

# SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*Selçuk Law Review*



Cilt  
Volume  
28

Sayı  
Number  
3

Yıl  
Year  
2020



# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

## Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye  
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

## Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law  
Dekan | Dean  
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN  
sustun@selcuk.edu.tr

## Editörler | Editors

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL

mehmetakcaal@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

erdogan-kemal@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

pasaogluozge@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af\_kaynak@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT

bessir@live.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Zeynep TANYERİ

zeynep-tanyeri@outlook.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Övünç GÜVEL

ovunc\_guvel@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK

ahmettalhatetik@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia MACİT

rabiamacit26@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

## Yayın Kurulu | Editorial Board

**Prof. Dr. Andreas Spickhoff**

Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-  
Universität Munich (Germany)

**Prof. Dr. Petra Butler**

Faculty of Law, Victoria University of  
Wellington (New Zealand)

**Prof. Dr. Shobhalata Udupudi**

Gujarat National Law University (India)

**Prof. Dr. Furqan Ahmad**

The Indian Law Institute (India)

**Prof. Dr. Maleka Femida Cassim**

Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina**

Faculty of Law, Kazan Federal University  
(Kazan)

**Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer**

Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu**

Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. George A. Bermann**

School of Law, Columbia University (USA)

**Prof. Dr. Venkata Rao**

National Law School, India University (India)

**Prof. Dr. Sheela Rai**

National Law School, University Odisha  
(India)

**Prof. Dr. Koos Malan**

Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko**

Faculty of Law, University of Johannesburg  
(South Africa)

**Asst. Prof. Monika Tomaszewska**

Faculty of Law and Administration,  
University of Opole (Poland)

**Prof. Dr. Berrin Akbulut**

Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün**

Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

## Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

**Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk**  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Mustafa Aksu**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Ramazan Arslan**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Murat Aydoğdu**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu**  
Faculty of Law, İstanbul Aydın University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hayrettin Çağlar**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Abdullah Dinçkol**  
Faculty of Law, Doğuş University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Ali Erten**  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara Turkey

**Prof. Dr. Kadir Emre Gökyaıla**  
Faculty of Law, Bahçeşehir University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hüseyin Hatemi**  
Faculty of Law, İstanbul Comm. University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Arslan Kaya**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. M. Turgut Öz**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İzzet Özgenc**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Mustafa Akkaya**  
Faculty of Law, East. Mediterranean University  
Famagusta, North Cyprus

**Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay**  
Faculty of Law, Antalya Bilim University  
Antalya, Turkey

**Prof. Dr. Ömer Anayurt**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Murat Atalı**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Rıza Ayhan**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Halil Cin**  
Faculty of Law, Ufuk University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Serkan Çınarlı**  
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Fikret Eren**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Fethi Gedikli**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Aydın Gülan**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Yusuf Karakoç**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Özbay**  
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University  
Tokat, Turkey

**Prof. Dr. Oğuz Sancakdar**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Soyaslan**  
Faculty of Law, Çankaya University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Cumhuri Şahin**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Şenyüz**  
Faculty of Law, Uludağ University  
Bursa, Turkey

**Prof. Dr. M. Fatih Uşan**  
Faculty of Law, Ankara Y.B. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Ünal**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Hakan Üzeltürk**  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Faruk Bilir**  
Personal Data Protection Authority  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara Turkey

**Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Leyla Ateş**  
Faculty of Law, Altınbaş University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Ayhan Döner**  
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University  
Erzincan, Turkey

**Doç. Dr. Nuran Koyuncu**  
Faculty of Law, N.E. University  
Konya, Turkey

**Doç. Dr. Ayhan Tekinsoy**  
Faculty of Law, Ankara University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Subaşı**  
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Cemal Şanlı**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Uluşan**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Sevilay Uzunallı**  
Faculty of Law, Yaşar University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Yener Ünver**  
Faculty of Law, Özyeğin University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Üzülmöz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Cevdet Yavuz**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Ejder Yılmaz**  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Zekeriyya Arı**  
Faculty of Law, Bursa Uludağ University  
Bursa, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük**  
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University  
Tekirdağ, Turkey

**Doç. Dr. A. Kürşat Ersöz**  
Faculty of Law, Akdeniz University  
Antalya, Turkey

**Doç. Dr. Abdurrahman Savaş**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

### Hakkında

**Amacı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

**Kapsamı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda üç kez (Nisan, Temmuz ve Aralık) elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan, hakemli bir uluslararası dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

**Kısaltma:** Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

### About

**Aim:** Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

**Scope:** Selçuk Law Review is a peer-reviewed international review which is scanned by ULAKBİM TR Index in terms of the Academic Incentive Allowance, published in electronic media and printed three times a year in April, July and December. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

**Abbreviation:** SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

### Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

[selcuk.edu.tr/hukuk/tr](http://selcuk.edu.tr/hukuk/tr) & [dergipark.org.tr/suhfd](http://dergipark.org.tr/suhfd)

[hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr)

### Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 [selcukbasimevi@gmail.com](mailto:selcukbasimevi@gmail.com)

Basım Tarihi: Aralık 2020

Publication Date: December 2020

## İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren <b>TR DİZİN</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>TR DİZİN</b> since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>ERIHPLUS</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>ERIHPLUS</b> since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>EuroPub Index</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>EuroPub Index</b> since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>DOAJ</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>DOAJ</b> since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>HeinOnline</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>HeinOnline</b> since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren <b>Asos Academia Social Science Index</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Asos Academia Social Science Index</b> since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>SOBİAD</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>SOBİAD</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Google Scholar</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Google Scholar</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Crossref</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Crossref</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>OpenAIRE</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>OpenAIRE</b> since 2017.



## Yayın İlkeleri

### Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte \* işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satır özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 aslı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

## Publication Principles

### Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the \* sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


#### Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, "DergiPark" üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar "DergiPark" sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

#### Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20'ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


#### Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DergiPark". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DergiPark" system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

#### Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

#### **Makale Düzeltme Aşaması**

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### **Dergi Dizgi Aşaması**

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Aralık 2020 (Cilt: 28 S: 3) sayısı için azami yirmi makale yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

#### **Process of the Article Correction**

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### **Process of the Review Typographic**

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum twenty articles can be published in December 2020 issue (Vol: 28 No: 3).



## 2020 YILI HAKEM LİSTESİ

Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK  
Prof. Dr. Şahin AKINCI  
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL  
Prof. Dr. Halil AKKANAT  
Prof. Dr. Mustafa AKSU  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT  
Prof. Dr. İbrahim AŞIK  
Prof. Dr. Leyla ATEŞ  
Prof. Dr. Rıza AYHAN  
Prof. Dr. Herdem BELEN  
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Prof. Dr. Osman CAN  
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ  
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR  
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN  
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI  
Prof. Dr. Serkan ÇINARLI  
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ  
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL  
Prof. Dr. İlyas DOĞAN  
Prof. Dr. Murat DOĞAN  
Prof. Dr. A. Işıl ERGÜVENÇ  
Prof. Dr. Emre ESEN  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
Prof. Dr. H. Burak GEMALMAZ  
Prof. Dr. Mahmut GÖÇER  
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA  
Prof. Dr. Serdar GÜLENER  
Prof. Dr. Hakan HAKERİ  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ  
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ  
Prof. Dr. Cemil KAYA  
Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA  
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ  
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL  
Prof. Dr. Yüksel METİN  
Prof. Dr. Haluk Nami NOMER  
Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ  
Prof. Dr. Arzu OĞUZ  
Prof. Dr. Ali Necip ORTAN  
Prof. Dr. M. Turgut ÖZ  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY  
Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK  
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR  
Prof. Dr. Çağlar ÖZEL  
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ  
Prof. Dr. H. Özden ÖZKAYA FERENDECI  
Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK  
Prof. Dr. Kamuran REÇBER  
Prof. Dr. İkbal Sibel SAFİ  
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER  
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN  
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ  
Prof. Dr. Fatma TAŞDEMİR  
Prof. Dr. Müjgan TUNÇ YÜCEL  
Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. Ali ULUSOY  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN  
Prof. Dr. Oktay UYGUN  
Prof. Dr. Gülriz UYGUR  
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI  
Prof. Dr. Yener ÜNVER

Prof. Dr. Murat YAVAŞ  
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ  
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK  
Prof. Dr. Nevhis Deren YILDIRIM  
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM  
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ  
Prof. Dr. Ejder YILMAZ  
Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE  
Doç. Dr. Ali İbrahim AKKUTAY  
Doç. Dr. Hüseyin Can AKSOY  
Doç. Dr. Bülent ALGAN  
Doç. Dr. Süheyla Suzan ALICA  
Doç. Dr. Ömer ARBEK  
Doç. Dr. Kudret ASLAN  
Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY  
Doç. Dr. Sinan BAYINDIR  
Doç. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR  
Doç. Dr. Ömer ÇINAR  
Doç. Dr. H. Reyhan DEMİRCİOĞLU  
Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN  
Doç. Dr. Ali EKİN  
Doç. Dr. Atila ERKAL  
Doç. Dr. İbrahim ERMENEK  
Doç. Dr. Uğur ERSOY  
Doç. Dr. Kürşat ERSÖZ  
Doç. Dr. Ali Fuat GÖKÇE  
Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ  
Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU  
Doç. Dr. Damla GÜRPINAR  
Doç. Dr. Hakan KARAKEHYA  
Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU  
Doç. Dr. Dilşad KESKİN

Doç. Dr. Aslı MAKARACI BAŞAK  
Doç. Dr. Sabahattin NAL  
Doç. Dr. Güneş OKUYUCU ERGÜN  
Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN  
Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK  
Doç. Dr. Murat Serhat SARISÖZEN  
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ  
Doç. Dr. Turan ŞAHİN  
Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY  
Doç. Dr. Murat TOPUZ  
Doç. Dr. Elif UZUN  
Doç. Dr. Umut YENİOCAK  
Doç. Dr. Bilgehan YEŞİLOVA  
Doç. Dr. Dilşat YILMAZ  
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ  
Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI

Dr. Öğr. Üyesi Sinan Sami AKKURT  
Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN  
Dr. Öğr. Üyesi Nurşen AYAN  
Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ  
Dr. Öğr. Üyesi Gökçe ÇATALOLUK  
Dr. Öğr. Üyesi Serkan EKİZ  
Dr. Öğr. Üyesi Çınar Can EVREN  
Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat KARAUZ  
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR  
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN  
Dr. Öğr. Üyesi Sinan SEÇKİN  
Dr. Öğr. Üyesi Özgür TEMİZ  
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU



**İçindekiler**  
**Table of Contents**

**Araştırma Makaleleri**

**ResearchArticles**

- MARKALARIN KAPSADIĞI ÜRÜNLER ARASINDAKİ BENZERLİK İNCELEMESİNDE LİSANS UYGULAMALARININ ROLÜ** 887-911  
The Role of Licensing Practices in the Examination of the Similarity of the Products Covered by the Trademarks  
Pelin KARAASLAN
- ENSURING THE PROTECTION ON MATRIMONIAL HOME: SHOULD THE PRINCIPLES ESTABLISHED UNDER ENGLISH LAW BE INTRODUCED INTO TURKISH LAW?** 913-940  
Aile Konutunun Korunmasının Güçlendirilmesi: İngiliz Hukuku'nda Düzenlenen Kurallar Türk Hukuku'nda Uygulanmalı Mı?  
Berrak GENÇ
- SPOR KULÜPLERİNİN ÖZEL MÜZELERİNDE YER ALAN KÜLTÜR VARLIĞI NİTELİĞİNDEKİ MALLARININ HACZİ** 941-963  
Seizure of Cultural Properties of Sports Clubs Exhibited in Their Private Museums  
Vildan PEKSÖZ
- CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YASAMA YETKİSİNİN DEVREDİLMEZLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ** 965-1003  
In Presidential Government System Evaluation of Presidential Decrees in The Context of the Principle of Non-Transferability of Legislative Authority  
Bayram DOĞAN
- TERDİTLİ DAVADA YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİ** 1005-1026  
Litigation Costs and Fees in Alternative Pleading Case  
Cumhur RÜZGARESEN

- İFLÂS DAVASININ ARABULUCULUĞA  
ELVERİŞLİ VE DAVA ŞARTI  
ARABULUCULUK KAPSAMINDA OLUP  
OLMADIĞI ÜZERİNE** 1027-1059  
An Analysis of Whether The Bankruptcy Litigation Is Eligible To  
Mediation (and Subject To Mandatory Mediation) or Not To  
Barış TORAMAN
- ÖZEL OKULLAR İLE ÖZEL ÖĞRENCİ YURT VE BENZERİ  
KURUMLARIN TAŞINIR VE TAŞINMAZ MALLARININ  
HACZİ: İİK M. 362/A HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ** 1061-1082  
Attachment of Movable and Immovable Goods of Private Schools  
and Private Student Dormitories and Similar Institutions: an  
Evaluation of Article 362/a of Code of Enforcement and  
Bankruptcy  
Anıl KÖROĞLU – Mihail Bora KAPLAN
- TÜRKİYE’DE TAHKİMDE İSLAM HUKUKU KURALLARI  
UYGULANABİLİR Mİ?** 1083-1130  
Can Islamic Law Rules Be Applicable to in Arbitration in Turkey?  
İbrahim ÜLKER
- SEÇİMLİK BORCUN İFA VE İCRASI** 1111-1144  
Performance and Execution of Alternative Obligation  
Aslı ARAS
- LİMİTED ŞİRKET PAY DEVİR SÖZLEŞMESİNDEKİ CEZA  
KOŞULUNUN TENKİSİ** 1145-1179  
Reduction of The Penal Clause Within Transfer of Shares Contract  
in Limited Liability Company  
Abdulkerim YILDIRIM – Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL
- TÜKETİCİNİN KİŞİSEL VERİSİNİN İŞLENMESİNDE AÇIK  
RIZA** 1181-1215  
Explicit Consent in The Processing of Personal Data of Real  
Person Consumers  
Yıldırım KESER

- TÜRK HUKUKUNDA KORUYUCU AİLE SÖZLEŞMESİ VE KORUYUCU AİLE İLE ÇOCUK ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ** 1217-1261  
The Foster Care Contract under Turkish Law and an Evaluation of The Legal Relationship Between The Foster Parents and The Foster Child  
Ayşe Nur KILINÇ
- OMBUDSMANLIK VE AVRUPA BİRLİĞİ OMBUDSMANI** 1263-1302  
Ombudsman and European Union Ombudsman  
Ahmet Ziya ÇALIŞKAN
- ROBERT ALEXY'NİN DOĞRULUK ARGÜMANININ DEĞERLENDİRMESİ** 1303-1341  
The Evaluation of Robert Alexy's Argument From Correctness  
Engin ARIKAN
- TÜRK İŞ HUKUKUNDA ZORLAYICI NEDEN KAPSAMINDA YENİ KORONAVİRÜS SALGINININ DEĞERLENDİRİLMESİ** 1343-1382  
Evaluation of the New Coronavirus Outbreak in Respect to Compelling Reason in Turkish Labor Law  
Çiğdem YORULMAZ
- CEZA MUHAKEMESİNDE ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN YAKINLARININ TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI – KAPSAMI, KOŞULLARI VE SONUÇLARI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME** 1383-1427  
An Evaluation About Contents, Terms and Consequences of Right to Refusal to Testify in Criminal Procedure Law  
Faruk TURHAN
- KAMU HUKUKU AÇISINDAN OTOKRATİK YÖNETİM - GAYRİŞAHSİ DEVLET İKTİDARI İLİŞKİSİ VE 'STAATSGEWALT' KAVRAMI** 1429-1464  
The Autocratic Rule - Impersonal State Power Relation and the Concept of 'Staatsgewalt' in Terms of Public Law  
Ulaş KARADAĞ

**YARGITAY KARARLARI EŞLİĞİNDE TÜKETİCİ 1465-1505**  
**SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARIN**  
**DENETİMİ**

Audit of Unfair Terms in Consumer Contracts Accompanied by  
the Decisions of Supreme Court  
Zeynep ÖZCAN – Ali TÜRK

**YARGITAY UYGULAMASI IŞIĞINDA KISMİ DAVAYA 1507-1543**  
**İLİŞKİN BAZI SORUNLAR**

Some Problems About Partial Action in Light of Jurisprudence  
İdil TUNCER KAZANCI

**İZMİR BAKIRÇAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 1545-1598**  
**EĞİTİMİNE KATKI SAĞLAMAK AMACIYLA STAJYER**  
**AVUKAT EĞİTİMİ VEREN AVUKATLARA YAPILAN**  
**ANKET SONUÇLARININ ANALİZİ**

Analysis of The Survey Results of Lawyers Providing Training  
For Trainee Solicitors To Contribute To Izmir Bakircay University  
Law Faculty Education  
Serkan ÇINARLI  
Anıl ÇAMYAMAÇ  
Ahmet Mert DUYGUN  
Veysel Candan CANOĞLU  
Kerim AZAK

**Araştırma Makaleleri**  
**Research Articles**





## MARKALARIN KAPSADIĞI ÜRÜNLER ARASINDAKİ BENZERLİK İNCELEMESİNDE LİSANS UYGULAMALARININ ROLÜ

Dr. Öğr. Üyesi Pelin KARAASLAN\*

### Öz

İki marka arasında karıştırılma ihtimali olup olmadığı değerlendirilirken göz önünde tutulan hususlardan biri, bu markaların kapsadığı ürünler arasındaki benzerlik derecesidir. Benzerlik arttıkça karıştırılma ihtimali güçlenebilir. Karıştırılma ihtimali yalnızca uyuşmazlık konusu markaların aynı işletmeye ait sayılması halinde ortaya çıkmaz; markaların birbirleri ile ekonomik bağlantı halinde bulunan işletmelere ait olduğu yanlışlığı da karıştırılma ihtimali yaratır. İşletmeler arasında ekonomik bağlantının lisans sözleşmesi aracılığıyla da kurulabileceği dikkate alındığında, değerlendirmeye konu olan ürünler bakımından karşılaşılan yaygın lisans uygulamalarının, ürün benzerliği incelemesinde gözetilecek faktörlerden biri olup olmadığı sorusu akla gelir.

Bu çalışmada, salt imaj transferine dayalı lisanslama faaliyetlerinin ürün benzerliği ile ilişkili faktörlerin dışında tutulmasını gerektiği; teknoloji/bilgi transferine dayalı lisans sistemlerinin ise ürün benzerliğini sağlayabilecek nitelikte olduğu açıklanmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Karıştırılma Tehlikesi • Ürün Benzerliği • Marka Lisans Sözleşmeleri • İmaj Transferi • Know-How Transferi

\* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Asst. Prof., Anadolu University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Eskişehir, Turkey.

✉ pgkaraaslan@gmail.com • ORCID 0000-0001-5695-192X

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KARAASLAN Pelin, "Markaların Kapsadığı Ürünler Arasındaki Benzerlik İncelemesinde Lisans Uygulamalarının Rolü", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 887-911.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE ROLE OF LICENSING PRACTICES IN THE EXAMINATION OF THE SIMILARITY OF THE PRODUCTS COVERED BY THE TRADEMARKS

### Abstract

One of the factors considered in assessing the likelihood of confusion between two trademarks is the degree of similarity between the products covered by those trademarks. The risk of confusion increases the more the products are similar. The likelihood of confusion arises not only when its mistakenly assumed that the trademarks concerned originate from the same undertaking but also when the mistaken assumption relates to the existence of an economic link between the undertakings. Considering that the economic relationship can also be established through the licensing, the question arises whether the licensing practices known for the products subject to evaluation are one of the factors to be considered in the product similarity examination.

This study explains that image-related licensing activities must be kept apart from the factors related to the similarity of the products, whereas license systems based on technology/knowledge transfer are capable of ensuring product similarity.

### Key Words

Likelihood of Confusion • Product Similarity • Trademark Licensing Agreement • Image Transfer • Know-How Transfer

## I. GİRİŞ

Markalar soyut değil, belirli ürün ya da ürünlerle<sup>1</sup> ilişkili olarak tescil edilirler. Tanınmış markalar<sup>2</sup> bir kenara bırakılacak olursa tescilli

<sup>1</sup> Bu çalışma kapsamında “ürün”, marka mevzuatında yer alan “mal ve/veya hizmet” ifadesine karşılık gelmek üzere kullanılmıştır. Okuma kolaylığı sağlanması adına izlediğimiz bu yol, daha önce başka yazarlarca da tercih edilmiştir. Bu bağlamda bkz. PASLI, Ali, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği*, İstanbul 2018.

<sup>2</sup> Tanınmış marka kavramı ve ölçütlerine ilişkin olarak bkz. OĞUZ, Arzu, “Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S.140, 2018, s. 38; ayrıca bkz. TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 411; ŞENOCAK, Kemal, “Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması - 556 sayılı KHK m. 8/IV” (*Tanınmış Marka*), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.25, S.2, 2009, s. 138 vd.; YA-SAMAN, Hamdi, “Tanınmış Marka ile İlgili Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1, 2005, s. 213 vd.. Tanınmış markanın, mevzuatta düzenlenen şartların varlığı halinde farklı mal ve hizmetler yönünden de korunabileceğine dair açıklamalara çalışmanın ileriki safhasında yer verilmiştir.



marka sahibine, tescil kapsamına giren ürünler ya da bunların benzerleri yönünden koruma sağlar<sup>3</sup>. Önceden tescil edilmiş bir markanın aynısını veya benzerini tescil ettirecek ya da kullanacak olan kimse, bunu kural olarak farklı türden ürünler için yapmalıdır.

Markanın sağladığı korumanın, tescil konusu ürünler ile sınırlı kalmayıp benzerlerine de intikal etmesinin sebebi, kanun koyucunun tescilli markaları karıştırılma ihtimaline karşı korumak istemesidir. Karıştırılma, markayı taşıyan ürünlerin ticari kaynağı konusunda halkın yanılgısını ifade eder ve bu durum, daha önce tescil edilmiş olan markanın aynısının veya benzerinin, bu markanın kapsadığı ürünlerin benzeri için sonradan bir başkası tarafından tescil edilmesi ya da kullanılması halinde de ortaya çıkabilir. Bu nedenle karıştırılma ihtimali incelenirken, karşılaştırılan markaların ilişkili oldukları ürünler arasındaki benzerlik derecesinin tespiti gerekir. Uygulamada bu benzerlik analizi yapılırken gözetilmesi gereken pek çok faktör benimsenmiştir. Bunların başlıcaları; ürünlerin benzer alıcı çevresine hitap edip etmediği, benzer ihtiyaçları giderip gidermediği, birbiri yerine ikame edilebilme veya birinin diğerini tamamlama imkânının bulunup bulunmadığı, dağıtım kanallarının ortak, hedeflenen müşteri kesiminin aynı olup olmadığıdır<sup>4</sup>. Peki karşılaştırılan ürünlerin üreticileri ya da o ürünü pazarlayan kişiler arasında lisans ilişkisi kurulmasının uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durum olması, benzerlik incelemesinde dikkate alınacak faktörlerden biri olabilir mi? Çalışmanın odak noktasını bu soru oluşturmakla birlikte, konu ile ilgili analize hizmet etmesi adına aşağıda öncelikle “karıştırılma ihtimali” kavramı ve türlerinden; ayrıca karıştırılma ihtimali incelenirken göz önünde bulundurulacak unsurlardan bahsedilmiştir.

## II. KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ VE TÜRLERİ

Marka hukukunda “karıştırılma ihtimali (tehlikesi)” normu, tescil edilmek ya da sadece bir ürün üzerinde kullanılmak istenen işaretlerin, kendilerinden daha önce tescil hakkı elde etmiş markalara hangi mesafede durmaları gerektiğini gösterir ve marka mevzuatını düzenleyen, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun<sup>5</sup> (SMK) 1. Kitabının birden çok yerinde karşımıza çıkar.

<sup>3</sup> YASAMAN, s. 219.

<sup>4</sup> Söz konusu kriterlere çalışmanın III.A bölümünde değinilmiştir.

<sup>5</sup> RG. 10.01.2017, S. 29944; çalışmada “SMK” ya da “Kanun” olarak anılacaktır.

Her şeyden önce SMK m. 6/ f. 1’de “Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir” düzenlemesi yapılmış ve böylece karıştırılma ihtimalinin nispi bir tescil engeli oluşturduğu hükme bağlanmıştır. Hükme rağmen tescil edilebilmiş olan bir markanın talep üzerine mahkeme tarafından hükümsüzlüğüne karar verilebileceği, SMK m. 25/ f. 1 hükmü ile ifade bulunmuştur. Öte yandan Kanun’da, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasının, tescilli marka sahibinin yasaklayabileceği fiillerden olduğu belirtilmiş (SMK m. 7/ f. 1-b) ve buna riayet edilmemesinin marka hakkına tecavüz niteliğinde olduğu SMK m. 29/ f. 1-a hükmünün yaptığı atıfla gösterilmiştir<sup>6</sup>. Karıştırılma ihtimalinin hukukumuzdaki düzenlenişi, mehz Avrupa Birliği Mevzuatı ile uyumludur<sup>7</sup>.

İlgili hükümlere bakıldığında, karıştırılma ihtimali kavramına ilişkin yasal bir tanım bulunmadığı; yalnızca kavramın ilişkilendirme ihtimalini de kapsadığına vurgu yapıldığı görülmektedir. Öğreti, kanun ile gösterilen kapsamı da gözeterek, hukuki anlamda karıştırılma ihtimalini “markalar arasındaki benzerliğin, alıcıları, satın almayı düşündükleri mal yerine bir başka mal alma satın almak durumunda bırakması veya alıcıların iki farklı marka karşısında bulduklarını anlamalarına rağmen bu markaların aynı işletmeye ait olduğunu sanmaları ya da bu malları üreten işletmeler arasında örgütsel ya da ekonomik bir bağlantının bulunduğu düşüncesine kapılmaları tehlikesi” şeklinde tanımlamaktadır<sup>8</sup>. Karşılaştırılan markalar ve bun-

<sup>6</sup> Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) (RG. 27.06.1995, S. 22326) de karıştırılma ihtimalini benzer şekilde düzenlemiştir. KHK’da karıştırılma ihtimalinin düzenlenişine genel bir bakış için bkz. KÜÇÜKALİ, Canan, Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2009, s. 29 vd.

<sup>7</sup> Bkz. SMK Gerekçesi (Sıra Sayısı: 341, Snai Mülkiyet Kanunu Tasarısı 1/699) m. 6, 7 ve 26, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf> (Erişim: 12.4.2020).

<sup>8</sup> ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, Ankara 1997, s. 98; BOZBEL, Savaş, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015, s. 409; ÇAĞLAR, Hayrettin, Marka Hukuku-Temel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 67; ÇOLAK, Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul 2019, s.

ların kapsadığı ürünler arasındaki benzerliğin, alıcıları satın almayı düşündükleri mal yerine bir başka mal satın almak durumunda bırakması, itiraza uğrayan markanın hatalı olarak korunan marka sanılması durumunda söz konusu olur ve bu durum “doğrudan karıştırılma ihtimali” şeklinde ifade edilir<sup>9</sup>. Karşılaştırılan markaların değişik ürünler için tescil edildiği/kullanıldığı tüketici tarafından fark edilmekle birlikte bunların, aynı ya da birbirleri ile bağıllık ilişkisi içerisinde olan işletmelere ait olduğunun düşünülmesi ise ilişkilendirme ihtimaline dayalı karşılaştırma tehlikesinin bir yansımasıdır<sup>10</sup>. İlişkilendirme ihtimali, Kanun’da karıştırılma ihtimaline bir alternatif olarak zikredilmediği, bilakis onun kapsamını ortaya koyduğu için, ürünlerin kökeni, kaynağı konusunda halkı bahsedilen şekilde yanılgıya düşürmeyen, yalnızca tüketicinin zihninde önceki tarihli markayı “çağrıştıran” işaretler, anılan hükümler bağlamında tescil engeli, hükümsüzlük nedeni veya tecavüz hali teşkil etmezler<sup>11</sup>.

---

199; KÜÇÜKALİ, s. 66; bu tanım içtihatlarda da yer bulmaktadır, bkz. Yargıtay HGK., E. 2014/696 K. 2016/778 T. 8.6.2016 (lexpera); Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları için bkz. 25. 3. 2010 - C-278/08 – BergSpechte; 26.4.2007 - C-412/05 P – Alcon; 12. 6. 2007 - C 334/05 P – Limoncello; 6. 10. 2005 - C-120/04 – Thomson Lيفة (beck-online).

<sup>9</sup> Doğrudan karıştırma ihtimali için bkz. ŞENOCAK, Kemal, “Tescilli Markanın Aynıısının ve Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali” (*Domain Name*), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 3, 2009, s. 119; Alman Hukukunda da doğrudan karıştırılma ihtimali aynı şekilde, markalardan birinin diğerine eş tutulmasını ifade eder, bkz. OLG Hamburg, 07.06.2012 - 3 U 186/10; ayrıca bkz. LANGE, Paul, Kommentar zum Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Aufl., München 2012, § 7 Rdn. 3472; doğrudan karıştırma ihtimalini, “ilgili çevrenin markaların aynı olmadığını fark etmesi, buna rağmen markaların aynı işletmeye ait olduğunu düşünmesi” şeklinde tanımlayan görüş için bkz. BOZBEL, s. 67-68.

<sup>10</sup> LANGE, § 7, Rdn. 3478 vd.; ilişkilendirme ihtimaline dayalı karıştırılma tehlikesi öğretide dolaylı karıştırılma ihtimali ya da geniş anlamda karıştırılma ihtimali şeklinde de adlandırılmaktadır, bkz. ÇOLAK, s. 199; KÜÇÜKALİ, s. 67; ŞENOCAK, *Domain Name*, s. 119. Doğrudan, dolaylı ve geniş anlamda karıştırılma ihtimali kavramları öğretide hemen herkesçe kullanılmakla birlikte kavramsal olarak ne ifade ettiği hususunda görüşler arasında yeknesaklık bulunmamaktadır.

<sup>11</sup> BOZBEL, s. 410; KÜÇÜKALİ, s. 68; ABAD için bkz. 11.11.1997 - C-251/95 – Sabèl/Puma; 11.11.1997 - C-251/95 – Springende Raubkatze II (beck-online).

### III. KARIŞTIRILMA İHTİMALİ İNCELENİRKEN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULACAK UNSURLAR

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun markaların karıştırılma ihtimaline hukuki sonuç bağlayan hükümlerinde, karıştırılma ihtimalinin "karşılaştırılan markaların aynılığı ya da benzerliği ve bu markaların kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği" nedeniyle ortaya çıkabileceği belirtilmektedir<sup>12</sup>. Bu durum, markaların benzerlik derecesi ile markaların kapsadığı ürünlerin benzerlik derecesinin karıştırılma ihtimali olup olmadığı incelenirken göz önünde bulundurulması gereken unsurların başında geldiğini gösterir<sup>13</sup>. Marka Hukukunda ve özellikle de Sınai Mülkiyet Kanunu'na kaynaklık eden Avrupa Birliği Marka Hukukunda, karıştırılma ihtimali bağlamında incelenmesi gereken bu iki unsurun birbirleri ile karşılıklı etkileşim içerisinde olduğu kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Buna göre, somut olayda markaların benzerlik oranı ne kadar düşükse, mal ve hizmetlerin benzerlik oranı da bir o kadar yüksek olmalıdır ki karıştırılma ihtimalinden söz edilebilsin. Tersinden ifade edilecek olursa, markaların benzerlik derecesi arttıkça karıştırılma ihtimali sonucuna varabilmek için ürün benzerliğine duyulan ihtiyaç azalır<sup>15</sup>. Markaların kapsadığı ürünler arasında hiç benzerlik bulunmaması halinde ise marka benzerlik oranları ne kadar yüksek olursa olsun (hatta markalar aynı dahi olsa) karıştırılma ihtimalinden söz edilemez<sup>16</sup>. Aynı

<sup>12</sup> Esasen karıştırılma ihtimali üç durumda ortaya çıkabilir. Bunlar; a) Tescilli markanın aynının, benzer mal/hizmet için tescil edilmek/kullanılmak istenmesi b) Tescilli markanın benzerinin aynı mal/hizmet için tescil edilmek/kullanılmak istenmesi c) Tescilli markanın benzerinin benzer mal veya hizmet için tescil edilmek/kullanılmak istenmesi halleridir. Tescilli markanın aynının, aynı mal/hizmet için kullanılmak istenmesi (çifte ayniyet) ise tescilli markanın taklit edilmesi anlamına gelir ve karıştırılma ihtimali olup olmadığı incelenmeksizin mutlak surette yaptırma bağlanır (SMK m. 5/f. 1-ç, m. 7/f. 2-a, m. 25/f. 1, m. 29/ f. 2).

<sup>13</sup> Yargıtay, 11. HD., E. 2014/15360 K. 2015/865 T. 22.1.2015 (lexpera).

<sup>14</sup> ABAD, 18. 12. 2008 - C-16/06 P – Les Editions Albert Rene; ABAD, 22.06.1999 - C-342/97– Lloyd; ABAD, 29.09.1998 - C-39/97– Canon; ARKAN, s. 97; FEZER, Karl-Heinz, Kommentar zum Markenrecht, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, 4. Aufl., München 2009, § 14, Rdn. 314; LANGE, § 7, Rdn. 3036; STRÖBELE/HACKER, § 9 Rdn. 40; UZUNALLI, Sevilay, "Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s. 675.

<sup>15</sup> KÜÇÜKALİ, s. 113.

<sup>16</sup> INGERL/ROHNKE, § 14, Rdn. 435.

durum, aynı türden ürünler üzerinde kullanılan markaların tamamen birbirinden farklı olması durumunda da geçerlidir<sup>17</sup>.

Marka ya da ürün benzerliği bulunmadığı durumlarda karıştırılma ihtimalinden söz edilemez; ancak benzerliklerin varlığı da her durumda karıştırılma ihtimalinin bulunduğu sonucuna ulaştırmaz<sup>18</sup>. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), karıştırılma ihtimali ile ilgili tespitin ancak bütüncül bir yaklaşımla yapılabileceğinden hareketle, somut olayın tüm özelliklerinin incelemeye esas tutulması gerekliliğini ileri sürmüş ve markalar ile ürünlerin benzerlik derecesi yanında tarihsel olarak önceliği olan markanın ayırt etme kabiliyetini de karıştırılma ihtimali incelemesine dahil etmiştir<sup>19</sup>. Nitekim bu husus, mehaz AB Marka Direktifinin resital bölümünün 16. maddesinde de vurgulanmaktadır<sup>20</sup>. Bu bağlamda öğretinin yaklaşımı, “önceki markanın ayırt etme kabiliyeti ne kadar yüksekse, karıştırılma ihtimali o kadar fazladır” şeklindedir<sup>21</sup>. Bu durum esasında karıştırılma ihtimalinin normatif bir kavram olduğunun göstergesidir<sup>22</sup>. Zira ayırt etme kabiliyetinden anlaşılan, işaretin, orijinalliği, dikkat çekiciliği ve kullanılmakla elde ettiği tanınmışlık derecesi dolayısıyla halkın hafızasında unutulmayacak bir şekilde yer etmeye ve tekrar karşılaşıldığında hatırlanılmaya uygunluğudur<sup>23</sup>; ancak ampirik verilere dayalı olarak bakıldığında, bu tür markaların benzerleri ile karıştırılma ihtimali gerçekte daha zayıftır<sup>24</sup>. Dolayısıyla uygulamada yapılmak istenen, ayırt ediciliği yüksek markalara daha geniş bir koruma

<sup>17</sup> UZUNALLI, s. 675; LANGE, § 7, Rdn. 3036.

<sup>18</sup> PASLI, s. 6.

<sup>19</sup> ABAD, 7.5.2009 - C-398/07 P- Waterford Wedgwood; 11. 12. 2008 - C-57/08 P- Gateway; 18. 12. 2008 - C-16/06 - Les Editions Albert René; 13. 9. 2007 - C-234/06 P - II Ponte Finanziaria; 12. 10. 2004 - C-106/03 P - Vedia (beck-online).

<sup>20</sup> Directive (EU) 2015/2436 Of The European Parliament and Of The Council, OJ L 336/1, <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L-2436&from=DE>.

<sup>21</sup> ARKAN, s. 100; ÇOLAK, s. 247; FEZER, § 14, Rdn. 314; GÜNEŞ, İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Ankara 2018, s. 185; LANGE, § 7 Rdn. 3036; STRÖBELE/HACKER, § 9 Rdn. 40; ŞENOCAK, Domain Name, s. 119.

<sup>22</sup> HACKER, Franz, “Methodenlehre und Gewerblicher Rechtsschutz - dargestellt am Beispiel der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2004 (Heft 7), s. 545; ayrıca krş. GÜNEŞ, s. 187.

<sup>23</sup> ŞENOCAK, Domain Name, s. 119.

<sup>24</sup> SEIBT, Katrin, “Das europäische Verbraucherleitbild - Ein Abschied von der Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage?”, GRUR 2002 (Heft 6), s. 470.

sağlamaktır<sup>25</sup>. Bununla birlikte, uyuşmazlık konusu markalar ile muhatap olan kesimin söz konusu markaları nasıl algıladığı incelemede göz ardı edilen bir durum değildir; zira SMK'da karıştırılma ihtimali bakımından ölçü olarak "halk" esas alınmıştır (SMK m. 6/f. 1, m. 7/ f. 2-b). Bu bağlamda yargı ve öğreti, karıştırılma ihtimalinin markaların kapsadığı ürünlerin mevcut ve potansiyel alıcıları ile kullanıcıları gözünden tespit edilmesi gerektiği görüşündedir<sup>26</sup>. Dolayısıyla markalı ürünün hedef kitlesinin algısı, ABAD tarafından vurgulanan "somut olayın tüm özellikleri" ifadesinin tezahürüne dahildir. Ürünün hedef kitlesinin algısını nesnel bir kritere çevirmek ve böylelikle karıştırılma ihtimali kavramının normatif yapısına hizmet etmek adına, "ortalama tüketicinin bakış açısı" kavramı, ilgili hedef kitlenin algısını temsil eden ölçüt olarak benimsenmiştir<sup>27</sup>. Ortalama tüketici modeli, durumun gerektirdiği kadar dikkatli, ortalama düzeyde bilgili, yetenekli ve anlayışlı farazi bir modeli temsil eder<sup>28</sup> ve bu model ürün esaslı tespit edilir<sup>29</sup>. Her ürünün hitap ettiği tüketici kesiminin ortalama modeli diğerinden farklı olabilir<sup>30</sup>. Örneğin günlük hayattaki ihtiyaçların giderilmesi için hemen herkes tarafından sıklıkla edinilen ve piyasada çok yüksek fiyatlar ile sunulmayan ürünler bakımından, ortalama bir tüketicinin ürünlerin ticari kaynağının ne/kim olduğu sorusuna dikkatle yaklaşması beklenmezken<sup>31</sup>, belli bir itibar ve statü simgesi haline gelmiş ürünlerin hitap ettiği, alım gücü yüksek kesimin ortalama bir üyesinin karşılaştırılan markalara ve onların temsil ettiği ürünlere daha ihtiyatlı yaklaşacağı ve kolay kolay bunla-

<sup>25</sup> HACKER, s. 545; SEIBT, s. 470.

<sup>26</sup> Yargıtay, HGK., E. 2006/338 K. 2006/338 T. 07.06.2006; 11. HD., E. 2004/12143 K. 2005/9700 T. 13.10.2005; 11. HD., E. 2003/4003 K. 2003/10839 T. 13.11.2003 (lexpera); ÇOLAK, s. 208; EKEY, Friedrich L. /BENDER, Achim/FUCHS-WISSEMANN, Georg, Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, Band 1: Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischen Staaten, 3. Aufl., Heidelberg 2015, § 9 Rdn. 33; INGERL/ROHNKE, § 14 Rdn. 44; STRÖBELE/HACKER, § 9 Rdn. 81.

<sup>27</sup> ABAD, 11.11.1997 - C-251/9 5- Springende Raubkatze (beck-online); ilgili Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., E. 2015/11795 K. 2016/8786 T. 14.11.2016; 11. HD., E. 2015/2975 K. 2015/8058 T. 10.6.2015 (lexpera).

<sup>28</sup> ABAD, 6. 10. 2005 - C-120/04 - Thomson Life; 16. 9. 2004 - C-329/02 P - SAT.2; 6. 5. 2003 - C-104/01 - Libertel; 11.11.1997 - C-251/95 - Springende Raubkatze (beck-online).

<sup>29</sup> ÇOLAK, s. 238.

<sup>30</sup> ARKAN, s. 103

<sup>31</sup> INGERL/ROHNKE, § 14 Rdn. 466.

rı yanlış yere birbirleri ile ilişkilendirmeyeceği düşünülebilir<sup>32</sup>. Bunun gibi, yalnızca özel (ev kadınları, çocuklar) ya da uzman (doktorlar eczacılar) alıcı grubuna hitap eden ürünler bakımından da söz konusu grubun ortalama üyesi dikkate alınmalıdır<sup>33</sup>. O halde markanın kapsadığı ürünün niteliği, gerek ortalama tüketicinin bakış açısının tespitinde gerekse ürün benzerliği kriterinin incelenmesinde önem taşır.

#### IV. ÜRÜN BENZERLİĞİ

##### A. Genel Olarak

Karıştırılma ihtimali incelenirken göz önünde bulundurulacak unsurlardan biri olan ürün benzerliği, ikili fonksiyona sahiptir. Ürün benzerliği bir yandan, marka tescilinin sağladığı korumanın sicilde belirtilen ürünlerle sınırlı kalmamasını, benzer nitelikteki başkaca ürünleri de kapsayacak şekilde genişlemesini sağlar; bir yandan da koruma kapsamının genişletilmesi önüne bir sınır çeker ve tescilli markanın aynısının veya benzerinin farklı ürünler bakımından üçüncü kişilerce tescil edilebilmesini/kullanılabilmesini temin eder<sup>34</sup>. Hukukumuzda yalnızca, toplumda belli bir tanınmışlık düzeyine erişmiş olan markalar, farklı türden mal ve hizmetler bakımından tescil edilmek ya da kullanılmak istenen işaretler karşısında koruma elde edebilir (SMK m. 6/ f. 5, SMK m. 7/f. 2-c). Üstelik bu da sonraki markanın tescilinin/kullanımının, önceki tarihli tanınmış markanın ayırt edicilik düzeyine zarar vermesi, markanın tanınmışlığından haksız istifade etmesi veya tanınmış markanın itibarına zarar vermesi ihtimallerinden birinin gerçekleşmesine bağlıdır<sup>35</sup>. Tanınmış olmayan bir markanın aynı ya da benzer işaretler karşısında korunabilmesi için söz konusu işaretlerin en azından “benzer” ürünler ile ilişkilendirilmiş olması gerekir.

Bilindiği gibi tescil başvurularına konu mal veya hizmetler, ülkemizin 12/7/1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılımı ile kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına göre sınıflandırılır (SMK m. 11/f. 3). Markaların tescili de bu sınıflara göre yapılır. Kar-

<sup>32</sup> ABAD, 12. 1. 2006 - C-361/04 P – Picasso; EKEY/BENDER/FUCHSWISSEMAN, § 14 Rdn. 241.

<sup>33</sup> BOZBEL, s. 411; ayrıca krş. Yargıtay, 11. HD, 28.03.2016, E. 2015/8465, K. 2016/3391 (lexpera).

<sup>34</sup> INGERL/ROHNKE, § 14 Rdn. 667.

<sup>35</sup> Söz konusu ihlal durumlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. ŞENOCAK, *Tanınmış Marka*, s. 147 vd.

şılaştırılan ürünlerin aynı sınıf içerisinde yer almaları ürün benzerliği yönünde bir karine teşkil etmediği gibi, farklı sınıf içerisinde yer almaları da ürünler arasında bir benzerlik olmadığına işaret etmez<sup>36</sup>. Benzerlik değerlendirmesine esas tutulmak üzere, ABAD'ın, "Canon" Kararı ile belirlediği, Türk yargı ve öğretisince de kabul edilen birtakım kriterler bulunmaktadır. Bu kriterler, karşılaştırılan ürünlerin; benzer alıcı çevresine hitap edip etmediği, benzer ihtiyaçları giderip gidermediği (işlev yakınlığı), birbiri yerine ikame edilebilme veya birinin diğerini tamamlama imkânının bulunup bulunmadığı, dağıtım kanallarının ortak, hedeflenen müşteri kesiminin aynı olup olmadığıdır<sup>37</sup>. Anılan hususların varlığının ürün benzerliğine yaptığı katkı olaydan olaya değişebilir. Somut olayın koşulları ve ilgili sektörün niteliğine göre bu kriterlerden birinin varlığı tek başına ürün benzerliğini olumlayabileceği gibi<sup>38</sup>, kimi durumlarda bunun için birden fazla kriterin bir arada sağlanması gerekebilir<sup>39</sup>. Söz konusu kriterlerin dışında, ürünlerin fiziksel görünümünün benzerliği, aynı reyonda/rafta yer almaları, aynı malzemeden üretilmeleri gibi ölçütler de ürün benzerliği değerlendirmesinde göz önünde bulundurulabilir; ne var ki bu ölçütlerin tek başına ürünler arasında benzerlik kurması pek olası değildir<sup>40</sup>. Bunlar ancak diğer kriterlere yardımcı olabilecek niteliktedir.

İlgili kriterler göz önüne alınarak yapılacak ürün benzerliği değerlendirmesine temel teşkil edecek soru ise karşılaştırılan ürünlerin doğrudan birbirine denk tutulup tutulmayacağı değil, bunların ticari kaynağı konusunda ilgili tüketici kesiminin zihninde nasıl bir tasavvur olu-

<sup>36</sup> PASLI, s. 32; UZUNALLI, s. 682 vd.; BAM- İstanbul, 16. HD., E. 2017/948, K. 2018/157 T. 5.2.2018 (lexpera).

<sup>37</sup> ABAD, 29.09.1998 - C-39/97 – Canon, Rdn. 17; Yargıtay, 11. HD., E. 2017/1332 K. 2018/6721 T. 5.11.2018; 11. HD., E. 2014/4468 K. 2014/10995 T. 10.6.2014; 11. HD., E. 2010/2303 K. 2011/12456 T. 10.10.2011; 11. HD., E. 2007/4519 K. 2008/6724 T. 22.5.2008 (lexpera); PASLI, s. 72; UZUNALLI, s. 679 vd.

<sup>38</sup> Örn. hedef kitlenin benzerliği için bkz. Yargıtay, 11. HD., E. 2015/10870 K. 2016/6200 T. 6.6.2016; tamamlayıcılık unsuru için bkz. ABAD, 21.1.2016, C-50/15 P- CARRE-RA); işlev yakınlığı için bkz. Yargıtay, 11. HD., E. 2015/865 K. 2015/5841 T. 27.04.2015; ayrıca bkz. PASLI, s. 73 vd.

<sup>39</sup> UZUNALLI, s. 681.

<sup>40</sup> PASLI, s. 79 vd.; UZUNALLI, s. 685 vd.; davacının markasını taşıyan ürünler ile davalının başvuru konusu markasını barındıran mal ve hizmetlerin aynı market reyonunda satılmasının tek başına yeterli olmadığı hakkında bkz. Yargıtay, 11. HD., E. 2017/3918 K. 2019/1142 T. 13.2.2019 (lexpera).



şacağıdır<sup>41</sup>. Ortalama bir tüketici, karşılaştırılan ürünlerin aynı ya da ekonomik olarak bağlantılı işletmelerden kaynaklandığını düşünmeye ne kadar yatkınsa, ürün benzerliği de o denli fazla kabul edilmelidir. Bu açıdan bakıldığında, örneğin parfümler ile deodorantlar arasındaki ürün benzerliği oldukça fazladır. Bir ampul ile bir ışıldak da aynı ihtiyacı gidermek amaçlı kullanıldığından benzerdir; ancak bu benzerliğin derecesi düşüktür<sup>42</sup>. Oldukça düşük derecede bile olsa ürün benzerliğinin varlığı, karıştırılma ihtimalini peşinen yok saymamak ve bütüncül değerlendirme aşamasına geçebilmek için yeterlidir<sup>43</sup>. Zira önceden de belirttiğimiz gibi, ürünler arasındaki düşük benzerlik, ürünler üzerinde yer alan markaların birbirleri ile aynı olması ya da büyük ölçüde benzeşmesi ve yine önceki tarihli markanın ayırt edici niteliğinin yüksek olması aracılığıyla telafi edilebilir ve karıştırılma ihtimalinin kabulünü sağlayabilir<sup>44</sup>. Ürünler birbirleri ile tamamen farklı kabul edildiği takdirde ise markaların benzerlik derecesi ile önceki markanın ayırt edici niteliği ne denli yüksek olursa olsun karıştırılma ihtimalinden söz edilemez. Peki “düşük derecede benzerlik” ile “farklılık” arasındaki bu hassas dengede iki malın üreticisi/sağlayıcısı arasındaki lisans ilişkisinin rolü nedir?

## B. Lisanslama Uygulamalarının Rolü

### 1. Sorunun Tespiti

Karıştırılma ihtimalinin doğrudan karıştırılma tehlikesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi ilişkilendirilme ihtimaline dayalı olarak da var olabileceğini, bir başka anlatımla, alıcıların, iki farklı mal karşısında bulduklarını anlamalarına rağmen bu markaların temsil ettiği ürünlerin aynı ya da birbirleri ile ekonomik bağlılık ilişkisi içerisinde olan işletmelere ait olduğunu düşünüleceklerini söylemiştik. Bu noktada belirtmek gerekir ki ürün benzerliği incelemesi, markaların doğrudan ve ilişkilendirme ihtimaline dayalı karıştırılma olasılıkları için ayrı ayrı yapı-

<sup>41</sup> EISENFÜHR, Günther/ SCHENNEN, Detlef, Gemeinschaftsmarkenverordnung, Carl Heymanns Verlag, 3. Aufl., Köln 2010, s. 239.

<sup>42</sup> TEKİNALP (TEKİNALP, s. 434) tarafından verilen bu örnek için PASLI, “Bu iki malın aynı işlevi gerçekleştirme yöntemleri farklı da olsa, bu farklılığın düzeyinin düşüklüğü karşısında-işaretsel yakınlığın düzeyinin etkisi saklı kalmak kaydıyla- yazarın benzerlik tespitine iştirak edilebilir” ifadesini kullanmaktadır (PASLI, dn. 184).

<sup>43</sup> UZUNALLI, s. 678.

<sup>44</sup> Ancak bu ihtimalin tersi de söz konusu olabilir. İncelemeye konu olan ürünler yukarıda anılan kriterlerin bir veya birden çoğu bakımından birbirleri ile ortak payda da buluşsalar dahi somut olayın diğer koşulları, tüketiciyi karıştırma ihtimalinden uzaklaştırabilir; bu bağlamda bkz. bölüm: III.B.3.

yor değildir. Dolayısıyla “doğrudan karıştırılma ihtimali için ürünler benzer değildir; ancak ilişkilendirme ihtimali için ürünler benzer kabul edilebilir” gibi bir çıkarımda bulunulamaz. Ürünler arasında benzerlik olup olmadığı ve varsa benzerliğin derecesi bir kerede tespit edilmeli; daha sonra karıştırılma ihtimalinin diğer unsurları ve somut olayın özellikleri ile birlikte yapılacak genel değerlendirmede, tespit edilen ürün benzerliği derecesinin çeşitli ihtimallerdeki karıştırılma tehlikesini kabul etmeye yetip yetemeyeceği karara bağlanmalıdır<sup>45</sup>. Tespit edilen ürün benzerliği derecesinin doğrudan bir karıştırılma ihtimali yaratmaya yeterli olabilmesi için, karşılaştırılan ürünler arasındaki yakınlık, markaların benzerliği ve önceki markanın ayıt etme derecesi de dikkate alındığında, tüketiciye her iki ürünün de “aynı ürün” olduğunu düşündürmelidir<sup>46</sup>. Tespit edilen ürün benzerliğinin ilişkilendirme ihtimaline dayalı karıştırılma tehlikesine yetebilmesi için ise ürünler arasında bu kadar sıkı bir yakınlık olması şart değildir; zira bu durumda ürün benzerliğinin derecesi, somut olayın diğer koşulları ile birlikte değerlendirildiğinde tüketiciye ürünlerin birebir aynı olduğunu düşündürmez<sup>47</sup>. İlişkilendirme ihtimaline dayalı karıştırılma tehlikesinde iki ihtimal söz konusudur. Tüketici söz konusu ürünleri ya aynı işletmeye ait değişik ürünler ya da birbirleri ile ekonomik bağılılığı olan işletmelere ait ürünler olarak değerlendirir<sup>48</sup>. “Aynı işletmeye ait değişik ürünler” algısı, örneğin somut uyuşmazlığa konu olan markaların bir işletmenin “seri markaları” olarak değerlendirilebiliyor olması halinde ortaya çıkabilir<sup>49</sup>. Özellikle telekomünikasyon, teknoloji, gıda, kozmetik ve ilaç sektörlerinde yaygın şekilde görülen uygulamalara dayanan ve işletmelerin kendilerine ait çeşitli mal ya da hizmetleri birbirinden farklı, ancak her biri aynı kök unsuru ihtiva eden markalarla adlandırmaları yoluyla karşımıza çıkan seri markalar ile temsil edilen ürünler, birbirlerinden ayrı olmakla birlikte aralarındaki ilişki yine de zayıf değildir. Zira tüketici, seri markalı ürünlerin tekli ürünlere nazaran daha geniş bir ürün seg-

<sup>45</sup> STRÖBELE/HACKER, § 9 Rdn. 66.

<sup>46</sup> Krş. EICHHAMMER, Stefan, Die markenmäßige Benutzung, Tübingen 2008, s. 162.

<sup>47</sup> LANGE, § 7 Rdn. 3520; STRÖBELE/HACKER, § 9 Rdn. 465.

<sup>48</sup> INGERL/RHONKE, § 14 Rdn. 1166.

<sup>49</sup> ÇOLAK, s. 299; GOLDMANN, Michael, “Die mittelbare Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens”, GRUR 2012 (Heft 3), s. 234; LANGE, § 7 Rdn. 3478; SOSNITZA, Olaf, “Ein weiterer Baustein der Gemeinschafts-Serienmarke - Besprechung von EuGH, Urt. v. 16. 6. 2011 – C-317/10 P – UNI”, GRUR 2011 (Heft 10), s. 870.

menti için kullanılıyor olduğunu bilmektedir; ancak bunların aynı işletmeye ait olduğunu fark edebilmesi için ürünlerin yine büyük ölçüde benzer alıcı çevresine hitap edip etmesi, benzer ihtiyaçları gidermeye yönelik olması, birbirleri yerine ikame edilebilmesi veya birinin diğerini tamamlama imkânı olması, dağıtım kanallarının ortak, hedeflenen müşteri kesiminin aynı olması; kısacası yukarıda anılan geleneksel faktörlerin izlerinin görülebiliyor olması gerekir<sup>50</sup>.

“Ekonomik bağlantı halinde olan işletmelere ait ürünler” kavramı ise oldukça geniş ve yoruma muhtaçtır. Organik olarak birbirinden bağımsız bulunan işletmeler arasında ekonomik bağlılık kurma yollarından birinin lisans sözleşmesi olduğu göz önüne alındığında<sup>51</sup> akla şu soru gelir: Somut olaya konu olan ürünün üreticileri ya da o ürünü pazarlayan kişiler arasında lisans ilişkisi kurulmasının uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve tüketicilerce de bilinen bir durum olması, ürün benzerliği incelenirken dikkate alınacak kriterler arasında yer almalı mıdır? Diğer bir ifadeyle, geleneksel kriterlere göre ürün benzerliğinin kabul edilmediği durumlarda ve fakat söz konusu ürünün üreticileri ya da o ürünü pazarlayan kişiler arasında lisans ilişkisi kurulmasının uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlardan biri olması halinde ürün benzerliğinden söz etmek mümkün olabilir mi? Öğretide bu konudaki tartışmayı başlatan karar, 2003 yılında, Almanya’da Köln Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiştir<sup>52</sup>. Davacıya ait TOSCA markasının davalıya ait TOSCA BLUE markasının kullanımı ile ihlal edilip edilmediğini konu olan uyuşmazlıkta mahkeme, söz konusu markalar bakımından tüketici nezdinde karıştırılma tehlikesinin var olduğuna hükmetmiş ve bunu da markaların birbirleri ile benzerliğinin yüksek derecede olması, davacıya ait önceki tarihli TOSCA markasının ortalamanın üzerinde bir ayırt edicilik derecesine sahip olması ve markaların ilişkili oldukları ürünlerin “birbirinden farklı” olduklarının kabul edilemeyeceği gerekçesiyle temellendirmiştir. Bu bağlamda mahkeme, karıştırılma

<sup>50</sup> KARAASLAN, Pelin, Verwechslungsschutz von Serienmarken nach dem deutschen Markengesetz, Köln 2016, s. 107; STRÖBELE/HACKER, § 9 Rdn. 465; ayrıca krş. YILDIZ, Burçak, “Mükerrer Markanın Seri Markasının Tescili -SMK m. 5.1. ç ve m. 6.1 Hükümlerine Yargıtay Kararları ile Getirilen İstisna”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S.4, 2018, s. 107 vd.

<sup>51</sup> GOLDMANN, s. 238; HASSELBLATT, Gordian N., Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl., München 2017, § 37 Rdn. 181; INGERL/RHONKE, § 14 Rdn. 1222; KÜÇÜKALİ, s. 67.

<sup>52</sup> OLG Köln, 28. 3. 2003 - 6 U 113/02 - Tosca/Tosca Blu (beck-online).

ihhtimaline işaret eden diğer unsurlar güçlü olduğu müddetçe, karşılaştırılan ürünler arasındaki benzerlik derecesinin, bunların “birbirlerinden tamamen farklı olduğunu reddetmeye yetecek derecede” mevcut olmasının kâfi görüldüğüne işaret etmiş ve davacıya ait TOSCA markasını taşıyan “parfümeri ürünleri” ile davalıya ait TOSCA BLUE markasını taşıyan “deri ürünleri, kemer ile ayakkabılar” kategorilerini bu doğrultuda birbirleri ile ilişkili görmüştür. Mahkemeye göre, moda sektöründe faaliyet gösteren satıcıların, farklı türden ürünleri, özellikle de parfümleri konu alan marka lisans sözleşmeleri yaptıkları bugün tüketiciler tarafından oldukça bilinen, yaygın bir uygulamadır. Bu nedenle, her ne kadar parfümeri ürünleri ile deri kıyafetlerin farklı işletmelerden kaynaklandığı tüketici tarafından anlaşılıyorsa da söz konusu ürünler arasındaki mesafe, karıştırılma ihtimalini baştan peşinen yok sayacak kadar büyük değildir.

Söz konusu karar referans alınarak, ürün benzerliği incelemesinde lisans uygulamalarının rolüne ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

## 2. Mevcut Görüşler

Öğretide PASLI, moda sektöründe başka işletmelerin ürünlerinin, özellikle de parfümlerin marka lisanslarının verilmesinin yaygın bir uygulama olduğundan hareketle, parfüm ile deri ürünleri ve kemer arasında bağ kuran ve bunları benzer kabul eden ve bir üst başlıkta izah edilen eyalet yüksek mahkemesi kararını isabetli bulmadığını ifade ederek, iki malın üreticisi arasındaki lisans ilişkisinin ilgili malları benzer hale getirmeyeceğini ileri sürmüştür. Yazara göre, toplumda belli bir bilinirlik seviyesine ulaşan markaların, sahip oldukları imaj etkisini çeşitli ürünlere aktarmaya yönelik lisanslama faaliyetlerinde bulunması çok yaygın bir teknik olup, birbirinden oldukça farklı ürünler bakımından da uygulanmaktadır. Bu uygulamanın tüketiciler tarafından bilinirliğini ürün benzerliğine yönelik bir kriter haline getirmek mümkün değildir<sup>53</sup>.

STEINBECK de “lisans uygulamaları” olgusunun bütünüyle baktığında ürün benzerliği yaratmak için oldukça geniş bir kavram olduğu düşüncesindedir<sup>54</sup>. Bununla beraber yazar, uyumsuzluk konusu mal ve hizmetlerin ilişkili olduğu sektör bakımından yaygın olan lisans

<sup>53</sup> PASLI, s. 81 vd.

<sup>54</sup> STEINBECK, Anja, “Veränderungen bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit”, GRUR 2005 (Heft 2), s. 111 vd.

uygulamalarını tamamen dışlamak taraftarı da değildir. Buna göre, ilgili tüketici grubunun sektördeki lisans ilişkilerine nasıl bir anlam yüklediği sorusuna dayalı olarak, lisans ilişkilerinin ürün benzerliği incelemesine katkıda bulunması hususunda ikili bir ayırım yapılmalıdır. Tüketici, lisanslamanın tamamen imaj transferi amacıyla, satış geliştirme odaklı yapıldığı düşüncesindeyse, bu durumda ürün benzerliğinden söz etmek mümkün değildir. Nitekim pek çok sektörde, örneğin moda branşında durum bu şekildedir. Genellikle tanınmış markaların ya da ünlü kişilerin isim ve resimlerinin birbirinden farklı ürünlerde kullanılması yoluyla şekillenen ve “merchandising lisansları” olarak adlandırılan bu satış geliştirme uygulamasının ürün benzerliğini gerekçelendirmesine izin verilecek olursa, tanınmış markalara sağlanan koruma ile karıştırılma tehlikesine karşı koruma arasındaki sınır bulanıklaşır<sup>55</sup>. Bununla beraber, istisnaen de olsa lisanslama “imaj transferi” şeklinde değil, “know-how transferi” şeklinde, yani marka sahibinin, sahip olduğu bilgi ve teknolojinin çeşitli ürün ve hizmetlerde kullanımına izin vermesine dayalı olarak ortaya çıkabilir. Bu durumda marka sahibinin, markası ile lisanslanan ürünler bakımından kalite-garanti sorumluluğu üstlendiği algısı yaratabileceği göz önünde bulundurulmalı ve lisanslamanın tek başına ürün benzerliğine yol açtığı kabul edilmelidir.

Alman Federal Mahkemesi (BGH) ise STEINBECK’in görüşü ile aynı çıkış noktasından hareket etmiş; ancak varış noktasında ondan ayrılmıştır. Şöyle ki BGH, lisans uygulamalarının ürün benzerliği incelemesinde rol oynayabilmesinin yalnızca karşılaştırılan ürünler bakımından tüketicinin, imaj transferi değil de know-how transferi izlenimi aldığı hallerde söz konusu olabileceği konusunda hemfikirdir. Ancak mahkeme, lisans uygulamalarının bu bağlamda oynayabileceği rolün iki şekilde olabileceğini ileri sürmüştür. İlk ihtimalde lisans uygulamaları, sahip oldukları işlev yönünden birbirleri ile akrabalık ilişkisi içerisinde olan ürünlerin benzer olup olmadığı konusunda karar verici mercinin şüphe içinde kaldığı hallerde ibreyi ürün benzerliğinden yana döndürebilir. İkinci ihtimalde lisans uygulamaları, ürün benzerliğinin hali hazırda asgari düzeyde kabul edildiği hallerde, somut olayın diğer özellikleri ile birlikte yapılacak genel değerlendirmede karıştırılma ihtimali lehine bir argüman teşkil edebilir<sup>56</sup>. Görülüyor ki lisans uygulamalarının ürün benzerliği için başlı başına kurucu bir kriter olabilmesi BGH’ya göre

<sup>55</sup> STEINBECK, s. 111.

<sup>56</sup> BGH, 30.03.2006 - I ZR 96/03 - TOSCA BLU (beck-online).

mümkün değildir. Her halükârda ürünler arasında işlevsel bir yakınlık olmalıdır ki bu da lisans uygulamalarının ancak geleneksel faktörler yanında rol oynayabileceğini gösterir.

Türk Hukuku açısından, ürün benzerliğinde lisans verme uygulamasının ölçüt olarak değerlendirilebilmesi hususunu (tespit edilebildiği kadarıyla) ilk kez tartışan UZUNALLI'dır. Bu bağlamda yazar, yukarıda anılan Federal Mahkeme kararını yerinde bulduğunu belirterek, yalnızca know-how transferine dayalı lisans ilişkilerinin ürün benzerliğine işaret edebileceği görüşünü ortaya koymuştur<sup>57</sup>. Ancak yazar, bu tarz lisans uygulamaları Federal Mahkemenin kabul ettiği gibi yalnızca işlevsel yakınlık gösteren ürünler için mi değerlendirmeye yardımcı olabilir, yoksa somut olaydaki ürünün niteliği ve sektörün koşulları gereğince duruma göre tek başına da ürün benzerliğine yetebilir mi noktasında net bir değerlendirmede bulunmamıştır.

### 3. Değerlendirme

Lisans uygulamalarının ürün benzerliğinin tespitinde rol oynayıp oynamayacağı/ne şekilde rol oynayacağı değerlendirmesinde kanaatimizce göz önünde bulundurulması gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki, karşılaştırılan ürünler arasındaki benzerliğin, karıştırılma tehlikesinden söz edebilmek için gerekli ve fakat yeterli olmayan bir unsur olmasıdır. Diğer husus da tescilli marka korumasının "işlevsel" bir koruma olması ve dolayısıyla karıştırılma tehlikesinin korunan işleve uygun yorumlanması gerekliliğidir.

Görülmede olan bir davada/incelemede iki ürün arasında benzerlik olduğunu kabul edip bir başka dava ya da incelemede bu ürünlerin farklı olduğunu ileri sürmek mümkün değildir<sup>58</sup>. Bununla beraber, her somut olayın kendi içindeki koşulları farklı olduğu için, iki ürün arasında tespit edilen benzerlik derecesi bir olayda karıştırılma ihtimalini ka-

<sup>57</sup> UZUNALLI, s. 691.

<sup>58</sup> Zira ABAD'a ve öğretilerdeki hâkim görüşe göre markaların benzerliği ve önceki tarihli markanın ayırt etme gücü, ürün benzerliğinin tespitinde değil, ancak mal ve/veya hizmetlerin benzer olduğu kabul edilirse, bundan sonra tüm bu unsurların karşılıklı etkisine göre karıştırma tehlikesinin tespiti yapılırken dikkate alınır (mutlak ürün benzerliği), bu bağlamda bkz. ABAD, 18.12.2008 - C-16/06 P – Les Éditions Albert René; INGERL/ROHNKE, § 14 Rdn. 675; STEINBECK, s. 109; UZUNALLI, s. 679; Ürün benzerliğinin nispi, yani marka benzerliği ve ayırt etme gücü dikkate alınarak tespit edileceği yönündeki aksi görüş için bkz. FEZER, § 14 Rdn. 654.

bul etmek için yeterliyken bir başka olayda yeterli olmayabilir<sup>59</sup>. İncelemeye konu olan ürünler, ürün benzerliği için belirlenen kriterlerin bir veya birden çoğu bakımından birbirleri ile ortak payda da buluşsalar ve bunun yanında markalar arasında da benzerlik bulunsa dahi, tespit edilen benzerlik oranlarının karıştırılma ihtimaline yol açabileceğine hükmetmek için somut olayın tüm verilerine dayanarak bütüncül bir değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin Alman Federal Patent Mahkemesi<sup>60</sup> bir kararında, davalıya ait olan ve BIG LEXX işaretiyle tescil edilmek istenen “kıyafet, ayakkabı, saç aksesuarı” ürünleri ile davacıya ait, “Lexx” markasıyla tescilli “güneş gözlüğü” ürünü arasında var olan benzerliğin somut olayda karıştırılma tehlikesine yetmeyeceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre her ne kadar güneş gözlüğü ile diğer anılan ürünler piyasada birbirini tamamlayıcı nitelikte pazarlanıyor olsa da tüketicinin alışkın olduğu durum, kıyafet, ayakkabı, saç aksesuarı gibi ürünler için yapılmış bir marka tescilinin, sonradan güneş gözlüğü ürünü de kapsayacak şekilde genişletilebileceğidir. Tersine bir durum, yani güneş gözlüğü markası olarak tescil edilmiş bir markanın sahibinin, daha sonra ürün segmentini genişleterek kıyafet, ayakkabı vs. ürünler bakımından faaliyet göstermesi ortalama bir tüketicinin bekleyebileceği bir durum değildir. Dolayısıyla somut olayda tüketicin, markasını “güneş gözlüğü” ürünü için daha önceden tescil ettirmiş olan davacının bu markayı sonrasında kıyafetler için de tescil ettirebileceği yanılığısına düşmesi beklenemez.

İşte benzer markalar ile sunulan ve birbirinden tamamıyla farklı olmayan ürünlerin her koşulda tüketicinin zihninde karıştırılma ihtimali doğuracak şekilde ilişkilendirilemeyeceği göz önünde bulundurulursa, “ürün benzerliği” ölçütünü yukarıda anılan geleneksel faktörlere hasretmeyip geniş ve toleranslı yorumlamanın, her zaman için somut olayda karıştırılma ihtimalinin varlığını haksız yere kabul etmek anlamına gelmeyeceği görülecektir<sup>61</sup>. Tam tersine, ürün benzerliği ölçütünü geniş yorumlamak, somut olayın diğer koşullarına bir şans vermek, örneğin tanınmış marka sayılmayan ama ayırt edici karakteri yine de belli ölçüde güçlü olan markalara geniş bir koruma kapsamı sunmanın önünü

<sup>59</sup> TEPLITZKY, Otto, “Verwechslungsgefahr und Warenähnlichkeit im neuen Markenrecht”, GRUR 1996 (Heft 1), s. 3.

<sup>60</sup> BPatG, 05.07.2005 - 27 W (pat) 234/04 – BIG LEXX.

<sup>61</sup> Krş. STEINBECK, s. 112.

açmak demektir<sup>62</sup>. Ancak bu geniş yorum, karıştırılma ihtimalinin mevzuatta düzenlenmesi ile sağlanmaya çalışılan menfaatin sınırlarını aşmamalı, ürün benzerliği kriterinin aranmadığı tanınmış marka korumasının sınırlarına girmemelidir. Bu bağlamda, tescilli markaya sağlanan korumanın “işlevsel” bir koruma olduğunu hatırlamak ve “karıştırılma tehlikesi” ile korunan işlevin tespitini yapmak gerekir. Bilindiği gibi markanın pek çok işlevi vardır<sup>63</sup>. Tüketicilere bir ürünün ticari kaynağı konusunda yol gösterme özelliğinden dolayı asli işlev olarak ortaya çıkan kaynak gösterme fonksiyonunun yanı sıra, tüketiciye satın aldığı ürünün kalitesini garanti etme, söz konusu ürünü arz edenlerle talep edenler arasında bir iletişim kanalı oluşturma, yatırım ve reklam aracı olma fonksiyonları da markanın hukuken korunan fonksiyonlarıdır<sup>64</sup>. Ancak karıştırılma ihtimaline ilişkin düzenlemeler bunlardan yalnızca “kaynak gösterme” fonksiyonunun doğrudan korunmasını amaçlar<sup>65</sup>. Zira karıştırılma, bir marka ile ilişkilendirilen ürünün ticari kaynağı hususunda halkın yanıltılmasını ifade eder. Diğer fonksiyonlar ise karıştırılma ihtimaline ilişkin hükümlerden dolayı bir şekilde yararlanır<sup>66</sup>. Mar-

<sup>62</sup> Bu bağlamda ÜNSAL’ın şu ifadelerine katılmamak elde değildir: *“Ayak giysileri ve parfümlerin benzerliğinin ve bağlantısının tartışıldığı bu vaka kuşkusuz ilgi çekici niteliktedir. USPTO ve A.B.D. mahkemelerinin malların benzerliği veya ilişkisi konusundaki yaklaşımının malların fiziksel veya amaca ilişkin benzerliğinin veya malların karıştırılıp karıştırılmayacağı araştırılmasının ötesinde, mallar arasında ticari yaşamda bağlantı kurulup kurulmayacağı değerlendirmesine dayandığı açıktır. Marka incelemesi kimi zaman bizleri inceleme konusu malları didikleyerek aralarındaki farklılıkları ortaya çıkartma gayretkeşliğine yöneltse de, incelemenin asıl amacının “aralarındaki 7 farkı bulun oyunu” olmadığı, tersine, mallar arasında ortalama tüketicilerce ticari kaynak bakımından karıştırılma olasılığının ortaya çıkıp çıkmayacağını tespit etme yükümlülüğü olduğu unutulmamalıdır. Ülkemizde alt grup uygulaması ve mal / hizmet tebliğleri ile şablonlara indirgenmiş durumda olan ve marka incelemesi uygulayıcılarının ufkunu daralttığı kadar, hak sahiplerinin haklarının etkin biçimde korunmasının önündeki (kanaatimizce) en büyük engellerden birisini teşkil eden malların velveya hizmetlerin benzerliği konusundaki kalıpların yıkılması, kendi adına geleceğe yönelik en önemli beklentilerimden birisidir.”* (ÜNSAL, Erol, “Ayak Giysileri ile Parfümler Bağlantı Mallar mıdır? Malların Benzerliği Konusunda İlgi Çekici Bir USPTO Temyiz Kurulu Kararı”, IPR Gezgini, Bilgi Notu, <https://iprgezgini.org/2014/10/19/ayak-giysileri-ile-parfumler-baglanti-mallar-midir-malların-benzerligi-konusunda-ilgi-cekici-bir-uspto-temyiz-kurulu-karari/> E.T: 18.4.2020).

<sup>63</sup> ARKAN, s. 38 vd.; ÇOLAK, s. 16 vd.

<sup>64</sup> ABAD, 18.6.2009 - C-487/07 – L’Oréal.

<sup>65</sup> ABAD, 15.12.2011- C-119/10 – Winters/Red Bull; STRÖBELE/HACKER, § 9 Rdn. 61; INGERL/ROHNKE, § 14 Rdn. 386 f; LANGE, § 7 Rdn. 3032.

<sup>66</sup> INGERL/ROHNKE, § 14 Rdn. 388.



kanın fonksiyonları birbirinden ayrılamadığından, markanın karıştırılma ihtimaline karşı korunması aynı zamanda o markanın yarattığı olumlu imajın ve buna bağlı olarak tezahür eden diğer işlevlerin korunmasını sağlar. Ancak markanın kaynak gösterme fonksiyonu tehlikeye düşmeden diğer fonksiyonlarının etkilenebilir olması tek başına karıştırılma ihtimali yaratmaz. İletişim, yatırım, reklam garanti gibi markaların ortaya çıkar çıkmaz sahip olmadığı, tanınmışlığı arttıkça önem kazanan fonksiyonlarını “doğrudan doğruya” korumak için getirilen hukuki mekanizma, tanınmış markaya sağlanan koruma kapsamında kalır<sup>67</sup>. Tanınmış markalar, benzerlerinin tescil edilmesine ya da kullanılmasına karşı “ürün benzerliği” kriteri aranmaksızın korunurlar; ancak bunun için, sonraki tarihli işaretin tanınmış markanın ayırt edicilik düzeyine zarar vermesi, markanın tanınmışlığından haksız istifade etmesi veya tanınmış markanın itibarına zarar vermesi şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekir. Şayet karıştırılma ihtimali, “markayı imajla ilişkilendirme tehlikesine karşı koruma” şeklinde geniş yorumlanırsa, anılan hükümlerde aranan hususi şartlar dolanılmış olur. Dolayısıyla, her ne kadar ürün benzerliği kriterlerini bugün öğretilde kabul edilen ölçütlerle sıkı sıkıya sınırlandırmakta bir yarar olmadığı görüşündersek de ürün benzerliğini yorumlarken karıştırılma ihtimaline karşı koruma ile tanınmış marka koruması arasındaki sınırı korumak gerektiğini de belirtmemiz gerekir. İşte bu nedenle, iki farklı marka karşısında kalan tüketicinin, bu markaların sahipleri arasında var olduğuna inandığı lisans ilişkisinin yalnızca imaj transferinden kaynaklandığını düşünebileceği ihtimallerde ürün benzerliğinden söz etmek mümkün değildir. Kanımızca parfüm ile deri kıyafetler arasındaki ilişki de bu şekildedir ve bu nedenle çalışmada anılan eyalet mahkemesi kararına yönelik eleştiriler yerindedir.

Bununla birlikte, marka sahipleri arasındaki lisans ilişkisinin her zaman için imaj ilişkilendirmesi odaklı yapılmadığını vurgulayan görüşe de katılmak gerekir. Gerçekten de bir ürünün üretilmesi bakımından elde edilen bilgi birikiminin diğer bir ürünün üretim sürecine aktarılması (know-how transferi) amacıyla da lisans sözleşmeleri akdediliyor olması mümkündür. Bu amaçla akdedilen lisans sözleşmeleri de işletmeler arasında ekonomik bir bağlılığa işaret eder. Tüketici böyle bir durumda, hak ihlal ettiği iddia edilen işareti taşıyan ürünün, korunan markanın sahibinin kontrolü altında üretildiği düşüncesini taşıyabilir. Bunun tek

<sup>67</sup> HASSELBLATT, Gordian N., § 37 Rdn. 191.

başına ürün benzerliğine yol açıp açmayacağına cevabı için ise sözü edilen “kontrol” ilişkilendirmesinin salt markanın garanti fonksiyonu ile mi ilgili olduğu, yoksa kaynak gösterme fonksiyonu ile bir bağının bulunup bulunmadığı sorusunu sormak gerekir.

Her ne kadar markanın asli görevi bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmekse de günümüz anlayışında markanın başlı başına işletmesel bir değer ifade etmesi ve buna bağlı olarak markanın, tanınmışlık seviyesine ulaşsın ya da ulaşmasın işletmeden bağımsız olarak serbestçe devredilebiliyor ve hukuki işlemlere konu olabiliyor olması, kaynak gösterme fonksiyonunun kapsamı bakımından “aynı, belirli ve sabit işletmeden kaynaklanma” şeklinde tezahür eden klasikçi yorum anlayışının terkedilip “ürün sorumluluğu üstlenme” şeklinde “geniş anlamda kaynak gösterme” anlayışına geçilmesine yol açmıştır<sup>68</sup>. Gerçekten de bugün ABAD’ın sabit içtihadı haline geldiği üzere kaynak gösterme fonksiyonu, marka sahibinin “üründen sorumlu ticari kaynak” olmasını ifade eder<sup>69</sup>. Bu bağlamda üstlenilen kalite sorumluluğunu markanın kalite-garanti fonksiyonu ile karıştırmamak gerekir. Zira kalite fonksiyonu, markanın temsil ettiği ürünün tüketici gözünde hiçbir zaman belli bir seviye altına düşmemesini garanti etmekte, dolayısıyla kontrol sorumluluğundan daha geniş bir anlam taşımaktadır<sup>70</sup>. İşte taşıdığı bu geniş anlam bakımından kalite-garanti fonksiyonu, markanın karıştırılma ihtimaline karşı korunması kapsamında yer almaz; buna karşın “ürünün kalite kontrol sorumluluğu üstlenme” kaynak gösterme fonksiyonuna bağlı olarak ortaya çıkar ve karıştırılma ihtimali kavramının sınırlarını aşmaz. Karıştırılma ihtimalinin “sunulan mal veya hizmetlerin aynı işletmeye veya ekonomik olarak bağlantı içerisinde bulunan işletmelere ait olduğunun düşünülebilmesi” olarak tanımlanması da bu sebeptendir.

Şayet karıştırılma tehlikesi için aranan “ticari kaynak ile ilişkilendirme” şartı yalnızca ürünlerin aynı üreticiden/satıcıdan geldiği zannı yaratması şeklinde değil, aynı zamanda “ürünlerin aynı ticari kaynağın sorumluluğu altında üretilmesi/piyasaya sunulması” şeklinde anlaşılı-

<sup>68</sup> FEZER, § 14 Rdn. 2; ayrıca bkz. DANGER, Torben, Die rechtsverletzende Benutzungshandlung im Markenrecht – Abschied von der Herkunftsbezogenheit, Köln 2007, s. 69 vd.

<sup>69</sup> ABAD, 17.10.1990 - C-10/89 - HAG II; ABAD, 18.6.2002 - C-299/99 - Philips; ABAD, 17.3.2005 - C-228/03 - The Gillette Company; ABAD, 23.4.2009 - C-59/08 - Copad SA/Christian Dior couture SA (beck-online).

<sup>70</sup> INGERL/RHONKE, § 14 Rdn. 298.

yorsa, o halde kanımızca, söz konusu bu alana pratikte bir uygulama alanı kazandırmak adına tanınmış markaya sağlanan korumanın sınırlarına geçmeyen marka transfer ilişkilerini ürün benzerliği incelemesinde göz ardı etmemek gerekir. Ürün-kontrol sorumluluğu kuran lisans sözleşmeleri de sözü edilen bu alan içerisinde kalmakta ve tanınmış marka korumasının sınırına taşmamaktadır. Öyleyse tüketicinin, ürünler arasında böyle bir lisans uygulaması algısında bulunması, minimumda da olsa ürün benzerliğinden söz etmeye, bir diğer ifadeyle “ürün farklılığı” ihtimalini ortadan kaldırmaya “tek başına” yeterlidir. Bu aşamadan sonra karıştırılma ihtimali olup olmadığı, somut olayın diğer şartları da gözetilerek yapılacak bütüncül değerlendirme ile belirlenmelidir.

## V. SONUÇ

İşletmelerin, kendilerine ait markalarının kullanımı için başkalarına lisans vermesi yaygın görülen uygulamalardandır. Buna bağlı olarak geliştirilmiş çeşitli lisans sistemleri mevcuttur. Lisans, salt satış geliştirme odaklı yani imaj transferi amacıyla yapılabileceği gibi marka sahibinin, sahip olduğu bilgi ve teknolojinin çeşitli ürün ve hizmetlerde kullanımına izin vermesine dayalı olarak “know-how transferi” şeklinde de ortaya çıkabilir. Lisanslamanın ürün benzerliğine dayanak teşkil edip etmeyeceği de tüketicinin lisans sözleşmesinin niteliğini ne şekilde algılayacağına bağlı olarak değişir. Tüketici, lisanslamanın tamamen imaj transferi amacıyla, satış geliştirme odaklı yapıldığı düşüncesindeyse, bu durumda ürün benzerliğinden söz etmek mümkün değildir. Zira imaj ile ilişkilendirme, tanınmış marka korumasının konusudur. Hukukumuzda yalnızca toplumda belirli bir tanınırlık düzeyine erişmiş olan markalar, farklı türden mal ve hizmetler bakımından tescil edilmek ya da kullanılmak istenen işaretler karşısında koruma elde edebilir. Ancak bu tanınmış markanın ayırt edicilik düzeyine zarar verilmesi, markanın tanınırlığından haksız istifade edilmesi veya tanınmış markanın itibarına zarar gelmesi ihtimallerinden birinin gerçekleşmesi şartına bağlıdır. İmaj transferine yönelik lisanslamaların, karıştırılma ihtimalinin unsurlarından bir olan ürün benzerliğine yol açabileceği kabul edilirse, tanınmış marka korumasının şartları dolanılmış ve karıştırılma ihtimalinin kapsamından çıkmış olur. Karıştırılma ihtimali, yalnızca ürünlerin ticari kaynağı yönünden yapılan ilişkilendirmeleri kapsamaktadır.

Nadiren de olsa tüketici, karşılaştırılan markalara ait ürünler bakımından “teknoloji/bilgi transferi amacıyla kurulmuş lisans ilişkisi” algısında olabilir. Bu durumda tüketici, marka sahibinin, markası ile

lisanslanan ürünler bakımından “kontrol sorumluluğu” üstlendiğini düşünebilir. Günümüzde geçerli olan marka fonksiyon teorisine göre ürün sorumluluğu üstlenme, markanın kaynak gösterme işlevinin kapsamında yer alır ve dolayısıyla karıştırma ihtimali ile ilgili düzenlemelerin konusuna girer. Karıştırılma ihtimali için aranan “ticari kaynak ile ilişkilendirme” şartı yalnızca ürünlerin aynı üreticiden/satıcıdan geldiği zannı yaratması şeklinde değil, aynı zamanda “ürünlerin aynı ticari kaynağın sorumluluğu altında üretilmesi/piyasaya sunulması” şeklinde anlaşılıyorsa, o halde söz konusu bu alana pratikte bir uygulama kazandırmak adına, teknoloji/bilgi transferine dayalı lisans sistemlerinin tek başına (asgari düzeyde de olsa) ürün benzerliği sağlayabileceğinin kabulü gerekir.

## KAYNAKLAR

- ARKAN, Sabih**, Marka Hukuku (Cilt I), Ankara 1997.
- BOZBEL, Savaş**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015.
- ÇAĞLAR, Hayrettin**, Marka Hukuku-Temel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2015.
- ÇOLAK, Uğur**, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2018.
- DANGER, Torben**, Die rechtsverletzende Benutzungshandlung im Markenrecht – Abschied von der Herkunftsbezogenheit, Köln 2007.
- EICHHAMMER, Stefan**, Die markenmäßige Benutzung, Tübingen 2008.
- EISENFÜHR, Günther/ SCHENNEN, Detlef**, Gemeinschaftsmarkenverordnung, 3. Aufl., Köln 2010.
- EKEY, Friedrich L./BENDER, Achim/FUCHS-WISSEMANN, Georg**, Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, Band 1: Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischen Staaten, 3. Aufl., Heidelberg 2015.
- FEZER, Karl-Heinz**, Kommentar zum Markenrecht, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, 4. Aufl., München 2009.
- GOLDMANN, Michael**, “Die mittelbare Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens”, GRUR 2012 (Heft 3), s. 234-242.
- GÜNEŞ, İlhami**, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Ankara 2018.
- HACKER, Franz**, “Methodenlehre und Gewerblicher Rechtsschutz - dargestellt am Beispiel der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr”, GRUR (Heft 7) 2004, s. 537-548.
- HASSELBLATT, Gordian N.**, Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl., München 2017.
- INGERL, Reinhard/ROHNKE, Christian**, Kommentar zum Markengesetz, 3. Aufl., München 2010.

- KARAASLAN, Pelin**, Verwechslungsschutz von Serienmarken nach dem deutschen Markengesetz, Köln 2016.
- KÜÇÜKALİ, Canan**, Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2009.
- LANGE, Paul**, Kommentar zum Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Aufl., München.
- OĞUZ, Arzu**, "Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, C.13, S.140, 2018, s. 35-48.
- PASLI, Ali**, Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul 2018.
- SEIBT, Katrin**, "Das europäische Verbraucherleitbild - ein Abschied von der Verwechslungsgefahr als Rechtsfrage?", GRUR (Heft 6) 2002, s. 465-472.
- SOSNITZA, Olaf**, "Ein weiterer Baustein der Gemeinschafts-Serienmarke - Besprechung von EuGH, Urt. v. 16. 6. 2011 – C-317/10 P – UNI", GRUR 2011 (Heft 10), s. 867-871.
- STRÖBELE, Paul/HACKER, Franz**, Kommentar zum Markengesetz, 10. Aufl., Köln 2012.
- ŞENOCAK, Kemal**, "Tescilli Markanın Aynısının ve Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali" (*Domain Name*), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 25, S. 3, 2009, s. 89-141".
- ŞENOCAK, Kemal**, "Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması- 556 sayılı KHK m. 8/IV" (*Tanınmış Marka*), *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.25, S.2, 2009, s. 133-176.
- TEKİNALP, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- TEPLITZKY, Otto**, "Verwechslungsgefahr und Warenähnlichkeit im neuen Markenrecht", GRUR (Heft 1) 1996, s. 1-5.
- UZUNALLI, Sevilay**, "Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s. 675-700.
- ÜNSAL, Erol**, "Ayak Giysileri ile Parfümler Bağlantı Mallar mıdır? Malların Benzerliği Konusunda İlgili Çekici Bir USPTO Temyiz Kurulu Kararı", IPR Gezgin, Bilgi Notu,

<https://iprgezgini.org/2014/10/19/ayak-giysileri-ile-parfumler-baglanti-mallar-midir-malların-benzerligi-konusunda-ilgi-cekici-bir-uspto-temyiz-kurulu-karari/>), E.T: 18.4.2020.

- YASAMAN, Hamdi**, “Tanınmış Marka ile İlgili Sorunlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.1, 2005, s. 209-222.
- YILDIZ, Burçak**, “Mükerrer Markanın Seri Markasının Tescili -SMK m. 5.1.ç ve m. 6.1 Hükümlerine Yargıtay Kararları ile Getirilen İstisna”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 34, S.4, 2018, s. 93-119.







## ENSURING THE PROTECTION ON MATRIMONIAL HOME: SHOULD THE PRINCIPLES ESTABLISHED UNDER ENGLISH LAW BE INTRODUCED INTO TURKISH LAW?

Dr. Berrak GENÇ\*

### Abstract

Article 194 of Turkish Civil Code establishes the mandatory rule that either of spouses shall not enter in any transaction considering matrimonial home unless the other spouses' express consent is obtained. This consent is required for the protection of matrimonial home as it is the property where spouses reside together. The same protection is also provided under English law by the equity based undue influence doctrine. In applying this, English courts considered the balance between the parties of the transaction and in *Royal Bank of Scotland v Etridge* the House of Lords established set of principles in order to strike the required balance and protect the spouse against the prospect of other spouse's undue influence. Considering these, this paper will seek an answer to the question: whether common law-like principles should be introduced into Turkish law for the purpose of ensuring the protection of the parties and the matrimonial home?

### Key Words

Matrimonial home • Undue Influence • Art. 194 of TCC • Express Consent • Surety Spouses

\* Öğr. Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Lecturer, Istanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Istanbul, Turkey.

✉ berrak.genc@medeniyet.edu.tr • ORCID 0000-0001-5166-8965

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: GENÇ, Berrak, "Ensuring The Protection on Matrimonial Home: Should The Principles Established under English Law Be Introduced into Turkish Law?", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 913-940.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## AİLE KONUTUNUN KORUNMASININ GÜÇLENDİRİLMESİ: İNGİLİZ HUKUKU'NDA DÜZENLENEN KURALLAR TÜRK HUKUKU'NDA UYGULANMALI MI?

### Öz

Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinin emredici hükmü gereğince eşlerden herhangi biri aile konutunu ilgilendiren bir hukuki işlem yapmak istediğinde yapılacak bu işlemin geçerli olması için diğer eşin bu işleme ilişkin açık rızasının alınması gerekmektedir. Böyle bir rızanın şart koşulmasının sebebi eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutunun korunmasıdır. İngiliz Hukuku'nda da aynı koruma equity (hakkaniyet) hukuku çıkışlı bir doktrin olan haksız etki doktrini yoluyla sağlanır. İngiliz mahkemeleri bu doktrini uygularken aile konutunu esas alan hukuki işlemlerin tarafı olan herkesi değerlendirmeye almış ve bunlar arasındaki dengeyi sağlama amacıyla tarafların uymasını ve takip etmesini istediği bir takım kurallar geliştirmiştir. Bu kurallar işlemin tarafı olmayan eş, diğer eşin uygulayabileceği haksız etkiden korumayı amaçladığından eşten alınacak rızanın eşin kendi hür iradesinin sonucu olduğuna emin olmak için neler yapılması gerektiğini belirler ve taraflara bunlara uyulması yükümünü yükler. İşbu makale de madde 194 ile amaçlanan korumanın daha da pekiştirilmesi için İngiliz Hukuku'nda uygulanan kuralların Türk Hukuku'nda uygulanabilirliğini araştırmaktır.

### Anahtar Kelimeler

Aile Konutu • Haksız Etki • Türk Medeni Kanunu Madde 194 • Açık Rıza • Eşlerin Korunması

## I. INTRODUCTION

Matrimonial home, as a legal concept in family law can be defined as property or dwelling where spouses reside together as a family<sup>1</sup>. This concept was introduced into Turkish law via the new Turkish Civil Code (TCC) number 4721<sup>2</sup> which came into force in 2001. Although TCC does not define what 'matrimonial home' is, it provides remedies for issues that may arise relating to the matrimonial home in various arti-

<sup>1</sup> DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 15<sup>th</sup> ed., İstanbul, 2020, p 168, 174. It is also defined as dwelling where all family activities has been centered in by Serozan in SEROZAN Rona, Aile Konutunun Şerhinde Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2009, 261-278, p 281.

<sup>2</sup> Official Gazette, 08.12.2001, No 24607.

cles<sup>3</sup>. However, it is worth noting at this early stage that only Art.194, which is provided as mandatory rule<sup>4</sup>, will be the main focus of this work, as it imposes some duties onto spouses for the purpose of protection of the matrimonial home and the spouse who is not the party of the transaction concerning the matrimonial home<sup>5</sup>. The first paragraph of Art.194 stipulates that spouses shall not enter in any transaction that would transfer the ownership of the matrimonial home, terminate the tenancy agreement or limit the rights on the matrimonial home, unless an express consent is given by the other spouse. This is of quite importance, as matrimonial homes are usually the most valuable assets of spouses<sup>6</sup> and usually the preferred means to raise money for different purposes i.e. providing a capital for a small business that is owned by one of the spouse or simply for investment purposes. It is evident under Art.194 that such transactions cannot be completed without obtaining the express consent of the other spouse<sup>7</sup>. So that, the article ensures the protection of matrimonial home and family.

When compared to Turkish law, the matter has been developed rather differently in English law. Although the matter is dealt within the Acts specifically enacted on family law and matrimonial home<sup>8</sup>, the core principles are set out by the judiciary on the common law based doctrine

<sup>3</sup> Such as articles 194, 240, 254, 255, 279 and 652.

<sup>4</sup> So that it cannot be ruled out by any agreement that permits spouses to act otherwise. (Y.2.H.D., T. 26.02.2018, E. 2018/1075, K. 2018/2651. (www.kazanci.com) (The 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation also held that neither of the spouses can waive their right to give consent nor they can rule out the requirement of an express consent for the transactions on their matrimonial home, since the Article is set out as a mandatory rule.)

<sup>5</sup> It should here be stated that TCC does not only imposes obligations on spouses regarding their matrimonial home, it also provides certain rights to them. For instance Art.194/III '*The spouse who is not the owner of the matrimonial home may request matrimonial home to be registered as such in the Land Registry*'.

<sup>6</sup> Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2) [2001] UKHL 44; [2002] 2 A.C. 773 per Lord Nicholls para 34.

<sup>7</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, p 179. KILIÇOĞLU Ahmet M, Aile Hukuku, 4<sup>th</sup> ed., Ankara, 2019; AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ Derya, Aile Hukuku, 21<sup>st</sup> ed., İstanbul, 2019.

<sup>8</sup> Family Law Act 1996, Matrimonial Homes Act 1983.

of 'undue influence'<sup>9</sup>. It was therefore by this doctrine established that not only the consent of the spouse is needed for matrimonial home to be an absolute security against the home for the money lent, but also this consent must be given freely meaning that it should not be given under any pressure and it should be the product of a free will of the spouse. Otherwise, the transaction could be set aside due to the undue influence exerted by the other party. The creditors therefore must be sure that the consent is a product of a free will of the spouse. However in practice, it would not be straightforward to ensure that the consent is given under the free will since the guarantee transaction involves different parties who have different obligations. Indeed, English courts have been challenged with the different aspects of the matter and tried striking a balance between parties while ensuring that the matrimonial home<sup>10</sup> remains acceptable as security for business loans. In doing so, the House of Lords<sup>11</sup> restated that area of law in *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)*<sup>12</sup> and more importantly established a set of rules to be followed by the parties that involve in the transaction particularly financial institutions i.e. banks.

These further obligations are established for the purpose of ensuring that the spouse whose consent is required acts and gives its consent by knowing all the possible consequences of the transaction. This would also enhance the protection on the matrimonial home and protect third parties who are the party of the transaction regarding matrimonial home. In Turkish law however, Art. 194 of TCC only requires an express consent for the transaction regarding matrimonial home to be valid and does not impose English law-like duties on the parties of the transaction. It is evident that without an express consent, the transaction would be unenforceable. Yet, what would be the consequences of giving the con-

---

<sup>9</sup> For detailed analysis on the doctrine of undue influence See O' SULLIVAN Janet, O' Sullivan & Hillard's *The Law of Contract*, 8<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2018, Ch 11.

<sup>10</sup> *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)* [2002] 2 A.C. 773, para 34.

<sup>11</sup> From 1 October 2009, Supreme Court has replaced House of Lords as highest appeal court in England.

<sup>12</sup> [2002] 2 A.C. 773.

sent without understanding the all possible consequences of the transaction? It can be said that if this is brought before the court, the transaction might be set aside. If not, it would be enforceable on the ground that there exists consent. Even that the acquisition of the matrimonial home by bona fide third party might be protected by virtue of Art. 1023 TCC<sup>13</sup>. This begs the question if further obligations should be required from the parties as to the consent for the purpose of ensuring the protection provided by Art. 194 and to prevent the prospects of setting aside the transaction. In examining this, aforementioned common law principles are to be taken as guidelines and the following question is to be answered: if common law-like principles-which requires more than express consent for the transaction to be valid- should be applied in Turkish law?

In answering this question, this paper scrutinizes three different dimensions. First, the application of Art.194 of TCC in practice and the approach taken by Turkish courts thereby are to be conducted. This examination would provide clear understanding on the current legal framework and be assistive to determine if the law requires more insight. Second, the same examination is undertaken from the perspective of English law and more particularly on the House of Lords' findings in *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)*<sup>14</sup>. Finally, in light of the findings of these examinations, the main question of this paper is sought to be answered. Ultimately, it should be worth noting that by no means this paper seeks to promote direct introduction of the approach taken by com-

<sup>13</sup> It should here be stated that the issue of the enforceability of the transaction that considers the matrimonial home against bona fide third parties with regard to Art. 1023 of TCC has also been the subject before the courts in most cases. Even that there are divergent decisions given by different chambers of the Court of Cassation. For instance, one chamber held that the acquisition of the matrimonial home by bona fide third party would be protected by virtue of Art.1023 of TCC unless the matrimonial home is annotated in the Land Registry. Y.H.G.K. T 02.03.2016, E. 2016/2-1420, K. 2016/210 (www.kazanci.com). For a judgment suggesting otherwise See Y.H.G.K T 15.04.2015, E. 2013/2-2056, K. 2015/1201 (www.kazanci.com). However, it should be underlined that this issue is not within the scope of this work. Thus, it will not be discussed within. For detailed analysis and discussion See DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, p 169; ŞİPKA Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK md.194), İstanbul, 2004, p 150; GENÇCAN, Ömer U., Aile Konutu (Yargıtay Uygulaması), Ankara, 2017, p 263; AKINTÜRK/ATEŞ, p 122.

<sup>14</sup> ibid.

mon law into Turkish law. Perhaps, if necessary it may usher a way to amend Art.194 by the advocated suggestions below.

## II. PROTECTION OF MATRIMONIAL HOME UNDER TURKISH LAW

### A. ART.194 OF TCC

As a general rule, Art.193 of TCC allows spouses to enter into any transaction with each other or third parties. However, being the exception of this general rule, TCC. Art.194 limits the freedom of spouses, when the matrimonial home is the subject of transaction. The Article, titled as matrimonial home, reads

*'Either of spouses may not terminate the tenancy agreement regarding the matrimonial home, transfer of the ownership of matrimonial home or limit the rights on the matrimonial home unless an express consent is given by the other spouse.*

*If the consent is not given without justified reason, the spouse may request the Court's intervention.*

*The spouse who is not the owner of the matrimonial home may request matrimonial home to be registered as such in the Land Registry.*

*In case the matrimonial home is provided by rent by one of the spouses, the spouse who is not a party to the contract becomes subject to the tenancy agreement provided that the notification is to be made to the landlord and both become jointly and severally liable.'*

The first paragraph restrains spouses from entering into certain transactions regarding matrimonial home, unless the express consent of other spouse is granted. In the preamble, it is underlined that the purpose of the enactment of this article is to ensure the protection of matrimonial home and in turn, the family<sup>15</sup>. Reading reverse, if the matrimonial home is not the subject of the transaction, the spouses may enter into any transaction without the consent of the other spouse<sup>16</sup>. Hence, in

<sup>15</sup> KILIÇOĞLU, p 198; ERDEM Mehmet, Aile Hukuku, 2<sup>nd</sup> ed., Ankara, 2019, fn 381.

<sup>16</sup> ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6<sup>th</sup> ed., Ankara, 2015, p 301. Therefore, such transaction limits the owning spouse's freedom of entering into transaction. For the discussion on the legal nature of this limitation See DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, p 215; ŞİPKA, p 46; GENÇCAN, p 31. For a counter argument SEROZAN, 285-288 ff.

order to determine whether a transaction caught by the first paragraph, the very first thing that needs answering is what is the matrimonial home. Although TCC does not provide an answer to this question, in its preamble the matrimonial home is described as *'a dwelling filled with memories in which spouses reside together, give shape to their life, live through good and bad days in together'*<sup>17</sup>. Therefore, the dwelling where spouses reside and live through their life together would be their matrimonial home and the transactions relating to such property can be said to fall within the limitations stated in the Art.194<sup>18</sup>. It should be underlined that in principle it is accepted that there cannot be more than one matrimonial home<sup>19</sup>.

