *Kaneti*'ye göre ayırt etme gücünden yoksun kişiler bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Kişinin bilinçli faaliyetleri tamamen durmuşsa onların gerçekleştikleri hareketler fiil olarak değerlendirilemez. Zira fiilin irade unsuru gerçekleşmemiştir [Kaneti (n 22) 17-18].

doğmayacaktır. İstemsiz hareketin bir fiil niteliğinde olduğu kabul edilirse sorumluluk zaten kusur şartı gerçekleşmediği için doğmayacaktır. Zira bu tür istemsiz hareketlerde bulunan kişinin bu davranışı kınanabilir nitelikte değildir. Eğer zarar veren ayırt etme gücüne sahip değilse<sup>110</sup> şartları gerçekleşmişse hakkaniyet sorumluluğu (TBK m 65) uyarınca sorumlu tutulabilir. *Landmann*'ın verdiği son örnekte ise kanımızca hayvan bulunduranın sorumlu tutulması gerekir. Eğer hayvan bulunduran gerekli özeni göstermeyerek köpeği başıboş bıraktıysa burada köpeğin saldırganına zarar verirken aynı zamanda bir tehlikeyi önlemiş olması bir tesadüften ibarettir. Bu ihtimalde zorunluluk hâlinde bahsedilmemeli, hayvan bulunduranın sorumluluğu için aranan tüm şartlar gerçekleştiği takdirde kişi sorumlu tutulmalıdır.

### 5. Zarar Verici Davranışın Tehlikeden Korunmak İçin Zorunlu Olması

Medeni hukukta zorunluluk hâli bakımından değineceğimiz son şart, zarar verici davranışın tehlikeden korunmak için zorunlu olmasıdır. Gerçekten de eğer zarar veren kişi, tehlikeden başka bir şekilde kurtulabilecek idiyse artık zorunluluk hâlinde bahsedilemez.<sup>111</sup> Örneğin haklı savunma yapmak<sup>112</sup> veya kaçmak<sup>113</sup> suretiyle tehlikeyi savuşturma imkânı olan kişi, tehlikeyi üçüncü bir kişinin malvarlığına zarar vermek suretiyle savuşturduysa bu kişinin fiilini hukuka aykırı saymak gerekir<sup>114</sup>. Kişi somut olayda diğer imkânları fark edemese ve hatta bunda haklı olsa bile fiili hukuka aykırı olarak değerlendirmek, kişinin içinde bulunduğu durumu kusur değerlendirmesinde dikkate almak gerekir<sup>115</sup>.

Zarar veren kişinin belirli bir mesleği icra etmesi sebebiyle tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü bulunuyorsa farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Mesleğin gereklerine aykırı olarak bu tehlikeden kurtulma amacıyla üçüncü kişinin malvarlığına zarar veren kişinin zorunluluk hâli içerisinde olduğu söylenemez. Medeni hukuk öğretisinde pek üzerinde durulmayan bu mesele daha çok ceza hukuku öğretisinde tartışılmaktadır<sup>116</sup>.

<sup>110</sup> Tam fiil ehliyetine sahip kişinin istemsiz olarak gerçekleştirdiği refleks hareketi bakımından -sadece o an için- ayırt etme gücüne sahip olmadığının savunulması da düşünülebilir. Böylece bu kişiyi hakkaniyet gerektiriyorsa TBK m 65 uyarınca sorumlu tutmak mümkün olacaktır.

<sup>111</sup> v. Tuhr and Peter (n 2) 422; Ulsan (n 41) 99; Nomer (n 54) para 109.3; Tandoğan (n 35) 40; Kaneti (n 22) 258; Oğuzman and Öz (n 54) para 85; Eren (n 59) 632; Tekinay et al (n 47) 488. Alman hukuku bakımından Heinrich (n 23) para 485; Wolf and Neuner (n 23) para 67.

<sup>112</sup> Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 13. Tehlikeye yol açan olaya dahil olmayan bir üçüncü kişinin hukukî menfaatleri, tehlikeye yol açan saldırganı nazaran korumaya şayandır [Desax (n 30) 46; Landmann (n 34) 105].

<sup>113</sup> Desax (n 30) 47; Wolf and Neuner (n 23) para 64; Grothe (n 23) § 228 para 9.

<sup>114</sup> Brehm (n 37) Art. 52 para 47.

<sup>115</sup> Brehm (n 37) Art. 52 para 47: Yazar bu durumu zarar verenin kusurlu olmadığı, gerçek olmayan (görünüşte) zorunluluk hâline benzetmektedir. Daha önce de açıklandığı gibi bu hâllerde TBK m 64/2'nin kıyasen uygulanmasının gündeme gelmesi mümkün olabilmektedir.

<sup>116</sup> Bkz IV, C.



## 6. Zarar Veren Tehlikenin Ortaya Çıkmasında Kusurunun Bulunmaması

İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre zarar veren tehlikenin ortaya çıkmasında kusurlu olduğu hâllerde zorunluluk hâli söz konusu olmaz<sup>117</sup>. Zira bu görüşe göre bu gibi hâllerde failin korunmasına ihtiyaç yoktur<sup>118</sup>.

Bir an için tehlike bir kez ortaya çıktıktan sonra zorunluluk hâlinde bulunan kişinin daha düşük menfaati feda ederek tehlikeyi savuşturmasının tercihe şayan olduğu, bu nedenle bu gibi durumlarda fiilin hukuka aykırı sayılmaması; ancak hâkimin zararın tamamının denkleştirilmesine hükmetmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak, daha önce de açıklandığı üzere<sup>119</sup>, medeni hukukta zorunluluk hâlinin şartlarını belirlerken, yapılacak tercihlerin ceza hukuku üzerindeki etkisini de göz önünde bulundurmak gerekir. Aşağıda açıklanacağı üzere, medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilecek fiillerin ceza hukuku bakımından da hukuka uygun kabul edilmesi gerekecektir<sup>120</sup>. Bu nedenle medeni hukuktaki zorunluluk hâlinin uygulama alanını başka çözümler bulunabildiği takdirde genişletmemek gerekir.

Eğer bu şart zorunluluk hâlinin bir koşulu olarak aranmazsa, kendi kusuru ile zorunluluk hâline yol açan kişinin fiili hukuka uygun sayılacak ve bu nedenle kendisine cezai bir yaptırım uygulanması mümkün olmayacaktır. Hâlbuki TCK m 25/2 uyarınca zorunluluk hâlinin söz konusu olması için failin tehlikeye bilerek<sup>121</sup> yol açmamış olması kanunda açıkça aranmaktadır. Bu şart medeni hukuk bakımından

<sup>117</sup> Brehm (n 37) Art. 52 para 46; Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 10. Aynı koşulun Mecelle'de de arandığı yönünde Mustafa Reşit Belgesay 'Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk' (1946) XII (2-3) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 561, 578. Alman hukukunda ise failin tehlikenin ortaya çıkmasındaki kusurunun zorunluluk hâline engel olmayacağı kabul edilmekte, bu sonuca BGB § 228/2'nin zıt anlamından ulaşılmaktadır. Bu hükmeye göre savunma planında zorunluluk hâlinde zarar veren ancak tehlikenin ortaya çıkmasında kusurluysa denkleştirme yükümlülüğü ödemekle yükümlü tutulur. Alman hukukunda tehlikeyi bilerek ortaya çıkaran kişinin § 228'den yararlanması hakkını kötüye kullanılması yasağıyla sağlanmaktadır [Grothe (n 23) § 228 para 11; Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 6].

<sup>118</sup> Brehm (n 37) Art. 52 para 46.

<sup>119</sup> Bkz. III, E, 4.

<sup>120</sup> Bkz VI.

<sup>121</sup> Ceza hukukunda baskın doktriner görüşe göre, failin bilinçli taksiri hâlinde bu hüküm anlamında bilerek hareket ettiği kabul edilmektedir; demek ki adi taksirin varlığı durumunda kuruma başvurmak mümkündür (bu görüş yönünde bkz Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kiziroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Barış Erman, Fulya Eroğlu and R. Murat Önok), *Dönmezer & Erman Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt II (14th edn, DER 2019), para 424; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri (Filiz Kitabevi 1992)* 253 Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (24th edn, Savaş 2018) 175; Nur Centel, Hamide Zafer and Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10th edn, Beta 2017) 327; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, Adalet 2017) 429; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız and İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9th edn, Seçkin 2018) 392; Zeki Hafizoğulları and Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8th edn, US-A 2015) 224; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Seçkin 2018) 351; Zafer (n 104) 338 Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5th edn, Adalet 2018) 560; Ayşe Nuhoglu, 'Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları' in *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* (TBB 2008) 44; Kangal (n 16) 278; Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013) 101. Kuruma daha geniş uygulama alanı tanıyan diğer bir görüşe göreyse, ancak (olası veya doğrudan) kastın varlığı durumunda hükmeye başvurmak mümkün değildir; demek ki adi veya bilinçli taksirin varlığı, hükmün uygulanmasına engel olmaz (bu yönde bkz Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin and Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Adalet 2017) 508; Bahri Öztürk and Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (17th edn, Seçkin 2017) para 432; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6th edn, Yetkin 2014) 392); Kayıhan İnel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Beta 2017), 364). Öte yandan, StGB § 35'te failin 'tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması'ndan bahsedildiği için, tartışmalı olmakla birlikte (bu konuda bkz Heinrich (n 23) para 573), failin adi taksirle tehlikeye yol açması durumunda bile hükmün uygulanmayacağı savunulabilir.

aranmadığı takdirde, ceza hukuku anlamında kusurluluğu kaldıran neden<sup>122</sup> olarak bile kabul edilmeyen hâllerde fiilin hukuka uygun kabul edilmesi ve fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekecektir. Bu gerekçelerle failin tehlikeye kendi kusuruyla (TCK m 25/2 anlamında bilerek<sup>123</sup>) yol açmamış olmasının medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli için de bir şart olarak aranması gerektiği kanaatindeyiz.

## F. Sonuçları

### 1. Fiilin Hukuka Uygun Sayılması

Daha önce açıklandığı üzere medeni hukukta zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk sebebidir<sup>124</sup>. Yukarıda açıklanan şartlar gerçekleştiği takdirde, normal şartlarda hukuka aykırı sayılacak zarar verici fiil zorunluluk hâli nedeniyle hukuka uygun sayılır.

### 2. Denkleştirme Yükümlülüğü

Zorunluluk hâlinde zarar veren kişinin fiili hukuka uygun olmasına rağmen TBK m 64/2'de bu kişinin zararı giderim yükümlülüğünü hâkimin hakkaniyete göre belirleyeceği ifade edilmektedir. Bu yükümlülük hukuka aykırı bir fiilden doğan tazminat yükümlülüğü ile karıştırılmamalıdır. Burada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan bir denkleştirme yükümlülüğü<sup>125</sup> söz konusudur. Bu düzenlemenin arkasında yatan düşünce, tehlikenin önlenmesi için zarara uğrayan kişinin bu zarara tek başına katlanmasının adil görülmemesidir<sup>126</sup>.

Denkleştirme yükümlülüğünün içeriğinin ve kapsamının belirlenmesi hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır<sup>127</sup>. Bunun nedeni de böyle bir denkleştirme yükümlülüğüne ihtiyaç duyulup duyulmayacağı veya ihtiyaç duyulacaksa bunun kapsamının nasıl belirlenmesi gerekeceğinin somut olayın şartlarına göre değişkenlik gösterebilecek olmasıdır<sup>128</sup>. Hâkim takdir yetkisini TMK m 4 uyarınca kullanır<sup>129</sup>. Bununla birlikte şu iki temel ilke göz önünde bulundurulmalıdır: 1) Yükümlülüğün konusunu oluşturan zarar yalnızca zarar verilen nesnenin değerinden ibaret olmayabilir. Zarar görenin

<sup>122</sup> Ceza hukukunda zorunluluk hâlinin hukukî niteliğine dair görüşler ve bu çalışmada savunulan görüş için bkz § 4, A.

<sup>123</sup> 5237 sayılı TCK sisteminde kast ve taksirin kusur türleri olarak değil de, haksızlığın ceza hukukunda gerçekleştiriliş biçimleri olarak düşünüldüğüne dikkat etmek gerekir. Buna karşılık özel hukukta 'kast' ve 'ihmal', kusur çeşitleri olarak mütalaa edilmektedir. Bu açıdan, burada 'kusur' terimini özel hukukta anlaşıldığı şekliyle kullanmış bulunmaktayız. Ceza hukuku açısından bunun karşılığı ise, failin tehlikeye bilerek (yani en azından bilinçli taksirle) yol açmış olmasıdır (bkz yukarıda dn. 121).

<sup>124</sup> Bkz III, C.

<sup>125</sup> Bu nedenle kanunda kullanılan 'zararı giderim yükümlülüğü' ifadesi yerine bu ifadeyi kullanmanın daha isabetli olduğu yönünde bkz Ulusan (n 41) 351; Nomer (n 54) para 109.5. İsviçre hukuku bakımından Landmann bu durumda bir tazminat talebi (Alm *Ersatzanspruch*) yerine zararın giderilmesine ilişkin bir talepten (Alm *Entschädigungsanspruch*) bahsetmek gerektiğini ifade etmektedir [Landmann (n 34) 130].

<sup>126</sup> Landmann (n 34) 130.

<sup>127</sup> Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; Fellmann and Kottmann (n 39) para 365.

<sup>128</sup> Landmann (n 34) 130.

<sup>129</sup> Brehm (n 37) Art. 52 para 51; Fellmann and Kottmann (n 39) para 365.

bununla bağlantılı olarak gördüğü başkaca zararların (örn eşyanın yok olması nedeniyle uğranan manevî zarar veya eşyaya gelen zarar ile uygun illiyet bağı içinde olan başkaca zararlar) da dikkate alınması söz konusu olabilir<sup>130</sup>; 2) Denkleştirme yükümlülüğünün üst sınırını her hâlükârda toplam zarar miktarı oluşturur.

Öğretide hâkimin denkleştirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin değerlendirme yaparken yararlanabileceği bazı ölçütlere dikkat çekilmektedir:

- Zarar verici davranışın saldırı planında mı savunma planında mı gerçekleştirildiği denkleştirme yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmede yol gösterici olabilir. Eğer zarar veren kişi tehlikenin doğumuna neden olan malvarlığı değerine müdahale etmişse savunma planında zorunluluk hâlinde (Alm *defensiver Notstand*; *Verteidigungsnotstand*; *Sachwehr*), önlenmek istenen tehlikeyle bağlantısı olmayan bir malvarlığı değerine müdahale hâlinde ise saldırı planında zorunluluk hâlinde (Alm *aggressiver Notstand*; *offensiver Notstand*) bahsedilir<sup>131</sup>. Savunma planında zorunluluk hâlinde bir denkleştirme yükümlülüğünün söz konusu olması çoğunlukla adil olmayacakken, saldırı planında zorunluluk hâlinde çoğu zaman denkleştirme yükümlülüğüne hükmedilmesi uygun olur<sup>132</sup>.
- Zarar verenin ve zarar görenin kusurlu olup olmadığı da denkleştirme yükümlülüğünün belirlenmesinde hâkimin dikkate alması gereken ölçütlerden biridir<sup>133</sup>. Burada kusurla kast edilen tehlikenin (zarar verenin zorunluluk hâlinin) ortaya çıkmasındaki kusurdur. Tehlikenin ortaya çıkmasında zarar görenin kusuru bulunuyorsa<sup>134</sup> veya tehlike ona ait bir şeyden kaynaklanıyorsa<sup>135</sup> bu durum denkleştirme yükümlülüğünün daha hafif takdir edilmesini gerektirir. Tehlikenin ortaya çıkmasında zarar verenin kusurunun<sup>136</sup> bulunduğu hâllerde ise bu çalışmada savunulan görüşe göre zorunluluk hâli söz konusu değildir<sup>137</sup>.

<sup>130</sup> v. Tuhr'un ifadesiyle zarar görenin tüm menfaati (*volle Interesse*) dikkate alınmalıdır [v. Tuhr (n 17) 605].

<sup>131</sup> Ulsan (n 41) 100-101; Landmann (n 34) 104; Oftinger and Stark (n 23) para 296; Rey (n 37) para 784; Guhl and Koller (n 48) § 24 para 36.

<sup>132</sup> Brehm (n 37) Art. 52 para 55; Landmann (n 34) 132. Bu ayrım Alman hukukunda kanunda yapılmış; savunma planında zorunluluk hâli için denkleştirme yükümlülüğü öngörülürken (BGB § 904), saldırı planında zorunluluk hâli için denkleştirme yükümlülüğü kural olarak öngörülmemiş, yalnızca failin tehlikenin ortaya çıkmasında kusurlu olduğu hâllerde öngörülmüştür (BGB § 228). Ayrıca bkz Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 63 ff; Grothe (n 23) § 228 para 1.

<sup>133</sup> Landmann (n 34) 132; Tandoğan (n 35) 40.

<sup>134</sup> Tandoğan (n 35) 38-39; v. Tuhr and Peter (n 2) 423; Landmann (n 34) 132. Belirtmek gerekir ki, zarar görenin tehlikenin ortaya çıkmasında kusurlu olduğu bazı hâllerde zaten zorunluluk hâli değil, haklı savunma söz konusu olacaktır [Tandoğan (n 35) 38] ve bir denkleştirme yükümlülüğü gündeme gelmeyecektir. Eğer zarar gören zarar verene yönelik hukuka aykırı bir saldırıda bulunmuşsa durum böyledir [v. Tuhr (n 17) 600; Tekinay et al (n 47) 488]. Buna karşılık, tehlikenin kaynağının zarar gören olduğu tüm hâllerde zorunluluk hâlinin değil haklı savunmanın bulunduğu [bu yönde Eren (n 59) 631] söylenemez. Zira zarar görenin hukuka aykırı bir saldırıda bulunmadığı hâllerde de tehlikenin ortaya çıkması zarar görenin kusurundan veya ona ait bir eşyadan kaynaklanabilir. Örneğin sahibi tarafından başı boş bırakılan köpeğin, bir başkası tarafından birine saldırtılması ve saldırıya uğrayanın kendini savunarak köpeğe zarar vermesi hâlinde durum böyledir. Bu gibi hâllerde haklı savunmadan bahsedilemez, çünkü kendini savunan kişi saldırganca değil, üçüncü bir kişiye (örnekte üçüncü kişiye ait köpeğe) zarar vermiştir. Dolayısıyla zorunluluk hâline ilişkin hükmü uygulamak gerekir. Fakat bu durumda tehlike zarar görenin kusurundan veya ona ait bir şeyden kaynaklandığı için denkleştirme yükümlülüğü daha hafif takdir edilir.

<sup>135</sup> Tandoğan (n 35) 39; v. Tuhr and Peter (n 2) 423.

<sup>136</sup> Zarar verenin üçüncü kişiye yönelik bir tehlikeyi önlediği hâllerde, üçüncü kişinin tehlikeli durumun oluşmasındaki kusurunun zarar verenin kusuru olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz Landmann (n 34) 132. Bu çalışmada savunduğumuz ve biraz aşağıda açıklanacak görüşe göre üçüncü kişinin tehlikeden kurtarıldığı hâllerde denkleştirme yükümlüsü bu üçüncü kişi olacaktır. Dolayısıyla bu gibi durumlarda denkleştirme yükümlülüğünün kapsamını belirlerken söz konusu üçüncü kişinin kusurunu dikkate almak gerekir. Tehlikenin ortaya çıkmasında bu kişinin kusurlu olması hâlinde denkleştirme yükümlülüğü daha ağır takdir edilir. Zarar verenin üçüncü kişiyi koruduğu bu gibi hâllerde üçüncü kişinin kusuru zarar verenin fiilinin hukuka uygun sayılmasına engel olmaz.

<sup>137</sup> Bkz. III, E, 6. Krş. Landmann (n 34) 132: Yazar bu gibi hâllerde denkleştirme yükümlülüğünün daha ağır takdir edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

- Denkleştirme yükümlülüğünün belirlenmesinde faydalanabilecek bir diğer ölçüt olarak feda edilen menfaat ile kurtarılan menfaat arasındaki farka dikkat çekilmektedir<sup>138</sup>. Buna göre, eğer bu fark büyükse yani kurtarılan menfaat, feda edilene göre çok daha ağır basıyorsa zararın tamamının denkleştirme yükümlülüğüne konu edilmesi adil bulunmaktadır<sup>139</sup>. Bu ihtimalde zarar verenin önemli derecede üstün bir menfaati korunmuş olduğu için buna nazaran çok daha önemsiz bir zararın tamamını karşılamakla yükümlü tutulması makul bir sonuç olarak görülebilir.
- Şayet müdahalede bulunulmasaydı söz konusu zarar başka bir şekilde meydana gelecek idiyse denkleştirme yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilmektedir<sup>140</sup>. Bu duruma verilen klasik örnek, yanmakta olan bir binanın yangının komşu binaya sıçramaması için yıkılmasıdır<sup>141</sup>.

Denkleştirme yükümlülüğüne ilişkin oldukça tartışmalı bir mesele, müdahaleden bulunanın başka birinin menfaatine yönelik tehlikeyi savuşturmak için üçüncü kişiye zarar verdiği hâllerde denkleştirme yükümlüsünün kim olacağına ilişkindir.

Öğretideki hâkim görüşe göre denkleştirme yükümlüsü müdahalede bulunandır fakat bu kişi ödediği denkleştirme bedeli için vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca (TBK m 529) tehlikeden kurtardığı kişiye rücu edebilecektir<sup>142</sup>. Bu görüşün en güçlü dayanağı TBK m 64/2'nin lafzı ile uyumlu olmasıdır. Gerçekten de hükümde kişinin hem kendisini hem de başkasını tehlikeden korumak için başkasının mallarına zarar verdiği takdirde zararı giderim yükümlülüğü olduğundan bahsedilmektedir. Kanun koyucu zarar verenin hem kendisini hem de başkasını koruduğu hâlleri düzenlemiş ama denkleştirme yükümlüsünün kim olacağı konusunda bir ayırım yapmamıştır<sup>143</sup>. Bu görüş lehine ileri sürülen bir diğer gerekçe de denkleştirme bedelini talep edecek zarar görenin, müdahaleden yararlanan kişiyi tespit etmekte yaşayabileceği güçlüktür<sup>144</sup>.

Kanımızca da üstün tutulması gereken ikinci bir görüşe göre ise bu hâllerde denkleştirme yükümlüsü müdahaleden yararlanan olmalıdır<sup>145</sup>. Her şeyden önce

<sup>138</sup> Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; Fellmann and Kottmann (n 39) para 365; Tandoğan (n 35) 40.

<sup>139</sup> Brehm (n 37) Art. 52, para 54.

<sup>140</sup> v.Tuhr (n 17) 603-604; Ulsan (n 41) 116. Aslında bu ihtimalde sorumluluk hukukundaki farazi nedensellik problemine benzer bir durum söz konusudur [Ulsan (n 41) 116, fn 44; Lauta (n 1) 317]. Farazi nedenselliğin varlığı gerçek sebep teşkil eden fiilin failini kural olarak sorumluluktan kurtarmaz ancak bu durum zararın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilir [Nomer (n 54) para 112.4].

<sup>141</sup> Bu örneğe Roma hukukunun kaynaklarında da rastlanılmaktadır [Ulpian (Celsus) D. 9.2.49.1] ve kaynaklarda müdahalede bulunanın bir denkleştirme yükümlülüğüne işaret edilmemektedir. Aynı zamanda kurtarılan menfaatin feda edilene nazaran önemli ölçüde üstün olmasının arandığından da bahsedilmemektedir. Bunun nedeninin Romalı hukukçuların yangının binayı zaten yok edeceğini düşünmüş olmaları olabileceği tahmin edilmektedir [Zimmermann (n 65) 1002]. Ayrıca Roma'da o dönemde şehirlerde çıkan bir yangının kontrol altına alınmasının çok güç olduğuna ve bu nedenle yangına karşı olan hassasiyetin de bu duruma yol açmış olabileceğine de işaret edilmektedir [Zimmermann (n 65) 1002].

<sup>142</sup> Kessler, 'Art. 52 OR' (n 43) para 14; v.Tuhr and Peter (n 2) 423; Honsell et al (n 43) § 5 para 14; Oftinger and Stark (n 23) para 305; Tandoğan (n 35) 40; Kaneti (n 22) 260; Oğuzman and Öz (n 54) para 575; v.Tuhr (n 17) 603-604; Brehm (n 37) Art. 52, para 48; Alman hukuku bakımından Grothe (n 23) § 904 para 16-19.

<sup>143</sup> Desax (n 30) 55; Ulsan (n 41) 105.

<sup>144</sup> Ulsan (n 41) 105'te anılan yazarlar.

<sup>145</sup> Ulsan (n 41) 113; Nomer (n 54) para 162; olması gereken hukuk bakımından bu yönde Desax (n 30) 56-57. Alman hukuku bakımından bu yönde Wolf and Neuner (n 23) § 21 para 69.

bu sonuç hükmün temelinde yatan düşünceye uygun düşer. Unutmamak gerekir ki, zorunluluk hâli içerisinde verilmiş zararlar bakımından hukuka aykırı fiilden doğan bir sorumluluk söz konusu değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan bir sorumluluk söz konusudur. Bu nedenle denkleştirme yükümlüsünün de müdahaleden yararlanan olması hükmün amacıyla tutarlı bir yaklaşım olacaktır<sup>146</sup>. Birinci görüşü savunan yazarların önerdiği şekilde denkleştirme bedelini ödeyen müdahalede bulunana TBK m 529 uyarınca rücu imkânı tanımak da yeterli olmayacaktır<sup>147</sup>. Zira bu ihtimalde müdahaleden yararlananın ödeme güçsüzlüğü riski müdahalede bulunana yüklenmiş olur. Bu sonuç adil olmadığı gibi, hukuk politikası bakımından da tercihe şayan değildir. Şöyle ki, zorunluluk hâlinde üçüncü kişiyi koruma amaçlı müdahaleler hukuk düzenince teşvik edilmelidir. Eğer böyle bir risk müdahalede bulunana yüklenirse bu tür bir hukukî düzenleme zor durumdaki üçüncü kişiye yardım etme konusunda cesaret kırıcı olur<sup>148</sup>. Nitekim Yargıtay da bir apartman dairesinde çıkan yangını söndürmek üzere müdahale eden itfaiyenin üst kattaki dairenin malikine verdiği zarara ilişkin bir kararında, dairesindeki yangın söndürülen maliki (yani müdahaleden yararlananı) denkleştirme yükümlüsü olarak belirlemiştir<sup>149</sup>.

Birinci görüş lehine ileri sürülen, zarar görenin müdahaleden yararlananı tespit etmek bakımından yaşayabileceği güçlükler işaret eden gerekçe ise şu şekilde cevaplanabilir: Müdahalede bulunanın müdahaleden yararlanan hakkında zarar görenden daha çok bilgiye sahip olduğu hâllerde TMK m 2 uyarınca zarar göreni bilgilendirme yükümlülüğü olduğu kabul edilebilir. Eğer müdahalede bulunan bu yükümlülüğünü yerine getirmez ve zarar gören bu nedenle müdahaleden yararlandıktan denkleştirme bedelini talep edemezse, müdahalede bulunan bu yükümlülüğe aykırı davranışı nedeniyle sorumlu tutulabilir.

Belirtmek gerekir ki, olması gereken hukuk bakımından üstün tutulması gerektiğini kabul ettiğimiz ikinci görüşün yürürlükteki hukuk bakımından savunulabilmesi ise ancak TBK m 64/2'nin lafzının amacıyla çelişmesi nedeniyle bu mesele bakımından bir örtülü kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmesi<sup>150</sup> hâlinde mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, denkleştirme alacağına kıyasen haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresi uygulanır<sup>151</sup>.

<sup>146</sup> Ulsan (n 41) 117.

<sup>147</sup> Aksi yönde Oğuzman and Öz (n 54) para 575.

<sup>148</sup> Ulsan (n 41) 109, fn 29.

<sup>149</sup> Yargıtay 11. HD 4306/4775, 15.6.1990 (YKD, 1991/2, 216). Kararın isabetli olduğu yönünde Ulsan (n 41) 352.

<sup>150</sup> TBK m 64/2'nin (818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m 52/2) gerçek olmayan bir boşluk içerdiği yönünde bkz Ulsan (n 41) 113. Bir örtülü boşluğun bulunduğu yönünde bkz Nomer (n 54) para 109.5. Bu durum bakımından gerçek olmayan bir boşluğun mevcut olduğunun kabul edilemeyeceği yönünde Desax (n 30) 57-58. Gerçek olmayan boşluk ve örtülü boşluk kavramları hakkında bkz M Kemal Oğuzman and Nami Barlas, *Medenî Hukuk* (25th edn, Vedat 2019) para 340-341.

<sup>151</sup> Landmann (n 34) 134; Oğuzman and Öz (n 54) para 575; v.Tuhr (n 17) 605.

## IV. Ceza Hukukunda Zorunluluk Hâli

### A. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme ve Kurumun Hukukî Niteliği

TCK m 25/2'ye göre:

*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fillerden dolayı faile ceza verilmez.*

Ceza hukuku bakımından zorunluluk hâli, bir kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendini veya bir başkasını kurtarmak için tehlikeyi uzaklaştırmak için yetecek ölçüde fakat suç teşkil eden bir fiili işlemesidir<sup>152</sup>.

Hemen belirtelim ki bu makalede sadece TCK m 25/2'de bir genel hüküm olarak düzenlenen zorunluluk hâli ele alınacak, TCK'nin çeşitli özel hükümlerinde yer verilen özel zorunluluk düzenlemelerine değinilmeyecektir.

5237 sayılı TCK'de düzenlenen zorunluluk hâlinin hukukî niteliği doktrinde çok ciddi ihtilafa neden olmaktadır. Kanunun sistematiğinden bir sonuca varmak mümkün olmamaktadır<sup>153</sup> çünkü zorunluluk hâli, altında hem hukuka uygunluk sebeplerinin hem de kusurluluğu etkileyen hâllerin aynı başlık altında düzenlendiği 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler' başlıklı bölümde düzenlenmiştir<sup>154</sup>. Kurumun hukukî niteliği bakımından hükmün lafzından yola çıkarak da bir sonuca varmak mümkün değildir: Zorunluluk durumunda 'faile ceza verilmez' denilmek suretiyle, kurumun sadece hukukî *neticesi* ortaya konulmuştur. Bilindiği üzere, ister bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı sonucunda beraata hükmedilsin (CMK m 223/2), isterse kusurluluğu kaldıran bir nedenin varlığı sonucunda ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilsin (CMK m 223/3), her iki durumda da faile ceza verilmez<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> Çok benzer tanım için bkz Sulhi Dönmez and Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (Vol II, 11th edn, Beta 1997) para 816; İçel (n 119) 356; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13th edn, Seçkin 2018) 300; Nuhoğlu (n 119) 35; Kan (n 16) 36. Çeşitli tanımlar için bkz Kangal (n 16) 30; ayrıca bkz Toroslu (n 1) 6-7.

<sup>153</sup> Kıyaslayımız, Zafer (n 104) 335: Yazar, zorunluluğun TCK m 25'te meşru savunma ile birlikte düzenlenmesinden hareketle, zorunluluğa 'meşru savunmadan farklı bir hukukî nitelik vermek, sistematik yorum kuralları ile bağdaşmaz.' demektedir. Oysa aynı maddede hukukî nitelikleri farklı kurumlara yer verilmesi pekâlâ mümkündür. Nitekim bu yazar da TCK m 24'te kanunun hükmünü yerine getirme (f. 1) ve emrin yerine getirilmesi (f. 2-4) bir arada düzenlenmesine rağmen; ilkinin hukuka uygunluk nedeni [Zafer (n 104) 317 ff], ikincisini ise kusurluluğu kaldıran neden [Zafer (n 104) 378 ff] olarak ele almaktadır.

<sup>154</sup> Veli Özer Özbek and Koray Doğan, 'Zorunluluk Halinin (TCK m25/2) Hukukî Niteliği' (2007) 9(2) *DEÜHFD* 195, 195. Özgenç'e göre bu tercihteki maksat, bu başlık altında yer alan hükümlerin hukukî niteliği açısından doktrinde öne sürülen farklı görüşler bakımından bağlayıcı bir düzenleme getirmemektir (İzzet Özgenç, 'Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı' (2004) 2 *Hukukî Perspektifler Dergisi* 102, 104). Yasa koyucunun bu yaklaşımının eleştirisi için bkz Kan (n 16) 96; Can Canpolat, *Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir*, (Adalet 2016) 184-185.

<sup>155</sup> Oysa daha önceki TCK döneminde, yasa koyucunun yine aynı nötr ibareleri kullanması eleştiri konusu yapılmış ve zorunluluk hâlinin hukukî niteliğinin açıkça belirtilmesi gerektiği öne sürülmüştür (Toroslu (n 1) 167). Yeni kanun açısından benzer eleştiri için bkz Hafizoğulları and Özen (n 119) 222-223. Yine bkz Canpolat (n 151) 187: hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki ayırım CMK'de değil, TCK'nin ilgili hükümlerinde açık ifadelerle yer verilme suretiyle ortaya konulmalıdır.

Bu durum karşısında, zorunluluk hâlinin hukukî niteliği açısından başlıca iki görüş ortaya çıkmıştır. Belirtelim ki, kurumun hukukî niteliğini açıklamaya çalışan teorilerden ‘tekçi’ olarak bilinenler, zorunluluk hâlinin niteliğini tek bir esasa dayandırmaya çalışırlar; ayırma teorisine göreyse, zorunluluğun birden çok hukukî niteliğe bürünmesi mümkündür<sup>156</sup>. Daha sonra ifade edeceğimiz gibi, pozitif ceza hukukumuz açısından tekçi yaklaşımın benimsenmesi taraftarıyız.

Öğretide 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkan kuvvetli bir görüşe göre, m 25/2’de düzenlenen zorunluluk hâli **kusurluluğu kaldıran** (veya etkileyen) bir nedendir<sup>157</sup>. Nitekim madde gerekçesinde zorunluluk hâlinin kusurluluğu kaldıran bir neden olduğu belirtilmiştir; CMK’deki düzenleme de (m 223/3-b) bu yöndedir. Yargıtay uygulaması da zorunluluk hâlini kusurluluğu kaldıran neden olarak nitelendirmektedir<sup>158</sup>. Bu görüşe (ve CMK hükmüne) göre, zorunluluk hâlinin yararı kimse, hukuka aykırılık içindedir ve hatta bir suç işlemiştir; bu kişinin zorunluluk hâlinin yararlanması onun ‘suçsuz’ sayılmasını ve beraat etmesini gerektirmez, ancak kusuru bulunmadığından bu kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurulur. Ağır ve muhakkak bir tehlike ile karşı karşıya olan failin saikinin teşekkülü sürecindeki anormallik, kusur yargısı açısından değişiklik yaratmaktadır ve failin cezaya layık görülmemesini açıklamaktadır<sup>159</sup>.

Türk doktrininde zorunluluğun kusurluluğu etkileyen bir ‘mazeret nedeni’ (Alm *Entschuldigungsgrund*) olduğu da öne sürülmektedir: kusur yeteneği bulunmakla ve hukuka aykırı hareket etmiş olmakla birlikte, içinde bulunduğu durum nedeniyle failin somut olayda kınanması mümkün değildir<sup>160</sup>. Aslında mazeret sebepleri, kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklıdır: Mazeret sebebinde kusurun azalmasına yol açan husus, faili harekete geçiren dürtü veya saiktir; buna karşılık, mazeret sebebinin doğması için kusurun ‘ortadan kalkması’ şart değildir<sup>161</sup>. Mazeret sebebi söz konusu olduğunda, azalmış da olsa bir kusurdan bahsedilebilir; fakat failin içinde bulunduğu özel durum nedeniyle ona yönelik kınama yargısında bulunmaktan vazgeçilmektedir<sup>162</sup>. Bunun da nedeni, failin içinde bulunduğu özel durumun yarattığı aşırı motivasyon baskısı nedeniyle, pozitif hukukun gereklerine uymasının artık kendisinden beklenemeyecek olmasıdır<sup>163</sup>. Mazeret nedenleri var olduğunda failin cezalandırılmama nedeni,

<sup>156</sup> Kangal (n 16) 31, 36, 37.

<sup>157</sup> Doktrinde bu yönde Özgenç (n 23) 425; Artuk et al (n 119) 503; Koca and Üzülmöz (n 119) 346; Hakeri (n 119) 418; Akbulut (n 119) 557; Bekar (n 119) 80.

<sup>158</sup> Yargıtay CGK, 1-281/37, 26.2.2008; Yargıtay CGK, 2012/1551, 2013/64, 19.2.2013.

<sup>159</sup> Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia and Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, (Il Mulino 2007) 564.

<sup>160</sup> Kangal (n 16) 435; Özgenç (n 23) 425-426; Koca and Üzülmöz (n 119) 347; Akbulut (n 119) 557; Özbek et al (n 119) 377; Canpolat (n 151) 179.

<sup>161</sup> Özbek et al (n 119) 378.

<sup>162</sup> Çok benzer yönde Kangal (n 16) 432; Heinrich (n 23) para 563; Canpolat (n 151) 179. Yine bkz Bekar (n 119), 43: ‘cezalandırmaya liyakat sınırına ulaşmadığı’ için fail cezasız kalmaktadır.

<sup>163</sup> Çok benzer yönde Heinrich (n 23) para 563; Akbulut (n 119) 557.

‘içinde bulunduğu durumda failden tehlikeye katlanmasının beklenmesinin (Alm *Unzumutbarkeit*) imkânsız olmasıdır.’<sup>164</sup>

Bununla birlikte, CMK m 223/3 hükmü karşısında, mazeret sebebinin varlığı ile kusurluluğu kaldıran nedenin varlığı aynı hukukî sonuca yol açacaktır: ‘kusurun bulunmaması’ gerekçesiyle faile ceza verilmesine yer olmadığına hükmedilecektir. Bu bakımdan, normatif düzlemde, hukukumuz açısından iki kavram arasında fark olmadığı söylenebilir<sup>165</sup>. Keza, sonuçları açısından da; teorik olarak, mazeret sebebi teşkil eden zorunluluğun varlığında faile ceza vermek ve sadece indirim uygulamak mümkün olmakla birlikte<sup>166</sup>, CMK m 223/3 böyle bir fark yaratmaya olanak tanımamakta ve faile ceza verilmesinin önüne geçmektedir<sup>167</sup>.

Neticeten, zorunluluk hâline ister ‘kusurluluğu kaldıran’ neden isterse ‘mazeret’ nedeni diyelim, çalışma konumuz açısından varılacak sonuç aynıdır: ortada hukuka aykırı bir fiil vardır. Bu bakımdan bu iki görüşü aynı ana başlık altında toplamak mümkündür. Bunun sonucu olarak, zorunluluk hâlinde işlenen fiile iştirak eden bir kimsenin cezalandırılması mümkündür<sup>168</sup>.

Buna karşılık, bugün bile doktrinde birçok yazar<sup>169</sup> zorunluluk hâlini, 765 sayılı eski TCK döneminde olduğu gibi<sup>170</sup>, hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaya devam etmektedir. Bu görüş esas alındığında, TBK m 64/2’ye göre çok daha geniş kapsamı olan TCK m 25/2 kapsamına giren fiiller hukuka uygundur. Bu esastan hareket edildiğinde, hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca, bu fiillerin medeni hukuk açısından da hukuka uygun olduğunu söylemek gerekecektir. Keza bu ihtimalde, suçla korunan hukuksal değer ihlal edildiğinden de bahsedilemeyecektir<sup>171</sup>. Mesela hırsızlık suçu açısından düşündüğümüzde, şayet zorunluluğu kusurluluğu etkileyen

<sup>164</sup> Özbeke ve Doğan (n 151)198. Yine bkz Canpolat (n 151) 178-179; Akbulut (n 119) 558.

<sup>165</sup> Hatta *Özgenç*’e göre mazeret sebebinin varlığı durumunda da kişi kusurlu addedilmemektedir [Özgenç (n 23) 426]. Bu bakımdan, yazara göre [Özgenç (n 23) 427], ‘mazeret sebepleri, kusurluluğu etkileyen nedenlerin bir değişik ifadesi olarak telakkî edilmektedir’. Aksi görüşte Kanggal (n 16) 433 ve Heinrich (n 23) para 562: yazarlara göre iki kavram arasında ayrım yapmak gerekir. Ayrımın eleştirisi için bkz Canpolat (n 151) 180-181.

<sup>166</sup> Özbeke et al (n 119) 384.

<sup>167</sup> Bekar (n 119) 81.

<sup>168</sup> Özbeke ve Doğan (n 151) 215.

<sup>169</sup> Örneğin, Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 323 ff; Toroslu and Toroslu (n 119) 171; İçel (n 119) 359; Demirbaş (n 149) 300; Öztürk and Erdem (n 119) para 428; Soyaslan (n 119) 389; Hafizoğulları and Özen (n 119) 222; Nuhoğlu (n 119) 208; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C: 1 (Madde 1-140)* (Vedat 2006) 70; Yener Ünver, ‘YTCK’da Kusurluluk’, (2006) 1 *CHD* 37, 59; Kan (n 16) 98, 161, 162. Fakat *Kan*’ın bu yargısına gerekçe olarak belirttiği hususun ikna edici olduğu söylenemez. Yazara göre [Kan (n 16) 304], “zorunluluk hali” “tehlikenin ağırlığı” “konu” ve “kullanılan araç arasında orantı” bulunmasını şart kıldığı için bir hukuka uygunluk nedenidir”. Oysa aynı değerlendirme kusurluluğu kaldıran neden veya mazeret sebebi teşkil eden zorunluluk hâli açısından da yapılmaktadır.

<sup>170</sup> Bu dönemde kurumu hukuka uygunluk nedeni olarak gören başlıca eser için bkz Dönmezer and Erman (n 149) para 825; yine bkz Toroslu (n 1) 67, 166; Önder (n 119) 251. Eski TCK döneminde dahi kurumun niteliğini kusurluluğu kaldıran neden olarak gören bir eser için bkz Faruk Erem, Ahmet Danışman and Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (14th edn, Seçkin 1997) 584. Bununla birlikte, baskın görüşün, zorunluluğun hukuka uygunluk nedeni olduğu yönünde olduğu rahatlıkla söylenebilir (aynı yönde Fatih Selami Mahmutoğlu, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri’ (2005) 5 *Hukuk ve Adalet Dergisi* 42, 51).

<sup>171</sup> Aynı görüşte Özgenç (n 23) 313; aksi görüşte Katoğlu (n 22) 78.



bir neden olarak düşünürsek, ortada hukuka aykırı bir fiil vardır ve haksızlık teşkil eden bu fiil aracılığıyla çalınan malın sahibinin mülkiyet hakkı ve/veya zilyedinin zilyetliği ihlal edilmiştir. Oysa zorunluluğu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ederse; hukuka uygun bu fiil vasıtasıyla malikin mülkiyet hakkına ve/veya zilyedin zilyetliğine bir ‘müdahale’ söz konusu olsa da hukukun izin verdiği ve meşru saydığı bu davranışı ilgilinin mülkiyet hakkının veya zilyetliğinin ‘ihlali’ olarak değerlendirmek söz konusu olamaz.

Zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi, hele Türk doktrininde birçok yazarın hukuka uygunluk sebeplerinin objektif nitelikli olduğunu kabul ettikleri düşünüldüğünde<sup>172</sup>, garip ve kabul edilemez bazı sonuçlara yol açabilir. Şöyle bir örnek düşünelim: Çok hasta çocuğu için acil ilaç alması gereken ve fakat açık eczane bulamayan fail, geceleyin kapalı bir eczanenin önünde beklemektedir. İlaç başka türlü temin edememiş olan fail, yoldan geçmekte olan (Z)’ye ‘Şu camı kırmama ve içeriden X ilacını almama yardım eder misin?’ der. ‘Harika, adrenalin benim işim!’ diyen (Z), camı kırarak içeri girer ve kendisine tarif ve işaret edilen ilaçtan 2-3 kutu alır. Ne var ki, eczanenin iç kısmında uyumaktan olan (E) uyanır ve (Z)’ye müdahale ederek elindeki ilaçları zorla alır. Şimdi, Türk doktrininde birçok yazarca savunulduğu üzere, zorunluluğun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ve hukuka uygunluk nedenlerinin de objektif nitelikte olduğunu düşünelim Bu durumda (Z)’nin de eylemi hukuka uygun olacaktır; hukuka uygun eyleme karşı meşru savunma söz konusu olamayacağı için de<sup>173</sup>, (E)’nin eylemi cebir suçunu teşkil edecektir! Oysa zorunluluğun kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi durumunda, (E)’nin eylemi her hâlükârda meşru savunma kapsamında kalacaktır<sup>174</sup>; ayrıca, bir de zorunluluğun sübjektif unsuru olduğu da kabul edilirse, (Z)’nin zaten cezadan kurtulması mümkün olmayacaktır. Bu örnek ilk bakışta abartılı gelse de aslında teorik ve pratik gerçeğe uygundur: Zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği vakit, kendisine karşı suç işlenmekte olan masum üçüncü kişinin kendini hukuka uygun olarak savunması olanağı elinden alınmış olacaktır<sup>175</sup>. Gerçi, masum üçüncü kişinin eyleminin de bu sefer zorunluluk hâli kapsamında görülebileceği savunulabilirse de<sup>176</sup>; zorunluluk kurumunun çerçevesine tam da uymayan bir durum söz konusu olacaktır.

Öte yandan, zorunluluk hâlinin ceza hukuku bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi ile TBK m 64/2 uyarınca zorunluluk hâlinde bulunan kimsenin zararın tamamını veya bir kısmını karşılamaya mecbur bırakılabilmesini

<sup>172</sup> Örneğin bkz Dönmez and Erman (n 149) para 696; Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 299; Demirbaş (n 149) 276; Soyaşlan (n 119) 357.

<sup>173</sup> Kangal (n 16) 435; Heinrich (n 23) para 401; Öztürk and Erdem (n 119) para 428; Hakeri (n 119) 423.

<sup>174</sup> Bu konularda bkz Mahmutoğlu (n 167) 51-52.

<sup>175</sup> Nitekim doktrinde bu konuda masum üçüncü kişiye kendini savunmak hakkını tanyan özel bir düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır [Mahmutoğlu (n 167) 52].

<sup>176</sup> Bu yönde Mahmutoğlu (n 167) 52.

bağdaştırmak mümkündür. TBK m 64/2 hükmü hakkaniyet düşüncesine dayanan bir düzenlemedir; kaldı ki, bu tazminatın verilen zararı tümüyle karşılaması da aranmamaktadır<sup>177</sup>. Yukarıda da açıklandığı üzere, kanunun açık ifadesi karşısında TBK'daki zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu tartışmasızdır (TBK m 63/2)<sup>178</sup>. TBK m 64/2 uyarınca failin ödemekle yükümlü tutulabileceği denkleştirme bedelinin kaynağı, hukuka aykırı bir fiilden doğan bir sorumluluk değildir<sup>179</sup>. Zorunluluk hâli içerisindeki kişi hukuka uygun davranmış, buna rağmen zararın tamamına zarar görenin katlanması adil bulunmamış ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca hâkimin zararın tamamı veya bir kısmını tehlikeden kurtulan kişinin ödemesine hükmetmesine imkân tanınmıştır<sup>180</sup>. Bu bakımdan, salt TBK m 64/2 gereği zorunluluk hâli altında hareket eden kişinin de denkleştirme bedeli ödemek zorunda bırakılabileceğinden hareketle ortada bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı sonucuna varılamaz<sup>181</sup>, bilakis TBK m 63/2 uyarınca aksi sonuca varılması gerekir. Netice olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda zorunluluk hâli içerisinde hareket eden kişinin denkleştirme bedeli ödemesine olanak sağlayan düzenlemeye dayanarak, zorunluluğun bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edemeyeceği; hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca, 'tazminat sorumluluğu'<sup>182</sup> olabilen failin fiilini ceza hukuku bakımından hukuka uygun kabul edebilmenin olanaksız olduğu yönündeki görüşte<sup>183</sup> isabet yoktur<sup>184</sup>. Bu görüş, TBK m 64/2'de hâkime tanınan denkleştirme bedeline hükmetme olanağının, fiilin aslında hukuka aykırı olduğunu gösterdiği yönündeki dayanaksız ön kabulden kaynaklanmaktadır. Yukarıda izah edildiği üzere, TBK m 64/2'de öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün dayanağı hukuka aykırı bir fiil değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.

Mehaz Alman Ceza Kanunu'na (StGB) bakarsak, zorunluluk düzenlemesi iki ayrı maddede ele alınmıştır<sup>185</sup>: Bir maddede hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk

<sup>177</sup> Toroslu (n 1) 167; Dönmezer and Erman (n 149) para 825; Özbek and Doğan (n 151) 204; İçel (n 119) 359; Kan (n 16) 159. İtalyan doktrininde aynı yönde Antolisei (n 207) 310.

<sup>178</sup> Bkz § 3, C.

<sup>179</sup> Bu nedenle de, TBK'de zorunluğun hem hukuka aykırılığı kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi hem de bu durumda verilen zararın tazmin yükümlülüğü getirilmesinin 'kendi içinde (...) çelişkiye neden' olduğu görüşü [Koca and Üzülmöz (n 119) 206] isabetli değildir. Bu bakımdan, TBK düzenlemesinden hareketle TCK m 25/2'deki hükümün kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğu sonucuna da [Koca and Üzülmöz (n 119) 207] varılamaz.

<sup>180</sup> Bkz. III, F, 2.

<sup>181</sup> Aynı yönde Kan (n 16) 93-94; Soyaşlan (n 119) 390. Ayrıca bkz Toroslu (n 1) 167: '*Şu halde, zaruret hali sebebiyle kanunun suç olarak ön gördüğü bir fiili işleyen kimsese ceza verilemeyeceği gibi, medeni hukuk yönünden de, bir hukuka aykırılık mevcut olmadığı ve haksız fiilden söz edilemeyeceği cihetle, faille bir mes'uliyet terettüp etmez. Borçlar Kanununun 52/2 nci maddesinde söz konusu olan tazminat, zaruri kılınmış fiilin hukuka aykırılığına değil, sadece hakkaniyete müstenittir (1). Nitekim bu tazminatın, zararın tamamını telâfi etmesi şart değildir. Hatta hâkimin, icabında, tazminata hiç hükmetmemesi de mümkündür (2).*'

<sup>182</sup> TBK m 64/2'de öngörülen denkleştirme bedeli ödeme yükümlülüğü hukuka aykırı bir fiilden sorumluluğa değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanır (bkz § 3, F, 2).

<sup>183</sup> Koca and Üzülmöz (n 119) 347.

<sup>184</sup> Keza, TBK m 64/2'de tazminat yükümlülüğü öngörülmesinin nedenini zorunluluk hâlinin hukuk düzeninin tümü tarafından hukuka uygun sayılmaması ile açıklamak da (bu yönde Hakeri (n 119) 423) doğru değildir.

<sup>185</sup> Heinrich (n 23) para 401.

hâli (StGB § 34)<sup>186</sup>, diğ erinde ise kusurlulu ğ u kaldıran neden olarak zorunluluk hâli (StGB § 35)<sup>187</sup> düzenlenmiştir. Hâliyle, her iki düzenlemenin uygulanma koş ulları farklıdır. Belirtmek gerekir ki, kusurlulu ğ u kaldıran zorunluluk hâline tekabül eden § 35 düzenlemesi kanunun 1871 tarihli orijinal versiyonunda yerini bulmuş ken, hukuka uygunluk nedeni teşkil eden zorunluluk hâline dair düzenleme StGB'ye 1969 yılında eklenmiştir<sup>188</sup>. Bununla birlikte hem doktrinde hem de içtihatlarda hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hâlinin varlığı 'Fark Gözetme Teorisi' (Alm *Differenzierungstheorie*) kapsamında 'kanun üstü zorunluluk hâli' (Alm *übergesetzlicher Notstand*) olarak kabul edilmekteydi<sup>189</sup>. Öyle ki, bugün için de Alman doktrininde bazı yazarlar, hem § 34'e hem de § 35'e girmeyen bazı fiillerin yine kanun üstü zorunluluk kavramı dahilinde (Alm *übergesetzlicher entschuldigender Notstand*) cezasız bırakılabilece ğ i kanaatindedir, fakat içtihat henüz o yönde geliş im göstermemiştir<sup>190</sup>.

StGB'deki hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hâli ile kusurlulu ğ u kaldıran neden olarak zorunluluk hâli arasında, *inter alia*, ş u farklar vardır:

- 1) Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunlulukta, korunmak istenen hukukî yarar, feda edilen yarardan üstün (hatta StGB'ye göre, 'önemli ölçüde' üstün) olmalıdır<sup>191</sup>. Örne ğ in, açlıktan ölmek için ekmek çalmak gibi. Buna karşılık, e ğ er korunmak istenen hukuksal yarar ile feda edilen hukuksal yarar eş it ölçüde öneme sahipse, bu durumda zorunluluk, kusurlulu ğ u ortadan kaldıran bir neden olacaktır<sup>192</sup>. Bu farkı anlamak kolaydır: E ğ er fail zaten üstün (hatta 'önemli ölçüde' üstün) yararı korumuş sa, bu davranış zaten hukuk düzeninin kendisinden bekledi ğ idir. Buna karşılık, mesela eş it de ğ erin korunması durumunda (kendi canını kurtarmak için masum ve alakasız bir üçüncü kişiyi öldürmek), hukuk düzenine objektif olarak uygun bir davranış olmasa da failin bu tercihi mazur görülebilmektedir. Hatta StGB § 35'in uygulanmasında hukukî de ğ erlerin mukayesesi esasından hareket edilmedi ğ i için<sup>193</sup>, korunan yararın (feda edilene) mutlaka eş it olması da aranmamaktadır; makul bir

<sup>186</sup> Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hâli: 'Her kim, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğ er bir hukukî menfaate yönelik olan, hâlihazırdaki ve baş ka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç fiili iş lerse, tarafların rakip menfaatlerinin, özellikle ilgili hukukî menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi karşılaştırıldığında, korunan menfaat tehdit edilen menfaate nazaran önemli ölçüde ağır basıyorsa, fail, hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, iş lenen fiilin tehlikeyi def etmek için uygun bir araç oldu ğ u durumlarda uygulanır.' [Feridun Yenisey and Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB) (2nd edn, Beta 2015) 25].

<sup>187</sup> Kusurlulu ğ u ortadan kaldıran zorunluluk hâli: '(1) Her kim, hayat, vücut veya özgürlü ğ e yönelik, hâlihazırdaki ve baş ka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi veya bir yakını bakımından def etmek için, bir hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirirse, kusurlu sayılmaz. Olaydaki şartlara göre, özellikle tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması veya özel bir hukukî iliş ki içinde bulunması nedeniyle, tehlikeye atlanması failden beklenebilir idiyse, yukarıdaki hüküm uygulanmaz (...)' [Yenisey and Plagemann (n 175) 25-26].

<sup>188</sup> Özbek and Do ğ an (n 151) 207.

<sup>189</sup> Özbek and Do ğ an (n 151) 207; Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing 2009) 106; Heinrich (n 23) para 403; Kan (n 16) 153.

<sup>190</sup> Bohlander (n 178) 129-130.

<sup>191</sup> Demirbaş (n 149) 302; Özbek et al. (n 117) 384; Koca and Üzülm ez (n 119) 346; Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* (8th edn, Editorial Reppertor 2006) 457. Bu dengelemenin nasıl yapılacağına dair kriterler için bkz Kai Ambos and Stefanie Bock, 'Germany' in Alan Reed, Michael Bohlander, Nicola Wake and Emma Smith (eds) *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate, Farnham/Burlington 2014) 234.

<sup>192</sup> Artuk et al (n 119) 502; 460; Özbek et al (n 119) 411.

<sup>193</sup> Ambos and Bock (n 180) 236; Özbek and Do ğ an (n 151) 208; Zafer (n 104) 336.

oranın varlığı yeterlidir<sup>194</sup>. Bu yaklaşımın nedeni de, kusurluluğu kaldıran neden olarak işlev gösteren StGB § 35 açısından ceza verilmemesinin çıkış noktasının failin anormal motivasyonu (saiki), yani psikolojik bir esasın olmasıdır<sup>195</sup>.

- 2) StGB düzenlemesine göre, hukuka uygunluk nedeni oluşturan zorunluluk her hak bakımından uygulanabilirken, kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâli, sadece hayat, vücut ve özgürlüğü korumak için vardır<sup>196</sup>. Bunu da anlamak kolaydır: Kişinin aslında hukuka aykırı olan davranışa yönelmesinin mazur görülebilmesi ve kınanabilirliğinin ortadan kalkması, sadece çok önemli bazı hukukî değerlerin korunması amacıyla hareket etmesi durumunda söz konusu olabilir.
- 3) Kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâli, sadece failin kendisini, akrabasını veya yakınına koruması durumunda uygulanabilir<sup>197</sup>; oysa hukuka uygunluk nedeni teşkil eden zorunluluk hâli açısından, tehlikede bulunan kişi ile fail arasında özel bir ilişkinin varlığı aranmaz<sup>198</sup>. Bunu da anlamak kolaydır: Kendisiyle hiçbir irtibatı olmayan bir kimseye yönelik bir tehlikenin varlığında, failin iradesinin ciddi baskı altına girdiğini ve objektif olarak yanlış davranışı seçmesi nedeniyle kınanabilirliğinin ortadan kalktığını söylemek çok zordur; böyle bir psikolojik etki ancak kendisine, akrabasına veya en azından yakınına yönelik bir tehlike durumunda mevzubahis olur<sup>199</sup>.

StGB’de ikili bir düzenleme mevcut olmakla birlikte; TCK’de böyle bir ayırım yapılmadığına ve m 25/2’te tek bir düzenleme olduğuna dikkat edilmelidir<sup>200</sup>. Bu bakımdan, bizim hukukumuz açısından, TCK m 25/2’deki zorunluluğa ya hukuka uygunluk nedeni ya da kusurluluğu kaldıran neden denilmelidir<sup>201</sup>. Fakat Türk Hukuku bakımından da, ‘fark gözetme teorisi’ni (Alm *Differenzierungstheorie*) savunarak<sup>202</sup> korunan ve feda edilen yararların mukayeselerini dikkate almak suretiyle ikili ayırım yapan yazarlar mevcuttur<sup>203</sup>: Söz konusu yazarlara göre, korunan hukukî değer (feda edilen değere nazaran) ‘önemli ölçüde üstün’ ise, hukuka uygunluk nedeni; korunan

<sup>194</sup> Mir Puig (n 180) 457. Mesela TCK’de ‘tehlikenin ağırlığı ile konu ile kullanılan araç arasında orantı’ bulunması arandığı içindir ki, Türk doktrininde *Öztürk and Erdem* ve *Nuhoğlu* kurumu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedirler [Öztürk and Erdem (n 119) para 428; Nuhoğlu (n 119) 41].

<sup>195</sup> Mir Puig (n 180) 457.

<sup>196</sup> Özbek et al (n 119) 411; Ambos and Bock (n 180) 236. Bu sayımın sınırlayıcı olduğu çok baskın doktriner görüştür [Bohlander (n 178) 124].

<sup>197</sup> Özbek et al (n 119) 411.

<sup>198</sup> Ambos and Bock (n 180) 234.

<sup>199</sup> Yine bkz Mir Puig (n 180) 457-458.

<sup>200</sup> Kaldı ki, TCK m 25/2’de ‘önemli ölçüde üstünlük’ kıstasının da yer almadığı belirtilmektedir [Bekar (n 119) 88].

<sup>201</sup> Aslında teorik olarak isabetli bir görüşe göre [Özbek et al (n 119) 414], TCK’deki düzenleme ile amaçlanan her ne olursa olsun, m 25/2’deki kurum bazı yönleriyle hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hâli bazı yönleriyle de kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâlinin unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır [bu hususta detaylı bilgi için bkz Özbek and Doğan (n 151) 216 ff; yine bkz ve kıyaslayız Soyaslan (n 119) 394]. Ne var ki, düzenlemenin tek olması karşısında, hukukî niteliği açısından birini (hukuka uygunluk nedeni) ya da diğerini (kusurluluğu kaldıran neden) seçmek gerekecektir [netice olarak aynı görüşte Kan (n 16) 126]. İspanyol ceza doktrininde aynı tartışma hususunda benzer görüş için bkz Mir Puig (n 180) 457. Doktrinde belirtildiği üzere, belki de temel sorun, her biri farklı hukukî esasa dayandırılacak birçok görüşüm biçimi olan zorunluluk kurumunun tek bir hüküm ve nitelik altında düzenlenmeye çalışılmış olmasıdır [Kan (n 16) 306].

<sup>202</sup> Bu konuda bkz Özbek and Doğan (n 151) 205.

<sup>203</sup> Kungal (n 16) 48; Demirbaş (n 149) 302; Fatih Selami Mahmutoğlu and Selami Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017) 521-522. Yine bkz Zafer (n 104) 335: yazara göre TCK m 25/2 hükmü hem hukuka uygunluk nedeni hem de kusurluluğu kaldıran neden olan zorunluluk hâlinin hukukî dayanağı olarak görülebilir.

hukukî değer (feda edilen değere) eşit ise, zorunluluk hâli söz konusudur. Hatta bizdeki gibi tek bir hüküm içeren İspanyol Ceza Kanunu m 20/5 açısından İspanyol doktrininde de baskın görüşün bu yönde olduğu belirtilmektedir<sup>204</sup>. Bu ayrım teorik olarak makul olmakla birlikte, TCK'de tek bir hükmün yer alması karşısında, TCK m 25/2'nin bazen hukuka uygunluk nedeni, bazense kusurluluğu kaldıran neden olabileceğini söylemek, kanaatimizce, mümkün değildir<sup>205</sup>.

Kanaatimizce, TCK m 25/2'deki hükmü kusurluluğu kaldıran bir neden olarak görmek gerekir. Bunun temel nedeni ise CMK m 223/3-b hükmüdür<sup>206</sup>. Madde gerekçesindeki bu yöndeki açıklamanın ve m 25/2 hükmünün niteliğini bu şekilde açıklayan Yargıtay Ceza Genel Kurulu içtihadının bağlayıcı olmadığı açıktır<sup>207</sup>. Ne var ki, CMK'deki hükmün göz ardı edilmesi olanaksızdır<sup>208</sup>. Şüphesiz, TCK m 25/2'deki hükmün hukukî niteliğinin ortaya konulacağı yer CMK olmamalıdır<sup>209</sup>. Ne var ki, yasa yapma tekniği açısından eleştiriye açık olsa da, böyle bir nitelendirme yapılmıştır. CMK m 223/3-b hükmünde açıkça '*Yüklenen suçun (...) zorunluluk hali (...) etkisiyle işlenmesi, (...) Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.*' denilmiştir. Böylece, zorunluluk hâli, '*Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*' durumunda beraat kararı verilmesini öngören CMK m 223/2 hükmünün kapsamı dışında bırakılmıştır. Olması gerekene ve TCK m 25/2'deki hükmün gerçek mahiyetine dair akademik tartışmalar bir yana, bu hükmün ve yaratılan farklılığın görmezden gelinmesi hukuken mümkün değildir<sup>210</sup>. Nitekim Yargıtay da CMK'deki hükümden hareketle hükmün niteliğini kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak kabul etmiştir<sup>211</sup>.

## B. Zorunluluk Hâlinin Kabul Nedenini Açıklayan Teoriler

Zorunluluk hâlindeki faile niye ceza verilmeyeceğine dair farklı teoriler öne sürülmüştür<sup>212</sup>. Kanaatimizce, zorunluluk hâline atfedilen hukukî niteliğe göre sonuca varılmalıdır.

İspanyol doktrininde ayrım gözetme teorisi (*İsp teoría de la diferenciación, İt teoria differenziale*) olarak adlandırılan bu yaklaşımın hâkim olduğu belirtilmektedir

<sup>204</sup> Mir Puig (n 180) 457.

<sup>205</sup> Aynı yönde Koca and Üzülmöz (n 119) 347 n 998. İspanya açısından aynı yönde Mir Puig (n 180) 457.

<sup>206</sup> Aynı yönde Özbek and Doğan (n 151) 218.

<sup>207</sup> Gerekçe yönünden aynı argüman için bkz Kangal (n 16) 47; Zafer (n 104) 334.

<sup>208</sup> Aynı mealde Bekar (n 119) 81. Aksi görüşte Kangal (n 16) 48; Zafer (n 104) 334; Kan (n 16) 160 [hatta yazara göre (148) söz konusu hüküm 'yasal ama hukuk dışı bir düzenleme' (?) teşkil etmektedir].

<sup>209</sup> Aynı eleştiri için bkz Kan (n 16) 118.

<sup>210</sup> Yine bkz Özgenç (n 23) 428: 'CMK'nın bu düzenlemesi de göz önünde bulundurulduğunda, mevzuatımızca zorunluluk halinin kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edildiği açık bir şekilde görülecektir.'

<sup>211</sup> Özbek and Doğan (n 151) 206.

<sup>212</sup> Bilgi için bkz Dönmezer and Erman (n 149) para 820 ff; Toroslu (n 1) 20 ff.

ve kurumun hukukî esasına bağlı olarak dayanağı açıklanmaktadır<sup>213</sup>. Bu anlayışa göre<sup>214</sup>, hukuka uygunluk nedeni olan zorunlulukta, korunan hukuksal değer feda edilen nazaran objektif anlamda üstün olduğuna göre, birbiriyle çatışan iki hukukî değerden üstün olanı tercih etmiş failin davranışı objektif olarak hukuka uygundur [hakların (veya hukuksal değerlerin) çatışması teorisi]<sup>215</sup>. Bu anlayışa göre, eğer failin başka türlü davranma imkânı yoksa, hukuken daha üstün olan hukuksal değeri korumak amacıyla daha değersiz olana zarar verilmesine hukuk düzeni izin verir ve hukukî değeri ihlal edilen kişinin de buna katlanma yükümlülüğü vardır<sup>216</sup>. Buna karşılık, Türk doktrininde<sup>217</sup> ve İtalyan doktrininde<sup>218</sup> birçok yazar kendini koruma içgüdüsüne dayanmaktadır. Ancak, şayet kendini koruma içgüdüsüne dayanılacaksa, kurumun kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesi makul olacaktır<sup>219</sup>. Kaldı ki, bu durumda üçüncü kişi lehine zorunluluk hâlinin kabulünü açıklamak mümkün olmamaktadır<sup>220</sup>.

Zorunluluğu kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul ettiğimizde, korunan hukuksal değer üstün olması şart olmadığına göre, hakların çatışması teorisine dayanmak artık mümkün olmaz<sup>221</sup>. Bu durumda ceza verilmemesinin nedenini failin içinde bulunduğu psikolojik durumla açıklamak gerekir<sup>222</sup>: Failin karşı karşıya bulunduğu tehlike nedeniyle içinde bulunduğu psikolojik baskı (manevi cebir teorisi) onun irade serbestisine tesir eder ve esasen ahlaka aykırı sayılabilecek davranışı nedeniyle onun hukuken kınanmasına engel olur<sup>223</sup>. Almanya ve İspanya gibi ülkelerde

<sup>213</sup> Mir Puig (n 180) 456.

<sup>214</sup> Öztürk and Erdem (n 119) para 428; Özbek et al (n 180) 407-408.

<sup>215</sup> Teori hakkında bilgi için bkz Toroslu (n 1) 35 ff; Kungal (n 16) 221 ff; Bekar (n 119) 52-53; Kan (n 16) 67 ff. Mesela kurumun esasen hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendiren *Demirbaş ve Hafizoğulları and Özen* bu teoriye dayanmaktadır [Demirbaş (n 149) 306; Hafizoğulları and Özen (n 119) 222]. İtalyan doktrininde de, bu teoriye dayanılacaksa, kurumun niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olarak benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir. [Canestrari, Cornacchia and De Simone (n 156) 563].

<sup>216</sup> Özbek and Doğan (n 151) 216.

<sup>217</sup> Bayraktar et al (n 119) para 416 (fakat sosyal yarar yokluğu teorisi de benimsenmektedir); Toroslu (n 1) 166 (fakat yazar, 'hakların veya menfaatlerin çatışması' teorisine de başvurmuştur; aynı yönde Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 323; Önder (n 119) 250; Artuk et al (n 119) 504-505; İçel (n 119) 358; Mahmutoğlu (n 167) 51; Kan (n 16) 82; Zafer (n 104) 333 (yazar manevi cebir ve sosyal yarar yokluğu görüşlerine de dayanmaktadır).

<sup>218</sup> Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (16th edn, Giuffrè 2003) 308.

<sup>219</sup> Canestrari, Cornacchia and De Simone (n 156) 563. Kıyaslayınız Öztürk and Erdem (n 119) para 428. Yine bkz ve kıyaslayınız Toroslu and Toroslu (n 119) 172: yazarlara göre, kendini koruma içgüdüsü hukuk tarafından tanınarak doğalcı bir norm, hukuk normu hâline getirilmiştir. Bunun etkisi hukuka aykırılık yönündendir: bu durumlarda sosyal bir zarar olmadığı için hukuka aykırılığın maddi yönü gerçekleşmemiştir.

<sup>220</sup> Bekar (n 119) 53. Nitekim Kan üçüncü kişi lehine zorunluluk durumunda kendini koruma içgüdüsü teorisinin uygulanamayacağını teslim etmekte; çıkış yolunu, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk, kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk ve üçüncü kişi lehine zorunluluk düzenlemelerinin ayrı ayrı yapılmasında görmektedir [Kan (n 16) 301]. Üçüncü kişi lehine zorunluluk hâlini açıklayabilen tek teori, hakların çatışması teorisi olarak gözükmektedir [Nuhoğlu (n 119) 37] *Kan*'a göre, hükümda haklar arasında bir ayırım ya da hiyerarşinin gözetilmemiş olması, bu teoriyi hükmü açıklayan – en azından tek – dayanak olarak görmeye engeldir [Kan (n 16) 298-299].

<sup>221</sup> Özbek et al (n 180) 408.

<sup>222</sup> Özbek et al (n 180) 408.

<sup>223</sup> Erem, Danişman and Artuk (n 167) 581; Nuhoğlu (n 119) 36. Teori hk bilgi için bkz Toroslu (n 1) 22 ff; Bekar (n 119) 48-50; Kan (n 16) 102 ff. *Kan*'a göre, TCK m 28'deki ayrı düzenleme karşısında, manevi cebir esasına dayanarak zorunluluğu açıklamak Türk hukuku açısından mümkün değildir [Kan (n 16) 299]. Teorinin eleştirisi ve reddi için bkz Toroslu (n 1) 25-27 ve Erem, Danişman and Artuk (n 167) 583.

popüler olan normatif teorilere göre<sup>224</sup>, tehdit altında olan hukukî değeri feda etmesi kendisinden beklenemeyecek/istenemeyecek olan fail mazur görülmelidir<sup>225</sup>. Bu bakımdan, kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâli söz konusu olduğunda fiil artık hukuk düzeni tarafından onaylanmamaktadır; fakat fail açısından cezaya gereksinim duyulmamaktadır<sup>226</sup>. Öyle ki, Almanya'daki baskın görüşe göre, failin aynı zamanda bir hukuksal değeri koruması nedeniyle, fiilin haksızlık muhtevası da azalmaktadır; kusurdaki azalmayla birlikte değerlendirildiğinde ise, failin cezadan kurtarılması izahat bulmaktadır<sup>227</sup>. Keza, zorunluluk durumunun etkisiyle suç işleyen kişinin cezalandırılmasında cezanın önleme amacı açısından fayda olmadığını savunan görüşler de vardır<sup>228</sup>.

### C. Şartları

Yukarıda belirttiğimiz üzere, TCK m 25/2'nin bütün uygulama koşullarına ilişkin derinlemesine bir değerlendirme yapmak bu çalışmanın kapsamı dahilinde değildir; zaten çalışmanın ortaya konulan amacı açısından bunu yapmaya gerek de yoktur. Bu bakımdan, hükmün hukukî niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olarak mı yoksa kusurluluğu kaldıran neden/mazeret nedeni olarak mı kabul edileceğinin uygulama şartları açısından yaratacağı farkı ele almakla yetineceğiz.

Bilindiği üzere, doktrinde TCK m 25/2'nin uygulama koşulları iki başlık altında kategorize edilmektedir: 'tehlikeye ilişkin şartlar' ve 'korunma hareketine/fiiline' veya 'kurtarma hareketine/fiiline' ilişkin şartlar<sup>229</sup>.

Tehlikeye ilişkin şartları şöyle tasnif edebiliriz:

1. 'Ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı',
2. 'Tehlikenin, kişinin kendisinin veya başkasının bir hakkına yönelik olması',
3. 'Tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemiş olması',
4. 'Tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması' (veya 'tehlikeye göğüs

<sup>224</sup> Bunların varyasyonları için bkz Kangal (n 16) 437 ff.

<sup>225</sup> Yine bkz Özbek and Doğan (n 151) 212. İtalyan doktrininde 'inesigibilità' (istenemezlik) olarak ifade edilen kavram hakkında geniş bilgi için bkz Kan (n 16) 54 ff.

<sup>226</sup> Kangal (n 16) 435.

<sup>227</sup> Kangal (n 16) 439-440; Canpolat (n 151) 179. Belirtmek gerekir ki, fiilin haksızlık içeriğindeki azalmadan hareketle, CMK m 223/4'ün de uygulanabilir hâle geldiğinin savunulabileceğine dair düşüncede (Kan (n 16) 151) isabet yoktur. CMK m 223/4 açısından kast edilen, tek başına ele alındığında, haksızlık muhtevası itibarıyla ceza hukuku açısından önemsiz olan ve cezaya layık olmayan harekettir. Buna birkaç parça boş kâğıdın 'çalınması' örnek olabilir. Böyle bir durumda zaten zorunluluk hükmüne başvurmaya gerek yoktur.

<sup>228</sup> Kangal (n 16) 441-442; Soyaslan (n 119) 390. Cezalandırmada sosyal faydanın yokluğuna dair teoriler için bkz Toroslu (n 1) 31 ff. İtalyan doktrininde Antolisei kurumun esasını sosyal zararın yokluğuyla açıklamaktadır (Antolisei (n 207) 309). Özellikle de, feda edilen hukuksal değer ile korunan hukuksal değer eşit olduğu vakit, tehlike ile karşı karşıya kalan kişinin fiili sosyal topluluk nezdinde mevcut durumu kötüleştirmemektir zira zarar bir şahıs yerine bir başkası üzerinde gerçekleşmektedir. İki değerden birini feda etmek gerektiğine ve bunlar da eşdeğer olduğuna göre, toplum açısından bir zarar doğmamıştır (age, 310). Benzer yönde görüş için bkz Bayraktar et al (n 119) para 416.

<sup>229</sup> Dönmezer and Erman (n 149) para 826; Önder (n 119) 251 ff; Artuk et al (n 119) 505 ff; İçel (n 119) 359; Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 325 ff.; Demirbaş (n 149) 307; Öztürk and Erdem (n 119) para 429 ff; Hafizoğulları and Özen (n 119) 223; Kangal (n 16) 230 ff; Koca and Üzülmöz (n 154) 349 ff; Hakeri (n 119) 425 ff; Kan (n 16) 163 ff.

germe yükümlülüğünün bulunmaması’).

Korunmaya ilişkin şartlar:

1. ‘Tehlikeden başka türlü kurtulma imkânının bulunmaması’, yani korunma hareketinde zorunluluk bulunması;
2. ‘İşlenen fiil ile tehlike arasında oran bulunması’.

Çalışmamız açısından, zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran neden/mazeret nedeni mi sayılacağına dair fark, kendini ‘oran’ koşulu açısından gösterecektir. Diğer bir deyişle, Türk ceza hukuku açısından, sadece bu son koşulun tanımlanması açısından bir fark doğacaktır. Bu bakımdan, kurumun hukukî niteliğine göre farklı uygulama koşulları belirleyen STGB §§ 34-35’in aksine, TCK m 25/2’yi nasıl nitelendirirsek nitelendirelim, doktrinimizde öne sürülen uygulama koşulları yukarıdakilerden ibarettir. Bunların içeriğini anlamlandırmak açısından ise, sadece ‘oran’ koşulu esaslı bir farklılık gösterecektir.

Alman ceza hukuku açısından, hukuka uygunluk sebebi teşkil eden zorunluluk hâli her hakkın korunması açısından söz konusu olabileceken; kusurluluğu kaldıran neden olan zorunluluk hâli sadece belirli hakların korunması açısından gündeme gelebilmektedir<sup>230</sup>. TCK m 25/2’nin hukukî niteliği nasıl kabul edilirse edilsin, bizim kanunumuzda hak kategorisi açısından bir sınırlama yoktur. TCK m 25/2’nin kapsamına açıkça her türlü hak alınmak suretiyle, önceki TCK m 49/3’te ‘nefsini’ ibaresinin kullanılması sonucu doktrinin mecbur kaldığı daraltıcı yorumun<sup>231</sup> geçerliliği kalmamıştır.

Keza, Alman hukukuna göre, kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâli, sadece failin kendisini, akrabasını veya yakınına koruması durumunda uygulanabilir<sup>232</sup>. Kanunumuz açısından, üçüncü kişi lehine zorunluluk durumunda böyle bir sınırlama yoktur<sup>233</sup>.

Yine Alman Hukukuna göre, ‘tehlikeye karşı koyma yükümlülüğünün bulunmaması’ koşulu sadece StGB § 35 açısından uygulanmaktadır; Türk hukuku açısından ise, TCK m 25/2’de bu hususta bir açıklık olmamasına rağmen, hükmün niteliğini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden yazarlar da bu koşulu zikretmektedir<sup>234</sup>. Kaldı ki, bu koşulu zorunlu şart olarak aramayan Almanya’da, failin tehlikeye katlanmakla yükümlü olup olmadığı hususu orantılılık değerlendirmesi

<sup>230</sup> Özbek et al (n 119) 384.

<sup>231</sup> Bu konuda bkz Toroslu (n 1) 109.

<sup>232</sup> Özbek et al (n 119) 384.

<sup>233</sup> Bu konuda eleştiri için bkz Toroslu and Toroslu (n 119) 174: yazarlara göre üçüncü kişi lehine zorunluluk durumu sınırlandırmak gerekmektedir.

<sup>234</sup> Örneğin bkz Toroslu (n 1) 138; Önder (n 119) 255; Bayraktar et al (n 119) para 425; Toroslu and Toroslu (n 119) 176; Hafizoğulları and Özen (n 119) 225; Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 328; Öztürk and Erdem (n 119) para 403; Demirbaş (n 149) 310; Soyaslan (n 119) 392; Zafer (n 104) 339; Nuhoğlu (n 119) 45; Kan (n 16) 205. Yine bkz Kangal (n 16) 284.



esnasında dikkate alınmaktadır<sup>235</sup>. Türk doktrininde, mazeret sebebi teşkil eden (veya kusurluluğu kaldıran neden olan) zorunluluk hâli açısından da bu koşulun aranması gerektiği savunulmaktadır<sup>236</sup>.

Aynı husus, failin tehlikeye kendisinin sebebiyet vermiş olmaması koşulu açısından da söylenmelidir: bu koşula sadece § 35'ye ver verilmiştir<sup>237</sup>. Ne var ki, TCK m 25/2'de tehlikeye bilerek neden olmama koşuluna açıkça yer verilmiştir. Kaldı ki, zorunluluğu hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden ülkeler açısından da bu koşulun aranıp aranmayacağı konusunda yeknesak bir yaklaşım olmadığı gibi, bu koşulu zorunlu şart olarak aramayan Almanya gibi ülkelerde bile failin tehlikeye bilerek neden olup olmadığı hususu orantılılık değerlendirmesi esnasında dikkate alınmaktadır<sup>238</sup>.

O hâlde, zorunluluğun hukukî niteliği ne olarak kabul edilirse edilsin, 'tehlikeye bilerek neden olmama' ve 'tehlikeye katlanma yükümlülüğünün olmaması' koşullarının aranmasında dogmatik bir sorun gözükmemektedir.

Keza ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı koşulunun yorumu açısından, hükmün hukukî niteliğinin öyle ya da böyle kabul edilmesi bir fark yaratmayacaktır, denilebilir<sup>239</sup>.

Korunma hareketinde zorunluluk bulunması (başka türlü korunma olanağının bulunmaması) koşulu açısından da aynı şey söylenebilir<sup>240</sup>.

Ek bir bilgi olarak, Alman hukuku açısından, gerek StGB § 34 gerekse StGB § 35 durumunda failin hükümden yararlanması için sübjektif bir unsurun varlığının aranacağı kesindir; bu bakımdan, failin tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla hareket etmesi gerekir<sup>241</sup>. Öyle ki, baskın görüşe göre, failin tehlikeyi bertaraf etmek saikine dayanması bile aranır<sup>242</sup>. Türk doktrininde zorunluluk hükmünün uygulanması açısından sübjektif bir unsurun aranıp aranmayacağı tartışması hükmün hukukî niteliğinden bağımsız olarak cereyan etmektedir denilebilir<sup>243</sup>. Daha önce belirttiğimiz gibi, Türk doktrininde birçok yazar hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması açısından bile 'objektif' yaklaşımı kabul ederek bunların objektif olarak somut olayda var olmasını hükmün uygulanması için yeterli görmektedir.