It is hence crucial to determine whether a property is the matrimonial home. In light of the above-mentioned conditions, first thing to conduct in determining if the dwelling is the matrimonial home, is the intentions of spouses as to residing together and living their everyday life in there as their matrimonial home. The ownership of dwelling is not taken into account when determining it is a matrimonial home or not. Spouses may have their dwelling registered as their matrimonial home, even if one of them is a sole owner. This is also the case if they are the tenants in this dwelling, or if one or both of them have the right of usufruct on the dwelling<sup>20</sup>.

Furthermore, spouses benefit from the protection provided in Art.194, even if the dwelling is free of an annotation as a matrimonial home in the Land Registry<sup>21</sup>. As long as the dwelling could be identified

---

<sup>17</sup> ERDEM, fn 381.

<sup>18</sup> As it is pointed out by Serozan the matrimonial home is a dwelling where the family activities has been centered and carried out in. SEROZAN, p 281.

<sup>19</sup> Y.2.H.D, T. 02.02.2006, E. 2005/16473, K. 2006/799 (www.kazanci.com). However it should be stated that there is no such rule stated in TCC. It is well embraced among the scholars that the matrimonial home may be more than one in exceptional cases provided that both fulfill the conditions stated above. Yet, still only one of them would be benefitting from the protection provided in Art. 194. ŞİPKA, p 85; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, p 175, GENÇCAN, p 66. For counter argument See ÖZTAN, p 301.

<sup>20</sup> ŞİPKA, p 79; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, p 176.

<sup>21</sup> This is because, the protection is provided for matrimonial home as it qualifies the specifics of matrimonial home (where the spouses reside and live their life together)

as a place where spouses reside and live together -matrimonial home- Art.194 applies to the transactions concerning this dwelling that are made by one of the spouse<sup>22</sup>. Therefore, once a dwelling is identified as matrimonial home then the spouses' freedom of conducting legal transactions on the matrimonial home becomes subject to Art.194. This is the underlying reason why the article states '*[e]ither of spouses may not terminate the tenancy agreement regarding the matrimonial home, (...),or limit the rights on the matrimonial home unless an express consent is given by the other spouse*'. This would also mean that the spouses are bound to the limitations set out in the Art., even if they do not own the property<sup>23</sup>. Hence, for instance a spouse would not be able to sell the matrimonial home nor would it be able to have a lien granted on the matrimonial home<sup>24</sup> unless the express consent is granted by the other spouse.

It should be emphasised that if the dwelling cannot be characterised as a matrimonial home, which may happen for different reasons, then the other spouse's consent would not be required for the validity of the transaction regarding this dwelling and therefore actions may not fall under Art.194/I<sup>25</sup>. Indeed, there are several cases that have dealt with such matters. For instance, if the marriage is dissolved with divorce or death, the matrimonial home would no longer be considered the matri-

---

not because the property has been put annotation of matrimonial home in the Land Registry. (Y.H.G.K, T. 24.5.2017, E. 2017/2-1604, K. 2017/967) (www.kazanci.com)

<sup>22</sup> Y.H.G.K., T. 04.10.2006, E. 2006/2-591, K. 2006/624 (www.kazanci.com)

<sup>23</sup> It should however be underlined that spouses cannot have the matrimonial home annotation put on the dwelling that is not owned by them individually or solely. It is because the property right of the owner of the dwelling is absolute and cannot be restricted by matrimonial annotation put in Land Registry. (Y.2.H.D., T. 16.09.2008, E. 2008/11885, K. 2008/11958) (www.kazanci.com)

<sup>24</sup> Y.2.H.D, T. 26.02.2018, E. 2018/1075, K. 2018/2651 (www.kazanci.com). (The court stated that although the lien on the matrimonial home does not necessarily prevent the family's right of use and habitation, the spouse who is the owner of the matrimonial home should obtain the express consent by its' spouse in order to a lien that is granted to a third party on the matrimonial home be valid.)

<sup>25</sup> GENÇCAN, p 35; ÇABRİ Sezer, 'Aile Konutu Şerhi', Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, 401-414, p 402; BİRLAS, Nami, Yeni Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlemi Özgürlüğü Ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, 115-143, p 121.



monial home<sup>26</sup>. Or if the matrimonial home is rented out to a third party, then it could not be a matrimonial home, since spouses do not reside and live in this rented out property anymore<sup>27</sup>. As this is not used as a matrimonial home, the spouse who is the owner of the dwelling may get into any transactions under its freedom of contract without procuring the other spouse's express consent.

Against this background, how the requirement of an express consent have been interpreted and applied by Turkish courts will be examined below, since it is the only requirement stated in the article for such transactions made by the spouse regarding matrimonial home to be enforceable.

### **B. APPLICATION OF ART.194 BY TURKISH COURTS**

It is surprisingly not uncommon that Turkish courts have been challenged to decide on the matters relating to the application of Art.194. As underlined above, Art.194 protects the matrimonial home and the family. Yet, its functionality is not as bare as it might be thought it would be. These transactions do not involve only spouses. There might be often another party who actually is party to such transactions. In most cases, this party could be banks or other financial institutions. It is therefore evident that the imposition of a certain obligation (obtaining the express consent from the other spouse) on the spouses would also affect this party.

As a default conclusion of this inter-connected transactions, the issues revolving around whether the dwelling is a matrimonial home<sup>28</sup> or whether the legal transaction regarding matrimonial home made by one of the spouses is valid and enforceable against third parties have often become the main subject before the courts<sup>29</sup>. As the application of re-

---

<sup>26</sup> Y.2.H.D., T. 07.07.2014, E. 2014/12999, K. 2014/15762 (www.kazanci.com) Having said that if the spouses are not living together without ending their marriage or are granted a separation order by the court, transactions regarding their matrimonial home would still be subject to the limitations stated in Art. 194 as the marriage has not yet been dissolved. ÇABRİ, fn 11.

<sup>27</sup> Y.2.H.D., T. 01.03.2012, E. 2011/9066, K. 2012/4360 (www.kazanci.com)

<sup>28</sup> Y.H.G.K., T. 02.03.2016, E. 2015/2-53, K. 2016/211. (www.kazanci.com)

<sup>29</sup> See fn.13

quirement of obtaining an express consent and its extent are the main concern of this article, cases consider these matters should be assessed below<sup>30</sup>.

As the express consent is the only requirement set out in Art.194/I, the courts have applied it to the cases before them and examined whether the consent granted by other spouse was fulfilled this requirement. The General Assembly of Civil Chambers of the Court Of Cassation stated that even an oral consent given by the other spouse fulfils the requirement of the Art., since it remains silent on whether consent should be oral or written. What has been underlined that as long as consent is express with regard to the wording of the Art., it is immaterial whether it was given orally or written<sup>31</sup>. In supporting this, the 2<sup>nd</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation decided that the express consent must be granted for a particular transaction meaning that the consent given must be unequivocal for that particular transaction done by the other spouse<sup>32</sup>. Although the Chamber did not put a word on this, it is thought that this decision would also follow that the spouse giving consent should undoubtedly possess the details of that transaction which may entail further results. If this is not the case, the requirement of an express consent would have a nominal impact on the protection of matrimonial home.

To sum up, when either of the spouses enters into transactions regarding matrimonial home, the other spouse's consent should be obtained and this consent must be given expressly for the certain transaction that requires consent in order to be valid and enforceable. Reading reverse, if the consent does not satisfy these requirements, the transaction would not be enforceable.

These requirements appear to be unambiguous and perhaps uncomplicated to follow for a spouse in order to enter into an enforceable transaction regarding the matrimonial home. However, it should not be

---

<sup>30</sup> For detailed assessment on matrimonial home *See* ŞİPKA.

<sup>31</sup> Y.H.G.K., T. 15.04.2015, E. 2013/2-2056, K. 2015/1201. (www.kazanci.com); ŞİPKA, 142-143 ff.

<sup>32</sup> Y.2.H.D., T. 08.11.2016, E. 2016/20910, K. 2016/14532. (www.kazanci.com); ŞİPKA, p 135; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, p 178.

overlooked that there might be another party or parties who would like to involve in such transactions with one of the spouse. It is evident that not having an express consent from the other spouse would most likely have an effect on this party, as the transaction would be unenforceable without the required consent. Therefore, fulfilling the requirement of an express consent is of great importance for this party as much as it is for the spouse who enters into the transaction. Yet, the question at this point is how could this party make sure that the required consent is duly obtained, and given expressly for that particular transaction? More importantly, are there any rules to be followed or any obligations to be undertaken by this party to ensure the enforceability of the transaction? It is evident that Art.194 does not mention or impose any duties on this party. This however does not necessarily mean that the matter in question should be overlooked. Unlike Turkish law, English law imposes certain duties on this party in order to ensure that the consent is duly given and is the product of free will of the spouse. Bearing all these in mind, the question is: Has a similar approach been considered by Turkish courts in dealing with the cases that have arisen from the application of Art. 194?

It is opined by the author that the answer to this question must be affirmative, albeit the fact that the matter has not been considered by the courts to a great extent. In a case dated back to 2014<sup>33</sup>, the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation held that the party of the transaction regarding matrimonial home (which was the bank in this case) must act with such diligence as a prudent owner would deemed to be necessary. In this case, the bank was the provider of the capital that the husband sought for and the dwelling that he and his family had been living together was the security against this money lent from the bank. A lien was granted on this dwelling for the bank. When the debt was not satisfied by the husband, the bank acted to enforce the security by selling the property that the lien was registered on. That was when the wife had started the proceeding against the bank by claiming that process of the sale should be ceased on the ground that the lien

---

<sup>33</sup> Y.H.G.K., T. 02.03.2016, E. 2014/2-1420, K.2016/210 (www.kazanci.com)

granted by his husband was not valid in the lack of her express consent. The first instance court decided that the lien granted on the concerned dwelling must be set aside, as it was identified as a matrimonial home - regardless of not being put an annotation as matrimonial home in Land Registry- and the consent of the wife was required for this transaction to be valid under Art.194. Yet, this decision was dismissed at the appeal<sup>34</sup>. The case then came before the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Cassation which restated the fact that having put an annotation of matrimonial home in Land Registry is not the requirement for benefitting from the protection provided in Art.194. Accordingly, it was held that the bank must have investigated, if the concerned dwelling was used as a matrimonial home. Moreover, in the case it was evident that the property was identified as dwelling on the assessment report that the bank had issued. Against all these, the court held that the bank should have acted with such diligence as a prudent owner would deemed to be necessary and investigated if the wife's consent was obtained by the debtor husband for the lien. In another case that shares similar facts, the General Assembly reiterated the fact that when the bank or another financial institution is the party of the transaction regarding matrimonial home, it should act with the diligence as a prudent owner would deemed to be necessary<sup>35</sup>. This would require bank to investigate whether the dwelling, which is subject to the transaction, is a matrimonial home.

Such due diligence is not only required to take necessary measures to investigate whether the requisite consent is given but also requires investigating whether this consent fulfils the necessary elements stated in Art.194 i.e. being express. This is also the outcome of the General As-

---

<sup>34</sup> The 2<sup>nd</sup> Civil Chamber of the Court of Cassation grounded its decision on Art. 1023 of TCC that protects the third parties' ownership or real right when they act bona fide. It was held that the lien granted on the property which did not put annotation as matrimonial home must be valid unless the wife prove that the bank did not act bone fide meaning that it knew or should have known that the property was a matrimonial home. (Y.2.H.D., T. 12.12.2013, E. 2013/11321, K. 2013/29334) (www.kazanci.com) For detailed examination on the application of Art.1023 in these cases *See* DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, p 180.

<sup>35</sup> Y.H.G.K., T. 02.03.2016, E 2015/2-53, K.2016/21. (www.kazanci.com)

sembly's judgment held in 2017<sup>36</sup>. In this case, similar to the cases aforementioned, the issue was revolving around the validity of the lien that was granted for the bank by the husband on the matrimonial home. Unlike the other cases, the bank knew that the dwelling was a matrimonial home; hence the consent of the wife was indeed sought and requested from the husband before entering into the transaction. In result of this, the husband provided a certificate of consent that was allegedly signed by his wife. However in the proceedings the wife claimed that she had not given the consent hence the signature on the certificate was not hers. This in fact was confirmed in the proceedings by the Institution of Forensic Evidence that the signature was not hers. Following this, the court held that although the bank sought for the consent and it was provided so by the husband, the lien that was granted on the matrimonial home was not valid and enforceable, as the consent given did not fulfill the requirement of being express. It was stated that the due diligence that the bank must perform in entering into a contract also involves investigating the validity of the consent as well as whether it is genuine.<sup>37</sup> On this ground, the lien was held to be invalid and not enforceable.

It is evident that these decisions provide further guidance on the application of Art.194 while reinforcing the purpose of the protection of matrimonial home. Yet, the last case mentioned above bears rather greater importance for the main purpose of this paper. It is the outcome of this case that the party of a transaction who is not the spouse must make sure that the consent is given by the other spouse and it is genuine and express for this transaction to be valid. This is the direct result of the due diligence principle that the parties of the contract are to be expected to perform before entering into an agreement. Art.194 does not expressly require such steps to be taken by the other party of the transaction regarding matrimonial home. Even though Art.194 does not mention such duty, in consistent with the case law it is thought that when the matrimonial home is subject to any transaction, the party other than the spouse is also required to take necessary steps to make sure that the ex-

---

<sup>36</sup> Y.H.G.K., T 24.05.2017, E. 2017/2-1604, K. 2017/967. ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com))

<sup>37</sup> *ibid.*

press consent is obtained by the other spouse. This is also the necessary outcome of the fact that it is often the bank that is the other party to this transaction. By virtue of Art. 18/II of the Turkish Commercial Code, banks are under a duty to act with the diligence as a prudent owner would be deemed to be necessary in engaging all trade activities and entering into transactions. In that respect the application of Art.194 in Turkish law approximates to English law which is to be examined next below.

### III. PROTECTION OF MATRIMONIAL HOME UNDER ENGLISH LAW

#### A. AN OVERVIEW OF THE APPLICABLE RULES

Under English law it was accepted that the spouses would have been under the duty to live together while their marriage lasted.<sup>38</sup> Although it is no longer considered as a duty, where the spouses live in is determined as their matrimonial home and the protection is still provided by law for the purpose of protecting the spouses' interest in this dwelling that arises out of their consortium to each other. These rights are referred to as 'home rights' and laid down in the Part IV of the Family Law Act 1996<sup>39</sup>. Later, Section (S) 30 of this Act was substituted by Civil Partnership Act 2004<sup>40</sup> in order to provide the same rights to civil partners in civil partnership, as well<sup>41</sup>. These rights principally entitle the spouse -who does not own the dwelling identified as matrimonial (/civil partnership) home- to a right to occupy. This would mean that the spouse entitled to this right cannot be evicted or excluded from the matrimonial home by the other spouse while it retains the right<sup>42</sup>. As a result of this, if, for example the dwelling is sold by the owning spouse to a

<sup>38</sup> LOWE Nigelle V./ DOUGLAS Gillian, Bromley's Family Law, 11<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2015, 152; HERRING Jonathan, Family Law, 7<sup>th</sup> Edition, Pearson, 2015, 193 ff.

<sup>39</sup> See <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/part/IV#commentary-c21001491>

<sup>40</sup> See <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/section/101>

<sup>41</sup> With that respect, it should be reminded that this article keeps using the term spouse meaning both spouses and civil partners.

<sup>42</sup> It should be noted that this protection does of course not last indefinitely. S. 33 of the Family Law Act 1996 sets out the principles and conditions when and how long a spouse may benefit from this right to occupy the matrimonial home. For instance: termination of a marriage or civil partnership by death.

third party, then the non-owning spouse who has the right to occupy cannot be evicted from this property, providing that its right to occupy is registered in the Land Registry<sup>43</sup>.

With respect to the Family Law Act 1996, the protection of matrimonial home under English Law does not appear to be similar to what Art.194 of TCC provides under Turkish Law. Having said that, these are not the only rules that are applied to the matters relating to matrimonial home under English Law. As stated in Introduction, common law doctrine of undue influence is applied by equity courts to these issues and the law on matrimonial home has been developed more comprehensively. Before analysing the case law, it is worth mentioning the doctrine of undue influence in short, though.

Undue influence is basically categorised as one of the forms of an unacceptable conduct<sup>44</sup>. In equity, it is established that the transaction that is procured by undue influence exerted by one party on the other may be set aside<sup>45</sup>. It is because, the will of the party who is under influence exerted by other party cannot be considered as an expression of free will, accordingly the law does not protect such abuse<sup>46</sup>. It is evident that this influence must be undue in order for the transaction to be set aside. As Trietel formulates '*undue influence is exercised by A whenever, through his influence, the transaction was not entered into as a result of B's own freewill*'<sup>47</sup>. Yet, ascertaining undue influence is still, in Lord Clyde's own words, '*something which can be more easily recognised when found than exhaustively analysed in the abstract*'<sup>48</sup>.

Undue influence is traditionally established in two categories; actual and presumed undue influence<sup>49</sup>. Actual undue influence refers that

---

<sup>43</sup> S. 31 of the Family Law Act 1996.

<sup>44</sup> *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)* [2002] 2 A.C. 773 para. 6. Duress is another example for unacceptable persuasion.

<sup>45</sup> Trietel on the Law of Contract, 14<sup>th</sup> edition, Ed. PEEL Edwin, Sweet & Maxwell, 2015, 10-013 ff; O' SULLIVAN Janet, O' Sullivan & Hillard's The Law of Contract, 8<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2018, Ch 13.

<sup>46</sup> *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)*, [2002] 2 A.C. 773, para. 7.

<sup>47</sup> Trietel,10-014.

<sup>48</sup> *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)*, [2002] 2 A.C. 773 para.92.

<sup>49</sup> Class 1 and Class 2 are also used instead of terms actual and presumed.

actual undue influence exercised by one party to other while entering into the transaction and this is proved, on the other hand presumed undue influence means that there are some reasonable grounds to assume that there is an undue influence which is however yet to be proved<sup>50</sup>. A good illustration would be this: when someone is convinced by his friend to sell his car to himself, this transaction may be set aside when the influence of the friend is proved. In this example, the influence exercised on this party would be the actual one. In contrast, presumed undue influence, as its name suggests, refers that it is presumed that there is an undue influence exercised by one party and the presumption is grounded on the nature of the relationship between parties i.e. the one with trust and confidence. It can be said as to this example that the relationship between two friends does not necessarily require one party to repose the trust and confidence to other, as it would be expected in a relationship between parent and child. Indeed, it has been established – albeit not exhaustively- by equity courts that relationships between parent and child, doctor and patient, solicitor and client and trustee and beneficiary give rise to the presumption that the undue influence has been exercised<sup>51</sup>. In deciding which relationship gives rise to the presumption of undue influence, the test is whether the relationship between parties is the one where trust and confidence is reposed<sup>52</sup>. This type of presumed influence is categorised as Class 2A<sup>53</sup>.

What is significant as to this paper is that the relationship between husband and wife is not considered as one of the relationships in Class 2A type, on the ground that in this relationship it is only to be expected that wife and husband would have an influence over one another to

---

<sup>50</sup> Trietel, 10-018; Chitty on Contracts, 33<sup>rd</sup> edition, Ed. BEALE Hugh, Sweet & Maxwell, 2019, para 45.031.

<sup>51</sup> *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)* [2002] 2 A.C. 773 paras 10, 18.

<sup>52</sup> Trietel, para 10-020; *ibid.* para 18 per Lord Nicholls *'The law has adopted a sternly protective attitude towards certain types of relationship in which one party acquires influence over another who is vulnerable and dependent and where, moreover, substantial gifts by the influenced or vulnerable person are not normally to be expected.'*

<sup>53</sup> Here it must be pointed out that *'that presumption arises only if it is also shown that the transaction is one which calls for explanation'*. Trietel, para 10.025; *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)* [2002] 2 A.C. 773 para 14.



some extent, providing that they are loyally bonded with each other under a matrimonial union<sup>54</sup>. Though, this does not mean that husband or wife does not benefit from the relief provided under the doctrine of undue influence when the transaction is done under the influence of another. This would only follow that being in a relationship of husband and wife does not give a rise to presumption of undue influence. Following that either husband or wife may still set aside the transaction that is done under the influence of another, if there is an actual influence or if the concerned transaction falls into the Class 2B of presumed undue influence.

Unlike Class 2A presumed undue influence cases, under Class 2B, presumption of undue influence does not automatically arise as a matter of law. In Class 2B cases, there is a relationship in which trust and confidence are reposed and yet this is not accepted as a matter of law. Here, the party who claims that there is an undue influence shall prove that there is a relationship that trust and confidence reposed. As Treitel<sup>55</sup> explains in Class 2B cases '*there is proof that [B] has placed trust and confidence in [A]*' whereas in Class 2A cases '*[B] need not prove he actually reposed trust and confidence in [A] because their relationship is such that the law presumes irrebuttably that [A] had influence over [B], e.g. where their relationship is that of parent and child*'. In result of this, in Class 2B cases the presumption may be rebutted by showing that the party enters into the transaction as a result of its free will<sup>56</sup>. In Treitel's own words; '*the most usual way of doing this is to show that the other party (B) had independent advice before entering into transaction*'<sup>57</sup>.

This can be of assistance to provide answers to the questions of this paper, since this is applied to the cases concerning surety spouses

---

<sup>54</sup> *Yerkey v Jones* (1939) 63 CLR 649, 675 cited from *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)* [2002] 2 A.C. 773 para 19.

<sup>55</sup> Treitel, para 10.025. Here, it must be underlined that there exists a discussion amongst academics and even in the Supreme Court that whether there should be different categories of presumed undue influence. For further discussion See Trietel, 10.025; Lord Scott and Lord Hobhouse's reasoning in *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)* [2002] 2 A.C. 773.

<sup>56</sup> *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)* [2002] 2 A.C. 773 para 7.

<sup>57</sup> Trietel, para 10-027.

where the spouse provides a security for the other spouse's business debts usually by ways of granting a charge on their matrimonial home that is either owned by itself or jointly with the spouse<sup>58</sup>. In a landmark case *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)*<sup>59</sup>, which considered group of spouse surety transactions, the House of Lords established set of principles for parties to follow in order to make sure that the transaction would not be in jeopardy to be set aside as a result of undue influence. This is where this matter appears to be closely analogous to the matters that arise out of the application of Art.194 of TCC which are examined above.

## B. THE ETRIDGE CASE

In *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)*<sup>60</sup> –the *Etridge case*–, (comprised eight conjoined appeals) which is stated above, the House of Lords dealt with the transactions where one of the spouses was the surety for the other spouses' business debt and agreed to grant a lien for the bank or other financial institution on the matrimonial home which was owned by either, individually or jointly with the other spouse. As those cases were examined under the doctrine of undue influence, the House of Lords considered the position of the financial institutions in these cases and established principles for them to follow to ensure that the surety enters into the transaction by exercising its free will.

First of all, it was stated that it is reasonable to expect from creditors -which are most likely the banks- to take some reasonable steps<sup>61</sup> 'to

---

<sup>58</sup> For detailed analysis of such transactions See *ibid*, para 10.026; MUJIH, Edwin C., 'Over ten years after *Royal Bank of Scotland Plc. v Etridge (No.2)*: is the law on undue influence in guarantee cases any clearer?', *International Company and Commercial Law Review*, 24(2), 2013, 57-67.

<sup>59</sup> [2002] 2 A.C. 773.

<sup>60</sup> *ibid*.

<sup>61</sup> On that point Phillips reasonably pointed out that creating such special rule that is only applicable to guarantee cases may attract objections as it would mean the distortion from the contract law principles. Yet, he further asserts that '*a guarantee has always been recognised as a special type of contract as evidenced by a range of particular rules, including a (albeit limited) duty of disclosure, a different approach to construction, and the fact that the guarantor is discharged by events occurring subsequent to the execution of the guarantee. All these matters are a recognition that a guarantee is a peculiarly one-sided contract, imposing severe financial obligations with no direct financial benefits or*

*minimise the risk that such a wrong (undue influence)<sup>62</sup> may be committed*<sup>63</sup>. With that regard, the principles established by the Court of Appeal in *Barclays Bank v O'Brien*<sup>64</sup> were reinstated by the House of Lords in the *Etridge* case. These principles in short established that once a bank<sup>65</sup> identifies that the relationship between the surety and debtor is one of the types giving rise to undue influence (i.e. non-commercial relationship such as wife and husband), the bank would then be under a duty to make sure the spouse whose consent is required is aware of the all details of the transaction. This is often done by way of providing an independent advice to this spouse<sup>66</sup>. Nevertheless, as it was underlined in *Etridge*, in practice banks have not shown willingness to assume the responsibility of advising the spouse. Hence, they have usually made surety spouse to get the independent advice before entering into such transaction<sup>67</sup>. This however does not automatically lead to the conclusion that the consent given by this spouse would be the product of its free will. Banks should still make sure that the consent procured fulfils all required elements to be regarded complete so that the transaction would not be in jeopardy. This is why the House of Lords founded *core mini-*

---

*rights.*' PHILLIPS John, Setting Aside Guarantees: Another Approach, Oxford University Commonwealth Law Journal, 2002 (2), 47-66, 56ff. This is also pointed out in Chitty on Contracts as follows; '*A contract of suretyship is formed, like any other contract, by offer and acceptance, supported by consideration. But difficulty has been encountered in applying the ordinary principles to contracts of this nature, particularly with regard to the revocation of guarantees. The difficulty stems largely from the fact that it is frequently hard to say whether the contract is intended to be unilateral or bilateral.*' Chitty on Contracts, para 45.019. For detailed analysis on guarantees See Chitty on Contracts, Ch 45 ff; ANDREWS Geraldine/ MILLETT Richard, Law of Guarantees, 7<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2015.

<sup>62</sup> This is added.

<sup>63</sup> *ibid.* para 41.

<sup>64</sup> *Barclays Bank plc. v. O'Brien* [1994] 1 A.C. 180.

<sup>65</sup> This party can also be any financial institution other than the banks. Yet, for the sake of simplicity the term of banks is used to describe these institutions in general.

<sup>66</sup> [2002] 2 A.C. 773 para 50.

<sup>67</sup> *Ibid.*, para 51.

*mum* principles to be followed when the independent advice is provided by solicitors.<sup>68</sup> These are as follows<sup>69</sup>;

- The nature and the effect of the transaction as well as the current state of debtor's accounts should be explained to the surety by the solicitor.

- The seriousness of the risk involved in transaction must be underlined and clearly explained.

- The surety must be reminded that it is only its own decision and its free will to enter into the concerned transaction.

- It must be checked if the surety would enter into the transaction exercising its free will and authorises the solicitor to provide the letter confirming the consent of the surety.

- All these must be done by using non-technical and plain language in face-to-face meeting.

As this paper's main aim is to examine the applicability of above-like principles into Turkish law, further analysis on the judgment of the House of Lords in *Etridge* would be beyond the subject of this paper and so would not be discussed here<sup>70</sup>. The focus should now turn onto the main question of the paper: whether common law-like principles should be applied under Turkish law for the purpose of ensuring the protection of parties as well as the matrimonial home.

---

<sup>68</sup> It was stated that these principles should not be considered as optional. *Ibid*, para 100.

<sup>69</sup> *ibid*, paras 65-170.

<sup>70</sup> However for detailed discussion and further examination on the issue under English law See PHANG Andrew /TIJO Hans, 'The Uncertain Boundaries of Undue Influence', *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2002(2), 231-245; MUJIH Edwin C., 'Over ten years after Royal Bank of Scotland Plc. v Etridge (No.2): is the law on undue influence in guarantee cases any clearer?', 57-67; MUJIH Edwin C., 'The Role of the Solicitor in Guarantee Cases 10 Years After Royal Bank of Scotland Plc. v Etridge (No.2)', *Journal of International Banking Law and Regulation*, 27(12), 2012, 520-528.

#### IV. COULD FURTHER OBLIGATIONS BE ADOPTED IN TURKISH LAW?

With respect to the examinations made above, the very first thing that should be pointed out is that even though the principles have been divergently developed, both Turkish and English law treat the matrimonial home different than as both laws would do with other properties. Accordingly the protection is provided by both laws. Under Turkish law, Art.194 of TCC ensures this protection with a mandatory rule that requires obtaining an express consent from the spouse when entering into the transaction. On the other hand, under English law, it is principally the application of common law doctrine of undue influence that ensures the protection on the matrimonial home. It is evident that in Turkish law the doctrine of undue influence is not directly applied to such cases. Having said that, the law on defects in consent<sup>71</sup> appears to be closely analogous to the common law based doctrine of undue influence and those rules may also apply. It indeed provides the same relief that is provided by the undue influence doctrine under English law. However, it should be emphasised at this point that it is not the undue influence and its applicability in Turkish law that this paper principally considers<sup>72</sup>. As stated before, this paper deals with the question whether further rules should be introduced in Turkish law for the transaction concerning matrimonial home in order to reinforce the protection provided by Art.194 of TCC.

Considering this question, firstly it is evident under Turkish case law that the Court of Cassation did actually take the creditors i.e. banks into the account in these cases despite the fact that Art.194 does not impose any obligation to them. With that respect, it was held that creditors

<sup>71</sup> This is regulated in Articles 36-39 of Turkish Obligations Code Numbered 6098, 11.01.2011. For detailed analysis on the law *See* EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hukuklar*, 24<sup>th</sup> ed., Ankara, 2019.

<sup>72</sup> For the discussion of the application of undue influence doctrine into Turkish law *See* SAĞLAM İpek, 'Haksız Etki', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı Prof. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan*, 2006, 12 (1-2) 687-700; BAŞOĞLU Başak, 'Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar', *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2018 (1), 387-420.

are under a duty to take some reasonable steps as to the due diligence that is ascribed to them and by the virtue of Art. 18/II of Turkish Commercial Code. As such, in one case the General Assembly of the Court of Cassation required from the bank to investigate the validity of the consent letter, which was allegedly signed by the wife<sup>73</sup>.

On the other hand, considering Turkish case law, it can be concluded that creditors cannot be said to be expected or required to investigate whether the spouse is provided all necessary information and whether the consent is given by this party in exercising its free will. Neither are they required to provide an independent advice to the spouse whose consent is required. The important thing is to make sure that the consent is given expressly. Nevertheless, it can be argued that if the consent is given without knowing the nature and character of the transaction, it would be hard to claim that the consent is express. In other words, the spouse could only give its unreserved, express consent, once it fully understands the transaction and its potential results. Considering the fact that it would most likely be the husband who would enter into the transaction with the creditors and it would be the wife who is required to give consent to transaction that she usually has limited information about, providing an independent advice to her would actually reinforce the protection provided by Art.194 of TCC. This follows that the application of common law-like principles, especially the requirement of providing face to face and independent advice to the spouse in those cases would prove to be effective for the purpose of further protection.

Yet, a question remains to be answered; could such obligation be compatible with the Turkish law with respect to Art.194? As the law stands, the answer to this question appears to be negative. This is firstly because Art.194 does not mention such requirement. Thus, it would be impossible to enforce such obligations without making necessary amendments on it. Considering the fact that the courts have also taken the due diligence principle into account in dealing with such cases, the applicability of above-mentioned requirements should also be interpret-

---

<sup>73</sup> Y.H.G.K., T. 24.5.2017, E. 2017/2-1604, K. 2017/967. (www.kazanci.com)

ed under the due diligence principle. The General Assembly of the Court of Cassation held that it would only be reasonable to expect from banks to take the necessary steps to make sure the consent given fulfils the requirements on the basis of their due diligence<sup>74</sup>. The General Assembly went on to say that the banks must act with such diligence as a prudent owner would deemed to be necessary. In layman terms due diligence means that the parties should act with reasonable care that would be expected from reasonable person before entering into transaction. In that respect, it would be difficult to conclude that the due diligence expected by banks would involve the act of providing the independent advice to the spouse whose consent is sought for. This would mean that imposing an obligation on them that requires much more than exercising the reasonable care by virtue of due diligence.

In the light of these, it is submitted that the obligations which would require further measures to be taken when entering into the transactions regarding matrimonial home would not be compatible with the *status quo* under Turkish law without amending Art. 194, despite the fact that such obligations would prove to be effective in reinforcing the protection provided for the parties and on the matrimonial home by Art.194 of TCC.

## V. CONCLUDING REMARKS

As a general principle, Art.193 of TCC prescribes that spouses have their own freedom to contract meaning that they may individually enter into any transaction with third parties or even with each other. Having said that, Art.194 of TCC limits this freedom, only when the matrimonial home is the subject of a transaction that one of the spouses would like to enter into. Its first sentence stipulates '*[e]ither of spouses may not terminate the tenancy agreement regarding the matrimonial home, transfer of the ownership of matrimonial home or limit the rights on the matrimonial home unless an express consent is given by the other spouse*'. Hence, once a spouse is willing to enter into a transaction regarding the matrimonial home, it shall have the express consent of its spouse for this transaction to be valid. The purpose of bringing such limitation on the

---

<sup>74</sup> *ibid.*

spouses' freedom of contract is explained as the protection of matrimonial home in the preamble of TCC.

On the other hand, under English law the same protection is rather differently ensured. Although Family Law Act 1996 provides so-called home rights to the spouse who is not the owner of the matrimonial home, the law on matrimonial home is established more comprehensively in common law by the application of undue influence doctrine. As is demonstrated above, this equity principle has been applied to the issues that had arisen from the spouse surety transactions in which the spouse provides a security for the other spouse's business debts usually by ways of granting a charge on their matrimonial home that is either owned by itself or jointly with the other spouse. As it is firmly grounded by the courts, this relationship falls into the Class 2B of presumed undue influence. Accordingly, in these cases it must be proved that the surety spouse enters into the transaction as a result of its free will for this transaction to be enforceable. However, since such transactions may involve in other party *i.e.* financial institutions who lend the money, the courts had to reassess this party's position in the transaction and the balance between all these parties. In the landmark case, *Royal Bank of Scotland v Etridge (No.2)*<sup>75</sup> –the *Etridge case*– the House of Lords set forth some principles for the purpose of protecting the surety spouses against its spouses potential undue influence as well as ensuring the enforceability of the transaction and the security granted to the bank. With that regard, it is established that the creditors are expected to take some reasonable steps '*to minimise the risk that such a wrong (undue influence)*<sup>76</sup> *may be committed*'.

In that sense, they are required to make sure that the surety spouse is provided all facts and prospects as to the transaction that is to be entered into and that the surety spouse becomes party to that transaction by exercising its free will. Against the fact that the creditors have been reluctant to assume the responsibility of advising the surety in practice and they have made the surety to receive the independent advice by solicitors, the House of Lords also established some core minimum prin-

---

<sup>75</sup> [2002] 2 A.C. 773.

<sup>76</sup> This is added.



principles to be followed when the independent advice is given to the surety. These principles are actually provided for creditors in order to make sure that the consent procured fulfils all requirements for surety transaction to be regarded valid. It was this paper's aim to examine whether these principles should be adopted into Turkish law with respect to Art.194 in order to reinforce the protection on matrimonial home as well as the spouse's rights who is not party to the transaction. This is because the further steps that are required by common law would prove to be effective under Turkish law –if they are to be introduced at all- in making sure that the surety spouse exercises its free will as the above assessments have concluded.

In the examination undertaken above, it is firstly diagnosed that Turkish courts actually analysed the matter and the application of Art.194 by taking all parties into the consideration. Indeed, in one case the General Assembly of the Court of Cassation<sup>77</sup> held that it is the duty of the bank to investigate whether the property subject to the transaction is matrimonial home and then to make sure that the other spouse's consent is procured for the transaction. This duty is grounded on the due diligence attained on the banks. In another case, it is accepted that the diligence that the banks are required to act with also involves investigating the genuineness of the consent allegedly given by the spouse<sup>78</sup>. These cases actually appear to be demonstrating that banks, as being party to the concerned transactions have some obligations imposed on. In that sense, one may argue that the principles established in *Etridge* by the House of Lords can be introduced into Turkish law. Yet, the important point is that under Turkish law, banks are expected to take reasonable steps by virtue of due diligence principle, not because of Art.194 requires them to act in that way. It is therefore submitted by the author that imposing further obligations on them as mandatory rules would unlikely be compatible with Art.194, unless Art.194 is amended by legislators, as the due diligence principle would not suffice alone to burden such further obligations on banks. It is hence eventually concluded that

---

<sup>77</sup> Y.H.G.K., T. 02.03.2016, E. 2014/2-1420, K. 2016/210. (www.kazanci.com)

<sup>78</sup> Y.H.G.K., T. 24.05.2017, E. 2017/2-1604, K. 2017/967. (www.kazanci.com)

imposing further obligations on creditors would not be compatible with the *status quo* of Turkish law, although they would be desirable. As a final note, it should be underlined that this should not be understood as that parties could not be obliged to take further steps to make sure the enforceability of the transaction. It is evident from the above examination that such obligations may be regarded reasonable by virtue of the due diligence principle and these would not only be for banks but for all of the parties to the transaction.

**BIBLIOGRAPHY**

- AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ Derya, Aile Hukuku, 21<sup>st</sup> ed., İstanbul, 2019.
- ANDREWS Geraldine/ MILLETT Richard, Law of Guarantees, 7<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2015.
- BARLAS, Nami, Yeni Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlemi Özgürlüğü Ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, 115-143.
- BAŞOĞLU Başak, 'Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2018 (1), 387-420.
- Chitty on Contracts, 33<sup>rd</sup> edition, Ed. BEALE Hugh, Sweet & Maxwell, 2019.
- ÇABRİ Sezer, Aile Konutu Şerhi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, 401-414.
- DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 15<sup>th</sup> ed., İstanbul, 2020.
- ERDEM Mehmet, Aile Hukuku, 2<sup>nd</sup> ed., Ankara, 2019.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24<sup>th</sup> ed., Ankara, 2019.
- GENÇCAN Ömer U., Aile Konutu (Yargıtay Uygulaması), Ankara, 2017.
- HERRING Jonathan, Family Law, 7<sup>th</sup> Edition, Pearson, 2015.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., Aile Hukuku, 4<sup>th</sup> ed., Ankara, 2019.
- LOWE Nigelle V./ DOUGLAS Gillian, Bromley's Family Law, 11<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2015.
- MUJIH, Edwin C., 'Over ten years after Royal Bank of Scotland Plc. v Etridge (No.2): is the law on undue influence in guarantee cases any clearer?', International Company and Commercial Law Review, 24(2), 2013.
- MUJIH Edwin C., 'The Role of the Solicitor in Guarantee Cases 10 Years After Royal Bank of Scotland Plc. v Etridge (No.2)', Journal of International Banking Law and Regulation, 27(12), 2012, 520-528.

O' SULLIVAN Janet, O' Sullivan & Hillard's The Law of Contract, 8<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2018.

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6<sup>th</sup> ed., Ankara, 2015.

PHANG Andrew/ TIJO Hans, 'The Uncertain Boundaries of Undue Influence', Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 2002(2), 231-245.

PHILLIPS John, 'Setting Aside Guarantees: Another Approach', Oxford University Commonwealth Law Journal, 2002 (2), 47-66.

SAĞLAM İpek, 'Haksız Etki', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı Prof. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, 2006, 12 (1-2) 687-700.

SEROZAN Rona, 'Aile Konutunun Şerhinde Değişik Bir Yaklaşım', Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2009, 261-279.

ŞIPKA Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK md.194), İstanbul, 2004.

TRITTEL on the Law of Contract, 14<sup>th</sup> edition, Ed. PEEL Edwin, Sweet & Maxwell, 2015.



## SPOR KULÜPLERİNİN ÖZEL MÜZELERİNDE YER ALAN KÜLTÜR VARLIĞI NİTELİĞİNDEKİ MALLARININ HACZİ

Dr. Vildan PEKSÖZ \*

### Öz

Kültür ve Tabiat Varlıkları Kanunu'nun 5. maddesinde kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. Fakat bu hükme dayanılarak bütün kültür varlıklarının devlet malı olduğu söylenemez. Zira kamu malı niteliğinde olmayan özel hukuk kişilerine ait taşınır kültür varlıkları da bulunmaktadır. Nitekim spor kulüpleri özel hukuk tüzel kişileri olarak taşınır kültür varlıkları üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olabilirler. Ayrıca spor kulüpleri Kültür ve Turizm Bakanlığının iznini alarak taşınır kültür varlıklarını özel müzelerinde teşhir edebilirler. Bu makalede spor kulüplerinin özel müzelerinde teşhir ettikleri taşınır kültür varlıklarının haczinin mümkün olup olmadığı sorgulanmaktadır. Bu tartışmayı yaparken İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde devlet mallarının haczedilmezliği kuralının söz konusu kültür varlıklarını kapsayıp kapsamadığı üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda spor kulüplerinin kültür varlıklarının özel müzelerinde teşhir edilmesi onlara devlet malı niteliği kazandırmaz. Dolayısıyla bu kültür varlıklarının spor kulüplerinin borçlarından dolayı haczedilebilmesi mümkün olmalıdır.

### Anahtar Kelimeler

Kültür Varlıkları • Spor Kulüpleri • Özel Müzeler • Devlet Malları • Haciz

\* Arş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Dr., İstanbul University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement - Bankruptcy Law, Istanbul, Turkey.

✉ vildan.peksöz@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0001-5903-6209

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: PEKSÖZ Vildan, "Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 941-964.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## SEIZURE OF CULTURAL PROPERTIES OF SPORTS CLUBS EXHIBITED IN THEIR PRIVATE MUSEUMS

### Abstract

According to Law on Conversation of Cultural and Natural Properties Article 5, the state has ownership in cultural properties. However there are movable cultural properties which are privately owned. Sports clubs are private legal entities and they are able to own movable cultural properties. Also sports clubs can exhibit these properties in their private museums if they obtain permission from the Ministry of Culture and Tourism. In this article the question that needs to be answered is if it is possible to seize the cultural properties of sports clubs exhibited in their private museums. According to Execution and Bankruptcy Code Article 82 public properties can not be seized. This rule can not prevent sports clubs' privately owned cultural properties from being seized because they are not considered public properties under the law. Due to this, it is accepted that sports clubs' cultural properties in private museums can be seized.

### Keywords

Cultural Property • Sports Club • Private Museums • Public Property

• Seizure

### GİRİŞ

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu<sup>1</sup> ile taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları düzenlenmiştir. Bu çalışma açısından önem taşıyan, taşınır kültür varlıklarıdır. Taşınır kültür varlıkları, özel mülkiyet konusu olabilirler ve özel hukuk kişilerinin müzelerinde yer alabilirler. Spor kulüpleri de özel hukuk tüzel kişileri olarak özel müzelerinde kültür varlıklarını teşhir edebilirler.

Spor kulüpleri özel hukuk tüzel kişileri olarak hak sahibi olabilir ve borç altına girebilir. Bu çalışmada, spor kulüplerinin borçlarından dolayı kulüplere karşı cebri icraya başvurulduğunda, kulüplerin özel müzelerinde yer alan kültür varlıklarının haczinin mümkün olup olmadığı konusu tartışılmaktadır. Bunun için öncelikle spor kulüplerinin hukukî statüsü üzerinde durulmaktadır. Ardından kültür varlıklarının tanımına, kamu malı niteliğine ve özel mülkiyet konusu olmasına ve hazine yer verilmektedir. Nihayet spor kulüplerinin özel

---

<sup>1</sup> 23/7/1983 tarihli, 18113 sayılı Resmi Gazete.

müzelerinde teşhir edilen kültür varlıklarının haczinin mümkün olup olmadığı bu açıklamaların devamında değerlendirilmektedir.

## I. SPOR KULÜPLERİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu'nun<sup>2</sup> 20. maddesinde gençlik ve spor kulüplerinin Dernekler Kanunu'na göre teşekkül ettiği belirtilmiştir. Bu sebeple spor kulüplerinin dernek statüsünde olduğu ifade edilmelidir<sup>3</sup>. Bu kulüpler, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından tutulan kütüğe kayıt ve tescil edilir (Dernekler Kanunu m. 14, I, c. 2). Tescil edilmemiş kulüplere lisans verilmez; bu kulüpler federasyonların düzenlediği ve denetlediği müsabakalara katılamazlar (Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu m. 20).

Başvuran derneklerin spor faaliyetine yönelik olarak kurulanları spor kulübü, boş zamanları değerlendirmeye yönelik olanları ise gençlik kulübü olarak adlandırılırlar. Hem spor faaliyetine hem de boş zamanları değerlendirmeye yönelik olan kulüpler ise gençlik ve spor kulübü olarak nitelendirilirler (Dernekler Kanunu m. 14, I, c. 1).

Spor kulüpleri, profesyonel takımlarını, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan ortaklıklara devredebilirler veya profesyonel futbol takımlarını kiraya verebilirler (Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu m. 24). Türk sporunda futbol, profesyonel olarak kabul edilen tek spor dalıdır<sup>4</sup>. Bu yüzden faaliyet alanı profesyonel futbol dışında kalan bir kulüp, takımlarını Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracağı veya kurulmuş bir şirkete devredemez<sup>5</sup>. Dolayısıyla Türk hukukunda sadece futbol kulüpleri ya dernek statüsünde kurulabilir ya da ortaklık şeklinde olabilir<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> 28/5/1986 tarihli, 19120 sayılı Resmi Gazete.

<sup>3</sup> TUTAL, Erhan, "Spor Kulüplerinin İsim Hakkı ve Haciz Yasağı", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2013, S. 2, s. 273.

<sup>4</sup> ERTAŞ, Şeref/PETEK, Hasan, Spor Hukuku, 3. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 142; TUTAL, s. 276.

<sup>5</sup> ERTAŞ/PETEK, s. 142, ayrıca bkz. dn. 155; GÜLŞEN, Recep, Spor Hukuku, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 47; TUTAL, s. 276.

<sup>6</sup> ERTAŞ/PETEK, s. 142, dn. 153 ve dn. 156; GÜLŞEN, s. 47; TUTAL, s. 273; ERTAŞ, Şeref/PETEK, Hasan/YEŞİLOVA, Bilgehan, "Futbolcuların Haczi Mümkün Mü?", Terazi Hukuk Dergisi, 2007, S. 13, s. 69. Türkiye'de dernek statüsündeki futbol kulüpleri, anonim ortaklık statüsündeki futbol kulüpleri ve Borsa İstanbul'da işlem

Futbol kulüplerinin dernek veya ortaklık olarak; diğer spor kulüplerinin dernek olarak kuruldukları görülmektedir. Öyleyse spor kulüplerinin özel hukuk kişileri olarak hukukî ilişkilerde yer aldıkları ifade edilmelidir (TMK m. 56, I; TTK m. 125, I).

## II. HACZE VE HACZEDİLMEZLİĞE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Haciz, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belirli bir para alacağının ödenmesi için borçlunun mal, hak ve alacaklarına icra dairesi tarafından hukuken el konulmasını ifade eder<sup>7</sup>. Borçlunun mal, hak ve alacaklarının haczedilebilmesi için ekonomik değer taşıması gerekir<sup>8</sup>. Dolayısıyla borçlu için manevi değer taşıyan şeyler haczolunamaz<sup>9</sup>. Zira

---

gören halka açık anonim ortaklık statüsündeki futbol kulüpleri olmak üzere üç şekilde futbol kulübü bulunmaktadır (ERTAŞ/PETEK, s. 142, dn. 153).

- <sup>7</sup> KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bs., İstanbul, Adalet Yayınevi, 2013, s. 410; POSTACIOĞLU, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 4. Bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 290; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bs., C. I, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 505; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 237; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 153; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 189; KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 3. Bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 278; YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, İcra ve iflas Hukuku, 6. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015, s. 131; GÖRGÜN, Şanal L./TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, Legem Yayıncılık, 2017; BALKAN, Yavuz, Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 17; KÖROĞLU, Anıl / KAPLAN, Mikail Bora, “Özel Okullar ile Özel Öğrenci Yurt ve benzeri Kurumların Taşınır ve Taşınmaz Mallarının Haczi: İİK m. 362/a Hükmünün Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 28, S. 3, 2020, s. 1062 vd.
- <sup>8</sup> ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Bs., Ankara, İstiklâl Matbaası, 1960, s. 92; KURU, El Kitabı, s. 501; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 3. Bs., İstanbul, Evrim Dağıtım, 1988, s. 778-779; KURU, Baki, “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s. 277; POSTACIOĞLU, s. 332; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bs., İstanbul, 2004, s. 170; MUŞUL, s. 537; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 270; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 157; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 189; KARSLI, s. 279; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 137; GÖRGÜN/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 135.
- <sup>9</sup> MUŞUL, s. 537.



İİK m. 85, V'e göre, "Hasılatı paraya çevirme masraflarını ve icabında muhafaza ve idare masraflarını tecavüz etmeyeceği muhakkak olan şeyler haczolunamaz." Ayrıca haczin konusunu devredilebilir mal varlığı değerleri oluşturabilir<sup>10</sup>. Devredilmezliğin maddî hukuk tarafından öngörülmüş olması gerekir<sup>11</sup>.

Kanun koyucu, sosyal devlet düşüncesinden hareketle bazı mal varlığı değerlerinin haczini yasaklayıcı hükümler düzenlemiştir<sup>12</sup>. İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde yer alan bu yöndeki düzenlemenin yanında bazı özel kanunlarda da borçlunun haczi mümkün olmayan mal varlığı değerlerine yer verilmiştir. Konumuz bakımından önemi sebebiyle bu başlık altında sadece devlet mallarının haczedilmezliği üzerinde durulmaktadır.

Devlet malları İİK m. 82, I, b. 1'e göre haczedilemez<sup>13</sup>. Bu kuralın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin başvuruyu Anayasa Mahkemesi

<sup>10</sup> ANSAY, s. 95; KURU, El Kitabı, s. 502; KURU, C. I, s. 779; KURU, Haciz, s. 279; ÜSTÜNDAĞ, s. 173; MUŞUL, s. 633; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 271; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 157; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 207; KARSLI, s. 279; GÖRGÜN/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 136; AYDIN, Muzaffer, Haczedilemeyen Mal ve Haklar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 5.

<sup>11</sup> ANSAY, s. 96; KURU, C. I, s. 779; KURU, El Kitabı, s. 502; KURU, Haciz, s. 279; POSTACIOĞLU, s. 331; ÜSTÜNDAĞ, s. 173; MUŞUL, s. 633; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 271; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 157; AYDIN, s. 5.

<sup>12</sup> Kamu menfaatini korumak, alacaklıların menfaatini korumak, insan onurunu rencide etmemek haczedilmezlik ilkesinin kabul edilmesinde önem taşımıştır (BERKİN, Necmeddin M., "Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar", İBD, C. XXXI, S. 1957/5, s. 113-114). Haczedilmezlik ilkesinin sebepleri hakkında ayrıca bkz. KURU, Haciz, s. 278; POSTACIOĞLU, s. 330; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 157-158; KÖROĞLU/KAPLAN, s. 1063, ayrıca s. 1079.

<sup>13</sup> Devlet mallarının haczedilmezliği kuralının değerlendirilmesi ve bazı eleştiriler için bkz. BELGESAY, Mustafa Reşit, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. Bs., İstanbul, M. Sıralar Matbaası, 1954, s. 177; BERKİN, s. 118; KARAYALÇIN, Yaşar, "Devlet Borçları – 'Devlet Malları Haczedilemez' Kuralı, (İİK m. 82 ve Anayasa Mahkemesinin 21.X.1992 Tarihli Kararı)", Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 11 Mayıs 2001, Ankara, Sözkese Matbaacılık, s. 138 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 160; KARSLI, s. 285-286; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 208 vd.; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 147 vd.; AKİL, Cenk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiy-

reddetmiştir<sup>14</sup>. Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesiyle uyumlu şekilde öğretide bu kuralın sebepleri ifade edilmiştir. Devlet mallarının haczedilmesi hâlinde, hacizli maldan kamunun yararlanması ve malın kamu hizmetinde kullanılması engelleneceğinden<sup>15</sup> devletin yerine getirmesi gereken görevlerinin aksamasının söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür<sup>16</sup>. Zira bir alacak için kamunun zarar görme ihtimali mevcuttur<sup>17</sup>. Hâlbuki haczettiren alacaklının menfaati ne kadar önemli olsa da kamu yararına üstün gelmez<sup>18</sup>. Devletin borçlarını ödeyeceğinin kabul edilmesi de bu sebeplerden bir diğerini oluşturur<sup>19</sup>.

---

le Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s. 114 vd. Haciz yasağının temelinde yer alan düşüncenin isabetli olduğuna dair bkz. GÜLAN, Aydın, Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim, İstanbul, Alfa Basım, 1999, s. 148.

<sup>14</sup> “Devlet mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin kural, Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceği ve bunun hukuk devletin gereği olduğu esasına dayanır. Devlet mallarının haczi, bu malların kullanma biçimini değiştireceğinden, devletin malvarlığında ve mali hukukta sürekliliğe engel olarak, kamu yararına zarar verir. Uyuşmazlık konusu olayda, borcun hiç ödenmemesinden değil, bütçe olanaklarına göre yılını aştığı için gecikerek ödemenin sağlanacağından söz edilmektedir. Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve dolayısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, bir alacaklının kişisel çıkarı için devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz.” AYM Kararı, 21.10.1992, E. 1992/13, K. 1992/50, 30.06.1993 tarihli ve 21623 sayılı Resmî Gazete.

<sup>15</sup> DÜREN, Akın, İdare Malları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s. 76.

<sup>16</sup> ANSAY, s. 99; POSTACIOĞLU, s. 366; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 208. Kamu malları haczedildiğinde malın tahsis edildiği amaca uygun kullanılması söz konusu olamayacağından kamu malları haczedilemez (YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, 7. Bs., (Editör YILDIRIM, Turan) İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 274).

<sup>17</sup> ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 208. Devlete güvenin sarsılmaması ve alacaklının yararının kamu yararından üstün tutulmamasının devlet mallarının haczedilmezliğinin bir gerekçesi olabileceğine dair bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 271.

<sup>18</sup> DÜREN, s. 76. Karş. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.160.

<sup>19</sup> KURU, El Kitabı, s. 503; KURU, Haciz, s. 283; POSTACIOĞLU, s. 366; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 271; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 160; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 208; AYDIN, s. 7. “İcra ve İflâs Kanununun 82 nci maddesinde Devlet mallarının haczedilmeyeceğine dair konulmuş olan hüküm, kamu hizmetlerinin düzenli ve arasz bir tarzda yürütülmesini sağlamak maksadını güder. Millî ser-

İİK m. 82, I'de kamu malı/özel mal ayrımı yapılmadığından, devlet tüzel kişiliğine ait olan kamu malları ve özel mallar haczedilemez<sup>20</sup>. Diğer kamu tüzel kişilerinin mallarının haczedilip haczedilemeyeceği bakımından ise yasal düzenlemelere bakmak gerekir<sup>21</sup>. Zira İİK m. 82, I bütün kamu tüzel kişilerine ait malların haczini engellememiş, maddede geçen “*devlet malları*” ifadesiyle sadece devlet tüzel kişiliğinin malları kastedilmiştir<sup>22</sup>. Dolayısıyla devlet dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının mallarının haczedilmezliği ancak ilgili kanunlarda bu yönde bir düzenleme var ise söz konusu olabilir<sup>23</sup>.

Özel hukuk tüzel kişilerinin mal varlığı değerleri, özel bir yasal düzenleme öngörülmedikçe haczedilebilir<sup>24</sup>.

---

*vetin korunması hususu ise kamu hizmetlerinin bir nev'idir. Devletin kendisine ait olan borcu ödemesi lüzumu, Devlet kamu kişiliğinin itibar ve haysiyeti icabından bulunmakla, Devletten alacaklı bulunan kişilerin kovuşturma yollarına başvurmalarına lüzum ve ihtiyaç bulunmayacağı da aşikârdır. Kaldı ki; kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan malların hacze konu olabileceklerini düşünmek, Devletin yerine getirmekle görevli bulunduğu hizmetlerin ifa vasıtalarını ortadan kaldırmak gibi arzu edilmeyen bir netice doğurur.” İBK, 15.1.1947, E. 14, K. 5 (9.7.1947 tarihli ve 6653 sayılı Resmî Gazete).*

<sup>20</sup> DÜREN, s. 76; ANSAY, s. 100; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, 3. Bs., C. II, Bursa, Ekin Basım, 2019, s. 901; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 11. Bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2019, s. 653; AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, 8. Bs., İstanbul, Der Yayınları, 2017, s. 843; GÜLAN, s. 147; Kaman, s. 276.

<sup>21</sup> KURU, C. I, s. 784; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 653. Kamu tüzel kişinin malları bakımından devlet mallarının sahip olduğu bütün ayrıcalıklardan yararlanılacağına ilişkin hüküm varsa bu mallar haczedilemez (KURU, C. I, s. 784).

<sup>22</sup> GÖZLER, s. 901. Devlet dışındaki kamu tüzel kişilerine ait kamu mallarının haczedilemeyeceğine konusunda bkz. DÜREN, s. 76; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 653; AKGÜNER/BERK, s. 843.

<sup>23</sup> “İİK'nun 82/1. maddesi hükmüne göre devlet malı ile özel kanunlarda haczedilmesinin mümkün olmadığı belirtilen mallar haczedilemez. Belediyenin taşınır ve taşınmaz malları devlet malı niteliğinde değildir. Ancak, haciz tarihi itibarıyla olaya uygulanması gereken 5393 sayılı Yasa'nın hükümlerinde hangi hallerde belediye mallarının haczedilemeyeceği gösterilmiştir.” 12. HD., 19.12.2006, E. 2006/21429, K. 2006/24236 (Lexpera). Bu hususta ayrıca bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 208-209.

<sup>24</sup> KURU, C. I, s. 787; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 273.

### III. SPOR KULÜPLERİNİN BORÇLARI VE MAL VARLIĞININ HACZİ

#### A. Spor Kulüplerinin Borçları

Spor kulüpleri özel hukuk tüzel kişisi olduğundan, hakların sahibi ve borçların yükümlüsü olabilirler. Nitekim TMK m. 48'e göre, "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler."

Spor kulüplerinin sporcularına karşı borçları olabilir<sup>25</sup>. Örnek olarak, spor kulüpleri ile sporcular arasında imzalanan profesyonel sporcu sözleşmesi gereğince, sporcu maç ve antrenmanlara bizzat katılma borcunu üstlenmiştir. Bunun karşılığında kulüp de sporculara ücret ödemek zorundadır<sup>26</sup>. Aylık ücret<sup>27</sup> ve sözleşme süresi boyunca sporcunun genellikle her yıl için alacağı bir garanti ücret<sup>28</sup> sporcuya ödenir. Bunun yanında sporcunun sözleşmenin kurulması sırasında aldığı imza parası, lig maçlarındaki performansına bağlı olarak ödenmesi kararlaştırılan maçbaşı ücreti ve primler de kulüplerin futbolcularına ödemeyi taahhüt ettikleri borçlar arasında yer alabilir<sup>29</sup>.

Spor kulüplerinin sporcularına olan borçlarından başka, üçüncü kişilere karşı da borçları olabilir<sup>30</sup>. Örnek olarak, bir kulübün sözleşmesi devam eden profesyonel futbolcusu başka bir kulüp tarafından transfer edildiğinde, futbolcuyu transfer eden kulüp diğer kulübe transfer ücreti

<sup>25</sup> ERTAŞ/PETEK/YEŞİLOVA, s. 69.

<sup>26</sup> ERTAŞ/PETEK, s. 406-408; GÜLŞEN, s. 70. "Dava, taraflar arasında yapılan profesyonel futbolcu sözleşmesine dayalı olarak ödenmeyen hizmet bedeli ve sözleşmenin feshine bağlı olarak talep edilen tazminatın tahsili istemine ilişkindir." 13. HD., 9.3.2015, E. 2014/16008, K. 2015/6918 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>27</sup> ERTAŞ/PETEK, s. 412.

<sup>28</sup> ERTAŞ/PETEK, s. 414. "Dava dilekçesinde sözleşmenin haklı sebeple feshine dayalı olarak mahrum kalınan garanti ücret ile maç başı ücretinden kaynaklanan zarar talep edilmiştir." 13. HD., 30.5.2016, E. 2016/1193, K. 2016/13685 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>29</sup> ERTAŞ/PETEK, s. 414-418. "Davacı, davalı ile aralarında ... futbolcu transfer sözleşmesi ile ücret protokolü yapıldığını, bu sözleşmelere göre ücretinin ödenmemesi sebebiyle ... Tazminatının 28. maddesine uygun olarak yapılan ihtarnameyle sözleşmeyi haklı olarak feshettiğini..." 13. HD., 22.6.2015, E. 2014/20329, K. 2015/21048 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>30</sup> ERTAŞ/PETEK/YEŞİLOVA, s. 69.

(*bonservis*) ödemek borcu altına girer<sup>31</sup>. Bunun yanında, kulübün sporcuları için sağlaması gereken ekipman desteğini tedarik hususunda anlaştığı üçüncü kişilere karşı borcu olabileceği gibi, antrenmanların yapıldığı spor salonunun kiralanmış olması durumunda, kulübün kira sözleşmesinden doğan kira bedelini ödeme borcu da söz konusu olabilir.

## B. Spor Kulüplerinin Mal Varlığının Haczi

### 1. Genel Olarak

Spor kulüplerinin sporcuya olan ücret borcunu ödememesi durumunda, sporcu alacaklı olarak kulübe karşı icra takibi başlatabilir. Aynı şekilde *bonservis* ücretini alamayan kulüp de sporcunun önceki kulübüne karşı alacağını tahsil edebilmek için cebri icra yoluna başvurabilir.

Kulüpler söz konusu borçlarından dolayı sahip oldukları mal varlıkları ile sorumlu olurlar. Bu sorumluluk, tüzel kişilerin alacaklılarının kulüplerin mal varlıklarına başvurarak alacaklarını tahsil edebilmelerine imkân tanır. Dolayısıyla özel hukuk tüzel kişisi statüsündeki spor kulüplerinin borçlarını ifa etmemesi durumunda, mal varlıklarının haczi mümkündür. Ancak kulübün borçları için kulüp başkanının veya kulüp bünyesinde çalışanların ya da kulübün organlarında yer alan sorumlu kişilerin mal varlığı değerleri haczedilemez<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> ERTAŞ/PETEK, s. 470 vd., s. 475. “*Davacı, davalı futbolcunun transferi amacıyla ileride yapılacak futbolcu transfer sözleşme alacağına mahsuben 16.000 TL ücret ve davalının transfer edileceği kulübe bonservis bedeli olarak verilmek üzere 15.000 TL bedelli çek verildiğini, sözleşmenin yapılmaması sebebiyle karşılıksız kalan bu ödemelerin davalıdan tahsili isteminde bulunmuş, davalı ise cevap dilekçesinde davacıdan sözleşme peşinatı ön ödemesi olarak 16.000 TL aldığını ve davacı ile sözleşme yapılmaması üzerine bu bedeli iade ettiğini savunmuştur.*” 13. HD., 25.1.2016, E. 2014/39438, K. 2016/1320 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>32</sup> “*R...’nin bu durumda şahsen sorumlu olmadığı, borçlu Spor Klübünün başkanı olduğu dosya içerisinde anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca borçtan şahsen sorumlu tutularak icra müdürlüğüne adigeçen borçlunun maaşın ¼’üne, ikramiyelerine, ihbar ve kıdem tazminatları ve banka hesapları üzerine haciz konulması doğru değildir...İcra mahkemesince spor klübünün borcu nedeniyle klüp başkanı müşterinin hesaplarına ve maaşına konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.*” 12. HD., 21.9.2004, E. 2004/15078, K. 2004/19889 (Kazancı İçtihat Bankası).

Spor kulüplerine ait mal varlığı değerleri, sporcuların kişisel borçlarından dolayı haczedilemez. Çünkü bir kişinin borcundan dolayı, üçüncü bir kişinin mal varlığı değerlerinin haczi caiz değildir<sup>33</sup>. Ancak sporcunun alacaklılarının borçlunun kulüpten olan ücret alacağını haczettirmesi mümkündür (İİK m. 89, İİK m. 355).

Spor kulüplerinin ekonomik değer taşıyan tüm mal ve hakları haczedilebilir<sup>34</sup>. Örnek olarak, bayrak, kupa veya flama gibi eşyalar ekonomik değer taşır ve bunların üzerinde tasarruf edilmesi mümkündür<sup>35</sup>. Bu mallar açık artırmada gerçek değerinin üstünde bir bedele satılabilir<sup>36</sup>. Nitekim Yargıtay da kupa ve diğer eşyaların maddi değer taşınması sebebiyle haczedilmesini mümkün kabul etmekte, bunların haciz dışı bırakılmayacağını ifade etmektedir<sup>37</sup>.

Spor kulüplerinin yayın gelirleri, stat gelirleri, şampiyonlar ligi gelirleri, lisanslı ürün satış gelirleri, sponsorluk gelirleri, oyuncu kiralama gelirleri gibi gelirleri bulunmaktadır<sup>38</sup>. Bu gelirler kulüplerin mal varlıklarında yer alır ve alacaklıları bakımından haczin konusunu oluşturabilir. Bu anlamda spor kulüplerine ödenmemiş yayın gelirleri veya oyuncu kiralama gelirleri üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların haczi (İİK m. 89) kapsamında haczedilebilir. Bu şekilde kulüplerin

<sup>33</sup> MUŞUL, s. 676; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 290; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 157.

<sup>34</sup> Futbolcu transferleri karşılığında başka kulüplerden olan alacaklar ve yayın hakkı kapsamında televizyon şirketlerinden olan alacaklar gibi üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklar haczin konusunu teşkil etmektedir (ERTAŞ/PETEK/YEŞİLOVA, s. 69).

<sup>35</sup> ERTAŞ/PETEK/YEŞİLOVA, s. 70, dn. 1.

<sup>36</sup> ERTAŞ/PETEK/YEŞİLOVA, s. 70, dn. 1.

<sup>37</sup> "Haczedilemeyen mal ve hakları düzenleyen İİK.nun 82. maddesinde çekişmeye konu edilen kupaların haczedilemeyeceğine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Kaldı ki, kupaların maddi değerinin mevcudiyeti dosyadaki bilirkişi raporu ile sabittir. Bu itibarla şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir... ) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte..." HGK, 9.6.1993, E. 1993/12.113, K. 1993/431 (Kazancı İçtihat Bankası). 12. HD., 27.09.1995, 1193/12356; 12. HD., 01.02.1983, 10439/592 (UYAR, Tarih, "Borçlu Haczedilen Malın Kendisine Değil, Üçüncü Bir Kişiye Ait Olduğunu Belirterek Haczedilmezlik İddiasında Bulunabilir Mi? Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s. 235-236).

<sup>38</sup> TUTAL, s. 280-281.

transfer sözleşmesi kapsamında diğer kulüpten alacağı transfer ücretinin de haczi mümkündür<sup>39</sup>.

Spor kulüplerinin Spor Toto Başkanlığı nezdindeki isim haklarından doğan alacaklarının haczedilemeyeceğine dair 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un ek 9. maddesinde yer alan düzenleme<sup>40</sup>, Anayasa Mahkemesinin 6.6.2013 tarihli kararıyla iptal edilmiştir<sup>41</sup>. Dolayısıyla kulüp alacaklıları, kulübün Spor Toto Başkanlığı nezdindeki isim haklarından doğan alacaklarını haczedebilirler<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> ERTAŞ/PETEK/YEŞİLOVA, s. 69. Gelecekte yapılacak transfer sözleşmesinden doğacak transfer alacağının haczinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. ERTAŞ/PETEK/YEŞİLOVA, s. 80. Kulübün sözleşmeli futbolcusundan futbol oynamasını isteme hakkının haczedilip haczedilemeyeceğine ilişkin bkz. ERTAŞ/PETEK/YEŞİLOVA, s. 74.

<sup>40</sup> "Kamu kurum ve kuruluşlarına ait alacaklar hariç olmak üzere, spor kulüplerinin Spor Toto Teşkilat Başkanlığı nezdindeki isim haklarından doğan alacakları haczedilemez ve bu alacaklar devir ve temlik edilemez."

<sup>41</sup> "Tescilli spor kulüplerinin Spor Toto Teşkilat Başkanlığı nezdindeki isim haklarından doğan alacaklarının haczedilemeyeceğini düzenleyen kural, spor kulüplerinden alacağı olan kişiler tarafından alacak davası açma ve icra takibi yapma hakkının kullanılmasını etkisizleştirmekte, böylece hak arama özgürlüğünü bu davalar yönünden ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan, tescilli spor kulüplerinin Spor Toto Teşkilat Başkanlığı nezdindeki isim haklarından doğan alacaklarının devir ve temlik edilememesi, spor kulüplerinin, alacakları üzerinde hukuki tasarruflarda bulunamamaları sonucunu doğurduğundan, bu niteliği ile itiraz konusu kural, mülkiyet hakkının ölçsüz biçimde sınırlandırılmasına, hakkın özüne dokunarak kullanılamaz hâle gelmesine yol açacak niteliktedir." E. 2013/35, K. 2013/75, 28829 sayılı ve 22.11.2013 tarihli Resmi Gazete. Bu hususta ayrıca bkz. TUTAL, s. 296 vd.

<sup>42</sup> "Alacaklı tarafından T.... B.... Kulübü Derneği aleyhine başlatılan ilamlı takipte; borçlu vekili İcra Mahkemesi'ne başvurusunda; Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü nezdindeki alacaklarına İİK'nun 89/1.maddesi kapsamında haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle haciz konulduğunu, 3289 Sayılı Kanununun ek 9.maddesi gereğince haciz yasağının bulunduğunu açıklayarak haczedilemezlik şikayetinin kabulüyle haczin kaldırılmasını istemiştir. Tüm bu yasal düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı değerlendirildiğinde; Spor Toto Teşkilat Başkanlığı nezdindeki isim haklarından doğan alacaklar haczedilebilir. Somut olayda; 24.6.2011 tarihinde Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü'ne İİK'nun 89/1.haciz ihbarnamesi gönderilmiştir. Borçlu vekilinin, 18.9.2013 tarihli şikayet dilekçesindeki başvuru; anılan yasal düzenlemeye dayalı haczedilemezlik şikayetidir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında şikayetin reddi gerekirken İİK'nun 89/1. haciz ihbarnamesi işleminin yazılı gerekçeyle iptaline karar verilmesi isabetsizdir." 8. HD., 27.1.2015, E. 2014/3814, K. 2015/1648; 12. HD., 2.12.2013, E. 2013/31918, K. 2013/38132 (Kazancı İçtihat Bankası).

Spor kulüpleri kamu yararına çalışan dernek olarak kurulabilirler<sup>43</sup>. Bu durumda spor kulüplerinin mal varlığının haczinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Her ne kadar kamu yararına çalışan dernekler bakımından bazı ayrıcalıklar tanınmış olsa da<sup>44</sup>, haczi yasaklayan yasal bir düzenleme bulunmuyorsa bu derneklerin mal varlığı değerleri haczedilebilir<sup>45</sup>. Dolayısıyla spor kulüplerinin kamu yararına çalışan dernek olması, kulübün mal varlığında haciz yapılmasını engellemez.

## 2. Spor Kulüplerinin Kültür Varlığı Niteliğindeki

### Mallarının Haczi

#### a. Kültür Varlıkları

##### (1) Tanım

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3. maddesinin 1. bendine göre kültür varlıkları, "*Tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanun'un 6. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarına, 23. maddesinde taşınır kültür varlıklarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Konumuz açısından taşınır kültür varlıkları önem taşıdığından, çalışmada esas olarak taşınır kültür varlıklarının üzerinde durulmaktadır.

<sup>43</sup> TUTAL, s. 274.

<sup>44</sup> Bu ayrıcalıklar için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 326, Nr. 1013 ve dn. 134, 135.

<sup>45</sup> KURU, C. I, s. 788; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 273. "*Kızılay hukuki nitelikçe Dernekler Kanunu'na tabi kazanç ve paylaşma gayesi gütmeyen bir özel hukuk tüzel kişisidir. Özel hukuk tüzel kişilerinin mallarının Devlet mallarından sayılması olanaksızdır. Bir derneğe mevzuata uygun olarak kamu yararına çalışan dernek niteliği verilmesi de bu konuda herhangi bir değişiklik meydana getirmez. Diğer taraftan özel bir kanunla da İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinde öngörüldüğü biçimde, Kızılay'ın mallarının haczedilemeyeceği yolunda bir kural da konulmamıştır.*" HGK, 4.10.1974, E. 1971/1-261, K. 1974/1050 (Kazancı İçtihat Bankası).



## (2) Kültür Varlıklarının Devlet Malı Niteliği

Bir malın kamu malı olması için kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunması gerekir<sup>46</sup>. Bunun yanında mal, kamunun ortak kullanımına ve yararlanmasına veya kamu hizmetine özel bir düzenleme ile tahsis edilmiş olmalıdır<sup>47</sup>. Kültür varlıklarının devlet malı niteliğine ilişkin düzenleme ise 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yapılmıştır. Hükme göre, "*Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir.*" Öğretide, kültür varlıklarının "*devlet malı*" şeklinde değil; "*devlet malı niteliğinde*" ifade edilmesinin üzerinde durulmuştur. Terim farkı dışında, bu iki ifade arasında anlam ve kavram farkının bulunmadığı, 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan tüm taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının devlete ait olduğu savunulmaktadır<sup>48</sup>. Ayrıca kültür varlıklarının kamu yararına özgülenme ölçütüne de sahip olduğu ifade edilmektedir<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, 12. Bs., C. I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 1017; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 646; KAMAN, s. 248; AKGÜNER/BERK, s. 863; GÜLAN, s. 16.

<sup>47</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1017; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 646; KAMAN, s. 248-249; AKGÜNER/BERK, s. 863; GÜLAN, s. 29. Tahsisin "zımnî ve fiili (maddî)" türlerinin olabileceği de ifade edilmektedir (GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 1032; GÜLAN, s. 99).

<sup>48</sup> KANADOĞLU, Sabih, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1998, s. 27. "*Devlet malı niteliğindedir*" ifadesinin anlam değişikliğine sebep olmadığı, yeni bulunan bütün kültür varlıklarının kanun gereği devlete ait olduğu yönünde bkz. ÖZEL, Sibel, Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul, Alkım Yayınları, 1998, s. 79; ÖZEL, Sibel, "Kültür Varlığı Koleksiyoncuları Lehine Getirilen Yönetmelik Değişikliğinin Danıştay Kararı Eşliğinde İncelenmesi", Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, MÜHF-HAD Armağan Özel Sayısı, 2006, s. 661-672, s. 662. Aynı yönde bkz. AKGÜNER/BERK, s. 858.

<sup>49</sup> ÖZEL, Sibel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", MÜHF-HAD, C. 24, S. I, 2018, s. 225. 2863 sayılı Kanun'un kanunla tahsise örnek olduğuna ilişkin bkz. KAMAN, s. 257. Kültür ve tabiat varlıklarının doğal kamu malı olduğu ve kamu malı niteliği kazanabilmesi için tahsis işlemine gerek olmadığı yönünde bkz. AKGÜNER/BERK, s. 856-857.

Kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olması, bu varlıkların devletin hakimiyetinde olması anlamına gelir<sup>50</sup>. Ayrıca bu varlıklar üzerinde kamu mülkiyeti söz konusudur<sup>51</sup>. Kültür varlıkları kamu malı niteliğine sahip olmakla beraber, kamu malları sınıflandırmasında bu varlıkların hangi kategoride yer aldığı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu anlamda kültür varlıklarının sahipsiz mal olduğu görüşü ileri sürüldüğü gibi<sup>52</sup>, orta malları olarak nitelendirilmesi gerektiği de savunulmuştur<sup>53</sup>. Bunun yanında kültür varlıklarının teknik anlamda mülkiyet hakkına konu olmasının mümkün olmadığı ve devletin denetim, gözetim ve koruyuculuğunda sahipsiz mal olduğu da ifade edilmiştir<sup>54</sup>.

Kamu mallarına ilişkin tasnifte kültür varlıklarının hangi kategoride yer aldığını tartışmanın önemli olmadığı da öğretide ileri sürülmüştür<sup>55</sup>. Çünkü kültür varlıkları, bu malların tipik özellikleri dikkate alınarak yapılan tanımlanmaya göre karmaşık bir yapıya sahiptir<sup>56</sup>. Ayrıca bu sınıflandırmaların dışında, devletin kültür varlıkları

<sup>50</sup> DÜREN, s. 129.

<sup>51</sup> DÜREN, s. 61, 128-129; SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku Yönüyle Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması ve Yargısal Denetimi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 89, dn. 217. Kültür varlıklarının korunması ve bu varlıklar üzerinde idarenin sahip olduğu hukukî yetki bakımından bu varlıklar kamu malı sayılır. Bununla birlikte kültür varlıkları malın aynı bakımından değil, tarihi, doğal ve kültürel değerinin kamuya ait olmasından dolayı kamu malı olarak nitelendirilir. Zira mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkiler, malın kamu malı olması nedeniyle kullanılamaz (ERSÖZ, A. Kürşat, Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 167).

<sup>52</sup> KAMAN, s. 252.

<sup>53</sup> DÜREN, s. 131.

<sup>54</sup> UMAR, Bilge/ÇİLİNGİROĞLU, Altan, Eski Eserler Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990, s. 70 vd.

<sup>55</sup> KANADOĞLU, s. 27; ÖZEL, Kültür Varlıkları, s. 66; ÖZEL, Mülkiyet, s. 224-225. Kültür varlıklarını belirli bir grubun içinde düşünmek mümkün değildir. Kültür varlıklarının sergilendiği müzeler hizmet malı, antik değeri olan ve yol, köprü olarak kullanılan taşınmazlar orta malı ve tarihi değeri olan sikkeler sahipsiz maldır (ERSÖZ, s. 176).

<sup>56</sup> ÖZEL, Mülkiyet, s. 224-225.

üzerinde kendine özgü kamu mülkiyetine sahip olduğu da savunulmuştur<sup>57</sup>.

Kamu malları üzerinde idarenin yetkisi, medenî hukuktaki mülkiyetten farklıdır<sup>58</sup>. İdare, malın tahsisinden ya da özel hukuk işlemlerine konu olmasından önce belirli işlemlere uymak zorundadır<sup>59</sup>. Nitekim kamu mülkiyeti idare hukuku kuralları kapsamındadır<sup>60</sup>. Bunun yanında bu mülkiyet, kamu yararı maksadıyla kullanılmak zorundadır<sup>61</sup>. Bu sebeple kültür varlıklarının devlet malı olması, bu varlıkların özel hukuktaki mülkiyet hakkından farklı bir rejime tâbi olmasını gerektirir<sup>62</sup>. Nitekim kültür varlıkları üzerinde devletin istediği gibi tasarrufta bulunma imkânı yoktur<sup>63</sup>. Bu anlamda devlet bu varlıkları ne satabilir ne de yok edebilir<sup>64</sup>. Ayrıca devlet kültür varlıklarının korunmasını ve kullanımını kamu yararına göre sağlamalıdır<sup>65</sup>.

### (3) Kültür Varlıklarının Özel Mülkiyete Konu Olması

Bir eserin kültür varlığı olarak tanımlanması, o mala doğrudan devlet malı niteliği kazandırmaz<sup>66</sup>. Zira kültür varlıklarının devlete ait olmasının yanında, bu varlıkların özel mülkiyete konu olması da mümkündür<sup>67</sup>. Özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde bulunan mallar ise

<sup>57</sup> KANADOĞLU, s. 27.

<sup>58</sup> DÜREN, s. 64; KAMAN, s. 263; AKGÜNER/BERK, s. 829; GÜLAN, s. 94; ÖZEL, Mülkiyet, s. 224.

<sup>59</sup> AKGÜNER/BERK, s. 830.

<sup>60</sup> GÜLAN, s. 92.

<sup>61</sup> GÜLAN, s. 92; AKGÜNER/BERK, s. 830.

<sup>62</sup> AYDOS, Oğuz Sadık, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", ABD, S. 4, 2008, s. 68.

<sup>63</sup> SANCAKDAR, s. 89.

<sup>64</sup> AYDOS, s. 68.

<sup>65</sup> SANCAKDAR, s. 89.

<sup>66</sup> ÖZEL, Mülkiyet, s. 216, 224.

<sup>67</sup> DÜREN, s. 31; GÜNDEL, Ahmet, Eski Eserler Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1996, s. 31; ÖZEL, Kültür Varlıkları, s. 58, 68; ÖZEL, Değişiklik, s. 662.

kamu malı olarak nitelendirilemez<sup>68</sup>. Malın kamu hizmetinde kullanılması dahi bu sonuca engel olmaz<sup>69</sup>.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde, *“özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda”* ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte taşınmaz kültür varlıklarının özel mülkiyete konu olmasının mümkün olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır<sup>70</sup>. Özel mülkiyet kapsamında olan taşınmazın daha sonradan kültür varlığı kabul edilmesi durumunda, taşınmazın özel mülkiyete tâbi olarak kalmaya devam edeceği savunulmuştur<sup>71</sup>. Bununla birlikte taşınmaz malikinin hak ve yetkileri sınırlandırılmıştır ve malik ancak devletin gözetim ve denetimi altında işlemler yapabilir<sup>72</sup>.

Konumuz bakımından önem taşıyan taşınır kültür varlıkları bakımından ise özel mülkiyetin mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>73</sup>. Nitekim 2863 sayılı Kanun'un 24. maddesinde, *“Bu gibi varlıklardan (taşınır kültür varlıkları) gerçek ve tüzel kişilerin ellerinde bulunanlar, değeri ödenerek Bakanlık tarafından satın alınabilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Her ne kadar 5. maddede kültür varlıklarının devlet malı olduğu ifade edilmişse de özel hukuk kişilerinin mülkiyetine tâbi olan kültür

<sup>68</sup> KAMAN, s. 248; GÜLAN, s. 16.

<sup>69</sup> KAMAN, s. 248.

<sup>70</sup> Taşınmaz kültür varlıklarının özel mülkiyet konusu olamayacağı yönünde bkz. KANADOĞLU, s. 27. Taşınmaz eski eserlerin tümünün 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesi anlamında devlet malı niteliğinde olmasına ilişkin ilkenin istisnası olmayan bir ilke olduğu hakkında bkz. UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 73. 2863 sayılı Kanun'un 5. ve 24. maddesi ile diğer maddeleri değerlendirildiğinde, taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının özel mülkiyet konusu olduğu yönünde bkz. SANCAKDAR, s. 90-91 ve dn. 223.

<sup>71</sup> SANCAKDAR, s. 91. Özel mülkiyetteki arazi içindeki her çeşit taşınmaz eski eserin devletin malı sayıldığı ve önceden özel mülkiyet konusu olsa bile 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki kurala rağmen devlet malı olmayanını Türk hukukunun tanımadığı yönünde bkz. UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 73.

<sup>72</sup> SANCAKDAR, s. 91. Taşınmaz kültür varlıklarının üzerinde özel mülkiyet kurulabilse dahi, bu varlıklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır (AKGÜNER/BERK, s. 859-860).

<sup>73</sup> UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 77 vd.; SANCAKDAR, s. 90, dn. 223 ve s. 91. Taşınır kültür varlıkları üzerinde istisnai mülkiyet hakkı kurulmasının mümkün olduğuna ilişkin bkz. KANADOĞLU, s. 27.

varlıkları bakımından devlet malı niteliği söz konusu olmaz<sup>74</sup>. Keza bu madde, özel mülkiyet konusu kültür varlıklarını devlet malı hâline getirmez<sup>75</sup>.

## **b. Kültür Varlıklarının Haczi**

### **(1) Devletin, Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarının**

#### **Mülkiyetindeki Kültür Varlıklarının Haczi**

İİK m. 82, I, b.1'e göre devlet tüzel kişiliğine ait malların haczi caiz değildir. Fakat devlet dışındaki kamu tüzel kişilerinin mallarının haczi, kanunda yasaklayıcı bir hüküm yoksa mümkündür. Bu sebeple 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre devlet malı niteliğinde olan kültür varlıklarından devlet tüzel kişiliğine ait olanlar, İİK m. 82, I/b.1 hükmünün koruması altındadır ve bu varlıklar haczedilemez. Bu varlıklardan devlet müzelerinde teşhir edilenlerin de haczedilemeyeceği belirtilmelidir<sup>76</sup>. Nitekim devlet müzelerindeki eserler devlet mülkiyetinde yer alır<sup>77</sup>.

Devlet dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ise İİK m. 82, I/b.1'in "*mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar*" şeklindeki hükmü nedeniyle ilgili kanunlarda o kamu kurum ve kuruluşlarının malları hakkında haczedilmezliğin düzenlenmesi halinde haczedilmezlikten faydalanabilir. Aksi halde bu mallar bakımından haczedilmezlik söz konusu olmaz. Dolayısıyla devlet dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan kültür varlıklarının haczi söz konusu olabilir. Örnek olarak, belediyelerin kültür varlıkları koleksiyoncusu olmaları hâlinde (2863 sayılı Kanun m. 26, II) bu koleksiyonlar haczedilebilir<sup>78</sup>.

### **(2) Özel Mülkiyet Konusu Kültür Varlıklarının Haczi**

Özel mülkiyet konusu kültür varlıkları ise devlet mallarının haczedilmezliği ilkesinden yararlanamaz. Bu varlıkların haczini

<sup>74</sup> ÖZEL, Mülkiyet, s. 216.

<sup>75</sup> ÖZEL, Mülkiyet, s. 235.

<sup>76</sup> AYDOS, s. 72.

<sup>77</sup> ÖZEL, Mülkiyet, s. 224.

<sup>78</sup> Koleksiyoncunun borcundan dolayı koleksiyonda yer alan kültür varlıklarının haczedilebileceğine ilişkin bkz. AYDOS, s. 72.

engelleyen bir yasal düzenleme bulunmadığı takdirde, özel mülkiyet konusu kültür varlıkları haczedilebilir. Özel mülkiyet konusu kültür varlıklarının Kültür ve Turizm Bakanlığı izniyle açılan özel müzelerde teşhir edilmesi, onların devlet malı olarak kabul edilmesini gerektirmez. Dolayısıyla özel müzelerde teşhir edilen kültür varlıklarının haczinin de mümkün olduğu ifade edilmelidir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, icra dairesi borçlu adına kayıtlı bulunan taşınır kültür varlıklarının, tarihi eserlerin kaydının hazine karar vermiştir. İcra dairesinin bu kararına karşı, Kültür ve Turizm Bakanlığı şikâyet yoluna başvurmuş ve 2863 sayılı Kanunu'nun "*Devlet malı niteliği*" başlıklı 5. maddesi ve İİK'nun 82/1. maddesi uyarınca haciz işleminin iptalini icra mahkemesinden istemiştir<sup>79</sup>. İcra mahkemesi söz konusu hükümlerden dolayı haciz işleminin iptaline karar vermiştir. Yargıtay ise icra mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>80</sup>. Bozma kararından anlaşıldığı üzere, taşınır kültür varlıkları bakımından haczedilemezlik esası benimsenmemiştir ve bu varlıkların maliki olan kişilerin borçlarından dolayı bunların haczedilmesi mümkündür.

<sup>79</sup> 12. HD., 12.4.2007, E. 2007/4285, K. 2007/7248; 12. HD., 17.1.2008, E. 2007/22288, K. 2008/386 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>80</sup> "2863 Sayılı Kanun'un "Yönetim ve Gözetim" başlıklı 24. maddesi; devlet malı niteliğini taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının devlete elinde ve müzelerde bulundurulması ve bunların korunup değerlendirilmelerinin Devlete ait olduğunu belirttikten sonra; alımı, satımı serbest bırakılacak etnografik eserlerin hangi devirlere ait olacağı ve diğer nitelikleri ile kayıt ve tescil şartlarının bir yönetmelikle belirleneceğini hüküm altına almıştır. Aynı Kanununun 26/2. maddesinde ise gerçek ve tüzel kişilerle vakıfların, Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan izin almak şartıyla, kendi hizmet konularının veya amaçlarının gerçekleştirilmesi için her çeşit kültür varlığından oluşan koleksiyonları meydana getirebilecekleri, müzeler kurabilecekleri düzenlenmiştir. Yine, aynı maddenin son fıkrasında, koleksiyoncuların, ilgili müzeye tescil ettirerek, koleksiyonlarındaki her türlü eseri onbeş gün önce Kültür ve Turizm Bakanlığı'na haber vermek şartı ile kendi aralarında değiştirebilecekleri ve satabilecekleri, satın almada öncelik hakkının Kültür ve Turizm Bakanlığı'na ait olduğu belirtilmiştir. Bu konu ayrıca yönetmeliğin "El değiştirme" başlıklı 12. maddesinde de kapsamlı olarak düzenlenmiştir. İcra mahkemesince: haczin yukarıda açıklanan yasa ve yönetmelik hükümlerine uygun yapıp yapılmadığının denetlenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ve haciz işleminin iptaline dair hüküm tesisi isabetsizdir." 12. HD., 12.4.2007, E. 2007/4285, K. 2007/7248 (Kazancı İçtihat Bankası).

### (3) Spor Kulüplerinin Özel Müzelerindeki Kültür Varlıklarının Haczi

Spor kulüpleri özel hukuk tüzel kişisi olarak kültür varlıklarının sahibi olabilir. Bu kültür varlıklarını kulüplerin kazandığı kupaların veya sporcu eşyalarının oluşturabilmesinin mümkün olup olmadığı hususu ayrıca incelenmelidir.

2863 sayılı Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Dördüncü maddeye göre Kültür ve Turizm Bakanlığına bildirilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları ile 23 üncü maddede belirlenen korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tabi tutulurlar."* Kanun'un 23. maddesinin a bendinde, taşınır kültür varlıklarının örnekleri sayılmıştır ve maddede *"her türlü kültür ve tabiat varlıkları"* ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla hükümde yer alan örnekler sınırlayıcı nitelikte değildir<sup>81</sup>.

Bir eşyanın korunması gereken kültür varlığı olarak kabul edilmesi için ilk planda eski olmasının gerektiği düşünülebilir. Şu var ki, bu varlığın *"eski"* olması şart değildir<sup>82</sup>. Çünkü kanun koyucu, *"tarih öncesi ve tarihî devirlere ait"* ifadesine yer vererek bugün yaşadığımız dönemin de tarihî devir içinde olduğunu kabul etmektedir<sup>83</sup>. Nitekim bugünün yapıtı olan bir eser de gelecek kuşaklara aktarımı gerektiren özellikler taşıyabilir<sup>84</sup>. Ayrıca bir eşyanın korunması gereken kültür varlıkları arasında kabul edilebilmesi için bu eşyanın gelecek nesillere aktarımında kamu yararının bulunması gerektiği ifade edilmektedir<sup>85</sup>.

Spor kulüplerine ait eşyaların söz konusu özellikleri taşıması sebebiyle bu eşyalar, 2863 sayılı Kanun kapsamında kabul edilerek Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından verilen izinle özel müzede teşhir edilebilir. Nitekim 2863 sayılı Kanun'un 26. maddesine göre, *"gerçek ve tüzel kişilerle vakıflar, Kültür ve Turizm Bakanlığından izin almak şartıyla, kendi hizmet konularının veya amaçlarının gerçekleştirilmesi için her çeşit*

<sup>81</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 204.

<sup>82</sup> UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 41; AYDOS, s. 66; ERSÖZ, s. 12.

<sup>83</sup> UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 41; ERSÖZ, s. 11.

<sup>84</sup> UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 41.

<sup>85</sup> UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 43; AYDOS, s. 66. Bir diğer unsurun *"nadirlik"* olduğu hakkında bkz. AYDOS, s. 66.

*kültür varlığından oluşan koleksiyonlar meydana getirebilir ve müzeler kurabilirler...Gerçek ve tüzelkişilerce kurulacak müzeler, Kültür ve Turizm Bakanlığının izin belgesinde belirlenen konu alanlarına inhisar etmek şartı ile, taşınır kültür varlığı bulundurabilir ve teşhir edebilirler."*

Özel müzeler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından kurulabileceği gibi, özel hukuk kişileri tarafından da kurulabilir<sup>86</sup>. Spor kulüpleri özel hukuk tüzel kişileri olarak kabul edildiğinden, spor kulüplerinin kurduğu özel müzelerin özel hukuk kişileri tarafından kurulmuş olduğu kabul edilmelidir.

2863 sayılı Kanun'un 26. maddesinin 3. fıkrasında, kültür varlıklarının teşhir edildiği özel müzelerin taşınır kültür varlıklarının korunması hususunda devlet müzeleri statüsünde olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm, özel müzelerin devlet müzeleri gibi korunmasına ilişkindir<sup>87</sup>. Yoksa bu hükümden teşhir edilen eşyaların devlet malı olduğu sonucu çıkarılamaz<sup>88</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle, Kültür ve Turizm Bakanlığından alınan izinle spor kulüpleri özel müzelerinde kültür varlıklarını teşhir edebilirler. Teşhir edilen söz konusu kültür varlıkları, devletin mülkiyetinde olmayıp özel mülkiyete tâbidir. Nitekim bir eşyanın kültür varlığı olarak nitelendirilmesi, ona devletin mülkiyetinde olma niteliği kazandırmaz. Dolayısıyla spor kulüplerinin mülkiyetinde olan kültür varlıkları, İİK m. 82'nin koruması altında değildir. Ayrıca bu varlıkların haczedilmezliği konusunda Kanun'da özel bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bunun yanında bu varlıkların devredilemez bir nitelik taşıdığından da bahsedilmemektedir. O hâlde, spor kulüplerinin borçlarından dolayı, özel müzelerde teşhir edilen eşyalarının haczinin mümkün olduğu ifade edilmelidir.

<sup>86</sup> ÇOLAK, Nusret İlker, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 816, 817. Özel hukuk kişileri, taşınır kültür varlıklarına olan ilgilerinden dolayı özel müze kurabileceği gibi, ekonomik ve sanayi faaliyetlerinden veya sosyal sorumluluk projesinden dolayı da özel müze kurabilirler (ÇOLAK, s. 817).

<sup>87</sup> KANADOĞLU, s. 107.

<sup>88</sup> KANADOĞLU, s. 107.



## SONUÇ

Spor kulüpleri özel hukuk tüzel kişileri olarak kurulurlar. Özel hukuk kişileri olarak spor kulüpleri, haklara ve borçlara ehil olabilirler. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu kapsamında, spor kulüplerinin taşınır kültür varlıklarının mülkiyetine sahip olmaları mümkündür. Zira taşınır kültür varlıkları, özel mülkiyet konusu olabilir ve Kültür ve Turizm Bakanlığının izniyle özel müzelerde teşhir edilebilir. Spor kulüplerinin özel müzelerinde söz konusu varlıkların teşhir edilmesi, bu kültür varlıklarını devlet malı hâline getirmez. Dolayısıyla İİK. m. 82'deki haczedilmezlik kuralı, söz konusu taşınır kültür varlıklarını kapsamaz. Ayrıca özel mülkiyet konusu taşınır kültür varlıklarının haczini engelleyen yasal düzenlemeler de bulunmadığı için spor kulüplerinin borçlarından dolayı özel müzelerindeki kültür varlığı niteliğindeki malların haczi mümkündür.

## KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil:** Türk İdare Hukuku, 11. Bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2019.
- AKİL, Cenk:** "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s. 99-119.
- ANSAY, Sabri Şakir:** Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Bs., Ankara, İstiklâl Matbaası, 1960.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel:** İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin:** İcra ve İflâs Hukuku, 2. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- AYDIN, Muzaffer:** Haczedilemeyen Mal ve Haklar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- AYDOS, Oğuz Sadık:** "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", ABD, S. 4, 2008, s. 62-75.
- BALKAN, Yavuz:** Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009.
- BELGESAY, Mustafa Reşit:** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. Bs., İstanbul, M. Sıralar Matbaası, 1954.
- BERKİN, Necmeddin M.:** "Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar", İBD, C. XXXI, S. 1957/5, s. 113-124.
- ÇOLAK, Nusret İlker:** Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- DÜREN, Akın:** İdare Malları, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- ERTAŞ, Şeref/PETEK, Hasan:** Spor Hukuku, 3. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- ERTAŞ, Şeref/PETEK, Hasan/YEŞİLOVA, Bilgehan:** "Futbolcuların Haczi Mümkün Mü?", Terazi Hukuk Dergisi, 2007, S. 13, s. 69-82.
- ERSÖZ, A. Kürşat:** Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

- GÖRGÜN, Şanal L./TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet:** İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, Legem Yayıncılık, 2017.
- GÖZLER, Kemal:** İdare Hukuku, 3. Bs., C. II, Bursa, Ekin Basım, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut:** İdare Hukuku, 12. Bs., C. I, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- GÜLŞEN, Recep:** Spor Hukuku, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- GÜLAN, Aydın:** Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim, İstanbul, Alfa Basım, 1999.
- GÜNDEL, Ahmet:** Eski Eserler Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1996.
- KANADOĞLU, Sabih:** Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1998.
- KARAYALÇIN, Yaşar:** “Devlet Borçları- ‘Devlet Malları Haczedilemez’ Kuralı, (İİK m. 82 ve Anayasa Mahkemesinin 21.X.1992 Tarihli Kararı)”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, 11 Mayıs 2001, Ankara, Sözkese Matbaacılık, s. 123-141.
- KARSLI, Abdurrahim:** İcra ve İflas Hukuku, 3. Bs., İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014.
- KÖROĞLU, Anıl/KAPLAN, Mikail Bora:** “Özel Okullar ile Özel Öğrenci Yurt ve benzeri Kurumların Taşınır ve Taşınmaz Mallarının Haczi: İİK m. 362/a Hükümünün Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 28, S. 3, 2020, s. 1061-1082.
- KURU, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bs., İstanbul, Adalet Yayınevi, 2013 (El Kitabı).
- KURU, Baki:** “Haczi Caiz Olmayan Şeyler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s. 277-326 (Haciz).
- KURU, Baki:** İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 3. Bs., İstanbul, Evrim Dağıtım, 1988 (C.I).
- MUŞUL, Timuçin:** İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bs., C. I, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe:** Kişiler Hukuku, 17. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- ÖZEL, Sibel:** Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, İstanbul, Alkım Yayınları, 1998 (Kültür Varlıkları).

- ÖZEL, Sibel:** “Kültür Varlığı Koleksiyoncuları Lehine Getirilen Yönetmelik Değişikliğinin Danıştay Kararı Eşliğinde İncelenmesi”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, MÜHF-HAD Armağan Özel Sayısı, 2006, s. 661-672 (Değişiklik).
- ÖZEL, Sibel:** “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, MÜHF-HAD, C. 24, S. I, 2018, s. 215-238 (Mülkiyet).
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku, 6. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.:** İcra Hukuku Esasları, 4. Bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- SANCAKDAR, Oğuz:** İdare Hukuku Yönüyle Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması ve Yargısal Denetimi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.
- TUTAL, Erhan:** “Spor Kulüplerinin İsim Hakkı ve Haciz Yasağı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2013, S. 2, s. 271-299.
- UMAR, Bilge/ÇİLİNGİROĞLU, Altan:** Eski Eserler Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1990.
- UYAR, Talih:** “Borçlu Haczedilen Malın Kendisine Değil, Üçüncü Bir Kişiye Ait Olduğunu Belirterek Haczedilmezlik İddiasında Bulunabilir Mi? Ankara Barosu Dergisi, 2017/2, s. 235-236.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim:** İcra Hukukunun Esasları, 8. Bs., İstanbul, 2004.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis:** İcra ve iflas Hukuku, 6. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge:** İdare Hukuku, 7. Bs., (Editör YILDIRIM, Turan) İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

## CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YASAMA YETKİSİNİN DEVREDİLMEZLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Bayram DOĞAN\*

### Öz

16 Nisan 2017 tarihli halkoylamasıyla parlamenter sisteme son verilerek Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir. Anılan değişiklikte Cumhurbaşkanlığı kararnamele Anayasa'da yeni bir statü kazanmıştır. Zira yetki kanununa gerek olmaksızın doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir meşrulukla Cumhurbaşkanlığına, asli yetki ile ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınarak Türk hukuk sisteminde köklü değişiklikler meydana getirilmiştir. Çalışmada Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanlığı kararnamele, anayasal çerçeve, hukuki ve sistemsel yönüyle incelenerek "TBMM'nin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi" kapsamında irdelenmiştir. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin TBMM'nin "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi"ni ihlal etmediği görülmüştür. Bu nedenle çalışmada, Anayasa değişikliği ile yasama yetkisinin devredilip devredilmediği konusu Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri odaklı olarak Anayasa hukuku disiplini açısından sözel ve sistematik yorum yöntemleri kullanılarak değerlendirilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri • Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi • Yasama Yürütme İlişkisi • Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi • Asli Yetki

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Kahramanmaraş, Türkiye | Asst. Prof., Kahramanmaraş Sütçü İmam University, Faculty of Economics and Administrative Science, Department of Public Administration, Kahramanmaraş, Turkey.