<sup>235</sup> Kantal (n 16) 284; Heinrich (n 23) para 423.

<sup>236</sup> Kantal (n 16) 460; Artuk et al (n 119) 510; Hakeri (n 119) 430; Akbulut (n 119) 561. Aksi yönde Koca and Üzülmöz (n 119) 351-352.

<sup>237</sup> Kantal (n 16) 270; Özbek and Doğan (n 151) 215.

<sup>238</sup> Kantal (n 16) 270-271; yine bkz Heinrich (n 23) para 573.

<sup>239</sup> Aynı yönde Kantal (n 16) 445, 448 Bohlander (n 178) 124; Heinrich (n 23) para 565, 568.

<sup>240</sup> Bohlander (n 178) 125; Heinrich (n 23) para 570.

<sup>241</sup> Bohlander (n 178) 126. Kıyaslayımız Özbek and Doğan (n 151) 212.

<sup>242</sup> Heinrich (n 23) para 432.

<sup>243</sup> Kurumu hukuka uygunluk nedeni olarak gören *Öztürk and Erdem* failin tehlikeyi bilmesi ve 'daha üstün bir yararı korumak amacıyla hareket' etmesini aramaktadır [Öztürk and Erdem (n 119) para 437]. Buna karşılık, hukukî nitelik açısından aynı kanaatte olan diğer yazarlar böyle bir sübjektif koşula yer vermemektedir.

O hâlde, zorunluluk altında işlenen fiille (korunma hareketiyle) tehlike arasında orantı bulunması koşuluna yoğunlaşabiliriz. Türk doktrininde çok baskın görüşe göre, korunan hak, feda edilen haktan üstün olmalıdır ya da en azından bunlar birbirine eşit olmalıdır<sup>244</sup>. Burada bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı için, korunan hakkın, korunma hareketini yapmak suretiyle feda edilen haktan ‘önemli ölçüde üstün’ olması aranmaz. Zorunluluk hâlinin etkisiyle işlenen fiil hâlâ suç oluşturduğu için, önemli olan, korunan hak ile feda edilen hakkın birbirine *en azından eşit* olmasıdır. Hatta Alman doktrininde, StGB § 35 açısından, yol açılan zararın, kaçınılmak istenilen zarara nazaran ‘açıkça orantsız’ olmaması yeterli görülmektedir. Daha da önemlisi, değerlendirme sadece yarışan hukuksal değerlerin hiyerarşik değeri üzerinden yapılmadığı için, somut olayın özelliklerine göre, daha ‘değersiz’ bir hakkın korunması amacıyla daha önemli bir hakkın feda edilmesi bile, istisnaen, mazur görülebilir<sup>245</sup>. TCK m 25/2 açısından da aynı sonuca varılabilir zira hükümde aranan orantı ‘tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında’ kurulmalıdır. Kusurluluğu kaldıran neden (ya da mazeret sebebi) olarak zorunluluğun hakların yarışması esasına dayanmadığı düşünüldüğünde, korunan hukukî yarar ile feda edilen yarar arasındaki ilişki bu oranı tespit etmekte sadece bir kriterdir. İtalyan Ceza Kanunu m 54’te, verilen zarar ile karşı karşıya olunan tehlike arasında oran aranmış olup İtalyan doktrininde şu husus ifade edilmiştir: Somut olayın koşulları ışığında bütüncül bir değerlendirme yapmak gerektiği için, tehlike altında bulunan hukuksal değere nazaran daha üstün bir değer hiçbir zaman ihlal edilemeyeceği söylenemez<sup>246</sup>. StGB § 34’te ‘açıkça üstün’lükten bahsedilse de, baskın doktriner görüşe göre bundan kasıt, salt olarak korunan hukuksal değerini feda edilene nazaran çok daha önemli olması değildir<sup>247</sup>; daha ziyade, olayın tüm özgül koşulları da değerlendirildiğinde, ortalama makul kişinin değerlendirmesine göre, korunan değer üstün olduğu ‘açık’ (bariz/belirgin) olmalıdır<sup>248</sup>. *Kangal*’ın ifadesiyle: ‘*Tehlike tarafından tehdit edilen hukuksal değerlerin korunmasındaki ve böylece genel olarak yasaklanmış bir fiile cevaz verilmesindeki yararın, bu fiilin yapılmamasındaki yarardan daha ağır basıp basmadığı (üstün olup olmadığı) somut olayın bütünsel olarak değerlendirilmesi*’yle tespit edilecektir<sup>249</sup>. Bu tespit nasıl yapılacağı konusunda da farklı görüşler olmakla birlikte<sup>250</sup>, bizim açımızdan şu kesindir: değerlerin mukayesesi ve dengeleme faaliyeti de sadece mukayese edilen hukuksal değerler üzerinden değil; pozitif hukuk düzeninin ve

<sup>244</sup> Dönmezer and Erman (n 149) para 836; Artuk et al (n 119) 510; Özgenç (n 23) 429; İçel (n 119) 366; Demirbaş (n 149) 311; Hakeri (n 119) 432; Özbek et al (n 119) 414, 421; Koca and Üzülmöz (n 119) 352; Zafer (n 104) 340; Akbulut (n 119) 562; Nuhoğlu (n 119) 44; Bekar (n 119) 116 ff.

<sup>245</sup> Nitekim bkz Heinrich (n 23) para 571: ‘Korunan menfaat, ihlal edilen menfaate göre önemli ölçüde daha ağır nitelikte olmadıkça, hakkın ihlaline ilişkin bir mazeret nedeni kabul edilebilir’.

<sup>246</sup> Canestrari, Cornacchia and De Simone (n 156) 566.

<sup>247</sup> Heinrich (n 23) para 423. Detaylı bilgi için bkz Kangal (n 16) 304 ff.

<sup>248</sup> Bohlander (n 178) 113.

<sup>249</sup> Kangal (n 16) 306; yine bkz Bekar (n 119) 118-119.

<sup>250</sup> Kangal (n 16) 304-305.

genel olarak kabul gören hukukî ilkelerin tümü ışığında yapılacaktır<sup>251</sup>. StGB § 34 açısından, hükmün son cümlesinde yer alan ve fiilin tehlikeyi uzaklaştırmak için ‘uygun’ bir araç olması gerektiğini öngören koşul bu son değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır<sup>252</sup>. Örneğin, Alman doktrinindeki ‘zorla kan alma’ örneğinde<sup>253</sup> bu son kurala bağlı olarak StGB § 34’ün tatbiki kabul edilmemektedir<sup>254</sup>. Türk doktrininde de, koruma hareketinin hukuk düzeni ile uyuşabilir nitelikte olması gerektiğini belirten *Hakeri*, hukuk düzeninin temel ilkeleri ile çatışan bir fiilin zorunluluk hâli kapsamında görülemeyeceğini savunmaktadır<sup>255</sup>.

Zorunluluğu hukuka uygunluk nedeni olarak gören yazarların, korunan yararın zarara uğratan zarardan üstün olmasını aramaları beklenirdi<sup>256</sup>. Nitekim yabancı doktrinde bu kıstas aranmaktadır<sup>257</sup>. Oysa Türk doktrininde zorunluluğu hukuka uygunluk nedeni olarak gören yazarlar korunan haklar arasında ‘eşitlik’ şartını<sup>258</sup> ve/veya genel olarak korunma hareketiyle tehlikenin konusu ve ağırlığı arasındaki *orantıyı*<sup>259</sup> yeterli görmektedirler<sup>260</sup>. Bu durumda, eşitliği yeterli gören yazarların

<sup>251</sup> Bohlander (n 178) 113.

<sup>252</sup> Kangal (n 16) 330-331. Bu konuda bkz Heinrich (n 23) para 427.

<sup>253</sup> Örneğin bkz Heinrich (n 23) para 427 (imla hataları tarafımızca düzeltilmiştir): ‘*Anton, hastanedeki eşi Berta’yı ziyaret eder. O esnada, bir otomobil kazasında çok kan kaybeden ve bu nedenle acilen kan nakline ihtiyacı olan ağır yaralı Bruno hastaneye getirilir. Bruno hastanede hiç yedeği bulunmayan çok nadir bir kan grubuna sahiptir. Görevli doktor Armin tesadüfen, Anton’un bu gerekli (çok nadir) kan grubuna sahip olduğunu bilmekteydi. Kendisine sorulmakla birlikte, Anton kan başışlamaktan kaçınır. Kan başışı Bruno’nun tek kurtarılma olanağı olduğu için, Armin şöyle bir tertip yapar: Anton dört güçlü hasta bakıcı tarafından tutulacaktır ve kendisinden Armin tarafından zorla kan alınmasına katlanacaktır.*’

<sup>254</sup> Kagal (n 16) 333; Heinrich (n 23) para 427.

<sup>255</sup> Hakeri (n 119) 433.

<sup>256</sup> Nitekim bu yönde Öztürk and Erdem (n 119) para 436. Yine bkz Özbek and Doğan (n 151) 211; Demirbaş (n 149) 302; Hafizoğulları and Özen (n 119) 225.

<sup>257</sup> Örneğin ABD bakımından bkz Luis E Chiesa, ‘United States of America’ in Alan Reed, Michael Bohlander, Nicola Wake and Emma Smith (eds) *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate 2014) 337. İngiliz uygulaması bakımından aynı yönde bkz Kagal (n 16) 108. İsviçre Ceza Kanunu’nda da hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hâli (§ 17) ile mazeret nedeni olan zorunluluk hâli (§ 18) farklı hükümlerde düzenlenmiş ve § 17 açısından korunan yararın (feda edilene nazaran) üstün olması aranmıştır [Kagal (n 16) 131]. Keza İspanyol Ceza Kanunu m 20/5 açısından, hükmün hem hukuka uygunluk nedeni hem de kusurluluğu kaldıran neden olarak işlev gösterebileceğini savunanlar, ilk ihtimalde, koruna hukukî yararın üstün olmasını aramaktadırlar [Mir Puig (n 180) 457]. Buna karşılık, Fransız Ceza Kanunu m 122-7 açısından, bizde olduğu gibi Fransız doktrininde de feda edilen ile korunan hak arasındaki eşitlik yeterli görülmektedir [Catherine Elliott ‘Germany’ in Alan Reed, Michael Bohlander, Nicola Wake and Emma Smith (eds) *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate 2014) 218; Kagal (n 16) 99]. Ancak Fransız Ceza Kanunu’nda düzenlemenin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran nedeni mi teşkil ettiği Fransız doktrininde pek tartışılmamıştır ve düzenlemenin her ikisini de kapsayabileceği ifade edilmektedir (Kagal (n 16) 99). İspanyol Ceza Kanunu m 20/5’te de ‘yol açılan kötülüğün önlenmek istenilenden daha büyük olmaması’ (İsp ‘Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar’) yeterli görülmüştür. Fakat bu hükmün yer aldığı bölümün başlığı, bizde olduğu gibi, ‘ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler(e) dair’ şeklinde, belirsizdir. Hükmünde hukuka uygunluk nedenleri ile kusur yeteneğini veya kusurluluğu kaldıran nedenlere bir arada yer verildiği gibi; hükmünde, aşağıda sayılan durumlardakilerin ‘cezai sorumluluktan muaf olacakları’ (İsp ‘Están exentos de responsabilidad criminal’) belirtilmiştir. Doktrinde de hükmün hukukî niteliği tartışmalıdır [bu son hususta bkz Kagal (n 16) 145, detaylı tartışma için bkz Mir Puig (n 180) 456 ff, özellikle 458-459]. Polonya Ceza Kanunu m 26’da da, ilk fıkrada hukuka uygunluk nedeni olan, ikinci fıkrada ise kusurluluğu kaldıran neden olan zorunluluğa yer verilmiş ve ilk durumda korunan yararın üstün olması aranmışken ikinci durumda açık bir orantısızlığın bulunmaması yeterli görülmüştür [Kagal (n 16) 152-153]. Ayrıca bkz n 257.

<sup>258</sup> Önder (n 119) 255.

<sup>259</sup> Kan (n 16) 224.

<sup>260</sup> Hatta bkz ve kıyaslayınız Centel, Zafer and Çakmut (n 119) 328: yazarlar, değerler arasında eşitlik bulunmasını şart görmemekte, ‘korunan hukuki değer feda edilen hukuki değerden *çok daha önemsi ise*’ (vurgu tarafımızca eklenmiştir), bu koşulun gerçekleşmediğini savunmaktadırlar. Yine bkz Soyaslan (n 119) 393: yazara göre eşitlik şart değildir; ‘Aralarında

hükümün dayanağı olarak hakların çatışması teorisine de dayanmamaları icap ederdi<sup>261</sup>.

Oran açısından Almanya’da tartışılan bir durum, farklı kişilerin yaşam hakkının kıyaslanıp kıyaslanamayacağıdır<sup>262</sup>. Bu noktada da kurumun hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran neden mi olduğuna dair tespit belirleyici olacaktır. Örneğin, iyileşme olanağı bulunan genç hastanın yaşam hakkı, zaten kurtulamayacak olan yaşlı hastanınkine tercih edilebilir mi? Ya da bir kişinin yaşam hakkı, on kişinin yaşam hakkını korumak için feda edilebilir mi; örneğin, terör eylemi için kaçırılan ve içinde 10 yolcu bulunan, teröristler tarafından şehir merkezinde kalabalık bir binaya çakılacağı bilinen uçağın havada vurulması mümkün müdür? Alman doktrinindeki yaygın bir görüşe göre, yaşam hakkı gerek nitelik (mesela sağlıklı bir gencin yaşama hakkına karşı yaşlı ve hastanın yaşama hakkı), gerekse nicelik bakımından (bir kişinin yaşamına karşı on kişinin yaşamı), yararlar karşılaştırılmasına konu edilemez<sup>263</sup>. Dolayısıyla, genç ve kurtarılabilir bir kimsenin hayatını kurtarmak adına yaşlı ve zaten nispeten kısa bir zaman içerisinde ölecek kimsenin hastanedeki yaşam destek ünitesini çekip çocuğu buna bağladığınızda, zorunluluk hâli yoktur – fail kasten öldürmeden sorumludur<sup>264</sup>! Fakat Almanların bu görüşleri StGB § 34 kapsamında öne sürdüğüne çok dikkat edilmelidir. Öyle ki, Almanya’daki klasik görüşe göre, meşhur dağcı örneğinde bile<sup>265</sup> bu hüküm uygulanamaz<sup>266</sup>! Diğer bir örneğe göre, bir tren kontrolden çıkar ve terminale çarpacaktır, kişileri tahliye edecek vakit olmayıp tren terminale çarptığında yüzlerce kişi ölecektir. Buna yol açmamak için, içinde on kişi olan treni bombalayan ve böylece yüz kişinin hayatını kurtaran failin zorunluluk hâlinde yararlanmayacağı Alman doktrininde savunulmaktadır<sup>267</sup>. Bu argüman, hukuka uygunluk nedeni söz konusu ise, teorik olarak doğrudur çünkü yaşam hakkı açısından niceliksel bir kıyas yapılamaz: bu manada, ‘yüz kişinin yaşamı, on kişinin yaşamından daha önemlidir’ denilemez.

az-çok fark olabilir. Ancak büyük bir fark olmamalıdır’). Oysa Alman doktrininde bu koşul StGB § 35 açısından savunulmaktadır. Mesela Avusturya Ceza Kanunu § 10 (1)’de de ‘önemli ölçüde orantısız’ olmama kıstasını açıkça aramakla birlikte, bu hükümden sadece bir mazeret nedeni olarak zorunluluk hâli düzenlenmiştir [Kangal (n 16) 132]. Kanunda yer almamakla birlikte doktrinde ve uygulamada tatbik olanağı kabul edilen, hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hâli açısından ise, korunan yararın feda edilenden üstün olması aranmaktadır [Kangal (n 16) 133]. Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluğun esaslı menfaatlerin tartımına dayandığı için [Heinrich (n 23) para 401] dayandığı için, baskın görüşe göre, daha üstün hukuksal değerini feda edilmesi asla kabul görmez.

<sup>261</sup> Canestrari, Cornacchia and De Simone (n 156) 564. Yazarlara göre, bu ihtimalde faille ceza vermemenin dayanağını olsa olsa saikin oluşum sürecinde aramak mümkündür.

<sup>262</sup> Detaylı bilgi için bkz Kangal (n 16) 320 ff.

<sup>263</sup> Ambos and Bock (n 180) 234; Bohlander (n 178) 110, 112; Heinrich (n 23) para 425; Demirbaş (n 149) 312.

<sup>264</sup> Hakeri (n 119) 432.

<sup>265</sup> Sayısız eserde yer alan bu örneğe göre [bkz *inter alia* Önder (n 119) 249]; iki dağcı aynı iple bir dağa tırmanmaktadır, ne var ki bir noktadan sonra ipin ikisinin birden ağırlığını taşıyamayacak ve kopacak olduğu anlaşılır. İkisinin birden düşeceğini anlayan üstteki dağcı, en azından kendini kurtarmak için, ipi hemen altından keser ve böylece, düşmekten kurtulur; alttaki dağcı ise düşerek ölür (veya ağır yaralanır).

<sup>266</sup> Örnek için bkz Heinrich (n 23) para 425. Yine bkz Bohlander (n 178) 112. Bu durumda kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk hâlinin uygulanabileceğine dair bkz Özbek and Doğan (n 151) 216; Heinrich (n 23) para 425.

<sup>267</sup> Hakeri (n 119) 432. Fakat yazar, TCK m 25/2’yi kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul etmesine rağmen, bu örneğe ve görüşe yer vermektedir.

Bununla birlikte, en az yüz kişinin öleceği kesinse ve başka bir çare yoksa, yüzlerce kişiyi kurtarmak için bir kişinin öldürülmesi durumunda bunu yapan kişinin ‘kınanması’, kusur yargısı bakımından adil ve doğru olmaz. Böyle bir durumda bir kişinin yaşam hakkı diğerinden üstün değere sahip olmasa da, her ikisinin yaşam hakları eşittir. Yani, birinin yaşamı diğerinden daha önemsiz olmadığından; diğer bir deyişle, korunan yarar feda edilen değere en azından eşit olduğundan, zorunluluk hâli kabul edilebilmelidir. Korunan değer (yüz kişinin hayatı), feda edilen değere (on kişinin hayatı) en azından eşit ise, bu, kusurluluğa kaldıran neden olarak zorunluluk hâlinde yararlanmak için yeterli olmalıdır. Yukarıdaki örneklerde, eğer zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etseydik, o zaman farklı bir sonuca varmak gerekirdi: Yaşlı ve hasta kişinin yaşam hakkı daha değersiz olmadığı gibi; x kişinin yaşam hakkının x+1 kişinin yaşam hakkından değersiz olduğu da söylenemeyeceği için, zorunluluk hâline başvurmak mümkün olmazdı<sup>268</sup>. Nitekim Alman ceza hukuku bakımından da, StGB § 35 söz konusu olduğunda, bir kimsenin kendi yaşamını korumak için masum birçok kişiyi öldürebileceği örneği verilmektedir<sup>269</sup>. Öyle ki, sadece orantı arandığından, ‘vücut bütünlüğüne yönelik ağır tehlikeler bakımından’ bile kasten öldürme suçunun mazur görülebileceği kabul edilmektedir<sup>270</sup>.

Buna karşılık, Amerikan içtihadı hukukunda, hiçbir davada cinayetin zorunluluk hâli kapsamında kabul edildiği olmamıştır<sup>271</sup>. Öyle ki, yaşam hakkının feda edilmesinin hiçbir zaman zorunluluk hâli altında (hukuka uygun anlamında) *meşru* olmayacağı Anglosakson hukuk sisteminde sıklıkla savunulan bir görüştür<sup>272</sup>. Fakat bu noktada da hemen üç hususa dikkati çekmek gerekir: (i) Anglosakson hukuk sistemi açısından zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmektedir<sup>273</sup>; (ii) aksi yöndeki

<sup>268</sup> Alman doktrini açısından tren örneğinde zaten kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk (StGB § 35) uygulanamayacaktır çünkü hakkı korunmak istenen kişiler failin ‘akrabası veya yakını’ değildir.

<sup>269</sup> Ambos and Bock (n 180) 236. Aynı yönde Kangal (n 16) 470. Yine bkz Heinrich (n 23) para 571: StGB § 34’un aksine, burada başka bir insanın öldürülmesi bile, istisnaen, mazur görülebilir.

<sup>270</sup> Kangal (n 16) 470-471.

<sup>271</sup> Chiesa (n 254) 338; Bekar (n 119) 123.

<sup>272</sup> Bohlander (n 178) 106. İngiltere bakımından bkz Richard Card, *Card, Cross & Jones Criminal Law* (17th edn, Oxford University Press 2006) 802. Türkçe eserlerde de sıklıkla atf yapılan (örneğin bkz Toroslu (n 1) 10-11; Bekar (n 119) 124 ff), kazazede gemicilerin aklıtan ölmek için bir miçoynu öldürüp kısmen yedikleri olaya dair 1884 tarihli *Dudley and Stephens* davası bu kabulün klasik bir örneği olarak gösterilmektedir (Card (n 269) 803). Bununla birlikte, diğer bir klasik örnek olan ve yukarı da aktardığımız dağcı örneği açısından, ‘kimin’ öleceğine dair failin hiçbir tercih olanağı olmadığı durumlarda onu yine de ölümden sorumlu tutmanın mümkün olmaması gerektiği de İngiliz doktrininde savunulmuştur [Card (n 269) 804; David Ormerod, *Smith & Hogan Criminal Law* (11th edn, Oxford University Press, 2005) 321]. Keza, *Dudley and Stephens* davası açısından değerlendirme yapan bir yazara [Ormerod (n 269) 320] göre, görünen odur ki, kazazedelerden biri kendini gönüllü olarak feda etmeye razı olmadıkça, Mahkemeye göre hepsinin üzerine düşen görev, ölmektir! Özellikle kusurluluğu kaldıran neden olarak zorunluluk açısından, hukukun hiç kimseden böyle bir beklenti içerisinde olmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Karara yönelik eleştirilere dair bilgi için bkz Bekar (n 119) 126 ff. Türk doktrininde de yaşam hakkını feda etmenin hiçbir zaman zorunluluk hâli kapsamında görülemeyeceği savunulmuştur (Erem, Danışman and Artuk (n 167) 583-584).

<sup>273</sup> Bekar (n 119) 73. ABD’de de baskın kabulün bu yönde olduğuna dair bkz Bekar (n 119) 64; fakat Kanada’da içtihadın aksi yönde olduğuna dair bkz aynı eser, 79. Bununla birlikte, Amerikan Hukukunda (ki bu tespit İngiliz Hukuku açısından da geçerlidir), hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret nedenlerinin ceza mahkemeleri tarafından aynı şekilde karşılandığı; zorunluluk hâlinin hangisine girdiği (veya her ikisine de girip girmediği) konusunda tam bir netlik olmadığı belirtilmektedir [Bekar (n 119) 60].

içtihadı rağmen, Amerikan Model Ceza Kanunu'nun düzenlemesinde (§ 3.01), birçok kimsenin hayatının kurtarılması için masum bir kimsenin öldürülmesine ceviz verilmiştir<sup>274</sup>; (iii) bilhassa İngiliz Hukuku bakımından içtihadı bakıldığında, zorunluluğun genel olarak oldukça dar bir kapsamda kabul gördüğü ve çok istisnaen uygulanmak istendiği söylenebilir<sup>275</sup>.

## V. Ceza Hâkiminin Zorunluluk Hâline İlişkin Verdiği Kararın Hukuk Hâkimi Üzerindeki Bağlayıcılığı Sorunu

Medeni hukuk ile ceza hukukunun zorunluluk hâli bağlamında etkileşimine ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken bir mesele de ceza hâkiminin zorunluluk hâline ilişkin kararının hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağı sorunudur.

TBK m 74 uyarınca,

*[h]âkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.*

*Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*

Hükümün ikinci fıkrasında yalnızca kusur ve zararın belirlenmesine ilişkin hususlardan bahsediliyor olsa da özellikle İsviçre öğretisinde hâkim olan bir görüşe göre hukuk hâkimi hukuka aykırılık bakımından da ceza hâkiminin verdiği kararla bağlı değildir<sup>276</sup>. Yargıtay'ın da benimsediği<sup>277</sup> ve Türk hukukunda hâkim olduğu görülen bir diğer görüşe göre ise ceza hâkiminin verdiği karar hukuka aykırılık bakımından hukuk hâkimini bağlar<sup>278</sup>.

<sup>274</sup> Chiesa (n 254) 338; Bekar (n 119) 135-136.

<sup>275</sup> Card (n 269) 799 ff, 808; Ormerod (n 269) 315, 316; Bekar (n 119) 130-131; Yazar aksi durumda kurumun kötüye kullanılması ihtimalinden korkulduğunu belirtmektedir. Türk ceza hukuku bakımından zorunluluk hâli kapsamında göreceğimiz tipik örneklerin çoğunun İngiliz Hukukunda 'necessity' (zorunluluk) kavramı altında değil de, 'duress of circumstances' (şartların yarattığı icbar) kavramı altında ele alındığını da vurgulamak gerekir. Bununla birlikte, bu son kurumun, zorunluluğun bir alt türü olduğu da içtihadta ifade edilmiştir [Card (n 269) 798-799]. Genel olarak da, bunlar arasındaki farkın, varsa, ne olduğunun içtihad tarafından ortaya konulmadığı eleştirisi yapılmıştır [Ormerod (n 269) 325]. Yine bkz Bekar (n 119) 28: Zorunluluk teriminin tek bir tanımlanmadığı gibi, ABD'de en az üç farklı anlamda kullanılmaktadır.

<sup>276</sup> Brehm (n 37) Art. 53 para 26-27; Martin A. Kessler 'Art. 53 OR' in Heinrich Honsell, Nedim Vogt, Wolfgang Wiegand (eds) *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015) para 4; Eren (n 59) 849,851; Ofinger and Stark (n 23) para 134; v. Tuhr and Peter (n 2) 437; aksi yönde Oser and Schönenberger (n 38), Art. 53 para 9.

<sup>277</sup> Yargıtay HGK, 2013/4-1008, 2014/490, 09.04.2014: 'Bu açık hüküm karşısında, ceza mahkemesince verilen, beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, gerek öğretilerde ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle 'failin hukuka aykırılığı' konusyla hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir'. Ayrıca bkz Nomer (n 54), para 101.3, n 499'da anılan kararlar.

<sup>278</sup> TCK'deki bir kuralın ihlal edildiğini tespit ettiği takdirde hukuk hâkiminin failin hukuka aykırı olmadığına karar vermemesi gerektiği yönünde Tekinay et al (n 47) 714; ceza mahkemesi kararının hukuka aykırılık bakımından hukuk mahkemesinde kesin delil etkisi bulunduğu yönünde Kadir Berk Kapancı 'Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m 74)' 7 (1) (2016) *Inönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 511, 525; failin cezaya mahkûm edildiği kararlar bakımından aynı yönde Oğuzman and Öz (n 54) para 252; Nomer (n 54), para 101.3; failin suç teşkil edip etmediğine ilişkin ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi için bağlayıcı olacağı yönünde Murat Atalı 'Karar ve Hüküm' in Hakan

Açıklanan görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, maddi olguların tespiti bakımından ceza hâkiminin kararının hukuk hâkimini bağladığı söylenebilir. Nitekim Türk öğretisindeki hâkim görüş<sup>279</sup> ve Yargıtay uygulaması<sup>280</sup> da ceza hâkiminin maddi olgulara ilişkin tespitlerinin hukuk hâkimini bağlayacağı yönündedir.

Konumuz bakımından ceza hâkiminin zorunluluk hâline ilişkin verdiği kararın hukuk hâkimini ne ölçüde bağlayacağı önem taşımaktadır. Ceza hâkiminin zorunluluk hâlinin varlığı nedeniyle kusur bulunmadığından faile ceza verilmesine yer olmadığı yönünde bir karar (CMK m 223/3-b) vermesi ve bu kararın kesinleşmesi hâlinde hukuk hâkimi aynı fiilin TBK m 64/2 kapsamına girdiğini tespit ederse fiilin hukuka uygun olduğuna karar verebilecek midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, ceza hâkiminin bu kararı fiilin hukuka aykırı olduğuna dair bir tespit de içermektedir. Zira fiil hukuka uygun olsaydı beraat kararı verilmesi gerekirdi. Dolayısıyla kanımızca ceza hâkiminin fiilin TBK m 64/2 kapsamına girip girmediğini değerlendirmesi ve eğer girdiği sonucuna varıyorsa beraat kararı (CMK m 223/2-d) vermesi uygun olurdu. Ceza hâkimi bu hususu değerlendirmeden ceza verilmesine yer olmadığı yönünde (aslında hatalı) bir karar verdiğinde, hukuk hâkiminin bununla ne ölçüde bağlı olduğu yukarıda işaret edilen tartışmada benimsenecek görüşe göre farklılaşır.

- Eğer ceza mahkemesinin kararının hukuka aykırılık yönünden hukuk hâkimini bağladığı kabul edilirse, bu durumda hukuk hâkimi fiilin hukuka uygun olduğuna karar veremeyecektir. Bir başka deyişle ceza mahkemesinin yanlış kararı hukuk hâkimini de bağlayacaktır.
- Şayet ceza mahkemesinin kararının hukuka aykırılık yönünden hukuk hâkimini bağlamadığı kabul edilirse, bu durumda hukuk hâkimi fiilin hukuka uygun olduğuna karar verebilecektir<sup>281</sup>. Bir başka deyişle, ceza hâkiminin medeni hukuk bakımından zorunluluk hâlinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemeksizin verdiği bir karar kesinleşmiş olsa dahi hukuk hâkimi, gerekçelerini açıklamak kaydıyla, medeni hukuk anlamında zorunluluk hâlinin mevcut olduğu sonucuna varabilir.

Benzer bir sorun ceza hâkiminin -CMK m 223/3-b'ye rağmen- TCK m 25/2'de düzenlenen zorunluluk hâlini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edip beraat kararı vermiş olması hâlinde de ortaya çıkabilir. Belirtmek gerekir ki, günümüzde

Pekantez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (eds) *Pekantez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III* (15th edn, On İki Levha 2017) 2076.

<sup>279</sup> Tandoğan (n 35) 354; Tekinay et al (n 47) 714; Nomer (n 54), para 101.3.

<sup>280</sup> Yargıtay 4 HD 2018/4420, 2019/3470, 20.06.2019: '6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi uyarınca hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değil ise de hem ilmi, hem de kökleşmiş yargı kararlarında ceza mahkemesince belirlenen maddi olgunun hukuk hâkimini bağlayacağı kabul edilmektedir.' Yargıtay HGK, 2013/4-1008, 2014/490, 09.04.2014: 'Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına ve öğretilerdeki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir.'

<sup>281</sup> Hukuk hâkiminin hukuka uygunluk nedenleri bakımından ceza hâkiminden farklı bir sonuca varabileceği yönünde bkz Brehm (n 37) Art. 53 para 26. Ceza hâkiminin kararının hukuk hâkimi üzerindeki bağlayıcılığı değerlendirilirken, hukuka uygunluk sebeplerinin ceza hukuku ve borçlar hukukunda tamamen aynı olmadığının göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz Tandoğan (n 35) 354.

zorunluluk hâllerinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi yönündeki Yargıtay uygulaması dikkate alındığında bu ihtimalin gerçekleşme olasılığı oldukça düşüktür. Her nasılsa bu ihtimal gerçekleşirse (örn. kanun yollarına başvurmadan kararın kesinleşmesi söz konusu olabilir) yukarıda değinilen tartışmada benimsenecek görüş önem taşıyacaktır:

- Eğer ceza mahkemesinin kararının hukuka aykırılık yönünden hukuk hâkimini bağladığı kabul edilirse, bu durumda hukuk hâkimi fiilin hukuka uygun olduğuna karar vermek durumunda kalacak, fiil TBK m 64/2 kapsamında değerlendirilemeyecek olsa bile bu sonuca varması gerekecektir<sup>282</sup>.
- Şayet ceza mahkemesinin kararının hukuka aykırılık yönünden hukuk hâkimini bağlamadığı kabul edilirse, bu durumda hukuk hâkimi fiilin hukuka aykırı olduğuna karar verebilecek<sup>283</sup> ve failin haksız fiil sorumluluğu nedeniyle tazminata hükmedebilecektir.

## VI. Değerlendirme ve Sonuç

Bu çalışmanın çıkış noktası ve temel amacı zorunluluk hâli kavramı bağlamında medeni hukuk ile ceza hukukunun etkileşiminin incelenmesidir.

Bu incelemeyi yaparken ortaya koyulması gereken ilk tespitler hukuk düzeninin birliği ilkesine (bkz yukarıda § 2) ilişkindir. Zorunluluk hâli kavramının benzer durumları ifade etmek üzere hem medeni hukukta hem de ceza hukukunda kullanıldığı aşikârdır. Yukarıda hukukun bu iki dalı bakımından ayrı ayrı yapılan inceleme göstermektedir ki, aynı terim bu iki hukuk disiplinde farklı anlamlar taşımaktadır. Dolayısıyla bu kavram bakımından terminolojik bir tutarsızlık söz konusudur. Ancak bu durum zorunluluk hâli kavramına özgü olmadığı gibi, bu iki farklı kurumun aynı hukukî düşünceye dayandığı da göz önünde bulundurulduğunda mazur görülebilir<sup>284</sup>.

Zorunluluk hâli kavramının şartları iki disiplin bakımından incelendiğinde, bunlar arasındaki en dikkat çekici farkın şahıs varlığına yönelik müdahaleler bakımından ortaya çıktığı görülmektedir. Medeni hukukta zorunluluk hâli malvarlığına yapılan müdahalelerle sınırlı tutulmuşken, ceza hukukunda böyle bir sınırlamaya gidilmemiştir. Dolayısıyla şahıs varlığına yapılan müdahalelerin de zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilebildiği ceza hukukunda bu kavramın medeni hukuka nazaran çok daha geniş bir uygulama alanı olduğu sonucuna varılabilir.

<sup>282</sup> Bu ihtimalde dahi hâkim TBK m 64/2'ten kıyasen yararlanmak suretiyle hâkim denkleştirme bedeli ödemesine hükmedebilir.

<sup>283</sup> Hukuk hâkiminin hukuka uygunluk nedenleri bakımından ceza hâkiminden farklı bir sonuca varabileceği yönünde bkz Brehm (n 37) Art. 53 para 26. Ceza hâkiminin kararının hukuk hâkimi üzerindeki bağlayıcılığı değerlendirilirken, hukuka uygunluk sebeplerinin ceza hukuku ve borçlar hukukunda tamamen aynı olmadığı göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz Tandoğan (n 35) 354.

<sup>284</sup> İki farklı hukuk disiplinindeki iki farklı anlam için farklı terim tercih edilmesinin daha yerinde olacağı yönünde Enneccerus and Lehmann (n 98) 325. Yazarlar bu düşünceyle medeni hukuktaki zorunluluk hâli kavramı için Almanca *Nothstand* yerine *Nothrecht* (zorunluluk hakkı) kavramının kullanılmasını önermişlerdir.



Hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca önemle vurgulanması gereken asıl husus hukuka aykırılığa ilişkindir. Anılan ilke uyarınca bir hukuk düzeninde bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığı konusunda bir yargıya varıldığında bu yargının tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olması gerekir. Dolayısıyla bir davranışın medeni hukuk uyarınca hukuka uygun sayılması fakat ceza hukuku bakımından hukuka aykırı sayılması söz konusu olamaz. Bunun tersi de geçerlidir: Hukukun herhangi bir disiplinine aykırı davranış, ceza hukuku açısından da hukuka aykırıdır; ceza hukukuna özgü bir özel aykırılıktan bahsedilemez. Hukuka (ve hâliyle ceza hukukuna) aykırı davranışın cezalandırılabilirliği ise, yasa koyucu tarafından kararlaştırılacak ayrı bir meseledir. Bir haksızlığın cezai yaptırıma layık görülmemiş olması, onu (bir bütün olarak hukuk düzeni ve bu arada ceza hukuku açısından) hukuka aykırı olmaktan çıkartmaz.

Medeni hukukta zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu konusunda hiçbir tereddüde yer yoktur (TBK m 63/2). Ceza hukukunda ise konu oldukça tartışmalı olsa da bu çalışmada zorunluluk hâlinin kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bunun temel nedeni CMK m 223/3-b'deki açık hükümdür. Buna karşılık, öğretilerde bazı yazarlarca zorunluluk hâlinin hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemesine gerekçe olarak TBK m 64/2'de öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün gösterilmesi isabetli değildir. Zira TBK m 64/2'de öngörülen denkleştirme yükümlülüğünün dayanağı hukuka aykırı bir fiilden sorumluluk değil, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesidir.

O hâlde hukuk düzeninin birliği ilkesi uyarınca varılması gereken sonuçlar şunlardır:

1. **Şayet bir davranış medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli teşkil ediyorsa (ceza hukuku da dahil olmak üzere<sup>285</sup>) tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun kabul edilmelidir.** O hâlde böyle bir davranış ceza hukuku bakımından da haksızlık teşkil etmeyecek, hâliyle ortada bir suç bulunduğu söylenemeyecektir<sup>286</sup>. **Bu nedenle de böyle bir fiilin faili ceza yargılaması sonucunda CMK m 223/2-d uyarınca beraat ettirilmelidir.** Bu hâllerde fiilin TCK m 25/2 kapsamına girdiğinden hareketle CMK m 223/3-b uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi hukuk düzeninin birliği ilkesine aykırı olur<sup>287</sup>. Hemen belirtmek gerekir ki, hukuka uygun davranan ve cezai yaptırıma tâbi tutulamayacak bu fail bakımından TBK m 64/2 uyarınca bir denkleştirme yükümlülüğü söz konusu olabilecektir.
2. **Medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli kapsamına girmeyen fakat TCK m 25/2 uyarınca zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilen ve suç teşkil eden bir davranış**

<sup>285</sup> Aynı yönde Ambos and Bock (n 180) 233. Nitekim Alman Hukuku bakımından BGB §§ 228 ve 904'teki hükümlerin 'hukuk düzeninin birliği ilkesi' uyarınca ceza hukukuna da şamil olduğu belirtilmektedir [Bohlander (n 178) 106-107].

<sup>286</sup> Akbulut (n 119) 557.

<sup>287</sup> Bu durumda, TBK m 64/2 ve TCK m 25/2 arasında bir çelişkidende bahsedilemeyecektir. Kıyaslayınız Bekar (n 119) 87: yazar, TBK'de yer alan hükmün TCK'ye uygun olarak tekrar düzenlenmesi gerektiği görüşündedir. Bizim görüşümüz esas alındığında, buna ihtiyaç olmayacaktır.

**söz konusu olduğunda, failin fiili hukuka aykırıdır**<sup>288</sup>. Yine de böyle bir fiilin failine ceza verilemez çünkü onun kusuru söz konusu değildir (ya da davranışı mazur görülebilir). Böyle bir fiilin ceza yargılamasına konu olması hâlinde, **yargılamanın sonucunda ortada bir suç bulunmasına rağmen ceza verilmesine gerek yoktur** (CMK m 223/3-b). Böyle bir fiilin failinin hukukî sorumluluğu değerlendirilirken ise hukuka aykırılık şartının gerçekleştiği kabul edilecek, sorumluluğun diğer şartları da gerçekleştiyse fail sorumlu tutulacaktır. Bu ihtimalde TCK m 25 anlamında zorunluluk hâli, failin kusurlu olup olmadığını değerlendirirken önem taşıyabilecektir.

Eğer bu çalışmada **benimsemediğimiz**, TCK m 25/2 uyarınca zorunluluk hâlinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki görüş kabul edilirse hukukun düzeninin birliği ilkesi gözetilerek varılacak sonuç şudur: TCK m 25/2 kapsamına giren ancak medeni hukuk bakımından zorunluluk hâli kapsamında değerlendirilmeyen fiiller medeni hukuk bakımından da hukuka uygun sayılacaktır. Bu ihtimalde TBK m 64/2'ye kıyasen denkleştirme yükümlülüğüne hükmedilebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, medeni hukuk anlamında zorunluluk hâlinin şartlarını değerlendirirken, yapılacak tercihlerin ceza hukuku üzerindeki etkileri de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira medeni hukukta zorunluluk hâlinin kapsamının genişletilmesi bu genişletme sonucu hukuka uygun sayılan fiillerin (ceza hukuku da dahil olmak üzere) tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hâle gelmesi anlamına gelecektir. Kavramın kapsamını sadece medeni hukuka odaklı bir bakış açısıyla genişletmek, diğer disiplinler bakımından öngörülemeyen ve adil olmayan sonuçlar doğurabilir<sup>289</sup>. Bu yüzden medeni hukukta zorunluluk hâlinin şartları mümkün olduğu ölçüde ve özellikle başka çözümler bulunabildiği takdirde genişletilmemelidir<sup>290</sup>.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almamışlardır.

<sup>288</sup> Aynı yönde v.Tuhr (n 17) 599-600: Yazar, eseri yazdığı tarihte yürürlükte olan Alman Ceza Kanunu § 54'ün zorunluluk hâlinin hukukî niteliğine ilişkin bir açıklık içermediğini belirtmekte; bununla birlikte hükmün kişinin kendisinin veya yakınlarının hayatını ya da vücut bütünlüğünü korumak amacıyla zorunluluk hâli içerisinde gerçekleştirdiği fiiller bakımından sorumlu tutulamayacağı düzenlediğine işaret etmektedir. Yazar bu hükmün kapsamına giren fakat BGB § 904 kapsamına girmeyen fiillerin medeni hukuk bakımından hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Benzer şekilde Enneccerus and Lehmann (n 98) 325

<sup>289</sup> Bu çalışmada zarar verenin kasten hareket etmesi (§ 3, E, 4) ve tehlikeye kendi kusuruyla neden olmaması (§ 3, E, 6) şartlarının aranması yönündeki görüşler tercih edilirken bu düşünce de etkili olmuştur.

<sup>290</sup> Ceza hukuku öğretisinde zorunluluk hâlinin kapsamının dar tutulması gerektiğine dair görüşler bulunduğu gibi [Erem, Danışman and Artuk (n 167) 584-585], geniş tutulması yönünde görüşler de bulunmaktadır [Akbulut (n 119) 562; Özgenc (n 23) 429].

## Bibliyografya/Bibliography

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5th edn, Adalet 2018)
- Ambos K and Bock S, 'Germany' in Reed A, Bohlander M, Wake N and Smith E (eds) *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate, Farnham/ Burlington 2014)
- Antolisei F, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (16th edn, Giuffrè 2003)
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin E and Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Adalet 2017)
- Atalı M, 'Karar ve Hüküm' in Pekcanitez H, Özekes M, Akkan M, Taş Korkmaz H (eds) *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III* (15th edn, On İki Levha 2017)
- Atamer K, *Deniz Ticareti Hukuku* (vol 1, On İki Levha 2017)
- Bayraktar K, Kiziroğlu S K, Zafer H, Kartal P M, Sinar H, Erman R B, Eroğlu F and Önok R M, *Dönmezer & Erman Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (Vol II 14th edn, DER 2019)
- Belgesay, M R, 'Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk' (1946) XII (2-3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 561
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Seçkin 2013)
- Bohlander M, *Principles of German Criminal Law* (Hart Publishing 2009)
- Brehm R, 'Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR' in Hausheer H, Walter H P (eds) *Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/3/1* (3th edn, Stämpfli 2006)
- Canaris C W, 'Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz' in Neuner J and Grigoleit H C (eds) *Claus-Wilhelm Canaris Gesammelte Schriften, Bd. 1: Rechtstheorie* (De Gruyter 2012)
- Canestrari S, Cornacchia L and De Simone G, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, (II Mulino 2007)
- Canpolat C, *Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir*, (Adalet 2016)
- Card R, *Card, Cross & Jones Criminal Law* (17th edn, Oxford University Press 2006)
- Centel N, Zafer H and Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10th edn, Beta 2017)
- Chiesa L E, 'United States of America' in Reed A, Bohlander M, Wake N ve Smith E (eds), *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate 2014)
- Coing H 'Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft' *Frankfurter Universitätsreden Heft 17* (Buchdruckerei Otto 1956)
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13rd edn, Seçkin 2018)
- Dönmezer S and Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, (Vol II, 11th edn, Beta 1997)
- Desax M, *Haftung für erlaubte Eingriffe* (Universitätsverlag Freiburg 1977)
- Elliott C, 'Germany' in Reed A, Bohlander M, Wake N and Smith E(eds), *General Defences in Criminal Law - Domestic and Comparative Perspectives* (Ashgate 2014)
- Engisch K, *Einführung in das juristische Denken* (9th edn, Kohlhammer 1999)
- *Die Einheit der Rechtsordnung* (Carl Winters Universitätsbuchhandlung 1935)
- Enneccerus L and Lehmann H, *Das Bürgerliche Recht* (1st vol, Verlag N. G. Elwertsche 1900)
- Erem F, Danışman A and Artuk M E, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 1997)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, 2017 Yetkin)
- Fellmann W and Kottmann A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (vol 1, Stämpfli 2012)
- Flume W, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (vol 2, 4th edn, Springer 1992)

- Grothe ‘§ 226-231 BGB: Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe’ in Säcker F J, Rixecker R, Oetker H and Limperg B (ed) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (8th ed, vol 1, Beck 2018)
- Guhl T and Koller A, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts* (9th edn, Schulthess 2000)
- Haab R, Simonius A, Scherrer W and Zobl D, ‘Das Eigentum, Art. 641-729 CGB’ in *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht* (2nd edn, Schulthess 1977)
- Hafizoğulları Z and Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8th edn, US-A 2015)
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21st edn, Adalet 2017)
- Heinrich B, *Ceza Hukuku Genel Kısım – I* (Ünver Y ed; Hakeri H, Ünver Y, Özbek V Ö, Yenerer Çakmut Ö, Erman B, Doğan K, Atladı R B, Bacaksız P and Tepe İ trs, Adalet 2014)
- Honsell H and Mayer-Maly T, *Die Grundlagen des Rechts* (7th edn, Stämpfli 2017)
- Honsell H, Isenring B and Kessler M A, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5th edn, Schulthess 2013)
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Beta 2017)
- Jäggi P, ‘Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung’ in *Festschrift Wilhelm Schönenberger*, (Universitätsverlag Freiburg 1968)
- Kan Ç, *Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali* (Yetkin 2018)
- Kaneti S, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru* (Kazancı 2007)
- Kangal Z T, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu* (Seçkin 2010)
- Kapancı K B, ‘Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)’ 7 (1) (2016) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511
- Katoğlu T, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Seçkin 2003)
- Kelsen H, *Reine Rechtslehre* (2th edn, Österreichisches Staatsdruckerei 1992)
- Kessler M, ‘Art. 52 OR’ in Honsell H, Vogt N, Wiegand W (eds) *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015)
- ‘Art. 53 OR’ in Honsell H, Vogt N, Wiegand W (eds) *Basler Kommentar Obligationenrecht I* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2015)
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Seçkin 2018)
- Kramer E, *Juristische Methodenlehre* (5th edn, Stämpfli 2016)
- Landmann V, *Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht* (Schulthess 1975)
- Larenz K, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (6th edn, Springer 1991)
- Larenz, K, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band: Allgemeiner Teil* (6th edn, Beck, 1963)
- Lauta K C, ‘When a Right is a Wrong: Compensation for Acts of Necessity’ (2017) 8(3) JETL 297
- Mahmutoğlu F S, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri’ (2005) 5 Hukuk ve Adalet Dergisi 42
- and Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (Beta 2017)
- Mir Puig S, *Derecho Penal Parte General* (8th edn, Editorial Reppertor 2006)
- Nomer H N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta 2017)
- Nuhoğlu A, ‘Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları’ in *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* (TBB 2008) 44
- Oechslin K, *Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik* (Bern, 1966)

- Oftinger K and Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Zweiter Band: Besonderer Teil - Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung* (4th edn, Schulz 1995)
- Öğuzman M K and Barlas N, *Medenî Hukuk* (25th edn, 2019 Vedat)
- Öğuzman M K and Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (vol 2, 12th edn, 2016 Vedat)
- Olğaç S, *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi* (İsmail Akgün Matbaası, 1976)
- Ormerod D, *Smith & Hogan Criminal Law* (11th edn, Oxford University Press, 2005)
- Oser, H, Schönenberger, W, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, erster Halbband: Art. 1-183* (2nd edn, 1929 Schulz)
- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri (Filiz Kitabevi 1992)*
- Özbek V Ö and Doğan K, ‘Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukukî Niteliği’ (2007) 9(2) *DEÜHFD* 195
- Özbek V Ö, Doğan K, Bacaksız P and Tepe İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9th edn, Seçkin 2018)
- Özgenç İ, ‘Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı’ (2004) 2 *Hukukî Perspektifler Dergisi* 102  
- *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin 2018)
- Öztürk B and Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (17th edn, Seçkin 2017)
- Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (4 edn, Schulz, 2008)
- Serozan R, *Hukukta Yöntem* (Vedat 2015)
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6th edn, Yetkin 2014)
- Söğüt İ S, ‘A Synoptic Overview of the Lex Rhodia De Iactu’ 23(3) *MÜHFHAD* 209
- Şen E, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C: I (Madde 1-140)* (Vedat 2006)
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku* (Vedat 2010)
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993)
- Toroslu N, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali* (Sevinç Matbaası 1968)  
- and Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (24th edn, Savaş 2018)
- Ulusan İ, *Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı* (2nd edn, Vedat 2012)
- Ünan S, Çetingil E, Kender R, *Müşterek Avarya Hukuku* (On İki Levha 2011)
- Ünver Y, ‘YTCK’da Kusurluluk’, (2006) 1 *CHD* 37
- v.Tuhr A, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* (vol 2/2, Duncker & Humblot 1918)  
- and Peter H, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht* (3rd edn, Schulz 1979)
- Wolf, M, Neuner, J, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (11th edn, Beck, 2016)
- Yenisey F and Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu – Strafgesetzbuch (StGB)* (2nd edn, Beta 2015)
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6th edn, Beta 2016)
- Zimmermann R, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (2nd edn, Juta & Co., Beck, Kluwer 1992)





# İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 10.11.2019  
Revision Requested: 06.12.2019  
Last Revision Received: 12.12.2019  
Accepted: 13.12.2019

## Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals

Sıtkı Anlam Altay\*

### Abstract

Certain developments that occurred consecutively in the field of Turkish Trademark Law have rendered the outcome of the violation of the obligation to use a trademark, which exists since the Decree No.556 on Protection of Trademarks (the “Trademark Decree”), debatable. As is known, the non-use of a trademark for a period of five years leads to the sanction of revocation pursuant to the Trademark Decree art. 14 and the Industrial Property Law art. 9. The Paris Convention and TRIPS Agreement also regulate this sanction optionally. The problem at hand arose due to a gap of mere four days between the revocation of the Trademark Decree Art. 14 via Constitutional Court decision, and the date when IPL came into force and said provision was re-enacted through IPL art. 9. As a result of the Constitutional Court’s decision, as of 06.01.2017, the obligation to use the trademark cannot be imposed on the proprietor. As a consequence of the principle of non-retroactivity of laws, IPL art. 9 imposes an obligation to use beginning from the enforcement date of this law. Consequently, since there was no obligation to use for proprietor on the enforcement date, the obligation to use would have commenced on 10.01.2017. This situation is in favor of proprietors who seek to obtain rights based on the trademark they do not use, however to the detriment of an aggrieved party. Although the scholars have different opinions and solution proposals, these proposals seem to be inadequate, unless a provision governing enforcement is added to IPL and it is stated that the five-year period will be calculated considering the period before the enforcement date of the IPL.

### Keywords

Trademark, Revocation due to the non-use, Reasons for revocation, Qualification of the trademark right, Relationship between revocation and defenses

### Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü Davasında Markayı Kullanma Yükümlülüğünün Başlangıç Anına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri

### Öz

Türk Marka hukukunda ard arda yaşanan bazı gelişmeler, Markaların Korunması Hakkında KHK zamanından beri var olan kullanma yükümüne aykırı davranışın sonucunu tartışılır hale getirmiştir. Bilindiği üzere, markanın beş yıl boyunca kullanılmaması, 556 sayılı KHK md 14 ve SMK md 9’a göre iptal yaptırımını beraberinde getirmektedir. Paris ve TRIPS Anlaşmaları da seçimsel olarak bu yaptırımı öngörmektedir. Sorun, Anayasa Mahkemesi kararı ile 556 sayılı KHK md 14’ün iptal edilmesi ve sadece dört gün sonra yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanunu md 9 ile bu düzenlemenin yeniden getirilmesi ile ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi kararının bir sonucu olarak, 06.01.2017 tarihi itibarıyla markayı kullanma yükümü artık marka sahibine yüklenemeyecektir. Kanunların geriye yürümezliği ilkesinin bir sonucu olarak

\* Correspondence to: Sıtkı Anlam Altay (Assoc. Prof. Dr.), Galatasaray University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Istanbul, Turkey. E-mail: SALTAY@gsu.edu.tr ORCID: 0000-0002-0061-4729

To cite this article: Altay AA, “Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals” (2019) 77(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 897. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0099>

İse SMK md 9, yürürlük tarihinden itibaren bir kullanma yükümü getirmektedir. Neticede, SMK'nın yürürlüğe girdiği tarihte, marka sahibi için kullanma yükümü bulunmadığı için, kullanma yükümü ancak 10.01.2017 tarihinden itibaren başlayacaktır. Bu ise, kullanmadığı markaya dayanarak hak elde etmeye çalışan marka sahipleri lehine ve fakat bundan zarar gören kişiler aleyhine bir sonuçtur. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ve çözüm önerileri bulunmakla beraber, SMK'ya yürürlük hükmü eklenmediği ve beş yıllık sürenin SMK'nın yürürlük tarihinden önceki dönem de göz önünde bulundurularak hesaplanacağı belirtilmediği sürece, çözüm önerileri yetersiz kalacak gibi görünmektedir.

#### **Anahtar Kelimeler**

Marka, Kullanmama nedeniyle iptal, İptal sebepleri, Marka hakkının niteliği, İptalin def'ilerle ilişkisi



## Problems Related to the Commencement Date of the Obligation to Use in the Action for Revocation due to the Non-use of a Trademark and Solution Proposals

### Introduction

Within the scope of the Customs Union Agreement, which was signed between Turkey and the European Union, regulations on industrial rights have been achieved through decree laws, in order to ensure compliance with respect to intellectual rights. One part of this harmonization process was the Decree No.556 on Protection of Trademarks<sup>1</sup> (“Trademark Decree”). Many articles of this legislation, which satisfied a great need in its time, were revoked in the context of the evaluation of industrial rights within the scope of property rights<sup>2</sup>. In fact, art. 7/1-1<sup>3</sup>, art. 14<sup>4</sup>, art. 16/5<sup>5</sup>, and art. 42/1-c<sup>6</sup> of the Trademark Decree were revoked through the decisions of the Constitutional Court on different dates. These provisions were revoked on the grounds that, industrial property rights fall within the scope of intangible goods, thus they are property rights governed under article 35 of the Constitution, and that the rights and obligations of an individual, without prejudice to martial law and state of emergency regulated in article 91/1, cannot be regulated by decree laws, rather they have to be regulated by law.

On one hand the need to regulate industrial rights by law, and on the other the need for harmonization with the evolving EU legislation, have required the revision of legislation provided under decree laws and to enact them as laws after necessary amendments are made. Besides, some amendments are required in these regulations to satisfy the developing needs. The Industrial Property Law dated 10.01.2017 and numbered 6769 (the “IPL”) was prepared and enacted as a result of these requirements<sup>7</sup>. In fact, the EU Commission stated in its 2018 Turkey Progress Report dated 17.04.2018 that Turkey is preparing well in the field of intellectual property law<sup>8</sup>.

However, a major problem arose between the two legislations in this process, especially in terms of the consequence of the non-usage of a trademark for a period

<sup>1</sup> Decree on Protection of Trademarks, Decree Number: 556, Official Gazette (“OG”) 27.6.1995/22326.

<sup>2</sup> For detailed information on the revoked articles and their effects see: Ali Paşlı, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Son Dönemdeki İptal Kararlarının Marka Hukukumuzda Etkisi: Boşluk Var mı?’ (2016) 12(46) Legal Intellectual and Industrial Property Rights Review 491, 492 ff; Ali Paşlı, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri* (Vedat 2014) 48 ff.

<sup>3</sup> It is revoked by the Constitutional Court decision, 33/50, 27.05.2015.

<sup>4</sup> It is revoked by the Constitutional Court decision, 148/189, 14.12.2016.

<sup>5</sup> It is revoked by the Constitutional Court decision, 49/46, 13.05.2015.

<sup>6</sup> It is revoked by the Constitutional Court decision, 147/75, 09.04.2014.

<sup>7</sup> Industrial Property Law, Law Number: 6769, Date of Enactment: 22.12.2016, OG 10.1.2017/29944.

<sup>8</sup> <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20180417-turkey-report.pdf>, 69. For detailed information, see Önder Erol Ünsal, ‘2018 yılı Avrupa Birliği İlerleme Raporu Fikri Mülkiyet Hukuku Bölümü’ <<https://iprgezgini.org/2018/04/18/2018-yili-avrupa-birligi-ilerleme-raporu-fikri-mulkiyet-hukuku-bolumu/>> accessed 26 June 2019.

of five years. On one side, the court decision revoking art. 14 of the Trademark Decree came into force on 06.01.2017 whereas on the other side, the same provision was enacted as art. 9 of the IPL dated 10.01.2017 and numbered 6769. Although the provision appears to remain intact, since Trademark Decree Art. 14 has been revoked, the commencement date of the obligation to use the trademark has caused controversy among scholars and in practice.

In this article, after examining the reason for the occurrence of the problem, different opinions will be conveyed; followed by the evaluation of a reasonable solution for this problem.

### **I. Obligation to Use a Trademark**

Pursuant to the IPL, the protection on a trademark begins with the registration of the trademark. However, this does not imply or represent that an unregistered trademark will not be protected. An unregistered trademark is also protected, but pursuant to the IPL, the trademark must be registered to obtain rights based on a trademark<sup>9</sup>. Under both the IPL and the Trademark Decree, which is no longer in force, the trademark must be put into genuine use in order for the person to retain its right on a registered trademark. If a trademark is registered only, this is not sufficient to exercise all rights granted to the trademark either. Pursuant to the IPL art. 9/1, *If, within a period of five years following the date of registration, the trademark has not been put to genuine use in Turkey by the trademark proprietor in connection with the goods or services in respect of which it is registered, or if such use has been suspended during an uninterrupted period of five years, the trademark shall be revoked, unless there are proper reasons for non-use.* In accordance with the EU regulations, the IPL regulates that the non-use of a trademark results in its revocation (IPL art. 26/1-a, corresponding to art. 18 of the EU trademark regulation dated 14.06.2017 and numbered 2017/1001), and that in case of objection by an earlier trademark proprietor to a recent trademark application, as a result of the request of the person whose application is objected to, the proprietor has to prove that the trademark has been put into genuine use in Turkey in terms of goods or services subjected to the objection of the trademark, or that the proprietor has justifiable reasons to its non-use. (IPL art. 19/2, Regulation No. 2017/1001 art. 47/2). In addition, a person faced with infringement proceedings can assert a defense that the person who accused the former has not used its trademark for a period of five years, and in this situation the

<sup>9</sup> In some cases, an unregistered trademark is also protected. For example, pursuant to art. 6/3 of the IPL, if any right has been obtained of an unregistered trademark or any other mark used in trade before the date of application or the date of priority, the trademark application shall be rejected upon opposition by the holder of the said mark. Likewise, in accordance with Art. 25/1 of the IPL, the court shall decide on the invalidity of a trademark if one of the cases listed in Article 6 exists. In other words, even if a trademark is unregistered, if the right is granted through usage, the person based on this unregistered trademark may object to the registration of another person's trademark or even if the trademark is registered, the proprietor of the unregistered trademark may also demand the invalidity of this trademark.

date of the lawsuit shall be taken into account for determining the five year period related to the use (IPL art. 29/2).

Therefore, in order to maintain the right on a trademark, its use is mandatory. If a trademark cannot be used for consecutive five years without interruption or its use is suspended, the trademark will be revoked. For a trademark to be considered used, as it is seen obviously from IPL art. 9/1, (1) the trademark should be used in a certain geographical area, which has been determined as Turkey; (2) use of the trademark must not have been suspended for a certain period of time, which is determined as 5 years; and (3) the trademark must be put into genuine use<sup>10</sup>.

## II. Examination of the Problem

The obligation to use a trademark is not a new regulation introduced by the IPL. The obligation to use was regulated by Trademark Decree art.14 and also it is included in the EU regulations, the Paris Convention and TRIPS. The basis of these legislations is the obligation to use a trademark. Although this obligation is regulated in different ways, the main point is that a trademark only provides rights to the proprietor if it is used<sup>11</sup>. The text of article 14/1 of the Trademark Decree before its revocation through the Constitutional Court's ("ConC") decision dated 14.12.2016<sup>12</sup> read: *If a trademark is not used within a period of five years from the date of registration, without a justifiable reason, or if the use is suspended for a period without interruption of five years, the trademark shall be revoked.*

Only four days after the publication of this decision, the IPL entered into force on 10.01.2017. IPL art. 9/1 is almost a repetition of the abrogated Trademark Decree art 14/1: *If, within a period of five years following the date of its registration, a trademark has not been put to genuine use in Turkey by the trademark proprietor in connection with the goods or services in respect of which it is registered, or if such use has been suspended during an uninterrupted period of five years, the trademark shall be revoked, unless there are proper reasons for non-use.*

If solely the regulations provided under the Trademark Decree and the IPL are taken into consideration, it can be said that the legal order has not changed, however, with the revocation of Trademark Decree art. 14, beginning from 06.01.2017, the obligation to use the trademark no longer exists. As a result of the revocation of Trademark

<sup>10</sup> Art. 9/2 and 3 of the IPL identify the meaning of the usage of a trademark. Since the genuine use of a trademark is not the subject of this study, further explanation will not be provided in this regard. However, for detailed information about the genuine use of the trademark, see Hamdi Yasaman, Sıtkı Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürüya Yusufoglu and Sinan H. Yüksel, *Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi* (Vedat 2004) 628 ff.

<sup>11</sup> As will be assessed in further detail below, the Paris Agreement and TRIPS do not make the use of a trademark mandatory. However, in the event a member state foresees such an obligation, they regulate the consequence to this fact. As Turkey is not an EU member state, it is not possible for the EU Regulation to directly apply within Turkey.

<sup>12</sup> For the Constitutional Court decision 148/189, 14.12.2016.

Decree art. 14, revocation or invalidity of a trademark is no longer demandable due to its non-use. As is known, laws begin to apply from their enforcement date and in principle, they apply only to the cases that have occurred after the enforcement date. Hence, a proprietor can only be put under such an obligation after 10.01.2017, the enforcement date of the IPL, since there is no obligation to use the trademark at its enforcement date.

From this point of view, it is necessary to evaluate the problem caused by the revocation decision and the enactment of the same provision after four days in line with the revoked provision, as well as its reflections to the discussions among scholars. The reason is that, after the ConC decision, it is no longer mandatory to use a trademark and under the IPL art. 9, the legislation foresees that a trademark should be revoked if not used for a period of five years. In this case, for a trademark that has not been used before enforcement of the IPL (for example a brand that has not been used for 7 years), since it has not been used without a justifiable ground for five years, can it be revoked immediately after 10.01.2017? Thus, the main problem that arises with the revocation decision of ConC and the enforcement of the IPL is the determination of the beginning date of non-use. In other words, an “action for revocation” lawsuit due to non-use which is filed between 06.01.2017 and 09.01.2017 is bound to be rejected; because the provision that foresees revocation on the grounds of non-use is no longer in force on the date of initiation of the lawsuit. On the other hand, in a lawsuit initiated after 10.01.2017, the problem is the determination of the date when the 5-year period of non-use will begin.

There are three opinions on this issue. *Pursuant to one opinion*, as a result of the ConC’s decision, the 5-year period will be taken into consideration only from the enforcement date of the IPL, based on the principle of non-retroactivity of laws; the period of “non-use” before the enforcement date of the IPL will not be considered. Accordingly, until 10.01.2022, revocation of a trademark cannot be requested due to its non-use and revocation decision cannot be made<sup>13</sup>. Pursuant to the *second opinion* in this regard, the period before the entry into force of the IPL should also be taken into consideration in terms of the duration of non-use in the revocation lawsuits filed after the enforcement of the IPL no. 6769 which have not been rejected and are pending<sup>14</sup>. As a matter of fact, this second opinion is prevailing in the jurisprudence of courts as well as among the scholars. *Pursuant to a third opinion*, the provision of the IPL which regulates revocation due to non-use of a trademark shall enter into force on 10.01.2024<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Hayrettin Çağlar, ‘6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK M. 14 Hükümünü İptal Eden Kararının Etkileri’ (2017) XXI(1) Gazi University Faculty of Law Review 3-19.

<sup>14</sup> Paşlı, ‘Boşluk Var mı?’ (n 2) 492 ff; Paşlı, *Uluslararası Antlaşmaların Etkileri* (n 2) 48 ff.

<sup>15</sup> See Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, *Sınai Mülkiyet Kanunu* (Vedat 2017) XXI, XXII. Also see Ünal Tekinalp, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu* (Batider 2017) 613, 615.

Before discussing different ideas on this issue, the reasons for the revocation of the ConC should be examined given that the ConC decision is the basis of the discussions about the commencement date of non-use. Once the reasons for revocation of Trademark Decree art. 14 are identified, the validity of the proposed solutions can be discussed.

### **A. Justification of the Constitutional Court's Decision Concerning the Revocation of Trademark Decree Art.14**

Paragraphs 11, 12 and 13 of the ConC's decision regarding the revocation of art. 14 explains grounds for the revocation of the article. Pursuant to the relevant paragraphs in the decision;

*"11. In the first paragraph of Article 35 of the Constitution, it is stated that every single person has the right to property and inheritance. The second paragraph indicates that these rights can only be restricted by laws and on behalf of public interest. The third paragraph regulates that the exercise of the property right cannot contradict with the benefit of society.*

*12. In the first paragraph of Article 91 of the Constitution, it is mentioned that "... without prejudice to martial law and state of emergency, the fundamental rights, individual rights and duties of the first and second chapters of the second part of the Constitution and the political rights and duties of the fourth chapter cannot be regulated by decree laws." Accordingly, it is not possible to regulate property rights provided in the second chapter of the Constitution entitled 'Rights and Duties of the Individual' with a decree law.*

*13. The subject of the property right is tangible and intangible goods. While movable and immovable goods are within the scope of tangible goods, intellectual and industrial property rights are in the scope of intangible goods. The rights which a trademark provides to its proprietor are called "trademark rights" and these are covered by intellectual and industrial property rights. Therefore, the rule subject to the objection cannot be regulated by the decree law since it is related to the trademark right which constitutes the subject of a property right."*

As is seen, the decision clearly states that property can only be restricted by law and it is concluded that the right to a trademark cannot be terminated based on a regulation made under the decree law. In this case, when trying to find a solution to the aforementioned problem, it should be taken into consideration that the property right cannot be restricted by any legislation or decision other than laws<sup>16</sup>.

### **B. Opinions of and Solutions provided by Scholars about the Possible Solution to the Problem**

The legal status after the ConC decision and the date based on which the period of non-use will be determined has been the subject of discussion among scholars and in practice. For revocation due to non-use, there are basically three opinions about

<sup>16</sup> Trademark right is not a property right but is an absolute right in terms of the classification of Private Law rights in Turkish Law. However, the Constitutional Court also dealt with the interference with an absolute right within the scope of the regime of interference with the property right.

whether the non-use period begins from the enforcement date of the IPL and about the validity of the periods in general. These opinions are related to the beginning of the periods of non-use to be considered in the action for revocation proceedings initiated after the date of entry into force of the IPL. In fact, there is another view, albeit no longer valid, which has been the subject of a controversy, that there is no problem in terms of lawsuits that are initiated before the enforcement of the IPL and finalized pursuant to IPL art. 9. These views and proposed solutions will be discussed below.

### **1. Evaluation of the View that Even the Lawsuits Filed Before the Enforcement Date of the IPL Should not be Rejected**

One opinion is that there is no problem in terms of the lawsuits initiated during the enforcement period of the IPL and pursuant to the art. 9, a trademark can be revoked<sup>17</sup>. Pursuant to this opinion, the legal gap can be filled by the judges pursuant to Turkish Civil Code art.1 by creating a rule that it would make as a legislator. However, pursuant to the decisions of the Court of Cassation immediately after the Constitutional Court's decision, the ConC's decision should be taken into account in the lawsuits that have been initiated before the ConC's decision and have not yet become final, and the lawsuit should be rejected.

The decision of the 11<sup>th</sup> CC of Court of Cassation dated 16.01.2017, with file no. ("F.") 2016/14406, and decision no. ("D.") 2017/263<sup>18</sup>, is as follows:

*"The proceeding is related to the request of invalidity based on the non-use of the trademark numbered 2002/02839 and registered in the name of the defendant, and the court has decided to reject the request for invalidity as a result of the proceedings made in accordance with the revocation of our Chamber. However, it has been understood that the Constitutional Court's decision dated 14.12.2016 and numbered 2016 F., 2016/189 D, which thereafter entered into force through publication in the official gazette dated 06.01.2017, revoked Article 14 of the Trademark Decree. As the said revocation decision of the ConC should be taken into consideration in pending lawsuits without prejudice to acquired rights, justification of the rejection of the lawsuit is deemed appropriate based on its result, and pursuant to Code of Civil Procedure Art. 436, it is required to uphold the decision through amending its justification."*

As a matter of fact, following decisions are in the same line with the above-cited decision. Pursuant to the decision of the 11<sup>th</sup> CC of the Court of Cassation dated 06.05.2019 and 2018/1980 F., 2019/3382 D.<sup>19</sup>;

<sup>17</sup> Ali Paşlı, 'Anayasa Mahkemesi'nin MarkKHK m.14'ü İptal Kararı'nın Etkisi: Kullanmama Gerekçesine Dayalı Hükümsüzlük/İptal Davaları Düşecek Mi?' (20 January 2017) <[www.ticaretkanunu.net/makale-25](http://www.ticaretkanunu.net/makale-25)> accessed 26 June 2019.

<sup>18</sup> <[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)> accessed 24 June 2019.

<sup>19</sup> <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>> accessed 24 June 2019. For decisions in the same line, see also decision of the 11<sup>th</sup> CC of the Court of Cassation 5286/6916, 05.12.2017; decision of the 11<sup>th</sup> CC of the Court of Cassation 13889/7353, 26.11.2018.

*“...that the trademark is invalidated due to non-use; however, after the date of decision, the Constitutional Court’s decision dated 14.12.2016 and 2016/148 F. and 2016/189 D. revoked Article 14 of the Trademark Decree Law, the said revocation decision should be considered in pending proceedings without prejudice to acquired rights, and that all proceedings instituted on the grounds of non-use under Article 14 of Trademark Decree, including this lawsuit, have lost their legal ground without affecting acquired rights, and that this lawsuit should also be rejected for the same reasons. The decision of the 11<sup>th</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation dated 16.01.2017 and numbered 2016/14406 F.-2017/263 D. accepted the application of the defendant’s attorney’s appeal and dismissed the lawsuit by rendering a judgment through abrogating the decision of the first-instance court”.*

In this respect, pursuant to the decisions of the Court of Cassation, it is out of discussion that the lawsuits filed before the date of the ConC decision of 06.01.2017 should be rejected due to the ConC decision.

## **2. Evaluation of the Opinion that the Periods before the Enforcement Date of the IPL shall be taken into Consideration in terms of Determination of the Non-Use Period**

Below, we will convey the relevant opinion and our subjective criticisms thereon, followed by an assessment of the judicial decisions regarding this opinion.

### **a. Explanation of the View**

Pursuant to the second opinion which is adopted by the majority of scholars, the period of non-use prior to the enforcement of the IPL should be taken into consideration in the lawsuits of revocation based on the ground of non-use and filed after enforcement date of the IPL<sup>20</sup>. Pursuant to IPL art.9, it is possible to re-institute the proceedings which are rejected and finalized due to the absence of a provision to be applied after the revocation decision of ConC<sup>21</sup>. As a matter of fact, decisions of the Court of Cassation and the Court of Appeal approving this view will be examined below.

Advocates of this view claim that, the judge has authority to fill the gap by creating a rule that it would make as a legislator in accordance with Art. 1 of the Turkish Civil Code. The Turkish Civil Code authorizes the judge to create law. Pursuant to this provision, *“The law applies to all matters which it refers to with its wording and spirit. In the absence of a provision, the judge shall decide in accordance with customary law, and in the absence of customary, in accordance with the rule that it*

<sup>20</sup> It is stated in the "Current Developments and Problems in the Action for Revocation Due to Non-Use in Trademark Law" held by AIPPI on 9 March 2018, that most of the panelists should also take into consideration of the non-use before 10.01.2017 in revocation proceedings that instituted after the enforcement date of the IPL. See Önder Erol Ünsal, 'Marka Hukukunda Kullanmama Nedeniyle İptal Müessesesinde Yaşanan Güncel Gelişmeler ve Sorunlar Paneli'nden İzlenimler' (11 March 2018) <<https://iprgezgini.org/2018/03/11/marka-hukukunda-kullanmama-nedeniyle-iptal-muessesesinde-yasanan-guncel-gelismeler-ve-sorunlar-panelinden-izlenimler>> accessed 26 June 2019. See also, Paşlı (n 17).

<sup>21</sup> See Arzu Oğuz, 'Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali Konusunun Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi' [2017] 128 Terazi Legal Review 21, 28 ff.

would make as a legislator. The judge, benefits from scientific opinions and judicial decisions in rendering its judgement.”

Pursuant to this opinion, the judge may accept that the five-year period commences before the enforcement date of IPL through creating law under the Turkish Civil Code art. 1. There are three grounds for this claim.

**First**, pursuant to those who adopt this view, the general will of legislator is to sanction non-use with revocation, and therefore judge should fill the gap in line with this intention<sup>22</sup>. However, as will be explained below, the problem is not related to the general will of legislator, but to the form of expression of this will. In addition, as stated in the Court of Cassation’s decision to be examined below, accepting that the will of the legislator based on the date of promulgation of laws by Turkish Grand National Assembly is a very forced solution in terms of legal methods.

The second basis underlying the requirement of the judge to fill the gap is based on the provisions and order provided under international agreements. The basis of this claim is the Paris Convention and the TRIPS Agreement. To serve as a reminder, article 5 / C (1) of the Paris Convention reads: “**If, in any country, use of the registered mark is compulsory, the registration may be cancelled only after a reasonable period, and then only if the person concerned does not justify its inaction.**”. Pursuant to TRIPS art. 19/1, “**If use is required to maintain a registration, the registration may be cancelled only after an uninterrupted period of at least three years of non-use, unless valid reasons based on the existence of obstacles to such use are shown by the trademark owner**”.

The third basis of this opinion is that Article 14 of the abolished Trademark Decree regulated that unused trademarks will be sanctioned with revocation, therefore a period of 5 years plus 4 days will be required for the revocation of an unused trademark registered prior to the enforcement of the IPL, and the reason for the four-day supplementary period being the 4-day period between 06.01.2017 and 10.01.2017<sup>23</sup>. This period is named as a grace period and the reason for this period is based on the fact that there is no obligation to use the trademark in this 4-day period<sup>24</sup>. Pursuant to this view, since there is no responsibility to use the trademark within the 4-day period, the requirement of the ConC decision will be complied with by adding a 4-day period to the periods that have lapsed prior to the enforcement date of the IPL<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Numan Sabit Sönmez, ‘6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar’ (2018) 76(1) İstanbul Law Review 277–308.

<sup>23</sup> Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (4th edn, On İki Levha 2018) 998-999; Osman Umut Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları* (Lykeion 2017) 105.

<sup>24</sup> Karaca (n 23) 105, 106.

<sup>25</sup> ibid 106.



## **b. Our Criticisms to the Opinion**

We disagree with the opinion that the general will of the legislator is to envisage a five-year period for revocation and that the judge should fill the legal gap accordingly. The fact that there is only 4 days between the ConC's decision, and the enforcement date of the IPL is not a reason to eliminate the impact of the ConC's decision. Although the will of the legislator is manifested in both the Trademark Decree no. 556 and the IPL as foreseeing revocation as a result of non-use, the ConC has not deemed appropriate that this will is manifested through a decree law.

The problem is the form in which the legislator manifested this will. In the first paragraph of article 35 of the Constitution, it is stated that every single person has the right to property and inheritance. The second paragraph indicates that these rights can only be restricted by laws and for serving a public interest. The third paragraph regulates that the exercise of a property right cannot contradict the benefit of the society. In this case, bearing in mind that the Constitutional Court applies this principle relating to the property right to the trademark right having the character of an absolute right, the restriction of this right can only be made by laws, and therefore introducing such a restriction through a decree law would be contrary to the Constitution. If the property rights and trademark rights considered to be an absolute right are subject to restriction, the manner of this restriction is determined by the Constitution. In demonstrating its will, the legislator must comply with the essential legal norms.

Although the will of the legislator has not changed, since there was no obligation to use the trademark as at the enforcement date of IPL, acting as if such an obligation exists would be contrary to the principle of legal security and certainty, and the requirements of the ConC's decision. In this context, it is inaccurate in terms of legal methods to determine the will of the legislator pursuant to the date of promulgation of a law, as opposed to its publication date. In brief, pursuant to the ConC, it should not be accepted that the right to property (the absolute right on a trademark) which can only be restricted by law, could be restricted by the will of the judge. Moreover, it cannot be accepted that there is a legal gap<sup>26</sup>. Since the rule is obvious: laws do not apply retroactively.

Further, we do not agree that international agreements constitute a basis for creating law. Neither the Paris Convention nor TRIPS foresee an obligation to use the trademark for a period of five years. Under both agreements, the non-use is subject to revocation in cases where the use of the registered trademark is mandatory. While the Paris Convention does not specify a period of time, the TRIPS regulates a period of three years. In other words, both legislations do not require the use of a trademark; and foresee that only in countries where usage of trademark is mandatory a trademark

<sup>26</sup> Çağlar (n 13) 16-18; Zeynep Bahadır, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali* (Turhan 2018) 242, 243.

can be revoked due to nonuse “after a reasonable period of time” pursuant to the Paris Agreement, and at the earliest “three years later” pursuant to the TRIPS.

With the Constitutional amendment dated 7 May 2004, a sentence has been added to article 90 of the Constitution of 1982 and the final text of art. 90/3 which reads as follows: “*International agreements duly put into effect have the force of law. No appeal to the Constitutional Court shall be made with regard to these agreements, on the grounds that they are unconstitutional. In the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms, and the laws due to differences in provisions regulating the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.*”<sup>27</sup>. As is seen, if an international agreement is duly enforced, it has the force of law<sup>28</sup>. In other words, the international agreements indicated below that are promulgated by and enforced in Turkey have the status of domestic law, and even the claims that they are unconstitutional cannot be heard.

While this is the case for international agreements, it applies solely to the provisions of international agreements which apply directly. *Aybay* distinguishes between directly applicable agreements and non-directly applicable agreements: According to the author, the directly applicable agreements could become part of domestic law without need for the national legislator to enact additional legislation; therefore, includes rules that can be applied by courts and other law enforcement officials. On the contrary, the addressee of the provisions of a treaty that are not directly applicable are not legal practitioners but the legislature instead. National law enforcers are not obliged to directly apply agreement provisions that are not directly applicable. For such an application, there is a need for a legislative act (law) to ensure that the provisions of that treaty are applied at the domestic level<sup>29</sup>.

In case of a conflict occurs between a Turkish law and a non-directly applicable treaty provision concerning “fundamental rights and freedoms”, such a conflict would be out of the scope of the sentence added to Article 90. Since in such a case, the court has only one provision (the provision of the law), not two separate and

<sup>27</sup> In May 2004, the Constitution was amended for the eighth time by the Law No. 5170 dated 07.05.2004, OG 22.5.2004/25469. See Necmi Yüzbaşıoğlu, ‘Mayıs 2004’de Anayasanın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme’, in Öget Öktem Tanör (ed), *Bülent Tanör’e Armağan* (Legal 2004) 782 ff.; Derya Belgin, ‘Anayasa’nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2008) 66(4) Ankara Bar Review 110-113; Rona Aybay, ‘Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri’ (2007) 70 Turkish Bar Association Review 187-213.