✉ bayramdogan@ksu.edu.tr • ORCID 0000-0002-6920-2685

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: DOĞAN Bayram, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 965-1003.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## IN PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM EVALUATION OF PRESIDENTIAL DECREES IN THE CONTEXT OF THE PRINCIPLE OF NON-TRANSFERABILITY OF LEGISLATIVE AUTHORITY

### Abstract

With the referendum of 2017, the parliamentary system was terminated, and the Presidential system was initiated whereby presidential decrees gained a new status. Because, it has been granted radical changes in the Turkish legal system by giving the Presidency a principal authority to proceed first-hand regulatory action with a constitutional authorization without the need for a code. In the study, Presidential decrees, in the Presidential system, are examined in terms of constitutional framework, legal and systematic aspects and examined within the scope of "the principle of inviolability of the legislative power of the Parliament". Within this framework, it was observed that the Presidential decrees did not violate the "inviolability of legislative power" of the Parliament. Thus, the study evaluates whether the legislative power has been delegated with the amendment using verbal and systematic interpretation methods in terms of the discipline of the Constitutional Law with a focus on Presidential decrees.

### Key Words

Presidential Decrees • Presidential Government System • Legislative Execution Relationship • Principle of Inviolability of Legislative Power • Primary Authority

## I. GİRİŞ

21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Türk hukuk sisteminde ve hükümet sisteminde önemli değişiklikler ortaya konulmuştur. Anayasa değişikliğinin en önemli sonuçlarından biri de yeni sistem ile Cumhurbaşkanına özellikleri ve etkisi bir hayli genişletilmiş olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleeri çıkarma yetkisinin verilmesidir.

Yapılan Anayasa değişikliği ile yaklaşık 140 yıldır uygulanan parlamenter hükümet sistemi yerine, Türkiye'ye özgü bir hükümet sistemi olarak esasen başkanlık sisteminin bir uygulama türü<sup>1</sup> kapsamında yer alabilecek olan "Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi" getirilmiştir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı, devletin başı ve Cumhurbaşkanlığı makamı

---

<sup>1</sup> KÜÇÜK, Adnan, (2020), *Türkiye'de Başkanlık Sistemi*, Adres Yayınları, Ankara, s. 177-178.

da yürütmede tek etkili ve sorumlu organ konumuna getirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı sistemi ile kuvvetler ayrılığı dolayısıyla yasama-yürütme ilişkileri yeniden şekillendirilerek yasama ve yürütme organlarının aktörlerinde ve rol dağılımında önemli radikal değişiklikler yapılmıştır.

Doğaldır ki yapılan değişikliklerle yürütme yetkilerinin artırılması sonucu yeni hukuksal düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu bağlamda yürütmeye, daha doğrusu Cumhurbaşkanına yasamadan bağımsız, geniş ve etkili bir düzenleme çerçevesi çizilmiştir. Yapılan değişiklikler anayasal statüye kavuşturularak yasamadan bağımsız bir alan olarak düzenlenmiştir. Zira eski dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği konusu ile sınırlandırılmışken, 2017 yılı Anayasa değişikliği ile kapsamı oldukça genişletilen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda düzenleyici işlem yapma yetkisinin tezahürü olarak geniş işlev ve fonksiyon kazanmıştır<sup>2</sup>.

Kuşkusuz Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, hukuk sistemimizde sona eren kanun hükmünde kararnamelerden (KHK) veya tüzüklerden farklıdır. Buna karşın Cumhurbaşkanına tek başına, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) gibi yasama organı işlevi niteliğinde kanun koyması yetkisi verilmesi teknik ve hukuki olarak söz konusu değildir. Ayrıca anılan Anayasa değişikliği ile KHK'lar kaldırılarak, yürütme erkine (olağanüstü hal-OHAL- dönemi dışında) kanun gücünde düzenleyici işlem yapma yeksine son verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Türk hukukuna girmeden önce gereğince incelenmiş tartışılmış hukuki yönü irdelenmiş bir konu değildir. Oysaki düzenlediği alanların genişliği, önemi ve etkisi çok büyüktür. Dolayısıyla bu çalışmada yeni dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri; TBMM'nin "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi" çerçevesinde; düzenleme alanı ve sınırları, hukuki statüsü ve bu statü dolayısıyla ortaya çıkan sonuçlar incelenerek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimi ortaya konulacaktır.

## I. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Türk siyasi ve hukuk tarihinde yaklaşık yarım asırdır tartışılan hükümet sistemi arayışı veya etkili ve icrai bir yürütme düşüncesi, 16

<sup>2</sup> KÜÇÜK, Adnan / DOĞAN, Bayram, (2019), "Türkiye'de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, s. 1-59.

Nisan 2017 tarihli halkoylamasıyla Türk pozitif hukukuna anayasal statüde girmiş bulunmaktadır. Başkanlık sistemi (Türkiye’de uygulanan Cumhurbaşkanlığı sistemi), kamuoyunda uzunca tartışılmış birçok açıdan masaya yatırılmıştır. Getirilen yeni hükümet sisteminin önemli yeniliği ve özelliği olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa’da; olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri m. 104/17 ve OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri m. 119/6 da iki farklı türde düzenlenmiştir. Anayasa’da Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddeye de “*Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” şeklinde eklenmiştir<sup>3</sup>.

6771 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası’nda yapılan değişiklikler aslında 18 maddeden mütevellittir. Ancak 1982 Anayasası’nın yaklaşık 70 maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin yanı sıra Cumhurbaşkanlığı sistemi yıllardır Türkiye kamuoyunda ve siyasi arenada tartışılan parlamenter sistem ile bilinen siyasi teamülleri radikal bir şekilde değiştirmiştir. Cumhurbaşkanlığı sistemi olarak adlandırılan Türkiye’ye özgü bu hükümet sistemi, yürütme erkini/yetkisini bir organlar topluluğu, kabine veya kurul olmaktan çıkarmıştır. Bu yeni sistemde Cumhurbaşkanı, devletin başı ve yürütmenin bizatihi kendisi konumuna gelmiştir. Böylece yürütme yetkisini Cumhurbaşkanlığı makamında toplayarak yürütmenin yasamadan doğan bir erk veya organ olması uygulamasına da son vermiştir. Bu sayede parlamento ile yürütme ilişkisinin anayasal çerçevesi yeni bir statüye kavuşmuştur<sup>4</sup>.

Söz konusu değişiklik öncesi siyasal sistem ile yeni siyasal ve yönetsel sistem arasında bazı önemli farklar vardır. Şöyle ki; yasamadan çıkan ve yasamaya karşı siyasal sorumluluğu bulunan, keza yasamanın güvenine dayanan ve kolektif bir organ olan bakanlar kurulu artık söz konusu değildir. Yeni konumları itibariyle bakanların TBMM’ye karşı hukuki veya siyasal herhangi bir sorumlulukları kalmamıştır. Bu nedenle anılan değişiklik sonrası bakanların, Cumhurbaşkanı tarafından atandıkları bakanlığın hiyerarşik en üst yetkilisi, ancak TBMM’ye karşı siyasal sorumluluğu ve niteliği bulunmayan kamu görevlileri haline getiril-

<sup>3</sup> **ATAR, Yavuz**, (2019), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, s. 242; **AÇIL, Murat**, (2017), “Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 76, S. 2, s. 729.

<sup>4</sup> **ARDIÇOĞLU, M. Artuk**, (2017), “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, s. 23-24.



diği söylenebilir<sup>5</sup>. Bir diğer fark ise yürütme yetkisinin sadece halkın seçtiği Cumhurbaşkanlığı makamında toplanmış olmasıdır. Anılan yetki Anayasa'nın 8. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Cumhurbaşkanlığı sisteminde, Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan yürütmenin her ne kadar “yetki ve görev” olduğu ibaresi muhafaza edilmişse de Anayasa'nın 104. maddesinde yürütmenin bir “görev” olduğu ibaresine yer verilmeyerek, sadece “yürütme yetkisinin” Cumhurbaşkanlığı tarafından kullanılacağı hükmüne yer verilmiştir<sup>6</sup>.

Anayasa'daki söz konusu değişiklikle Türk hukuk düzeninde yıllardır tartışılan, yürütmenin bir “yetki” mi, “görev” mi olduğu konusu böylece farklı bir boyuta taşınmıştır. Devletin ve hükümetin başı olan Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri ile kaynağını doğrudan Anayasa'dan aldığı asli düzenleme yapma yetkisine sahip olmuştur. Bu yetki kamuoyunda; rejimin otoriterleşmesi, tek kişilik yönetim, Türkiye'nin Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri ile yönetileceği, yasama organının daha pasif bir duruma getirildiği ve Cumhurbaşkanı iktidarının kişiselleştiği şeklindeki eleştirilerle gerek hukukçular arasında gerek siyasiler arasında tartışılmış ve tartışılmaya da devam edecektir<sup>7</sup>.

6771 sayılı Kanun ile 1982 Anayasası'nın 104. maddesinde yapılan değişiklik sonucu, parlamenter sistemde bakanlar kurulunca çıkarılan KHK'ler, tüzükler, bakanlar kurulunun çıkardığı yönetmelikler, bakanlar kurulu kararları gibi birçok düzenleyici idari işlem sona ermiştir. Bu idari işlemlerin tamamı yerine bir anlamda sadece, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı kararı<sup>8</sup> getirilmiştir denilebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri, bu değişikliklerle kapsam, içerik ve dene-

<sup>5</sup> KAHRAMAN, Mehmet / BALKAN, Ali, (2016), “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi”, *International Journal Of Akademik Value Studies*, Vol. 4, Issue: 19, s. 249.

<sup>6</sup> SÖYLER, Yasin, (2018), *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 17-18; ARDIÇOĞLU, (2017), s. 35.

<sup>7</sup> ÇOLAK, Çağrı D., (2017), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, *Strategic Public Management Journal*, Volume 3, Special Issue, İstanbul, s. 62.

<sup>8</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı kararının farkları ve yargısal denetimleri hakkında bkz., DOĞAN, Bayram, (2019), “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerin Yargısal Denetimi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, ss. 273-298.

tim yönünden yeni bir niteliğe kavuşmuştur. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri ile artık sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri düzenlenmeyecek, bilakis Cumhurbaşkanı gerek gördüğü konularda veya ülkenin ihtiyaç duyduğu alanlarda, yasama organının kanun yapmasını beklemeksizin doğrudan iç ve dış siyasete ilişkin yürütme yetkisi kapsamında birçok konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir<sup>9</sup>. Kuşkusuz Anayasa'daki anılan değişiklikler, Cumhurbaşkanının bazı alanlarda düzenleyici işlem yaparak etkin ve hızlı karar alabilmesi adına yapılmıştır.

## II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. 2017 Anayasa Değişikliği Öncesi Dönemde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de Cumhurbaşkanı bir/tek gerçek kişidir. Ancak bir tüzel kişilik olarak Cumhurbaşkanlığının bir idari teşkilatı, personel rejimi ve kadrosu mevcuttur. Bu teşkilâta Cumhurbaşkanının, başdanışmanları, özel kalem müdürleri, sekreterleri, koruma daire başkanlığı ve personeli vs. birçok pozisyonda Cumhurbaşkanına doğrudan bağlı yardımcı personel mevcuttur. Cumhurbaşkanlığının idari teşkilatının oluşturulmasında, esasında monarşi ile yönetilen ülkelerdeki kraliyet teşkilatına benzer bir sistemin örnek alındığı söylenebilir. Kuşkusuz bu kamu görevlileri, Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı görevini ifada yardımcı rolündedirler. Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içerisinde görev yapan personel, siyasi değil, memur statüsünde ve idari niteliktedir<sup>10</sup>.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuk sistemimizde ilk kez düzenlenen bir kavram olmadığına yukarıda değinmiştik. Eski dönem cumhurbaşkanlığı kararnamesi 18.08.1983 tarihinde 1 sayılı CBK ile düzenlenmiş ve konusu da Anayasa'mızın "Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliği" başlıklı 107. maddesi "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir" hükmünü içermekteydi. Bu hükme göre parlamen-

<sup>9</sup> FENDOĞLU, Hasan Tahsin, (2019), *Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 658-660; KAHRAMAN / BALKAN, (2016), s. 248.

<sup>10</sup> TAŞDÖĞEN, Salih, (2016), "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *AÜHFĐD*, C. 65, S. 3, s. 940.

ter sistemdeki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de yürütmenin asli düzenleme yetkisi kapsamında yetkisini doğrudan Anayasa'dan almıştır. Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi veren 107. madde, Anayasa tasarısına Milli Güvenlik Konseyi'nde eklenmiştir. Amacı yürütme erkini ve Cumhurbaşkanını güçlendirmektir. 1982 yılında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu yalnızca Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği olmuştur. Bu konunun dışında kalan konularda düzenleme yapılması mümkün olmamıştır. Keza, bu kararname de yalnızca Cumhurbaşkanı tarafından düzenlenmiştir. Münhasıran Cumhurbaşkanına tanınan ve kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan bu hüküm Cumhurbaşkanına asli ve özerk bir düzenleme yapma yetkisi vermekte idi. Yürütme erkinde Cumhurbaşkanı ne kadar güçlendirilmeye çalışılsa da parlamenter sistemin zorunluluğu olarak Cumhurbaşkanı yürütmenin sorumsuz kanadını teşkil etmiş sorumlu kanadı ise bakanlar kurulu olmuştur. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi belirli bir konu ile sınırlandırılarak Cumhurbaşkanına dar bir alanda özerk bir düzenleme yetkisi verilmiştir<sup>11</sup>.

### **B. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Niteliği**

Yeni dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliğini saptayabilmek için öncelikle bir önceki başlıkta incelediğimiz eski dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yeni dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması gerekmektedir.

Her iki kararname de Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılmakta ve kaynağını doğrudan Anayasa'dan alarak Cumhurbaşkanına asli bir düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Benzer yönlerini bu şekilde saptadığımız kararnamelerin en önemli farkı kendisini konu unsuru üzerinde göstermektedir. Eski dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları ve personel atama işlemleri düzenlenebiliyorken, yeni dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konusunu; yürütme yetkisine ilişkin konular, üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri gibi birçok konu ile Devlet Denetleme Kurulunun çalışma şekli ve üyeleri ile

<sup>11</sup> BOZTEPE, Mehmet, (2017), "2017 Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, s. 6-9; FENDOĞLU, (2019), age, s. 664-668.

ilgili konular ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği teşkilatı ve görevleri ile son olarak kamu tüzel kişiliğinin kurulması oluşturmaktadır<sup>12</sup>.

Eski dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılma usulünde resmi gazetede yayınlanma zorunluluğu yokken, yeni dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini resmi gazetede yayınlanmak zorundadır. Eski ve yeni dönemde de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Her iki kararname de sadece Cumhurbaşkanı tarafından imzalanır. Her iki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri herhangi bir kanuna dayanmaz, yetkisini doğrudan Anayasa'dan alır. Bu yüzden Cumhurbaşkanlığı kararnameleri asli nitelikte düzenleyici işlemlerdir. Asli işlem niteliğini taşıması da yürütmenin yasama erkinin alanına girmesi olarak değerlendirilebilir<sup>13</sup>. Aslında bu durum, pozitif hukuk açısından Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir. Çünkü yetkiyi doğrudan Anayasa vermektedir. Dolayısıyla kural dışı veya Anayasa'ya aykırı bir işlem de yoktur. Ancak anılan Anayasa değişikliği ile yürütme kanadı yasama karşısında üstün hale getirilmiştir. (Bu konu ilerde ayrıntılı ele alınmıştır). 1961 Anayasası'na göre yürütme erki kanun karşısında "görev" iken 1982 Anayasası'nda hem "görev" hem de "yetki" olarak nitelendirilmiştir. Bu "görev" ve "yetki" işlevi 2017 Anayasa değişikliği ile daha belirgin hale gelmiştir. Kuşkusuz bu görev ve yetki ise Anayasa'ya uygun olarak yerine getirilecektir<sup>14</sup>.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemindeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de konu unsuru bakımından sınırlandırılmıştır. Anayasa'nın 2. kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan kişi hakları ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler konusu bu sınırlandırılmaya tabii tutulmuştur. Ayrıca Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmaz. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanı tarafından imzalandıktan sonra Resmi Gazete'de yayımlanır. Yürürlüğe giriş tarihi belir-

<sup>12</sup> FENDOĞLU, Hasan Tahsin, (2019), "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Dene-timi (Karşılaştırmalı)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, s. 497-500.

<sup>13</sup> EREN, Abdurrahman, (2019), "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, s. 47.

<sup>14</sup> AÇIL, (2018), s. 730-732.

lenmemiş ise, Resmi Gazete’de yayımlandığı gün yürürlüğe girer<sup>15</sup>. Anayasa’nın 104. maddesine göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükümlerinin çatışması durumunda kanun hükümleri esas alınır. Aynı şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında farklı hüküm bulunduğu da kanun hükümleri esas alınır. Dolayısıyla, bu durum da normlar hiyerarşisinde kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin daha üstünde yer aldığıın göstergesidir<sup>16</sup>.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği, organik bakımdan idari, fonksiyonel yönden de düzenleyici işlemdir. *Çünkü* Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasa’ya ve kanunlara aykırı olmayan düzenleyici işlemler ihdas etmek durumundadır. Nitekim Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yürürlükteki kanun hükümlerinde ve KHK’larda değişiklik yapmamaktadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ihdas ederken yasamada değil, fakat düzenlemede bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin işlevsel veya fonksiyonel açıdan yasama işlemi olarak değerlendiren görüşler vardır. İfade etmek gerekir ki Cumhurbaşkanı; Anayasa’da kendisine tanınan sınırlı bir alanda yetkisi/çerçevesi çizilmiş ve açıkça belirtilen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı kararı düzenleyebileceğinden bu konularda yasama değil bilakis düzenlemede bulunduğu kabul edilmelidir<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> **GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel**, (2019), *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 385-397.

<sup>16</sup> **SÖYLER, Yasin**, (2018), *“Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 100-103; **FENDOĞLU**, (2019), *agm.*, s. 504-505.

<sup>17</sup> Benzer görüş 1961 Anayasası’ndaki KHK’lar rejimi hakkında da öğretilmiş ve savunulmuştur. Şöyle ki; “KHK adıyla uygulamaya giren işlem türü, organik bakımdan idari, işlevsel yönden düzenleyici işlem niteliğinde olduğunun kabulü yönündedir. Çünkü Bakanlar Kurulu KHK’lar ile yürürlükteki yasal hükümlerden yalnızca yetki kanununda hangi kanun hükümlerinin kaldırılacağı açıkça gösterilen kanunlarda değişiklik yapabilmekteydi. Bununla birlikte, Bakanlar Kurulu KHK ile yaptığı düzenlemede kanunlara aykırı düzenleme yapması da söz konusu değildi. Dolayısıyla yürütme KHK’lar ile yasama değil, düzenlemede bulunmaktaydı. Kısaca açıklanan gerekçe ile 1961 Anayasası’ndaki KHK’ların hukuki rejimini, fonksiyonel bakımdan yasama işlemi değil, yürütmenin düzenleme yetkisinin genişletilmesi olarak değerlendirilmekteydi. Bkz., **TEZİÇ, Erdoğan**, (2019), *Anayasa Hukuku*, 23. Bası, Beta Basım Yayımları, İstanbul, s. 35-36; **DURAN, Lütfi**, (1975), “Kanun Hükümünde Kararnameler”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 8, S. 2, s. 4-5; **EREN**, (2019), s. 22.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama fonksiyonu içerip içermediği konusunda öğretide ve Anayasa Mahkemesi değerlendirmelerinde üç unsur esas alınmıştır. Şöyle ki; birincisi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “*ilkel düzenleme*” kapsamında çıkarılıp çıkarılmadığı, ikincisi “*normlar hiyerarşisinde kanun hükmünde*” olup olmadığı, üçüncüsü ise yargısal denetimlerinin “*Anayasa Mahkemesi*” tarafından yapıp yapılmadığıdır. Yasama yetkisinden maksat kanunları “*değiştirme ve kaldırma*” yetkisidir. Bu ise o işlemin “*kanun hükmünde*” olup olmadığını dolayısıyla yasama işlemi olup olmadığını belirleyecektir. Oysa Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunların değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması söz konusu değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin aslilik özelliği “*düzenleyici işlem*” olmalarını değiştirmeyecektir. Bu nedenle de fonksiyonel olarak da olsa yasama işlemi olarak değerlendirilmemelidir. Öğretide, Eren ve Özbudun, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin fonksiyonel anlamda yasama işlemi kabul edilmesi gerektiği görüşündedirler<sup>18</sup>.

### III. YASAMA YETKİSİNİN DEVREDİLMEZLİĞİ

1982 Anayasası'nın 7. maddesi “yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” hükmünü içermektedir. Anılan bu hüküm, 1924 Anayasası'nın “meclis teşri salahiyyetini bizzat istimal eder.” (m.6) ve 1961 Anayasası'nın “yasama yetkisi Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” (m.5), şeklindeki düzenlemelerle aynı doğrultudadır. Görüleceği üzere Türk Anayasaları'nın son üçünde de Anayasa'da “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”<sup>19</sup> ne yer verilmiştir. Kuşkusuz Türk kamu hukukunda hiçbir devlet organı, anayasadan veya kanundan aldığı yetkileri, sözü geçen normlarda açıkça izin verilmedikçe başka bir erke veya devlet organına devredemez. Şu halde “yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi”, sadece yasama yetkisi bakımından değil; yasama, yürütme ve yargı erki başta olmak üzere tüm devlet organları ve devlet yetkileri açısından geçerlidir<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Bkz., EREN, (2019), s. 24-30; ÖZBUDUN, Ergun, (2019), *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 212-216.

<sup>19</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ARIKAN, Cengiz, (2011), *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara.

<sup>20</sup> TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, (2019), *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, s. 304-305; GÖREN, Zafer,

Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi: Kanun adı altında veya bu adı taşımasa bile kanuna eş değerde ya da kanun gücüne sahip hukuki işlemler yapma yetkisinin TBMM dışında başka bir organa veya makama devredilmemesidir<sup>21</sup>. Bu nedenle Anayasası'nın 7. maddesinde "yasama yetkisi devredilemez" hükmünden maksat, sadece kanun yapma yetkisi değil, yasama yetkisi kapsamına giren Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenen yetkilerin TBMM tarafından başka bir organa devredilemeyeceği anlamına gelmektedir<sup>22</sup>. Bunlardan bazıları; bütçe ve kesin hesap kanunu yapmak, para basılmasına karar vermek, savaş ilanına karar vermek, milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, TBMM'nin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek gibi birçok yetkidir<sup>23</sup>.

Mustafa Erdoğan'a göre, "yasama yetkisinin devrinden" bahsedebilmek için anayasal bir yetkilendirmenin dışında, TBMM'nin Anayasa ile kendisine verilen bir veya birçok yetkisini kendi inisiyatifıyla başka bir organa veya makama devretmiş olması gerekmektedir. Yazar bu düşüncesini şu şekilde örneklendirmektedir. TBMM'nin "Türk milleti adına" sahip olduğu yetkilerini bir diktatöre veya otokrata ya da bir gruba devretmesi veyahut onların lehine kendi anayasal yetkilerinin bazılarından vazgeçmesi olabilir. Bu durum ise Anayasa'nın 7. maddesinde hükme bağlanan yasak ile güvence altına alınmak istenen Cumhuriyet'in demokratik niteliğidir<sup>24</sup>.

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilirken yasama yetkisine ilişkin Anayasa'nın 7. maddesinde hiçbir bir değişiklik yapılmamıştır. Anayasa'nın yürütme yetkisi ve görevine ilişkin 8. maddesinde ise Cumhurbaşkanlığı sisteminin gereği olarak sadece "bakanlar kurulu" ibaresi çıkarılmıştır. Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı tarafından yine "Anayasa ve kanunlara uygun olarak" kullanılacak ve yerine getirilecektir hükmü eklenmiştir. Bununla birlikte, egemenliğin

---

(2019), *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 214-216; **TEZİÇ**, (2019), s. 21; **ÖZBUDUN**, (2019), s. 212-213.

<sup>21</sup> **ÖZBUDUN**, (2019), s. 213.

<sup>22</sup> **ERDOĞAN, Mustafa**, (2014), *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, s. 271; **EREN**, (2019), s. 46-53.

<sup>23</sup> **GÖZLER, Kemal**, (2019), *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 630-631.

<sup>24</sup> **ERDOĞAN**, (2014), s. 272.

aidiyetini ve nasıl kullanılacağını belirleyen Anayasa'nın 6. maddesinde de hiçbir değişikliğe gidilmemiştir. Dolayısıyla 2017 Anayasa değişikliği ile de Türk hukukunda Cumhuriyetin ilanı ve 1924 Anayasası'ndan bugüne hâkim olan TBMM'nin düzenleme yetkisi ilkel, asli ve genel bir yetki; buna karşın yürütmenin düzenleme yetkisi ikinci-el, tali ve tamamlayıcı bir düzenleme yetkisi olduğu geleneğinin bozulmadığı değerlendirilmektedir<sup>25</sup>. Fakat biz bu görüşe tam olarak katılmadığımızı gerekçesi ile Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri kısmında açıklayacağımız için burada değinmeyeceğiz.

“Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”, kamu hukukunun en çok tartışılan konulardan biridir. Teziç'e göre, bu konunun siyasi ve hukuki olmak üzere iki farklı yönü vardır. Siyasi yönü; TBMM'de kanun yapmak belli prosedürlere bağlanmıştır. Dolayısıyla bazen uzun zaman alarak gecikmelere neden olduğu bilinmektedir. 21. Yüzyılda, hızla değişen ekonomik ve sosyal ihtiyaçların, beklentilerin ve sorunların gereği olarak, birçok normların TBMM'deki kanun yapma usulü dışında daha hızlı yürürlüğe konması, siyasi açıdan, modern devlet olmanın bir gereği olarak değerlendirilmektedir. Özellikle yaygın salgın hastalık veya şiddet olaylarının baş gösterdiği OHAL dönemlerinde, bu durum ziyadesiyle önem kazanmaktadır. Kuşkusuz, alınacak önlemler, mali ve idari reformlar TBMM'nin değil, yürütmenin yetki alanına girdiği için bu gibi yasal düzenlemeler yürütme tarafından yapılmaktadır. Hukuki yönü ise; Türkiye gibi katı Anayasa'lı bir sistemde TBMM yetkilerini Anayasa'dan alırken, bu yetkisini açık bir kural olmadan yürütme organına devredemez. Başka bir ifadeyle, yürütme organının, TBMM'nin düzenleme alanına girmesi, Anayasa'da düzenlenmemişse, bu durumda anayasaya aykırılık sorunu söz konusu olabilir<sup>26</sup>.

Yasamanın düzenleme alanına giren yasama işlemlerinin başında “kanunlar” gelir. Bu nedenle, “devredilemeyen yasama yetkisi”, ilk olarak TBMM'nin kanun yapma yetkisidir. Dolayısıyla, şekli kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenleme başka bir organ veya makama devredilemez. Bu kapsamda, Anayasa'da kanunla düzenleyeceği hükme bağlanan konular, başka bir organ veya makam tarafından düzenlenemez. Kuşkusuz, Anayasa'da kanunla düzenleneceği hükme bağlanan her konunun, ayrıntısına kadar kanunla düzenlemesi gerektiği anlamına

<sup>25</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2019), s. 308.

<sup>26</sup> TEZİÇ, (2019), s. 22-23.



da gelmeyecektir. Buna karşın her şeyin yürütme organına bırakılması durumunda TBMM'nin etkinliği azalacak rolü kalmayacaktır. O halde konunun odak noktası, TBMM'nin düzenleme alanı ile yürütmenin düzenleme alanının kesiştiği sınırdır. Şayet bu sınır aşılırsa TBMM'nin düzenlemesi gereken konular yürütmeye bırakılırsa, bu durum "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi"nin ihlali olacaktır. İşte bu noktada her somut normun yürürlüğe konularak uygulanmasında bu sınırın aşılmadığına Anayasa Mahkemesi karar verecek ve hukuki yetki sınırı Anayasa Mahkemesinin içtihadı ile çizilecektir<sup>27</sup>.

Anılan Anayasa değişikliği öncesinde Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yetkisi veren 107. maddenin "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi" karşısındaki hukuki statüsü ile değişiklik sonrası Cumhurbaşkanına asli düzenleme yetkisi veren maddelerin de "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi" karşısındaki statüsü benzer durumda değerlendirilebilir. Dolayısıyla Anayasa değişikliği öncesinde olduğu gibi değişiklikten sonra da Anayasa madde 7'deki yasak, yasama organının yürütmeye düzenleme yetkisi tanıdığı durumlarda verilen yetkinin anayasal olup olmadığının tespitinde belirleyici olabilir. Dolayısıyla pozitif Anayasa'nın vermiş olduğu yetkinin normatifliği veya Anayasa'ya aykırılığı bu bağlamda tartışılmayacaktır<sup>28</sup>. Anayasa Mahkemesi de konu hakkında güncel bir karar vererek olası belirsizliği gidermiştir<sup>29</sup>.

Kaldı ki Anayasası'nın 7. maddesinde yasaklanan husus, devredilemeyecek yasama yetkisi ile genel olarak kural koyma fonksiyonu değildir. Zira Türk Anayasaları'nın son üçünde yürütme organının düzenleyici işlemler yaparak genel-geçer ve soyut, objektif, kişilik dışı dolayısıyla bir kez kullanmakla tükenmeyecek normatif düzeyde bağlayıcı hukuk kuralları koyma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. Özbudun'a göre, sözü edilen Anayasalarda yürütme organının düzenleyici işlemler yapabilmesine bu şekilde açıkça izin verilmesine gerek yoktu.

<sup>27</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2019), s. 305.

<sup>28</sup> ASLAN, Volkan, (2019, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, s. 278.

<sup>29</sup> Bkz., AYM, E: 2017/143, K: 2018/40, T: 02/05/2018: "... Yasama yetkisinin devredilmezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılmaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir."

Çünkü bütün genel, objektif ve soyut hukuk kurallarının sadece yasama organı tarafından düzenlenebileceğini kabul etmek devletin, tüm idari mercilerin ve toplumun pratik ihtiyaçlarını karşılamak adına çok zor olurdu<sup>30</sup>.

#### IV. CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN YASAMA YETKİSİNİN DEVREDİLMEZLİĞİ İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. Olağan Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

Bir hükümet sisteminin niteliğini ve karakterini belirleyen en önemli unsur yasama ile yürütme organları arasındaki etkileşimdir. Bu etkileşim yürütme erkinin yasama erki üzerinde, yasama erkinin de yürütme erki üzerinde kullanabileceği yetki ve görevlerin kapsamı içerisinde belirlenecektir. Dolayısıyla biri yürütme diğeri yasama yetkisi üstlenen anılan erkler arasında birbirini etkileme oranının fazlalığı hükümet sistemini kuvvetler ayrığından uzaklaştıracaktır. Cumhurbaşkanlığı sistemindeki tartışmalı alanlardan biri de yürütmenin yasamanın alanına girip girmediği hususudur ki bu da Cumhurbaşkanının kararname çıkarma yetkisi üzerinde belirlemektedir<sup>31</sup>.

Bu nedenle Anayasa değişiklikleri hakkında öğretilerde en çok tartışılan konular arasında Cumhurbaşkanına asli düzenleme yetkisi tanınmasının “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”ne aykırı olup olmadığına yöneliktir. Zira Anayasa m. 7’de “*yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.*” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa’da hükme bağlanan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi 2017 Anayasa değişikliğinden önce Anayasa tarafından istisna tutulan mülga Anayasa m. 91’e göre Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmişti. Cumhurbaşkanlığı sistemindeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise Anayasa’dan alınan asli yetki kapsamında çıkarıldığı için yetki devri veya yetki kanunu söz konusu değildir<sup>32</sup>. Ancak öğretilerdeki bazı yazarlara göre, Cumhurbaşkanlığı sisteminde, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, parlamen-

<sup>30</sup> ÖZBUDUN, (2019), s. 213.

<sup>31</sup> GÜLENER, Serdar / MİŞ, Nebi, (2017), “Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, *Seta Analiz*, S. 190, s. 10.

<sup>32</sup> ATAR, (2019), agm., s. 257-258.

ter sistemdeki Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan olağan dönem KHK ile karşılaştırıldığında aslilik özelliği öne çıkmaktadır. Bu açıdan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'da belirlenen "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine" aykırılığı iddia edilmektedir<sup>33</sup>.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi sadece Cumhurbaşkanına aittir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı yardımcıların, bakanların Cumhurbaşkanlığı ofislerindeki üst düzey kamu görevlilerinin veya diğer kamu kurumlarının böyle bir yetkisi yoktur. Kuşkusuz Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hazırlanmasında Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlıklar ve diğer kamu kurumları veya ilgili birimler bünyesinde hazırlık yapılması veyahut bazı konularda kararname çıkarılması yönünde talepte bulunulması mümkündür<sup>34</sup>.

Anayasa'da yapılan değişiklik ile 1982 Anayasası'nda, özellikle yürütme alanında önemli değişiklikler yapıldığına değinmiştik. Ve yapılan değişikliklerin en önemlilerinden bir tanesinin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasına ilişkin değişiklik olduğunu ifade etmiştik. Nitekim anılan değişiklikte birlikte Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda çok geniş bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Bu anlamda egemenlikten kaynaklanan ve Türk milleti adına sadece parlamento tarafından kullanılan yasama yetkisinin artık Cumhurbaşkanı tarafından da kullanılabilmesinin bir tartışma konusu hatta sorun olacağı ifade edilmektedir<sup>35</sup>. Buna karşın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sadece "yürütme yetkisine ilişkin konularda" çıkarılabileceği karşı bir görüş olarak değerlendirilmektedir. Kuşkusuz her ha-

<sup>33</sup> GÖREN, (2019), s. 278-279; DEMİREL, **Taner**, (2017), "Anayasa Değişiklik Teklifi Üzerine", *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 22, S. 85, s. 141-142; YOKUŞ, **Sevtap**, (2018), "24 Haziran 2018 Seçimlerinden Sonra Cumhurbaşkanlığı Sistemi ve Parlamento", *Güncel Hukuk*, S. 172, s. 11; KÖKER, **Levent**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Üzerine Bazı Tespitler ve Eleştiriler", (Çevrimiçi) <http://leventkoker.blogspot.com/2017/01/cumhurbaskanlg-kararnamesi-uzerine-baz.html>, Erişim Tarihi, 20 Ekim 2018.

<sup>34</sup> KÜÇÜK, **Adnan**, (2020), *Türkiye'de Başkanlık Sistemi*, Adres Yayınları, Ankara, s. 227-229; SÖYLER, (2018), s. 50.

<sup>35</sup> YENİAY, **Lokman** / YENİAY, **Gülden**, (2019), "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, s. 110-111; BEKTAŞ, **Eda**, (2019), "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasana-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri", *Yasama Dergisi*, S. 39, s. 208-209.

lükârda kabul edilecek husus, artık yürütmenin düzenleme yetkisinin tali bir yetki olmadığı, aksine asli bir yetki ve/veya fonksiyon olduğu gerçeğidir<sup>36</sup>.

Şüphesiz yeni dönemde yürütme organını temsil eden Cumhurbaşkanının, asli düzenleme yetkisinin, parlamentonun sahip olduğu “asli ve genel” düzenleme yetkisi üzerindeki etkisi ve sonucu, irdelenmesi, araştırılması ve değerlendirilmesi gereken önemli bir konudur<sup>37</sup>. Bu çerçevede Anayasa’nın 104. maddesinde birçok alanda Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır. Anayasa’nın 8. ve 104. maddeleri bağlamında yürütme yetkisi münhasıran Cumhurbaşkanına ait olduğu için kararname çıkarma yetkisi de Cumhurbaşkanına verilmiştir (Anayasa m. 104/17)<sup>38</sup>. Adı geçen değişiklik sonrası Anayasa’nın 104/17. maddesindeki bu yeni düzenlemeye göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, bazı yazarlara göre sadece idari düzenleyici bir işlem değildir. Nitekim Cumhurbaşkanı Anayasa’nın 104. maddesinin anılan değişiklik öncesine göre yasama alanına ilişkin görev ve yetkiler kullanabildiğine göre değişiklik sonrasında da yasama işlevi statüsünde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Bu iddiaya göre, Anayasa’da Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin bir kısmı idari düzenleyici işlem kapsamında kullanılacak nitelikte yetkilerken (örneğin, Anayasa m. 73/son, 167/2, 104/18-19), diğer bir kısmı ise yasama işlemi niteliğindeki yetkilere (örnek olarak Anayasa m. 104/9, 106/son, 108/son, 118/6, 119/6-7, 123/3, 124/1)<sup>39</sup>. Burada söz konusu yazarlar, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama işlemi niteliğinde olduğundan söz etmektedirler. Oysa yasama işlemleri sadece TBMM tarafından yapılır. Yürütmenin yasama işlemi niteliğinde işlem yapabilmesi söz konusu olamaz. Zira yürütmenin kural koyma işlemleri normatif değer taşımakla birlikte bu tür işlemler düzenleyici işlemlerdir. Keza yasama işlemleri geneldir oysa yürütmenin düzenleyici işlemleri genel değil aksine sınırlı bir alandadır. Bu yazarların kanaatine katılmam söz konusu olmamakla birlikte, olsa

<sup>36</sup> FENDOĞLU, (2019), agm., s. 495-496; AÇIL, (2017), s. 733-734; EREN, (2019), s. 49-50.

<sup>37</sup> ARDIÇOĞLU, (2017), s. 37.

<sup>38</sup> KÜÇÜK / DOĞAN, (2019), s. 5-7.

<sup>39</sup> KANADOĞLU, Korkut / DUYGUN, Ahmet Mert / BİLGEHAN, Deniz, (2018), “Devlet Yapısı Yeniden Düzenlenirken: Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül Ekim 2018, S. 173, s. 24-29; KÜÇÜK, (2020), s. 229-230; KANADOĞLU, Korkut, (2018), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *GSÜHFD*, S. 2, s. 642; EREN, (2019), s. 46-53.

olsa bazı konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun gücünde etkisi olduğundan söz edilebilir.

Bu bağlamda Anayasa'da yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanun ilişkisi açıklanmaya muhtaç bir durumdur. 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanına kararnama çıkarma yetkisi verilmesi, "yasama yetkisinin genelliği ilkesi"nin *bir istisnasıdır*. Şu halde istisnai bir durum olduğundan bu hükümler dar yorumlanmalıdır. Nitekim Türk hukuk sisteminde parlamentonun düzenleme yetkisi asıl, buna karşın yürütmenin asli düzenleme yetkisi ise istisnaidir. Bu nedenle yürütmenin asli düzenleme yetkisi dar yorumlanmalıdır<sup>40</sup>. Özel düzenleme konusu yapılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmeye mahfuz bir düzenleme yetkisi verdiği kabul edildiği konularda da kararnamelerin çıkarılma yetkisi dar yorumlanmalıdır. Nitekim Anayasa'nın tüm maddeleri birlikte değerlendirilerek "yasama yetkisinin genelliği ilkesi" uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, ancak kanunlar ile uyumlu olduğu nispette ve kanunlara aykırı olmamak üzere varlık göstereceği değerlendirilmektedir<sup>41</sup>.

Cumhurbaşkanın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri düzenleme yetkisi bağlamında "yasama yetkisinin devredilmezli ilkesi"ni hangi aşamada ihlal edeceği meselesini, Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarma yetkisi veren Anayasa'nın m. 104/9-17, 106/son, 108/son, 118/6, 119/6-7, 123/3, 124/1 maddeleri üzerinde somut olarak incelemek gerekecektir. İlk olarak Anayasa m. 104/9 göre, Cumhurbaşkanı; şayet Anayasa m. 104/9 yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ihdas yetkisi kapsamında üst düzey kamu görevlileri haricinde diğer kamu personeli hakkında da işlem tesis ederse devir yasağını ihlal edecektir. Zira Anayasa m. 104/9'daki yetki sınırlı alan için geçerlidir bu nedenle genişletilemez.

İkinci olarak Cumhurbaşkanı; Anayasa m. 104/17 göre, sadece yürütme yetkisine giren konularda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarabilecektir. Dolayısıyla Anayasa m. 104/17 de hükme bağlanan yürütme dışındaki bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarması durumunda devir yasağı değil Anayasa'yı ihlal durumu söz konusu olacaktır. Örneğin Cumhurbaşkanının; yasama ve yargı konusunda kararname

<sup>40</sup> ÜLGEN, Özen, (2018), "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", GSÜHFD, S. 1, s. 23-26; SÖYLER, (2018), s. 78-80.

<sup>41</sup> ATAR, Yavuz, (2019), *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 201-202; ÜLGEN, (2018), s. 12-13.

çıkarması durumunda devir yasağı değil fakat Anayasa ihlali ortaya çıkacaktır. Keza Anayasa'nun ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümünde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler alanında kararname çıkarması durumunda devir yasağı değil Anayasa ihlali söz konusu olacaktır.

Üçüncü olarak Cumhurbaşkanın; Anayasa m. 106/11, 108/4 ve 118/6 kapsamındaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri mahfuz alanla ilgilidir. Dolayısıyla münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenecek alanlarda (Anayasa m. 106/11, 108/4 ve 118/6 kapsamındaki) kanun ile düzenleme yapılamayacağından Anayasa ile "yasama yetkisinin devrinden" söz edebiliriz. Bu durumda, Anayasa'nun 7. maddesinde hükme bağlanan "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi" karşısında münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme öngören hükümler bu kuralın istisnalarını oluşturmaktadır<sup>42</sup>.

Son olarak Cumhurbaşkanın; Anayasa m. 123/3 bağlamında çıkardığı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde, TBMM ile Cumhurbaşkanlığı arasında anayasal ortak yetki söz konusudur. Burada Anayasa yapıcı hem parlamentoya hem de Cumhurbaşkanına kamu tüzel kişiliğinin kurulmasında yetki vermesi durumu vardır. Dolayısıyla Anayasa m. 123/3 göre kamu tüzel kişiliği hem kanunla hem de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabileceğinden "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini"n ihlali olmayacaktır. Eren'e göre, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kural koyma/norm ihdas etme özelliğiyle ve asli/ilk el düzenleme yetkisiyle yasama işlevine sahiptir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilk elden düzenleme yapılması yasama yetkisi kullanmak işlevindedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarma yetkisi doğrudan Anayasa'dan kaynaklandığı için, TBMM'nin yasama yetkisini devretmesi söz konusu değildir. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için "Anayasal yetki devri" ya da "Anayasa ile yetkilendirme" gündeme gelmektedir. Yarışan/ortak alanda kanun ve CBK ile düzenleme yapılabilmekte, ancak bu alanda kanuna üstünlük tanınmaktadır. Bu alanda, yetki devri değil, yasama yetkisinin verilmesinden bahsedilmektedir<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> EREN, (2019), s. 50.

<sup>43</sup> EREN, (2019), s. 50.

Yürütme/Cumhurbaşkanı ile parlamento arasında, bölünmüş hükümetler<sup>44</sup> döneminde ortaya çıkması muhtemel olan gerilimlerin yaşanmadığı “tekli hükümet ya da birleşik hükümet”ler<sup>45</sup> döneminde, Cumhurbaşkanının üyesi olduğu siyasî parti ya da ittifak genellikle parlamentoda da çoğunluğa sahip olacağı için, Cumhurbaşkanının parti disiplini yoluyla yasamadaki etkinliği neticesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılan konularda kanunların çıkarılma ihtimali pek söz konusu olmayacağı söylenebilir. Bölünmüş hükümetler döneminde, Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında, Anayasanın yürütmeye mahfuz düzenleme alanı sağladığı konular (md. 104/9, 106/son gibi) hariç olmak üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenen konularda kanun çıkarmak suretiyle kararnameleri hükümsüz bırakabilir<sup>46</sup>.

Cumhurbaşkanlığı sistemindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin parlamentonun yasama yetkisini daraltıp daraltmadığı değerlendirilirken bunun başkanlık sistemi<sup>47</sup> içinde, başkanlık sistemi normları bağlamında yapılması gerekmektedir. Zira başkanlık sistemlerinde parlamentoların kanun yapma konusundaki yetkilerinin belirlenmesinde kanun ile kararname alanlarının karşılıklı konumlarına ve kararname yetkisinin başkanlık sisteminin temel mantığının dışında yasama kapsamına girip girmediği açısından değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, genel olarak başkanlık sistemlerinde uygulanan Cumhurbaşkanının halka hesap verebilirliğini güvence altına alan, halkın Cumhurbaşkanını direkt sorumlu tutabilmesinin hukuki alt yapısını oluşturan bir yetkidir. Anılan değişiklikte, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin muhtevası ve sınırları tahdidi olarak belirlenmek yerine (Örn. Brezilya Anayasası), yetkinin sınırları doğrudan Anayasa ve

<sup>44</sup> Tek meclisli yasama organında, Meclisteki çoğunlukla Başkan’ın aynı siyasî eğilime sahip olduğu, iki Meclisli yasama organında, her iki Meclisteki çoğunlukla Başkan’ın aynı siyasî eğilime sahip olduğu durumlarda “tekli hükümetin” ya da “birleşik hükümet”in varlığından söz edilir. Bkz., **KÜÇÜK, Adnan**, (2019), *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi*, Adres Yayınları, Ankara, s. 122.

<sup>45</sup> Kongre’deki çoğunluk ile Başkan’ın farklı patilerden oldukları dönemler ise “bölünmüş hükümet” olarak ifade edilmektedir. **KÜÇÜK**, (2019), s. 122; **GÜLENER, Serdar**, (2016), *Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme (Rapor)*, SETA Yayınları, Ankara, s. 21.

<sup>46</sup> **ÜLGEN**, s. 16; **FENDOĞLU**, age., s.671-672.

<sup>47</sup> *ABD’de başkanın bazı yetkileri konusunda bkz., DELİCE, Aslan*, (2019), “Başkomutan Olarak ABD Başkanı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, s. 533-549.

TBMM'nin yasama yetkisi çerçevesinde belirlenmiştir. Bu nedenle de Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, çıkarması, "yasama yetkisinin devri" değildir. Çünkü bu yetki Cumhurbaşkanlığı makamına Anayasa ile verilmiş, anayasal anlamda asli ancak istisnai bir yetkidir. Keza bu yetki Anayasa ve kanunlar ile sınırlanmış bir yetkidir<sup>48</sup>.

Anılan Anayasa değişikliği öncesi sistemde; kanunlar çoğunlukla kanun tasarıları şeklinde gerçekleştirilmekteydi. Zira bu konuda Bakanlar Kurulu imzasıyla TBMM'ye sevk edilen ve yasama faaliyetlerinin ilgili komisyonlarda görüşülmesinde, Bakanlar Kurulu ve hükümetin komisyonlarda temsilini sağlamak üzere gerekli hükümler TBMM İçtüzük'ünde yer almaktaydı. Buna karşın milletvekilleri tarafından verilen kanun tekliflerini esas alan Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütme üyeleri direkt olarak kanun teklif etme yetkisine sahip olmayacaklardır. Fakat yürütme üyelerinin de komisyonlarda temsil edilmesine yönelik hukuki zemin İçtüzükte düzenlenmiştir<sup>49</sup>.

Başkanlık sisteminde yasama-yürütme ilişkisi sert kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda başkan veya yürütme organının yasama sürecine katılımı, ancak anayasada açıkça hükme bağlandığı durumlarda mümkündür. Çünkü klasik başkanlık sistemlerinde yasama ve yürütme ayrı erkler şeklinde teşkilatlandıkları için daha bağımsız ve dengeleyici kurumlar halinde düzenlenmiştir<sup>50</sup>.

Abdurrahman EREN, 1982 Anayasası'nda 6771 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile yeniden düzenlenen olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini; kararname yetkisinin anayasal olması ve ilk el düzenleme yetkisi içermesi; yasama organından alınacak bir yetki kanununa gerek olmaması, normlar hiyerarşisinde kanunlardan altta yer alması ile yargısal denetimlerinin Anayasa Mahkemeleri tarafından yapılması gibi gerekçelerle Rusya ve Azerbaycan "başkanlık kararnameleri"ne benzetmektedir. Bununla birlikte EREN, Rusya ve Azerbaycan başkanlık kararnamelerinin kanunlara aykırı olamayacağı ve başkanlık

<sup>48</sup> **ALKAN, Haluk**, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi Yasama Alanını Daraltıyor mu?", *Star Açık Görüş*, 28.01.2017, Erişim Tarihi, 21.12.2019; **KÜÇÜK**, (2020), s. 225-228.

<sup>49</sup> **DEMİRBAĞ, Cengiz**, (2019), "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama Yürütme İlişkisi", *Yasama Dergisi*, S. 39, s. 32.

<sup>50</sup> **YÜKSEL, İsmail**, (2017), "6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 2, s. 255.



kararnemelerinin sadece anayasal denetime değil kanunilik denetiminin de Anayasa Mahkemesi tarafından yapıldığını vurgulamaktadır<sup>51</sup>. Oysa Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı kararnemelerinin kanunlara uygunluğunun denetimi Anayasa’da veya başkaca herhangi bir normda düzenlenmemiştir.

Hâlbuki Cumhurbaşkanlığı sisteminde, TBMM’de çoğunluğa sahip ve disiplinli parti anlayışının hâkim olduğu Türkiye’de bir siyasi partinin genel başkanı durumunda olan Cumhurbaşkanları kanun tekliflerini dolaylı da olsa fiili olarak pek tabii yönlendirebilecektir. Zira yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı kanun tekliflerini tıpkı parlamenter sistemdeki hükümetin sorumlu kanadı olan başbakan gibi fiilen yönlendirmesi söz konusu olabilecektir. Bu fiili durum ancak Cumhurbaşkanlığı seçimi ile milletvekili seçimlerinin farklı tarihlerde yapılması veya hüt Cumhurbaşkanının partisinin TBMM’de çoğunluğa kaybetmesi ya da Cumhurbaşkanının herhangi bir parti ile ilgisinin olmaması durumunda ortadan kalkabilecektir<sup>52</sup>. Aslında klasik başkanlık sistemlerinde yürütme erkinin kanun yapma sürecinde etkisi söz konusu değildir. Nitekim milletvekilleri kanun yapımında tek yetkili erktir.

### **B. Olağanüstü Hal Dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Açısından Değerlendirilmesi**

2017 yılında 6771 sayılı kanunla yapılmış olan Anayasa değişikliğine göre, Cumhurbaşkanına iki çeşit kararneme çıkarma yetkisi verilmiş olup olağan dönemde çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnemesi önceki başlıkta ele alınmıştı. Bir diğeri ise anılan Anayasa değişikliği ile getirilen OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnemesidir. Anayasa m.119’da belirtildiği üzere; *“Cumhurbaşkanı; savaş, savaş gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.”* Anayasa’nın bu hük-

<sup>51</sup> EREN, (2019), s. 9.

<sup>52</sup> KÜÇÜK, (2020), s. 331-332; DEMİRBAĞ, (2019), s. 32-33.

müne göre şartların oluşması halinde Cumhurbaşkanı olağanüstü hal ilan edebilecektir.

Anayasa m.119/6'da hükme bağlandığı üzere: *“Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104. üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu karar-nameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.”* Anılan hükme göre olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerektirdiği konularda *asli nitelikte* OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Türk kamu hukukuna ilk kez 6771 sayılı değişiklikle getirilen OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanı'nun özerk ve asli düzenleme yetkisidir<sup>53</sup>. Keza Anayasa'nın 119/6'ncı maddesine göre, OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi normlar hiyerarşisinde kanuna eşdeğer statüdedir. Görüleceği üzere OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesini çıkarmaya yetkili makam yine olağan dönemde çıkarılan kararnamede de olduğu gibi yalnızca Cumhurbaşkanı'dır<sup>54</sup>.

OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılırken izlenmesi gereken usul ve şekil olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden farklıdır. İlk olarak bu fark: Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılırken TBMM'nin onayına sunulmamaktadır. Buna karşın OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Resmi Gazetede yayımlandığı gün Anayasa m. 119/6'ya göre meclis onayına sunulması gerekmektedir. Aksi takdirde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükten kalkacaktır<sup>55</sup>. Bu durumun istisnası olarak Anayasa madde 119/7. fıkrasında belirtilen: *“Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar”* amir hükmüne yer vermiştir. TBMM'nin onaylamayarak reddettiği veya *“kanun”* ile onaylayarak kabul ettiği OHAL KHK'lerin hukuki durumu hakkında da Anayasa'da herhangi bir hükme yer verilmemişti. 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen bu hüküm sonrası OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısın-

<sup>53</sup> FENDOĞLU, (2019), s. 567.

<sup>54</sup> GÖZLER, (2019), s. 380-388; SÖYLER, s. 168-169.

<sup>55</sup> KÜÇÜK / DOĞAN, (2019), s. 26-29.

dan belirtilen sorun çözümlenerek<sup>56</sup> hukuk devleti adına ileri bir adım atılmıştır. Dolayısıyla anılan Anayasa değişikliği ile OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi organik açıdan yürütme işlemi fonksiyonel anlamda yasama işlemi durumuna gelmiştir<sup>57</sup>.

Meclis, geçmişte OHAL KHK'leri için "ret" veya "onay" işlemini "parlamento kararı" olarak değil "kanun" ile yapmıştır. Gözler'e göre meclis, eski dönem OHAL KHK'lerini de Cumhurbaşkanlığı sisteminde OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini de "parlamento kararı" ile onaylamalıdır. Nitekim onay işlemi onaylanan kararnamelerin veya başka işlemlerin içeriğini tekrarlamayan bir irade açıklaması şeklinde gerçekleşir. Keza Meclisin bu onayı yeni norm koymak için değil aksine "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi"nin sonucu olarak yürütme işlemlerini denetlemek adına yasamaya tanınan bir yetkidir<sup>58</sup>.

OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından sınırlandırıldığı ifade edilmişti. Bu sınırlamalar Anayasa m. 15'de hüküm altına alındığı üzere gereklilik ve ölçülülük şartı kapsamında yapılacaktır. Çünkü OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ancak "olağanüstü halin mümkün kaldığı ve gerekli gördüğü ölçüde" Cumhurbaşkanınca çıkarılabilir. Doğaldır ki çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılma amacına uygun ve ölçülü olmalı keza milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemelidir. Bu kapsamda temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir. Milletlerarası antlaşmalara aykırı olmamak şartı ile Anayasa'da bu haklar için alınmış olan güvencelere de aykırı tedbirler alınabilir<sup>59</sup>. Son olarak çekirdek alana dokunmama şartı bulunmaktadır. Bu şart ile de Anayasa'nın 15. maddesine göre: "Savaş, seferberlik (...) <sup>60</sup> Veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun

<sup>56</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2019), s. 432-433.

<sup>57</sup> Benzer görüş için bkz., EREN, (2019), s. 26-46; ÜLGEN, (2018), s. 23-26.

<sup>58</sup> GÖZLER, (2019), s. 955.

<sup>59</sup> KÜÇÜK / DOĞAN, (2019), s. 27-28; FENDOĞLU, (2019), age., s. 567; GÖZLER, (2019), s. 386-387.

<sup>60</sup> 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanununun 16ncı maddesiyle, bu fıkrada yer alan "sıkıyönetim" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

*fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...)*<sup>61</sup> Dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanuncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” hükümlerine yer verilerek OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılma şart ve usulleri Anayasa’da bu şekilde daraltılarak vatandaşlar için bazı güvenceler benimsenmiştir<sup>62</sup>.

Buna karşın Anayasa m.148/1’de hükme bağlandığı üzere; “*olağanüstü hallerde (...) ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz*”. Düzenlemesi ile OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini yargı denetimi dışında tutularak hukuk devletinin gereklerini yerine getirmekten uzaklaşılabilir<sup>63</sup>.

Cumhurbaşkanlığı sistemi 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmanın yazıldığı 5 Mart 2020 tarihinde istisna dönemi (OHAL) yoktur. Dolayısıyla belirtilen bu tarih aralığında OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmamıştır. Bu nedenle de yeni hükümet sisteminde henüz uygulaması yoktur. Ancak olası bir istisna (OHAL) döneminde çıkarılacak OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, OHAL uygulaması bittikten sonra uygulanamayacaktır. Bu nedenle, OHAL KHK’lerinde olduğu gibi OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de istisna (OHAL) döneminin dışındaki kanunlarda değişiklik yapılmamalıdır<sup>64</sup>. OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunla aynı hukuki güçte olması dolayısıyla aynı konuda kanunlar ile çatışabilmesi anlamına gelebilecektir. Ancak OHAL’in gerektirdiği önlemlerin ve hukuki düzenlemelerin kalıcı sonuç doğurmaması gereklidir<sup>65</sup>.

Türkiye’de OHAL dönemlerinde yasama organının normal/olağan dönemlere nazaran daha az sayıda kanun çıkardığı görülmektedir. Zira bu dönemlerde yürütmenin Anayasa’dan aldığı yetki ile kanun gücünde

<sup>61</sup> 7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunun 2nci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “ile ölüm cezalarının infazı” ibaresi madde metninden çıkartılmıştır

<sup>62</sup> GÖZLER / KAPLAN, (2019), s. 385-387.

<sup>63</sup> DOĞAN, (2019), s. 294-296.

<sup>64</sup> AKYILMAZ, Cemre, (2019), “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 1, s. 203-204. Aksi görüş için bkz., ATAR, (2019), *agm.*, s. 253-254.

<sup>65</sup> TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU, (2019), s. 433-435; ÜLGEN, (2018), s. 26-27.

düzenleyici işlemler yaptığı görülmektedir. Kuşkusuz bu özel durum gereğidir. Fakat OHAL dönemlerinde çıkarılan düzenleyici işlemler ve ya kanunlar ile birçok normal dönemlerde çıkarılan kanunlarda değişiklikler yapılmıştır. İşte bu nedenle meclisin onayı sonrası kanun haline gelecek olan OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri tıpkı geçmiş dönem OHAL KHK'leri gibi OHAL konusu dışında olağan dönem yasama yetkisi alanında yeni düzenlemeler yapamayacağının kabulü gerekir. Zira aksi bir düşünce veya uygulama "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi"nin ihlaline neden olabilecektir<sup>66</sup>.

Açıklananlar çerçevesinde Anayasa'nın 119. maddesinde hüküm altına alınan OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde herhangi bir yetki kanununa gerek olmadığı gibi yetki devri de söz konusu değildir. Nitekim OHAL dönemlerinde Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisi doğrudan doğruya Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de TBMM'nin bir kanun ile Cumhurbaşkanını yetkilendirme durumu söz konusu değildir. Keza OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun gücündedir ve fonksiyonel anlamda yasama işlemidir. Sözü edilen Anayasa değişikliği ile sona eren KHK'lerin kaldırılmış olması bu yetki devri tartışmalarını da aslında sona erdirmiş durumdadır<sup>67</sup>.

### C. Konu Hakkında Genel Değerlendirme

1982 Anayasası'nın 7. maddesine göre "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." Anayasa'nın emredici nitelikteki bu hükmü gereğince devir yasağı ile yasaklanmış olan, gerek kanun gerekse farklı ad ile de olsa kanun hükmünde normatif nitelikte hukuki düzenlemeler yapma yetkisinin devredilmesi<sup>68</sup>. Açıktır ki Anayasa'nın bu hükmü parlamentoya ait olan bir yetkiyi "devretmesini" engellemektedir. Buna karşın anılan Anayasa değişikliğinden sonra Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi doğrudan Anayasa ile verilmiştir. Asli ve ilk elden yapılacak bir düzenleyici işlemin kanunla yapılması gereğinin bu ilkenin gereklerinden olduğu düşünülse de bu gerek yürütmenin düzenleyici idari işlemleri için geçerli olacaktır. Zira Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi doğrudan Anayasa'da tanınmakta ve değişiklik öncesi

<sup>66</sup> DİDEM, Yılmaz, (2018), "Olağanüstü Halde Yasamanın Düzenleyici İşlemlerinin Hukuki Rejimi", GSÜHFD, S. 2, s. 610-611; KÜÇÜK, (2020), s. 258-259.

<sup>67</sup> ÖZBUDUN, (2019), s. 216-217.

<sup>68</sup> ÖZBUDUN, (2019), s. 212-213.

1982 Anayasası'nda bulunan KHK düzenlemesinden farklı olarak yetki kanununa dayanmaksızın doğrudan asli ve ilk el yetki ile yapılmaktadır<sup>69</sup>.

Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı kararnemelerinin TBMM'nin yasama yetkisine bir müdahale oluşturulup oluşturulmadığının tespitinde; birincisi seçim sistemi ikincisi<sup>70</sup> son Anayasa değişikliği sonucu uygulanan hükümet sistemi bu noktada belirleyici ve önemli olacaktır. Başkanlık sistemi sert kuvvetler ayrılığı üzerine kuruludur. Dolayısıyla tüm erklerin yetkileri ve etki alanları kontrollü ve dengeli şekilde erkler arasında dağıtılmıştır. Fakat Türkiye'de uygulanan hükümet sistemi klasik bir başkanlık sisteminden bazı önemli özellikler açısından ayrılmakta ve uzaklaşmaktadır. Özellikle parlamento ile yürütmeyi belirleyecek seçimlerin birlikte ve aynı gün yapılması seçmenlerin benzer hatta aynı siyasi eğilimleri nedeniyle aynı siyasi partinin ya da ittifakın hem parlamento da hem de yürütmeye çoğunluğu elde etmesine zemin hazırlayacaktır<sup>71</sup>.

Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı seçimi ile genel seçimlerin aynı gün ve aynı dönem için yapılması, seçim kampanyalarının bir ve beraber yürütülmesi bu bağlamda seçim sonrası yürütme erkini tek başına temsil edecek olan Cumhurbaşkanı adayının hem TBMM hem de Cumhurbaşkanlığı seçiminde etkin rol alması kuvvetler ayrılığı ilkesini zayıflatma riskini barındırmaktadır<sup>72</sup>. Keza seçimlerin karşılıklı olarak yenilenebilecek olması Cumhurbaşkanı TBMM karşısında güçlendirebilecek bu durum ise kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyebilecektir. Zira Cumhurbaşkanı seçim kararını tek başına alabileceken, TBMM ancak 360 üye ile alabilecektir. Bu durum ise başkanlık sisteminin temelini oluşturan kuvvetler ayrılığı ilkesinin zayıf bir şekilde kurularak yasamanın yürütme karşısında güçsüz bırakıldığını ortaya koymaktadır. Özellikle Cumhurbaşkanı TBMM'ye göre tek başına çok daha kolay seçimleri yenileme kararı alabilmesi, Cumhurbaşkanı'nın yasama üzerinde kısıtla-

<sup>69</sup> **ARIKAN**, (2011), s. 211; **ATAR**, (2019), s. 201-202.

<sup>70</sup> Seçim Sistemleri ve Türkiye'de genel seçimler konusunda bkz., **YILDIZ, Abdulkadir**, (2018), "Seçim Sistemleri ve Türkiye'de Milletvekili Seçim Sistemine İlişkin Bir Öneri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, s. 113-153.

<sup>71</sup> Örneğin 2018 seçimlerinde, genel seçim ile aynı gün yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminde; Cumhurbaşkanlığı'nın oluşturduğu Ak Parti ve MHP TBMM'de salt çoğunluğa ulaşmıştır. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı'nın Cumhurbaşkanı adayı Recep Tayyip Erdoğan tekrar Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Bkz., **BEKTAŞ**, (2019), s. 208.

<sup>72</sup> **GÖZLER, Kemal**, (2017), Elveda Anayasa 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği *Hakkında Eleştiriler*, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 56-57.

yıcı en azından etkileyici bir role sahip olmasını sağlayabilecektir. Seçimlerin yenilenmesi durumunda TBMM üyeliklerini kaybedecekleri endişesi taşıyan milletvekilleri Cumhurbaşkanının politikalarını eleştirmek veya Cumhurbaşkanına ters düşmekten çekinebileceklerdir. Bu nedenle daha çok Cumhurbaşkanının beklentisi hatta talebi doğrultusunda kanun teklifleri hazırlayacaklardır<sup>73</sup>.

Zira yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanının hem de parti genel başkanı olması milletvekillerinin bir kısmının Cumhurbaşkanının partisinin üyesi oldukları dikkate alındığında, yasama-yürütme ilişkilerindeki kuvvetler ayrılığının zayıflığını ortaya koyacaktır. Buradaki önemli sorunlardan biri kuşkusuz anılan Anayasa değişikliğinde özellikle yürütme erkinin gücü ve yapısı değiştirilmiş, fakat siyasi partiler, seçim sistemi ve seçim barajı gibi gerekli elzem düzenlemeler yapılmamıştır<sup>74</sup>. Açıklanan gerekçelerle milletvekilleri halkın kendilerine verdiği yasama yetkisine egemen olamama ihtimalleri söz konusu olabilecektir. Ayrıca TBMM üyeliklerini de devam ettirebilmek için Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile çelişecek veya kararnameleri hükümsüz hale getirecek kanun teklifinde bulunmakta zorlanabilecektir. Açıklanan nedenlerle TBMM'nin; bakanları, Cumhurbaşkanını, Cumhurbaşkanlığı ofisindeki başkanları keza Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetleyebilmeleri anayasal ve yasal yetkilerden ziyade TBMM'de farklı parti çoğunluğu olması durumunda söz konusu olabilir<sup>75</sup>.

Cumhurbaşkanının 1982 Anayasası'ndaki yetki ve görevleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde yürütmeye asli nitelikte birçok yetkiler verildiği fakat bu yetkilerin birçoğunun TBMM tarafından denetlenemediği görülmektedir. Örneğin Cumhurbaşkanı; bakanları ve Cumhurbaşkanı yardımcılarını doğrudan kendisi seçerek atayabilecek yine görevlerine tek başına kendisi son verebilecektir. Zira bu atama ve görevlendirmeler TBMM onayına tabii değildir (104/8 md.). Yine benzer bir durumda bütçe kanunlarında söz konusudur. Zira bütçe kanunu teklifini Cumhurbaşkanı bürokratları tarafından hazırlanarak

<sup>73</sup> **YÜKSEL, Saadet**, (2019), "6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundaki Denge - Denetim Mekanizmalarına İlişkin Genel Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, s. 1047; **TANÖR, / YÜZBAŞIOĞLU**, (2019), s. 447-448; **BEKTAŞ**, (2019), s. 208.

<sup>74</sup> **KÜÇÜK**, (2020), s. 336; **BEKTAŞ**, (2019), s. 211.

<sup>75</sup> **TANÖR / YÜZBAŞIOĞLU**, (2019), s.447-448.

TBMM'nin onayına sunulur. Ancak TBMM bütçe kanunlarını onaylamadığı durumlarda Cumhurbaşkanı bir önceki yılın bütçesini yeniden değerlendirme oranına göre arttırarak kullanabilecektir. (161/4 md.). Bu durumda başkanlık sisteminin prototipi olan ABD örneğinden farklı olarak TBMM, gerek Cumhurbaşkanının; bakan ve üst düzey bürokratları atamasında gerekse bütçe kanunlarının hazırlanmasında keza Cumhurbaşkanının politikalarını yönlendirme veya etkileme konusunda hiçbir rolünün olmadığı ifadesidir<sup>76</sup>.

Nitekim söz konusu Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler çerçevesinde; Cumhurbaşkanının bakanlıkların kurulması ve kaldırılması, görev ve yetkilerini düzenleme, Cumhurbaşkanlığı ofislerinin başkanları ile genelkurmay başkanı, büyükelçiler gibi birçok üst düzey bürokratları atama gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yaptığı işlemler TBMM'nin onayına tabi değildir. Anılan bu yetkiler ile Cumhurbaşkanı, neredeyse tüm devlet yapısına yön veren fakat bu önemli işlemler TBMM veya başka bir erk ya da organın onayına ve kontrolüne tabii olmayan devlet ve toplum için hayati öneme sahip yetkilerle güçlendirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı makamının bu şekilde güçlendirilmesi karşısında TBMM'nin denetimine veyahut Anayasal denetime tabi olmaması, bu makamları uygun gördüğü şekilde düzenlemesi veya ödüllendirme ya da cezalandırma aracı olarak kullanabilme yetkisine sahip olması bazı sorunlara neden olma ihtimalini de barındırmaktadır<sup>77</sup>.

Yürütme organının kanun yapımındaki etkisi Cumhurbaşkanlığı sisteminde parlamenter sisteme oranla azalmıştır. Fakat bu durumun bazı istisnaları vardır. Şöyle ki birincisi; OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı statüdedir. Keza OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yargı denetimi dışındadır<sup>78</sup>. İkincisi; bütçe kanunları ile kesin hesap kanun teklifinin hazırlık, komisyon ve meclis genel kurulunda görüşülme sürecine ilişkin farklı normlar getirilmiştir. Nitekim artık kanun tasarısı kaldırılmış kanun teklifleri ise milletvekilleri tarafından hazırlanıp TBMM'ye sunulmaktadır. Buna karşın bütçe ve kesin hesap kanun teklifi yürütme dolayısıyla Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanarak TBMM'de kanunlaştırılması hükme

<sup>76</sup> KÜÇÜK, (2020), s. 282-284; BEKTAŞ, (2019), s. 208; FENDOĞLU, (2019), agm., s. 515-516.

<sup>77</sup> BEKTAŞ, (2019), s. 20; FENDOĞLU, (2019), agm., s. 515-516.

<sup>78</sup> DOĞAN, (2019), s. 294-295.



bağlanmıştır<sup>79</sup>. Yürütme yıllık ekonomik programları ve yatırım planları doğrultusunda gerçekleştirmek istediği kamusal faaliyetlerini yıllık bütçesi kapsamında şekillendirecektir<sup>80</sup>.

Buna karşın Cumhurbaşkanı, kanun ile düzenlenmiş fakat ikincil nitelikte bir norm ile düzenlenecek detay konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile norm ihdas etmesi durumunda “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nin ihlali söz konusu olabilir. Böyle bir olasılıkta ikincil nitelikteki normların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya yönetmelikle veyahut farklı bir düzenleyici işlemle yapılması arasında herhangi bir farklılık olmayacaktır. Bu denklemde “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nin ihlal edilmemesi için kanunun genel çerçeveyi çizmiş olması gerekecektir<sup>81</sup>.

Bu düzenlemelerle birlikte Anayasa’ya göre, TBMM veya Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde düzenlenmesi öngörülen alan da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme yapılamaz. Açıklanan nedenlerle olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yetki ve düzenleme alanı kısıtlıdır. Keza Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Anayasa’da ve kanunlarda düzenlenmemiş konularda Cumhurbaşkanlığına asli yetki kapsamında ilk elden düzenleme yapma gerekliliğine anayasal temel olma işlevi de görecektir<sup>82</sup>.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında çatışma kurallarına yer verilmemiştir. Bunun iki nedeni vardır. Şöyle ki; birincisi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanunların altında olmasıdır. İkincisi ise; Cumhurbaşkanlığı kararnameleri asli/ilk el nitelikte bir düzenleyici işlem olmasıdır. Asli/ilk el düzenleme yetkisi kapsamında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kanunlar arasında bazı ortak alanda norm ihdas edilse de, normlar hiyerarşisinde kanunların Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin üst norm niteliği belirtilmiştir. Nitekim üst norm niteliği ile kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnamele-

<sup>79</sup> YÜKSEL, (2019), s. 1048-1050; DEMİRBAĞ, (2019), s. 44.

<sup>80</sup> Bkz., TBMM İçtüzüğü: “Genel Kurul Çalışmaları” başlıklı Üçüncü Kısımın, “Yürütmenin temsili” başlıklı 62’nci maddesinde yer alan, “Bütçe sunuş konuşmasını Yürütme adına Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bir bakan yapar. Bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerinin görüşüldüğü Genel Kurul oturumlarına Yürütme adına Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar katılabilir ve görüş bildirebilir.”

<sup>81</sup> EREN, (2019), s. 53. Konu hakkında Anayasa Mahkemesi’nin içtihadından yararlanmak için bkz., AYM, E.2016/47, K. 2018/10, 14/2/2018.

<sup>82</sup> ÜLGEN, (2018), s. 33.

rini hükümsüz hale getirebilmektedir. Keza OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin “kanun hükmünde” olduğu vurgulanmış buna karşın olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için böyle bir nitelendirmenin yapılmamış olması olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olmadığı somut bir ispatıdır.

Bu bağlamda “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi” aslında, TBMM’nin yürütmeye düzenleyici işlem yapma yetkisi verdiği konularda, verilen yetkinin Anayasa’ya aykırı düzenlemeler yapıp yapmadığı incelenirken değerlendirilen bir kıstastan ibarettir. Şu halde Anayasa’da ilgili konunun yalnızca kanun ile düzenleneceği belirlenen alanlarda TBMM’nin yürütmeye geniş düzenleme yetkisi vermesi “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nden ziyade düzenlemenin kanun ile yapılması gerektiği şeklindeki Anayasa hükmüne aykırı olacaktır<sup>83</sup>.

13.05.2020 tarihli ve 31126 sayılı Resmi Gazetede, Anayasa Mahkemesi’nin ilk kez verdiği üç farklı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkındaki kararı<sup>84</sup> yayımlanmıştır. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin her üç kararda da kararnameler hakkında yapacağı denetimde izleyeceği yolu belirtmiştir. Şöyle ki; öncelikle Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından Anayasa’ya uygun olup olmadığını tespit edecek Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konu açısından Anayasa’ya uygun olması durumunda ikinci olarak kararnamenin içeriğinin Anayasa’ya uygunluğunu incelenecektir.

Anayasa Mahkemesi, asli kavramını kullanmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisini “...belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisi...” olarak tanımlamıştır<sup>85</sup>. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla ilk defa bir başka karardaki<sup>86</sup> görüşünü değiştirmiştir.

<sup>83</sup> ASLAN, (2019), s. 279. Konu hakkında Bkz., AYM, E: 2012/76, K: 2013/44, T: 20/03/2013.

<sup>84</sup> İlgili kararlar hakkında bkz., AYM, E. 2018/125, K. 2020/4 sayılı ve 22/1/2020 tarihli karar. AYM, E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 22/1/2020 tarihli karar. AYM, E. 2019/78, K. 2020/6 sayılı ve 23/1/2020 tarihli karar. Üç karar içerisinde iptal içeren tek karar: E. 2019/31, K. 2020/5, K.T. 23/1/2020 tarihli karardır.

<sup>85</sup> Bkz., AYM E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 22/1/2020 tarihli karar.

<sup>86</sup> Anayasa Mahkemesi’nin kararı için bkz., AYM, E: 2018/91 K: 2020/10. Anayasa Mahkemesi bu kararda, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yürütmenin ancak türev bir yetki olması sebebiyle kanunların uygulanmasına yönelik çıkarabileceğine ilişkin görüşünü değiştirmiştir. Dolayısıyla yürütmenin türevselliği ilkesinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde geçerli olduğunu vurgulamıştır.

Öğretide Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doğrultusunda, 6771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile yürütmenin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile fonksiyonel açıdan yasama işlevi gören düzenleyici işlemler çıkarma yetkisine sahip olduğu değerlendirilmektedir<sup>87</sup>.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Anayasa'nın 104/17 fıkranın 3 ve 4. maddelerindeki sınırları aşmamak şartıyla dolayısıyla yasama ve yargı erkinin yapısı, görevleri ve yetkileri gibi konular dışındaki tüm alanların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri düzenlenebileceğini kabul etmiştir<sup>88</sup>. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, yürütme yetkisine ilişkin konuların neler oldu veya ne anlaşılması gerektiği hakkında açıklama yapmamıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa 104/17 de düzenlenen, "münhasıran kanun" kanunda açıkça düzenlenen konu kavramına da açıklık getirmiştir. Şöyle ki; Anayasa'da "münhasıran, yalnızca, ancak, sadece vb" kavramlarının kullanılmasını aramaksızın, bir konunun kanunla düzenleneceğinin belirtilmesinin, o konunun "münhasıran kanunla düzenlenecek alan" olarak nitelendirilmesi gerektirdiğini belirtmiştir<sup>89</sup>. Şüphesiz bu karar, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından kapsamını sınırlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz alanı olup olmadığını da tespit etmiştir. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi; E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 22/1/2020 tarihli kararda "...dava konusu bir kuralın Anayasa'da CBK ile düzenleneceği belirtilen bir konuya ilişkin olduğu tespit edildikten sonra, artık bu konuda ayrıca bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekli değildir." Şeklindeki değerlendirmesiyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin "mahfuz alanı" olduğu görüşüne zımnen iştirak etmiştir<sup>90</sup>. Buna karşın kararda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin mahfuz düzenleme alanı olup olmadığı açıkça değerlendirilmemiştir.

<sup>87</sup> **DUYGUN, Ahmet Mert**, "Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Kararlarına Dair İlk Gözlemler", <https://anayasagundemi.com/2020/05/18/forum-dr-ahmet-mert-duygun-anayasa-mahkemesinin-cumhurbaskanligi-kararnamesi-kararlarina-dair-ilk-gozlemler/> (Erişim Tarihi: 13.06.2020); **BARIN, Taylan**, "AYM'nin İlk CBK Kararlarının Kısa Tahlili", <https://blog.lexpera.com.tr/aymnin-ilk-cbk-kararlarinin-kisa-tahlili/#fn4>, (Erişim Tarihi: 13.06.2020).

<sup>88</sup> **ATAR**, (2019), agm., s. 247.

<sup>89</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BARIN, Taylan**, (2020), *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 181 vd.

<sup>90</sup> **DUYGUN**, agm, (Erişim Tarihi: 13.06.2020).

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da bir konunun kanunla düzenleneceğini hüküm altına almışsa o konuya ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmayacağına karar vermiştir (AYM, E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 22/1/2020 tarihli karar). Başka bir ifadeyle, Anayasa’da münhasıran, yalnızca, ancak, sadece vs. gibi bir vurgu olmaksızın, bir konunun kanunla düzenleneceğinin belirtilmesi, o alanlarda Cumhurbaşkanı’nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi bulunmadığı şeklinde yorumlanmıştır<sup>91</sup>.

Anayasa Mahkemesi söz konusu Kararında; bakanlıklara ilişkin düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yapılabileceğine ilişkin Anayasa m. 106/11 göre idarenin kanuniliğinin düzenlendiği Anayasa m. 123’ün bir istisnası olarak görmüştür<sup>92</sup>.

Anayasa Mahkemesi; bir konu şayet kanunda açıkça düzenlenmişse ilgili kanun hükmünün “konuya ilişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümleri saklıdır” ibaresi içermesini de Anayasa aykırı bularak iptal etmiştir. Gerekçede ise “Anayasa’nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisini tanımadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan şekilde bir yetki tanınması söz konusu olamaz.” Değerlendirmesiyle (AYM, E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 22/1/2020 tarihli karar) aynı konuyu düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünü iptal etmiştir<sup>93</sup>.

2017 Anayasa değişiklikleriyle ortaya çıkan bir diğer sorunlu konu ise idarenin kanuniliği ilkesi ve idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olarak kanunla düzenleneceği hükmünü düzenleyen Anayasa’nın 123. maddesi ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasındaki ilişki/bağlantının nasıl olacağıdır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, idarenin kuruluş ve görevlerinin bir bütün olarak kanunla düzenleneceğini tekrar ederek Anayasa’nın 106/11 de düzenlenen bakanlıkların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de kurulabilmesinin öngördüğünü belirterek, her iki hüküm arasında özel norm/genel norm ilişkisi olduğunu belirterek, Anayasa’nın 106. maddesinde Cumhurbaşkanlığına tanınan

<sup>91</sup> **BARIN**, agm., (Erişim Tarihi: 13.06.2020).

<sup>92</sup> Bkz., AYM E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 22/1/2020 tarihli karar.

<sup>93</sup> **BARIN**, agm., (Erişim Tarihi: 13.06.2020).

yetkiyi Anayasa'nın 123. maddesinde hükme bağlanan genel kuralın istisnası olarak değerlendirmiştir<sup>94</sup>.

## SONUÇ

2017 yılında tali kurucu iktidar tarafından yapılan anayasa değişikliği ile Türkiye'de parlamenter sisteme son verilerek Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir. Parlamenter sisteme nazaran Cumhurbaşkanlığı sisteminde genel olarak yasama yetkisinin kullanılmasında hükümetin veya yürütmenin temsili ve doğrudan etkisi şekil ya da usul itibarıyla azalmış görünmektedir. Ancak bütçe ve kesin hesap kanun teklifleri Cumhurbaşkanlığı tarafından hazırlanarak TBMM'ye sunulması ile farklı usuller benimsenerek yürütmenin bu konularda doğrudan yasamaya müdahalesi düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kural koyma açısından asli/ilk el düzenleme yetkisi içerse de yasama işlevine sahip değil bilakis yürütmenin düzenleyici işlemlerindedir. Münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği hükme bağlanan alanlarda Anayasa ile "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi"nin istisnası söz konusudur. Dolayısıyla Anayasa'nın 7. maddesinde hüküm altına alınan yasama yetkisi TBMM aittir düzenlemesi karşısında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi hükme bağlanan konularda bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecek konularda, kanun çıkartılmayacağından Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen "yasama yetkinin devredilmezliği ilkesi"nin ihlali söz konusu olmayacaktır.

Anılan Anayasa değişikliği ile Anayasası'nın 104. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında, Cumhurbaşkanına "asli ve ilk el" niteliğinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmıştır. Anılan kararname çıkarma yetkisi Anayasası'nın 106. maddesinin son fıkrasında yer verilen "yürütmenin yasamaya bağlılığı ilkesi" ile Anayasası'nın 123. maddesinde yer alan "idarenin kanuniliği ilkeleri"ne bir istisna teşkil etmektedir. Bu yetki kuvvetler ayrılığı ilkelerinin ihlali olarak yorumlanamaz. Zira Cumhurbaşkanına tanınan kararname çıkarma yetkisi *türev* değil *asli bir yetki* ile doğrudan Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. Buna karşın "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi" gereği norm koyma yetkisi şüphesiz hala TBMM'nindir. Keza bu yetki devredilemez

<sup>94</sup> DUYGUN, agm, (Erişim Tarihi: 13.06.2020). Adı geçen AYM kararı için bkz., AYM E. 2019/31, K. 2020/5 sayılı ve 22/1/2020 tarihli karar.

hatta daraltılamaz ve kısıtlanamaz niteliktedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının; Cumhurbaşkanlığı sistemindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi, TBMM'nin sahip olduğu "yasama yetkisinin genelliği ve aslliliği ilkeleri"ni de sona erdirmemiştir. Kuşkusuz bu ilkeler geçerlidir ve etkinlikleri devam etmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sadece yürütmeye ilişkin konularda çıkartılacağı hükme bağlanarak konu olarak sınırlandırılmış olması da bu kararnamelerin yasama yetkisi gibi genel nitelikte olmadığını ifadesidir.

OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimi haricinde tutmak 1982 Anayasası'nda belirtilen devletin hukuk devleti olma özelliğini zedeleyecektir. Oysaki OHAL rejimi de anayasal dolayısıyla hukuki bir rejimdir. İleride yapılacak bir anayasa değişikliğinde bu sorunlu durumun düzeltilmesi hukuk devleti adına anayasa yapıcılardan beklenen bir husustur.

KHK'lere nazaran Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimi ve uygulanması konularında çok farklı değerlendirmelerin yapılacağı hatta tartışmalar yaşanacağı düşünülmektedir. Bu durumun ilk nedeni; karşılaştırmalı hukukta ve Türkiye'de parlamenter sistem döneminde yıllardır kullanılan yetki kanununa bağlı KHK uygulamasından, çok istisnai başkanlık/Cumhurbaşkanlığı kararnamesi düzenlemesine geçilmiş olmasıdır. İkinci neden ise, Anayasa'nın bütünlüğü ve sistematığı dikkate alınmaksızın, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin artan etkinliği ve hukuki rejimi incelenmeksizin, KHK ibaresi geçen yerlere Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kelimesinin monte edilmesidir. Kuşkusuz hükümet sistemi değişikliği kapsamında her iki yürütme işleminin çerçevesi ve etki alanı, hukuki niteliği ile normlar hiyerarşisindeki yeri farklı bir statüye bürünmüştür. 6771 sayılı Kanun ile getirilen bu değişiklik, KHK'ler ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından mahfuz alan ve yargısal denetim yönüyle birçok tartışmayı gündeme getirmiştir. Açıklanan nedenlerle KHK'ler yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ibaresini yerleştirerek değil, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yeni dönemdeki hukuki rejimi Anayasa'nın bütünlüğü bağlamında değerlendirilmeliydi.

Sonuç olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi"nin ihlali olasılığı esasında kısıtlıdır. Zira mahfuz alandaki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenecek konularda, kanun ile düzenleme yapılamayacağı için yetki devri de söz konusu olmayacaktır. Keza Anayasa'da münhasıran kanunla düzen-

lenmesi hükme bağlanan alanlarda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilk elden düzenleme yapılamayacağından “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nin ihlali de doğmayacaktır. Ancak kanunla açıkça düzenlenen konularda ikincil nitelikteki düzenlemeler açısından Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile norm ihdas etmesi durumunda “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nin ihlali ortaya çıkabilir. “Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nin ihlal edilmemesi adına TBMM’nin çıkardığı kanunlar ile temel ilkeleri ve çerçeveyi belirlemelidir. Dolayısıyla yürütmeye sınırsız ve belirsiz geniş bir alanda düzenleyici işlem ihdas etme imkânı kalmayacaktır. Kuşkusuz bu kuvvetler ayrılığının bir gereğidir.

Özet olarak söz konusu Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yasama-yürütme ilişkilerinin anayasal olarak zayıf bir yasama buna karşın güçlü bir yürütme şeklinde düzenlendiği değerlendirilmektedir. Nitekim yeni hükümet sistemindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin TBMM’nin etkinliğini ve fonksiyonunu kısmen de olsa daraltarak azalttığı fakat güçlü bir yürütme oluşturduğu yönündedir. Buna karşın TBMM’nin yapısı ve çalışma şekli açısından genelde ağır işlemesi dolayısıyla günlük hadiseleri takip ederek zamanında gerekli normatif düzenlemeleri yapmasının zorluğuna binaen, Anayasa ve kanunlara aykırılı olmamak üzere daha çok teknik ve uzmanlık gerektiren alanların düzenlenmesi için Cumhurbaşkanının doğrudan Anayasa’dan aldığı asli yetki ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarması, “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”ne aykırı olarak değerlendirilemez. Açıklanan nedenlerle gerek OHAL Cumhurbaşkanlığı kararnameleri gerekse olağan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”ni ihlal etmediği aksine anayasal bir yetki kapsamında çıkarıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

## KAYNAKLAR

- AÇIL, Murat**, (2018), "2017 Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, İstanbul, C. 76, S. 2, ss. 725-756.
- AKYILMAZ, Cemre**, "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, Y. 2019, S. 1, ss. 191-207.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk**, (2017), "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, ss. 21-51.
- ARIKAN, Cengiz**, (2011), *Türk Anayasa Hukukunda Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ALKAN, Haluk**, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi Yasama Alanını Daraltıyor mu?", *Star Açık Görüş*, 28.01.2017, Erişim Tarihi, 21.12.2019.
- ASLAN, Volkan**, (2019), "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi", Yayınlanmamış Doktora Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, İstanbul.
- ATAR, Yavuz**, (2019), "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, ss. 241-259.
- ATAR, Yavuz**, (2019), *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.
- BARIN, Taylan**, (2020), *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- BARIN, Taylan**, "AYM'nin İlk CBK Kararlarının Kısa Tahlili", <https://blog.lexpera.com.tr/aymnin-ilk-cbk-kararlarinin-kisa-tahlili/#fn4>, (Erişim Tarihi: 13.06.2020).
- BEKTAŞ, Eda**, (2019), "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri", *Yasama Dergisi*, S. 39, ss. 199-218.
- BOZTEPE, Mehmet**, (2018), "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, ss. 5-30.
- ÇOLAK, Çağrı D.**, (2017), "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, Volume 3, ss. 51-65.



- DEMİREL, Taner**, (2017), "Anayasa Değişiklik Teklifi Üzerine", *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 22, S. 85, ss. 137-155.
- DEMİRBAĞ, Cengiz**, (2019), "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama Yürütme İlişkisi", *Yasama Dergisi*, S. 39, ss. 13-50.
- DELİCE, Aslan**, (2019), "Başkomutan Olarak ABD Başkanı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, ss. 533-549.
- DOĞAN, Bayram**, (2019), "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 2, ss. 273-298.
- DURAN, Lütfi**, (1975), "Kanun Hükmünde Kararnameler", *Amme İdare-si Dergisi*, C. 8, S. 2, ss. 3-19.
- DUYGUN, Ahmet Mert**, "Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Kararlarına Dair İlk Gözlemler", <https://anayasagundemi.com/2020/05/18/forum-dr-ahmet-mert-duygun-anayasa-mahkemesinin-cumhurbaskanligi-kararnamesi-kararlarina-dair-ilk-gozlemler/> (Erişim Tarihi: 13.06.2020).
- DİDEM, Yılmaz**, (2018), "Olağanüstü Halde Yasamanın Düzenleyici İşlemlerinin Hukuki Rejimi", *GSÜHFD*, S. 2, ss. 603-618.
- ERDOĞAN, Mustafa**, (2014), *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara.
- EREN, Abdurrahman**, (2019), "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, ss. 1-72.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin**, *Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi (Karşılaştırmalı)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, ss. 491-553.
- GÖREN, Zafer**, (2019), *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

- GÖZLER, Kemal**, (2019), *Türk Anayasa Hukuku*, 3 Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel**, (2019), *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa.
- GÖZLER, Kemal**, (2017), Elveda Anayasa 16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 56-57.
- GÜLENER, Serdar / MİŞ Nebi**, (2017), “Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, *Seta Analiz*, S. 190.
- KAHRAMAN, Mehmet / BALKAN, Ali**, (2016), “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi”, *International Journal Of Akademik Value Studies*, Vol. 4, Issue: 19, pp. 239-246.
- KANADOĞLU, Korkut / DUYGUN, Ahmet Mert / BİLGEHAN Deniz**, (2018), “Devlet Yapısı Yeniden Düzenlenirken: Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku Açısından 703 Sayılı KHK ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 173. ss. 24-29.
- KANADOĞLU, Korkut**, (2018), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *GSÜHFD*, S. 2, ss. 637-650.
- KÜÇÜK, Adnan**, (2020), *Türkiye’de Başkanlık Sistemi*, Adres Yayınları, Ankara.
- KÜÇÜK, Adnan / DOĞAN, Bayram**, (2019), “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, ss. 1-59.
- ÜLGEN, Özen**, (2018), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *GSÜHFD*, C. 1, S. 2, ss. 3-39.
- ÖZBUDUN, Ergun**, (2019), *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara.
- SÖYLER, Yasin**, (2018), *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi**, (2019), *1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- TAŞDÖĞEN, Salih**, (2016), “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 3, ss. 937-966.

- YENİAY, Lokman / YENİAY, Gülden**, (2019), "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, S. 1, ss. 105-138.
- YOKUŞ, Sevtap**, (2018), "24 Haziran 2018 Seçimlerinden Sonra Cumhurbaşkanlığı Sistemi ve Parlamento", *Güncel Hukuk*, S. 172, ss. 10-12.
- YILDIZ, Abdulkadir**, (2018), "Seçim Sistemleri ve Türkiye'de Milletvekili Seçim Sistemine İlişkin Bir Öneri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, s. 113-153.
- YÜKSEL, İsmail**, (2017), "6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun Ardından Kanun Yapma Yöntemi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, S: 2, ss. 251-274.
- YÜKSEL, Saadet**, (2019), "6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundaki Denge - Denetim Mekanizmalarına İlişkin Genel Değerlendirme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi*, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, ss. 1043-1062.



## TERDİTLİ DAVADA YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİ

Doç. Dr. Cumhuri RÜZGARESEN\*

### Öz

Adalet hizmetlerinden faydalanmak, yargılama harç ve gider adı verilen bazı ödemelerin yapılması ile mümkündür. Ancak adalete erişimin kolay olması için, bu ödemelerin miktar olarak makul ve bir katkı payı niteliğinde olması gerekir. Aksi halde, adalete erişim zorlaşır ve hukuk devleti ilkesi ile sosyal devlet ilkesi zarar görür. Belirtmek gerekir ki, yargılama harç ve giderlerinin miktarının makul olması kadar, doğru hesaplanması da önemlidir. Harç ve giderlerin hesaplanmasına dair zorluklar davadan davaya farklılık gösterir. Örneğin dava yığılmasında bütün taleplerin asli nitelikte olması nedeniyle, harç ve giderlerin hesaplanması daha kolay iken, terditli veya seçimlik davalarda daha zordur. Bu çalışmada terditli davada yargılama harç ve giderlerinin hesaplanmasına ilişkin tereddütler ve bu tereddütlerin nasıl giderileceği üzerinde durulacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Terditli Dava • Yargılama Giderleri • Yargılama Harçları • Medeni Usul Hukuku • Medeni Yargı

\* Doç. Dr., Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, Lefke, Kıbrıs | Assoc. Prof., European University of Lefke, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement - Bankruptcy Law, Lefke, Northern Cyprus.

✉ cruzgaresen@yahoo.com • ORCID 0000-0001-9243-2828

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: RÜZGARESEN Cumhuri, "Terditli Davada Yargılama Harç ve Giderleri", SÜHFD., C. 28, S. 3, 2020, s. 1005-1026.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## LITIGATION COSTS AND FEES IN ALTERNATIVE PLEADING CASE

### Abstract

As in many countries, it is possible to benefit from justice services in Turkish judicial system by making payments that are litigation fees and expenses. However, payments should not be too high. Otherwise, access to justice becomes difficult and the principle of the state of law and social state are damaged. These payments should be in the form of contribution. It should be noted that the amount of litigation fees and expenses is just as important as the correct calculation. Difficulties in calculating fees and expenses differ from case to case. Due to the fact that all requests are principal in case aggregation, it is easier to determine fees and expenses, while it is more difficult in alternative pleading or alternative cases. In this study, the hesitations regarding the calculation of litigation fees and expenses in the alternative pleading cases and how to eliminate these will be emphasized.

### Key Words

Alternative Pleading Case • Litigation Costs • Litigation Fees • Civil Procedure Law • Civil Procedure

### GİRİŞ

HMK m. 323'te yargılama giderlerini oluşturan kalemler "*Celse, karar ve ilam harçları, dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri, dosya ve sair evrak giderleri, geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarnâme ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler, keşif giderleri, tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler, resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler, vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri, vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti, yargılama sırasında yapılan diğer giderler*" şeklinde sıralanmıştır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, Demir Demir Yayınları, İstanbul, 2001, s. 5328; Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, C. III, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 3100 vd.; Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I., 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 1042; Sungurtekin Özkan, Meral: Türk Medeni

HMK m. 120'ye göre, davacı dava açarken, her yıl Adalet Bakanlığı'nca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenen miktarı avans olarak ve Harçlar Kanunu'nda belirtilmiş harçları mahkeme veznesine yatırmak mecburiyetindedir<sup>2</sup>. Gider avansının davacı tarafından ödenmesi HMK m. 115/1,g'de bir dava şartı olarak kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Avansın miktarı, davada masraf gerektiren işlemlerin veya taleplerin sayısına göre artıp azalabilir. Dolayısıyla giderlerin hesaplanması, davadaki işlemlerin ve davaya konu edilen taleplerin sayısına göre belirlenir.

Birden fazla, ancak birbirinden bağımsız taleplerin olduğu davalarda yargılama harç ve giderlerinin miktarını hesaplamak kolaydır. Bunun için harcın maktu veya nisbi olmasının bir önemi yoktur. Ancak birden fazla talep olmakla birlikte, talepler birbirleriyle ilişkili ise, örneğin bu talepler arasında terditli veya seçimlik olma durumu varsa, yargılama harç ve giderlerini davanın başında hesaplamak kolay değildir. Bu çalışmada da terditli davada yargılama harç ve giderlerinin nasıl hesaplanacağı üzerinde durulacaktır.

## A- TERDİTLİ DAVADA YARGILAMA HARÇLARI

### I- Genel Olarak

HMK m. 110'da düzenlenmiş olan dava yığılmasında birden fazla ve eşit derecede talep bulunduğu ve bu taleplerin tamamı hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerektiğinden her bir talep için karar ve ilam harcı ayrı ayrı hesaplanır. Buna karşılık HMK m. 111'de düzenlenmiş olan terditli davalarda durum farklıdır. Bir defa bu davalarda birden fazla talep olmakla birlikte, davanın sonunda taleplerden sadece birisi kabule şayan ve bu talepler birbirinin yerine ikame

---

Yargılama Hukuku: Barış Yayınları, İzmir 2013, s. 326-328; Özbek, Mustafa: Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Yetkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2018, s. 129 vd.; Ercan, İbrahim/Arslan, Aziz Serkan: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması İle İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler Ve Bunların Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, Y. 2012, S. 2, (s. 165-180), s. 168-169; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 672.

<sup>2</sup> Akil, Cenk: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yargılama Avansları", TAAD, Y. 2012, S. 11, (s. 101-117), s. 102; Ercan/Arslan, s. 169; Özbek, Gider Avansı, s. 73,75; Yılmaz, s. 3100 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 676.

<sup>3</sup> Ercan/Arslan, s. 169; Özbek, Gider Avansı, s. 149; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 676.

edilme özelliğine sahiptir. Fakat dava açılırken, bu taleplerden hangisinin kabule şayan olduğu; yani mahkeme tarafından kabul edileceği belli değildir. Aynı şekilde taleplerden birisinin değeri daha az, diğerinin çok veya birisi maktu, diğeri nisbi harca tabi olması mümkündür. Bu ihtimal ve belirsizlikler terditli davada harç ve giderlerin hesaplanmasını zorlaştırmaktadır. Ancak bu konuda HMK'da veya Harçlar Kanunu'nun "Yargı Harçları" başlıklı Birinci Kısımındaki (1) Sayılı tarifede bir düzenleme de mevcut olmadığından<sup>4</sup>, söz konusu tereddütleri gidermek için birkaç ihtimal üzerinden hareket edilebilir:

**Birinci ihtimal**, harçların asıl ve yardımcı talebin değerlerinin toplamı üzerinden hesaplanmasıdır. Bu ihtimali savunan görüşe göre, terditli davada yargılama harçlarının asli ve yardımcı talebin toplam kıymeti üzerinden hesaplanması gerekir<sup>5</sup>. **İkinci ihtimal**, harçların, asli talebin dikkate alınarak hesaplanmasıdır. Bu ihtimali savunan görüşe göre, harçlar asli talep dikkate alınarak hesaplanmalı ve ona göre ödenmelidir. Dava sonunda asli talebin reddi nedeniyle, fer'i talep hakkında hüküm oluşturulmasına karar verilmiş olması halinde, fazla harcın iadesine veya eksik olan harcın tamamlanmasına karar verilmelidir<sup>6</sup>. **Üçüncü ihtimal** harçların miktar ve değeri en yüksek olan talep üzerinden hesaplanmasıdır. Ancak bu ihtimalde, yardımcı talep, miktar olarak daha yüksek ise ve mahkeme de miktarı daha düşük olan asli talebi hükme bağlarsa, fazla olarak ödenen harcın davacıya iadesi gerekir<sup>7</sup>.

**Kanaatimizce**, terditli davada yargılama harçlarının hesaplanmasını izah edebilmek için önce devletin bu harçları talep etme amacına bakmak gerekir. Belirtmek gerekir ki, yargı hizmetleri, birçok hizmetten farklı bir niteliğe sahip olup, bizzat devlet eliyle vatandaşlara sunulan asli bir hizmet çeşididir. Devlet, üstlendiği tüm bu hizmetleri vatandaşlara götürürken, bazı giderleri yapmak zorundadır. Bu giderlere, mahkemelerin kurulması, adliye binaların bakımı ve yönetimi için yapılan

<sup>4</sup> Pınar, Burak: Yargı ve İcra Harçları, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2009, s. 122.

<sup>5</sup> Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 205-206.

<sup>6</sup> Aldemir, Hüsnü: Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, 3. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s. 345.