<sup>28</sup> Pursuant to the decision of the 11<sup>th</sup> CC of the Court Cassation 6046/8539, 04.06.2007, “The last paragraph of Article 90 of the Constitution of the Republic of Turkey, contains a provision regulating that “International agreements duly put into effect have the force of law.”. Although the provisions of the TCC (*Turkish Commercial Code*) concerning transportation are still in force, although the CMR Convention governing international transports, which came into force after the TCC, and became an internal law rule should be applied as a priority, the judgement rendered through the application of the provisions of the TCC and excluding the provisions of the mentioned Convention based on unlawful grounds was not deemed correct.”. In the same direction, see decision of the 11<sup>th</sup> CC of the Court Cassation dated 25205/9678, 28.09.2019; decision of the 11<sup>th</sup> CC of the Court Cassation dated 2970/4599, 07.04.2008.

<sup>29</sup> *Aybay* (n 27) 206, 207.

binding provisions having the same force which may apply to the same issue; and therefore, there is no question of a “conflict of law“ regarding fundamental rights and freedoms. In such a situation, the non-directly applicable agreement provision can only assist in the interpretation of the legal provision<sup>30</sup>.

The Paris Convention and the TRIPS, whose provisions are cited above, are not directly applicable agreements<sup>31</sup>. The provisions in these agreements may find application only if the Turkish law stipulates an obligation to use a trademark. However, the compulsory obligation to use a trademark was abolished with the decision of ConC.

One opinion of scholars argues that, as a consequence of the decision of the ConC, it needs to be acknowledged that there is a legal gap in the IPL which needs to be filled by the judge taking the Turkish Civil Code art. 1, the Paris Convention and the TRIPS agreement as basis<sup>32</sup>. However, in our opinion, although the authority of judge to fill a legal gap and create law is accepted by the legal order, bearing in mind art. 35 and 91 of the Constitution, granting such an authority to the judge would violate the principle of legal certainty. It is unacceptable for intellectual property rights that are subject to the regime of the property rights to be restricted merely and directly by a judge’s decision in the face of express provisions of the Constitution stated above and the decision of ConC. While it is stated that the restriction of the right to property may only be introduced by law (not even with a decree law), it should be out of question for a judge to restrict the right to property.

We do not agree that the effect of the ConC is limited to the addition of a 4-day period to the periods that have lapsed before the enforcement date of the IPL. As mentioned above, it should be accepted that the obligation for a trademark holder to use the trademark commences as of the enforcement date of the IPL. The reason is that, with the revocation of Article 14 of the Trademark Decree by the ConC’s decision, such a provision no longer exists. As stated in the decisions of the Court of Cassation<sup>33</sup>, it should be accepted *that all lawsuits initiated on the grounds of non-use in accordance with Article 14 of Trademark Decree, lost their legal grounds*. Likewise, after the ConC’s decision, aside from the acquired rights, the obligation to use a trademark for 5 years no longer has a legal basis. The impact of the ConC’s decision is not limited to the addition of 4 days to the period before the enforcement date of IPL, as argued in this opinion; with the ConC decision, the legal basis of the obligation not to use the trademark for 5 years has been abolished.

<sup>30</sup> ibid 207.

<sup>31</sup> See Paşlı, ‘Hükümsüzlük/İptal Davaları Düşecek Mi?’ (n 17); Paşlı, *Uluslararası Antlaşmaların Etkileri* (n 2) 154 ff.

<sup>32</sup> Paşlı, ‘Hükümsüzlük/İptal Davaları Düşecek Mi?’ (n 17).

<sup>33</sup> Decisions given in the 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> footnotes.

### c. Judicial Decisions

In its below decision, the Court of Cassation has rendered a decision stating that the non-usage terms prior to the enforcement of the IPL should be taken into consideration.

Pursuant to the Court of Cassation 11<sup>th</sup> CC file no. 2019/1765, decision no. 2019/4421 and dated 14.06.2019:

*“In principle laws do not retroactively apply and instead have their consequences proactively, notwithstanding the Turkish Grand National Assembly is not prevented from enacting laws that apply retroactively. Even though it is understood that the statutory provisions governing revocation and defenses due to non-usage under the IPL no. 6769 is understood to be enforceable as of the date of its publication in the Official Gazette due to the absence of a specific provision governing its date of enforcement, bearing in mind that the Law has been published in the Official Gazette on 10.01.2017 but has been enacted on 22.12.2016, as the Constitutional Court order revoking art. 14 of the abrogated Trademark Decree was published in the OG on 06.01.2017 and enforced on this date and hence this provision was in force up until this date, given that the legislator’s will relating to the enactment date of the IPL was formed on 22.16.2016 [sic], that it should be accepted that the legislator was mainly aiming to foresee that a trademark would be revoked retroactively due to non-usage, and that the legal gap relating to enforcement after the Constitutional Court’s decision which could not have been foreseen should be filled in this manner (see Numan Sabit SÖNMEZ, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar, The Consequences of Non-Usage of Trademark pursuant to the Industrial Property Law No. 6769”, İHFM, No. 76(1), p. 283 ff., accessed on <http://dergipark.ork.tr/download/article-file/545172>), as it is understood that neither the decision of the court of first instance on the lawsuit initiated on 10.07.2017 having assessed that IPL no. 6769 is enforced retroactively encompassing the period prior to its date of enforcement, and ruling on the revocation of the trademark due to having revealed that it has not been used by the trademark owner in a serious manner with respect to the goods and services for which the trademark was registered during the previous five year period within Turkey, nor the decision of the Court of Appeal rendered upon the appeal of the former decision rendered after conducting an assessment dismissing the appeal request with prejudice are found inappropriate bearing in mind that the legal principles that need to be applicable to the dispute at hand, and that these decisions are in conformity with procedure and laws, in the absence of grounds for the application of art. 369/1 and 371 of the Civil Procedure Code, it has become necessary to rule for the APPROVAL of the decision of the Court of Appeal.”*

In our opinion, the conclusion derived through the cited Court of Cassation decision is in line with the ideal legal consequence that needed to be reached through including a specific provision in the IPL governing enforcement with respect to revocation of trademarks; notwithstanding is not lawful. Bearing in mind that laws enter into force through announcement in the Official Gazette, and unless foreseen otherwise, govern events after their date of enforcement, alleging that the legislator’s will is to enforce the Law as of its date of promulgation would damage the principal of legal certainty.

The decision of the Antalya Regional Court of Justice (Court of Appeal) 1<sup>st</sup> CC with file no. 2017/1248, decision no. 2017/1555 and dated 29.12.2017 is as follows:

*“As foreseen in article 90/ultimate paragraph of the Constitution, international agreements duly put in force have the force of law. In fact, no application can be made before the Constitutional Court against these [agreements] due to violation of the Constitution. The Constitution therefore foresees that a principle foreseen in international agreements legally have the force of “Law” and has not accepted them as inferior with regards to the “hierarchy of norms”. It could therefore be concluded that granting the provision of an international agreement the force of law is a constitutional obligation (decision of the Assembly of Civil Chambers dated 09.12.2015 with file no. 2015/10-1824 and decision no. 2015/2903).*

*Art. 5/C-1 of the Paris Agreement and art. 19/1 of TRIPS, which are international agreements that have been enforced in line with article 90/ultimate paragraph of the Constitution have the force of law, and thus the court of first instance’s justification based on the lack of a legal provision that could apply to the case at hand is not accurate, and as it has been understood that the court has rendered its decision without regard to these provisions, without collecting evidence submitted by the parties relating to the merits of the lawsuit, the defendant’s appeal of the decision of the Court of First Instance is granted by its merits...”*

Notwithstanding, we are of the opinion that this decision has overlooked the fact that the art. 5/C-1 of the Paris Agreement and art. 19/1 of TRIPS are not directly applicable provisions. The reason is that, in order for an international agreement to have the force of law, its provisions need to introduce substantive principles as do the statutory provisions. Nevertheless, as stated above, the said provisions do not entail an obligation to use the trademark. Instead, they state that the consequence of non-usage where there is an obligation to use is revocation. Moreover, the Paris Agreement has not specified a specific term of non-usage, while TRIPS has stated that this time period needs to last for at least three years. In conclusion, albeit in line with *de lege feranda*, the decision is not in line with the conditions for the application of international agreements. Indeed, a decision of the same Antalya CoA 16<sup>th</sup> CC rendered in May, it has expressly declared having abandoned its opinion specified above.

### **3. Evaluation of the Opinion that the Periods Lapsed prior to the Enforcement Date of the IPL shall be Taken into Consideration in terms of Determination of Non-Use Period**

#### **a. Explanation of the View**

As is known pursuant to art. 152/3 of Constitution, revoked laws are abolished as of the date of publication of the Constitutional Court’s revocation decisions in the Official Gazette. If necessary, the Constitutional Court may also stipulate the date of enforcement of its revocation decisions. This date cannot exceed one year as from publication of the decision in the Official Gazette. Also pursuant to Art. 152/5

of the Constitution, a revocation decision is not retroactively applicable. Hence, the decision on the revocation of art. 14 of Trademark Decree is effective as from 06.01.2017 which is the date of publication of the decision in the Official Gazette. In other words, the non-use of a trademark for a period of five years or longer cannot be accepted as grounds for revocation of the trademark from 06.10.2017 onwards. By coming into force 4 days after the publication of the above-mentioned decision in the Official Gazette, the IPL reintroduced the obligation of using trademark.

Pursuant to the view that we also share, as long as an enforcement provision is not added to the IPL, the periods of non-use prior to 10.01.2017 cannot be taken into consideration<sup>34</sup>. The reason is that, the article that foresaw revocation as a consequence of the non-use of a trademark is revoked with the ConC decision dated 06.01.2017. In this case, the revocation of trademark as a legal institution was not in force as at the enforcement date of the IPL<sup>35</sup>. On the other hand, a law is applicable to events that occur after the date of its enforcement, and as a rule, it cannot apply retroactively; unless an enforcement provision is regulated where it is clearly stated that it will also apply to the events that occurred before the law entered into force<sup>36</sup>.

The rule of law provided for in art. 2 of the Constitution refers to a state that is based on human rights, who protects and strengthens these rights and freedoms, whose acts and transactions are in accordance with law, who maintains and develops a fair legal order in every field, establishes legal security, avoids situations and attitudes incompatible with the Constitution, renders the law sovereign to all state organs, and is open to judicial control.

The principle of legal security, which a state of rule of law is obliged to ensure, is the common value that requires legal norms to be predictable, that individuals can trust the state in all their acts and transactions, that the state avoids methods that damage this sense of trust in legal arrangements, and that is protected in fundamental rights guarantee. As a rule, legal security obliges non-retroactivity of laws. Therefore, since the laws can be applied to legal situations after the date of their enforcement in accordance with the ‘principle of non-retroactivity of laws’, a subsequent law does not apply to events prior to the date of its enforcement<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Çağlar (n 13) 12 ff.

<sup>35</sup> *Karaca*, on the other hand, acknowledges that, while as a rule, the laws are applicable to events that occurred between the date of enforcement and the dates of their abolition, the new rules may also apply to events that commence to take place in advance and continue to take place on the date of enforcement of the new regulation. See *Karaca* (n 23) 103-105. We will discuss below which laws can be applied to existing rights. See below, no. 3.

<sup>36</sup> For example, there are special regulations in Articles 3 and 4 of the Law on the Enforcement and Application of the Turkish Commercial Code with regard to its application to the events before the entry into force of the Turkish Commercial Code No. 6102. Therefore, which events that took place when the old law (this term was used by the Code) was in force would be subject to the provisions of the TCC no. 6102.

<sup>37</sup> For the ConC’s decision see Application No: 2014/15237 Date of Decision: 25/7/2017, OG 2.8.2017/30142; <[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)> accessed 25 June 2019.

Art. 192 of the IPL is an enforcement provision and does not contain any regulation that permit the IPL to be applicable to past events. On the contrary, it is indicated that the provisions except articles 23, 26, 46 and 69 -hence, including art. 9 of the IPL- will enter into force on the date of publication of the IPL. The consequence of the non-retroactivity of laws is that the period for the obligation to use starts from the date of enforcement of the IPL. Pursuant to art. 9 of the IPL, the five-year period of non-use shall be calculated only from the date of entry into force of this Law, in other words from 01.10.2017. Thus, it was stated by the authors who adopted this view that Court of Cassation decisions were in this direction<sup>38</sup>. As a result, action for revocation based on the non-use of a trademark may be filed only as of 10.01.2022. However, pursuant to art. 192/1-a of the IPL, the provision regarding the revocation of a trademark by applying to the Turkish Patent and Trademark Office (“TPTO”) will enter into force 7 years after the publication date of IPL. In other words, the authority of the TPTO to revoke will begin in the year 2024 (art. 192/a governing enforcement). Until this authority of the TPTO comes into force, the authority to revoke shall be exercised by the courts in accordance with the principles provided in this article (Provisional art. 4 of the IPL). In the event that the legal regulations are adhered to, revocation cannot be requested based on the non-use of a trademark until 10.01.2022<sup>39</sup>. After this date, this request may be made before the courts; and as of 10.01.2024, this request can be made before the TPTO.

In our opinion, the most reasonable solution to this problem is to add a provision to the enforcement article in the IPL and ensure that the periods that lapsed prior to the entry into force of the IPL are taken into account. However, it is useful to approach the situation in terms of the Constitution<sup>40</sup>. In some cases, the legislator introduces provisions governing enforcement for a later enacted law to be valid from the date of entry into force of a Constitutional Court’s revocation decision. However, as stated in the ConC decisions, *“As a rule, the legal security that the rule of law is obliged to ensure requires that in principle the laws are not retroactive. Pursuant to the principle of non-retroactivity of laws, laws shall be enacted in principle to be applied to events, proceedings and acts after their effective date, except for certain exceptional cases, such as the protection of acquired rights and the improvement of financial rights required by the public interest and public order.”*<sup>41</sup>.

In practice, statutory provisions which have adopted effective dates starting from the revocation decision of the Constitutional Court, despite their subsequent entry into force, have generally not been subject to a dispute. Particularly, as stated in the ConC

<sup>38</sup> See decisions provided in the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> footnote.

<sup>39</sup> Çağlar (n 13) 15 ff, Bahadır (n 26) 242-243.

<sup>40</sup> For detailed and comprehensive information on this issue, see Özen Ülgen, *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri* (On İki Levha 2016) 162 ff.

<sup>41</sup> ConC decision 82/66, 30.05.2006. See *ibid*.

decision mentioned above, the retroactive application of laws in cases where public interest and public order require is accepted. However, in particular, the acceptance of the retroactive application of unfavorable provision was deemed to be contrary to the principle of the rule of law and was subject to revocation by the ConC<sup>42</sup>.

As a matter of fact, *Çolak* also states that the right to property cannot be interfered with by the judge replacing the legislator and creating a law, that the legal gap arising from the revocation decision of the Constitutional Court cannot be filled in this way<sup>43</sup>.

In our view, as a requirement of the principle of the rule of law, an article should have been inserted into the IPL in order commence the enforcement in advance, starting from the decision of the Constitutional Court dated 06.01.2017. However, unless this is done, in our opinion, it is not possible to extend the obligation to use to the periods lapsed before 10.01.2017<sup>44</sup>. Although this state of legislation disturbs our sense of justice, facts including the effects of the revocation decision of the Constitutional Court, the scope of the enforcement article of the IPL, the relevant right having the character of an absolute right and that the interference in an absolute right cannot be ensured by the judge creating a law should not be ignored.

## b. Judicial Decisions

As is the case among scholars, the jurisprudence of courts was also divided into two after the ConC decision. While pursuant to some of the judgments, it is not possible to take into account the periods lapsed prior the entry into force of the IPL due to the ConC decision, pursuant to other decisions, there is no legal gap bearing in mind the existence of international agreements and the provision of 90/3 of the Constitution, and the periods of non-use, even before the date of entry into force of the IPL, shall be taken into consideration.

The following decision states that the periods of non-use should be commenced from 10.01.2017 and that the periods of non-use for prior to the entry into force of the IPL shall not be taken into consideration. *Çolak* also stated in his book that the application of the 16<sup>th</sup> Civil Chamber of the Istanbul Court of Appeal was in this direction, but he did not present a precedent<sup>45</sup>.

Pursuant the decision of Istanbul 2<sup>nd</sup> Civil Court of Intellectual and Industrial Property Rights 2017/18 F., 2017/199 D., dated 24 October 2017,

<sup>42</sup> Pursuant to ConC decision 42/44, 27.05.2003; “*For the reasons explained, it is not fair to mention that in the rule of law, which is obliged to establish and maintain a fair legal order, a regulation which results unfavourable is just as it is in the objection rule. The rule is contrary to Article 2 of the Constitution. Revocation is required.*”. See Ülgen (n 40) 165-166. Also see Çağlar (n 13) 12.

<sup>43</sup> Çolak (n 23) 999.

<sup>44</sup> Çağlar (n 13) 14; Bahadır (n 26) 243-244.

<sup>45</sup> Çolak (n 23) 998.



*“Even though there is a similar provision in Article 19 of TRIPS which Turkey is a party to, bearing in mind that this provision can be applicable in the presence of obligation to use a trademark, that after the revocation of Art. 14 of Decree-Law no. 556 there is no obligation to use the trademark for the period before the date of 10.01.2017, which is the effective date of IPL, that it is not possible to apply provisions of TRIPS for this period, that even though Article 9 of the Industrial Property Law no. 6769, which entered into force after the revocation decision and was in force on the commencement of the date of this lawsuit, stated that if, within a period of five years following the date of registration, the trademark has not been put to genuine use in Turkey by the trademark proprietor in connection with the goods or services in respect of which it is registered, or if such use has been suspended during an uninterrupted period of five years, the trademark shall be revoked unless there are proper reasons for non-use, this provision may apply after the enforcement date of the Law, bearing in mind that the defendant did not have an obligation to use its registered trademark before the effective date of the IPL, and that because of the revocation decision of Constitutional Court the period of 5 years has not expired after the enforcement date of IPL, it has become necessary to rule for the REJECTION of the lawsuit.”*

As it can be seen, it was stated that the non-use obligation could only be taken into consideration as of the effective date of the IPL during this early period when the IPL entered into force and the duration of prior non-use should not be taken into account.

#### **4. The View that Art. 9 of the IPL will not Enter into Force Until 10.01.2024**

Pursuant to another view among scholars, an action for revocation based on Article 9 of the IPL may be initiated after 7 years from 10.01.2017<sup>46</sup>. However, in our opinion, bearing in mind the provisional article 4 of the IPL, this view cannot be defended. Pursuant to the enforcement provision of the IPL, which is art. 192/1-a, article 26 of the IPL shall enter into force seven years after its publication. Article 26 of IPL regulates the revocation of a trademark by the trademark office due to its non-use, and not the invalidity of the trademark. Until the effective date authorizing the TPTO, the authority to revoke will be exercised by the courts pursuant to the principles provided in this article (Provisional art. 4). In other words, the action for revocation based on non-use will theoretically be filed before the Courts until 2024. However, due to the decision of ConC and the lack of necessary provisions in the IPL, it will be possible for the courts to decide for revocation based on non-use only after 5 years from the date of entry into force of the IPL. In other words, the courts will be able to decide on the revocation of the trademarks until the authorization issued in Article 26 of the IPL passes to the TPTO. Therefore, the institution of revocation of a trademark was granted to the TPTO and this authority of the TPTO starts in 2024. It is understood from the provisional article 4 of the IPL that the courts are (theoretically) competent until that date.

<sup>46</sup> Tekinalp and Çamoğlu (n 15) XXI, XXII; Tekinalp (n 15) 613, 615.

## **E. The Effect of the Debates about the 5-Year Non-Use Period in terms of Revocation on the 5-Year Usage Requirement Required in Lawsuits of Opposition and Infringement on Trademark Right**

As mentioned above, when the revocation is requested based upon non-use of the trademark, it is stated that the period of non-use should be calculated as of 10.01.2017. However, when we examine the law, not only article 9 of the IPL, article 19/2 regulates the “defense of non-use in the opposition proceeding”, article 25/7 governs the “defense of non-use in the invalidation proceeding” and article 29/2 foresees the “defense of non-use in the infringement proceeding”.

The main question here is whether taking into consideration of 5-year period from the effective date of the IPL for the revocation of a trademark due to its non-use will be applied to “non-use defenses” in the same way.

### **1. Regulations in relation to the Defense of Non-Use**

#### **a. Non-Use as a Defense in Opposition to a Trademark**

The right on a registered trademark is known to be a monopoly right. However, this right has some limitations. Pursuant to the IPL, the use of a trademark is mandatory in order to claim the monopoly right thereon against third parties. As a matter of fact, the defense of non-use was introduced into Turkish Law with the provision of the IPL art. 19/2. Pursuant to this provision, *“Regarding oppositions filed in the scope of the first paragraph of Article 6, provided that the trademark, which is the ground for opposition, has been registered for at least five years at the date of application or date of priority of the application for which the opposition is filed, upon the request of the applicant, it shall be requested from the opponent to submit evidence proving that it had genuinely used its trademark on the goods and services relating to the opposition during the five-years period before the date of application or the date of priority of the latter application or whether it has a proper reason for not using its trademark during that period. In case the opponent fails to prove the aforesaid, opposition shall be refused. If it is proven that the trademark, which is the ground for opposition, has been used only for some of the goods or services which are covered by registration, then the opposition shall be examined taking into account the goods or services whose use is proven.”*

As stated in the legislative justification of this article, this provision introduces a new regulation which was not included in Trademark Decree. Pursuant to the provision, in the case of oppositions filed within the scope of the first paragraph of Article 6, the applicant, under certain conditions, may request the opponent to submit evidence that it had genuinely used its trademark. The paragraph also regulates the

result of the failure to submit the evidence requested by the party opposing to the publication within the prescribed time limit. With this regulation, it is aimed to ensure the effective use of registered trademarks in the market and to prevent the use of the opposition to publication in a rambling or malicious manner. As can be seen, the prior trademark proprietor must have used its trademark in the last five years in order to object to the next registration application.

### **b. Non-Use Defense in Invalidation Proceedings**

A similar provision is provided for the invalidity of a trademark. The IPL art. 25 regulates the invalidation lawsuit in general. Pursuant to this provision, the prior trademark proprietor, who relies on absolute and relative grounds for refusal, has the right to demand the invalidity of the registration of the next trademark.

Pursuant to the Art. 25/7 of the IPL, *“In the invalidation proceedings filed pursuant to first paragraph of Article 6, the provision of second paragraph of Article 19 may be asserted as a defense. In this case, date of proceeding shall be taken as the basis in determining the five-year period regarding use. If the plaintiff’s trademark has been registered for at least five years at the application date or at the date of priority right of trademark for which invalidation is requested, the plaintiff shall also prove the fulfillment of the conditions specified in the second paragraph of Article 19 at the aforesaid date of application or date of priority right.”*

When we examine the legislative justification of art. 25 of the IPL, it is regulated that in the invalidation proceedings filed under art. 6 of the IPL, the second paragraph of article 19 may be asserted as a defense, but in this case the motion date shall be taken as the basis for the determination of the five-year period of use.

In this case, if a person who faces an invalidation proceeding under art. 25/1 of the IPL claims that the other party has not used the trademark genuinely in the last five year period and the person who files the invalidation lawsuit cannot prove genuine use, the invalidation lawsuit will be dismissed. In fact, the right of the person who files an invalidation lawsuit based on its monopoly right depends on the genuine use of its trademark. If there is no genuine use, the person has no right to initiate a lawsuit.

### **c. Non-Use Defense in Infringement Proceedings**

Pursuant to the Art. 29/2 of the IPL, *Provisions of second paragraph of Article 19 may be used as a defense in infringement proceedings. In this situation, the date of the proceeding shall be taken into account for determining the five-year period related to the use.*

Pursuant to the IPL art. 29/2, if a trademark is registered, the trademark proprietor has the right to file a lawsuit for infringement if the same or similar trademarks are used for the same or similar goods and services. After the lawsuit is filed, the person who is sued for infringement may request evidence of the use of the claimant. If the prior registered trademark proprietor fails to prove that the use of the trademark was not suspended for a period longer than five years retrospectively as of the date of the lawsuit, then the lawsuit is rejected. A person who has been sued for infringement may request that it be proven that the trademark shown as a basis for the proceeding has been used genuinely in the last five years with respect to the relevant goods/services. The fact that a trademark is registered is not sufficient to file the lawsuit or for the acceptance of a lawsuit; the trademark must also be used genuinely in the last five years. Certain rights granted to the registered trademark are subject to the genuine use of the trademark. If it is proven that the trademark which is the ground for infringement is used for only a part of the goods or services within the scope of its registration, the lawsuit shall be examined only on the basis of the goods or services proven to be used. Even if registered, it cannot be claimed that subsequent use constitutes an infringement for a trademark which has not been used in the last five years.

As it is seen, the prior trademark proprietor must have used its trademark seriously in the last five years in order to institute proceedings against subsequent use.

## **2. The 5-Year Period for the Non-Use Defense Commences Before the Date When the IPL Enters into Force**

Although we acknowledge that the provisions of the IPL will not apply retroactively with respect to the termination of a trademark, we accept that the provisions of the IPL shall apply to the existing property rights in terms of the non-use defense. The reason for our view is the different types of consequences that apply to a right.

As mentioned above, laws apply to events that have occurred after their effective date. This is also accepted and applied by the decisions of the Constitutional Court<sup>47</sup>. In order for a new law to affect a previous situation, there must be a right or act that exists/maintains its effect in the enforcement period of the said law. In other words, only a permanent right or action can be influenced by a subsequent norm. These rights, which continue in the periods of enforcement of different legislations and are open to external influences (new developments), can be considered as living social organisms (status). Although they may have been subject to legal acts, these statuses are open to new acts. The new law will concern them in future. Permanent rights will be affected by new laws. Property right can be shown as an example for

<sup>47</sup> Constitutional Court decisions 13/23, 31.05.1973; ConC decision 137/71, 11.12.1964, for this decision see Constitutional Court Decisions Review No. 2, 1971.

permanent rights. The underlying reason is that, the property right is a right that exists and continues. These rights will remain in force even if the legislation in force at the time they were originated to which they were subject to is abolished, but the rules and provisions of the new law will apply for their continuity and termination. When mandatory provisions of law are concerned in legal areas where the freedom of contract does not apply (such as marriage, employment contract, property right, social security acts, consumer protection), the provisions of the new law shall apply immediately to the present situation<sup>48</sup>.

As a matter of fact, considering the decisions of the ConC, it is stated that the application of new regulations in terms of permanent rights is not in contradiction with the “principle of non-retroactivity of laws”. One of the indispensable elements of the principle of the rule of law provided under article 2 of the Constitution is that the laws should ensure legal security and that it must include predictable rules for the future. Therefore, in order to maintain trust and stability in the rule of law, as a rule, laws apply to events after the date of their entry into force. Pursuant to the principle of non-retroactivity of laws, laws shall be enacted in principle to be applied to events, proceedings and actions after their effective date, except in certain exceptional cases, such as the protection of acquired rights and the improvement of financial rights as required by the public interest and public order. It is one of the general principles of law that the enacted laws do not affect the past and certain legal situations<sup>49</sup>.

The principle of respect for acquired rights is one of the general principles of law and is a result of the principle of legal security. In order to be able to speak of an acquired right, this right must be *de facto* acquired with all its consequences pursuant to the rules in force prior to the enforcement of the new law. An acquired right is the right that arises from the status of a person, which has become definite and transformed into a personal nature. Expectant rights based on a status and thus prospective do not have this character. It cannot be argued that these amendments are contrary to the principle of the rule of law, unless the amendments to the law affect the rights acquired and damage the legal security<sup>50</sup>.

In accordance with the decision of the Constitutional Court, considering that the regime of property right will be applied to trademark rights; the property right must be

<sup>48</sup> For detailed explanation in this regard, see Ali Nazım Sözer, ‘Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından bir Değerlendirme’ <<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ali-Naz%C4%B1m-S%C3%96ZER.pdf>> accessed 26 June 2019; Başak Baysal, ‘Kanunların Zaman Bakımından Yürürlüğü’, in Rona Serozan (ed), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan* (Adalet 2004) 475-503; Muhammet Özkes, ‘Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibarıyla Uygulanması’ in Sabih Arkan (ed), *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan* (Turhan 2010) 2759-2875; Tekin Akilloğlu, ‘Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar’ <[www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/1a35a99dcbf3818\\_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi](http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/1a35a99dcbf3818_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi)> accessed 26 June 2019.

<sup>49</sup> ConC, Application No: 2013/1426, Date of Decision: 25.03.2015, OG 18.06.2015/29390 (<[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)> accessed 25.06.2019).

<sup>50</sup> *ibid.*

limited in accordance with the letter and spirit of the Constitution, and in this context, the additional guarantees provided for this right must be respected and this right must not be restricted for purposes other than in the public interest, and should also be limited conforming to the principle of proportionality without infringing on their essence. In the decisions of Constitutional Court on the property right, these criteria are often applied together and the fair balance between the right of an individual and the public interest is emphasized<sup>51</sup>. At this point, the seriousness of self-sacrifice must be taken into account, bearing in mind public interest which constitutes the basis of the alleged violation<sup>52</sup>.

Intangible rights were recognized as property rights for the first time with the decision of Constitutional Court dated 31.01.2008 numbered 2004/81 F., and 2018/48 D. To the extent that a trademark is recognized as the subject of a property right, the rules on the property right must also apply to the trademark. Pursuant to the ConC decisions, it is necessary to examine whether the laws can retroactively apply in terms of revocation and the non-use defense. When it is recognized that the revocation of a trademark terminates a property right and that this termination can only be realized by law, it is necessary to acknowledge that the first statutory legislation in this direction is the IPL. From this point, although there is the institution of “revocation based on non-use” in Turkish Law within the scope of Trademark Decree which has been subject to widespread judicial practice, this fact should not be misleading: the Constitutional Court revoked Trademark Decree Art. 14 for the protection of the property right; consequently, the application of the high judiciary which has been established pursuant to this provision has been excluded. Therefore, before the enactment of the IPL, since there was no obligation to use the trademark, the termination of the property right due to non-use is contrary to the Constitution and the principle of non-retroactivity of Laws.

Since the rule of termination of a trademark right after five years of non-use is regulated for the first time as a law under the IPL, and the trademark right is an acquired right in the sense adopted by the Constitutional Court, it must be accepted that the period for termination of this right is introduced by IPL<sup>53</sup>.

However, provisions relating to non-use defenses do not regulate the termination of a person’s trademark right. These provisions relate to changing the terms of use of an existing property right. In this case the right is not terminated, the exercise of the right is subject to certain conditions: that a person has exercised its right in order to be able to object to or to terminate another’s right. This, as stated in the ConC decisions,

<sup>51</sup> ConC decision 33/51, 29.12.1999.

<sup>52</sup> ConC Application No: 2013/1426, Date of Decision: 25.03.2015, OG 18.06.2015/29390 (<[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)> accessed 25.06.2019).

<sup>53</sup> cf. Karaca, (n 23) 103-105.

is a regulation that does not infringe on the essence of the right and conforms to the principle of proportionality. It has been acknowledged that the property right of a trademark proprietor has not been abolished, that the person can use the trademark again, but cannot interfere with the rights of others on a limited basis.

It should not be forgotten that the provision stating that the trademark right will be revoked if it is not used for 5 years regulates the termination of an absolute right, a property right pursuant to the Constitutional Court. This provision entered into force via a law for the first time on 10.01.2017. Before this provision, the Constitutional Court ruled that non-use of a trademark by the trademark proprietor could not be a reason to terminate its property right. Therefore, the abolishment of the essence of the property right regarding non-use is introduced by the IPL dated 10.01.2017. The law enacted on the abolishment of the essence of property should not have any retroactive effect and the result of “revocation” should not be attributed to the previous non-use. However, the defense of non-use regulates the condition of using a property without infringing on the essence of the property. The distinction between revocation and non-use focuses on whether or not the essence of a trademark right (property right) is infringed on. In the case of a revocation, the essence of the right is affected, whereas when the defense of non-use is concerned, no interference is made with “the right to be used in accordance with the core functions” which is inherent in the essence of the trademark. The trademark proprietor may use its trademark on its goods / services in order to differentiate itself, but if it has not used its trademark, it cannot effectively prevent the application, registration and use of others.

As a result, in our opinion, the provisions governing the trademark proprietor’s right to use the trademark right can be applied to an ongoing property right within the scope of “non-use as a defense in opposition proceedings” regulated under art. 19/2, “non-use as a defense in invalidation proceedings” regulated under art. 25/7 and “non-use as a defense in infringement proceedings” regulated art. 29/2 of the IPL. The period of non-use sought in these regulations may be extended to the period preceding the enforcement of the IPL.

### **Conclusion**

Only four days prior to the entry into force of the Industrial Property Law, the Constitutional Court created a gap by revoking Article 14 of Trademark Decree no. 556, which regulates the violation of the obligation to use the trademark. Thus, there was a confusion on the date of the entry into force of the IPL, since at that date there was no obligation to use the trademark and in particular due to the lack of a provision foreseeing the retroactive application of the IPL. As a result of the application of the laws to the events occurring after their effective dates, it should be accepted

that the obligation to use the trademark commenced as of 10.01.2017. However, the obligation to use the trademark and the result of non-compliance with this obligation is also accepted by international conventions.

In order to solve this problem and to accept the obligation to use in the period before the effective date of the IPL, different views were developed among scholars. However, in our opinion, such an evaluation by the judge would be contrary to the decision of the Constitutional Court and the art. 35 and 91 of the Constitution that form the basis of this decision. Therefore, the judge should not decide in line with a property restriction that is not provided in the law on the basis of art. 1 of the Turkish Civil Code. In our opinion, the most appropriate and legally sound solution would be to add an enforcement provision to the IPL indicating that the IPL would also apply to the events before it came into force. Faced with the fact that no such enforcement provision is provided in the IPL, it should be acknowledged that an action for revocation cannot be filed before the date of 10.01.2022. With the decision of the Court of Cassation on 14.06.2019, which is a recent decision, it has been decided that the five-year period can be extended before the date of the entry into force of the IPL. In our opinion, bearing in mind the provisions of the Constitutional Court's revocation decision and the absence of the enforcement provision in the IPL, it is an unlawful decision. We are of the opinion that interpreting the intention of the legislator based upon the date of the adoption of the laws will damage the principle of legal security.

Although the period to be considered for the revocation of a trademark should commence as of 10.01.2017; the proprietor of the trademark should not have ceased using its trademark for a period of 5 years preceding the opposition or initiation of a lawsuit in order to object to the registration application of another's trademark, to request the invalidity of another's trademark, or to object to the use of the same trademark in the trade by another person. The period here should be determined by the date on which the request is made, not by the date on which the IPL entered into force. In this case, non-use before 01.10.2017 will be considered in defense of non-use.

The reason for the different results in terms of revocation and defense of non-use of a trademark is based on whether the interference was made to the essence of the trademark right, which is considered by the Constitutional Court to be a property right. While the revocation of a trademark means the abolishment of the essence of the trademark right, "the defense of non-use" does not interfere with the right to its use in trade, which is accepted as the essence of the trademark. As a result, the 5-year non-use period in the provisions regulating the "defense of non-use" will be determined pursuant to the application date that causes to put forward the defense of non-use, not the date of 10.01.2017, which is the effective date of the IPL.

**Grant Support:** The author received no grant support for this work.



## Bibliography

- Akıllıoğlu T, 'Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar' <www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/1a35a99dcbf3818\_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi> accessed 26 June 2019.
- Aybay R, 'Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri' (2007) 70 Turkish Bar Association Review 187-213.
- Bahadır Z, *Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali* (Turhan 2018).
- Baysal B, 'Kanunların Zaman Bakımından Yürürlüğü', in Rona Serozan (ed), *Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan* (Adalet 2004).
- Belgin D, 'Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2008) 66(4) Ankara Bar Review 110-113.
- Çağlar H, '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK M. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri' (2017) XXI(1) Gazi University Faculty of Law Review 3-19.
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (4th edn, On İki Levha 2018).
- Karaca OU, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları* (Lykeion 2017).
- Oğuz A, 'Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali Konusunun Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi' [2017] 128 Terazi Legal Review 21-31.
- Özkes M, 'Özel Hukuk-Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması' in Sabih Arkan (ed), *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan* (Turhan 2010).
- Paslı A, *Uluslararası Anlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri* (Vedat 2014).
- Paslı A, 'Anayasa Mahkemesi'nin Son Dönemdeki İptal Kararlarının Marka Hukukumuzda Etkisi: Boşluk Var mı?' (2016) 12(46) Legal Intellectual and Industrial Property Rights Review 491-520.
- Paslı A, 'Anayasa Mahkemesi'nin MarkKHK m.14'ü İptal Kararı'nın Etkisi: Kullanmama Gerekçesine Dayalı Hükümsüzlük/İptal Davaları Düşecek Mi?' (20 January 2017) <www.ticaretkanunu.net/makale-25> accessed 26 June 2019.
- Sönmez NS, '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar' (2018) 76(1) Istanbul Law Review 277-308.
- Sözer AN, 'Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından bir Değerlendirme' <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ali-Naz%C4%B1m-S%C3%96ZER.pdf> accessed 26 June 2019.
- Tekinalp Ü and Çamoğlu E, *Sınai Mülkiyet Kanunu* (Vedat 2017).
- Ülgen Ö, *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri* (On İki Levha 2016).
- Ünsal ÖE, '2018 yılı Avrupa Birliği İlerleme Raporu Fikri Mülkiyet Hukuku Bölümü' <https://iprgezgini.org/2018/04/18/2018-yili-avrupa-birligi-ilerleme-raporu-fikri-mulkiyet-hukuku-bolumu/> accessed 26 June 2019.
- Ünsal ÖE, 'Marka Hukukunda Kullanmama Nedeniyle İptal Müessesesinde Yaşanan Güncel Gelişmeler ve Sorunlar Paneli'nden İzlenimler' (11 March 2018) <https://iprgezgini.org/2018/03/11/marka-hukukunda-kullanmama-nedeniyle-iptal-muessesinde-yanan-guncel-gelismeler-ve-sorunlar-panelinden-izlenimler> accessed 26 June 2019.
- Yasaman H, Altay SA, Ayoğlu T, Yusufoglu F and Yüksel S, *Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi* (Vedat 2004).
- Yüzbaşıoğlu N, 'Mayıs 2004'de Anayasanın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme', in Öget Öktem Tanör (ed), *Bülent Tanör'e Armağan* (Legal 2004).





# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.08.2019  
Revizyon Talebi: 05.11.2019  
Son Revizyon Tarihi: 05.12.2019  
Kabul: 06.12.2019

## Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Üyeliğinden Çıkmasının Rekabet Hukuku ve Uygulaması Bakımından Sonuçları ve Açmazları

Zeynep Ayata\*

### Öz

Birleşik Krallık, 26 Haziran 2016 tarihli referandum ile başlayan sürecin devamında, 16 Mart 2017 tarihli kanun dayanarak, Avrupa Birliği (AB) tam üyeliğinden çıkmak için Avrupa Birliği Antlaşması'nın 50. maddesi gereğince başvuruda bulunmuştur. Bu başvuru ile başlayan süreç Birleşik Krallık'ın yasal düzeninde köklü değişiklikler ve yasal boşluklar yaratacak niteliktedir, zira kırk yılı aşkın bir süredir Birleşik Krallık AB müktesebatına tabidir ve ulusal düzenlemelerini AB hukuku ile uyumlaştırmıştır. Rekabet hukuku AB hukukunun en bütünlük ve uyumlaştırmanın en fazla olduğu alanlarından biridir. Bu makalede Birleşik Krallık'ın AB üyeliğinden çıkmasının rekabet hukuku ve uygulaması bakımından sonuçları ele alınmıştır. Makalede öncelikle Birleşik Krallık'ın AB üyeliğinden bir tür ticari ve ekonomik antlaşma ile çıkmasının rekabet hukuku bakımından olası sonuçları tartışılmıştır. İkinci bölümde sürecin daha sağlıklı ve sistemli ilerlemesi için ara dönem düzenlemesi yapılmasının önemi vurgulanmıştır. Makalenin son bölümünde ise Birleşik Krallık'ın hiçbir antlaşma olmaksızın AB üyeliğinden ayrılmasının maddi hukuk, muafiyet sistemi, özel hukuk yaptırımları, birleşme ve devralmaların denetlenmesi, devlet destekleri ve idari yapı bakımından doğuracağı sorunlar ve açmazlar incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Rekabet hukuku, Avrupa Birliği hukuku, Brexit, Avrupa Birliği üyeliği, iç pazar

### The Consequences and Predicaments for Competition Law and Enforcement of United Kingdom's Withdrawal from European Union Membership

### Abstract

In the aftermath of the June 26<sup>th</sup> 2016 referendum, the United Kingdom (UK) has invoked article 50 of the Treaty on the European Union's (EU) withdrawal process relying on the act of parliament of March 16<sup>th</sup> 2017. The process that started with the invocation of article 50 is one that will lead to significant changes and loopholes in the British legal order as the UK has been subject to the EU *acquis* and has been harmonising its legislation accordingly for more than forty years. Competition law is one the most complete and harmonised areas of EU law. This article examines the consequences of the UK's withdrawal from the EU with regard to competition law and enforcement. The first part of the article discusses the possible consequences of UK's withdrawal with an economic or trade deal with the EU for competition law. The second part the article stresses the necessity of transitional arrangements for an orderly and healthy withdrawal in terms of competition law. In the final part, the article examines the problems and predicaments of a no deal exit with regard to substantive competition law, the exemption system, private enforcement of competition law, the control of mergers and acquisitions, state aids and the administrative structure.

### Keywords

Competition law, European Union law, Brexit, European Union membership, Internal market

\* Sorumlu Yazar: Zeynep Ayata (Dr. Öğr. Üyesi), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye.  
E-posta: zayata@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-0820-1267

Atf: Ayata Z "Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Üyeliğinden Çıkmasının Rekabet Hukuku ve Uygulaması Bakımından Sonuçları ve Açmazları" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 925. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0014>

### ***Extended Summary***

In the aftermath of the June 26<sup>th</sup> 2016 referendum, the United Kingdom (UK) has invoked article 50 of the Treaty on the European Union's (EU) withdrawal process relying on the act of parliament of March 16<sup>th</sup> 2017. This act has triggered a unique process as no other EU member state has officially invoked article 50 before. EU member states, starting from their candidacy period must harmonise and align their national legislation with EU law. The UK, as a member state, has accepted, transposed and implemented EU law for more than forty-five years. Hence the process that started with the invocation of article 50 is one that may lead to significant changes and loopholes in the British legal order as the UK has been subject to EU *acquis* during its membership. Competition law is one of the most complete and harmonised areas of EU law. According to article 3 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), competition falls under the exclusive competence of the Union. Furthermore, until the adoption of Regulation 1/2003, only EU institutions could implement EU competition law, leaving only national competition law to the competence of national authorities and courts. This framework, combined with the principle of harmonious interpretation, accorded EU institutions and courts a central role in the enforcement and development of competition policy. This article examines the consequences of the UK's withdrawal from the EU with regard to competition law and enforcement. The first part of the article discusses the possible consequences of UK's withdrawal with an economic or trade deal with the EU for competition law. The EU has developed several levels of economic integration with neighbouring and non-neighbouring countries such as customs union agreements, free trade agreements or cooperation agreements. The first part of the article examines these different bilateral and mixed agreements and displays their implications for competition law and policy. Furthermore, the article discusses whether these agreements, in general or in terms of their specific aspects, could be a model for future economic relations between the UK and the EU. The latest Withdrawal Agreement which was rejected in October 2019 and its implications for economic cooperation are also briefly analysed in this first part. This analysis leads to the conclusion that the economic cooperation foreseen in this Agreement presents a combination of several different elements found in various bilateral agreements entered into by the EU and aims to apply differentiated levels of integration in different geographies, especially in Northern Ireland which may have interesting implications for enforcement of competition law. The second part of the article stresses the necessity of transitional arrangements for an orderly and healthy withdrawal in terms of competition law. This part focuses mostly on ongoing proceedings and the possibility of applying EU competition law in the UK throughout the transition period. This discussion also underlines the importance of determining the conditions under which EU competition law may be applied, most importantly as part of the competence of the EU Commission and Courts, to behaviours of

undertakings that have taken place within the membership period or the transition period but have been discovered after the membership has ended. Finally, the article examines the problems and predicaments of a no deal exit with regard to substantive competition law, the exemption system, private enforcement of competition law, the control of mergers and acquisitions, state aids and the administrative structure. A no deal exit will lead to significant uncertainties with regard to enforcement and interpretation of competition law which will mostly be observed in the internal UK legal order. The article discusses the measures that may be taken by the UK legislator and authorities in order avert legal uncertainty. Some of the suggestions put forward in this part rely on the examples of economic cooperation discussed in the first part of the article. The article also refers to and discusses elements contained in those withdrawal agreements that have been rejected by the UK Parliament that may be relevant to the effect of EU law generally and EU competition law specifically in the UK after Brexit.

## Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği Üyelikinden Çıkmasının Rekabet Hukuku ve Uygulaması Bakımından Sonuçları ve Açmazları

### Giriş

Birleşik Krallık, 23 Haziran 2016 tarihli referandum ile başlayan sürecin devamında, 16 Mart 2017 tarihli AB Geri Çekilme Bildirim Yasası'na (EU Notification of Withdrawal Act 2017 c.9) dayanarak Avrupa Birliği (AB) tam üyelikinden çıkmak için Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) 50. maddesi gereğince başvuruda bulunmuştur. Birleşik Krallık'ın AB tam üyelikinden çıkması, genel adıyla Brexit, hukuki ve siyasi açıdan benzeri olmayan bir süreçtir. Zira aday ülkeler bakımından AB'ye tam üye olma süreci AB müktesebatında açık ve kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Buna mukabil 50. madde kapsamında öngörülen üyelikten ayrılma süreci kurucu irade tarafından tanınmış olmakla birlikte daha önce hiç gerçekleşmemiştir. Bu bakımdan Birleşik Krallık'ın üyelikten ayrılmasının hukuki sonuçları karmaşık ve belirsiz bir süreçtir. Nitekim bu süreç içinde AB kurumlarının öncül kararlar alması ve mevzuat bakımından yeni yorumlar getirmesi de gerekmiştir. AB üyelikinden ayrılma kararı, geçiş dönemi ve sonrasında Birleşik Krallık'ın ulusal hukukunda AB normlarının doğrudan veya dolaylı olarak etkilediği tüm hukuk alanlarını etkileyecektir. Bu bağlamda Birleşik Krallık'ın yasa koyucusu pek çok alanda yalnızca idari ve şekli değişiklikler değil maddi hukuk bakımından da köklü reformlar yapmak durumunda kalabilecektir.

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın (ABİHA) 2. maddesi kapsamında AB'nin münhasır yasama yetkisine sahip olduğu alanlarda bu gereklilik daha da belirgin olacaktır. ABİHA'nın 3. maddesi gereğince AB'nin münhasır yetkisinde olan beş alandan bir tanesi de rekabet hukukudur. Rekabet hukuku, Avrupa Topluluğu'nun (AT) oluşumundan bu yana iç pazarda serbest ticaretin temel yapı taşlarından biri olarak nitelendirildiği için, AB'nin münhasır yetki alanları kapsamında olmuştur. Bu bağlamda rekabet hukuku AB'nin en fazla uyumlaştırma yaptığı hukuk alanlarından biridir. Ayrıca rekabet hukuku alanında AB Komisyonuna da çok geniş yetkiler tanınmıştır. Dahası maddi hukuk ağırlıkla AB düzeyinde oluşturulmuş, 1/2003 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girdiği döneme kadar AB rekabet hukuku yalnızca Komisyon tarafından uygulanmıştır. İlgili tüzüğün yürürlüğe girmesinden sonra ise üye devletlerin rekabet otoriteleri ve mahkemeleri AB rekabet hukukunu uygulamak için yetki kazanmış ve böylece ulusal düzende AB hukukunun etkisi derinleşmiştir. Diğer taraftan yine rekabet hukuku kapsamında olan devlet destekleri rejimi üye devletler arası ticareti bozan destekleri kapsamaktadır ve iç pazar hukukuyla iç içe geçmiştir. Bu nedenlerle Brexit süreci ve sonrasında, kırk beş seneyi aşkın bir süredir AB üyesi olan Birleşik Krallık'ta, rekabet hukuku ve uygulamasında önemli boşluklar ve sorunlar oluşması muhtemeldir.

Bu makalede Brexit olarak adlandırılan sürecin Birleşik Krallık'ta rekabet hukuku ve uygulaması bakımından doğuracağı sonuçlar ele alınmaktadır. Bu bağlamda yalnızca Birleşik Krallık'ın AB tam üyeliğinden ayrılmasından sonra oluşabilecek sorunlar değil, aynı zamanda sürecin bir parçası olan geçiş dönemi de incelenmektedir. Makalenin amacı Birleşik Krallık'ın üyelikten ayrılma süreci ve sonrasında maddi hukuk, uygulama ve idari süreçler bakımından sonuçlarını ve açmazlarını tespit etmek, buna bağlı olarak Birleşik Krallık'ın yapması gereken düzenlemeleri ortaya koymaktır. Makalede öncelikle Birleşik Krallık'ın tam üyeliğin sona ermesinden sonra AB ile yapabileceği farklı ekonomik iş birliği ve entegrasyon modellerinin rekabet hukuku açısından getirileri ortaya koyulmaktadır. Daha sonra geçiş döneminde karşılaşılabilecek sorunlara kısaca yer verilmektedir. Makalenin son bölümünde ise Birleşik Krallık'ın AB ile hiçbir iş birliği yapmaması halinde rekabet hukuku bağlamında maddi hukuk ve uygulama, devlet destekleri, özel hukuk yaptırımları, birleşme ve devralmalar, idari yapı ve geçiş dönemi bakımından ortaya çıkacak sorunlar tartışılmaktadır.

## **I. Birleşik Krallık'ın AB ile Yapabileceği Farklı Ekonomik Entegrasyon Antlaşmalarının Rekabet Hukukuna Olası Etkileri**

Birleşik Krallık'ın tam üyelikten ayrılması halinde iç pazarın ve ekonomik birliğin bazı unsurlarına ortak olmaya devam etmesi söz konusu olabilecektir. AB'nin İsviçre, Norveç, Türkiye vs. gibi sınır komşusu ülkelerle ve Kanada, Gürcistan vs. gibi sınır komşusu olmayan ülkelerle pek çok serbest ticaret antlaşması ve farklı seviyelerde ekonomik entegrasyon ortaklıkları vardır. Birleşik Krallık'ın tam üyelikten ayrılma kararı sonrasında bu tür ortaklıklar ve iş birlikleri de gündeme alınmıştır<sup>1</sup>. Brexit sürecinin sonunda Birleşik Krallık ve AB arasında oluşacak ekonomik ortaklıklar şüphesiz tarafların siyasi iradelerine bağlıdır. Rekabet hukuku ve uygulaması bakımından düşünüldüğünde, geliştirilecek ortaklığın niteliği ve yarattığı entegrasyon düzeyi belirleyici rol oynayacaktır. Bu nedenle AB'nin halihazırda var olan farklı ortaklıklarına bakarak, Birleşik Krallık'a model olabilecek hukuki ve ekonomik çerçeveleri kısaca incelemekte fayda vardır.

AB'nin mevcut ortaklıklarından en fazla ekonomik entegrasyon sağlayan antlaşması Norveç, İzlanda ve Lihtenştayn ile oluşturulan Avrupa Serbest Ticaret Birliği'dir (ASTB). 1994'te yürürlüğe giren Avrupa Ekonomik Alanı (AEE) Antlaşması bu üç ülkeyi AB iç pazarına dahil etmektedir. Dolayısıyla iç pazar hukukunun tüm kuralları bu bölgede tam olarak uygulanmaktadır. Dahası, iç pazar ve serbest dolaşım mevzuatına getirilen yenilikler ve değişiklikler, alanda da AB ile aynı anda ve aynı şekilde yürürlüğe girmektedir. İç pazarda serbest ticaret bakımından addettiği önem

<sup>1</sup> *The options for the UK's trading relationship with the EU*, Institute for government <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/options-uk-trading-relationship-eu> erişim tarihi 19 Kasım 2019, *Which Model for Brexit?* (CEPS Special Report 147/2016) 7 <<https://ssrn.com/abstract=2860010>> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

nedeniyle AEE Antlaşması'nın 53. ve 54. maddelerinde rekabetin korunmasına yönelik kurallar öngörülmüştür. İlgili maddelerde getirilen yasaklar ABİHA'nın 101. ve 102. maddelerinde düzenlenen ihlallerin yansımalarıdır. AEE Antlaşması ayrıca yoğunlaşmaların denetlenmesi bakımından da kurallar öngörmektedir. Diğer taraftan devlet desteklerinin sınırlandırılması ve denetlenmesi konusunda genel olarak ABİHA'da öngörülen rejim uygulanmaktadır. AEE kapsamında 53., 54. ve 57. maddelerde yer alan rekabet hukuku kurallarının uygulanmasını denetleme görevi 55. ve 57. maddeler uyarınca AB Komisyonu ve ASTB Gözetleme Kurumuna verilmiştir. Birleşik Krallık'ın Brexit sonrasında ASTB'ye entegre olması halinde, rekabet hukuku kuralları bakımından AEE rejimine de tabi olacaktır. Bu durumda ulusal düzenlemelerin yanı sıra kapsamlı bir maddi hukuk, uygulama ve idari denetleme söz konusu olacaktır. Bu bağlamda Birleşik Krallık'ın AB rekabet hukukundan ve Komisyonun yetki alanından sapması da mümkün olmayacaktır.

İsviçre 1992'de gerçekleşen bir referandum ile AEE'ye katılmayı reddetmiştir. Bu siyasi kararın sonucunda AB ile İsviçre arasında çok sayıda sektörel antlaşmaya dayanan oldukça karmaşık bir ekonomik ortaklık gelişmiştir<sup>2</sup>. EEA antlaşmasının uygulamasından farklı olarak, AB iç pazar mevzuatında yapılan her yenilik ve değişiklik sonrasında İsviçre ile yeniden müzakere gerekmektedir. İsviçre başta kişilerin serbest dolaşımı olmak üzere iç pazar hukukunun tüm unsurlarını uygulamamaktadır. Karar almada İsviçre'ye EEA ülkelerine nazaran daha fazla yetki tanınması ve esneklik getirmesi gibi avantajları olsa da karmaşıklığı ve eksiklikleri nedeniyle İsviçre model sıklıkla eleştirilmiştir<sup>3</sup>. Buna rağmen, Birleşik Krallık'ın AB ile benzer şekilde sektörel ortaklık antlaşmaları yapması ve bilhassa kişilerin serbest dolaşımına sınırlamalar getirecek ekonomik iş birlikleri oluşturması mümkündür. Ancak genel bir yasal entegrasyon çerçevesi ve buna bağlı idari yapı inşa etmeyen çok sayıda ikili antlaşma neticesinde AB rekabet hukuku mevzuatının İsviçre'de uygulanabilirliği yoktur, zira Bilaterals I ve Bilaterals II olarak da bilinen farklı alanlarda yapılan ikili antlaşmalar rekabet hukuku alanını ve kurallarını içermemektedir. Buna mukabil 2014 yılında İsviçre ile AB arasında rekabet hukuku uygulamasına yönelik "Rekabet Hukuku Uygulamasında İş Birliği" (Agreement Between the European Union and the Swiss Confederation on the Application of their Competition Laws) antlaşma yapılmıştır. Bu antlaşma yalnızca idari bir koordinasyon ve iş birliği içermektedir. İlgili antlaşma uyarınca Komisyon ve İsviçre rekabet otoritesinin soruşturmalar kapsamında elde ettikleri delilleri paylaşmaları mümkün olacaktır. Dolayısıyla İsviçre bakımından AB rekabet hukukuna ilişkin bir uyumlaştırma ve ortak uygulama yoktur. Birleşik Krallık'ın AB ile İsviçre model benzer antlaşmalar yapması halinde rekabet hukuku ve uygulaması bakımından kesin bir hukuki sonuç öngörmek doğru olmayacaktır.

<sup>2</sup> Thomas Sampson, 'Brexit: The Economics of International Disintegration' (2017) 31 *Journal of Economic Perspectives* 163, 166.

<sup>3</sup> Stephan Kux and Ulf Sverdrup, 'Fuzzy borders and adaptive outsiders: Norway, Switzerland and the EU' (2000) 22 *Journal of European Integration* 237, 251.



AB yakın zamanda Ukrayna, Gürcistan ve Moldova ile Ortaklık Antlaşmaları yapmıştır. Komşu ülkelerle yapılan bu yeni antlaşmalar iç pazarın dört serbestisinden üçünü, yani malların serbest dolaşımı, sermayenin serbest dolaşımı ve hizmetlerin serbest dolaşımını içermekte, yalnızca işçilerin serbest dolaşımını antlaşmaya dahil etmemektedir. Bu bakımdan Birleşik Krallık için ciddi bir model olma potansiyelini taşımaktadır. AB bu ortaklık antlaşmalarında dört serbestinin ayrılmaz bir bütün olduğu iddiasından<sup>4</sup> vazgeçmiştir. İlgili ortaklık antlaşmaları her ülke ile ayrı antlaşmalar olarak yürürlüğe girmiştir ancak oluşturulan genel hukuki çerçeve aynıdır. Antlaşmaların 10. Bölümü'nde rekabet kuralları öngörülmüştür. Bu bağlamda ortaklık antlaşması taraflarının AB rekabet hukuku ilke ve yasakları ile uyumlu mevzuat ve uygulama geliştirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak mevzuatın yeknesaklaştırılmasına gidilmediği gibi, AB kurumlarına yetki devri veya EEA modelinde olduğu gibi ortak kurumlar oluşturması da söz konusu değildir. Bu bağlamda AB'nin ortaklarına serbest ticaretin sağlanması için rekabet kuralları öngörmeyi ve uygulamayı şart koştuğu söylenebilir. Birleşik Krallık'ın ekonomik iş birliğini devam ettirmek ve bilhassa serbest ticaret ve gümrük birliğini korumak için benzer bir ortaklık antlaşması yapmak anlamlı olabilecektir. Bu durumda AB'nin rekabet hukuku alanında yetki ve yaptırımları ortadan kalkacaktır. Ancak temel ilkeler ve maddi hukuk bakımından büyük sapmalar olması da mümkündür olmayacaktır.

AB'nin sınır komşusu olmadığı bazı ülkelerle yaptığı serbest ticaret antlaşmaları da rekabet hukuku bakımından önemli yaptırımlar veya ortak idari yapılar öngörmemekle birlikte, rekabet politikalarına ve kurallarına yer vermektedir. 2019 tarihli Geri Çekilme Kanun tasarısının da serbest ticaret antlaşması unsurları barındırdığı gözetildiğinde bu antlaşmaların koşullarının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda incelemeye değer bir antlaşma AB'nin Kanada ile yaptığı ticaret antlaşmasıdır. CETA olarak da bilinen AB-Kanada Serbest Ticaret Antlaşması henüz tüm üye devletler onaylamadığı için 2017 yılında geçici olarak yürürlüğe girmiştir. CETA özellikle 20. bölümde gümrük işlemleri bakımından denetimleri ciddi biçimde azaltmak ve esnetmek ve gümrük işlemlerinde idari iş birliği yapısı oluşturmak gibi önemli uygulamalar içermektedir. Antlaşmanın 17. bölümünde ise rekabet hukuku kuralları öngörülmüştür. İlgili bölümde özellikle serbest ticaret ilkeleri kapsamında piyasa rekabetini bozacak davranışların denetlenmesi ve yaptırımlar uygulanması şartı getirilmektedir. Ayrıca rekabet hukuku kurallarının şeffaf biçimde uygulanması, var olan idari iş birliği uygulamasının devam ettirilmesi de öngörülmüştür. AB'nin sınır komşusu olmayan ülkelerle yaptığı antlaşmalara bir başka örnek de Güney Kore ile yapılan serbest ticaret antlaşmasıdır. Antlaşma tüm üye devletlerin onay sürecinin tamamlanmasını takiben 2015'de yürürlüğe girmiştir. Antlaşmanın temel amacı AB ve

<sup>4</sup> *Which Model for Brexit?* (CEPS Special Report 147/2016) 7 <<https://ssrn.com/abstract=2860010>> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

Güney Kore arasındaki gümrük tarifelerinin kademeli olarak ortadan kaldırılmasıdır. Antlaşmanın 11. bölümünde rekabet hukuku ve rekabet politikasına ilişkin şartlar öngörülmüştür. Kanada ile yapılan serbest ticaret antlaşmasından farklı olarak bu antlaşmada uygulanması gereken rekabet kuralları daha detaylı olarak belirtilmiştir. Antlaşma aynı zamanda rekabet otoriteleri arasında özellikle bilgi alışverişi şeklinde iş birliği de öngörmektedir.

Son olarak AB'nin Türkiye ile Gümrük Birliği Antlaşması ekonomik iş birliği modeli olarak incelenmesi gerekmektedir. Bu antlaşma Brexit bağlamında önem teşkil etmektedir, zira Parlamento tarafından reddedilen Geri Çekilme antlaşmaları gümrük birliği unsurları da içermektedir<sup>5</sup>. Bu nedenle gerçekleşme ihtimali yüksek olan bir ekonomik iş birliği modeli de gümrük birliğidir. 1995'te yürürlüğe giren Türkiye ile Gümrük Birliği Antlaşması yalnızca sanayi ürünlerini ve işlenmiş tarım ürünlerini kapsamaktadır. Antlaşma Türkiye'yi AB'nin ortak gümrük tarifeleri politikasına dahil etmektedir. Türkiye antlaşma gereğince özellikle standartlar konusunda ulusal mevzuatını ilgili AB müktesebatı ile uyumlaştırmak zorundadır<sup>6</sup>. Gümrük Birliği Antlaşması yürürlüğe girdiği 1995 yılından beri güncellenmemiştir. 2016 yılında başlaması gereken reform süreci siyasi nedenlerle askıya alınmıştır. Gümrük Birliği Antlaşması'nın "Yasaların Yakınlaştırılması" başlığının 2. Bölüm'ü son derece kapsamlı rekabet hukuku ve devlet destekleri kuralları içermektedir. Bu kurallar ABİHA'nın 101, 102, 107, 108 ve 109. maddeleriyle tam olarak aynı yasakları içermektedir. Gümrük Birliği Antlaşması'nın 37. maddesi, antlaşmanın yürürlüğe girmesini müteakip iki sene içinde Ortaklık Konseyi kararı ile ilgili rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik sistem ve kuralların belirlenmesini ve Türkiye ile AB kurumları arasında yetki dağılımı yapılmasını öngörmüştür. Ancak Ortaklık Konseyi rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin bir karar almamıştır. Buna mukabil Gümrük Birliği Antlaşması'nın etkisiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiş ve 1997 yılında kurulan Rekabet Kurumu bu kanunu tesis etmekle görevli idari otorite olmuştur. 2010 yılında ise 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun kabul edilmiş ancak kanun kapsamında kurulan Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulu faaliyete geçmemiştir. AB Komisyon ve Mahkemeleri'nin kararlarının Türk Rekabet Kurulu ve Mahkemeleri üzerinde bağlayıcı etkisi yoktur. Buna mukabil Kurul içtihadında AB otoritelerinin kararlarının yön gösterici rolü açıkça görülmektedir. Dolayısıyla Türkiye örneğine bakarak, Birleşik Krallık'ın Brexit süreci sonucunda AB ile benzer bir gümrük birliği sistemini tercih etmesi halinde AB'nin rekabet hukuku konusunda güçlü bir etkisi olacağını söylemek mümkündür.

<sup>5</sup> Frank Schimmelfennig, 'Brexit: differentiated disintegration in the European Union' (2018) 25 *Journal of European Public Policy* 1154, 1168.

<sup>6</sup> Berthold Busch and Jürgen Matthes, *Brexit - The Economic Impact: A Meta-Analysis* (IW-Report 10/2016) 34-35 <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/157171/1/IW-Report-2016-10.pdf>> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

16 Mart 2017 tarihli AB Geri Çekilme Bildirim Yasası'nı müteakiben 29 Mart 2017'de Birleşik Krallık'ın AB'ne yaptığı resmi geri çekilme başvurusundan sonra taraflar arasında yapılan müzakereler sonucunda Birleşik Krallık'ın AB üyeliğinden çıkışının yasal sonuçlarına ve sonrasında yapılacak ekonomik ve ticari iş birliğine yönelik farkı modeller öngören antlaşmalar tasarlanmıştır. Bu müzakerelere dayanan ve AB ile bir antlaşma geliştiren son kanun tasarısı 22 Ekim 2019'da Birleşik Krallık Parlamentosu tarafından reddedilmiştir. Dolayısıyla öncelikle AB ile Birleşik Krallık arasında Brexit'in yasal ve ekonomik sonuç ve uygulamalarına yönelik yürürlükte ve bağlayıcı etkisi olan hiçbir antlaşmanın bulunmadığının altı çizilmelidir. Buna mukabil tasarlanan antlaşma yani kanun tasarılarının ortak şart ve unsurları barındırdığı da göz önünde bulundurularak, 2019 Ekim'de oylanan antlaşmanın temel unsurlarına makalenin bu bölümünde kısaca yer vermek ve rekabet hukuku açısından olası yaptırımlarını yukarıda verilen temel bilgiler ışığında tartışmak gerekmektedir.

22 Ekim 2019'da reddedilen Geri Çekilme kanun tasarısı kırk madde ve altı farklı zamanlama içermektedir. Kanunun kabul edilmesi halinde yürürlüğe girdiği tarihten Aralık 2020'ye kadar uzanan bir geçiş dönemi tanımlamakta, bu sürenin 1 Temmuz 2020'den önce gerekli görülmesi halinde AB ve Birleşik Krallık'ın ortak kararıyla iki yıl daha uzatılmasını mümkün kılmaktadır. Bu süre zarfında yasa tasarısının kabulüne kadar var olan AB müktesebatının yürürlükte olmasını öngörmektedir. Fakat geçiş dönemi içerisinde kabul edilecek olan yeni AB normlarının ancak oluşturulacak AB Tetkik Komitesinin gerekli görmesi halinde Parlamento gündemine alınması ve tartışılması söz konusu olacak, bu normların Birleşik Krallık mevzuatına aktarılması ve uyumlaştırılması yapılmayacaktır. Kanun tasarısı AB ile Birleşik Krallık arasında serbest ticaret antlaşması yapılmasını öngörmektedir. Kanun tasarısına AB Konseyinin onayı ile Birleşik Krallık'ın önerdiği İrlanda/Kuzey İrlanda Protokolü eklenmiştir. Söz konusu Protokolün 4. ve 5. maddeleri Kuzey İrlanda AB gümrük kurallarına tabi olmasını öngörmüştür. Aynı zamanda Kuzey İrlanda ile İrlanda arasındaki sınır sorunları aşmak amacıyla Kuzey İrlanda'da iç pazar hukukunun bazı unsurlarının yürürlükte kalması da öngörülmüştür. Tasarı AB vatandaşı işçilerin haklarına bazı sınırlamalar da getirmekte, yapılacak değişiklikler konusunda ise Birleşik Krallık hükümetine yetkiler tanımaktadır. Bu düzenleme iç pazar hukukunun dört serbestisinden biri olan işçilerin serbest dolaşımının sınırlandırılması anlamına gelebilecektir.

İlgili Protokol "Back-stop" olarak bilinen ve Kuzey İrlanda ile İrlanda arasındaki ticaret kurallarını güvence altına almayı öngören uygulamanın yerine sunulmuştur. Protokol daha önceki back-stop uygulamasından (10. ek) farklı olarak rekabet hukuku birçok alanı bakımından yükümlülükler öngörmemektedir<sup>7</sup>. Buna

<sup>7</sup> *The revised Brexit deal: What has changed and next steps?* Briefing European Parliament [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642260/EPRS\\_BRI\(2019\)642260\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642260/EPRS_BRI(2019)642260_EN.pdf) erişim tarihi 19 Kasım 2019

mukabil Protokol'ün 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iç pazar hukuku ile uyum çerçevesinde tarım ürünleri bakımından AB devlet destekleri kuralları geçerli olması öngörülmüştür. Bu çerçevede AB Komisyonuna denetleme yetkisi tanınmaktadır. Komisyon hukuka aykırı sayılabilecek destekleri denetleyecek ve Birleşik Krallık otoritelerine denetlemeler konusunda bilgi verecektir.

Sonuç olarak, Birleşik Krallık'ın tam üyelikten ayrıldıktan sonra AB ile yapabileceği ekonomik entegrasyon içeren antlaşmalardan yalnızca EEA ve Gümrük Birliği örneklerinin katı ve belirgin rekabet kuralları ve yaptırımları içerdiğini söylemek mümkündür. Özellikle serbest ticaret antlaşmaları gibi diğer örneklerde ise maddi hukuk bakımından kapsamlı şartlar veya ortak idari yapı görülmemektedir. Ortaklık antlaşmaları genel olarak rekabet hukuku ve denetlenmesini şart koşmakta, ancak yaptırımlar ve uygulama konusunda kapsamlı hükümler içermemektedir. AB ile Birleşik Krallık arasında müzakere edilen ancak Parlamento tarafından reddedilen son kanun tasarısı serbest ticaret antlaşmasının yanı sıra İrlanda ve Kuzey İrlanda arasında iç pazar hukukunun belli unsurlarının ve AB gümrük kurallarının uygulanmasını öngörmüştür. Bu bağlamda bu bölümde incelenen modellerin birçoğunun öngördüğü rekabet politikası ve kurallarının Birleşik Krallık ve AB arasında farklı antlaşma ve coğrafi bölgeler kapsamında uygulanma potansiyeli taşıdığını söylemek mümkündür.

## II. Birleşik Krallık'ın Tam Üyelikten Çıkmasının Geçiş Döneminde Rekabet Hukuku Bakımından Oluşabilecek Sorunlar

Brexit sürecinin başlaması ile tamamlanması arasında kalan geçiş döneminin rekabet hukuku uygulaması bakımından yaratacağı sonuçlar da ele alınmalıdır. 2017 yılında yapılan Brexit tartışmaları kapsamında, dönemin Birleşik Krallık başbakanı, tam üyelikten çıkış için iki senelik bir ara dönem olması ve AB ile Birleşik Krallık'ın bu sürecin nasıl işleyeceği konusunda birlikte çalışması gerektiğine dikkat çekmiştir<sup>8</sup>. Yani Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği üyeliğinden kademeli olarak çıkması ya da resmi olarak ayrıldığı güne dek bir ara dönem uygulaması gelişmesi söz konusu olacaktır. Avrupa Birliği ile yasal, ekonomik ve siyasi ilişkileri belirleyecek olan antlaşmanın yürürlüğe girmesi ise bu sürecin sonunda gerçekleşecektir.

Planlı bir geçiş dönemi öngörülme dahi tam üyeliğin bittiği an itibariyle rekabet hukukunun zaman zaman içinde uygulanmasına yönelik sorunlar gelişecektir. Bu sorunlardan ilki ve belki de en önemlisi devam eden soruşturmalara ve davalara ilişkindir. Bu sorun hem AB düzeyinde, yani Komisyonun yürütmekte olduğu soruşturmalar ve AB mahkemelerinde devam eden davalarda, hem de ulusal düzeyde, yani RPO'nun yürütmekte olduğu soruşturmalar ve Birleşik Krallık mahkemelerinde devam eden

<sup>8</sup> Pınar Karacan, 'Brexit: Avrupa Birliği Hukuku ve Birleşik Krallık Açısından 'Buzdağının Görünen Yüzü'' (2017) 19 *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 403, 409.

davalarda karşımıza çıkacaktır<sup>9</sup>. Brexit'in gerçekleştiği gün bu soruşturma ve davalarda hangi kurum ve mahkemelerin yetkili olacağı ve hangi maddi hukuk ve usul hukukunun uygulanacağı açık değildir. Soruşturma ve davalarda uygulanmakta olan hukukun uygulanamaz hale gelmesi tarafların temel hak ve özgürlükleri ve adil yargılama ilkeleri bakımından sorunlar doğuracaktır. Aynı şekilde devam eden bir soruşturma veya davada ilgili kurum veya mahkemenin yetkisiz hale gelmesi de hukuki öngörülebilirlik sorunu yaratacaktır. Aynı sorunlarla Brexit öncesi yapılan birleşme ve devralma başvuruları kapsamında da karşılaşılabilir. Örneğin Birleşik Krallık AB üyelikinden çıkmadan önce RPO'ya yapılan bir birleşme ve devralma başvurusuna AB rekabet hukuku kuralları uygulanabileceken, Brexit'ten sonra başvurunun sonuçlanmamış olması halinde bu kuralların uygulanabilirliği şüpheli hale gelecektir. Benzer şekilde Brexit'ten önce Komisyona yapılan bir başvuru kapsamında alınan karar Birleşik Krallık için de bağlayıcı olacaktır ancak Brexit'ten sonra sonuçlanması halinde Komisyon kararının Birleşik Krallık'taki hukuki etkisi tartışmalı olacaktır. Bu nedenlerle AB ve Birleşik Krallık yetkilerinin AB hukukunun uygulanabilirliğinin ve AB kurumlarının yetkilerinin ne zaman sona ereceğine dair birlikte düzenleme yapması gerekmektedir. Şayet bir ara dönem düzenlemesi yapılacaktır, bu dönemin süresi de net bir biçimde belirlenmelidir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, rekabet ihlali teşkil eden pek çok davranışın tespiti Birleşik Krallık AB tam üyelikinden çıktıktan sonra yapılabilir. Ancak bu davranışlar AB hukukunun halen uygulanır olduğu sırada gerçekleştirilmiş olabilir. Yani davranış o dönemde geçerli olan AB rekabet hukukunu ihlal etmiş olacaktır. Bu gibi davranışlara Brexit'ten sonra hangi hukukun uygulanacağı ve AB kurum ve mahkemelerinin yetkili olup olmayacağı da tartışma konusudur. Birleşik Krallık yasa koyucusunun bu durumlara ilişkin düzenleme yapması şarttır. Bu düzenlemelerde hukukun temel ilkeleri gözetilmeli, taraflar açısından öngörülemeyen ihlaller veya daha ağır yaptırımlar getirilmemelidir.

Son olarak, Brexit sürecinde devam eden soruşturma, başvuru ve davalara uygulanacak hukuk, AB ve Birleşik Krallık kurum ve mahkemelerinin yetkileri, alınan kararların hukuki etkileri gibi soru ve sorunlar yalnızca rekabet hukuku kapsamında değil, Birleşik Krallık ulusal mevzuatının neredeyse tümünde görülecektir. Bu nedenle AB ile Birleşik Krallık arasında gümrük birliği veya benzeri bir antlaşma yapılması ve antlaşmasız olarak tam üyelikten çıkma söz konusu olsa dahi ara dönem düzenlemesi yapılması isabetli olacaktır. Aksi takdirde, adil yargılanma başta olmak üzere tarafların temel hak ve özgürlüklerini de zedeleyecek durumlar oluşabilecektir.

<sup>9</sup> Peter Roth, "Competition Law and Brexit: the challenges ahead" [2017] Jordan Publishing 5, 7. <[http://www.bclwg.org/wp-content/uploads/2017/03/CLJ\\_2017\\_01\\_Sir\\_Peter\\_Roth.pdf](http://www.bclwg.org/wp-content/uploads/2017/03/CLJ_2017_01_Sir_Peter_Roth.pdf)> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

### III. Birleşik Krallık'ın AB Tam Üyeliğinden Antlaşma Yapmadan Çıkması Halinde Rekabet Hukukunda Görülebilecek Sorunlar

Makalenin ilk iki bölümünde Birleşik Krallık'a Brexit sonrasında model olabilecek antlaşmaların rekabet hukuku boyutları incelenmiştir. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde ise Brexit sonrasında Birleşik Krallık'ın AB ile hiçbir antlaşma yapmaması veya yapılan bir antlaşmanın rekabet hukuku ve uygulamasını kapsamaması halinde olası sonuçlar ele alınacaktır.

#### A. ABİHA'nın 101. ve 102. Maddelerinin Uygulanması

ABİHA'nın 101. maddesinde öngörülen anlaşmaların, teşebbüs birliği kararlarının ve uyumlu eylemlerin, 102. maddesinde öngörülen hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması, yoğunlaşmaların denetlenmesini öngören 139/2004 sayılı Tüzük ve devlet desteklerinin denetlenmesini düzenleyen 107. madde AB maddi rekabet hukukunun temelini oluşturmaktadır. AB rekabet hukuku uygulaması 1/2003 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesine kadar Komisyonun tekeli olarak nitelendirilmiştir<sup>10</sup>. Ancak ilgili tüzük ile üye devletlerin ulusal rekabet otorite ve mahkemelerine AB mevzuatını uygulama yetkisi tanınmış ve böylece AB rekabet hukukunun ademimerkezi uygulanması sağlanmıştır<sup>11</sup>. Bu yeni sistem neticesinde bu makalenin ayrı bir bölümünde incelenecek olan yeni bir idari yapı da oluşturulmuştur.

ABİHA'nın 101. ve 102. maddelerinde öngörülen ihlaller Birleşik Krallık'ın 1998 Rekabet Kanunu ile tam uyumludur. Birleşik Krallık'ın AB üyeliğinden ayrılmasından sonra ulusal mevzuat kapsamında piyasa rekabetinin korunmasına yönelik kurallar uygulanmaya devam edecektir. Birleşik Krallık Parlamentosunun Avrupa Birliği Komitesi yayınladığı raporda maddi hukuk bakımından temel değişiklikler yapılmaması yönündeki görüşünü de açıkça ifade etmişlerdir<sup>12</sup>. Ayrıca, bugüne kadar oylanmış ve tartışılan Geri Çekilme antlaşmalarında da maddi hukuk bakımında değişikliğe gidileceğine dair bir söylem veya hüküm yer almamıştır. Dolayısıyla maddi hukuk bakımından bir boşluk oluşması beklenmemektedir. Dahası, AB ile tam uyumlu olan ulusal mevzuat uygulanmaya devam edecektir.

Diğer taraftan maddi hukukun uygulanması bakımından iki kritik sorun görünmektedir. Öncelikle Komisyon ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarının Birleşik Krallık bakımından bağlayıcı etkisi ortadan kalkacaktır. Parlamento tarafından reddedilen 2019 Geri Çekilme Antlaşmasının bilhassa 92. 93. e 95. maddelerinin rekabet hukukuna yönelik hükümleri geçiş döneminin

<sup>10</sup> Gamze Aşçıoğlu Öz, 'Rekabet Hukuku ve Politikası', içinde Belki Akçay ve İlke Göçmen (der), *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar* (Seçkin Yayıncılık 2014) 388.

<sup>11</sup> ibid 388

<sup>12</sup> *Brexit: Competition and State Aid* (House of Lords European Union Committee 12<sup>th</sup> Report of Session 2017-19) Bölüm 1, paragraf 4.

sona ermesinden önce başlayan yargı ve idari süreçler bakımında AB Kurum ve Mahkemelerinin yetkisinin devam edeceği ve bu bağlamda alınan kararların bağlayıcı etkisi olacağını belirtmektedir. Ancak antlaşmanın 86-97 maddelerinde yer alan hükümlerden bağlayıcı etkinin geçiş dönemin bitmesi ile ortadan kalkacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu değişiklik elbette rekabet hukuku kararları için de geçerli olacaktır. Ayrıca 1998 Rekabet Kanunu'nun 60. maddesinde öngörülen ulusal mahkemelerin AB hukukuyla uyumlu ve tutarlı yorum yapma ve karar alma zorunluluğunun da ortadan kalkması beklenmektedir<sup>13</sup>. Bu bağlamda, Brexit sonrasında, ciddi yorum ve içtihat değişikliklerine gidilmesi halinde hukuki öngörülebilirlik bakımından kaygı verici sorunlar ortaya çıkabilecektir<sup>14</sup>. Bu nedenle ulusal otorite ve mahkemelerin geçmiş ulusal içtihatla uyumlu kararlar almaya devam etmesi isabetli olacaktır. ABAD içtihadının bağlayıcı etkisi olmasa dahi, 60. maddede yapılacak değişikliklerden bağımsız olarak, yön gösterici etkisinin ulusal otorite ve mahkemeler tarafından kabul edilmesi ile hukuki öngörülebilirliğin ve uygulamada tutarlılığın zedelenmemesini sağlanacaktır.

Uygulama bakımından karşılaşılabilecek bir başka ciddi sorun ise AB rekabet hukukunun zaman içinde uygulanması sorunudur. Rekabet hukukunda yetkili otoritenin belirlenmesinde her zaman için etki prensibi geçerlidir. İlgili prensip uyarınca rekabet ihlali teşkil edebilecek davranışın etkilediği pazarın rekabet otoritesi yasal işlem başlatmaya yetkilidir. Diğer taraftan üye devletlerarası ticareti etkileyen tüm fiiller AB rekabet hukukunun kapsamına girer ve 1/2003 sayılı Tüzük uyarınca Komisyon ve ulusal otorite ve mahkemelerin ilgili mevzuatı uygulama yetkisi vardır. Etki prensibi uyarınca Brexit süreci tamamlandıktan sonra Birleşik Krallık menşeli şirketlerin AB iç pazarında etki doğuran tüm davranışları AB rekabet hukuku kuralları ve yaptırımlara tabi olacaktır. Ancak Brexit süreci tamamlanmadan önce Birleşik Krallık'ta gerçekleşen fiillerin AB hukuku kapsamında açılacak bir soruşturmada değerlendirilmesi ve yetkili kurumların belirlenmesi bakımından sorunlar doğabilecektir<sup>15</sup>. Brexit süreci tamamlanmadan önce rekabet ihlali teşkil edebilecek ve üye devletler arası ticareti etkileyen bir fiilin bazı etkilerinin Birleşik Krallık pazarında gelişmesi halinde esasen bu fiiller AB rekabet hukuku kapsamında açılan bir soruşturma kapsamına girecektir. Ancak soruşturmanın Birleşik Krallık'ın üyeliğinin sona ermesinden sonra açılması halinde üyelik dönemindeki davranışlara nasıl uygulanacağı konusunda bir belirsizlik oluşacaktır<sup>16</sup>. Komisyon ve ulusal otoritelerin bu bakımdan yetkilerini sınırlayan kurallar öngörülmemiştir. Birleşik

<sup>13</sup> *Guidance: Antitrust enforcement if there is no Brexit deal* (Competition and Markets Authority Report 30 Ekim 2018) <https://www.gov.uk/government/publications/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brexite-deal/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brexite-deal> erişim tarihi 19 Kasım 2019

<sup>14</sup> Jürgen Basedow, 'Brexit and Business Law' (2017) 5 *China-EU Law Journal* 101, 109.

<sup>15</sup> Roth (n 9) 7.

<sup>16</sup> John Vickers, 'Consequences of Brexit for competition law and policy' (2017) 33 *Oxford Review of Economic Policy* 70, 76.

Krallık'ta etkilenen bir pazar olması halinde Rekabet ve Piyasalar Otoritesinin (RPO) ulusal mevzuatı uygulama yetkisi olacaktır. Bu yetkiye ve dayanaklarına RPO'nun ilgili raporlarında da yer verilmiştir<sup>17</sup>. Ancak Komisyonun yetkisine giren ve Brexit günü öncesi gerçekleşen ve Birleşik Krallıkta bir pazarı etkileyen fiiler bakımından yetki dağılımına dair bir kural öngörülmemiştir. Bu durumlarda yetkileri belirleme yetkisinin (*competenz-competenz*) hangi kurumda olacağı ise bir başka sorundur. AB hukukunda sıkça karşılaşıldığı üzere ABAD'ın yetkiyi belirleme yetkisinin kendisinde olduğuna kadar vermesi söz konusu olabilir ve buna bağlı olarak AB rekabet hukuku kapsamında açılan soruşturmalara Birleşik Krallık pazarını etkileyen fiiller de dahil edilebilir. Ancak ABAD, Genel Mahkeme ve Komisyon kararlarının bağlayıcı etkisi ortadan kalkacağı için Birleşik Krallık'ın bu kararları ve yetkiyi tanıma yükümlülüğü olmayacaktır. Bu nedenlerle, üyelikten ayrılma süreci tamamlandıktan sonra Komisyon ve AB mahkemelerinin zaman içinde ve geriye dönük olarak yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

## B. Muafiyet Sistemi

AB rekabet hukukunun belki de en özgün ve başka ülkelerde en çok benimsen unsuru muafiyet sistemidir. ABİHA'nın 101. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen muafiyet sistemi, 101. maddenin 1. fıkrasında yasaklanan anlaşma, teşebbüs birliği kararı ve uyumlu eylemlerin dört temel koşulu sağlaması halinde 101. maddesinin 1. fıkrasında kapsamında yaptırımdan muaf tutulmasını sağlamaktadır. Teknolojik veya ekonomik ilerlemeye katkıda bulunma, tüketiciye fayda sağlama, rekabeti tamamen ortadan kaldırmama ve gereğinden fazla sınırlamama koşullarından oluşan temel çerçeve Komisyonun ikincil düzenlemeleri ile geliştirilmiş ve belirginleşmiştir. Uzun zamandır uygulanan sistemde muafiyetler anlaşma tipine göre veya sektörel bazda düzenlenen grup muafiyetleri ve tek bir anlaşma bazında verilen bireysel muafiyet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Teşebbüsler ilgili mevzuatı inceleyerek anlaşma hazırlayabilmekte, böylece hukuken güvenli ticari anlaşmalar yapabilmektedir. Muafiyet sisteminin getirdiği en büyük kazanç hukuki öngörülebilirliktir. Muafiyet sistemi aynı zamanda hukuka uymayı teşvik etmekte ve maliyetini düşürmektedir. 1/2003 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesiyle, Tüzükün 1. ve 2. maddeleri uyarınca Komisyona yapılması gereken muafiyet başvurusu yükümlülüğü kaldırılmıştır. Yeni sistem teşebbüslerin kendi kendine değerlendirme yapmasını öngörmektedir. Bu sistem ayrıca AB rekabet hukukunun ademi merkezi uygulanması amacıyla da bağdaşmaktadır. Zira Komisyonun AB rekabet hukukunu uygulamadaki münhasır yetkisinin kaldırılmasından sonra muafiyet denetimlerinin üye devlet ulusal otoritelerine devredilmesinin önü açılmıştır.

<sup>17</sup> *Guidance on the functions of the CMA after a no-deal Brexit from the EU* (Competition and Markets Authority Report Mart 2019) 17 [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/786749/EU\\_Exit\\_Guidance\\_Document\\_for\\_No\\_Deal\\_final.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/786749/EU_Exit_Guidance_Document_for_No_Deal_final.pdf) erişim tarihi 19 Kasım 2019



Birleşik Krallık ulusal mevzuatında muafiyet sistemi 1998 Rekabet Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde bir anlaşmanın AB rekabet hukuku kuralları gereğince muafiyet koşullarını sağlaması halinde Birleşik Krallık'ta da muafiyet koşulları sağlamış kabul edileceğini belirtmektedir. Kısaca Birleşik Krallık'ta muafiyet alınması tamamıyla AB kurallarına tabidir<sup>18</sup>. Yani Birleşik Krallık'ta AB rekabet hukukunun uygulanabilirliğinin sona ermesinden sonra muafiyet sisteminde bir yasal boşluk oluşacaktır. Daha önce muafiyet almış anlaşmalara ilişkin kararların en azından süresi tamamlanıncaya kadar geçerli kalması muhtemeldir. Ancak muafiyetin geçmiş bir kararla tanınmadığı anlaşmalar bakımından sorunlar yaşanabilecektir<sup>19</sup>. Brexit süreci sonrasında muafiyet sistemini benimseyip benimsememek, rekabet hukukunun kapsadığı diğer kural ve uygulamalarda olduğu gibi, Birleşik Krallık'ın ulusal ticari ihtiyaçları doğrultusunda alınması gereken bir karardır<sup>20</sup>. RPO'nun ilgili raporlarında grup muafiyeti sistemi ve kurallarının Brexit sonrasında da geçerli olacağı belirtilmektedir<sup>21</sup>. Muafiyet sisteminin kabul edilmesi ve uygulanmaya devam etmesi halinde ise AB mevzuatında yapılan değişikliklerin Birleşik Krallık mevzuatına nasıl uygulanacağı sorunu doğmaktadır. Ulusal mevzuatın her değişiklik sonrasında uyumlaştırılması halinde Birleşik Krallık'ın etki gücü olmadığı bir siyasi iradeye tabi olması sonucunu getirecektir<sup>22</sup>. Bu nedenle Birleşik Krallık'ın kendi ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanmış bir muafiyet sistemi geliştirmesi daha doğru olacaktır. RPO'nun ilgili raporunda Birleşik Krallık'ın üye olmamasından doğan sorunları gidermek üzere muafiyet kurallarında değişiklikler yapılacağı belirtilmektedir<sup>23</sup>. Bu bağlamda özellikle grup muafiyetleri bakımından AB kuralları ile farklılaşma yaratmak mümkün olacaktır. Ancak yeni mevzuat oluşturmanın zaman alacağı ve işlem maliyetlerini artıracığı da gerçektir.

### C. Özel Hukuk Yaptırımları

AB rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımları alanında uyumlaştırma düzeyi kamu yaptırımlarına oranla hâlâ düşüktür. Komisyonun ve AB Mahkemelerinin bu konuda yetkisi yoktur zira haksız fiilden doğan sorumluluk olarak sınıflandırılan rekabet ihlalleri ulusal mahkemeler tarafından değerlendirilmektedir. Buna mukabil 1/2003 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesinden sonra ulusal mahkemeler tazminat

<sup>18</sup> *Brexit: Competition and State Aid* (n 12) paragraf 19.

<sup>19</sup> Richard Whish, 'Brexit and EU Competition Policy', (2016) 7 *Journal of European Competition Law and Practice* 297, 298.

<sup>20</sup> Kenneth A Armstrong, 'Regulatory alignment and divergence after Brexit' (2018) 25 *Journal of European Public Policy* 1099, 1109-1110.

<sup>21</sup> *Guidance on the functions of the CMA after a no-deal Brexit from the EU* (Competition and Markets Authority Report Mart 2019) 18

<sup>22</sup> BCLWG, 'Recommendations' (para 2.14).

<sup>23</sup> <http://www.bclwg.org/wp-content/uploads/2017/07/BCLWG-Conclusions-and-Recommendations-Final.pdf> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

<sup>23</sup> *Guidance on the functions of the CMA after a no-deal Brexit from the EU* (Competition and Markets Authority Report Mart 2019) 19

davalarında AB rekabet hukukunu uygulama yetkisini de haiz olmuşlardır. Tazminat davaları bakımından 2014/104 sayılı Yönerge çerçevesinde AB düzeyinde ortak hedef ve kurallar getirilmiştir. Yönerge özellikle özel hukuk yaptırımlarının üye devletlerde etkin biçimde kullanılmasını sağlayacak bir çerçeve çizmektedir. En önemli amaç, rekabet ihlalinin doğan zarar için tazminat dava açılmasında üye devletlerin ulusal düzenlemelerinden kaynaklanan engellerin ortadan kaldırılmasıdır<sup>24</sup>. Ancak Komisyonun yasal araç olarak (tüzük yerine) yönergeyi tercih etmiş olması tazminat davaları bakımından yeknesaklaştırma gayesinin olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla bu alanda borçlar hukukunun temel ilkeleri ve usul hukuku bakımından ulusal mevzuatın uygulanması tercih edilmiştir.

Bu tespit Birleşik Krallık'ın AB üyeliğinden çıkması açısından iki sonuca dikkat çekmeyi gerektirmektedir. Öncelikle Yönerge'de belirlenen hedefleri karşılamak üzere Birleşik Krallık 2017 yılında tarihinde Rekabet İhlallerinden Doğan Zararlar İçin Açılan Tazminat Davaları Kanunu'nu kabul etmiştir. İlgili Kanun AB rekabet hukuku ile Birleşik Krallık Rekabet Kanunu kurallarının ihlali arasında fark gözetmeden her iki mevzuatın ihlalinin doğan zararın tazmini için aynı uygulamayı öngörmektedir. Bu nedenle Birleşik Krallık'ın üyelikten çıkmasından sonra en azından kanunun lafzında önemli değişiklikler yapılması ve AB hukukuna ilişkin ifade ve referansların çıkarılması gerekecektir<sup>25</sup>. Ancak yasa koyucunun AB mevzuatına benzer bir anlayışın devam ettirilmesini yerinde bulmaması halinde yasada daha köklü değişiklikler yapılması gerekebilecektir.

Diğer taraftan Kanun, 10. maddesi uyarınca, yalnızca yürürlüğe girdiği 9 Mart 2017 tarihinden sonra gerçekleşen fiillere uygulanacaktır. Bu hüküm ilgili tarihten sonra gerçekleşen, AB rekabet hukukunu ihlal eden fiillerden doğacak zarar için Birleşik Krallık'ta dava açılmasını mümkün kılmaktadır. Bir başka açıdan değerlendirildiğinde ise Kanun uyarınca açılan tazminat davalarına AB hukuku uygulanabilecektir. Bu durumda Komisyon ve AB Mahkemeleri içtihadı ile uyumlu yorum yapma yükümlülüğü de doğacaktır. Burada oluşan açmaz Birleşik Krallık'ın tam üyelikten çıkması halinde ilgili kanunun sadece lafzında değişiklik yapılarak ortadan kalkmayacaktır. Bu sorun kanun yürürlüğe girdikten sonra ancak Birleşik Krallık AB üyeliğinden çıkmadan önce gerçekleşen fiiller ve açılan tazminat davalarını ilgilendirmektedir. Bu durumda ulusal mahkemelerin AB rekabet hukukunu ve içtihadını uygulama yetkisinin ve yükümlülüğünün olup olmadığı tartışması doğacaktır. Yasa koyucunun bu konuda tarafların kazanılmış haklarını ve meşru beklentilerini gözetenek düzenleme yapması gerekecektir. Bu sorun aynı zamanda, Brexit süreci sonrasında ilgili Kanunun yalnızca lafzında değil, medeni

<sup>24</sup> Frank P Maier-Rigaud, 'Toward a European Directive on Damages Actions' (2014) 10 *Journal of Competition Law and Economics* 342, 343.

<sup>25</sup> Richard Gordon and Rowena Moffatt, *Brexit: The Immediate Legal Consequences* (The Constitution Society, 2016) 25-26 <<https://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2016/05/Brexit-PDF.pdf>> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

usul kurallarına ilişkin kuralları da gözeterek değişiklik yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Özel hukuk yaptırımları bakımından ikinci bir temel sorun da Brüksel Tüzüğü olarak da bilinen 2012/1215 sayılı Tüzük'ün uygulanması ile ilişkilidir. Brüksel Tüzüğü üye devletlerde borçlar hukuku ve ticaret hukuku kapsamında açılan ve sınırlar arası boyutu olan tüm davalara uygulanmaktadır. Bu bağlamda birden fazla üye devletin pazarını etkileyen rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarında yetkili mahkemenin belirlenmesi, kararların uygulanması, tanınması ve tenfizinde de Tüzük'ün genel kuralları geçerlidir<sup>26</sup>. Tüzük'ün 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca davalının bir üye devlette ikamet etmesi halinde, ikamet ettiği yer mahkemesi yetkilidir. Aynı maddenin 2. fıkrası AB'de ikamet eden vatandaş olan veya olmayan tüm kişiler için bu kuralın geçerli olacağını belirtmektedir. Tüzük rekabet ihlallerinden doğan tazminat davalarına ilişkin özel bir kural içermemektedir. Bu durumda genel olarak ulusal hukukta haksız fiilden doğan borç ilişkilerini düzenleyen hükümler geçerlidir. Bu bağlamda zararın meydana geldiği ve geleceği yerin mahkemesi yetkili kılınmıştır. Sözleşmeler bakımından ise borcun ifa yeri yetkili mahkemenin belirlenmesinde geçerli kriterdir. Brüksel Tüzüğü aynı zamanda çok sayıda davalının olduğu davalarda tek bir üye devlet mahkemesinde dava açılmasını ve alınan kararın tanınma ve tenfizini de kolaylaştırmaktadır. Tüzük'ün 31. maddesi uyarınca birden fazla yetkili mahkeme belirlenebilmesi halinde dava açılan ilk mahkeme haricindeki tüm mahkemeler yetkisizlik kararı almak zorundadır. Brüksel Tüzüğü'nün bu ilke ve kuralları davacılar, usul hukuku açısından, en yerinde olacak forumu belirleyerek dava açma imkânı sunmaktadır.

Yapılan araştırmalar bu kurallar çerçevesinde açılan rekabet ihlalden doğan tazminat davalarında Birleşik Krallık'ın çok tercih edilen bir üye devlet olduğunu ortaya koymaktadır<sup>27</sup>. Bu tercihlerde uygulanan usul hukukunun, mahkemelerin itibarının ve avukatların sunduğu hukuki uzmanlığın önemli bir rol oynadığı da ileri sürülmektedir<sup>28</sup>. Ayrıca Birleşik Krallık mahkemelerinin yaklaşımının da bu tercihlerde önemli etkisi olmuştur. Örneğin *Provimi* kararında<sup>29</sup>, Yüksek Mahkeme, Fransız ve Alman şirketlerin İngiltere'de yavru şirketlerinin bulunmasını İngiliz mahkemelerinin Tüzük uyarınca yetkili sayılması için yeterli bulmuştur. Mahkeme davacının ikameti şartını bu şekilde geniş yorumlayarak Birleşik Krallık'ta tazminat davası açmayı kolaylaştırmıştır.

<sup>26</sup> Işıl Özkan, 'Birinci Bölüm Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü', içinde Işıl Özkan, Ceyda Süral ve Uğur Tütüncübaşı (der), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet Yayınevi 2016) 37.

<sup>27</sup> Mihail Danoy, Florian Becker and Paul Beaumont, *li* (Hart Publishing 2013) 37, 42.

<sup>28</sup> Arianna Andreangeli, 'The Consequences of Brexit for Competition Litigation: An End to a "Success Story?"' (2017) 38 *European Competition Law Review* 222, 222.

<sup>29</sup> *Provimi Ltd. Aventis Animal Nutrition SA*, 2003 EWCH 961.

Birleşik Krallık'ın AB üyeliğinin sona ermesinden sonra Brüksel Tüzüğü'nün uygulanabilirliği de ortadan kalkacaktır. Bu durum hukuki öngörülebilirlik açısında önemli sorunlar da yaratacaktır. Özellikle birden fazla davalının veya birden fazla yetkili mahkemenin bulunduğu durumlar, ya da Birleşik Krallıkla illiyet bağının olduğu zararlarda, çok sayıda dava açılması halinde kararların tanınması ve tenfizi bakımından düzenleme boşluğu oluşacaktır. Birçok mahkemenin yetkili olması ve kararların tanınması gibi konularda Birleşik Krallık yasa koyucusunun tek taraflı düzenleme yapması anlamsız olacaktır. Dolayısıyla özellikle kararların tanınma ve tenfizi bakımından AB ve üye devletlerle antlaşmalar yapılması gerekecektir. Bu antlaşmalar yalnızca Birleşik Krallık'ta açılan ve sonuçlanan davaların diğer ülkelerde uygulanabilmesi için değil, aynı zamanda davacıların AB üye devletlerinde açılan davalarda kazandıkları haklarının Birleşik Krallık'ta etkin biçimde korunması için de gereklidir.

Özel hukuk yaptırımları bakımından ele alınması gereken son bir konu da 2014/104 sayılı Yönerge'nin 9. maddesinde öngörülen soruşturma açılması ve ihlal tespit edilmesinden sonra açılan tazminat davalarıdır (*follow-on actions*)<sup>30</sup>. AB üye devletlerinde bu tür tazminat davaları en çok Komisyonun ihlal tespit etmesi ve idari para cezası uygulamasından sonra, ihlalden mağdur olanların maddi zararlarının tazmini için dava açmaları şeklinde gelişmektedir. Birleşik Krallık'ın bu davalarda da çok tercih edilen bir üye ülke olduğu görülmektedir<sup>31</sup>. Bu davaların temel özelliği davalının Komisyonun tespiti sayesinde ihlali ispat yükümlülüğü olmamasıdır. Davacı bu durumda yalnızca oluşan zararı ve ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağını ispatlamak ile yükümlüdür. Brexit süreci neticesinde AB Komisyonunun ve ABAD kararlarının bağlayıcı etkisi de kalkacağı için davacının ispat yükümlülüğü bakımından da bir belirsizlik oluşacaktır. Komisyon kararından sonra tazminat davası kapsamında ihlalin varlığını ispat etmek durumunda kalacak davacılar için davayı Birleşik Krallık'ta açmak dezavantajlı olacaktır. Bu kapsamda yapılacak bir düzenlemeyle Komisyon kararlarının Birleşik Krallık mahkemeleri üzerindeki etkisi netleştirilmelidir. Brexit sonrasında Komisyon kararlarının en azından yön gösterici etkisinin kabul edilmesi hukuki öngörülebilirlik ve bütünlük açısından isabetli olacaktır.

#### **D. Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**

AB rekabet hukukunda birleşme, devralma ve ortak girişim gibi yoğunlaşmaların denetlenmesi 139/2004 sayılı Tüzük ile düzenlenmiştir. Tüzük kapsamında üye devletler arası ticareti etkileyen, yani iç pazarda etki doğuran yoğunlaşmalar denetlenmektedir. Yoğunlaşma sayılan işlemler ilgili tüzükte belirlenmiş ciro eşiklerini

<sup>30</sup> Roth (n 9) 10.

<sup>31</sup> *Brexit: Competition and State Aid* (n 12) paragraf 63.

aştıkları takdirde izne tabidir. Yoğunlaşmaların denetlenmesi ve izin verilmesinde yetkili kurum Komisyondur. Komisyon kararları ise AB mahkemelerinin yargısal denetimine tabidir. İlgili eşikleri aşmayan yoğunlaşmalar AB iç pazarını etkileyecek hacimde işlemler olmamaları nedeniyle Komisyon tarafından denetlenmez. Tüzük'ün 2. maddesinin 2. fıkrası kapsamında özellikle hakim durumun yaratılması veya güçlendirilmesi şeklinde iç pazarda rekabeti önemli ölçüde azaltan yoğunlaşmalar yasaklanmıştır.

Üye devletlerin ulusal mevzuatlarında belirlenen eşikleri aşan yoğunlaşmalar ise ilgili rekabet otoritesinin iznine tabi olacaklardır. Birleşik Krallık'ta halihazırda yoğunlaşmaların denetlenmesi 2002 yılında yürürlüğe giren Teşebbüsler Kanunu ile düzenlenmektedir. İlgili Kanun AB Tüzüğü ile aynı şekilde rekabeti önemli ölçüde azaltan yoğunlaşmaları yasaklamaktadır. Birleşik Krallık'ın AB üyeliğinden çıkması halinde bu Kanun uygulanacak ve dolayısıyla maddi hukuk bakımından önemli bir değişiklik olmayacaktır.

Ancak Birleşik Krallık'ın üyeliğinin sona ermesinden sonra yoğunlaşmaların denetlenmesinde tek durak noktası (*one stop shop*) olarak bilinen sistem Birleşik Krallık'ı ilgilendiren fiiller bakımından geçerli olmayacaktır. Bu sistem uyarınca, AB boyutu olan ve dolayısıyla Komisyonun iznine tabi olan yoğunlaşmaların taraflarının, söz konusu işlem pek çok üye devletin pazarında etki doğuracak ve ilgili ulusal mevzuatın eşiklerini aşacak olsa dahi 139/2004 sayılı Tüzük'ün 21. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ayrıca ulusal rekabet otoritelerine başvuru yapma yükümlülüğü yoktur. Yani, Komisyonun değerlendirmesi ve denetlemesi yeterli sayılmaktadır. Tüzük'ün 9. maddesi uyarınca bir üye devletin talebi üzerine ulusal düzeyde denetleme yapılması mümkündür ancak bu uygulama istisnaidir. Bu nedenle AB boyutu taşıyan aynı işlem için Komisyon tek durak noktası olarak görülmektedir. Komisyonun denetimine paralel olarak üye devlet rekabet otoriteleri tarafından ek denetim yapılması gerekmemektedir. Bu kural hem büyük hacme sahip yoğunlaşmaların taraflarının işlem masraflarını azaltmakta, hem ulusal rekabet otoritelerinin iş yükünü hafifletmektedir. Ayrıca bu sistem AB rekabet hukukunda yeknesak uygulamayı pekiştirmektedir.

Brexit süreci tamamlandıktan sonra AB Birleşmeler ve Devralmalar Tüzüğü'nde belirlenen eşikleri aşan yoğunlaşmaların tarafları Birleşik Krallık'ta da faaliyet gösterebilmek için Birleşik Krallık'ta etkilenecek bir pazar olması halinde hem AB Komisyonuna hem de Rekabet ve Piyasalar Otoritesi'ne (RPO) ayrı ayrı başvuru yapmak zorunda olacaktır. Bu durum işlem taraflarının külfetini artıracaktır<sup>32</sup>. Ayrıca Birleşik Krallık rekabet otoritesinin iş yükünün çok ağırlaşmasına da yol

<sup>32</sup> Philip Lowe, *The implications of Brexit for UK and EU Competition Policy and Law Enforcement* (Response to BCLWG Issues Paper 2016) 11 <<http://www.bclwg.org/wp-content/uploads/2016/11/Response-to-BCLWG-Issues-Paper-PL161116.pdf>> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

açabilecektir. Bu nedenle RPO'nun idari kapasitesinin artırılması ve güçlendirilmesi gerekliliği doğacaktır. Buna mukabil RPO her başvuruyu incelemekle yükümlü değildir. Rekabet otoritesi *de minimis* kuralı gereğince yoğunlaşmadan etkilenecek piyasanın değerinin 15 milyon İngiliz sterlini eşliğinin altında kalması durumunda takdir yetkisi kullanarak denetleme yapmayabilir<sup>33</sup>. Ancak RPO takdir yetkisini kullanırken işlem taraflarına maliyetlerden ziyade kamuyu etkileyecek maliyetleri göz önünde bulundurur<sup>34</sup>. Brexit sonrasında rekabet otoritesinin iş yükünün artması durumunda, büyük hacimli ve yüksek etkili işlemlere odaklanmak için bu eşiklerin düşürülmesi ve takdir yetkisinin genişletilmesi de gerekebilecektir.

Nadiren de olsa iki farklı rekabet otoritesinin aynı yoğunlaşma işlemi için farklı kararlar vermesi de mümkündür. Bu sorun elbette Brexit durumuna özel değildir. Ancak RPO'nun antlaşma olmaksızın üyelikten ayrılma durumuna ilişkin görüşlerini sunduğu raporda Komisyonun henüz karara bağlamadığı devam eden başvurular bakımından kendisi yetkili göreceği ve incelemeye alacağını ifade edilmektedir<sup>35</sup>. Aynı sorun örneğin hem AB hem de ABD piyasalarını ilgilendiren küresel birleşme veya devralmalarda görülebilmektedir. Ancak bu piyasalar çok farklı dinamikler barındırdığı ve coğrafi olarak da birbirine uzak olduğu için daha olağan karşılanabilmektedir. Brexit sonrasında bir otoritenin izin vermediği ancak diğerinin izin verdiği işlemlerin sonuçları yakın piyasalarda doğacağı için ticari faaliyet bakımından daha zorlayıcı olabilecektir. Bu nedenle RPO'nun Brexit öncesi kararlarına ve genel ilkeler düzeyinde AB mevzuat ve yorumlarına sadık kalması, büyük değişiklik yaratacak bir yaklaşım benimsememesi yatırım ortamının bozulmaması açısından isabetli olacaktır. Ayrıca RPO'nun da ifade ettiği gibi<sup>36</sup>, her iki otoritenin, yani hem Komisyonun hem de RPO'nun incelemeye aldığı yoğunlaşmalar bakımından iş birliklerinin güçlendirilmesi isabetli olacaktır.

## E. Devlet Destekleri

Devlet destekleri ABİHA'nın 107, 108 ve 109. maddelerinde düzenlenmiştir. 107. madde gereğince genel olarak devletlerin iç pazarda üye devletler arası ticareti ve teşebbüsler arası rekabeti bozacak şekilde bazı teşebbüsleri veya bazı malların üretimini kayıracak şekilde destek vermesi yasaklanmıştır. 107. maddede AB hukukuna uygun sayılacak ve sayılabilecek destek türleri de sıralanmıştır. 108. madde uyarınca devlet destekleri uygulamalarını ve olası ihlalleri denetlemek görevi

<sup>33</sup> *Guidance on changes to the jurisdictional thresholds for UK merger control*. <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/715167/guidance\\_on\\_changes\\_to\\_the\\_jurisdictional\\_thresholds\\_for\\_uk\\_merger\\_control.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715167/guidance_on_changes_to_the_jurisdictional_thresholds_for_uk_merger_control.pdf)> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

<sup>34</sup> Joe Tomlinson and Liza Lovdahl Gormsen, 'Stumbling Towards the UK's New Administrative Settlement: A Study of Competition Law Enforcement After Brexit' (2018) 20 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 233.

<sup>35</sup> *Guidance on the functions of the CMA after a no-deal Brexit from the EU* (Competition and Markets Authority Report Mart 2019) 8

<sup>36</sup> *ibid* 12

ise Komisyona verilmiştir. Komisyon aynı zamanda ihlalleri soruşturarak ve tespit ederek karara bağlama yetkisine de sahiptir. Son olarak, 109. madde kapsamında Konsey ve Komisyona devlet destekleri hakkında gerekli görülen düzenlemeleri yapma ve mevzuat oluşturma yetkisi tanınmıştır.

Devlet destekleri kuralları tanım gereği uluslararası serbest ticareti etkileyen uygulamaları hedeflemektedir. AB'nin tek bir ortak ticaret politikasının ve gümrük birliğinin olması nedeniyle üye devletler ile birlikte AB de Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) üyesidir. ABA ve ABİHA'nın AB'ye tanıdığı yetkiler neticesinde DTÖ bünyesinde müzakere ve antlaşmalar AB tarafından yürütülmektedir. Bu bağlamda AB üye devletleri DTÖ ve AB kurallarını yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak AB hukukunun devlet destekleri düzenlemelerinin kapsamı DTÖ'nün öngördüğü sübvansiyonlar rejiminden çok daha geniş tanımlanmıştır<sup>37</sup>. Dolayısıyla üye devletlerin AB kurallarını esas almaları DTÖ kurallarına uymak için yeterli olmaktadır. Birleşik Krallık'ın devlet desteklerine yönelik AB veya DTÖ'den bağımsız bir mevzuat veya yasal çerçevesi bulunmamaktadır<sup>38</sup>. Bu nedenle, üyelikten ayrılmanın sonucunda en sorunlu alanlardan bir tanesinin de devlet destekleri olacağı söylenebilir, zira bu alanda önemli bir boşluk oluşacaktır.

AB tam üyeliğinin sona ermesinden sonra Birleşik Krallık'ın DTÖ kuralları bakımından yükümlülükleri devam edecektir. Bu nedenle Birleşik Krallık'ın DTÖ kuralları çerçevesinde devlet sübvansiyonlarını düzenlemesi gerekecektir. Ancak bugüne kadar ilgili kuralları AB üye devleti olarak uygulayan Birleşik Krallık'ın, üyelikten ayrıldıktan sonra bu kuralları hangi yasal dayanakla uygulayacağı konusu belirsizdir. DTÖ'nün Birleşik Krallık'ın Brexit süreci sonrasında yeniden bağımsız üye olmasına yönelik iki gizli üyelik antlaşması<sup>39</sup> sunduğu söylenmektedir. Yapılacak antlaşma çerçevesinde DTÖ kurallarının uygulanması muhtemeldir<sup>40</sup>.

Ancak Brexit sonrası Birleşik Krallık'ta devlet destekleri uygulaması bakımından daha önemli iki sorun oluşacaktır. Öncelikle Birleşik Krallık'ın bu alanda bir iç mevzuat oluşturması gerekecektir. Zira uluslararası hukuk bakımından düalist sistemi benimsemiş Birleşik Krallık'ta DTÖ kurallarının dahi uygulanabilmesi için ulusal mevzuat oluşturulması ve kabul edilmesi şarttır. Diğer taraftan AB'nin üçüncü ülkelerle yaptığı ticaret antlaşmalarında devlet destekleri denetleme şartı getirdiği göz önünde bulundurulursa, Birleşik Krallık ile yapacağı tüm antlaşma ve iş birliklerinde de benzer bir koşul getirilmesi olasıdır. Bu bağlamda ulusal mevzuat oluşturulurken hangi sistemin benimseneceği ve ne kadar kapsamlı bir denetleme

<sup>37</sup> Tomlinson and Lovdahl Gormsen (n 34) 244.

<sup>38</sup> Paul Craig and Grainne Búrca, *EU Law Text, Cases, and Materials* (Sixth Edition, OUP 2015) 1146.

<sup>39</sup> Tom Miles, 'Britain and EU formally start splitting WTO membership agreements' Reuters (24 July 2018) <<https://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-wto/britain-and-eu-formally-start-splitting-wto-membership-agreements-idUKKBN1KE2LJ>> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

<sup>40</sup> Nicholas Crafts, 'Brexit and State Aid' (2017) 33 *Oxford Review of Economic Policy* 105, 106.

getirileceği önemlidir. Birleşik Krallık'ın AB üyeliği süresince yaptığı çok az sayıda başvuruya Komisyon tarafından izin verilmemiştir. Buna mukabil Birleşik Krallık pek çok büyük proje için izin almayı başarmıştır. Bu nedenle AB sistem ve mevzuatına benzer düzenlemeler getirilmesi halinde sorun yaşanmayacağı düşünülebilir. Ancak üyelikten ayrıldıktan sonra özellikle daha fazla yabancı yatırım almak için vergi teşviklerinin genişletilmesi ve çoğaltılması amacıyla farklı bir devlet destekleri rejimi oluşturulması da mümkündür. Bu bağlamda Komisyonun teknoloji şirketlerine vergi teşviki ve muafiyeti sağlayan İrlanda (*Google kararı*<sup>41</sup>) ve Lüksemburg (*Amazon kararı*<sup>42</sup>) devletleri aleyhine aldığı kararlar göz önünde bulundurulduğunda Birleşik Krallık'ın daha esnek ve dar kapsamlı bir denetleme mevzuatı oluşturacağı da düşünülebilir.

Devlet destekleri kapsamında ortaya çıkacak ikinci bir kritik sorun da desteklerin denetlenmesinde yetkili bir otorite sorunudur. AB mevzuatı çerçevesinde devlet desteklerinin yalnızca Komisyon tarafından denetleniyor olması nedeniyle Birleşik Krallık'ta bu alanda izleme ve denetleme görevlerini yerine getiren bir idari kurum yoktur. Brexit süreci tamamlandıktan sonra Birleşik Krallık'ın devlet desteklerinin denetlenmesi için bir idari alt yapı oluşturması gerekebilecektir. Antitröst kurallarının uygulanması ve denetlenmesinden sorumlu olan RPO devlet destekleri alanında yeterli tecrübeye sahip değildir<sup>43</sup>. Şayet devlet destekleri bu otoritenin uhdesinde olursa yeni bir birim oluşturulması doğru olacaktır. Aynı bir devlet destekleri denetleme otoritesinin oluşturulmasındansa, AB modelinde Komisyonda olduğu gibi, bir otoritenin rekabet hukukunun tüm alanlarını farklı birimler ile yürütmesi uygun olacaktır. Buna mukabil devlet destekleri mevzuatı uygulama geçmişi olmayan Birleşik Krallık'ın Komisyon kararlarını ve ABAD içtihadını yön gösterici ilkeler olarak kabul etmesi de isabetli olacaktır.

## F. İdari Yapı

AB rekabet hukukunun ademimerkezi uygulamasını öngören 1/2003 sayılı Tüzük ile ulusal rekabet otoriteleri AB rekabet hukukunu uygulama yetkisini kazanmıştır. Bu bağlamda üye devletler arası ticareti etkileyen rekabet ihlallerinin ulusal otoriteler tarafından soruşturulması ve yaptırım uygulanması da mümkün olmuştur. ABİHA 101. ve 102. maddelerin yeknesak uygulamasını sağlamak ve rekabet otoriteleri arasında iş birliğini geliştirmek amacıyla tüm üye devlet otoritelerini kapsayan bir Avrupa Rekabet Ağı (ARA) oluşturulmuştur.

<sup>41</sup> Commission, '2017/1283 of 30 August 2016 on State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple' <[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38373](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373)> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

<sup>42</sup> State aid SA.38944 (2014/C) (2014/NN) Alleged aid to Amazon Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, <[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38944](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38944)> erişim tarihi 19 Kasım 2019.

<sup>43</sup> *Brexit: Competition and State Aid* (n 12) paragraf 50



Bu idari yapı üye devletlerde yürütülen soruşturmalar bakımından önemli bazı işlevleri yerine getirmektedir. ARA çatısı altında oluşturulan bir çalışma grubu yoğunlaşmaların denetlenmesi alanında politika geliştirilmesi üzerinde çalışmaktadır. Grubun amacı AB üye devletlerinde gerçekleştirilen birleşme ve devralma denetlemelerinde yeknesak yaklaşımlar geliştirilmesine katkıda bulunmaktır. Ayrıca grup tarafından bu alanda örnek uygulama belgeleri de hazırlanmaktadır.

ARA üye devletlerin ulusal rekabet otoriteleri tarafından başlatılan soruşturmalar konusunda diğer üye devlet otoritelerine bilgi akışını da kolaylaştırmaktadır. Bir üye devlette açılan soruşturmalar bu ortak ağ sayesinde tüm üye devletlerin rekabet otoritelerine duyurulabilmektedir. Bu sayede diğer üye devletleri de ilgilendiren unsurlardan haberdar olunmaktadır. Bu bilgi akışının en önemli sonucu aynı teşebbüs veya teşebbüsler hakkında açılan soruşturmaların gerektiğinde koordine edilebilmesidir. Ayrıca Komisyon yerinde incelemeleri de ARA ile koordine bir biçimde yürütmektedir.

ARA kapsamında ayrıca rekabet otoriteleri arasında delil paylaşılması da mümkündür. Yani bir otoritenin elde ettiği deliller diğer otoriteler tarafından aynı konu ve teşebbüsler hakkında yürütülen soruşturmalarda kullanılabilir. Yani bilgi akışının yanı sıra delil paylaşımı da ağ kapsamında mümkün kılınmıştır. AB iç pazarının büyüklüğü göz önünde bulundurulduğunda, rekabet otoriteleri arasında bu şekilde bir delil paylaşımı sağlanması özellikle birden fazla üye devlette faaliyet gösteren teşebbüslere karşı açılan soruşturmalar bakımından yadsınamaz bir araçtır.

Brexit sürecinin sona ermesinden sonra Birleşik Krallık ARA'nın dışında kalacak ve ulusal rekabet otoritesinin bu iş birliği ve idari mekanizmalardan faydalanması mümkün olmayacaktır<sup>44</sup>. Ancak soruşturma süreçlerinde bilgi akışı ve delillerin paylaşılması gibi mekanizmalar çok gereklidir. AB özellikle küresel kartellerle mücadelenin öneminden ötürü ikili antlaşmalar aracılığıyla benzer sistemleri üçüncü ülkelerle de geliştirmektedir. Halihazırda, AB'nin ortak antlaşması olan İsviçre'nin yanı sıra, Japonya ve Kanada gibi üçüncü ülkelerle yapılan bu tür antlaşmalar yürürlükte. Bu antlaşmalar, soruşturmalar kapsamında gizlilik ilkesinin hilafına olmayacak şekilde bilgi ve delil paylaşımının yanı sıra uygulama bakımından iş birliği ve yardım yapma, hatta diğer otoritenin aldığı kararların ifası konusunda destek talebinde bulunma imkânı da sunmaktadır. Özellikle küresel kartellerle mücadele konusunda bu araçlar çok önemli ve etkili olabilmektedir. Brexit sonrasında AB ile Birleşik Krallık arasında benzeri bir antlaşma yapılması yerinde olacaktır. Yapılacak iş birliği antlaşması Birleşik Krallık rekabet otoritesinin soruşturmalarında iş yükünü hafifletmenin yanı sıra ARA ile bilgi birikimi paylaşımının devamını da sağlayacaktır.

<sup>44</sup> Whish (n 19) 297.

## Sonuç

AB hukukunun en eski, gelişmiş ve bütüncül alanlarından biri rekabet hukukudur. Buna bağlı olarak rekabet hukuku kuralları üye devlet mevzuatına ve uygulamasına çok fazla teneffüs etmiş, idari yapıyı ve ulusal içtihadı derinden etkilemiştir. Bu tespit Birleşik Krallık için de elbette geçerlidir. Bu nedenle Brexit'ten sonra rekabet hukuku ve uygulaması bakımından çok sayıda ve önemli açmazlar oluşması kaçınılmazdır. Bu makalede tam üyelikten ayrılma süreci ve sonrasında Birleşik Krallık'ın rekabet hukuku bakımından yaşayabileceği sorunlar ele alınmıştır.

Brexit süreci çerçevesinde en fazla tartışılan konulardan bir tanesi de Birleşik Krallık ile AB arasında bir antlaşma yapılması veya yapılmaması olasılığıdır. Söz konusu antlaşma ihtimali Birleşik Krallık ile AB arasında ekonomik entegrasyonun belli bir düzeyde devam etmesini içerir. Makalenin ilk bölümünde bu bağlamda bir tercih olabilecek olan farklı antlaşmalar ve bu ekonomik ilişkilerin getireceği rekabet hukuku düzenlemeleri tartışılmıştır. İhtimaller AB'nin İsviçre örneğinde olduğu gibi ikili antlaşmaları veya Norveç, İzlanda ve Lihtenştayn örneğinde olduğu gibi çoklu antlaşmaları temel alarak incelenmiştir. Ancak Birleşik Krallık'ta 2016 referandumundan bu yana görülen siyasi idare bu derinlikte bir entegrasyonun tercih edilmeyeceğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle Birleşik Krallık'ın malların serbest dolaşımını içeren bir gümrük birliği antlaşması veya hiçbir antlaşma olmaksızın tam üyelikten çıkma ihtimalinin yüksek olduğunu söylemek mümkündür.

Bu nedenle makalenin ikinci bölümünde Birleşik Krallık'ın hiçbir antlaşma yapmadan AB tam üyeliğinden çıkması halinde rekabet hukuku ve uygulamasında görülecek sorunlar tartışılmıştır. Sırasıyla maddi hukuk ve uygulama, muafiyet sistemi, özel hukuk yaptırımları, birleşme ve devralmaların denetlenmesi, devlet destekleri ve kurumsal yapı olmak üzere rekabet hukukunun tüm alanlarında görülebilecek açmazlar incelenmiştir. Son olarak üyelikten çıkış sürecinin başlamasıyla geçiş döneminde yaşanabilecek sıkıntılar ele alınmıştır.

Birleşik Krallık'ın tam üyelikten ayrılması ulusal ticari ihtiyaçlara daha uygun rekabet kuralları benimsemesini mümkün kılacaktır<sup>45</sup>. Ancak bu inceleme Brexit süreci ve sonrasında rekabet hukuku bakımından ciddi bir hukuki öngörülebilirlik sorunu yaşanacağını ortaya koymaktadır. Öncelikle Birleşik Krallık'ın ulusal mevzuatına yansıtılmış olduğu AB kurallarının yasal statüsünün ne olacağı, yasa koyucunun bu konuda nasıl bir tutum izleyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Pek çok kanunun yalnızca lafzında değil, esasında da değişiklik yapılması gerekebilecektir. Diğer taraftan AB mahkemelerinin ve Komisyon kararlarının bağlayıcı etkisinin ortadan kalkması ulusal otoritelerin ve mahkemelerin farklı yaklaşımlar benimsemesinin önünü açacaktır. Bu da teşebbüsler açısından bir

<sup>45</sup> Giorgio Monti, 'The United Kingdom's Contribution to European Union Competition Law' (2017) 40 *Fordham International Law Journal* 1444, 1469.

belirsizlik yaratacak, ticaret ve yatırım ortamı açısından sorunlar doğuracaktır. Son olarak, birleşme ve devralmaların denetiminde veya özel hukuk yaptırımlarında aynı başvurunun olması veya dava tarafları bakımından Birleşik Mahkeme ve AB üye devletlerinde farklı kararlar alınması uygulamada çok büyük sıkıntılara yol açabilecektir. Tüm bu sorunlar Birleşik Krallık'ın AB ve üye devletleri ile olan yoğun ticaret ilişkilerini etkileyecektir. Öngörülebilirlik sorunu genel olarak yatırım ortamını bozma riskini de taşımaktadır. Birleşik Krallık yasa koyucusunun bu gibi olumsuz etkileri önlemek için önemli bir reform süreci başlatması gerekmektedir. Bu süreçte rekabet hukukunun bütüncül olarak değerlendirilmesi şarttır. Ayrıca sürecin tamamında başta Komisyon olmak üzere AB kurumları ile görüş alışverişi ve iş birliği yapılması da gereklidir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

## Bibliyografya/Bibliography

### Eserler

- Andreangeli A, ‘The Consequences of Brexit for Competition Litigation: An End to a “Success Story?”’ (2017) 38 *European Competition Law Review* 222
- Armstrong K A, ‘Regulatory alignment and divergence after Brexit’ (2018) 25 *Journal of European Public Policy* 1099
- Aşçıoğlu Öz G., ‘Rekabet Hukuku ve Politikası’, içinde Belki Akçay ve İlke Göçmen (der), *Avrupa Birliği: Tarihçe, Teoriler, Kurumlar ve Politikalar* (Seçkin Yayıncılık 2014)
- Basedow J, ‘Brexit and Business Law’ (2017) 5 *China-EU Law Journal* 101
- Crafts N, ‘Brexit and State Aid’ (2017) 33 *Oxford Review of Economic Policy* 105
- Craig P and Búrca G, *EU Law Text, Cases, and Materials* (Sixth Edition, OUP 2015)
- Danoy M, Becker F and Beaumont P, *Cross-Border EU Competition Law Actions* (Hart Publishing 2013) 37-42
- Karacan P, ‘Brexit: Avrupa Birliği Hukuku ve Birleşik Krallık Açısından ‘Buzdağının Görünen Yüzü’ (2017) 19 *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 403
- Kux S and Sverdrup U, ‘Fuzzy borders and adaptive outsiders: Norway, Switzerland and the EU’ (2000) 22 *Journal of European Integration* 237
- Maier-Rigaud F P, ‘Toward a European Directive on Damages Actions’ (2014) 10 *Journal of Competition Law and Economics* 342
- Miles T, ‘Britain and EU formally start splitting WTO membership agreements’ Reuters (24 July 2018) <<https://uk.reuters.com/article/uk-britain-eu-wto/britain-and-eu-formally-start-splitting-wto-membership-agreements-idUKKBN1KE2LJ>> erişim tarihi 19 Kasım 2019
- Monti G, ‘The United Kingdom’s Contribution to European Union Competition Law’ (2017) 40 *Fordham International Law Journal* 1444
- Özkan I, ‘Birinci Bölüm Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü’, içinde Işıl Özkan, Ceyda Süral ve Uğur Tütüncübaşı (der), *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku* (Adalet Yayınevi 2016)
- Sampson T, ‘Brexit: The Economics of International Disintegration’ (2017) 31 *Journal of Economic Perspectives* 163
- Schimmelfennig F, ‘Brexit: differentiated disintegration in the European Union’ (2018) 25 *Journal of European Public Policy* 1154
- Roth P, ‘Competition Law and Brexit: the challenges ahead’ (2017) Jordan Publishing 5 <[http://www.bclwg.org/wp-content/uploads/2017/03/CLJ\\_2017\\_01\\_Sir\\_Peter\\_Roth.pdf](http://www.bclwg.org/wp-content/uploads/2017/03/CLJ_2017_01_Sir_Peter_Roth.pdf)> erişim tarihi 19 Kasım 2019
- Tomlinson J and Lovdahl Gormsen L, ‘Stumbling Towards the UK’s New Administrative Settlement: A Study of Competition Law Enforcement After Brexit’ (2018) 20 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 233
- Vickers J, ‘Consequences of Brexit for competition law and policy’ (2017) 33 *Oxford Review of Economic Policy* 70
- Whish R, ‘Brexit and EU Competition Policy’, (2016) 7 *Journal of European Competition Law and Practice* 297

## Mevzuat/Legislation

Guidance on changes to the jurisdictional thresholds for UK merger control <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/715167/guidance\\_on\\_changes\\_to\\_the\\_jurisdictional\\_thresholds\\_for\\_uk\\_merger\\_control.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715167/guidance_on_changes_to_the_jurisdictional_thresholds_for_uk_merger_control.pdf)> erişim tarihi 19 Kasım 2019

## Kararlar/Cases

Commission, '2017/1283 of 30 August 2016 on State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple' <[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38373](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373)> erişim tarihi 19 Kasım 2019

Provimi Ltd. Aventis Animal Nutrition SA, 2003 EWCH 961

State aid SA.38944 (2014/C) (2014/NN) Alleged aid to Amazon Invitation to submit comments pursuant to Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, <[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=3\\_SA\\_38944](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38944)> erişim tarihi 19 Kasım 2019

## Raporlar/Reports

BCLWG, 'Recommendations' <<http://www.bclwg.org/wp-content/uploads/2017/07/BCLWG-Conclusions-and-Recommendations-Final.pdf>> erişim tarihi 19 Kasım 2019

*Brexit: Competition and State Aid* (House of Lords European Union Committee 12<sup>th</sup> Report of Session 2017-19)

Busch B and Matthes J, *Brexit - The Economic Impact: A Meta-Analysis* (IW-Report 10/2016) <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/157171/1/IW-Report-2016-10.pdf>> erişim tarihi 19 Kasım 2019

CMA *Guidance: Antitrust enforcement if there is no Brexit deal* (Competition and Markets Authority Report 30 Ekim 2018) <https://www.gov.uk/government/publications/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brexit-deal/cmas-role-in-antitrust-if-theres-no-brexit-deal> erişim tarihi 19 Kasım 2019

CMA *Guidance on the functions of the CMA after a no-deal Brexit from the EU* (Competition and Markets Authority Report Mart 2019) [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/786749/EU\\_Exit\\_Guidance\\_Document\\_for\\_No\\_Deal\\_final.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/786749/EU_Exit_Guidance_Document_for_No_Deal_final.pdf) erişim tarihi 19 Kasım 2019

Emerson M, *Which Model for Brexit?* (CEPS Special Report 147/2016) <<https://ssrn.com/abstract=2860010>> erişim tarihi 19 Kasım 2019

European Parliament *The revised Brexit deal: What has changed and next steps?* Briefing [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642260/EPRS\\_BRI\(2019\)642260\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/642260/EPRS_BRI(2019)642260_EN.pdf) erişim tarihi 19 Kasım 2019

Gordon R and Moffatt R, *Brexit: The Immediate Legal Consequences* (The Constitution Society, 2016) <<https://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2016/05/Brexit-PDF.pdf>> erişim tarihi 19 Kasım 2019

Lowe P, *The implications of Brexit for UK and EU Competition Policy and Law Enforcement* (Response to BCLWG Issues Paper 2016) <<http://www.bclwg.org/wp-content/uploads/2016/11/Response-to-BCLWG-Issues-Paper-PL161116.pdf>> erişim tarihi 19 Kasım 2019





# İstanbul Hukuk Mecmuası

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Submitted: 14.10.2019  
Revision Requested: 19.12.2019  
Last Revision Received: 24.12.2019  
Accepted: 25.12.2019

## Examination of the Overlapping Claims of Turkey and the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus on the Maritime Areas to the West of the Island of Cyprus

Berk Hasan Ozdem<sup>\*</sup>

### Abstract

The recent rise in tensions in the region regarding the hydrocarbons issue in the Eastern Mediterranean has two particular implications for the Republic of Turkey. One is related to the ‘Cyprus issue’ itself, and the other concerns the maritime areas to the west of the longitude 32° 16’ 18”. In the present paper, the focus is placed on the conflicting claims of Turkey and the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus over the maritime area off the southern Anatolian coast limited in the east by 32° 16’ 18” E longitude and in the south by the median line between the coasts of Turkey and Egypt. While getting to the root of the disagreement by referring back to the discussions at the Third UN Conference on the Law of the Sea on the relevant articles of the 1982 Convention, this paper addresses the issues of entitlement and delimitation by referring to judicial and arbitral decisions, the contemporary approach of the international courts, the studies that examine the state practice and the comments made by scholars thereon.

### Keywords

Cyprus, Entitlement, Delimitation, Maritime, UNCLOS

### Türkiye ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin Kıbrıs Adası’nın Batısındaki Deniz Alanları Üzerindeki Çakışan Taleplerinin İncelenmesi

### Öz

Güncel olarak bölgedeki gerginliği artıran Doğu Akdeniz’deki hidrokarbon meselesinin Türkiye Cumhuriyeti için iki boyutu bulunmaktadır. Bunlardan biri bizzatıhi Kıbrıs meselesi iken; diğeri ise 32° 16’ 18” boylamının batısında kalan deniz alanlarını ilgilendirmektedir. Bu çalışmada Türkiye ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin, Anadolu’nun güney kıyısından başlayarak doğuda 32° 16’ 18” D boylamı ve güneyde Türkiye ile Mısır arasındaki ortay hat ile sınırlı deniz alanı üzerindeki birbirleriyle çakışan talepleri üzerine yoğunlaşmıştır. 1982 Sözleşmesi’nin ilgili maddelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı’nda gerçekleşen tartışmalara geri dönülerek uyumsuzluğun köküne inmeye çalışılırken; mahkeme ve hakem kararlarına, uluslararası yargı mercilerinin konuyla ilgili güncel yaklaşımına, devlet pratiğini inceleyen çalışmalara ve yazarların bunlara ilişkin yorumlarına değinilerek deniz alanlarına sahip olma ve deniz alanlarının sınırlandırılması konuları ele alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Kıbrıs, Sahip olma, Sınırlandırma, Deniz, BMDHS

<sup>\*</sup> Correspondence to: Berk Hasan Ozdem (LLB), Galatasaray University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey. E-mail: berkhasanozdem@gmail.com  
ORCID: 0000-0002-0327-6489

To cite this article: Ozdem BH, “Examination of the Overlapping Claims of Turkey and the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus on the Maritime Areas to the West of the Island of Cyprus” (2019) 77(2) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 953.  
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0015>

## Examination of the Overlapping Claims of Turkey and the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus on the Maritime Areas to the West of the Island of Cyprus

### Introduction

Since each square meter of subsea territory may potentially contain energy resources worth millions of dollars, the exact location of maritime boundaries cannot be an issue of indifference amongst coastal neighbours in a given region. When assessing which state controls the said resources the delimitation of the maritime areas becomes undoubtedly salient.<sup>1</sup> Nevertheless, even though international law has become more precise on the matter as time passes, practice reveals that delimitation disputes are frequently resolved only after several years.<sup>2</sup>

The case of the Eastern Mediterranean is an appropriate illustration of the fundamental role of maritime delimitation law when it comes to hydrocarbon exploration and exploitation activities. In addition to its great geopolitical and geostrategic importance in terms of military, commerce and transportation, the high potential of energy resources in the area has brought about the struggle for the delimitation of maritime areas.<sup>3</sup>

As for Turkey and Cyprus, the hydrocarbons issue in the Eastern Mediterranean has two aspects. One is related to the ‘Cyprus issue’ itself, and the other is the protection of Turkey’s own continental shelf rights.<sup>4</sup> The former is related to the overlapping maritime claims of the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus (GCASC) and the Turkish Republic of Northern Cyprus (TRNC) and to the Turkish position that Turkish Cypriots should have equal rights over the hydrocarbon resources as the co-owners of the Island. The latter, on the other hand, concerns the maritime area off the southern Anatolian coast limited in the east by 32° 16’ 18” E longitude and in the south by the median line between the coasts of Turkey and Egypt.

Even though the maritime areas at the west of the longitude 32° 16’ 18” closely concerns multiple countries in the region such as Greece, Egypt and Libya,<sup>5</sup> in this paper, the focus will be placed merely on the disagreement between Turkey and

<sup>1</sup> Constantinos Yiallourides, ‘Oil and Gas Development in Disputed Waters under UNCLOS’ (2016) 5(1) UCL Journal of Law and Jurisprudence 59, 59.

<sup>2</sup> Yoshifumi Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation* (Hart Publishing 2006) 125, 129-130; Yiallourides (n 1) 59.

<sup>3</sup> Cihat Yaycı, ‘Doğu Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye’ (*Bilgesam*) 13 <<http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-159-2014040713bs-2012-1-1-70.pdf>> accessed 14 August 2019.

<sup>4</sup> Turkish Ministry of Foreign Affairs, ‘Comply With The Proposal Or We Will Continue (Article by H.E. Mr. Mevlüt Çavuşoğlu, Minister of Foreign Affairs of the Republic of Turkey, published in “Kıbrıs Postası” (TRNC) on 14 July 2019)’ <[http://www.mfa.gov.tr/disisleri-bakani-sayin-mevlut-cavusoglu\\_nun-kibris-postasi-gazetesinde-yayinlanan-makalesi.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/disisleri-bakani-sayin-mevlut-cavusoglu_nun-kibris-postasi-gazetesinde-yayinlanan-makalesi.en.mfa)> accessed 14 August 2019.

<sup>5</sup> Sami Doğru, ‘Doğu Akdeniz’de Hidrokarbon Kaynakları Ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahanlığı Ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması’ (2015) 119 Union of Turkish Bar Associations Review 503, 544ff.



GCASC over the relevant area. Following a brief look at the legislations of both parties and their overlapping claims, the dispute will be examined more profoundly under international law.

## I. Turkish Legislation Concerning Maritime Zones

Turkey has neither signed nor ratified the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). With Act No. 2674 of 20 May 1982, it sets the extension of its territorial sea at 6 nautical miles and commissions the Council of Ministers<sup>6</sup> to establish the breadth of the territorial sea up to a limit exceeding six nautical miles, under reservation to take into account all special circumstances and relevant situations therein, in a manner compatible with the principle of equity.<sup>7</sup> At the moment, Turkey applies the 6-mile rule in the Aegean Sea while the limit in the Black Sea and the Mediterranean Sea is 12 nautical miles.<sup>8</sup> Turkey has no legislation related to its continental shelf or exclusive economic zone (EEZ).<sup>9</sup> Decree No. 86/11264 of 17 December 1986<sup>10</sup> of Council of Ministers established the Turkish EEZ in the Black Sea at 200 nautical miles but no EEZ proclamation has been put forth for the Mediterranean or the Aegean Seas.<sup>11</sup> Nevertheless, as for its continental shelf, Turkey signed a delimitation agreement with the Turkish Republic of Northern Cyprus in 2011 which concerned a part of its continental shelf in the Eastern Mediterranean.<sup>12</sup>

## II. GCASC Legislation Concerning Maritime Zones

Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus adopted the 'Territorial Sea Law' in 1964<sup>13</sup> which declared a territorial sea of 12 nautical miles. Coordinates of this latter were submitted to the United Nations in 1993 and their validity was

<sup>6</sup> With the entry of force of the Act No. 6771 dated 11 February 2017 to amend the Constitution of the Republic of Turkey, the Council of Ministers is abolished and the authorities of the Council of Ministers are transferred to the Presidency.

<sup>7</sup> Act No. 2674 of 20 May 1982, on the Territorial Sea of the Republic of Turkey (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR\\_1982\\_Act.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR_1982_Act.pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>8</sup> Decree by the Council of Ministers No. 8/4742 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR\\_1992\\_Decree.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR_1992_Decree.pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>9</sup> Ayla Gürel, Fiona Mullen and Harry Tzimitras, *The Cyprus Hydrocarbons Issue: Context, Positions and Future Scenarios*, PCC Report 1/2013, (Peace Research Institute Oslo (PRIO) Cyprus Center, 2013) 19.

<sup>10</sup> Decree by the Council of Ministers, No. 86/11264, dated 17 December 1986 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR\\_1986\\_Decree.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR_1986_Decree.pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>11</sup> Gürel, Mullen and Tzimitras (n 9) 19.

<sup>12</sup> ibid 24; Mehmet Akif Kütükçü and İslam Safa Kaya, 'Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında Doğu Akdeniz'deki Petrol ve Doğalgaz Kaynakları ile Türkiye'nin Hukuki Durumu' (2016) 2(1) *Journal of Life Sciences* 81, 92ff.

<sup>13</sup> Territorial Waters Law, 1964 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP\\_1964\\_Law.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP_1964_Law.pdf)> accessed 14 August 2019.

reconfirmed in 1996.<sup>14</sup> GCASC defines its continental shelf via the ‘Continental Shelf Law’ which was adopted in 1974.<sup>15</sup> After ratifying UNCLOS in 1988, GCASC proclaimed an EEZ, with the enactment of the ‘Exclusive Economic Zone and Continental Shelf Law’<sup>16</sup> which was submitted to the Secretary General of the United Nations, as the depository of the UNCLOS.

According to the Exclusive Economic Zone and Continental Shelf Law which was amended<sup>17</sup> in 2014, the outer limit of the EEZ of the GCASC is defined to a distance of 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. The law states that ‘in case where any part of the Exclusive Economic Zone overlaps with part of the Exclusive Economic Zone of any other State with opposite coasts to those of the Republic, the delimitation of the Exclusive Economic Zone of the Republic and the Exclusive Economic Zone of the other State shall be effected by agreement between them; in the absence of an agreement between them, the limit of the zone is the median line or the equidistance line from the respective baselines from which the breadth of the territorial sea is measured.’<sup>18</sup> The law further mentions that over its EEZ, Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus has ‘sovereign rights for the purpose of exploring, exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the seabed and of the seabed and its subsoil and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds.’<sup>19</sup> Through bilateral agreements it signed with Egypt, Lebanon and Israel, Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus delimited its EEZ in the south-west, south and south-east of the Island. The provisions contained in these agreements are more or less homogeneous and in all of them, the method of median line is used to delineate boundaries.<sup>20</sup>

Following the EEZ delimitation agreement between Egypt and GCASC, Turkey put forward its arguments regarding the maritime areas of GCASC in 2003. In its information note<sup>21</sup> submitted to UN, Turkey stated that the delimitation of EEZ or

<sup>14</sup> Dépôt d'une carte marine et d'une liste de coordonnées géographiques par Chypre (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn\\_s/mzn6.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/mzn6.pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>15</sup> Continental Shelf Law, Law No. 8 of 5 April 1974 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP\\_1974\\_Law.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP_1974_Law.pdf)>

<sup>16</sup> A Law To Provide for the Proclamation of the Exclusive Economic Zone by the Republic of Cyprus (Law No. 64(I)/2004) (2nd April 2004) (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp\\_2004\\_eez\\_proclamation.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp_2004_eez_proclamation.pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>17</sup> The Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf Laws 2004 and 2014 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP\\_EEZ-CS\\_Law\\_2014.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP_EEZ-CS_Law_2014.pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>18</sup> The Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf Laws 2004 and 2014 (n 17) 5(b) of 97(1)/2014; See also, Sertaç Hami Başeren, *Dispute Over Eastern Mediterranean Maritime Jurisdiction Areas* (2010, Publications of Turkish Marine Research Foundation) 56ff.

<sup>19</sup> The Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf Laws 2004 and 2014 (n 17) 4(a).

<sup>20</sup> Gürel, Mullen and Tzimitras (n 7) 14.

<sup>21</sup> United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, *Law of the Sea Bulletin 54* (New

the continental shelf in Eastern Mediterranean, especially in areas falling beyond the western part of the longitude 32°16'18", concerns Turkey's 'ipso facto and ab initio legal and sovereign rights', emanating from the established principles of international law. According to the Turkish Ministry of Foreign Affairs the limits of the Turkish Continental Shelf are as follows:



**Figure 1.** Turkish Continental Shelf According to the Turkish Ministry of Foreign Affairs<sup>22</sup>

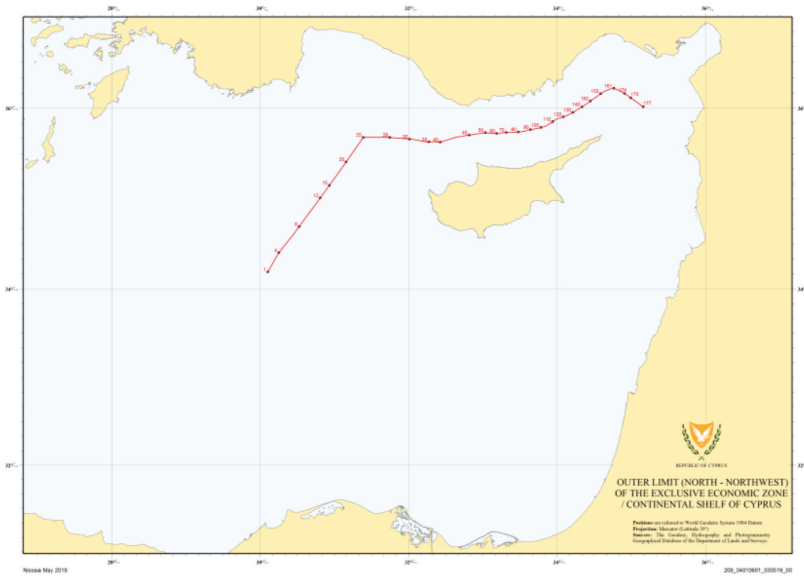
In its response<sup>23</sup> submitted to the UN, Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus refuted Turkey's contentions stating that 'they are not based or supported by any specific legal or substantive argument'. According to GCASC, Turkey's allegation was totally unfounded since such an allegation is tantamount to accepting that the islands and even more so a sovereign island-state, namely GCASC, is deprived of any maritime zones, contrary to customary international law, UNCLOS and the rulings of the International Court of Justice (ICJ). According to the Greek Cypriot perspective, in the absence of a delimitation agreement, only claims up to the median line are acceptable.<sup>24</sup>

York, United Nations, 2004) 127.

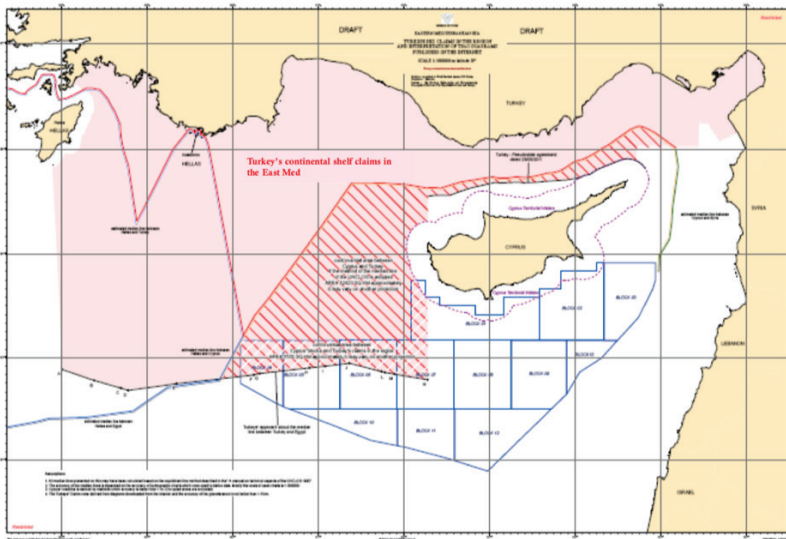
<sup>22</sup> Çağatay Erciyes 'Turkey's Off-Shore Activities In The Eastern Mediterranean & Maritime Boundary Delimitation In International Law' (*Turkish Ministry of Foreign Affairs*, 27 May 2019) <[http://www.mfa.gov.tr/site\\_media/html/maritime-delimitation-27-5-2019-presentation.pdf](http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/maritime-delimitation-27-5-2019-presentation.pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>23</sup> United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, *Law of the Sea Bulletin* 57 (New York, United Nations, 2004) 124.

<sup>24</sup> Tasos Tzionis 'Recent developments in the continental shelf/EEZ of the Republic of Cyprus' (*Ministry of Foreign Affairs of Republic of Cyprus*, 31 May 2019) <[http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/3151B8BA8E492239C225840B00415D3C/\\$file/FOR%20WEB%20Presentation%20to%20EU%20HoMs%2031.05.2019%20\(FINAL%2031.05.2019\)ii.pdf](http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/3151B8BA8E492239C225840B00415D3C/$file/FOR%20WEB%20Presentation%20to%20EU%20HoMs%2031.05.2019%20(FINAL%2031.05.2019)ii.pdf)> accessed 14 August 2019.



**Figure 2.** Coordinates of median line between Cyprus – Turkey, as deposited with the UN by the GCASC Ministry of Foreign Affairs<sup>25</sup>



**Figure 3.** Overlapping Claims According to the GCASC Ministry of Foreign Affairs<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Tzionis 31 May 2019 (n 24).

<sup>26</sup> *ibid.*

In 2012, Turkish Petroleum was granted licence by the Turkish Government for offshore drilling operations and the Turkish flagged drillship Fatih launched its operations on 3 May 2019. Fatih has been operating at 42 nautical miles (75 km) off the west coast of the Island of Cyprus where the claims of the parties overlap.<sup>27</sup> GCASC alleged that the Turkish drilling operations are in violation of Cyprus' sovereign rights to explore and exploit the natural resources of its EEZ/continental shelf under UNCLOS and customary international law.<sup>28</sup> Turkey, on the hand, responded to such claims as follows:

‘We see that the Greek Cypriot Administration bluster in almost every platform, and put forward baseless complaints to the effect that “Turkey violates our EEZ”. Why baseless? Because, with regard to the area where Fatih is drilling vessel, the maritime jurisdiction area between Turkey and the Island of Cyprus is not delimited yet through a maritime delimitation agreement. Therefore, it is not legally possible to make a definition such as “EEZ of Greek Cypriot Administration” for this area. Turkey’s approach on this issue is consistent with international law.’<sup>29</sup>

### A. Entitlement of Islands to Maritime Zones Under International Law

As Article 121<sup>30</sup> of UNCLOS constitutes one of the most important articles of the convention as to the maritime zones of islands, it is generally put forward in the context of the maritime disputes concerning Cyprus.<sup>31</sup> Therefore, before dealing with the issue of delimitation, it would be beneficial to explain the concept of ‘entitlement’ for sake of better comprehension.

According to Turkey’s longstanding position, islands, particularly in certain regions, should possess less entitlement to the zones of maritime jurisdiction than

<sup>27</sup> Erciyes 27 May 2019 (n 22).

<sup>28</sup> Tasos Tzionis ‘Recent developments in the continental shelf/EEZ of the Republic of Cyprus’ (*Ministry of Foreign Affairs of Republic of Cyprus*, 7 June 2019) <[http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/5D23B385435B9E54C2258412003676D0/\\$file/Παρουσίαση%20προς%20εταρχεις%2007.06.2019%20\(wfinal\).pdf](http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/5D23B385435B9E54C2258412003676D0/$file/Παρουσίαση%20προς%20εταρχεις%2007.06.2019%20(wfinal).pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>29</sup> Turkish Ministry of Foreign Affairs 14 July 2019 (n 4).

<sup>30</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, Article 121 Regime of islands

1. An island is a naturally formed area of land, surrounded by water, which is above water at high tide.

2. Except as provided for in paragraph 3, the territorial sea, the contiguous zone, the exclusive economic zone and the continental shelf of an island are determined in accordance with the provisions of this Convention applicable to other land territory.

3. Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf.

<sup>31</sup> See for instance, ‘For the purposes of today’s presentation, suffice it to say that as far as the status of islands is concerned, our position is fully safeguarded through Art. 121’ Andreas Jacovides, ‘Current Issues of the Law of the Sea and Their Relevance to Cyprus’ (*The European Rim Policy and Investment Council*, 23 June 2009) 2 <<https://erpic.org/wp-content/uploads/2017/02/andreas-jacovides-current-issues-of-the-law-of-the-sea-and-their-relevance-to-cyprus.pdf>> accessed 14 August 2019; Andreas Jacovides, ‘Delimitation Practice in the Eastern Mediterranean’ (*The European Rim Policy and Investment Council*, 25 July 2012) 4 <<https://erpic.org/wp-content/uploads/2017/02/delimitation-practice-in-the-eastern-mediterranean.pdf>> accessed 14 August 2019; Andreas Jacovides, *International Law and Diplomacy: Selected Writings by Ambassador Andrew Jacovides* (Martinus Nijhoff 2011) 92; Nikolaos Ioannidis ‘The Continental Shelf Delimitation Agreement Between Turkey and “TRNC”’ (*Blog of the European Journal of International Law [EJIL]*, 26 May 2014) <<https://www.ejiltalk.org/the-continental-shelf-delimitation-agreement-between-turkey-and-trnc/>> accessed 14 August 2019; Tzionis 31 May 2019 (n 24).

continental territories.<sup>32</sup> This stance which resulted in the Turkish dissatisfaction<sup>33</sup> with Article 121 of UNCLOS was one of the reasons that constrained Turkey to vote against the Convention.<sup>34</sup>

To obtain a better understanding of the position of Turkey, one must take into account the drafting history of Article 121 at the Third UN Conference on the Law of the Sea (UNCLOS III). Statements made by the delegations attending UNCLOS III disclosed highly conflicting views on the issue of islands.<sup>35</sup> While some states supported the idea that no distinctions of any kind should be made to the extent that an island is above water at high tide, small island states argued that regardless of their size and characteristics, they must be permitted to generate an EEZ all around their islands, due to their limited land resources.<sup>36</sup> On the other hand, it has been argued that if every island was permitted to claim an EEZ irrespective of its characteristics, states with many small uninhabited islands would receive unjust benefits and that the subject called for a distinction to be formed between islands and small islets, which will serve to exclude islets from the process of delimitation of maritime zones between neighbouring states.<sup>37</sup> Amongst various other points of views advocated, some states were of the opinion that the entitlement of islands to maritime areas

<sup>32</sup> In the context of the Turkish-Greek maritime dispute concerning the Aegean Sea, see for instance, Turkish Ministry of Foreign Affairs, 'The Outstanding Aegean Issues' <<http://www.mfa.gov.tr/maritime-issues---aegean-sea---the-outstanding-aegean-issues.en.mfa>> accessed 14 August 2019; Turkish Ministry of Foreign Affairs, 'Başlıca Ege Denizi Sorunları' <<http://www.mfa.gov.tr/baslica-ege-denizi-sorunlari.tr.mfa>> accessed 14 August 2019; Deniz Bölükbaşı, *Turkey and Greece: The Aegean Disputes: a Unique Case in International Law* (Cavendish, 2004) 363ff.

<sup>33</sup> Ekrem Korkut, 'Turkey and the International Law of the Sea' (SJD Dissertations 5, The Pennsylvania State University 2017) 5-9.

<sup>34</sup> During the Plenary Meeting 189, Ambassador Kirca from the Turkish delegation to the Third UN Conference on the Law of the Sea stated as follows: 'During the deliberations of the Conference, Turkey always stressed that the diversity of geographical circumstances was one of the most important factors to be taken into consideration in the attainment of this objective. On every occasion Turkey expressed the need to establish a proper balance between different groups of interests stemming from different geographical situations. In our view the final outcome of the Conference, as reflected in the text of the United Nations Convention on the Law of the Sea, failed to achieve such a balance. To remedy this situation and to secure universal adherence to the Convention, Turkey at the final session of the Conference proposed an amendment to the Convention which, if adopted, would have permitted reservations to the Convention. The fact that 45 States either voted in favour of that proposal or abstained indicates that a considerable number of States had difficulties with the Convention. However, in view of the rejection of this amendment and in the absence of necessary safeguards for Turkey's vital and legitimate rights and interests, Turkey was compelled to vote against the Convention, although it agreed with provisions contained in Part XI, on the international area. Consequently Turkey finds itself unable to sign the Convention.' Doc A/CONF.62/SR.189 Third United Nations Conference on the Law of the Sea 189th Plenary meeting (8 December 1982), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol XVII*, 76; Having been dissatisfied with a number of its provisions and the fact that the Treaty does not allow any reservations, Turkey did not sign or accede to UNCLOS. Nevertheless, Turkey declared its EEZs in the Black Sea and proclaimed 12 mile territorial waters in the Black Sea and Mediterranean Sea. Since Turkey has extended its territorial waters to the limit allowed by UNCLOS in the Black and in the Mediterranean Sea (12 nautical miles) yet refuses to ratify the Convention, some authors claim Turkey is preferring to treat international law 'as an a la carte menu.' Yiorgchos Leventis, 'Projecting for Control of Warm Waters. Turkey's Posturing for Hydrocarbon Hegemony in the Eastern Mediterranean' in Hubert Faustmann, Ayla Gürel and Gregory M. Reichberg (eds), *The Hydrocarbon Wealth of Cyprus: Equitable Distribution and Regional Politics* (Peace Research Institute Oslo (PRIO) Cyprus Center/Friedrich Ebert Foundation 2012) 7, 11-14; Jacovides 25 July 2012 (n 31) 5.

<sup>35</sup> See generally, United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *Régime of Islands: Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations convention on the Law of the Sea* (1988, United Nations).

<sup>36</sup> Robert Beckman and Clive Schofield, 'Moving Beyond Disputes Over Island Sovereignty: ICJ Decision Sets Stage for Maritime Boundary Delimitation in the Singapore Strait' (2009) 40(1) *Ocean Development & International Law* 1, 9.

<sup>37</sup> Beckman and Schofield (n 36) 9.

should depend on both geographical and non-geographical criteria.<sup>38</sup> Some others contended that it would be nothing but impossible to establish a rule which offers fair results in each and every occasion no matter how unique the geographical situation could be.<sup>39</sup>

The issue of maritime zones of the islands was an ‘apple of discord’<sup>40</sup> between the delegation of Turkey and the delegations of Greece and Cyprus during UNCLOS III. According to Andreas Jacovides, head of the Greek Cypriot delegation, one of the main objectives of his delegation during the conference was to ensure that islands are in the same position as continental territories in terms of entitlement to the zones of maritime jurisdiction including territorial sea, contiguous zone, exclusive economic zone and the continental shelf.<sup>41</sup> In opposition, Turkey argued that for such entitlement, account should be taken of issues such as the size, population, geographical and geomorphological characteristics (such as contiguity to principal territory or being located on the continental shelf of another state) of the island and so forth.<sup>42</sup>

Until the conclusion at Montego Bay in December 1982, Turkey’s objection to the *a priori* entitlement of islands to maritime zones was clear from the beginning to the end. At the early stage, when the Greek Government submitted to the Conference its ‘Draft Articles on the Regime of Islands and Other Matters’<sup>43</sup> which granted islands the entitlement to have continental shelves, contiguous zones and economic zones without reference to any kind of factors or special circumstances, Turkey responded by coming up with its own draft.<sup>44</sup> Submitted to the UNCLOS III on 13 August 1974, Article 3(3) of the Turkish ‘Draft Articles on the Régime of Islands’<sup>45</sup> provided as follows:

<sup>38</sup> *ibid.*

<sup>39</sup> *ibid.*

<sup>40</sup> Ioannidis (n 31).

<sup>41</sup> Jacovides 25 July 2012 (n 31) 2.

<sup>42</sup> *ibid.*

<sup>43</sup> The Greek Draft Articles which provided as follows shows similarities with the final version of Article 121:  
 1. The sovereignty and jurisdiction of a State extends to the maritime zones of its islands determined and delimited in accordance with the provisions of this Convention applicable to its land territory.  
 2. The sovereignty over the island extends to its territorial sea, to the air space over the island and its territorial sea, to its seabed and the subsoil thereof and to the continental shelf for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources.  
 3. The island has a contiguous zone and an economic zone on the same basis as the continental territory, in accordance with the provisions of this Convention. Doc A/CONF.62/C.2/L.50 Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Greece: draft articles on the regime of islands and other related matters (9 August 1974), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol III, 227.*

<sup>44</sup> Emmanuel Roucouas, ‘Greece and the Law of the Sea’, in Tullio Treves, Laura Pineschi (eds), *The Law of the Sea* (Kluwer, 1997) 225, 231.

<sup>45</sup> The Draft Articles were submitted only four days after the submission of the Greek Draft Articles. Doc A/CONF.62/C.2/L.55 Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Turkey: draft articles on the regime of islands (13 August 1974), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol III, 230.*

‘An island situated in the economic zone or on the continental shelf of other States shall have no economic zone or continental shelf of its own if it does not contain at least one tenth of the land area and population of the State to which it belongs.’<sup>46</sup>

While the Conference was going on, the Turkish position was reiterated in 1976 in the context of the *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*<sup>47</sup> dispute which concerned the sovereignty over the maritime zones in the Aegean Sea. In the said case, Turkey defended the idea that islands should not be entitled to have continental shelves of their own should they be situated on the continental shelf of a land and constitute a natural prolongation of the latter.<sup>48</sup> This argument was based on the judgment of the ICJ in the *North Sea Continental Shelf Cases*<sup>49</sup> by taking that natural prolongation in a geomorphologic sense establishes the source of the rights over the continental shelf.<sup>50</sup> According to Turkey, the geological data put forth that the continental shelf of the Turkish mainland of Anatolia extended under the Aegean Sea in geomorphologic terms up to the discontinuity around midway between the principal territories.<sup>51</sup>

In 1978, when the provisions of Article 121 had already been incorporated in their present form into the ‘Informal Composite Negotiating Text’, Turkey and nine other States suggested a new draft article on the regime of islands which was considered to be ‘less-far reaching’.<sup>52</sup> Provided as follows, the draft article allowed islands to have marine spaces until the point that it would be contrary to equity:

<sup>46</sup> See also, Alex G Oude Elferink, *The law of maritime boundary delimitation: a case study of the Russian Federation* (Martinus Nijhoff Publishers 1994) 288ff.

<sup>47</sup> ‘The basic question in dispute is whether or not certain islands under Greek sovereignty are entitled to a continental shelf of their own and entitle Greece to call for the boundary to be drawn between those islands and the Turkish Coast?’ *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, [1978] ICJ Rep 3 [83].

<sup>48</sup> Turkish Ministry of Foreign Affairs, *The Outstanding Aegean Issues* (n 32). Statement of Turkish Position by Ambassador Bilge on 31 January 1976 was as follows: ‘Our position is based on the view that the continental shelf in international law is the natural prolongation of the land territory of the coastal state into and under the sea...’ *ICJ Pleadings, Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)* 167, 168; Bölükbaşı (n 32) 152ff.