<sup>7</sup> Karş. Pınar, s. 123-124.



giderler ile hâkim, savcı ve diğer personelin maaşları örnek olarak verilebilir. Özellikle, yargılama hizmetlerinin daha iyi sunulmak istenmesi durumunda, söz konusu giderler daha da artacaktır. Bu standartlarda sunulan hizmetlere ilişkin giderlerin doğrudan ve tamamen hazineden karşılanması kolay değildir. Hem bu hizmetlerin en iyi şekilde sunulması ve hem de hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılmaması için yargılama hizmetini talep eden kişilerin de, bazı giderleri karşılaması zorunlu tutulmuştur (HMK m. 120/1)<sup>8</sup>. Fakat kişilerin yaptığı bu ödemeler, miktar itibarıyla sunulan yargılama hizmetinin tam karşılığı olmayıp, sadece devletin yaptığı giderlere birer katkı niteliğindedir<sup>9</sup>. Bu katkı payı, faydalanmak istenen hizmetin miktarı ve çeşidi ile doğru orantılı olarak artmaktadır. İstisnai durumlar hariç hukuk sistemimizde yargı hizmetleri konusunda “bedelsizlik” prensibi kabul edilmemiştir.

Bu açıklamalardan sonra konuyu terditli davada alınan harçların hesaplanması açısından değerlendirebiliriz. Bilindiği üzere davacı terditli davada biri asli, diğeri yardımcı olmak üzere mahkemeye iki talep sunmaktadır. Ancak asli talebin reddedilip, yardımcı talebin de incelenmesi ihtimali her zaman mevcuttur. Bu ihtimal gerçekleştiğinde mahkeme her iki talebi de incelemiş olacak ve bu sırada yargılama için yapılan giderler de artacaktır. Bu durumda davacıdan sadece taleplerden birisi dikkate alınarak harç tahsil edilirse, mahkemenin diğer talebe ilişkin incelemesi bir bedel alınmadan yapılmış olacaktır. Bu da harçların alınma amacıyla örtüşmeyecektir. Ne var ki, hesaplamanın her iki talep üzerinden yapılması, her ne kadar harçların konulma amacına uygun olsa da, adalete erişimi zorlaştıracığından; adil yargılanma ve sosyal devlet ilkesine zarar verecektir<sup>10</sup>. Dolayısıyla burada olması gereken,

<sup>8</sup> Rüzgaresen, Cumhuriyet: “Medeni Yargılama Hizmetlerinin Bedelsiz Olmaması ve Nedenleri”, e-Akademi, Y.2010, S. 100, (prgf 1-35), prgf 2., <http://www.e-akademi.org>, E.T. 12.02.2020.

<sup>9</sup> Kuru, s. 5305; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes: Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Onikilevha Yayınları, 7. Bası, İstanbul 2019, 544; Atalay, Oğuz: Medeni Usul Hukuku, Pekcanitez Usul, C. III, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, 2385; Rüzgaresen, Yargılama Hizmetleri, prgf 3.

<sup>10</sup> Bkz. Özbek Mustafa: “Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansının Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, Ankara 2012, (s. 445-504), s. 462; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara

terditli davadaki harçlar, baştan asli ve yardımcı talebin toplamına göre değil de, asli talebin konusu veya değerine göre belirlenmeli ve asli talebin reddi halinde, yardımcı talebin konusu, miktar ve değeri dikkate alınarak yeniden hesaplanmalıdır<sup>11</sup>.

## II- Terditli Davada Yargılama Harçlarının Hesaplanması Bakımından Çeşitli İhtimaller

### 1- Her İki Talebin Nisbi Harca Tabi Olması

Bazen terditli olarak açılan bir davaya konu edilen her iki talep de nisbi harca tabi olabilir. **Doktrindeki bir görüşe göre**, dava açılırken davacının peşin ödemesi gereken nisbi harçların hesabında her iki talebin kıymetlerinin toplamı esas alınmalıdır. Ancak dava sonunda, reddedilmesi sebebiyle hakkında karar verilmeyen yardımcı talebin kıymetinin artık nazara alınmayıp harç bakiyesinin sadece asıl talebin kıymetine göre hesaplanması gerekir<sup>12</sup>. Bunun için gerekiyorsa karar ve ilam harcının peşin alınan ¼'lük kısmına ilave yapılacaktır. Ancak peşin olarak alınan karar ve ilam harcının, harcın tamamından fazla olduğu görülürse (artık yardımcı talebin dikkate alınmaması sebebiyle), fazlalık geri verilecektir. **Kanaatimizce** her iki talebinin konusu para veya para ile ölçülebilen bir şey olması durumunda, harçlar baştan asıl talebin miktar veya değeri dikkate alınarak hesaplanacaktır. Asli talebin kabule şayan bulunmaması halinde, yardımcı talebin incelenmesine geçileceğinden, üç ihtimal ortaya çıkacaktır:

**Birinci ihtimal**, yardımcı talebin miktar ve değerinin asli talebin miktar ve değerinden yüksek olmasıdır. Bu durumda mahkeme harçları yeniden hesaplayacak ve eksik kalan harcı davacıya HK m. 30'a göre tamamlattıracaktır<sup>13</sup>. **İkinci ihtimal**, yardımcı talebin miktar ve değerinin asli talebin miktar ve değerinden az olmasıdır. Bu durumda, mah-

---

2019, s. 713; Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 544; Atalay, s. 2385; Papakçı, Acun: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücreti, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 10; Görgün, L. Şanal/Börü Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 624; Rüzgaresen-Yargılama Hizmetleri, prgf. 15.

<sup>11</sup> Bu konuda daha geniş açıklama için bkz. aşa. C.

<sup>12</sup> Muşul, s. 206.

<sup>13</sup> Kuru, s. 5318.

keme asli talep bakımından hesapladığı harcın fazlasını davacıya iade edecektir. **Üçüncü ihtimal**, her iki talebin değerinin eşit olmasıdır. Bu durumda davacı ilave bir harç yatırmadan veya fazla yatırılmış harcı geri alma durumu sözkonusu olmadan davaya devam edilecektir.

## 2- Her İki Talebin Maktu Harca Tabi Olması

Her iki talep maktu harca tabi ise, hem başvurma harcı ve hem de karar ve ilam harcı maktu olarak ödenir<sup>14</sup>. Bu durumda maktu harcın miktarı sabit olduğundan, herhangi bir sorun yaşanmadan dava açılacak ve asli talebin kabule şayan görülmemesi halinde, asli talep için yatırılan harç, yardımcı talep için geçerli olmaya devam edecektir.

## 3- Taleplerden Birisinin Maktu, Diğerinin Nisbi Harca Tabi Olması

Terditli davaya konu edilen taleplerden birisinin maktu, değerinin ise nisbi harca tabi olması durumunda, iki ihtimal ortaya çıkacaktır:

**Birinci ihtimal**, asli talebin nisbi, yardımcı talebin ise maktu harca tabi olmasıdır. Bu durumda asli talebin reddi halinde, tahsil edilen harç, maktu harcın toplamından fazla ise, fazla olan harç davacıya iade edilecektir. Şayet daha az ise, eksik kalan kısım davacıya tamamlattırılacaktır<sup>15</sup>. **İkinci ihtimal**, asli talebin maktu, yardımcı talebin nisbi harca tabi olmasıdır. Bu durumda asli talebin reddi halinde, yardımcı talep için yeniden harç hesaplanacak ve daha önce maktu olarak yatırılan harç, nisbi harçtan mahsup edilecektir.

## B- YARGILAMA GİDERLERİ

### I- GİDER AVANSI

HUMK döneminde yargılama giderlerinin zamanında yatırılması veya eksik yatırılması nedeniyle davalar uzadığından, 6100 sayılı Kanun ile gider avansı kurumu düzenlenmiş (HMK m. 114/1, g; 120) ve

<sup>14</sup> Muşul, s. 206.

<sup>15</sup> Yargıtay bir dosyada "...Dava terditli açılmış, tescilin mümkün olmaması halinde değere hükmedilmesi talep edilmiştir. Mahkemece; istenilen miktarın açıklattırılması, gerektiğinde nisbi harcın ikmal ettirilmesi, delillerin bu çerçevede değerlendirilmesi ve hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. Açıklanan hususun dikkate alınmaması da usul ve yasaya aykırıdır..." şeklinde karar vermiştir (HGK, T. 14.5.2003, E. 2003/2-351, K. 2003/343 (www.kazanci.com, E.T, 27.04.2019).

bu avansın yatırılması zorunlu kılınarak<sup>16</sup> dava şartı haline getirilmiştir<sup>17</sup>. HMK'nun 120. maddesinin gerekçesi incelendiğinde<sup>18</sup>, maddenin düzenleniş amacının uygulamada küçük meblağlar nedeniyle davaların uzamasının engellenmesi ve bunun sonucunda da mahkemelerin üzerindeki iş yükünün hafifletilmesi olduğu görülmektedir<sup>19</sup>. Gider avansının kapsamına tebligat, bilirkişi, tanık ve keşif gibi delillere başvurulması için gerekli olan giderler girmektedir<sup>20</sup>.

HMK m. 120'den de anlaşılacağı üzere, gider avansı davanın başında alınır<sup>21</sup>. Acaba davacı birden fazla talebi içeren terditli davayı açarken, tevzi bürosu veya mahkeme kalemi gider avansını nasıl ve hangi talebe göre hesaplayacaktır? Bu konuda açık bir yasal düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, burada terditli taleplerin kabulü veya reddi ihtimalleri dikkate alınarak iki yol izlenebilir:

**Birinci yol**, gider avansının asli talebin reddi ve yardımcı talebin kabul ihtimaline göre hesaplanmasıdır. Bu yolda, hem asli ve hem de

<sup>16</sup> Tanrıver, Süha: "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması için Alınması Gereken Önlemler Üzerine", Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, (s. 165-179), s. 178; Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, Y. 2011, S. 5, (s. 3-43), s. 10-11; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 396; Özbek, Mustafa: "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı XI, Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK Uygulaması, Gaziantep, 5-6 Ekim 2013, ZÜHFD, Y. 2014, S. 3, (s. 103-134), s. 104; Pekcanitez, Hakan: "Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı" HPD, Y. 2006, S. 8, (s. 60-78), s. 75; Tutumlu, Mehmet Akif: Medenî Usûl Hukukunda Gider ve Delil Avansı, Ankara 2017, s. 19; Sungurtekin Özkan, s. 180; Özbek, Gider Avansının Anayasaya Aykırılığı, s. 452; Özbek, Gider Avansı, s. 73, 75; Akil, s. 10.

<sup>17</sup> Kılıçoğlu, Evren: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler", Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2012, S. 99-100, (s. 42-126), s. 69; Özbek, Gider Avansı, s. 149; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 550; Atalay, s. 2399.

<sup>18</sup> Özbay, İbrahim: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? Ankara 2013, s. 99.

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, s. 47; Ercan/Arslan, s. 174.

<sup>20</sup> Ercan/Arslan, s. 174; Özbek-Gider Avansı, s. 129; Doktrindeki bir görüşe göre gerçek anlamda gider avansı, bilirkişi, keşif gibi giderleri kapsamaz. Bu giderler delil avansı olarak ifade edilip, sonradan ayrıca alınırlar (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 550: Atalay, s. 2400).

<sup>21</sup> Akil, s. 102-103.

yardımcı talebin incelenmesi sözkonusu olacağından, gider avansı her bir talep için ayrı ayrı hesaplanıp davanın başında tahsil edilebilir. **İkinci yol** ise, gider avansının asli talebe göre hesaplanması ve bu talebin reddi halinde, yardımcı talep için eksik olan kısmın tamamlattırılmasıdır. Zira asli talep incelenirken, bazı giderler yapılacağından dolayı, gider avansı da azalacaktır. Bu durumda gider avansının azaldığı oranda HMK m. 120/2'ye göre tamamlattırılması gerekecektir<sup>22</sup>. Bu iki yol karşılaştırıldığında, **kanaatimizce** terditli davada gider avansının ikinci yol izlenerek hesaplanması ve tahsil edilmesi uygun olacaktır. Birinci yol izlenerek gider avansının hesaplanması durumunda, davacının daha yüksek bir meblağ ödemesi gerektiğinden, dava açması zorlaşacak ve adalete kolaylıkla erişim ilkesi zarar görecektir.

## II- VEKÂLET ÜCRETİ

Asıl talebin reddi, yardımcı talebin kabulü durumunda veya asıl talebin kabulü, yardımcı talebin reddi durumunda dava kısmen reddedilmiş olmaz; tam aksine tamamen kabul edilmiş olur. Zaten terditli davanın bir gereği olarak davacı da her iki talebe hükmedilmesini istememekte; sadece birisi hakkında karar verilmesini talep etmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda davalı lehine vekâlet ücretine hükmedilmez<sup>23</sup>. Yargıtay'ın da bu yöndeki kararı “...Davacı baba, kademeli (terditli) olarak dava açmış, öncelikle müşterek çocuğun velayetinin davalı anneden alınarak kendisine verilmesini, bu talebi kabul edilmediği takdirde ise müşterek çocuk ile kişisel ilişkisinin yeniden düzenlenmesini istemiştir. Davacı babanın velayetin değiştirilmesine dair talebi reddedilmiş, ancak kişisel ilişkisinin yeniden düzenlenmesine yönelik talebi kabul edilerek karar verilmiştir. Davada kısmen kabul söz konusu değildir. Dava terditli olarak açılmış olup; iki ayrı dava değil, tek dava vardır. O halde davacının kademeli talebi kabul edildiğinden davacı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekâlet ücreti takdiri ve yapmış olduğu yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekirken, davalı yararına vekâlet ücreti ve yargılama giderleri-

<sup>22</sup> Karş. Özbek, Gider Avansı, s. 150 vd.; Akil, s. 102-103; Bkz. Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 416.

<sup>23</sup> Topaloğlu, Ali: “Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Y. 2014, S. Ocak, (s. 64-147), s. 76.

ne karar verilmesi doğru görülmemiştir...” şeklindedir<sup>24</sup>. Ancak davacının talebinin kısmen kabulüne ve kısmen de reddine karar verilmesi halinde, reddedilen miktar yönünden davalı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi mümkün hale gelecektir<sup>25</sup>.

Bazen terditli davada vekâlet ücretinin hesaplanması konusunda tereddüt oluşmaktadır<sup>26</sup>. Örneğin taşınmaz mülkiyetine ilişkin dava terditli olarak açıldığında, davacı dava dilekçesinde “taşınmazın *adına tescil edilmesine, bu mümkün değilse, taşınmazın bedelinin ödenmesine...*” şeklinde bir talepte bulunabilir. Mahkeme de tescil talebini yerinde bulmayıp, tahsil talebini kabul eder ve bu talep de yargılama sonunda reddedilirse, davacı davayı kaybetmiş olacağından, doğal olarak davalı tarafa vekâlet ücreti ödenecektir. Acaba davalı taraf karşı vekâlet ücretini “tescil” talebine göre mi, yoksa “alacak” talebine göre isteyecektir? Bu somut davada her iki talebin de para veya para ile ölçülebilmesi ve bu taleplerin değerinin aynı olması nedeniyle, taleplerden birisi esas alınarak vekâlet ücretinin belirlenmesi mümkündür<sup>27</sup>. Burada asıl sorun, terditli taleplerin farklı değerlerde olması, örneğin asıl talebin değeri 10.000 TL, yardımcı talebin değeri 5000 TL veya bu değerlerin tam tersi olması halinde ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, böyle bir durumda taleplerden hangisinin değeri daha yüksek ise, sadece o talep üzerinden vekâlet üc-

<sup>24</sup> 2. HD, T. 14.12.2016, E. 2016/21587, K. 2016/15987 (<http://kazanci.com.tr/gunluk/2hd-2016-21587.htm>), E.T. 29.03.2018); Benzer bir karar için bkz. 2. HD, T. 30.4.2012, E. 2011/17417, K. 2012/11201, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), E.T.12.12.2019).

<sup>25</sup> Topaloğlu, s. 76.

<sup>26</sup> Vekalet ücretinin miktarı, davanın konusunun çeşidi veya mahkemenin verdiği nihai kararının biçimine göre, göre farklılık arz eder. Örneğin davanın açılmamış sayılmasında veya davanın konusuz kalması halinde, ödenmesi gereken vekalet ücreti maktudur (AAÜT İkinci Kısım, İkinci Bölüm).

<sup>27</sup> Ancak buradaki soruda taşınmaz mülkiyetine ilişkin bir ilam vardır. Bilindiği üzere taşınmaz mülkiyetine ilişkin ilamlar kesinleşmeden icraya konulamazlar. Böyle bir durumda ilam kesinleşmeden vekâlet ücreti de ilamlı icra ile istenemez. Yargıtay bir kararında “*Takip dayanağı ilamda tapu iptal ve tescil talebinin reddine ancak taşınmazların değeri olan 70.000.000.000.-TL. nin davalıdan tahsiline karar verildiği görülmektedir. İlamda her ne kadar bedele hükmedilmiş ise de, uyuşmazlığın özünde aynı hakka ilişkin mülkiyet ihtilafı olduğundan bu ilam H.U.M.K.’nin 443.maddesi gereğince kesinleşmeden infaz edilemez. Açıklanan nedenle mahkemece şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazıyı gerekçeyle reddi isabetsizdir.*” şeklinde bir sonuca varmıştır (12. HD, T. 30.01.2006, E.2005/24326, K.2006/868 ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)), E.T. 23.01.2020).

retinin hesaplanması gerekir. Ancak uygulamada kimi hallerde terditli davada hükmedilmesi gereken iki talebin olduğu düşünülmekte ve iki vekâlet ücretine hükmedilmektedir. Bu şekilde karar verilmesi, terditli davanın temel özellikleri ile bağdaşmamaktadır. Yargıtay önüne gelen bir dosyada haklı olarak yerel mahkemenin kararını "...davacının dava dilekçesindeki talepleri bağımsız ve ayrı talepler olmayıp terditli taleplerdir. Bu nedenle, davacının tek davasının olduğu kabul edilmesi gerekmektedir. Dava dilekçesinde dava değeri 8.500-TL olarak gösterilmiş, bu değere itiraz edilmemiştir. Bu durumda, dava dilekçesinde yazılı olan ve itiraza uğramayan bu değer üzerinden bir kez vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken iki kez vekâlet ücretine hükmedilmesi doğru olmamıştır..."<sup>28</sup> gerekçesiyle bozmuştur.

Terditli davada vekâlet ücreti, davanın konusuna göre nisbi veya maktu olabilir: Şayet davaya konu edilen her iki talep para ise veya para ile ölçülebiliyorsa, vekâlet ücreti nisbi (AAÜT İkinci Kısım, Üçüncü Bölüm)<sup>29</sup>; konusu para değilse veya para ile ölçülemiyorsa, vekâlet ücreti, maktu olacaktır (AAÜT İkinci Kısım, İkinci Bölüm)<sup>30</sup>. Örneğin, terditli bir davadaki talepler "*velâyetin verilmesi, bunun mümkün olmaması halinde, çocukla kişisel ilişki kurulması*" şeklinde ise, bu taleplerin konusu para veya para ile ölçülebilen şeyler olmadığından, vekâlet ücreti maktu olarak belirlenecektir<sup>31</sup>.

Asli talebin konusu para veya para ile ölçülebilen bir şey iken, yardımcı talebin konusu para değilse veya para ile ölçülemiyorsa, önce-

<sup>28</sup> 8. HD, T. 29.9.2014, E. 2014/15352, K. 2014/17508, www.kazanci.com, E.T. 13.04.2019).

<sup>29</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 550; Atalay, s. 2392; Yılmaz, s. 3184.

<sup>30</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 550; Atalay, s. 2392; Yılmaz, s. 3184.

<sup>31</sup> "...Davacı-karşı davalı baba, velâyetin değiştirilmesi istemli dava açmış, ıslah dilekçesi ile davasını kademeli (terditli) hale getirerek ortak çocuğun velâyetinin davalı-karşı davacı anneden alınarak kendisine verilmesini, bu talebi kabul edilmediği takdirde ise ortak çocuk ile kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesini istemiştir. Davacı-karşı davalı babanın velâyetin değiştirilmesine dair talebi reddedilmiş, ancak kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesine karar verilmiştir. Davanın kısmen kabulü söz konusu değildir. İki ayrı dava değil tek dava vardır. Bu sebeple babanın kademeli talebi kabul edildiğinden sadece davacı-karşı davalı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekâlet ücreti takdiri gerekirken ve aynı sebeple mahkeme masraflarının davalı-karşı davacı üzerinde bırakılması gerekirken davalı-karşı davacı anne yararına vekâlet ücreti ve yargılama gideri takdiri usul ve yasaya aykırıdır..." (2. HD, T. 10.1.2017, E. 2016/20608, K. 2017/171(www.kazanci.com, E.T. 12.01.2020).

likle asli talep inceleneceğinden; vekâlet ücreti de asli talebe göre nisbi olarak hesaplanacaktır. Ancak asli talebin reddi halinde, vekâlet ücreti, kabul edilen yardımcı talebe göre maktu olarak belirlenecektir. Ters durumda, yani asıl talebin konusu para değilse veya para ile ölçülemiyorsa ilk önce asıl talep inceleneceğinden; vekâlet ücreti maktu olacaktır. Fakat asıl talebin kabule şayan olmaması durumunda, vekâlet ücreti yardımcı talebe göre nisbi şekilde hesaplanıp hükme bağlanacaktır.

## C- YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİNDEN SORUMLULUK

### I- GENEL OLARAK

HMK m. 326/1'e göre, kanunda yazılı haller haricinde, yargılama harç ve giderleri, aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilir<sup>32</sup>. Bu durum, "kaybeden öder" kuralının bir tezahürüdür<sup>33</sup>. Davayı kaybeden tarafın yargılama harç ve giderlerine mahkûm edilebilmesi için tarafların talebi gerekmez; mahkeme re'sen bu giderlerin kime yükletileceğini nihai kararında belirtmek zorundadır (HMK m. 332)<sup>34</sup>. Mahkeme, hüküm kesinleştikten sonra, yatırılan avansın kullanılmayan kısmının iadesine re'sen karar verir. Bu kararın tebliğ gideri de, iade edilecek olan avanstaki ödenir (HMK m. 333).

Terditli davada, davacının davayı kazanması, asli veya yardımcı talebin tamamı hakkında mahkemenin davacı lehine karar vermesi demektir. Yukarıda da belirtildiği üzere<sup>35</sup>, terditli taleplerden birisinin reddedilmiş olması, davacının davayı kısmen kazandığı anlamına gelmez<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2018, s. 291; Kuru, s. 5332; Yılmaz, s. 3157; Tanrıver, s. 1048; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 551; Alangoya/ Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 418-419; Sungurtekin Özkan, s. 334; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 633; Atalay, s. 2403; Rüzgareesen, Cumhuri: Medeni Usul Hukukunda Yargılama Harç Ve Giderleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001, s. 217; Atalı/Ermenek/ Erdoğan, s. 679.

<sup>33</sup> Göksu, Mustafa: Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016, s. 165; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 634.

<sup>34</sup> Tanrıver, Usul, s. 1048; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 551; Görgün/ Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 633; Atalay, s. 2403.

<sup>35</sup> Bkz. yuk. B. II.

<sup>36</sup> Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 633; 1. HD, T. 16.1.2014, E. 2013/21757, K. 2014/502 (www.kazanci.com, E.T. 21.01.2020).



Bilakis davayı tamamen kazanmış olmaktadır. Zaten, yardımcı talep de asli talebin reddedilme ihtimaline binaen ileri sürülür. Bu nedenle davayı kısmen kaybetmiş gibi işlem yapılarak yargılama harç ve giderlerinin davacının üzerinde bırakılmasına karar verilemez. Yargıtay da terditli taleplerden birisinin reddedilmiş olmasının, davanın davacı aleyhine sonuçlandığı anlamına gelmediğini, dolayısıyla, karşı tarafın vekâlet ücretinin davacıya yükletilemeyeceğine hükmetmiştir<sup>37</sup>. Yine Yargıtay'ın benzer bir kararı ise "...Malzeme sahibi olan davalılar birleşen davalarında, Türk Medeni Kanununun 724. maddesine dayanarak iki parselin ayrı ayrı adlarına tescilini, ikinci kademedede ise malzeme bedelinin tahsilini istemiştir...Terditli taleplerden birinin kabulü halinde, o davadaki istem hüküm altına alınmış demektir. Birleşen davada, davacıların tazminata ilişkin terditli talebi kabul edildiğinden yargılama giderlerinin de buna göre paylaşılması gerekirken, terditli taleplerle açılan birleşen dava tümüyle reddedilmiş gibi tüm yargılama giderlerinden birleşen davacıların sorumlu tutulması doğru görülmemiştir..."<sup>38</sup> şeklindedir.

Davacının hem asli ve hem de yardımcı talebi reddedilirse, dava tamamen davalının lehine sonuçlanmış olur. Medeni yargıda genel kural, yargılama harç ve giderlerinin dava sonunda davayı kaybeden tarafa yükletilmesidir<sup>39</sup>. Bu durumda davada yapılan bütün giderler davacıya yükletilecektir. Davanın kısmen kaybedilmesi halinde ise, giderlerin bir kısmı davalı tarafa yükletilir<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> 14. HD, T. 11.7.2011, E. 2011/7753, K. 2011/9112, www.kazanci.com, E.T. 15.04.2019.

<sup>38</sup> 14. HD, T. 29.3.2012, E. 2011/16001, K. 2012/4664 (www.kazanci.com, E.T. 15.04.2019).

<sup>39</sup> Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 674; Kayacan, Fevzi: Mahkemenin Yargılama Giderlerini Re'sen Karara Bağlama Zorunluluğu (Yaklaşım, 1995/34, s. 97-99), s. 97; Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 335; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 719; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 551; Tanrıver, s. 1048; Atalay, s. 2403.

<sup>40</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 719; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 551; 2404; Budak/Karaaslan, s. 291.

## II- ASLİ TALEBİN KABULÜ HALİNDE YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİNDEN SORUMLULUK

Asli talebin kabulü halinde, mahkeme yardımcı talep hakkında bir inceleme yapmadan karar vereceğinden<sup>41</sup>, davalı davayı kaybeden taraf olarak, sadece asli talep bakımından yapılan yargılamanın harç ve giderlerini ödemek zorunda kalacaktır. Ancak mahkeme, kabul ettiği asli talebin yanı sıra yardımcı talebi de bir şekilde incelemiş ve bu nedenle birtakım giderler ortaya çıkmışsa ne olacaktır? **Doktrindeki bir görüşe göre**, asli talebin kabulü nedeniyle davayı kaybetmiş olan davalıya, yardımcı talep nedeniyle ortaya çıkan giderler yükletilemez. Zira davalı, yardımcı talep bakımından davayı kaybetmiş değildir. Davacı terdide başvurmak suretiyle yardımcı talebe ilişkin giderlere kendi tasarruflarıyla sebep olmuştur. Ayrıca davacı birtakım giderlere neden olan yardımcı talep hakkında ileride bir karar verilmeyebileceğini de dikkate alarak terditli davayı açmaktadır. Dolayısıyla bu şekilde yapılan giderlerin davacının üzerinde kalması gerekir<sup>42</sup>. **Kanaatimiz** bu görüşle aynı yönde olmakla birlikte, eğer terditli davanın açılmasına davalının hukuka aykırı davranışları neden olmuşsa, yardımcı talep bakımından yapılan giderlerin de davalı üzerinde bırakılması mümkün olmalıdır. Örneğin, davacı işçi "*İşe iade edilmeme, bunun mümkün olmaması durumunda, kıdem tazminatının ödenmesine...*" şeklinde bir talepte bulunduğu davada mahkeme bir yandan asli talebi incelerken, diğer yandan da kıdem tazminatının hesabı için de bilirkişiye başvurmuş, asli talebe göre davayı hükme bağlamışsa, davanın açılmasına neden olduğu gerekçesiyle bilirkişiye başvuru ücretinin davalı işverenin üzerinde bırakılması gerekir.

Asli talebin kabulü halinde verilen kabul kararına karşı davalı kanun yollarına gider ve kanun yollarında haklı bulunursa, yardımcı talep dikkate alınarak hükmün kurulması gerekir. Ancak bu durumda, asli talep bakımından yapılan giderler boşa gitmiş olacaktır. Fakat davalı davayı sadece yardımcı talep bakımından kaybetmiş olacağından asıl

<sup>41</sup> Muşul, s. 209.

<sup>42</sup> Muşul, s. 209.

talep için yapılan giderler ve ödenen harçlar davacı üzerinde kalacaktır<sup>43</sup>.

### III-ASLİ TALEBİN REDDİ ve YARDIMCI TALEBİN KABULÜ HALİNDE YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİNDEN SORUMLULUK

Terditli davada mahkeme asli talebi kabule şayan bulmaz ise, yardımcı talebi incelemeye başlar ve buna göre kararını verir. **Doktrindeki bir görüşe göre**, yardımcı talebin, asıl talebin reddedebileceği ihtimaline binaen ileri sürüldüğü durumlarda, asıl talep reddedilir ve yardımcı talep kabul edilirse, davacı sadece yardımcı talep bakımından davayı kaybetmiş olacağından; yargılama harç ve giderlerinin tümü davalıya yükletilemez. Aksi yöndeki bir yöntem, asli talebe ilişkin red durumunun göz ardı edilmesine neden olur. Burada reddedilen asıl talebin kıymeti yardımcı talebin kıymetinden fazla ise, davacının asıl ve yardımcı talep arasındaki kıymet farkından meydana gelen fazla harç ve gideri yüklenmesi gerekir. Dolayısıyla bu ihtimalde harç ve giderler davacı ile davalı arasında paylaştırılmış olmaktadır<sup>44</sup>. Yargıtay ise önüne gelen bir dosyada *“Dava terditli olarak açılmış olup; iki ayrı dava değil, tek dava vardır. O halde davacının kademeli talebi kabul edildiğinden davacı yararına karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca maktu vekâlet ücreti takdiri ve yapmış olduğu yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekirken, davalı yararına vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine karar verilmesi doğru görülmemiştir...”* şeklinde karar vermiştir<sup>45</sup>. Kanaatimizce, asli talebin reddi halinde, mahkeme yardımcı talebi incelemeye başlayacak ve bu talep doğrultusunda yargılama yapacaktır. Ancak bu durum, asli talep bakımından yapılan yargılama giderlerinin boşa gitmesi anlamına gelecektir. Bu durumda reddedilen asli talep için ortaya çıkan bu giderlerin kime yükletileceği konusunda iki ihtimalden hareket edilebilir:

<sup>43</sup> Karş. Muşul, s. 208-209.

<sup>44</sup> Muşul, s. 208.

<sup>45</sup> 2. HD, T. 14.12.2016, E. 2016/21587, K. 2016/15987 (<http://kazanci.com.tr/gunluk/2hd-2016-21587.htm>), E.T. 29.03.2018); Benzer bir karar için bkz. 2.HD, T. 30.4.2012, E. 2011/17417, K. 2012/11201(<http://www.nacakci.com/tag/terditli-dava/>), E.T. 30.03.2019).

**Birinci ihtimal** reddedilen asli talep bakımından ortaya çıkan harç ve giderlerin davalıya yükletilmesidir. Ancak davadaki menfaat dengesi dikkate alındığında, bu ihtimal, davalının menfaatine uygun bir uygulama olmayacaktır. Bu durum şu gerekçelerle açıklanabilir: **Birinci gerekçe** davacının kasten veya ihmalen haklı olmayan bir talebi asli olarak ileri sürerek davalıya zarar vermesinin ihtimal dâhilinde olmasıdır. Birinci ihtimal kabul edilirse, bu niyetteki bir davacının asli talebinin reddedilmesinin yükü davalıya çıkarılmış olacaktır. Yani davacıya bu şekilde kontrolsüz bir hakkın verilmiş olması, davalıya karşı kötüniyetli olarak kullanılmasını mümkün kılmaktadır. Böylece davacı, yardımcı talebi kesin olarak kabul edilir düşüncesiyle, daha zayıf durumda olan bir talebi asli hale getirerek, davalıya normal bir davadan daha fazla gider yükleme imkânı elde etmiş olacaktır. Bu husus davacıya deneme amaçlı terditli davayı açma hakkı da sağlamaktadır. **İkinci gerekçe**, yukarıdaki görüşte de belirtildiği üzere<sup>46</sup>, davalının davayı sadece yardımcı talep bakımından kaybetmiş olmasıdır. Davalı asıl talep bakımından kaybetmediğinden, bu talep için yapılan giderlerin davacı üzerinde kalması en doğru yöntem olacaktır.

**İkinci ihtimal** reddedilen asli talep için yapılan giderlerin davacının üzerinde bırakılmasıdır. Ancak bu durumun da terditli davanın açılma amacıyla tam olarak örtüştüğü söylenemez: Bu husus da şu gerekçelerle açıklanabilir: **Birinci gerekçe** davacının terditli dava açabilme imkânını elde etme sebebi, davalının, davacının birbirinin yerine ikame edilebilir birden fazla hakkını ihlal ederek davacıya bu davayı açma fırsatı vermiş olmasıdır. Örneğin, davalı işveren hem işçiyi işten çıkarmış ve hem de işçinin kıdem tazminatını ödememişse, davacı işçi bu iki ihlal nedeniyle, terditli davayı açma hakkı elde etmektedir. Şayet, davalı işveren işçiyi işten çıkarırken, kıdem tazminatını ödemiş olsaydı, davacı işçi terditli dava açma imkânı bulamayacaktı ve dolayısıyla davalı işveren normal bir davaya göre daha çok gider ödemek zorunda kalmayacaktı. **İkinci gerekçe**, davacının davasını terditli olarak açmasının amacıyla ilgilidir. Terditli davada davacının amacı iki talep ileri sürmek suretiyle davanın kazanılmasını kolaylaştırmak ve böylece taleplerden

---

<sup>46</sup> Bkz. yuk. C.II.

birisini mahkemeye, kabul ettirerek ikinci bir dava açmaktan ve bu dava için de ayrıca yargılama harç ve giderleri ödemekten kurtulmaktır. Şayet davacı davayı kazanmasına rağmen, harç ve giderleri ödemek zorunda kalacaksa terditli davadan beklenen amaç hâsıl olmayacaktır. **Üçüncü gerekçe**, Yargıtay'ın vekâlet ücretine ilişkin kararlarından yola çıkılarak yapılacak değerlendirme ile ilgilidir. Zira **Yargıtay'a** göre, davacının asli talebinin reddi, yardımcı talebinin kabulü halinde, davalı lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi mümkün değildir<sup>47</sup>. Vekâlet ücretinde durum böyle iken, diğer yargılama giderleri ile harçların davacıya yükletilmesi doğru olmayacaktır.

Bütün açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, terditli davada yargılama harç ve giderlerinin taraflardan sadece birisine yüklemenin bazı sakıncaları vardır. Ancak burada yapılan giderler devlet hazinesinden karşılanmayacağına göre, taraflardan birisinin üzerinde bırakılma mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. **Kanaatimizce** her ne kadar yukarıda izah edilen sakıncalar olsa bile, yargılama giderlerindeki temel kurallar dikkate alındığında, bu giderlerin asli talebi reddedilen davacının üzerinde bırakılması daha doğru olacaktır.

Mahkeme yapacağı yargılama sonunda asli talebi reddedip yardımcı talebi kabul eder ve taraflardan sadece davacı verilen karara karşı kanun yollarına gider ve kanun yollarında, yerel mahkemenin aksine, asli talep yerinde bulunursa, yardımcı talep için yapılan giderler boşa gidecektir. Ancak bu durumda davalı sadece asli talep bakımından yapılan giderlerden sorumlu olacaktır. Çünkü davalı yardımcı talep bakımından mahkûm edilmiş değildir. Bu durumda yardımcı talep için yapılan giderler davacı üzerinde kalacaktır<sup>48</sup>. Temyiz aşamasında Yargıtay, asli talebi reddedilen davacının temyiz talebini kabul eder ve davacı lehine yardımcı talep dikkate alınarak verilen hükmü bozar ve ilk derece mahkemesi de bu bozma kararına uyarsa, davacı bakımından usuli müktesep hak oluşur.

<sup>47</sup> 2. HD, T. 14.12.2016, E. 2016/21587, K. 2016/15987 (<http://kazan-ci.com.tr/gunluk/2hd-2016-21587.htm>, E.T. 29.03.2018).

<sup>48</sup> Muşul, s. 208-209.

#### IV- HER İKİ TALEBİN REDDİ HALİNDE YARGILAMA HARÇ VE GİDERLERİNDEN SORUMLULUK

Türk hukuk sisteminde terditli davada hem asli ve hem de yardımcı talep hakkında olumlu karar verilme imkânı yoktur (HMK m. 111). Ancak hem asli talebin ve hem de yardımcı talebin reddedilme ihtimali mevcuttur. Bu ihtimalde davacı davayı tamamen kaybetmiş olacağından, hem asli ve hem de yardımcı talep için ödenen harçlar ve yapılan bütün giderler davacıya yükletilecektir<sup>49</sup>.

#### SONUÇ

Yargılama hizmetlerinden faydalanan kişilerin, ne kadar bir katkı payı ödemesi gerektiği, medeni yargının en karmaşık alanlarından birisidir. Ancak açık yasal düzenlemelerin olmadığı bazı durumlarda, örneğin yukarıda inceleme konusu yapılan terditli davada harcı hesaplayan mahkeme kalemlerinin veya tevzi bürolarının elinde bir ölçüt mevcut değildir. Bu durum, giderlerin hesaplanmasını daha karmaşık hale getirmektedir. Bu karmaşıklık, davaların uzamasına, süresinde adalete erişim sağlanmasına engel olmaktadır. Burada olması gereken, terditli, seçimlik vb. davalarda yargılama harç ve giderlerinin ne kadar ve hangi ölçülere göre tahsil edileceğine dair özel düzenlemelerin yapılması suretiyle, hataların en aza indirilmesi sağlamaktır.

---

<sup>49</sup> Muşul, s. 207.

**KISALTMALAR CETVELİ**

AAÜT	:Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
AvK	:Avukatlık Kanunu
Bkz.	:bakınız
C.	:Cilt
E.	:Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
HD	: <i>Hukuk Dairesi</i>
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HK	:Harçlar Kanunu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
K.	:Karar
Karş.	:Karşılaştırınız
m.	:Madde
prgf	:Paragraf
s.	:Sayfa
S.	: Sayı
T.	:Tarih
TAAD	:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TebK	:Tebliğat Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
Y	:Yıl
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	:yukarı

## KAYNAKLAR

- Akil, Cenk: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yargılama Avansları", TAAD, Y. 2012, S. 11, s. 101-117.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- Aldemir, Hüsnü: Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri, 3. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Atalay, Oğuz: Medeni Usul Hukuku, Pekcanitez Usul, C. III, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan: Ersin: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara 2018.
- Ercan, İbrahim/Arslan, Aziz Serkan: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması İle İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler Ve Bunların Değerlendirilmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, Yıl 2012, s. 165-180.
- Göksu, Mustafa: Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2016.
- Görgün, L. Şanal/Börü Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Kayacan, Fevzi: Mahkemenin Yargılama Giderlerini Re'sen Karara Bağlama Zorunluluğu, Yaklaşım, 1995/34, s. 97-99.
- Kılıçoğlu, Evren: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler", Bahçeşehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2012, S. 99-100, s. 42-126.
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, Demir Demir Yayınları, İstanbul, 2001.



- Kuru, Baki/Budak, Ali Cem: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İBD, Y. 2011, S. 5, s. 3-43.
- Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Özbay, İbrahim: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? Ankara 2013, s. 99.
- Özbek Mustafa: "Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansının Anayasa Aykırılığı Sorunu", Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan, s. 445-504 (Özbek-Gider Avansının Anayasa Aykırılığı).
- Özbek, Mustafa: "Güncel Yargıtay Kararları Işığında Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı", Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı XI, Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK Uygulaması, Gaziantep, 5-6 Ekim 2013, ZÜHFD 2014/3, s. 103-134 (Özbek-Kararlar Işığında Gider Avansı).
- Özbek, Mustafa: Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Yetkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2018 (Özbek-Gider Avansı).
- Papakçı, Acun: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca Yargılama Gideri Olan Vekâlet Ücreti, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes: Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Onikilevha Yayınları, 7. Bası, İstanbul 2019.
- Pekcanitez, Hakan: "Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı" HPD, Y. 2006, S. 8, s. 60-78.
- Pınar, Burak: Yargı ve İcra Harçları, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2009.
- Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 5. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Rüzgaresen, Cumhur: "Medeni Yargılama Hizmetlerinin Bedelsiz Olmaması ve Nedenleri", e-Akademi, Y. 2010, S. 100, (prgf 1-35), prgf 2., <http://www.e-akademi.org>, E.T. 12.02.2020 (Rüzgaresen, Yargılama Hizmetleri).

- Rüzgaresen, Cumhuri: Medeni Usul Hukukunda Yargılama Harç ve Giderleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001 (Rüzgaresen-Tez).
- Sungurtekin Özkan: Meral: Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2013.
- Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Tanrıver-Usul).
- Tanrıver, Süha: "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması için Alınması Gereken Önlemler Üzerine", Makalelerim I, 1985-2005, Ankara 2005, s. 165-179 (Tanrıver-Önlemler)
- Topaloğlu, Ali: "Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İzmir Barosu Dergisi, Y. 2014, S. Ocak, s. 64-147.
- Tutumlu, Mehmet Akif: Medenî Usûl Hukukunda Gider ve Delil Avansı, Ankara 2017.
- Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Şerhi, C. III, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.



## İFLÂS DAVASININ ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK KAPSAMINDA OLUP OLMADIĞI ÜZERİNE

Dr. Öğr. Üyesi Barış TORAMAN\*

### Öz

Dava şartı arabuluculuğun kapsamının giderek genişlemesi ve TTK m. 5/A hükmündeki belirsizlik, çeşitli davaların arabuluculuğa ve dava şartı arabuluculuğa elverişli olup olmadığını tartışmalı hale getirmiştir. Öte yandan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 1, f. 2 hükmü gereği, bir uyuşmazlığın arabuluculuğun konusunu oluşturabilmesi için, her şeyden önce onun üzerinde serbestçe tasarruf edilebilmesi gerekir. Buna karşılık iflâs, Türk hukukunda geleneksel olarak kamu düzenine ilişkin bir konu olarak kabul edilmektedir. İşte bu çalışmada, iflâs yargılamasının arabuluculuğa elverişli ve dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilip edilmeyeceği tartışılmıştır. Bu yapılırken, giriş kısmında arabuluculuk yoluna ilişkin temel kurallardan ve iflâsın genel özelliklerinden yola çıkılmış, daha sonra konu, takipli iflâs ve doğrudan iflâs bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

İflâs • İflâs Davası • Doğrudan İflâs • Arabuluculuk • Dava Şartı Arabuluculuk

\* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Asst. Prof., Anadolu University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement – Bankruptcy Law, Eskişehir, Turkey. Bu çalışmayı okuyan ve değerli görüşlerini benden esirgemeyen Kıymetli Hocam Prof. Dr. Ali Cem Budak ile Kıymetli arkadaşım Dr. Öğr. Ü. Mehmet Kodakoğlu'na ve makaleyi son bir kez gözden geçiren Kıymetli asistanım Ar. Gör. Gökçe Varol'a teşekkürlerimi sunarım.

✉ batoraman@gmail.com • ORCID 0000-0002-9275-746X

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TORAMAN Barış, "İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli ve Dava Şartı Arabuluculuk Kapsamında Olup Olmadığı Üzerine", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1027-1059.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## AN ANALYSIS OF WHETHER THE BANKRUPTCY LITIGATION IS ELIGIBLE TO MEDIATION (AND SUBJECT TO MANDATORY MEDIATION) OR NOT TO

### Abstract

The application of the mandatory mediation rules to certain type of actions is a controversial topic, the scope of mandatory mediation becoming wider and the formulation of the article 5/A of Turkish Commercial Code being still uncertain. On the other hand, according to the Code on Mediation in Civil Disputes, article 1 paragraph 2, the civil dispute should be arisen solely from an act or proceeding which the parties may freely dispose. However, bankruptcy is traditionally treated as an issue of public order in Turkish jurisprudence. In this study this matter is discussed whether the bankruptcy litigation is eligible to mediation and, it is also subject to mandatory mediation or not. In this context, departing from the main rules of mediation and the characteristics of bankruptcy, then, the question is analysed separately about the types of bankruptcy.

### Key Words

Bankruptcy • Bankruptcy Litigation • Direct Bankruptcy • Mediation • Mandatory Mediation

### GİRİŞ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 1 hükmü, *yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağına, bununla birlikte aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığına* işaret etmektedir.

Arabuluculuğun en temel özelliği, onun ihtiyarî (isteğe bağlı) bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olmasıdır. Bu, ilkesel bakımdan iradilik veya gönüllülük şeklinde de ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Arabuluculuk Türk

<sup>1</sup> Nitekim HUAK, m. 2, f. 1, b. (b) hükmü, arabuluculuğun *ihiyarî olarak yürütülen* bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğuna işaret ettikten sonra, hemen m. 3 hükmünde eşitlik ile birlikte iradilik ilkesini temel ilkeler arasında öncelikle düzenlemektedir. Elbette ihtiyarîlik veya iradilik salt arabuluculuk yoluna başvuruda değil, süreç boyunca egemen olan bir husustur. Açıklamalar için genel olarak bkz. **Ekmekçi, Ö./Özkes, M./Atalı, M., Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyarî ve Zorunlu Arabuluculuk**, İstanbul 2018, s. 25 vd.

hukukunda ilk başta ihtiyarî bir yöntem olarak kabul görmekteyken, 2018 yılı itibariyle iş uyuşmazlıklarının<sup>2</sup>, 2019 yılı itibariyle ise ticarî uyuşmazlıkların önemli bir kısmı bakımından zorunlu, kanunda kullanılan ifadesiyle dava şartı (HUAK m. 18/A; HMK m. 114 vd.) haline gelmiştir.

Nitekim konuya ilişkin olarak ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğu düzenleyen Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 5/A hükmü de, *Bu Kanununun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğunu öngörmektedir.*

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesinin ardından öğretide tartışmaların konusunu oluşturan esas mesele, itirazın iptali ve özellikle menfi tespit davalarının bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği olmuştur<sup>3</sup>. Mesele çok

<sup>2</sup> 7036 s. *İş Mahkemeleri Kanunu (İşMK) m. 3, f. 1.*

<sup>3</sup> Ticari uyuşmazlıklar özelindeki tartışmalar bakımından bkz. **Budak**, A. C., "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", *MİHDER*, C. 42, 2019/1, ss. 25 – 40; **Tanrıver**, S., "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *TBB Dergisi*, 2020 (147), ss. 111 – 147, özellikle s. 123 vd.; **Ermenek**, İ./**Azaklı Arslan**, B., "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu, TTK m. 5/A", *TBB*, 2020/148, ss. 135 – 196; **Koçyiğit**, İ./**Bulur**, A., *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara 2019, s. 73 vd.; **Kurt Konca**, N., Ticari Davalarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Seta Perspektif, S. 225, Aralık 2018, [setav.org](http://setav.org) (erişim tarihi: 15 Mayıs 2020); **Özekes**, M./**Çiftçi**, P., "Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Tâbi Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)", *TBB*, 2020 (148), ss. 101 – 134; **Toramam**, B., "Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu", *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, Nisan 2020, *Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı*, C. III, ss. 3141 – 3170, s. 3142 vd.; **Atalı**, M./**Erdoğan**, E., "Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu", *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, Nisan 2020, *Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı*, C. I, ss. 205 – 221, s. 206 vd.; **Paslı**, A., "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: Süral Efeçmar, C./Yardım, M. E.)*, Ankara 2019, ss. 13 – 25; **Yardım**, E., "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: Süral Efeçmar, C./Yardım, M. E.)*, Ankara 2019, ss. 89 – 110, s. 99, 100; **Yilmaztekin**, H. K./**İnce**, Z., "Dava Şartı Arabuluculuk Eksekinde Bazı Fikrî Mülkiyet Uyuşmazlıkları", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 159, Kasım 2019, ss. 2171 – 2185, s. 2172 vd.; **Yılmaz**, A., "Bölge Adliye Mahkemesi Kararla-

sayıda bölge adliye mahkemesi kararının da konusunu oluşturmuştur<sup>4</sup>. Nihayet Yargıtay 11. Hukuk Dairesi yakın tarihli bir kararında menfi tespit (ve istirdat) davasının bir miktar para alacağına ilişkin uyuşmazlıktan kaynaklandığı takdirde arabuluculuğa tâbi olduğunu, aksi durumda bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine işaret ederken; bu kararı takiben Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise, menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığı yönünde bir karar vermiştir<sup>5</sup>.

Önemi gereği birkaç cümle ile sınırlı olsa da belirtmemiz gerekir ki sorun TTK m. 5/A hükmünün dile getiriliş biçiminden kaynaklıdır. Ne var ki kanımızca burada kanun koyucunun muradı, meseleyi belli bazı

---

rı ışığında Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk ve Tüketici Sözleşmeleri”, *AndHD*, C. 4, S. 1, Ocak 2018, ss. 219 – 238, s. 220 vd.; **Karaca**, O. U., “Dava Şartı Olan Arabuluculuk: Sınai Mülkiyet Gündeminde Bana Yeniden Yer Açın”, *IPR Gezgini*, [iprgezgini.org/author/oukaraca/](http://iprgezgini.org/author/oukaraca/), 2 Temmuz 2020 (Son erişim: 7 Temmuz 2020).

<sup>4</sup> İtirazın iptali davası ile menfi tespit davasının dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu yönünde çok sayıda karar arasında bkz. Kayseri BAM 6. HD, 6.12.2019, 93/91; İstanbul BAM 14. HD, 26.4.2019, 861/616; İstanbul BAM 9. HD, 29.11.2019, 3346/3808; Ankara BAM 15. HD, 7.11.2019, 2091/2718; Ankara BAM 23. HD, 6.11.2019, 2420/1789, Ankara BAM 3. HD, 3.5.2019, 856/834; Konya BAM 3. HD, 12.7.2019, 665/667; İst. BAM 24. HD, 15.11.2018, 4521/2274; Bursa BAM 3. HD, 30.12.2019, 4672/3687; İstanbul BAM, 32. HD, 29.11.2019, 2721/3129; Sakarya BAM 9. HD, 6.11.2019, 1602/3700 ([uyap.gov.tr](http://uyap.gov.tr)). Aksi yöndeki kararlar arasında bkz. İstanbul BAM 19. HD, 11.4.2019, 1060/936 (ve aynı dairenin bir diğer kararı) (nakleden **Pekcanitez**, H./**Atalay**, O./**Sungurtekin Özkan**, M./**Özekes**, M., *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara 2019, s. 108, dn. 6); İst. BAM 16. HD, 15.11.2019, 2603/2482; İstanbul BAM 16. HD, 8.11.2019, 2520/2418; İzmir BAM 9. HD, 4.7.2019, 848/1540. İst. BAM 16. HD, 15.11.2019, 2568/2485 ([uyap.gov.tr](http://uyap.gov.tr)). Burada zikredilen ve benzer içerikteki kararlar ve bunlara yönelik açıklamalar için bkz. **Toraman**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 3150 vd.; **Özekes/Çiftçi**, s. 104 vd.; **Atalı/Erdoğan**, s. 210 vd.; **Yılmaz**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 220 vd.

<sup>5</sup> Bu kararda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kısaca, menfi tespit ve istirdat davalarının ticarî dava olması ve konusunun bir para alacağına ilişkin olması hâlinde dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğuna işaret edebilmekle birlikte, şayet talep dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayan bir diğer taleple birlikte dava edilmişse, bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine oy çokluğuyla karar vermiştir. Bkz. Y. 11. HD, 17.2.2020, 197/1578 ([uyap.gov.tr](http://uyap.gov.tr)). Buna karşılık Yargıtay 19. Hukuk Dairesi ise, bölge adliye mahkemelerinin farklı ve birbiri ile çelişen kararlarına dair içtihat aykırılıklarını gidermek amacıyla verdiği kararda, bir kez daha menfi tespit davası özelinde, doğrudan dava konusu kavramında yola çıkarak ve öğretide aynı yöndeki görüşlere de atıfla, zikredilen davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığını kabul etmektedir. Bkz. Y. 19. HD, 13.2.2020, 85/454 ([uyap.gov.tr](http://uyap.gov.tr)).

dava türleri bakımından kategorize etmek değil, tersine mümkün olduğu ölçüde uyumsuzlukları, bunların arabuluculuğa elverişli olması ve bir miktar para alacağını konu etmesi kaydıyla dava şartı arabuluculuğa tâbi tutmak yönündedir. Mesele şudur: Arabuluculuğun genel teorisi, taraflar arasındaki bir “davayı” değil, “uyumsuzluk” kavramını esas alır. Buradan yola çıktığımızda neyin dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu sorusunun cevabını kanımızca dava konusunda değil, dava sebebinde aramak gerekir. Bu itibarla uyumsuzluğun “hangi” davaya sebebiyet verdiği de aslında önemli değildir. Son kertede, gerek itirazın iptali davası gerek menfi tespit ve istirdat davalarının (uyumsuzluk bir miktar para alacağını ödenmesi hakkında olduğu müddetçe) dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu görüşünderiz<sup>6</sup>.

Burada incelemek istediğimiz mesele ise, yukarıda kısaca aktardığımız tartışma konularından daha farklı bir yerde durmakta olup, esasen takipli (genel veya kambiyo senetlerine özgü) iflâs yolunda açılan iflâs davası ile doğrudan iflâs yargılamasının ilk plânda arabuluculuk yoluna elverişli olup olmadığı, bunu takiben bir ticarî dava olarak dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

<sup>6</sup> Bu konu hakkındaki açıklamalar bkz. **Toraman**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 3144 vd. Kısaca itirazın iptali, hukukî niteliği bakımından bir alacak, diğer bir söyleyişle bir eda (tahsil) davasıdır. Ne var ki söz konusu dava Türk hukuku bakımından İsviçre hukukundan daha farklı bir yere sahiptir. Ne olursa olsun İsviçre hukukunda da bu davanın bir alacak (tahsil) davası olduğu noktasında bir tereddüt yoktur. Türk hukuku bağlamında ise davanın takip hukukuna ilişkin özellikleri, söz konusu davayı dava şartı arabuluculuğa tâbi olmaktan çıkarmamaktadır. Uygulamada iş uyumsuzlukları bakımından bu konuda bir problem yaşanmış olmasa da, ticari uyumsuzluklar özelinde BAM kararlarının önemli kısmı zikredilen davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğuna işaret edebilmektedir. Açıklamalar, aksi yönde görüşler ve ilişkin BAM kararları konusunda bkz. **Toraman**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, özellikle s. 3149 vd. Menfi tespit ve istirdat davaları bakımından ise, kanımızca kötü kaleme alınmış Kanun metninin “dava konusunu” ve bu itibarla (sonucu olarak) eda davasını değil, tersine, arabuluculuk faaliyetinin doğasına da uygun olarak “uyumsuzluk konusunu” (veya dava sebebinin) esas aldığı görüşünderiz. Nitekim bu görüşün gerekçeleri ve sonuçları konusunda bkz. **Toraman**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 3160 vd. Zikredilen davalar bakımından aynı yönde bkz. ve karşı. **Budak**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 33; **Kurt Konca**, s. 5; **Koçyiğit/Bulur**, s. 67, 140 vd.; **Yılmaz**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 226 vd. Aksi yönde bkz. **Tanrıver**, s. 123, dn. 11; **Özkes/Çiftçi**, s. 104 vd.; **Ermenek/Azaklı Arslan**, s. 145 vd.; **Atalı/Erdoğan**, s. 215 vd.

Konu iflâsın amacı ve hukukî niteliği düşünüldüğü vakit, en azından takipli iflâs yolunda açılan iflâs davası bakımından çetrefil bir mesele arz etmektedir. İlgili başlıklar altında ayrıca değinecek olmakla birlikte iflas hukukunun niteliği bağlamında öğretilde kaleme alınan görüşler de, hem iflâs tasfiyesinin hem iflâs davasının (veya başvurusunun) kamusal karakterini ön plana çıkarmaktadır<sup>7</sup>.

Arabuluculuk bakımından ise mesele öğretilde zikrettiğimiz dava türleri kadar tartışılmış veya tespit edebildiğimiz kadarıyla bir yüksek mahkeme kararının konusunu henüz oluşturmuş değildir. Bununla birlikte meseleye genel yaklaşım biçimi, iflâsın ve iflâs davasının kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle, arabuluculuğun (ve dava şartı arabuluculuğun) konusunu oluşturamayacağı yönündedir<sup>8</sup>. Ne var ki iflas yargılamasının farklı iflâs yolları bağlamında karşımıza çıkan özelliklerinin, konu hakkında doğrudan aynı sonuca ulaşabilmemiz için yeterli olmadığı kanısındayız.

İflâs hukukuna ilişkin hükümlerin amacı, geçmişten bugüne, iflâsı önlemek, bu gerçekleştirilemiyorsa, müflisin artık iflâs masasını (İİK m. 184) meydana getiren haczi kabil malvarlığını tasfiye etmek ve bu tasfiye sonunda elde edilen miktarı iflâs alacaklıları arasında eşit bir şekilde paylaşmak biçiminde ifade edilir<sup>9</sup>. Bununla birlikte burada dile getirilen amaçlardan hangisinin ön plâna alınacağı, bir diğer söyleyişle etkin bir tasfiyenin sağlanmasına mı, yoksa iflâsı önlemeye dönük tedbirlere mi ağırlık verileceği, ekonomik yaşamın gerek işletmeler gerek gerçek kişiler bakımından ne durumda olduğuna göre değişebilmektedir. Bazı

<sup>7</sup> Bu konuda iflâs tasfiyesi bağlamında özellikle bkz. **Başözen**, A., *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Ankara 2005, özellikle s. 79 vd., s. 94 vd.; **Deren-Yıldırım**, N., “İflâsın Hukuki Mahiyeti”, *İÜHF*, 1994 (1-4), ss. 331 – 346, s. 337 vd. İflâs davası bakımından **Özbek**, M., “İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti”, *AÜHF*, 61 (1), 2012, ss. 207 – 274, özellikle bkz. s. 217 vd.

<sup>8</sup> Nitekim bkz. **Tanrıver**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 115, dn. 2; **Koçyiğit/Bulur**, s. 17; **Ermenek/Azıklı Arslan**, s. 177.

<sup>9</sup> Açıklamalar için bkz. **Umar**, B., *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973, s. 38; **Berkin**, N., *İflâs Hukuku*, İstanbul 1972, s. 16; **Başözen**, s. 6 vd.; **Deren-Yıldırım**, s. 331; **Yıldırım**, M. K./**Oruç**, Y., “İcra ve İflâs Kanunu ile Alman Aciz Kanunu Bakımından İflâs Kurallarının Amacının Değerlendirilmesi”, *DÜHF*, 2019, C. 24, S. 41, ss. 361 – 403, s. 363 vd. Ayrıca bkz. **Yıldırım**, M. K./**Deren-Yıldırım**, N., *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 345.



yazarlar bu durumu, iflâsın amacına ilişkin geleneksel ve modern yaklaşım biçimleri çerçevesinde ele almaktadırlar<sup>10</sup>. Ancak bu amaçlar borçlu, alacaklılar ve iflâsın sonuçlarından etkilenecek diğer kişilerin menfaatlerinin dengelenmesini de gerektirmektedir.

Son kertede iflâsın önlenmesine ilişkin tedbirlerden beklenen faydanın sağlanamaması durumunda iflâs açılacak (İİK m. 165) ve tasfiye işlemlerine başlanacaktır. İflâs tasfiyesinin ve bu kapsamda yapılan işlemlerin hukukî niteliği bakımından egemen teori, kamu hukuku teorisi olup, bu teori uyarınca iflâs tasfiyesi, onun amacına ulaşmak için kamusal organların sıkı denetimi ve sıkı şekil şartları altında yürütülecek bir faaliyet biçiminde değerlendirilmektedir<sup>11</sup>.

Ancak iflâs hukuku, borçlu ile alacaklılar arasındaki bir anlaşma veya uzlaşma ihtimalini dışlamamaktadır. Gerek adî (İİK m. 289 vd.) ve iflâs içi konkordatoya (İİK m. 289) ilişkin düzenlemeler gerek Türk hukukunda hiç uygulama alanına sahip olamasa da, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırmaya (İİK m. 309/m vd.) ilişkin hükümler bu kapsamda düşünülebilir. Hiç şüphe yok ki bu hususları zikrederken, söz konusu müesseselerin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunuyla ve TTK m. 5/A kapsamında düzenlenen dava şartı arabuluculuk yoluyla eş tutmak gibi bir yanı sıra da düşmemek gerekir. Konkordato ve bunu takiben yeniden yapılandırma birer takip hukuku müessesesidir<sup>12</sup>.

Ne var ki, iflâs kamu düzenini ne kadar yakından ilgilendirirse ilgilendirsin, uzlaşma, modern iflâs hukukuna uzak bir kavram değildir<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Örneğin bkz. **Yıldırım/Oruç**, s. 366 vd.

<sup>11</sup> Bu konuda bkz. **Başözen**, s. 79 vd.; **Deren-Yıldırım**, s. 339; **Berkin**, s. 27 vd.; **Altay, S.**, *Türk İflâs Hukuku, C. I*, İstanbul 2004, s. 6, 7 vd.; **Üstündağ, S.**, *İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)*, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 10.

<sup>12</sup> Konkordatonun hukukî niteliği konusunda genel olarak bkz. **Kuru, B.**, *İcra ve İflâs Hukuku, C. IV*, İstanbul 1997, s. 3585; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 465 vd.; **Sarısözen, S.**, *İcra – İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, 3. Bası, Ankara 2019, s. 86. Ayrıca bkz. ve karşı. **Tanrıver, S.**, *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993, s. 3. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma müessesesinin niteliği konusunda bkz. **Taşpınar Ayvaz, S.** *İcra – İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma*, Ankara 2006, s. 291 vd.

<sup>13</sup> Öyle ki bu çalışmanın kapsamı dışında olsa da, uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma yoluna ilişkin hükümlerin kaynağı olan Amerika Birleşik Devletleri Federal İflâs Kanununun meşhur 11. Bölümünde düzenlenen (Chapter XI) “yeniden örgüt-

Öte yandan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının Türk iflâs hukukundaki yerine ve önemine 2001 ekonomik krizi sonrası dönemde dahi işaret edildiğini görüyoruz<sup>14</sup>.

Bu vesileyle ayrıca dile getirmek isteriz ki, iflâsın hukukî sonuçları salt iflâsı talep eden ve onun açılmasını sağlayan alacaklıyı değil, borçlunun tüm alacaklılarını, bu kişiler ile hukukî ve ekonomik ilişki içinde olan sair üçüncü kişileri ve nihayetinde kamusal (veya toplumsal) menfaatleri doğrudan ilgilendirmektedir<sup>15</sup>. Bu çalışmaya başladığımız andaki bakış açımız, ilk plânda, iflâs davasını (indirgemeci bir yaklaşımla) doğrudan arabuluculuk faaliyetine elverişli görmek noktasında olmadığı gibi, bunun aksine bir görüş de taşımadık. Ne var ki bu çalışmanın kaleme alındığı sırada Yeni Koronavirüs (Covid-19) pandemisinin ekonomik hayat üzerindeki etkileri her gün biraz daha hissedildiği gibi, pandemi sona erdikten sonra da, (icra ve) iflâs takiplerinin artacağı anlaşılmaktadır. Bu duruma, öğretilerde de haklı olarak işaret edilmektedir<sup>16</sup>.

---

lenme" usulünün de tek başına bir alternatif uyuşmazlık çözümü olduğu yönünde görüşler dile getirilebildiği gibi (örn. bkz. **Fenning**, L. H. "Late-Stage Case", *Bankruptcy Mediation*, Alexandria VA 2016, ss. 38 – 52, s. 42), öğretilerde Amerikan hukukunda iflâsın bir alternatif uyuşmazlık çözümü olarak kabul gördüğüne dikkat çekilmektedir (bkz. **Özbek**, M. S., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Bası, Ankara 2009, s. 375. Ayrıca bkz. **Özbek**, M. S., "Amerika Birleşik Devletleri İflâs Hukuku Sisteminde Borçlu ve Alacaklılara Ait Haklar", *TBBĐ*, 2002/2, ss. 21 – 64, s. 22 vd, s. 56 vd.

<sup>14</sup> Bu konuda özellikle bkz. **Özbek**, *ABD İflâs Hukuku...*, s. 60.

<sup>15</sup> Bu konuda bkz. **Umar**, s. 37.

<sup>16</sup> Nitekim bkz. **Atalay**, O., "Covid-19 Salgını Sebebiyle Gerçekleşen Takip Tatili Sonrasına İlişkin Bazı Düşünceler ve Öneriler", *blog.lexpera.com.tr*, 21.5.2020 (Son erişim: 24.5.2020) "...Üç ay boyunca hiç veya yeterli gelir elde edemeyen, zarar eden işletmelerin, üç aydır birikmiş olanlarla birlikte tüm borçları için kendilerinden talepte bulunulduğunda bu talepleri karşılayamayacakları tartışmasızdır. Bu durumun kaçınılmaz sonucu, binlerce tacirin ödeme aczine düşmesi ve iflâs ile karşı karşıya kalmasıdır...". Aynı şekilde bkz. **Arslan**, A. S., "Covid-19 Salgını Sebebiyle İcra Takiplerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", *TBBĐ*, 2020 (148), ss. 197 – 234, özellikle s. 201 vd. Pandeminin birinci dalgası toplumsal yaşamı doğrudan etkilemiş, bu da gerekli tedbirlerin alınması sonucunu doğurmuştur. Bu tedbirlerin temel hukukî dayanağı İcra ve İflâs Kanununun "Fevkalade hallerde tatil ve mühlet" başlıklı 15. Bap'ın içerisinde yer alan (İİK m. 317 vd.) "Fevkalade Hallerde Tatil" başlığını taşıyan İİK m. 330 hükmüdür. Nitekim bu hüküm çerçevesinde 2279 sayılı Cumhurbaşkanı kararı ile takipler durdurulmuş, bunu 7226 sayılı Kanun takip etmiştir. Fevkalade hallerde tatil konusundaki açıklamalar için genel olarak bkz. **Kuru**, B., *İcra ve İflâs Hukuku El Ki-*

Hayatın olağan(üstü) akışı bu şekilde devam ederken, alacaklı ve iflâsa tâbi borçlunun, olası iflâs talepleri bakımından (HUAK bağlamında) bir arabulucu karşısında bir araya gelme ihtimallerini veya iflâs yolunun buna elverişli olup olmadığını sorgulamanın, işin bu yönüyle, küçük de olsa bir anlam ifade edebileceği inancını taşıyoruz.

Bu kısa açıklamalardan sonra, belirtmek gerekir ki, arabuluculuğa elverişlilik ve dava şartı arabuluculuk konusu, hukukumuzda çeşitli çalışmaların konusunu oluşturmuştur. Bununla birlikte, meseleye bir temel teşkil etmesi açısından ilk olarak bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluna elverişliliğini ve dava kapsamı arabuluculuğa ilişkin tartışılan ölçütleri konumuzla ilgili olduğu ölçüde nakletmek uygun olacaktır (§1). Bunu takip eden başlıklar altında ise, iflâs başvurularının arabuluculuğa elverişli ve elverişliyse dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını, ilk olarak takipli iflâs yolunda açılan iflâs davası (§2), ikinci olarak ise doğrudan iflâs başvurusu (§3) bakımından değerlendirmeye çalışmaktayız.

### § 1.- Genel Olarak Arabuluculuk Yoluna Elverişlilik ve Dava Şartı Kapsamında Arabuluculuk Yoluna İlişkin Temel Bazı Ölçütler

Giriş kısmında belirttiğimiz üzere, inceleme konumuz açısından temel düzenlemeler, arabuluculuğa elverişli hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin HUAK m. 1 ile ticari davalarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin TTK m. 5/A hükümleridir. Her iki maddeye bakıldığında bir ticari uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığının belirtilebilmesi için, her şeyden önce söz konusu uyuşmazlık genel olarak arabuluculuğa elverişli olmalıdır. Bunun ise somut uyuşmazlık bakımından o uyuşmazlığın ve uyuşmazlık sebebiyle açılan davanın, tarafların üye-

---

*tabi*, 2. Bası, Ankara 2013, s. 1578. Covid-19 Pandemisinin takip hukukuna etkileri özelinde ayrıca bkz. **Budak**, A. C./**Ak**, A., "Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukuku Alanında Covid-19 Sebebiyle Alınan Tedbirler", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Y. 19, S. 38, Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), ss. 1 – 19, s. 2 vd.; **Atalay**, O./**Özekes**, M., "İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükümünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Karar ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar", <https://blog.lexpera.com.tr>, 20.3.2020 (Son erişim: 14.7.2020); **Pekcanutez**, H./**Erişir**, E., "Koronavirüs (Covid-19) Salgınına Karşı Alınan, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukunu İlgilendiren Önlemler", *legal.com.tr/blog*, 3.6.2020 (Son erişim: 14.7.2020).

rinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir husus olup olmadığının tespiti-  
tinden geçtiği görülmektedir.

Arabuluculuğa ilişkin literatürde tarafların uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri, sıklıkla kamu düzeni kavramıyla beraber anılmaktadır. Bir diğer söyleyişle bir uyuşmazlık kamu düzeninden kabul edilmiyorsa, o takdirde arabuluculuğa elverişli görülmektedir<sup>17</sup>. Kamu düzeni(nin) ise çok çeşitli tanımları verilmekle birlikte, medenî usul ve icra – iflâs hukuku bakımından hem yargı örgütüne ilişkin meseleleri<sup>18</sup>, hem özel hukuk bağlamında korunması gereken (toplumsal) menfaatleri bünyesinde barındırmaktadır<sup>19</sup>.

Nitekim “iflâs” da ilk plânda arabuluculuğa elverişli bir görünüm arz etmemektedir. İflâsın açılması ve bunun sadece talepte bulunan alacaklıyı değil de tüm alacaklıları ilgilendirmesi bakımından bu yaklaşım biçimini normal kabul etmek gerekir. İflâs davasının kamu düzenine ilişkin olduğu ve onun kamu düzenini ilgilendiren yönleri bazı Yargıtay kararlarına da yansımaktadır. Ancak dikkat edilecek olursa bu kararların her birinin iflâsın sonuçlarına veya aşağıdaki başlıklar altında yer verdiğimiz, iflâs yargılamasına ilişkin (bazı) temel noktalara ilişkin olduğu görülmektedir<sup>20</sup>. İnceleme konumuzla ilgisi dolaylı olmakla birlikte bu durum iflâs davasının tahkime elverişliliği konusundaki tartışmalar bakımından da kendisini göstermektedir<sup>21</sup>. Kısaca, bir sonraki başlık

<sup>17</sup> Genel olarak bkz. **Koçyiğit/Bulur**, s. 11; **Azaklı Arslan**, B., *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018, s. 104, 105. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar, sulh olabilecekleri uyuşmazlıklar olarak da açıklanmaktadır. Nitekim bkz. **Koçyiğit/Bulur**, s. 73; **Yılmaztekin/İnce**, s. 2175.

<sup>18</sup> Nitekim bkz. **Konuralp**, H., “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, *Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme, 19 – 20 Ekim 2007*, Ankara 2008, ss. 133 – 148, s. 144 vd. Kamu düzeni kavramına usul hukuk literatüründe verilen bir tanım için ayrıca bkz. **Tanrıver**, S., “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, *Hukuki-Ekonomik Perspektiflerden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ankara 2001, s. 94 (**Konuralp**, s. 140’ dan naklen).

<sup>19</sup> Bkz. **Aktepe Artık**, S., “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, *TBB Dergisi*, 2018, 134, ss. 257 – 291, özellikle bkz. s. 261 vd.

<sup>20</sup> Bkz. aşağıda, §2, B, III’te yer verdiğimiz kararlar.

<sup>21</sup> Bu konuda konuyu geçmişten bugüne yapılan tartışmalar ve çeşitli kararlar bağlamında ele alan yakın tarihli bir çalışma olarak bkz. **Dinç**, İ., “Genel (Âdi) İflâs Yo-

altında da ele alacağımız üzere, belli miktardaki para alacağı dolayısıyla bir iflâs takibi yapılması ve bu takip çerçevesinde iflâs davasının açılması, arabuluculuk yolu özelinde de tartışılmaya değerdir.

Ne var ki, TTK m. 5/A hükmünün de konumuz bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zikrettiğimiz madde metninde kullanılan ifadeler, hangi davaların bu kapsamda değerlendirileceğini ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır<sup>22</sup>.

Bu konuda ilgili madde metinlerinden yola çıkılarak ticari bir uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa elverişliliğine ilişkin olarak takım ölçütlere işaret edilmektedir. Buna göre sırasıyla: *Uyuşmazlığın tarafların serbestçe tasarruf edebileceği nitelikte olması, uyuşmazlığın teknik anlamda bir dava olması; uyuşmazlığın bir ticarî dava niteliğinde olması; davacının talebinin belli miktar paranın ödenmesine (veya tazmin talebine) ilişkin olması* gerekir<sup>23</sup>. Takip eden başlıklarda da iflâs yargılamasının bu ölçütlere ne ölçüde karşılık gelip gelmediğine dair açıklamalarda bulunmaya çalışacağız.

## Ş 2.- Takipli İflâs Yolunda Açılan İflâs Davasının Arabuluculuğa Elverişli Olup Olmadığı

### A.- Genel Olarak

İflâsa tâbi gerçek ve tüzel kişiler (kural olarak tacirler) her türlü para veya teminat borçlarından dolayı iflâsa tâbidirler. Nitekim bir para borcunun ödenmemesi (kaynağı ne olursa olsun) Türk hukukunda genel iflâs sebebi olarak kabul edilmektedir. Bu iflâs sebebini doğrudan iflâs sebeplerinden ayırmak için onun şekli niteliğine de vurgu yapılmaktadır<sup>24</sup>.

luyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davasının Tahkime Elverişliliği”, *TAAD*, Ocak 2020, Y. 11, S. 41, ss. 427 – 462, s. 428 vd.

<sup>22</sup> Nitekim bkz. **Paslı**, s. 17; **Yardım**, s. 99. Ayrıca bkz. **Toraman**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 3161.

<sup>23</sup> Bu ölçütler için bkz. ve karşı. **Yardım**, s. 92 vd.; **Yılmaztekin/İnce**, s. 2173.

<sup>24</sup> Genel olarak bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 374 vd.; **Kuru**, *C. III*, s. 2600; **Atalay**, *O., Anonim Şirketlerin İflâsı*, İzmir 1996, s. 13; **Umar**, s. 29 vd.; **Berkın**, s. 89; **Postacioğlu**, İ. E., *İflâs Hukuku İlkeleri, C. I, İflâs*, İstanbul 1978, s. 16; **Üstündağ**, s. 4. Ayrıca bkz. **Rüzgaresen**, C., “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İflâs Sebepleri ve Yeni Bir İcra ve İflâs Kanunu İçin Öneriler”, *MİHBİR*, 13. *Antalya Toplantısı*, 9 – 10 Ekim 2015, Antalya 2017, ss. 59 – 106, s. 59 vd.

Buna göre, ileri sürülen iddia belli bir miktar para borcunun ödenmemesinden ibaretse, alacaklı genel veya (alacağın kambiyo senedine dayanması hâlinde) kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yoluna başvurmalıdır (İİK m. 154 vd.; m. 171 vd.). Borçlu icra dairesi tarafından gönderilen iflâs ödeme emrine itiraz etsin etmesin, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre zarfında iflâs davası açılmalıdır (İİK m. 156). Şayet belirtilen süre içinde dava açılmadığı takdirde, takip alacaklısı, aynı takip içinde borçlunun iflâsını isteme hakkını kaybeder.

Takipli iflâs yolunda açılan iflâs davasının bu ölçütlere karşılık gelip gelmediğini, ilk olarak borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmiş olması (B.) ikinci olarak ise ödeme emrine itiraz etmemiş olması (C.) ihtimallerine göre değerlendirmek gerekir.

## **B.- Borçlunun İflâs Ödeme Emrine İtiraz Etmiş Olması Hâlinde**

### **I.- İflâs Davasının Hukukî Niteliği Bakımından**

İflâs davasının hukukî niteliği konusunda bir görüş birliği yoktur. Hatta tartışılan şey, iflâs davasının gerçekten bir dava olup olmadığıdır:

*Postacıoğlu'na* göre iflâs davası, gerçek anlamda bir dava değil, iflâs takibinin bir hadisesi niteliğindedir<sup>25</sup>.

*Tanrıver*, müessesenin dava niteliğini tanımakta ancak onun takibin devamını sağlamaya yöneldiğine ve iflâsın sonuçlarından sadece davacı alacaklıların değil, borçlunun tüm alacaklılarının etkileneceğine dikkat çekmektedir<sup>26</sup>. Biraz daha nüansla *Özbek*, dava teriminin kullanılmasını uygun görmekte, ancak burada bir alacak davasından farklı olarak gerçek anlamda borçluya yöneltilmiş bir talebin bulunmadığını, bu talebin Devlete (kamu gücüne) yöneltildiği görüşündedir<sup>27</sup>.

Öte yandan *Altay*, *Önen* ve diğer bazı yazarlar iflâs kararının inşai niteliğine vurgu yapmaktadırlar<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> *Postacıoğlu*, s. 21. Benzer şekilde bkz. *Berkin*, s. 93, 94.

<sup>26</sup> *Tanrıver*, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 115, 116, dn. 2.

<sup>27</sup> *Özbek*, *İflâs Davasının Niteliği*, s. 218 vd.

<sup>28</sup> *Altay*, s. 126; *Önen*, E., *İnşai Dava*, Ankara 1981, s. 141. Aynı görüşte *Postacıoğlu*, s. 34.

*Kuru* ise iflâs davasını bir eda (alacak) davası olduğu görüşünde-  
dir<sup>29</sup>. Bu görüş diğer bazı yazarlar tarafından da takip edilmektedir<sup>30</sup>.

İflâs davasında iki talebin bulunması, bu taleplerin bölünüp bölünmeyeceği tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Bu bölünme ise, esasen borçlunun itirazının kaldırıldığı anı esas almaktadır. Buna göre iflâs davası, özellikle üzerinde serbestçe tasarruf edilip edilemeyeceği bakımından ikili bir ayırım altında da ele alınabilecektir. Nitekim, iflâs takibi (ve davası) ile uyuşmazlığın tarafları arasında tahkim şartının varlığı noktasındaki tartışmalar bakımından bu ayrıma öğretilerde özellikle dikkat çekilmektedir<sup>31</sup>. Bu ayırımın, iflâs davasının arabuluculuğa elverişliliği bağlamında bir sonuca varmak adına tek başına yeterli olmayacağı kanısındayız. Çünkü, aşağıdaki alt başlıklarda da aktarmaya çalıştığımız üzere, itirazın kaldırılması hâlinde dava, o ana kadar olan seyirinden başka bir mecraya evrilse de, tarafların dava konusu üzerindeki tasarruf yetkisi varlığını korumaya devam etmektedir.

Bu ve davanın hukukî niteliği hakkındaki diğer bazı görüşleri konumuz açısından değerlendirecek olursak, kanımızca iflâsın hukukî niteliği ve iflâsın açılmasının gerek müflis gerek alacaklılar bakımından sonuçları, öğretilerde de işaret edildiği üzere bu davanın bir eda (alacak) davası niteliğini dışlamamaktadır<sup>32</sup>. Özellikle ödeme emrine itiraz edilmiş olması karşısında, ortada bir ihtilafın bulunduğu ve davanın çekişmeli yargıya dahil olduğunun da kabulü gerekmektedir<sup>33</sup>.

Nitekim yukarıda giriş kısmında da dile getirmeye çalıştığımız gibi, genel kabul gören görüş uyarınca *iflâs* hukuki niteliği bakımından,

<sup>29</sup> **Kuru**, C. III, s. 2674; **Kuru**, B., *El Kitabı*, s. 1113, dn. 10, 1114.

<sup>30</sup> **Kırtıloğlu**, S., *İflâs Davası*, Ankara 2009, s. 77 vd. Yazar, inşai karar konusundaki görüşe katılmakla birlikte eda hükmünün göz ardı edilemeyeceği görüşündedir. Yine iflâs davasının bir alacak davası olduğu yönünde bkz. **Muşul**, T., *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2019, s. 141, 142 vd.

<sup>31</sup> Açıklamalar ve tartışmalar için bkz. **Dinç**, s. 442 vd. Ayrıca bkz. "...iflâs davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kural, alacağın tesbiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade eder..." Y. 23. HD, 4.3.2019, 1512/796 (KBİBB) (Tahkim şartı – iflâs davası ilişkisi bağlamında zikrettiğimiz ve benzer bazı kararlar hakkındaki açıklamalar için bkz. **Dinç**, s. 426 vd.).

<sup>32</sup> Bkz. **Kırtıloğlu**, s. 79.

<sup>33</sup> Bkz. ve karşı. **Özbek**, *İflâs Davasının Niteliği*, s. 222.

borçlunun (müflisin) malvarlığı üzerinde tasarruf imkânını ortadan kaldıran, bu malvarlığının iflâsın özel organları tarafından ve cebri icra organlarının denetiminde tasfiye edilmesi suretiyle alacaklıların tatminini öngören bir toplu tasfiye yöntemidir. İflâs, bu yönüyle koruma tedbirlerine yaklaşıır<sup>34</sup>.

Buna karşılık iflâs davasının hukuki niteliği bakımından karma bir karakter arz ettiğini, burada iç içe geçmiş iki talep bulunduğunu kabul etmek kanımızca daha doğru olacaktır<sup>35</sup>. Yargıtay da, iflâs davasının kendine özgü karakterine işaret etmektedir. Buna göre “...itirazın kaldırılması ve iflas davaları öncelikle davacının alacaklı, davalının ise borçlu olduğuna ilişkin bir maddi hukuk yargılamasını, sonrasında şartların mevcudiyeti halinde borçlu-davalının iflasına karar verilen davalardandır...”<sup>36</sup>.

Diğer yandan bu davanın bir mutlak ticarî dava olduğundan da tereddüt etmemek gerekir<sup>37</sup>. Bununla birlikte arabuluculuk yolu bakımından bir sonuca varabilmek için iflâs davasının hukukî niteliği gerek dava sebebi gerek yargılama usulü bakımından incelenmelidir. Bu aynı zamanda, iflâs yolları bakımından hangi hususların kamu düzenine ilişkin olup olmadığının tespiti bakımından da önem taşır.

Birinci olarak *iflâs davasının amacı*, belli bir miktar paranın ödenmesini, aksi takdirde iflâsın açılmasını sağlamaktır: Nitekim, takipli iflâs yolunda ödeme emrine itiraz üzerine açılan iflâs davasında asliye ticaret mahkemesi, tipik (herhangi) bir alacak davasında olduğu gibi, tarafların iddia ve savunmalarını genel hükümlere göre inceler, borçlunun gerçekten borçlu olup olmadığını araştırır. *Bu yönüyle* iflâs davası, takip alacak-

<sup>34</sup> Bkz. ve karş. **Deren – Yıldırım**, s. 340 vd.; **Başözen**, s. 23 vd. Ayrıca bkz. yuk. dn. 7’de anılan yazarlar. İflâsın açılmasının bir müeyyide sayılabileceği konusunda ayrıca bkz. ve karş. **Özbek**, *ABD İflâs Hukuku...*, s. 26.

<sup>35</sup> Bkz. **Yılmaz**, E., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Ankara 2016, s. 857.

<sup>36</sup> Y. 23. HD, 4.3.2019, 1512/796 (KBİBB). Ayrıca bkz. Y. 19. HD, 19.11.1993 T., 6975/7800 (LegalBank). Yine de belirtmek gerekir ki Yargıtay bazı kararlarında da onun inşâi karakterine vurgu yapmaktadır. Örn bkz. HGK, 6.4.1983, 12-963/335 (nakleden **Altay**, s. 211 vd.

<sup>37</sup> Nitekim bkz. **Tanrıver**, S., *Medenî Usul Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Ankara 2018, s. 156, 157; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 379; **Ermenek/Azıklı Arslan**, s. 175 (ve bkz. aynı yer dn. 83’te anılan yazarlar ve Y. 15. HD, 20.11.2017, 2048/4015). Ayrıca bkz. Y. 15. HD, 11.6.2015, 2014/5062 E., 2015/3271 K. (LegalBank); Y. 19. HD, 19.3.2006, 1248/2638 (KBİBB).



lısının borçlusuna aynı sebeple açabileceği herhangi bir alacak (eda) davasından farklı değildir<sup>38</sup>. Buna karşılık borçlunun ödeme emrine itirazı kaldırıldığı ve borçluya gönderilen depo emrine rağmen bu emrin gereği yedi gün içinde yerine getirilmediği takdirde verilecek iflâs kararı, niteliği gereği inşai (yenilik doğuran) bir karardır<sup>39</sup>. Bu itibarla alacaklının sair bir eda davasında olduğu gibi alacağına doğrudan kavuşması da söz konusu değildir<sup>40</sup>.

*Dava sebebi ve dava konusu bakımından* ise, iflâs davasının sebebi (davaya dayanak teşkil eden vakıa)<sup>41</sup> belli miktarda para alacağının, iflâs yoluyla takip talebinde bulunulması üzerine gönderilen ödeme emrine rağmen ödenmemiş olduğu iddiasıdır. Davanın konusu (talep sonucu)<sup>42</sup> ise, ilk etapta borçlunun ödeme emrine vaki itirazının kaldırılması ve iflâsın açılmasına karar verilmesidir.

Diğer taraftan, iflâs kararının verilebilmesi için borçlunun itirazının kaldırılması tek başına yeterli olmayıp, asliye ticaret mahkemesi tarafından gönderilen depo emrinin gereğinin yerine getirilmemesi de gerekir ki, takip ve davaya konu miktar ödendiği takdirde, en azından bu dava özelinde ve başkaca bir sebeple borçlunun iflâsına karar verilmesi mümkün değildir. Kaldı ki bu faraziyede de zaten iflâs davasının reddi gerekir<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Nitekim bkz. **Kuru, B.**, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. III, İstanbul 1993, s. 2674.

<sup>39</sup> **Önen, E.**, *İnşai Dava*, Ankara 1981, s. 141; **Sungurtekin Özkan, M.**, “İnşai Karar ve Özellikleri”, *Prof. Dr. Bâki Kuru Armağanı*, Ankara 2004, ss. 553 – 576, s. 559; **Budak, Üçüncü Kişilerin Korunması, s. 23.**

<sup>40</sup> Bkz. ve karş. **Özbek, İflâs Davasının Niteliği, s. 218, 219; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 458.**

<sup>41</sup> Dava sebebinin vakıalar olduğu özelinde genel olarak bkz. **Kuru, B.**, “Hukuk Usulünde Dava Sebebi”, *Makaleler*, İstanbul 2006, ss. 215 – 246, s. 216 vd.

<sup>42</sup> Dava konusu kavramı, ona ilişkin teoriler ve meseleye yönelik tespitler için özellikle bkz. **Ercan Özler, M.**, *Medenî Usul Hukukunda Dava Konusu*, Doktora Tezi, Konya 2019, s. 184 vd. Dava konusu kavramının dava şartı arabuluculuk yolu ile ilişkisi bakımından ayrıca bkz. ve karş. **Ermenek/Azıklı Arslan**, s. 141 vd.; **Toraman, Dava Şartı Arabuluculuk, s. 3160 vd.; **Atalı/Erdoğan**, s. 217, 218.**

<sup>43</sup> Hatta öyle ki, depo kararının yerine getirileceği süre, depo kararının verildiği oturumu izleyen kararın oluşturulması için belirlenen duruşmaya kadar uzanır. (bkz. **Altay, S.**, *Türk İflâs Hukuku*, C. I, İstanbul 2004, s. 141; Y. 19. HD, 21.2.1995, 462/1383 (**Altay**, s. 326). Ayrıca bkz. **Çağa, T.**, “İflâs Davalarında Depo Kararına Dair”, *BA-TİDER*, 1987, C. XIV, S. 1, ss. 3 – 21, s. 4; **Uzgören Baykal, E.**, “İflâs Davasında Depo

## II.- İflâs Yargılamasının Taşıdığı Özellikler Bakımından

*İddialar, savunmalar ve bunların dayanağı olan delillerin ileri sürülmesi bakımından:* İflâs davasında basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. 316 - 322). Bu itibarla davayı değiştirme ve genişletme yasağı davacı bakımından davanın açılması, davalı bakımından ise mahkemeye cevap dilekçesinin sunulması, yani davaya cevap verilmesi ile başlar.

Davalı (borçlu) esasen ödeme emrinde ileri sürdüğü itiraz sebepleri ile bağlı değildir. Ne var ki onun davaya cevap dilekçesinde ileri sürmediği ve dosyadan anlaşılmayan itirazlar (yahut defiler) mahkeme tarafından re'sen araştırılmayacaktır. Bir diğer söyleyişle iflâs davasında kural olarak taraflarca hazırlama ilkesi egemendir<sup>44</sup>. İflâs davası, deliller bakımından da bir özellik arz etmez. Diğer alacak davaları bakımından olduğu gibi, delillerin gerek ileri sürülmesi gerek bunların değerlendirilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanununun konuya ilişkin hükümleri dairesindedir<sup>45</sup>.

---

Kararı (Emri)", *BATİDER*, 2001, C. XXI, S. 1, ss. 191 – 211, depo emrinin gereğinin süresinde yerine getirilmemesi fakat duruşmadan önce borcun ödenmesi halinde iflâsa karar verilmediği konusunda bkz. s. 199, 200.

<sup>44</sup> Örneğin, bkz. Y. 23. HD, 9.3.2015, 8910/1466 (*LegalBank*). İflâs davasının arabuluculuğa (ve dava şartı arabuluculuğa) elverişli olup olmadığını tartışan *Ermenek ve Arslan Azaklı*'dan ayrıldığımız noktalardan biri de budur ki, Sayın Yazarlar, bu davada re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağı görüşündedirler (bkz. ve karşı. **Ermenek/Azaklı Arslan**, s. 176). Metinde belirttiğimiz gerekçeler çerçevesinde bu görüşe katılmıyoruz. Sayın yazarların ileri sürdüğü görüşün kabulü, ilgili sebebin (alacak iddiasının) gerçekliğinin asliye ticaret mahkemesi tarafından re'sen araştırılması sonucunu doğurur ki, bu ise ancak doğrudan iflâs başvurusu bakımından (doğrudan iflâs sebepleri çerçevesinde) tartışılacak bir konudur. Ancak yazarların bir davanın re'sen araştırma ilkesine tâbi olmasının tasarruf yetkisini kural olarak ortadan kaldırmadığına yönelik açıklamalarına da hiç şüphe yok ki katılmak gerekir.

<sup>45</sup> Genel olarak bkz. **Kuru**, C. III, s. 2674; **Altay**, s. 161. Kısaca, uyuşmazlık konusu alacak iddiası bir hukuki işlemde kaynaklandığı ve miktar veya değeri 2.500 TL'nin üzerinde olduğu takdirde kesin delille ispat zorunluluğu ve bunun istisnaları söz konusu olacak, para alacağı iddiasının dayanağı bu sınırın altında kalan hukuki işlemler yahut hukuki fiiler bakımından ise alacak iddiası veya bunun aksi her türlü delille ispat edilebilecektir. Nitekim takipli iflâs yolunda iflâs davasının açılması, her ne kadar borçluya bir iflâs ödeme emrinin gönderilmesi şartına bağlanırsa da, bu yol ile genel haciz yoluyla takip bağlamındaki itirazın kaldırılması (m. 68) yolu arasındaki benzerlik, salt kullanılan terim bakımındandır. Bu konuda ayrıca bkz. **Muşul**, s. 144; **Karlı**, s. 484. "...İtirazın kaldırılması ve iflas davalarında mahkeme itirazı genel hükümlere göre inceler. Borçlu ödeme emrine itiraz ederken bildirdiği itiraz se-

*Davadan feragat bakımından:* Feragat (HMK m. 307), bir maddi hukuk işlemidir ve usulüne göre mahkemenin huzurunda yapıldığı durumda mahkemenin ayrı bir hükmüne ihtiyaç duymaksızın kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğurur<sup>46</sup>. İflâs davasından da feragat kural olarak mümkündür.

Kanun (İİK m. 165) iflâs kararından sonra feragat edilemeyeceğini emretmiştir. Ancak bunun sebebi ise iflâs açıldığı anda tüm alacaklıların iflâs tasfiyesinin sonuçlarından yararlanabilecek olmasıdır<sup>47</sup>. Aksi durumda iflâsın açılması ile alacaklılar arasında başlayacak olan eşitlik davayı açan alacaklının davadan feragat etmesiyle bozulacaktır. Son kertede ilk derece yargılaması devam ettiği sürece, iflâs alacaklısının (davacının), açtığı iflâs davasından feragat etmek yoluyla davayı sona erdirmesine engel olan herhangi bir usul hükmü yoktur.

Kanımızca davacı alacaklı kanun yolları aşamasında dahi *alacak hakkından* feragat edebilir. Ancak bu feragat beyanının mevcut iflâs kararına herhangi bir etkisi olmayacaktır; burada feragat, olsa olsa bu alacağın iflâs masasına (İİK m. 184) yazdırılamaması (İİK m. 218, 219, b. 2) sonucunu doğuracaktır.

*Tarafların sulh olması bakımından:* İflâs davasında tarafların sulh olup olamayacağı, somut mesele bakımından ayrıca önem taşır. Sulh (HMK m. 313 vd.), bir maddi hukuk sözleşmesidir. Bununla birlikte mahkeme huzurunda yapıldığı takdirde feragat bakımından olduğu gibi kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğurur<sup>48</sup>.

---

*bepleri ile bağlı değildir. Genel hükümlere göre yapılan inceleme de basit yargılama usulüne göre yapılır..."* Y. 15. HD, 14.3.2019, 5474/1150 (KBİBB).

<sup>46</sup> Genel olarak bkz. **Kuru, B.**, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, İstanbul 2016, s. 524 vd., ayrıca s. 536; **Budak, A. C./Karaaslan, V.**, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2019, s. 305 vd.; **Görgün, Ş./Börü, L./Toraman, B./Kodakoğlu, M.**, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2019, s. 604 vd. Feragatin maddî ve usuli yönleri bakımından ayrıca bkz. **Meriç, N.**, "Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi", *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Mihbir Özel Sayısı*, 2014, C. 4, S. 2, ss. 23 – 63, s. 48 vd.

<sup>47</sup> **Altay**, s. 130. Ayrıca bkz. ve karşı. **Akyol Aslan, L.**, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara 2010, s. 312.

<sup>48</sup> Bkz. **Kuru, Usul**, s. 552 vd.; **Budak/Karaaslan**, s. 308; **Görgün/Börü/Toraman/ Kodakoğlu**, s. 613 vd.

İflâs davası ilk derece mahkemesi nezdinde devam ettiği sürece taraflar iflâs takibine konu edilen miktar üzerinde sulh olabilirler. Bir diğer söyleyişle sulh, takipli iflâs davası bakımından her iki tarafın da üzerinde tasarruf edebileceği ve onların iradesine tâbi bir konudur. Taraflar hiç şüphe yok ki iflâs talebi hakkında sulh olamazlar; ancak iflâs kararı verilmeden önce alacak miktarı üzerinde sulh olabilirler<sup>49</sup>.

Burada kısaca eklemek isteriz ki, duruşmaya her iki taraf mazeretsiz olarak katılmaz veya mazeretsiz olarak duruşmaya katılmayan tarafın yokluğunda gelen taraf dayı takip etmeyeceğini bildirirse iflâs dava dosyası işlemde kaldırılır (HMK m. 150).

*İtirazın kaldırıldığının ve takibin kesinleştiğinin ilânı ve diğer alacaklıların davaya müdahalesi bakımından:* İflâs davası bağlamında en ilgi çekici noktalardan bir tanesi, itirazın kaldırılması hâlinde yapılacak ilân (m. 166) üzerine diğer alacaklıların derdest iflâs davasına müdahalesidir (İİK m. 158). Ancak, bu müdahale iflâs kararının verilmesini değil, tersine iflâsın açılmasına yer olmadığını hedeflemektedir. Bir diğer söyleyişle muvazaalı iflâs takiplerine karşı üçüncü kişileri korumaya yöneliktir<sup>50</sup>.

### III.- İflâs Yargılamasında Kamu Düzeninden Sayılan Hususlar Bakımından

İflâs davası bakımından tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyumsuzluğun söz konusu olup olmadığının ortaya konulabilmesi için bu davanın kamu düzenine ilişkin yönlerinin de dikkate alınması gerekir.

Nitekim iflâs davasında kamu düzeni kavramı alacağın varlığının incelenmesi noktasında değil, *yetkili mahkeme* (İİK m. 154, f. 3) ve *davalının iflâsa tâbi olup olmadığına asliye ticaret mahkemesi tarafından re'sen araştırılması* (İİK m. 165) ve nihayet giriş kısmında da belirttiğimiz gibi iflâs kararının sonuçları bağlamında tartışılabilir. Buna göre:

<sup>49</sup> Nitekim bkz. **Kırtıloğlu**, S. S., *İflâs Davası*, Ankara 2009, s. 211 vd.

<sup>50</sup> Ayrıca bkz. **Budak**, A. C., *Medenî Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması*, İstanbul 2000, s. 118 vd.; **Altay**, s. 135 vd.; **Muşul**, s. 146 vd.

*Yetkili mahkeme bakımından:* İflâs davası ancak iflâsa tâbi kişinin “gerçek” işlem (muamele) merkezi mahkemesinde açılabilir<sup>51</sup>. Gerçek işlem merkezinden anlaşılması gereken, tacirin işletmelerinin bulunduğu yer değil, üçüncü kişilere karşı işlerini idare ettiği yer, yani onun idare merkezidir. Özellikle şirket ana sözleşmesinde yazılı olan yer ile organların bulunduğu yer farklıysa, organların bulunduğu yer gerçek idare merkezi olarak kabul edilmektedir<sup>52</sup>.

Bu “kesin (kamu düzenine ilişkin) yetki” kuralının amacı, iflâsın açılmasına karar verildiği takdirde, tasfiyenin iflâsa tâbi borçlunun gerçek işlem merkezinde yapılmasının sağlamak (tasfiyenin etkinliği) ve bu sayede alacaklıların menfaatini korumaktır<sup>53</sup>. Yalnız belirtmek gerekir ki “kamu düzeninden” kabul edilen bu kural, salt iflâs davası bakımından öngörülmüş olup, *iflâs takipleri* bakımından yetki ne kesin ne de kamu düzenine ilişkindir. Hatta taraflar, HMK m. 17 vd. hükümlerinde öngörülen şartlar dairesinde, genel yetkili icra dairesinin dışındaki bir daireyi de, iflâs takibi bakımından yetkili kılabilirler<sup>54</sup>.

*Borçlunun iflâsa tâbi olup olmadığının araştırılması bakımından:* İflâs takibi bakımından iflâsa tâbi olunmadığı, esasen bir ödeme emrine itiraz sebebi olarak öngörülmüştür (İİK m. 155). Bununla birlikte iflâs tasfiyesinin salt iflâsa tâbi kişilerin malvarlığı üzerinde gerçekleştirilebilmesi sebebiyle, bu durumun mahkeme tarafından re’sen gözetilmesi gerekmektedir.

<sup>51</sup> Çok sayıda karar arasında genel olarak bkz. YHGK, 29.2.2012, 780/110; YHGK, 4.5.2011, 151/275; Y. 12. HD, 13.2.1985, 14266/1215; Y. 23. HD, 23.10.2015, 9858/6839; Y. 23. HD, 24.9.2019, 689/3829 (*LegalBank*).

<sup>52</sup> Örneğin bkz. Y. 11. HD, 17.10.1988 T., 7079/5853 (Karar metni için bkz. **Altay**, s. 102, 103); Gerçek idare merkezi konusundaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Öztürk**, P., “İİK m. 154/III Uyarınca İflas Davasında Yetkili Mahkemenin Borçlunun İşlem (Muamele) Merkezine Göre Belirlenmesi”, *İBD*, Mart 1998, s. 116-128), s. 119, 120.

<sup>53</sup> Bkz. **Öztürk**, 119 vd.; **Ermenek**, İ., *İflâsın Erteleenmesi*, Ankara 2009, s. 232 vd.; **Özbek**, *ABD İflâs Hukuku...*, s. 34, dn. 35. Ayrıca bkz. **Altay**, s. 80 vd.; **Karşlı**, A., *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 477 vd.