<sup>49</sup> ‘In the present case, although both sides relied on the prolongation principle and regarded it as fundamental, they interpreted it quite differently. Both interpretations appear to the Court to be incorrect. Denmark and the Netherlands identified natural prolongation with closest proximity and therefrom argued that it called for an equidistance line: the Federal Republic seemed to think it implied the notion of the just and equitable share, although the connection is distinctly remote. (The Federal Republic did however invoke another idea, namely that of the proportionality of a State’s continental shelf area to the length of its coastline, which obviously does have an intimate connection with the prolongation principle, and will be considered in its place.) As regards equidistance, it clearly cannot be identified with the notion of natural prolongation or extension, since, as has already been stated (paragraph 8), the use of the equidistance method would frequently cause areas which are the natural prolongation or extension of the territory of one State to be attributed to another, when the configuration of the latter’s coast makes the equidistance line swing out laterally across the former’s coastal front, cutting it off from areas situated directly before that front ...’ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark)*, [1969] ICJ Rep 3 [44]; ‘... for the reasons given in paragraphs 43 and 44, the continental shelf of any State must be the natural prolongation of its land territory and must not encroach upon what is the natural prolongation of the territory of another State.’ *North Sea Continental Shelf* (n 49) [85].

<sup>50</sup> See, Yüksel İnan and Yücel Acer, ‘The Aegean disputes’ in Ali L. Karaosmanoğlu and Seyfi Taşhan (eds), *The Europeanization of Turkey’s security policy: Prospects and pitfalls* (Turkish Foreign Policy Institute 2004) 125, note 124; See, the statement of Turkish representative Mr. Yolga at *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol I*, 168-170.

<sup>51</sup> See, Section of Geological Data of Turkish Position during the Bern Meeting as Dictated by Professor Arpat. 2 February 1976, in, *Pleadings, Aegean Sea Continental Shelf* (n 48) 169.

<sup>52</sup> See also, Oude Elferink 1994 (n 46) 289.



“Islands which because of their geographical location constitute a source of distortion or inequity in the drawing of a boundary line between two or more adjacent or opposite States shall have marine spaces only to the extent compatible with equitable principles and with all geographic and other relevant circumstances.”<sup>53</sup>

Following the Judgment of *Aegean Sea Continental Shelf* delivered on 19 December 1978 where the ICJ found that jurisdiction was not conferred upon it to deal with the dispute, the dissatisfaction of Turkey due to the regime of islands was once again repeated near the end of the Conference. During the 160th plenary meeting, Ambassador Kirca from the Turkish delegation stated that ‘Article 121 (Regime of islands) was unacceptable in its present form’.<sup>54</sup>

Despite many efforts to withhold some islands from entitlement to the maritime areas, in the end, the Conference limited itself merely to the exclusion of those that are rocks and cannot sustain human habitation or economic life.<sup>55</sup> According to Jacovides, following the hard-fight over its adoption, Article 121 represented the achievement of the Greek Cypriot objective concerning the regime of islands.<sup>56</sup> During the 189th Plenary Session, Jacovides had expressed the contentment of the Cypriot delegation with the following words:

‘As an island State, in common with other island States and States which consist of continental and insular territory, we have argued strenuously against the attempt to discriminate against and diminish the position of islands by creating artificially novel distinctions based on legally untenable considerations such as size, population, geographical location, and so forth. Therefore we are fully satisfied with the Convention’s provision.’<sup>57</sup>

According to Jacovides, the principle reflected in Article 121 regarding the entitlement of the islands to the same rights as continental territories in the context of maritime areas was the result of ‘a process of compromise and consensus’ and constituted an example of ‘the retention of those positive rules of traditional international law which have stood the test of time and have served well the needs of the international community’.<sup>58</sup> Although Article 121 definitely did not result from a process of ‘consensus’ taking into account numerous objections<sup>59</sup> made *inter alia* by

<sup>53</sup> Doc C.2/Informal Meeting/21 of 28 April 1978, informal suggestion by Algeria, Bangladesh, Cameroon, Iraq, Libya, Madagascar, Morocco, Nicaragua, Somalia and Turkey; Barbara Kwiatkowska and Alfred HA Soons, ‘Entitlement to Maritime Areas of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own’ (1990) 21 *Netherlands Yearbook of International Law* 139, 159.

<sup>54</sup> Doc A/CONF.62/SR.160 Third United Nations Conference on the Law of the Sea 160th Plenary meeting (30 March 1982), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol XVI*, 27.

<sup>55</sup> İnan and Acer (n 50) 98; For various phases of the Conference see generally, United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *Régime of Islands* (n 35).

<sup>56</sup> Jacovides 25 July 2012 (n 31) 2.

<sup>57</sup> 189th Plenary meeting (8 December 1982) (n 34) 70-71.

<sup>58</sup> *ibid* 70.

<sup>59</sup> According to the Turkish delegation ‘The present text of the convention was clearly far from being the result of a consensus’. Doc A/CONF.62/SR.169 Third United Nations Conference on the Law of the Sea 169th Plenary meeting (15 April 1982), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol XVII*, 96; During the

the Turkish delegation, Jacovides was not wrong in terms of the customary character that Article 121 of UNCLOS reflected. Notwithstanding the fact that Turkey did not sign or accede to UNCLOS, GCASC states that Article 121 constitutes a reflection of the customary law and, accordingly, applies to non-states parties as well.<sup>60</sup> This argument is based on the ICJ Judgment in the *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain* where the Court noted that:

‘In accordance with Article 121, paragraph 2, of the 1982 Convention on the Law of the Sea, which reflects customary international law, islands, regardless of their size, in this respect enjoy the same status, and therefore generate the same maritime rights, as other land territory.’<sup>61</sup>

The customary characteristic of Article 121 paragraph 2 of UNCLOS was reiterated by the ICJ in its Judgment on *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* where it was stated that:

‘The Court has recognized that the principles of maritime delimitation enshrined in Articles 74 and 83 reflect customary international law [...]. In the same case it treated the legal definition of an island embodied in Article 121, paragraph 1, as part of customary international law [...]. It reached the same conclusion as regards Article 121, paragraph 2 [...]. The Court therefore considers that the legal régime of islands set out in UNCLOS Article 121 forms an indivisible régime, all of which [...] has the status of customary international law.’<sup>62</sup>

Nevertheless, the authors mention that the rules of customary law reflecting these principles cannot be applied to Turkey since Turkey has persistently objected to the Articles of UNCLOS related to the regime of islands.<sup>63</sup> This argument is based on

Plenary Meeting 189, Ambassador Kirca stated as follows: ‘We had intended to sign the Final Act if it had not been drafted in its present language, which prejudices the position of Turkey on the Convention. The sentence added to paragraph 41, which reads, “Throughout the preceding eight years of its work the Conference had taken all decisions by consensus...” [A/CONF.62/121], not only creates a misleading impression of the proceedings of the Conference but also presents serious difficulties for us. It is a well-known fact that at both the formal and the informal meetings of the Conference the Turkish delegations expressly raised objections to a number of articles and submitted amendments thereto, and never gave their consent to those which did not accommodate the Turkish views.’ 189th Plenary meeting (n 34) 76.

<sup>60</sup> Tzionis 7 June 2019 (n 28); See generally for the impacts of UNCLOS on the non party, Luke T Lee ‘The Law of the Sea Convention and Third States’ (1983) 77 *The American Journal of International Law* 541.

<sup>61</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)* [2001] *Merits, Judgment*, ICJ Rep 40, [185].

<sup>62</sup> *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* [2012] *Merits, Judgment*, ICJ Rep 624, [139]; See, Valérie Boré Eveno, ‘L’interprétation de l’article 121 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer par la Cour internationale de Justice’ in Angela Del Vecchio, Roberto Virzo (eds), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*. (2019 Springer) 59, 60ff.

<sup>63</sup> ‘Turkey refuses to sign and ratify the said convention. She is also a persistent objector to the rules of UNCLOS regarding the delimitation of maritime zones and the islands having maritime zones etc.’ Ulaş Gündüzler, ‘United Nations Convention on Law of Sea as a Mixed Treaty of EU: A Headache for Turkey?’ (2013) 12(2) *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 61, 64; İsmail Demir, ‘Montrö Boğazlar Sözleşmesi’nin Feshi’ (2018) 136 *Union of Turkish Bar Associations Review* 327, 345; In the context of territorial waters, Melih Başdemir, ‘Türkiye’nin Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Yunanistan ile Olan Kararları Sorunu’ (2007) 6 *Güvenlik Stratejileri Dergisi* 93, 108; Şule Anlar Güneş, ‘Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması’ (2007) 56(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 12; Cem Gürdeniz, ‘Jeopolitik, Savunma ve Güvenlik Perspektifinde Türk Deniz Gücü ve 21nci Yüzyıl’ (21. Yüzyıl İçin Planlama) 9 <<http://21inciuyuzilicinplanlama.org/wp-content/uploads/2016/08/Cem-Gurdeniz-4.-Sunum.pdf>> accessed 14 August 2019. Turkey is the only state to vote against the annual omnibus resolutions of the UN General Assembly of the Law of the Sea calling upon States that have not acceded to the 1982 Convention to become parties to UNCLOS. For instance, in 2019, the draft resolution on “Oceans and the law of the sea” (A/73/L.35), was adopted with 121 votes in favour, 1 against (Turkey) and 3 abstentions (Colombia, El Salvador, Venezuela).

the concept of the ‘persistent objector rule’ which dictates that even though the rules of customary international law ‘by their very nature, must have equal force for all members of the international community, and cannot therefore be the subject of any right of unilateral exclusion exercisable at will by any one of them in its own favour’,<sup>64</sup> a State which has persistently objected to a rule of customary international law during its stage of emerging, and maintains its objection after the rule’s crystallization, can prevent the rule from becoming binding on it.<sup>65</sup>

The concept of persistent objector is predominantly advocated by writers standing by the ‘voluntarist’ theory of international law which depends on the presumption that the very establishment of international law is based on the will of sovereign States and that a State must be bound only by the law to which it has itself consented.<sup>66</sup> As Tesón notes ‘By emphasizing states’ consent, the theory serves as a reminder that international law is a human creation, a device contrived by men and women to solve human problems, and hence that every nation should have its say in what the rules should be’.<sup>67</sup> The concept of persistent objector has been regarded as ‘the clearest, most firmly established expression of voluntarist conception of obligation in the accepted doctrines of sources’.<sup>68</sup> Another supporter of the concept has even expressed that ‘it is this opportunity for each individual State to opt out of a customary rule that constitutes the acid test of custom’s voluntarist nature’.<sup>69</sup>

The classic formulation of the voluntarist theory was set out in the well-known *Lotus* case where the Permanent Court of International Justice noted that ‘The rules of law binding upon states [...] emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law.’<sup>70</sup> In fact, if one has a flashback to the negotiations at UNCLOS III, it is seen that the statements of Ambassador Kırca that relate to Turkey’s disavowment of the relevant Articles and to the inapplicability of these latter to Turkey as customary international law, exactly reflect the principle underscored in the *Lotus* case which adheres to the theory of voluntarism:

<sup>64</sup> *North Sea Continental Shelf* (n 49) [63].

<sup>65</sup> Doc. A/CN.4/682 International Law Commission, *Third Report on Identification of Customary International Law* (prepared by Special Rapporteur Michael Wood) (Geneva, Sixty-seventh session 27 March 2015) 59.

<sup>66</sup> International Law Association Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law* (International Law Association, London Conference 2000) 27; Patrick Dumberry, ‘The Last Citadel! Can a State Claim the Status of Persistent Objector to Prevent the Application of a Rule of Customary International Law in Investor–State Arbitration?’ (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 379, 389.

<sup>67</sup> Fernando R. Tesón, ‘International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent’, (1990) 15 *Yale Journal of International Law* 84, 97.

<sup>68</sup> Ted Stein, ‘The Approach of the Different Drummer: the Principle of the Persistent Objector in International Law’, (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 457, 470.

<sup>69</sup> Prosper Weil, ‘Towards Relative Normativity in International Law?’ (1983) 77 *American Journal of International Law* 413, 433-434; See also generally I. M. Lobo de Souza, ‘The Role of State Consent in the Customary Process’ (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 521.

<sup>70</sup> *Lotus Case (France v Turkey)* PCIJ Rep Series A No 10, 18; Patrick Dumberry, ‘Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited’ (2010) 59 *International and Comparative Law Quarterly* 779, 795.

‘International custom depends on the consent of States and it is a rule of international law that a State may contract out of a custom in the process of formation.’<sup>71</sup>

‘It is a well-known fact that at both the formal and the informal meetings of the Conference the Turkish delegations expressly raised objections to a number of articles and submitted amendments thereto, and never gave their consent to those which did not accommodate the Turkish views.’<sup>72</sup>

‘Article 121 (Regime of islands) was unacceptable in its present form and his country maintained its right to reserve its position on that.’<sup>73</sup>

‘... we solemnly declare that this treaty can in no way be applied against Turkey, nor would Turkey be bound by any one of its provisions, since such claims would have no juridical validity.’<sup>74</sup>

Nevertheless, although the conceptual role of the rule may be interpreted straightforwardly as a reflection of the fundamentalist positivist notion that any norm of international law can only bind a state that has consented to be bound by it and accordingly that ‘a State can prevent a rule of customary law becoming binding on it in the first place’,<sup>75</sup> it must be mentioned that unanswered questions still exist as to the existence of this rule that provides states with an ‘escape hatch’<sup>76</sup> from the universal binding force of customary international law.<sup>77</sup> In this regard, it may be helpful to have a brief look at the recent reports<sup>78</sup> of the International Law Commission of United Nations (ILC) who has a reciprocal relationship with the ICJ in which both groups reiterate each other’s positions.<sup>79</sup> In its report, ILC mentions that in spite

<sup>71</sup> 189th Plenary meeting (n 34) 76.

<sup>72</sup> *ibid.*

<sup>73</sup> 160th Plenary meeting (30 March 1982) (n 54) 27; United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *Régime of Islands* (n 35) 103.

<sup>74</sup> 189th Plenary meeting (8 December 1982) (n 34) 78.

<sup>75</sup> Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (2003, 4th edn, Oxford University Press) 10-11.

<sup>76</sup> James A. Green, *Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford University Press 2018) 189.

<sup>77</sup> ‘Plenty of writers doubt whether the persistent objector rule exists *at all* and see it as a mere academic fiction, while others—although accepting the rule’s existence *per se*—argue that it both is theoretically incoherent and has extremely limited utility within the modern international legal system.’ *ibid.* 5.

<sup>78</sup> Doc A/73/10 International Law Commission, *Report of the International Law Commission* (Seventieth session 30 April–1 June and 2 July–10 August 2018); International Law Commission (n 65).

<sup>79</sup> Leo Park, ‘The International Court and Rule-Making: Finding Effectiveness’ [2018] 39(4) *University of Pennsylvania Journal of International Law* 1065, 1080; See also, Rosalyn Higgins, ‘President, International Court of Justice, Keynote Address at the Sixtieth Anniversary of the International Law Commission (May 19, 2008)’ Statements by the President, International Court of Justice; For instance, according to Crawford, as of 2013, the ‘Articles on State Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts’ which is adopted by the Commission have been cited in over 150 international tribunals. It is therefore stated that, the ILC provides an important avenue through which the Court’s decisions can exert considerable influence. James Crawford, ‘The International Court of Justice and the Law of State Responsibility’, in Christian Tams and James Sloan (eds), *The Development of Law by the International Court of Justice* (Oxford University Press 2013) 71, 81; To better understand the relationship between the ICJ and the ILC, a brief from the North Sea Continental Shelf may be useful where following the rejection of the claims of both parties, the Court took into account the fact that the principle of equidistance (which will be explained below) as codified in Article 6 of the 1958 Geneva Convention on the Continental Shelf, had not been proposed by the International Law Commission as an emerging rule of customary international law: ‘In the records of the International Law Commission, which had the matter under consideration from 1950 to 1956, there is no indication at all that any of its members supposed that it was incumbent on the Commission to adopt a rule of equidistance because this gave expression to, and translated into linear terms, a principle of proximity inherent in the basic concept of the continental shelf, causing every part of the shelf to appertain to the nearest coastal State and to no other, and because

of authors<sup>80</sup> who question its existence, the persistent objector rule is not seldom referred to and recognized both in international and domestic case law as well as in other contexts.<sup>81</sup> Moreover, aside from a measure of judicial and arbitral support for the existence of the rule, as emphasized by the International Law Association in its ‘London Statement’ in 2000 and restated by the International Law Commission in 2015, ‘there are no decisions that challenge it.’<sup>82</sup> The Commission affirms that the persistent objector rule is a widely accepted element of current international law by States and writers as well as by scientific bodies engaged in international law.<sup>83</sup>

such a rule must therefore be mandatory as a matter of customary international law. Such an idea does not seem ever to have been propounded. Had it been, and had it had the self-evident character contended for by Denmark and the Netherlands, the Commission would have had no alternative but to adopt it, and its long continued hesitations over this matter would be incomprehensible.’ *North Sea Continental Shelf* (n 49) [49].

<sup>80</sup> See for instance, Anthony D’Amato, *The Concept of Custom in International Law* (1973 NCROL) 233-263; Omar Abasheikh, ‘The Validity of the Persistent Offender Rule in International Law’ (2004) 9 *Coventry Law Journal* 40, 44; Curtis A. Bradley & Mitu Gulati, ‘Withdrawing from International Custom’ (2010) 120 *Yale Law Journal* 202, 213; Holing Lau, ‘Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law’ (2005–2006) 6 *Chicago Journal of International Law* 495, 495–498, and 504–505; Brian D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press 2010) 7 and 38; Ademola Abass, *Complete International Law: Text, Cases, and Materials* (2nd edn, Oxford University Press 2014), 48; See generally, Stein (n 68) 457; Jonathan I. Charney, ‘The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law’ (1985) 56 *British Yearbook of International Law* 1.

<sup>81</sup> *Report of the International Law Commission* (Seventieth session) 153; See, for example, *Fisheries case (United Kingdom v. Norway)* Judgment of December 18th [1951] ICJ Rep 116, 131; *Michael Domingues v. United States* (Case 12.285), Report No. 62/02, Inter-American Commission on Human Rights, Doc. 5 rev. 1 at 913 (2002) [48], [49]; *Roach & Pinkerton v. United States* (Case 9647) Inter-American Commission on Human Rights 147, OEA/ser.LJV/II.71, doc. 9 rev. 1 (1987) [168]; *Sabeh El Leil v. France* [GC], No. 34869/05, European Court of Human Rights, 29 June 2011 [54]; *Fischbach & Friedriczy case*, 10 RIAA 388, (1903, Germany-Venezuela Mixed Claims Commission) 397; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d 699; 1992 U.S. App., [54]; For a detailed analysis of the concept in case law and state practice see, Green (n 76) 21-59; For the practice of US related to the concept see, Dumberry (n 70) 789-790.

<sup>82</sup> International Law Association Committee on Formation of Customary (General) International Law (n 66) 27; International Law Commission (n 65) 59.

<sup>83</sup> Report of the International Law Commission (Seventieth session) (n 78) 153; International Law Association Committee on Formation of Customary (General) International Law (n 66) 27ff; See for instance, Gerald Fitzmaurice, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–54: General Principles and Sources of Law’ (1953) 30 *British Yearbook of International Law* 1, 21–26; J. Brock McClane, ‘How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?’ (1989) 13 *ILSA Journal of International Law* 1, 6; Mark E Villiger, *Customary International Law & Treaties* (2nd edn, Brill Nijhoff 1997) 33-37; Karol Wolkte, *Custom in Present International Law* (2nd edn, Martinus Nijhoff 1993) 66-67; Robert Jennings and Arthur Watts (eds), *Oppenheim’s International Law, I: Peace* (9th edn, Oxford University Press 1992) 29; Charles Rousseau, *Droit international public, I* (Sirey 1970) 326; Jan Hendrik Willem Verzijl, *International Law in Historical Perspective, I* (Albertus Willem Sijthoff 1968) 37; Brownlie (n 75) 10ff; Louis Henkin, ‘International Law: Politics, Values and Function: General Course on Public International Law’ (1989) 216 *Recueil des cours* 53–58; Prosper Weil, ‘Le droit international en quête de son identité: Cours général de droit international public’ (1992) 237 *Recueil des cours* 196–197; Gennadii Mikhailovich Danilenko, *Law-Making in the International Community* (Brill Nijhoff 1993) 109-113; See, Green (n 76) 23-27; See, Dumberry (n 70) note 35; The text of the draft conclusions on identification of customary international law adopted by the Commission at its seventieth session provides as follows: Conclusion 15 Persistent objector 1. Where a State has objected to a rule of customary international law while that rule was in the process of formation, the rule is not opposable to the State concerned for so long as it maintains its objection. 2. The objection must be clearly expressed, made known to other States, and maintained persistently. 3. The present draft conclusion is without prejudice to any question concerning peremptory norms of general international law (*jus cogens*). Report of the International Law Commission (Seventieth session) (n 78) 121; The Special Rapporteur for the International Law Commission, Sir Michael Wood, shares his thoughts on the concept of persistent objector as follows: ‘The matter was not without controversy within the Commission in 2015. Some questioned the inclusion of the draft conclusion, either on the ground that it did not really have a place in a topic that was concerned with the identification of rules of customary international law, or—more radically—because they were not convinced that the persistent objector rule formed part of international law. Still others seem to have felt that the rule was too rarely invoked and too exceptional to justify inclusion in the draft conclusions. Others, however, agreed with my view, as Special Rapporteur, that draft conclusion 15 did have a place in the text, that the rule was well established in international law, that it arose in practice rather more frequently than is commonly supposed (including before a wide range of international and domestic courts and tribunals), and that it was therefore important to spell out the stringent requirements for its application. It was also pointed out that the Commission had acknowledged the existence of the rule as recently as 2011 in its *Guide to practice on reservations to treaties*.’ Foreword by Sir Michael Wood in Green (n 76) viii.

When addressing the ICJ's stance on the issue of persistent objector in the context of general customary law, the *Anglo Norwegian Fisheries*<sup>84</sup> case is often referred to. The case concerned, *inter alia*, the validity of methods used to delimit Norway's territorial zone under international law, following the seizure of a number of British ships by Norway. With a proclamation from 1935 made by the King of Norway, the latter had already declared its own conventional system of delimitation (the method of 'straight lines') which it used for territorial seas or fisheries zones in the Arctic Circle region off its northern coast. Repudiating the Norwegian method, the United Kingdom, only acknowledged the authenticity of the said method for 'historical bays' and contended that a different method of delimitation (the 'ten miles rule') had been considered as customary law for all other cases. Both states made mention of the persistent objector rule in their respective pleadings.<sup>85</sup> Even though the ICJ noted in its judgment that the ten-miles rule had not attained the status of custom, it held that '[i]n any event the ten-miles rule would appear to be inapplicable as against Norway inasmuch as she always opposed any attempt to apply it to the Norwegian coast.'<sup>86</sup>

Another case of ICJ which appears to support the concept is *sylum*<sup>87</sup> where the dispute arose after a Colombian embassy granted asylum to a Peruvian national as a political refugee. The question before the Court was whether Colombia was unilaterally competent to define the offense as 'political' for which the Peruvian national sought refuge. The court touched on the concept of persistent objector while dealing with a treaty which Colombia cited in favour of its argument. According to the Court, given the fact that Peru had not only failed to ratify the treaty in question, but also had specifically rejected its provisions regarding asylum, these latter could not be invoked against Peru even if they represented the customary law. The Court stated that it could not:

"[...] find that the Colombian Government has proved the existence of such a custom. But even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include [the rule in question]."<sup>88</sup>

<sup>84</sup> *Fisheries case* (n 81) 116.

<sup>85</sup> *ICJ Pleadings, Fisheries case (United Kingdom v. Norway)* vol I 382–383 (Norway); vol II, 428–429 (United Kingdom); vol III, 291–296 (Norway); See also, *Dumberry* (n 70) 785.

<sup>86</sup> *Fisheries case* (n 81) 131.

<sup>87</sup> *Colombian-Peruvian asylum case (Colombia v. Peru)* Judgment of November 20th [1950] ICJ Rep 266,

<sup>88</sup> *Colombian-Peruvian asylum case* (n 87) 277; Those who advocate for the concept of persistent objector moreover cite separate or dissenting opinions voiced in ICJ decisions. See, for instance the *Colombian-Peruvian asylum case (Colombia v. Peru)* Judgment of November 20th [1950] ICJ Rep, dissenting opinion of Judge Azevedo (336–337); *South West Africa Case, Second Phase (Ethiopia v South Africa, Liberia v South Africa)* [1966] ICJ Rep, separate opinion of Judge Van Wyk (169–170); *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark)*, [1969] ICJ Rep, separate opinion of Judge Ammoun (130-131), dissenting opinions of Judge Lachs (238) and Judge Sorensen (247–248); *Nuclear Tests Case (Australia v France)* [1974] ICJ Rep, separate opinion of Judge Gros (286–289).

Hereof, it must be pointed out that, as Green notes<sup>89</sup>, in many works written by scholars which address the aforementioned concept, the importance is placed upon the criteria of consistency rather than (or in addition) to the requirement of persistence.<sup>90</sup> These two terms are remarkably disparate as the term ‘persistence’ embodies repetition and steadfastness whereas the term ‘consistency’ implicates ‘non-derogation’ by the state from its dissenting position. A state may in fact repeatedly and constantly object to an emerging law, yet affirm the same norm in few-and-far-between cases despite its everlasting policy of objection. This would mean that the state is persistently but inconsistently objecting to the norm in question.

With regard to the maritime areas at the west of the longitude 32° 16’ 18” and the Turkish objection to the *a priori* entitlement of islands to maritime zones, the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus contends that Turkey cannot opine to be in the position of persistent objector. This stance was implied by the Greek Cypriot government in its response to the information note of Turkey<sup>91</sup> which was submitted to the UN and concerned the objection of Turkey to the delimitation agreement signed between Egypt and GCASC in 2003. GCASC states that it submitted a Law in 1974<sup>92</sup> proclaiming its Continental Shelf and in May 1993 a set of coordinates and a chart<sup>93</sup> depicting its baselines to the United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, without any objection on behalf of Turkey. According to GCASC, such practice amounts to tacit recognition of the entitlement of the Greek Cypriot government to legitimate claims of maritime zones under international law.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> Green (n 76) 107ff.

<sup>90</sup> For an inclusive list regarding the criteria of consistency see, Green (n 76) 107-108, note 1.

<sup>91</sup> Information note by Turkey, concerning its objection to the Agreement between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone, 17 February 2003 in UN Law of the Sea Bulletin 54 (n 21) 127.

<sup>92</sup> Continental Shelf Law, Law No. 8 of 5 April 1974 (n 15).

<sup>93</sup> Geographical coordinates showing baselines for measuring the breadth of the territorial sea, Legislation - United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP\\_1993\\_Coordinates.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP_1993_Coordinates.pdf)>accessed 14 August 2019.

<sup>94</sup> In this regard, it might be beneficial to compare two cases where the practices of the relevant states were examined in terms of consistency by the ICJ and the Inter-American Commission on Human Rights. In the above-mentioned *Anglo-Norwegian Fisheries Case*, United Kingdom strived to prove that Norway had not followed the principles of delimitation which it had described as its traditional system of delimitation in a consistent manner and referred to some documents during the hearing. In its decision the ICJ stated that: ‘...too much importance need not be attached to the few uncertainties or contradictions, real or apparent, which the United Kingdom Government claims to have discovered in Norwegian practice.’ Moreover, in the eyes of the Court, it was ‘impossible to rely upon a few words taken from a single note to draw the conclusion that the Norwegian Government had abandoned a position which its earlier official documents had clearly indicated.’ *Fisheries case* (n 81) 138; In the case *Michael Domingues v. United States*, Inter-American Commission on Human Rights assessed the stance of the United States as objector to the customary international law prohibiting the juvenile execution. There had definitely been a pattern of objection prior to 2002, given the fact that detailed evidence of repeated objection on behalf of the United States was provided since the first juvenile execution in the United States recorded in 1642. However, while it was difficult to argue that the objections of the United States were anything other than persistent, Green states that a number of authors have concluded that its objections were not sufficiently consistent in order to gain exemption from the prohibition on juvenile death penalty. In addition to fact that the State Department explicitly denied that the United States intended to reserve a right to execute juvenile offenders on more than one occasion, in a number of instances, its domestic case law also constituted evidence of the inconsistent practice it followed regarding the application of the juvenile death penalty. Furthermore, it was evident that the United States’ wider international engagement with the prohibition was at odds with its dissenting stance since it had ratified the Fourth Geneva Convention, signed the American Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Child without any objection to the norm and even had jointly sponsored

## B. Delimitation of Maritime Boundaries Under International Law

Whether or not Turkey tacitly recognized the entitlement of the GCASC to maritime zones, as stated by the Turkish Ministry of Foreign Affairs on multiple occasions, entitlement of islands to maritime areas and their effect to maritime boundary delimitation are two different issues.<sup>95</sup> However intertwined and complementary these two may be, the two concepts still must be clearly distinguished.<sup>96</sup> With the words of Antunes and Becker-Weinberg:

*‘Entitlement concerns maritime zones and their limits and is “unilateral” in nature; whereas delimitation relates to maritime boundaries and their delimitation and involves a “bilateral” (“multilateral”) process. The latter aims at “discovering” – through application of international law, if effected by a court – a line separating the maritime zones of two (or more) states, if and where the maritime entitlements of such states overlap.’*<sup>97</sup>

On the other hand, in the case of a dispute of entitlement, the issue does not concern the discovery of the separation line between multiple maritime areas, ‘but the possibility itself of claiming the zone’.<sup>98</sup> This means that the consequence of delimitation is ‘a geographical amputation of entitlements’.<sup>99</sup>

Since delimitation presupposes an area of overlapping entitlements, as ICJ notes ‘any disputed delimitation of a boundary entails some determination of entitlement to the areas to be delimited.’<sup>100</sup> Nevertheless, entitlements are only the first step in any delimitation.<sup>101</sup> According to the Turkish perspective, UNCLOS Article 121 merely stipulated the ‘legal capacity’ of islands in terms of generating maritime zones, put

a United Nations General Assembly Resolution which asserted that Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, where the norm is enshrined, sets a minimum for all UN member states, whether or not they had adopted the Covenant. As a result, the Inter-American Commission on Human Rights concluded that the objection of the United States had not been enough consistent to the prohibition of the juvenile death penalty in order to circumvent the customary international law. *Michael Domingues v. United States* (n 81); Green (n 76) 110.

<sup>95</sup> Erciyes 27 May 2019 (n 22); Çağatay Erciyes ‘Maritime Issues Maritime Boundary Delimitation, & Turkey’s Off-Shore Activities in the Eastern Mediterranean’ (*Turkish Ministry of Foreign Affairs*, 10 May 2019) <[http://www.mfa.gov.tr/site\\_media/html/maritime-delimitation-10-5-2019-presentation.pdf](http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/maritime-delimitation-10-5-2019-presentation.pdf)> accessed 14 August 2019.

<sup>96</sup> Nuno Marques Antunes and Vasco Becker-Weinberg, ‘Entitlement to Maritime Zones and Their Delimitation’ in Alex G Oude Elferink, Tore Henriksen and Signe Veierud Busch (eds), *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?* (Cambridge University Press 2018) 62, 72.

<sup>97</sup> *ibid* 72.

<sup>98</sup> Enrico Milano and Irini Papanicolopulu, ‘State responsibility in disputed areas on land and at sea’ 71(3) *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* [2011] 587, 610.

<sup>99</sup> Antunes and Becker-Weinberg (n 96) 73.

<sup>100</sup> *Aegean Sea Continental Shelf* (n 47) [84].

<sup>101</sup> ‘The very essence of the dispute, as formulated in the Application, is thus the entitlement of those Greek islands to a continental shelf, and the delimitation of the boundary is a secondary question to be decided after, and in the light of, the decision upon the first basic question.’ *Aegean Sea Continental Shelf* (n 47) [83]; ‘While entitlement and delimitation are two distinct concepts addressed respectively in articles 76 and 83 of the Convention, they are interrelated. The Parties also recognize the interrelationship between entitlement and delimitation. Bangladesh states that “[t]he Tribunal must answer this question before it can delimit the shelf: does either Party have an entitlement to a continental shelf beyond 200 [nm]?” Likewise, Myanmar observes that “the determination of the entitlements of both States to a continental shelf beyond 200 [nm] and their respective extent is a prerequisite for any delimitation”. Thus the question the Tribunal should first address in the present case is whether the Parties have overlapping entitlements to the continental shelf beyond 200 nm. If not, it would be dealing with a hypothetical question.’ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, [2012] ITLOS Rep 4, [398]-[399].



differently, it simply attached no *a priori* incapacity for the islands.<sup>102</sup> Therefore, concerning the maritime areas at the west of the longitude 32° 16' 18" Turkey contends that islands in delimitation may be given no weight in the construction of the relevant continental shelf or EEZ delimitation line and this is not related to their entitlement or their potential capacity to create continental shelf or EEZ areas.<sup>103</sup> According to Turkey, the reason is their distortive effect on equity which will be explained below.<sup>104</sup>

As stated in the *Anglo-Norwegian Fisheries* case, since *the delimitation of sea areas has always an international aspect 'it cannot be dependent merely upon the will of the coastal State as expressed in its municipal law' and 'the validity of the delimitation with regard to other States depends upon international law.'*<sup>105</sup> Thus, it might be useful to begin with the explanation of the law that is applicable to the delimitation of the pertinent area.

As mentioned above, Turkey did not sign or accede to UNCLOS. Yet, in the case of *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* the International Court of Justice recognized that the principles of maritime delimitation enshrined in Articles 74<sup>106</sup> and 83<sup>107</sup> of UNCLOS reflect customary international law.<sup>108</sup> This view was reiterated by the Court in *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*.<sup>109</sup> Therefore, it can be inferred that Articles 74 and 83,

<sup>102</sup> Yüksel İnan and Pınar Gözen Ercan, 'Maritime Relations of Peninsular Turkey: Surrounded by Hostile or Peaceful Water?' in Gözen Ercan P (ed) *International Relations, Legality and Global Reach* (Palgrave Macmillan 2017) 281, 283.

<sup>103</sup> Erciyes 27 May 2019 (n 22); Erciyes 10 May 2019 (n 95); See also for instance, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (n 61) [185] and [219].

<sup>104</sup> Erciyes 27 May 2019 (n 22); Erciyes 10 May 2019 (n 95).

<sup>105</sup> *Fisheries case* (n 81) [20].

<sup>106</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, Article 74. Delimitation of the exclusive economic zone between States with opposite or adjacent coasts 1. The delimitation of the exclusive economic zone between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution. 2. If no agreement can be reached within a reasonable period of time, the States concerned shall resort to the procedures provided for in Part XV. 3. Pending agreement as provided for in paragraph 1, the States concerned, in a spirit of understanding and cooperation, shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation. 4. Where there is an agreement in force between the States concerned, questions relating to the delimitation of the exclusive economic zone shall be determined in accordance with the provisions of that agreement.

<sup>107</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, Article 83. Delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts 1. The delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts shall be effected by agreement on the basis of international law, as referred to in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, in order to achieve an equitable solution. 2. If no agreement can be reached within a reasonable period of time, the States concerned shall resort to the procedures provided for in Part XV. 3. Pending agreement as provided for in paragraph 1, the States concerned, in a spirit of understanding and cooperation, shall make every effort to enter into provisional arrangements of a practical nature and, during this transitional period, not to jeopardize or hamper the reaching of the final agreement. Such arrangements shall be without prejudice to the final delimitation. 4. Where there is an agreement in force between the States concerned, questions relating to the delimitation of the continental shelf shall be determined in accordance with the provisions of that agreement.

<sup>108</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (n 61) [167]ff.

<sup>109</sup> *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* (n 62) [139]; See, British Institute of International and Comparative Law, *Report on the Obligations of States under Articles 74(3) and 83(3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas* (BIICL 2016) 8.

leaving aside whether or not the states concerned are parties to UNCLOS, are pertinent to any issue of delimitation.<sup>110</sup> However in cases where the states concerned are not parties to UNCLOS, the norms applicable would not be Articles 74 and 83 of UNCLOS but rather customary rules of international law having the same content.<sup>111</sup>

By the commencement of negotiations at UNCLOS III in 1974, there existed no law addressing the delimitation of EEZs due to the late introduction of the notion to international law.<sup>112</sup> The delimitation of continental shelves, on the other hand, was governed by a considerable body of law which had two distinct channels:<sup>113</sup> Concerning the States who were party to the 1958 Continental Shelf Convention, Article 6 provided that the boundaries between the continental shelves of opposite and adjacent States was to be set via agreements between them. In the absence of agreement, the boundary was to be the equidistance line, every point of which is equidistant from the nearest points of the baselines from which the breadth of the territorial sea of each State is measured (the ‘equidistance/special circumstances’ rule). The second channel was the rules of customary international law which had been propounded by the ICJ in the *North Sea Continental Shelf* cases in 1969 and concerned non-parties to the 1958 Continental Shelf Convention.<sup>114</sup> Even though most maritime boundary agreements known at that time of the *North Sea Cases* used the equidistant method<sup>115</sup> the Court found that the method of equidistance did not represent customary international law but instead, it held that:

‘delimitation is to be effected by agreement in accordance with equitable principles, and taking account of all the relevant circumstances, in such a way as to leave as much as possible to each Party all those parts of the continental shelf that constitute a natural prolongation of its land territory into and under the sea, without encroachment on the natural prolongation of the land territory of the other.’<sup>116</sup>

The judgment of the ICJ in the *North Sea*, which essentially provided that delimitation processes should be equitable, resulted in the initiation of the Turkish view arguing that ‘equitable principles’ is the customary rule of delimitation.<sup>117</sup> Turkey specifically states that in order to ensure the equity of delimitation, the circumstances of the area should be taken into consideration by way of applying equitable principles.<sup>118</sup> This is, according to Turkey, the rule that in fact reflects the

<sup>110</sup> *ibid.*

<sup>111</sup> *ibid.*

<sup>112</sup> *ibid.* 6.

<sup>113</sup> *ibid.*

<sup>114</sup> *ibid.*

<sup>115</sup> Bölükbaşı (n 32) 301.

<sup>116</sup> See, *North Sea Continental Shelf* (n 49) [88]-[92].

<sup>117</sup> İnan and Acer 2004 (n 50) 125ff.

<sup>118</sup> *ibid.*

customary law on the issue of continental shelf delimitation.<sup>119</sup> Turkey is of the opinion that failing a delimitation agreement, both adjacent and opposite states, should delimit their respective continental shelf 'in accordance with equitable principles by taking into account of all the relevant factors, including, inter alia, the geomorphological and geological structure of the shelf up to the outer limit of the continental margin, and special circumstances such as the general configuration of the respective coasts, the existence of islands, islets or rocks of one state on the continental shelf of the other.'<sup>120</sup> Instead of attaching priority to equidistance or to any solution dictated by judicial precedent or past practice, this rule is designed for application on a case-by-case basis for the purpose of reaching a solution meticulously tailored to the problem in question.<sup>121</sup>

In this context, it is worth mentioning that Turkey sees no contrast between Article 6 of the 1958 Continental Shelf Convention and rules of customary international law governing the delimitation or maritime zones since both of them aim for the ultimate goal of achieving an equitable solution.<sup>122</sup> In fact, the delimitation cases that occurred after *North Sea Continental Shelf* and were ruled on before UNCLOS came into force in 1994 are parallel with the longstanding Turkish perspective.

For instance, in the *United Kingdom-France Continental Shelf* arbitration<sup>123</sup> after explaining that the existence of special circumstances must be, *proprio motu*, taken in cognisance and that there is no legal burden of proof in regard to the existence of special circumstances,<sup>124</sup> the Court of Arbitration found that the equidistance/special circumstances rule enshrined in the 1958 Continental was not distinguishable from the rule of customary international law based upon equitable principles and which

<sup>119</sup> *ibid.*

<sup>120</sup> Doc. A/CONF.62/C.2/L.23, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Turkey: draft article on delimitation between States; various aspects involved (26 July August 1974), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea*, vol III, 201.

<sup>121</sup> Merritt R. Blakeslee, 'The distant island problem: the arbitration on the delimitation of the maritime zones around the French collectivité territoriale of Saint Pierre-and-Miquelon' 21(359) *Georgia Journal of International & Comparative Law* 359, 377.

<sup>122</sup> İnan and Acer (n 50) 126.

<sup>123</sup> *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (United Kingdom v. France)* 30 June 1977 - 14 March 1978, 18 Reports of International Arbitral Awards 3.

<sup>124</sup> In the case, United Kingdom contended that Article 6, paragraph 1 of the 1958 Convention places a burden of proof upon the French Republic as to the existence of any 'special circumstances' and their effect on the method of delimitation to be chosen. The French Republic, on the other hand, in contesting the applicability of Article 6 on the basis of the reservation it made at the time of its adhesion to the Convention and invoking the rules of customary law, opined that the delimitation must be equitable and that the equidistance solely constituted one of the numerous 'methods' which may be chosen in certain circumstances to produce an equitable result. In its award, The Court of Arbitration states as follows: 'Article 6, as both the United Kingdom and the French Republic stressed in the pleadings, does not formulate the equidistance principle and "special circumstances" as two separate rules. The rule there stated in each of the two cases is a single one, a combined equidistance-special circumstances rule. This being so, it may be doubted whether, strictly speaking, there is any legal burden of proof in regard to the existence of special circumstances. The fact that the rule is a single rule means that the question whether "another boundary is justified by special circumstances" is an integral part of the rule providing for application of the equidistance principle. As such, although involving matters of fact, that question is always one of law of which, in case of submission to arbitration, the tribunal must itself, proprio motu, take cognisance when applying Article 6.' *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic* (n 123) 67ff.

attaches no priority to equidistance.<sup>125</sup> At the relevant part of the decision, the Court of Arbitration stated as follows:

“Article 6 makes the application of the equidistance principle a matter of treaty obligation for Parties to the Convention. But the combined character of the equidistance-special circumstances rule means that the obligation to apply the equidistance principle is always one qualified by the condition “unless another boundary line is justified by special circumstances”. Moreover, the *travaux préparatoires* of Article 6, in the International Law Commission and at the Geneva Conference of 1958, show that this condition was introduced into paragraphs 1 and 2 of the Article because it was recognised that, owing to particular geographical features or configurations, application of the equidistance principle might not infrequently result in an unreasonable or inequitable delimitation of the continental shelf. In short, the rôle of the “special circumstances” condition in Article 6 is to ensure an equitable delimitation; and the combined “equidistance-special circumstances rule”, in effect, gives particular expression to a general norm that, failing agreement, the boundary between States abutting on the same continental shelf is to be determined on equitable principles. In addition, Article 6 neither defines “special circumstances” nor lays down the criterion by which it is to be assessed whether any given circumstances justify a boundary line other than the equidistance line. Consequently, even under Article 6 the question whether the use of the equidistance principle or some other method is appropriate for achieving an equitable delimitation is very much a matter of appreciation in the light of the geographical and other circumstances. In other words, even under Article 6 it is the geographical and other circumstances of any given case which indicate and justify the use of the equidistance method as the means of achieving an equitable solution rather than the inherent quality of the method as a legal norm of delimitation.

[...]

In short, whether under customary law or Article 6, it is never a question either of complete or of no freedom of choice as to method; for the appropriateness—the equitable character—of the method is always a function of the particular geographical situation.<sup>126</sup>

The reasoning of the tribunal in the *Anglo-French* arbitration was adopted by the ICJ in the case *Jan Mayen*<sup>127</sup> which was related to the delimitation of Denmark’s and Norway’s fishing zones and continental shelves between the east coast of Greenland and the Norwegian island of Jan Mayen.<sup>128</sup> Alleging that the 1958 Convention favoured the use of the equidistance method, Norway advocated the application of Article 6 to delimit the continental shelf boundary and Denmark argued the opposite.<sup>129</sup> While Article 6 required the investigation of any ‘special circumstances’, the customary law required the investigation of the ‘relevant circumstances’ for its part. After explaining that ‘special circumstances’ under the Continental Shelf Convention produce the

<sup>125</sup> Jonathan I. Charney, ‘Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law’ (1994) 88 *The American Journal of International Law* 227, 244.

<sup>126</sup> *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic* (n 123) [70] and [84].

<sup>127</sup> *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* [1993] ICJ Rep 38.

<sup>128</sup> *Jan Mayen* (n 127) [8], [9]; Charney (n 125) 244.

<sup>129</sup> *ibid.*

same result as ‘relevant circumstances’ used in general international law,<sup>130</sup> The Court acknowledged that an analysis based on the 1958 Convention will be no different from the one based on the general international law.<sup>131</sup>

## 1. The Arrival of UNCLOS

Proved to be one of the most difficult issues to be agreed on, the delimitation of continental shelf and EEZ boundaries were discussed together at UNCLOS III. At the Conference, most of the participant states divided into two groups: one argued that the starting point for delimitation should be the equidistance line and relied on the 1958 Convention while the other maintained that delimitation should be governed by equitable principles and invoked the *North Sea Cases*.<sup>132</sup> Members of the pro-equidistance principle group<sup>133</sup> (which included GCASC) favoured the treatment of the equidistance/median line as the standard criterion of delimitation and argued that the equitable principle was too vague and subjective to be an appropriate standard.<sup>134</sup> GCASC was of the opinion that due to its particular importance to small island states, the median or equitable line should be set as an objective and fair method.<sup>135</sup>

The opposite view, advocated by the supporters of the equitable approach<sup>136</sup> (including Turkey) objected to the very mention of the equidistance/median line as a standard for delimitation and rejected the elevation of that standard to the status of a basic principle.<sup>137</sup> Having its support from the *North Sea Cases*, this group argued that the matter should be governed by equitable principles.<sup>138</sup>

Following the battle royal which went on throughout the Conference with no consensus reached in the relevant Working Group, as a compromise between these two positions, it befell the President of the Conference, Tommy Koh to propose a

<sup>130</sup> *Jan Mayen* (n 127) [56].

<sup>131</sup> *Jan Mayen* (n 127) [46]; Charney (n 125) 244.

<sup>132</sup> British Institute of International and Comparative Law (n 109) 7; For the proposals of various States including Turkey see, Edward McWhinney, *Judge Shigeru Oda and the Progressive Development of International Law: Opinions (Declarations, Separate Opinions, Dissents) on the International Court of Justice, 1976–1992* (Martinus Nijhoff 1993) 254ff.

<sup>133</sup> Bahamas, Barbados, Canada, Cape Verde, Chile, Columbia, Cyprus, Democratic Yemen, Denmark, Gambia, Greece, Guinea-Bissau, Guyana, Italy, Japan, Kuwait, Malta, Norway, Portugal Spain, Sweden, United Arab Emirates, United Kingdom, Yugoslavia. See, Doc NG7/2/Rev.2 (28 March 1980) in R. Platzöder (ed) *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents, Vol. IX* (Oceana Publications, Inc. 1986) 394.

<sup>134</sup> Nugzat Dundua, *Delimitation of Maritime Boundaries Between Adjacent States*, (United Nations – The Nippon Foundation of Japan Fellowship Programme) (United Nations 2006-2007) 11.

<sup>135</sup> Jacovides 25 July 2012 (n 31) 2.

<sup>136</sup> Algeria, Argentina, Bangladesh, Benin, Burundi, Congo, France, Iraq, Ireland, Ivory Coast, Kenya, Liberia, Libya, Madagascar, Maldives, Mali, Mauritania, Morocco, Nicaragua, Pakistan, Papua New Guinea, Poland, Romania, Senegal, Syrian Arab Republic, Somalia, Turkey, Venezuela and Vietnam. See, Doc NG7/10/Rev.1 (25 March 1980) in Platzöder (n 133) 403.

<sup>137</sup> Dundua (n 134) 11.

<sup>138</sup> Jacovides 25 July 2012 (n 31) 2.

formula, based on ‘constructive ambiguity’<sup>139</sup> and ‘at a high level of generality’<sup>140</sup> which provides ‘little real guidance to States as to the method(s) that could or should be used to delimit a boundary’<sup>141</sup> and ‘invests the Court and tribunals with a wide power of discretion in addressing delimitation disputes’<sup>142</sup>.

The resulting provisions of UNCLOS, namely Article 74 and Article 83 which deal with the delimitation of EEZs and continental shelves respectively, are indistinguishable except for the fact that the words ‘exclusive economic zone’ that are used in Article 74 are replaced by ‘continental shelf’ in Article 83. Authors state that the absence<sup>143</sup> of the terms<sup>144</sup> ‘equidistance’ and ‘median line’ in the wording of these two articles was a reflection of the shortcomings of the equidistance method which resulted in its undoing, even with the elasticity that the notion of special circumstances added to it.<sup>145</sup> Since *North Sea Cases*, the privileged role of the equidistance method had been strongly objected and diminished.<sup>146</sup> The ICJ and the arbitral tribunals consistently had maintained the fundamental view that the method of equidistance was neither the preferred method of delimitation nor a compulsory rule of customary international law.<sup>147</sup> Considered as a method which in some cases may result in inequity, in the majority of cases, international tribunals had been of the opinion that equidistance was nothing more than a method amongst others.<sup>148</sup> In

<sup>139</sup> *ibid.*

<sup>140</sup> British Institute of International and Comparative Law (n 109) 7.

<sup>141</sup> *ibid.*

<sup>142</sup> Dundua (n 134) 13.

<sup>143</sup> In the Informal composite negotiating text both Article 74 and 83 used the wording “the median or equidistance line” as follows: Article 74. Delimitation of the exclusive economic zone between adjacent or opposite States 1. The delimitation of the exclusive economic zone between adjacent or opposite States shall be effected by agreement in accordance with equitable principles, employing, where appropriate, the median or equidistance line, and taking account of all the relevant circumstances. Article 83. Delimitation of the continental shelf between adjacent or opposite States 1. The delimitation of the continental shelf between adjacent or opposite States shall be effected by agreement in accordance with equitable principles, employing, where appropriate, the median or equidistance line, and taking account of all the relevant circumstances. Doc A/CONF.62/WP.10 Third United Nations Conference on the Law of the Sea Informal Composite Negotiating Text, Sixth Session *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol XVIII* 16, 17.

<sup>144</sup> Kastrisios explains the two terms with the following words “There is a rational distinction between the terms “median line” and “equidistance line” which was present in the 1958 Convention but absent in the 1982 Convention. Median line (present in the 1982 convention) is defined as the line every point of which is at an equal distance from the nearest points on two opposite baselines, while equidistant line (absent in the convention of 1982) is defined as that at equal distance from two adjacent baselines. Technically speaking, the distinction between the two definitions seems geometrically correct since a median line presupposes that it lies in the middle of the other two geometric features while the equidistance line is apparently not in the middle and is therefore not a median.” Christos Kastrisios, *Methods of Maritime Outer Limits Delimitation* (Hellenic Naval Academy 2014) at E-16 <<http://nausivios.snd.edu.gr/docs/2014E1.pdf>> accessed 14 August 2019; See also Aaron L. Shalowitz, *Shore and Sea Boundaries, Vol. 1*, (Washington: U.S. Dept. of Commerce, Publication 10-1, U.S. Govt. Printing Office 1962) 231.

<sup>145</sup> Dundua (n 134) 16; Leonard Legault and Blair Hankey, ‘Method, Oppositeness and Adjacency, and Proportionality in Maritime Boundary Delimitations’ in Jonathan I. Charney and Lewis M. Alexander (eds), *International Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff 1993) 201, 204.

<sup>146</sup> Barbara Kwiatkowska, ‘Equitable maritime delimitation – A legal perspective’ (1988) 3(4) *International Journal of Estuarine And Coastal Law* 287, 300.

<sup>147</sup> Bölükbaşı (n 32) 301.

<sup>148</sup> For instance, in addition to the cases mentioned above, in its judgment concerning the delimitation of the continental shelf between Tunisia and Libyan Arab Jamahiriya, the ICJ examined the developments since the 1969 North Sea Continental Shelf Cases and found that the application of the equidistance method could not, in the particular circumstances of the case, lead to an equitable result. The Court noted that “Treaty practice, as well as the history of Article 83 of the draft convention

addition to its demolishing, the opposition that the method faced at the UNCLOS III was so strong that the words ‘equidistance’ and ‘median line’ were removed from the wording of Article 74 and 83 and remained only in Article 15 which deals with the delimitation of the territorial sea.<sup>149</sup> The vanishment process of the aforementioned terms was described as “a holy war against equidistance” by Professor Weil.<sup>150</sup>

Indeed, the objection of the Turkish Delegation to the equidistance method at the 1982 Conference fits this description. The hard fight of Turkey to protest the provisions that were eventually included in the UNCLOS were considered by a Greek author a ‘near obsession with the notions of equity and of special circumstances in all their various forms.’<sup>151</sup> Since the beginning of the Conference, Turkey’s stance has been that Articles 74 and 83 should be interpreted in the light of developments in international law with regard to the delimitation of the continental shelf or economic zone, and particularly in view of the tendency of the Courts to take into consideration the particular relevant factors or circumstances of the area to achieve an equitable solution. During the Plenary Meeting 189, this stance was explained by Ambassador Kirca by citing the continental shelf case between Tunisia and the Libyan Arab Jamahiriya as follows:

‘The only concrete guidance provided in those articles is that the ultimate goal of the negotiations between the parties should be “to achieve an equitable solution”. The Court’s judgment of 1982 on the continental shelf case between Tunisia and the Libyan Arab Jamahiriya clarifies the concept of “equitable solution” as follows:

“The result of the application of equitable principles must be equitable . . . It is, however, the result which is predominant. The principles are subordinate to the goal.”

The Court also indicates how, in practice, the equitable principles should be applied. The application of equitable principles involves, according to the Court, action “to balance up the various considerations which it [the Court] regards as relevant in order to produce an equitable result.”

The Court then examines the relevant circumstances which are to be taken into account in the application of equitable principles. In the Court’s opinion, “It is virtually impossible to achieve an equitable solution in any delimitation without taking into account the particular relevant circumstances of the area.”

---

on the Law of the Sea, leads to the conclusion that equidistance may be applied if it leads to an equitable solution; if not, other methods should be employed.” *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, [1982] ICJ Rep 18, [109]

<sup>149</sup> In other words, as Lee states ‘It can be said that the “Equitable Principles Group”, which had given emphasis to achieving an equitable solution, succeeded in deleting the term ‘equidistance’, in Articles 74(1) and 83(1) of the 1982 UNCLOS.’ Ki Beom Lee, *The Demise of Equitable Principles and the Rise of Relevant Circumstances in Maritime Boundary Delimitation* (Submitted for the Degree of Ph.D. School of Law The University of Edinburgh 2012) 29 <<https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/7576/Lee2012.pdf?sequence=2&isAllowed=y>> accessed 14 August 2019.

<sup>150</sup> Prosper Weil, *The law of maritime delimitation-reflections* (Grotius Publications Ltd. 1989) 205; Dundua (n 134) 16; Kastrisios (n 145) at E-16.

<sup>151</sup> Krateros M. Ioannou, *The Greek Territorial Sea*, in Theodore C. Kariotis (ed) *Greece and the Law of the Sea* (Kluwer Law International 1997) 115, 127; See also, Jon M. Van Dyke, ‘An Analysis of the Aegean Disputes under International Law’ (2005) 36(1) *Ocean Development & International Law* 63, 87ff.

It is thus clear that the term “equitable solution” in articles 74 and 83 comprises the idea of applying equitable principles by taking into account all relevant circumstances with a view to arriving at an equitable result.<sup>152</sup>

## 2. Assimilation of the Two Rules and Contemporary Approach of the International Courts to the Delimitation of Continental Shelves and Exclusive Economic Zones

As the ICJ concluded that the equidistance/special circumstances rule enshrined in Article 6 of the 1958 Geneva Convention leads to identical results with the equitable principles/relevant circumstances rule of customary international law,<sup>153</sup> the Court has stopped making efforts to clarify the meaning of equitable principles since the *Jan Mayen* case.<sup>154</sup> Therefore, in contrast to the earlier case law which had denied the use of the equidistance method as an obligatory standard and intended to ascertain the meaning of equitable principles, with its decision *Jan Mayen*, the Court repudiated the substantial difference between the two rules and at least ‘justified the “provisional” use of the equidistance method’.<sup>155</sup>

Subsequent developments to the *Jan Mayen* case created what may be referred to as ‘the two-step approach’ which sets the equidistance line as an initial point of delimitation and then takes into account the factors calling for the adjustment or shifting of the provisional equidistance line for the purpose of achieving an equitable result.<sup>156</sup> Leaving behind the term ‘special circumstances’, this method has been called ‘equidistance/relevant circumstances rule’ by international courts and tribunals since the 2002 *Land and Maritime Boundary (Cameroon/Nigeria)* case<sup>157</sup> and was explained in the *Arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*<sup>158</sup> as follows:

‘Articles 74 and 83 of the Convention require that the Tribunal achieve an “equitable solution”. The case law of the International court of Justice and the arbitral jurisprudence as well as State practice are at one in holding that the delimitation process should, in appropriate cases, begin by positing a provisional equidistance line which may be adjusted in the light of relevant circumstances in order to achieve an equitable solution.’<sup>159</sup>

<sup>152</sup> 189th Plenary meeting (8 December 1982) (n 34) 77. Kirca also mentioned that the remarks he made concerning the provisions on the delimitation of exclusive economic zones and continental shelves should also be applicable by analogy to the delimitation of contiguous zones on which the Convention is silent.

<sup>153</sup> See *supra*, section ‘The Assimilation of the Two Rules and the Contemporary Approach of the ICJ and the International Tribunals regarding the delimitation of Continental Shelves and Exclusive Economic Zones’.

<sup>154</sup> Lee (n 150) 30.

<sup>155</sup> *ibid* 31.

<sup>156</sup> Thomas Cottier, *Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation: The Quest for Distributive Justice in International Law* (Cambridge University Press 2015) 413.

<sup>157</sup> *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, [2002] ICJ Rep 303; Lee (n 150) 31 and note 40 at 10.

<sup>158</sup> *Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007*, 30 Reports of International Arbitral Awards 1.

<sup>159</sup> *Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*, (n 159) [342]



In addition to *Jan Mayen, Cameroon/Nigeria* and *Guyana/Suriname* this approach has been put into practice in the relevant parts of judgments and awards such as *Eritrea/Yemen*,<sup>160</sup> *Qatar/Bahrain*,<sup>161</sup> and *Barbados/Trinidad and Tobago*.<sup>162</sup> In 2009, the ICJ added a third step to the approach with its decision on the case *Maritime Delimitation in the Black Sea*<sup>163</sup> when the Court ensured the avoidance of a disproportionate overall result via its final check.<sup>164</sup> Including the third stage it explicitly added, the Court explained this three-step approach with the following words in the Black Sea case:

‘In keeping with its settled jurisprudence on maritime delimitation, the first stage of the Court’s approach is to establish the provisional equidistance line. At this initial stage of the construction of the provisional equidistance line the Court is not yet concerned with any relevant circumstances that may obtain and the line is plotted on strictly geometrical criteria on the basis of objective data.

[...]

The course of the final line should result in an equitable solution (Articles 74 and 83 of UNCLOS). Therefore, the Court will at the next, second stage consider whether there are factors calling for the adjustment or shifting of the provisional equidistance line in order to achieve an equitable result [...]. The Court has also made clear that when the line to be drawn covers several zones of coincident jurisdictions, ‘the so-called equitable principles/relevant circumstances method may usefully be applied, as in these maritime zones this method is also suited to achieving an equitable result’ [...].

[...]

Finally, and at a third stage, the Court will verify that the line (a provisional equidistance line which may or may not have been adjusted by taking into account the relevant circumstances) does not, as it stands, lead to an inequitable result by reason of any marked disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio between the relevant maritime area of each State by reference to the delimitation line [...]. A final check for an equitable outcome entails a confirmation that no great disproportionality of maritime areas is evident by comparison to the ratio of coastal lengths.’<sup>165</sup>

Being said to ‘render great service to the judges by offering stability and predictability’,<sup>166</sup> frequent employment of the three-stage equidistance/relevant-circumstances method by ICJ and the international tribunals might give the impression

<sup>160</sup> *Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen* (Maritime Delimitation) Decision of 17 December 1999, 22 Reports of International Arbitral Awards 335.

<sup>161</sup> *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (n 61).

<sup>162</sup> *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, Decision of 11 April 2006*, 27 Reports of International Arbitral Awards 147.

<sup>163</sup> *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment [2009] ICJ 61 Reports.

<sup>164</sup> Cottier (n 157) 413.

<sup>165</sup> *Maritime Delimitation in the Black Sea* (n 164) [118], [120] and [122].

<sup>166</sup> Tafsir Malick Ndiaye, ‘The judge, maritime delimitation and the grey areas’ (2015) 55(4) *Indian Journal of International Law* 493, 506; International Court of Justice, Déclarations du président, *Discours de S. Exc. M. Peter Tomka, Président De La Cour Internationale De Justice, Devant La Sixième Commission De L’assemblée Générale le 2 Novembre 2012*, 13.

that there has been a departure from equity towards a strict rule-based approach based upon equidistance.<sup>167</sup> However, even though the attempts to clarify the meaning of equitable principles seems to have rapidly waned, it should be mentioned that the role of equity and equitable principles in the field of maritime delimitation has not disappeared.<sup>168</sup>

Following the *Jan Mayen* case, the ICJ in both the *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* and *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* mentioned that the ‘equidistance/special circumstances’ rule is closely interrelated with and ‘very similar’ to the rule of ‘equitable principles/relevant circumstances’.<sup>169</sup> As an ‘hypothesis and a practical starting point’,<sup>170</sup> the establishment of the provisional equidistance line constitutes simply the first step in the delimitation procedure and remains a matter of legal methodology,<sup>171</sup> instead of a mandatory standard applicable to all instances.<sup>172</sup> Indeed, the equidistance line is merely a method amongst others which can be called upon in the process of taking into consideration all the relevant circumstances.<sup>173</sup> Thus, in the words of the South Korean author Lee, ‘the emphasis on the application of equity or equitable principles has also moved towards taking account of all relevant circumstances since the 1993 *Greenland/Jan Mayen* case, irrespective of the provisional employment of the equidistance method’<sup>174</sup> and the Courts in delimitation cases after *Jan Mayen* have also reached equitable result by taking into consideration all relevant circumstances.<sup>175</sup> Consequently, whether or not they are applied from the outset, or within a second or third step, the contemporary three-step approach that the case law brought does not render dispensable the role of equitable principles in maritime delimitation since any application of equidistance intrinsically needs to comply with them.<sup>176</sup>

<sup>167</sup> Cottier (n 157) 416.

<sup>168</sup> *ibid* 417.

<sup>169</sup> “[...] the equidistance/special circumstances rule, which is applicable in particular to the delimitation of the territorial sea, and the equitable principles/relevant circumstances rule, as it has been developed since 1958 in case-law and State practice with regard to the delimitation of the continental shelf and the exclusive economic zone, are closely interrelated” *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (n 61) [231]; “[...] in the so-called equitable principles/relevant circumstances method. This method, which is very similar to the equidistance/special circumstances method applicable in delimitation of the territorial sea, involves first drawing an equidistance line, then considering whether there are factors calling for the adjustment or shifting of that line in order to achieve an “equitable result”.” *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (n 158) [288]; Cottier (n 157) 417; Lee (n 150) 30, 31.

<sup>170</sup> *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago* (n 163) [242].

<sup>171</sup> Cottier (n 157) 417; See *contra*, Tanaka (n 2) 148-149.

<sup>172</sup> Lee (n 150) 31.

<sup>173</sup> *ibid*.

<sup>174</sup> *ibid*.

<sup>175</sup> *ibid*.

<sup>176</sup> Cottier (n 157) 417; In this regard, it is noteworthy to take a look at the words of Kirca at the 189th Plenary Session in 1982: ‘It is now generally recognized that equity is the rule of international law to be applied to the delimitation of the continental shelf or the exclusive economic zone. This principle is reflected in the 1969 North Sea continental shelf case, in the Arbitral Tribunal’s decision in 1977 on the delimitation of the continental shelf between France and the United Kingdom and in the case concerning the continental shelf between Tunisia and the Libyan Arab Jamahiriya, of 1982. In the North

As to the dispute concerning the maritime areas at the west of the longitude 32° 16' 18", one of the main disagreements between Turkey and GCASC is the question whether there exist special/relevant circumstances in the area that are subject to the overlapping claims. GCASC contends that in the absence of a delimitation agreement, only claims up to the median line are acceptable on the grounds that there are no special/relevant circumstances at the west of the Island and the provisional equidistance line in this case is clearly equitable.<sup>177</sup> Turkey, on the other hand, opines that the Island of Cyprus cannot generate full EEZ and/or CS at the west of the Island under international law since the area possesses both geographical (such as configuration of the coasts and basepoints) and non-geographical (such as historical rights and the presence of third states) special/relevant circumstances.<sup>178</sup> Above all, Turkey believes that the median line is unacceptable given the sustained trend in international jurisprudence towards giving islands a reduced effect in maritime boundary delimitation and the principle of proportionality.<sup>179</sup>

Indeed, islands have been granted relatively less power in every major judicial or arbitral decision in terms of maritime boundary delimitation.<sup>180</sup> As a general category of geographic feature probable to prove problematical from the earliest stages of maritime delimitation discussions,<sup>181</sup> the existence of islands is quite often set forth as a relevant circumstance that may result in the adjustment of any provisional equidistance line.<sup>182</sup> In its presentation entitled 'Turkey's Off-Shore Activities In The Eastern Mediterranean & Maritime Boundary Delimitation In International Law'<sup>183</sup> dated 27 May 2019, the Turkish Ministry of Foreign Affairs provides numerous examples of jurisprudence and state practice where islands have been granted a reduced effect or even completely disregarded in maritime delimitation. These examples include but are not limited to the Scilly and Channel Islands in the

---

Sea continental shelf case of 1969, the Court provides that "in this field it [equity] is precisely a rule of law that calls for the application of equitable principles." In the Tunisia-Libyan Arab Jamahiriya case, the Court stipulates that "the legal concept of equity is a general principle directly applicable as law." Furthermore, the Court rules: "The principles and rules of international law applicable for the delimitation . . . are as follows: The delimitation is to be effected in accordance with equitable principles and taking account of all relevant circumstances." Therefore, it is to be concluded that the words "on the basis of international law" do not add any new element to articles 74 and 83 since, in the delimitation context, equity or equitable solution, which already exists in the articles, is the rule of law. On the other hand, the reference to international law does not leave the door open to introducing the equidistance method or the median-line method as a rule of international law, nor does it lead to a presumption in favour of equidistance or median line in relation to other methods. In the Tunisia-Libyan Arab Jamahiriya case, the Court provides that "Treaty practice, as well as the history of article 83 of the draft convention on the law of the sea, leads to the conclusion that equidistance may be applied if it leads to an equitable solution. If not, other methods should be employed . . . since equidistance is not, in the view of the Court, either a mandatory legal principle or a method having some privileged status in relation to other methods." The same thinking is embodied in the North Sea continental shelf case and in the decision of the Court of Arbitration on the delimitation of the continental shelf between France and the United Kingdom.' 189th Plenary meeting (8 December 1982) (n 34) 77.

<sup>177</sup> Tzionis 7 June 2019 (n 28).

<sup>178</sup> Erciyes 27 May 2019 (n 22); Erciyes 10 May 2019 (n 95).

<sup>179</sup> Erciyes 27 May 2019 (n 22); Erciyes 10 May 2019 (n 95).

<sup>180</sup> Van Dyke, (n 152) 88.

<sup>181</sup> Hiran Wasantha Jayewardene, *The Regime of Islands in International Law*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1989) 306ff.

<sup>182</sup> *ibid* 330; Doğru (n 5) 531ff.

<sup>183</sup> Erciyes 27 May 2019 (n 22).

*Anglo-French Arbitration*,<sup>184</sup> the Kerkennah Islands in the context of the *maritime delimitation between Libya and Tunisia*;<sup>185</sup> the Maltese islet of Filfla and the role of Malta itself in the *delimitation of a continental shelf boundary between Malta and Libya*;<sup>186</sup> French islands St. Pierre and Miquelon in the *Canada–France Maritime Boundary Arbitration*;<sup>187</sup> the presence of numerous small insular features including low-tide elevations in the area to be delimited in the *Qatar/Bahrain Case*,<sup>188</sup> and the Zubayr and Hanish Groups in the *Eritrea/Yemen Arbitration*.<sup>189</sup>

Contrarily, the Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus, in its presentation entitled ‘Recent developments in the continental shelf/EEZ of the Republic of Cyprus’<sup>190</sup> dated 31 May 2019 responds to the Turkish claims contending that ‘there is no legal basis for the argument that all islands necessarily “distort” equitable delimitation and should therefore be given diminished effect’. According to GGCASC, the delimitation cases cited by Turkey do not provide metrics as to the delimitation between Turkey and the island of the Cyprus since the majority of these cases concern small and/or isolated islands belonging to continental States or islands that lie on the ‘wrong side’ of a median line drawn between the main territories of the States concerned. Having its status as an island-State, Cyprus, on the other hand, is not comparable to these islands.<sup>191</sup> GCASC furthermore states that in the sole case cited by Turkey where an island-State was involved –*the continental shelf case between Libyan Arab Jamahiriya and Malta* dated 1985<sup>192</sup>– the ICJ, bearing in mind Malta’s special status as an island-

<sup>184</sup> Other than the 12-nautical-mile territorial sea, the Tribunal gave no effect to Channel Islands which belonged to the UK but were closer to the French coast; hence, located at the “wrong side” of the equidistance line between two mainlands. The Tribunal also granted Britain’s Scilly Isles only half-effect” which were located off the coast of the UK near Land’s End, Cornwall. *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic* (n 123).

<sup>185</sup> Notwithstanding the fact that the main island is 180 square kilometers with a population of 15,000, the Court granted half-effect to Kerkennah Islands of Tunisia and gave no effect to the island of Jerba, an inhabited island of considerable size, in analysing the general direction of the coastline. *Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya* (n 149) [129].

<sup>186</sup> In light of equitable principles, the Court disregarded the uninhabited tiny island of Filfla which was located 5 km south of the main island in delimiting the boundary between the two States. *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment [1985] ICJ Rep 13 [64].

<sup>187</sup> In comparison to the Canadian landmasses nearby, the small, yet permanently populated French islands of St. Pierre and Miquelon had reduced capacity to generate maritime areas. *Case concerning the delimitation of maritime areas between Canada and France (Canada v. France)* Decision of 10 June 1992, 21 Reports of International Arbitral Awards 365.

<sup>188</sup> Located near the midway between the Qatar peninsula and the main island of Bahrain, the small, uninhabited, and barren Bahraini islet of Qit’at Jaradah was disregarded by the Court on the grounds that it would not be adequate to permit such a minor maritime feature to cause a disproportionate outcome with regard to the delimitation in the relevant area. *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (n 61).

<sup>189</sup> Even though it permitted Zuqar and Hanish Groups of Yemen to bend the equidistance line toward Eritrea, the from Yemenese islands were given less effect on the delimitation line than they would have had if they had been continental landmasses. *Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen* (n 161) [160] and [161]; For the case law of international courts and tribunals regarding the role of islands in delimitation see, Van Dyke (n 152) notes 227-233; Pieter Delmoitie, *The Marine Delimitation An evolution of the concept. The effect of islands and low-tide elevations on the marine delimitation* (Masterproef van de opleiding ‘Master in de rechten’ Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit Gent Academiejaar 2010-2011), 70-99; Clive Howard Schofield, *The Trouble with Islands* (A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of Requirements for the Degree of Master of Laws in The Faculty of Graduate Studies (Law) The University of British Columbia 2009) 165ff.

<sup>190</sup> Tzionis 31 May 2019 (n 24).

<sup>191</sup> *ibid.*

<sup>192</sup> *Libyan Arab Jamahiriya/Malta* (n 187).

State, ‘adjusted the provisional median line only slightly towards the Maltese coast, thus granting Malta a significant amount of marine area’.<sup>193</sup>

In the aforementioned case, a dispute concerning delimitation of the continental shelf between the Libyan Arab Jamahiriya and the Republic of Malta came before the ICJ on 26 July 1982 after both States had granted petroleum exploration concessions in their continental shelves which raised disputes due to the application of different delimitation principles. Malta was in favour of the strict application of the equidistance principle whereas Libya wanted to adjust the line by taking into account the relevant circumstances. By a special agreement they concluded, the parties requested ICJ to determine the applicable principles of international law for delimitation of continental shelves and their practical application to the instance. The status of Malta as an island-State led to some discussions between the two States as to the treatment of islands in the process of maritime delimitation. Libya contended that no difference should be taken into account between an island-State and an island that belongs to a continental State; and opined that although the entitlement is no different, an island may be treated in a specific manner in delimitation, as were the Channel Islands in the *Anglo-French Arbitration*.<sup>194</sup> Malta, on the contrary, clarified that it did not demand any privileged status for constituting an island-State but did make, in the context of continental shelf delimitation, a distinction between island-States and islands that belong politically to a mainland State. According to Malta’s claims, it was merely the latter that the international law grants varying effect, depending on circumstances such as geographical location, size, population or economy.<sup>195</sup> Notwithstanding Malta’s claims, the Court found it necessary that the delimitation line between the areas of continental shelf appertaining respectively to the two Parties, be adjusted so as to lie closer to the coasts of Malta since relevant circumstances indicated that a shift of the boundary line was needed in order to produce an equitable result.<sup>196</sup> These included, *inter alia*, the general geographical context in which the islands of Malta appear as a relatively small feature in a semi-enclosed sea;<sup>197</sup> and secondly, the great disparity in the lengths of the relevant coasts of the two parties.<sup>198</sup>

According to Turkey, the lengths of the relevant coasts should also play a significant role as a relevant/special circumstance in the delimitation of maritime

<sup>193</sup> Tzionis 31 May 2019 (n 24).

<sup>194</sup> *Libyan Arab Jamahiriya/Malta* (n 187) [52].

<sup>195</sup> *Libyan Arab Jamahiriya/Malta* (n 187). [52].

<sup>196</sup> *Libyan Arab Jamahiriya/Malta* (n 187). [71].

<sup>197</sup> As Bölükbaşı states, with this regard, ‘It is widely recognized that, the geographical configuration of the enclosed and semi enclosed seas and the physical disposition of coastal states in such circumstances make the delimitation of maritime zones especially difficult and the presence of features such as islands merely aggravate the problem. Therefore it is generally admitted that islands are “special” or “relevant circumstances” to be duly considered in each delimitation case and that depending on peculiarity of a given situation, the considerations of equity would lead to allowing islands diminished effect, despite their capacity and legal entitlement to generate maritime zones as other land territory.’ Bölükbaşı (n 32) 367.

<sup>198</sup> *Libyan Arab Jamahiriya/Malta* (n 187) [73].

areas at the west of the longitude 32° 16' 18".<sup>199</sup> The issue of coastal length has come to have a particular significance in the process of maritime boundary delimitation.<sup>200</sup> Tribunals take into consideration the lengths of the relevant coasts either in the process of delimitation, or at the end of it in order to verify that the result is equitable.<sup>201</sup> Following the calculation of the relevant coastal lengths, the ratio between these latter is compared to the ratio of the provisionally delimited water zones. If the maritime areas received by the concerned states do not more or less coincide with their coastal lengths, the delimitation line becomes verified as an adequate boundary.<sup>202</sup> If the ratio of the received areas are not roughly proportional to the relative lengths of the coastlines, further adjustments or analyses should be thought-out.<sup>203</sup> 'This is not, however, because the ratio of the parties' relative coastal lengths might require that the determination of the line of delimitation should be based on that ratio',<sup>204</sup> but because the principle of 'proportionality must be considered in the assessment of factors which enter into the equation leading an equitable result'.<sup>205</sup> In other words, in spite of its significant role, the principle of proportionality does not constitute the sole factor that determines the appropriate delimitation line. As the Tribunal in the *Arbitration concerning the delimitation of the EEZ and the continental shelf between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago* states:

'In applying proportionality as a relevant circumstance, the decisions of the International Court of Justice [...] kept well away from a purely mathematical application of the relationship between coastal lengths and that proportionality rather has been used as a final check upon the equity of a tentative delimitation to ensure that the result is not tainted by some form of gross disproportion.'<sup>206</sup>

In the case *Libya/Malta* there was a ratio of 1: 8 in favour of Libya between the coasts facing the region to be limited<sup>207</sup> and the equidistance line was pushed 18 miles towards the north against Malta.<sup>208</sup> Concerning the disputed maritime areas at the west of the longitude 32° 16' 18" the coasts of Turkey relevant to the said delimitation area extend from Antalya Gazipaşa to Muğla Deveboynu Cap which means an actual coast length of 656 nautical miles and a frontal length which will be considerably longer. The actual length of the relevant coast of GCASC, on the other

<sup>199</sup> Press Release Regarding the EU General Affairs Council Conclusions on Turkey, (*Turkish Ministry of Foreign Affairs*, 18 June 2019) <[http://www.mfa.gov.tr/no\\_178\\_-ab-nin-ulkemiz-ile-ilgili-kararlari-hk.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_178_-ab-nin-ulkemiz-ile-ilgili-kararlari-hk.en.mfa)> accessed 14 August 2019.

<sup>200</sup> *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago* (n 163) [236].

<sup>201</sup> Dundua (n 134) 5.

<sup>202</sup> *ibid.*

<sup>203</sup> Charney (n 125) 241.

<sup>204</sup> *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago* (n 163) [236].

<sup>205</sup> *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau Decision of 14 February 1985 (Guinea and Guinea-Bissau)* 19 Reports of International Arbitral Awards 149, [118].

<sup>206</sup> *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago* (n 163) [238].

<sup>207</sup> Doğru (n 5) 534.

<sup>208</sup> Başeren (n 18) 93.

hand, is 32 miles and the frontal length shall be shorter.<sup>209</sup> Stating that the significant ratio between the frontal lengths constitutes one of the relevant circumstances which must be taken into account in the delimitation between Turkey and the GCASC, Turkish authors mention that even a delimitation in proportion to this ratio would not be sufficient to produce an equitable result given the existence of other relevant circumstances concerning the area.<sup>210</sup> For instance, Başeren<sup>211</sup> and Doğru<sup>212</sup> note that another factor which should have an effect on the shift in the delimitation line in favour of Turkey is the principle of ‘non-encroachment’ which means that the delimitation should not result in such a manner as to cut off the territorial sea of another State from the high seas or an exclusive economic zone and has been recognized by the ICJ in several cases, including the *North Sea Continental Shelf*,<sup>213</sup> *Jan Mayen*,<sup>214</sup> *Gulf of Fonseca*<sup>215</sup> and *St. Pierre and Miquelon*.<sup>216</sup> According to the authors, with the purpose of not restricting access of the relatively much longer coasts of Turkey to the open sea areas, the equidistance line between Turkey and the Island of Cyprus should be shifted towards the east in such a way to open the coasts of Turkey.<sup>217</sup> Referring to the *Guinea and Guinea-Bissau* decision of 14 February 1985, authors opine that as constituting the most important ports in the region, particularly the openings of the Antalya and Mersin Ports should not be closed in addition to the crucial maritime route of Suez Canal to which access should not be restricted.<sup>218</sup>

Accordingly, the authors note that taking the above-mentioned issues into consideration and in order to pave the way for the relatively much longer Turkish coastline for access to open seas, in case of a delimitation in the relevant area, the median line should be shifted towards east to 32° 16’ 18” E longitude.<sup>219</sup> Başeren states that the delimitation line following the longitude of 32° 16’ 18” E towards the south and reaching the equidistance line between the relevant coasts of Turkey and Egypt, should sometimes follow the external borders of the territorial seas of GCASC so as to not intersect the country of the latter.<sup>220</sup>

<sup>209</sup> *ibid*; Doğru (n 5) 545.

<sup>210</sup> Başeren (n 18) 93; Doğru (n 5) 545ff.

<sup>211</sup> Başeren (n 18) 93.

<sup>212</sup> Doğru (n 5) 546.

<sup>213</sup> *North Sea Continental Shelf* (n 49) ICJ Rep 3.

<sup>214</sup> *Jan Mayen* (n 127).

<sup>215</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, Judgment of 11 September 1992, [1992] ICJ Rep 351.

<sup>216</sup> *Case concerning the delimitation of maritime areas between Canada and France* (n 188).

<sup>217</sup> Başeren (n 18) 93; Doğru (n 5) 546.

<sup>218</sup> Başeren (n 18) 93; Doğru (n 5) 546; See, *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau* (n 207) [121].

<sup>219</sup> Başeren (n 18) 93–94; Doğru (n 5) 546; See, *Case concerning the delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau* (n 207) [121].

<sup>220</sup> Başeren (n 18) 94.