<sup>54</sup> Genel olarak bkz. **Kuru**, *El Kitabı*, s. 1106; **Arslan**, R./**Yılmaz**, E./**Taşpınar Ayvaz**, S./**Hanağası**, E., *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2019, s. 451; **Özbek**, *ABD İflâs Hukuku...*, s. 34, dn. 35. Ki usulüne uygun bir yetki sözleşmesi dahi icra dairesinin yetkisini kesin hâle getirmeyecektir.

Söz konusu şartın iflâs davası yönünden usulî bir nitelik kazandığı görülmektedir. Bu yüzden davalının iflâsa tâbi olup olmadığı, iflâs davasına özgü bir dava şartı olarak değerlendirilebilmektedir<sup>55</sup>. Hatta öyle ki, davalı borçlunun iflâs tâbi kişilerden olup olmadığı kanımızca mahkemenin yetkisinden de önce incelenmesi gereken bir konudur.

Kamu düzenine dair kabul edilen bu hususlar, takip eden başlık altında açıklamaya çalışacağımız üzere, takipli iflâs yolunda açılan iflâs davasını bir bütün olarak kamu düzeninden saymaya yeterli gelmemektedir.

#### IV.- Değerlendirmemiz

Kanımızca taraflar arasında iflâs takibine ve davasına sebebiyet veren maddî hukuk ilişkisini, iflâs davasının ve iflâsın sonuçlarının kamu düzenine ilişkin yönlerinden ayırmak gerekir:

Takipli iflâs yolunda açılan iflâs davası, alacak iddiası bakımından tarafların hüküm anına kadar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve onların iradesine tâbi bir uyuşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, HUAK m. 1, f. 2 hükmü kapsamında arabuluculuk yoluna elverişli olduğu kabul edilmelidir.

Bu dava özelinde, kamu düzenine ilişkin olan hususlar<sup>56</sup>, mahkemenin yetkisi, davalı borçlunun iflâsa tâbi olup olmadığının re'sen araştırılması gereği ve nihayet iflâsın açılmasına karar verildiği andan itibaren bu davadan feragatin hüküm doğurmayacağı ile sınırlıdır. İflâsta alacaklılar arasında eşitlik vardır. Ancak bu eşitliğin başlangıç anı iflâsın açılmasıdır. Bir başka söyleyişle davanın borçlunun diğer alacaklıları bakımından sonuç doğuracak olması ancak iflâsın açılmasıyla gerçekleşecektir<sup>57</sup>. Kaldı ki, Türk icra ve iflâs hukukunda *külli bir takip yolu* yoktur. İflâsta küllî olan şey masa aktiflerinin tasfiyesi olup, en azından ta-

<sup>55</sup> Bunun bir dava şartı olduğu yönünde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 450; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 367. Ayrıca bkz. **Görgün, Ş./Toraman, B./Kodakoğlu, M.**, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Notları*, 2. Bası, Ankara 2018, s. 302.

<sup>56</sup> Karş. **Postacıoğlu**, s. 21.

<sup>57</sup> Karş. **Tanrıver**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 115, 116 dn. 2.

kipli iflâs özelinde<sup>58</sup> kamu düzeni kavramıyla beraber anılması gereken şey de odur.

Davanın başta dile getirdiğimiz (arabuluculuğa elverişliğe dair) diğer ölçütlere uygun olup olmadığı bakımından, davanın sebebi belli miktarda para alacağın ödenmediği iddiası, davanın konusu ise, bu alacağın tahsili, söz konusu alacak ödenmediği takdirde, borçlu hakkında iflâsın açılmasına karar verilmesidir. İflâs davası saydığımız bu yönleriyle tipik bir maddi hukuk davası görünümü taşıdığı, HUAK m. 1 hükmü çerçevesinde arabuluculuğa elverişli olduğu ve mutlak ticarî dava olduğu için, TTK m. 5/A anlamında da dava şartı arabuluculuğa tâbidir<sup>59</sup>. Bu noktada bir kez daha belirtmek gerekir ki, arabuluculuk yolu bakımından esas olan şey, kategorik olarak davanın türü veya dava konusu (talep sonucu) değil, davaya yol açan uyuşmazlık, yani dava sebebidir<sup>60</sup>.

Öğretide, iflâs davası ile korunan menfaat dengesinin (alacaklı – borçlu ve üçüncü kişi alacaklılar bakımından) bu davanın dava şartı arabuluculuğa tâbi olmamasını gerektirdiği görüşü dile getirilmektedir. Bu görüşte olan yazarlar, gerekçe olarak iflâs takibinin başladığı andan iflâs tasfiyesi sona erinceye kadar kanun koyucunun bu dengeyi korumak için muhafaza tedbiri alınmasına, iflâs talebinin ilanına veya iflâsın açılmasından sonra davadan feragat edilemeyeceğine ilişkin ve benzeri hükümlere yer verdiğini ifade etmektedirler<sup>61</sup>.

Bu görüşe katılmıyoruz. Belirtmek gerekir ki, iflâs takibi aşaması, menfaat dengesinin gözetilmesi bakımından haciz yoluyla takiplerden farklılık arz etmemektedir. Öyle ki, kanun koyucu, alacaklıya takip yolunu değiştirme imkânını bahşetmiştir (İİK m. 43)<sup>62</sup>. Yukarıdaki başlık-

<sup>58</sup> Karş. Aşa. Doğrudan iflâs yolu özelinde yaptığımız açıklamalar (§3). Arabuluculuk özelindeki açıklamalar bakımından karşı. **Ermenek/Azaklı Arslan**, s. 176.

<sup>59</sup> Aksi yöndeki görüş ve gerekçesi için bkz. **Tanrıver**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 115, 116 dn. 2; **Budak**, *Dava Şartı Arabuluculuk*, s. 34; **Koçyiğit/Bulur**, s. 75; **Ermenek/Azaklı Arslan**, s. 177.

<sup>60</sup> Bkz. yuk. dn. 4 civarı.

<sup>61</sup> **Ermenek/Azaklı Arslan**, s. 177, 178.

<sup>62</sup> Bu konuda bkz. **Kodakoğlu**, M., “İcra ve İflâs Hukukunda Takip Yolunun Değiştirilmesi (İİK m. 43, II)”, *MİHDER*, C. 16, S. 45, 2020/1, ss. 27 – 70, s. 32 vd.

larda da arz ettiğimiz gibi, yetkinin kamu düzenine ilişkin olması tasfiyenin etkinliğine, iflâs talebinin ilânı ise, muvazaalı iflâsların önüne geçme amaçlı olup alacaklıların müdahalesi, esasen iflâsın açılmasına engel olmaya yöneliktir.

Son kertede, davalı borçlu takibe konu borcu ödediği müddetçe iflâs açılmayacağına göre, tarafların alacak iddiasından doğan ve dava sırasında sulh yoluyla dahi halledebilecekleri bu uyuşmazlığı arabuluculuk yolu ile çözmelerinin, borçlunun diğer alacaklılarının menfaatlerine veya iflâs ile korunan sair kamusal menfaatlere bir hâlel getirmeyeceği görüşündeyiz.

İflâs davası arabuluculuğa elverişli bir konu ve dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilse dahi, arabuluculuğa başvuru bir takip şartı olarak öngörülmüş değildir<sup>63</sup>. Buna karşılık, takipli iflâs yolunda açılan iflâs davasını arabuluculuğa (HUAK m. 1) elverişli ve dava şartı arabuluculuk kapsamında (TTK m. 5/A) kabul ettiğimiz takdirde, alacaklının iflâs davasını açabilmesi sadece arabuluculuk yoluna başvurmuş olmasına değil, bunu ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde gerçekleştirmiş olmasına da bağlıdır (bkz. HUAK m. 18/A, f. 2). Nitekim bu faraziyede arabuluculuk bürosuna başvurulmasından, son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede bir yıllık hak düşürücü süre de işlemeyecektir (HUAK m. 18/A, f. 15).

### C.- Borçlunun İflâs Ödeme Emrine İtiraz Etmemiş Olması Hâlinde

Borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmemesi hâlinde de iflâs re'sen açılmaz. Bunun için alacaklının bir kez daha iflâs ödeme emrinin borçluya tebliğinden itibaren bir yıllık hak düşürücü sürede iflâs davasını açması gerekir (İİK m. 156, f. 4).

Bir üst başlıkta yer verdiğimiz mahkemenin yetkisi, davadan feragat, tarafların sulh olma imkânı ve benzeri hususların önemli bir kısmı, bu dava bakımından da aynı şekilde geçerli olacaktır. Ne var ki, borçlunun ödeme emrine itiraz etmiş olması hâlinde farklı olarak, burada asliye ticaret mahkemesi, bir alacağın mevcut olup olmadığını inceleyemeyecek, şekli bir takım hususların bulunup bulunmadığını değer-

<sup>63</sup> Koçyiğit/Bulur, s. 67.



lendirmekle yetinecektir. Çünkü iflâs takibi, ödeme emrine yedi gün içinde itiraz edilmemiş olması sebebiyle artık kesinleşmiştir. Gerçekten de bu ihtimalde alacaklı, borçlunun iflâsına karar verilmesini istemekle yetinmektedir<sup>64</sup>.

Asliye ticaret mahkemesinin şekli nitelikte yapacağı incelemeyi anlaşılmaması gereken iflâs takibinin gerçekten kesinleşip kesinleşmediği, davanın bir yıllık hak düşürücü süre içinde açılıp açılmadığı ve nihayet borçlunun iflâsa tâbi kişilerden olup olmadığıyla sınırlı kalmaktadır. Hatta öyle ki, burada kural olarak borçlunun borcu ödediğine yönelik savunmaları da dinlenmez<sup>65</sup>.

Hâl böyleyken bu davanın, ödeme emrine itiraz edilmiş olması hâlinde açılan iflâs davası bakımından olduğu gibi, dava sebebi bakımından bir alacak davası olarak kabulünün güç olduğu ifade edilebilir veya böyle bir durumda davanın, doğrudan iflâs yargılamasına, bu itibarla çekişmesiz yargı işlerine yaklaştığı görüşü ileri sürülebilir<sup>66</sup>. Ancak borçlunun iflâs ödeme emrine itiraz etmemiş olması, onun borçlu olmadığını ortaya koyacak bir hukukî vasıttan artık yoksun kaldığı anlamına gelmemektedir. Bir kere, iflâs ödeme emrine itiraz etmemiş olan borçlu, bir menfi tespit davası (m. 72) açabilir. Ödeme emrine itiraz edilmiş olması halinden farklı olarak, borçlunun bu davayı açmakta hukukî yararı vardır<sup>67</sup>. Borçlu, ödeme emrine itiraz etmemesi halinde açılacak iflâs davasında şekli bir incelemeyle yetinilecek olması sebebiyle ileri süremeyeceği def'i ve itirazları bu dava yoluyla ortaya koymak imkânına sahip olacaktır. Bu faraziyyede görülmekte olan iflâs davasında menfi tespit davasının sonucunun beklenmesi gerekecektir<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Açıklamalar için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 378 vd.; **Kuru, B., İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul 2016, s. 514 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavz/Hanağası, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası**, Ankara 2019, s. 459.

<sup>65</sup> Bkz. ve karşı. **Kuru, İstinaf Sistemine Göre**, s. 515; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 379; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavz/Hanağası**, s. 459.

<sup>66</sup> Ayrıca bkz. **Özbek, İflas Davasının Niteliği**, s. 222.

<sup>67</sup> Nitekim bkz. **Kırtıloğlu**, s. 200; **Kuru, C. III**, s. 2706; **Altay**, s. 176.

<sup>68</sup> Bkz. ve karşı. **Altay**, s. 176; **Kırtıloğlu**, s. 200, 201.

Bu noktada uygulama bakımından ortaya çıkabilecek bir ihtimal olarak borçlunun gecikmiş itiraz (İİK m. 65, 173) yoluna başvurması ve bunun mevcut yargılamaya olası etkisi üzerinde de kısa da olsa durmak istiyoruz.

Takipli iflâs yolu bakımından *gecikmiş itiraz*, esasen sadece kambiyo senetlerine özgü iflâs yolu bağlamında düzenlenmiş olup (İİK m. 173, f. IV), genel iflâs yolu bakımından bu konuda bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple gecikmiş itiraza sadece kambiyo senetlerine özgü iflâs yolunda başvurulabileceği yönündeki görüşe karşın<sup>69</sup>, diğer görüş, ilgili İİK m. 173, f. 4 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle genel iflâs yoluyla takip bağlamında da gecikmiş itiraz yoluna başvurulabileceği yönündedir<sup>70</sup>. İster gecikmiş itirazın salt kambiyo senetlerine özgü iflâs yolunda mevcut olduğu ister kıyasen genel iflâs yolunda uygulabileceği savunulsun, konumuz açısından önemli olan, gecikmiş itiraz hâlinde bu durumun varlığının, açılacak muhtemel iflâs davasını dava şartı arabuluculuğa tâbi kılıp kılmayacağıdır.

Kanımızca buna olumlu yanıt vermek mümkündür. Şöyle ki, cüz'i icradan farklı olarak iflâs takiplerinde gecikmiş itiraz mercii, icra mahkemesi olmayıp bu konuda henüz iflâs davasının açılıp açılmamış olduğuna göre ikili bir ayırmda bulunmaktadır. Buna göre, borçlu ödeme emrine itiraz etmemiş fakat iflâs davası henüz açılmamışsa, gecikmiş itiraz mercii icra dairesi, iflâs davası açılmışsa bu davaya bakan asliye ticaret mahkemesidir<sup>71</sup>. Gecikmiş itirazın icra dairesine yapılması durumunda bu itirazın iflâs davası sırasında asliye ticaret mahkemesi tarafından incelenmesi gerekeceğinden henüz dava açılmadan gecikmiş itiraz yoluna başvurulması durumunda iflâs davası dava şartı arabuluculuğa tâbi kabul edilebilir. Buna karşılık, bu başvurunun yargılama sırasında yapılması karşısında artık çekişmeli bir yargı faaliyetinden bahsedilecektir. Bu durumda ise, savunduğumuz görüş bakımından,

<sup>69</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 378; Muşul, s. 152.

<sup>70</sup> Kuru, C. III, s. 2670; Karşlı, s. 482; Altay, s. 122, 123. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur (11. HD, 27.12.1988, 3143/7963, nakleden Altay, s. 123). Açıklamalar için ayrıca bkz. Kırtıloğlu, s. 37 vd.

<sup>71</sup> Açıklamalar için bkz. Altay, s. 123; Muşul, s. 127, 128, s. 151 vd.; Kırtıloğlu, s. 38 vd.

borçlunun itirazı hâlinde açılan iflâs davası dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğu, bu dava şartı ise süre vermekle tamamlanabilir bir dava şartı (HMK m. 115, f. 2) olmadığı için, asliye ticaret mahkemesinin davayı usulden reddetmesi gerekecektir (Bkz. HUAK m. 18/A, f. 2)<sup>72</sup>. Bu ihtimalin ise, böyle bir yaptırımla karşı karşıya kalmak istemeyen alacaklıları, ödeme emrine itiraz edilsin edilmesin, dava şartı arabuluculuk yoluna başvurmaya sevk edebileceği açıktır.

### § 3.- Doğrudan İflâs Yolunun Arabuluculuğa Elverişli Olup Olmadığı

Bilindiği üzere iflâs yollarından ikincisi, doğrudan (veya takipsiz) iflâs yolu olarak adlandırılmaktadır. Yine kendi içinde alacaklının (İİK m. 177) ve borçlunun talebiyle (İİK m. 178, 179) olmak üzere ikili bir ayırım altında incelenmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki borçlunun kendi iflâsını isteyebileceği (ihtiyarî iflâs) veya istemesi gerektiği (mecburi iflâs) haller bakımından borçlunun aciz hâlinde (İİK m. 178, f. 1) veya borca batık (İİK m. 179 ve biraz nüansla m. 178, f. 3) olması söz konusudur ki, buna ilişkin iflâs başvuruları özelinde arabuluculuğun yerini tartışmak doğası gereği anlamsız olacaktır.

Alacaklının talebiyle doğrudan iflâs bakımından ise meselenin iflâs sebepleri ve buna ilişkin yargılamanın taşıdığı özellikler çerçevesinde değerlendirilmesinin ilk etapta yeterli olacağı kanısındayız:

Nitekim takipli iflâs yollarından farklı olarak doğrudan iflâs yolunda, iflâs sebepleri belli miktar paranın ödenmemesinden ziyade borçlunun belli bir davranış biçimine (*alacaklılarının zararına hileli işlem veya teşebbüste bulunmak gibi*) veya belli bir malvarlığı durumuna dayanmaktadır (*borca batık olmak veya ödemelerin tatili gibi*) (İİK m. 177)<sup>73</sup>. Bu yüzden söz konusu sebepler istisnaî ve sınırlı sayıda kabul edilir ve takipli iflâs sebeplerinden ayırmak için maddî iflâs sebepleri olarak da adlandırılır<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Dava şartı arabuluculuk özelindeki tartışmalar bakımından bkz. **Koçyiğit/Bulur**, s. 48; **Yardım**, 108, 109.

<sup>73</sup> Bu sebepler ve açıklamalar için bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 391 vd.; **Ermenek, İ.**, *İflâsın Ertelemesi*, Ankara 2009, s. 4 vd.

<sup>74</sup> Bkz. **Kuru, C. III**, s. 2660; **Atalay**, s. 14, **Üstündağ**, s. 3 vd.; **Berkin**, s. 14; **Rüzgarensen**, s. 63, 69 vd.; **Karslı**, s. 493 vd.

Doğrudan iflâs yolunun öngörülmesinin sebebi öğretilerde de dikkat çekildiği gibi, borçlu hakkında bir iflâs takibi yapmanın fayda sağlamayacağı, gecikme halinde zarar doğacağı düşüncesidir<sup>75</sup>. İşte böyle bir durumda doğrudan iflâs yolunun birincil amacı da bir miktar alacağın ödetilmesi değil, Kanunda yer alan sebeplerden birinin tespiti durumunda iflâsın açılmasını sağlamaktır.

Doğrudan iflâs yolunun bu nitelikleri, ona ilişkin yargılamayı da karakterize etmektedir. İflâs yoluyla takip yapmadan, iflâsın açılmasına karar verilmesi talebiyle yetkili (İİK m. 154) asliye ticaret mahkemesine yapılan başvuru üzerine iflâs talebi İİK m. 166 hükmünde öngörülen usulle ilân edilir<sup>76</sup>. Alacaklının alacaklılık sıfatını ispat etmesinden sonra yapılacak inceleme, doğrudan iflâs sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğiyle sınırlıdır. Amaç belli bir miktar para alacağının borçluya ödetilmesi olmadığından, takipli iflâs yolunda açılan iflâs davasından farklı olarak borçluya bir depo emrinin tebliğ edilmesi de söz konusu değildir<sup>77</sup>. Nitekim, öğretilerde *Rüzgaresen'in* de dikkat çektiği gibi, doğrudan iflâsa başvurmayı gerektiren durumlarda, borçlunun borcunu hiçbir surette ödemek istemediği veya ödemesinin de zaten mümkün olamayacağına yönelik bir karine vardır<sup>78</sup>. O hâlde buradaki yargılama konusu belli bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak talebine ilişkin bulunmadığına göre zaten TTK m. 5/A kapsamında meseleyi değerlendirmek mümkün değildir.

Aynı şekilde, doğrudan iflâs yargılaması diğer özelliklerinden kaynaklı olarak ihtiyarî arabuluculuğa (HUAK m. 1) da elverişli kabul edilemez. Doğrudan iflâs yolu, ona başvuru anından itibaren salt iflâsa tâbi olan borçludan belli miktarda alacağı bulunan alacaklıyı değil, borçlunun tüm alacaklılarını ilgilendirmektedir. Doğrudan iflâs başvurusunun bu yönü, onun genel olarak kamu düzenine ilişkin olmasını ve asli-

<sup>75</sup> Nitekim bkz. **Rüzgaresen**, s. 70.

<sup>76</sup> Genel olarak bkz. **Muşul**, s. 145 vd.; **Atalay**, s. 90; **Kuru**, C. III, s. 2786; **Üstündağ**, s. 44.

<sup>77</sup> Kaldı ki zaten İİK m. 181 hükmü de depo emrine ilişkin m. 158 hükmüne atıf yapmış değildir. Bu konuda ayrıca bkz. **Kuru**, C. III, s. 2789; **Berkin**, s. 194; **Atalay**, s. 96.

<sup>78</sup> **Rüzgaresen**, s. 70.

ye ticaret mahkemesinin kendisine yapılan başvuru üzerine re'sen araştırma ilkesini uygulaması sonucunu doğurmaktadır. Bu yönüyle uyumsuzluk konusu, kural olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konu hakkında da değildir.

Nitekim alacaklının (veya borçlunun) doğrudan iflâs talebinde bulunması, bir ticarî davaya değil, çekişmesiz yargı işine vücut verir. Esasen doğrudan iflâsın bir dava olup olmadığı, mülga HUMK döneminde tartışılmıştır<sup>79</sup>. Kanımızca *alacaklının* talebiyle doğrudan iflâs bir çekişmesiz yargı işi değil, bir davadır. Zira ileri sürülen iflâs sebebi konusunda taraflar arasında bir çekişme olduğu gibi, doğrudan iflâs yoluna başvuran alacaklının da (ileri sürülen iflâs sebebi ne olursa olsun) her şeyden önce sübjektif hak sahibi (borçludan bir miktar alacağı bulunmak) olması gerekir<sup>80</sup>. Ne var ki Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle onun çekişmesiz yargıya dâhil olduğu konusunda bir tereddüt kalmamıştır (HMK m. 382, f. 2, (f), 2). Doğrudan iflâsın teknik anlamda bir dava kabul edilmeyişi de, yukarıda saydığımız hususlarla birlikte, onun özellikle dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilemeyecek oluşunun bir diğer sebebidir.

## Sonuç

Dava şartı arabuluculuk kavramı, ticarî uyumsuzluklarda, TTK m. 5/A hükmünün yürürlüğe girdiği andan itibaren tartışmaların konusunu oluşturmaktadır. Zikredilen maddenin kötü formüle edildiği ve tartışmalara sebebiyet verenin de bu düzenleme biçimi olduğu kanısındayız.

Bir ticari dava olduğu tereddütsüz olan iflâs davası bakımından ise, iflâsın hem kamu düzenine ilişkin yönü, hem takipli iflâs yolunda açılan iflâs davasının taşıdığı özellikler, öte yandan doğrudan iflâs sebepleri ve yargılamasının taşıdığı özellikler doğrultusunda ulaştığımız sonuçlar aşağıdaki şekildedir:

<sup>79</sup> Örneğin bkz. **Budak**, s. 117; **Atalay**, s. 91. Tartışmalar için ayrıca bkz. **Toraman**, B., *İcra ve İflâs Kanununa Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi*, Ankara 2007, s. 128 – 131.

<sup>80</sup> **Toraman**, *İflâsın Ertelenmesi*, s. 130, 131.

*Birinci olarak*, takipli iflâs yolunda açılan iflâs davası özelinde kamu düzenine ilişkin hususlar, esasen iflâsın açılmasıyla kendini gösterir. Buna karşılık iflâs yargılaması aslında alelade bir alacak davasının özelliklerini taşımaktadır. Bu yargılamada alacaklıları korumak ve tasfiyenin etkinliğini teminat altına almak amacıyla getirilmiş düzenlemeler ise, iflâs davasının bu yönünü ortadan kaldırmaz. Bu itibarla zikrettiğimiz dava kanımızca kamu düzeninden kabul edilemeyeceği gibi, hem ihtiyarî arabuluculuğa elverişlidir, hem de bir ticari dava olması ve uyuşmazlığın (dava sebebinin) belli bir miktar para alacağı iddiasına ilişkin bulunması sebebiyle dava şartı arabuluculuk kapsamında kabul edilmelidir.

*İkinci olarak* ise, ödeme emrine itiraz edilmemiş olması halinde açılan iflâs davasının, aslında niteliği gereği çekişmesiz yargı işlerine yaklaştığı ifade edilebilir. Öte yandan bu faraziyede mahkemenin şekli bir incelemeyle yetindiği de tartışmasızdır. Ne var ki, borçlunun ödeme emrine itiraz etmemiş olması, onun gecikmiş itiraz yoluna başvurmasına veya menfi tespit (yahut istirdat) davası açarak borçlu olmadığına ilişkin hususları ortaya koymasına engel değildir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı ihtiyarî arabuluculuğa elverişli kabul etmek kanımızca zaten mümkündür. Ödeme emrine itiraz hâlinde açılan iflâs davası dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirildiği takdirde, bu davayı da aynı kapsamda değerlendirmek kanımızca daha doğru bir tercih olacaktır.

*Üçüncü olarak* doğrudan iflâs sebepleri ve yargılaması, birkaç sebepten ötürü (özellikle bir çekişmesiz yargı işi olması ve başvuruya sebebiyet veren hâllerin borçlunun malvarlığı durumuna veya bir davranış sebebine dayanması) arabuluculuğa elverişli olmadığı için, dava şartı arabuluculuk kapsamında da düşünülmesi mümkün değildir. Doğrudan iflâs sebeplerine ilişkin yargılama, sadece iflâs başvurusunda bulunan değil, tüm alacaklıları ilgilendirir ve kamu düzenine ilişkin kabul edilir. Bu yüzden de doğrudan iflâs başvurusu bağlamında HUAK m. 1 anlamında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlıktan da söz edilemez.

## KAYNAKLAR

- Altay, S.**, *Türk İflâs Hukuku, C. I*, İstanbul 2004.
- Aktepe Artık, S.**, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, *TBB Dergisi*, 2018, 134, ss. 257 – 291.
- Akyol Aslan, L.**, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Ankara 2010.
- Arslan, A. S.**, “Covid-19 Salgını Sebebiyle İcra Takiplerine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *TBBD*, 2020 (148), ss. 197 – 234.
- Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E.**, *İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası*, Ankara 2019.
- Atalay, O.**, *Anonim Şirketlerin İflâsı*, İzmir 1996.
- Atalay, O.**, “Covid-19 Salgını Sebebiyle Gerçekleşen Takip Tatili Sonrasına İlişkin Bazı Düşünceler ve Öneriler”, *blog.lexpera.com.tr*, 21.5.2020 (Son erişim: 24.5.2020).
- Atalay, O./Özekes, M.**, “İcra ve İflâs Kanunu m. 330 Hükmünü Uygulayan Cumhurbaşkanlığı Karar ile İlgili Ortaya Çıkan Bazı Sorular ve Tartışmalara Cevaplar”, <https://blog.lexpera.com.tr>, 20.3.2020 (Son erişim: 14.7.2020).
- Atalı, M./Erdoğan, E.**, “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfî Tespit Davaları Sorunu”, *ÇÜHFD, C. 5, S. 1*, Nisan 2020, *Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C. I*, ss. 205 – 221.
- Azıklı Arslan, B.**, *Medenî Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara 2018.
- Başözen, A.**, *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Ankara 2005.
- Berkin, N.**, *İflâs Hukuku*, İstanbul 1972.
- Budak, A. C.**, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması*, İstanbul 2000 (Anılış: **Budak, Üçüncü Kişilerin Korunması**).
- Budak, A. C.**, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *MİHDER, C. 42, 2019/1*, ss. 25 – 40 (Anılış: **Budak, Dava Şartı Arabuluculuk**).
- Budak, A. C./Ak, A.**, “Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukuku Alanında Covid-19 Sebebiyle Alınan Tedbirler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Covid-19 Hukuk Özel Say ısı, Y. 19, S. 38, Yaz 2020/2 (Covid-19 Özel Ek)*, ss. 1 – 19.

- Çağa, T.**, “İflâs Davalarında Depo Kararına Dair”, *BATİDER*, 1987, C. XIV, S. 1, ss. 3 – 21.
- Deren – Yıldırım, N.**, “İflâsın Hukukî Mahiyeti”, *İÜHFM*, C. LIV, S. 1-4, 1994, ss. 331 – 346.
- Dinç, İ.**, “Genel (Âdi) İflâs Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflâs Davasının Tahkime Elverişliliği”, *TAAD*, Ocak 2020, Y. 11, S. 41, ss. 427 – 462.
- Ekmekçi, Ö./Özekes, M./Atalı, M.**, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul 2018.
- Ermenek, İ.**, *İflâsın Ertelenmesi*, Ankara 2009.
- Ermenek, İ./Azaklı Arslan,** “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu, TTK m. 5/A”, *TBBD*, 2020/148, ss. 135 – 196.
- Fenning, L. H.**, “Late-Stage Case”, *Bankruptcy Mediation*, Alexandria VA 2016, ss. 38 – 52.
- Görgün, Ş./Börü, L./Toraman, B./Kodakoğlu, M.**, *Medenî Usul Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2019.
- Görgün, Ş./Toraman, B./Kodakoğlu, M.**, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Notları*, 2. Bası, Ankara 2018.
- Karaca, O. U.**, “Dava Şartı Olan Arabuluculuk: Sınai Mülkiyet Gündeminde Bana Yeniden Yer Açın”, *IPR Gezgini*, [iprgezgini.org/author/oukaraca/](http://iprgezgini.org/author/oukaraca/), 2 Temmuz 2020 (Son erişim: Temmuz 2020).
- Karslı, A.**, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Kırtıloğlu, S. S.**, *İflâs Davası*, Ankara 2009.
- Koçyiğit, İ./Bulur, A.**, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara 2019.
- Kodakoğlu, M.**, “İcra ve İflâs Hukukunda Takip Yolunun Değiştirilmesi (İİK m. 43, II)”, *MİHDER*, C. 16, S. 45, 2020/1, ss. 27 – 70.
- Konuralp, H.**, “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, *Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir/Çeşme*, 19 – 20 Ekim 2007, Ankara 2008, ss. 133 – 148.



- Kurt Konca**, N., Ticari Davalarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Seta Perspektif, S. 225, Aralık 2018.
- Kuru**, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C. III, İstanbul 1993 (Anılış: **Kuru**, C. III).
- Kuru**, B., *İcra ve İflâs Hukuku*, C. IV, İstanbul 1997.
- Kuru**, B., *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, İstanbul 2013 (Anılış: **Kuru**, *El Kitabı*).
- Kuru**, B., *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul 2016.
- Kuru**, B., *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, İstanbul 2016.
- Kuru**, B., "Hukuk Usulünde Dava Sebebi", *Makaleler*, İstanbul 2006, ss. 215 – 246.
- Meriç**, N., "Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi", *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Mihbir Özel Sayısı*, 2014, C. 4, S. 2, ss. 23 – 63.
- Muşul**, T., *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2019.
- Önen**, E., *İnşâî Dava*, Ankara 1981.
- Özbek**, M. S., "Amerika Birleşik Devletleri İflâs Hukuku Sisteminde Borçlu ve Alacaklılara Ait Haklar", *TBBD*, 2002/2, ss. 21 – 64.
- Özbek**, M., *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2. Bası, Ankara 2009.
- Özbek**, M., "İflâs Davasının Hukuki Mahiyeti", *AÜHFD*, 61 (1), 2012, ss. 207 – 274 (Anılış: **Özbek**, *İflâs Davasının Niteliği*).
- Özekes**, M./**Çiftçi**, P., "Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Tâbi Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul BAM Kararları Örneğinden Bir Bakış)", *TBBD*, 2020 (148), ss. 101 – 134.
- Öztürk**, P., "İİK m. 154/III Uyarınca İflâs Davasında Yetkili Mahkemenin Borçlunun İşlem (Muamele) Merkezine Göre Belirlenmesi", *İBD*, Mart 1998, ss. 116 – 128.
- Paslı**, A., "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Ara-*

*buluculuk* (Ed.: Süral Efeçınar, C./Yardım, M. E.), Ankara 2019, ss. 13 – 25.

**Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.,** *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2019.

**Pekcanitez, H./Erişir, E.,** “Koronavirüs (Covid-19) Salgınına Karşı Alınan, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukunu İlgilendiren Önlemler”, *legal.com.tr/blog*, 3.6.2020 (Son erişim: 14.7.2020).

**Postacıoğlu, İ. E.,** *İflâs Hukuku İlkeleri, C. I, İflâs*, İstanbul 1978.

**Rüzgaresen, C.,** “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İflâs Sebepleri ve Yeni Bir İcra ve İflâs Kanunu İçin Öneriler”, *MİHBİR*, 13. Antalya Toplantısı, 9 – 10 Ekim 2015, Antalya 2017, ss. 59 – 106.

**Sarısözen, S.,** *İcra – İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, 3. Bası, Ankara 2019.

**Sungurtekin Özkan, M.,** “İnşai Karar ve Özellikleri”, *Prof. Dr. Bâki Kuru Armağanı*, Ankara 2004, ss. 553 – 576.

**Tanrıver, S.,** “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB Dergisi*, 2020 (147), ss. 111 – 147 (Anılış: **Tanrıver, Dava Şartı Arabuluculuk**).

**Tanrıver, S.,** *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993.

**Tanrıver, S.,** *Medenî Usul Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Ankara 2018.

**Taşpınar Ayvaz, S.** *İcra – İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma*, Ankara 2006.

**Toraman, B.,** *İcra ve İflâs Kanununa Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi*, Ankara 2007 (Anılış: **Toraman, İflâsın Ertelenmesi**).

**Toraman, B.,** “Takip Hukukuna Özgü Bazı Davaların Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olup Olmadığı Sorunu”, *ÇÜHFD*, C. 5, S. 1, Nisan 2020, *Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, C. III*, ss. 3141 – 3170 (Anılış: **Toraman, Dava Şartı Arabuluculuk**).

**Umar, B.,** *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973.

- Uzgören Baykal**, E., “İflâs Davasında Depo Kararı (Emri)”, *BATİDER*, 2001, C. XXI, S. 1, ss. 191 – 211.
- Üstündağ**, S., *İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)*, 6. Bası, İstanbul 2002.
- Yardım**, E., “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (Ed.: Süral Efeçimar, C./Yardım, M. E.)*, Ankara 2019, ss. 89 – 110.
- Yıldırım**, M. K./**Deren-Yıldırım**, N., *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2016.
- Yıldırım**, M. K./**Oruç**, Y., “İcra ve İflâs Kanunu ile Alman Aciz Kanunu Bakımından İflâs Kurallarının Amacının Değerlendirilmesi”, *DÜHFD*, 2019, C. 24, S. 41, ss. 361 – 403.
- Yılmaz**, E., *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Ankara 2016 (Anılış: **Yılmaz**, Şerh).
- Yılmaz**, A., “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk ve Tüketici Sözleşmeleri”, *AndHD*, C. 4, S. 1, Ocak 2018, ss. 219 – 238 (Anılış: **Yılmaz**, *Dava Şartı Arabuluculuk*).
- Yılmaztekin**, H. K./**İnce**, Z., “Dava Şartı Arabuluculuk Ekseninde Bazı Fikrî Mülkiyet Uyuşmazlıkları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 159, Kasım 2019, ss. 2171 – 2185.



## ÖZEL OKULLAR İLE ÖZEL ÖĞRENCİ YURT VE BENZERİ KURUMLARIN TAŞINIR VE TAŞINMAZ MALLARININ HACZİ: İİK M. 362/a HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Anıl KÖROĞLU\*

Mikail Bora KAPLAN\*\*

### Öz

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesiyle özel okullar ile özel öğrenci yurt ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının eğitim ve öğretim yılı içinde haczedilmesi yasaklanmıştır. Madde ile eğitim ve öğretim faaliyetinde yaşanacak aksaklıkların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu çalışmada, İİK m. 362/a hükmü değerlendirilmiş; ilgili hüküm hakkında genel bilgilerin verilmesinin ardından madde ile ortaya çıkabilecek sorunlar tespit edilmiş ve bunlara yönelik çözüm önerileri sunulmuştur. Haczin eğitim ve öğretim döneminde yasaklanması, alacaklıların haciz ile elde edebilecekleri menfaati tamamen ortadan kaldırdığı için uygun değildir. Dolayısıyla bu malların eğitim ve öğretim döneminde haczedilebileceği; fakat haczedilen mal hakkında muhafaza tedbiri alınmasının yasaklanmasına ilişkin yeni bir düzenlemenin menfaatler dengesine daha uygun olacağı tespit edilmiştir. Ayrıca hükümde kamu alacaklılarının bu düzenlemeden muaf oldukları düzenlenmiştir. Adî alacaklar için haciz uygulanması mümkün değilken, kamu alacakları için haciz yapılabilmesi alacaklılar arasındaki eşitlik

\* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Dr., Turkish-German University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement – Bankruptcy Law, Istanbul, Turkey.

✉ koroglu@tau.edu.tr • ORCID 0000-0003-2359-385X

\*\* Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Res. Asst., Turkish-German University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement – Bankruptcy Law, Istanbul, Turkey.

✉ m.kaplan@tau.edu.tr • ORCID 0000-0002-4162-9054

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KÖROĞLU, Anıl / KAPLAN, Mikail Bora, "Özel Okullar ile Özel Öğrenci Yurt ve Benzeri Kurumların Taşınır ve Taşınmaz Mallarının Haczi: İİK m. 362/a Hükümünün Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1061-1082.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ilkesine uygun değildir. Bu durum aynı zamanda hacze iştirak bakımından da önemli problemler doğurmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Özel Okul • Şikâyet • Haciz • Hacze İştirak • İhtiyatî Haciz

## ATTACHMENT OF MOVABLE AND IMMOVABLE GOODS OF PRIVATE SCHOOLS AND PRIVATE STUDENT DORMITORIES AND SIMILAR INSTITUTIONS: AN EVALUATION OF ARTICLE 362/a OF CODE OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY

### Abstract

Under the first paragraph of Article 362/a of the Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy, during the education period, it is forbidden to attach the movable and immovable properties of private schools, private student dormitories, and similar institutions. The purpose of this article is to ensure that educational activities are carried out without interruption. In this study, problems that may arise with this article are identified and solutions are proposed for them. In enforcement law, it is necessary to strike a balance between the interests of the creditor and the debtor. This article does not bring a rightful solution in this regard. The fact that the debtor's property cannot be seized in the education and training period is against the interests of the creditor. Moreover, in order to protect the debtor, it would be sufficient to prohibit protection measures instead of prohibiting attachment.

### Key Words

Private School • Objection • Attachment • Participation to Attachment • Cautionary Attachment

## GİRİŞ

Haciz, borçlunun malvarlığı değerlerine icra dairesi marifetiyle hukuken el konulmasıdır<sup>1</sup>. Haczin konusunu borçlunun malvarlığı değerleri

<sup>1</sup> KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, Cilt: 1, Tamamen Yeniden Yazılmış, Üç Misli Genişletilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 1988, s. 616, ("*Cilt*"); KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, 2013, s. 410, ("*El Kitabı*"); GÜRDOĞAN, Burhan: İcra Hukuku Dersleri, Ankara, 1970, s. 68; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7101 ve 7155 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Nazara Alınarak Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2019, s. 153; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 189; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder /

oluşturur<sup>2</sup>. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nda<sup>3</sup> ve sair mevzuatta yer alan bazı hükümlere göre<sup>4</sup>, borçlunun birtakım malvarlığı değerlerinin haczi tamamen veya kısmen mümkün değildir<sup>5</sup>. Haczedilemezliğin temelinde yatan düşünce, borçlu ve borçlu ile birlikte hacizden etkilenebilecek kişileri korumak ve borçlunun iktisadî düzeninin devamlılığını sağlamaktır<sup>6</sup>.

Benzer bir amaçla 7141 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair

---

TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 237; POSTACIOĞLU, E. İlhan / ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2010, s. 358-359; YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2015, s. 131; KARSLI, Abdurrahim: İcra ve İflas Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2014, s. 278; ULUKAPI, Ömer: İcra ve İflâs Hukuku, Konya, 2015, s. 133-134; MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 345; YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara, 2016, s. 447.

<sup>2</sup> Haczin konusunun borçlunun malvarlığı değerleri olduğu yönünde bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, Baştan Sona Gözden Geçirilmiş ve (4949 Sayılı Kanun Hükümleri Göz önünde Tutulmak Suretiyle) Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2004, s. 170; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta in: Kurzkomentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, (Hrsg): HUNKELER, Daniel, 2. Aufl, Basel, 2014, Art. 92, N. 2; STAEHELIN, Daniel in: Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs – Ergänzungsband, (Hrsg): BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel, 2. Aufl, Basel, 2017, Art. 92, N. 2; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 189; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 249; KARSLI, s. 280; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 136.

<sup>3</sup> RG: 19.06.1932, S. 2128.

<sup>4</sup> Örneğin, 5199 s. Hayvanları Koruma Kanunu m. 5 gereğince sahibinin borcundan dolayı süs ve ev hayvanları haczedilemez.

<sup>5</sup> ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Baskı, Ankara, 1960, s. 94; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 157; GÜRDOĞAN, s. 68; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 207.

<sup>6</sup> ANSAY, s. 97; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 157; VONDER MÜHLL, Georges in: Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Hrsg): STAEHELIN, Adrian / BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel, 2. Aufl, 2010, Art. 92, N. 3; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 270; KREN KOSTKIEWICZ, Art. 92, N. 1; haczedilemezliğin manevi, iktisadi ve sosyal nedenlere dayanabileceği yönünde bkz. YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 139; PEKSÖZ, Vildan: "Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Malların Haczi", SÜHFD, C. 28, S. 3, 2020, s. 945.

Kanun'un<sup>7</sup> 1. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'na yeni bir madde (362/a) eklenmiştir. Tek fıkradan oluşan hüküm şu şekildedir: "8/2/2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında faaliyet gösteren okullar ile 24/3/1950 tarihli ve 5661 sayılı Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Aşevleri Hakkındaki Kanuna Ek Kanun kapsamında faaliyet gösteren özel öğrenci barınma hizmetleri veren yurt ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz malları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler hariç olmak üzere içinde bulunulan eğitim ve öğretim yılı sonunda haczedilir."

Çalışmada İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmü değerlendirilmiş; bu madde ile ortaya çıkabilecek sorunlar ve bu sorunlara karşı çözüm önerileri sunulmuştur.

## I. İİK M. 362/a HÜKMÜNÜN GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Hükmün Amacı

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmünün doğru bir şekilde yorumlanabilmesi için öncelikle söz konusu maddenin amacının belirlenmesi gerekir<sup>8</sup>. Hükmün gerekçesinde amaç şu şekilde belirtilmiştir:

*"Madde ile, özel okullar ile özel öğrenci yurtları ve benzeri kurumların taşınır ve taşınmaz mallarının haciz yapılırken öğrencilerin olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi amacıyla bu kurumların borçlarına ilişkin haciz işlemlerinin eğitim ve öğretim yılı sonuna bırakılması amaçlanmaktadır."*

Madde gerekçesinde haczin yasaklanması ile öğrencilerin hacizden olumsuz bir şekilde etkilenmesinin önüne geçilmek istendiği belirtilmiştir. Kanaatimizce ilgili madde özelinde haczedilemezliğin tek sebebi eğitim ve öğretim yılı içinde yapılacak (özellikle fiili) hacizlerin dersleri aksatmasının önüne geçmek değildir. Eğer sadece böyle bir düşünce olsaydı,

<sup>7</sup> RG: 18.05.2018, S. 30425.

<sup>8</sup> Türk Medeni Kanunu m. 1 uyarınca Kanun hükümlerinin yorumunda maddenin lafzının yanı sıra amacının da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. NOMER, Halûk Nami / AKBULUT, Pakize Ezgi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri Bölüm I, İstanbul, 2016, s. 21-22.



kaydî haczin<sup>9</sup> yapılmasına izin verilebilir veya haczin sadece derslerin yapılmadığı zaman aralığında (*örneğin; hafta sonu veya ara tatilde*<sup>10</sup>) gerçekleştirileceği düzenlenebilirdi. Bu şekilde bir düzenleme yapılmayarak bütün haciz işlemlerinin eğitim ve öğretim yılı içinde yasaklanması, haczedilen şeyin borçlunun elinden çıkmasından ve bu sebeple öğretim faaliyetinin tamamen aksamasından duyulan endişenin bir ürünüdür. Öğrencilerin eğitim ve öğretim yılı içinde diğer okullara nakil işlemlerinde yaşayacağı güçlükler dikkate alındığında, bu yönde bir düzenleme düşünce olarak isabetlidir. Söz konusu düzenlemenin bu amaç kapsamında değerlendirilmesi ve yoruma muhtaç muhtelif hukukî sorunların bu amaç doğrultusunda ele alınması gerekir.

## B. Hükümün Uygulama Alanı

### 1. Haciz Konusu Bakımından Uygulama Alanı

İcra ve İflâs Kanunu 362/a hükmü uyarınca, eğitim ve öğretim döneminde taşınır ve taşınmaz malların haczi yasaklanmıştır. Maddede, taşınır ve taşınmaz mallar dışında kalan hak ve alacakların haczine ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bu durum şu sorunun yanıtlanmasını gerekli kılar: Söz konusu düzenlemeyle borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, madde kapsamının dışında mı bırakılmıştır?

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, yukarıdaki soruya olumsuz yanıt vermiştir. Mahkeme, borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağının taşınır hükmünde olduğunu ifade eden İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinin ikinci fıkrasına atıf yaparak, borçlu özel okulun üçüncü kişi bankadaki alacağını taşınır olarak değerlendirmiş ve eğitim ve öğretim yılı içinde bu hak ve alacaklar üzerine haciz konulamayacağına karar vermiştir<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Resmî sicile kayıtlı maddi ve gayri maddi malların kendilerine ait sicillere yazı yazılması suretiyle haczedilmesine uygulamada kaydî haciz denir (ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 197, 222).

<sup>10</sup> Kural olarak tatil günlerinde hiçbir icra takip işlemi yapılamaz (*karş. İİK m. 51/1, c.1*); ancak tatil günlerinde haciz, tebligat yapılabilir ve muhafaza tedbiri alınabilir (*karş. İİK m. 51/1, c.2*).

<sup>11</sup> İstanbul BAM, 20. HD, 02.10.2019, E. 2019/1473, K. 2019/1614 (*Kişisel Arşiv*); Yargıtay 12. HD, 16.12.2019, E. 2019/13319, K. 2019/17890 (*Kişisel Arşiv*).

Söz konusu meselenin çözümü için üçüncü kişilerdeki alacakların icra hukuku anlamında taşınır olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. Taşınır malların kapsamına nelerin dâhil olduğu öncelikle maddî hukuk meselesidir (bkz. *TMK m. 686*). Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nda bazen maddî hukuk terimlerine olması gerekenden daha farklı anlamların verildiği görülmektedir. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 23. maddesinde, “taşınır rehni” tabiri ile, teslimine bağlı rehinlerin, Türk Medenî Kanununun 940. maddesinde öngörülen rehinlerin, hapis hakkının, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinlerin anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nda taşınıra ilişkin genel bir tanım yapılmamış olmakla birlikte, hangi şeylerin “taşınır haczi” kapsamında haczedileceği Kanun'un 88. maddesinde düzenlenmiştir<sup>12</sup>. İlâveten, İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinin ikinci fıkrasında, borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağının taşınır hükmünde olduğu da belirtilmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 106. maddesinin ikinci fıkrası hükmü, Kanun'un haczedilen malların paraya çevrilmesine ilişkin bölümünde<sup>13</sup> düzenlenmiştir. Bununla birlikte, öğreti ve Yargıtay bu hükmü sadece paraya çevirme aşaması ile sınırlandırmamaktadır. Şöyle ki, bu hüküm dayanak gösterilerek borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağının taşınır gibi haczedilebileceği<sup>14</sup>; hacizde tertip bakımından bu

<sup>12</sup> İcra hukukunda taşınır kavramından ne anlaşılması gerektiği hakkında ayrıntılı olarak bkz. ERTURGUT, Mine: İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2000, s. 21.

<sup>13</sup> Haczedilen para alacağının paraya çevrilmesi anlamsız olup burada paranın icra dosyasına gönderilmesinin istenmesi, İİK m. 106 anlamında paraya çevrilmesi talebi yerine geçer (ÜSTÜNDAĞ, s. 239, dn. 758). Ayrıca bkz. “[...]Somut olayda, haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil, borçlunun alacaklı konumunda olduğu takip dosyası alacağına uygulanmış olup, İİK'nin 106. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, borçlunun alacağı menkul hükmünde ise de, mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebinin, satış talebi gibi değerlendirilip, İİK'nin 106-110. maddelerindeki süreler kıyasen uygulanarak inceleme yapılması ve hüküm kurulması gerekir[...].” Ankara BAM 18. HD, 8.4.2019, E. 2018/261, K. 2019/599 (*Lexpera*); aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD, 24.1.2017, E. 2016/9437, K. 2017/959 (*Lexpera*).

<sup>14</sup> KURU, El Kitabı, s. 462; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 173; ARSLAN, Ramazan: “Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları” AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 3219; ayrıca bkz. “[...] Borçlunun, üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 106/2. maddesi gereğince menkul (taşınır) hükmündedir. Dolayısıyla, bu hak ve alacakların haczi de menkul haczi gibi gerçekleştirilir [...]” Yargıtay 12. HD,

alacakların taşınurlar gibi işlem göreceği<sup>15</sup>; istihkak iddiası bakımından bu alacakların taşınurlar gibi değerlendirileceği ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Görüldüğü üzere, İİK m. 106/2 hükmü, üçüncü kişilerdeki alacağın haczi aşamasında da göz önünde bulundurulmakta ve haczin tatbiki bakımından borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı taşınır gibi değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, taşınır gibi değerlendirilen alacak hakkının da (*alacak hakkının haczedilemeyeceği Kanun'da açıkça belirtilmiş olmadıkça*) haczedilmesinin yasak olduğu sonucuna varmak gerekir. Dolayısıyla İİK m. 362/a hükmünde açıkça belirtilmese dahi, alacak hakkının da haczedilmesi yasak olmalıdır. Bu şekilde bir yorum, hükmün amacına da uygundur.

Öğreti<sup>17</sup> ve Yargıtay kararlarında haczedilemezlik kurallarının dar yorumlanması gerektiği şeklinde bir yaklaşım olduğu görülmektedir<sup>18</sup>. Ancak hükmün amacı doğrultusunda yasak/istisna hükümlerinin dar yorumlanması ilkesi bertaraf edilebilir<sup>19</sup>. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacaklarının haczine izin verilmesi, borçlunun söz konusu alacaktan eğitim

15.2.2019, E. 2018/14300, K. 2019/2184 (*Kazancı İçtihat Bankası*); aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD, 19.1.2016, E. 2015/32106, K. 2016/1358 (*Kazancı İçtihat Bankası*); “[...] Yeri gelmişken belirtmelidir ki borçlunun üçüncü kişilerde bulunan hak ve alacakları da taşınır hükmünde olup, maddede düzenlenen ‘mal’ kavramına dahildir [...]” Yargıtay HGK, 25.3.2015, E. 2013/12-1705, K. 2015/1085 (*Kazancı İçtihat Bankası*).

<sup>15</sup> KURU, Cilt, s. 634; ASLAN, Kudret: “Hacizde Sıra (Tertip)”, AÜHFD, C. 54, S. 2, 2005, s. 296; BOLAYIR, Nur: “Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebrî İcra Sistemi”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. III, 2015, s. 2526.

<sup>16</sup> “[...] Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 106/2. maddesi gereğince menkul (taşınır) hükmündedir. Şikayetçi üçüncü kişinin icra mahkemesine başvurusu haciz işlemine karşı İİK’nun 96 vd. maddelerine göre istihkak iddiası niteliğinde olup icra mahkemesine şikayet olarak başvurulması, HMK’nun 33. maddesinde yer alan hukuki nitelendirmenin hakime ait olduğu kuralı karşısında sonuca etkili değildir [...]” Yargıtay 12. HD, 1.6.2015, E. 2015/4622, K. 2015/14888 (*Kazancı İçtihat Bankası*).

<sup>17</sup> BERKİN, s. 82; KARSLI, s. 288.

<sup>18</sup> “[...] Haczedilemezlik istisnai bir durum olduğundan, bu yöndeki düzenlemelerin de dar yorumlanması gerekir [...]” Yargıtay 12. HD, 3.10.2019, E. 2019/10426, K. 2019/14089; “[...] Tüm bu açıklamalara göre; Haczedilemezlik kuralının, gerek uluslararası karşılaştırmalı hukukta gerek öğretide, gerekse son yıllarda geliştirilen Anayasa Mahkemesi ve yargısal görüşlerde sınırlandırılması gerektiği ve bu düzenlemenin son derece ayrıksal ( istisnai ) durumlarda söz konusu olması gerek [...]” Yargıtay HGK. 26.2.2003, E. 2003/12-116, K. 2003/111 (*Kazancı İçtihat Bankası*).

<sup>19</sup> NOMER / AKBULUT, s. 21; istisna hükümlerinin kendi dar amaçları kapsamında geniş yorumlanabileceği yönünde bkz. YONGALIK, Aynur: “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 60, S. 1, 2011, s. 12.

ve öğretim yılı içinde haciz sebebiyle mahrum kalmasına ve bu sebeple (örneğin, eğitim kurumunda çalışan öğretmenlerin ücretlerinin ödenememesinin yaratacağı sıkıntılar gibi) eğitim ve öğretim faaliyetlerinin aksamasına neden olabilir<sup>20</sup>.

## 2. Takipler Bakımından Uygulama Alanı

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'ndan<sup>21</sup> doğan takipler, İİK m. 362/a hükmünün kapsamı dışında bırakılmıştır. Başka bir anlatımla, 6183 sayılı Kanun'dan doğan takipler bakımından borçluya ait mal ve alacakların eğitim ve öğretim yılı içinde haczedilmesi mümkündür. Kanaatimizce 6183 sayılı Kanun'dan doğan takiplerin kapsam dışında bırakılması İİK m. 362/a hükmünün amacı ve alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz<sup>22</sup>.

Burada ayrıca belirtilmelidir ki, İİK m. 362/a hükmü, 5580 s. Özel Öğretim Kurumları Kanunu<sup>23</sup> kapsamında faaliyet gösteren okullar<sup>24</sup> ve 5661 s. Yüksek Öğrenim Öğrenci Yurtları ve Aşevleri Hakkındaki Kanuna Ek Kanun<sup>25</sup> kapsamında faaliyet gösteren özel öğrenci barınma hizmetleri veren yurt ve benzeri kurumlara yönelik icra takipleri bakımından uygulama alanı bulabilir. Devlet okulları ve üniversiteleri<sup>26</sup> ile vakıf

<sup>20</sup> Yargıtay'ın haczedilemezlik ile ilgili düzenlemenin amacından yola çıkarak vermiş olduğu eski tarihli bir karar için bkz. "[...] Sözcüklere dar ve sınırlı bir anlam vererek, devletin ve aracı olarak görevlendirilen TC Emekli Sandığı'nın bir "Muavenet sandığı veya cemiyet" niteliğinde olmadıklarına ve bu nedenle bu aylıkların İİK'nin 82/1-10. bendi kapsamına giremeyeceğini düşünmek amaçsal yorum önceliği ilkesi ile bağdaşmaz. Önemli olan, bu aylığı hangi kuruluşun bağladığı değil, niçin bağladığıdır. Bu aylıklar için, benzeri yasaların aksine, 2022 sayılı Yasa'da özel bir haczedilemezlik kuralının öngörülmemiş olması, aksinin öngörüldüğüne değil, aynı doğrultuda bir genel hükmün varlığına bağlanmalıdır [...]" Yargıtay 12. HD, 11.11.1980, E. 1980/6807, K. 1980/8030 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>21</sup> RG: 28.07.1953, S. 8469.

<sup>22</sup> Bu düzenleme özellikle hacze iştirak bakımından sorunludur. Bu durum, aşağıda Hacze İştirak başlığında incelenmiştir.

<sup>23</sup> RG: 14.2.2007, S. 26434.

<sup>24</sup> 5580 s. K. m. 1/2: "Bu Kanun Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişilerce açılan özel öğretim kurumları ile yabancılar tarafından açılmış bulunan özel öğretim kurumlarını kapsar."

<sup>25</sup> RG: 1.4.1950, S. 7472.

<sup>26</sup> Devlet malları haczedilemez (İİK m. 82/1, 1). Devlet malı kavramına özel kanun hükümleri dikkate alınmak şartıyla genel ve özel bütçeli idarelerin mallarının girdiği kabul edilir (ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 208).

üniversiteleri<sup>27</sup> kapsam dışında olup bu kurumlar bakımından İİK m. 362/a tatbik edilemez.

## II. HACİZ İŞLEMİNİN UYGULANMASI

### A. Haczin Geçerli Olduğu Zaman Dilimi

İİK m. 362/a hükmü bakımından haczin geçerli olduğu zaman dilimi hakkında açıklama yapmadan önce belirtilmelidir ki, bu madde ile yasaklanan şey haciz işlemidir. Binaenaleyh madde, hacizden önceki işlemler için bir yasak öngörmemiştir. Dolayısıyla eğitim ve öğretim yılı içinde yapılan takip talebi geçerli olup icra dairesinin bu talebe uygun olarak bir ödeme/icra emri düzenlemesi ve borçluya tebliğ etmesi gerekir. Yine bu dönem içinde borçlu, kendisine gönderilen ödeme emrine karşı itiraz edebilir ve alacaklı bu itirazın kaldırılmasını/itirazın iptalini eğitim ve öğretim yılı içinde mahkemeden isteyebilir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmü ile yasaklanan şey, bu maddede sayılan kurumlara ait taşınır ve taşınmazların hiçbir zaman haczedilmeyeceği değil; bu malların sadece eğitim ve öğretim yılı içinde haczedilmeyeceğidir. Başka bir anlatımla, haczedilemezlik yasağı sadece belli bir dönem için geçerli olup burada bir "*zamansal haczedilemezlik*" mevcuttur. Söz konusu düzenleme bu yönüyle İcra ve İflâs Kanunu'nun tamamen veya kısmen haczi yasaklayan düzenlemelerinden (m. 82 ve m. 83) ayrılmaktadır. Ne var ki, "*zamansal haczedilemezlik*" İcra ve İflâs Kanunu'na yabancı değildir. Kanun'un 84. maddesine göre, "*Yetişmemiş her nevi toprak ve ağaç mahsulleri yetişmeleri zamanından en çok iki ay evvel haczolunabilir.*"

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmünde haczin sadece eğitim ve öğretim yılının sonunda mümkün olduğu düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, her özel okul bakımından eğitim ve öğretim yılının aynı anda sona ermeyebileceğidir. Nitekim Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin<sup>28</sup> "*Yıllık çalışma takvimleri ve çalışma saatleri*" kenar başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasına göre,

<sup>27</sup> Vakıf üniversitelerinin mallarının haczedilebileceği yönünde bkz. Yargıtay HGK, 26.2.2003, E. 2003/12-116, K. 2003/111 (*Kazancı İċtihat Bankası*); Yargıtay HGK, 25.12.2002, E. 2002/12-1101, K. 2002/1113 (*Kazancı İċtihat Bankası*).

<sup>28</sup> RG: 20.03.2012, S. 28239.

okullarda, resmî okullar için hazırlanan yıllık çalışma takvimi uygulanması esas olmakla birlikte, valilikçe kabul edilmesi hâlinde ayrı bir çalışma takvimi de düzenlenebilir. Dolayısıyla haciz işlemi uygulanırken özel okulların ayrı bir çalışma takvimi olup olmadığı hususu da araştırılmalıdır.

Resmî kurumlar tarafından eğitim ve öğretim yılının uzatılmasına ilişkin bir karar alınması durumunda<sup>29</sup> haczedilemezlik süresinin de bununla birlikte uzayacağını kabul etmek gerekir. Zira hükmün amacı, eğitim ve öğretim faaliyetinin aksamasının önüne geçmektir. Dolayısıyla eğitim ve öğretim faaliyeti sürdüğü müddetçe, İİK m. 362/a hükmünün uygulanmasına devam edilmelidir.

Özel okul mallarının haczedilmesine sadece kısa bir zaman aralığı için izin verilmiştir. Bu durum, haciz sonrasında yapılacak işlemlerin (muhafaza tedbiri, paraya çevirme vb.) eğitim ve öğretim döneminin tekrar başladığı ana kadar tamamlanamamasına neden olabilir. Acaba eğitim ve öğretim yılı sonunda haczedilen bir mal için haciz sonrası işlemlere yeni eğitim ve öğretim dönemi içinde devam edilebilir mi? Madde, bu soruya yanıt verebilecek bir düzenleme içermemektedir. Bu konuda iki şekilde düşünülebilir:

i. Eğitim ve öğretim döneminde söz konusu işlemlere izin verilmesi, eğitim ve öğretim faaliyetinin aksamasına neden olur ve bu durum maddenin amacına aykırıdır. Dolayısıyla bu işlemler için yine eğitim ve öğretim yılının sonu beklenmelidir.

ii. Bu işlemlerin yapılması için eğitim ve öğretim yılının sonunu beklemek, alacaklının hakkını önemli ölçüde zedeler. Bu sebeple, eğitim ve öğretim yılı içinde de haciz sonrası işlemlerin yapılmasına izin verilmelidir.

İkinci yaklaşım, maddenin amacı ve alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesine kanaatimizce daha uygundur. Her ne kadar, haciz sonrası işlemlerin eğitim ve öğretim yılı için yapılması eğitim ve öğretim

<sup>29</sup> Örneğin, yeni tip korona virüsü (*Covid-19*) sebebiyle Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilân edilmiştir. Bu salgın sebebiyle normal döneminde yapılamayan öğretimin yaz tatilinde devam edilmesi kararlaştırılırsa, bu süre boyunca da haczin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir.

faaliyetini aksatma tehlikesine neden olsa da, bu gerekçeye dayanılarak alacaklının alacak hakkına kavuşması ölçüsüz bir şekilde engellenmemelidir. Eğitim ve öğretim yılı içinde haczin yasaklanmasının bir nedeni de, kanaatimizce, borçlunun eğitim ve öğretim yılı içinde haczin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeterince zamanı olamayabileceğinden endişe edilmesidir. Gerçekten eğitim ve öğretim yılı içinde haczedilen ve satılan malların yerine aynı amacı karşılayacak bir malın tekrar alınması uzun sürebilir ve bu zaman aralığında eğitim ve öğretim faaliyeti aksayabilir. Oysa haczin eğitim ve öğretim yılı sonunda yapılması durumunda, borçlunun bu haciz işlemine hazırlıksız yakalandığı iddia edilemez. Zira bu ihtimalde borçlunun haczin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için önünde yeterli bir zamanı mevcuttur. Borçlunun bu zamanı değerlendirmeyerek, haciz sonucunda elinden çıkması muhtemel olan malın yerine aynı işlevi gören bir mal alımı yapmaması, alacaklının alacağına kavuşamamasına veya önemli ölçüde geç kavuşmasına neden olmamalıdır.

### **B. Haciz İsteme Süresi**

Haciz isteme süresi, kural olarak ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir sene geçmekle sona erer (*İİK m. 78/2*). İlgili sürede haciz talep edilmez ise takip dosyası işleminden kaldırılır (*İİK m. 78/4*). Alacaklı takibi yenilerse, aynı dosya üzerinden haciz isteyebilir<sup>30</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmünde haciz aşamasından önceki işlemlerin yapılması yasaklanmış değildir. Bu bağlamda alacaklının haciz talebinde bulunması yasak değildir. Alacaklının haciz talep edebilmesi mümkün olduğuna göre, haciz isteme süresinin de eğitim ve öğretim süresince işlemeyeceği/duracağı iddia edilemez. Dolayısıyla haciz isteyebilme hakkının korunması bakımından, süresinde haczin talep edilmesi gerekir. Kendisine bu talebin yöneltildiği icra dairesi, haciz işlemini *İİK m. 362/a* hükmü gereğince, eğitim ve öğretim yılı sonunda gerçekleştirir.

<sup>30</sup> ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 194.

### C. Şikâyet

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmüne rağmen eğitim ve öğretim yılı içinde borçluya ait malların haczedilmesi durumunda, haciz işlemi hakkında mezkûr Kanun'un 16. maddesi kapsamında şikâyet mümkündür. Burada şikâyetin kimin tarafından ve hangi sürede yapılacağı hususları tespit edilmelidir.

Eğitim ve öğretim yılı içinde malları haczedilen borçlunun kendisi şikâyet yoluna başvurabilir. Ancak şikâyet yoluna başvurmak için takibin tarafı olmak şart değildir<sup>31</sup>. O işlemin düzeltilmesinde, değiştirilmesinde veya iptal edilmesinde menfaati bulunan herkes icra dairesinin işlemini şikâyet edebilir<sup>32</sup>. İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmü ile eğitim ve öğretim faaliyetlerinin aksamadan yürütülebilmesi ve böylece öğrencilerin bir mağduriyet yaşamasının önüne geçilmesi amaçlandığından, başka bir anlatımla söz konusu düzenleme öğrencilerin menfaati düşünülerek yapıldığından, öğrencilerin haciz işlemine karşı şikâyet yoluna başvurabilmeleri mümkün olmalıdır<sup>33</sup>.

İcra dairesinin haciz işlemine karşı yapılacak şikâyetin süresi de belirlenmelidir. Eğitim ve öğretim yılı içinde malın haczedilmesi ile "*zaman-sal haczedilemezlik*" kuralına aykırı davranılmış olur. Haczedilemezlik kuralına aykırı bir işlemin şikâyete konusu olması hâlinde, kural olarak şikâyetin süreye tabi olduğu<sup>34</sup>; ancak kamu düzeni ile ilgili

<sup>31</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 63.

<sup>32</sup> PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil: İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 233.

<sup>33</sup> Özel okul öğrenci kayıt sözleşmesi özel okul ile öğrencilerin velisi veya vasisi arasında yapılmaktadır. Ancak sözleşmeden yararlanma hakkına sahip olanların öğrenciler olması nedeniyle şikâyet hakkının öğrenciler tarafından kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. Belirtmek gerekir ki, medenî hakları kullanma ehliyetini haiz olmayan mümeyyiz küçük ve kısıtlılar, şikâyet hakkını yasal temsilcilerinin aracılığıyla kullanabilir. bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 49; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 225.

<sup>34</sup> KURU, Cilt, s. 839; KURU, El Kitabı, s. 529; ÜSTÜNDAĞ, s. 187; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 159; MUŞUL, s. 110.



haczedilemezlik kurallarının süresiz şikâyete tabi olduğu öğreti<sup>35</sup> ve Yargıtay<sup>36</sup> tarafından kabul edilmektedir.

Eğitim ve öğretim faaliyetlerinin aksamaması, olası bir hacizden öğrencilerin olumsuz olarak etkilenmemesi amacıyla konulan bu hükmün kamu yararı amacıyla kabul edildiği söylenebilir. Dolayısıyla icra dairesinin bu hükme aykırı işlem yapması hâlinde, söz konusu işlem süresiz şikâyete tabi olmalıdır<sup>37</sup>.

Şikâyet bakımından ayrıca şöyle bir ihtimâl de ortaya çıkabilir: İİK m. 362/a hükmüne aykırı tatbik edilen hacze karşı yapılan şikâyete ilişkin yargılama devam ederken eğitim ve öğretim yılı sona erebilir. Bu durumda geçersiz olan haczin eğitim ve öğretim yılının sona ermesi ile birlikte geçerli hâle gelip gelmeyeceğinin tespiti gerekir. Benzer bir tartışma “zamansal haczedilemezlik” yasağı getiren İİK m. 84 hükmü çerçevesinde yetişmemiş mahsullerin haczi bakımından yapılmıştır. Öğretideki bir görüşe göre<sup>38</sup>, İİK m. 84 hükmüne aykırı olarak zamanından evvel gerçekleştirilen haciz geçersizdir; ancak icra mahkemesi tarafından bir karar verilmeye kadar Kanunu’nun aradığı zaman dilimi koşulu gerçekleşirse, haciz geçerli kabul edilmelidir.

Kanaatimizce yukarıda zikredilen İİK m. 84 hükmü bakımından ileri sürülen görüş, İİK m. 362/a hükmü bakımından da dikkate alınmalı ve haczin artık geçerli olduğu kabul edilmelidir. Aksi bir yorum, aynı işlemlerin tekrarlanmasına ve bu sebeple zaman ve masraf kaybına neden olur.

<sup>35</sup> PEKCANITEZ / SİMİL, s. 146.

<sup>36</sup> Yargıtay 10. HD, 29.04.2002, E. 2002/2657, K. 2002/3662 (*Kazancı İċtihat Bankası*); Yargıtay 12. HD, 17.09.2012, 8791/26616 (YILMAZ, s. 95).

<sup>37</sup> Haczi kabil olmayan bir malın satışının aynı zamanda ihalenin feshi sebebi olduğu yönünde bkz. Yargıtay 12. HD, 2.12.1991, E. 1991/5115, K. 1991/12593 (*Kazancı İċtihat Bankası*); KURU, El Kitabı, s. 529, dn. 125; haciz aşamasındaki eksiklik veya kanuna aykırılıkların ihalenin feshi sebebi oluşturmayacağı yönünde bkz. ATALI / ERME-NEK / ERDOĞAN, s. 327.

<sup>38</sup> KURU, Cilt, s. 661-662; BERKİN, Necmeddin M.: İcra Hukuku Dersleri, İkinci Baskı, İstanbul, 1969, s. 106; POSTACIOĞLU / ALTAY, s. 408; şikâyette icra mahkemesi taleple bağlı olsa da tarafların ileri sürdüğü şikâyet gerekçeleri ile bağlı değildir. Bu sebeple, haczin icra mahkemesi tarafından düzeltilmesi suretiyle geçerli sayılması gerektiği yönünde bkz. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 227.

Şikâyetin konusuz kaldığı bu ihtimalde, yargılama giderlerinden kimin sorumlu olacağına icra mahkemesi tarafından tespit edilmesi lazımdır<sup>39</sup>. Bunun için, kanaatimizce, icra mahkemesince şikâyet yargılama devam edilmesi ve şikâyetin talep edildiği zaman hangi taraf haksız ise o tarafın aleyhine yargılama giderlerine hükmedilmesi gerekir<sup>40</sup>.

### III. HACZE İŞTİRAK

İcra hukukunda, ilk haciz sahibinin diğer haciz sahibi alacaklılara karşı kural olarak bir önceliği bulunmaz<sup>41</sup>. İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesindeki şartları yerine getiren alacaklı, ilk haciz koyduran alacaklının haczine iştirak edebilir. Genel kural bu olmakla birlikte İİK m. 362/a hükmü, hacze iştirak bakımından muhtelif hukukî sorunları beraberinde getirir. Burada hem adî alacaklarının kendi aralarında hacze iştiraki hem de adî alacak ve kamu alacağı arasındaki hacze iştirak bakımından bazı sıkıntıların ortaya çıkması muhtemeldir.

Söz konusu sorunun temel nedeni, borçluya ait malların sadece eğitim ve öğretim yılı sonunda haczedilebilir olmasıdır. Hacze iştirak bakımından önemli olan husus haciz talebi veya haciz kararı değil haczin uygulanma tarihidir<sup>42</sup>. Oysa İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesine göre, haciz talebi, eğitim ve öğretim yılı içinde ne zaman yapılırsa yapılsın haciz işlemi, eğitim ve öğretim yılı sonunda uygulanır. Eğer anılan hüküm, eğitim ve öğretim yılı içinde yapılan hacizlerin tamamının eğitim ve öğretim yılının sonunda birlikte yapılacağı şeklinde yorumlanırsa, ilk haciz talebinde bulunan alacaklının aleyhine bir durum ortaya çıkar. Nitekim öğretide de bu duruma benzer bir yorum yapılarak ilk haciz talebinde bulunan alacaklının yaşaması muhtemel mağduriyetin önüne geçilmesi

<sup>39</sup> Karş. PEKCANITEZ / SİMİL, s. 412.

<sup>40</sup> Karş. Yargıtay 12. HD, 7.12.2017, E. 2016/25562, K. 2017/15221 (*Lexpera*).

<sup>41</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 182; KARSLI, s. 323; maaş ve ücret hacizleri bakımından bu kural geçerli değildir. Maaş ve ücret hacizlerinde, ilk haczin kesintisi bitmeden sonraki haciz için kesintiye geçilemez (*İİK m. 83/2, c. 3*).

<sup>42</sup> Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. AKCAN, Recep: Hacze İştirak, Ankara, 2005, s. 55; aynı yönde bkz. KURU, El kitabı, s. 533; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 253; "[...] ve sıra cetveli, geçerli hacizleri esas alarak, haciz talep tarihine göre değil, haciz tarihine göre düzenlenmelidir [...]" Yarg. 23. HD, 30.11.2016, E. 2016/3209, K. 2016/5219 (*Kazancı İçtihat Bankası*).

için yeni bir düzenleme yapılması önerilmiş<sup>43</sup> ve olması gereken hukuk bakımından, en azından taşınmazlar hakkında kaydî hacze olanak sağlanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>44</sup>. Böylece en azından taşınmazlar açısından haczin uygulanması mümkün olacak ve bu haczi ilk talep eden ve uygulatan alacaklının mağduriyetinin önüne geçilecektir.

Bir örnek üzerinden konuyu açıklamak, durumu daha anlaşılır kılacaktır. Örneğin, (A) 24 Nisan 2020; (B) ise 20 Mayıs 2020 tarihinde özel okula ait bir mal hakkında haciz istemiş olsun. Eğer İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmü olmasaydı, ilk uygulanan haciz (A)'nın olacak ve bu hacze iştirak etmek isteyen (B)'nin İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesindeki şartları gerçekleştirmesi gerekecekti. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmü sebebiyle eğitim ve öğretim yılı içinde haciz yapılamayacağı için icra memuru, haciz işlemini eğitim ve öğretim yılı sonunda gerçekleştirecektir. Eğer bu madde, eğitim ve öğretim yılı sonunda her iki haczin aynı anda uygulanacağı şeklinde yorumlanırsa ilk haciz talebinde bulunan alacaklı ile daha sonra haciz talebinde bulunan arasında bir fark kalmaz. Sonradan haciz talep eden alacaklı (B), İcra ve İflâs Kanunu'nun 100. maddesinde düzenlenen şartlar aranmadan (*çünkü ortada A lehine "ilk uygulanan haciz" mevcut değildir*) ilk haciz talebinde bulunan alacaklı ile aynı haklara sahip olur. Bu sorun belki icra memurunun haciz talep edilme tarihine göre haciz işlemini tatbik etmesi; yani haciz işlemini bütün alacaklılar için aynı anda gerçekleştirmemesi ile ortadan kaldırılabilir<sup>45</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmünün asıl sorun yaratacağı durum kamu alacağı ile adî alacak arasındaki iştirak bakımından ortaya çıkar ve bu sorun ancak maddede yapılacak bir değişiklik ile bertaraf edilebilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmünün kapsamına, 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacaklar için yapılan takip dâhil değildir. Dolayısıyla kamu alacağı için yapılan takip sonucunda borçlunun mallarına eğitim ve öğretim yılı içinde haciz

<sup>43</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 241.

<sup>44</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 241.

<sup>45</sup> Aslında bu durum sadece İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesi kapsamında yapılacak hacizler için değil, genel olarak tüm hacizler bakımından olması gereken şeydir (ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 240).

konulması mümkündür. Az önce verilen örneğe sadık kalıp bu sefer (A)'dan sonra haciz isteminde bulunan (B)'nin alacağı'nın 6183 sayılı Kanunu'ndan kaynaklandığını ve (B)'nin talebi üzerine haczin 20 Mayıs 2020'de tatbik edildiğini varsayalım. Adî alacaklı (A) ise, talep etmiş olduğu haczin uygulanması için eğitim ve öğretim yılının sonunu beklemek durumundadır. Peki önce haciz talebinde bulunan ancak haczi uygulatamayan (A), kendisinden sonra talepte bulunan ve haczi gerçekleştiren (B)'nin haczine iştirak edebilir mi? Öğretide ve içtihatlarda kamu alacağı için konulan hacze, adî alacaklıların iştirak edemeyeceği görüşü karşısında<sup>46</sup>, bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Adî alacak için hacze iştirak bakımından eğer haczin uygulandığı tarihi esas alınırsa, adî alacaklı'nın kamu alacağı için konulan hacze iştirak etmesi (*haciz talebini daha önce yapmış olsa bile*) mümkün olmaz. Hâlbuki adî alacaklı bakımından haczin tatbikine izin verilseydi, bu sefer kamu alacağı'nın ilk hacze iştiraki gündeme gelecekti. Görüldüğü üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a maddesi, bu yönüyle adî alacaklıların hakkını korumakta yetersizdir.

Bu sorunu ortadan kaldırmak için İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmü değiştirilerek eğitim ve öğretim yılı içinde haczin tatbikine imkân verilmeli; ancak madde ile güdülen amacı korumak için bu dönemde haczedilebilecek mallar hakkında muhafaza tedbirleri alınmayacağı ve satış işlemi yapılmayacağı hüküm altına alınmalıdır. Bu şekilde bir değişiklik, ilk haciz koydurucu alacaklı'nın haklarının (*özellikle kamu alacağına karşı*)

<sup>46</sup> KURU, El Kitabı, s. 538; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 253 “[...] İlk haciz kamu alacağı için konulmuş olan haciz ise, bu alacağa kamu alacağı sahibi olmayan alacaklıların iştiraki de mümkün değildir. 6183 sayılı Kanun'un 69. maddesindeki koşullar varsa kamu alacağı sahibi olan bir alacaklı başka bir kamu idaresi tarafından konulan kamu alacağı'nın haczine iştirak edebilir. Zira, İİK'nin 100. maddesi, 268/1. madde hükmünde yer alan istisna dışında, ancak bu kanuna göre yapılan icra takipleri bakımından uygulanabilir. Diğer bir anlatımla, anılan 100. maddedeki düzenleme ile kamu alacaklılarının takip ve tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerine göre konulan hacizlere iştirak, kural olarak mümkün değildir. İlk haciz kamu alacağı için konulmuş bir haciz değil ise bu hacze kamu alacağı, koşulları olmuş ise iştirak edebilir [...]” Yargıtay 23. HD, 7.05.2014, E. 2014/707, K. 2014/4061 (*Lexpera*).

korunması bakımından yeterli olacağı gibi<sup>47</sup>, hükmün borçluyu koruyan amacını da zedelemeyiz.

#### IV. İHTİYATÎ HACİZ

İhtiyatî haciz, para alacaklarına ilişkin olmak üzere mevcut veya müstakbel icranın güvence altına alınması amacıyla takip borçlusunun malvarlığına el konulması imkânını sağlayan bir tür geçici hukukî korumadır<sup>48</sup>. Aralarında benzerlik olsa bile ihtiyatî haciz ile kesin haciz birbirinden farklıdır<sup>49</sup>. Kesin haciz, alacaklının tatmini; ihtiyatî haciz ise mevcut veya müstakbel icranın teminat altına alınması amacıyla yapılır<sup>50</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmünde ihtiyatî haciz talebi yasaklanmış değildir. Dolayısıyla borçluya karşı ihtiyatî haciz istenmesine engel yoktur. Şartları mevcutsa (*İİK m. 257*) mahkeme tarafından ihtiyatî hacze karar verilebilir<sup>51</sup>.

İhtiyatî haciz kararının ortadan kalkmaması için alacaklı, söz konusu kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde kararın icrasını istemelidir (*İİK m. 261/1*). Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmü çerçevesinde, ihtiyatî haciz kararının icrası mümkün müdür? İcra ve İflâs Kanunu'nun 261. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ihtiyatî haciz kesin haciz gibi tatbik edilir. Kesin haciz ise İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmüne göre zamansal olarak yasaklanmıştır. Ayrıca haczedilemeyen mal ve haklar hakkındaki hükümler ihtiyatî hacizde de uygulanır<sup>52</sup>. Burada görüldüğü üzere ihtiyatî haczin para alacaklarına ilişkin olmak üzere

<sup>47</sup> Böyle bir değişikliğin genel olarak haciz koydurmak isteyen bütün alacaklılar bakımından gerekli ve menfaatler dengesine uygun olduğu, sonuç bölümünde ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

<sup>48</sup> ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara, 1999, s. 60-61; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 320; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 490; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 321.

<sup>49</sup> ÖZEKES, s. 289.

<sup>50</sup> ÖZEKES, s. 289.

<sup>51</sup> Hukukumuzda ihtiyatî haczin uygulanmasının yasak olduğu bazı durumlarda bile ihtiyatî haczin talep edilmesi ve ihtiyatî hacze karar verilmesi mümkündür. Örneğin, konkordato mühleti içinde ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczin uygulanmayacağı İİK m. 294/1'de hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenleme ihtiyatî haciz talep edilmesine ve ihtiyatî hacze karar verilmesine engel değildir. Bu yönde bkz. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 490.

<sup>52</sup> KURU, Cilt, s. 779; KURU, El Kitabı, s. 530; ÜSTÜNDAĞ, s. 411.

mevcut veya müstakbel icranın güvence altına alınması amacı<sup>53</sup> ile eğitim ve öğretim yılı içinde borçluya ait malların haczinin yasaklanması amacı arasında bir çatışma vardır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmünün amacı, borçluya ait malların haczedilerek borçlunun o malı kullanmaktan mahrum kalmasının önüne geçmek ve böylece eğitim ve öğretim faaliyetinin aksamadan yürütülmesini temin etmektir. Oysa ihtiyatî haciz, kesin haciz gibi uygulanacağından (İİK m. 261/2) haczedilen malın borçluda bırakılması konusunda takdir hakkı alacaklıda olur (örneğin taşınır mallar bakımından: İİK m. 88/2)<sup>54</sup>. Alacaklı haczedilen malın borçluda bırakılmasını istemezse, İİK m. 362/a ile amaçlanan şeyin ortadan kalkma tehlikesi doğar. Örneğin, eğitim ve öğretim yılı içinde öğrencilerin kullanımına sunulmuş bilgisayar, projeksiyon cihazı veya laboratuvar malzemeleri üzerinde ihtiyatî haczin tatbiki mümkün olmamalıdır. Zira bu mallara fiilen el konulması eğitim ve öğretim faaliyetinin aksamasına ve öğrencilerin bu durumdan olumsuz olarak etkilenmesine neden olur.

İİK m. 262/1 hükmü gereği ihtiyatî haciz, kesin haciz gibi tatbik edileceği için fiilen haczedilmesi gerekmeyen malların da haczi eğitim ve öğretim yılı içinde mümkün değildir. Kanun'da ihtiyatî haciz isteyen alacaklı ile İİK m. 362/a hükmü kapsamında kalan borçlu arasında tercihin tamamen borçludan yana kullanıldığı görülmektedir. Ancak olması gereken hukuk (*de lege feranda*) bakımından yasal bir düzenleme ile eğitim ve öğretim yılı içinde fiili haczi gerektirmeyen mallar üzerinde ihtiyatî hacze imkân tanınmalıdır. Böylece İİK m. 362/a ve ihtiyatî haciz hükümleri arasında bir tercih yapmak yerine, menfaat dengesine göre hareket edilmiş olur. Örneğin, taşınmazın haczi borçlunun taşınmazı kullanmasına engel olmayıp<sup>55</sup> sadece borçlunun tasarruf yetkisini sınırlandırır (İİK m. 91/1).

<sup>53</sup> İhtiyatî haczin amacı için bkz. ÖZEKES, s. 13 vd.

<sup>54</sup> İhtiyatî hacizde borçlunun teminat göstererek haczedilen malın kendisinde kalmasını sağlaması mümkündür (İİK m. 263). Ne var ki, ekonomik anlamda güçlük yaşayan borçlunun bu teminat kararını yerine getirememesi de olasıdır.

<sup>55</sup> Haczedilen taşınmazda zarar görme ihtimali bulunan eklentinin rehin alacaklısının talebi üzerine muhafaza altına alınacağı İcra ve İflâs Kanunu'nun 92. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Ancak yine aynı fıkra söz konusu muhafaza işleminin işletmenin faaliyetine engel olmayacak şekilde yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Bu durum ise eğitim ve öğretim faaliyetinin aksamasına neden olabilecek nitelikte değildir.

### SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışmada, hukukumuzda yeni bir haczedilemezlik kuralı getiren İcra ve İflâs Kanunu'nun 362/a hükmü incelenmiş ve başlıca şu sonuçlara varılmıştır:

1. İİK m. 362/a, eğitim ve öğretim yılı içinde eğitim ve öğretim faaliyetlerinin aksamaması ve öğrencilerin bu durumdan olumsuz etkilenmemesi amacıyla kabul edilmiştir.

2. Anılan hüküm "*zamansal haczedilemezlik*" kuralı olup, İİK m. 82 ve 83 hükümlerinden farklı olarak haczin kapsamına ilişkin değildir. Burada haciz sadece belirli bir süre zarfında yasaklanmıştır.

3. İİK m. 362/a'da sayılan kurumlara yönelik haciz, içinde bulunulan eğitim ve öğretim yılı devam ettiği sürece mümkün değildir. Eğitim ve öğretim süresinin uzatılması hâlinde, haczedilemezlik süresinin de uzayacağı kabul edilmelidir.

4. İİK m. 362/a, eğitim ve öğretim faaliyetinin aksamaması amacıyla düzenlenmiştir ve bu yönüyle kamu düzenini ilgilendiren hükme aykırı bir işlem yapılması hâlinde, söz konusu işlem süresiz şikâyete konu olur.

5. İİK m. 362/a hükmünün kişi bakımından kapsamı, maddede belirtilen özel kurumlarla sınırlı olup, devlet okulları ve üniversiteleri ile vakıf üniversiteleri bu hükmün kapsamında değildir.

6. İlgili hükme göre, "*zamansal haczedilemezlik*" borçlunun taşınır ve taşınmaz malları bakımındandır. Madde ile söz konusu kurumlara ait taşınır ve taşınmaz mal dışında kalan diğer hak ve alacakların haczi için açıkça bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Ancak bu durum söz konusu hak ve alacakların maddenin kapsamı dışında kaldığı anlamına gelmez. Zira İİK m. 106/2 ve bu hükme geniş bir anlam veren öğreti ve yargı kararlarının varlığı karşısında, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağının madde kapsamında kaldığı kabul edilerek bu alacak ve hakların eğitim ve öğretim yılı içinde haczinin mümkün olmadığı tespit edilmiştir.

7. Haciz yasağı, 6183 sayılı Kanun'dan kaynaklanan alacaklar için yapılan takipler bakımından söz konusu değildir. 6183 sayılı Kanun'dan doğan takiplerin kapsam dışında bırakılması Kanun'un amacı ve

alacaklılar arasındaki eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz. Ayrıca söz konusu düzenleme bir hukukî sorun ortaya çıkarmaktadır. Buna göre, İİK m. 362/a hükmü hacze iştirak bakımından adî alacakları kamu alacakları karşısında korunmasız bırakılmaktadır. Zira daha önce haciz talep etmesine rağmen eğitim ve öğretim yılında haczi gerçekleştirilmeyen alacaklı, daha sonra haciz talep eden ve 6183 sayılı Kanunu'ndan kaynaklanan alacağı için eğitim ve öğretim yılı içinde haczi tatbik edilen alacaklının haczine iştirak edemez. Bu durum alacaklılar arasında ciddi anlamda bir eşitsizliğe neden olur.

8. Eğitim ve öğretim döneminde borçluya ait malların ihtiyatî haczi mümkün değildir. Zira ihtiyatî haciz, kesin haciz gibi uygulanmaktadır.

9. İİK m. 362/a hükmünün getirilmesindeki düşünce isabetlidir. Ancak eğitim ve öğretim yılı içinde borçluya ait malların haczine izin verilmemesi alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesine uygun olmadığı gibi hacze iştirak açısından da muhtelif hukukî sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından (*de lege feranda*) eğitim ve öğretim döneminde hacze izin verilmesi; ancak muhafaza tedbiri ve satışın yasaklanması menfaatler dengesi bakımından daha isabetli olacaktır<sup>56</sup>. Zira bir yandan borçlunun malları muhafaza altına alınamayacağı ve satılamayacağı için eğitim ve öğretim faaliyeti aksamayacak; diğer yandan da alacaklılar haczin kendilerine sağlamış olduğu çeşitli korumalardan yararlanabilecektir.

---

<sup>56</sup> İcra hukukumuz bu şekilde bir düzenlemeye de yabancı değildir. Nitekim takibine konkordato mühleti içinde izin verilen rehinli malın satılması mümkün değildir (*İİK m. 295/son*). Bu madde ile alacaklı ile borçlunun menfaati arasında bir denge yaratıldığı görülmektedir.



## KAYNAKLAR

- AKCAN, Recep: Hacze İştirak, Ankara, 2005.
- ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Baskı, Ankara, 1960.
- ARSLAN, Ramazan: "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağıın Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları" AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, s. 3217-3242.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2019.
- ASLAN, Kudret: Hacizde Sıra (Tertip), AÜHFD, C. 54, S. 2, 2005, s. 269-318.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel (Hrsg): Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs – Ergänzungsband, Ed:2. Aufl, Basel, 2017 (Bearb:STAEHELIN, Daniel).
- BERKİN, Necmeddin M.: İcra Hukuku Dersleri, İkinci Baskı, İstanbul, 1969.
- BOLAYIR, Nur: Fikrî Mülkiyet Haklarında Cibrî İcra Sistemi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. III, 2015, s. 2513-2570.
- ERTURGUT, Mine: İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2000.
- GÜRDOĞAN, Burhan: İcra Hukuku Dersleri, Ankara, 1970.
- HUNKELER, Daniel (Hrsg): Kurzkomentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Ed.; 2. Aufl, Basel, 2014 (Bearb: KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta).
- KARSLI, Abdurrahim: İcra ve İflas Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 2014.
- KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, Cilt: 1, Tamamen Yeniden Yazılmış, Üç Misli Genişletilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 1988, ("Cilt").
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, 2013, ("El Kitabı").

- MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, 2017.
- NOMER, Halûk Nami / AKBULUT, Pakize Ezgi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri Bölüm I, İstanbul, 2016.
- ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara, 1999.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 7101 ve 7155 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Nazara Alınarak Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2019.
- PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil: İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul, 2017.
- PEKSÖZ, Vildan: "Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi", SÜHFD, C. 28, S. 3, 2020, s. 941-963.
- POSTACIOĞLU, E. İlhan / ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul, 2010.
- STAEHELIN, Adrian / BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel (Hrsg): Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl, 2010 (Bearb: VONDER MÜHLL, Georges).
- ULUKAPI, Ömer: İcra ve İflâs Hukuku, Konya, 2015.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, Baştan Sona Gözden Geçirilmiş ve (4949 Sayılı Kanun Hükümleri Göz önünde Tutulmak Suretiyle) Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2004.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2015.
- YILMAZ, Ejder: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara, 2016.
- YONGALIK, Aynur: "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi" AÜHFD, C. 60, S. 1, 2011, s. 1-15.



## TÜRKİYE'DE TAHKİMDE İSLAM HUKUKU KURALLARI UYGULANABİLİR Mİ?

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER \*

### Öz

Hakem aracılığı ile uyuşmazlıkların çözümü, hukuk sistemlerinin kurulmasından önce ortaya çıkan bir yöntemdir. Günümüz hukuk sistemleri bazı sınırlar dahilinde taraflar arasındaki uyuşmazlığın hakem aracılığı ile çözülmesine müsaade etmişlerdir. Bazı uyuşmazlıkların hakem aracılığı ile çözülmesinin yargının yükünü hafifletmek başta olmak üzere birçok faydası vardır. Türkiye'de milli tahkim Hukuk Muhakemeleri Kanununun 407-444 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tahkim konusunu düzenleyen maddeler incelendiğinde uyuşmazlığın çözümünde farklı hukuk kurallarının kullanılmasına engel bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır.

İslam hukuku, bünyesinde hukukun her alanına ilişkin hükümler barındıran, dünya tarihinde 1400 yıldır var olmuş ve bazı devletler tarafından hukuk sistemi olarak kabul edilerek uygulanmış müstakil bir hukuk sistemidir. Dünyada bazı ülkelerde tahkim yolu ile uyuşmazlıklar çözümlenirken İslam hukuku kuralları uygulanmaktadır. Türk hukukunda tahkim vasıtasıyla uyuşmazlıkların çözümünde İslam hukuku kurallarının uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Tahkim • İslam Hukuku • Hakem • Hak • Adalet

\* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Turkish Law History, Konya, Turkey.

✉ iulker@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-5953-6772

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÜLKER İbrahim, "Türkiye'de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir Mi?", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1083-1110.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## CAN ISLAMIC LAW RULES BE APPLICABLE TO IN ARBITRATION IN TURKEY?

### Abstract

Resolution of disputes through the arbitrator is a method that occurs before the establishment of legal systems. There are many benefits to resolving some disputes through the arbitrator, such as alleviating the burden of the judiciary. National arbitration in Turkey, was placed Civil Procedure Law between 407-444 articles. When the articles regulating the issue of arbitration are examined, there is no regulation preventing the use of different legal rules in there solution of the dispute.

Islamic law is a self-contained legal system that contains provisions in every field of law, has existed in the world history for 1400 years and has been accepted by some states as a legal system. In some countries around the world, while resolving disputes by arbitration, Islamic law rules are applied. In Turkish Law, there is no obstacle to the application of Islamic law rules in the settlement of disputes through arbitration.

### Key Words

Arbitration • Islamic Law • Arbitrator • Right • Justice

## GİRİŞ

Tahkim, sözlükte “hakem tayin etme”<sup>1</sup>, “bir konuda hüküm ve karar vermeyi bir kişiye bırakmak”<sup>2</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Literatürde “bir hakka ilişkin olarak ihtilaf yaşayan tarafların aralarında anlaşarak söz konusu ihtilafın çözümünü özel kişi ya da kişilere bırakması ve bu kişilerin ihtilafı inceleyerek çözümü konusunda bir karar vermesi” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>3</sup> Hukuk devleti ilkesi gereğince kişiler arasındaki uyuşmazlıklar mahkemeler aracılığı ile çözüme kavuşturulur. Ancak hukukta bazı alanlarda tanınan irade serbestisi prensibi gereğince uyuşmazlık yaşayan taraflara bazı durumlarda yargılama yetkisini devletten alarak özel kişilere verme hakkı tanınmıştır.

<sup>1</sup> KARADAŞ, İzzet, 6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara, 2018, s. 15.

<sup>2</sup> YILDIRIM, Mustafa, “Tahkim” TDV İslam Ansiklopedisi (DİA), C. 39, İstanbul 2010, s. 411.

<sup>3</sup> KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, s. 816.

Genel olarak tahkimin iki boyutu bulunmaktadır. Uluslararası düzeyde tahkim uygulamaları “milletlerarası tahkim”, bir ülkenin vatandaşları arasında uygulanan tahkim ise “milli tahkim”<sup>4</sup> olarak isimlendirilmektedir. Ülkemizde iki alan ayrı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir.<sup>5</sup> Bu nedenle Türk tahkim sistemi ikili bir yapıya sahiptir.<sup>6</sup> Bu çalışmada Türkiye’de milli tahkim uygulamasında İslam hukuku kurallarının uygulanabilip uygulanamayacağı araştırma konusu yapılmıştır.

Türk hukukunda 2011 yılında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile milli tahkime ilişkin olarak önemli düzenlemeler getirilmiştir. Yeni kanun ile getirilen düzenlemeler 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden çok farklıdır ve ülkemizde tahkim uygulamasına yeni bir boyut kazandırmak amaçlanarak hazırlanmıştır.<sup>7</sup> Yeni getirilen hükümlerle mahkemenin tahkim sürecine müdahalesi en aza indirilmeye çalışılmıştır.<sup>8</sup>

Tahkim müessesesinin hukuk sistemleri ve kişiler açısından birçok avantajı bulunmaktadır. Uyuşmazlıkların tahkim ile çözülmesi durumunda devletin bu iş için tahsis ettiği yargı organları iş yükü açısından rahatlayacak, yeni mahkemelerin kurulmasına gerek olmayacak, bir uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan personel, bina, kırtasiye gibi birçok başlıkta tasarruf sağlanacaktır. Taraflar bakımından da bir davaya kıyasla tahkim ekonomik açıdan daha avantajlıdır, yargılamaya göre daha az maliyetlidir.

<sup>4</sup> Bazı yazarlar “iç tahkim” bazıları “ulusal tahkim” kavramını kullanmışlardır. Ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında “milli tahkim” kavramı kullanılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 13.04.2018 tarih E.2016/2, K.2018/4 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/ibgk-2016-2.htm> E.T. 04.02.2020; KARADAŞ, s. 1; GÖKSU, Tarkan, Tahkim Anlaşmasının içeriği, s.1. <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-tarkangoksu-1.htm&kw=tahkim#fm> E.T.04.02.2020.

<sup>5</sup> Milletlerarası tahkim 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiştir. Milli tahkim ise 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 407-444 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> GÖKSU, s. 1.

<sup>7</sup> ÖZBAY İbrahim – KORUCU Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m.407-444, Ankara 2016, s. 218.

<sup>8</sup> KURU, Baki – BUDAK Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 85, Sayı: 5, İstanbul 2011, s. 23.

Tahkim süre açısından da avantajlıdır. Bir yargılamanın sonucunda kesin hüküm elde edilmesi çoğu zaman tarafların birkaç yılına mal olmaktadır. Uygulamada beş yıl ve daha uzun bir zaman dilimi devam eden birçok davanın varlığı avukatlar tarafından dile getirilmektedir. Tahkim de ise bu süre aylarla hatta günlerle ifade edilecek kadar kısadır. Hakemler çoğu zaman tek bir uyuşmazlığa bakarlar. Bu şekilde yoğun motivasyonun sağlandığı bir ortamda kısa sürede sonuca ulaşılabılır. Kararın itiraz yolu ile mahkemeye taşınması durumunda kanuna göre inceleme, öncelikle ve ivedilikle yapılarak karara bağlanacaktır. Bu şekilde hızlı bir yolla uyuşmazlığı çözecek karara ulaşmak taraflar için büyük kazanımdır.

Ülkemizde görev yapan hakimlerin birçoğunun mesleğinin hakkını verebilmek için tüm güçleri ile çalıştığı bilinmektedir. Ancak yargıda bu hassasiyeti ortaya koyamayan kişilerin de varlığı malumdur. Türk hukuk sistemine göre yargılamaya başvuran kişilerin uyuşmazlığa bakacak hâkimi seçme hakları bulunmamaktadır. UYAP sistemi tarafından belirlenen mahkemenin hâkimi, kendisine ulaşan uyuşmazlığı hukuki bilgisini kullanarak çözüme kavuşturacaktır. Tahkimde ise taraflara uyuşmazlığı çözecek hakemleri belirleme yetkisi verilmiştir. Özellikle uzmanlık gerektiren alanlarda taraflar uyuşmazlığa bakacak hakemi veya hakemleri kendileri belirleyebilirler. Uyuşmazlığı hakem sıfatı ile çözecek kişilerin hukukçu olması bile zorunlu değildir. Bu konuda taraf iradelerine önem verilmiştir. Ancak uyuşmazlığı hukuka uygun olarak çözmek uzmanlık gerektiren bir konu olduğu için özellikle birden fazla hakemin görev yapacağı bir uyuşmazlıkta en az bir hukukçunun bulunması tavsiye olunur. Taraflar uzmanlığına ve hukuk bilgisine güvendikleri kişileri kendi arzuları ile hakem olarak seçecekler ve belki de verilen karar aleyhlerine de olsa bu kararı kendi belirledikleri hakem verdiği için iç huzuru ile kabulleneceklerdir.

Mahkemelerde yargılamalar aleni olarak yürütülür. Dileyen her kişi duruşmaları takip edebilir. Başta avukatlar olmak üzere birçok kişinin dava dosyasını inceleyip uyuşmazlık konusunda malumat edinmesi mümkündür. Özellikle günümüzde gizli kayıt cihazlarının almış oldukları mesafe düşünüldüğünde bir kişi hukuka aykırı olsa bile bir dosyanın içindeki bilgi ve belgelerin kopyalarını edinebilir. Günümüzde bir-

çok dava ile ilgili detayların basın organlarında paylaşılması bu durumun bir neticesidir. Buna karşılık tahkim süreci gizli tutulabilir. Böylece özellikle tacirlerin ve ticari şirketlerin sırları, gizli bilgileri kamuoyundan ve rakiplerinden gizli tutulabilir.

Hakem kararları İcra İflas hukuku açısından ilam niteliğinde bir belgedir. Yani mahkeme kararları nasıl bir prosedürle icra ediliyorsa hakem kararları da aynı güçte bir belge olarak icra edilecektir. Bu açıdan hakemlerin vermiş olduğu karar ile mahkeme kararı arasında bir fark yoktur. Bütün bu avantajları bünyesinde barındıran tahkim müessesesinin, özellikle milli tahkim boyutunun ülkemizde yeterince ilgi görmediği de bir gerçektir.

### A. TÜRKİYE’DE MİLLİ TAHKİM KURUMUNUN İŞLEYİŞİ

Makalenin asıl mevzuu olan “Türkiye’de tahkimde İslam hukuku kuralları uygulanabilir mi?” konusunu ele almadan önce 6100 sayılı HMK’nın 407-444 maddelerinde düzenlenmiş olan milli tahkim kurumu hakkında kısaca bilgi verilmesi gerekmektedir. Zira bu çalışmada HMK’da tahkime ilişkin mevcut düzenlemelerin böyle bir imkân barındırıp barındırmadığı incelenecektir.

#### 1. Tahkim Şartları ve Sözleşmesi

Tahkime ilişkin olarak yürürlükte olan hukuki düzenlemeye göre her türlü uyuşmazlık hakem aracılığı ile çözülemez. HMK’nın 407. maddesi “Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.” demektedir. Maddeden de anlaşılacağı üzere HMK’nın tahkime ilişkin hükümlerinin bir olaya uygulanması için hem tahkim yerinin Türkiye olması hem de taraflar arasında yabancılık unsuru içermeyen bir anlaşmazlığın bulunması esastır.<sup>9</sup> Yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olmadığı durumlarda uyuşmazlık MTK’ya göre çözüme bağlanacaktır.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim (6100 Sayılı HMK md.407-444), İstanbul, 2013, s. 47.

<sup>10</sup> KURU-BUDAK, s. 23.

HMK 408. maddesi yukarıdaki kısıtlamaya ek olarak iki alanı tahkim dışı bırakmıştır. Bu düzenlemeye göre iki konuda uyuşmazlık yaşayan kişiler tahkime gidemezler. Bunlardan birincisi taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin olarak yaşanan ihtilaflardır. İkincisi ise iki tarafın iradelerine tabii olmayan işlerdir. Örneğin bir arazinin mülkiyeti konusunda çıkan bir uyuşmazlıktan dolayı tahkime gidilemez.<sup>11</sup> Yine Türk hukukunda boşanma, ancak hâkim kararı ile gerçekleşeceği için tarafların iradesine tabii değildir. Bu nedenle boşanma ile ilgili bir uyuşmazlık için tahkime gidilemez.<sup>12</sup>

Yukarıda belirtilen sınırlamalar dışında kalan hususlarda taraflar aralarında anlaşarak, doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıklarının tamamını veya bir kısmını çözmek için bu konuda yetkili bir hakem ya da hakem kurulu belirleyebilirler.<sup>13</sup> Taraflar arasındaki uyuşmazlık durumunda uyuşmazlığın tahkim ile çözümüne ilişkin ortak irade, taraflar arasında yapılan ana sözleşmenin bir şartı, ya da ana sözleşmeden bağımsız olarak yapılan ayrı bir sözleşme ile ortaya konulabilir. Kanuna göre tahkim sözleşmesinin geçerli olması için yazılı olması gerekmektedir.<sup>14</sup> Taraflar yargılama sırasında da tahkim konusunda anlaşabilirler, bu durumda mahkeme dosyayı ilgili hakem kuruluna gönderecektir.<sup>15</sup>

Tahkim usulünün uygulanabilmesi için tahkim sözleşmesinin geçerli olması gerekmektedir. Bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim sözleşmesinin yapılması ile mahkemelerin yetkisi ortadan kaldırılmaktadır.

<sup>11</sup> UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2014, s. 1186.

<sup>12</sup> KARADAŞ, s. 81; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 2001, s. 5951.

<sup>13</sup> Taraflar arasında tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Ayrıca sözleşmenin kuruluşu ve işleyişi, borçlar hukuku hükümlerine tabidir. KARADAŞ, s. 64.

<sup>14</sup> "Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır." HMK 412/3.

<sup>15</sup> BUDAK, Ali Cem, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1. İstanbul, 2012, s. 40.



Usul hukuku açısından bu önemli bir aşamadır. Bu nedenle tahkim iradesinin açık ve net bir şekilde ortaya konulup konulmadığı araştırılmaktadır.<sup>16</sup>

Taraflar arasında geçerli bir şekilde yapılan tahkim anlaşmasının iki sonucu olacaktır. Birincisi, hakemlere taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için gerekli muhakemeyi yapma ve yapılan muhakeme sonucunda hüküm verme yetkisi bahşedilmektedir. İkincisi, taraflara uyuşmazlığın mahkeme önüne götürülmesine engel olma hakkı ortaya çıkmaktadır.<sup>17</sup> Gerçekten de HMK 413. maddesi tahkim konusunu oluşturan bir konunun mahkeme önüne götürülmesi durumunda karşı tarafa tahkim gerekçesi ile ilk itirazda bulunma hakkını vermektedir. Geçerli bir tahkim sözleşmesi karşısında mahkemenin tahkim itirazını kabul etmesi ve davayı usulden reddetmesi gerekmektedir.

## 2. Hakemlerin Belirlenmesi, Nitelikleri ve Sorumlulukları

Tahkim müessesesinin önemli unsurlarından biri hakemlerdir. Hakemler yetkilerini taraflar arasında yapılan sözleşmeden almaktadırlar. Resmi bir sıfatı haiz değildirler.<sup>18</sup> Hakem sayısını taraflar kararlaştırabilirler. Tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de uyuşmazlığı çözümü için hakem olarak belirlenebilir. Ancak HMK 415. maddeye göre hakem sayısının tek sayı olma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk uyuşmazlığın çözümünde oyların eşit çıkma ihtimalini ortadan kaldırmaya yöneliktir. Taraflarca sayı kararlaştırılmamışsa HMK’ya göre üç hakem seçilecektir. Taraflar hakemlerin isimlerini tahkim sözleşmesi yaparken belirleyebilecekleri gibi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da uyuşmazlığa bakacak hakemleri tayin edebilirler.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> KALPSÜZ, Turgut, “Milletlerarası Tahkim ile Tahkim Anlaşması”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul, 2003, s. 1043; ERKAN, Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşme Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2, Ankara, 2013, s. 553; EKŞİ, s. 106.

<sup>17</sup> KARADAŞ, s.87; KALPSÜZ, s.1049.

<sup>18</sup> ÖZBAY & KORUCU, s.54; KARADAŞ, s.100; AYAN, Müberra, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkim”, (Danışman: Yrd. Doç. Dr. Serhat Eskiörük) İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s.51.

<sup>19</sup> YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi, Ankara, 2013, s. 1731.

HMK'da tahkim kurumunda görev alacak hakemin niteliğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle medeni hakları kullanma ehliyetine sahip herkesin hakem olabileceğini söyleyebiliriz.<sup>20</sup> HMK hakemlerin seçilme usulünün belirlenmesini de taraflara bırakmıştır. Taraflar uyuşmazlığı inceleyip çözüme kavuşturacak hakem veya hakemleri kendileri belirleyebilecekleri gibi, hakem tayinini üçüncü kişilere bırakma gibi farklı bir usul de belirleyebilirler.<sup>21</sup> HMK'nın 416/1/b fıkrasına göre tek hakem seçilecekse ve taraflar hakem seçiminde anlaşamamışlarsa taraflardan birinin talebi üzerine hakem, mahkeme tarafından belirlenecektir.

Hakem olarak belirlenen kişiler bu görevi ifa etmek zorunda değildirler, gerekçeli veya herhangi bir gerekçe göstermeksizin bu görevi kabul etmeyebilirler. HMK'nın 417-418. maddeleri hakemin reddi sebeplerini ve ret usulünü düzenlemiştir. Sebepleri mevcut olduğunda hakem taraflarca reddedilebilir. Görevi kabul eden hakem haklı bir mazereti olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçınamaz. HMK'nın 419. maddesine göre hakem haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmez ve bu sebeple taraflar bir zarara uğrarsa bu zararı gidermekle yükümlüdür. Kanunda başka bir husus düzenlenmediği için hakemin bilgi ve tecrübe bakımından yetersiz olması, usul kurallarını hata ile yanlış uygulaması gibi diğer sebeplerden dolayı sorumlu tutulamayacağı yönünde doktrinde görüşler dile getirilmiştir.<sup>22</sup>

### 3. Hakemlerin Yargılama Usulü

HMK 424. maddesinde yargılama usulüne ilişkin olarak önemli bir adım atılmış ve taraflara tahkim sözleşmesi ile uyuşmazlığın çözümünde takip edilecek yargılama usulünü belirleme yetkisi verilmiştir.<sup>23</sup> Kanuna göre tahkime ilişkin emredici hükümler saklı kalmak koşulu ile

<sup>20</sup> KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.5998.

<sup>21</sup> DAYINLARLI, Kemal, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara, 1997, s. 42.

<sup>22</sup> EKŞİ, s.167; YEĞENGİL, Rasih, Tahkim, İstanbul, 1974, s. 276.

<sup>23</sup> "Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısımın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu Kısımın hükümlerini gözeterek uygun bulduğu bir şekilde yürütür." HMK. m.424.

taraf,lar, uyuşmazlığın çözümünde farklı yargılama usulleri belirleyebilirler. Kanun bu konuda bazı önemli kurallar koymuş, ancak onun dışında taraflara serbestçe belirleyebilecekleri geniş bir yetki alanı bırakmıştır. Taraflar bu yetkiyi bir tahkim merkezinin oluşturduğu kuralların tercih edilmesi şeklinde kullanabilecekleri gibi kendileri de tahkim yargılaması sırasında gözetilecek usul kuralları oluşturabilirler. Bu kuralların tahkim sözleşmesinde yer alması halinde tahkim sözleşmesinin aslı gibi usul kuralları da bir sözleşme hükmü sayılacak ve taraflar ve hakemler açısından bağlayıcı olacaktır.<sup>24</sup>

Tahkim yeri taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurulunca serbestçe belirlenebilir. Bu konuda taraflar arasında bir anlaşma yoksa tahkim yeri hakemlerce olayın özelliklerine göre belirlenebilir. Tahkim süresini düzenleyen 427. maddeye göre tahkim süresini taraflar kararlaştırabilirler. Bu konuda tahkim sözleşmesinde bir hüküm bulunması halinde bu hüküm hem tarafları hem hakemleri bağlayan bir kural olacaktır. Taraflar hakem yargılaması süresini kararlaştırmamışlar ise bu süre ilgili maddede bir yıl olarak belirtilmiştir. Aynı maddede tarafların anlaşmasıyla veya taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından sürenin uzatılabileceği de düzenlenmiştir.<sup>25</sup>

Tarafların yargılama usulünü kararlaştırmadıkları zaman uygulanmak üzere kanun esnek bir yargılama usulü belirlemiştir. Taraflar kararlaştırılan veya hakemler tarafından belirlenecek sürede iddia ve savunmalarını içeren dilekçeler vereceklerdir. Taraflar dilekçelerine yazılı delil ekleyebilirler. Hakem kurulu gerekli gördüğü durumlarda duruşma yapabileceği gibi dosya üzerinden karar da verebilir. Kanunda bu hususlar, aksi kararlaştırılabilir şeklinde zikredilmektedir. Mesela taraflar tahkim sözleşmesinde tahkim yargılaması esnasında duruşma yapılmayacağını kararlaştırmışlarsa hakemler bu kurala uymak zorundadır (HMK428-429).

Hakem ya da hakem kurulu maddi gerçeğe ulaşmak için keşif, bilirkişi incelemesi gibi araçlara da başvurabilirler. Delillerin toplanması

<sup>24</sup> KARADAŞ, s.163; EKŞİ, s.181.

<sup>25</sup> YILMAZ, s.1751.

için gerekirse mahkemeden yardım talep edebilirler. Aksi kararlaştırılmadıkça hakem kurulu oy çokluğu ile karar verecektir (HMK431-433).

Tahkim süreci kanununun 435. maddesinde düzenlenen durumlardan birinin ortaya çıkması ile sona erer. Bu durum kanunda şöyle düzenlenmiştir:

“(1) Tahkim yargılaması, nihai hakem kararının verilmesi veya aşağıdaki hâllerden birinin gerçekleşmesi ile sona erer:

a) Davalının itirazı üzerine hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi hâli hariç, davacı davasını geri alırsa.

b) Taraflar, yargılamanın sona erdirilmesi konusunda anlaşılırsa.

c) Hakem veya hakem kurulu, başka bir sebeple yargılamanın sürdürülmesini gereksiz veya imkânsız bulursa.

ç) 427nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talep mahkemece reddedilirse.

d) Taraflarca kararın oybirliğiyle verilmesinin öngörülmesine rağmen, hakem kurulu oybirliğiyle karar veremezse.

e) 442’nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca yargılama giderleri için avans yatırılmazsa.

(2) 437’nci madde hükmü saklı kalmak üzere, hakem veya hakem kurulunun yetkisi, yargılamanın sona ermesiyle ortadan kalkar.”

Hakem kurulu, karar vermeksizin görevinin sona erdiği yukarıdaki seçeneklerin dışında yapmış olduğu inceleme sonunda vereceği bir karar ile hükmünü açıklayacaktır. Vereceği kararda; kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin ad ve soyadları, tarafların ve varsa temsilcileri ile vekillerinin ad ve soyadları, unvanları ve adresleri, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi, bir sıra numarası altında açık ve kesin bir biçimde taraflara yüklenen hak ve borçlar ile yargılama giderleri, karara karşı iptal davası açılabilmesi ve süresi, tahkim yeri ve kararın tarihi, kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin tamamı veya çoğunluğunun imzaları ve karara eklenmiş ise karşı oy yazısı gösterilir (HMK 436).

#### 4. Tahkimde Uyuşmazlığın Çözümünde Uygulanacak Hukuk Kuralları

HMK’da bir uyuşmazlığın tahkim aracılığı ile çözülmesinde uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunun bu sükûtu nasıl yorumlanmalıdır? Bu sükût uyuşmazlığın çözümünde yürürlükteki “Türkiye Cumhuriyeti hukukunun mutlak olarak uygulanması gerektiği” şeklinde yorumlanabilir mi? Kanunun bu konudaki sükutunun bu şekilde yorumlanması tahkim müessesesinin özü ile çelişecektir. Zira tahkim, sonucu tarafları ilgilendiren bir uyuşmazlığın çözümünde yine taraf iradelerini üstün tutan bir kurumdur. O nedenle taraflar kendi iradeleri ile uyuşmazlığın çözümünde farklı hukuk kurallarının uygulanmasını isteme hakkına da sahip olmalıdırlar. Bu gerekçelerle doktrinde tarafların serbestçe uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçebilecekleri konusunda görüş birliği vardır.<sup>26</sup> Yani iki Türk vatandaşı aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için bir tahkim sözleşmesi yaparken “Bu uyuşmazlık Alman kanunlarına göre çözüme kavuşturulacaktır.” hükmünü sözleşmeye yazabilirler. Yine doktrinde böyle bir hukuk kodunun belirlenmesi durumunda bu hükmün hakemler için bağlayıcı olduğu ve bu kurala mutlak uyulması gerektiği, uyulmadığı takdirde tahkim sözleşmesinin ihlal edildiğinden bahisle verdikleri kararın iptal edilebileceği dile getirilmektedir.<sup>27</sup>

Doktrin bu konuda bir adım daha ileri giderek “Uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak hukuk taraflarca seçilmemiş ise hakemler Türk hukukundan başka bir hukuk kullanabilirler mi?” sorusuna da olumlu cevap vermiştir. Ekşi, taraflar hukuk kodunu seçmemişlerse hakemlerin Türk hukuku dışında yabancı hukuku da uygulayabileceklerini söylemektedir.<sup>28</sup> HMK’nın 433. maddesinin 3. fıkrası Ekşi’nin bu görüşünü destekler niteliktedir. “*Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dos-*

<sup>26</sup> EKŞİ, s.181; BALCI, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul, 1999, s.217; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.6073; NOMER, Ergin – EKŞİ, Nuray- ÖZTEKİN Gülseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul, 2013, s.26.

<sup>27</sup> BALCI, s.217; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.6073; NOMER-EKŞİ-ÖZTEKİN, s.26; EKŞİ, s.181.

<sup>28</sup> EKŞİ, s.181.

*tane çözüm yoluyla karar verebilir.”* Bu maddede hakemin olaya uygulayacağı meri hukuk kurallarını bir kenara bırakarak hakkaniyet ve nesafet için farklı kurallar tercih edebileceğine işaret etmektedir. Yani tarafların tahkim sözleşmesinde belirtmesi durumunda veya yetki verilmesi halinde hakemler tarafından Türk hukuk kuralları bir kenara bırakılarak başka kurallar temel alınarak uyuşmazlık çözülebilir.<sup>29</sup>

HMK taraflara uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmede tam anlamı ile bir serbestlik tanımıştır. Yargıtay'ın çeşitli kararlarında tarafların bu hakkı vurgulanmıştır.<sup>30</sup> Böylece kamu düzenini ilgilendirmeyen tarafların çıkarlarını ilgilendiren konularda taraf iradelerinin tam anlamı ile geçerli kılınması sağlanmış olacaktır. Taraflar böylece tahkim müessesesini kullanarak mevcut hukuk sisteminin dışına çıkmamanın yanı sıra mevcut hukuk kurallarından da bağımsız olarak adaleti arama haklarını kullanacaklardır.

## 5. Hakem Kararlarının Mahkeme Tarafından Denetlenmesi

HMK'da hakem kararlarının yargısal denetimi de düzenlenmiştir. Bu denetim tarafların talebine bağlıdır. Yani bir tahkim yargılaması sonunda taraflardan biri kararın iptali için mahkemeye başvuramaz ise herhangi bir yargı denetimi olmaksızın verilen karar doğrultusunda kararın icra aşamasına geçilebilecektir.<sup>31</sup> Gerçi kararın icrası için kesinleşmesi de gerekmemektedir.<sup>32</sup> Yani hakem kararına karşı sadece itiraz edilmesi o kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir

<sup>29</sup> EKŞİ, s.181.

<sup>30</sup> *“Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme maddi hukuk işlemi olduğu, taraflar uyuşmazlığın hakemde ve açıkça geçerli kanunlar (tüm hukuk kuralları, hukuk usulleri, yasa hükümleri ve Yargıtay emsal kararları) denilmek suretiyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte o kanun yürürlükte ve geçerli olduğundan HUMK'ya göre çözümünü kabul ettikleri ve bu sözleşme halen geçerli ve taraflar için bağlayıcı bulunduğundan sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir.”* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 20.10.2014 tarih ve E. 2014/2325, K. 2014/5858 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/15hd-2014-2325.htm> E.T.15.02.2020.

<sup>31</sup> SÜRAL, Ceyda, *“Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”*, Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 16, 2015, s. 1382.

<sup>32</sup> SÜRAL, s.1407.

teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası mahkeme tarafından durdurulabilir (HMK 439/4).

HMK 439. maddesinde hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabileceği, yetkili mahkemenin tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olduğu, mahkeme tarafından bu davanın öncelikle ve ivedilikle görülmesi gerektiği düzenlenmiştir.<sup>33</sup> Aynı maddede iptal davasının kararın tebliğinden itibaren bir aylık bir sürede açılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme aksine bir karar vermedikçe incelemeyi dosya üzerinden yapacaktır.

Hakem kararının hangi sebeple iptal edilebileceği 439/2’de sınırlı olarak sayılmıştır. Mahkemenin yapacağı incelemede bu sebeplere bağlı kalması ve bu sebepler dışında başka sebeplerden dolayı hakem kararını iptal etmemesi gerekmektedir. Bu hareket tarzı tahkimin amacı olan taraf iradelerine saygı ilkesine daha uygun olacaktır.<sup>34</sup>

HMK 439/2’de iptal sebepleri şu şekilde sayılmıştır:

“a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediği,

ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği,

d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı,

e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu,

f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği,

<sup>33</sup> ÖZBAY & KORUCU, s.223.

<sup>34</sup> EKŞİ, s.195; ÖZBAY & KORUCU, s.221.

g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu,

tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.”

Bu konuda yazılan eserlerde tahkim kararlarının iptal sebepleri detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Burada yukarıda sayılan iptal sebeplerini açıklamak çalışmanın amacını aşan bir girişim olur. Ancak sebepler incelendiğinde daha çok hakemlerin taraf iradelerine uygun hareket edip edemediklerinin mahkeme tarafından kontrol edilmesini sağlayan iptal sebeplerinin kanun koyucu tarafından düzenlendiği görülmektedir. Tarafların yargılama sürecinde eşit muameleye tabii tutulması ve hukuki dinleme hakkına riayet edilmesi gerektiği yine bu maddede vurgulanmıştır.<sup>35</sup>

Sayılan iptal sebeplerinden biri dışında diğerleri hakem kararının içeriğinin denetlenmesine yönelik değildir. Kanun koyucu tahkime ilişkin olarak olabildiğince taraf iradelerini ön plana çıkarmaya ve dışarıdan müdahaleleri en aza indirmeye çalışmıştır. Aynı şekilde taraf iradeleri ile belirlenen hakemlerin yine tarafların belirleyeceği usul kurallarına göre çalışmalarını ve uyuşmazlığı hakkaniyete göre çözmeleri için gerekli enstrümanları kullanmalarına müsaade etmiştir. Yani tarafların güvenerek uyuşmazlığı emanet ettikleri hakemlere hukuk da güvenmiş ve kararlarının içeriğine müdahale etmek istememiştir. Nitekim HMK'nın 439. maddesinin gerekçesinde kanun koyucunun bu iradesi açık bir şekilde ortaya konulmuştur.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> UMAR, s.1250; ÖZBAY & KORUCU, s.80.

<sup>36</sup> “İkinci fıkrada, tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca, tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulü, taraf serbestisine bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusunda, uzman kişilerin hakem seçilmesi suretiyle var olduğu düşünülen riskin de ortadan kaldırılması imkânı taraflara tanınmıştır.” TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanonlamo=64272&pkanonnumarasi=6100 E.T.01.03.2020>.



Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de tahkime ilişkin bir kararında yukarıdaki bilgileri destekler nitelikte bir görüş ortaya koymuştur. “...Taraflar arasındaki sözleşmeyle aralarında çıkacak uyuşmazlıkların hakem heyeti kararıyla çözüleceği kararlaştırılmış, buna göre oluşturulan üç kişilik hakem heyeti incelemeleri sonucunda bir karara varmıştır. Hakem heyeti, süreci yürütürken bilirkişiden rapor alıp almamakta takdir hakkına sahip olduğu gibi, uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve tahlili de hakem heyetine aittir. Hakem heyeti kararının esası, yerinde olup olmadığı, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı gibi hususlar hakem heyeti kararının iptali istemli davada tartışma konusu yapılamayacak olup, mahkemece bu sebeplerle davanın reddi gerekirken hakem heyetinin takdirine ve kararının esasına yönelik değerlendirmeler yapılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”<sup>37</sup>

Mahkemeler tarafından tahkim yargılamasına ve verilen kararlara müdahalenin söz konusu olmadığı durumlarda toplumun temel yapısını, temel çıkarlarını, yani kamu düzenini tehdit eden kararların verilme ihtimali de ortaya çıkmaktadır. Belirtilen sebeple kanun koyucu hakem kararının “kamu düzenine aykırı olduğu” gerekçesi ile iptal edilebileceğini HMK’nın 439. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendinde düzenlemiştir.

Kamu düzeni kavramı için doktrinde ve yargı kararlarında farklı tanımlamalar yapılmış ve içeriğine ilişkin farklı görüşler ortaya konulmuştur. Gerçekten de kamu düzeni farklı anlamlar verilebilen soyut, hatta zamana ve mekana göre değişebilen bir kavramdır.<sup>38</sup> Yargıtay tarafından da kabul gören en genel tanım şu şekilde yapılmıştır: “Bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür.”<sup>39</sup> Devletlerin, sistemin sağlıklı işlemlerini sağlamak

<sup>37</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 22.06.2016 tarih ve E.2016/4931, K.2016/6886 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2016-4931.htm> E.T.01.03.2020.

<sup>38</sup> DAYINLARLI, Kemal, Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s.7vd; ERTEKİN, Erol- KARATAŞ, İzzet, Uygulamada ihtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997, s.90.

<sup>39</sup> TANRIVER, Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü”, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, İstanbul, 2000, s. 470; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2013/16287, K. 2016/5292 sayılı kararı.

Bazı Yargıtay kararlarında kamu düzeni şu şekilde nitelendirilmiştir: “...Türk kamu düzeninin ihlâlini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlâli halinde

için tesis ettikleri ve vazgeçemeyecekleri temel ilkeler kamu düzenini ilgilendiren kurallardır. Toplumsal düzeni tesis etmek için konulmuş olan emredici kurallara aykırılık, ahlaka, temel hak ve özgürlüklere aykırılık kamu düzeninin ihlal edildiği durumlar olacaktır.<sup>40</sup> Tahkim müessesesi söz konusu olunca kamu düzeni kavramı bu dar anlamı ile ele alınmalıdır. Bunun aksine tahkim kararlarının kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile sıkı denetime tabi tutulması tahkim müessesenin serbestlik ruhuna aykırıdır. Mahkemenin tahkimi ortadan kaldıracak şekilde kamu düzeni kavramını geniş yorumlamaması gerekir.<sup>41</sup>

Milletlerarası tahkime ilişkin bir uyuşmazlıkta Yargıtay, kamu düzeni kavramını ele alırken Dayınlarlı'ya atfen ortaya koymuş olduğu görüşünde tarafların tahkim sözleşmesinde tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuku seçebileceklerini hatta böyle bir seçim yapılması durumunda Türk kamu düzeni değil; uygulanacak hukukun öngörmüş olduğu kamu düzeninin dikkate alınacağı vurgulanmıştır.<sup>42</sup> Bu karar ka-

---

*düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlâl eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir...”* Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 gün, E. 2010/1, K. 2012/1 sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 11.07.2019 tarih ve E.2019/1234, K.2019/3335 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2019-1234.htm&kw=tahkim+kamu+d%C3%BCzeni#fm> E.T.02.03.2020.

<sup>40</sup> DAYINLARLI, Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, s.36.

<sup>41</sup> ALBAYRAK, Hakan, “Tahkimde Kanun Yolları”, Terazi Hukuk Dergisi, 2008, S. 18, s.64.

<sup>42</sup> “Taraflar tahkim sözleşmesinde, tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuku seçmişlerse hakem, tarafların bu vesile ile uygulanacak olan hukukun kamu düzenini de seçtiklerini kabul etmek durumundadır. (Dayınlarlı, a.g.e. s. 77) Başka bir ifade ile, kamu düzeninin, seçilen hukuka bağlı kalınarak değerlendirilmesi gereklidir. Somut olayda, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında, ihtilafın “Türk Hukuk Kuralları” esas alınarak çözümleneceği yazılı olduğundan, kamu düzenine aykırılığın tespiti bakımından da uygulanacak hukuk olan Türk Hukuk Kurallarının kamu düzeni kavramı esas alınmalıdır.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2013/16287, K.2016/5292 sayılı kararı.

mu düzeni kavramının bile belirlenecek hukuka göre dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir.

HMK’da yapılan düzenlemede hakem kararlarının iptal sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. İptal talebi kendisine ulaşan mahkemece hakem kurulunun hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı inceleme dışı tutularak tahkim konusunda emredici kurallara uyulup uyulmadığı, taraf iradelerinin hakem kurulunca doğru anlaşılıp karara yansıtılıp yansıtılmadığı ve verilen kararın kamu düzenine aykırılığı yönlerinden itiraz incelemesi yapılarak karar verilecektir. İtiraz üzerine bölge adliye mahkemesince verilen karara karşı temyiz yoluna da başvurulabilir (HMK 439/6). Kanun mahkemenin iptal kararı üzerine taraflara bazı durumlarda hakemleri veya tahkim süresini yeniden belirleme yetkisi de vermiştir (HMK 439/7).

## B. İSLAM HUKUKU VE TÜRK TAHKİM SİSTEMİ

Tahkim müessesesi göz önüne alındığında iki farklı noktada hukuk kuralları gündeme gelmektedir. Birincisi; tahkim yargılamasının hangi usul kurallarına göre yapılacağı noktasıdır. İkincisi ise uyuşmazlığın çözümünde hangi hukuk kuralının uygulanacağıdır.

Tahkimde kullanılacak usul kuralları hususunda HMK’da yapılan açık kanuni düzenleme ile taraflara hukuk seçme yetkisi verilmektedir. “Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısımın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu Kısımın hükümlerini gözeterek uygun bulunduğu bir şekilde yürütür (HMK 424).” Bu düzenleme tahkim sözleşmesi yapan taraflara ve yetki verilmesi durumunda hakemlere Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Onbirinci Kısımında düzenlenen tahkime ilişkin emredici hükümlerinin dışında diledikleri usul hükümlerini seçme veya belirleme yetkisi vermektedir. Kanundaki sınırlama sadece bu kısım ile ilgilidir. Bu kısmın dışındaki usul kuralları emredici bile olsa tahkim sözleşmesi ile aksine usul kuralları belirlenebilir. Örneğin HMK’nun 200. maddesinde düzenlenen “senetle ispat zorunlu-

luğ'u" emredici bir hüküm olmasına rağmen tarafların anlaşması ile bu emredici hükmü bertaraf eden bir usul belirlenebilir.<sup>43</sup>

Kanunun bu açık düzenlemesinden yola çıkarak tahkim yargılama-  
masında İslam hukuku hükümlerine göre düzenlenmiş usul kurallarının  
Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Onbirinci Kısımında düzenlenen  
tahkime ilişkin emredici hükümlere aykırı olmamak kaydı ile taraflarca  
uyuşmazlıkta uygulanacak usul kuralları olarak belirlenmesi ve uygu-  
lanması mümkündür.

Tarafların tahkim yargılama-  
masında uygulanacak usul kurallarını be-  
lirlemesi durumunda hakemler tarafların belirlemiş olduğu usule uygun  
hareket etmek zorundadır. Aksi halde vermiş oldukları karar tahkim  
sözleşmesine uyulmadığı gerekçesi ile iptal edilebilir.<sup>44</sup> Bu nedenle taraf-  
lar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde İslam hukuku kaynaklı usul  
kuralları belirlemişlerse hakemler için bu kurallar zorunlu usul kuralları  
olacaktır.

Tahkimde hukuk kuralları tercihinin yapılacağı ikinci nokta ise,  
asıl uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukukun belirlenmesidir.  
Bu konuda yukarıda belirtildiği üzere kanun koyucu sükût etmiştir.  
Ancak doktrinin neredeyse tamamı bu konuda kanun koyucunun sessiz  
kalmasını diğer düzenlemelerle birlikte düşünüldüğünde taraflara bu  
konuda yetki verdiği şeklinde yorumlanması gerektiği yönünde görüş  
birliği içindedir. Yani taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak huku-  
ku diledikleri gibi seçebilirler.<sup>45</sup> Pek tabiidir ki; uyuşmazlığın esasına  
uygulanacak hukuk kuralları İslam hukuku gözetilerek hazırlanmış hu-  
kuk metinleri de olabilir. Böyle bir belirleme yapıldığı takdirde bu şart  
hakemler tarafından gözetilmek zorundadır. Hakemler tarafların belir-

---

<sup>43</sup> EKŞİ, s.178-179.

<sup>44</sup> ÖZTEK, Selçuk, "Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü", II. Uluslararası Hukuk Sempozyumu "TAHKİM", İstanbul 2009, s.340; Emsal karar için Bkz: Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 15/06/1989 tarih ve E.1989/1023 K.1989/2841 sayılı kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-1989-1023.htm&kw=15.+Hukuk+Dairesi++tarih+ve+`1989/1023`#fm E.T.07.03.2020>.

<sup>45</sup> EKŞİ, s.181; BALCI, s.217; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.6073; NOMER & EKŞİ & ÖZTEKİN, s.26.

lediği hukuktan farklı hukuk kuralları uyguladıkları zaman verilen karar HMK’ya aykırı olacaktır.

Tahkim sürecini yönetecek usul kuralları ile uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kuralları birbirinden farklı olabilir.<sup>46</sup> Yani taraflar Usul kuralları olarak İslam hukukunu belirleyip uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku farklı belirleyebilirler. Bunun tersi bir durum da mümkündür.

### 1. İslam Hukuku Tahkim Yargılamasında Uygulanmaya Elverişli midir?

İslam hukuku günümüzden yaklaşık 1410 yıl önce Hz. Muhammed (s.a.)’e ilk vahyin gelmesi ile oluşum süreci başlamış, dini temellere dayanan, 8. yüzyılda ortaya çıkan mezheplerle (hukuk okulları) farklı yorumları yapılmış, tarihte çok farklı devletler tarafından uzun yıllar uygulanmış köklü bir hukuk sistemidir.<sup>47</sup> Günümüzde de İslam hukuku pek çok İslam ülkesinde etkilidir. İslam ülkelerinde var olan hukuk kurallarının az ya da çok İslam hukuku ilkelerini barındırdığı bilinmektedir.<sup>48</sup>

İslam hukuku Lahey’de toplanan hukuk konferansında da katılımcılar tarafından oybirliği ile mukayeseli hukukun kaynağı olan, canlı, ve orijinal bir hukuk sistemi olarak kabul edilmiştir.<sup>49</sup> Hukuk metodolojisini dünyada ilk kullanan İslam hukukçularıdır.<sup>50</sup> Vakıf gibi orijinal kurumları bünyesinde barındırır.<sup>51</sup> Toplumsal düzeni sağlamak için seküler hukuk sistemlerinden farklı olarak dünyevi ve uhrevi olmak üzere

<sup>46</sup> AYAN, s.69.

<sup>47</sup> BERKİ, Şakir, “İslam Hukukunun Ana Hatları”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 19, (Nisan 1971) s.29; EKİNCİ, Ekrem Buğra, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2015, s.267-270.

<sup>48</sup> GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 2018.

<sup>49</sup> BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu, İstanbul, 1975, C.1, s.326; AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2019, s.77. İslam hukukunun müstakil bir hukuk sistemi olduğu detaylı bir tetkikten sonra Sava Paşa tarafından da ortaya konulmuştur. Bkz: Sava PAŞA, İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, (Çev: Baha Arıkan), Ankara 1955, s.10vd.

<sup>50</sup> YAMAN, Ahmet – ÇALIŞ, Halit, İslam Hukukuna Giriş, İstanbul 2014 s.37.

<sup>51</sup> AKMAN, Ahmet, Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi, Ankara 2019, s.24.

çift yönlü bir müeyyide sistemine sahiptir.<sup>52</sup> İslam hukukunda insanlar için can, mal, namus, nesil ve aklın korunması gereken değerler olduğu göz önüne alınmış ve bu değerleri korumak için başta ceza hukuku olmak üzere tüm alanlarda hukuki hükümler getirilmiştir.<sup>53</sup> Toplumsal düzeni korumak için tüm toplumu harekete geçirmeye çalışmış, bu düzenin muhafazası için bireyleri gerekli tedbirler almakla mükellef kılmıştır.<sup>54</sup> Başlangıcı 1410 yıl öncesine tarihlenen bu hukuk sistemi, kendine has temel ilkelerini muhafaza ederek bugün modern hukuk tarafından ortaya konulan metodoloji ile de açıklanabilen bir yapıya sahiptir.<sup>55</sup>

Türk hukuk tarihinde İslam hukuku ilkeleri göz önüne alınarak Mecelle-i Ahkam-ı Adliye<sup>56</sup>, Hukuk-ı Aile Kararnamesi gibi kanun çalışmaları yapılmıştır.<sup>57</sup> Günümüzde de Filistin, Sudan gibi ülkelerde İslam hukuku ilkelerine uygun kanunlar hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur.<sup>58</sup> Hukuk sistemi olarak İslam Hukuk sistemini benimsemese de halkı Müslüman olan birçok ülkeyi İslam hukuku dolaylı yollardan etkilemektedir.<sup>59</sup>

Günümüz Türk hukuk sistemi laik temeller üzerine kurulan ve Kara Avrupası hukuk sistemi benimsenerek oluşturulmuş bir hukuk yapısına sahiptir. Ancak bu Müslüman hukukçuların ve İslam hukuku

<sup>52</sup> YAYLA, Mustafa, İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik, Konya 2011, s.81.

<sup>53</sup> AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s.21.

<sup>54</sup> AYKANAT, Mehmet, Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı, Ankara 2019, s.31.

<sup>55</sup> Bu konuda bilim adamları tarafından çok sayıda çalışma yapılmıştır. Örnek olarak bazıları şu şekilde sıralanabilir: KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 2016; AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018; AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018; AYKANAT, Mehmet, Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2016; AKMAN, Ahmet, İslam Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat, Ankara 2019; KAHVECİ Nuri, Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku, İstanbul, 2017; BİRSİN, Mehmet, İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı, İstanbul, 2012.

<sup>56</sup> Hoca Eminefendizade Ali Haydar, Dürerü'l-Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, C.1, İstanbul, 1313, s.7.

<sup>57</sup> ÇEKER, Orhan Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Konya 2012, s.7.

<sup>58</sup> Örneğin Sudan Ceza Kanunu için Bkz: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/sd/sd004ar.pdf> E.T. 08.03.2020

<sup>59</sup> GÖZLER, s.149; Ülkemizde yıllardır insanlarımızın çoğunluğu resmi nikahın yanı sıra dini nikah kıydırmaktadırlar. Bu yürürlükte olmasa da İslam hukuku kurallarının insanlar tarafından dikkate alındığının bir örneğidir.

kürsülerinde çalışan ilahiyatçıların İslam hukuku temelli hukuk metinleri hazırlamalarına engel bir durum değildir. Bu konuda şimdiye kadar doyurucu adımlar atılmamasından dolayı ortaya çıkan boşluk İslam hukukunun yapısından kaynaklanan bir eksiklik değildir.

İslam hukuku bireyler arasında eşitliği gözeten, hakkı ve adaleti üstün tutan bir yapıya sahiptir.<sup>60</sup> Böyle bir hukuk sisteminin taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlıkta ihtilafın çözümünde uygulanacak hukuk olarak benimsenmesi tarafların adalet ve hakkaniyete uygun bir çözüme kavuşmalarına katkı sağlayacaktır. Taraflar tahkim sözleşmesinde “-Aramızdaki ihtilafın çözümünde Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’nin kuralları uygulansın.” hükmünü koyduklarında İslam hukukuna göre hazırlanmış bir kanun metnini işaret ederek aralarındaki uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kodunu seçmiş olurlar. Böyle bir durumda hakemler bu kanun hükümlerini dikkate almak zorundadırlar.<sup>61</sup>

Taraflar uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kuralları belirlerken net olarak İslam hukuku ilkeleri gözetilerek hazırlanmış bir hukuk metnini işaret edebilecekleri gibi “Aramızdaki uyuşmazlığın çözümünde İslam hukuku ilkeleri göz önünde tutulacaktır.” şeklinde bir genel belirleme de yapabilirler. O zaman hakemler İslam hukuku genel ilkelere göre uyuşmazlığı çözeceklerdir.

## 2. Türkiye’de İslam Hukuku Hükümlerini Tahkim

### Yargılamasında Uygulamak Laikliğe Aykırı Olmaz Mı?

İç tahkim uygulamasında İslam hukuku kurallarını uygulama fikri ilk kez bizim tarafımızdan ortaya konulmuş bir fikir değildir. Bu amaç için kurulmuş ve bu doğrultuda hizmet eden tahkim merkezleri İngiltere’de yıllardan beri faaliyetine devam etmektedir.

Bu tahkim merkezlerinin tarihçesi kısaca şu şekildedir: İngiliz sömürgelerinde yaşayan bazı Müslümanlar zamanla İngiltere’ye göç etmişler, bu göçmenler genelde aynı bölgelerde oturmaya başlamışlardır.

<sup>60</sup> LEWIS, Bernard, İstanbul ve Osmanlı Uygarlığı, (Çev: Nihal Önal) İstanbul 1975, s.62-63; YAYLA, s.72.

<sup>61</sup> ÜLKER, İbrahim, Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün Mü? 2. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, 23-25 Mart 2018, Kudüs, Bildiriler, Ankara, 2018, s.464-465.

Bu şekilde oluşan Müslüman toplum aralarındaki ihtilafları İngiliz mahkemelerine götürmek yerine kendi aralarından tayin ettikleri hakemlere çözdürmüşlerdir. Bu durumu tespit eden İngiliz yönetimi 1996 yılında tahkim yasasında değişiklikler yaparak Müslümanların kendi aralarında çıkan bazı ihtilafları çözmek için tahkim merkezi kurmalarına izin vermiştir. Bugün İngiltere genelinde bu hizmeti veren tahkim merkezlerinin sayısının iki yüz ellinin üzerinde olduğu dile getirilmektedir.<sup>62</sup> Kurulan tahkim merkezlerinde aile hukuku, ticaret hukuku ve finans alanında yapılan başvurular İslam hukuku kurallarına göre çözüme kavuşturulmaktadır.<sup>63</sup> Tahkim merkezlerinde hakemler tarafından verilen kararlar İngiliz yargı sistemi tarafından ilam gücünde kabul edilmekte ve İngiliz icra organları tarafından icra edilmektedir.<sup>64</sup>

İngiliz *The Guardian* gazetesinin 2010 yılında yapmış olduğu habere göre Müslümanların kurmuş olduğu tahkim merkezlerine başvuran kişilerin %15'i Müslüman olmayan kişiler ve bu sayı gün geçtikçe artıyor. Gazete muhabiri Afua Hirsch, İngiltere'de faaliyet gösteren Muslim Arbitration Tribunal (MAT) tahkim merkezi yetkilisine dayandırdığı haberinde tahkim merkezinin daha ucuz ve daha etkili olduğu için Müslüman olmayanlar tarafından da tercih edildiğini bildirmektedir.<sup>65</sup> Bu konuda hizmet veren Muslim Arbitration Tribunal, internet sitesinde vermiş olduğu bilgilere göre aile hukukunda, ticari konularda ve miras ve vasiyet konularında tahkim hizmeti vermektedir.<sup>66</sup>

Müslümanların sayıca azınlıkta olduğu İngiltere'de yıllardır faaliyet gösteren bu tahkim merkezleri ne kamusal düzeni bozmuş ne de

<sup>62</sup> COSTE, Abel Alex, "Muslim Arbitration Tribunal and Sharia Courts –Objectives and legal jurisdiction within England and Canada" s.1 [https://www.academia.edu/17321834/Muslim\\_Arbitration\\_Tribunal\\_and\\_Sharia\\_Courts\\_Objectives\\_and\\_legal\\_jurisdiction\\_within\\_England\\_and\\_Canada](https://www.academia.edu/17321834/Muslim_Arbitration_Tribunal_and_Sharia_Courts_Objectives_and_legal_jurisdiction_within_England_and_Canada) E.T.08.03.2020.

<sup>63</sup> YVONNE Prief "Muslim Legal Practice in the United Kingdom: the Muslim Arbitration Tribunal" Legal Pluralism in Muslim Contexts, 2019, s.12.

<sup>64</sup> COSTE, s.9.

<sup>65</sup> HİRSCH, Afua, "Fears Over Non-Muslim's Use of Islamic Law to Resolve Disputes", <https://www.theguardian.com/uk/2010/mar/14/non-muslims-sharia-law-uk> E.T.17.02.2019.

<sup>66</sup> Kurumun çalışmaları hakkında detaylı bilgi için Bkz: <http://www.matribunal.com/services.php> E.T.17.02.2019.



İngiltere için bir kötü imaj göstergesi olmuştur. Bilakis tahkim uygulamasında İslam hukuku kurallarının uygulanmasına izin vermekle kendi vatandaşı olan Müslümanların iç huzurları ile kabul edebilecekleri kararlar oluşturulmasını sağlamıştır. Bu düzenleme toplumsal barışa ve kamusal düzenin daha sağlam bir yapıya kavuşmasına katkı sağlamıştır.

HMK’da tahkime ilişkin yapılan düzenleme göz önüne alındığında iki tarafın iradesine tabi olan işler tahkim konusu olabilir. Yani kamuyu ilgilendiren konular tahkim dışıdır. Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın İslam hukuku kurallarına göre çözülmesi sonucunda verilen hüküm sadece tarafları ilgilendirecektir. Bu nedenle taraflar arasındaki serbestçe kararlaştırılabilen bu durumun laiklik ile bir ilgisinin olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. HMK ile tahkim müessesesine ilişkin düzenlemeler tarafların İslam hukukunu uyuşmazlıkların çözümünde temel norm olarak belirlemelerine ve hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde bu kuralları dikkate almasına engel olacak bir hüküm barındırmamaktadır.

Netice itibariyle, Türkiye’de şu anki hukuki düzenlemelere göre, kişiler, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesinde hem usul hem esas açısından İslam hukukunun kullanılması kararlaştırabilirler. Bu durumda hakemler bu tahkim şartını gözetmek zorundadırlar. İnceleme sonucunda İslam hukuku hükümlerine göre verilen karar günümüz Türk hukukuna da uygun olacak ve İcra İflas hukukuna göre infaz edilecektir.

## SONUÇ

Tahkim yeryüzünde hukuk sistemlerinin tesis edilmesinden önce de var olan, tarafların güvendiği ve bağımsız olduğuna inandığı üçüncü bir kişiye uyuşmazlığı çözdürmek fikrinden doğmuş bir kurumdur. Tahkim, devletin yargı yükünü hafifletmesi, yargı organlarına kıyasla daha ekonomik olması, daha hızlı sonuca ulaştırması, taraflara karar vericileri seçme hakkı tanınması, verilen kararların icra iflas hukukuna göre mahkeme kararı gibi infaz kabiliyetine sahip olması, sürecin gizli yürütülmesine imkân tanınması gibi birçok faydayı bünyesinde barındırır. Tahkimin bütün bu avantajları göz önüne alındığında daha sık kul-

lanılan bir kurum haline dönüştürmek için kullanım alanları daha da yaygınlaştırılmalı ve bu konuda toplumsal farkındalık artırılmalıdır.

Kişiler için inanç ve inandığı değerler birçok şeyden daha kıymetlidir. Yapmış olduğu işlemlerin inancı ile aynı doğrultuda olduğunu bilmek kişi için manevi bir haz kaynağıdır. Bu durum hukuk için geçerlidir. Kişilerin kendi inançlarına göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaları, ulaştıkları çözümü gönül rahatlığı ile kabullenecekleri bir ortam da yaratacaktır. Bu tespitten hareketle İngiliz hukuk sistemi Müslümanların kendi aralarındaki bazı ihtilafları İslam hukuku kaidelelerine göre çözmelerine izin vermiştir. Bu amaç için kurulan tahkim ofisleri yıllardır insanlara hizmet vermektedir.

Türk hukuk sisteminde tahkim ile uyuşmazlıkların çözümünde İslam hukuku kurallarının uygulanıp uygulanamayacağını inceleyen bu çalışmada mevcut hukuki düzenlemelere göre bunu engelleyen bir kurala rastlanmamıştır. Bilakis tahkimi düzenleyen kuralların tarafların iradelerine önem verdiği ve bu bağlamda, gerek uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak usul kurallarının, gerekse uyuşmazlığın esastan çözümünde kullanılacak hukuk kurallarının taraflarca belirlenebileceği bir ortam oluşturduğu kabul edilmelidir. Sonuç olarak günümüz Türk hukuk sistemine göre tahkim kapsamında olan bir uyuşmazlık tarafların iradesi bu yönde olursa İslam hukukuna göre çözüme kavuşturulabilir.

## KAYNAKLAR

- AKMAN, Ahmet**, İslam Hukukunda Akdi Mesuliyet ve Tazminat, Ankara 2019.
- ALBAYRAK, Hakan**, “Tahkimde Kanun Yolları”, Terazi Hukuk Dergisi, 2008.
- ARSLAN, Ramazan – YILMAZ, Ejder- TAŞPINAR, Sema – HANAĞASI, Emel**, Medeni Usul Hukuku, Ankara,2018.
- AVCI, Mustafa**, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- AVCI, Mustafa**, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- AVCI, Mustafa**, Türk Hukuk Tarihi, Konya 2019.
- AYAN, Müberra**, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkim” (Danışman: Yrd.Doç.Dr.Serhat Eskiyyörük) İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- AYDIN, Buğra**, "Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.21 /2 (Ocak 2016), s.840.
- AYKANAT, Mehmet**, Osmanlı Hukukunda Dilekçe Hakkı, Ankara 2019.
- AYKANAT, Mehmet**, Osmanlı Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2016.
- BALCI, Muharrem**, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul, 1999.
- BERKİ, Şakir**, “İslam Hukukunun Ana Hatları”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 19, (Nisan 1971).
- BİLGE, Necip**, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1967.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi**, Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiye Kamusu, İstanbul, 1975.
- BİRSİN, Mehmet**, İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı, İstanbul, 2012.
- BUDAK, Ali Cem**, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C.1, S.1. İstanbul,2012.
- COSTE, Abel Alex**, “Muslim Arbitration Tribunal and Sharia Courts – Objectives and Legal Jurisdiction with in England and Canada” [https://www.academia.edu/17321834/Muslim\\_Arbitration\\_Trib](https://www.academia.edu/17321834/Muslim_Arbitration_Trib)

unal\_and\_Sharia\_Courts\_Objectives\_and\_legal\_jurisdiction\_wit  
hin\_England\_and\_Canada E.T.08.03.2020.

**ÇEKER, Orhan**, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Konya 2012.

**DAYINLARLI, Kemal**, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Ankara, 1997.

**DAYINLARLI, Kemal**, Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994.

**EKİNCİ, Ekrem Buğra**, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2015.

**EKŞİ, Nuray**, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim (6100 Sayılı HMK md.407-444), İstanbul, 2013.

**ERKAN, Mustafa**, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşme Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.1-2, Ankara, 2013.

**ERTEKİN, Erol- KARATAŞ, İzzet**, Uygulamada ihtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997.

**GÖKSU, Tarkan**, "Tahkim Anlaşmasının İçeriği", <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-tarkangoksu-1.htm&kw=tahkim#fm>

**GÖZLER, Kemal**, Hukuka Giriş, Bursa, 2018.

**HİRSCH, Afua**, "Fears Over Non-Muslim's Use of Islamic Law to Resolve Disputes", <https://www.theguardian.com/uk/2010/mar/14/non-muslims-sharia-law-uk> E.T.17.02.2019.

**Hoca Eminefendizade Ali Haydar**, Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, İstanbul, 1313, C.1

<http://www.kazanci.com/>

<http://www.matribunal.com/services.php>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/>

**KAHVECİ, Nuri**, Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku, İstanbul, 2017.

**KALPSÜZ, Turgut**, "Milletlerarası Tahkim ile Tahkim Anlaşması", Ünal Tekinalp'e Armağan, C.2, İstanbul, 2003.

**KARADAŞ, İzzet**, 6100 Sayılı HMK'nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara, 2018.

**KARAMAN, Hayreddin**, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 2016.

**KORAL, Rabi**, "İç Hukukumuzda Tahkim", Journal of Istanbul University Law Faculty S.13 / 3 (Eylül 2011).

- KURU, Baki – BUDAK Ali Cem**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 85, Sayı: 5, İstanbul 2011.
- KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 2001.
- KURU, Baki**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011.
- LEWIS, Bernard**, İstanbul ve Osmanlı Uygarlığı, (Çev: Nihal Önal) İstanbul 1975.
- NOMER, Ergin – EKŞİ, Nuray- ÖZTEKİN Gülseli**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul, 2013.
- ÖZBAY İbrahim – KORUCU Yavuz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m.407-444 Ankara 2016.
- ÖZTEK, Selçuk**, “Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü”, II. Uluslararası Hukuk Sempozyumu "TAHKİM", İstanbul 2009.
- PAŞA, Sava**, İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd, (Çev: Baha Arıkan), Ankara 1955.
- SÜMER, Haluk Hadi**, Hukuka Giriş Kavramlar& Kurumlar, Ankara, 2019.
- SÜRAL, Ceyda**, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.16,2015.
- TANRIVER, Süha**, “Yabancı hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü”, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, İstanbul, 2000.
- UMAR, Bilge**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2014.
- ÜLKER, İbrahim**, “Tahkim ve Arabuluculukta Uyuşmazlıkların Mecelle hükümlerine Göre Çözülmesi Mümkün mü?”, 2. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, 23-25 Mart 2018, Kudüs, Bildiriler, Ankara, 2018.
- YAMAN, Ahmet – ÇALIŞ, Halit**, İslam Hukukuna Giriş, İstanbul, 2014.
- YAYLA, Mustafa**, İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik, Konya, 2011.
- YEĞENGİL, Rasih**, Tahkim, İstanbul, 1974.
- YILDIRIM, Mustafa**, “Tahkim” TDV İslam Ansiklopedisi, C.39, İstanbul 2010.

**YILMAZ, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi, Ankara, 2013.

**YÜKSEL, Reyhani**, "Tahkim Tarafları ve Hakem Arasında Yapılan Hakemlik Sözleşmesinin Maddi Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cevdet Yavuz'a Armağan, S.22 (2016) s.2436.

**YVONNE Prief** "Muslim Legal Practice in the United Kingdom: the Muslim Arbitration Tribunal" Legal Pluralism in Muslim Contexts, 2019.



## SEÇİMLİK BORCUN İFA VE İCRASI

Dr. Öğr. Üyesi Aslı ARAS\*

### Öz

Seçimlik borç ilişkisi, basit bir borç ilişkisinden farklı olarak birden fazla edimin borçlanıldığı ancak edimlerden birisinin seçimle belirlenip ifasının gerektiği bir borç ilişkisidir. Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda seçimlik borç ve seçimlik davaya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Kanuni düzenlemeye rağmen uygulamada borcun ifası ve icrasıyla ilgili çeşitli olasılık ve sorunlarla karşılaşmak mümkündür. Çalışmamızda, seçimlik borcun ifa ve icrasına ilişkin çeşitli durumlar, Türk ve yabancı hukukun seçimlik borç ile ilgili hükümleri ve öğretici görüşleri dikkate alınarak incelenecek ve çözüm önerileri değerlendirilecektir. Bu anlamda, özellikle seçim hakkının kullanılmaması durumunda diğer tarafın başvurabileceği hukuki yollar ve seçimlik borcun ifa ve icrası analiz edilecektir.

### Anahtar Kelimeler

Seçimlik Borç • Seçim Hakkı • Seçimlik Borcun İfası • Seçimlik Borcun İcrası • Seçimlik Hüküm

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kıbrıs İlim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Girne, KKTC | Asst. Prof., Cyprus Science University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement - Bankruptcy Law, Kyrenia, TRNC.

✉ asliaras@csu.edu.tr • ORCID 0000-0002-5510-2157

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ARAS Aslı, "Seçimlik Borcun İfa ve İcrası", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1111-1144.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## PERFORMANCE AND EXECUTION OF ALTERNATIVE OBLIGATION

### Abstract

Unlike a simple obligation, alternative obligation is an obligation wherein several prestations are in debt but one of them shall be determined by the choice and performed. The Turkish Code of Obligations and the Code of Civil Procedure contain regulations on alternative obligation and alternative litigation. Despite the legal regulation, it is possible to encounter various possibilities and problems related to the performance and execution of the debt in practice. In this study, considering the provisions and doctrine related to alternative obligation in Turkish and foreign law, various situations regarding the performance and execution of the debt will be examined and solution suggestions will be evaluated. In this context, particularly in case of not exercising of right of choice, the legal remedies that the other party can apply for and the performance and execution of the alternative obligation will be analyzed.

### Key Words

Alternative Obligation • Right of Choice • Performance of Alternative Obligation • Execution of Alternative Obligation • Alternative Verdict

## GİRİŞ

Türk Hukukunda seçimlik borç, Borçlar Kanunu'nun 87. maddesinde "Seçimlik borçlarda, hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin seçimi borçluya aittir." şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda, seçimlik borcun tanımı yapılmamış, sadece ifanın nasıl olacağına yer verilmiştir. Seçimlik borcu tek bir maddede düzenleyen Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR Art.72) aksine Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 262 vd.) daha ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

Seçimlik borçta birden fazla edim, borç ilişkisinin içindedir; ancak sadece bunlardan birinin ifası gerekmektedir. İfa, öncelikle belirli olmayan edimlerden birinin borcun konusu olarak belirlenmesine bağlıdır. Edimlerden birinin belirlenmesi seçim hakkı sahibine aittir. Seçim hakkı sahibi, hakkını kullanıp borç konusunu belirli hale getirirse, irade beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte borç artık basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olur. Basit bir borç ilişkisinde, borçlunun edimini ifa et-



memesi halinde, borcun zorla icrası konusunda genel hükümler uygulanacaktır. Burada özellik gösteren husus, seçim hakkı sahibinin seçim hakkını kullanmaması durumunda diğer tarafın borcun ifasına ilişkin nasıl bir yol takip edeceğidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesindeki seçimlik borçlarda seçim hakkının borçlu veya üçüncü kişi tarafından kullanılmaması durumunda seçimlik dava açılabilmesine ilişkin düzenleme bize yol gösterici niteliktedir. Ayrıca, seçimlik dava sonunda verilen hükmün icrası da bazı özellikler göstermektedir. Bu kapsamda, öncelikle seçimlik borç kavramını açıklayıp daha sonra seçim hakkının kullanılıp kullanılmamasına göre seçimlik borcun ifa ve icrasıyla ilgili ortaya çıkabilecek çeşitli durumlara değineceğiz.

## I. GENEL OLARAK SEÇİMLİK BORÇ

Seçimlik borç, iki veya daha fazla edimin borç ilişkisi içinde yer aldığı; ancak seçim hakkı sahibinin iradesiyle bu edimlerden birinin belirlenip ifasının gerektiği borç ilişkisidir<sup>1</sup>. Borçlar Kanunu'nun 87. maddesine göre, seçim hakkı hukuki ilişkiden aksi anlaşılmadıkça kural olarak borçluya ait olacaktır. Seçim hakkının açıkça kararlaştırılmasıyla

<sup>1</sup> Seliçi, Özer, "Seçimlik Borçların İfası", İÜHFİM, Cilt 34, S. 1-4, İstanbul 1969, s. 376; Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 811; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015, s.962; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 16. Bası, İstanbul 2018, s. 284; Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 6. Bası, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, s. 85; von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege), Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara 1983, s. 70; Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014, s. 303; Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Auflage, München 2010, s. 93; Grüneberg, Christian in: Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, München 2013, § 262 N. 1; Berger, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012, s. 422; Gauch, Peter/Schleup, Walter R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Band II, Zürich/Basel/Genf. 2008, s. 32; Leu, Urs in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 72 N. 1; Gross, Balz/Sprecher, Franziska in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel 2008, Art. 72 N. 1; Funk, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler (Çev. Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938, s. 121-122.

veya işin niteliği gereği alacaklıya veya üçüncü kişiye ait olması mümkündür<sup>2</sup>.

Seçimlik borçlarda başta birden çok edim bulunduğu için yerine getirilecek edim belli değildir. Seçim hakkı sahibi, hakkını kullanıp borç konusunu belirli hale getirirse diğer edimler borç konusu olmaktan çıkar ve borç, artık basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olur<sup>3</sup>.

Seçim hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır ve şekle bağlı olmayan, varması gerekli tek taraflı bir beyanla kullanılır<sup>4</sup>.

Seçimlik borçta, belirsizlik, borçlanılmış olan edimlerden hangisinin ifa edileceği ile ilgilidir; oysa koşula bağlı bir borçta borcun doğması için koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, koşula bağlı borçlarda belirsizlik, borçlanılıp borçlanılmadığına ilişkindir<sup>5</sup>.

Seçimlik borçta, seçimlik edimler çeşitli şekillerde tespit edilebilir. Edimlerin tümü parça borcu olabileceği gibi cins borcu da olabilir. Yine, edimlerden biri cins borcu diğeri parça borcu olarak tespit edilebileceği gibi edimlerden biri bir şeye diğeri ise bir faaliyete ilişkin de olabilir<sup>6</sup>.

Seçim hakkının ne zaman kullanılacağı konusunda taraflar anlaşmış olabilir. Ancak seçim hakkının hangi süre içinde kullanılacağına ilişkin bir belirleme yoksa seçim hakkı sahibinin, hakkını en geç borcun ifası için belirlenen sürenin sonuna kadar kullanması gerekmektedir<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Oğuzman/Öz, s. 285-286; Eren, s. 964; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 813; Seliçi, s. 388; von Tuhr, s. 72.

<sup>3</sup> Seliçi, s. 389; Şengül, Mehmet, "Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3-4, Erzincan 2011, s. 227. Ayrıca bkz. Eren, s. 962; Oğuzman/Öz, s. 286; von Tuhr, s. 73; Reisoğlu, s. 303.

<sup>4</sup> Eren, s. 964; Oğuzman/Öz, s. 285; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.814; Seliçi, s. 386; von Tuhr, s. 72; Şengül, s. 221, 226-227; Reisoğlu, s. 303; Berger, s. 423; Medicus/Lorenz, s. 98; Leu, Art. 72 N. 2; Gross/Sprecher, Art. 72 N. 5.

<sup>5</sup> Eren, s. 962; Seliçi, s. 385; von Tuhr, s. 71.

<sup>6</sup> Seliçi, s. 378; Oğuzman/Öz, s. 285; von Tuhr, s. 71; Eren, s. 963; Şengül, s. 212.

<sup>7</sup> Şengül, s. 226.

## II. SEÇİMLİK BORÇLARDA SEÇİM HAKKININ KULLANILMASI

Seçimlik borçlarda, seçim hakkı sahibi borçlu, alacaklı veya üçüncü kişinin seçim yapmasıyla borç ilişkisinde hangi borcun ifa edileceği belirlenmektedir. Borç konusunun belirlenmesiyle, artık borç ilişkisi basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olur. Bu aşamadan sonra, borç ilişkisinde borcun ifa edilmemesi halinde açılacak dava ve dava sonunda verilen hükmün cebri icrasına ilişkin genel hükümler uygulanma alanı bulacaktır. Seçim hakkının kullanılması suretiyle belirlenen edim, borçlu tarafından yerine getirilmezse borçluya karşı seçimlik dava değil, basit bir eda davasının açılması gerekmektedir. Eda davasında verilen hükme uyulmaması durumunda ise alacaklı ilamlı icra yoluna başvuracaktır.

Seçimin yapılmasından sonra borçlu tarafından yerine getirilmeyen borcun konusu bir miktar para ise, alacaklının eda davası açmasına gerek kalmadan doğrudan icra dairesinden ilamsız icra takibi başlatması mümkün olacaktır. Konusu para olmayan diğer alacaklar için ise alacaklının öncelikle bir dava açarak ilam alması ve ondan sonra icra dairesine başvurup ilamı icraya koyması gerekir. Para ve teminat alacakları için de ilam alınarak icraya başvurulması mümkündür; bir başka ifadeyle para ve teminat alacakları için ilamlı ve ilamsız icraya başvurmak konusunda alacaklı serbesttir<sup>8</sup>.

İlamların nasıl icra edileceği, alacağın çeşidine göre İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir: Para ve teminat alacaklarına ilişkin ilamların icrası (İİK m. 32 vd.), taşınır teslimine ilişkin ilamların icrası (İİK m. 24), taşınmaz tahliye ve teslimine ilişkin ilamlar (İİK m. 26 vd.), çocuk teslimine hakkındaki ilamların icrası (İİK m. 25-25/b), bir işin yapılmasına ve yapılmamasına ilişkin ilamların icrası (İİK m. 30), çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların icrası (İİK m.25/a-b), irtifak hakkına ilişkin ilamın icrası (İİK m. 31), gemilere ve bunlara ilişkin aynı haklara ilişkin ilamların icrası (İİK m.31/a).

<sup>8</sup> Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, s. 283; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 282; Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 891; Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016, s. 381.

Takip talebini ve ilamı alan icra müdürü, ilama uygun bir icra emri düzenleyerek borçluya gönderir. İcra emrinde borçlunun ilamda belirtilen borç konusunu kural olarak yedi gün içinde ödemesi, teslim etmesi veya yapmasını ya da bu süre içinde icranın geri bırakılmasına ilişkin karar getirmesini, buna uymaması durumunda ilamın zorla icra edileceğini ihtar eder<sup>9</sup>. Para alacaklarına ilişkin ilamların icrasında, borçlu yedi gün içinde parayı ödemez ve icranın geri bırakılması kararı getirmezse alacaklı borçlu hakkında haciz veya iflâs isteyebilecektir. Para dışındaki alacaklar için ise borçlu yedi gün içinde ilamın gereğini yerine getirmezse ilam zorla icra edilecektir.

Bir işin yapılmasına ve yapılmamasına ilişkin ilamların zorla icrası yöntemi özellik göstermektedir<sup>10</sup>. Bir işin yapılmasına ilişkin ilamlarda icra emrinde ilamda gösterilen süre içinde işin yapılması ihtar edilir. Borçlu, belirtilen sürede işe başlamaz veya bitirmezse ilamdaki işin niteliğine göre bir ayırım yapmak gerekecektir. İlamın konusu olan iş, başkası tarafından da yapılabilecek bir iş ise alacaklının istemesi halinde işin masrafı ileride borçludan tahsil edilerek kendisine verilmek üzere alacaklıdan alınarak iş başkasına yaptırılır; alacaklı istemezse borçlunun yeterli malı haczedilip paraya çevrilerek o iş yaptırılır (İİK m. 30/II). Eğer, ilamın konusu olan iş, ancak borçlu tarafından yapılabilecek bir iş ise ve belirtilen sürede iş yapılmamışsa alacaklının şikâyeti üzerine borçlu İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesine göre cezalandırılır (İİK m. 343). Bir işin yapılmamasına ilişkin ilamlarda ise icra emrinde borçlunun belirtilen işi yapmaması; aksi halde cezalandırılacağı ihtar edilir. İcra emrine rağmen borçlu işi yapmaya devam ederse alacaklının şikâyeti üzerine borçlu İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesine göre cezalandırılır (İİK m. 30/III, m. 343).

Görüldüğü üzere, bir işin yapılmamasına ve sadece borçlu tarafından yapılabilecek işlere ilişkin ilamların zorla icrasında işin niteliği gereği aynen ifa mümkün olmayacaktır.

<sup>9</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 292; Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s. 906; Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, s. 388.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkan, Mine, Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası, İstanbul 2020.

### III. SEÇİMLİK BORÇLARDA SEÇİM HAKKININ KULLANILMAMASI

#### A. BORÇLU TARAFINDAN KULLANILMAMASI

Seçim hakkının borçluda bulunduğu durumlarda, borcun ifa edilebilmesi, seçim hakkının kullanılmasına bağlıdır. Borçlunun seçim hakkını kullanması yükümü, bağımsız bir borç niteliğinde değildir. Bu sebeple, seçim hakkının borçlu tarafından kullanılmaması durumunda, seçim hakkının kullanılmasının bağımsız bir ifa davasına konu olması mümkün değildir<sup>11</sup>. Bir başka ifadeyle, seçim hakkının kullanılmaması durumunda, eda davası yoluyla borçlunun irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi söz konusu olmayacaktır. Seçme mükellefiyetinin, bir sözleşme ile kararlaştırılması ve böylece bir borç olarak yüklenilmesi halinde, bunun yerine getirilmesi bir ifa davasına konu olabilir. Bu konuya ileride değinilecektir<sup>12</sup>.

Seçim hakkının hangi anda veya hangi süre içinde kullanılacağı taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Bu şekilde açıkça seçim hakkının kullanılma zamanı taraflarca kararlaştırılmışsa, borçlunun kararlaştırılan bu sürede seçim hakkını kullanması gerekmektedir. Seçim hakkının kullanılma zamanı açıkça kararlaştırılmamışsa seçim hakkının en geç ifa zamanına kadar kullanılması gerekir. İfa gününün açık ve belirli bir tarih olarak belirlendiği hallerde, seçim hakkı en geç bu tarihe kadar kullanılmazsa, borcunu ifada geciken borçlu, bu sürenin geçmesiyle ihtara gerek kalmadan mütemerrit olacaktır.

Borçlunun seçim hakkını kullanmayarak seçimlik borcunu yerine getirmemesi, temerrüde düşmesine sebep olacaktır. Ancak, buna rağmen borçlunun seçim hakkı sona ermez; borçlunun temerrüde düşmesi

<sup>11</sup> Seçimlik borç, seçme mükellefiyeti tesis etmez. Bu sebeple, taraflar, seçim hakkının kullanılmasını dava konusu yapamaz. Bu konuda bkz. Schulze, Reiner (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019, § 264 Rn. 1 (HK-BGB/Schulze); Lorenz, Stephan in: Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 53. Edition, München 2020, § 264 Rn. 2 (BeckOK BGB/Lorenz); Krüger, Wolfgang in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Auflage, München 2019, § 264 Rn. 1 (MüKoBGB/Krüger).

<sup>12</sup> Bkz. III. D. 1.

seçim hakkına etki etmez<sup>13</sup>. Seçim hakkı, cebri icraya kadar borçluda kalmaya devam eder; alacaklının, bir süre veya son tarih vererek bu seçim hakkının alacaklıya geçmesi söz konusu değildir<sup>14</sup>.

Borçlunun en geç ifa anına kadar seçim hakkını kullanmaması durumunda, alacaklı, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından yararlanabileceği gibi; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik haklardan da faydalanabilecektir<sup>15</sup>. Alacaklının aynen ifayı istemesi durumunda açacağı dava ve dava sonucunda verilen hükmün icrası ise özellik göstermektedir. İsviçre Hukuku'nda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, ağırlıklı görüş Alman Medeni Kanunu'ndaki (BGB § 264/I) düzenlemenin uygulanması yönündedir<sup>16</sup>. Nitekim, Türk Hukuku'nda da Alman Hukuku'ndaki düzenlemenin etkisiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda benzer bir hüküm benimsenmiştir. Seçimlik borçlarda, seçim hakkı kendisine ait olan borçlu, bu hakkını yerine getirmekten kaçınırsa, alacaklı seçimlik dava açabilir (HMK m. 112). Seçimlik davada, mahkeme, talebin uygun olduğu sonucuna varırsa, seçimlik mahkûmiyet hükmü verecektir. Bir başka ifadeyle, mahkeme, borçluya ait olan seçim hakkını kullanıp borçluyu seçimlik borçlardan birini ifaya mahkûm etmeyecek; aksine seçimlik mahkûmiyet hükmüyle davalının seçimine göre seçimlik borçlardan birini ödemesini isteyecektir. Mahkeme, davacıyı haklı görürse seçimlik borçların hepsine birden karar verip bunların seçimlik olduğunu kararında belirtecektir<sup>17</sup>. Seçimlik mahkûmiyet hükmüne rağmen davalı, seçimlik borçlardan birini

---

<sup>13</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 2; Stadler, Astrid in: Stürmer, Rolf (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage, München 2018, § 264 Rn. 1 (Jauernig/Stadler).

<sup>14</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 2.

<sup>15</sup> Weber, Rolf H. in: Hausheer, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Band VI, Bern, 2005, Art. 72 N. 45; Leu, Art. 72 N. 3.

<sup>16</sup> Weber, Art. 72 N. 48; Schraner, Marius, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Band V, Zürich 2000, Art. 72 N. 46; Leu, Art. 72 N.3, 6; Gauch/Schluep, s. 32-33; Gross/Sprecher, Art. 72 N.6.

<sup>17</sup> Pekcanitez, Hakan, Pekcanitez Usûl, Cilt II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1091.

seçip borcunu ödemezse, alacaklı, ilamlı icra yoluna başvurabilecektir. İlamlı icrada icra konusunun belirli olması gerektiği için, alacaklı, takip konusunu seçimlik mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasretmek zorundadır<sup>18</sup>. Ancak, cebri icraya kadar borçlunun seçim hakkı devam eder. Cebri icra aşamasından sonra ise borçlunun seçim hakkı değişikliğe uğrar. Bu bakımdan, konuyu cebri icra aşamasından önce ve sonra olarak incelemek daha uygun olacaktır.

### 1. Cebri İcra Aşamasından Önce Seçim Hakkı

Borçlu, en geç ifa anına kadar seçim hakkını kullanmazsa, alacaklının borçluya karşı seçimlik dava açabileceğini ve verilecek kararın da seçimlik bir mahkûmiyet kararı olduğunu belirtmiştik. Borçlunun zamanında seçim hakkını kullanmaması, seçim hakkını kaybettiği anlamına gelmez. Borcunu ifa etmemesine rağmen borçlu, seçim hakkını, cebri icra aşamasına kadar muhafaza eder. Dolayısıyla borçlu, seçimlik dava devam ederken ya da seçimlik mahkûmiyet kararından sonra kararda belirtilen edimlerden birini seçtiğini beyan ederek borcunu somutlaştırabilir. Artık seçimin yapılmasıyla birlikte seçimlik borç adi borç haline gelir. Seçim hakkını kullanmasına rağmen borçlu borcunu yerine getirmezse alacaklı, borçlunun seçtiği edimin ifası için cebri icra yoluna başvurabilir. Bu durum, cebri icra bakımından bir özellik arz etmeyecektir.

Borçlu, seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen, seçim hakkını kullanmazsa, alacaklı, bu kez cebri icrayı seçimlik mahkûmiyet kararında belirtilen edimlerden birine hasredecektir. Cebri icranın başlamasının ise borçlunun seçim hakkı üzerinde etkileri olacaktır. Özel olarak kararlaştırılmadıkça ortada bir seçim yükümlülüğü bulunmadığı için borçlunun seçim hakkını kullanmaması tek başına tazmin borcu doğurmaz.

### 2. Cebri İcra Aşamasından Sonra Seçim Hakkı

Seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun seçim hakkını kullanıp borcunu ifa etmemesi üzerine, alacaklı, seçimlik mahkûmiyet

<sup>18</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeden önce de, seçimlik mahkûmiyet kararının nasıl icra edileceğine ilişkin olarak doktrinde, icra takibinin konusunun belirli olması esasına uygun olarak seçimlik mahkûmiyet kararını ilamlı icraya koyan alacaklının, icra takibini seçimlik borç konusunu oluşturan edimlerden birinin ifası ile sınırlaması gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 80-81.

kararında yer alan edimlerden birini seçerek cebri icra yoluna başvuracaktır. Cebri icranın başlamasına rağmen, borçlu seçim hakkını cebri icranın sonuna kadar yine de muhafaza eder; ancak bu aşamadan itibaren borçlu seçim hakkını artık irade açıklaması şeklinde değil, irade faaliyeti şeklinde yerine getirecektir<sup>19</sup>. Bir başka ifadeyle, borçlu cebri icraya konu olan edim yerine diğer edimi seçmek isterse, diğer edimi doğrudan ifa ederek seçim iradesini ortaya koymalıdır. Alacaklı, ifa edilen edimi kabul ederse, borç sona erecektir. Borçlunun böyle bir yol izlemesi durumunda yargılama ve icra masraflarından sorumlu olması gerekmektedir<sup>20</sup>.

Borçlunun seçim hakkını etkileyen cebri icra anı, alacaklının takip talebi ile değil, icra organının ilk icra işlemiyle değerlendirilmelidir<sup>21</sup>. Borçlu, cebri icranın sonuna kadar seçim hakkına sahiptir<sup>22</sup>. Seçim hakkı, cebri icranın sonunda alacaklının tatmin edilmesiyle sona erer<sup>23</sup>. Alacaklının, başlangıçta yürüttüğü takibin sonuçsuz kalması veya başarı şansının düşük olacağını anlaşılmaması halinde diğer edimin cebri icrasını isteyebileceği belirtilmektedir<sup>24</sup>.

Alacaklı, seçimlik edimlerden birine yönelik cebri icra faaliyetine başladıktan sonra, borçlu cebri icranın başlamasından önce diğer edime yönelik seçim hakkını kullandığını veya cebri icranın başlamasından sonra diğer edimi yerine getirdiğini iddia ederse bu iddiasını ispatla yükümlüdür<sup>25</sup>. Buna karşılık, alacaklı, borçlu tarafından yerine getirilen başka bir edimi kabul etmek istemiyorsa, cebri icra yoluna başvurduğu edimi kısmen veya tamamen aldığını iddia ve ispatla yükümlüdür.

## B. ALACAKLI TARAFINDAN KULLANILMAMASI

Seçim hakkına sahip alacaklının seçimlik dava açması mümkün değildir. Alacaklının seçim hakkını kullanıp belirlediği edimi borçlunun yerine getirmemesi halinde seçimlik dava değil basit bir eda davası aç-

<sup>19</sup> HK-BGB/Schulze BGB § 264 Rn. 1

<sup>20</sup> Weber, Art. 72, N. 48.

<sup>21</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 6; HK-BGB/Schulze BGB § 264 Rn. 1.

<sup>22</sup> Weber, Art. 72, N. 48.

<sup>23</sup> HK-BGB/Schulze BGB § 264 Rn. 1; Jauernig/Stadler BGB § 264 Rn. 1.

<sup>24</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 5.

<sup>25</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 16.



ması gerekir<sup>26</sup>. Alacaklının seçim hakkını kullanmadan dava açarak borçlunun edimlerin tümüne mahkûm edilmesini istemesi halinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) çerçevesinde alacaklıdan seçim yaparak talep sonucunu belirlemesini istemesi, seçim yapılmaması durumunda da davayı reddetmesi gerekir<sup>27</sup>.

Seçim hakkının alacaklıda olduğu seçimlik borç ilişkilerinde seçim hakkının kullanılmaması, alacaklının temerrüde düşmesine sebep olacaktır<sup>28</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinin birinci fıkrasına göre "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, temerrüde düşmüş olur". Seçimlik borçta, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için alacaklının seçim hakkını kullanıp edimi belirli hale getirmesi gerekir. Dolayısıyla, alacaklının seçim hakkını kullanmadan borçlunun bir ifa yükümlülüğünden bahsedemeyiz<sup>29</sup>. Alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi halinde borçlunun sahip olduğu imkanlar Türk Borçlar Kanunu'nda gösterilmiştir. Bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir (TBK m. 107); tevdi etmeye uygun olmayan şeylerde o şeyi sattırarak bedelini tevdi (TBK m. 108) ile borcundan kurtulabilecektir. Bunun yanında ifa konusu, bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir (TBK m. 110). Adi borç ilişkilerinde alacaklının temerrüdü halinde borçlunun sahip olduğu bu imkanların seçimlik

<sup>26</sup> Tanrıver, s. 81; Pekcanitez, s. 1088-1089; Kuru, Baki, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s. 142; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 303; Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 1705; Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 349; Kuru, Baki, Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, Cilt I, Ankara 2020, s. 421.

<sup>27</sup> Tanrıver, s. 81; Pekcanitez, s. 1089-1090; Kuru, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, s. 142; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 303; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 1496; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2017, s. 139; Kuru, Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, s. 421.

<sup>28</sup> Weber, Art. 72 N. 50; Leu, Art. 72 N.3; Gauch/Schluep, s. 33.

<sup>29</sup> von Tuhr, s. 73; Weber, Art 72 N. 50.

borç ilişkilerinde nasıl uygulanacağı tartışmalıdır. Bu konuda Türk Hukukunda ve İsviçre Hukuku'nda açık hüküm bulunmamaktadır. Alacaklı, seçim hakkını kullanmadan borç konusu belirli hale gelemeyeceğinden borçlunun seçimlik borçların tümünü tevdi ile borçtan kurtulmasını beklemek, menfaat dengesine uygun değildir<sup>30</sup>. Bu sebeple, borçlunun tevdi ile borçtan kurtulması hükmü doğrudan seçimlik borç ilişkilerinde uygulanmamalıdır. Alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda, bir görüşe göre<sup>31</sup> borçluya sözleşmeden dönme imkânı vermek gerekir. Bir başka görüş<sup>32</sup> ise seçim hakkının borçluya geçmesi gerektiği yönündedir. Yargıtay, bir kararında, seçim hakkının alacaklıya ait olduğu ve kullanılmadığı durumlarda borçlunun alacaklıya uygun bir süre vermesi gerektiğini ve sürenin sonunda seçim yapılmazsa seçim hakkının borçluya geçeceğini belirtmiştir<sup>33</sup>. Borçlu, seçeceği edimi tevdi ile veya tevdi mümkün değilse sattırarak bedelini tevdi ile borcundan kurtulabilecek; teslim dışındaki borçlar için de sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

Alman Hukuku'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmaktadır (BGB § 264/II). Bu hükme göre, alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda borçlu, alacaklıya seçim yapması için uygun bir süre verecek; eğer bu sürenin sonunda alacaklı seçim yapmazsa bu hak borçluya geçecektir. Seçim hakkının alacaklıda olduğu hallerde, alacaklının seçim

<sup>30</sup> von Tuhr, s. 73; Weber, Art. 72 N. 50; Leu, Art. 72 N.3.

<sup>31</sup> von Tuhr s. 73-74; Becker, Hermann (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Auflage, Band VI, Bern 1945, Art. 72 N. 8; Eren, s. 965.

<sup>32</sup> Seliçi, s. 394-395; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 815; Serozan, s. 87; Schraner, Art. 72 N. 49; Gross/Sprecher, Art. 72 N.6; Leu, Art. 72 N.3.

<sup>33</sup> "Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde alacaklının seçim hakkını kullanmamasının nasıl bir sonuç doğuracağı hususu da tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda borçlu seçimini yapması hususunda alacaklıya uygun bir süre vermelidir. Şayet bu sürenin sonunda alacaklı seçimi yapmazsa oluşan alacaklı temerrüdü karşısında bu seçim hakkı borçluya geçecektir. Bu durumda borçlu seçeceği edimi tevdi ile ya da tevdi mümkün değilse satım sonrası bedeli tevdiyle borcundan kurtulabilme ve sözleşmeden dönme hakkına sahiptir." HGK T. 24.12.2014 E. 2013/19-1103 K. 2014/1084 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

hakkını kullanmaması, borçlunun aksine seçim hakkını kaybetmesine yol açar<sup>34</sup>.

### C. ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN KULLANILMAMASI

Seçim hakkının üçüncü kişiye bırakıldığı hallerde seçim hakkının kullanılmamasına bağlı hukuki sonuçları belirleyebilmek açısından seçim hakkının ne şekilde üçüncü kişiye bırakıldığını tespit etmek gerekir.

İlk ihtimalde, seçim hakkının kullanılması üçüncü kişinin serbest iradesine bırakılmışsa, bir başka ifadeyle, borç ilişkisinin doğması üçüncü kişinin seçim hakkına bağlanmışsa borç ilişkisi, geciktirici koşula bağlı borç niteliğinde olacaktır<sup>35</sup>. Zira, bu ihtimalde üçüncü kişi seçim hakkını kullanmazsa, şart gerçekleşmediği için borç ilişkisi de doğmayacaktır.

İkinci ihtimalde ise üçüncü kişiye bırakılan seçim hakkı birkaç edim arasından seçim yapması şeklinde olabilir. Bu ihtimalde, borç ilişkisinin kurulması seçim hakkının kullanılması koşuluna bağlanmamış; aksine, önceden kurulan borç ilişkisinde borç konusunu belirlemesi işi üçüncü kişiye bırakılmıştır. Böyle bir durumda, seçim hakkını kullanmayan üçüncü kişinin dava veya icra yoluyla seçim yapmaya zorlanması mümkün değildir. Seçim hakkının üçüncü kişi tarafından kullanılmaması durumunda seçimlik borç nasıl ifa edilecektir?

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun seçimlik davaya ilişkin düzenlemesinde, seçim hakkına sahip olan üçüncü kişinin bu hakkını kullanmaktan kaçınması halinde de alacaklının seçimlik dava açabileceği belirtilmiştir. Kanunda, seçim hakkına sahip borçlunun veya üçüncü kişinin bu hakkını kullanmaktan kaçınması hali birlikte düzenlenmiş olup seçim hakkına sahip üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi sebe-

<sup>34</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 10.

<sup>35</sup> İsviçre Hukukunda da bu yödedir. Bkz. Becker, Art. 72 N. 10; Schraner, Zürcher Kommentar, Art. 72 N. 53. Alman Medeni Kanunu (BGB § 319), borç konusunun üçüncü kişi tarafından belirlenmesinde, bu belirlemenin üçüncü kişinin serbest iradesine "nach freiem Belieben" veya hakkaniyete dayalı takdir hakkına "nach billigem Ermessen" bırakılmasına göre farklı hukuki sonuçlar öngörmektedir. İlk durumda, borcun doğması edimin belirlenmesine bağlanmıştır; dolayısıyla koşula bağlı bir borç niteliğini taşır. İkinci durumda ise belirleme, hakkaniyete uygun olmayan bir durumda yapılır veya yapılmazsa bu belirleme hâkim tarafından yapılır.

biyle açılacak seçimlik davanın sonuçlarına ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda, seçim hakkı sahibi üçüncü kişinin hakkını yerine getirmemesi halinde açılan seçimlik dava sonucu yine seçimlik mahkûmiyet hükmü verilip alacaklının takip konusunu mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasrederek cebri icraya başvuru-bileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak, seçimlik davaya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki sonuçlar, seçim hakkının borçluya ait olması ve seçimlik davayla bile seçim hakkının mahkemeye geçmemesi düşüncesiyle kabul edilmiştir. Seçimlik dava sonucunda seçimlik mahkûmiyet kararı verilmesi ve alacaklının takip konusunu mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasrederek cebri icraya başvurabileceği; ancak borçlunun cebri icra sonuna kadar seçim hakkını kullanıp diğer edimi ifa edebileceğine ilişkin hükümler, borçlunun seçim hakkının korunması amacıyla getirilen hükümlerdir. Bu açıdan bakıldığında, kanunda her ne kadar seçim hakkı sahibi üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi halinde alacaklının açtığı seçimlik davanın sonuçları ayrıca düzenlenmemiş olsa da bu halde mahkemenin seçimlik mahkûmiyet kararı vermesi yerine tarafların menfaatlerine uygun olarak hâkim tarafından bir seçim yapılarak karar verilmesi daha uygun olacaktır. Nitekim, doktrinde ağırlık verilen görüşe göre<sup>36</sup>, üçüncü kişi seçim hakkını kullanmazsa, bu seçim hâkim tarafından yapılacaktır. Alman Hukuku'nda da seçim hakkı sahibi üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi halinde edimi belirleme yetkisine sahip üçüncü kişinin bunu yerine getirmemesinde belirlemenin hâkim tarafından yapılacağına ilişkin hükmün (BGB § 319/I) uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, edimi belirleme yetkisinin üçüncü kişiye bırakıldığı durumlarda edim üçüncü kişi tarafından hakkaniyete aykırı olarak belirlenir veya belirlenmezse edimi belirleme işi hâkim tarafından yapılacaktır. Edimi belirleme yetkisine ilişkin bu hüküm, kıyasen seçimlik borçlarda seçim hakkının üçüncü kişiye ait olduğu ve seçimin yapılmadığı durumda da uygulanacaktır.

<sup>36</sup> HK-BGB/Schulze BGB § 264 Rn. 1; Jauernig/Stadler BGB § 264 Rn. 1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 816; Seliçi, s. 395.

Kanımızca, ifa anına kadar üçüncü kişinin seçimi yapmayarak edimi belirlememesi, borçlunun temerrüde düşmesine sebep olabilecektir. Bu sebeple, alacaklı, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından yararlanabileceği gibi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik haklardan da faydalanabilir. Ancak, borçlunun temerrüde düşmesinde kusuru olmadığı için, borçlu, borçlu temerrüdünün tazminatla ilgili sonuçlarından sorumlu olmayacaktır.

## D. ÖZEL DURUMLAR

### 1. Seçim Hakkının Borç Olarak Yüklenilmesi

Seçimlik borçlarda, taraflar arasında yapılan sözleşmede seçim yükümlülüğü kararlaştırılabilir<sup>37</sup>. Taraflar arasında seçimin yapılması bir taahhüt olarak yüklenilmişse, bu yükümlülük edim yükümlülüğünün bir parçası olacaktır. Seçimin yapılmaması halinde taahhütte bulunan taraf, ifa etmemenin sonuçlarına katlanacaktır. Seçimin yapılmaması halinde bundan zarara uğrayan taraf tazminat talep edebilmelidir<sup>38</sup>. Seçimin bir yükümlülük olarak kararlaştırıldığı hallerde, seçimin yapılmasının bir ifa davasına konu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>39</sup>, seçimin yapılmamasını düzenleyen yasal hüküm nedeniyle ifa davasının açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır; bir başka görüşe göre<sup>40</sup>, yasal hükmün bulunması, seçim yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafa karşı bir ifa davası açılmasını engellemez. Ancak, edimlerden biri seçildiğinde (icra yoluyla) veya seçim hakkı devredildiğinde ifa davası açmaktaki hukuki yarar ortadan kalkar.

Seçme mükellefiyetinin, bir sözleşme ile kararlaştırılması ve böylece borçluya bir borç olarak yüklenilmesi halinde, bunun yerine getirilmesi bir ifa davasına konu olabilir. Bu halde, irade beyanında bulunma borcuna aykırılık sebebiyle ifa davası açılarak karşı tarafın irade beyanında bulunmaya mahkûmiyetinin söz konusu olabileceği düşünülebi-

<sup>37</sup> BeckOK BGB/Lorenz BGB 264 Rn.2.

<sup>38</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 14.

<sup>39</sup> BeckOK BGB/Lorenz BGB 264 Rn. 2.

<sup>40</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 14.

lir<sup>41</sup>. İrade beyanında bulunma borcuna aykırı hareket edilmesi halinde, mahkemeye başvurularak irade beyanında bulunulmasına yönelik bir karar alınması (yap emri) mümkündür. İrade beyanında bulunulmasına ilişkin hükmün gereği borçlu tarafından yerine getirilmezse, cebri icra organlarına başvurulup borçluya bir icra emri gönderilerek hükmün zorla icrası yoluna başvurulur (İİK m.30). Ancak, irade beyanında bulunmaya ilişkin borç, niteliği gereği sadece borçlu tarafından ifa edilebilir bir yapma borcu olduğu için, alacaklının şikâyeti üzerine ancak tazyik hapsi ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir (İİK m.343). Mahkemenin verdiği seçim beyanında bulunma kararının da diğer irade beyanında bulunma borçları gibi bu şekilde icra edilebileceği düşünülebilirse de, asıl sorun borçlunun seçim beyanında bulunmaya direnmesi durumunda söz konusu olacaktır. Borçlu, tazyik hapsine rağmen seçim beyanında bulunmazsa cebri icra mümkün olamayacaktır. Alman Medeni Usûl Kanunu'nda borçlunun irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi halinde kararın kesinleşmesiyle birlikte borçlunun irade beyanında bulunmuş sayılacağı yönünde bir hüküm bulunmaktadır (ZPO § 894). Hukukumuzda ise böyle bir hüküm mevcut değildir. Böyle bir hüküm bulunsaydı bile irade beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararları için öngörülen bu hükmün seçim beyanında bulunmaya ilişkin kararlar bakımından uygulanması söz konusu olamazdı. Zira, mahkemenin verdiği seçim beyanında bulunmaya mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle borçlunun seçim beyanında bulunmuş sayılması, seçim hakkının mahkemeye geçmesi anlamına gelir ki bu da seçimlik borçların ruhuna aykırıdır. Ayrıca, açık bir kanun hükmü olmadan seçim hakkının kullanılmaması durumunda seçim hakkının alacaklıya geçmesi de söz konusu olamayacaktır. İrade beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun seçim beyanında bulunmaması halinde cebri icra mümkün olmayacağından borçluya karşı kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine göre tazminat davası açmak mümkün olabilmelidir<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Yazıcı Tıktık, Çiğdem, "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan, s. 2741; Akkan, s. 243.

<sup>42</sup> Seliçi, s. 393 dn. 60.

Seçimin alacaklıya bir borç olarak yüklenmesi halinde borçlu, alacaklıya karşı borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilecektir<sup>43</sup>. Borçlu, alacaklıya bir ifa davası açıp seçimin geç yapılmasından doğan zararlarını isteyebilecektir. Ancak, açılan ifa davası sonucunda verilen seçim beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararının gereğinin tazyik hapsine rağmen alacaklı tarafından yerine getirilmemesi halinde zorla icrası mümkün olamayacağından bu durumda borçlunun bu yüzden uğradığı zararları alacaklıdan istemesi mümkündür. Bunun yanında, borçlu, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olan sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir.

Üçüncü kişinin seçim beyanında bulunma yükümlülüğü bulunmasına rağmen, seçim beyanında bulunulmazsa, üçüncü kişiye seçim beyanında bulunmasını sağlamaya yönelik ifa davası açmak, kararın icra edilebilir olmaması bakımından anlamsız olacaktır<sup>44</sup>. Üçüncü kişinin taahhüdüne uymaması, ancak tazminat yükümlülüğü doğurabilir.

Taraflar, seçim yükümlülüğünü açıkça kararlaştırabileceği gibi, örtülü olarak da kararlaştırabilirler. Seçim beyanında bulunmak için süre öngörülmesine ilişkin bir anlaşma örtülü olarak seçim yükümlülüğünün kararlaştırıldığını gösterir<sup>45</sup>.

## 2. İrade Beyanında Bulunma Borcunun Seçimlik Borç Olarak Kararlaştırılması

Alman Hukukunda, borçlunun irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi kararının kesinleşmesiyle birlikte borçlunun irade beyanında bulunmuş sayılacağını (ZPO § 894) belirtmiştik. Bu hükmün uygulanabilmesi için irade beyanında bulunmaya ilişkin mahkûmiyet kararının kesin ve koşulsuz olması gerekmektedir. Oysa, irade beyanında bulunma borcunun bir başka borçla seçimlik olarak kararlaştırıldığı hallerde, borçlunun hangi edimi borçlandığı konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. İrade beyanında bulunma borcunun seçimlik borç şeklinde kararlaştırıldığı ve seçim hakkının borçlu tarafından kullanılmadı-

<sup>43</sup> Oğuzman/Öz, s. 286 dn. 131; Schraner, Art. 72 N. 50; Weber, Art. 72 N. 52; Seliçi, s. 394.

<sup>44</sup> Schraner, Art. 72 N. 55.

<sup>45</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 15.

ğđ durumda borçluya karşı seçimlik dava açılacak (BGB § 264/I) ve mahkeme seçimlik mahkûmiyet kararı verecektir. Mahkemenin borçluyu irade beyanında bulunmaya veya diğđ bir borcunu yerine getirmesine mahkûm ettiği seçimlik mahkûmiyet kararında, Alman Medeni Usûl Kanunu'ndaki kararın kesinleşmesiyle irade beyanında bulunmuş sayılacağına ilişkin hüküm (ZPO § 894) uygulanmaz. Çünkü seçimlik mahkûmiyet kararı belirsizdir<sup>46</sup>. Kesinleşen mahkeme hükmünün irade beyanı yerine geçeceğđne dair yasal fiksiyon (ZPO § 894), artık icranın başlangıcını teşkil etmeyecektir. Alacaklı, seçimlik mahkûmiyet kararındaki irade beyanında bulunma borcunu seçerse cebri icra, buna ilişkin beyanını sunduğu andan itibaren başlamış sayılacak ve o an itibariyle icra etkisini gösterecektir<sup>47</sup>. Ancak, bu beyana rağmen yapılması gereken ek işlemler varsa, cebri icra bitmiş sayılmaz<sup>48</sup>. Alman Hukuku'nda borçlunun seçimlik olarak irade beyanında bulunmaya veya başka bir edime mahkûm edildiği seçimlik mahkûmiyet kararlarında cebri icranın Alman Medeni Usûl Kanunu (ZPO) § 887'ye göre gerçekleşmesi gerektiğine ilişkin bir görüş belirtilmektedir<sup>49</sup>.

İrade beyanında bulunma borcunun seçimlik borç olarak kararlaştırıldığı hallerde seçim hakkının alacaklıda olması halinde, alacaklı seçim hakkını kullanarak, irade beyanında bulunma borcunu seçerse, borç adi borç haline geleceği için mahkemenin borçluyu irade beyanında bu-

<sup>46</sup> Gruber, Urs in: Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, 5. Auflage, München 2016, § 894 Rn. 12 (MüKoZPO/Gruber); Lackmann, Rolf in: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), 17. Auflage, München 2020, § 894, Rn. 8; Rensen, Hartmut in: Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A., Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Band 10/2: §§ 864-915 h, Berlin-Boston 2015, § 894, Rn. 15; Kießling, Erik in: Zivilprozessordnung, Familienverfahren-Gerichtsverfassung-Europäisches Verfahrensrecht, Saenger, Ingo (Hrsg.), 8. Auflage, Baden-Baden 2019, § 894 Rn. 6.

<sup>47</sup> MüKoBGB/Krüger BGB § 264 Rn. 7; Gernhuber, Joachim, Das Schuldverhältnis-Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989, s. 270 dn. 62; Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 64. Auflage, München 2006, § 894 Rn.16.

<sup>48</sup> Gernhuber, s. 270 dn. 62.

<sup>49</sup> MüKoZPO/Gruber ZPO § 894 Rn. 12; Lackmann, § 894, Rn. 8; Rensen, § 894, Rn. 15.



lunmaya mahkûm eden kararının kesinleşmesiyle birlikte yasal fiksiyon (ZPO § 894) gereğince borçlu irade beyanında bulunmuş sayılacaktır<sup>50</sup>. Aynı durum, seçim hakkının borçluda bulunduğu ve irade beyanında bulunma borcunun seçildiği durumda da geçerlidir.

Hukukumuz açısından konuya yaklaşıldığında, irade beyanında bulunma borcunun icrası bakımından Alman Medeni Usûl Kanunu'ndaki (ZPO § 894) gibi bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. İrade beyanında bulunma borcu, niteliği itibariyle bir yapma borcu ve borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu bir borç olduğundan, icrasında izlenecek yol İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. ve 343. maddesi olacaktır. Buna göre, irade beyanında bulunma emrini içeren mahkeme hükmüne rağmen borcun ifa edilmemesi üzerine borçluya "yap" emri içeren bir icra emri gönderilecek; borçlu, buna rağmen beyanda bulunmaktan kaçınırsa alacaklı, borçlunun İcra ve İflâs Kanunu'nun 343'üncü maddesi çerçevesinde üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını isteyebilecektir.

Borçlu, irade beyanında bulunma borcunu bir başka borçla seçimlik borçlanmışsa, seçim hakkının alacaklıda olması durumunda alacaklı, seçim hakkını kullanır ve irade beyanında bulunma borcunu seçerse, irade beyanında bulunma borcunun yerine getirilmemesi halinde önce irade beyanında bulunma borcunun ifası için dava açıp sonra bu mahkeme kararının İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. ve 343. maddesi gereğince icrasını sağlayabilir. Seçim hakkının borçluda olması ve irade beyanını seçmesine rağmen beyanda bulunmaktan kaçınması üzerine alacaklı tarafından yine aynı yol izlenecektir.

Asıl sorun, seçim hakkının borçluda olup seçim hakkının kullanılmaması durumunda ortaya çıkacaktır. Alacaklı, açacağı seçimlik davada borçlunun irade beyanında bulunmasına veya diğer edimi yerine getirmesine mahkûm edilmesini isteyecek ve mahkeme de bu talebe uygun seçimlik bir mahkûmiyet kararı verecektir. Seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun edimlerden birini yerine getirmemesi halinde, alacaklı, cebri icrayı irade beyanında bulunma borcuna hasrederse, sadece borçlu tarafından yapılabilen işlerdeki cebri icra usûlünün uygu-

<sup>50</sup> MüKoZPO/Gruber ZPO § 894 Rn. 12.

lanması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, irade beyanında bulunma borcunun cebri icra aşaması tamamlanuncaya dek borçlu, diğer edimi yerine getirerek borcundan kurtulabilir. Doktrinde, alacaklının, seçimlik mahkûmiyet hükmünde yer alan ve sadece borçlu tarafından yapılması gereken bir işi takibin konusu olarak belirlemesi halinde, borçlunun diğer edimi ifa ederek borcundan kurtulma hakkı devam ettiğinden işi yapması için tazyik hapsinin uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>51</sup>. Kanımızca, irade beyanında bulunmaya ilişkin icra emrinin gereğinin borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde tazyik hapsinin uygulanmaması ve borçlunun diğer edimi yerine getirerek borcundan kurtulma hakkı bulunmasına rağmen diğer edimi de yerine getirmemesi, alacaklının mağduriyetine yol açabilir. Böyle bir mağduriyetin önüne geçmek için iki yol düşünülebilir: Bunlardan birincisi, böyle bir durumda alacaklıya doğrudan takip konusunu değiştirme imkânı verilerek diğer edimin icra konusu yapılmasıdır. İkincisi ise tazyik hapsinin uygulanmasıdır. Ancak, irade beyanında bulunma borcu, tazyik hapsine rağmen yerine getirilmezse borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu bu borcun zorla icrası mümkün değildir. Burada, kusurlu imkânsızlık söz konusudur. Bu durumda alacaklı için cebri icra faydasız kalmış olacağından alacaklının diğer edimin icra edilmesini ve ayrıca uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi gerekir.