In contrast with these claims, The Greek Cypriot Administration of Southern Cyprus contends that the fact that Turkey has a longer coastline compared to Cyprus does not entail that it must be granted a broader maritime area than it obtains by means of the application of the median line.<sup>221</sup> In this regard, GCASC puts forward the bilateral delimitation agreement that it concluded with Egypt and states that the agreement is based on the median line notwithstanding the fact that Egypt possesses a longer coastline than Cyprus.<sup>222</sup> According to the GCASC, the general acceptance by the international community as well as by the countries of the region shows that the median line is ‘a proper approach’ to the achievement of an equitable delimitation and the delimitation agreements that GCASC signed with Lebanon and Israel based on the median line also reflect this conception.<sup>223</sup>

In this regard, the author finds it important to take a look at the analysis made by Professor Cottier which relies upon a sample of 120 long-distance maritime boundary agreements concluded between 1942 and 1992 and established a total of 132 boundaries.<sup>224</sup> The sample indicates that median line and equidistance are the most prominent methods invoked, together used in the 33.6 per cent of the agreements, followed by equity or equitable principles with 14.9 per cent.<sup>225</sup> Furthermore, in almost one-third of all agreements no method was indicated.<sup>226</sup>

Stating that these findings confirm the perception of the ICJ that equidistance does not reflect customary law<sup>227</sup> and that it constitutes merely a method amongst others<sup>228</sup>

<sup>221</sup> Tzionis 7 June 2019 (n 28).

<sup>222</sup> *ibid.*

<sup>223</sup> *Ibid.*; in this regard it is also important to take a look at the ICJ Judgment of *Frontier Dispute* where the following statement was made as to the effects of bilateral delimitation agreements on third party states “The Chamber also considers that its jurisdiction is not restricted simply because the end-point of the frontier lies on the frontier of a third State not a party to the proceedings. The rights of the neighbouring State, Niger, are in any event safeguarded by the operation of Article 59 of the Statute of the Court, which provides that “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”. The Parties could at any time have concluded an agreement for the delimitation of their frontier, according to whatever perception they might have had of it, and an agreement of this kind, although legally binding upon them by virtue of the principle *pacta sunt servanda*, would not be opposable to Niger. A judicial decision, which “is simply an alternative to the direct and friendly settlement” of the dispute between the Parties (*P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 13), merely substitutes for the solution stemming directly from their shared intention, the solution arrived at by a court under the mandate which they have given it. In both instances, the solution only has legal and binding effect as between the States which have accepted it, either directly or as a consequence of having accepted the court’s jurisdiction to decide the case. Accordingly, on the supposition that the Chamber’s judgment specifies a point which it finds to be the easternmost point of the frontier, there would be nothing to prevent Niger from claiming rights, vis-à-vis either of the Parties, to territories lying west of the point identified by the Chamber.” *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, Judgment [1986] ICJ Rep. 1986 554 [46].

<sup>224</sup> Cottier (n 157) 691ff (Appendix I) The analysis excluded territorial sea or contiguous zone delimitations as well as the establishment of purely joint or common zones.

<sup>225</sup> Professor Cottier explains that the reference to equity or equitable principles have been made ‘mostly in the more recent years under review, presumably due to the educational process of UNCLOS III. Between 1978 and 1991, 16 of 53 agreements (30.2 per cent) call upon equity in one form or another. However, recourse to equity is not necessarily meant to exclude delimitation on the basis of equidistance, if this method would produce an equitable result.’ Cottier (n 157) 244.

<sup>226</sup> Cottier also notes that other methods such as those named in the analysis as ‘Parallel of latitude’, ‘Straight line/Azimuth’, ‘Perpendicular to coastal line’ clearly appear less frequently. Cottier (n 157) 244.

<sup>227</sup> See, *North Sea Continental Shelf* (n 49) [88]-[92].

<sup>228</sup> *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (n 217) [272].



which is considered frequently by the Courts as methodological starting point, Cottier notes that without knowing the motivation of the States for using equidistance or median line, the frequent use of these methods in the sample agreements cannot bring about the conclusion that States would apply equidistance as a matter of legal obligations.<sup>229</sup>

The surveys contained in the study of Professor Charney who was also a member of the US delegation at the UNCLOS III also suggests a similar finding. Even though Charney mentions that ‘if state practice has any influence on the positive law for maritime boundary delimitation, equidistance must have a place’,<sup>230</sup> he explains the difficulty in predicting the exact location of maritime boundaries with the following words:

‘In my opinion these global and regional paper and the individual boundary reports support the conclusion that no normative principle of international law has developed that would mandate the specific location of any maritime boundary line. The state practice varies substantially. Due to the unlimited geographic and other circumstances that influence the settlements, no binding rule that would be sufficiently determinative to enable one to predict the location of a maritime boundary with any degree of precision is likely to evolve in the near future.’<sup>231</sup>

As Cottier mentions, this view is also shared by the French author Prosper Weil who states that ‘while one may safely speak of trends, no clear-cut practice, and *a fortiori* no customary rule, has emerged as regards the influence that oppositeness and adjacency may have on maritime boundary delimitation’.<sup>232</sup>

Therefore, even though the current trend in state practice shows that the use of the equidistance line is the most preferred method by the states, in addition to the fact that it does not represent the customary law, it is still not easy to accept that it is recognized as ‘a proper approach’ by the international community to achieve an equitable result in each and every single maritime delimitation without knowing precisely the motivation of the states for choosing equidistance as their method.

## Conclusion

Article 121 of UNCLOS was one of the reasons that constrained Turkey to vote against the Convention since despite Turkey’s efforts to withhold some islands from entitlement to the maritime areas, in the end, the Third UN Conference on the Law of the Sea had limited itself merely to the exclusion of those that are rocks and cannot

<sup>229</sup> Cottier (n 157) 361.

<sup>230</sup> Jonathan I. Charney and Lewis M. Alexander (eds), *International Maritime Boundaries Volume I* (Martinus Nijhoff 1993) xlii.

<sup>231</sup> *ibid.*

<sup>232</sup> *ibid.*; Prosper Weil, ‘Geographic Considerations in Maritime Delimitation’ in Jonathan I. Charney and others (eds), *International Maritime Boundaries Volume V* (Martinus Nijhoff 2005) 115, 126.

sustain human habitation or economic life. Even though Turkey did not sign or accede to UNCLOS, Greek Cypriot Administration claims that Article 121 applies to non-state parties as well on the grounds that the customary characteristic of the rule enshrined in the Article was affirmed by the ICJ in judgments such as *Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions Between Qatar and Bahrain* and the *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Colombia*. While there are authors who state that the rules of customary law reflecting these principles cannot be applied to Turkey since the latter has persistently objected to the Articles of UNCLOS related to the regime of islands, GCASC contends that Turkey had already tacitly recognized the entitlement of the Greek Cypriot government to legitimate claims of maritime zones under international law by not objecting to the Law proclaiming its Continental Shelf and a set of coordinates and a chart depicting its baselines to the United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea in 1993.

Nevertheless, whether or not Turkey tacitly recognized the entitlement of the GCASC to maritime zones, as stated by the Turkish Ministry of Foreign Affairs on multiple occasions, entitlement of islands to maritime areas and their effect to maritime boundary delimitation are two different issues. However intertwined and complementary these two may be, entitlement is a unilateral process which concerns the possibility itself of claiming the zone; whereas delimitation is multilateral and establishes a line separating the maritime zones of two or more states, if and where the maritime entitlements of such states overlap. According to the Turkish perspective, UNCLOS Article 121 merely stipulated the ‘legal capacity’ of islands in terms of generating maritime zones and it simply attached no *a priori* incapacity for the islands. Therefore, concerning the maritime areas at the west of the longitude 32° 16’ 18”, Turkey contends that islands in delimitation may be given no weight in the construction of the relevant continental shelf or EEZ delimitation line as a result of their distortive effect on equity.

As to the applicable law on the delimitation, the International Court of Justice has recognized that the principles of maritime delimitation enshrined in Articles 74 and 83 of UNCLOS reflect customary international law in cases *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* and *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*. Therefore, customary rules of international law having the same content with these articles are related to the delimitation process between Turkey and GCASC. Article 74 and 83 do not specify a normative rule to be applied in the absence of an agreement or precise factors to be taken into account in delimitation. Stating that the customary rule of delimitation is that of ‘equitable principles’, Turkey is of the opinion that failing a delimitation agreement, both adjacent and opposite states, should delimit their respective continental shelf in

accordance with equitable principles by taking into account all the relevant factors. GCASC, on the other hand, contends that in the absence of a delimitation agreement, only claims up to the median line are acceptable.

Even though the ICJ found that the method of equidistance did not represent customary international law in *North Sea Cases*; in *Jan Mayen*, the Court repudiated the substantial difference between the equidistance/special circumstances rule and equitable principles/relevant circumstances rule and subsequent developments created what may be referred to as three-stage equidistance/relevant-circumstances method. This latter begins with positing a provisional equidistance line which may be adjusted in the light of relevant circumstances in order to achieve an equitable solution and ends with a final check of proportionality. However, the role of equitable principles in the field of maritime delimitation has not disappeared. The courts on many occasions mentioned that the equidistance line is merely a practical starting point and a method amongst others which can be called upon in the process of taking into consideration all the relevant circumstances. The prominence of the equitable principles has moved towards the consideration of all relevant circumstances irrespective of the provisional utilization of the equidistance line.

As regards the dispute concerning the maritime areas at the west of the longitude 32° 16' 18", one of the main disagreements between Turkey and GCASC is the question whether there exist special/relevant circumstances in the area that is subject to the overlapping claims. While GCASC contends that there are no special/relevant circumstances at the west of the Island and the provisional equidistance is equitable, Turkey argues that the area possesses both geographical and non-geographical relevant circumstances. Turkey believes that the median line is unacceptable given the sustained trend in international jurisprudence towards giving islands a reduced effect in maritime boundary delimitation and the principle of proportionality. Taking into consideration the significant ratio between the frontal lengths and the principle of 'non-encroachment', Turkish authors state that in order to pave the way for the relatively much longer Turkish coastline for access to open seas, in case of a delimitation in the relevant area, the median line should be shifted to east to 32° 16' 18" E longitude.

GCASC on the other hand makes a distinction between island-states and islands that belong politically to a mainland state and contends that the fact that Turkey has a longer coastline compared to Cyprus does not entail that it must be granted a broader maritime area than it obtains by means of the application of the median line. Stating that the general acceptance by the international community as well as by the countries of the region shows that the median line is 'a proper approach' to the achievement of an equitable delimitation, GCASC puts forward the delimitation

agreements that it signed with Egypt, Lebanon and Israel based on the median line as an indicator of such an acceptance. However, in addition to the fact that equidistance does not represent the customary law and considering that some 40 per cent of the delimitation agreements that the study of Cottier puts forward do not employ the equidistance line, it seems that it is not easy to accept that equidistance is recognized as 'a proper approach' by the international community to achieve an equitable result in each and every single maritime delimitation.

**Grant Support:** The author received no grant support for this work.

## Bibliography

- A Law To Provide for the Proclamation of the Exclusive Economic Zone by the Republic of Cyprus (Law No. 64(I)/2004) (2nd April 2004) (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp\\_2004\\_eez\\_proclamation.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/cyp_2004_eez_proclamation.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Abasheikh O, 'The Validity of the Persistent Offender Rule in International Law' (2004) 9 *Coventry Law Journal* 40.
- Abass A, *Complete International Law: Text, Cases, and Materials* (2nd edn, Oxford University Press 2014), 48; See generally, Stein (n 68) 457
- Act No. 2674 of 20 May 1982, on the Territorial Sea of the Republic of Turkey (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR\\_1982\\_Act.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR_1982_Act.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Antunes NM and Becker-Weinberg V, 'Entitlement to Maritime Zones and Their Delimitation' in Oude Elferink AG, Henriksen T and Busch SV (eds), *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable?* (Cambridge University Press 2018) 62.
- Başeren SH, *Dispute Over Eastern Mediterranean Maritime Jurisdiction Areas* (2010, Publications of Turkish Marine Research Foundation).
- Beckman R and Schofield C, 'Moving Beyond Disputes Over Island Sovereignty: ICJ Decision Sets Stage for Maritime Boundary Delimitation in the Singapore Strait' (2009) 40(1) *Ocean Development & International Law* 1, 9.
- Blakeslee MR, 'The distant island problem: the arbitration on the delimitation of the maritime zones around the French collectivité territoriale of Saint Pierre-and-Miquelon' 21(359) *Georgia Journal of International & Comparative Law* 359,
- Bölükbaşı D, *Turkey and Greece: The Aegean Disputes: a Unique Case in International Law* (Cavendish, 2004).
- Bradley CA & Gulati M, 'Withdrawing from International Custom' (2010) 120 *Yale Law Journal* 202.
- British Institute of International and Comparative Law, *Report on the Obligations of States under Articles 74(3) and 83(3) of UNCLOS in respect of Undelimited Maritime Areas* (BIICL 2016).
- Brownlie I, *Principles of Public International Law* (2003, 4th edn, Oxford University Press).
- Charney JI and Alexander LM (eds), *International Maritime Boundaries Volume I* (Martinus Nijhoff 1993).
- Charney JI, 'Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law' (1994) 88 *The American Journal of International Law* 227.
- Charney JI, 'The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law' (1985) 56 *British Yearbook of International Law*.
- Cottier T, *Equitable Principles of Maritime Boundary Delimitation: The Quest for Distributive Justice in International Law* (Cambridge University Press 2015) 413.
- Continental Shelf Law, Law No. 8 of 5 April 1974 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP\\_1974\\_Law.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP_1974_Law.pdf)>.
- Crawford J, 'The International Court of Justice and the Law of State Responsibility', in Tams C and Sloan J (eds), *The Development of Law by the International Court of Justice* (Oxford University Press 2013) 71.

- D'Amato A, *The Concept of Custom in International Law* (1973 NCROL).
- Danilenko GM, *Law-Making in the International Community* (Brill Nijhoff 1993).
- Decree by the Council of Ministers No. 8/4742 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR\\_1992\\_Decree.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR_1992_Decree.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Decree by the Council of Ministers, No. 86/11264, dated 17 December 1986 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR\\_1986\\_Decree.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TUR_1986_Decree.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Demir İ, 'Montrö Boğazlar Sözleşmesi'nin Feshi' (2018) 136 *Union of Turkish Bar Associations Review* 327, 345; In the context of territorial waters, Melih Başdemir, 'Türkiye'nin Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Yunanistan ile Olan Karasuları Sorunu' (2007) 6 *Güvenlik Stratejileri Dergisi* 93.
- Delmoitie P, *The Marine Delimitation An evolution of the concept. The effect of islands and low-tide elevations on the marine delimitation* (Masterproef van de opleiding 'Master in de rechten' Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit Gent Academiejaar 2010-2011).
- Dépôt d'une carte marine et d'une liste de coordonnées géographiques par Chypre (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn\\_s/mzn6.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/mzn6.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Doc A/73/10 International Law Commission, *Report of the International Law Commission* (Seventieth session 30 April–1 June and 2 July–10 August 2018).
- Doc. A/CN.4/682 International Law Commission, *Third Report on Identification of Customary International Law* (prepared by Special Rapporteur Michael Wood) (Geneva, Sixty-seventh session 27 March 2015).
- Doc. A/CONF.62/C.2/L.23, Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Turkey: draft article on delimitation between States; various aspects involved (26 July August 1974), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol III*, 201.
- Doc A/CONF.62/C.2/L.50 Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Greece: draft articles on the regime of islands and other related matters (9 August 1974), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol III*.
- Doc A/CONF.62/C.2/L.55 Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Turkey: draft articles on the regime of islands (13 August 1974), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol III*.
- Doc A/CONF.62/SR.160 Third United Nations Conference on the Law of the Sea 160th Plenary meeting (30 March 1982), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol XVI*, 27.
- Doc A/CONF.62/SR.169 Third United Nations Conference on the Law of the Sea 169th Plenary meeting (15 April 1982), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol XVII*.
- Doc A/CONF.62/SR.189 Third United Nations Conference on the Law of the Sea 189th Plenary meeting (8 December 1982), *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol XVII*.
- Doc A/CONF.62/WP.10 Third United Nations Conference on the Law of the Sea Informal Composite Negotiating Text, Sixth Session *Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol XVIII*.

- Doc C.2/Informal Meeting/21 of 28 April 1978.
- Doc NG7/2/Rev.2 (28 March 1980) in Platzöder R (ed) *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents, Vol. IX* (Oceana Publications, Inc. 1986) 394
- Doc NG7/10/Rev.1 (25 March 1980) in Platzöder R (ed) *Third United Nations Conference on the Law of the Sea: Documents, Vol. IX* (Oceana Publications, Inc. 1986) 403.
- Doğru S, ‘Doğru Akdeniz’de Hidrokarbon Kaynakları Ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahanlığı Ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması’ (2015) 119 *Union of Turkish Bar Associations Review* 503, 544ff.
- Dumberry P, ‘Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited’ (2010) 59 *International and Comparative Law Quarterly* 779.
- Dumberry P, ‘The Last Citadel! Can a State Claim the Status of Persistent Objector to Prevent the Application of a Rule of Customary International Law in Investor–State Arbitration?’ (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 379.
- Dundua N, *Delimitation of Maritime Boundaries Between Adjacent States*, (United Nations – The Nippon Foundation of Japan Fellowship Programme) (United Nations 2006-2007).
- Erciyes Ç ‘Maritime Issues Maritime Boundary Delimitation, & Turkey’s Off-Shore Activities in the Eastern Mediterranean’ (*Turkish Ministry of Foreign Affairs*, 10 May 2019) <[http://www.mfa.gov.tr/site\\_media/html/maritime-delimitation-10-5-2019-presentation.pdf](http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/maritime-delimitation-10-5-2019-presentation.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Erciyes Ç ‘Turkey’s Off-Shore Activities In The Eastern Mediterranean & Maritime Boundary Delimitation In International Law’ (*Turkish Ministry of Foreign Affairs*, 27 May 2019) <[http://www.mfa.gov.tr/site\\_media/html/maritime-delimitation-27-5-2019-presentation.pdf](http://www.mfa.gov.tr/site_media/html/maritime-delimitation-27-5-2019-presentation.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Eveno VB, ‘L’interprétation de l’article 121 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer par la Cour internationale de Justice’ in Angela Del Vecchio, Roberto Virzo (eds), *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*. (2019 Springer) 59.
- Fitzmaurice G, ‘The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951–54: General Principles and Sources of Law’ (1953) 30 *British Yearbook of International Law* 1.
- Geographical coordinates showing baselines for measuring the breadth of the territorial sea, Legislation - United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP\\_1993\\_Coordinates.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP_1993_Coordinates.pdf)>accessed 14 August 2019.
- Green JA, *Persistent Objector Rule in International Law* (Oxford University Press 2018).
- Gündüzler U, ‘United Nations Convention on Law of Sea as a Mixed Treaty of EU: A Headache for Turkey?’ (2013) 12(2) *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 61.
- Güneş ŞA, ‘Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması’ (2007) 56(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1.
- Gürdeniz C, ‘Jeopolitik, Savunma ve Güvenlik Perspektifinde Türk Deniz Gücü ve 21nci Yüzyıl’ (21. Yüzyıl İçin Planlama) <<http://21inciyuzyilicinplanlama.org/wp-content/uploads/2016/08/Cem-Gurdeniz-4.-Sunum.pdf>> accessed 14 August 2019.
- Gürel A, Mullen F and Tzimitras H, *The Cyprus Hydrocarbons Issue: Context, Positions and Future Scenarios*, PCC Report 1/2013, (Peace Research Institute Oslo (PRIO) Cyprus Center, 2013) 19.
- Henkin L, ‘International Law: Politics, Values and Function: General Course on Public International Law’ (1989) 216 *Recueil des cours*.

- Higgins Rosalyn, 'President, International Court of Justice, Keynote Address at the Sixtieth Anniversary of the International Law Commission (May 19, 2008)' Statements by the President, International Court of Justice.
- Information note by Turkey, concerning its objection to the Agreement between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone, 17 February 2003 in United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, *Law of the Sea Bulletin 54* (New York, United Nations, 2004).
- International Court of Justice, Déclarations du président, *Discours de S. Exc. M. Peter Tomka, Président De La Cour Internationale De Justice, Devant La Sixième Commission de L'assemblée Générale le 2 Novembre 2012*.
- Ioannidis N 'The Continental Shelf Delimitation Agreement Between Turkey and "TRNC"' (*Blog of the European Journal of International Law [EJIL]*, 26 May 2014) <<https://www.ejiltalk.org/the-continental-shelf-delimitation-agreement-between-turkey-and-trnc/>> accessed 14 August 2019.
- Ioannou KM, *The Greek Territorial Sea*, in Kariotis TC (ed) *Greece and the Law of the Sea* (Kluwer Law International 1997) 115.
- International Law Association Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law* (International Law Association, London Conference 2000)
- İnan Y and Acer Y, 'The Aegean disputes' in Karaosmanoğlu AL and Taşhan S (eds), *The Europeanization of Turkey's security policy: Prospects and pitfalls* (Turkish Foreign Policy Institute 2004) 125.
- İnan Y and Gözen Ercan P, 'Maritime Relations of Peninsular Turkey: Surrounded by Hostile or Peaceful Water?' in Gözen Ercan P (ed) *International Relations, Legality and Global Reach* (Palgrave Macmillan 2017) 281.
- Jacovides A, 'Current Issues of the Law of the Sea and Their Relevance to Cyprus' (*The European Rim Policy and Investment Council*, 23 June 2009) <<https://erpic.org/wp-content/uploads/2017/02/andreas-jacovides-current-issues-of-the-law-of-the-sea-and-their-relevance-to-cyprus.pdf>> accessed 14 August 2019.
- Jacovides A, 'Delimitation Practice in the Eastern Mediterranean' (*The European Rim Policy and Investment Council*, 25 July 2012) <<https://erpic.org/wp-content/uploads/2017/02/delimitation-practice-in-the-eastern-mediterranean.pdf>> accessed 14 August 2019.
- Jacovides A, *International Law and Diplomacy: Selected Writings by Ambassador Andrew Jacovides* (Martinus Nijhoff 2011).
- Jayewardene HW, *The Regime of Islands in International Law*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1989).
- Jennings R and Watts A (eds), *Oppenheim's International Law, I: Peace* (9th edn, Oxford University Press 1992).
- Kastrisios C, *Methods of Maritime Outer Limits Delimitation* (Hellenic Naval Academy 2014) <<http://nausivios.snd.edu.gr/docs/2014E1.pdf>> accessed 14 August 2019.
- Korkut E, 'Turkey and the International Law of the Sea' (SJD Dissertations 5, The Pennsylvania State University 2017).
- Kütükçü MA and Kaya İS, 'Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında Doğu Akdeniz'deki Petrol ve Doğalgaz Kaynakları ile Türkiye'nin Hukuki Durumu' (2016) 2(1) *Journal of Life Sciences* 81, 92ff.
- Kwiatkowska B and Soons AHA, 'Entitlement to Maritime Areas of Rocks Which Cannot Sustain Human Habitation or Economic Life of Their Own' (1990) 21 *Netherlands Yearbook of International Law* 139.



- Kwiatkowska B, 'Equitable maritime delimitation – A legal perspective' (1988) 3(4) *International Journal of Estuarine And Coastal Law* 287.
- Lau Holning, 'Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law' (2005–2006) 6 *Chicago Journal of International Law* 495.
- Lee KB, *The Demise of Equitable Principles and the Rise of Relevant Circumstances in Maritime Boundary Delimitation* (Submitted for the Degree of Ph.D. School of Law The University of Edinburgh 2012) <<https://www.era.lib.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/7576/Lee2012.pdf?sequence=2&isAllowed=y>> accessed 14 August 2019.
- Lee LT 'The Law of the Sea Convention and Third States' (1983) 77 *The American Journal of International Law* 541.
- Legault L and Hankey B, 'Method, Oppositeness and Adjacency, and Proportionality in Maritime Boundary Delimitations' in Charney JI and Alexander LM (eds), *International Maritime Boundaries* (Martinus Nijhoff 1993).
- Lepard BD, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications* (Cambridge University Press 2010).
- Leventis Y, 'Projecting for Control of Warm Waters. Turkey's Posturing for Hydrocarbon Hegemony in the Eastern Mediterranean' in Faustmann H, Gürel A and Reichberg GM (eds), *The Hydrocarbon Wealth of Cyprus: Equitable Distribution and Regional Politics* (Peace Research Institute Oslo (PRIO) Cyprus Center/Friedrich Ebert Foundation 2012) 7.
- Lobo de Souza IM, "The Role of State Consent in the Customary Process" (1995) 44 *International and Comparative Law Quarterly* 521.
- McClane JB, 'How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector Object?' (1989) 13 *ILSA Journal of International Law* 1.
- McWhinney Edward, *Judge Shigeru Oda and the Progressive Development of International Law: Opinions (Declarations, Separate Opinions, Dissents) on the International Court of Justice, 1976–1992* (Martinus Nijhoff 1993).
- Milano E and Papanicolopulu İ, 'State responsibility in disputed areas on land and at sea' 71(3) *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* [2011] 587.
- Ndiaye TM, 'The judge, maritime delimitation and the grey areas' (2015) 55(4) *Indian Journal of International Law* 493.
- Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, vol I.*
- Oude Elferink AG, *The law of maritime boundary delimitation: a case study of the Russian Federation* (Martinus Nijhoff Publishers 1994) 288ff.
- Park Leo, 'The International Court and Rule-Making: Finding Effectiveness' [2018] 39(4) *University of Pennsylvania Journal of International Law* 1065.
- Press Release Regarding the EU General Affairs Council Conclusions on Turkey, (*Turkish Ministry of Foreign Affairs*, 18 June 2019) <[http://www.mfa.gov.tr/no\\_178\\_-ab-nin-ulkemiz-ile-ilgili-kararlari-hk.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_178_-ab-nin-ulkemiz-ile-ilgili-kararlari-hk.en.mfa)> accessed 14 August 2019.
- Roucounas E, 'Greece and the Law of the Sea', in Tullio Treves, Laura Pineschi (eds), *The Law of the Sea* (Kluwer, 1997) 225.
- Rousseau C, *Droit international public, I* (Sirey 1970).
- Schofield CH, *The Trouble with Islands* (A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of Requirements for the Degree of Master of Laws in The Faculty of Graduate Studies (Law) The University of British Columbia 2009).

- Shalowitz AL, *Shore and Sea Boundaries, Vol. I*, (Washington: U.S. Dept. of Commerce, Publication 10-1, U.S. Govt. Printing Office 1962).
- Stein T, 'The Approach of the Different Drummer: the Principle of the Persistent Objector in International Law', (1985) 26 *Harvard International Law Journal* 457.
- Tanaka Y, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation* (Hart Publishing 2006).
- Territorial Waters Law, 1964 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP\\_1964\\_Law.pdf](http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP_1964_Law.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Tesón FR, 'International Obligation and the Theory of Hypothetical Consent', (1990) 15 *Yale Journal of International Law* 84.
- The Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf Laws 2004 and 2014 (*The Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations*) <[https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP\\_EEZ-CS\\_Law\\_2014.pdf](https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/CYP_EEZ-CS_Law_2014.pdf)> accessed 14 August 2019.
- Turkish Ministry of Foreign Affairs, 'Başlıca Ege Denizi Sorunları' <<http://www.mfa.gov.tr/baslica-ege-denizi-sorunlari.tr.mfa>> accessed 14 August 2019.
- Turkish Ministry of Foreign Affairs, 'Comply With The Proposal Or We Will Continue (Article by H.E. Mr. Mevlüt Çavuşoğlu, Minister of Foreign Affairs of the Republic of Turkey, published in "Kıbrıs Postası" (TRNC) on 14 July 2019)' <[http://www.mfa.gov.tr/disisleri-bakani-sayin-mevlut-cavusoglu\\_nun-kibris-postasi-gazetesinde-yayinlanan-makalesi.en.mfa](http://www.mfa.gov.tr/disisleri-bakani-sayin-mevlut-cavusoglu_nun-kibris-postasi-gazetesinde-yayinlanan-makalesi.en.mfa)> accessed 14 August 2019.
- Turkish Ministry of Foreign Affairs, 'The Outstanding Aegean Issues' <<http://www.mfa.gov.tr/maritime-issues---aegean-sea---the-outstanding-aegean-issues.en.mfa>> accessed 14 August 2019.
- Tzionis T 'Recent developments in the continental shelf/EEZ of the Republic of Cyprus' (*Ministry of Foreign Affairs of Republic of Cyprus*, 31 May 2019) <[http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/5D23B385435B9E54C2258412003676D0/\\$file/Παρουσίαση%20προς%20εταιρείες%2007.06.2019%20\(wfinal\).pdf](http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/5D23B385435B9E54C2258412003676D0/$file/Παρουσίαση%20προς%20εταιρείες%2007.06.2019%20(wfinal).pdf)> accessed 14 August 2019.
- Tzionis T 'Recent developments in the continental shelf/EEZ of the Republic of Cyprus' (*Ministry of Foreign Affairs of Republic of Cyprus*, 7 June 2019) <[http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/5D23B385435B9E54C2258412003676D0/\\$file/Παρουσίαση%20προς%20εταιρείες%2007.06.2019%20\(wfinal\).pdf](http://www.mfa.gov.cy/mfa/mfa2016.nsf/5D23B385435B9E54C2258412003676D0/$file/Παρουσίαση%20προς%20εταιρείες%2007.06.2019%20(wfinal).pdf)> accessed 14 August 2019.
- United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, *Law of the Sea Bulletin 54* (New York, United Nations, 2004).
- United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, *Law of the Sea Bulletin 57* (New York, United Nations, 2004)
- United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *Régime of Islands: Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations convention on the Law of the Sea* (1988, United Nations).
- Van Dyke JM, 'An Analysis of the Aegean Disputes under International Law' (2005) 36(1) *Ocean Development & International Law* 63.
- Verzijl JHW, *International Law in Historical Perspective, I* (Albertus Willem Sijthoff 1968).
- Villiger ME, *Customary International Law & Treaties* (2nd edn, Brill Nijhoff 1997).
- Weil P, 'Geographic Considerations in Maritime Delimitation' in Charney JI and others (eds), *International Maritime Boundaries Volume V* (Martinus Nijhoff 2005) 115, 126.

- Weil P, 'Le droit international en quête de son identité: Cours général de droit international public' (1992) 237 *Recueil des cours*.
- Weil P, *The law of maritime delimitation-reflections* (Grotius Publications Ltd. 1989)
- Weil P, 'Towards Relative Normativity in International Law?' (1983) 77 *American Journal of International Law* 413.
- Wolfke K, *Custom in Present International Law* (2nd edn, Martinus Nijhoff 1993).
- Yayıcı C, 'Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye' (*Bilgesam*) 13 <<http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-159-2014040713bs-2012-1-1-70.pdf>> accessed 14 August 2019.
- Yiallourides C, 'Oil and Gas Development in Disputed Waters under UNCLOS' (2016) 5(1) *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 59.

### Cases

- Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, [1978] ICJ Rep 3.
- Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, Decision of 11 April 2006*, 27 Reports of International Arbitral Awards 147.
- Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname, Award of 17 September 2007*, 30 Reports of International Arbitral Awards 1.
- Award of the Arbitral Tribunal in the second stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Maritime Delimitation) Decision of 17 December 1999*, 22 Reports of International Arbitral Awards 335.
- Case concerning the delimitation of maritime areas between Canada and France (Canada v. France) Decision of 10 June 1992*, 21 Reports of International Arbitral Awards 365.
- Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment [1985] ICJ Rep 13.
- Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, [1982] ICJ Rep 18.
- Colombian-Peruvian asylum case (Colombia v. Peru) Judgment of November 20th [1950] ICJ Rep 266.*
- Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, [2012] ITLOS Rep 4.
- Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic (United Kingdom v. France) 30 June 1977 - 14 March 1978*, 18 Reports of International Arbitral Awards 3.
- Fischbach & Friedricy case*, 10 IIAA 388, (1903, Germany-Venezuela Mixed Claims Commission).
- Fisheries case (United Kingdom v. Norway) Judgment of December 18th [1951] ICJ Rep 116.*
- Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)*, Judgment [1986] ICJ Rep. 1986 554.
- ICJ Pleadings, Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*.
- ICJ Pleadings, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya Malta)*, vol I.
- ICJ Pleadings, Fisheries case (United Kingdom v. Norway)*.
- Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain) [2001] Merits, Judgment, ICJ Rep 40,*
- Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway) [1993] ICJ Rep 38.*

- Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, Judgment [2009] ICJ 61 Reports.
- Michael Domingues v. United States* (Case 12.285), Report No. 62/02, Inter-American Commission on Human Rights, Doc. 5 rev. 1 at 913 (2002).
- North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark)*, [1969] ICJ Rep 3.
- Roach & Pinkerton v. United States* (Case 9647) Inter-American Commission on Human Rights 147, OEA/ser.LJV/II.71, doc. 9 rev. 1 (1987).
- Sabeh El Leil v. France* [GC], No. 34869/05, European Court of Human Rights, 29 June 2011.
- Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 965 F.2d 699; 1992 U.S. App..
- Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)* [2012] *Merits, Judgment*, ICJ Rep 624, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, [2002] ICJ Rep 303.
- Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua Intervening)*, Judgment of 11 September 1992, [1992] ICJ Rep 351.
- Lotus Case (France v Turkey)* PCIJ Rep Series A No 10.



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 09.10.2019  
Revizyon Talebi: 28.11.2019  
Son Revizyon Tarihi: 26.12.2019  
Kabul: 27.12.2019

## Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m 280)

Levent Emre Özgüç\*

### Öz

Bu çalışmada, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesinde düzenlenen "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi" suçu ele alınmaktadır. Suç kanununun ikinci kitabının "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmının "Adliye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır ve 765 sayılı mülgâ Türk Ceza Kanunu'nun "Cürmü Haber Vermekte Zühul" başlıklı 530. maddesinin karşılığıdır. 5237 sayılı TCK m 280 uyarınca, görevi sırasında belirtisiyle karşılaştığı bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen veya bildirimde gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır. Suç tanımında bildirim yükümlülüğünün doğmasına neden olacak suçlara ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamış olması sağlık mesleği mensuplarının oldukça geniş bir yükümlülükle karşı karşıya kalmasına sebep olmuştur. Suçun incelenmesi sırasında düzenlemeye ilişkin tartışmalar hakkında bilgi verilmiştir. Bu kapsamda suçla korunan hukuki değer ne olduğu, failin sahip olması gereken sağlık mesleği mensubu kavramının kimleri kapsadığı, aynı zamanda kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarının suç bakımından durumları, suç işlendiğini gösteren belge ve beyanların bu kapsamda olup olmayacağı, suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği, sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü, tanıklıktan çekinme hakkı veya tedavi yükümlülüğünün suçta hukuka aykırılığı kaldıran neden sayılıp sayılmayacağı, TCK m 280 ile benzer yükümlülükleri düzenleyen suçlar arasındaki içtama ilişkisi gibi hususlar çözümlenmeye çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Sağlık mesleği mensubu, Suçu bildirme yükümlülüğü, Adliye karşı suçlar, Sır saklama yükümlülüğü, Tanıklıktan çekinme hakkı

### The Crime of Failure by Medical Professionals to Report an Offence (TCC Art. 280)

### Abstract

The topic of analysis of this paper is the crime of "Failure by Medical Professionals to Report an Offence", found in article 280 of the Turkish Criminal Code numbered 5237. The crime is situated in the second part, titled "Crimes against the Judiciary", under the fourth section, titled "Crimes against the Nation and the State", under the second book of the Code, and is the equivalent of Article 530 of the annulled Turkish Criminal Code numbered 765. Pursuant to Art. 280, medical professionals who encounter an indication pointing towards a crime in the course of their duties, and do not notify the authorities of that fact or show delay in their notifications, are punishable by imprisonment. The lack of any limitation concerning the encountered crime which would create the obligation to report caused the medical professionals to face an obligation of substantial extent. Throughout the analysis of the crime, the doctrinal discussions concerning the crime are evaluated. In this context, the topics such as the norm's protected legal value, the scope of the term medical professional, the status of medical professionals in the public sector, the definition of the term indication in relation to the crime and whether documents and statements are included, whether the crime is committable by probable intent, whether the patient-doctor privilege, the right to be excused from testifying or the obligation to give treatment are justifications for the crime, and the rules of aggregation between TCC Art. 280 and similar crimes are explained.

### Keywords

Medical professional, Obligation to report an offence, Crimes against the judiciary, Patient-doctor privilege, Right to be excused from testifying

\* **Sorumlu Yazar:** Levent Emre Özgüç (Arş. Gör.), Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: lozguc@ku.edu.tr ORCID: 0000-0002-4561-1601

**Atf:** Özgüç LE, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m 280)" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 999. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0016>

### **Extended Summary**

In this paper, the crime of “Failure by Medical Professionals to Report an Offence” in Article 280 of the Turkish Criminal Code numbered 5237, is evaluated through the examination of its protected legal value, its objective and subjective elements, the legal justifications and excuses applicable to the crime, the issues of attempt, aggregation, participation and the adjudication procedure of the crime.

The crime aims to protect the effectiveness of judicial functions, with the purposes of providing an effective investigation of crimes, realizing the purposes of criminal law, and protecting public order.

Pursuant to Art. 280, only a person who is a medical professional may commit the crime. The definition of the term “medical professional” is to be solved in light of the relevant legislation, especially the Codes numbered 657 and 1219. This paper argues that medical professionals in both public and private sectors may be perpetrators, even though the prevailing opinion is that only medical professionals who are not public officials may commit Art. 280.

There are no limitations as to which types of offences the medical professionals must encounter for the obligation to report to be born, except the case of effective remorse in the crime found in Article 191. The patient of the medical professional may be the perpetrator, the victim or a mere witness. However, the encountered offence must constitute a crime, therefore misdemeanors or torts do not create the obligation to report.

The medical professional must encounter an indication pointing towards the commission of an offence. The term “indication” used in the original letter of the law points towards material evidence, which caused the Turkish literature on the crime to argue that only encountering material and circumstantial evidence would cause the obligation to report, but statements or documents pointing to the offence do not. However, this paper is in the view that such a distinction was not the aim of the legislator and would lead to erroneous consequences. After encountering an indication in the course of duty as a medical professional, the failure to notify or delay in doing so constitutes the crime in Article 280. The meaning of authorities shall be interpreted in accordance with Art. 158 of the Criminal Procedure Code. There is a delay when significant obstacles in the investigation occur because of the failure to report.

The crime may be committed with direct or probable intent. In any case, the intent must extend to all objective elements of the crime.

The right to be silent may be exercised with regards to crimes committed by individuals covered by the right. However, in light of Art. 23 of the Regulation on

Patient Rights, the patient-doctor privilege may not be asserted when a legal obligation in conflict exists. While medical doctors are required to report the indication they have encountered, they may be excused from testifying pursuant to Art. 46 of the Criminal Procedure Code. Lastly, the will of the individual from whom the crime is learnt is insignificant, even when that individual is the victim and the investigation of the crime is bound to legal complaint.

Rules of attempt may not be applied to Art. 280 because of the crime's nature. Additionally, the crime may only be perpetrated by medical professionals, but other individuals who do not hold this title may participate in the commission of the crime by aiding to or instigating the commission. A discussion exists whether Arts. 278, 279 and 280 have the relationship of general and specific norms. The view presented in this paper is that Art. 278 is a general norm to both 279 and 280, but such a relationship may not be established between the latter two. The issue of aggregation of these two types of crimes is to be solved through the application of the rules of conceptual aggregation. Other possible crimes to be aggregated with Art. 280 are Art. 257 (misconduct of duty by a public official), Art. 252 (bribery) and Art. 210 (falsification of an official document).

The punishment prescribed in Art. 280 is imprisonment to one year. As this is a short-term prison sentence, it may be converted to alternative sanctions pursuant to Art. 50 of the TCC. Additionally, the announcement of the sentence may be deferred in line with the rules provided in Art. 231 of the Criminal Procedure Code, or the execution of the sentence may be deferred pursuant to Art. 51 of the TCC.

## Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m 280)

### I. Genel Olarak

Sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK)<sup>1</sup> “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” başlıklı dördüncü kısmının “Adliyeye Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümünde, 280. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

#### *Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi*

(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

Madde, önceki 765 sayılı TCK'nın 530'uncu maddesinde yer alan “Cürmü haber vermekte zühul” suçunun<sup>2</sup> karşılığıdır, ancak iki düzenleme arasında kapsam ve ceza bakımından ciddi farklar olduğunu belirtmek gerekir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda fiil karşılığında yalnızca para cezasının öngörüldüğü bir kabahat olarak düzenlenmişken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu kabahat bir suçla dönüştürülmüş, kapsamı genişletilmiş ve suç karşılığında öngörülen ceza hapis cezası haline gelmiştir.

Bunun yanında, TCK m 280 ile düzenlenen sağlık meslek mensuplarının suç bildirmemesi suçu, TCK m 278'de<sup>3</sup> ve m 279'da<sup>4</sup> yer alan ve sırasıyla genel suç bildirme yükümlülüğünün ve kamu görevlilerinin suç bildirme yükümlülüğünün ihlalinin sonuçlarını düzenleyen kurallarla da bağlantılıdır; ancak TCK m 280'de düzenlenen hükmün diğer iki maddeden belirli farklarının da olduğu ifade edilmelidir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> 5237 sayılı ve 26.09.2004 tarihli Türk Ceza Kanunu. Kanun 25611 sayılı ve 12.10.2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımının ardından 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>2</sup> Söz konusu 530. madde şu şekildedir: “Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezaı nakdiye mahkum olurlar.”

<sup>3</sup> “Suçu bildirmeme” başlıklı 5237 sayılı TCK m 278: “(1) İşlenmekte olan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkraya hükmüne göre cezalandırılır. (3) Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır. (4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçta önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.”

<sup>4</sup> “Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi” başlıklı 5237 sayılı TCK m 279: “(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

<sup>5</sup> Bu farklar suçun unsurlarına ve özel görünüm biçimlerine ilişkin kısımlarda incelenmektedir.



Bu eserde, TCK m 280’de yer alan suç; suçun koruduğu hukuksal değer, unsurları, suç bakımından hukuka aykırılığı ve kusurluluğu kaldıran nedenler, suçun özel görünüm biçimleri ile yaptırım ve kovuşturma usulü üzerinde durulmak suretiyle incelenecektir.

## II. Suçla Korunan Hukuksal Değer

TCK m 280 ile korunan hukuksal değer ne olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Çeşitli görüşler; suçun, “Adliye Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olmasından hareketle, adliye<sup>6</sup>, adli makamların işbirliğini<sup>7</sup>, adliyenin fonksiyon ve faaliyetlerini<sup>8</sup> veya bu fonksiyonların yerine getirilmesi ile suçların takibindeki toplumsal menfaati<sup>9</sup> koruduğunu ileri sürmektedir. Bir kısım yazar ise suçun adliye koruyan bir düzenleme olduğunu kabul etmekle birlikte, adliyenin yanında bildirim yükümlülüğüne konu olan suçla korunan değer de muhafaza altına alındığını belirtmiştir<sup>10</sup>. Alman ceza hukukunda da, benzer bir düzenlemeyi içeren Alman Ceza Kanunu (“Alman CK”) m 138 ile, suçların önlenmesi aracı olarak adliyenin ve bildirim konusu suçla korunan hukuksal değer korunduğu ifade edilmektedir<sup>11</sup>. Ancak Alman CK’daki ilgili hüküm TCK m 280’den yalnızca önlenebilecek suçların bildirimini öngörmesiyle ayrılmaktadır. Bu açıdan suçun TCK m 280’den çok m 278’e benzer olduğu söylenebilir. Türk öğretisinde ayrıca öne sürülen bir diğer görüşe göre suçla korunan değer adliye olmasına imkan yoktur, zira adil yargılanma hakkından bağımsız böyle bir hukuksal değer yoktur, bu sebeple suçla korunan değer adliye değil, bireylerin adil yargılanma hakkıdır<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem and R Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 1255; Özlem Yenerer Çakmut, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m 280)’ (2006) 12 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1051, 1051; Umut Emre Yağlıdere, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu’ (2018) 6 Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 62; Pınar Bulut, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi’, *Sağlık Hukuku Makaleleri* (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 84; Özkan Gültekin, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi’ (2016) 11 Terazi Hukuk Dergisi 103, 106; Hüriye Elif İplikçi, ‘Türk Ceza Hukukunda Suçu Bildirmeme Suçları’ (Ankara Üniversitesi 2010) 82; Çetin Arslan and Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Asil Yayın Dağıtım 2004) 1123; Hakan Hakeri, *Tip Hukuku* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 1272.

<sup>7</sup> Hamide Zafer, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m 280)’ (2013) 71 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1327, 1334.

<sup>8</sup> Mehmet Öget, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi (TCK 280)’ [2015] Leges İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi 53, 63.

<sup>9</sup> İlhan Üzülmöz, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu’, *Tip Ceza Hukukunun Güncel Sorunları* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 827; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 944.

<sup>10</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1245–1246; Mustafa Ruhan Erdem, ‘Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m 278)’ [2009] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105, 106. Ancak yazarların bu yorumlarını TCK m 278’de yer alan ve faili özgü olmayan “Suçu Bildirmeme” suçuna ilişkin olarak yaptıklarına dikkat çekilmelidir.

<sup>11</sup> Adolf Schönke and Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (28th edn, Verlag CH Beck 2010) 1451; Thomas Fischer, *Beck’sche Kurz Kommentare - Strafgesetzbuch Und Nebengesetzen* (57th edn, Verlag CH Beck 2009) 962.

<sup>12</sup> Yener Ünver, ‘TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler’, *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu* (On İki Levha Yayıncılık 2011) 103; Yener Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 391.

Kanımcı suç ile bildirim yükümlülüğüne konu suçla korunan hukuksal değer korunduğu görüşü belirli hallerde haklı olabilir de TCK m 280'in öncelikli olarak koruduğu değer bu değildir. Kimi durumlarda sağlık mesleği mensubunun henüz işlenmesi devam etmekte veya tamamlanmış ama sona ermemiş suçları bildirmesi ve böylece bildirim konu suçun engellenmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda TCK m 280'in bildirim konusu suçla aynı hukuksal değeri koruma altına aldığı doğrudur. Örneğin sürmekte olan bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçunu öğrenen hekimin bildirim üzerine kurtarılan kişinin hürriyeti bildirim ile korunmuştur. Ancak daha çok karşılaşılabilecek durum hekimin bildirdiği suçun zaten sona ermiş olmasıdır. Böylesi durumlarda ise bildirim konusu suçun koruduğu hukuksal değer zaten ihlal edilmiştir. Yine aynı örnek düşünülürse, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçu sona ermişse bu suçla ilişkin bildirim ile kişi hürriyetinin bildiriminin korunması olası görünmemektedir. Benzer şekilde, TCK m 280'in işlenmekte veya tamamlanmış olan suçlara ilişkin bir bildirim yükümlülüğü ortaya koyduğu, buna karşılık yükümlülüğün hazırlık aşamasında olan yani icrasına henüz başlanmamış suçlar açısından bulunmadığına dikkat edilmelidir. Bu durum da suç ile korunan hukuksal değer işlenmesi planlanan veya işlenmek için hazırlanan suçla aynı hukuksal değer olmadığını gösterir. Bu sebeplerle bildirim konusu suçla bildirmeme suçunun koruduğu hukuksal değerlerin çoğu zaman birbirinden ayrıştığını kabul etmek gerekecektir.

Aynı şekilde bu suç ile adil yargılanma hakkının korunduğunu öne sürmek hatalı olacaktır. Zira adil yargılanma hakkı, Anayasa Mahkemesi ("AYM")<sup>13</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM")<sup>14</sup> kararlarında da görüleceği üzere, soruşturma ve kovuşturma makamlarının bir suçun işlendiğini öğrenmelerinden sonra devreye giren, hakkında bir suç isnadı bulunan kişinin yararlanabileceği bir haktır. Adil yargılanma hakkı ile suçlanan kişinin hukuka ve hakkaniyete uygun bir yargılama sürecine tabi tutulması amaçlanmaktadır. TCK m 280 ise hakkında suçlama bulunan kişiye ilişkin bir düzenleme değildir. Aksine, TCK m 280 ile suçların ortaya çıkarılması, yargılamanın yapılabilmesi ve suçluların cezalandırılmasının amaçlandığını söylemek mümkündür. Bu değer ise adil yargılanma hakkına değil, devletin temel haklara dair pozitif yükümlülükleri arasında yer alan etkili soruşturma yükümlülüğüne denk düşmektedir.<sup>15</sup> Gerçekten, adil yargılanma hakkının suç mağdurları bakımından izdüşümü olarak nitelendirilebilecek etkili soruşturma

<sup>13</sup> B.E. Başvurusu, AYM, B. No: 2012/625, 09.01.2014, par. 26; Cevdet Genç Başvurusu, AYM, B. No: 2012/142, 09.01.2014, par. 44; Nevruz Bozkurt Başvurusu, AYM, B. No: 2013/664, 17.09.2014, par. 25.

<sup>14</sup> Eckle/Almanya, AİHM, B. No: 8130/78, 15.07.1982; Deweer/Belçika, AİHM, B. No: 6903/75, 27.02.1980; Weber/İsviçre, AİHM, B. No: 11034/84, 22.05.1990.

<sup>15</sup> Fatma Gökot Başvurusu, AYM, B. No: 2013/5697, 21.04.2016, par. 22. AYM'nin bu yükümlülüğü açıkladığı ve incelediği örnek bir karar için bkz. Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, AYM, B. No: 2012/752, 17.09.2013, par. 54 vd. Etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin değerlendirme için bkz. Levent Emre Özgüç, 'Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü' (2016) 10 Güncel Hukuk 32; Cem Şenol, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m 172/3)* (On İki Levha Yayıncılık 2013); Mark W Janis, Richard S Kay and Anthony W Bradley, *European Human Rights Law* (Oxford University Press 2008) 147–153; Ulaş Karan, 'Yaşam Hakkı' in Sibel Inceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Avrupa Konseyi 2013); Durmuş Tezcan and others, *İnsan Hakları El Kitabı* (8th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 122–133.

yükümlülüğü, devletin suçlara ilişkin yargılamayı etkili bir biçimde yaparak makul sürede maddi gerçeğe ulaşması ve gerekli yaptırımları uygulaması gerekliliğine verilen isimdir. TCK m 280 ile soruşturma ve kovuşturma makamlarının bir suçun işlendiğinden ve bu suça ilişkin belirti ve ilgili hususlardan hızlıca haberdar olması, böylece deliller henüz ortadan kaybolmadan ve suç takibi zorlaşmadan soruşturma ve kovuşturmayı yapabilmesi amaçlanmaktadır.

Açıklanan sebeplerle; TCK m 280 ile suçların cezasız kalmaması, soruşturma ve kovuşturmanın mümkün olan en etkili şekilde yapılması, adli makamların suça ilişkin delil teşkil edebilecek belirti ve emarelerden haberdar edilmesi yoluyla cezaların konmasındaki amacın gerçekleştirilebilmesi ve kamu düzeninin sağlanması hedefleri güdülmektedir. Bu hedeflere ulaşılabilmesi adına, suç ile devletin etkili soruşturma yükümlülüğü çerçevesinde adli fonksiyonların etkililiği değerinin korunduğunu söylemek doğru olacaktır.

### III. Tipikliğin Objektif (Maddi) Unsurları

#### A. Suçun Konusu

Suçun konusu, suç tanımına uygun fiilin yöneldiği ve bu fiilin nesnesini oluşturan insan veya eşyadır<sup>16</sup>. İcrai hareketli suçlarda üzerinde suç tanımında yer alan icrai hareketin gerçekleştirildiği şey, ihmali hareketli suçlarda ise ihmal edilen yükümlülüğün üzerinde icrai hareketin gerçekleştirilmesini emrettiği şey suçun konusunu oluşturur<sup>17</sup>.

Doktrinde TCK m 280'in konusuna dair iki temel görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir. Katıldığım ilk görüşe göre konu sağlık mesleği mensubunun belirtisiyle karşılaştığı suç<sup>18</sup>, veya suç teşkil eden ve bildirim konu olan vakıa veya belirtidir<sup>19</sup>. Ancak bir diğer görüş suçun konusunun adli faaliyetler ve adliyenin işleyişi olduğu yönündedir<sup>20</sup>.

TCK m 280'de sağlık mesleği mensubuna görevi sırasında belirtisiyle karşılaştığı suçu bildirmemesi emredilmiştir. Bu suçta bildirim yükümlülüğünün konusunu oluşturan, yani hüküm tarafından yapılması emredilen fiilin yöneldiği şey, bildirilmesi gereken suçtur. Bu sebeple TCK m 280'in konusunun belirtilerin işaret ettiği ve sağlık mesleği mensubunun yetkili makamlara bildirmemesi gereken suç olduğunu kabul etmek gerekir.

<sup>16</sup> Bu kavram kimi yazarlar tarafından suçun maddi konusu veya hareketin konusu biçiminde de kullanılmaktadır. Nur Centel, Hamide Zafer and Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10th edn, Beta Yayınevi 2017) 232; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13th edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 559; Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10th edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 116.

<sup>17</sup> Mehmet Emin Artuk and others, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Adalet Yayınevi 2017) 307.

<sup>18</sup> Yağlıdere (n 7) 66; Necati Meran, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu* (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2007) 1341.

<sup>19</sup> Koca and Üzülmöz (n 10) 946.

<sup>20</sup> Ümit Kocasakal, *Suç Bildirmeme Suçları* (1st edn, Vedat Kitapçılık 2017) 179.

## B. Fail

TCK m 280’de düzenlenen suçun faili sağlık mesleği mensubudur. Suç tanımında failin belirli bir sığfa sağıp olması arandığından özđü suç söz konusudur. Sağık mesleği mensubu kavramı TCK m 280/2’de kanun koyucu tarafından açıklanmıştır: “Sağık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” Sağık hizmeti veren diğer kişilerin de suç faili olabileceğinin belirtilmesinden de anlaşılabileceği üzere, yapılan sayım sınırlayıcı nitelikte değildir. Madde gerekçesinde de bu husus dile getirilerek örneğin tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişilerin de suç faili olabileceği ifade edilmiştir. Ancak maddenin içeriğinden veya bağlayıcı olmasa da madde gerekçesinden sağık mesleği mensubu kavramının kimleri kapsadığını anlamak mümkün olmamaktadır. Bu husus ve özellikle veteriner hekimlerin bu suçun faili olup olamayacağının doktrinde oldukça tartışmalı bir konu olduğunun altını çizmek gerekir. Kimi yazarlar doğrudan veya dolaylı olarak sağık hizmeti veren herkesin bu suçun faili olabileceğini öne sürmüş ve veteriner hekimlerin de suç kapsamında olduğunu belirtmiştir<sup>21</sup>. Karşı görüşte olanların bir kısmı bu suç çerçevesinde sağık kavramının insan sağığı olarak anlaşılması gerektiğinden<sup>22</sup>, diğerleri ise suçla korunan hukuksal yararın adliye olduğu ve hukukumuzda hayvanlara karşı suç işlenemeyeceğinden<sup>23</sup> yola çıkarak hayvan sağığıyla ilgilenen veteriner hekimlerin suçun faili olamayacağını savunmuşlardır.

Sağık mesleği mensubu kavramının hangi sıfatları kapsadığının anlaşılabilmesi için bu konudaki mevzuata bakmak gerekir. Sağık mesleği ve sağık hizmetlerine ilişkin temel düzenleme 1928 yılında yürürlüğe girmiş 1219 sayılı Tababet ve şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da<sup>24</sup> yer almaktadır. Bu kanunda tababet, yani tıp mesleğinin icrasına dair genel kurallar belirtilmiş olmakla beraber; tabipler, dış tabipleri, ebeler, hastabakıcı hemşirelere ilişkin başlıklara yer verilmiş, ayrıca Ek Madde 13’te çeşitli sağık mesleği mensupları<sup>25</sup> sayılmıştır<sup>26</sup>. Bu kanunun yanında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu<sup>27</sup> m 36’da “Sağık Hizmetleri ve Yardımcı

<sup>21</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1256; Yağlıdere (n 7) 65; Ünver, ‘TCK’da Sağık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler’ (n 13) 103; Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 394.

<sup>22</sup> Zafer (n 8) 1335; Çakmut (n 7) 1052; Öget (n 9) 62.

<sup>23</sup> Kocasakal (n 21) 178.

<sup>24</sup> 11.04.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun. Resmi Gazete: 14.04.1928/863.

<sup>25</sup> 1219 sayılı Kanun Ek Madde 13’te yer alan sıfatlar şu şekildedir: klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve dış sağığı teknikeri, dış protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknikeri/teknisyeni, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağık bakım teknisyeni.

<sup>26</sup> Sağık mesleği mensubu kavramının yorumlanmasında 1219 sayılı Kanun Ek m 13’ün dikkate alınacağına dair aynı yönde bkz. Rahime Erbaş, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırılmal Hukukta Sağık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 12; Öget (n 9) 62; Çakmut (n 7) 1052.

<sup>27</sup> 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu. Resmi Gazete: 23.07.1965/12056.

Sağlık Hizmetleri Sınıfı[na]” dahil meslekler listelenmiştir<sup>28</sup>. Her ne kadar 1219 sayılı Kanun’da veteriner hekimlerin yer almaması bu mesleğin sağlık mesleği olarak değerlendirilemeyeceği biçiminde yorumlanabilirse de 657 sayılı Kanun’da veteriner hekimler de sağlık personeli olarak belirlenmiştir. Bu sebeple veteriner hekimlerin de TCK m 280’de yer alan suçun faili olabileceğini belirtmek gerekir.

Ayrıca ifade edilmelidir ki; hukukumuzda hayvanlara karşı suç işlenemeyecek olduğu ve bu sebeple veteriner hekimlerin TCK m 280’in faili olamayacakları görüşü iki açıdan hatalı bir sonuca varmaktadır. İlk olarak, 5237 sayılı TCK m 151’de yer alan “Mala Zarar Verme” suçunun konusunun sahipli hayvan olabileceği ilgili maddede açıkça dile getirilmiştir<sup>29</sup>. Hayvanlar her ne kadar suç mağduru olamasalar da suç konusu oluşturabilmektedirler<sup>30</sup>. İkinci olarak, veteriner hekimlerin yalnızca “hayvanlara karşı” işlenen bir suçu bildirmekle yükümlü olduğunu görüşü de doğru değildir. Bir veteriner hekimin karşılaşabileceği kimi olaylarda hayvanın suçta araç olarak kullanılmış olması da mümkündür. Örneğin bir köpeğin bir başkasının üzerine saldırtılması suretiyle yaralama suçunun işlenmesi halinde, veteriner hekim bu köpeği tedavi ederken bu yaralama suçunun belirtilerini görürse bu suçu bildirmekle yükümlü olacaktır.

Suçun faili olabilecek meslek grupları açısından belirtilmesi gereken bir diğer nokta, tıp literatüründe geleneksel veya tamamlayıcı tıp uygulamaları adı verilen akupunktur, sülük tedavisi, kupa tedavisi, kayropraktik gibi uygulamaları yapan kişilerin durumudur. Bu sıfatlara sahip kişiler de insan sağlığına ilişkin bir hizmet vermekte ve Sağlık Bakanlığı mevzuatı içerisinde açıkça “sağlık meslek mensubu” olarak tanımlanmış bulunmaktadırlar. Bu sebeple bu suçun faili olabileceklerdir<sup>31</sup>.

İfade etmek gerekir ki; TCK m 280’de suçu işleyebilecek kişileri ifade eden “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” düzenlemesi, suç tanımının kapsamını oldukça muğlak hale getirmektedir ve kanunilik ilkesi bakımından son derece sorundur.

<sup>28</sup> 657 sayılı Kanun m 36’nın ilgili kısmı şu şekildedir: “Bu sınıf, sağlık hizmetlerinde (Hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitimi gören ve yetmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş fizikoterapist, tıp teknoloğu, ebe, hemşire, sağlık memuru, sosyal hizmetler mütehasssısı, biyolog, pisikolog, diyetçi, sağlık mühendisi, sağlık fizikçisi, sağlık idarecisi ile ebe ve hemşire, hemşire yardımcısı, (Fizik tedavi, laboratuvar, eczacı, diş anestezi, röntgen teknisyenleri ve yardımcıları, çevre sağlığı ve toplum sağlığı teknisyeni dahil) sağlık savaş memuru, hayvan sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin kapsar.”

<sup>29</sup> 5237 sayılı TCK m 151: “(1) Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılmaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi hakkında yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”

<sup>30</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 767. Suç kapsamında yalnızca sahipli hayvanlara verilen zararın cezalandırılmasının temel sebebi suç ile mülkiyet hakkının korunuyor olmasıdır. Bkz. Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 765; Nur Centel, Hamide Zafer and Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1* (4th edn, Beta Yayınevi 2017) 426; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (5th edn, Savaş Yayınevi 2010) 155; Zeki Hafizoğulları and Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A Yayıncılık 2010) 342.

<sup>31</sup> Söz konusu uygulamalara ilişkin esaslar 27.10.2014 tarihli ve 29158 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği’nde düzenlenmiştir. Yönetmelik ekinde kimi uygulamaların tabip veya diş tabibi dışında sertifika sahibi kişilerce de yapılabileceği belirtilmişse de, bu kişilerin sağlık mesleği mensubu olduğu açıkça ortaya konmuştur.

Ceza hukukunun temel kurallarından olan ve TCK m 2’de de açıkça ortaya konan suç ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca suç düzenlemelerinin öngörülebilir ve belirli olmaları gerekir<sup>32</sup>. İlke uyarınca suçun faili olabilecek kişilerin örnekleyici sayımla belirlenmesi doğru değildir ve hükmün uygulanması konusunda belirsizliklere yol açabilecek niteliktedir. Doktriner tartışmaların yoğunluğu da bu belirsizliği gözle önüne sermektedir. Suç tanımının belirsizliği giderecek şekilde yeniden düzenlenmesi, sağlık mesleği mensubu kavramının sınırlarının kanunla ve belirlilik ilkesine uygun bir biçimde çizilmesi doğru olacaktır.

Suçla ilişkin bir diğer sorun, kamu görevlisi olan ve özel sektörde veya serbest olarak çalışan sağlık mesleği mensuplarının bu suçun faili olup olamayacakları meselesidir. Sorunun kaynağı, TCK m 279 ve 280’de sırasıyla kamu görevlileri ve sağlık mesleği mensupları için benzer suçu bildirmeme suçlarının düzenlenmiş olması ve m 280 gerekçesinde kamu görevlisi sağlık mesleği mensupları hakkında “yukarıdaki madde hükmü[nün]” uygulanacağını belirtilmesidir<sup>33</sup>. Bu konuda doktrinde öne sürülen baskın görüş TCK m 280’in yalnızca özel sağlık kurum ve kuruluşlarında ya da serbest olarak çalışan sağlık meslek mensuplarına uygulanacağı, kamuda görev yapan sağlık meslek mensuplarının ise TCK m 279’a tabi olacağıdır. Bu görüşü benimseyen yazarlar TCK m 279’un m 280’e göre özel hüküm niteliğini taşıdığını düşünmektedirler<sup>34</sup>. Yargıtay’ın uygulaması baskın görüşe paralel gelişmiştir<sup>35</sup>. Doktrinde savunulan ikinci görüş ise kamu görevlisi olsun olmasın tüm sağlık mesleği mensuplarının TCK m 280 faili olabilecekleridir<sup>36</sup>. Son olarak, savunucusu çok olmayan bir görüş ise TCK m 280’in yalnızca kamu görevlisi sağlık mesleği mensuplarına uygulanacağı, özel sektörde veya serbest olarak çalışan sağlık mesleği mensuplarının ise ne TCK m 279, ne de m 280 uyarınca sorumlu tutulabileceğidir<sup>37</sup>.

Kanımcıca, madde gerekçesine dayanılarak kamu görevlisi sağlık mesleği mensuplarının TCK m 279’a, diğer sağlık mesleği mensuplarının ise m 280’e tabi tutulmaları gerektiği sonucuna varmak doğru değildir. Bu nedenle Yargıtay ve baskın

<sup>32</sup> AYM içtihadında belirlilik ilkesine şu şekilde dikkat çekilmiştir: “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.” AYM, E. 2014/120, K. 2015/23, 05.03.2015.

<sup>33</sup> TCK m 280 Gerekçesi: “...Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları hâlinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır.”

<sup>34</sup> Çakmut (n 7) 1053; Yağlıdere (n 7) 64; Bulut (n 7) 86; Gültekin (n 7) 107; Kocasakal (n 21) 174; Koca and Üzülmaz (n 10) 946; Meran (n 19) 1340; Hakeri (n 7) 1271; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan and Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI* (Adalet Yayınevi 2010) 8041. Ancak Meran kamu görevlisi olup da suçtan haberdar olduğu sırada kamu görevi kapsamı dışında örneğin acil tedavi yapan sağlık mesleği mensubunun TCK m 280’e tabi olacağını belirtmektedir.

<sup>35</sup> Y9CD, E. 2013/16353 K. 2014/6220, 15.05.2014: “...Devlet Hastanesinde doktor olan sanığın iddia ve kabul edilen suçu bildirmeme eyleminin TCK’nın 279. maddesinde yaptırımı bağlanan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu oluşturacağı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”

<sup>36</sup> İplikçi (n 7) 84; Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarında Kaçma* (n 13) 397; İsa Döner, ‘Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m 278)’ (2005) 9 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 72; Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1257; Ünver, ‘TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler’ (n 13) 104.

<sup>37</sup> Arslan and Azizağaoğlu (n 7) 1123.

doktriner görüşün hatalı olduğunu söylemek gerekir. Zira TCK m 280, suç failini övgülerken bu suçu işleyebilecek kişilerin belirli bir sığata sahip olmalarını gerekli görmüş, bir sığattan yoksun olmaları şartını ortaya koymamıştır<sup>38</sup>. Bu nedenle suç tanımından yola çıkarak kamu görevlilerini dışlamak hatalıdır. Gerekçenin böyle bir iradeyi ifade etmesi, hukukumuzda gerekçelerin bağlayıcı olmamaları ve hatta hükmün yorumunda ancak tali kaynak şeklinde kullanılacakları düşünüldüğünde sorunun çözümünde belirleyici olmamalıdır. Böyle bir durumda, TCK m 279'un m 280'e göre öncelikli olarak uygulanacak olmasının tek yolu, bu hükümler arasında özel-genel hüküm ilişkisinin kurulabilmesidir. Bir kuralın diğeri bir kurala göre özel hüküm teşkil etmesi, genel olarak kabul edilen hüküm ile aynı unsurlara sahip olmasının yanında, bu unsurlara bir diğeri eklemesi suretiyle olur<sup>39</sup>. Örneğin bir suçun nitelikli hali, basit haline göre özel hüküm niteliğindedir; nitelikli halin oluşması için basit hali oluşturan tüm unsurların ve bunlara ek bir başka unsurun gerçekleşmesi aranır<sup>40</sup>. Bu çerçevede TCK m 279 ve 280'e bakılırsa, m 279'un "kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi[ni]" cezalandırdığı görülecektir. Bu düzenleme m 280 ile failin sıfatı konusunda ayrıştırmaktadır. Ancak kamu görevlisi ve sağlık mesleği mensubu sıfatlarının herhangi birinin diğeri kapsayıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Kamu görevlisi olan veya olmayan sağlık mesleği mensupları olabileceği gibi, sağlık mesleği olan veya olmayan kamu görevlileri de vardır. Yani suçların failine ilişkin düzenlemeleri birbirlerinden tümüyle farklı, yalnızca kesişebilen iki kümeyi ilgilendirmektedir. Suçların arasında özellik ve genellik ilişkisi kurulamayacağına temel göstergesi budur.

Suçların aralarında böyle bir bağlantı olmadığını düşünmeye yol açan bir diğeri neden, kamu görevlilerinin yalnızca kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren, yani re'sen takip edilen suçları bildirmekle yükümlü olmaları, buna karşılık sağlık mesleği mensuplarının tüm suçları bildirmekle yükümlü kılınmalarıdır. Eğer TCK m 279'un m 280'e göre özel hüküm olduğu iddia edilirse, kamu görevlisi sağlık mesleği mensuplarının kamusal herhangi bir sıfatı olmayan sağlık mesleği mensuplarından daha dar bir yükümlülüğe tabi tutuldukları sonucuna varılması gerekecektir ki; böyle bir görüşün anlamlı olduğunu savunmak zordur.

Açıklanan nedenlerle, ne TCK m 279'un, ne de m 280'in diğeri göre özel hüküm olmadığını ve bir diğeri uygulama alanını sınırlamadığını kabul etmek gerekir<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Aynı yönde bkz. Ünver, "TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler" (n 13) 104.

<sup>39</sup> Veli Özer Özbek and others, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8th edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 558; Kayıhan İçel, *Suçların İçtimaı* (Sermet Matbaası 1972) 187; Nevzat Toroslu and Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (21st edn, Savaş Yayınevi 2015) 86.

<sup>40</sup> İçel (n 40) 188.

<sup>41</sup> Bu iki hükmün arasındaki ilişki suç ve cezaların içtimaı kurallarının uygulanmasıyla çözülecektir. Bu konuda bkz. VII.C. İçtima.

Böyle bir durumda ise ortaya çıkan sonuç TCK m 279'un varlığının m 280'in fail unsurunun yorumunda dikkate alınmaması gerektiğidir. Sonuç olarak TCK m 280'in faili hem kamu görevi yapan hem de özel sektörde veya serbest olarak çalışan tüm sağlık mesleği mensupları olabilir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, sağlık mesleği mensubunun bu suçun faili olması için bildirim konu suçun faili veya mağduru olmaması gerektiğidir. Örneğin taksirle öldürme suçunun faili olan bir hekimin, *nemo tenetur se ipsum accusare* (kişinin kendisini suçlamaya zorlanamaması) ilkesi nedeniyle bu suçu bildirme yükümlülüğü bulunmayacaktır<sup>42</sup>. Bildirim yükümlülüğünün ihlali bu durumda cezalandırılmayan sonraki hareket teşkil etmektedir<sup>43</sup>. Ayrıca kanunda açıkça böyle bir istisnaya yer verilmemiş olsa da bir suç mağduru olan hekimin eğer söz konusu suç şikayete bağlı ise ve hekim şikayette bulunmama kararı almış ise bu suçu bildirmekle yükümlü olmadığını söylemek gerekir<sup>44</sup>. Son olarak, suçu bildirmeyen sağlık mesleği mensubunun bildirim konusu suç neticesini önlemekle yükümlü, yani garantör olması durumunda da TCK m 280'in faili olmayacağını belirtmek gerekir. Zira bu durumda da sağlık mesleği mensubu bildirim konusu suçun faili olacaktır<sup>45</sup>.

### C. Fiil ve Netice

TCK m 280'de düzenlenen suçun fiil unsuru, görev sırasında suç işlendiği yönünde belirtile karşılaşılmamasına rağmen durumun yetkili makamlara bildirilmemesi veya bildirimde gecikmesidir.

Suçun oluşması failin bildirim yükümlülüğünü gerçekleştirmemesi veya geç gerçekleştirilmesi, yani kanun tarafından yapılması emredilen icrai hareketi yapmayı ihmal etmesi ile oluştuğundan gerçek ihmali hareketli suçtur<sup>46</sup>. Bu suç aynı zamanda seçimlik hareketli bir suçtur, zira failin bildirimini hiç yapmaması veya gecikerek yapması hareketlerinden birinin yapılmasıyla suç tamamlanır.

Suç, bildirim yükümlülüğünün ihmaliyle tamamlandığı için salt hareket suçudur. Ayrıca bildirim yükümlülüğünde bulunmamanın suçun oluşumu için yeterli görülmesi ve kanunda bir başka zarar veya tehlike neticesi aranmaması nedeniyle suçun bir soyut tehlike suçu olduğunu belirtmek gerekir<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. V.A. Susma Hakkı.

<sup>43</sup> Cezalandırılmayan sonraki hareketle ilişkin bilgi için bkz. Kayıhan İçel, 'Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu' (2008) 7 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35, 43.

<sup>44</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1256.

<sup>45</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1246; Erdem (n 11) 108. Yazarlar bu görüşü TCK m 278'de yer alan faili özgü olmayan suçu bildirmeme suçu için öne sürmüş olsalar da aynı durum TCK m 280 için de geçerlidir.

<sup>46</sup> Üzülmöz (n 10) 827; Artuk and Gökçen (n 18) 257. Alman CK'da da benzer bir yükümlülüğü içeren m 138'in gerçek ihmali suç olduğu yönünde bkz. Bernd Heintschel-Heinegg, *Strafgesetzbuch Kommentar* (Verlag CH Beck 2010) 993; Karl Lackner and Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar* (26th edn, Verlag CH Beck 2007) 663; Wolfgang Joecks, *Studienkommentar Strafgesetzbuch* (9th edn, Verlag CH Beck 2010) 240.

<sup>47</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1255; Zafer (n 8) 1342; Yağlıdere (n 7) 66; Bulut (n 7) 88; İplikçi (n 7) 87; Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 393; Kocasakal (n 21) 167.



İhmalî hareketli bir suçun fiil unsurunun icrai hareket yükümlülüğünün doğması ve bu yükümlülüğün fail tarafından yerine getirilmemesi biçiminde iki farklı parça halinde incelenmesi mümkündür. TCK m 280'in fiil unsurunun oluşması için, öncelikle sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğünün doğması, daha sonra sağlık mesleği mensubunun bu yükümlülüğe aykırı olarak yetkili makamlara bildirim yapmaması veya bildirimi geç yapması gerekmektedir. Bu kısımda fiil unsurunun incelenmesi de bu ayrıma dikkat edilerek yapılmıştır.

## 1. Bildirim Yükümlülüğünün Doğması

Belirtildiği üzere, sağlık mesleği mensubunun TCK m 280'de yer alan suçtan sorumlu tutulması için hükmün konusunu oluşturan suçu bildirme yükümlülüğünün doğmuş olması gerekir. Bu yükümlülüğün doğması belirli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar; bir suçun işlenmiş veya işlenmekte olması, sağlık mesleği mensubunun bu suçun işlendiği yönünde bir belirtiyi karşılaması, bu karşılaşmanın sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında gerçekleşmesidir. Aşağıda bu koşulların her biri açıklanmaktadır.

### a. Bir Suçun İşlenmiş Olması

Öncelikle, bildirim yükümlülüğünün oluşması için ortada belirtisiyle karşılaşılan bir suçun bulunması gerekir. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, TCK m 280'de suçun niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamıştır<sup>48</sup>. Bu sebeple bildirim konusu olan suçun yöneldiği hukuksal değer, suçun mağduru, ağırlığı veya temel veya yan ceza kanunlarında yer almasının önemi yoktur<sup>49</sup>. Aynı şekilde, doktrinde aksi öne sürülmüş olsa da<sup>50</sup> suçun re'sen veya şikâyet üzerine soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olması bildirim yükümlülüğünün doğumu bakımından önem taşımaz<sup>51</sup>, zira bildirim yükümlülüğünün oluşması için şikâyet gibi dava şartlarının varlığının aranması kanunda yer almayan bir sınırlama ile suç kapsamının daraltılması olacaktır. Ancak şikâyete bağlı suçların bildirim yükümlülüğü kapsamına alınmasının şikâyet kurumunun amacına aykırı olduğunun haklı olarak öne sürüldüğüne de dikkat çekmek gerekir<sup>52</sup>.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili hüküm ile TCK m 280 arasındaki bir diğer fark, bildirim yükümlülüğüne konu suçun failinin sağlık mesleği mensubunun hizmet sunduğu kişi olup olmaması bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiş olmasıdır. 765 sayılı Kanun m 530'da bildirim yükümlülüğüne “bu

<sup>48</sup> 765 sayılı mülga TCK m 530'da ise bildirilecek suçun “şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm” olması gerekmektedir.

<sup>49</sup> Yağlıdere (n 7) 61; Koca and Üzülmüş (n 10) 948.

<sup>50</sup> Kocasakal (n 21) 183.

<sup>51</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1257; Zafer (n 8) 1331, 1342; Ünver, ‘TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler’ (n 13) 105; Çakmut (n 7) 1054; İplikçi (n 7) 78.

<sup>52</sup> Zafer (n 8) 1341; Bulut (n 7) 87.

ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere” biçiminde bir istisna getirilmek suretiyle hastasının suç faili olduğu durumlarda hekime bildirim yükümlülüğü yüklenmemiştir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda böyle bir düzenleme tercih edilmemiştir. Bu sebeple, doktrinde de kabul edildiği üzere sağlık mesleği mensubu, yardım ettiği kişinin suçun faili olmasına bakmaksızın bildirimde bulunmak zorundadır. Aynı durum hasta veya yardım edilen kişinin suç mağduru olduğu hallerde de geçerlidir<sup>53</sup>.

TCK m 280’de yer alan suç tanımında; bildirilmesi gereken suçun niteliği, bu suçun re’sen takip edilen bir suç olup olmaması veya bu suç için öngörülen cezanın ağırlığı bakımından herhangi bir sınırlamaya gidilmemiş olmasının eleştirilebilir bir nokta olduğunu ifade etmek gerekir. Türk hukukuna benzer bir yükümlülüğün ihlalinin suç olarak düzenlendiği Alman CK m 138’de bildirim yalnızca belirli suçlar bakımından öngörülmüştür. İlgili hükme göre bildirim yükümlülüğü yalnızca saldırı savaşının hazırlanması suçu, öldürme, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, kişi özgürlüğüne karşı suçlar, yağma, şantaj ve genel güvenliğe karşı belirli suçların öğrenilmesi halinde mevcut olacaktır. Kişinin bir başka suça ilişkin bir bilgi edinmesi halinde ise genel bir suçu bildirim yükümlülüğünün mevcut olmayacağı doktrinde açıkça dile getirilmiştir<sup>54</sup>.

Türk hukukunda sağlık mesleği mensubuna görevi sırasında belirtisiyle karşılaştığı her suçu bildirme yükümlülüğünün yüklenmiş olması ve hatta bu suçların faili veya mağdurunun sağlık mesleği mensubu tarafından tedavi edilen kişi olması bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış olmasının tedaviye erişim açısından da oldukça sorunlu bir durum olduğu ifade edilmelidir. Bu düzenlemeye göre, örneğin baskıcı bir aile yapısından gelen bir kadın cinsel saldırı mağduru olmasının ardından hastaneye tedavi olmaya geldiğinde, bunu öğrenen hekimin mağdur kadının aksi yöndeki iradesini tümüyle göz ardı ederek suçu bildirmesi gerecektir. Bu olayda kadının durumunun ailesi tarafından öğrenilmesi halinde öldürülmekten korktuğunu söylemesi bile hiçbir sonuç doğurmayacak, hatta kadının yaşamı için korktuğundan dolayı suçu bildirmeyen hekim hapis cezasıyla tehdidiyle karşı karşıya kalabilecektir! Başka bir örnek vermek gerekirse, istemediği çocuğunu yasadışı yollardan kendisi düşürmeye çalışan kadın, bu konuda başarısız olur ve sağlığı tehlikeye girerse, buna rağmen tedavi amacıyla hastaneye gitmek istemeyebilecektir. Zira kendisini tedavi edecek hekim kadını TCK m 100’ü işlediği şüphesiyle ihbar etmek zorundadır<sup>55</sup>. Bu gibi örneklerin yaşanabileceği ülkemizde elbette karşılaşılmaması ihtimal dahilinde bir sonuç, suç faili veya mağduru olan bireylerin konunun muhakeme konusu

<sup>53</sup> Zafer (n 8) 1332; Yağlıdere (n 7) 68; Çakmut (n 7) 1060; Ünver, ‘TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler’ (n 13) 106.

<sup>54</sup> Schönke and Schröder (n 12) 1451; Fischer (n 12) 962.

<sup>55</sup> Aynı konuda Hakeri’nin verdiği örnek de oldukça dikkat çekicidir: “Örneğin 17 yaşında resmi nikahı bulunmayan bir kadının, hamile kalıp kadın doğum uzmanına muayeneye gittiği hallerde, hekimin kadın şikayet etmese bile, bu durumu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır.” Hakeri (n 7) 1273.

yapılmaması için tedavi olmamayı seçmeleri ve sağlıklarının ciddi riske girmesidir. Böyle bir sonucun insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde ne ölçüde kabul edilebilir olduğu ise şüphelidir.

Belirtilmesi gereken bir diğer konu, TCK m 280’de yer alan bildirim yükümlülüğüne konu suçların kapsamının aslında tıp literatüründe “adli vaka” olarak ifade edilen durumlardan daha geniş olduğudur. Uygulamada “adli vaka” “dış etken sonucu meydana gelen tüm yaralanmalar” olarak tanımlanmakta ve genellikle hasta aleyhine işlendiği hastanın üzerinden doğrudan anlaşılabilen, öldürme, yaralama, cinsel saldırı, cinsel istismar, işkence, eziyet gibi suçları kapsamaktadır<sup>56</sup>. Tıp uygulaması böyle gelişmişse de TCK m 280’de yer alan bildirim yükümlülüğünün kapsamı, açıklandığı üzere her suç kapsamaktadır.