### III. SEÇİMLİK BORÇLARDA İMKÂNSIZLIK VE SONUÇLARI

#### A. SEÇİM HAKKININ KULLANILMASINDAN ÖNCEKİ İMKÂNSIZLIK

##### 1. Edimlerin Tamamının İmkânsızlığı

Seçimlik borca konu edimlerin tamamının imkansızlaşması halinde seçim hakkının kime ait olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Edimlerin imkânsız hale gelmesinde borçlunun bir kusuru varsa bu durumda kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine göre borçlunun alacaklıya tazminat ödemesi gerekecektir (TBK m. 112). Bu durumun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun karşı edimine etkisi konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte hâkim görüşe göre, alacaklı, di-

<sup>51</sup> Akkan, s. 154.

lirse karşı edimi aynen ifa edip bunun karşılığında tazminatı alabilir; dilerse karşı edimi ile ödenecek tazminat arasındaki farkı borçludan talep edebilir<sup>52</sup>. Bu konuda Alman Hukuku'nda açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olsun veya olmasın borç sona erecek ve borçlu karşı edimi isteyemeyecektir (BGB § 326/I). Kusurlu ifa imkânsızlığı halinde alacaklı, borçludan tazminat isteyebilecek ancak karşı edimin değeri bu tazminattan indirilecektir.

Edimlerin imkânsız hale gelmesinde alacaklının bir kusuru varsa, borç yine sona erecektir (TBK m.136/I). Alacaklının kusuruyla edimlerin imkânsızlaşmasının karşı edime etkisi konusunda yine açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda Alman Hukuku'nda açık bir hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre edimlerin imkânsızlaşmasında alacaklının bir kusuru bulunmaktaysa borçlu karşı edimi isteyebilecektir (BGB § 326/II). Dolayısıyla alacaklının kusuruyla edimlerin imkânsız hale gelmesinde edim hasarı alacaklıdadır.

Edimler borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse bu durumda, kusursuz ifa imkânsızlığı hükümlerine göre borçlu, sorumluluktan kurtulacaktır (TBK m.136/I). Kusursuz ifa imkânsızlığında borç sona erdiği için borçlu, karşı edimi isteme hakkını kaybeder (136/II).

## 2. Edimlerden Birinin İmkânsızlığı

### a. Genel Olarak

Edimlerden birinin tarafların kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesiyle seçimlik borç, ifası mümkün olan edimler bakımından devam edecek; ancak, edimlerden birinin imkansızlaşmasıyla geriye sadece bir edim kalmışsa artık borcun konusunu o edim oluşturacaktır.

Seçimlik borçlarda edimlerden birinin taraflardan birinin kusuruyla imkansızlaşması haline ilişkin olarak Türk ve İsviçre Hukuku'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmaktadır. Alman Hukuku'ndaki düzenleme (BGB § 265), seçimlik borçlarda edimlerden birinin baştan veya sonradan imkânsız olması halinde borç ilişkisinin konusunu diğer edimin oluşturacağını; ancak imkânsızlığa seçim hakkına sahip olmayan tarafın yol açması ha-

<sup>52</sup> Gündoğdu, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 326 vd.

linde ise bu sınırlamanın söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Alman Hukukuna göre, seçim hakkının kime ait olduğu uygulanacak hükümler bakımından önemlidir. Bu sebeple, edimlerden birinin taraflardan birinin kusuruyla imkansızlaşması halini ikiye ayırarak incelemek yararlı olacaktır.

### **b. Seçim Hakkının Borçluya Ait Olması**

Seçim hakkının borçluya ait olduğu ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkânsız hale geldiği durumlarda borç ilişkisinin konusunu ifası mümkün olan diğer edim oluşturacaktır<sup>53</sup>. Borçlu, ifası mümkün olan edime karşılık karşı edimi isteme hakkına sahiptir. Bu görüşe göre, ifası mümkün olan edim sonradan borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşırsa alacaklı borçlunun kusuru ile imkansızlaşan ilk edim için tazminat isteyebilecektir<sup>54</sup>.

Seçim hakkının borçluya ait olduğu ve edimlerden birinin alacaklının kusuruyla imkânsız hale geldiği durumlarda ise borçlu, imkânsız olan edimi seçip ifadan kurtulabilir<sup>55</sup>. Borçlu, imkânsız edimi seçerse karşı edimini talep edebilir<sup>56</sup>. Bunun yerine ifası mümkün olan edimi seçip ifa edebilir ve imkânsızlığına sebep olduğu edim için haksız fiil hükümlerine göre alacaklıdan tazminat isteyebilir<sup>57</sup>.

### **c. Seçim Hakkının Alacaklıya Ait Olması**

Seçim hakkının alacaklıya ait olması ve edimlerden birinin alacaklının kusuruyla imkânsız hale gelmesi halinde borç ilişkisinin konusunu

<sup>53</sup> Eren, s. 967; Oğuzman/Öz, s. 287-288; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 817; von Tuhr, s. 75; Leu, Art. 72 N.4; Gauch/Schluep, s. 33. Aksi görüşte Becker, Art. 72 N. 14. Becker, borçlunun kusuruyla imkansızlaşan edimin yerine tazminatın geçtiğini ve seçim hakkının sona ermeyerek borçlunun tazminatı veya diğer mümkün olan edimi yerine getirebileceğini ifade etmektedir.

<sup>54</sup> Eren, s. 967-968; von Tuhr, s. 75; Oğuzman/Öz, s. 287 dn. 137.

<sup>55</sup> Becker, Art. 72 N.15; von Tuhr, s. 74; Eren, s. 967; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 816-817. Aksi görüşte Oğuzman/Öz, s.288. Oğuzman/Öz, alacaklının kusuruyla imkansızlaşan edimin borcun konusu olmaktan çıkacağı ve ifanın konusunu diğer edimin oluşturup imkansızlaşan edimin seçilemeyeceği görüşündedir.

<sup>56</sup> Eren, s. 967; Weber, Art. 72 N. 64; Leu, Art. 72 N.4. Aksi görüşteki Becker, borçlunun imkânsız edimi seçtiğinde karşı edimi isteme yetkisini kaybettiğini belirtmektedir (Becker, Art. 72 N. 15).

<sup>57</sup> Oğuzman/Öz, s. 287; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 817; von Tuhr, s. 74 dn.23; Eren, s. 967.

ifası mümkün olan edim oluşturacaktır<sup>58</sup>. Borçlu, bu durumda ifası mümkün edimi ifa ederek karşı edimini talep edebilecektir. Ancak, alacaklının kendi kusuruyla imkânsızlaşan edim için borçluya tazminat ödemesi gerekecektir<sup>59</sup>.

Seçim hakkının alacaklıya ait olması ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesi halinde alacaklının seçim hakkı sona ermez; alacaklı imkânsız olan edimi seçip imkansızlıktan doğan zararlarını talep edebileceği gibi ifası mümkün diğer edimi de seçebilecektir<sup>60</sup>. Alacaklı, imkânsız edimi seçerek tazminat isterse, borçlunun karşı edimi talep etme yetkisi yoktur. Ancak, karşı edimin değerinin alacaklıya ödenecek tazminattan indirilmesi gerekir. Alacaklı, ifası mümkün diğer edimi seçerse bu durumda borçlunun karşı edimi talep edebileceğini kabul etmek gerekir.

## B. SEÇİM HAKKININ KULLANILMASINDAN SONRAKİ İMKÂNSIZLIK

Seçim hakkının kullanılmasından sonra borç ilişkisi seçilen edimle sınırlanacak ve diğer edim borcun konusu olmaktan çıkacaktır. Bir başka ifadeyle, seçim hakkının kullanılmasıyla seçimlik borç adi borç haline gelecektir. Buna bağlı olarak, borç konusu olmaktan çıkan diğer edimin imkânsızlaşmasının borç ilişkisine herhangi bir etkisi olmayacak; ancak

<sup>58</sup> Oğuzman/Öz, s. 288; Seliçi, s. 397; Becker, Art. 72 N. 15. Bazı yazarlar ise alacaklının imkânsız olan edimi seçebileceğini belirtmektedirler. Bkz. Eren, s. 968; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 817; Schraner, Art. 72 N.62; Gauch/Schluep, s. 33; Weber, Art. 72 N.63-64.

<sup>59</sup> Oğuzman/Öz, s. 288; Seliçi, s. 397. Eren ve Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop da alacaklının kusuruyla imkânsızlaşan edim için borçluya tazminat ödeyeceğini kabul etmekle birlikte, alacaklının imkânsız edim ile ifası mümkün edim arasında seçim hakkı bulunduğunu, ifası mümkün edimi seçerse borçlunun zararını ödemekle yükümlü olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bkz. Eren, s. 968; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 817. Aynı yönde bkz. Weber, Art. 72 N. 63; Schraner, Art. 72 N. 62; Gauch/Schluep, s. 33.

<sup>60</sup> von Tuhr, s. 74-75; Becker, Art. 72 N. 14; Eren, s. 968; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 816; Leu, Art. 72 N. 4; Funk, s. 122. Aksi görüşte Oğuzman/Öz, s. 288. Borçlunun kusuruyla imkânsızlaşan edimin borcun konusu olmaktan çıkacağı ve ifanın konusunu diğer edimin oluşturup imkânsızlaşan edimin seçilemeyeceği görüşündedir. Ancak, seçim hakkı sahibi, imkânsızlık yüzünden bir zarara uğramış ise bu zararı imkânsızlıktan sorumlu olanın tazmin etmesi gerektiğini belirtmiştir.

seçilen edimin imkânsızlaşması durumunda ise borçlunun kusurunun bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılacaktır. Sonraki imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olması halinde borçlu, alacaklının zararını ödemek zorunda kalacak (TBK m. 112); borçlunun sorumlu olmaması halinde ise borç sona erecektir (TBK m. 136).

## SONUÇ

Seçimlik borç ilişkisinin ifasını ve seçim hakkının kullanılmaması durumunda zorla icrasını incelediğimiz bu çalışmada yukarıda yapılan açıklamalar ışığında şu sonuçlara varılmıştır:

1. Seçimlik borçlarda, seçim hakkı sahibi tarafından seçim yapılmasıyla borç konusu belirlenmekte ve artık borç ilişkisi basit bir borç ilişkisi haline gelmiş olmaktadır. Bu aşamadan sonra, belirlenen borcun ifa edilmemesi halinde açılacak dava ve dava sonunda verilen hükmün cebri icrasına ilişkin genel hükümler uygulanma alanı bulacaktır. Seçim hakkının kullanılması suretiyle belirlenen edim, borçlu tarafından yerine getirilmezse borçluya karşı seçimlik dava değil, basit bir eda davasının açılması gerekmektedir. Eda davasında verilen hükme uyulmaması durumunda ise alacaklı ilamlı icra yoluna başvuracaktır.

2. Borçlunun en geç ifa anına kadar seçim hakkını kullanmaması, temerrüde düşmesine sebep olacaktır. Alacaklı, borçlu temerrüdünün genel sonuçlarından yararlanabileceği gibi; tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik haklardan da faydalanabilecektir. Alacaklının aynen ifayı istemesi durumunda seçimlik dava açması gerekecektir. Mahkeme, talebi uygun görürse seçimlik mahkûmiyet hükmü verecektir.

3. Borçlunun zamanında seçim hakkını kullanmaması, seçim hakkını kaybettiği anlamına gelmez. Borcunu ifa etmemesine rağmen borçlu, seçim hakkını, cebri icra aşamasına kadar muhafaza eder. Dolayısıyla borçlu, seçimlik dava devam ederken ya da seçimlik mahkûmiyet kararından sonra kararda belirtilen edimlerden birini seçtiği beyan ederek borcunu somutlaştırabilir. Seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun seçim hakkını kullanıp borcunu ifa etmemesi üzerine, alacaklı, seçimlik mahkûmiyet kararından yer alan edimlerden birini seçerek cebri icra yoluna başvuracaktır. Cebri icranın başlamasına rağmen, borç-

lu seçim hakkını cebri icranın sonuna kadar yine de muhafaza eder; ancak bu aşamadan itibaren borçlu seçim hakkını artık irade açıklaması şeklinde değil, irade faaliyeti şeklinde yerine getirecektir. Başka bir ifadeyle borçlunun cebri icra aşamasının sonuna kadar diğer edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulabilmesi mümkündür. Borçlu cebri icraya konu olan edim yerine diğer edimi seçmek isterse, diğer edimi doğrudan ifa ederek seçim iradesini ortaya koymalıdır.

4. Seçim hakkının alacaklıda olduğu seçimlik borç ilişkilerinde seçim hakkının kullanılmaması, alacaklının temerrüde düşmesine sebep olacaktır. Adi borç ilişkilerinde alacaklının temerrüdü halinde borçlunun sahip olduğu bu imkanların seçimlik borç ilişkilerinde nasıl uygulanacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Seçimlik borçlarda alacaklı, seçim hakkını kullanmadan borç konusu belirli hale glemeyeceğinden adi borç ilişkilerindeki alacaklının temerrüdüne ilişkin sonuçların seçimlik borç ilişkilerinde uygulanmasını beklemek (borçlunun seçimlik borçların tümünü tevdi ile borçtan kurtulmasını beklemek gibi), menfaat dengesine uygun olmayacaktır. Bu bakımdan, Türk Hukuku'nda da yapılacak kanuni bir düzenlemeyle Alman Hukuku'nda olduğu gibi alacaklının seçim hakkını kullanmaması durumunda borçlunun, alacaklıya seçim yapması için uygun bir süre vermesi; eğer bu sürenin sonunda alacaklı seçim yapmazsa bu hakkın borçluya geçeceği kabul edilmelidir. Kanımızca, açık bir kanuni düzenleme olmadıkça, seçim hakkının alacaklıdan borçluya geçmesi mümkün olmamalıdır.

5. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun seçimlik davaya ilişkin düzenlemesinde, seçim hakkına sahip olan üçüncü kişinin bu hakkını kullanmaktan kaçınması halinde de alacaklının seçimlik dava açabileceği belirtilmiştir. Kanunda, seçim hakkına sahip borçlunun veya üçüncü kişinin bu hakkını kullanmaktan kaçınması hali birlikte düzenlenmiş olup seçim hakkına sahip üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi sebebiyle açılacak seçimlik davanın sonuçlarına ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, seçimlik davaya ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasındaki seçimlik mahkûmiyet kararı verilmesi ve alacaklının takip konusunu mahkûmiyet hükmünde yer alan edimlerden birine hasrederek cebri icraya başvurabileceği; ancak borçlunun cebri icra sonuna kadar seçim hakkını

kullanıp diğer edimi ifa edebileceğine ilişkin hükümler, borçlunun seçim hakkının korunması amacıyla getirilen hükümlerdir. Bu açıdan bakıldığında, kanunda her ne kadar seçim hakkı sahibi üçüncü kişinin bu hakkını yerine getirmemesi halinde alacaklının seçimlik dava açabileceği düzenlenmiş olsa da bu halde mahkemenin seçimlik mahkûmiyet kararı vermesi yerine tarafların menfaatlerine uygun olarak hâkim tarafından bir seçim yapılarak karar verilmesi daha uygun olacaktır.

6. Seçimin alacaklıya, borçluya veya üçüncü kişiye bir borç olarak yüklenilmesi halinde ise şu sonuçlara varılmıştır:

a. Seçme mükellefiyetinin, bir sözleşme ile kararlaştırılması ve böylece borçluya bir borç olarak yüklenmesi halinde, irade beyanında bulunma borcuna aykırılık sebebiyle ifa davası açılarak karşı tarafın irade beyanında bulunmaya mahkûmiyeti başka bir ifadeyle mahkemeden irade beyanında bulunulmasına yönelik bir karar alınması (yap emri) mümkündür. İrade beyanında bulunulmasına ilişkin hükmün gereği borçlu tarafından yerine getirilmezse, cebri icra organlarına başvurulup borçluya bir icra emri gönderilerek hükmün zorla icrası yoluna başvurulur (İİK m.30). Ancak, irade beyanında bulunmaya ilişkin borç, niteliği gereği sadece borçlu tarafından ifa edilebilir bir yapma borcu olduğu için, alacaklının şikâyeti üzerine ancak tazyik hapsi ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir (İİK m.343). Borçlu, tazyik hapsine rağmen seçim beyanında bulunmazsa cebri icra mümkün olmayacaktır. Hukukumuzda, Alman Medeni Usûl Kanunu'nda (§ 894 ZPO) olduğu gibi borçlunun irade beyanında bulunmaya mahkûm edilmesi halinde kararın kesinleşmesiyle birlikte borçlunun irade beyanında bulunmuş sayılacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. İrade beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun seçim beyanında bulunmaması halinde cebri icra mümkün olmayacağından borçluya karşı kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine göre tazminat davası açmak mümkün olabilmelidir.

b. Seçimin alacaklıya bir borç olarak yüklenmesi halinde borçlu, alacaklıya karşı borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilecektir. Borçlu, alacaklıya bir ifa davası açıp seçimin geç yapılmasından doğan zararlarını isteyebilecektir. Ancak, açılan ifa davası sonucunda verilen seçim beyanında bulunmaya mahkûmiyet kararının gereğinin tazyik



hapsine rağmen alacaklı tarafından yerine getirilmemesi halinde zorla icrası mümkün olmayacağından bu durumda borçlunun bu yüzden uğradığı zararları alacaklıdan istemesi mümkündür. Bunun yanında, borçlu, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olan sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir.

c. Üçüncü kişinin seçim beyanında bulunma yükümlülüğü bulunmasına rağmen, seçim beyanında bulunmazsa, üçüncü kişiye seçim beyanında bulunmasını sağlamaya yönelik ifa davası açmak, kararın icra edilebilir olmaması bakımından anlamsız olacaktır. Üçüncü kişinin taahhüdüne uymaması, ancak tazminat yükümlülüğü doğurabilir.

7. İrade beyanında bulunma borcunun başka bir borçla seçimlik borç olarak karşılaştırılması da özellik göstermektedir. Seçim hakkının alacaklıda olması durumunda borçlu, irade beyanında bulunma borcunu bir başka borçla seçimlik borçlanmışsa, alacaklı, seçim hakkını kullanarak irade beyanında bulunma borcunu seçerse, irade beyanında bulunma borcunun yerine getirilmemesi halinde önce irade beyanında bulunma borcunun ifası için dava açıp sonra bu mahkeme kararının İİK m.30 ve İİK m.343 gereğince icrasını sağlayabilir. Seçim hakkının borçluda olması ve irade beyanını seçmesine rağmen beyanda bulunmaktan kaçınması üzerine alacaklı tarafından yine aynı yol izlenecektir.

Seçim hakkının borçluda olması durumunda ise seçim hakkının kullanılmaması üzerine alacaklı, açacağı seçimlik davada borçlunun irade beyanında bulunmasına veya diğer edimi yerine getirmesine mahkûm edilmesini isteyecek ve mahkeme de bu talebe uygun seçimlik bir mahkûmiyet kararı verecektir. Seçimlik mahkûmiyet kararına rağmen borçlunun edimlerden birini yerine getirmemesi halinde, alacaklı, cebri icrayı eğer irade beyanında bulunma borcuna hasrederse, sadece borçlu tarafından yerine getirilebilecek yapma borçlarının icrasına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, seçimlik mahkûmiyet hükmünde yer alan sadece borçlu tarafından yapılması gereken bir işin takibe konu olması halinde cebri icra aşaması tamamlanıncaya dek borçlu diğer edimi yerine getirerek borcundan kurtulabileceği için tazyik hapsinin uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir. Hem tazyik hapsinin uygulanmaması hem de borçlunun diğer edimi yerine getirmemesi, alacaklının mağduriyetine yol açabilir. Böyle

bir mağduriyetin önüne geçmek için iki yol düşünülebilir. Bunlardan birincisi, böyle bir durumda alacaklıya doğrudan takip konusunu değiştirme imkânı verilerek diğer edimin icra konusu yapılmasıdır. İkincisi ise tazyik hapsinin uygulanmasıdır. Ancak, irade beyanında bulunma borcu, tazyik hapsine rağmen yerine getirilmezse borçlunun şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu bu borcun zorla icrası mümkün değildir. Burada, kusurlu imkânsızlık söz konusudur. Bu durumda alacaklı için cebri icra faydasız kalmış olacağından alacaklının diğer edimin icra edilmesini ve ayrıca uğradığı zararın tazminini isteyebilmesi gerekir.

8. Seçimlik borç ilişkisindeki edimlerin tamamının veya birinin imkânsız hale gelmesinde şu sonuçlara varılmıştır:

a. Seçimlik borca konu edimlerin tamamının imkansızlaşması halinde seçim hakkının kime ait olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Edimlerin imkânsız hale gelmesinde borçlunun bir kusuru varsa bu durumda kusurlu ifa imkânsızlığı hükümlerine göre borçlunun alacaklıya tazminat ödemesi gerekecektir (TBK m. 112). Edimlerin imkânsız hale gelmesinde alacaklının bir kusuru varsa, borç sona erecektir (TBK m.136/I). Edimler, borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse bu durumda kusursuz ifa imkânsızlığı hükümlerine göre borçlu sorumluluktan kurtulacaktır (TBK m.136/I).

b. Edimlerden birinin tarafların kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesiyle, seçimlik borç ifası mümkün olan edimler bakımından devam edecek; ancak, edimlerden birinin imkansızlaşmasıyla geriye sadece bir edim kalmışsa, artık borcun konusunu o edim oluşturacaktır.

c. Seçimlik borçlarda edimlerden birinin taraflardan birinin kusuruyla imkansızlaşması haline ilişkin olarak Türk ve İsviçre Hukuku'nda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Hukuku'nda seçimlik borçlarda edimlerden birinin baştan veya sonradan imkânsız olması halinde borç ilişkisinin konusunu diğer edimin oluşturacağını; ancak imkânsızlığa seçim hakkına sahip olmayan tarafın yol açması halinde ise bu sınırlamanın söz konusu olmayacağını belirten düzenlemedeki (BGB § 265) çözüm tarzının, hukukumuzda da açık bir kanuni düzenleme yapılana kadar benimsenerek bir sonuca varılması, menfaatler dengesine daha uygun olacaktır. Buna göre:

Seçim hakkının borçluya ait olduğu ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkânsız hale geldiği durumlarda borç ilişkisinin konusunu ifası mümkün olan diğer edim oluşturacaktır. Seçim hakkının borçluya ait olduğu ve edimlerden birinin alacaklının kusuruyla imkânsız hale geldiği durumlarda ise borçlu, imkânsız olan edimi seçip ifadan kurtulabilir. Bunun yerine ifası mümkün olan edimi seçip ifa edebilir ve imkânsızlığına sebep olduğu edim için haksız fiil hükümlerine göre alacaklıdan tazminat isteyebilir.

Seçim hakkının alacaklıya ait olması ve edimlerden birinin alacaklının kusuruyla imkânsız hale gelmesi halinde borç ilişkisinin konusunu ifası mümkün olan edim oluşturacaktır. Seçim hakkının alacaklıya ait olması ve edimlerden birinin borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesi halinde alacaklının seçim hakkı sona ermez; alacaklı imkânsız olan edimi seçip imkansızlıktan doğan zararlarını talep edebileceği gibi ifası mümkün diğer edimi de seçebilecektir.

d. Seçim hakkının kullanılmasından sonra borç ilişkisi seçilen edimle sınırlanacak ve diğer edim borcun konusu olmaktan çıkacaktır. Buna bağlı olarak, borç konusu olmaktan çıkan diğer edimin imkânsızlaşmasının borç ilişkisine herhangi bir etkisi olmayacak; ancak seçilen edimin imkânsızlaşması durumunda ise borçlunun kusurunun bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılacaktır. Sonraki imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olması halinde borçlu, alacaklının zararını ödemek zorunda kalacak (TBK m. 112); borçlunun sorumlu olmaması halinde ise borç sona erecektir (TBK m. 136).

## KISALTMALAR CETVELİ

<b>Art.</b>	Artikel
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
<b>bkz.</b>	Bakınız
<b>E.</b>	Esas
<b>HGK</b>	Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK</b>	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<b>Hrsg.</b>	Herausgeber
<b>İİK</b>	İcra ve İflas Kanunu
<b>İÜHFM</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	Karar
<b>m.</b>	Madde
<b>N.</b>	Nummer (Numara)
<b>OR</b>	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
<b>Rn.</b>	Randnummer (Kenar Numarası)
<b>s.</b>	Sayfa
<b>TBK</b>	Türk Borçlar Kanunu
<b>vd.</b>	Ve devamı
<b>ZPO</b>	Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

## KAYNAKLAR

- AKKAN, Mine**, Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası, İstanbul 2020.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema**, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin**, Medeni Usûl Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- BAUMBACH, Adolf/LAUTERBACH, Wolfgang/ALBERS, Jan/HARTMANN, Peter**, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 64. Auflage, München 2006.
- BECKER, Hermann (Hrsg.)**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 2. Auflage, Band VI, Bern 1945.
- BERGER, Bernhard**, Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2012.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol**, Medeni Usûl Hukuku, Ankara 2017.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2015.
- FUNK, Fritz**, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler (Çev. Hıfzı Veldet/Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938.
- GAUCH, Peter/SCHLEUP, Walter R.**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Band II, Zürich/Basel/Genf. 2008.
- GERNHUBER, Joachim**, Das Schuldverhältnis-Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen 1989.
- GROSS, Balz/SPRECHER, Franziska** in: Honsell, Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel 2008.
- GRUBER, Urs** in: Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, 5. Auflage, München 2016. (MüKoZPO/Gruber)
- GRÜNEBERG, Christian** in: Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, München 2013.

- GÜNDOĞDU, Fatih**, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- KIEßLING, Erik** in: Zivilprozessordnung, Familienverfahren-Gerichtsverfassung-Europäisches Verfahrensrecht, Saenger, Ingo (Hrsg.), 8. Auflage, Baden-Baden 2019.
- KRÜGER, Wolfgang** in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Auflage, München 2019. (MüKoBGB/Krüger)
- KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- KURU, Baki**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016.
- KURU, Baki**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.
- KURU, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2016.
- KURU, Baki**, Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.
- KURU, Baki**, Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, Cilt I, Ankara 2020.
- LACKMANN, Rolf** in: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.), 17. Auflage, München 2020.
- LEU, Urs** in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Basel 2011.
- LORENZ, Stephan** in: Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 53. Edition, München 2020. (BeckOK BGB/Lorenz)
- MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan**, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Auflage, München 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 16. Bası, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan**, Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019.

- REİSOĞLU, Safa**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul 2014.
- RENSSEN, Hartmut** in: Wicczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A., Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Band 10/2: §§ 864-915 h, Berlin-Boston 2015.
- SCHRANER, Marius**, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR-Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Band V, Zürich 2000.
- SCHULZE, Reiner** (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2019. (HK-BGB/Schulze)
- SELİÇİ, Özer**, "Seçimlik Borçların İfası", İÜHFİM, Cilt 34, S. 1-4, İstanbul 1969, s. 375-399.
- SEROZAN, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, 6. Bası, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014.
- STADLER, Astrid** in: Stürner, Rolf (Hrsg.), Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Auflage, München 2018. (Jauernig/Stadler)
- ŞENGÜL, Mehmet**, "Seçimlik Borçlara İlişkin Temel Özellikler ve Seçimlik Borçların İfası", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3-4, Erzincan 2011, s. 207-248.
- TANRIVER, Süha**, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- VON TUHR, Andreas**, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege), Cilt 1-2, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara 1983.
- WEBER, Rolf H.** in: Hausheer, Heinz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Auflage, Band VI, Bern, 2005.
- YAZICI TIKTIK, Çiğdem**, "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fa-

kültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015), Prof.  
Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 2735-2776.

**YILMAZ, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, 3. Baskı,  
Ankara 2017.



## LİMİTED ŞİRKET PAY DEVİR SÖZLEŞMESİNDEKİ CEZA KOŞULUNUN TENKİSİ

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM\*

Dr. Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL\*\*

### Öz

Türk Borçlar Kanunu'nun 182'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre hâkim, aşırı ceza koşulunu resen indirir. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 22'nci maddesine göre tacirin ceza koşulunun tenkisini talep etmesi mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 22'nci maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için; borçlunun tacir sıfatına sahip olması ve borcun tacirin ticari işletmesi ile ilgili olması gerekir. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tacir sıfatının tespiti tartışmalı bir konu değildir. Bu noktada esas mesele, limited şirket pay devir sözleşmesinin, tarafların ticarî işletmesi ile ilgili olup olmadığıdır. Bu çalışmada, limited şirket pay devir sözleşmesinin tacirin ticarî iş sahası ile ilgili olup olmadığı gerçek kişi tacirler, tüzel kişi tacirler ve hâkim teşebbüs açısından ayrı ayrı değerlendirilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Limited Şirket • Pay Devir Sözleşmesi • Ceza Koşulunun Tenkisi • Tacir • Ticarî İş

\* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ abdulkerim.yildirim@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0003-3913-245X

\*\* Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Ankara, Turkey.

✉ fevzi.gozuyesil@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0002-3266-1642

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: YILDIRIM, Abdulkerim / GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat, "Limited Şirket Pay Devir Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun Tenkisi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1145-1179.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned by a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## REDUCTION OF THE PENAL CLAUSE WITHIN TRANSFER OF SHARES CONTRACT IN LIMITED LIABILITY COMPANY

### Abstract

According to the Turkish Code of Obligations Art. 182/3, Judge reduce excessive penal clause ex officio. However, in the Turkish Code of Commerce Art. 22, it is forbidden for the merchant to request a reduction. In order to carry out Art. 22 of TCC, the debtor must have the title of merchant and the debt must be related to the merchant's commercial enterprise. According to the provision of the Turkish Commercial Code, determining the title of merchant is not a controversial issue. At this point, whether the limited company share transfer contract is related to the commercial enterprise of the parties is the main issue. In this study, whether the limited company share transfer contract is related to merchant's commercial enterprise or not is evaluated separately in terms of real person merchants, legal person merchants and controlling enterprise.

### Key Words

Limited Liability Company • Share Transfer Contract • Reduction of The Penal Clause • Merchant • Commercial Enterprise

### GİRİŞ

Limited şirket, ortaklarının şirket borçlarından sorumluluğu sınırlı olan ve ekseriyetle az ortaklı – nitekim kanunî üst had 50'dir – bir şirket türüdür. Bu mahiyeti itibariyle limited şirket müessesesi, menşe ülke Almanya başta olmak üzere birçok ülke hukukunda kabul edilmiş; memleketimizde de şirket sayısı ve toplam sermaye büyüklüğü bakımından fevkalade bir rağbet görmüştür.

Ticarî hayatta, bir şirketi satın almak veya devralmak veya bir şirkete ortak olmak şeklinde ifade edilen işlemlerin ekseriyeti; esasında bir pay devir sözleşmesine istinat eder. Bu devir sözleşmesi, TBK m. 26'da ifadesini bulan, genel prensip mahiyetindeki sözleşme özgürlüğü ilkesine tâbidir. Bununla birlikte limited şirket esas sermaye payının devri, TTK'da öngörülen birtakım emredici hükümler dairesinde gerçekleştirilebilecektir. Bu emredici hükümler dışında; taraflar, devir sözleşmesine arzu ettikleri hususları koyabilirler. Bu bağlamda ceza koşulu klozlarına da, pay devir sözleşmelerinde yer verilebilir.

Limited şirketler, ticaret hayatında sık karşılaşılan ve genellikle çok büyük sermaye veya yatırımlara gerek olmaksızın kurulan şirketlerdir. Her ne kadar limited şirketlerin yönetiminin ve temsilinin düzenlendiği TTK m. 623-630 hükümlerinde her ortağın doğrudan ve tabî müdür olduğu kuralı (özden organ ilkesi) terk edilmişse de; ortak sayısının az olmasının da bir neticesi olarak, bu ortakların şirket işlerine vâkıf olması ve şirket işleri ile ilgilenmesi doğaldır. Şirket faaliyetleri hakkında bilgi sahibi ve pek çok kez tecrübe sahibi olan ortağın payını devretmesi hâlinde; rekabet yasağı, sır saklama yükümlülüğü gibi birtakım yükümlülükler tâbi tutulması ve bu yükümlülüklerin ihlâli hâlinde ceza koşulunun ödeneceğinin kararlaştırılması mümkündür. Bunun gibi, devir bedelinin ödenmemesi ya da devrin TTK'da öngörülen devir prosedürünün tamamlanamamasına bağlı olarak gerçekleşmemesi gibi hâllerde de pay devir sözleşmesine ceza koşulu eklenebilmektedir. Bu ceza koşulunun genel hükümlere göre tenkisi bakımından ise pay devir sözleşmesinin taraflarının tacir sıfatının olup olmadığı önemlidir. Bu çalışmada, aşağıdaki genel izahattan başka, pay devir sözleşmesinin taraflarının tacir sıfatı ve pay devir sözleşmesinin bunların ticarî işletmeleriyle ilgili olup olmadığı hususları değerlendirme konusu yapılmıştır.

## I. Esas Sermaye Payı Devir Sözleşmesi

Limited şirket pay devir vaadi sözleşmesi ve pay devir sözleşmesine (bundan böyle kısaca “pay devir sözleşmesi”<sup>1</sup> olarak anılacaktır) konulan ceza koşulunun tenkisi hakkındaki teferruata girmeden önce; limited şirket pay devrine dair esaslara kısaca değinmek gerekir.

### A. Genel Olarak Esas Sermaye Payının Devri

Limited şirket esas sermaye payı, kanunî bir terim olarak, limited şirket esas sermayesinin itibarî değerinin bir kısmını teşkil eden itibarî

<sup>1</sup> Limited şirketlerde devir vaadi sözleşmesi ile devir sözleşmesinin birlikte ve tek işlem olarak gerçekleştirilmesi mümkün olmakla birlikte; bu işlemlerin ayrı ayrı yapılması söz konusu olabilir. Ceza koşulu hükmünün, devir veya devir vaadi sözleşmesine konulması pekâlâ mümkündür. Bu husus, çalışma konusu bakımından önem teşkil etmez. Devir sözleşmesine konulacak ceza koşulu hakkındaki izahatımız; devir borcunu doğuran sözleşmeler bakımından da kural olarak geçerli olacaktır.

değeri ifade eder<sup>2</sup>. Limited şirket esas sermayesi, anonim şirket esas sermayesinden farklı olarak, eşit paylara bölünmemiştir. Bir başka ifade ile eşit itibarî değeri olan paylar söz konusu değildir; her limited şirket esas sermaye payının itibarî değeri farklı olabilir<sup>3</sup>. Bununla birlikte, genel kurul kararı için ortak sayısının değil de, sermaye çoğunluğunun aranıyor olması; esas sermaye payının ortağa bahşedeceği oy hakkının tespiti bakımından hesaben bölünmesini gerektirmiştir<sup>4</sup>. Şu ifade edilebilir ki, 6762 sayılı mülga TTK'da benimsenen tek ortak-tek pay esasının; 6102 sayılı TTK sisteminde cârî olmadığını ifade etmek gerekir<sup>5</sup>. Bu bakımdan, limited şirket ortakları, birden fazla esas sermaye payına sahip olabilirler (TTK m. 583/3). Limited şirket esas sermaye payının değeri; yirmi beş Türk lirası ve katları olarak belirlenmelidir (TTK m. 583/1-2). Bununla birlikte şirketin durumunun iyileştirilmesi amacıyla sınırlı olarak bu değerın altına inilebilir (TTK m. 583/1).

Limited şirket esas sermaye payı, bir malvarlığı değeridir; bu bağlamda kural olarak hukukî işlemlere konu olabilir ve devredilebilir. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir tezahürü olarak; limited şirket esas sermaye payının bir diğer ortağa yahut üçüncü kişiye devri de kural olarak serbesttir<sup>6</sup>. Mamâfih limited şirketlerde esas sermaye payının devri, anonim şirketlere nazaran daha sıkı kurallara tâbidir. Nitekim TTK m. 593/1'e göre; - TTK m. 612 istisna olmak üzere - esas sermaye payı, ortaklar arasındaki devirler de dâhil olmak üzere sadece TTK'nin ilgili hükümleri uyarınca devredilebilir ve miras yoluyla geçer. Türk Ticaret Kanunu'nun 595'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre; limited şirket esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler, yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce tasdik edilir. Limited şirket esas sermaye payının devri; borçlanma ve tasarruf işlemleri (veya borç-

<sup>2</sup> **TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 479; **PULAŞLI, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerh, Cilt II, Ankara 2011, s. 2006.

<sup>3</sup> **TEKİNALP**, s. 479.

<sup>4</sup> **PULAŞLI**, s. 453.

<sup>5</sup> **YILDIZ, Şükrü**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, 2007, s. 80; **DEMİRKAPI, Ertan**, Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Otaklıkta Payın Devri, İzmir 2008, s. 24.

<sup>6</sup> **PULAŞLI**, s. 2032.

landırıcı ve tasarruf işleminin bir arada olduğu tek bir devir sözleşmesi), ortaklar genel kurulu onayı, tescil, ilan ve pay defterine kayıttan müteşekkil bir süreç neticesinde gerçekleşir<sup>7</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 595'inci maddesinin 2'nci fıkrasında ki düzenlemeye göre ise, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse; esas sermaye payının devri için, ortaklar genel kurulunun onayı gerekir. Pay devrinin geçerlilik kazanması için ortaklar genel kurul onayı şarttır; onay işlemine kadar devir sözleşmesi hükümleri askıdadır<sup>8</sup>. Bununla birlikte 6762 sayılı mülga TTK'daki düzenlemeden farklı olarak; 6102 sayılı TTK'da ağırlaştırılmış bir karar nisabı söz konusu değildir<sup>9</sup>. Buna göre, pay devrini tasdik eden ortaklar genel kurulu kararları, esas sözleşmede aksi öngörülmemişse; toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınır (TTK m. 620)<sup>10</sup>. Bu karar, toplantı yapılmaksızın; sirküler karar usulü ile de alınabilir<sup>11</sup>.

Devir sözleşmesinin kanunî şekle bağlanması ve devrin ortaklar genel kurulu tarafından tasdik şartı; limited şirketin şahıs şirketlerine özgü birtakım özelliklerinin muhafazası ve paylarının ticaret konusu olmasının önlenmesi amacına matuftur<sup>12</sup>. Bu bakımdan kanun koyucu, kanunî bir bağlam ihdas etmiştir<sup>13</sup>. Lâkin bu kanunî bağlam, TTK m. 595/2 hükmü nazara alınırsa, emredici mahiyette değildir<sup>14</sup>. Bu esastan

<sup>7</sup> **TEKİNALP**, s. 483.

<sup>8</sup> **AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2019, s. 541; **YILDIZ**, s. 139.

<sup>9</sup> 6762 sayılı mülga TTK m. 520/2'deki düzenlemede; ortakların en az dörtte üçünün devre muvafakat vermesi ve bu ortakların şirket esas sermayesinin en az dörtte üçüne sahip olması şartları beraber aranmaktaydı. Bunun yanı sıra bu nisabın ağırlaştırılması veya devrin tamamen yasaklanması mümkün olmakla birlikte; devrin serbest olması ya da nisabın hafifletilmesi ise söz konusu değildi (eTTK m. 520/4).

<sup>10</sup> Pay devrinin olağan karar nisabı ile tasdiki hakkında; ortakların ve şirketin korunmasının yeterince gözetilmediği noktasında bir eleştiri için bkz. **DEMİRKAPI**, s. 326-327.

<sup>11</sup> **PULAŞLI**, s. 2038.

<sup>12</sup> **ÇAĞA, Barbaros**, "Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri", *BATİDER*, 1973, 7 (3), s. 593.

<sup>13</sup> **PULAŞLI**, s. 2033; **YILDIZ**, s. 137.

<sup>14</sup> **TEKİNALP**, s. 482; **PULAŞLI**, s. 2033; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 541; **YILDIZ**, s. 141.

olmak üzere; şirket sözleşmesi ile pay devrine dair ortaklar genel kurulu karar şartı tamamen kaldırılabilir. Ortaklar genel kurulu, herhangi bir sebep göstermeksizin pay devrini reddedebilir (TTK m. 595/3); ancak bu yetki, keyfî bir şekilde veya dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmaz<sup>15</sup>. Bununla birlikte, hangi sebeplere istinaden pay devrinin ortaklar genel kurulunca reddedilebileceği, şirket sözleşmesinde yer alabilir<sup>16</sup>. Şirket sözleşmesinde pay devrinin yasaklanması veya ortaklar genel kurulunun pay devrini reddetmesi hâlinde; ortağın haklı sebeple çıkma hakkı saklı kalır (TTK m. 595/5). Ortaklar genel kurulu, başvurudan itibaren 3 ay içinde herhangi bir karar vermezse; pay devrine onay vermiş sayılır (TTK m. 595/7). Bu düzenleme ile pay devrinin sürüncemede bırakılmasının önlenmesi amaçlanmıştır<sup>17</sup>.

Limited şirket esas sermaye payının devri, diğer pay intikâlleri gibi ticaret siciline tescil ve ilân edilir (TTK m. 598/1). Tescil başvurusu, sicil müdürlüğü tarafından incelenir ve pay devir sözleşmesinde TTK m. 595/1'e göre sözleşmede yer alması gereken hususların yer almadığı tespit edilirse tescil talebi reddedilir. Limited şirket esas sermaye payının devrinin son safhası ise, keyfiyetin pay defterine kayıdır.

6762 sayılı mülga TTK m. 520/1'de; pay devrinin, ancak şirkete bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek suretiyle şirkete karşı hüküm ifade edeceği belirtilmişti. 6102 sayılı TTK bağlamında ise pay defterine kayıt, limited şirketin pay devrini kabulü veya yeni ortağı tanınması manasına gelmez; şeffaflığı sağlama amacı ile sınırlıdır<sup>18</sup>. Bu bakımdan pay devri, genel kurul onayı ile geçerli hâle gelecektir. Tescil yahut pay defterine kayıt ise, kurucu değil; açıklayıcı niteliktedir<sup>19</sup>.

## B. Devir Sözleşmesinin Esasları

Hukuki işlemler malvarlığına yaptığı etki bakımından borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Bu

<sup>15</sup> PULAŞLI, s. 2044.

<sup>16</sup> TTK m. 595 gerekçesi.

<sup>17</sup> TTK m. 595 gerekçesi.

<sup>18</sup> TEKİNALP, s. 485; PULAŞLI, s. 2043; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 543.

<sup>19</sup> YILDIZ, s. 143; TEKİNALP, s. 484; PULAŞLI, s. 2041-2042.

bakımdan devir sözleşmesi de bu genel kuraldan ayrılmaz. Limited şirket esas sermaye pay devri sözleşmesi, borçlanma ve tasarruf safhalarını içerebilir<sup>20</sup>. Borçlandırıcı işlem mahiyetindeki bir satış, mal değişim ya da bağışlama sözleşmesi akdedilebilir; akabindeki pay devir sözleşmesi ise tasarruf işlemi olarak telakki edilebilir<sup>21</sup>. Bu ayırım teoriktir; nitekim hem pay devri, hem de pay devir borcunu doğuran sözleşmeler, aynı şekli esaslara tâbi olduğu gibi (TTK m. 595/1); uygulamada da çoğu kez birlikte ve tek bir işlem şeklinde gerçekleştirilir.

## 1. Taraflar

Devir sözleşmesi, ekseriyetle iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme mahiyetindedir<sup>22</sup>. Bu esastan olmak üzere sözleşmenin tarafları, devreden ile devralandır. Pay devri, ticarî hayatın olağan akışına bağlı olarak; çoğunlukla bir satış sözleşmesine istinat eder. Bundadır ki devreden genelde satıcı; devralan ise alıcı konumundadır. Devreden ve devralan, gerçek yahut tüzel kişi olabilirler. Devir sözleşmesinin (bir tasarruf işlemi olmasına bağlı olarak) taraflarının, tasarruf yetkisini haiz olması gerekir. Bu bağlamda, devreden, limited şirket ortağı olması gerekir<sup>23</sup>. Bunun gibi, temsile<sup>24</sup> ve işlem ehliyetine dair hususlarda TBK ve TMK'da yer alan genel esaslar tatbik edilecektir.

Devir sözleşmesinde, tarafların açık kimlikleri, T.C. kimlik numaraları ve vergi dairesi ve numarası yer almalıdır. Tarafların açık kimliği, özellikle yazışma, tebligat ve muhtemel icra takiplerinin vâki olması hâlinde önemlidir.

<sup>20</sup> **TEKİNALP**, s. 483; **ÇAĞA**, s. 594.

<sup>21</sup> **PULAŞLI**, s. 2034.

<sup>22</sup> **ARSLANLI**, 166; **ÖZ, Turgut**, "Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri", *İÜHF*, 1987, 52 (1-4), s. 369.

<sup>23</sup> **DEMİRKAPI**, s. 214. Devir borcunu doğuran sözleşmenin ayrı yapılması hâlinde; borçlandırıcı işlemde tasarruf yetkisi aranmayacaktır. Öğretide, devir sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olarak değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak devreden ortak sıfatını haiz olmasının şart olmadığı hakkında bkz. **ÖZ**, s. 369.

<sup>24</sup> **DEMİRKAPI**, s. 215.

## 2. Şekil

Devir sözleşmesi ve devri vaadi sözleşmesi, yazılı şekle tâbidir ve tarafların imzaları noter tarafından tasdik edilir (TTK m. 595/1). Devir sözleşmesine dair TTK m. 595/1’de öngörülen yazılı şekil ve noter tasdiki şartının bir geçerlilik şartı olup olmadığı hususu öğretilerde tartışılmıştır. Mülga 6762 sayılı TTK m. 520/5’de; devir veya devir vaadi sözleşmesinin, yazılı şekilde yapılmış ve imzası noterce tasdik ettirilmiş olmadıkça, ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmeyeceği düzenlenmişti. Ancak kanun koyucu tarafından 6102 sayılı TTK’ya bu ifade alınmamış; kanunda sarahat olmaması nedeniyle hükmün yorumlanması gerekmiştir.

Yazılı şekil şartının ise bir geçerlilik şartı olduğu noktasında ihtilaf yoktur<sup>25</sup>. Tartışmalar daha ziyade, noter tasdikinin bir geçerlilik şartı olup olmadığı noktasındadır.

Öğretilerde *Pulaşlı*, hem yeni kanuna bu ifadenin alınmaması, hem de TTK m. 595 ve İBK m. 784 hükmünün gerekçelerinden yola çıkarak; noter tasdikinin bir geçerlilik şartı olmadığını ifade etmiştir<sup>26</sup>. Noter tasdiki, ispat kolaylığı ve devrin zorlaştırılması, bir başka ifade ile limited şirketin şahıs şirketlerine özgü birtakım özelliklerinin korunması ile ilgili olarak da değerlendirilmiştir<sup>27</sup>. *Tekinalp* ise, noter tasdikinin, yazılı şekil şartı ile beraber bir geçerlilik şartı olduğu görüşündedir<sup>28</sup>. Kanaatimizce, kanunun lafzı karşısında noter tasdikinin bir geçerlilik şartı olduğunu kabul etmek gerekir; nitekim TBK m. 12/2’ye göre kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Bununla birlikte, kanunî şekle uyulmaksızın akdedilen sözleşme ifa edildikten sonra; şekle aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek,

<sup>25</sup> PULAŞLI, s. 2037.

<sup>26</sup> PULAŞLI, s. 2037. TTK m. 595 gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “Yazılı şekil, imza onanması hem ispat yönünden gereklidir hem güvenliği sağlamaktadır hem de tarafları, devir, özellikle ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri ve diğer sözleşmesel borçlar bakımından düşünmeye yöneltmek için uygun bir araç niteliğine sahip bulunmaktadır”.

<sup>27</sup> REICHERT, Jochem/WELLER, Marc-Philippe, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Band 1: §§ 1-34 (Hrsg. Holger Fleischer /Wulf Goette), 3. Auflage, 2018, Rn. 16.

<sup>28</sup> TEKİNALP, s. 483.



hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olacaktır<sup>29</sup>. Bu esastan olmak üzere; imzaları noterce tasdik edilmeyen bir devir sözleşmesi genel kurulda onaylandıktan sonra geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır<sup>30</sup>.

6102 sayılı Kanun ile birlikte, limited şirket esas sermaye paylarının nama yazılı senetlere bağlanması; bir tedavül ve devir kolaylığı sağlamaz<sup>31</sup>. Nitekim nama yazılı senet çıkarılması hâlinde de; TTK m. 595 ve devamındaki hükümler uygulanmaya devam edecektir.

### 3. İçeriği

#### a) Devir Sözleşmesinin Esaslı Unsurları

Bir sözleşmenin kurulması, tarafların o sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşmuş olmasına bağlıdır (TBK m. 2/1). Bu kaide, limited şirket pay devir sözleşmesi için de geçerlidir. Bu bakımdan, devir sözleşmesinin esaslı unsurlarını; borçlar hukuku teorisinin genel esasları ile TTK m. 595 hükümleri çerçevesinde tespit etmek mümkündür. Devir sözleşmesinin esasları, TTK'da yer alan emredici hükümler ve bu hükümlere aykırı olmayan taraf iradeleri ile şekillenecek; sözleşmede herhangi bir boşluğun bulunması hâlinde ise, taşınır satışı hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TBK'da yer alan satış sözleşmesi üzerine inşa edilecek ve esaslı unsurlar buna göre belirlenecektir<sup>32</sup>. Devir sözleşmesinde

<sup>29</sup> Y. İBK, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10/06/2020). Ayrıca bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 315 vd.

<sup>30</sup> Benzer şekilde bkz. **DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife**, "Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, 22 (1), s. 374.

<sup>31</sup> **PULAŞLI**, s. 2036; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 541; **YILDIZ**, s. 81.

<sup>32</sup> Devir sözleşmesinin satış sözleşmesinin teorik bağlamı üzerine inşa edilmesi, tabii olan ve ticarî hayatın akışı bakımından alışılmalıdır. Bkz. Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), (Hrsg. **MICHALSKI, Lutz/HEIDINGER, Andreas/LEIBLE, Stefan/SCHMIDT, Jessica**), 3. neu bearbeitete Auflage 2017, § 15 Rn. 5. Bununla birlikte pay devrinin, diğer başka hukukî münasebetlere de dayanması söz konusu olabilir. Bkz. **ARSLANLI, Halil**, Ticaret Kanunu Şerhi – Limited Şirketler, İstanbul 1963, s. 166-167; **DOĞANAY, İsmail**, "Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları

devreden, limited şirket esas sermaye payının devralana intikâli için lâzım gelen maddî ve usulî işlemleri gerçekleştirmek; devralan ise pay karşılığındaki bedeli devredene ödeme yükümlülüğü altına girer.

Devir sözleşmesi, devredene, gerekli prosedürü işleterek payı devralana geçirme borcu doğurur<sup>33</sup>. Devir sözleşmesi ile taraflar; ortaklar genel kurulunun onayı için şirkete müracaat etmek, devrin pay defterine kaydı ve ticaret siciline tescilinin sağlanması gibi yükümlülükler yüklenir ve haklar iktisap ederler<sup>34</sup>. Devir sözleşmesinin konusu, limited şirket esas sermaye payıdır. Devir sözleşmesinde; devir konusu pay, genellikle devreden ve satıcı konumundaki pay sahibinin ve pay yüzdesinin ifade edilmesiyle belirlenir. Devir konusu payın yüzde olarak ifade edilmesi; aynı zamanda dolaylı olarak payın itibarî değerinin de sözleşmede yer alması anlamına gelir. Sözleşmelerde ayrıca, pay devri karşılığındaki ödemenin zamanının ve şeklinin de belirlendiği görülmektedir.

Devir sözleşmesinde doğal olarak hisse satış bedeli de yer alacaktır. Limited şirket payları bakımından, borsa benzeri bir teşkilatlanmış pazar mevcut değildir; bu nedenle satış bedeli çoğu kez, devreden ile devralanın karşılıklı müzakere veya pazarlığıyla belirlenir. Satış bedelinin tespitinde, payın itibarî değerinin esaslı bir önemi yoktur; taraflar, payın piyasa yahut gerçek değerini kararlaştırmak üzere bir araya gelirler.

Devir sözleşmesinde, esas sermaye payını devir iradesi açıkça anlaşılmalıdır<sup>35</sup>. Bu açıklık, lafzî bir mecburiyet şeklinde anlaşılmalıdır. Tarafların tercih ettiği kelimelerden ziyade, iradelerinin devir yönünde olduğunun anlaşılması yeterlidir<sup>36</sup>. Devir, temlik, satış ya da üzerine geçirme gibi birçok ifade; taraf iradelerinin anlaşılması bakımından yeterli olduğu ve şüpheye mahal vermediği sürece kullanılabilir.

---

Nedir?", *BATİDER*, 1975, 8 (2), s. 90. Mesela bir bağışlama yahut mal değişim sözleşmesi de pay devrinin temelini teşkil edebilir.

<sup>33</sup> ÖZ, s. 364.

<sup>34</sup> PULAŞLI, s. 2037.

<sup>35</sup> TEKİNALP, s. 483; ÖZ, s. 368; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 372.

<sup>36</sup> Benzer şekilde bkz. MüKoGmbHG/REICHERT/WELLER, Rn. 16; MHLS/Ebbing, § 15 Rn. 115.

TTK m. 595/1'de yer alan ve emredici mahiyetteki düzenleme uyarınca; ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin şartlar devir sözleşmesinde belirtilir. Bunlardan herhangi biri kısmen veya tamamen yer almamışsa; devir sözleşmesi geçersiz olur<sup>37</sup>.

### b) Ceza Koşulu

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, özellikle ticarî hayatta, tarafların sözleşmeye bir ceza koşulu – sözleşme cezası ya da cezaî şart – koyması pek tabiidir. Devir sözleşmesinin tarafları; borçlarını sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmekle yükümlüdürler; bu yükümlülüğe aykırı davranan taraf için tazminat sorumluluğu gündeme gelir (TBK m. 112). Ticarî hayatta lâzım olan sürat, belirlilik ve öngörülebilirlik ihtiyacı, borcun tam ve gereği gibi ifa edilmesini nispeten daha önemli kılar. Bu sebeple, devir sözleşmelerinde de ceza koşuluna sıkça rastlanılmaktadır.

Devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulu, tarafların devir sözleşmesinden kaynaklanan aslî edim yükümlülüklerini yerine getirmemelelerine bağlanabilir. Mesela devralanın kararlaştırılan satış bedelini zamanında veya hiç ödememesi hâlinde ceza koşulu ödeneceği öngörülebilir. Sıkça öngörülen bir diğer ceza koşulu hükmü ise, ortaklık genel kurulunun pay devrine onay vermemesi halinde devreden ortağın belirli bir miktar para ödeme yükümlülüğü altına girmesidir.

Devir sözleşmelerinde, özellikle ortak sayısının az olduğu şirketlerde ve devreden ortağın şirketten tamamen ayrılarak ortak sıfatını kaybettiği hâllerde; devreden ortak için bir rekabet yasağı öngörülmesi muhtemeldir. Limited şirketlerde kural olarak, sadece müdürler rekabet yasağına tâbidir (TTK m. 626/2). Bir başka ifade ile limited şirket ortakla-

<sup>37</sup> **TEKİNALP**, s. 483; **YILDIZ**, s. 139; **DEMİRKAPI**, s. 218. Bununla birlikte TTK m. 595 gerekçesinde; *“bu kayıtların devir sözleşmesinde bulunmaması, sözleşmeyi geçersiz kılmaz, fakat devreden bazı hallerde sorumluluğuna sebep olur”* ifadesi ile kanunun açık lafzına muhalif bir yaklaşım ortaya konulmuştur. Öğretide bu kayıtların devir sözleşmesinde yer almamasının sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı yönünde bkz. **DOĞRUSÖZ KOŞUT**, s. 373.

rı, müdür sıfatını haiz değiller ise rekabet yasağına tâbi olmayıp; şirketle rekabet oluşturan iktisadî faaliyetlerde bulunabilirler. Bununla birlikte şirket sözleşmesine konulacak bir hükümlerle limited şirket ortaklarına, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınma yükümlülüğü yüklenebilir (TTK m. 613/2). Bu bakımdan, ortak sıfatı ile ortak olduğu şirketle rekabet edebilen bir kimse; payını, rekabet yasağı şartının yer aldığı bir devir sözleşmesi ile devrettiği takdirde ortak olmamasına rağmen rekabet yasağına tâbi olabilecektir. Rekabet yasağı şartı, özellikle devreden ortağın şirket sırlarını, müşteri çevresini, şirkete özgü teknik bilgileri kullanabilecek olmasından kaynaklanan ve şirketin kârlılığını etkileyebilecek olası tehlikeleri önleyebilir<sup>38</sup>. Bu tür bir rekabet yasağı şartının ihlâlî hâlinde, belirli bir miktar paranın ödenmesini öngören ceza koşulunun devir sözleşmelerinde yer aldığı görülmektedir. Özellikle hisse devralmak suretiyle şirketin satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde; rekabet yasağı ceza koşuluna bağlanmaktadır<sup>39</sup>.

Şirketteki hisselerini devreden ortağın, şirket ile alâkalı stratejik bilgilere ve ticarî sırlara sahip olması kuvvetle muhtemeldir<sup>40</sup>. Limited şirketlerin, nispeten az ortaklı olması ve şahıs şirketlerine özgü bazı hususiyetler arz etmesi nedeniyle; devreden bu stratejik bilgilere ve ticarî sırlara vâkıf olması için müdür olması şart değildir. Bu bakımdan, yapılacak devir sözleşmelerinde, ticarî sırların korunması yahut gizlilik ile alâkalı birtakım şartlara yer verilmesi söz konusu olmaktadır. Devreden artık şirket ortağı olmadığı durumlarda, şirket ile alâkalı bilgileri ve ticarî sırları şirketin menfaatlerine aykırı olarak kullanması veya ifşa etmesi hâlinde oluşabilecek zararın tazmini için peşinen belirlenen bir tazminat niteliğinde ceza koşulu öngörülmektedir.

Uygulamada ceza koşulunun, sadece belirli bazı yükümlülükler için değil de; sözleşmede yer alan tüm yükümlülükler bakımından düzenlenmesi söz konusu olmaktadır. Nitekim “sözleşmenin tarafları, yukarı-

<sup>38</sup> PICOT, Gerhard, Münchener Anwalts Handbuch GmbH-Recht (Hrsg. Römermann Volker), 4. Auflage, 2018, § 21 Rn. 210.

<sup>39</sup> SCHENKER, Urs, Unternehmenskauf Rechtliche und steuerliche Aspekte, 2016, s. 373.

<sup>40</sup> SCHENKER, s. 376.

daki hükümlerin herhangi birine uymadıkları takdirde ..... TL cezai şart ödeme-yi peşinen kabul etmiş sayılırlar” şeklinde kayıtların da devir sözleşmelerine konulduğu görülmektedir.

## II. Pay Devir Sözleşmesindeki Ceza Koşulunun Tenkisi

### A. Ceza Koşulu Kavramı

#### 1. Kavrama Dair Genel Esaslar

Ceza koşulu, sözleşmenin ihlaline taraflarca bağlanan bir yaptırımdır. Gerçekten de geçerli bir borcun hiç veya gereği gibi veya zamanında ya da belirlenen yerde ifa edilmemesi durumunda yerine getirileceği öngörülen ekonomik değere sahip edime ceza koşulu adı verilir<sup>41</sup>.

Geçerli ve henüz ifa edilmemiş herhangi bir borç kural olarak ceza koşuluna bağlanabilir<sup>42</sup>. Ancak sözleşmede kararlaştırılmışsa talep edilebilen ceza koşulu fer’i bir borçtur. Bu sebeple; asıl borç geçersizse ceza koşulu da geçersiz olur. Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, ceza koşulu da son bulmuş olur (TBK m. 131/1). Fakat ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılıyorsa, ceza koşulu talep edilebilir (TBK m. 131/2).

Ceza koşulu asıl sözleşmeye bir hüküm olarak konulabileceği gibi ayrı bir anlaşma ile de kararlaştırılabilir. Asıl borç hangi şekle tabi ise ceza koşuluna ilişkin anlaşmanın da o şekle uygun olarak yapılması gerekir<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> EREN, **Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, Nr. 3676, s. 1323; YILDIRIM, **Abdulkerim**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2020, s. 346; EKİNCİ, **Hüseyin**, Özel Hukuku Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s. 28.

<sup>42</sup> OĞUZMAN, **M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 11. Baskı, İstanbul 2014, s. 520. Fakat TBK m. 346 uyarınca, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.

<sup>43</sup> EREN, Nr. 3685, s. 1326; TUNÇOMAÇ, **Kenan**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 61; AKINCI, **Şahin**, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2017, s. 274; YILDIRIM, s. 349; EKİNCİ, s. 61; BERBEROĞLU YENİPİNAR,

Ceza koşulu sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ödenmek üzere kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir (TBK m. 179/1). Ceza koşulunun bu türüne “*ifa yerine (seçimlik) ceza koşulu*” adı verilir. Fakat ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir (TBK m. 179/2). Bu tür ceza koşuluna ise “*ifaya eklenen ceza koşulu*” denir.

Ceza koşulunun talep edilebilmesi için sözleşmenin ihlali yeterlidir. Alacaklının bu ihlal nedeniyle zarar görmüş olması gerekmez (TBK m. 180/1). Diğer bir ifadeyle ceza koşulunun kararlaştırılmış olması, alacaklıyı zararı ispat yükünden kurtarmaktadır. Borçlu sözleşmenin ihlali sebebiyle alacaklının zarar görmediğini veya zararın ceza tutarı kadar olmadığını ispatlayarak sözleşmede kararlaştırılan ceza miktarını ödemekten kurtulamaz<sup>44</sup>. Fakat borçlu sözleşmenin ihlalinde kendisine bir kusur yükletilemeyeceğini ispat ederek ceza koşulunu ifadan kurtulabilir<sup>45</sup>. Ancak bu durumun aksi kararlaştırılabilir. Başka bir anlatımla kursosuz da olsa borçlunun ceza koşulunu ödeyeceği kararlaştırılabilir. Yine TBK m. 182/2 uyarınca; asıl borç sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, aksi kararlaştırılmadıkça cezanın ifası istenemez.

Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşyorsa alacaklı, borçlunun kusurunu ispatlayarak aşan miktarı isteyebilir (TBK m. 180/2). Görüldüğü gibi ceza miktarını aşan zararın tazmini için borçlunun kusurunu ispat yükü alacaklıya yükletilmiştir.

Sözleşme ile borçluya, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirme yetkisi verilmiş olabilir. Ceza

---

**Filiz**, Ticari Davalar ve Cezai Şart, Ankara 2017, s. 11; **KOCAAĞA, Köksal**, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2003, s. 125.

<sup>44</sup> **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 534; **YILDIRIM**, s. 349.

<sup>45</sup> **TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 360; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 532-533. Aksi görüşte bkz. **EREN**, Nr. 3700, s. 1329.

koşulunun bu türü ise “*dönme cezası/ıfayı engelleyen ceza koşulu*” olarak isimlendirilir. Ceza koşulunun dönme yetkisi tanımak amacıyla kararlaştırıldığını ispat yükü borçluya aittir (TBK m. 179/3).

## 2. Ceza Koşulunun Tenkisi

### a) Genel Kural

Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler (TBK m. 182/1). Fakat hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir (TBK m. 182/3). Borçlunun talepte bulunmasına gerek yoktur. Hatta Yüksek Mahkeme kararlarında ifade edildiği üzere TBK m. 182/son hükmü ile hâkime, fahiş gördüğü cezai şartı indirme yükümlülüğü verilmiştir<sup>46</sup>.

Yargıtay’a göre; ceza koşulu miktarının aşırı olup olmadığının tespitinde, tarafların ekonomik durumları, özellikle borçlunun ödeme gücü, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile ceza koşulunun ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun kusur derecesi gibi durumlar dikkate alınmalı ve hakkaniyete uygun bir miktara hükmedilmelidir<sup>47</sup>. Yüksek Mahkeme bir kararında ölçülülük ve hakkaniyet kıstaslarına şu şekilde işaret etmiştir; “*Sözleşmenin tarafları ceza miktarını tayinde serbest olmakla birlikte hükmedilecek ceza tutarının hak, adalet ve nasafet kurallarına da uygun olması gerekir. TBK’nın 182/son maddesi gereğince, hâkim borçluyu iktisaden sarsan ceza miktarını tenkisle mükellef olup, hâkim tarafından resen nazara alınması gereken bu hükmün açısından; borca aykırı davranılması yüzünden uğranılan zarar ile tayin edilen ceza tutarı arasında adalet ve hakkaniyet ölçüsünü zedeleyen bir fark bulunmamalıdır. Kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise indirim isteyebileceği kabul edilmektedir*”<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Y. 3. HD, E. 2019/5271, K. 2020/530, T. 22.1.2020; Y. 3. HD, E. 2012/18720, K. 2013/1653, T. 5.2.2013 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12/06/2020).

<sup>47</sup> Y. 6. HD, E. 2013/679, K. 2013/12298, T. 12.9.2013; Y. 13. HD, E. 2015/5136, K. 2016/11698, T. 27.4.2016 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12/06/2020).

<sup>48</sup> Y. 3. HD, E. 2018/4231, K. 2019/7407, T. 2.10.2019 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12/06/2020).

## b) TTK m. 22 Bağlamında Ceza Koşulunun Tenkisi

Tacir olmanın hüküm ve sonuçları, TTK m. 18 ilâ 23'de düzenlenmiş; "ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi" kenar başlığı altındaki TTK m. 22'de ise, tacir sıfatını haiz borçlunun, Türk Borçlar Kanunu'nun 121'inci maddesinin 2'nci fıkrasıyla 182'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında ve 525'inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemen istemeyeceği hükmü yer almıştır. Düzenleme, hâkime ceza koşulunu doğrudan indirme yetkisi veren TBK m. 182/3'ün bir istisnası mahiyetindedir.

TTK m. 22'nin gerekçesinde, düzenlemenin 6762 sayılı TTK m. 24'ün bir tekrarı olduğu ifade edilmiştir. 6762 sayılı mülga TTK m. 24 ile alâkalı olarak ise şu ifadeler yer almıştır: "Ticaret hukuku ile âdi hukuk arasındaki bu farkı olduğu gibi bırakmak doğru addedilmiştir. Çünkü ticaret sahasında merhamet ve insaf ne gösterilir, ne beklenilir. Küçük tacir mefhumu kaldırıldıktan sonra; tacir sıfatını hak olan bir borçluyu, olağan hallerde fahiş addedilebilen bir tellallık ücretinin veya cezai şartın indirilmesini talep etmek hakkından şimdiye kadar olduğu gibi ilerde de mahrum bırakmak ticaretin icabındandır"<sup>49</sup>. Bu noktada ifade edilebilir ki, kanun koyucu, ticaret hukuku ile adi hukuku birbirinden ayırmıştır. Bunun tabii bir neticesi olarak ise, TBK m. 182/3 ve TTK m. 22 düzenlemeleri ile sözleşmede yer alan ceza koşulunun indirilmesi bakımından tacirler ile tacir olmayanlar arasında bir ayırım yapılmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 22'nci maddesinde ifadesini bulan istisnanın uygulama alanı bulabilmesi için, borçlu sıfatını haiz olan kimsenin tacir olması gerekir. Hâkezâ tacir sayılanlar ve tacir gibi sorumlu olanlar bakımından da hüküm uygulanabilecektir. Borçlu, ceza koşulunu taahhüt ettiği anda tacir sıfatını haiz olmalıdır<sup>50</sup>. Bu bağlamda ceza koşulunun yer aldığı sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun tacir sıfatını

<sup>49</sup> TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: X, Cilt: 12, İçtima: 2, s. 17. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf> (Erişim Tarihi: 25/06/2020).

<sup>50</sup> **ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Baskı, Ankara 2013, s. 144.



kaybetmesi hâlinde; ceza koşulunun tenkisinin talep edilemeyeceği kuralının geçerli olacağını ifade etmek gerekir<sup>51</sup>.

Tacir olmanın hüküm ve sonuçları, TTK m. 18 ilâ 23’de düzenlenmiştir. Tacirlerin iflasa tâbi olması (TTK m. 18/1) dışındaki diğer hüküm ve sonuçlar, tacirin ticarî işletmesi ile ilgili yaptığı veya yapmak zorunda olduğu işler bakımından geçerli olacaktır<sup>52</sup>. Ücret ve ceza koşulunun (sözleşme cezasının) tenkisini talep edememek, TTK m. 18/2’de ifadesini bulan basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün bir uzantısı olarak telakki edilebilir. Bu yükümlülük, yine TTK m. 18/2’ye göre; tacirin ticaretine ait faaliyetleri hakkında geçerlidir. Bu esastan olmak üzere TTK m. 22’nin uygulanabilmesi için; ceza koşulunu taahhüt eden borçlunun tacir sıfatını haiz olmasının yanı sıra; sözleşme cezasının da borçlunun ticarî işletmesiyle alâkası olması gerekir<sup>53</sup>. Sözleşme cezasının tenkis edilemeyeceği kuralının, borçlunun tacir olması dışındaki diğer şartı olan sözleşme cezasının borçlunun ticarî faaliyetleri ile ilgili olması, TTK m. 22’de açıkça zikredilmemiştir. Alman Ticaret Kanunu’nda, sözleşme cezasının tenkisine dair istisna hükmünde, tacir sıfatının yanı sıra sözleşme cezasının tacirin ticareti ile alâkalı olması şartı da açıkça yer almıştır (HGB 348). Yargıtay, tüzel kişi tacir konumundaki işveren ile işçi arasındaki uyuşmazlıklarda; işveren ile işçi arasındaki hukukî münasebetin iş akdine istinat etmesi nedeniyle ticarî işe vücut vermeyeceği ve buna bağlı olarak da tacir konumundaki işverenin ceza koşulunun indirilmesini talep edebileceği yönünde kararlar vermiştir<sup>54</sup>. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları, TTK m. 22’ye aykırı olduğundan bahisle eleştirilmişse de<sup>55</sup>; bu kararlar, TTK m. 22’nin, ancak tacirin ticaretine ait faali-

<sup>51</sup> ARKAN, s. 144-145; KOCAAĞA, s. 258.

<sup>52</sup> AYHAN, Rıza, “Ticarî İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret Ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, 17 (1-2), s. 305.

<sup>53</sup> AYHAN, s. 310; YAĞCIOĞLU, Burcu, *Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, Ankara 2019, s. 265; ARKAN, s. 145; OĞUZMAN/ÖZ, s. 537-538.

<sup>54</sup> YHGK, E. 1997/9-486 K.1997/822, T. 15.10.1997 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14/06/2020); YHGK, E. 2002/9-596,K. 2002/662, T. 02.10.2002 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14/06/2020); YHGK, E. 2004/9-759 K. 2005/9, T. 02.02.2005 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14/06/2020).

<sup>55</sup> Bkz. AYHAN, s. 310-311; YAĞCIOĞLU, s. 267.

yetlerine uygulanabileceği yönündeki kazaî (yargısal) yaklaşımı ortaya koymaktadır.

Ceza koşulunun tenkisinin talep edilip edilemeyeceği noktasında Yüksek Mahkeme; ceza koşuluna muhatap tarafın tacir olup olmadığı ve ceza koşulunun fahiş olarak kabul edilip edilemeyeceği ve buna bağlı olarak indirilmesi gerekip gerekmediği hususlarının tartışılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir<sup>56</sup>.

Tacirin ticaretine ait faaliyetlerinden kaynaklanan ceza koşulunun tenkisini talep etme yasağı, her halükarda uygulanabilecek mutlak bir kural değildir. Ahlâka aykırılık ve kişilik hakkı ile ilgili genel hükümlerin (TBK m. 27; TMK m. 23) uygulanması ile sözleşme cezası kısmen yahut tamamen geçersiz sayılabilmektedir<sup>57</sup>. Yargıtay kararlarında ceza koşulunun, *borçlunun ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokması* ve *ekonomik anlamda mahvına sebep olması* gibi sonuçlara sebebiyet vermesi hâlinde; ceza koşulu, ahlâka ve kişilik hakkına aykırı olarak değerlendirilmiş ve borçlunun tacir sıfatını haiz olmasına rağmen ceza koşulunun tenkisinin talep edilebileceği ifade edilmiştir<sup>58</sup>. Bununla birlikte, bu şekilde bir tenkisin söz konusu olabilmesi için borçlunun iktisadî durumu hakkında ayrıntılı bir inceleme yapılmalı ve ceza koşulu ödemesinin iktisadî bakımdan mahvına neden olup olmayacağı hususunun ayrıca belirlenmesi

<sup>56</sup> Y. 3 HD, E. 2019/5271, K. 2020/530, T. 22.1.2020; Y. 19. HD, E. 2018/2661, K. 2019/2508, T. 11.4.2019 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14/06/2020).

<sup>57</sup> **USLU, Ebubekir**, Uygulama Örnekler ve Yargıtay Kararları ile Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara 2019, s. 230; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 537; **AKINCI**, s. 274.

<sup>58</sup> "TTK'nun 22. maddesi gereğince tacir sıfatını haiz borçlu cezai şartın indirilmesini isteyemez ise de, kararlaştırılan ceza tutarı borçlunun iktisaden sarsılmasını, çöküntüye uğramasını mucip olacak ise indirim isteyebileceği uygulamada kabul edilmektedir" (Bkz. Y. 3 HD, E. 2019/4856, K. 2020/431, T. 21.01.2020) (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 17/06/2020). Bazı kararlar: YHGK, E. 1970/1053, K. 1974/252, T.20.03.1974 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18/06/2020); Y. 15 HD, E. 2001/2880, K. 2001/3661, T. 03.07.2001 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18/06/2020); Y. 19 HD, E. 2006/11401, K.2007/3998, T.19.04.2007 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18/06/2020); Y. 15 HD, E. 2009/1814, K. 2010/1643, T. 23.03.2010 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18/06/2020); YHGK, E. 2012/111601, K. 2013/752, T. 22.05.2013 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18/06/2020).

gerekir<sup>59</sup>. Bu noktada şu husus ifade edilmelidir ki, tacir sıfatını haiz borçlunun ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokması ve ekonomik anlamda mahvına sebep olabileceği belirlenen ceza koşulunun tamamen ortadan kaldırılması da caiz değildir<sup>60</sup>. Borçlunun durumu hakkında yapılacak ayrıntılı inceleme ve değerlendirme neticesinde ceza koşulu, tacirin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokmayacak ve ekonomik anlamda mahvına sebep olmayacak bir miktara çekilmelidir<sup>61</sup>.

## B. Tarafların Sıfatı ve İşin Niteliği Bakımından Ceza Koşulunun Tenkisinin Şartları

Devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun indirilmesinin talep edilip edilemeyeceği hususu, TTK m. 22’de yer alan esaslar dairesinde çözüme kavuşturulacaktır. Bu bakımdan evvela, devir sözleşmesindeki tarafların tacir sıfatı; akabinde ise devrin tacirin ticaretine ait bir faaliyet olup olmadığı değerlendirilmelidir. Devir sözleşmelerinde yer alan sözleşme cezasının tenkisi bakımından, TTK m. 22’nin uygulama alanı olup olmadığı; devir sözleşmesinin tarafı olanların tacir sıfatını haiz olup olmamaları ve sözleşme cezasının bunların ticareti ile ilgili olup olmadığı birlikte ele alınacaktır.

<sup>59</sup> “... TBK’nın 182/ son maddesi gereğince davacıya ait tüm ticari defter ve kayıtlar ile belgeler getirtilip, ticari defter ve kayıtları, bilançosu ve ekonomik durumunu etkileyen diğer unsurlar üzerinde birlikişi incelemesi yapılması, yapılacak inceleme sonucunda talep edilen cezai şart bedelinin, davacının ekonomik açıdan mahvına sebebiyet vereceğinin anlaşılması halinde, cezai şarttan makul bir oranda indirim yapılarak, hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” (Bkz. Y. 3. HD, E. 2019/2319, K. 2019/7498, T. 7.10.2019) (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18/06/2020); “O halde mahkemece, bankalara yazı yazılarak davalının meduat bilgisinin araştırılması, yine davalıya ait olduğu belirlenen taşınmaz ve taşınır mallar dikkate alınarak davalının ekonomik durumu yönünden ayrıntılı bir inceleme yapılması ve kararlaştırılan cezai şartın makul bir miktarda indirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile itiraza uğrayan rapora dayanılarak karar verilmesi doğru görülmemiştir” (Bkz. Y. 3. HD, E. 2018/4231, K. 2019/7407, T. 2.10.2019). Aynı yönde bkz. Y. 19. HD, E. 2016/6702, K. 2016/16086, T. 21.12.2016; Y. HGK, E. 2014/19-743, K. 2016/437, T. 30.3.2016 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18/06/2020).

<sup>60</sup> Benzer şekilde bkz. TUNÇOMAĞ, s. 157.

<sup>61</sup> Y. 19. HD, E. 2016/12322, K. 2017/8065, T. 19.12.2017 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19/06/2020).

Kural olarak, limited şirket ortağı tacir sayılmaz<sup>62</sup>. Bunun gibi, limited şirket müdürleri de tacir sayılmazlar; nitekim işletme, limited şirket adında işletilir<sup>63</sup>.

### 1. Gerçek Kişi Tacir

Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 1'nci fıkrasına göre gerçek kişi tacir; bir ticarî işletmeyi, kısmen de olsa kendi adına işleten kişi olarak tanımlanmıştır. Tanımdan yola çıkılacak olursa, gerçek kişi tacir sıfatının iki unsuru vardır<sup>64</sup>: i) Bir ticarî işletmenin varlığı, ii) Var olan bu ticarî işletmenin kısmen dahi olsa kendi adına işletilmesi.

Ticarî işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir (TTK m. 11/1). Limited şirketler, ekseriyetle bir ticarî işletme işletmek üzere kurulabilecekleri gibi; başka bir ekonomik amaç için de kurulabilir. Ticarî işletme işletmek dışında bir amacın varlığı hâlinde, ortada bir ticarî işletme olmadığından; ortağın tacir sıfatını haiz olmadığı açıktır. Hâkezâ ticarî işletme işleten bir limited şirkete ortak olmak da; ortağın şirketi kısmen dahi olsa kendi adına işletmesi mümkün olmadığından, ortağa tacir sıfatını kazandırmayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 14'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre, kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır. Mesela 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28'inci maddesine göre; Memurlar Türk Ticaret Kanunu'na göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. Ancak bu yasağa aykırı davranmak suretiyle bir ticarî işletmeyi kısmen yahut tamamen kendi adına işleten memur,

<sup>62</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 210; ARKAN, s. 115.

<sup>63</sup> ARKAN, s. 115.

<sup>64</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 204.

İlgili özel kanunlardaki disiplin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, TTK bağlamında tacir sayılacak ve tabiatıyla tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına tâbi olacaktır.

Bununla birlikte limited şirket ortağının, bir başka ticarî işletmeyi kısmen yahut tamamen kendi adına işletmesi ve buna bağlı olarak tacir sıfatını haiz olması mümkündür. Bu noktada, limited şirket ortaklığından başka faaliyetlerinden ötürü tacir sıfatını haiz olan kimsenin, pay devir sözleşmelerinde yer alan ceza koşulunun tenkisini talep edememesi bakımından TTK m. 22 uygulama alanı bulacak mıdır? Bir başka ifade ile limited şirket ortaklığı, gerçek kişi tacirin ticareti ile alâkalı bir faaliyet olarak nitelendirilebilecek midir?

Kanaatimizce, limited şirket ortağının, bu ortaklık sıfatından kaynaklanan statüsü ve elde ettiği kâr payı kazancı ile bu ortaklık statüsü ile alâkası olmayan bir başka ticarî işletmeyi kendi adına kısmen veya tamamen işletmesini, birbirinden ayrı iki farklı statü olarak değerlendirmek gerekir. Limited şirkette ortak sıfatı, ortağın ticarî hayatından tamamen bağımsız bir hak ve yükümlülükler bütünü oluşturur. Bu hakların kullanılmasında veya yükümlülüklerin yerine getirilmesinde; ortağın tacir olup olmamasının bir önemi yoktur. Kaldı ki, muhasebe ve vergi esasları bakımından da; gerçek kişi tacirin ticarî işletmesiyle, ortağı olduğu limited şirketin ya da bu şirketten elde ettiği kâr payının herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, harcı bir başka ticarî işletmeyi kısmen veya tamamen kendi adına işlettiği için gerçek kişi tacir sıfatını kazanan limited şirket ortağı; pay devir sözleşmesinde yer alan sözleşme cezasının tenkisini, diğer şartlar da olduğu takdirde talep edebilecektir.

Yukarıdaki izahattan başka, TTK m. 19/1'de ifadesini bulan ticarî iş karinesine de değinmek gerekir. Söz konusu düzenlemeye göre, gerçek kişi tacirin borçlarının ticarî olması asıldır. Bunun istisnası, tacirin işlemi yaptığı sırada bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını bildirmesi veya işin ticarî sayılmasına durumun elverişli olmaması hâlinde bir adi işin söz konusu olacağıdır (TTK m. 19/1). Ticarî iş karinesi kural olarak, ücret ve sözleşme cezasının tenkisi bakımından uygulama alanı

bulacaktır<sup>65</sup>. Bu hâlde, pay devir sözleşmesi esnasında, devrin ticarî işletmesi ile ilgisinin olmadığını bildiren tacir için durum açıktır. Ancak, böyle bir bildirim söz konusu değilse; pay devrinin, sözleşmenin tarafı olan gerçek kişi tacirin ticarî işletmesiyle ilgili sayılmasına durum elverişli midir? Bu noktada, TTK m. 22'deki tenkis yasağının uygulanma şartlarından ikincisi olarak ifade ettiğimiz, *tacirin ticarî işletmesi ile ilgili yaptığı veya yapmak zorunda olduğu iş ve işlemler kistası*<sup>66</sup> ile *işin ticarî sayılmasına durumun elverişli olmaması* hâli büyük ölçüde örtüşmektedir. Bu nedenle, limited şirket pay devir sözleşmesinin, gerçek kişi tacir tarafından bildirilmese dahi hâlin icabı, devrin ticarî işletmesiyle ilgili olmadığı neticesine varmak mümkün olmalıdır.

## 2. Tacir Sayılanlar ve Tacir Gibi Sorumlu Olanlar

Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre; *"bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır"*. Bu hüküm, bir ticarî işletmenin kurup açıldığı ve bunun halka duyurulduğu, fakat henüz işletilmeye başlanmadığı hâlleri kapsamaktadır. Bir başka ifade ile burada bir ticarî işletme mevcut olmakla birlikte; henüz işletilmeye başlanmamıştır<sup>67</sup>.

Tacir olmanın hüküm ve sonuçları, tacir sayılanlar bakımından da geçerlidir. Bunlar, tacir olmanın sağladığı haklardan yaralanabilirler ve tacir olmanın yükümlülüklerine de tâbidirler<sup>68</sup>. Bu bakımdan tacir sayılanlar, TTK m. 22'ye göre ücret ve sözleşme cezasının tenkisini talep edemezler. Pay devir sözleşmesinin taraflarından biri konumundaki limited şirket ortağı da, bir ticarî işletmeyi kurup açtığını halka bildirdiği ya da ticaret siciline tescil ettiği takdirde; TTK m. 12/2 uyarınca tacir sayılır. Bununla birlikte tacir sayılanlar, tacir olmanın müspet ve menfi tüm sonuçlarına tâbi olacaklarından; bunların pay devir sözleşmelerinde

<sup>65</sup> ARKAN, s. 145.

<sup>66</sup> Bkz. II-A-2-b.

<sup>67</sup> DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007, s. 194.

<sup>68</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 205; ARKAN, s. 117.

yer alan sözleşme cezasının tenkisini talep edebilmeleri bakımından; tacirler hakkındaki yukarıdaki izahata atıfta bulunmak yeterli olacaktır<sup>69</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre; *"bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur"*. Bu kimseler, tacir olmadıkları gibi; tacir de sayılmazlar. Tacir gibi sorumlu olanlar, tacir olmaktan kaynaklanan yükümlülüklerle tâbidir; bununla birlikte tacir sıfatına bağlı hak ve avantajlardan yararlanamazlar<sup>70</sup>. Bu bakımdan kural olarak, tacir gibi sorumlu olanlar, TTK m. 22 bağlamında ücret ve sözleşme cezasının tenkisini talep edemezler<sup>71</sup>. Nitekim bu hükümde, kanun koyucu tarafından, tacirler için öngörölmüş "menfi" mahiyette ayrıksı bir kural ihdas edilmiştir.

Tacir gibi sorumlu olan limited şirket ortağının, pay devir sözleşmesinin taraflarından biri olarak; sözleşmede yer alan sözleşme cezasının tenkisini talep edebilmesi TTK m. 22'ye göre kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte TTK m. 22'nin uygulama alanı bulabilmesi ve tenkis talebi yasağının geçerli olabilmesi için; tacirin ticareti (ticarî işletmesiyle) alâkalı bir faaliyetinin söz konusu olması gerekir. Bu noktada, tacir gibi sorumlu olanların düzenlendiği TTK m. 12/3'ün tatbik sahası bulacağı durumlarda; ortada bir ticarî işletme mevcut olmadığı için, sözleşme cezasının yer aldığı pay devir sözleşmesi ile sözleşme cezası borçlusunun ticarî işletmesi arasındaki münasebet nasıl tespit edilecektir?

Kanaatimizce bu hâlde, tacir gibi sorumlu olan kişinin TTK m. 12/3 bağlamında *"bir ticarî işletme açmış gibi"* kendi adına ya da bir adi şirket veya var olmayan bir şirket adına yaptığı işlemlerin mahiyetini değerlendirmek gerekir. Tacir gibi sorumlu olan kimsenin, payı devir konusu olan şirket ile alâkalı olmayan işlem ve beyanları bakımından; tacir ve

<sup>69</sup> Bkz. II-B-2.

<sup>70</sup> AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 206; ARKAN, s. 114.

<sup>71</sup> YAĞCIOĞLU, 265.

tacir sayılanlar ile ilgili izahat burada da geçerlidir. Tacir gibi sorumlu olan kişinin, limited şirket veya pay devir sözleşmesi ile ilgisi olmayan işlemlerinin varlığı hâlinde; pay devri sözleşmesindeki sözleşme cezasının tenkisi bakımından TTK m. 22 uygulanmayacak ve bu kişi sözleşme cezasının tenkisini mahkemeden talep edebilecektir.

Bununla birlikte tacir gibi sorumlu olanların, bir ticarî işletme açmış gibi adına işlem yaptıkları işletme veya şirketler bakımından ise; “işlem” kavramını geniş yorumlamak gerekir. Pay devir sözleşmesi ile tacir gibi sorumlu olan kişinin TTK m. 12/3 bağlamındaki işlemleri arasında doğrudan bir ilişki bulunması çoğu zaman söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan, tacir gibi sorumlu olan kişinin pay devir sözleşmesinde yer alan sözleşme cezasının tenkisini talep edip edemeyeceği değerlendirilirken; tacirlerden ve tacir sayılanlardan farklı olarak, tacir gibi sorumlu olan kişinin, pay devir sözleşmesinin diğer tarafının iradesini etkilemeye yönelik beyan ve davranışları da ele alınmalıdır. Tacir gibi sorumlu olan kişinin tarafı olduğu pay devir sözleşmelerindeki sözleşme cezasının ticarî işletmesiyle ilgili kabul edilmesi bakımından, örnek kabilinden aşağıdaki hâlleri zikretmek mümkündür: i) Payı devir konusu olan limited şirketin yöneticisi, hâkim ortağı ya da bir başka yolla şirketin ticarî ve idarî faaliyetleri üzerinde etkinliği olduğu izlenimi vermek, ii) Limited şirket haricinde bir başka ticarî işletmeyi işlettiğinden bahisle yüksek bir ticarî itibarı olduğu izlenimini vermek ve iii) Sözleşme cezasının muacceliyet kesbetmesi hâlinde ticarî işletmesinin bir tür teminat mahiyetinde olacağından bahisle güven telkin etmek.

### 3. Tüzel Kişi Tacir

Türk Ticaret Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında; “ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar” denilerek tüzel kişi tacirlerin kimler olduğu belirlenmiştir. Bunun yanı sıra, aynı maddenin 2'nci fıkrasında, bir ticarî işletme işletmesine rağmen tacir sayılmayan tüzel kişilere de yer verilmiştir. TTK m. 16/1'e göre tüzel kişi tacirleri şu üç başlıkta ele almak mümkündür:



### a) Ticaret Şirketleri

Türk Ticaret Kanunu'nun 124'üncü maddesine göre ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir. Ticaret şirketlerinden bazıları (kollektif ve adi komandit şirketler), sadece bir ticarî işletme işletmek amacıyla kurulabilirken; anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve kooperatif şirketler bakımından böyle bir şart yoktur<sup>72</sup>. Bununla birlikte, ticarî işletme işletmeyen anonim, limited, sermaye paylara bölünmüş komandit ve kooperatif şirketler de TTK m. 16/1'e göre tacir sıfatını haizdirler.

Türk Ticaret Kanunu'nun 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre gerçek kişi tacirlerin için iki istisna ile birlikte kabul edilen ticarî iş kariyesi; ticaret şirketleri bakımından mutlak<sup>73</sup>. Bir başka ifade ile ticaret şirketlerinin, ticarî işletmeleriyle ilgili olmayan hiçbir faaliyetleri söz konusu değildir<sup>74</sup>. Bu bakımdan, pay devir sözleşmesinin taraflardan biri olan ticaret şirketi, devir sözleşmesinde yer alan sözleşme cezasının tenkisini talep edemeyecektir (TTK m. 22).

### b) Amacına Varmak İçin Bir Ticarî İşletme İşleten Vakıflar ve Dernekler

*Vakıf*, TMK m. 101'de; gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğu olarak tanımlanmıştır. Vakıflar, kazanç paylaşmak amacıyla kurulamaz; bununla birlikte, amaçlarına ulaşmak için ticarî işletme işletebilirler (TTK m. 16/1). Vakıfların tacir sıfatı, ticarî işletme işletmelerinden doğar; ticarî işletme işleten vakıflar, ancak ticarî işletme

<sup>72</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 210.

<sup>73</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 21.

<sup>74</sup> Bu kaidenin istisnası, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tüketici ve tüketici işlemi kavramlarının tanımları neticesinde ortaya çıkar. TKHK m. 3/1-k'ya göre tüketici, *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*; TKHK m. 3/1-l'ye göre tüketici işlemi ise, *mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanmıştır*. Bu hükümlere göre, bir ticaret şirketinin ticarî olmayan bir işlem sahası söz konusu olabilmektedir.

ile alâkalı faaliyetlerinden dolayı tüzel kişi tacir sayılırlar<sup>75</sup>. Bu bakımdan ticaret şirketlerinden farklı olarak; ticarî işletme işleten vakıfların ticarî mahiyette olmayan faaliyetlerine bağlı olarak bir *adi iş* sahası bulunabilir.

*Dernek*, TMK m. 56/1'de; gerçek veya tüzel en az yedi kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğu olarak tanımlanmıştır. Kanun'a göre dernekler, kazanç paylaşmak için kurulamazlar; ancak, amacına ulaşmak için bir ticarî işletme işletmesi mümkündür (TTK m. 16/1). Dernekler de aynı vakıflarda olduğu gibi; sadece ticarî işletmeleri ile alâkalı faaliyetlerinden dolayı tüzel kişi tacir sayılırlar<sup>76</sup>. Buna göre derneklerin de, ticarî işletmeleri ile alâkalı olmayan faaliyetleri *adi iş* sahası kapsamındadır.

Amaçlarına varmak için bir ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar, tacir sıfatını haizdir. Bununla birlikte, bu tüzel kişilerin yukarıda açıklandığı gibi *adi iş* sahaları da mevcuttur. Bu dernek ve vakıfların, ceza koşulu içeren pay devir sözleşmesinin tarafı olmaları hâlinde; tacir sıfatlarının yanı sıra, pay devir sözleşmesinin bunların ticarî işletmesiyle ilgili olup olmadığı da ele alınmalıdır. Bu bağlamda yapılacak değerlendirmede, hüküm geniş yorumlanmalı; her ne kadar payı devir konusu olan limited şirketten başka bir ticarî işletme işletmesi hasebiyle tacir sıfatını kazanan bir dernek veya vakıf söz konusu olsa da, limited şirket ortağı olmanın kazanç elde etme amacına matuf olduğu kabul edilmelidir. Bir başka ifade ile limited şirket ortaklığı statüsünü, dernek veya vakıflar için *adi iş* sahası olarak telakki etmek kanaatimizce mümkün değildir.

<sup>75</sup> **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 211. Bununla birlikte TTK m. 16/2'ye göre; *gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar*, bir ticarî işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, tacir sayılmazlar.

<sup>76</sup> **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 212. Bununla birlikte TTK m. 16/2'ye göre; *kamu yararına çalışan dernekler*, bir ticarî işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, tacir sayılmazlar.

Sonuç olarak, amacına varmak için bir ticarî işletme işleten vakıflar ve dernekler, kural olarak pay devir sözleşmesindeki ceza koşulunun tenkisini talep edemezler.

### c) Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Kurulan Kurum ve Kuruluşlar

Türk Ticaret Kanunu'nun 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre; kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar. Düzenleme uyarınca, bir kamu iktisadî teşebbüsünün tacir sayılması iki şekilde mümkün olabilir: Birincisi, bu kurum veya kuruluşun kendi kuruluş kanunu (ana statüsü) uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yönetilmelidir *veya* ticarî şekilde işletilmek üzere kurulmuş olmalıdır. Bununla birlikte Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar (TTK m. 16/2).

TTK m. 16/1 uyarınca, kendi statüleri uyarınca özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar, tüzel kişiliği haiz olup olmadıklarına bakılmaksızın tacir sayılmışlardır. Tüzel kişiliği haiz olan İSKİ<sup>77</sup>, ASKİ, MKE<sup>78</sup> gibi tüzel kişiliği haiz, ticarî olarak ve kendi statüleri gereğince özel hukuk hükümlerine göre işletilen kurum veya kuruluşlarının tacir sıfatları bulunmaktadır. Bununla birlikte bu şekilde kurulmuş ve faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların tüzel kişiliği bulunmuyorsa; tacir sıfatının, ticarî işletmeyi işleten kamu tüzel kişisinde olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>79</sup>. Bununla birlikte TTK m. 16/2'de kamu tüzel kişilerin, "*bir ticari işletmeyi,*

<sup>77</sup> İSKİ'nin tacir sıfatı hakkında bkz. Y. 11. HD. 20.12.2004 tarih ve 2004/3420 E. 2004/12593 sayılı kararı; Y. 11. HD 25.06.2007 tarih ve 2006/7390 E. 2007/9712 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15/06/2020).

<sup>78</sup> Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Ana Statüsü m. 3/2'ye göre teşekkül (MKE), KHK, Ana Statüde yer alan hükümler saklı kalmak üzere özel hukuk hükümlerine tabidir.

<sup>79</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 214.

*ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar”* şeklindeki açık düzenleme karşısında, kamu tüzel kişilerinin tacir sıfatını haiz olmayacaklarını ifade etmek gerekir. Ayrıca, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen veya ticarî şekilde işletilen kurum ve kuruluşların, tüzel kişiliği bulunmamasına karşın tacir sayılacakları yönündeki TTK m. 16/1 hükmünün ne şekilde uygulanacağı ve tacir olmanın hüküm ve sonuçlarının kimin nezdinde doğacağı yönünde de bir duraksama söz konusu olabilecektir<sup>80</sup>.

Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşların veya bizzat bu kamu tüzel kişilerinin tacir sıfatı; TTK m. 22'nin uygulama alanı bulabilmesi bakımından, pay devrinin bu kurum veya kuruluşların ticarî işletmeleri ve faaliyetleri ile alâkalı olarak ele alınmalıdır. Bu noktada kanaatimizce, limited şirket ortaklığı statüsü, kazanç elde etmeye yönelik bir faaliyettir ve ortak konumundaki kurum veya kuruluşun ticaretiyle ilgilidir. Kamu kurum veya kuruluşları tarafından kurulan, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen veya ticarî şekilde işletilen kurum ve kuruluşların tarafı oldukları pay devir sözleşmelerinin, bunların ticarî işletmeleriyle alâkalı olduğunu kabul etmek gerekir. Sonuç olarak bu kurum veya kuruluşların, pay devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun tenkisini talep edebilmeleri, TTK m. 22'ye göre mümkün değildir.

### 3. Hâkim Teşebbüs

Türk Ticaret Kanunu'nun 195'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre; hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Şirketler topluluğunda, hâkim şirket ana, bağlı şirket ise yavru şirket konumundadır. Hâkim ve bağlı şirketler ise yine TTK m. 195/1'de tanımlanmıştır: i) *Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya*

<sup>80</sup> Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 215.

*diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, ii) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa; birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.*

Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de TTK'da yer alan şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir (TTK m. 195/5). Bu hükme göre hâkim teşebbüs, bir ticarî işletmeyi kısmen yahut tamamen kendi adına işletmesi şart olmaksızın tacir sayılacaktır<sup>81</sup>. Hâkim teşebbüs addedilmek noktasında başka bir özel şart söz konusu değildir; bu bakımdan devlet, il özel idaresi, belediye, her türlü vakıf ve derneğin de hâkim teşebbüs sıfatı ile tacir sayılması söz konusu olabilecektir<sup>82</sup>. Tabîi olarak, gerçek kişiler de TTK m. 195/1'deki şartları sağladığı vakit bir ticarî işletmese de hâkim teşebbüs sıfatı ile tacir sayılacaktır.

Hâkim teşebbüsün tacir sıfatını haiz olduğunu ifade ettikten sonra; limited şirket pay devri sözleşmesinin, hâkim teşebbüsün ticarî işletmesiyle ilgili olup olmadığını ele almak gerekir. Bu bağlamda, payı devir konusu olan limited şirketin, hâkim teşebbüs bakımından bağlı şirket konumunda olması, bir başka ifade ile şirketler topluluğuna dâhil olması hâlinde bir tereddüde mahal yoktur. Pay devir sözleşmesi, hâkim teşebbüsün ticarî işletmesiyle ilgili kabul edilmelidir. Bununla birlikte hâkim teşebbüs, payı devir konusu olan şirkette hâkim konumunda değil, hatta pek küçük bir paya sahipse; bu durumda pay devrinin hâkim teşebbüsün ticarî işletmesiyle ilgili olduğunu kabul etmek mümkün müdür? Hâkim teşebbüsün tacir sıfatının düzenlendiği TTK m. 195/5 hükmünün gerekçesinde, "tacir" sıfatına dair bir atıfta bulunulmamakla birlikte; kanun koyucunun, şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmasından kaçınmayı azamî surette önlemek istediği anlaşılmaktadır. Kanaatimizce hâkim teşebbüsün tacir sıfatını, şirketler topluluğu hükümlerinin bütünlüğü içinde ele almak ve hâkim teşebbüsün ticarî faaliyetini de şirketler hukuku mülâhazaları ile "şirketlere hâkim olmak"

<sup>81</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 217.

<sup>82</sup> ARKAN, s. 127.

suretiyle kazanç elde etmek olarak anlamak gerekir. Her ne kadar hâkimiyet söz konusu olmasa da, limited şirket ortaklığının da şirketler hukuku mülahazaları ile kazanç elde etmek olduğu göz önünde bulundurulacak olursa; limited şirket ortaklığının da, hâkim teşebbüsün ticarî faaliyeti kapsamında olduğunu kabul etmek gerekecektir. Buna bağlı olarak pay devir sözleşmesi de bu kapsamda telakki edilmeli ve hâkim teşebbüsün pay devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulunu tenkisini talep edemeyeceği ifade edilmelidir.