Bildirim niteliğine konu fiilin bir suç teşkil etmesi gerektiğinden; haksız fiil, kabahat veya disiplin yaptırımı sonucu doğuran ihlallerin belirtileriyle karşılaşan sağlık mesleği mensubu, bunları bildirmekle yükümlü değildir<sup>57</sup>. Aynı şekilde, ilgili fiilin meşru savunma veya hakkın icrası gibi bir nedenin bulunması dolayısıyla hukuka uygun hale gelmiş olması durumunda da suçun unsurları oluşmamış olduğundan bildirim yükümlülüğü doğmaz<sup>58</sup>. Ancak, günümüzde doktrinin baskın olarak kabul ettiği görüş uyarınca suçun subjektif unsurundan bağımsız nitelik kazanmış ve kişinin kınanabilirliğini ifade eden kusurluluğun<sup>59</sup> ortadan kalkması halinde de fiil suç teşkil edeceği için bildirim yapılması gerekecektir<sup>60</sup>. Buna göre, örneğin kusur yeteneği olmayan bir akıl hastasının yaralama teşkil eden fiilinin bildirilmemesi halinde TCK m 280 uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık kusurluluğun suçun bir unsuru olduğunu ifade eden diğer görüşe göre ise kusurluluğu kaldıran yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi durumların varlığı bildirim yükümlülüğünün ortaya çıkmasını engelleyecektir<sup>61</sup>. Böyle bir durumda suçun oluşmayacağı görüşünün kabulünün mümkün olmadığını belirtmek gerekir. Zira suçu işleyen kişinin kusur yeteneği olmasa dahi bu durumun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (“CMK”) m 74 uyarınca mahkeme tarafından tespit edilmesi ve muhakemenin bu şekilde sonlandırılması gerekir. Ancak kusur yeteneği suçun unsuru ise ve sağlık mesleği

<sup>56</sup> Alper Ketten and others, ‘Acil Serviste Düzenlenen Adli Raporların Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2011) 5 Turkish Medical Journal 94, 95.

<sup>57</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1257; Zafer (n 8) 1341; Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 405; Kocasakal (n 21) 180.

<sup>58</sup> Ancak böyle bir durumu sağlık meslek mensubunun takdir etmesine imkan yoktur, eylemin hukuka aykırı olup olmadığını yapılacak yargılamada mahkeme belirleyecektir. Bu sebeple sağlık mesleği mensubunun suç teşkil ettiği yönünde şüphesinin bulunduğu tüm fiilleri bildirmesi TCK m 280 dolayısıyla sorumlu tutulması ihtimalini azaltacağından faydalı olacaktır.

<sup>59</sup> Koca and Üzülmöz (n 17) 83; Özbek and others (n 40) 333; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5th edn, Adalet Yayınevi 2018) 524; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 390; Artuk and Gökçen (n 18) 493.

<sup>60</sup> Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 405.

<sup>61</sup> Centel, Zafer and Çakmut (n 17) 215; Demirbaş (n 17) 211; Bahri Öztürk and Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 156.

mensubunun tedavi ettiği kişi bir akıl hastasıysa, bu durumda suç ve dolayısıyla bu suçu bildirim yükümlülüğü bulunmayacaktır. Bu görüşe katılmak ise oldukça zordur.

Bildirim yükümlülüğünün ortaya çıkması bakımından özellik taşıyan tek suç, TCK m 191’de yer alan “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak” suçudur. Kanunun suça ilişkin etkin pişmanlığı düzenleyen 192. maddesinin dördüncü fıkrasına 2016 yılında eklenen cümleye<sup>62</sup> göre uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında TCK m 191 hükmünden dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, başvurunun yapılmasının ardından bu suça ilişkin belirtiyile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır<sup>63</sup>. Kanun bildirim yükümlülüğünün doğmayacağından söz ettiği için bu durumun bir cezasızlık nedeni olmadığını, etkin pişmanlığın TCK m 280’in kapsamını daralttığını ifade etmek gerekir. Böyle bir durumda bildirim yapılmaması suçta tanımlanan tipik fiili oluşturmayacaktır.

Kişinin bildirimle yükümlü olması için ayrıca karşılaşılan suçun işlenmiş veya işlenmekte olması gerekir. Gerçekten, TCK m 280, sağlık mesleği mensubunun suçun “işlendiği” yönünde belirtiyile karşılaşmış olmasını aramıştır. Bu sebeple, ilgili suçun en azından işlenmeye başlanmış, yani icra aşamasına gelmiş olması gerekmektedir<sup>64</sup>. Zira henüz icrasına başlanmamış bir suçun hukuk düzeninde varlığından söz etmek mümkün değildir; böyle bir durumda bir suç var olmayacağı için bu suçu bildirim yükümlülüğü de oluşmayacaktır<sup>65</sup>. Örneğin bir sağlık mesleği mensubunun gelecekte işlenmesi planlanan bir suçu görevi sırasında öğrenmesi, bu suç ne olursa olsun, TCK m 280 çerçevesinde bir bildirim yükümlülüğünün doğmasına neden olmayacaktır. Ancak icra hareketlerine başlanmış ise, hukuk düzenince yaptırıma tabi tutulmuş bir suçun varlığından söz edilir ki, bu anda fiil bildirim yükümlülüğüne konu hale gelir. Aynı şekilde, sona ermiş bir suçun belirtisiyle karşılaşan sağlık mesleği mensubunun da bildirim yükümlülüğü mevcuttur<sup>66</sup>. TCK m 280, m 278’de düzenlenen bildirmeme suçundan farklı olarak işlenmiş suçun neticelerinin sınırlandırılabilmesinin mümkün olmasını da gerekli görmemiştir<sup>67</sup>, bu nedenle suç sona ermiş ve hatta suçun sona

<sup>62</sup> Ekleme 24.11.2016 tarihli ve 6736 sayılı Kanun m 16 ile yapılmıştır. TCK m 192’nin ilgili fıkrası şu şekildedir: “(4) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/16 md.) Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz.”

<sup>63</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1257.

<sup>64</sup> Alman CK m 138’de düzenlenen suçta ise farklı bir yaklaşımın sergilendiği görülecektir. Gerçekten, bu suça konu bildirim yükümlülüğünün doğması için bildirilecek suçun planlanmakta olması dahi yeterlidir. Ancak belirtilmelidir ki; bu ayrımın kaynağı Alman CK m 138’in “planlanmakta veya işlenmekte” olan suçların bildirilmemesini suç olarak düzenliyor olmasıdır. TCK m 280 ise yalnızca işlenen suçlara ilişkin bir yükümlülük öngörmüştür. Fischer (n 12) 963.

<sup>65</sup> Centel, Zafer and Çakmut (n 17) 457.

<sup>66</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1257.

<sup>67</sup> Benzer bir sınırlama Alman CK m 138’de de mevcuttur. Hükme göre engellenmesi artık mümkün olmayan suçların bildirilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır. Schönke and Schröder (n 12) 1452.

ermesinin üzerinden uzun bir zaman geçmiş olsa da böyle bir suçun öğrenilmesiyle bildirim yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülüğün mevcut olmayacağı bir halin bildirilecek suç bakımından dava zamanaşımının artık sona ermiş bulunduğu haller olduğu söylenebilir, zira böyle bir durumda suç bildirilse dahi herhangi bir muhakeme işleminin yapılmasına imkan yoktur ve bildirim yapılmaması TCK m 280’ in koruduğu hukuksal değeri herhangi bir şekilde ihlal etmez. Bu nedenle böyle ihtimallerde bildirim yapılmaması ceza hukuku bakımından önemsiz hareket sayılmalıdır<sup>68</sup>.

### **b. Suça İlişkin Belirti ile Karşılaşılması**

Bildirim yükümlülüğünün doğması için, sağlık mesleği mensubunun suçun işlendiğini gösteren bir belirti ile karşılaşmış olması gerekmektedir. Madde metninde TCK m 278 ve 279’ dan farklı olarak bir suçun işlendiğini öğrenmekten veya işlenen suçu bildirmekten bahsedilmemesi, belirti ile karşılaşılmasının suçun unsuru olarak düzenlenmiş olması doktrinde unsurun kapsamına ilişkin tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmaların temelini belirti kavramına verilen anlam oluşturmaktadır.

Doktrinde baskın görüşün belirtiyi bir suçun işlendiğini gösteren maddi iz veya emare olarak yorumladığı görülmektedir<sup>69</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar düşüncelerini ceza muhakemesi hukuku literatüründeki delil türleri ayırımına dayandırmışlardır. Gerçekten, ceza muhakemesinde, delillerin belirti, beyan ve belge delilleri olarak üçe ayrıldığı ifade edilmiştir<sup>70</sup>. Belirti delilleri olaydan geriye kalan iz ve eserler<sup>71</sup>, olaydan geriye kalan ve olayın parçası mahiyetindeki gerçeklik parçaları<sup>72</sup> olarak tanımlanmaktadır. Beyan delili suç hakkında doğrudan bilgi veren delil türü<sup>73</sup>, maddi olaya ilişkin açıklamalar<sup>74</sup> olarak tanımlanmıştır. Bir açıklamanın beyan delili özelliğini kazanması bunun yetkili makamlar önünde ve usulüne uygun olarak yapılmasına bağlıdır<sup>75</sup>. Bu çerçevede beyan delilleri şüpheli ve sanık ifade ve sorgusu, olaya ilişkin bilgisi olan kişilerin tanıklığı gibi farklı görünümlere sahip olabilir. Son olarak, doktrinde delillerin üçüncü türü olarak gösterilen belge delilleri ise olaya ilişkin bilgiler içeren nesne, olayla ilgili yazılı açıklamalardır<sup>76</sup>. İşte TCK m 280’ de yer alan belirti sözcüğünü ceza muhakemesi anlamında belirti delili biçiminde yorumlayan baskın görüş uyarınca, sağlık mesleği mensubunun bir suçun işlendiğini

<sup>68</sup> Kavrama ilişkin bilgi için bkz. Hakan Hakeri, ‘Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler’ [2007] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55.

<sup>69</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1257; Zafer (n 8) 1339; Çakmut (n 7) 1053; Yağlıdere (n 7) 67; Gültekin (n 7) 107; Kocasakal (n 21) 190; Koca and Üzülmöz (n 10) 949; Meran (n 19) 1341.

<sup>70</sup> Veli Özer Özbek and others, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8th edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 688.

<sup>71</sup> Nur Centel and Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15th edn, Beta Yayınevi 2018) 240.

<sup>72</sup> Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (Adalet Yayınevi 2015) 192.

<sup>73</sup> Birtek (n 73) 76; Feridun Yenisey and Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 492.

<sup>74</sup> Centel and Zafer (n 72) 242.

<sup>75</sup> Centel and Zafer (n 72) 242.

<sup>76</sup> Bahri Öztürk and others, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (11th edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 328; Centel and Zafer (n 72) 290; Ferhat Karabulut, Ersin Karapazarlıoğlu and Hamza Tosun, ‘Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı’ [2015] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 385, 398.

maddi bir iz veya eser aracılığıyla öğrenmiş olması gerekmektedir<sup>77</sup>. Buna karşılık bir suçun işlendiğinin yazılı veya sözlü açıklama ile öğrenilmiş olması, bildirim yükümlülüğünün doğumuna sebebiyet vermeyecektir<sup>78</sup>.

TCK m 280’de yer alan belirti kavramını yalnızca ceza muhakemesi yazınında anlaşıldığı haliyle sınırlı tutmayan kimi yazarlar da mevcuttur. Bu yazarlara göre madde metninde belirti kavramına yer verilmiş olması, beyan veya belgeler aracılığıyla suçun öğrenilmesini suç kapsamı dışına alma amacını taşımamaktadır<sup>79</sup>. Kanun koyucunun suç çerçevesinde belirti, beyan ve belge ayırımını yaptığını söylemek hatalıdır; sağlık mesleği mensubunun herhangi bir emareye dayalı olarak suç işlendiği kanaatini edinmesi bildirim yükümlülüğünün doğması için yeterlidir<sup>80</sup>.

Kanımcı, madde kapsamında belirti kavramını sınırlı biçimde yorumlamak, kanun koyucunun ve suçun amacına aykırı olacaktır. Öncelikle, kanun koyucunun 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda çeşitli maddelerde delil kavramını farklı sözcüklerle ifade ettiğine dikkat etmek gerekir. Örneğin TCK m 267’de “maddi eser ve delil”, m 271’de “delil veya emare”, m 284’te “delil ve eser”, CMK m 2’de “eşya veya delil”, m 86’da “tıbbi belirti”, m 93’te ise “belirti[den]” söz edilmiştir. Bu durumda kanun koyucunun delil, belirti, eser, emare, gibi kavramları birbiriyle benzer anlamlara gelecek şekilde kullandığı yorumunda bulunulabilir.

İkinci olarak, bir açıklamanın beyan delili olarak değerlendirilebilmesi için mahkeme veya diğer adli makamlar önünde yapılmış olması gerektiği tekrarlanmalıdır. Bu nedenle beyan delili; şüpheli, sanık, mağdur, suçtan zarar gören, tanık veya bilirkişi gibi sùjelerin adli makamlara yaptığı ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan kurallara uygun bir biçimde alınmış olan sözlü açıklamalarıyla sınırlıdır. Buna karşılık, yargılama süreci dışında bir kimsenin diğer bir kişiye yaptığı açıklamalar beyan delili olarak kabul edilmemelidir. Bunlar aslında kişilerin beş duyusuyla algılayabilecekleri dış dünyada gerçekleşmiş olan olaylar olarak nitelendirilebilir. Bu durumda ise öğretinin tarafından beyan delili kabul edilen ifadelerden çok belirti delili sayılan emarelere daha yakın görünmektedirler.

Bunun yanında, hastanın veya bir başka kişinin bir suçun faili veya mağduru olduğuna dair açık beyanının bildirim yükümlülüğünü doğurmaması, ancak suç şüphesini uyandırabilecek başka maddi izlerin öğrenilmesinin suçu oluşturması mantığa da aykırıdır. Örneğin bir hekimin hastanın yakın zamanda uyuşturucu kullanmış olduğunu gözlerinin kanlanması veya üzerindeki esrar kokusundan

<sup>77</sup> Çakmut (n 7) 1053; Bulut (n 7) 87; Gültekin (n 7) 107; Koca and Üzülmez (n 10) 950; Meran (n 19) 1341; Selahattin Kolcu, ‘TCK’da Suçu Bildirmeme Suçu’ (İstanbul Kültür Üniversitesi 2014) 205–206.

<sup>78</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1257; Zafer (n 8) 1339.

<sup>79</sup> Kocasakal (n 21) 193.

<sup>80</sup> Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 414. Beyanın da belirti kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Hakeri (n 7) 1278.

anlaması bildirim yükümlülüğünü doğuracak; ancak dış dünyaya yönelik bir koku veya görsel iz göstermeyen hastanın uyuşturucu kullanıyor olduğunu açıkça ifade etmesi suç kapsamında kabul edilmeyecektir<sup>81</sup>. Bu konuda daha da çarpıcı bir örnek verilebilir: Tedavi ettiği hastanın tırnak altlarında deri kalıntısı bulan bir hekim, bu belirtinin yaralama veya öldürme suçuna işaret ettiği şüphesi dolayısıyla bu kişiyi ve olguyu bildirmekle yükümlüdür. Ancak beyanların bildirim yükümlülüğünü doğurmayacağı kabul edilirse şöyle bir olay gerçekleşebilir: Aynı hastanın tırnak altlarında deri kalıntısı bulunmamış olsa; ancak hasta birçok kişiyi öldürmüş ve hala aranmakta olan bir seri katil olduğunu açıkça ikrar etse, öldürdüğü kişilerin isimlerini teker teker saysa ve hatta suçta kullandığı silahı ve kurbanlarının cesetlerini nereye sakladığını hekime açıklasa dahi hekimin bu suçları bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır, zira hastanın ifadelerinin hepsi birer beyan niteliğindedir! Böyle bir kabulün doğru olmayacağı ortadadır.

Açıklanan sebeplerle, belirti kavramının henüz muhakeme süreci içerisinde delil niteliğini kazanmamış, bireylerin beş duyularıyla algılayabilecekleri ve suç şüphesi oluşturan herhangi bir emare ve iz olarak anlaşılması uygun olacaktır.

Suç işlendiğini gösteren belirti ile karşılaşılması, bu belirtinin varlığının öğrenilmesi anlamına gelmektedir<sup>82</sup>. Ayrıca, kanunda bu yönde herhangi bir sınırlamanın yapılmamış olmasından hareketle, belirtinin doğrudan sağlık mesleği mensubunun hizmet verdiği kişi üzerinde bulunması veya bu kişiden kaynaklanması da gerekmez<sup>83</sup>.

### c. Belirtiyle Karşılaşmanın Görev Sırasında Gerçekleşmesi

Sağlık mesleği mensubunun suç işlendiğine yönelik belirti ile karşılaşması, görevini icra ettiği sırada olmalıdır. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükmünde yer almayan bu koşul, sağlık mesleği mensubunun her suçu bildirmekle yükümlü kılınmasını engellemektedir.

Sağlık mesleği mensuplarının görevleri 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun<sup>84</sup>, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu<sup>85</sup>, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi<sup>86</sup> ve diğer ilgili mevzuatta düzenlenmektedir. Sağlık mesleği mensubunun bu mevzuatta yer alan

<sup>81</sup> TCK m 191'de yer alan "Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak" suçu bakımından TCK m 192/4'teki koşulların oluşması halinde bildirim yükümlülüğünün doğmayacağına dikkat edilmelidir. Bu konuda bilgi için bkz. III.C.1.a. Bir Suçun İşlenmiş Olması.

<sup>82</sup> Yağlıdere (n 7) 68. Alman hukukunda ise failin yalnızca suçun varlığını öğrenmesi değil, ikna edici bilgiye sahip olması ("gläubhaft erfährt") aranmıştır. Bkz. Fischer (n 12) 964; Joecks (n 47) 241.

<sup>83</sup> Zafer (n 8) 1340.

<sup>84</sup> 18.12.1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun. Resmî Gazete: 24.12.1953/8591.

<sup>85</sup> 25.02.1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu. Resmî Gazete: 02.03.1954/8647.

<sup>86</sup> 13.1.1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi. Resmî Gazete: 19.02.1960/10436.

teşhis, tedavi, ilk yardım, ilaç sunulması gibi sağlık hizmetlerini verdiği sırada bir suçun işlendiği yönünde belirtiyile karşılaşırsa, bu suçu yetkili makamlara bildirmekle yükümlü olacaktır.

Doktrinde de ifade edildiği üzere, “görevi sırasında” kavramı ile kanun koyucunun görevin yapıldığı süreyi mi yoksa öğrenmenin görev ile nedensel bağlantının bulunmasını mı kastettiği açık değildir<sup>87</sup>. Belirtilmelidir ki; bu konuda doktrinde genelde karma bir yaklaşım sergilenmiştir<sup>88</sup>. Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğünün doğması için öncelikle belirtiyile karşılaşmanın görevin yapıldığı esnada olması gerekir. Bu nedenle örneğin kişinin izinliyken bir suç belirtisi ile karşılaşması TCK m 280 kapsamına girmez. Bunun yanında, belirtiyile karşılaşmanın sağlık hizmetinin verilmesiyle nedensel olması gerektiği de kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Buna göre, örneğin bir eczacının mesai saatleri içerisinde eczanesi dışında gerçekleşen bir hırsızlık suçunun tanığı olması, eczacılık hizmetinin icrasıyla bağlantılı olarak suçun öğrenilmesi anlamına gelmeyeceğinden, bildirim yükümlülüğünün doğmasına sebep olmayacaktır. İfade edilmesi gereken bir husus, hekimlerin mesai saatleri içerisinde olmayan hallerde acil müdahalede bulunmalarının da görevleri kapsamında olduğudur<sup>90</sup>. Bu konu Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m 3’te açıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla olağan görevi sırasında olmasa bile, bir hekimin mevzuattan doğan görevini icra etmesi halinde dahi, bu sırada karşılaşılan belirtileri bildirmesi gerekecektir. Bunun yanında, “görevi sırasında” kavramı olağan şartlarda sağlık hizmetinin sunulduğu yer ile de sınırlı bir kavram değildir. Bir aile hekimi veya ebenin poliklinik dışında, hasta evinde sağlık hizmeti veriyor olması durumunda da belirtiyile karşılaşılması yeterlidir<sup>91</sup>.

## 2. Bildirimin Yükümlülüğünün İhmali

### a. Bildirimin Yetkili Makamlara Yapılması

TCK m 280 uyarınca sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında bir suçla ilişkin belirtiyile karşılaşması durumunda, bu konuda yetkili makamlara bildirimde bulunması gerekmektedir. Suçla korunan hukuksal yararın adliye ve suçun düzenlenme amacının adliyenin faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi ve suçların cezazsız kalmaması olduğu düşünüldüğünde, “yetkili makam” kavramının suçla ilişkin soruşturmayı başlatmaya yetkili adli makamları işaret ettiği açıktır<sup>92</sup>. Bu makamlar

<sup>87</sup> Zafer (n 8) 1338.

<sup>88</sup> Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 406.

<sup>89</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1258; Bulut (n 7) 86; Üzülmöz (n 10) 828; İzzet Özgenç, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları’ (*Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu*, 2008) <<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-mesleği-mensuplarının-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>> accessed 24 September 2019.

<sup>90</sup> İplikçi (n 7) 91; Koca and Üzülmöz (n 10) 948.

<sup>91</sup> Kocasakal (n 21) 200; Koca and Üzülmöz (n 10) 947; Üzülmöz (n 10) 829.

<sup>92</sup> Bulut (n 7) 88; Gültekin (n 7) 108; İplikçi (n 7) 88; Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma*,



CMK m 158’de açıkça belirlenmiştir. Buna göre bildirim Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarına (CMK m 158/1), valilik, kaymakamlık veya mahkemeye (CMK m 158/2), yurtdışında işlenen ve ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye’nin elçilik veya konsolosluklarına (CMK m 158/3) veya kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle ilgili kurum veya kuruluş idaresine (CMK m 158/4) yapılması mümkündür.

Doktrinde yetkili makamların yukarıda belirtilen kurum ve mercileri içerdiği yönünde pek tartışma bulunmasa da özellikle kamu görevlisi sağlık mesleği mensuplarının kendi şef, amir veya müdürlerine bildirim yapmasının bildirim yükümlülüğünü yerine getirilmesi için yeterli olup olmadığı hususunda farklı görüşler ortaya atılmıştır<sup>93</sup>. Bildirim yükümlülüğünün adli makamlara iletilmesi gerekli olduğu için, kamu görevlisinin kendi amirlerine bildirim yükümlülüğü yerine getirmek kabul edilemeyeceğini söylemek gerekecektir<sup>94</sup>. Zira kamu görevlisinin amiri suçların takibinde yetkili makam değildir. Amire bildirim; ancak yukarıda belirtilen ve CMK m 158/4’te yer alan koşullar gerçekleştiyse bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi sayılır. Bunun için de bildirilmesi gereken suçun hem kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olması, hem de sağlık mesleği mensubunun kendi çalıştığı kurum ile ilgili olması gerekecektir<sup>95</sup>.

Benzer bir tartışma özel sektörde çalışan sağlık mesleği mensupları açısından ortaya çıkmıştır. Doktrinde kimi yazarlar özel sektörde çalışan sağlık mesleği mensuplarının bildirimlerini sorumlu müdürlerine yapmalarının yeterli olacağını öne sürmekteyse de<sup>96</sup> bu görüşün hatalı olduğu kanaatindeyim. Madde düzenlenmesinde bildirim yetkili makamlara yapılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Özel sektörde çalışan bir kişi, sağlık mesleği mensubunun müdürü olsa dahi suçların takibi bakımından bir yetkiye sahip olmayan bir üçüncü kişidir. Bildirim bu kişiye yapılması, suçun amacını gerçekleştirmeye herhangi bir katkı sağlamadığı gibi, adliyenin suçun veya belirtinin haberdar olmasına da sebep olmayacaktır. Bu nedenle, bildirim özel kişilere yapılması yükümlülüğün yerine getirilmesi olarak kabul edilmemelidir<sup>97</sup>.

Sağlık mesleği mensubunun bildirim ilettiği kişinin yetkili makam olduğu düşüncesine sahip olması ise yanılma kurumunu ilgilendirmektedir<sup>98</sup>.

*Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 418; Kocasakal (n 21) 206; Koca and Üzülmöz (n 10) 952; Zafer (n 8) 1344; Çakmut (n 7) 1054–1055; Yağlıdere (n 7) 69; Hakeri (n 7) 1276. TCK m 278’de yer alan suçtaki aynı kavramın adli makamları işaret ettiğine ilişkin bkz. Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1251–1252; Erdem (n 11) 116; Döner (n 37) 80–81.

<sup>93</sup> Gültekin (n 7) 108; Kocasakal (n 21) 206; Koca and Üzülmöz (n 10) 952.

<sup>94</sup> Yağlıdere (n 7) 69.

<sup>95</sup> Aynı yönde bkz. Ünver, ‘TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler’ (n 13) 107.

<sup>96</sup> Gültekin (n 7) 108; Bulut (n 7) 88.

<sup>97</sup> Zafer (n 8) 1344.

<sup>98</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. IV. Tipikliğin Sübjektif (Manevi) Unsurları.

## b. Bildirmemek veya Bildirimde Gecikme Göstermek

Yükümlülüğün doğması, yani sağlık meslek mensubunun görev sırasında bir suç işlendiğine ilişkin belirtiliyle karşılaşması üzerine yetkili makamlara bu hususta bildirim yapılması gerekmektedir. Bildirimin ihmali veya bildirimde gecikilmesi TCK m 280'in fiil unsurunu oluşturur. Bu açıdan suç seçimlik hareketlidir.

Bildirim yetkili makamların bir suçun işlendiği hususunda bilgilendirilmesidir<sup>99</sup>. Bu konuda CMK m 158'de yer alan suçun ihbarına ilişkin kuralların uygulanması uygundur. Buna göre bildirim yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkündür. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere, bildirim telefon, işaret veya başka türlü icrai hareketlerle yapılması, isim vererek veya anonim olarak da yapılması yeterlidir; önemli olan yetkili makamların suçun işlendiğinden ve sağlık mesleği mensubunun bu konuda öğrendiği hususlardan haberdar edilmesidir<sup>100</sup>.

Doktrinde üzerinde tartışılan bir konu, yapılması gereken bildirim kapsamıdır. Bazı yazarlar sağlık mesleği mensubunun suçu bildirirken bir suçun unsurunu oluşturan tipik fiilin gerçekleştiği şüphesinin iletilmesinin yeterli olacağı görüşündeyken<sup>101</sup>, kimi yazarlar bunun yeterli olmadığını, ayrıca sağlık mesleği mensubunun ulaştığı fail, mağdur ve fiilin işlenişine dair bilgi ve tıbbi değerlendirmeleri de bildirim içerisinde bulunması gerektiğini belirtmektedirler<sup>102</sup>. Bu kapsamda tıbbi değerlendirmeler hasta üzerinde bir belirtinin bildirilmesi söz konusu olduğunda önem taşıyacaktır. Bu değerlendirmeler belirti teşkil eden unsurun, örneğin bir yaralanmanın mahiyeti, nasıl bir fiil sonucu gerçekleşmiş olduğuna işaret ettiği gibi tıp bilimi çerçevesinde olguların gerçekleşme biçimine dair sağlık mesleği mensubunun bilimsel görüşünü ifade eder. Bu konudaki tartışmanın sebebinin suçun düzenlenme amacına dair olduğu söylenebilir. Eğer suçun düzenleniş amacının yalnızca adli makamların bir suçun işlendiğinden haberdar olmaları olduğu kabul edilirse bildirim şüpheyle sınırlı olması yeterli görülecektir. Diğer yandan, suçun düzenleniş amacının bu eserde de savunulduğu gibi soruşturma ve kovuşturmanın mümkün olan en etkili şekilde yapılması, adli makamların suça ilişkin delil teşkil edebilecek belirti ve emarelerden haberdar edilmesi olduğu ve suçla korunan hukuksal değer devletin etkili soruşturma yükümlülüğü çerçevesinde adli fonksiyonların etkililiği olduğu söylenirse aksi bir sonuca varmak gerekecektir. Gerçekten, örneğin yetkili makamların bilgi sahibi olmadığı bir suçun işlendiğine dair belirtiliyle karşılaşan sağlık mesleği mensubunun elindeki belirtinin elde edilmiş biçimi, fiil, fail ve mağdura ilişkin bilgiler başlatılacak soruşturmanın başlangıç dayanağını oluşturacaktır. Bu bilgilerin adli mercilere iletilmemesi durumunda

<sup>99</sup> Koca and Üzülmmez (n 10) 952.

<sup>100</sup> Koca and Üzülmmez (n 10) 952. Anonim olarak yapılan ve tutanağa sağlık mesleği mensubu tarafından yapıldığı geçirilmeyen bildirim suçun oluşmasını engelleyecekse de ispat bakımından sıkıntılara yol açabilecektir. Aynı yönde bkz. Yener Ünver, 'Hekimin Ceza Sorumluluğu', *Roche Sağlık Hukuku Günleri* (Roche Müstehzarları Sanayi 2007) 171.

<sup>101</sup> Döner (n 37) 78; Bulut (n 7) 89.

<sup>102</sup> Zafer (n 8) 1344; Gültekin (n 7) 108; Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 420.

soruşturmayı başlatacak savcı yalnızca bir suçun işlendiğine dair veriye sahip olacaktır. Bu denli sınırlı bir bilginin de suç soruşturması bakımından faydalı olmadığını kabul etmek gerekir. Bu sebeple, sağlık mesleği mensubunun yapacağı bildirim, karşılaşılan belirtiliyle bağlantılı olarak elde edilen tüm bilgileri kapsmalıdır. Aksi takdirde bildirim yükümlülüğünün tümüyle yerine getirildiği söylenemeyecektir.

Sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesine ilişkin bir diğer tartışmalı husus, yükümlülüğün yetkili makamların önceden haberdar olduğu bir suça ilişkin belirtiliyle karşılaştırılması veya belirtiliyle karşılaşılan birden fazla sağlık mesleği mensubundan birinin bildirimde bulunmuş olması hallerinde devam edip etmeyeceğidir. Her iki durumda da yetkili makamlar bildirim yapılmasından önce belirtisiyle karşılaşılan suçun işlendiğine dair bilgi sahibidir. Doktrinde yetkili makamların konu hakkında bilgi sahibi olduğu halde bildirim yükümlülüğünün ortadan kalktığı görüşünü savunanlar olduğu gibi<sup>103</sup>, aksi yönde görüş sunanlar da mevcuttur<sup>104</sup>. Bu konuda da suçun düzenleniş amacı ve suçla korunan hukuksal değerle bağlantılı bir yorum yapmak gerekmektedir. TCK m 280 kanımca adli makamların fonksiyonlarının etkililiğini korumakta ve suça ilişkin yargılamanın etkili bir biçimde yapılmasını amaçlamakta olduğu için, sağlık mesleği mensubunun yetkili makamların haberdar olduğu suça ilgili ek ve önemli bir bilgiye sahip olması durumunda bu bilgiyi iletmesi gerekmektedir. Yani sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü, yalnızca yetkili makamların suçun işlendiği konusunda bilgi sahibi olması nedeniyle sona ermeyecektir<sup>105</sup>. Buna karşılık, sağlık mesleği mensubunun elindeki belirti yargılamanın etkililiği bakımından hiçbir önem taşımıyorsa ve bildirim yapılması suçun koruduğu hukuksal değere yönelik tehlike teşkil etmiyorsa, bildirim yapılmasının ceza hukuku bakımından önem arz edecek haksızlık muhtevasına sahip olmadığını söylemek mümkündür. Buna göre, aynı belirtiliyle karşılaşan bir sağlık mesleği mensubunun bildirim, diğerlerinin bildirimde bulunmasını gereksiz kılacaktır. Ancak belirtiliyle karşılaşan sağlık mesleği mensuplarının biri, örneğin özel uzmanlığı nedeniyle soruşturmaya yardımcı olacak ek bir tıbbi değerlendirme yaptıysa, bu değerlendirme sonuçlarının da yetkili makamlarla paylaşılması gerekecektir.

Suçun fiil unsuru bildirim yukarıda belirtilen biçimde hiç yapılmamasını kapsadığı gibi, bu bildirim geç yapılmasını da içermektedir. Buna göre, sağlık mesleği mensubu bir suçun işlendiğine ilişkin karşılaştığı belirtiliye dair bilgisini

<sup>103</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1251–1252; Erdem (n 11) 115.

<sup>104</sup> Ünver, ‘TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler’ (n 13) 107. Yazar madde metninde bildirilmiş ve bildirilmemiş suçlara ilişkin bir ayrım olmadığını ve bildirim yapmakla yükümlü sağlık mesleği mensubunun yetkili makamların suça ilişkin bilgi sahibi olup olmadıklarını bilemeyeceğini, ayrıca her failin bildirim yükümlülüğünün birbirinden tümüyle bağımsız olduğunu belirtmektedir.

<sup>105</sup> Aynı yönde bkz. Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 420. Ancak yazar belirti hakkında sahip olunan bilginin adli soruşturma bakımından önemine ilişkin bir ayrım gözetmemiştir.

yetkili makamlarla paylaşılsa dahi, bu bildirim gecikmiş olursa suç oluşacaktır. Bu noktada bildirim hangi anda gecikmiş sayılacağını belirlemek oldukça önemlidir. Doktrinde yazarlar genellikle bu konuda soyut bir belirlenimin yapılmasını mümkün görmemekte ve doğru yöntemin TCK m 280'e dair yargılamayı yapacak mahkemenin gecikme olup olmadığını somut olayın koşullarına göre belirlemesi olduğunu ifade etmektedir<sup>106</sup>. Gecikme için aranacak makul sürenin yine hâkim tarafından belirleneceği, ancak bu konuda kanunda azami bir sürenin öngörülmüş olması gerektiği de ifade edilmiştir<sup>107</sup>. Gerçekten kanunda gecikme için kesin bir süre sınırının öngörülmemiş olması nedeniyle aranacak sürenin belirlenmesi mahkeme tarafından somut olayın özellikleri ışığında yapılacaktır. Böyle bir düzenlemenin, her olayın kendi özelliklerinin oldukça farklı olabileceği düşünüldüğünde soyut bir süre sınırından daha doğru olduğu belirtilmelidir. Yine de, mahkemenin değerlendirilmesinde dikkat edilmesi gereken husus, sürenin öncelikle suçun düzenlenme amacı ışığında ortaya konması gerektiğidir<sup>108</sup>. Gecikmenin gerçekleşme anı, bildirim yükümlülüğünün ihdasının artık anlamsız kaldığı, yani yapılacak bildirim soruşturma ve kovuşturma bakımından önemini kaybettiği, yargılama faaliyetinin bildirim yapılmasındaki gecikme nedeniyle önemli ölçüde zorlaştığı andır<sup>109</sup>. Buna göre, bildirim yapılması için örneğin bir gün beklenmesi, bildirim konusu suçun takibi için herhangi bir sorun oluşturmuyorsa gecikmenin gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Buna karşılık eğer sağlık mesleği mensubunun bildirim suçun delillerinin ortadan kaldırılmasına yol açacak denli bir süre geciktiyse artık bildirim yapılsa dahi gecikmiş kabul edilmelidir.

Son olarak, doktrinde bildirim yapılması gereken ana ilişkin önemli bir tartışmanın sağlık mesleği mensubunun önce tedaviyi gerçekleştirme sebebiyle bildirim geciktirmesi hususunda olduğu görülmektedir. Kanımca bu konudaki değerlendirmede genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Eğer suçun takibi açısından tehlike yaratan bir durum yoksa, bildirimden önce tedavinin yapılmış olması tek başına bildirim geç yapılmış olması anlamına gelmeyecektir. Buna karşılık tedavi sebebiyle bildirim yapılması gecikmiş ve bundan dolayı suçun takibi önemli ölçüde zorlaşmış ise, bu halde TCK m 280 çerçevesinde bildirim geç yapılmış sayılır. Ancak böyle bir durumda tedavi yapılmasının zorunluluk haline ilişkin kurallar çerçevesinde ıncelenmesi ve sağlık mesleği mensubuna ceza verilmemesi mümkündür.

<sup>106</sup> Yavuz Erdoğan, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu' [2009] Legal Hukuk Dergisi 1103, 1107; Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1258; Çakmut (n 7) 1055; Yağlıdere (n 7) 69; Bulut (n 7) 89; Zafer (n 8) 1343; İplikçi (n 7) 93-94; Kocacakal (n 21); Koca and Üzülmöz (n 10) 951; Arslan and Azizağaoğlu (n 7) 1124; Meran (n 19) 1341.

<sup>107</sup> Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 402.

<sup>108</sup> Suçun koruduğu hukuksal değer ışığında yorum yapılmasının doğru olacağı görüşüne Alman doktrinini yorumu ışığında da ulaşmak mümkündür. Alman CK m 138'in suçların önlenmesi amacıyla yönelik olduğu gerekçesiyle geç bildirim suçun önlenmesinin artık mümkün olmayacağı andan itibaren yapılan bildirim ifade ettiği ileri sürülmüştür. Türk hukukunda da suçların etkili bir biçimde takibinin korunduğu kabul edilirse geç bildirim artık bu amacın yerine getirilmesinin mümkün olmadığı zaman olduğunu söylemek gerekecektir. Bkz. Schönke and Schröder (n 12) 1453.

<sup>109</sup> Aynı yönde bkz. Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1258; Bulut (n 7) 89.

#### IV. Tipikliğin Söbjektif (Manevi) Unsurları

TCK m 280, kasten işlenebilen bir suçtur<sup>110</sup>. Suçun oluşmasında failin saiki önem taşımaz. Doktrinde kimi yazarlar suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğini belirtmekte<sup>111</sup>, yani sağlık meslek mensubunun karşılaştığı belirtinin bir suça ilişkin olduğunu bilmesini ve bildirmemek veya geç bildirmeyi istemesini aramaktaysa da, kanımca suçun olası kastla işlenmesi için bir engel bulunmamaktadır<sup>112</sup>. Olası kast, suçun objektif unsurlarının gerçekleştiğinin öngörülmesi ve bu halin kabullenilmesi, duruma kayıtsız kalınması, razı olunması hallerinde bulunur<sup>113</sup>. Hatta denilebilir ki; TCK m 280'in gerçekleşmesinde failin olası kastıyla karşılaşılması ihtimali, doğrudan kastın oluşmasından çok daha yüksektir. Ancak hastanın açık beyanının veya belirtinin bir suçun işlendiğini kesin olarak göstermesi gibi hallerde, yani sağlık mesleği mensubunun bir suça ilişkin belirtiyi karşılaştığını bildiği ve buna rağmen kasıtlı olarak bildirim yapmadığı durumlarda doğrudan kasttan söz edilebilir. Fakat, örneğin bir hekimin hastasının vücudunda gördüğü bir morluğun yaralama suçuyla bağlantılı olduğundan emin olamadığı, ancak böyle bir durumu öngördüğü; yine de bu duruma kayıtsız kalmak suretiyle suçu bildirmedığı hallerde TCK m 280'in olası kastla işlendiği söylenmelidir<sup>114</sup>.

Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği için TCK m 280'in taksirle işlenmesine imkân bulunmamaktadır<sup>115</sup>.

Failin kastı, suçun tüm objektif unsurlarını kapsmalıdır<sup>116</sup>. Buna göre, fail sağlık mesleği mensubu olduğunu, görevi sırasında bir belirtiyi karşılaştığını, bu belirtinin bir suça ilişkin olduğunu, belirtiyi yetkili makamlara bildirmedığını veya bildirimde geciktirdiğini bilmelidir<sup>117</sup>. Ancak failin hukuki detayları bilmesine, örneğin sağlık meslek mensubu kavramının hukuk düzeninde tam olarak neyi ifade ettiğini bilmesine gerek yoktur<sup>118</sup>.

Üzerinde düşünülmesi gereken bir husus, sağlık mesleği mensubunun bildirimde gecikme bakımından kastı olmasının ne anlama geldiğidir. Bildirimin gecikmesi,

<sup>110</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1259; Zafer (n 8) 1345; Çakmut (n 7) 1056; Yağlıdere (n 7) 70; Bulut (n 7) 90; Koca and Üzülmöz (n 10) 953; Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 426.

<sup>111</sup> Koca and Üzülmöz (n 10) 953; Meran (n 19) 1341; Kocasakal (n 21) 218. Ayrıca bkz. Özgenç, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları' (n 90). Yazar suçun doğrudan kastla işlenebileceği düşüncesine gerekçe olarak madde gerekçesinde sağlık mesleği mensuplarının suçu öğrenmiş olmalarının aranmasını göstermektedir.

<sup>112</sup> Aynı yönde bkz. Yağlıdere (n 7) 70; Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 426; Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1259.

<sup>113</sup> Akbulut (n 60) 399; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 60) 250; Artuk and Gökçen (n 18) 331.

<sup>114</sup> Krş. Kocasakal (n 21) 218.

<sup>115</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1259.

<sup>116</sup> Centel, Zafer and Çakmut (n 17) 365.

<sup>117</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1259.

<sup>118</sup> Mahmut Gökpinar, 'Ceza Sorumluluğunun Temeli: "Kast"' [2008] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 198, 202; İzzet Özgenç, 'Kast-Taksir Kombinasyonları' (1998) 6 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 345, 347.

açıklandığı üzere artık bildirimde rağmen etkin bir soruşturma yapılamayacağı, bildirim anılamızlaştığı andır<sup>119</sup>. Sağlık mesleği mensubunun kasten bildirimde geciktğini söyleyebilmek için bu durumu, yani bu andan itibaren yapacağı bildirim soruşturmaya yardımcı olmayacağını, bilmesi gerekecektir. Sağlık mesleği mensubunun bildirimde bulunmak için suçun üzerinden birkaç yıl geçmesini beklemesi gibi hallerde kastın varlığı ortaya konabilecekken, gerçek hayatta yaşanacak birçok olayda sağlık mesleği mensubunun bildirimde gecikmeye ilişkin doğrudan kastının bulunduğu tespit zor olacaktır. Bu durumlarda TCK m 280'in olası kastla işlendiğinin söylenmesi duruma göre mümkün olabilecektir. Fakat, suç bakımından gecikmenin bulunduğu, ancak gecikme kastının olmadığı haller de sıklıkla görülecektir.

Failin kastının tüm objektif unsurları kapsamı suçun oluşması için gerekli olduğundan, bu unsurların herhangi birindeki yanılma failin kastını kaldıracaktır<sup>120</sup>. Buna göre, örneğin karşılaştığı yaranın bir belirti olduğunu bilmeyen hekim TCK m 280 faili değildir<sup>121</sup>. Aynı şekilde, bildirimini yetkili olmayan bir makama yaptığı bilmeyen sağlık meslek mensubunun da suç kastı olduğu söylenemeyecektir<sup>122</sup>.

Uygulamada karşılaşılabilecek bir sorun, sağlık meslek mensubunun belirtiyile karşılaştığını ve bu belirtinin bir başkası tarafından gerçekleştirildiğini anlamasına rağmen bu fiilin hukukumuzda suç olarak düzenlendiğini bilmemesi sebebiyle bildirimde bulunmaması halidir. Bu konuda doktrinde kimi yazarların TCK m 30/4'ün<sup>123</sup> uygulanmasını teklif ettiği görülmektedir<sup>124</sup>. Yazarlar, sağlık mesleği mensubunun belirtisiyle karşılaştığı fiilin suç olmaktan çıkarıldığı veya affedildiği düşüncesinde olması bunun haksızlık yanılığısı teşkil ettiği görüşündedirler. Kanımca burada sağlık mesleği mensubunun kendi yaptığı hareketin toplumsal düzende anti-sosyal, haksızlık oluşturmayan bir fiil olduğunu düşündüğünü söylemek mümkün değildir. Bu somut örnekte mevcut olan durum, sağlık meslek mensubunun karşılaştığı şeyin bir suç belirtisi olduğunu bilmemesinden ibarettir. Bu durumda fail suçun objektif unsurların birinin gerçekleştiğini bilmemektedir ve suçun tüm objektif unsurlarının oluştuğunu bilmeyen kişinin kastı mevcut değildir.

## V. Hukuka Aykırılığ Kaldıran Haller

TCK m 280 bakımından Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan hukuka uygunluk nedenleri yerine göre uygulanabilecektir. Uygulamada sağlık mesleği mensupları açısından tartışma konusu olabilecek haller susma hakkı, sır

<sup>119</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. III.C.2.b. Bildirmemek veya Bildirimde Gecikme Göstermek.

<sup>120</sup> Schönke and Schröder (n 12) 1455; Joecks (n 47) 243.

<sup>121</sup> Koca and Üzülmöz (n 10) 953.

<sup>122</sup> Karşı yönde bkz. Zafer (n 8) 1347. Yazar bildirim yapılan kişinin ihbarı kabule yetkili olmadığını bilinmemesi halini hukuki hata olarak nitelendirmektedir.

<sup>123</sup> 5237 sayılı TCK m 30/4: "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."

<sup>124</sup> Zafer (n 8) 1347.

saklama yükümlülüğü ve bununla bağlantılı olarak tanıklıktan çekinme hakkı ve mağdurun rızasıdır.

### A. Susma Hakkı

Anayasa m 38/5 uyarınca “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”. Kişinin kendisi veya yakını aleyhine delil göstermeye zorlanamama hakkı, sağlık mesleği mensupları bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Anayasa’nın ilgili hükmünün, normlar hiyerarşisindeki üstün yeri de düşünüldüğünde doğrudan uygulanabilir bir düzenleme olduğunu söylemek gerekir<sup>125</sup>. Buna göre, sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında karşılaştığı belirtiyi bildirmesi kendisi veya yakınları<sup>126</sup> bakımından suçlayıcı beyan teşkil edecekse, suçun bildirilmemesi hukuka uygundur<sup>127</sup>. TCK m 280’de böyle bir açık düzenleme mevcut olmaması bu sonuca varılmasına engel değildir, zira TCK m 26/1 uyarınca<sup>128</sup> kişilerin kendilerine tanınan hakkı icra etmeleri bir hukuka uygunluk nedenidir<sup>129</sup>. Buna karşılık, kimi yazarların da ifade ettiği üzere TCK m 280’de Anayasa m 38/5’e uygun bir düzenlemenin yapılması uygulamada yaşanabilecek sorunları önleyecektir<sup>130</sup>. Bunun yanında AYM’nin TCK m 278’e ilişkin verdiği kararında da Anayasa m 38/5’e uygun bir hukuka uygunluk nedeni tanınmamasını iptal sebebi olarak gördüğünü hatırlatmak gerekir<sup>131</sup>. Mahkeme susma hakkının suç bildirme yükümlülüğüne istisna olarak tanınmamış olmasını hukuka aykırı bulmuş ve TCK m 278’in bu hak ile uyumlu bir biçimde tekrar düzeltilmesini istemiştir. Bu durum, TCK m 280’de de benzer bir düzenleme yapılması gerekliliğini güçlendirmektedir.

### B. Sır Saklama Yükümlülüğü

Sağlık mesleği mensupları, meslekleri gereği hastaları tarafından kendileriyle paylaşılan veya teşhis sonucu elde ettikleri bilgileri başkalarıyla paylaşmama

<sup>125</sup> Çakmut (n 7) 1056; Bulut (n 7) 90; Ünver, *TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 427; Koca and Üzülmöz (n 10) 954.

<sup>126</sup> Hak kapsamındaki yakın kavramı doktrinde CMK m 45 çerçevesinde yorumlanmaktadır. Bkz. Yağlıdere (n 7) 73; Zafer (n 8) 1346. Buna göre hak kapsamındaki yakınlar nişanlı, evlilik bağı kalmasa bile eş, kan veya kayın hisimliliğinden üstsoy veya altsoy, üçüncü derece dahil kan ve ikinci derece dahil kayın hismi ile evlatlık bağı bulunan kişilerdir.

<sup>127</sup> Kaldı ki; kişinin kendi işlediği veya işlenmesine iştirak ettiği suçta yetkili makamlara bildirmemesinin beklenmesi mümkün değildir. Bu durumda bildirim yükümlülüğü cezalandırılmayan sonraki hareket olarak kabul edilecektir. Aynı yönde bkz. Schönke and Schröder (n 12) 1454.

<sup>128</sup> 5237 sayılı TCK m 26/1: “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”

<sup>129</sup> Aynı yönde bkz. Yağlıdere (n 7) 73; Kocasakal (n 21) 185.

<sup>130</sup> Zafer (n 8) 1346; Ünver, “TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler” (n 13) 106.

<sup>131</sup> AYM, E. 2010/52, K. 2011/113, 30.06.2011. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezalar ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de maddenin beşinci fıkrasında “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” biçiminde ifade edilmiştir. Aynı zamanda evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan bu anayasal hüküm karşısında yasa koyucu, kişinin kendisini ve yasadaki gösterilecek belli derecedeki yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayan bir düzenleme yapamaz. İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçta yetkililere bildirmeyenlerin maddede öngörülmediği biçimde cezalandırılmaları belirtilirken, gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapılacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suç bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayrı tutulmamıştır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

yükümlülüğü altındadır. Hekimin sır saklama yükümlülüğü olarak bilinen bu ödev, uluslararası belgelerin yanında hukukumuzda Hasta Hakları Yönetmeliği m 20-23'te ve Türk Tabipler Birliği tarafından düzenlenen Hekimlik Meslek Etik Kuralları m 9'da yer almaktadır. Hekimin hastasına ilişkin sırrı başkalarıyla paylaşması, Hasta Hakları Yönetmeliği m 23 uyarınca ancak “kanun ile müsaade edilen haller[de]” mümkündür. Böyle bir halin mevcut olmaması durumunda sırrın paylaşılması, TCK m 136'da düzenlenen “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunu oluşturacaktır. Ancak TCK m 280 düzenlemesi, sırrın paylaşılmasına kanunun müsaade ettiği hallerden birini oluşturmaktadır.

Doktrinde de belirtildiği üzere, kanun koyucu TCK m 280 düzenlemesini yaptığı sırada sır saklama yükümlülüğüne istisna bir hal oluşturmuştur<sup>132</sup>. Bu sebeple suça ilişkin bir belirtinin öğrenilmesi durumunda bunun yetkili makamlarla paylaşılması, TCK m 136'da düzenlenen suç oluşturmamaktadır<sup>133</sup>. Görülmektedir ki; sır saklama yükümlülüğü TCK m 280 bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamakta, tam tersine TCK m 280 düzenlemesi sır saklama yükümlülüğünün ihlalini hukuka uygun hale getirmektedir<sup>134</sup>. Ancak belirtilmelidir ki; sır saklama yükümlülüğünün suçu bildirme yükümlülüğüne göre daha düşük önemde olduğunun kanun koyucu tarafından kabulü eleştirilebilir bir durumdur. Yapılan bu düzenleme hastaların örneğin bir suç faili oldukları ve suçun adli makamlarca öğrenilmesini istemedikleri hallerde tedavi ile özgürlük arasında bir seçim yapmaları zorunluluğunu doğurmaktadır. Hatta tercih durumu kişinin örneğin şikayete bağlı bir suçun mağduru olduğu hallerde daha belirgin biçimde yaşanacaktır. Kişinin kendisinin dahi gizli kalması ve soruşturulmasını istemediği bir suçun onu tedavi eden hekim tarafından adli makamlara bildirmesi gerekecektir. Böyle durumlarda hastaların tedavi yerine gizliliği seçmeleri olasıdır. Suçların takibi hukuk düzeninde önem taşıyan bir amaç olsa da kişilerin sağlık hakkının bu amaç uğruna feda edilmesi kabul edilebilir değildir. 765 sayılı mülga TCK m 530'da suçun “yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna” haller ile sınırlı tutulmuş olması ve en azından suç faili olan hastaların böyle bir seçime zorlanmamış olduğunu ifade etmek gerekir. Fakat bu imkanın suç mağduru hastalar bakımından da öngörülmesi daha doğru olurdu. Alman CK'da m 139 ile çeşitli sağlık meslek mensuplarının bildirim yükümlülüğüne, belirli şartlar çerçevesinde tabi olmadıkları açıkça belirtilmiştir<sup>135</sup>. Bu durum karşısında neden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tedavi olan kişilerin özel hayatlarının gizliliğini koruyacak bir istisnaya yer verilmemiş olduğunu anlamak zordur.

<sup>132</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1259; Zafer (n 8) 1328; Döner (n 37) 89; Ayşe Nuhoğlu, ‘Tıp Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları’, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları* (Türkiye Barolar Birliği 2008) 63.

<sup>133</sup> Maral Törenli Çakıroğlu, ‘Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu’ (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 175.

<sup>134</sup> Zafer (n 8) 1328.

<sup>135</sup> Schönke and Schröder (n 12) 1457. Ancak bildirmemenin suç kabul edilmemesi için bu kişilerin suçu önlemek için çaba göstermeleri gerekmektedir. Heintschel-Heinegg (n 47) 998.



### C. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Ceza muhakemesinde çeşitli meslek gruplarına meslekleri sebebiyle öğrendikleri bilgiler açısından tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Bu hak, meslek mensuplarının sır saklama yükümlülüklerinin muhakeme hukukunda somutlaşmış görünümünü teşkil etmektedir. 5271 sayılı CMK m 46/1(b)'de “Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler” açısından tanıklıktan çekinme haklarının bulunduğu ifade edilmiştir. Hatta bent uyarınca tanıklıktan çekinebilecek kişilerin bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı, hastalarının izni olmaksızın hiçbir şekilde tanıklık yapamayacakları, hastalarının rıza göstermesi halinde ise tanıklık yapmaya mecbur oldukları doktrinde ifade edilmiştir<sup>136</sup>. Sonuç olarak sağlık meslek mensuplarının hastalarının rızasıyla sona erebilen bir tanıklıktan çekinme yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek doğru olacaktır. Bu düzenlemeye karşın, sağlık meslek mensuplarının TCK m 280 uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü mevcuttur. Tanıklıktan çekinme hakkı ve suçu bildirme yükümlülüğünün birbiriyle karşıt sonuçlar yarattığı belirli durumların uygulamada görülmesi mümkündür. Örneğin, hastasının bir suç faili veya mağduru olduğunu öğrenen bir hekimin hem TCK m 280 uyarınca bu suçu bildirmesi gerekecek, hem de CMK m 46 uyarınca hastanın mağdur veya faili olduğu suçun yargılaması sırasında tanıklık yapmama hakkı bulunacaktır. Çelişkili gibi görünen bu durum hakkında madde metninin hazırlanması sırasında TBMM Adalet Komisyonu tutanaklarına yansıyan tartışma, doktrinde de süregelmiştir. Gerçekten, tutanaklarda görülebileceği üzere<sup>137</sup> tanıklıktan çekinme hakkının ortadan kaldırıldığını ileri süren *Soyaslan*'a karşı *Sözürer* tanıklıktan çekinme hakkının suç oluşturmeyen vakalar için geçerli olduğunu belirtmiş, TCK m 280'in kapsamına giren hallerde ise tanıklıktan çekinme hakkının olmadığını ifade etmiştir. Doktrinde bir görüş TCK m 280'in uygulanması halinde tanıklıktan çekinme hakkı arasında bir çelişki olduğunu belirtmektedir<sup>138</sup>. Diğer bir görüş uyarınca ise suçu bildirme yükümlülüğü ile tanıklıktan çekinme hakkı birbirinden bağımsız kurumlardır ve iki düzenleme arasında çatışma mevcut değildir<sup>139</sup>. Her iki kurumun birbirinden ayrı olduğunu belirten bu görüş sahipleri suçu bildirme yükümlülüğünün yargılama öncesi, tanıklıktan çekinmenin ise yargılama esnasında uygulanacağını, suçu bildiren sağlık meslek mensubunun daha sonra tanıklıktan çekinme hakkını kullanabileceğini belirtmektedir<sup>140</sup>. Son bir görüş ise CMK m 46/1(b) kapsamına giren hallerde suçu bildirme yükümlülüğünün mevcut olmayacağını ileri sürmektedir<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> Centel and Zafer (n 72) 275; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2016) 447; Özbek and others (n 71) 701.

<sup>137</sup> Niyazi Güney, Kenan Özdemir and Yusuf Balo, *Türk Ceza Kanunu* (Adil Yayınevi 2004) 795.

<sup>138</sup> Kocasakal (n 21) 209; Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1259; Özbek and others (n 71) 700.

<sup>139</sup> Bulut (n 7) 91.

<sup>140</sup> Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 425; Erbaş (n 27) 169.

<sup>141</sup> İplikçi (n 7) 101.

Öncelikle belirtilmelidir ki; TCK m 280'in sağlık meslek mensuplarına suç bildirim yükümlülüğünü açıkça yüklemiş olması sonucunda, muhakeme aşamasında kullanılacak bir hakkın suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri sürmek hatalı olacaktır<sup>142</sup>. Her ne kadar *de lege ferenda* arzu edilir bir sonuç olmasa da, benim de katıldığım görüşe göre, birçok halde tanıklıktan çekinme hakkının fiilen anlamsız hale gelmesine neden olacağına da sağlık meslek mensupları kendi hastalarının veya hastaların yakınlarının faili olduğu suçlar bakımından da suç bildirim yükümlülüğüne sahiptirler, ancak bu bildirimle bağlantılı olan yargılamada hastanın rızası olmaksızın tanıklık yapamayacaklardır. Böylece her iki düzenleme de uygulama alanı bulacaktır. Ancak doktrinde ileri sürülenin aksine, suç bildirme yükümlülüğü ile tanıklıktan çekinme hakkının birbirinden tümüyle bağımsız düzenlemeler olduğunu kabul etmek de doğru değildir. Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, bildirim yükümlülüğünün kapsamını, sağlık mesleği mensubunun suç konusu belirti ve buna ilişkin olduğu tıbbi kanaati içerir biçimde yorumlamak gerekmektedir. Böyle bir kabul sonucunda, örneğin hastasının faili olduğu bir suçla ilişkin belirtiyi karşılayan hekim, ilk olarak bu belirti ve belirti dolayısıyla suç teşkil edebilecek olgular hakkında edindiği bilgileri yetkili makamlara bildirecektir. Suçla ilgili yargılamanın başlatılmasının ardından ise, hekim hastasının rızası olmaksızın bu kanaati ve belirtiyi tanıklığını mahkeme önünde dile getiremez hale gelmektedir. Yani hekim adeta yargılama öncesinde bilgisini iletmekle, yargılama sırasında ise iletmemekle yükümlüdür. Ancak her ne kadar hekim tanıklıktan çekinecek olsa da bunun anlamlı bir çekinme olduğunu söylemek mümkün değildir, zira halihazırda tanık ifadesine konu tüm bilgisini zaten yetkili makamlar ile paylaşmış bulunmaktadır. Belirtilmelidir ki, Adalet Komisyonu görüşmeleri esnasında dile getirilen hekimin tanıklıktan çekinme hakkının suç dışındaki konularda geçerli olduğuna dair düşünce de hatalı görünmektedir, çünkü tanıklık niteliği gereği hekimin suç konusunda beş duyusuyla öğrendiği bilgileri yargılamada mahkemeye sunmasından ibarettir<sup>143</sup>. Hukukumuzda sanığın kişiliği veya karakteri hakkında tanıklık bulunmadığına göre<sup>144</sup> hekimin zaten suçtan bağımsız tıbbi bilgileri mahkeme ile paylaşması tanık ifadesi teşkil etmeyecektir.

Ayrıca, TCK m 280'deki düzenleme, suç bildirme yükümlülüğünün ihlali konusundaki genel suç düzenlemesi olan TCK m 278'de yer alan tanıklıktan çekinme

<sup>142</sup> Aksi yönde bkz. Özgenç, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları' (n 90).

<sup>143</sup> Centel and Zafer (n 72) 263; Birtek (n 73) 110.

<sup>144</sup> "Maddi vakiaya ilişkin olmayan hususlarda yapılan açıklamalar, doğrudan tanıklık kapsamında değerlendirilemez. (...) Ancak, tanıktan, sanığın kişiliğine ve ahlaki durumuna ilişkin bilgi alınabilmesi mümkün değildir. Bu türden tanıklık "kişilik tanıklığı" olup, kişilik tanıklığının "subjektif bir kanaati içermesi sebebiyle" maddi vakiyanın ortaya konulmasında bir ispat aracı olarak kullanılabilmesi mümkün değildir." Bkz. Birtek (n 73) 154-155. Yazar CMK m 58/2 ve 59/1'de tanığın "tanıklık ettiği olay" ve "tanıklık yapacağı olay"dan söz etmesini kanunun açıkça kişilik tanıklığına izin vermemesi olarak yorumlanmaktadır. Ancak yazarın da ifade ettiği üzere sanığın suç işlediğinin sabit görülmesinin ardından takdirli indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun belirlenmesinde sanığın kişiliğine ilişkin konuların dinlenmesi mümkündür. Bu durumda bile tanık ifadesini somut olaya dayandırmak zorundadır. Bkz. Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık* (US-A Yayıncılık 1996) 72-73.

hakkına ilişkin istisna ile de uyumsuzdur. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlanması aşamasında iki suç da tanıklıktan çekinme hakkını bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmemekte idiyse de, AYM'nin 2011 yılında verdiği karar<sup>145</sup> ile TCK m 278 iptal edilmiş ve kanun koyucu tarafından tekrar düzenlenmiştir. Bu değişiklik ile maddeye eklenen dördüncü fıkra, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların TCK m 278'den sorumlu tutulamayacağı kaydını içermektedir. Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu için ise böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Eğer tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin bir istisnanın yokluğu TCK m 278'i Anayasa'ya aykırı hale getirmiş ise, bu istisnanın tanınmadığı TCK m 280'in de Anayasa m 38/5'e aykırı olduğu iddia edilebilir. Bu sorunun ve TCK m 278 ile m 280 arasındaki farklılığın derhal giderilmesi doğru olacaktır.

Sonuç olarak, mevcut düzenleme uyarınca TCK m 280 bakımından CMK m 46/1(b) bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemektedir ve sağlık mesleği mensuplarının tanıklıktan çekinmeyi gerekçe göstererek suçu bildirmekten kaçınmaları ceza sorumluluklarını ortadan kaldırmayacaktır<sup>146</sup>. Ancak bu durum CMK m 46/1(b) düzenlemesinin amaca uygun bir biçimde uygulanmasını oldukça zor hale getirmektedir. Bu sebeple TCK m 280'in m 278 ile paralel biçimde, CMK m 46'ya uygun şekilde düzenlenmesi ve tanıklıktan çekinme hakkının mevcut olduğu hallerde suçun uygulanmayacağına ilişkin bir hukuka uygunluk nedeninin suç düzenlemesine eklenmesi doğru olacaktır<sup>147</sup>.

#### D. İlgilinin Rızası

TCK m 26/2 uyarınca “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası” ceza hukukumuzda bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak TCK m 280 çerçevesinde ilgilinin rızasının uygulama alanı bulamayacağını belirtmek gerekir<sup>148</sup>. TCK m 26/2'nin uygulanması, ilgili suç düzenlemesiyle korunan hukuksal değerlerin belirli bir kişiye ait olduğu, yani suç mağdurunun belirli bir kişi olduğu hallerde mümkündür<sup>149</sup>. TCK m 280 ile korunan hukuksal değerler açıklandığı üzere suçların cezasız kalmaması, yargılamanın etkili biçimde yapılması ve bu şekilde cezaların konmasındaki amacın gerçekleştirilebilmesi ile kamu düzeninin sağlanmasıdır. Ayrıca suç TCK'nın dördüncü kısmının ikinci bölümünde adliye karşı işlenen bir suç olarak

<sup>145</sup> AYM, E. 2010/52, K. 2011/113, 30.06.2011. Dikkat edilmesi gereken bir nokta, Anayasa'ya aykırılık itirazı ile AYM'nin iptal kararının dayanağının esasında tanıklıktan çekinme hakkına aykırılık değil, AY m 38'de düzenlenen susma hakkına aykırılık olduğudur. Kararın ilgili kısmı için bkz. dn. 131.

<sup>146</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1259; Zafer (n 8) 1340.

<sup>147</sup> Aynı yönde bkz. Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1260.

<sup>148</sup> Öget (n 9) 79; Zafer (n 8) 1346; Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1260; Yağlıdere (n 7) 72; Bulut (n 7) 91–92; Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 424; Kocasakal (n 21) 207.

<sup>149</sup> Centel, Zafer and Çakmut (n 17) 330.

düzenlenmiştir. Bu sebeple suçun mağduru belirli bir kişi değildir ve ilgilinin rızası TCK m 280 bakımından uygulanmayacaktır.

## VI. Kusurluluğu Kaldıran Haller

TCK m 280 kapsamında failin kusurunun bulunduğu söylenemeyeceği bir durum, sağlık mesleği mensubunun tedavisi nedeniyle bildirimde gecikmiş olması, ancak bu durumun TCK m 25/2’de yer alan zorunluluk halini oluşturmasıdır.

Gerçekten sağlık mesleği mensubunun tedavide bulunma yükümlülüğü ile suçu bildirim yükümlülüğünün kimi zaman çakışması mümkündür. Hekimler ve ilgili diğer sağlık mesleği mensupları 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi uyarınca tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne sahiptirler. Kimi durumlarda hastaya yapılan müdahalenin acil olması ve uzun sürmesi nedeniyle sağlık mesleği mensubu karşılaştığı belirtiye ilişkin bildirimde bulunamayabilir veya gecikebilir. Tedavi sırasında suçun takibinin ciddi şekilde zorlaşmasının çok olası olmadığı, sağlık mesleği mensubunun tedavisinin hemen ardından bildirimde bulunmasının yeterli olacağı iddia edilebilir. Ancak örneğin bir hastanede yaralama suçunun işlenmesinin ardından bu suça tanık olan tek hekimin acil ilk yardımda bulunması ve mağduru ameliyata alması, bu sırada suç failinin kaçması ve izini kaybettirmesi gibi durumların gerçekleşmesi ihtimal dahilindedir. Bu durumda tedavi yükümlülüğünün üstün kabul edilmesi doğru olacaktır.

Sağlık mesleği mensubunun bir hastayı acilen tedavi etmesinin gerekmesi nedeniyle suçun bildirimini o an yapamaması durumunda, eğer bildirim için somut olayın koşullarında makul bir süre aşılmışsa zorunluluk halinin hükümlerinin uygulanması doktrinde önerilmiştir. Böyle bir durumda sağlık mesleği mensubu daha üstün bir hukuksal değer olan yaşam hakkı veya vücut bütünlüğünü korumak amacıyla suçu bildirme yükümlülüğüne uymaması söz konusudur. Üstün hukuksal değerlerin korunması için başka bir yol mevcut değil ise zorunluluk halinin koşulları gerçekleşecek ve sağlık mesleği mensubu kusurlu kabul edilmeyecektir<sup>150</sup>.

## VII. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### A. Teşebbüs

TCK m 280’de düzenlenmiş olan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya geç yerine getirilmesi ile tamamlanmaktadır. Suç gerçek ihmal hareketle işlenebilen bir soyut tehlike suçudur. Doktrinde TCK m 280’ in teşebbüse uygun olup olmadığı konusunda iki farklı görüş ortaya atılmıştır. Baskın görüş suçun ihmal hareketli suç niteliğinden hareketle

<sup>150</sup> Öztürk and Erdem (n 62) 234; Zafer (n 8) 1347.

teşebbüse uygun olmadığını dile getirmekte<sup>151</sup>, diğer görüş ise hareketin yapılması için belli bir sürenin öngörüldüğü geç bildirimde bulunma hareketi bakımından teşebbüsün mümkün olabileceğini belirtmektedir<sup>152</sup>.

TCK m 280, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya geç yerine getirilmesi şeklinde işlenir. Bildirim yükümlülüğünün doğması, yani sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında suç belirtisi ile karşılaşmasının ardından makul süre geçene kadar herhangi bir suç oluşmamaktadır, zira henüz geç bildirim söz konusu değildir. Bu sürenin geçmesinin ardından ise sağlık mesleği mensubu bildirimde bulunursa geç bildirimde bulunma suretiyle suçu işlemiş, hiç bildirimde bulunmaz ise bildirimde bulunmamak suretiyle suçu işlemiş olacaktır. Sağlık mesleği mensubunun dışında bir kişinin suça ilişkin yetkili makamlara bilgi vermesi ya da yetkili makamların herhangi bir şekilde suçtan haberdar olması da bildirim yükümlülüğünü kural olarak ortadan kaldırmayacaktır<sup>153</sup>. Hatta sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmediğinin yetkili makamlarca öğrenilmesi ve bu şekilde yakalanması halinde bile artık bildirim yükümlülüğünün ihmal edildiğinden ve suçun tamamlandığından bahsetmek gerekir. Bu nedenle sağlık mesleği mensubunun suç işlemeyi kastederek suçun icra hareketine başlaması ve suçu kendi elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması mümkün gözükmemektedir. Sonuç olarak kanımca sağlık mesleği mensubu bildirimde geç kabul edileceği ana dek TCK m 280'den sorumlu değildir, bu andan sonra ise suç tamamlandığı için artık teşebbüsten söz edilemeyecektir. Bu nedenle TCK m 280 teşebbüse elverişli bulunmamaktadır<sup>154</sup>.

## B. İştirak

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu, faili bakımından özgü bir suçtur. TCK m 40/2<sup>155</sup> uyarınca yalnızca belirli sığata sahip olan kişiler, yani sağlık mesleği mensupları suçun faili olabilirler. Buna karşılık diğer kişilerin suçta azmettirme veya yardım etme biçiminde iştirak etmeleri mümkündür<sup>156</sup>. Özgü fail sıfatına sahip olmayan kişilerin bildirimde bulunmama kararına destekleri yardım etme veya azmettirme çerçevesinde değerlendirilecektir<sup>157</sup>.

<sup>151</sup> Zafer (n 8) 1348; Çakmut (n 7) 1057; Yağlıdere (n 7) 75; Bulut (n 7) 92; İplikçi (n 7) 110; Kocasakal (n 21) 219; Koca and Üzülmöz (n 10) 955; Meran (n 19) 1341.

<sup>152</sup> Erbaş (n 27) 178; Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliyyeye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 428.

<sup>153</sup> Ünver, 'TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler' (n 13) 107. Bu durumun istisnası belirtildiği üzere sağlık mesleği mensubunun bildirimde bulunmamasının artık hukuken önemsiz hareket teşkil edeceği hallerdir. Bkz. III.C.2.b. Bildirmemek veya Bildirimde Gecikme Göstermek.

<sup>154</sup> Aynı yönde bkz. Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1260; Çakmut (n 7) 1057.

<sup>155</sup> 5237 sayılı TCK m 40/2: "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur"

<sup>156</sup> Çakmut (n 7) 1058; İplikçi (n 7) 111; Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliyyeye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 429.

<sup>157</sup> Zafer (n 8) 1349; Erdoğan (n 107) 1110; Yağlıdere (n 7) 76.

Birden fazla sağlık mesleği mensubunun görevleri sırasında aynı suça ilişkin belirtiyile karşılaşmaları ve birbirlerinden bağımsız olarak suçu bildirmemeleri halinde yan yana fail olacaklardır<sup>158</sup>. Yetkili makamlara bildirmemenin iştirak iradesi içerisinde gerçekleşmesi halinde ise her bir sağlık mesleği mensubu tipik fiili bizzat gerçekleştirdikleri için TCK m 280'in doğrudan faili olarak birlikte sorumlu olacaktır<sup>159</sup>.

### C. İçtima

İçtima bakımından tartışmalı ilk nokta, TCK m 278-280 arasında düzenlenen suçu bildirmeme suçlarının aralarında nasıl bir içtima ilişkisi bulunduğu. Buna göre çözülmesi gereken iki nokta vardır. Bunların ilki failinin bir sığfaa sahip olması gerekmeyen TCK m 278 ile TCK m 280 arasındaki ilişkidir. İkinci olarak ise suçu bildirmeyen kişinin hem kamu görevlisi hem de sağlık mesleği mensubu sıfatını taşıması halinde TCK m 279'un mu, yoksa TCK m 280'in mi uygulanacağı sorununa değinilmelidir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, TCK m 280 sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesini düzenleyen bir kanun hükmü olarak, TCK m 278'de yer alan faili özgü olmayan suçu bildirmeme suçuna göre özel hüküm teşkil etmektedir, zira TCK m 280, TCK m 278'in işlenmekte olan veya işlenmiş ama neticeleri engellenebilecek suçu bildirme yükümlülüğü biçiminde düzenlenmiş maddi unsuruna ek çeşitli unsurlar getirerek yalnızca sağlık meslek mensuplarını ilgilendiren ve kapsamı daha sınırlı bir suç öngörmüştür. Bu sebeple bir sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında belirtisiyle karşılaştığı suçu bildirmemesi halinde TCK m 278'in unsurları oluşsa dahi bu suça ilişkin bir inceleme yapılmayacak, özel-genel hüküm kuralları çerçevesinde TCK m 280 uygulanacaktır<sup>160</sup>.

İkinci içtima sorunu, TCK m 280'in failinin hem kamu görevlisi hem de sağlık mesleği mensubu sıfatını taşıması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda kimi yazarların TCK m 279'un uygulanacağını, kimi yazarların ise TCK m 280'in uygulanacağını belirttikleri suçun failine ilişkin tartışmalar sırasında belirtilmişti<sup>161</sup>. Ayrıca, bu maddeler arasındaki ilişkinin doktrinde baskın olarak belirtilenin aksine özel-genel hüküm ilişkisi olmadığı da ifade edilmişti. Böyle bir durumda, TCK m 279 ve m 280 arasında kurulabilecek tek içtima ilişkisi, bir kişinin tek fiiliyle birden fazla farklı suçu işlemesini düzenleyen fikri içtima ilişkisidir<sup>162</sup>. TCK m 44'te yer alan düzenleme uyarınca fail yalnızca en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Buna göre, bir kamu kurum veya kuruluşunda kamu görevlisi sıfatıyla

<sup>158</sup> Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1261; Kocasakal (n 21) 219.

<sup>159</sup> Erdoğan (n 107) 1110.

<sup>160</sup> Erbaş (n 27) 180; Döner (n 37) 91.

<sup>161</sup> Bkz. III.B. Fail.

<sup>162</sup> Aynı yönde bkz. Zafer (n 8) 1336; Tezcan, Erdem and Önok (n 7) 1261.

çalışan sağlık mesleği mensubu, görevi sırasında kamu adına soruşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini gösteren bir belirti ile karşılaşması ve bu suçu yetkili makamlara bildirmemesi halinde hem TCK m 279 hem de TCK m 280'deki suçu işlemiş olacaktır. TCK m 279'da düzenlenen suçun cezası sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunu düzenleyen TCK m 280'e göre daha ağır olduğu için, fikri içtima kuralı uyarınca böylesi durumlarda TCK m 279 uygulanmalıdır. Ancak kamu görevlisi sıfatını taşıyan sağlık mesleği mensubunun belirtisiyle karşılaştığı suçun re'sen kovuşturulacak bir suç olmaması halinde TCK m 279'un unsurları oluşmayacak, böylesi bir durumda TCK m 280 uygulanacaktır.

Suçun bildirmeme suçları arasındaki içtima sorununun çözülmesinin ardından, içtima kurumuna ilişkin ortaya çıkabilecek diğer hallerin üzerinde durulmalıdır.

Kamu görevlisi bir sağlık mesleği mensubunun öğrendiği bir suçu bildirmemesi durumunda unsurlarının oluşması halinde TCK m 257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu ve TCK m 280'in tek fiille işlenmesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir halde, TCK m 257'nin oluşması için "kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında" bir durumun mevcut olması açıkça arandığı için TCK m 257'nin tali bir hüküm olduğunu belirtmek gerekir<sup>163</sup>. Bu sebeple hem TCK m 280 hem de TCK m 257'nin unsurları olayda gerçekleşiyse de uygulanacak hüküm yalnızca asli hüküm olan TCK m 280'dir<sup>164</sup>.

Uygulamada karşılaşılabilecek diğer örnekler, sağlık mesleği mensubunun belirli bir meblağ karşılığında belirtisiyle karşılaştığı suçu yetkili makamlara bildirmemeyi kabul etmesi veya sağlık mesleği mensubunun suçu yetkili makamlara bildirmemek amacıyla hazırladığı teşhis raporunu gerçeğe aykırı biçimde düzenlemesidir. İlk durumda, sağlık mesleğinin kamu görevlisi olması halinde TCK m 252'de yer alan rüşvet suçu işlenmiştir. Bu durumda rüşvet fiili ve yetkili makamlara bildirmeme birbirinden ayrı fiiller olduğu için aralarında fikri içtima ilişkisi kurulmayacak, sağlık mesleği mensubu hem TCK m 252/2 uyarınca, hem de TCK m 280 uyarınca cezalandırılacaktır<sup>165</sup>. Sağlık mesleği mensubunun gerçeğe aykırı belge düzenlemesi halinde ise TCK m 210/2 hükmü uygulanmalıdır<sup>166</sup>. Bu kurala göre, gerçeğe aykırı belge düzenleyen sağlık mesleği mensubu üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Bildirimin yapılmaması amacıyla belgenin gerçeğe aykırı düzenlenmesi halinde TCK m 210/2 ve m 280 tek fiil ile işlenmiş sayılmalıdır<sup>167</sup>. Böyle

<sup>163</sup> İzzet Özgenç, *İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları* (Seçkin Yayıncılık 2013) 154.

<sup>164</sup> Erbaş (n 27) 185.

<sup>165</sup> İplikçi (n 7) 112.

<sup>166</sup> Suça ilişkin bilgi için bkz. Ahmet Gökçen, *Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.lı TCK. m 204-212)* (Turhan Kitabevi 2006) 201-215; Devrim Güngör, *Resmi Belgede Sahtecilik Suçu* (Yetkin Yayınları 2010).

<sup>167</sup> Krş. Ünver, *TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (n 13) 429. Yazar böyle bir durumda doğrudan TCK m 204/2'nin uygulanacağını belirtmişse de TCK m 210/2 düzenlemesi karşısında resmi belgede sahtecilik suçunun uygulanabilmesi için "düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması" gerektiğini

bir durumda sahte resmi belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanıldığının kabulü gerekecek ve her iki suçtan dolayı TCK m 212 hükmü uyarınca ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır.

Son olarak, sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında aynı suça ilişkin birden fazla belirtiyile karşılaşması durumunda tek bir bildirim yükümlülüğünün ihlali ve dolayısıyla tek bir TCK m 280'in oluşacağını belirtmek gerekir<sup>168</sup>. Ancak sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında karşılaştığı her ayrı suça ilişkin belirti, bağımsız bildirim yükümlülüklerini doğuracak ve bunların ihlali bağımsız suç bildirmeme suçlarından sorumluluğu gerektirecektir. Zincirleme suç hükümlerinin böyle bir durumda uygulanması uygulamada karşılaşılması pek olası görülemeyecek biçimde sağlık mesleği mensubunun önceden karşısına çıkacak suçları bildirmeme kararı almış olmasıdır<sup>169</sup>. Bu halde bile birçok durumda failin somut bir suç işleme kararı ve dolayısıyla zincirleme suçun varlığından bahsedilemeyecek, fırsatlardan yararlanarak suçu işlediğini söylemek daha doğru olacaktır.

### VIII. Yaptırım ve Kovuşturma

TCK m 280 uyarınca görevi sırasında bir suç işlendiğini gösteren belirtiyile karşılaşan sağlık mesleği mensubu, bunu yetkili makamlara bildirmez veya geç bildirimde bulunursa bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır.

Hapis cezasının üst sınırı bir yıl olduğu için, hükmedilecek ceza kısa süreli hapis cezasıdır ve TCK m 50 uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür. Ayrıca hükmedilebilecek somut ceza iki yılın altında olacağı için, TCK m 280 dolayısıyla verilecek hükmün CMK m 231 uyarınca açıklanması geriye bırakılabilecek veya TCK m 51 uyarınca cezanın ertelenmesi yoluna gidilebilecektir.

Hapis cezasının verilmesi halinde hüküm giyen sağlık mesleği mensubu ayrıca cezasının infazı süresince TCK m 53 uyarınca hükmün kanuni sonucu olarak belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır.

TCK m 280'de düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması herhangi bir muhakeme şartına tabii değildir, soruşturma ve kovuşturma yetkili makamlar tarafından re'sen yapılacaktır.

TCK m 280 bakımından önemli bir konu, 17 Ekim 2019 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 7188 sayılı Kanun<sup>170</sup> ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişikliklerdir.

ifade etmek gerekir. Kamu görevlisi olan ve resmi belge düzenlemeye ehil sağlık mesleği mensuplarının düzenlediği belgeler için ise pek tabii TCK m 204 uygulanabilir.

<sup>168</sup> Kocasakal (n 21) 220; Zafer (n 8) 1348.

<sup>169</sup> Böyle bir durumda TCK m 43'ün uygulanacağına dair bkz. İplikçi (n 7) 112.

<sup>170</sup> 7188 sayılı ve 17.10.2019 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Kanun 30928 sayılı ve 24.10.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



Değişikliğin ardından CMK m 171 uyarınca Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verme yetkisinin genişletildiği ifade edilmelidir. Değişiklik Cumhuriyet savcısına üst sınırı üç yıl veya daha az olan suçlarda, suçun takibinin şikayet koşuluna bağlı olup olmasına bakılmaksızın kamu davasının açılmasının 5 yıl ertelenmesi kararı verme yetkisi tanınmaktadır<sup>171</sup>. Takibi şikayete bağlı olmayan ve öngördüğü hapis cezasının üst sınırı 1 yıl olan TCK m 280 uyarınca yapılan soruşturmalarda da, savcı suçun işlendiğine dair yeterli şüpheye ulaşırsa da bu yetkisini kullanabilecek ve kamu davasının açılmasını erteleyebilecektir.

Ayrıca belirtilmelidir ki, 7188 sayılı Kanun ile CMK m 245'te yapılan değişiklik aracılığıyla Türk ceza adaleti sistemine giren basit yargılama usulü, TCK m 280 için de uygulanabilmektedir. Bu usul yalnızca adli para cezası ve/veya üst sınırı 2 yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından mümkündür. TCK m 280'de yer alan sağlık meslek mensubunun suçu bildirmemesi suçu da bu kapsamda bulunmaktadır. Suçun kovuşturulmasının duruşma açılmaksızın dosya üzerinden yapılmasını öngören bu usulde kovuşturmayı yapacak Asliye Ceza Mahkemesi iddianamenin kabulünün ardından yargılamanın taraflarına 15 günlük yazılı beyan süresi tanımakta ve beyanlar üzerine incelemesini duruşmasız ve Cumhuriyet savcısının görüşünü almaksızın hükmünü kuracak, ancak hükmedilen cezada dörtte bir oranında indirim yapacaktır. Bu cezanın olağan yargılama usulüne göre verilen hükümler gibi hükmün açıklanmasının geriye bırakılması, cezanın ertelenmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesi uygulamalarına tabi tutulması da mümkün olacaktır. Ancak dikkat edilmelidir ki basit yargılama usulü sonucunda verilen hükme itiraz edilmesi halinde kovuşturma duruşmalı olarak baştan yapılacaktır. Ayrıca basit yargılama usulünün sadece 1 Ocak 2020 tarihinden sonra kovuşturma aşamasına geçecek yargulamalarda uygulanabileceği unutulmamalıdır.

## IX. Sonuç ve Öneriler

Suçların aydınlatılması ve işlenen suçlar üzerine etkili bir soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, devletin bireylere karşı temel yükümlülüklerinden ve ceza adaleti sisteminin ana amaçlarından biridir. Bu çalışmada, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için bireylerin katkısını bir yükümlülük haline getiren, bu yükümlülüğün ihlalini hapis cezasına tabi tutan 5237 sayılı TCK m 280'de yer alan "Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu" üzerinde durulmuştur.

TCK m 280 dil olarak basit ve kısa bir düzenleme olsa da pek çok unsuru üzerinde yoğun doktriner tartışmalar mevcuttur. Özellikle suçun benzer suçlar olan TCK m 278 ve m 279 ile ilişkisi, suçun özgü faili olan sağlık mesleği mensubu kavramının tanımı, failin sahip olduğu bildirim yükümlülüğünün doğmasının şartları ve bildirim yerine

<sup>171</sup> Değişiklik öncesi savcı bu kararı ancak üst sınırı bir yıl veya daha az olan ve soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar bakımından verebilmekteydi.

getirilmesi konuları üzerine çok çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Tartışmalar ışığında aşağıdaki noktalara tekrar dikkat çekilmesi uygun olacaktır.

Öncelikle, TCK m 280'in failinin sağlık mesleği mensubu sıfatını taşıması gerektiği hükümde açıkça belirtilmiş ve bu kavram hükmün ikinci fıkrasında açıklığa kavuşturulmaya çalışılmışsa da, bu çabanın yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Aynı zamanda kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensuplarının bu suç kapsamında fail olup olamayacakları ve hatta sağlık mesleği mensubu kavramının veteriner hekimler gibi kimi meslek gruplarını kapsayıp kapsamadığı belirsizdir. Kanımca sağlık mesleği mensubu 1219 ve 657 sayılı Kanunlar uyarınca, hekimler, diş hekimleri, hemşireler, hastabakıcılar, eczacılar, veterinerler ve sağlık hizmeti verdiği mevzuatta ifade edilen diğer kişiler olarak kabul edilmeli ve TCK m 280 hem kamu görevlileri hem de özel kurum ve kuruluşlarda veya serbest olarak çalışan kişilere uygulanabilmeliyse de, kapsam üzerinde öğretide uzlaşa sağlanamamıştır. Bu sorunun temel sebebi, fail sıfatının tanımının yalnızca örnekleyici sayımla yapılmış olmasıdır. Halbuki, örnekleyici sayım bir tanımlama yöntemi değildir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin alt unsurlarından biri olan belirlilik ilkesinin gereklerine uygun olarak TCK m 280'in faili olan sağlık mesleği mensubunun kim olduğunun kanunla açık ve kesin bir biçimde ortaya konması doğru olacaktır. Böylesine bir tanımlama suçun kamu görevlisi sağlık mesleği mensuplarına uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasına da son verecektir.

İkinci olarak, kanun koyucunun birbirine yakın hükümler olan TCK m 278, m 279 ve m 280'de suçun fiil unsurunda neden farklı düzenleme yöntemlerine gittiğini anlamak zordur. TCK m 278'de yalnızca işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmekten söz edilmişken, TCK m 279'da suçun işlendiğini öğrenmek, TCK m 280'de ise suçun işlendiği yönünde belirti ile karşılaşmak bildirim yükümlülüğünün doğmasına sebep olmaktadır. Bu kapsamda TCK m 280'de yer alan suçun oluşması için belirtiyle karşılaşılmasının gerekmesi, belirti kavramının da anlamının önem kazanması sonucunu doğurmaktadır. Doktrinde kavram her ne kadar ceza muhakemesi öğretisinin sistematiğine uygun bir şekilde yorumlanmışsa da, bu yorumun kanuni dayanağı olmadığı gibi, kanun koyucunun belirti, delili, iz ve emare kelimelerini de özensizce kullandığı dikkat çekmektedir. Bu sebeple kanımca suçun işlendiğini gösteren herhangi bir emare ile karşılaşılması, bu sözlü bir ifade, bir belge veya maddi iz de olsa, bildirim yükümlülüğünün doğması için yeterlidir. Yine de, suç tanımında yer alan belirti kavramı yerine TCK m 278 ve m 279 ile daha uyumlu bir düzenlemeye yer verilmesi anlam karmaşasını çözebilecektir.

Öğretide ortaya çıkan bir diğer tartışma, TCK m 280'in olası kastla işlenip işlenemeyeceğine dairdir. Bu konuda çalışmada aktarılan görüşün suçun olası kastla işlenebileceği yönünde olduğunu ifade etmek gerekir. Hatta belirtmek gerekir ki;

suçun olası kastla işlenmesi, doğrudan kastla işlenmesinden daha muhtemeldir. Gerçekten, doğrudan kast yalnızca sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı olgunun suça işaret eden bir belirti olduğunu ve bunu bildirme yükümlülüğünün bulunduğunu bildiği halde oluşmuş kabul edilmelidir. Bunun dışındaki ihtimallerde, yani sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı olgunun suç belirtisi olduğundan emin olmadığı, bu konuda yalnızca bir öngörüsünün bulunduğu durumlarda ise olası kasttan bahsetmek daha doğru olacaktır.

Bir diğer sorun, suçta sağlık mesleği mensubunun önemli yükümlülüklerinden olan tedavi yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğüne aykırı yorumlanabilecek bir düzenleme yoluna gidilmiş olmasıdır. TCK m 280 ile hekimin sır saklama yükümlülüğüne bir istisna getirilmiş olduğu genel kabul gören bir yargı olsa da, bu yükümlülüğün bir uzantısı olan tanıklıktan çekinme hakkına dair herhangi bir kaydın hükme eklenmemesi, bildirim yükümlülüğü ve çekinme hakkı arasındaki ilişki konusunda görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Özellikle TCK m 278'e tanıklıktan çekinme hakkının mevcut olduğu hallerde suçun uygulanmayacağına dair bir istisna getirilmiş olmasına karşın aynı düzenlemenin TCK m 280'de yapılmaması düzeltilmesi gereken bir sorundur. Aynı şekilde, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun ilgili düzenlemesinde sağlık mesleği mensubunun tedaviye öncelik vereceğine dair açık bir kural varken aynı kuralın TCK m 280'e alınmaması olumsuz bir gelişmedir.

Son olarak, TCK m 280 ile kanun koyucunun sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında karşılaştığı her suçu bildirmekle yükümlü tutması ve bu şekilde sağlık mesleği mensuplarını adeta hafife haline getirmesi doğru olmamıştır. Özellikle cezası hafif suçlar ve şikayete bağlı suçlarda da bu yükümlülüğün istisnasız bir biçimde yer alması sağlık hakkını olumsuz etkileyebilecek sonuçlara gebe dir. Ayrıca, suç tanımının bu denli geniş ve kapsayıcı olması, uygulama ile mevzuat arasında da farklılıklara yol açmaktadır. Belirtilmiş olduğu üzere uygulamada adli vaka olarak tanımlanan ve bildirim konusu yapılan suçlar genellikle kişilere karşı işlenen ve tedavi edilen kişinin mağduru olduğu suçlardır. Buna karşılık TCK m 280, yöneldiği kişi ve hukuki değer konusunda ayırım gözetmeksizin her suçun bildirilmesini emretmektedir. Uygulamada bu yükümlülüğe ne denli uyulduğu belirsizdir. Fiiliyat ve mevzuat arasındaki bu uyumsuzluğun hükmün uygulanabilirliği açısından çözülmesi elzemdir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

## Bibliyografya/Bibliography

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5th edn, Adalet Yayınevi 2018)
- Arslan Ç and Azizağaoğlu B, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Asil Yayın Dağıtım 2004)
- Artuk ME and Gökçen A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11th edn, Adalet Yayınevi 2017)
- Birtek F, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (Adalet Yayınevi 2015)
- Bulut P, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi’, *Sağlık Hukuku Makaleleri* (İstanbul Barosu Yayınları 2012)
- Çakmut ÖY, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m 280)’ (2006) 12 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1051
- Centel N and Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15th edn, Beta Yayınevi 2018)
- Centel N, Zafer H and Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: I* (4th edn, Beta Yayınevi 2017)
- Centel N, Zafer H and Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10th edn, Beta Yayınevi 2017)
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13th edn, Seçkin Yayıncılık 2018)
- Döner İ, ‘Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m 278)’ (2005) 9 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63
- Erbaş R, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü* (On İki Levha Yayıncılık 2015)
- Erdem MR, ‘Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m 278)’ [2009] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 105
- Erdoğan Y, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Suçu’ [2009] Legal Hukuk Dergisi 1103
- Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık* (US-A Yayıncılık 1996)
- Fischer T, *Beck’sche Kurz Kommentare - Strafgesetzbuch Und Nebengesetzen* (57th edn, Verlag CH Beck 2009)
- Gökçen A, *Belgede Sahtecilik Suçları (5237 s.Lı TCK. m 204-212)* (Turhan Kitabevi 2006)
- Gökpınar M, ‘Ceza Sorumluluğunun Temeli: “Kast”’ [2008] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 198
- Gültekin Ö, ‘Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi’ (2016) 11 Terazi Hukuk Dergisi 103
- Güney N, Özdemir K and Balo Y, *Türk Ceza Kanunu* (Adil Yayınevi 2004)
- Güngör D, *Resmi Belgede Sahtecilik Suçu* (Yetkin Yayınları 2010)
- Hafizoğulları Z and Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (US-A Yayıncılık 2010)
- Hakeri H, ‘Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler’ [2007] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55
- Hakeri H, *Tıp Hukuku* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Heintschel-Heinegg B, *Strafgesetzbuch Kommentar* (Verlag CH Beck 2010)
- İçel K, *Suçların İçtimaı* (Sermet Matbaası 1972)
- İçel K, ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ (2008) 7 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 35
- İplikçi HE, ‘Türk Ceza Hukukunda Suçu Bildirmeme Suçları’ (Ankara Üniversitesi 2010)
- Janis MW, Kay RS and Bradley AW, *European Human Rights Law* (Oxford University Press 2008)
- Joecks W, *Studienkommentar Strafgesetzbuch* (9th edn, Verlag CH Beck 2010)

- Karabulut F, Karapazarlıoğlu E and Tosun H, 'Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hakimlerin Delil Algısı' [2015] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 385
- Karan U, 'Yaşam Hakkı' in Sibel Inceoğlu (ed), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Avrupa Konseyi 2013)
- Keten A and others, 'Acil Serviste Düzenlenen Adli Raporların Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi' (2011) 5 Turkish Medical Journal 94
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10th edn, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Koca M and Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Kocasakal Ü, *Suçtu Bildirmeme Suçları* (1st edn, Vedat Kitapçılık 2017)
- Kolcu S, 'TCK'da Suçu Bildirmeme Suçu' (İstanbul Kültür Üniversitesi 2014)
- Lackner K and Kühl K, *Strafgesetzbuch Kommentar* (26th edn, Verlag CH Beck 2007)
- Meran N, *Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu* (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2007)
- Nuhoğlu A, 'Tıp Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları', *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları* (Türkiye Barolar Birliği 2008)
- Öget M, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi (TCK 280)' [2015] Leges İzmir Üniversitesi Sağlık Hukuku Dergisi 53
- Özbek VÖ and others, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8th edn, Seçkin Yayıncılık 2016)
- Özbek VÖ and others, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8th edn, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Özgenç İ, 'Kast-Taksir Kombinasyonları' (1998) 6 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 345
- Özgenç İ, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları' (*Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu*, 2008) <<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.asp>> accessed 24 September 2019
- Özgenç İ, *İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları* (Seçkin Yayıncılık 2013)
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14th edn, Seçkin Yayıncılık 2018)
- Özgüç LE, 'Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü' (2016) 10 Güncel Hukuk 32
- Öztürk B and others, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (11th edn, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Öztürk B and Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2016)
- Schönke A and Schröder H, *Strafgesetzbuch Kommentar* (28th edn, Verlag CH Beck 2010)
- Şenol C, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m 172/3)* (On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2016)
- Tezcan D and others, *İnsan Hakları El Kitabı* (8th edn, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Tezcan D, Erdem MR and Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (16th edn, Seçkin Yayıncılık 2018)
- Törenli Çakıroğlu M, 'Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu' (2010) 12 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (5th edn, Savaş Yayınevi 2010)

- Toroslu N and Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (21st edn, Savaş Yayınevi 2015)
- Ünver Y, 'Hekimin Cezai Sorumluluğu', *Roche Sağlık Hukuku Günleri* (Roche Müstehzarları Sanayi 2007)
- Ünver Y, 'TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler', *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu* (On İki Levha Yayıncılık 2011)
- Ünver Y, *TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar - İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma* (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Üzülmez İ, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu', *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları* (Türkiye Barolar Birliği 2008)
- Yağlıdere UE, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu' (2018) 6 Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59
- Yaşar O, Gökcan HT and Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt VI* (Adalet Yayınevi 2010)
- Yenisey F and Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (6th edn, Seçkin Yayıncılık 2018)
- Zafer H, 'Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m 280)' (2013) 71 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1327



# İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 18.09.2019  
Revizyon Talebi: 04.10.2019  
Son Revizyon Tarihi: 16.11.2019  
Kabul: 25.11.2019

## İdare Hukukunun İşlevine Yönelik Bir Yaklaşım: “Trafik Işığı Metaforu”

Harun Yılmaz\*

### Öz

Genel olarak idare hukuku, idarenin görev, yetki ve teşkilat yapısı ile hukuka aykırılıklara karşı öngörülen denetim mekanizmalarını düzenleyen kuralları ele almaktadır. Doktrinde idare hukukunun işlevine ilişkin ise, idarenin denetim altında tutulması ve kamu hizmetlerinin etkin şekilde yerine getirilmesine katkı sunulması olmak üzere iki temel anlayış ortaya konulmaktadır. Bu anlayışlar, idare hukukunun işlevine dair geliştirilmiş trafik ışığı metaforunu oluşturan iki önemli teori olarak kırmızı ışık ve yeşil ışık teorilerinin esasını teşkil etmektedir. Söz konusu teorilerden kırmızı ışık teorisi, idarenin yargısal denetimini merkeze alırken; yeşil ışık teorisi, demokratik veya siyasi hesap verebilirlik biçimlerini ön plana çıkararak idare hukukunun faaliyetleri kolaylaştırıcı rolüne dikkat çekmektedir. Bu iki teorinin yanı sıra kabul edilen sarı ışık teorisi ise, yargısal denetimin önemini göz ardı etmemekle birlikte, yapılacak denetimlerle bireylerin ihtiyaçlarının karşılanması amacı arasında bir denge kurulması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Çalışmada idare hukukunun işlevine yönelik bir yaklaşım olarak trafik ışığı metaforunu oluşturan kırmızı ışık, yeşil ışık ve sarı ışık teorileri incelenecektir.

### Anahtar Kelimeler

İdare hukukunun işlevi, Trafik ışığı metaforu, Kırmızı ışık teorisi, Yeşil ışık teorisi, Sarı ışık teorisi

### An Approach to the Function of Administrative Law: “The Traffic-Light Metaphor”

#### Abstract

Administrative law typically deals with the rules governing the duties, powers and organizational structure of the administration and the control mechanisms prescribed against illegalities. In the doctrine, there are two basic approaches related to the function of administrative law: keeping the administration under supervision and contributing to the effective provision of public services. These approaches constitute the basis of the red light and green light theories as two important theories that form the traffic-light metaphor developed for the function of administrative law. While the red light theory puts the judicial control of the administration at the center, the green light theory draws attention to the role of administrative law in facilitating activities by emphasizing the forms of democratic or political accountability. In addition to these two theories, while the accepted amber light theory does not ignore the importance of judicial supervision, it emphasizes the need to establish a balance between supervision to be conducted and the purpose of meeting the needs of individuals. In this study, the red light, green light and amber light theories, which constitute the traffic-light metaphor, will be examined as an approach to the function of administrative law.

#### Keywords

Function of administrative law, Traffic-light metaphor, Red light theory, Green light theory, Amber light theory

\* Sorumlu Yazar: Harun Yılmaz (Arş. Gör. Dr.), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye.  
E-posta: harunyilmaz@sakarya.edu.tr ORCID: 0000-0002-0956-9717

Atf: Yılmaz H, “İdare Hukukunun İşlevine Yönelik Bir Yaklaşım: “Trafik Işığı Metaforu”” (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası 1041.  
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0088>

### **Extended Summary**

Administrative law, a branch of law that regulates the decision-making and rule-making activities of administrative authorities, typically deals with the structures, duties and powers of administrative units on a large scale, as well as the methods and procedures that these units follow in the course of their activities, and their supervision. As for the function of administrative law, two main approaches are emphasized in the doctrine, namely, protecting the rights and interests of individuals and contributing to the effective provision of public services.

In the doctrine, British public lawyers Carol Harlow and Richard Rawlings developed “the traffic-light metaphor” as an approach to the function of administrative law. In their traffic-light metaphor, while Harlow and Rawlings acknowledge the existence of “amber-light theory”, in terms of the function of administrative law, they basically put forth two theories, which are “red-light theory” and “green-light theory”.

Red light theory, developed for the function of administrative law, defends the strong role of judicial supervision in investigating the activities of administrative authorities. The main goal of the red light theory is to control the activities of the administration in order to protect the rights and freedoms of individuals. At the heart of the said control is judicial control, which is conducted through the courts.

In contrast to the red light theory, the green light theory argues that the function of administrative law is to facilitate the functioning of the administration, with the belief that administrative authorities will operate most efficiently when outside interventions are minimized. According to the green light theory, which provides a social and democratic perspective for the activities of the state –more specifically for the administration– administrative law should play a facilitating and auxiliary role for the administration in order to meet the needs of individuals and increase their satisfaction.

The main purpose of the amber light theory as a third theory is to enable the effective implementation of democratic and political control mechanisms as well as judicial control. In amber light theory, the importance of judicial supervision, which forms the basis of red light theory, is not denied, but it is argued that the role of this supervision should be limited. This is because the strict approach of the judiciary in the face of the increasing needs of society may harm the administration's duty to meet the needs of individuals by operating effectively. From this point of view, the amber light theory points on the one hand to the importance of judicial control as in the red light theory, while on the other hand, it emphasizes the need to balance the supervision to be conducted for the purpose of meeting the needs of individuals as required, which is the target of green light theory.



It should be noted that administrative law should have a function to ensure that the rights and freedoms of individuals are secured by keeping the administration within the boundaries of the law through the control mechanisms of the administration, while facilitating the proper fulfillment of the needs of individuals. Based on this, it can be said that the two inseparable functions of administrative law are to contribute to the proper provision of services as well as keeping the administration under control. Therefore, the ideal situation, “as accepted in the amber light theory”, is that administrative law has a structure capable of performing both functions.

## İdare Hukukunun İşlevine Yönelik Bir Yaklaşım: “Trafik Işığı Metaforu”

### I. Giriş

Sürekli değişip gelişen alanı ve artan kuralları ile pozitif bir hukuk dalı olan idare hukuku<sup>1</sup>, temel esasları anayasalar ile belirlenen, idarenin örgüt ve faaliyetlerine ilişkin kurallar öngören bir yapıya sahiptir. İdari makamların en başta karar alma ve kural koyma faaliyetlerini düzenleyen bir hukuk dalı olan idare hukuku, geniş ölçekte idari birimlerin teşkilat yapıları, görev ve yetkileri, söz konusu birimlerin faaliyet sürecinde takip ettikleri yöntem ve prosedürler ile bunların denetimi hususlarını incelemektedir. Bir başka deyişle idare hukuku, idarenin görev, yetki ve teşkilat yapısı ile bireylerin haklarının ihlaline karşı öngörülen denetim mekanizmalarını düzenleyen kuralları ifade eder.

İdare hukuku en başta, “güç”ün “özgürlük”le uzlaştırıldığı adil bir toplumsal düzenin yerleştirilmesine ve toplumsal gelişmenin istikrarlı şekilde sürmesine katkı verdiği ölçüde anlam kazanacaktır. Bu noktadan bakıldığında kendine ait değer ve ilkeler ışığında<sup>2</sup> idari makamlarla olan ilişkilerinde gerçek ve tüzel kişilerin hak ve çıkarlarını koruma ile kamu hizmetlerinin etkin şekilde yerine getirilmesine katkı sunma hususları, idare hukukunun işlevine yönelik üzerinde tartışmalar gerçekleştirilecek konu başlıkları olacaktır.

Doktrinde İngiliz kamu hukukçuları Carol Harlow ve Richard Rawlings tarafından idare hukukunun işlevine yönelik kendi içinde esasen iki teori barındıran “trafik ışığı metaforu (*the traffic-light metaphor*)” geliştirilmiştir<sup>3</sup>. Ortaya koydukları *trafik ışığı metaforunda* Harlow ve Rawlings, “sarı ışık teorisinin de (*amber-light theory*)” varlığını kabul etmekle birlikte<sup>4</sup>, idare hukukunun işlevi açısından iki temel teori olarak “kırmızı ışık teorisi (*red-light theory*)” ile “yeşil ışık teorisini (*green-light theory*)” ileri sürmektedir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Edward Brunet, “A New Breed of Law Book?” (1985) (2) Duke Law Journal 523, 538.

<sup>2</sup> Doktrinde söz konusu değer ve ilkeler şöyle sıralanmaktadır: açıklık (“*openness*”), nefaset (“*fairness*”), katılım (“*participation*”), hesap verebilirlik (“*accountability*”), tutarlılık (“*consistency*”), rasyonellik (“*rationality*”), yargı ve yargı dışı şikâyet usullerine erişim (“*accessibility of judicial and non-judicial grievance procedures*”), kanunilik (“*legality*”) ve tarafsızlık (“*impartiality*”). Bkz. Mark Aronson and Matthew Groves, *Judicial Review of Administrative Action* (5th edn, Pyrmont Lawbook Co.-Thomson Reuters 2013) 1; Francisco Esparraga and Ian Ellis-Jones, *Administrative Law Guidebook* (2nd edn, Oxford University Press 2016) 2.

<sup>3</sup> Carol Harlow and Richard Rawlings, *Law and Administration* (3rd edn, Cambridge University Press 2009) 1; Michael Taggart, “Prolegomenon to an Intellectual History of Administrative Law in the Twentieth Century: The Case of John Willis and Canadian Administrative Law” (2005) 43(3) Osgoode Hall Law Journal 223, 229; Caleb O’Fee, “A New Perspective on The Public-Private Divide? Justiciability of Government Contracting Decisions Following *Ririnui* and Problem Gambling” 49(1) VUWLR 133, 150; Leigh Hancher and Matthias Ruete, “Forever Amber?” (1985) 48(2) The Modern Law Review 236, 236.

<sup>4</sup> Paul Craig, “Theory and Values in Public Law: A Response” in Paul Craig and Richard Rawlings (eds), *Law and Administration in Europe: Essays in Honour of Carol Harlow* (Oxford University Press 2003) 25; John Goldring, “Administrative Law: Teaching and Practice” (1986) 15 Melbourne University Law Review 489, 495; Michael Taggart, “Reinvented Government, Traffic Lights and The Convergence of Public and Private Law” (1999) PL 124 Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration 132.

<sup>5</sup> Harlow and Rawlings (n 3) 1-4.

Adı geçen teorilerde yapılan “kırmızı ışık” ve “yeşil ışık” isimlendirmeleri, idare hukukunun işlevine yönelik görüşlere dair ipuçları vermektedir. Buna göre, trafik ışıkları sistemine benzer şekilde, bir tarafta idare hukukunun temel işlevinin idari makamların gücünü “sınırlandırıp durdurmak” olduğunu kabul eden “kırmızı ışık teorisi”; diğer tarafta, idare hukukunu hizmetlerin “gereği gibi yürütülmesinde” yardımcı bir araç (“vehicle”) olarak gören “yeşil ışık teorisi” bulunmaktadır<sup>6</sup>.

Her idare hukuku teorisinin arkasında aslında bir devlet teorisi yattığı tespitinden hareketle<sup>7</sup>, her iki teori de, idare hukukunun devlet düzeni ile toplum hayatındaki rolünün ve işlevinin ne olması gerektiğine dair veriler sunmaktadır. En genel haliyle söz konusu teorilerden kırmızı ışık teorisi, daha muhafazakar (“conservative”) ve kontrol odaklı (“control-oriented”) bir görünüm sergilerken; yeşil ışık teorisi, daha faydacı (“utilitarian”) ve faaliyetleri kolaylaştırıcı (“facilitative”) bir anlayışı esas almaktadır<sup>8</sup>.

Bunun yanında çağdaş kamu hukuku pratiğine (“the practice of contemporary public law”) ilişkin bir yaklaşım şeklinde ifade edilen sarı ışık teorisine ise<sup>9</sup>, idarenin gücünün onun takdir yetkisini kaldırmayacak şekilde hukuk kuralları ile başarılı şekilde sınırlandırılabilceği inancının hakim olduğu söylenmektedir. Sarı ışık teorisinin temelinde, idarenin işlem ve eylemlerinin denetimi ile kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi arasında bir denge kurulması amacı yatmaktadır<sup>10</sup>. Çalışmada idare hukukunun işlevine yönelik bir yaklaşım olarak “trafik ışığı metaforunu” oluşturan “kırmızı ışık”, “yeşil ışık” ve “sarı ışık” teorileri ile söz konusu teorilerin Türk Hukuku’na yansımaları ele alınacaktır.

## II. İdare Hukukunun İşlevine Yönelik Bir Yaklaşım: “Trafik Işığı Metaforu”

### A. Kırmızı Işık Teorisi

İdare hukukunun işlevine dair “kırmızı ışık teorisi”, mahkemelerin idari makamların aldıkları kararların değerlendirilmesi konusundaki güçlü rolünü savunmaktadır. Kırmızı ışık teorisinin yöneldiği asıl hedef, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla idarenin faaliyetlerinin kontrol altında tutulmasıdır<sup>11</sup>. Anılan kontrolün merkezinde ise, mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirilen yargısal denetim bulunmaktadır<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Goldring (n 4) 495; O’Fee (n 3) 150.

<sup>7</sup> Harlow and Rawlings (n 3) 1; Peter Leyland and Gordon Anthony, *Textbook on Administrative Law* (7th edn, Oxford University Press 2013) 4; David Stott and Alexandra Felix, *Principles of Administrative Law* (Cavendish Publishing Limited 1997) 28; O’Fee (n 3) 150.

<sup>8</sup> Peter Leyland, *The Constitution of The United Kingdom-A Contextual Analysis* (3rd edn, Oregon and Hart Publishing 2016) 205 ff.

<sup>9</sup> John Coggon, Keith Syrett and A. M. Viens, *Public Health Law: Ethics, Governance and Regulation* (Routledge 2017) 121.

<sup>10</sup> Jonathan Klaaren, “Red Light, Green Light” (1999) 15 SAJHR 209, 210; Coggon, Syrett and Viens (n 9) 121; Adam Tomkins, “In Defence of The Political Constitution” (2002) 22(1) Oxford Journal of Legal Studies 157, 160.

<sup>11</sup> Brunet (n 1) 526.

<sup>12</sup> Hancher and Ruete (n 3) 238.

Kırmızı ışık teorisi uyarınca hukukun işlevi, devlet gücünü olası aşırılıklara karşı kontrol altında tutmaktır. Bu noktada kırmızı ışık teorisi, ondokuzuncu yüzyıl “*minimal devlet* (*laissez faire – minimal state*)” yaklaşımının idare hukukundaki yansımaları olarak dikkat çekmektedir<sup>13</sup>. Söz konusu devlet teorisine göre iktidara verilen geniş güç, bireylerin hak ve özgürlüklerinin tehlike altında olduğu anlamına gelir. İşte kırmızı ışık teorisi özelinde idare hukuku, “*müdahaleci bir yaklaşımla* (*interventionist approach*)” ve yargısal denetim vasıtasıyla idarenin faaliyetlerinin kontrol edilmesi işlevini yerine getirmelidir<sup>14</sup>. Dolayısıyla bu teori ile, idari makamların kontrolüne önem verilmesinin ötesinde bu kontrolde en etkin yöntem olma özelliğine sahip olduğu düşünülen “*yargısal denetim* (*judicial review*)” ön plana çıkarılmaktadır<sup>15</sup>.

İdare hukuku açısından denetim, önceden belirlenmiş yöntemler ışığında idarenin faaliyetlerinin hukuki düzenlemelere uygunluğunun ilgili birimlerce incelemeye tabi tutulup değerlendirilmesidir<sup>16</sup>. Modern idare hukuku teorilerinde idarenin işlem ve eylemlerinin denetimi ise, üzerinde sürekli tartışmalar gerçekleştirilen bir husustur<sup>17</sup>. Ancak bilinmelidir ki bahsedilen tartışmaların odağında, idare üzerindeki denetim mekanizmalarının varlığı değil, gerçekleştirilecek denetimlerin yoğunluğu bulunmaktadır<sup>18</sup>. Zira modern idare hukuku teorileri için idarenin hukuka uygun şekilde faaliyet göstermesini sağlayacak denetim mekanizmalarının varlığı, olmazsa olmaz bir şarttır. Buradan hareketle kamu kurum ve kuruluşlarına tanınan üstünlük ve ayrıcalıklar ile bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin dengelenmesi amacına hizmet eden bir hukuk dalı olarak idare hukuku, kamu kesiminde yer alan birimler ile bireyler arasındaki uyumsuzlukların ortadan kaldırılması noktasında önemli bir işlev görmektedir.

“Hukuk devleti” bağlamında idare hukuku<sup>19</sup>, yürütme organının doğal bir uzantısı görünümündeki “idarenin” yapısına, faaliyetlerine ve bireylerle arasındaki hukuki ilişkilerle yönelik temel esasların kaynağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla idare ve

<sup>13</sup> Laissez faire çağında idare hukukunun birincil işlevi (“*primary function*”), bireyi idareden korumaktır. Bu anlayış, idarenin rolünü sınırlamak için tasarlanan “kırmızı ışık teorisinin” gelişmesini sağlamıştır. Bkz. Alfred C. Aman Jr., “Administrative Law in Global Era: Progress Deregulatory Change and the Rise of the Administrative Presidency” (1988) 73(6) Cornell Law Review 1101, 1128. Ayrıca bkz. Leyland and Anthony (n 7) 5; Leyland (n 8) 205.

<sup>14</sup> Esparraga and Ellis-Jones (n 2) 10.

<sup>15</sup> ‘Scope of Administrative Law’ <<https://www.abysinnialaw.com/online-resources/study-on-line/item/293-scope-of-administrative-law>> Erişim Tarihi 10.09.2019

<sup>16</sup> Ender Ethem Atay, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu” (2014) (1) Ombudsman Akademik 1, 11.

<sup>17</sup> İdarenin işlem ve eylemleri üzerinde yapılması gereken denetim, hukuka uygunluğun hakim olduğu bir idari düzenin kurulması açısından hayati öneme sahiptir. Öyle ki yapılacak denetim, idarenin faaliyetlerinin süreklilik ve düzenliliğini sağlamak adına aksayan yönlerin tespit edilmesi bakımından *tespit edici*; aksaklıkların ortadan kaldırılması amacıyla yaptırım öngörüp yeniden aynı aksaklıkların yaşanma tehlikesini bertaraf etmeye yönelerek de *düzeltilici – yapıcı* bir işlev görecektir. Bkz. Atay (n 16) 11.

<sup>18</sup> Mahmut Şen, “İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller” (2013) XVII(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1623, 1624.

<sup>19</sup> “(...) ‘Hukuk Devleti’ en fazla İdare Hukukundan etkilenen bir kavramdır ya da en fazla bu bilim dalı ile özdeşleşir.” Bkz. İl Han Özyay, *Günışığında Yönetim* (3rd edn, Filiz Kitabevi 2017) 11-16.

bireyler arasındaki ilişkiler ile bu ilişkilerin hukuka uygun şekilde devam etmesini sağlayacak denetim ve gözetim mekanizmaları, idare hukukunun ilgi alanına girecek düzenlemelerin başında gelmektedir.

İdarenin faaliyetlerinin denetiminin, yine kendisi tarafından gerçekleştirilecek iç denetim, yasama organı tarafından gerçekleştirilecek parlamento denetimi ya da kamuoyu denetimi aracılığıyla yapılması mümkün ise de; tarafsız ve bağımsız bir yargı denetiminin bu konuda en etkili denetim mekanizması olduğu doktrinde ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Neticede idarenin denetim ve gözetim mekanizmalarından yargısal denetim, öncelikle “hukuk devleti” ilkesi ile birlikte değerlendirilmekte olup, hukuk devleti anlayışının özünü, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması adına kapsayıcı bir yargısal denetimin varlığı oluşturmaktadır<sup>21</sup>.

Gerçekten de bir devleti “hukuk devleti” olarak nitelendirmenin başlıca koşulu, devleti oluşturan bireylere temel hak ve özgürlükler sunularak bu hak ve özgürlüklerin denetim mekanizmaları vasıtasıyla güvence altına alınmasıdır. Bu denetim mekanizmalarının başında da, bağımsız ve tarafsız yargı denetimi gelmektedir. Öyle ki hukuk devletinin asli unsurunun, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygun şekilde yürütülmesi suretiyle idarenin hukuka bağlılığının pekiştirilmesi olduğu söylenerek<sup>22</sup>, idarenin yargısal denetimi, bahse konu ideal durumun ortaya çıkarılmasında çok önemli bir konuma yerleştirilmektedir. Dahası doktrinde hukuk devletinin, “*ancak idarenin yargısal yolla denetimi sayesinde gerçekleş(ip) en somut şekline büründüğü*”<sup>23</sup> öne sürülmektedir. Kuşkusuz bu kanıya varmaya neden olan en büyük etken, hukuk devletinin hayata geçirilebilmesi noktasında idarenin hukuka bağlılığını sağlamanın başlıca yolunun, idarenin özellikle kendi dışında, bağımsız, tarafsız ve güçlü yaptırım yetkilerine haiz bir mekanizma ile denetlenmesi gerekliliğinden geçtiği düşüncesidir<sup>24</sup>.

Yine birbirinden ayrılmaz iki ideal olarak “*hukukun hâkimiyeti – üstünlüğü (‘rule of law – supremacy of law’)*”<sup>25</sup>), öncelikle “*hukuk devleti*” anlamına gelir<sup>26</sup>. Özü itibarıyla hukukun üstünlüğü kavramı, bireylerin ve onları yönetenlerin gerçekleştirdikleri her faaliyette hukuka uygun hareket etmesi zorunluluğunu anlatmaktadır. Buna göre

<sup>20</sup> Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri C.1* (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 75; Şen (n 18) 1624.

<sup>21</sup> Tahsin Bekir Balta, Çev. Turgut Tan, “Türkiye’de İdare Hukuku ve İdare Bilimi” (1967) 22(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 261, 265-266.

<sup>22</sup> Nuri Alan, “Demokratik Hukuk Devleti ve Anayasa” (2003) 58(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 1, 1.

<sup>23</sup> Özay (n 19) 16.

<sup>24</sup> Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri* (5 th edn, Adalet Yayınevi 2017) 81.

<sup>25</sup> Yaşar Karayalçın, “Hukukun Üstünlüğü (Kavram – Bazı Problemler)” in Hayrettin Ökçesiz (eds), *Hukuk Devleti* (AFA Yayıncılık 1998) 200: “Devletin ilahî veya beşerî hukuk ilkelerine bağlı olması gerektiği esasına dayanan, toplum içinde ‘hukuk ilkerinin hakim olması’ gerektiğini ifade eden bu kavram İngiltere’de Ortaçağda ortaya atılmış, tahtın siyasi gücünü sınırlamak amacıyla XIII. asırda Henri de Bracton ‘rule of law – supremacy of law’ görüşünü ortaya atmıştır. Aynı fikrin karşılığı olarak kullanılan ‘rule of law (hukukun hakimiyeti)’ ve ‘supremacy of law (hukukun üstünlüğü)’ deyimlerinden ‘rule of law’ terimi bu hukuk çerçevesinde daha çok tercih edilmiş ve yerleşmiştir.”

<sup>26</sup> ibid 200: “İngiliz – Amerikan hukuk dilinde ‘hukuk devleti (state of law)’ terimi yoktur; ‘rule of law’ terimi ile ‘hukukun hakim olduğu, kendisini hukuk ilkeleri ile bağlı sayan devlet (state bound by law)’ kavramı da ifade edilir.”

bir devlet, hukuka bağlılık ideali ile her türlü faaliyetinde hukuk sınırları içerisinde kalmalıdır. Hukuk devleti – hukukun üstünlüğü kavramları ise, bir devletin bütün organları ile hukukun ortak ve genel ilkelerine saygı göstermesi gerekliliğinin vurgulandığı hedefi anlatmaktadır<sup>27</sup>. Hukukun üstünlüğüne inanmış bir devlet için, “hukuki güvenliğin tesis edilmesi” ve “keyfi yönetimin dışlanması”, olmazsa olmaz iki önemli unsurdur.

Hukuki güvenliğin tesis edildiği bir devlet düzeninde bireyler, keyfi müdahalelerden arındırılmış bir ortamda hayatlarına yön verme imkanını elde edeceklerdir. Buradan hareketle hukuk devleti bağlamında hukukun üstünlüğü, kamusal otoritelerin yalnızca hukuken yetkilendirildikleri hallerde harekete geçmelerinin; aksi durumda bu otoriteler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin hukuki dayanaktan yoksun ve keyfi bir nitelik arz edeceğinin altını çizmektedir.

Kırmızı ışık teorisinin üzerine kurulduğu görülen “yargı denetiminin” ön plana çıkarıldığı “hukuk devleti” ilkesine Türk Hukuku açısından yaklaşıldığında, öncelikle anayasal düzenlemelere göz atmak faydalı olacaktır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesine göre, “*Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk Devletidir.*” Bir devletin hukuk devleti olmasının başlıca koşulu olarak yürütme organının ve daha özde idarenin hukuka bağlı olması gerekliliği ise, yürütme organı ile idarenin en başta Anayasa ile bağlılığı esasını ortaya çıkarmıştır<sup>28</sup>. Anayasa’nın 11. maddesi uyarınca “*Anayasa hükümleri, yürütme organını ve idare makamlarını bağlayan temel hukuk kurallarıdır.*” Bunun yanında “*yürütmenin (idarenin) kanuna bağlılığı*” ilkesine vücut veren Anayasa’nın 8. maddesi, “*Yürütme yetkisi ve görevi, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” hükmünü; “*İdarenin kanuniliği*” ilkesinin görünümü olan Anayasa’nın 123. maddesi, “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*” hükmünü barındırmaktadır. Önemle altı çizilmesi gereken bir başka düzenleme olarak Anayasa’nın 125. maddesinde, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu(nun) açık olduğu*” ifade edilmiştir. Anayasa’nın 9. maddesi uyarınca ise “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.*”

Türk Hukuku’nda “hukuk devleti” ile “yargı denetimi” arasındaki yakın ilişki, yargı organlarının kararlarında da sıklıkla dile getirilmektedir. Örneğin, konuya ilişkin verdiği kararlarında sıklıkla ifade ettiği üzere Anayasa Mahkemesi’ne göre hukuk devleti<sup>29</sup>, “*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk*

<sup>27</sup> ibid 203.

<sup>28</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku C.I* (3rd edn, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 138.

<sup>29</sup> Anayasa Mahkemesi, 2019/24, 2019/55, 26.06.2019. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 2018/70, 2019/54, 26.06.2019; Anayasa Mahkemesi, 2018/143, 2019/39, 15.05.2019; Anayasa Mahkemesi, 2017/156, 2019/37, 15.05.2019; Anayasa Mahkemesi, 2017/33, 2019/20, 10.04.2019.

*kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan” devlettir. Anayasa Mahkemesi’nin yanı sıra Danıştay’a göre hukuk devleti<sup>30</sup>, “idarenin tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunun ödün verilmez bir ilke olarak benimsendiği devlet türüdür. İdarenin, özellikle işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ise, asıl olarak idari yargıda açılan iptal davaları aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.” Kararlarda da dikkat çekildiği üzere, bir devlet için yapılan “hukuk devleti” vurgusu, kamu gücü ile gerçekleştirilen işlemlerin yargı denetimine tabi kılınması noktasında belirgenleşmektedir. En genel ifade ile hukuk devleti, tüm faaliyetlerinde hukuk kuralları ile bağlı kalıp bireylere hukuki güvenlik sunacak mekanizmaları hayata geçirmiş ve yargı denetimine tabi kılınmış devlettir<sup>31</sup>.*

Neticede hukuk devletinde tüm kamusal işlemlerin yargı denetimine tabi olması, yadsınamaz bir öneme sahiptir. Zira yalnızca etkili bir yargı denetimi, bir devlet düzenine hukukun üstünlüğünü hakim kılabilir. Hukukun üstünlüğü kavramının en temel unsuru, birey hak ve özgürlüklerinin kurumsal biçimde güvence altına alınmasıdır. Kuşkusuz bu güvencelerin başında, bireyleri hukuka aykırı uygulamalardan koruyacak bağımsız ve tarafsız yargısal denetim güvencesi gelmektedir. Paralel şekilde temel hak ve özgürlüklerin güvencesi niteliği taşıyacak iyi işleyen bir yargısal denetim için ise, öncelikle tarafsız ve bağımsız mahkemelerin varlığı zorunluluk arz etmektedir.

Özetle söylemek gerekirse, kırmızı ışık teorisinin yöneldiği amaç olarak yürütme organı ve onun içinde yer alan idare tarafından gerçekleştirilerek menfaat ihlali ya da hak kaybı sonucu doğuran işlem ve eylemlerden etkilenen bireyler, yargısal denetim yoluna başvurmak suretiyle söz konusu menfaat ihlali ya da hak kaybı oluşturan durumun ortadan kaldırılmasını talep edebileceklerdir. Bu noktada “*gerekli ancak tehlikeli bir güç kullanan*” idare karşısında<sup>32</sup>, onun faaliyetlerini denetleyerek dengeleyecek bağımsız ve tarafsız bir yargısal denetim mekanizmasının varlığı bir kat daha önem kazanmaktadır. Bu haliyle kırmızı ışık teorisinin temelinde yer alan yargısal denetim, idarenin çoğunlukla üstün gücü ile gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerini “hukuk” ile sınırlayarak hukuka aykırılıkları önleme işleviyle kendini göstermektedir<sup>33</sup>.

## B. Yeşil Işık Teorisi

Bahsi geçtiği üzere idare hukuku açısından denetim, idarenin faaliyetlerinin değerlendirilmesi, hukuka aykırılıkların tespiti ve mevcut hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılması için başvuru yöntemleri bütünüdür. Zaman içerisinde idarenin

<sup>30</sup> Danıştay 12 D, 2019/267, 2019/2375, 01.04.2019. Ayrıca bkz. Danıştay 15 D, 2018/2412, 2018/6182, 02.08.2018; Danıştay 15 D, 2014/7710, 2018/2207, 06.03.2018.

<sup>31</sup> Atay (n 16) 3.

<sup>32</sup> David S. Rubenstein, “Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power” (2010) 51(6) William&Mary Law Review 2169, 2169.

<sup>33</sup> Alan (n 22) 3.

denetimi konusunda kırmızı ışık teorisine yönelik gelişen “keyfi bir gücü sınırlama amacıyla hareket eden katı bir yargısal denetimin idarenin etkin şekilde faaliyet yürütmesine engel olacağından bireylerin ihtiyaçlarının gereği gibi karşılanamayacağı ve toplumun refah (*welfare*) seviyesinin yükseltilemeyeceği” endişesi karşısında<sup>34</sup> idari işleyişin düzenli ve etkin halde sürdürülmesi için girilen arayışlar, idarenin denetiminde yargı dışı mekanizmalara dikkatleri yöneltmiştir. Buna göre siyasi denetim, kamu denetçiliği gibi dış ya da bizzat idarenin bünyesinde gerçekleştirilen iç denetim ile kamuoyu denetimi, gerçekleştirilecek düzenlemelerle etkinlikleri artırılabilir denetim mekanizmalarıdır. Şayet gereği gibi işletilebilirlerse bu denetim mekanizmaları, idare ile bireyleri yakınlaştırıp aralarındaki iletişimi güçlendirecek birer demokratikleşme aracı olacaklardır.

İşte aktif biçimde işleyen yargı dışı denetim mekanizmaları, sosyal refaha erişerek kalkınmanın ve hesap verme ile sorumluluk ilkerine dayalı çağdaş demokratik yönetim anlayışına ulaşmanın etkili araçları olarak<sup>35</sup> idare hukukunun beklenen işlevini yerine getirebilmesi adına “yeşil ışık teorisi”nin temelini oluşturacaktır. “*Mahkemelere alternatifler üzerine yoğunlaşan*” yeşil ışık teorisi<sup>36</sup>, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve bireylerin korunması için yargısal denetimin gerekliliğine karşılık, yargı dışı denetim mekanizmalarına (siyasi, iç ve dış idari denetim, danışma gibi) dikkat çekmektedir<sup>37</sup>.

Tıpkı kırmızı ışık teorisinde olduğu gibi, hukukun üstünlüğünün sağlanması ideali ile yeşil ışık teorisi arasında da anlamlı bir ilişki göze çarpmaktadır. Şöyle ki genel kabul uyarınca hukukun üstünlüğü, dar ve geniş olmak üzere iki anlamda değerlendirilmektedir. Dar anlamda hukukun üstünlüğü, kırmızı ışık teorisine hakim olduğu üzere, idarenin hukuka bağlı kalacak şekilde hareket etmesi üzerine kuruludur<sup>38</sup>. Hukukun üstünlüğü anlayışı çerçevesinde idare, her türlü faaliyetinde hukuk kurallarına riayet etmelidir. Dar anlamda hukukun üstünlüğü anlayışı uyarınca, idarenin idare edilenlerin hak ve özgürlüklerini etkileyecek keyfi uygulamalarının önüne geçecek hukuksal güvenceler tesis edilmeli; bireyler idarenin “*insaf ve takdirine*” bırakılmamalıdır. Bu anlayış ışığında hukukun üstünlüğü kavramı, idarenin hukuk sınırları içerisinde kalmasını sağlayacak denetim mekanizmalarının hayata geçirilmesi gerekliliği etrafında şekillenmektedir<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Harlow and Rawlings (n 3) 31; Dilini Galanga, “Red Light and Green Light Theories: The United Kingdom and The Sri Lankan Experience” < [https://www.academia.edu/22207010/Red\\_Light\\_and\\_Green\\_Light\\_Theories\\_The\\_United\\_Kingdom\\_and\\_the\\_Sri\\_Lankan\\_Experience](https://www.academia.edu/22207010/Red_Light_and_Green_Light_Theories_The_United_Kingdom_and_the_Sri_Lankan_Experience)> Erişim Tarihi 10.09.2019.

<sup>35</sup> Atay (n 16) 11.

<sup>36</sup> Harlow and Rawlings (n 3) 36.

<sup>37</sup> Esparraga and Ellis-Jones (n 2) 10-11.

<sup>38</sup> Said Vakkas Gözlüğü, “Uluslararası Hukuk Boyutuyla Hukukun Üstünlüğü” (2013) XVII(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1423, 1431.

<sup>39</sup> ibid 1432.



Öte yandan geniş anlamda hukukun üstünlüğü ise, dar anlamda hukukun üstünlüğü anlayışının yanında, en başta devlete, değişen şartlar ve artan ihtiyaçlar neticesinde bireylere yüksek yaşam standartları sunacak tedbirleri hayata geçirme görevi yüklemektedir<sup>40</sup>. Dolayısıyla bu anlayış neticesinde devletin, hukukun üstünlüğünün sağlanması idealinden hareketle bir takım toplumsal fonksiyonlar üstlenmesi mecburiyeti ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere kırmızı ışık teorisi uyarınca devlet –daha özelden idare–, bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak adına “hukuk” ile denetim altında tutulmalıdır. Bahsi geçen denetimin özünü ise, mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirilen yargısal denetim oluşturmalıdır. Öyle ki kırmızı ışık teorisyenlerinin apolitik (“*apolitical*”), siyaset üstü (“*above politics*”), bağımsız (“*independent*”), tarafsız (“*impartial*”) ve nesnel (“*objective*”) gördükleri mahkemeler<sup>41</sup>, idare hukukunun ana kaynağı (“*the primary source of administrative law*”)<sup>42</sup> niteliğindedir. Buna karşılık yeşil ışık teorisinde “hukuk”, kötü yönetim uygulamalarını ortadan kaldırmadan öte, iyi yönetim uygulamalarını teşvik edip kolaylaştırma amacına hizmet etmelidir. Yeşil ışık teorisinde idare hukukunun rolü, denetimden ziyade, idari makamların bireylerin ihtiyaçlarının karşılanması görevini gereği gibi yerine getirebilmesine yardımcı olmaktır<sup>43</sup>.

Doktrinde kontrolün sağlanıp dengelerin korunması adına yargısal müdahalenin varlığı her iki teori için de haklı görülmele (“*justifiable*”) birlikte<sup>44</sup>, yargısal denetimin idare hukuku açısından oynadığı rol, kırmızı ve yeşil ışık teorileri arasındaki en önemli fark olarak dile getirilmektedir<sup>45</sup>. Gerçekten de kırmızı ışık teorisinde yargı, daha müdahaleci bir görüntü vermekte iken; yeşil ışık teorisinde yargı, daha az müdahaleci bir yaklaşım sergilemektedir<sup>46</sup>. Kırmızı ışık teorisi uyarınca idare hukukunun birincil ilgisi (“*prime concern*”), yürütme gücünü yargı makamları gibi resmi ve dış mekanizmalar (“*mechanisms*”) aracılığıyla kontrol altında tutmaktır. Söz konusu kontrolün işlevi, bireylerin hak ve özgürlüklerine kamu yararı adına yapılacak gereksiz müdahalelerin önlenmesini sağlamaktır<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> ibid 1432.

<sup>41</sup> Cora Hoexter, *Administrative Law in South Africa* (2nd edn, Claremont Juta 2012) 140’tan aktaran Petrus Jacobus Hermanus Maree, “Investigating an Alternative Administrative-Law System in South Africa” <<https://scholar.sun.ac.za>> Erişim Tarihi 12.09.2019.

<sup>42</sup> Brunet (n 1) 525-526.

<sup>43</sup> ibid 526.

<sup>44</sup> Galanga, “Red Light and Green Light Theories: The United Kingdom and The Sri Lankan Experience” <[https://www.academia.edu/22207010/Red\\_Light\\_and\\_Green\\_Light\\_Theories\\_The\\_United\\_Kingdom\\_and\\_the\\_Sri\\_Lankan\\_Experience](https://www.academia.edu/22207010/Red_Light_and_Green_Light_Theories_The_United_Kingdom_and_the_Sri_Lankan_Experience)> Erişim Tarihi 12.09.2019.

<sup>45</sup> Maree, “Investigating an Alternative Administrative-Law System in South Africa” <<https://scholar.sun.ac.za>> Erişim Tarihi 12.09.2019.

<sup>46</sup> Galanga, “Red Light and Green Light Theories: The United Kingdom and The Sri Lankan Experience” <[https://www.academia.edu/22207010/Red\\_Light\\_and\\_Green\\_Light\\_Theories\\_The\\_United\\_Kingdom\\_and\\_the\\_Sri\\_Lankan\\_Experience](https://www.academia.edu/22207010/Red_Light_and_Green_Light_Theories_The_United_Kingdom_and_the_Sri_Lankan_Experience)> Erişim Tarihi 12.09.2019.

<sup>47</sup> Peter Cane, “Theory and Values in Public Law” in Paul Craig and Richard Rawlings (eds), *Law and Administration in Europe: Essays in Honour of Carol Harlow* (Oxford University Press 2003) 9.

Buna karşılık yeşil ışık teorisinde idare hukukunun birincil ilgisi, hukukun kamu programlarının yürütülmesi ve hükümet politikalarının geliştirilmesi için işlevsel hale getirilmesidir. Bu konuda yeşil ışık teorisyenleri, özellikle idarenin kontrolü için tartışılabilir bir faaliyet (“*a questionable activity*”)<sup>48</sup> niteliğinde gördükleri yargısal denetim gibi dış mekanizmalara karşılık, iç kontrol mekanizmaları (şikayet ya da itiraz mekanizmaları gibi) ile siyasi kontrolü (parlamento denetimi gibi) öne çıkarmaktadır<sup>49</sup>. Yeşil ışık teorisi uyarınca rolleri sınırlandırılan mahkemelerin görevi, idarenin verimli çalışmasına yardımcı olmaktır<sup>50</sup>.

Modern devlet yapılanması sürecinde artan toplumsal ihtiyaçlar ile siyasal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler, devletin fonksiyonunu klasik “*pasif*” durumdan çıkararak “*aktif*” hale getirmiştir. Bu çerçevede tarihsel gelişim içerisinde devlet, çeşitli kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi hususunda aktif rol alır olmuştur. Özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren modern devletin yaşadığı dönüşümün bir yansıması olarak kurumsallaşan “sosyal devlet anlayışı”, devlete sosyal ve ekonomik haklar ile sosyal adaleti tesis etmek gibi önemli görevler yüklemiştir<sup>51</sup>. En geniş anlamda sosyal devlet<sup>52</sup>, “*sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir.*”

Bu kısım da yeşil ışık teorisi ile dikkat çekilen “bireylerin ihtiyaçlarının karşılanması konusunda devletin aktif rol oynaması gerekliliğinin” Türk Hukuku’ndaki yansımalarına bakmak yerinde olacaktır. Öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri arasında “*sosyal devlet*” de sayılmıştır. Bu ilkeye paralel şekilde Anayasa’nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri, “*Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” olarak belirlenmiştir. Yine Türk Hukuku özelinde yeşil ışık teorisinin ön plana çıkardığı bir başka husus olarak “yargı dışı denetim mekanizmalarına”, temelini Anayasa’nın 74. maddesinde bulan “*Kamu Denetçiliği Kurumu*” güzel bir örnek olarak sayılabilir<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Brunet (n 1) 526. Daha öteye giderek, yeşil ışık teorisyenlerinin mahkemeleri idari işleyişin verimliliğine bir engel (“*obstacle*”) olarak gördükleri de doktrinde dile getirilmektedir. Bkz. Harlow and Rawlings (n 3) 37; O’Fee (n 3) 151; Brunet (n 1) 526-527.

<sup>49</sup> Cane (n 47) 10; O’Fee (n 3) 150.

<sup>50</sup> Stott and Felix (n 7) 30; Tomkins (n 10) 159; Hancher and Ruete (n 3) 241.

<sup>51</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (9th edn, Savaş Yayınevi 2018) 118; Ali Tarık Gümüş, “Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü” (2010) 18(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 138.

<sup>52</sup> Anayasa Mahkemesi, 2009/93, 2011/73, 28.04.2011. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 2011/136, 2012/72, 17.05.2012; Anayasa Mahkemesi, 2006/111, 2006/112, 15.12.2006.

<sup>53</sup> *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*  
“VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı

Konuya ilişkin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda “hukuk devleti” ve “sosyal devlet” ilkeleri, devlet yapılanmasının vazgeçilmez temel prensipleri olarak kabul edilmekle birlikte, söz konusu ilkeler gördükleri işlev ve yöneldikleri öncelikli amaç bakımından farklı görüntü vermektedir. Hukuk devletinde daha ziyade idarenin hukuk sınırları içerisinde kalması sağlanarak bireyin hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlanmakta iken; sosyal devlette, herkesin mutluluğunun ve toplumsal refahın temini ön planda tutulmaktadır. Bir başka deyişle hukuk devletinde bireylerin hak ve özgürlükleri; sosyal devlette ise toplumun refahı garanti edilmektedir<sup>54</sup>. Hukuk devleti anlayışının özünü bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması adına kapsayıcı bir yargısal denetimin varlığı oluştururken; sosyal devlet anlayışı, kişilere esaslı sosyal haklar tanınmasını ve kamu gücünün planlı bir şekilde bu hakların hayata geçirilmesi için faaliyet göstermesini zorunlu kılmaktadır<sup>55</sup>. Zira “*sosyal devlet ilkesinin gerçekleştiricisi*”<sup>56</sup> ve insan onuruna yaraşır bir yaşamın güvencesi, topluma sunulacak hizmetler konusunda öncelikle görevli ve sorumlu olan idare teşkilatıdır.

Doktrinde, idare hukukunun hakim olduğu idari faaliyetlerin asıl konusunun, “*toplumun ve bireylerin günlük yaşamını sağlayan ve sürdüren idare işlevi*” olduğu söylenmektedir<sup>57</sup>. Benzer şekilde yeşil ışık teorisi de, özellikle dışarıdan müdahalelerin minimuma indirildiği halde idarenin en verimli şekilde faaliyet yürüteceği inancını esas alarak, idare hukukunun işlevinin devletin işleyişini kolaylaştırmak olduğunu söylemekte ve devletin –daha özelden idarenin– faaliyetleri için “ *faydacı (‘utilitarian’) yaklaşımın ışığında*” “*sosyal ve demokratik*” bir bakış açısı sunmaktadır<sup>58</sup>. Buna göre bireylerin ihtiyaçlarının karşılanıp memnuniyetlerinin artırılması adına devlet daha geniş rol üstlenmeli, bu nedenle de daha geniş yetkilere sahip olmalıdır. Yeşil ışık teorisi, kamu hizmetlerinin yerine getirilip geliştirilmesini amaçlayan politikaların destekleyicisidir<sup>59</sup>. Yeşil ışık teorisinde hukuk, kırmızı ışık teorisinde olduğu gibi iktidarı kontrol altında tutacak değil, kamu hizmetlerinin iyi işlemesine “*olanak tanıyacak bir araç (‘enabling tool’)*” olma özelliği gösteren “*faydalı bir silah (‘useful weapon’)*” olarak algılanmaktadır<sup>60</sup>.

**Madde 74 – (...)** Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikayetleri inceler.”

<sup>54</sup> Zafer Gören, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi” (1997) 14 Anayasa Yargısı Dergisi 93,118.

<sup>55</sup> Balta (n 21) 265-266.

<sup>56</sup> Çağlayan (n 24) 86.

<sup>57</sup> Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İÜHF Yayınları 1982) 21.

<sup>58</sup> Leyland (n 8) 207 ff.

<sup>59</sup> ibid 207.

<sup>60</sup> ‘Scope of Administrative Law’ <<https://www.abysinnialaw.com/online-resources/study-on-line/item /293-scope-of-administrative-law>> Erişim Tarihi 14.09.2019

### C. “Bir Buluşma Noktası” Olarak Sarı Işık Teorisi

Kırmızı ve yeşil ışık teorilerinin yanında “*bir buluşma noktası* (*‘a meeting point’*)<sup>61</sup>” olarak nitelenen üçüncü teori ise, “sarı ışık teorisi (*‘amber-light theory’*)”dır. Sarı ışık teorisi, tıpkı yeşil ışık teorisi gibi, iktidarın elinde bulundurduğu güce olumlu bir anlam yüklemekle birlikte, “*hesap verebilirlik* (*‘accountability’*)” konusunda yeşil ışık teorisinden farklı yönler vurgu yapmaktadır. Yeşil ışık teorisinde siyasal kurumlar, iktidarın gücünü sınırlandırmak için uygun mekanizmalar olarak yeterli görülürken; sarı ışık teorisinde iktidarın gücünü kullananlar üzerindeki demokratik ve siyasi kontrolleri desteklemek adına idare hukukuna ait ilke ve yöntemlerin geliştirilmesi gerekliliğinin üzerinde durulmaktadır. Yine yeşil ışık teorisinde siyasi ve demokratik mekanizmalara ayrıcalık tanınmasına karşın; sarı ışık teorisi (“*yellow-light theory*”), anılan mekanizmaların da kontrol edilmesine dikkat çekmektedir<sup>62</sup>.

Sarı ışık teorisinin temel gayesi, yargısal denetimin yanında demokratik ve siyasi kontrol mekanizmalarını etkin şekilde devreye sokabilmektir. Sarı ışık teorisinde kırmızı ışık teorisinin temelini oluşturan yargısal denetimin önemi inkar edilmemekle beraber, yargısal denetimin rolünün sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır. Zira toplumun artan ihtiyaçları karşısında yargının katı bir yaklaşım sergilemesi, genel hukuk ilkeleri ile idarenin etkin şekilde faaliyet göstererek bireylerin ihtiyaçlarını giderme görevini zayıflatabilecektir<sup>63</sup>. Temel olarak sarı ışık teorisinde, bir yandan kırmızı ışık teorisinde olduğu gibi yargısal denetimin önemine işaret edilmekte iken; öte yandan da yapılacak denetimlerin yeşil ışık teorisinin yöneldiği hedef olan bireylerin ihtiyaçlarının zamanında ve gereği gibi karşılanması amacı doğrultusunda dengelenmesinin altı çizilmektedir<sup>64</sup>.

### III. Değerlendirme ve Sonuç

Yukarıda ifade edildiği üzere idare hukukunun işlevine yönelik “trafik ışığı metaforu”, kendi içinde iki temel teoriyi barındırmaktadır. Teorilerden ilki olan kırmızı ışık teorisi, idarenin ve onun gücünün kontrolü, sınırlandırılması ve denetlenmesi üzerine kurulmaktadır. Söz konusu teori uyarınca idari makamlar, sosyal refah (“*social welfare*”) ya da ekonomik düzenlemeler (“*economic regulation*”) gibi etkin rol oynaması gereken konular hariç olacak şekilde, geleneksel savunma (“*the traditional fields of defence*”), güvenlik (“*security*”) ve kamu düzeni (“*public order*”) gibi sınırlı alanlarda faaliyetler yürütmelidir<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Leyland and Anthony (n 7) 9.

<sup>62</sup> Galanga, “Red Light and Green Light Theories: The United Kingdom and The Sri Lankan Experience” < [https://www.academia.edu/22207010/Red\\_Light\\_and\\_Green\\_Light\\_Theories\\_The\\_United\\_Kingdom\\_and\\_the\\_Sri\\_Lankan\\_Experience](https://www.academia.edu/22207010/Red_Light_and_Green_Light_Theories_The_United_Kingdom_and_the_Sri_Lankan_Experience)> Erişim Tarihi 14.09.2019.

<sup>63</sup> Galanga, “Red Light and Green Light Theories: The United Kingdom and The Sri Lankan Experience” < [https://www.academia.edu/22207010/Red\\_Light\\_and\\_Green\\_Light\\_Theories\\_The\\_United\\_Kingdom\\_and\\_the\\_Sri\\_Lankan\\_Experience](https://www.academia.edu/22207010/Red_Light_and_Green_Light_Theories_The_United_Kingdom_and_the_Sri_Lankan_Experience)> Erişim Tarihi 14.09.2019.

<sup>64</sup> Klaaren (n 10) 210.

<sup>65</sup> Stott and Felix (n 7) 29; Klaaren (n 10) 210.

Buna karşılık yeşil ışık teorisi, idari makamların gücüne ilişkin olumlu düşüncelere sahip olup, bu gücü, topluma fayda sağlayacak sosyal politikaları hayata geçirme aracı olarak görmektedir<sup>66</sup>. Öyleyse yeşil ışık teorisi, idare hukukunun idarenin gücünün kontrol altında tutulmasından ziyade, onun faaliyetlerinin kolaylaştırılması (“*facilitate*”) işlevini merkeze almaktadır<sup>67</sup>. Sonuç olarak idare hukuku, kırmızı ışık teorisinde idareyi sınırlandırıcı bir işlev görürken; yeşil ışık teorisinde idare hukuku, aktif şekilde faaliyette bulunma zorunluluğu bulunan idarenin bu faaliyetlerine yön vererek destekleyici bir işlev görmektedir.

Bugün idare üzerindeki iç ve dış kontrol mekanizmaları arasında idari ajanların görevlerini layıkıyla yapabilmeleri adına bir denge (“*balance*”) aranmakta olup<sup>68</sup>, idare hukukunun işlevine yönelik iki temel teori olan kırmızı ışık ile yeşil ışık teorilerini bir noktada birleştiren (“*convergence*”) sarı ışık teorisi gündeme gelmektedir. Esasen bahsi geçen teori, idare tarafından alınan sayısız karar üzerindeki denetimin gerekliliğini, iyi yönetim standartlarının belirlenmesi (“*setting good standards of administrative conduct*”), etkili karar alma (“*effective decision-taking*”), hesap verebilirlik (“*accountability*”) ve insan hakları (“*human rights*”) gibi hassas değerler ile birleştiren bir sentez (“*synthesis*”) olarak ortaya çıkmaktadır<sup>69</sup>.

İdari faaliyetlerin, hem kamu yararının sağlanması hem de söz konusu faaliyetlerden etkilenecek bireylerin korunması açısından idareyi yönlendirecek bir hukuki çerçeve içinde gerçekleşmesi gerektiği söylenmelidir. Ayrıca demokratik bir hukuk devletinde, idari faaliyetlerin hukuk kuralları ışığında gerçekleştirilmesinin yanında, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesinde de zorunluluk bulunmaktadır. Siyasal açıdan bakıldığında tarihsel süreçte parlamentoların kurulmasıyla başlayan demokratik yönetim anlayışı, yönetenlerin tüm işlem ve eylemlerinin denetime açık olması gerekliliğine dayanmaktadır. Burada parlamento denetimi, bağımsız kurum ve kuruluşlarca gerçekleştirilecek denetimler ile kamuoyu denetimi, demokratik yönetim anlayışı gereği öngörülen diğer denetim mekanizmaları arasında sayılabilir.

Çalışma boyunca yer verilen tespitler ışığında, kırmızı ışık teorisinin idare hukukunun işlevi açısından “*doğrudan ve yalnızca yargısal denetime odaklanarak idare hukukunun bireylere yarar faaliyetlere vermesi gereken katkıyı göz ardı etmesi*”; yeşil ışık teorisinin ise, “*hak ve özgürlüklerin korunmasının en önemli güvencesi olduğu gerçeğine karşılık yargı denetimine gerekli önemi vermeyip, daha da ötesinde mahkemeleri idari işleyişin verimliliğine engel olarak görmesi*”, anılan teorilerin tartışma yaratacak yönleri olarak sıralanabilir. Kanaatimizce Türk İdare

<sup>66</sup> Klaaren (n 10) 210.

<sup>67</sup> Stott and Felix (n 7) 32.

<sup>68</sup> Leyland and Anthony (n 7) 9-10.

<sup>69</sup> ibid 10.

Hukuku açısından ideal durumun ortaya konulabilme çabası içerisindeki hassas nokta, modern devlet anlayışı ışığında bahsi geçen kırmızı ve yeşil ışık teorilerinin üzerine kuruldukları temelleri incelemeye tabi tutarak, bu teorilere dayanak oluşturan hususları doğru şekilde kaynaştırabilmektir.

Konuya ilişkin öncelikle, kırmızı ışık teorisine hakim olduğu görülen “*hukuk devleti – hukuka bağlı idare*” ilkesi ile yeşil ışık teorisinin ön plana çıkardığı gözlemlenen “*sosyal devlet – aktif idare*” ilkesi arasındaki yakın ilişkiye dikkat çekilmelidir. Şöyle ki, bireyin kazanımlarda pay sahibi olarak kabul edildiği, toplumsal gereklerin karşılanması yönünde hızlı ve etkili davranış sergilendiği bir düzen, sosyal devlet olmanın bir gereğidir. Bunun yanında bireylerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin korunarak adaletin sağlandığı bir düzenin yerleştirilmesi de devlet gücünün kötüye kullanılmasının engellenmesi açısından ayrıca önem arz etmektedir.

Hukuk devleti ile sosyal devlet arasındaki ilişkiye yönelik söylenmelidir ki, hukuk devletinin vazgeçilmez unsuru olarak adaletin sağlanması, “*sosyal*” niteliğe haiz olmayan bir devlette temelden yoksun kalacaktır<sup>70</sup>. Yine hukuk devletinin ancak ve aynı zamanda sosyal devlet ile anlam kazanacağı tespitinden yola çıkarak<sup>71</sup>, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda devlet için yapılan “*sosyal hukuk devleti*” nitelendirmesi de, hukuk devleti ile sosyal devlete ait unsurların bir devlet yapılanmasında bir bütünün parçalarını teşkil ettiğini göstermektedir. Buradan hareketle, sosyal hukuk devletinin hayata geçirilmesi suretiyle bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunarak demokratik kalkınmanın gerçekleştirilmesinde idare hukukunun yerinin ve rolünün altı önemle çizilmelidir<sup>72</sup>.

Buna göre ideal idare hukuku sistemi, bir yandan üstün hak ve yetkilere sahip idareyi denetim mekanizmaları vasıtasıyla hukuk sınırları içerisinde tutarak birey hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınmasını sağlayacak; diğer yandan mevcut toplumsal ihtiyaçların gereği gibi karşılanmasına, sosyal uyumsuzlukların akılcı şekilde çözümlenmesine, bireylerin ya da kitlelerin çatışan menfaatlerinin dengelenmesine ve dezavantajlı grupların korunmasına katkı sunacak bir işleve haiz olmalıdır. Böylece idare hukuku, sayılan amaçlara ulaşılabilmesi için idareye yol haritası olmalı, ona bir perspektif sunmalıdır.

Ayrıca iyi bir idari işleyiş ve yapı, yasama organları tarafından konulup yargı organları tarafından denetlenen hukuk kurallarının ışığı altında ortaya çıkarılabilir. Bu noktada kamu yararını sağlayacak kurallar bütünü olan idare hukukunun kendisinden beklenen işlevi gerçekleştirebilmesi için ne yasama ne de yargı organlarının verecekleri katkı yadsınmaz. Anılan katkılarla daha da gelişecek idare hukukunun birbirinden

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesi, 1984/9, 1985/4, 18.02.1985.

<sup>71</sup> Gören (n 54) 132.

<sup>72</sup> Duran (n 57) 19.

ayrılmaz iki işlevinin ise, idarenin “aşırılıklarının (*‘excess’*) önlenmesi” ve “iyi yönetişimin (*‘good governance’*) desteklenerek hizmetlerin gereği gibi yürütülmesine katkı sunulması” olduğu söylenebilir<sup>73</sup>. Dolayısıyla bir idari sistemde, idare hukukunun belirtilen her iki işlevine yönelik somut işaretler bulunmalıdır. Buradan yola çıkarak, modern devletin ortaya çıkmasına paralel şekilde değişip gelişen bir idari sistemde artık “ışıkların sarıda birleşmesi (*‘the lights now converge at amber’*)” gerektiği doktrinde ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Kanaatimizce de idare hukukunun işlevine yönelik temel doğrunun, salt kırmızı ya da yeşil ışık teorilerinden ziyade; “*mevcut iki trafik ışığı metaforunun bir karması (‘a hybrid of the two existing traffic-light metaphors’)*”<sup>75</sup> olan sarı ışık teorisinde aranması gerektiğini söylemek isabetli olacaktır.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

---

<sup>73</sup> Aynı yönde olarak bkz. Mrs. Sridivhya Jayakumar, “Administrative Law in India-The Fire Fighting and The Fire Watching Functions” (2011) IV(2) Law Quest 81, 82.

<sup>74</sup> Leyland (n 8) 205. Ayrıca bkz. Leyland and Anthony (n 7) 9-10.

<sup>75</sup> Galanga, “Red Light and Green Light Theories: The United Kingdom and The Sri Lankan Experience” < [https://www.academia.edu/22207010/Red\\_Light\\_and\\_Green\\_Light\\_Theories\\_The\\_United\\_Kingdom\\_and\\_the\\_Sri\\_Lankan\\_Experience](https://www.academia.edu/22207010/Red_Light_and_Green_Light_Theories_The_United_Kingdom_and_the_Sri_Lankan_Experience) > Erişim Tarihi 14.09.2019.

## Bibliyografya/Bibliography

- Akyılmaz B, Sezginer M and Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (9th edn, Savaş Yayınevi 2018).
- Alan N, “Demokratik Hukuk Devleti ve Anayasa” (2003) 58(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 1-9.
- Aronson M and Groves M, *Judicial Review of Administrative Action* (5th edn, Pyrmont Lawbook Co.-Thomson Reuters 2013).
- Atay EE, “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu” (2014) 1 Ombudsman Akademik 1-30.
- Balta TB, Çev. Turgut T, “Türkiye’de İdare Hukuku ve İdare Bilimi” (1967) 22(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 261-266.
- Brunet E, “A New Breed of Law Book?” (1985) 2 Duke Law Journal 523-539.
- C. Aman Jr. A, “Administrative Law in Global Era: Progress Deregulatory Change and the Rise of the Administrative Presidency” (1988) 73(6) Cornell Law Review 1101-1247.
- Cane P, “Theory and Values in Public Law” in Paul Craig and Richard Rawlings (eds), *Law and Administration in Europe: Essays in Honour of Carol Harlow* (Oxford University Press 2003) 3-23.
- Coggon J, Syrett K and Viens AM, *Public Health Law: Ethics, Governance and Regulation* (Routledge 2017).
- Craig P, “Theory and Values in Public Law: A Response” in Paul Craig and Richard Rawlings (eds), *Law and Administration in Europe: Essays in Honour of Carol Harlow* (Oxford University Press 2003) 23-47.
- Çağlayan R, *İdare Hukuku Dersleri* (5th edn, Adalet Yayınevi 2017).
- Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları* (İÜHF Yayınları 1982).
- Esparraga F and Ellis-Jones I, *Administrative Law Guidebook* (2nd edn, Oxford University Press 2016).
- Galanga D, “Red Light and Green Light Theories: The United Kingdom and The Sri Lankan Experience” <[https://www.academia.edu/22207010/Red\\_Light\\_and\\_Green\\_Light\\_Theories\\_The\\_United\\_Kingdom\\_and\\_the\\_Sri\\_Lankan\\_Experience](https://www.academia.edu/22207010/Red_Light_and_Green_Light_Theories_The_United_Kingdom_and_the_Sri_Lankan_Experience)>.
- Goldring J, “Administrative Law: Teaching and Practice” (1986) 15 Melbourne University Law Review 489-507.
- Gören Z, “Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi” (1997) 14 Anayasa Yargısı Dergisi 93-153.
- Gözler K, *İdare Hukuku C.I* (3rd edn, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019).
- Gözlügül SV, “Uluslararası Hukuk Boyutuyla Hukukun Üstünlüğü” (2013) XVII(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1423-1453.
- Gümüş AT, “Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü” (2010) 18(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-158.
- Hancher L and Ruete M, “Forever Amber?” (1985) 48(2) The Modern Law Review 236-243.
- Harlow C and Rawlings R, *Law and Administration* (3rd edn, Cambridge University Press 2009).
- Jayakumar S, “Administrative Law in India-The Fire Fighting and The Fire Watching Functions” (2011) IV(2) Law Quest 81-90.
- Kalabalık H, *İdare Hukuku Dersleri C.I* (5th edn, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Karayalçın Y, “Hukukun Üstünlüğü (Kavram – Bazı Problemler)” in Hayrettin Ökçesiz (eds), *Hukuk Devleti* (AFA Yayıncılık 1998).



- Klaaren J, “Red Light, Green Light” (1999) 15 SAJHR 209-217.
- Leyland P and Anthony G, *Textbook on Administrative Law* (7th edn, Oxford University Press 2013).
- Leyland P, *The Constitution of The United Kingdom-A Contextual Analysis* (3rd edn, Oregon Hart Publishing 2016).
- Maree PJH, “Investigating an Alternative Administrative-Law System in South Africa” <<https://scholar.sun.ac.za>>.
- O’Fee C, “A New Perspective on The Public-Private Divide? Justiciability of Government Contracting Decisions Following Ririnui and Problem Gambling” 49(1) VUWLR 133-155.
- Özay İH, *Günışığında Yönetim* (3rd edn, Filiz Kitabevi 2017).
- Rubenstein DS, “Relative Checks: Towards Optimal Control of Administrative Power” (2010) 51(6) William&Mary Law Review 2169-2241.
- Scope of Administrative Law, <<https://www.abysinnialaw.com/online-resources/study-on-line/item/293-scope-of-administrative-law>>.
- Stott D and Felix A, *Principles of Administrative Law* (Cavendish Publishing Limited 1997).
- Şen M, “İdarenin Yargısal Denetiminin Sınırlarına İlişkin Modeller” (2013) XVII(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1623-1641.
- Taggart M, “Prolegomenon to an Intellectual History of Administrative Law in the Twentieth Century: The Case of John Willis and Canadian Administrative Law” (2005) 43(3) Osgoode Hall Law Journal 223-267.
- Taggart M, “Reinvented Government, Traffic Lights and The Convergence of Public and Private Law” (1999) Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration PL124.
- Tomkins A, “In Defence of The Political Constitution” (2002) 22(1) Oxford Journal of Legal Studies 157-175.



## İSTANBUL HUKUK MECMUASI YAYIN İLKELERİ

### PUBLICATION PRINCIPLES OF ISTANBUL LAW REVIEW

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Haziran ve Aralık) olarak yayımlanır.

*Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published biannually (in January and in June) and indexed by ESCI and ULAKBİM.*

2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

*The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.*

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

*Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review, in order to be corrected within the frame of principles. Extraordinary clerical errors and not being compatible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the Editorial Board. Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected.*

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

*Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, ORCID numbers, phone number and e-mail address.*

5. Mecmua’nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Yazının başlığının Türkçe ve İngilizce çevirisi ile en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Türkçe makalelerde, çalışmanın kapsamını, amacını, ulaşılan sonuçları ve kullanılan yöntemi kaydeden 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır.

*The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. Title, abstract which consists of 150 to 200 words and five key words must be added to the paper in Turkish and English languages. In the articles submitted in Turkish language, there must be an extended abstract only in English between 600-800 words, summarizing the scope, the purpose, the results of the study and the methodology used.*

6. İstanbul Hukuk Mecmuası, metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için OSCOLA kaynak sitilinin 4. edisyonunu benimser. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir.

*Istanbul Law Review complies with OSCOLA style 4th Edition for referencing and quoting. The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.*

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

*Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e- mail address.*

8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

*The article should contain a bibliography consisting of the sources used in the article at the end and references need to be arranged in alphabetical order of the authors' surnames.*

9. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, dijital, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

*To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.*

10. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra kabul edilen dillerde çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakati da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.

*Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.*

11. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların [iuhfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:iuhfdergiler@istanbul.edu.tr) e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) gönderilmesi gerekmektedir.

*In order to submit a paper to be published, it should be sent to [iuhfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:iuhfdergiler@istanbul.edu.tr) in Microsoft Word (\*.doc, \*.docx) file type.*

12. Kurallar dâhilinde dergimize yayınlanmak üzere gönderilen çalışmaların her türlü sorumluluğu yazar/yazarlarına aittir.

*The responsibility arising from the papers submitted to our journal for publication, belongs to the author(s).*