## SONUÇ

Limited şirketler memleketimizde, sayıları ve sermaye büyüklüğü bakımından fevkalade bir önemi haizdir. Özellikle küçük ve orta ölçekli ticarî faaliyetlerin ekseriyeti, limited şirket statüsünde icra edilmektedir. Bunun tabîî bir neticesi olarak, limited şirket payları da, sıklıkla devir konusu olmakta ve bu pay devir sözleşmelerine, zaman zaman ceza koşulları konulmak suretiyle sözleşmelerin icrası ve güvenilirliği sağlanmaya çalışılmaktadır. Özellikle önemli ekonomik büyüklükteki pay devirlerinde; uzman yardımlarının da etkisiyle sözleşmelere ceza koşulları eklenmektedir. Pay devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun, TTK m. 22 hükmü de ele alınmak suretiyle tenkisinin talep edilip edilemeyeceği noktasındaki değerlendirmeler neticesinde aşağıdaki tespit ve kanaatlere ulaşılmıştır:

1. Sözleşmenin tarafları, ceza miktarını serbestçe tayin edebilirler fakat TBK m. 182/3'e göre hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir. Bununla birlikte tacir sıfatını haiz borçlu, bu hükme istinaden, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla bunların tenkisini mahkemeden isteyemez (TTK m. 22). Sözleşmede yer alan ceza koşulunun tenkisinin talep edilemeyeceğine dair bu kuralın uygulanabilmesi için; borçlu sıfatını haiz olan kimsenin tacir olması gerekir. TTK m. 18/2'de ifadesini bulan basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile birlikte mütalaa edildiğinde; TTK m. 22'nin uygulanabilmesi için borçlunun tacir olmasının yanı sıra ceza koşulunun da, borçlunun ticarî işletmesiyle alâkalı olması gerekir.

2. Limited şirket ortaklığı ortağa, tacir sıfatını kazandırmaz. Bununla birlikte limited şirket ortağı, bir başka ticarî işletmeyi kısmen veya tamamen kendi adına işletmek suretiyle tacir sıfatını kazanabileceği gibi; TTK m. 12/2 ve 12/3 uyarınca tacir sayılabilir veya tacir gibi sorumlu olabilir. Bunun gibi bir ticaret şirketi, amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek veya vakıf, kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar ile hâkim teşebbüsler de tacir olabilirler. Şayet pay devir sözleşmesi, bu kişilerin ticarî işletmesiyle alâkalı ise TTK m. 22'ye göre sözleşmede yer alan ceza koşulunun tenkisini talep edemeyeceklerdir.

3. Limited şirket ortağı olan gerçek kişi tacirin, payı devir konusu olan limited şirketten başka bir ticarî işletme işletmesi hâlinde; bu ticarî işletme kapsamındaki ticarî faaliyetin pay devir sözleşmesiyle ilgili olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu bakımdan, limited şirket dışında bir ticarî işletme işleten gerçek kişi tacir (ve TTK m. 12/2 bağlamında tacir sayılanlar), pay devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun tenkisini talep edebilecektir. Tacir gibi sorumlu olanlar için de aynı esaslar geçerlidir. Ancak bu noktada, tacir gibi sorumlu olanların, pay devir sözleşmesi ile TTK m. 12/3 kapsamında kendisini tacir gibi sorumlu kılan işlemler arasındaki alâkayı geniş yorumlamak gerekir. Bu esaslan olmak üzere, payı devir konusu olan limited şirketin yöneticisi, hâkim ortağı ya da bir başka yolla şirketin ticarî ve idarî faaliyetleri üzerinde etkinliği olduğu izlenimi vermek, başka bir ticarî işletme işlettiğinden bahisle yüksek bir ticarî itibarı olduğu kanaatini uyandırmak yahut ceza koşulunun muaccel olması hâlinde ticarî işletmesinin teminat olabileceği algısını oluşturmak gibi bazı hâllerde; bu faaliyetlerin pay devir sözleşmesiyle ilgili olduğunu ve ceza koşulunun tenkisinin talep edilmesini engelleyeceğini ifade etmek gerekir.

4. Ticaret şirketleri için ise ticarî iş karinesi mutlak ve bunların kural olarak ticarî işletmeleri dışında bir faaliyetleri söz konusu değildir. Bu bakımdan ticaret şirketleri, pay devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun tenkisini talep edemezler. Amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek ve vakıfların ise, ticaret şirketlerinin aksine adi iş sahaları olabilir. Ancak limited şirket ortaklığının kazanç elde etme amacına matuf bir faaliyet olduğu ve adi iş olarak telakki edilemeyeceği de açıktır.

Bundandır ki kanaatimizce, amacına varmak için ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar, pay devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun tenkisini talep edemezler. Kamu kurum veya kuruluşları tarafından kurulan ve özel hukuk hükümlerine göre idare edilen veya ticarî şekilde işletilen kurum ve kuruluşların tarafı oldukları pay devir sözleşmelerinin, bunların ticarî işletmeleri ve faaliyetleriyle ilgili olduğunu kabul edilmelidir.

5. Hâkim teşebbüs TTK m. 195/5'e göre tacirdir. Hâkim teşebbüsün ticarî faaliyeti ise "şirketlere hâkim olmak" suretiyle kazanç elde etmektir. Her ne kadar hâkim konumda olmasa da, limited şirket ortağı olmak ile şirketlere hâkim olmak suretiyle kazanç elde etmek aynı tür faaliyetin farklı veçheleridir. Bu nedenle limited şirket ortaklığının da, hâkim teşebbüsün ticarî faaliyeti kapsamında olduğunu; hâkim şirketin tarafı olduğu pay devir sözleşmesinde yer alan ceza koşulunun tenkisini talep edemeyeceğini ifade etmek gerekir.



## KAYNAKLAR

- AKINCI, Şahin:** Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2017.
- ARKAN, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 18. Baskı, Ankara 2013.
- ARSLANLI, Halil:** Ticaret Kanunu Şerhi – Limited Şirketler, İstanbul 1963.
- AYHAN, Rıza:** “Ticarî İş Kavramı Ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret Ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, 17 (1-2), s. 291-314.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet:** Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2019.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz:** Ticari Davalar ve Cezai Şart, Ankara 2017.
- ÇAĞA, Barbaros:** “Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri”, *BATİDER*, 1973, 7 (3), s. 581-602.
- DEMİRKAPI, Ertan:** Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Otaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.
- DOĞANAY, İsmail:** “Limited Şirketlerde Ortaklık Payının Bir Başkasına Devredilmesi Koşulları Nedir?”, *BATİDER*, 1975, 8 (2), s. 83-94.
- DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife:** “Limited Şirkette Nama Yazılı Senede Bağlanmış Esas Sermaye Payının Devir Şartları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, 22 (1), s. 365-388.
- DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol:** Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007.
- EKİNCİ, Hüseyin:** Özel Hukuku Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2015.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.

**KOCAAĞA, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2003.

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, 6. Baskı, İstanbul 2014.

Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), (Hrsg. **Michalski / Heidinger / Leible / Schmidt**), 3. neu bearbeitete Auflage, 2017.

**OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 11. Baskı, İstanbul 2014.

**ÖZ, Turgut:**“Limited Ortaklıkta Pay Kavramı ve Payın Devri”, *İÜHF*, 1987, 52 (1-4), s. 345-386.

**PICOT, Gerhard:** Münchener Anwalts Handbuch GmbH-Recht (Hrsg. Römermann Volker), 4. Auflage, 2018.

**PULAŞLI, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerh, Cilt II, Ankara 2011.

**REICHERT, Jochem/WELLER, Marc-Philippe:** Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Band 1: §§ 1-34 (Hrsg. Holger Fleischer /Wulf Goette), 3. Auflage, 2018 (*MüKoGmbHG/Reichert/Weller*).

**SCHENKER, Urs:** Unternehmenskauf Rechtliche und steuerliche Aspekte, 2016.

**TEKİNALP, Ünal:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013.

**TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/Altop, Atila:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

**TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

**USLU, Ebubekir:** Uygulama Örnekler ve Yargıtay Kararları ile Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, Ankara 2019.

**YAĞCIOĞLU, Burcu:** Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2019.

**YILDIRIM, Abdulkerim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2020.

**YILDIZ, Şükrü:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, 2007.





## TÜKETİCİNİN KİŞİSEL VERİSİNİN İŞLENMESİNDE AÇIK RIZA

Dr. Öğr. Üyesi Yıldırım KESER\*

### Öz

Kişisel verilerin korunması birçok hukuk dalının kesişme noktasıdır. Kişisel verilere yönelik her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırılık teşkil eder. Anayasa'mız gereğince, kişisel verilerin işlenebilmesindeki istisnaların başında kişinin açık rızası gerekir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda, veri öznesinin şahsi özellikleri dikkate alınmaksızın açık rızaya ilişkin olarak çerçeve hüküm getirilmiştir. Veri öznesinin tüketici olması durumunda, tüketici hukukuna ilişkin genel prensipler ve yasalarla getirilen koruyucu hükümler doğrudan uygulama alanı bulur. Tüketicinin kişisel verisinin işlendiği durumlarda, veri işleyen ile tüketici arasındaki "güç dengesizliği" dikkate alınmalıdır. Tüketicinin kişisel verisinin işlenmesine ilişkin verdiği açık rızayı özgürce vermediği karine olarak kabul edilmelidir. Tüketici hukukunda yapılacak yasal düzenleme ile mal ve hizmet sağlayıcılarının çerezin kişisel veri olmadığını ispat etme külfeti altına sokulmaları gerekmektedir. Aksi takdirde çerezler, kişisel veri olarak kabul edilmelidir.

### Anahtar Kelimeler

Açık Rıza • Veri Öznesi • Eşitsiz Güç Dengesi • Belirlenebilir Gerçek Kişi • Çerezler

\* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., İstanbul Yeni Yüzyıl University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Istanbul, Turkey.

✉ ykeser1789@gmail.com • ORCID 0000-0002-7990-4218

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KESER, Yıldırım, "Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1181-1215.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## EXPLICIT CONSENT IN THE PROCESSING OF PERSONAL DATA OF REAL PERSON CONSUMERS

### Abstract

Protection of personal data exists in many law branches. In principle, all interventions with personal data are considered illegal. Turkish Constitution considers explicit consent of a person as one of the exceptions of processing of personal data. Data Protection Act (DPA) provides a framework provision for explicit consent regardless of the personal features of the data subject. If the data subject is a consumer, general principles in consumer law as well as protective provisions provided by related legislation are directly applied. When a customer's data is processed, the "imbalance of power" between the customer (data subject) and the processor has to be taken into account. A consumer's explicit consent has to be presumed not to be freely given. Product and service providers have to be put under the obligation to prove that cookies are not personal data with a new legislation in consumer law. Otherwise, cookies have to be considered as personal data.

### Key Words

Explicit Consent • Data Subject • Imbalance of Power • Identifiable Real Person • Cookies

## GİRİŞ

Kişisel verilerin işlenmesinin belli yasal kurallara bağlanması, başta özel hayatın gizliliği olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması amacını taşır. Türk Hukuku'nda kişisel veriler, anayasal düzeyde bir korumaya sahiptir (AY md 20/f.son). Anayasa'daki düzenleme gereğince, kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yasaktır. Bu yasağın istisnalarının başında veri öznesinin açık rızası gelir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile veri öznesinin şahsi özellikleri dikkate alarak bir düzenleme getirilmemiştir. Kanun koyucu, kişisel verinin işlenmesinde genel ilkeler ve işlenme şartları olarak çerçeve hükümler getirmeyi tercih etmiştir.

Çalışmamızda 6698 sayılı Kanun tarafından açık rızaya ilişkin getirilen düzenlemelerin tüketici hukukundaki uygulaması üzerinde durulacaktır.

## I. Tüketicinin Tanımı

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a paralel olarak ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden tüzel kişilerin de tüketici olabileceğini düzenlemiştir. KVKK'da getirilen düzenlemeler gerçek kişilere ilişkin olduğundan, çalışmamızda gerçek kişi tüketici esas alınarak değerlendirmeler yapılacaktır.

Gelişen sanayi ve bilişim çağı beraberinde tüketicinin korunması zorunluluğunu getirmektedir. Tüketicilerin korunması, devletin anayasal görevleri arasındadır (AY md 172). Tüketici hukukunun amacı tüketiciyi korumaktır. Bu hukuk dalında nihaî amaç toplum yararındır<sup>1</sup>. Tüketicinin korunması, başta ülke ekonomisi olmak birçok toplumsal yarara hizmet eder.

Herhangi bir yasanın tüketici hukukuna ait olması için tüketiciye uygulanması yeterlidir. İlgili kuralın Tüketici Kanunu'nda düzenlenmiş olması gerekmemektedir. Bu nedenle de kişisel verilerin korunmasına ilişkin TKHK'da hüküm olmamasına rağmen KVKK'da düzenlenen kuralların tüketiciye uygulanırken, tüketici hukukunun amaçları dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını korumak THKK'nın başlıca amaçlarındandır. Kişisel veriler KVKK kapsamında korunmaktadır ama kişisel veri sahibi aynı zamanda tüketici ise ayrıca tüketici hukukunun genel ilkeleri ve yasal düzenlemeler çerçevesinde tüketiciye sağlanan koruyucu hükümlerden de yararlanacaktır.

## II. Kişisel Verinin Tanımı

### A) Gerçek Kişi Tanımı

Türk Medeni Kanunu gereğince, kişilik, çocuğun tam ve sağ olarak doğduğu andan itibaren başlar ve ölümle son bulur (TMK md

<sup>1</sup> SİRMEN, Lale, Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, C. III, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Vol. 8, Özel Sayı, s. 2467; ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 42.

28/f.1). Ölümle birlikte kişilik son bulduğundan ölen kişiye ait bilgilerin KVKK kapsamında korunabilmesi mümkün değildir<sup>2</sup>.

Kişilik hakkı, kişinin bütün kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu haktır<sup>3</sup>. Kişilik hakkı, soyut bir kavramdır ve içeriği zaman ve yere göre değişir<sup>4</sup>.

## B) Kişisel Verinin Tanımı

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun ile getirilen koruma gerçek kişilere ilişkindir (md 3/b). Bu nedenle de tüzel kişilere ilişkin verilerin bu kanun kapsamında korunabilmesi mümkün değildir.

Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin genel veya özel her türlü bilgiyi ifade etmektedir (KVKK md 3/d). Gerçek kişinin fotoğrafı, cinsiyeti, kan grubu, yaşı, sigorta numarası, adresi, telefon numarası ve benzeri bilgiler kişisel verilere örnek gösterilebilir.

KVKK'da kişisel veriler genel ve özel nitelikli kişisel veriler olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Genel nitelikli kişisel veriler, özel nitelikli kişisel veri özelliğini taşımayan verilerdir. KVKK'da, özel nitelikteki kişisel veriler sayılmıştır (KVKK md 6/1)<sup>5</sup>. Özel nitelikli kişisel veriler, nitelikleri gereği hassas verilerdir. Bu nedenle de başkaları tarafından bilinmesi hâlinde veri sahibinin temel hak ve özgürlükleri doğrudan etkilenebilir. Örneğin, ünlü doktor A, AIDS hastasıdır. Hastalığının başkaları tarafından bilinmesini istememektedir. Bay A'nın hastalığı, özel nitelikli kişisel verisidir. Bazı insanlar, AIDS hastalığının sadece cinsel yolla bulaşan bir

<sup>2</sup> Bazı ülkeler ölmüş kişilere ait verilerin kişisel veri olarak kabul edilebileceğine ilişkin düzenlemeler getirmişlerdir. Örneğin, Fransa. Ayrıntılı bilgi için, AKSOY, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 21; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 125.

<sup>3</sup> HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 41.

<sup>4</sup> ÖZDEMİR, s. 111.

<sup>5</sup> KVKK md 6/1 şu şekilde düzenleme getirmiştir: " Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir".



hastalık olduğunu düşünebilirler. Bazı insanlar ise solunum yoluyla bulaştığını düşünebilirler. Düşünce farklılıkları ve başkaca hassasiyetlerden dolayı, Bay A'nın, başta meslek yaşamı olmak üzere sosyal hayatı bu hastalığa ilişkin farklı bakış açılarından dolayı olumsuz etkilenebilir. Özel nitelikli kişisel veriler nitelikleri gereği ayrımcılık tehlikesi riski de taşırlar<sup>6</sup>. Bu nedenlerle de genel nitelikli kişisel verilerden ayrılırlar.

Yasal düzenleme gereğince, “kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir” (md 6/1). Yasal düzenleme ile “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı ve 95/46/EC sayılı Yönerge'nin Yürürlükten Kaldırılması İle İlgili Olarak Gerçek Kişilerin Korunması ile İlgili 27 Nisan 2016 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (AB) 2016/679 sayılı Tüzüğü'ne (Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC “GDPR”) paralel bir düzenleme getirilmiştir (md 9/1).

### 1) Kimliği Belli Gerçek Kişi

“Kişisel veri, kimliği belli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü bilgiyi ifade eder (KVKK md 3/d)”. Yasal düzenleme, 24.10.1995 tarihli, Avrupa Parlamentosu Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımı ile İlgili Olarak Kişilerin Korunmasına İlişkin 95/46 sayılı Yönerge'nin (Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data “95/46/EC Yönergesi”) 2 (a) bendi esas olarak düzenlenmiştir.

Kimliği belli kavramından anlaşılması gereken, kişisel verinin ait olduğu gerçek kişinin doğrudan anlaşılmasıdır. Örneğin, iş başvurusunda bulunan kişinin ya da mal beyanında takip borçlusunun kimliği

<sup>6</sup> ÖZDEMİR, s. 126.

bellidir. Somut olayda kişinin belli olup olmadığı belirlenirken dikkate alınması gereken temel ilkeyi şu şekilde ifade edebiliriz: Herhangi bir ek bilgiye ihtiyaç duymaksızın kişinin kimliği belirlenebiliyorsa kimliği belli gerçek kişinin varlığı kabul edilmelidir.

## 2) Kimliği Belirlenebilir Gerçek Kişi

KVKK'da "kimliği belirlenebilir" ifadesinin ne anlama geldiği tanımlanmamıştır. KVKK'nın gerekçesinin 3.maddesi 1. fıkrasında<sup>7</sup> belirlenebilirlik unsuru ile ne ifade edilmek istendiği açıklanmıştır. Bu açıklama gereğince, mevcut veri, eğer ki, herhangi bir gerçek kişi ile ilişkilendirilebiliyorsa ve kurulan bağlantı ile gerçek kişinin sosyal, ekonomik, fiziksel ve psikolojik kimliği ifade edilebilir hâle geliyorsa kimliği belirlenebilir gerçek kişinin varlığı kabul edilmelidir. Kanunun gerekçesinde özellikle, vergi kimlik numarası ve sigorta sicil numarası gibi kayıtların da ek bilgi ile ilişkilendirilmesi hâlinde gerçek kişinin kimliği tespit edilebileceğinden bu gibi kayıtların varlığı halinde de kimliği belirlenebilir gerçek kişinin varlığının kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Kimliği belirlenebilir gerçek kişinin kimliğini belirleyecek bilgileri sınırlayıcı olarak sayabilmek mümkün değildir. Mevcut bilgi her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir<sup>8</sup>. İlginin yaşı, mesleği, çocuğu kimi durumlarda kişinin belirlenmesine hizmet edebilir<sup>9</sup>.

"Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı ve 95/46/EC sayılı Yönerge'nin Yürürlükten Kaldırılması İle İlgili Olarak Gerçek Kişilerin Korunması ile İlgili 27 Nisan 2016 Tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (AB) 2016/679 sayılı Tüzüğü"<sup>10</sup> nün (GDPR)

<sup>7</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu "<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>" (ET: 26/01/2020).

<sup>8</sup> ANI, Nevzat Ali, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s.19; AVCI, Yasemin, Kişisel Verilerin Korunması, SÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019, s.12; BAYINDIR, Hamza, Özel Sağlık Kurumları Kapsamında Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Korunması, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s.21.

<sup>9</sup> ÖZDEMİR, s. 124.

<sup>10</sup> "Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of

4/1 maddesinde kimliği belirlenebilir kavramı; “Tanımlanabilir bir gerçek kişi, doğrudan veya dolaylı olarak, özellikle bir ad, bir kimlik numarası, konum verileri, çevrimiçi bir tanımlayıcı veya fiziksel, fizyolojik, o gerçek kişinin genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliği” şeklinde tanımlanmıştır.

GDPR’de yer verilen tanım incelendiğinde, kişisel veri ile gerçek kişi arasında doğrudan veya dolaylı olarak ilişki kurulabiliyorsa gerçek kişi belirlenebilir olarak kabul edilmektedir. GDPR açıklama bölümünün<sup>11</sup> 26 numaralı<sup>12</sup> kısmında, gerçek bir kişinin tanımlanabilir olup olmadığını belirlemek için, makul olarak kullanılması muhtemel tüm araçların dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Kişisel veriyi işleyen taraftan eğer belirlenebilir değilse son kullanıcının rızası alınmış sayılmaktadır (GDPR 8/1/b).

Çalışma Grubu (“Working Party”) belirli veya belirlenebilir kavramlarının tanımına ilişkin geniş bir yorumu benimsemektedir. Belirli, bilinen bir kişiyi ya da bir grupta ayırt edilebilir bir kişiyi, belirlenebilir ise henüz belirlenmemiş ancak belirlenmesi mümkün olan bir kişiyi ifade etmektedir<sup>13</sup>.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), Breyer v. Federal Republic of Germany<sup>14</sup> kararında, belirlenebilir gerçek kişi kavramına ilişkin değerlendirmeler yapmıştır. Alman Federal Kurumları, kendilerine ait

---

Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)”, “<http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679>”. (ET:02.01.2020).

<sup>11</sup> GDPR’de maddelere ilişkin olarak 174 maddeden oluşan bir açıklama kısmına yer verilmiştir. <https://gdpr-info.eu/recitals/> (ET:08.02.2020).

<sup>12</sup> GDPR Recital No. 26, <https://gdpr-info.eu/recitals/no-26/>. (ET:15.12.2019).

<sup>13</sup> PURTOVA, Nadezhda, “The law of everything, Broad concept of personal data and future of EU data protection law, Law”, Innovation and Technology, 2018, 10:1, s. 46.

<sup>14</sup> Judgment of 19 October 2016, Breyer, C-582/14, EU: C: 2016: 779 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184668&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2725971> (ET: 08.01.2020); YÜCEDAĞ, Nafiye, Medeni Hukuk Açısında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri, İÜHF C. LXXV, 2017, s. 767.

internet sitelerini ziyaret edenlere ait IP (Internet Protokol)<sup>15</sup> adreslerini depolamıştır. IP adreslerinin depolanmasının nedenleri muhtemel siber saldırıların önüne geçmek ve korsanla mücadele etmektir. ABAD'ın önüne ön sorun olarak gelen olayda cevaplanması gereken soru şudur: IP adreslerinin kime ait olduğu internet erişim sağlayıcılarından elde edilecek ek bilgi ile mümkün olmasına rağmen IP adresinin depolanması durumunda, IP'si depolanan kişi, kimliği belirlenebilir kişi olarak kabul edilebilir mi? ABAD, bu soruya olumlu cevap vermiştir. Şöyle ki; ek bilgi sonucu ilgili kişi belirlenebilir ise ek bilginin veri sorumlusunun elinde bulunması zorunlu değildir. ABAD'a göre ek bilgiye ulaşılması eğer yasaklanmışsa veya zaman, emek ve masraf yönünden güçlük gerektiriyorsa mevcut veriye dayalı olarak gerçek kişinin kimliği belirlenebilir kabul edilmemelidir.

Breyer Kararı, belirlenebilir gerçek kişiyi geniş yorumladığı ve bu nedenle de kişisel veri kavramını çok genişlettiği için eleştirilmektedir<sup>16</sup>.

ABAD, 2017 tarihli *Nowak v Data Protection Commissioner* (C-434/16) davasında<sup>17</sup>, muhasebe öğrencisi Peter Nowak, sınav merkezi tarafından tutulan kendisine ait verileri talep etmiştir. Bu talep üzerine sınav merkezi on yedi sayfalık veri bilgisi göndermiştir ancak bilgiler arasında Nowak'ın girmiş olduğu sınav kâğıdı yoktur. Sınav merkezine göre sınav kâğıdı kişisel veri değildir çünkü aday sınava özel bir numara ile katılmıştır ve sınav kâğıdında adayın ismi de yer almamaktadır. Sınavı değerlendiren görevlinin de mevcut bilgilere göre adayın kim olduğunu bilmesi mümkün değildir.

Yerel mahkeme konuyu ABAD'a göndererek, ön sorun olarak sınavda aday tarafından verilen cevaplar ile sınavı değerlendiren kişi tara-

---

<sup>15</sup> İnternete bağlanan her bilgisayarın IP adresi vardır. IP adresi rakamlardan oluşur. IP numarası bilindiğinde IP'si bilinen bilgisayara internet üzerinden ulaşım mümkündür. IP, kullanıcının internet kullanımını takibe de yarar. IP adresi yazılarak doğrudan web tarayıcısına bağlanılabilir.

<sup>16</sup> PURTOVA, s. 42.

<sup>17</sup> Judgment of 20 December 2017, *Nowak*, C-434/16, EU:C:2017:994 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198059&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2695698>. (ET:09.02.2020).

ından bu cevaplara yapılan yorumların kişisel veri oluşturup oluşturmadığını sormuştur.

ABAD, somut uyuşmazlıkta, “sınav kâğıdında adayın adının ve soyadının bulunmaması, adayın sınava kendisine verilen özel bir numara ile girmiş olması ve sınav kâğıdını değerlendiren kişinin adayı tespit edemiyor olması durumunda sınava giren öğrencinin kimliği belirlenebilir kabul edilebilir mi?” sorusuna cevap aranmıştır.

ABAD, sınav adayının belirlenebilen gerçek bir kişi olduğunu, zira kişinin doğrudan isminden veya kimlik numarasıyla dolaylı olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre sınavı düzenleyen kurumun adayı, kâğıt üzerinden tanımlayamaması önemli değildir çünkü sınavı düzenleyen kurum elindeki ek bilgilerle adayı tanımlayabilecek durumdadır.

Breyer davasında olduğu gibi, bir bilginin kişisel veri olarak nitelendirilmesi için ilgili kişiyi tanımlayacak bilgilerin tek kişide olması gerekmez. Buna göre, sınavı değerlendiren görevlinin sınavı değerlendirirken adayı tanımlayamasa bile sınavı düzenleyen kurum, kişiyi tanımlamaya yarayan bilgileri elinde bulundurmaktadır.

Avrupa Birliği resmi sitesinde<sup>18</sup> yaptığı açıklama da belirlenebilir gerçek kişi ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğunu şu şekilde ifade etmiştir. “Bir kişinin, başka bir kişinin elinde bulunan bilgi ile doğrudan tanımlanması mümkündür. Ancak bir kişi dolaylı olarak da tanımlanabilir. Bu durumda göz önünde bulundurulması gereken başka etkenler de vardır. Bu husus şu anlama gelmektedir; elinizde bulunan bilgiler ile bir kişiyi tanımlamanız mümkün olmasa da, elinizdeki başka bir bilgi veya başka bir kaynaktan ulaşabileceğiniz bilgiler ile bu kişiyi tanımlayabilirsiniz. Üçüncü bir kişinin veriyi kullanarak ve veriyi ulaşabilecekleri başka bilgilerle birleştirerek bir kişiyi tanımlaması da dolaylı yoldan tanımlamanın başka bir şeklidir”.

### III. Açık Rızanın Tanımı

6698 sayılı Kanun, kişisel verileri özel nitelikli kişisel veri (md 6) ve diğer kişisel veriler ayrımına tabi tutmuş olmasına rağmen her türlü

<sup>18</sup> What is considered personal data under the EU GDPR? <https://gdpr.eu/eu-gdpr-personal-data> (ET: 02/01/2020).

kişisel verinin işlenmesinde açık rızasının varlığını aramaktadır(md 5). Kişisel verilerin işlenmesi, verinin ilk defa elde edilmesinden itibaren başlamakta olup, kişisel verilerin üzerinde gerçekleştirilen bütün işlemleri ifade etmektedir.

GDPR'daki düzenlemeye göre, kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hâle getiren sebeplerden biri de veri öznesinin rızasıdır (md 6/1/a). GDPR'da genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde "rıza" yeterli kabul edilmiştir fakat özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için "açık rıza" aranmıştır (md 9).

GDPR'de rıza şu şekilde tanımlanmıştır (md 4/11): Veri sahibinin, kişisel verilerinin işlenmesi için özgür, belirli bir konuya ilişkin, somut bilgilendirmeye dayalı ve tereddüde yer bırakmayacak beyan ya da olumlu eylemle rızasını vermesi gerekir.

KVKK'da, açık rızanın tanımı yapılmıştır. Şöyle ki; açık rıza, "belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı" ifade etmektedir (md 3/a).

KVKK ile GDPR karşılaştırıldığında, açık rıza tanımında "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta" (unambiguously)<sup>19</sup> ifadesine yer verilmediği görülmektedir. 95/46/EC'de "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta" ifadesine yer verilmemişti. GDPR tarafından bu kavramın kullanılması da veri sorumlularının bireyleri aşırı rıza talepleri ile karşı karşıya bırakmak zorunda olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>20</sup>. KVKK'nın gerekçesine bakıldığında "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta" ifadesi kullanılmıştır. KVKK'daki mevcut düzenleme öğretide

---

<sup>19</sup> Bu kavram Türk Öğretisinde, "kesin" (ÇEKİN, Mesut Serdar, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 74); "muğlak olmayan" (HAN, Işık Aslı, Kişisel Verilerin İşlenmesi Bağlamında Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Veri Sahibinin Rızası, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 434); "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta" (AVCI-BRAUN, Cihan, Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XV, S. 1, Y. 2018, s. 19) olarak ifade edilmektedir. KVKK'nın gerekçesinin 5. maddesinin 2. fıkrasında "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta" ifadesine yer verilmiştir. (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (ET: 26/01/2020)).

<sup>20</sup> TAYLOR, Chantelle, "UK regulator's guidance on GDPR consent - is the definition any clearer?", P. & D.P. 2017, 17(5), s. 1.

eleştirilmekte ve kanunda örtülü bir boşluğun meydana geldiği belirtilmektedir<sup>21</sup>. Kanaatimizce de, KVKK'da tanımlar kısmına bakıldığında, "açık rıza" kavramının tanımının "rıza" kavramı ile açıklanmış olması kanun yapma tekniği açısından doğru değildir. KVKK'nın getiriliş amacı ve gerekçesi dikkate alınarak yorum yapılmalı ve "açık rıza" kavramından kanunda belirtilen unsurların dışında "tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta" ifadesini de içerdiği sonucuna varılmalıdır.

Yasal düzenlemedeki açık rıza tanımı incelendiğinde, öznenin özelliklerinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Açık rızanın özellikleri her somut olaya ilişkin değerlendirilmesi gerektiğinden kanun koyucunun yasa yapma tekniği açısından tercih ettiği bu yöntem son derece yerinde bir yöntemdir. GDPR'da küçüklerin rızası ayrıca düzenlenmiştir (md 8/1). Düzenleme gereğince, küçüklerin kişisel verilerin işlenebilmesi için en az 16 yaşında olmaları gerekir. 16 yaşın altındaki küçüklerin kişisel verilerinin işlenebilmesi için ebeveynlerinin izni gerekmektedir. GDPR'da, üye devletlere yaş sınırını, 13 yaşın altında olmaması şartıyla, dilediği gibi belirleme yetkisi verilmiştir (md 8). KVKK'da kişisel veri öznesinin yaşına ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle de Türk Medeni Kanunu'nun ehliyete ilişkin hükümleri doğrudan uygulama alanı bulur.

Verilecek rızanın bağımsız olması gerekir<sup>22</sup>. Birden fazla rıza verilecekse her bir rızanın ayrı olması gerekir.

#### **IV. Açık Rızanın Unsurları**

##### **A) Belirli Bir Konuya İlişkin Olma**

Veri öznesi tarafından verilen rızanın geçerli olabilmesi için aranan ilk şart, rızanın belirli bir konuya ilişkin verilmiş olmasıdır (KVKK m.3/1,a). Bu unsurdan anlaşılması gereken, konunun somut olması ve çerçevesinin çizilmiş olmasıdır. Sınırları belirsiz olan hususlarda açık rıza alınması mümkün değildir. Daha sonra ihtiyaç olabilir gerekçesiyle kişisel verinin alınamaz<sup>23</sup>. Veri işleyen, açık rızayı hangi konuya ilişkin

<sup>21</sup> AVCI-BRAUN, s. 19.

<sup>22</sup> WATTS, Mark, "Consent vs legitimate interest: Part 1", P. & D.P. 2018, 19(2), 7-9, s. 3.

<sup>23</sup> AVCI, s. 52; KÜZECİ, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 203; ZOR, s. 71.

olarak almak istediğini açıklamalıdır. Açık rızanın belirli konuya ilişkin alınmış olması aynı zamanda rızanın sınırını da belirler<sup>24</sup>. Belirli konuya ilişkin olma unsuru beraberinde belli amaç unsurunu da getirmektedir. Amacın açık ve meşru olması gerekir (KVKK md 4/c).

İlgili kişinin sınırsız ve belirsiz konulara ilişkin açıkladığı irade beyanı geçersizdir. Örneğin, “kişisel verilerimin işlenmesini kabul ediyorum”<sup>25</sup> şeklinde yaptığı irade açıklaması açık rıza olarak kabul edilemez. Çalışma Grubu, tek bir işlemle birden fazla konuda açık rıza alınabilmesinin ancak amaç için gerekli olması ve bu konuda ilgilinin bilgilendirilmesi ile mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>26</sup>.

Elektronik ticarete ilişkin usul ve esasları düzenlemek için 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun (ETDHK) çıkarılmıştır. Bu kanunda, gerçek ve tüzel kişi ayrımı yapılmamıştır. Bu ayrımın yerine kanun koyucu, tüketici, esnaf ve tacir ayrımını yapmayı tercih etmiştir.

Ticari elektronik ileti gönderilmesi için alıcılardan önceden onay almak zorunludur (ETDHK md 6/1). Kanunda “önceden onay” ifadesi ile kastedilen “işlem öncesi alınması gereken izindir”. Kuralın istisnası da kanunda düzenlenmiştir. Şöyle ki, “kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz” (ETDHK md 6/1). Elektronik iletilerin gönderilmesine ilişkin bir diğer istisna da esnaf ve tacirlere ilişkindir. Onlara, önceden onay alınmaksızın, ticari elektronik ileti gönderilebilir (ETDHK md 6/2). Bu istisnanın gerçek kişiye uygulanabilmesi için kişisel verinin KVKK’ya uygun olarak elde edilmesi ve istisna konusunda gerçek kişinin aydınlatılması gerekir.

---

<sup>24</sup> BAYINDIR, s. 55.

<sup>25</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, 2018, s. 48. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/0517c528-a43d-49f5-b1eb-33dc666cb938.pdf> (02.04.2020).

<sup>26</sup> Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679 s. 10. [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc\\_id=51030](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030). (02.04.2020).



Tacir, bir ticari işletmeyi kısmen ya da tamamen kendi adına işleten kişidir (TTK md 12/1). Gerçek kişi tacirin, ticari faaliyetlerinin dışında yaptığı işlemler yönünden tacir olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Örneğin, kişinin evinde kullanmak üzere bulaşık makinesi alması durumunda kişiyi tüketici olarak nitelendirmemiz gerekir. Esnaf ise bedeni çalışması, sermayesinden fazla olan kişidir (TTK md 15).

Alıcı gerçek kişi tacir olsa da tüzel kişi tacir olsa da önceden onay alınmaksızın ticari elektronik ileti gönderilmesi mümkündür. Yalnız, gerçek kişi tacirin kişisel verisinin elde edilmesi KVKK'ya uygun olmalıdır. Örneğin, Bay (T), gerçek kişi tacirdir. Gerçek kişi tacirin telefon numarası, kişisel verisidir ve bu numarayı herkese açık internet sitesinde paylaştığını kabul edelim. Ticari elektronik ileti göndermek için ETDHK gereğince, Bay (T)'nin izni gerekmez. Yalnız, Bay (T)'nin kişisel verisi olan cep telefonu numarasının kullanılabilmesi için KVKK'ya uygun olarak açık rızasının alınması gerekir.

### **B) Bilgilendirmeye Dayanması**

Açık rızanın bir diğer unsuru da bilgilendirmedir. Bu kavramdan anlaşılması gereken, açık rızanın neden alındığı, hangi konuya ilişkin alındığı ve sonuçlarının ne olduğu konusunda veri işleyen ilgili gerçek kişiyi bilgilendirmesidir<sup>27</sup>. Veri öznesi kural olarak vasat dikkat ve özen gösteren bir kişi olarak kabul edilip<sup>28</sup>, yapılan bilgilendirmenin de basit, mümkün olduğunca kısa olması ve açıklayıcı olması gerekir. Bilgilendirmenin içeriği, verinin niteliğine göre şekillendirilmelidir. Verinin niteliği, bilgilendirmenin düzeyini de belirleyicidir<sup>29</sup>.

Bilgilendirme unsuru yönünden üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da KVKK ile ETDHK arasındaki ilişkidir. Gerçek kişiye yönelik gönderilecek ticari iletilerde KVKK ilkeleri doğrudan uygulama

<sup>27</sup> ANI, s. 132; TÜRKMEN, Sevgi, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 110.

<sup>28</sup> Article 29 Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent, s.19. [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2011/wp187\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinionrecommendation/files/2011/wp187_en.pdf). (ET: 05.02.2020).

<sup>29</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, 2018, s. 49.

alanı bulur. KVKK ilkelerinin uygulanması, hizmet sağlayıcısı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin ETDHK ile getirilmiş yükümlülüklerle ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel değildir. Bu nedenle de ticari elektronik iletilere ilişkin bilgi verme yükümlülüğü kapsamında olan sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgilerin alıcıya ayrıca verilmesi gerekir.

KVKK'nın üçüncü bölümünde veri sorumlusunun yükümlülükleri düzenlenmiştir. Yasal düzenleme gereğince, veri sorumlusunun iki yükümlülüğü bulunmaktadır. Birincisi aydınlatma yükümlülüğü, ikincisi ise veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerdir.

Aydınlatma yükümlülüğü gereğince, adil ve şeffaflık ilkeleri dikkate alınarak veri öznesi, veri işleme sürecinin varlığına ve amacına ilişkin bilgilendirilmiş olmalıdır<sup>30</sup>.

Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken veri sorumlusunun yükümlülükleri kanunda sayılmıştır (KVKK md 10). Bu yükümlülükler gereğince, veri sorumlusu veya temsilcisi kimliğini açıklamalıdır. Örneğin, tüketici bir spor merkezine üyelik için gittiğinde havuzu kullanmak için gerekli olan kan ve idrar testi istendiğinde veri sorumlusunun kim olduğunun kan ve idrar testinin hangi amaçla alındığının tüketiciye açıklanması gerekir.

Veri sorumlusuna, kişisel verinin toplanma yöntemi hakkında da bilgi verilmelidir. Eğer, spor merkezi tarafından işlenen veri, başkaları ile paylaşılacaksa, hangi amaçla kimlere aktarılabilceği bilgisi de veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüklerindedir. Ayrıca veri sorumlusu, verisini işlediği kişiye, kanunun veri sorumlusuna verdiği hakların neler olduğu konusunda bilgi vermek zorundadır.

10.03.2018 tarih ve 30356 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de (AKYGUUEH) belirtildiği üzere aydınlatma yükümlülüğü sözlü veya yazılı olarak yapılabilir (md 5).

Bilgilendirmeye ilişkin olarak yapılan sözlü ya da yazılı açıklamalarda belli kaynaklara yönlendirme yapılması ya da atıf yapılması bilgi-

<sup>30</sup> IT Governance Privacy Team, EU general data protection regulation (GDPR): an implementation and compliance guide. IT Governance Ltd, 2017, s. 208.

lendirme için yeterli değildir<sup>31</sup>. Örneğin, aydınlatma metni içerisinde KVKK'da düzenlenmiş olan ve tarafınızca kullanabilecek haklar ifadesine yer verilmesi yeterli değildir. Belirsiz cümleler ve muğlak ifadeler kullanılmamalıdır<sup>32</sup>. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken açık ve kesin bilgilere yer verilmelidir. Muhtemel başka neden ve amaçlarla verinin işleneceği kanaatini uyandıran ifadeler kullanılmamalıdır (AKYGUUEH md 5/g). Bilgilendirmeye ilişkin yükümlülüklerin ihlâli, verilen rızayı geçersiz kılar<sup>33</sup>.

Hangi hakların hangi yasal düzenleme tarafından verildiğinin belirtilmesi gerekir. Kişisel veri, veri sorumlusunun farklı birimleri tarafından farklı amaçlarla işlenecekse, kişisel veri işlenmeden önce aydınlatma yükümlülüğü her bir birim tarafından ayrı ayrı yerine getirilmelidir. (AKYGUUEH md 5/c).

Kanun koyucu, KVKK md 11'de verisi işlenen gerçek kişinin sahip olduğu hakların neler olduğunu açıkça düzenlemiştir. Bu yasal düzenleme gereğince, ilgili kişi, kişisel verisinin işlenip işlenmediğini eğer işlenmiş ise nasıl ve ne şekilde işlendiğini yurt içinde ve yurt dışına 3. kişilere kişisel verilerinin aktarılıp aktarılmadığını, eğer aktarılmışsa üçüncü kişilerin kimlik bilgilerini, kişisel verisinin silinmesini veya yok edilmesini talep etme hakkına sahiptir.

Hayatın olağan akışı gereğince, veri öznesinin bilmesi gereken hususlarda ayrıca bilgilendirme yükümlülüğü söz konusu değildir. Örneğin, müşterisinin adres bilgisini talep eden satıcı, adresin mal teslim edilmesi için kullanılacağını belirtmek zorunda değildir. KVKK'da, açık rızanın gerekli olmadığı haller istisnâ olarak sayılmıştır. Bu istisnalardan herbiri kendine has özelliği dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Örneğin, trafik kazasında ağır yaralanan ve bilincini kaybeden Bay (A)'ya yapılacak sağlık müdahalesi kapsamında Bay (A)'nın kişisel veri-

<sup>31</sup> Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679 s.13. [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc\\_id=51030](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030). (02.04.2020).

<sup>32</sup> KESER-BERBER, Leyla/Atabey, AYÇA/MERT, Melis, "E-Gizlilik Tüzük Taslağının Son Versiyonu Üzerine Düşünceler", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 71.

<sup>33</sup> AVCI, s. 61.

sinin işlenmesi için Bay (A)'nın rızası aranmaz. KVKK'da düzenlenen bir başka istisna ise, sözleşmenin kurulması veya sözleşmeden doğan borçların ifasıyla doğrudan ilgili olan kişisel verilerin işlenmesi için kişisel verisi işlenen kişinin açık rızasının aranmamasıdır. Örneğin, Bay (A), internet üzerinden bir ürün satın alır. Ürünü satan şirket malın teslimini bir kargo şirketi aracılığıyla yaptırmaktadır. Bu durumunda Bay (A)'nın adresini teslimat için kargo şirketi ile paylaşması için Bay (A)'nın rızasını alması gerekmez. Fakat şirket, teslimatı bir başkası aracılığıyla yapacaksa aydınlatma yükümlülüğü gereğince, Bay (A)'yı konuya ilişkin bilgilendirmelidir. Bilgilendirme yapılırken birden fazla dağıtım işi yapan gerçek ve tüzel kişinin unvanına yer verilebilir ama unvan belirtilmeksizin, Marmara Bölgesi'nde dağıtım işi yapan kişiler gibi, ucu açık bir ifadeye yer verilemez. Aksi hâlde alınan rıza geçersiz olacaktır.

İnternet üzerinden yapılan tüketici işlemlerinde karşımıza sıkça çıkan "çerezler (cookies)" üzerinde de durmamız gerekmektedir. Çerezler, rakam ve harflerden oluşan işaretlerdir. İnternet üzerinden yapılan gezintilerde kişi ziyaret ettiği sitelerde izler bırakmaktadır. Bu izler takip edilerek kişinin profili çıkarılmaktadır. Kişinin ihtiyaçları doğrultusunda ilgili kişiye mal ve hizmet sağlayıcıları tarafından bilgilendirme yapılmaktadır. Çerezler, mal ve hizmet sağlayıcıları tarafından ilgili kişiye ihtiyaçlarına uygun teklifleri sunabilme açısından fırsat sağlamanın yanı sıra ilgili kişilere yönelik reklâm sunabilme imkânı da sağlar.

Çerez kullanımı konusunda ziyaret edilen her siteye girişte çerez kullanımı için rıza istenmekte ve bu konuya ilişkin bilgilendirme metinlerine yer verilmektedir. Uygulamada, çerez kullanımına ilişkin yapılan bilgilendirmenin metinlerini okudum veya anladım şeklinde kutucuklar aracılığıyla onay alınması alınan rızanın geçerli olduğu anlamına gelmez<sup>34</sup>. Genellikle internet üzerinden verilen rızalarda bilgilendirme metinlerinin okunmadığı görülmektedir<sup>35</sup>. Çerezlerin kullanımının kabul

---

<sup>34</sup> ÇEKİN, s. 189.

<sup>35</sup> UTZ, Christine, et al. "(Un) informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in theField". In: Proceedings of the 2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security, 2019, s. 983. Yapılan ankette, en öne çıkan beklenti, çerezleri reddetmenin web sitesine erişimi engelleyeceği yönündedir. Onay verenlerin belli bir kısmı, onay vermemesi halinde sitenin çalışmayacağını düşünmektedir.

edilmesi rıza verildiği algısını yaratmaktadır. Bu durum kişisel veri güvenliğini tehdit etmektedir<sup>36</sup>. İnternet sağlayıcıları, çerezler aracılığıyla sahip olunan bilgileri kendi amaçları doğrultusunda kullanabilmektedirler<sup>37</sup>.

Çerezlerden yola çıkarak kişinin doğrudan belirlenebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de Avrupa Doğrudan ve Enteraktif Pazarlama Federasyonu, çerez kullanımı için GDPR anlamında rızaya odaklanılmaması gerektiğini aksi halde gereksiz rıza yorgunluğuna sebep olacağını belirtmektedir<sup>38</sup>. Kanaatimizce bu anlayış yerinde değildir. Günümüzde internet kullanımında birçok siteye girişte çerezlerle karşılaşmaktayız. Onay verdiğimiz çerezlerinin kim ya da kimlerin hâkimiyetinde olduğu bilgilendirme metinlerinde yazmasına rağmen birçok kişi bu bilgileri okumamaktadır. İlgili bilgiler okunsa bile gerekli zamanın ayrılmamasından dolayı anlaşılammaktadır. Üzerinde durulması gereken en önemli husus şudur: Çerez kullanımı ile onay alan veri işleyen onayını aldığı kişiye ilişkin başkaca ek bilgilere sahip olup olmadığıdır. Kişisel veri koruma hukukunda, bazı ek bilgilere sahip olunması halinde kimliği belirlenebilir gerçek kişiden bahsedilebilir. Bu nedenle de tüketici hukuku açısından kural olarak çerezleri kişisel veri olarak kabul etmek gerekir. Yasal düzenlemede değişikliğe giderek çerezi yükleyen taraf için özel bir ispat kuralı öngörülmelidir. Şöyle ki; ihtilaf hâlinde çerez için onay alan onay aldığı kişiyi tanımlayacak ek bilgiye sahip olmadığını ispat etme külfeti altında olmalıdır.

1 Ocak 2020’de yürürlüğe giren Kalifornia Tüketici Gizlilik Kanunu’nun 8. Bölüm 1798.140. maddesi çerezleri doğrudan kişisel veri olarak kabul etmiştir (CCPA, Section 8, 1798.140/x).

---

Katılımcılardan bir kısmı onay vermesi hâlinde verisinin toplanmayacağını düşünmektedir.

<sup>36</sup> TAŞKAYA, Merih/Talay, Ömür, “Dijital Gözetimin Pazarlama Amaçlı Araçları: “Çerezler” ve Çerez Kullanımında “Açık Rıza””, Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Y. 2019, S. 31, s. 380.

<sup>37</sup> ÖZDEMİR, s. 154.

<sup>38</sup> KESER/ATABEY/MERT, s. 72.

### C) Özgür İrade

Açık rızanın unsurlarından olan özgür irade kavramına yasal düzenlemede doğrudan yer verilmiştir (KVKK md 3/a). Kişisel verisi işlenenin dış dünyaya yansıttığı iradesini özgürce vermesi gerekir.

Özgür iradeden bahsedilebilmesi için öncelikle “veri öznesinin sıfatı” değerlendirilmelidir. Veri öznesi, hukuki işlemlerde tüketici, esnaf veya tacir sıfatına sahip olabilir. Ayrıca “hukuki işlemin özellikleri” de incelenmelidir. Örneğin, kişisel verilerin işlenmesi için verilen rıza, genel işlem koşullarını içeren bir sözleşme kapsamında verilmişse, verilen rızanın geçerli olması için genel işlem koşulları yürürlük, içerik ve yorum denetimine tabi olmalıdır (TBK md 20-25).

### V. Tüketicinin Kişisel Verisinde Rızanın Özellikleri

Hayatın olağan akışı gereğince, sözleşmenin tarafları her zaman aynı imkânlara sahip olamaz. Örneğin, bir tacir işletmesi için hammadde alırken içinde bulunduğu koşullar ile bir tüketicinin ürün satın alırken içinde bulunduğu koşullar birbirinden farklıdır. Sözleşmesel ilişkilerin bu özelliklerinden dolayı kanun koyucu özel yasal düzenlemeler ile korucuyu hükümler getirmiştir. İşçi işveren ilişkilerinde veya tüketici hukukunda bu özel düzenlemeler karşımıza sıkça çıkmaktadır.

Tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde ise, bir hükmün haksız şart olması ilgili hükmün geçersiz sayılması için yeterlidir. Şöyle ki, genel işlem koşullarından farklı olarak bir hükmün haksız şart sayılabilmesi için çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla hazırlanması gerekmez. “Haksız şart, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır” (TKHK md 5/1).

GDPR, tüketici sözleşmelerinde haksız şartlara ilişkin düzenlemeler getiren 5 Nisan 1993 tarih ve 93/13/EEC numaralı Yönerge’ye<sup>39</sup> (UCT) benzer olarak, açıklama bölümününün 42. kısmında da belirtildiği üzere,

<sup>39</sup> COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfairterms in Consumer Contracts. [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML\(ET: 10.02.2020\)](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML(ET: 10.02.2020)).

rıza bildirimlerinin açık ve düz bir dille, kolay ulaşılabilir ve haksız şartlar içermeyecek şekilde yazılması gerektiğini öngörmektedir.

GDPR ve KVKK, otonom(özerk) yetki modelini benimsemiştir<sup>40</sup>. Bu yetki modelinde, veri öznesi, mevcut bilgiye dayanarak bilinçli ve özgür bir seçim yaptığı kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Özellikle internet üzerinden kişisel verilerin işlenmesine ilişkin verilen rızalara ilişkin yapılan araştırmalarda yasal düzenlemelerin yeteri kadar amacına ulaşmadığını göstermektedir<sup>42</sup>. Yapılan araştırmalarda öne çıkan temel husus, tüketicilerin çok sık gördükleri mesajları görmezden geldikleri ve nadiren gizlilik bildirimlerini okudukları yönündedir. Gizlilik bildirimlerinin okunmasının ciddi bir zaman alması kanunun amacına ulaşmasının en büyük engellerinden biridir<sup>43</sup>. California Tüketici Gizlilik Kanunu (CCPA) şeffaflığa ilişkin olarak aşamalı bir sistem benimsemiştir<sup>44</sup>. Birinci aşamada, veri alınmadan önce ya da alındığı sırada tüketici bilgi-

<sup>40</sup> Lon Fuller, *The Morality of Law* isimli kitabında ülkesindeki hukuku değiştirme yetkisi olan genç bir hükümdarı konu alır. Halkın olumsuz tepkisiyle karşılaşan birkaç tepkiden sonra halka bir ders vermek için hapsirmek, öksürmek, kralın huzurunda bayılmak ya da düşmeyi suç kabul eden bir düzenlemeyi hayata geçirir. Şaşırtıcı olmayacak şekilde halk bu yeni yasayı olumsuz karşılar ve "yapılamayacak şeyi emretmek yasa çıkarmak değildir, uygulanamayan bir yasa yalnızca kafa karışıklığı, korku ve kaosa neden olur." der. Bu, AB veri koruma hukuku için de söylenebilir. Bu araştırmada GDPR'nin hızlı büyümesi ve bu nedenle de mükemmel koruma amacıyla yapılan düzenlemenin yakın gelecekte geri tepeceği ve sistemin aşırı yüklenmesine neden olacağı gerçeği tartışılmaktadır. AB veri koruma hukuku, "her şeyin hukuku" haline gelme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu da, teoride her koşulda mümkün olan en yüksek hukuki korumayı sağlamakta ancak pratikte bunları uygulamanın imkânsız olmasına neden olmaktadır (bkz: Purtova, s 41).

<sup>41</sup> SCHERMER, Bart W./CUSTERS, Bartand/VAN DER HOF, Simone. "The crisis of consent: How stronger legal protection may lead to weaker consent in data protection." *Ethics and Information Technology* 16.2 (2014), s. 176.

<sup>42</sup> SCHERMER/CUSTERS/VAN DER HOF, s. 176.

<sup>43</sup> Bir kişinin yıl içerisinde vermesi muhtemel rıza bildirimlerine ilişkin olarak, McDonald ve Cranor tarafından yapılan araştırmalarda; veri özneleri, rıza vermek için eğer tüm gizlilik bildirimlerini okursa bunun yıllık 244 saat alacağı; yalnızca, göz gezdireseler bile bunun 154 saat süreceğini tespit edilmiştir. Schermer, s. 177.

<sup>44</sup> CLARK, James vd. "California's Consumer Privacy Act and the GDPR - where do they overlap?", P. & D.P. 2018, 18(7), s. 2. <http://icproxy.khas.edu.tr/login?url=http://icproxy.khas.edu.tr:2092/login.aspx?direct=true&db=edswst&AN=edswst.2438061&lang=tr&site=eds-live> (ET: 10.02.2020).

lendirilmelidir. İnternet ortamında bilgilendirmenin önemi büyüktür<sup>45</sup>. Bu bilgilendirme sayesinde tüketici, verisinin hangi amaçla alındığı ve hangi amaçla kullanılacağı konusunda bilgi sahibi olmalıdır. İkinci aşama, tüketicinin kişisel bilgisinin paylaşılması veya satılmasına ilişkin olarak ek bilgi talep edebileceği aşamadır. CCPA, GDPR'dan bir adım daha öteye giderek, tüketicilerin internet sitelerinde "kişisel bilgilerimi satma" şeklinde yer alan ayrı bir linke yer vererek tüketiciden onay istemeleri gerektiğini düzenlemiştir (CCPA, Section 8, 1798.135. (a) -1).

GDPR'da, UCT Tüzüğünde sağlayıcı ve tüketici arasında güç dengesizliği olduğu anlayışı benimsenmiştir<sup>46</sup>.

Tüketicinin özgür iradesi ile açık rıza verdiğiinden bahsedebilmek için aranan koşulların neler olduğunun tespit edilmesi gerekir.

#### **A) Tüketicinin hiçbir baskı altında kalmaması gerekir**

Özgür iradenin varlığından bahsedebilmek için iradesini açıklayan gerçek kişinin hiçbir dış faktörün etkisinde kalmaması gerekir. Veri öznesi, kendisinden kişisel verisi istendiğinde kendisine yöneltilen talebi reddetme hakkı sahip olmalıdır ve bu talebin reddedilmesi durumunda herhangi bir yaptırım olmayacağından emin olmalıdır<sup>47</sup>. Çalışma Grubu raporunda, özgür iradede bahsedebilmek için iradesini açıklayan kişinin hiçbir sosyal, ekonomik, psikolojik veya başka bir baskı altında kalmaması gerektiği ifade edilmiştir<sup>48</sup>.

Öğretide rıza gösterilmemesi durumunda karşılanacak yaptırımın çok hafif düzeyde olması halinde, rızasını açıklayan kişinin özgür olup olmadığı hususunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, hafif bir külfet etkisiyle verilen rıza geçerlidir<sup>49</sup>. Bir diğer görüş, veri öznesi herhangi bir zarara uğramasa veya zarar tehlikesi ile karşılaşmasa bile hafif bir yaptırı-

<sup>45</sup> ANI, s.133; KÜZECİ, s. 129; ZOR, Abdülhamid, Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülükleri İhlâlden Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 90.

<sup>46</sup> Charter Of Fundamental Rights Of The European Union 2012/C 326/02. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN> (ET: 10.02.2020).

<sup>47</sup> IT Governance Privacy Team, s. 207.

<sup>48</sup> Article 29 Working Party Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, s. 5.

<sup>49</sup> KÜZECİ, s. 241.



rım varlığında dahi verilen rızanın özgür olmadığını savunmaktadır<sup>50</sup>. Kanaatimizce, özgür iradenin varlığından bahsedebilmemiz için zorlayıcı hiçbir dış faktörün etkisinin olmaması gerekir<sup>51</sup>. Yaptırımın hafif düzeyde olması hâlinde verilen rıza, özgür rıza olarak kabul edilemez.

Tüketicinin hiçbir baskı altında kalmaması ile kastedilen “baskı” TBK anlamında irade bozukluğu hallerinden daha geniş bir anlam ifade eder. TBK anlamında irade bozukluğu hallerinin varlığı durumunda ortaya çıkan irade, sakat irade olacaktır. Sakat bir iradenin varlığı halinde verilen iradenin özgür irade olduğundan bahsedilebilir mi? sorusunun cevaplandırılması gerekir. Sakat iradenin söz konusu olduğu hallerde, özgür iradenin varlığından bahsedemeyiz. Sözleşmenin kurulması için gerekli irade ile sözleşme gereğince kişisel verinin işlenmesi için aranan açık rıza farklı kavramlardır. Kişisel verinin işlenmesine ilişkin açık rıza genellikle sözleşmenin kuruluşu aşamasında alınmaktadır ama sözleşme kurulduktan sonra ifadan önceki aşamada da açık rızanın alınabilmesi mümkündür. Bu nedenle de teorik olarak sözleşmenin kurulması için gerekli rıza irade bozukluğu hallerinden birinin varlığı halinde sakat olacaktır ama kişisel verinin işlenmesine ilişkin olarak alınan açık rıza geçerli olabilir.

Sözleşme kuruluşunda irade bozukluğu hallerinden birinin varlığı halinde, düzelebilir hükümsüzlük haliyle karşılaşırız<sup>52</sup>. İradesi sakatlanan kişinin sözleşmeyi onaması halinde sakat iradeye ilişkin sözleşme geçerli hâle gelir. Oysa ki, kişisel verinin işlenmesi için alınması gereken açık rızanın baskı altında alınması halinde kesin hükümsüzlükle sakat bir hukuki işlemin varlığı söz konusudur. Bu nedenle de kişisel veri sa-

<sup>50</sup> SELEK, Ozan, “Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması”, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, C. 21, S. 2, Y. 2019, s. 925.

<sup>51</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kurumu’nun 25.03.2019 tarih ve 2019/82 sayılı kararı. (ET:01.07.2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5463/-Bir-market-zincirinin-sadakat-kart-uygulamasina-iliskin-ihbar-ve-sikayetler-hakkinda>) “...kart üyeliği bulunmayan müşterilerin fırsatlardan yararlanamasa da şirketin sunduğu alışveriş ortamından faydalanmaya devam edebildiğini, hizmet sunumu için sadakat kart üyeliğinin zorunlu tutulmadığını belirtmiş, bu nedenle bu durumda ürün veya hizmet sunumunun açık rıza şartına bağlandığı iddiasının yerine olmadığına karar verilmiştir”.

<sup>52</sup> OĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 178-179.

hibinin onama yönündeki irade beyanı ile sonuç değişmeyecektir. Bu durumda ancak baştan kişisel verinin işlenmesi için açık rıza alınması gerekir. Örneğin, Bay (A)'nın, Bay (B)'nin korkutması sonucu ABC Spor Merkezi A.Ş'ye üye olduğunu ve üye olurken de kişisel verilerinden parmak izi ve kan grubunun işlenmesine açık rıza verdiğini kabul edelim. Bay (A)'nın ABC Spor Merkezi A.Ş ile yaptığı sözleşmeyi onaması halinde düzelebilir hükümsüz sözleşme ilk yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Bu sözleşmeye dayalı olarak taraflar hak ve borç altına girerler. Bay (A), bu sözleşmeye dayalı olarak ABC Spor Merkezi A.Ş'ye her ay kullanım için belli bir para borcu altına girer. Burada üzerinde durulması gereken husus, Bay (A)'nın parmak izi ve kan grubunun işlenmesi için verdiği korkutmaya dayalı rızanın geçerli hâle gelip gelmediğidir. Açık rıza verilirken kişinin özgür iradesine dayanmadığından kişisel verisini veren kişi tarafından daha sonra verilen "onama" da sakat iradeyi geçerli iradeye dönüştürmeyecektir.

TBK anlamında irade bozukluklarından "korkutma" halinden bahsedebilmemiz için korkutulan kişinin kendisine veya yakınlarına karşı ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin söz konusu olması gerekir (TBK md 38/f.1). Oysa ki, TBK'da düzenlenen "korkutmanın koşulları" gerçekleşmese bile tüketici herhangi bir baskıdan dolayı kişisel verisinin işlenmesine açık rıza veriyorsa, verilen açık rıza, KVKK gereğince geçersiz olacaktır. Geçersizliğin türü de kesin hükümsüzlüktür.

Tüketicinin hiçbir baskı altında kalmamasından anlaşılması gereken husus, tüketicinin açık rızasını vermemesi hâlinde herhangi bir olumsuz durum veya tutumla karşılaşma endişesini taşımamasıdır. Örneğin, tüketici kişisel verisini vermediğinde taraf olduğu sözleşmeye konu ürünü satın alabileceğini biliyor ama yapılan kampanya çekilişinden yararlanmama endişesini taşıyorsa, tüketicinin özgür iradesiyle açık rıza vermediği sonucuna varılmalıdır. Bu nedenle tüketicinin taşıyacağı endişe ile verilen açık rıza arasında uygun nedensellik bağı varsa verilen rıza geçersiz olacaktır. Geçersizliğin türü de kesin hükümsüzlüktür.

İrade bozukluklarından "yanılma" halinde yanılmaya düşen tarafın sözleşme ile bağlı olmaması için yanılmanın "esaslı" olması aranmaktadır (TBK md 30). Yanılmanın esaslı olmaması durumunda yanılmaya düşen taraf kural olarak sözleşme ile bağlıdır. Saikte yanılma da

kural olarak esaslı yanılma sayılmaz ancak saikin sözleşmenin temelini teşkil etmesi durumunda ve saikte yanılmanın dürüstlük kuralı gereğince kabul edilebilir olması halinde esaslı yanılma olarak kabul edilebilmesi mümkündür (TBK md 32). Kişi, kişisel verilerinin işlenmesi için vermiş olduğu açık rızasını açıklarken herhangi bir hususta yanılması halinde verilen açık rıza geçersiz olacaktır. Bir diğer ifade ile yanılmasının esaslı olması aranmayacaktır. Burada üzerinde durulması gereken kriter, yanılma ile verilen açık rıza arasında nedensellik bağının kurulabilmesidir.

GDPR’da verilen rızanın geri alınması da düzenlenmiştir. Şöyle ki; veri sahibi, rızasını istediği zaman geri çekme hakkına sahiptir. Rızanın geri çekilmesi, geri çekilmeden önce rızaya dayalı işlemin yasallığını etkilemez. Rıza vermek kadar geri çekmek de kolay olmalıdır (GDPR md 7/3). KVKK’da rızanın geri alınması hususu düzenlenmemiştir. 28.10.2017 tarih ve 30224 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmeliğin (RG-28/4/2019-30758) 12. maddesinde, kişisel verileri ilgili kişinin talep etmesi durumunda silme ve yok etme süreleri düzenlenmiştir. Düzenleme gereğince, KVKK md 11<sup>53</sup> ve 13<sup>54</sup> kapsamında, ilgili

<sup>53</sup> KVKK md 11’in getirdiği düzenleme şu şekildedir: “(1) Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir”.

<sup>54</sup> KVKK md 13’ün getirdiği düzenleme şu şekildedir:“(1) İlgili kişi, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletir. (2) Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. Ancak, işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde, Kurulca belirlenen tarifedeki ücret alınabilir. (3) Veri sorumlusu talebi kabul eder veya gerekçesini açıklayarak reddeder ve cevabını ilgili kişiye yazılı olarak veya elektronik or-

kişi, veri sorumlusuna başvurarak kendisine ait kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep edebilir. Bu talep hâlinde, KVSYEAHGHY’de üç farklı ihtimâl düzenlenmiştir.

Birinci ihtimâl, kişisel veri işleme şartlarının tamamen ortadan kalkmasına ilişkindir. Bu durumda veri sorumlusu talebe konu kişisel verileri en geç otuz gün içinde siler, yok eder veya anonim hale getirir ve mevcut duruma ilişkin ilgili kişiye bilgi vermelidir (KVSYEAHGHY md 12/a).

İkinci ihtimâl, kişisel verinin üçüncü kişiye aktarılmış olmasına ilişkindir. İşlenme şartları tamamen ortadan kalkan kişisel veri üçüncü kişilere aktarılmışsa veri sorumlusu kendisine yöneltilen talebi üçüncü kişiye bildirir ve talebin yerine getirilmesi için gerekli işlemlerin yapılmasını temin eder. (KVSYEAHGHY md 12/b).

Üçüncü ihtimâl, kişisel verinin işlenme şartlarının tamamen ortadan kalkmamasına ilişkindir. Veri sorumlusu, en geç otuz gün içinde yazılı veya elektronik ortamda kişisel verileri işleme şartlarının tamamen ortadan kalkmadığını gerekçe göstererek talebi reddedebilir. (KVSYEAHGHY md 12/c).

### **B) Tüketicinin seçim imkânı tanınmalıdır**

Tüketicinin, bir mal veya hizmetten yararlanmak için taraf olduğu sözleşme kapsamında özgür iradesinden bahsedilmesi için, seçim imkânına sahip olması gerekir. Örneğin, tüketici Bay (A)’nın üye olduğu ABC Spor Merkezi A.Ş.’nin güvenlik nedeniyle “parmak izi sistemini” kullandığını kabul edelim. Kullanılan sistem sayesinde güvenlik önemleri üst seviyede tutulmakta ve spor merkezine üye olmayan kişilerin girmesine engel olunmaktadır<sup>55</sup>. Bu sistem sayesinde giriş ve çıkışlarda

---

tamda bildirir. Başvuruda yer alan talebin kabul edilmesi hâlinde veri sorumlusunca gereği yerine getirilir. Başvurunun veri sorumlusunun hatasından kaynaklanması hâlinde alınan ücret ilgiliye iade edilir”.

<sup>55</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kurumu 27.02.2020 tarih ve 2020/167 sayılı kararı. (ET:01.07.2020, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6738/2020-167>). “Bu kapsamda, spor salonuna giriş için el ve parmak izi taraması sisteminin, üyelerin açık rızası olsa bile hizmetten faydalanmak için üyelere sunulmasının, kişisel verilerin işlenmesinde ölçülülük ilkesi ışığında ilgili kişilerden minimum düzeyde veri talep etme ilkesi ile uyumlu olmadığı değerlendirilmiştir”.

ayrıca güvenlik personeli çalıştırılmamakta ve dolayısıyla maliyet konusunda tasarrufta bulunmaktadır. Spor merkezi yönetimi tarafından getirilen sistemin yararlı birçok yönünü saymak mümkündür. İnceleme konumuz nedeni ile cevaplanması gereken soru, tüketicinin kendisinden parmak izi istendiğinde, nedenleri makul ve meşru olmasına rağmen, kendisine başkaca bir alternatif sunulmaması nedeniyle tüketicinin açık rızasını dış dünyaya yansıttığının kabul edilip edilemeyeceğidir. Kanaatimizce, bu durumda tüketicinin özgür iradesi ile açık rıza verdiğini kabul etmemiz gerekir. Tüketiciden kişisel verisi talep edilirken, makul ve yararı sebeplerin bulunması yeterli değildir. Makul ve yararlı sebeplerin bulunmadığı durumlarda zaten açık rızanın talep edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de tüketiciye mümkün alternatifler sunulmalıdır. Örneğin, tüketiciye, kartla giriş imkânı sunulmalı ve bu imkânı kullanabilmesine herhangi bir sınırlama getirilmemelidir. Seçim imkânına sahip tüketicinin, kart taşıma külfetinden kurtulma veya daha güvenliği olduğunu düşündüğü için parmak izini vermesi, tüketicinin özgür iradesinin varlığını gösterebilir. Vermiş olduğumuz örneği geliştirebiliriz. Aynı spor merkezinin retina tanıma sistemine dayalı olarak merkeze giriş yapabilmesi ihtimâlini getirebilmesi de mümkündür. Bu ihtimâli değerlendirecek olan kişi de tüketicidir. Tüketici dilerse kendisine ait bir kişisel veri olan retinasına ilişkin verinin de işlenmesine izin verebilir.

Tüketicinin taraf olduğu sözleşme ilişkisinde, kişisel verisini vermesi sözleşmenin bir unsuru hâline getirilmişse, bu durumda nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği hususunun da aydınlatılması gerekir. Vermiş olduğumuz örnekte bir değişikliğe giderek durumu netleştirebiliriz. ABC Spor Merkezi A.Ş, son bir yıldır güvenlik nedeniyle parmak izi sistemi ile giriş ve çıkış yapılan bir spor merkezi olduğu varsayımından hareket edelim. Bay (A) da bu spor merkezine üye olmak istiyor. Bay (A)'nın incelediği sözleşmenin kuruluş şartları arasında "parmak izini verilmesi"nin gösterilmiş olduğunu kabul edelim<sup>56</sup>. Sözleşmeye

<sup>56</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kurumu'nun 25.03.2019 tarih ve 2019/81 sayılı kararı. (ET:01.07.2020). <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165>). "...kişisel veri sahibinin seçim özgürlüğünü etki altında bırakıyorsa, bu durumda rızanın özgürce verildiğini söylemenin mümkün bulunmadığı, somut olayda da özel nitelikli kişisel

konulan bu şartla ilgili şirketin başta güvenlik, maliyet ve satış politikaları açısından son derece önemli sebeplerinin olduğunu kabul edelim. Mevcut durumda tüketicinin o spor merkezine üye olması zorunlu değildir. Aynı hizmeti veren başka şirketlerde vardır. Başka bir spor merkezin gitmeyi tercih edebilir düşüncesi de akıllara gelebilir.

Bütün bu değerlendirmeler de asıl çözüm bekleyen sorun kişisel verinin bir sözleşmenin kuruluş şartı hâline getirilebilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Kişisel veri işlemenin öncelikli olarak sözleşmenin amacına hizmet etmesi gerekir<sup>57</sup>. Sözleşmenin kuruluşu için zorunlu olmayan kişisel veri, sözleşmenin kuruluş şartı hâline getirilmesi veya sözleşmenin ifası şartı haline getirilmesi durumunda verilen rıza geçersiz olacaktır<sup>58</sup>. Bu durumlarda kişisel verinin işlenmesine ilişkin irade, bir zorlama ile alınmaktadır<sup>59</sup>. Bir başka ifadeyle, rıza diğer “şart ve koşullardan” ayrı tutulmalı ve hizmet için gerekli olmadığı sürece ön şart olarak ileri sürülmemelidir<sup>60</sup>. Kanaatimizce, tüketici hukukunda kişisel verilerin verilmesi kural olarak sözleşmenin kuruluş şartı hâline getirilemez. Bu kuralın istisnasından bahsedebilmek için kişisel verinin alınmasının sözleşmenin kuruluşu için zorunlu olması gerekir. Seçim imkânını ortadan kaldıran tek tip düzenlemelerin nedenleri ve faydalarının varlığı, vardığımız sonucu değiştirmeyecektir. Bay (A), böyle bir sözleşmeye taraf olsa ve kişisel verisini sözleşmenin tarafı olan şirket ile paylaşırsa bile tüketicinin özgür iradesinden bahsedemeyiz.

Çerez kullanımının kabulü koşula bağlanırsa verilen açık rızanın geçerliliğinden bahsedilemez. Çerez kullanımının koşula bağlanması ile

---

veri olan avuç içi izinin alınmasına onay verilmesinin sözleşmenin kurulması için zorunlu bir şart olarak sunulduğu ve dolayısıyla üyeler tarafından verilen açık rızanın özgür iradeye dayalı olduğunun söylenemeyeceği belirtilmiş ve veri sorumluları hakkında cezai işlem uygulanmıştır”.

<sup>57</sup> ANİ, s. 109.

<sup>58</sup> YÜCEDAĞ, s. 774.

<sup>59</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, s. 27. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf>. (ET: 11.03.2020).

<sup>60</sup> TAYLOR, s. 2.

birlikte elde edilen verinin kullanılacağı alanda belirsiz hâle gelmektedir<sup>61</sup>.

GDPR md 7/4'de sözleşme kapsamında alınan rızanın sözleşme açısından gerekli olup olmadığı hususuna ilişkin olarak açık bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme gereğince, özgürce rıza verilir verilemediği değerlendirilirken, diğer unsurların yanı sıra, bir hizmetin sağlanması da dâhil olmak üzere bir sözleşmenin ifasının gerçekleştirilmesi için gerekli olmayan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin rıza olup olmadığına azami ölçüde dikkat edilmelidir.

## VI. Açık Rızanın Şekli

KVKK ve GDPR'da açık rızanın şekli konusunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

Rızanın nasıl alınacağına ilişkin düzenli bir uygulama da yoktur<sup>62</sup>.

Medeni hukukta rıza, işlem öncesi verildiği zaman "izin" kavramı ile ifade edilir, işlem sonrası rıza ise "onama" (icazet) kavramı ile ifade edilir. KVKK'da kullanılan "rıza" kavramından kastedilen Medeni Hukuk anlamında "izindir". Açık rızanın şekline ilişkin olarak değerlendirilmesi gereken temel sorun, örtülü irade beyanı ile açık rızanın verilemeyeceğidir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) md 1/1 gereğince, irade açıklaması, açık veya örtülü olabilir. Açık irade, irade beyanında bulunanın hiçbir yoruma gerek olmaksızın dış dünyaya yansıttığı iradenin anlaşılabilir olması anlamına gelir. Örtülü irade beyanı iki anlamda kullanılabilir<sup>63</sup>. Birincisi, "dar anlamda örtülü irade beyanı" ikincisi ise "geniş anlamda örtülü irade beyanıdır. Dar anlamda örtülü irade beyanından anlaşılması gereken "susmadır". Geniş anlamda örtülü irade beyanı ise iradenin dış dünyaya yansıdığını gösteren her türlü davranıştır. İradenin yazılı ve sözlü olarak ortaya konulmasıdır. Aktif veya pasif bir davranış şeklinde de ortaya çıkar.

Dar anlamda örtülü irade beyanı olan susmaya, kural olarak sonuç bağlanamaz, meğer ki, kanun, işin özelliği ve durumun gereğinden aksi

<sup>61</sup> TAŞKAYA/TALAY, s. 375.

<sup>62</sup> TAYLOR, s. 2.

<sup>63</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 19. Bası, Ankara 2015, s. 135.

anlaşılması olmasın. Hiç kimse sebep olmadığı bir öneriyi reddetmek zorunda değildir<sup>64</sup> ancak cevap vermek zorunda olan muhatabın susması, kabul sayılır<sup>65</sup>. Taraflar yaptıkları sözleşmede susmanın kabul anlamına geleceğini kararlaştırmışlarsa bu durumda susma örtülü kabul değil, açık kabul anlamına gelir<sup>66</sup>.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin veri sahibinin susma ile açık rızasını verebilmesi mümkün değildir. Geniş anlamda örtülü rızanın kişisel verilerin işlenmesinde geçerli bir rıza türü olup olmadığı tartışmalıdır<sup>67</sup>. GDPR kapsamında açık rızadan anlaşılması gereken, veri sahibinin beyanı veya aktif bir davranıştır. Bir diğer ifade ile açık rıza verilmesi, veri sahibinin herhangi bir şey yapmadan elde ettiği bir şeyden ziyade yaptığı bir şeydir<sup>68</sup>. İma edici davranışlar ile de rıza verilebilir<sup>69</sup>. Örneğin, “bu odaya girdiğinizde kameralarla görüntünüzün alınmasına rıza veriyorsunuz” uyarısını görmesine rağmen o odaya giren kişi sergilediği davranış ile rızasını vermiştir<sup>70</sup>. Dış dünyaya yansıyan herhangi bir eylem, veri öznesinin isteğini belirtecek kadar açık ve veri işleyen taraftan anlaşılabilir herhangi bir işaret olabilir<sup>71</sup>.

GDPR'nin açıklama bölümünün 32. Kısımında<sup>72</sup>, rızanın verilmiş şekline ilişkin önemli kriterler belirtilmiştir. Şöyle ki,

<sup>64</sup> “Qui ne dit mot ne consent pas” ilkesi, hiç kimse sebep olmadığı bir soruya cevap vermek zorunda değildir, anlamına gelir. (EREN, s. 257). Aynı ilke Mecelle’de de mevcuttur. Mecelle’nin 67. maddesi gereğince, “Sâkit’e bir söz isnad olunmaz. Lâkin ma’rız hâcette sükût beyandır”. Bu düzenleme ile kastedilen şudur: “Susan (sükut eden) kimseye “şu sözü söylemiş oldu” denilmez, lâkin söyleyecek yerde susması (sükut etmesi) ikrar ve beyan addolunur. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 147.

<sup>65</sup> EREN, s. 256.

<sup>66</sup> EREN, s.257.

<sup>67</sup> SCHERMER/CUSTERS/VAN DER HOF,.s. 175, Taylor, s. 3.

<sup>68</sup> IT Governance Privacy Team, s. 209.

<sup>69</sup> WATTS, s. 3.

<sup>70</sup> SCHERMER/CUSTERS/VAN DER HOF, s. 175.

<sup>71</sup> SCHERMER/CUSTERS/VAN DER HOF, s. 175; TÜRKMEN, s. 115.

<sup>72</sup> General Data Protection Regulation Recital No. 32. <https://gdpr-info.eu/recitals/no-32>. (ET:14.03.2020).



i) Rıza, beyan veya aktif bir davranışla verilebilir. Sözlü veya elektronik yolla veri sahibi rıza verebilir.

ii) Susma veya önceden işaretlenmiş kutulardaki işareti kaldırma halinde veri sahibinin rıza verdiğiinden bahsedilemez.

iii) Veri sahibi, rızasını elektronik yollarla verecekse veri sahibinden rızası talep edilirken talebin açık, özlü ve gerekli olması gerekir.

ABAD'ın Planet49 kararı konuya ilişkin emsal karar niteliğindedir<sup>73</sup>. Planet49, 24 Eylül 2013'te www.dein-macbook.de isimli web sitesinde bir çekiliş düzenlemiştir. Çekilişe katılmak isteyen kullanıcılardan posta kodlarını girmeleri istenmiş ve kullanıcılar daha sonra isim ve adreslerini girmelerinin istendiği başka bir web sayfasına yönlendirilmişlerdir. İsim ve adres kutucuklarının altında biri önceden işaretlenmiş iki adet kutucuk gösterilmiştir. Bu kutucularla, katılanların, kutucuklardaki işaretleri kaldırmadıkları takdirde belli konulara ilişkin rıza vermiş sayılacakları belirtilmektedir.

Dava öncesi gönderilen ancak cevaplanmayan bir mektupta Alman Tüketici Organizasyonları Federasyonu, Planet49 tarafından kutucuklar aracılığıyla talep edilen rızaların ulusal hukukun gerekliliklerini karşılamadığını iddia etmiştir. Daha sonra Federasyon yerel mahkemede, dava açarak Planet49'un bu tarz bildirimler kullanmasının durdurulmasını talep etmiştir. Yerel mahkeme taleplerin bir kısmını kabul etmiştir.

Planet49 tarafından itiraz edilen karar neticesinde Bölgesel Yüksek Mahkeme, Federasyon'un, Planet49'un uygulamasını durdurma talebinin dayanaksız olduğunu zira, kullanıcının önceden işaretlenmiş kutucuktaki işareti kaldırabileceğini ve metnin yeterince açık olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, çerez kullanımına bilgi verilmeksizin ulaşılabildiği hâlde kullanıcıların ayrıca çerezler için onay verdiği belirtilmiştir.

Federal Mahkeme'ye yapılan başvuru üzerine, Planet49'un internet kullanıcılarından önceden işaretlenmiş kutucuk ile almış olduğu rızanın, geçerli olup olmadığına ilişkin olarak Federal mahkeme, yargı-

<sup>73</sup> Judgment of 1 October 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218462&pageInIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2645649>. (ET:16.01.2020).

lama esnasında şu soruları ABAD'a yöneltmiştir: "(a) Önceden işaretlenmiş ve rıza vermemek için kullanıcının işareti kaldırmak durumunda olduğu kutular ile bilgi depolama veya kullanıcının cihazında depolanmış bilgiye ulaşım, geçerli bir rıza oluşturur mu? (c) Soru 1(a)'da bahsi geçen durumlarda, GDPR kapsamında geçerli bir rıza oluşur mu?"

ABAD, internet kullanıcısının önceden seçilmiş bir kutucuktaki işareti kaldırarak rıza vermesi durumunda verilen rızanın geçerli olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca, çerezlerin de kişisel veri olduğunu çünkü çerezleri veren kullanıcıları belirlemeye yarar bilgilerin çerezleri toplayan Planet49 olduğunu belirtmiştir.

### SONUÇ

Özel hayatın gizliliğin korunması başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması için kişisel verilere anayasal düzeyde bir koruma getirilmiştir. KVKK'da, veri öznesinin kişisel özellikleri dikkate alınarak düzenlemeler getirilmemiştir. Kanun koyucu, çerçeve hükümlere yer vermeyi tercih etmiştir.

Kişisel veri koruma hukukunun asıl amacı, kişisel verileri korumaktır. Kişisel verileri işlemek kural olarak yasaktır. Bu kuralın en önemli istisnalarından biri, veri öznesinin rızasıdır. KVKK'da genel nitelikli ve özel nitelikli kişisel veri ayrımı yapılmışsa da her iki tip verinin işlenmesinde "açık rıza" aranmıştır. Açık rızanın verilmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Dar anlamda örtülü rıza ile yani susma ile açık rızanın verilebilmesi mümkün değildir. Dış dünyaya yansıyan iradenin aktif bir davranışla ortaya konulması hâlinde geniş anlamda örtülü davranışla açık rızanın verilebilmesi mümkündür.

Kişisel verilerin korunması, birden fazla hukuk dalının kesişme noktasında yer almaktadır. Kişisel veri koruma hukuk dalının amacına ulaşabilmesi için diğer yasal düzenlemeler ile ilişkisi de incelenmelidir. KVKK, gerçek kişinin kişisel verilerini korumak amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Gerçek kişi tacir de olsa tüketici de olsa KVKK tarafından getirilen korumadan yararlanacaktır. Örneğin, elektronik iletilere ilişkin ETDHK tarafından özel düzenlemeler getirilmiştir. ETDHK gereğince, tacir ve esnaflardan onay alınmadan elektronik ticarî ileti gönderilebilmesi mümkündür. Burada göz ardı edilmemesi gereken husus şudur:

Kişisel verinin elde edilmesi ve işlenmesi birbirinden farklı hususlardır. Bu nedenle de ETDHK kapsamında gerçek kişi tacir veya esnafın cep telefonuna gönderilecek elektronik ticari ileti için öncelikli olarak kişisel bir veri olan cep telefonunun elektronik ileti gönderecek kişi tarafından KVKK'ya uygun olarak elde edilmesi gerekir.

Kişisel veri öznesinin tüketici olması durumunda THKK'nın tüketici için getirmiş olduğu koruyucu hükümlerin, KVKK'nın uygulanmasında doğrudan uygulama alanı bulması gerekir. Özellikle, kişisel verilerin işlenmesi için aranan "açık rızanın" uygulamasında bu iki hukuk dalının ilişkisi büyük önem kazanmaktadır. Açık rızanın unsurlarının ne olduğu KVKK'da düzenlenmiştir. "Bu unsurlar niteliği gereği çerçevedir". O nedenle de her bir unsur somut olaya ilişkin olarak değerlendirilmelidir. Veri öznesinin tüketici olması durumunda öncelikli olarak tüketici ile veri işleyen arasındaki "güç dengesizliği" dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Veri öznesinin tüketici olması hâlinde tüketicinin özgür iradesiyle hareket etmediği karine olarak kabul edilmelidir. Tüketicinin birçok kişisel verisi aynı zamanda ekonomik bir değeri ifade etmektedir. Mal ve hizmet sağlayıcıları mümkün olan her fırsatta tüketicinin kişisel verisini işlemek isterler. Tüketicinin verdiği açık rızanın geçerliliği değerlendirilirken bu hususların dikkat alınması gerekir.

Yaygınlaşan e-ticaret uygulamaları nedeniyle tüketici işlemleri de yaygın olarak internet üzerinden yapılmaktadır. Birçok internet sitesine girilince çerez uygulamaları ile karşılaşmaktayız. Çerez uygulamaları, kişisel veri koruma hukukunu tehdit eder boyutlara ulaşmaktadır. Çerezleri elde edenler, çerezler aracılığıyla gerçek kişiyi belirleyemedikleri gerekçesiyle alınacak rızanın KVKK kapsamında olmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Oysa ki, gelişen teknoloji beraberinde her türlü bilgiye erişimi de kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle de kanunda değişikliğe gidilerek, çerezleri kişisel veri olarak kabul etmek, menfaatler dengesine en uygun olan çözümdür. Getirilecek düzenlemede çerezin kişisel veri olmadığını ispat külfetini çerezi talep edenin yüklenmesi durumunda sorun büyük oranda çözülecektir.

## KAYNAKLAR

- AKSOY, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.
- ANI, Nevzat Ali, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Açık Rıza, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- AVCI-BRAUN, Cihan, Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XV, S.1, Y.2018, s. 13-34.
- AVCI, Yasemin, Kişisel Verilerin Korunması, SÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.
- BAYINDIR, Hamza, "Özel Sağlık Kurumları Kapsamında Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Korunması", İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- CLARK, James vd. California's Consumer Privacy Act and the GDPR - where do they overlap?, P. & D.P. 2018, 18(7),7-9. <http://icproxy.khas.edu.tr/login?url=http://icproxy.khas.edu.tr:2092/login.aspx?direct=true&db=edsfst&AN=edsfst.2438061&lang=tr&site=eds-live>.
- ÇEKİN, Mesut Serdar, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2019.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 19. Bası, Ankara 2015.
- HAN, Işık Aslı, Kişisel Verilerin İşlenmesi Bağlamında Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Veri Sahibinin Rızası, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 417-461.
- HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.
- IT GOVERNANCE PRIVACY TEAM, EU General Data Protection Regulation (GDPR): an implementation and compliance guide. IT Governance Ltd, 2017.

- KESER BERBER, Leyla/ATABEY, Ayça/MERT, Melis, E-Gizlilik Tüzük Taslağının Son Versiyonu Üzerine Düşünceler, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 66-74.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- PURTOVA, Nadezhda. The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law, *Law, Innovation and Technology*, 2018. 10:1, s. 40-81, DOI: 10.1080/17579961.2018.1452176 <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17579961.2018.1452176>.
- SCHERMER, Bart W., CUSTERS, Bart, VAN DER HOF, Simone. "The crisis of consent: How stronger legal protection may lead to weaker consent in data protection." *Ethics and Information Technology* (ET.: 16.2.2014).
- SELEK, Ozan, *Genel Veri Koruma Tüzüğü Işığında Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza Açıklaması*, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, C. 21, S.2, Y.2019, s. 911-951.
- SİRMEN, Lale, *Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri*, Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, C. III, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi Vol 8 Özel Sayı, s.2465-2475.
- TAŞKAYA, Merih/TALAY, Ömür, *Dijital Gözetimin Pazarlama Amaçlı Aracıları: "Çerezler" ve Çerez Kullanımında "Açık Rıza"*, Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Y.2019, S. 31, s. 356-376. (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/akil/issue/47030/534603>, ET: 05/02/2020).

TAYLOR, Chantelle, UK regulator's guidance on GDPR consent - is the definition any clearer?, P. & D.P. 2017, 17(5), s. 13-15.

TÜRKMEN, Sevgi, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

UTZ, Christine, et al. (Un) informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in theField. In: Proceedings of the 2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security, 2019. p. 973-990. <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3319535.3354212>.

WATTS, Mark. Consent vs legitimate interest: Part 1, P. & D.P. 2018, 19(2), s. 7-9. <https://www.pdpjournals.com/overview-privacy-and-data-protection>.

YÜCEDAĞ, Nafiye, Medeni Hukuk Açısında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri, İÜHFM C. LXXV, S. 2017, s. 765-790.

ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

ZOR, Abdülhamid, Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülükleri İhlâlden Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.

### **ABAD KARARLARI**

Judgment of 1 October 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218462&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2645649>.

Judgment of 20 December 2017, Nowak, C-434/16, EU:C:2017:994 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198059&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2695698>.

Judgment of 19 October 2016, Breyer, C-582/14, EU:C:2016:779 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=184668&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2725971>.

## YASAL METİNLER

Charter Of Fundamental Rights Of The European Union 2012/C 326/02

<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>.

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>.

“Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with regard to the Processing of Personal data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)”, <http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679> (ET:02.01.2020).

General Data Protection Regulation Recitals <https://gdpr-info.eu/recitals/>.

## İNTERNET KAYNAKLARI

Article 29 Working Party Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc\\_id=51030](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030).

Article 29 Working Party, Opinion 15/2011 on the definition of consent [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf).

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, 2018 <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/0517c528-a43d-49f5-b1eb-33dc666cb938.pdf>.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, s. 27 <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (ET: 26/01/2020).

What is considered personal data under the EU GDPR? <https://gdpr.eu/eu-gdpr-personal-data> (ET: 02/01/2020).





## TÜRK HUKUKUNDA KORUYUCU AİLE SÖZLEŞMESİ VE KORUYUCU AİLE İLE ÇOCUK ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Nur KILINÇ \*

### Öz

Türkiye’de son yıllarda çocuk koruma sisteminde koruyucu aile bakımı teşvik edilmektedir. Resmi istatistiklere göre, korunmaya ihtiyacı olan çocukların koruyucu aile yanına yerleştirilme oranı artmıştır. Bu artışa paralel şekilde, koruyucu aile müessesesi ile ilişkili uyumsuzlukların artması beklenmektedir. Bu çalışmada koruyucu aileyle yanına yerleştirilen çocuk arasındaki ilişkinin hukuken değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Türk hukukunda çocuğun bakımında asli sorumluluk velâyet hakkı sahibi ana ve babanıdır. Ancak çocuğun korunması amacıyla hâkim kararıyla ana ve babasından alınarak aile yanına yerleştirilmesi de mümkündür. Koruyucu aile sözleşmesi, bu çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesini konu edinen ve Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü ile koruyucu aile arasında imzalanan sözleşmedir. Çocuk, bu sözleşmeyle koruyucu ailenin “ev düzenine” tabi olur. Bu ilişki kural olarak “özel hayata saygı gösterilmesi hakkı” kapsamında korunmaktayken; istisnâ olarak “aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı” kapsamında korunur. Yine bu istisnâ hâllerde, koruyucu aileyle çocuğun birbirinin hukukî anlamda “yakını” sayılması gerekir.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ ayse.kilinc@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0001-8190-6557

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: KILINÇ Ayşe Nur, “Türk Hukukunda Koruyucu Aile Sözleşmesi ve Koruyucu Aile ile Çocuk Arasındaki Hukukî İlişkinin Değerlendirilmesi”, *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1217-1261.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Koruyucu Aile • Korunmaya İhtiyacı Olan Çocuk • Korunma Kararı  
• Ev Düzeni • Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı

## THE FOSTER CARE CONTRACT UNDER TURKISH LAW AND AN EVALUATION OF THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE FOSTER PARENTS AND THE FOSTER CHILD

### Abstract

Recently, the foster care has been promoted in Turkish child protection system. Accordingly, it's expected that the number of the legal conflicts regarding this issue will increase. This article aims at evaluating the legal nature of the relationship between the parties. Under Turkish law, the parents are responsible for the care of their children. Only when it's necessary, the children in need of protection are placed into the foster care by the courts. Thereupon the foster care contract's signed between the foster parents and the authorities. It's concluded that as the foster child is within the household, the foster parents are the head of the household. Also, as a rule, this relationship is subject to "the right to respect for private life", but in only exceptional cases it is subject to "the right to respect for family life". Finally, this relation between the parties might be considered as a close personal relationship in terms of law.

### Key Words

Foster Parents • Children in Need of Protection • Protection Order • Authority within the Household • The Right to Respect for Private and Family Life

## I. GİRİŞ

Çağdaş hukuk sistemlerinde çocuğun ana ve babasıyla yaşama hakkı güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte ana ve babanın çocuğu ihmal ettiği, sömürdüğü yahut şiddete maruz bıraktığı hâllerde çocuğun aile içinde kalması üstün yararına aykırı olur. Bunun yanında çocuğun ana ve babasının belli olmaması, onlar tarafından terk edilmesi gibi sürekli olarak aile ortamından yoksun kaldığı hâller de olabilir. Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin tarafı olan çağdaş devletlerin, bu hâllerde çocuğun korunmasına yönelik tedbirleri alıp teşkilatı kurma görevi bulunur. Sözleşmeyi imzalayıp onaylayan

<sup>1</sup> Sözleşme için bkz. <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf> , s.e.t. 22.04.2020.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasası'nda da her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma hakkı ile yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı güvence altına alınmıştır (m. 41).

Bilimsel araştırmalarda çocuğun bakımında aile ortamının en uygun yer olduğu kanıtlanmıştır<sup>2</sup>. Bu sebeple çocuğun öncelikle ana ve babası yanında korunmasına önem verilir. Çocuğun devlet korumasına alınması gerektiğinde ise, koruyucu aile gibi aile temelli bakım hizmetleri kurum bakımına tercih edilir<sup>3</sup>. Oysa korunmaya ihtiyacı olan her çocuğun değil; özellikle güven ve saygı temelinde uzun süreli bağlanma ihtiyacı içinde olan küçük yaş grubundaki (özellikle üç-beş yaş altı) çocukların koruyucu aile yanına ya da aile benzeri ortamlara yerleştirilmesi önemlidir. Zira bu çocuklar açısından kurum bakımı uzun dönemde topluma uyum sağlamayı güçleştirir<sup>4</sup>. Öyleyse çocuk koruma sisteminde koruyucu aile ile kurum bakımı birbirini tamamlayan iki sütundur. Her iki bakıma uygun farklı çocuklar vardır.

<sup>2</sup> Akyüz, Emine: "Velâyet, Çocuğun Korunması ve Koruyucu Aile Hizmeti", Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, (Editör: Erol, Neşe), Ankara 2008, s.108. 2004 yılında Ankara'da 6-17 yaşlarındaki çocuklar üzerinde yapılan bir çalışmada ailesi yanında yaşayan çocuklarda davranış sorunu görülme sıklığının %9,7, koruyucu aile yanındakilerde %12,9 ve kurum bakımındakilerde ise %43,5 olduğu tespit edilmiştir. Kurum bakımından koruyucu aileye geçiş olumludur (Üstüner, Seval/Erol, Neşe/Şimşek, Zeynep: "Koruyucu Aile Bakımı Altındaki Çocukların Davranış ve Duygusal Sorunları", Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi, C.12, Sa.3, 2005, s.133, 138-139). Bu iki bakımın uzun dönemli sonuçları incelendiğinde koruyucu aile bakımından yararlananların eğitim ve hayat başarısı daha yüksek bulunmuştur (Erol, Neşe/Şimşek, Zeynep: "Korunma Gereksinimi Olan Çocuklar; Kurum Bakımı ve Koruyucu Aile Sistemi", Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, (Editör: Erol, Neşe), Ankara 2008, s. 151-152).

<sup>3</sup> Konanç, Esin: "Türk Hukuk Sisteminde Çocuğun Korunması", Türkiye'de Çocuğun Durumu, Ankara 1989, s.21; Akyüz, 109; Karataş, Ceylan Pınar: "Aile Yanında Hizmet", Sosyal Hizmet, 2018/I, Ocak Haziran 2018, s. 48.

<sup>4</sup> Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 7 (2005) Erken Çocukluk Döneminde Çocuk Haklarının Uygulanması için bkz. Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, s.29. Diğer taraftan araştırmalara göre korunmaya ihtiyacı olan ergenler açısından ne koruyucu aile yanına ne de büyük bakım kurumlarına yerleştirme olumludur (Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 20 (2017) Ergenlikte Çocuk Haklarının Uygulanması için bkz. Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, s. 23).

Somut olayda çocuğun yüksek menfaati hangi bakım türünü gerektiriyorsa o tercih edilmelidir<sup>5</sup>.

Son zamanlarda Türkiye’de de küçük yaşlardaki korunmaya ihtiyacı olan çocukların topluma kazandırılabilmesi için, koruyucu aile müessesesinin tanıtımı yapılmakta ve toplum koruyucu aile olmaya özendirilmektedir. Zira Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin tarafı olan Türkiye de, AB üyesi devletlerde olduğu gibi<sup>6</sup>, çocuk koruma sistemini sözleşmedeki ilkelere uygun şekilde geliştirmekle yükümlüdür. Resmi istatistiklere göre Türkiye’de 2015 yılında korunma kararlı çocukların %26,7’si koruyucu aile yanına yerleştirilmişken; 2018 yılı itibariyle hakkında korunma kararı alınan 20.682 çocuktan 6.468’i (% 31,2’si) bu bakımdan yararlandırılmıştır<sup>7</sup>. Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın 2020 yılının şubatında yaptığı bir açıklamaya göre, Türkiye’de 6.015 koruyucu ailenin yanında 7.312 çocuk bulunmaktadır<sup>8</sup>. Bu gelişmeler, Türkiye ve korunma kararlı küçük yaştaki çocuklar bakımından olumludur. Bu gelişmelere paralel şekilde, Türkiye’de 2015 yılından itibaren sosyal hizmetler, hukuk, eğitim ve öğretim, psikoloji, psikiyatri ve ev ekonomisi gibi disiplinlerde koruyucu aileye ilişkin çalışmalar da artış göstermiştir<sup>9</sup>.

Çocuk koruma sistemindeki gelişmeler neticesinde koruyucu aileyle ilgili hukukî uyumsuzlukların artması muhtemeldir. Bu çalışmada doktrindeki görüşlerden hareketle koruyucu aile sözleşmesinin hukukî

---

<sup>5</sup> Koşar, Nesrin G.: “Türkiye’de Çocuk Refahı Hizmetlerinin Dünü”, Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, (Editör: Erol, Neşe), Ankara 2008, s. 9,14.

<sup>6</sup> Avrupa çocuk hakları hukuku, büyük ölçüde Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesini esas alır. Nitekim AB üyesi devletlerin tamamı bu sözleşmeyi onaylamıştır. Avrupa Birliği de kendi yetki alanına giren konularda bu sözleşmedeki ilke ve hükümlere bağlı kalmalıdır (Çocuk Haklarıyla İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Kurumu ve Avrupa Konseyi, 2015, s. 25-26).

<sup>7</sup> <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/istatistikler/aile-ve-sosyal-politikalar-alanindaki-istatistikler/cocuk-hizmetleri-istatistikleri/>, s.e.t. 15.04.2010.

<sup>8</sup> <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/bakan-selcuk-koruyucu-aile-temelli-cocuk-koruma-sistemi-calistayi-25-26-subat-ta-duzenlenecek/>, s.e.t. 06.05.2020.

<sup>9</sup> Aydoğdu, Fatih: “Türkiye’de Koruyucu Aile Uygulaması ile İlgili Yapılmış Lisansüstü Tezlerin Değerlendirilmesi”, ISSS, C.5, Sa.53, 2019, s. 7487-7488.

niteliği belirlenmekte, özellikle koruyucu aileyle yanındaki çocuk arasındaki hukukî ilişki değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Bu amaçla aşağıda önce koruyucu aile müessesesine ilişkin mevzuat ortaya konulmaktadır.

## II. TÜRK HUKUKUNDA KORUYUCU AİLE MÜESSESİNE İLİŞKİN MEVZUAT

Türk hukukunda çocuk koruma sistemi, çağdaş sistemlerdeki gibi, uluslararası sözleşmeler ve yasalarla düzenlenmiştir<sup>10</sup>. Bu bağlamda önce Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin taraf devletlere bu müesseseye yönelik hangi yükümlülükleri yüklediği incelenmelidir. Bu Sözleşme, Türkiye tarafından 14 Eylül 1990 tarihinde imzalanmış, 9 Aralık 1994 tarihinde çekince koyularak onaylanmış<sup>11</sup> ve Anayasa m. 90'a göre iç hukuk normu hâlini almıştır<sup>12</sup>.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, çocuğun sürekli veya geçici olarak aile ortamından yoksun kalması durumunda ya da aile ortamında kalması çocuğun üstün yararına aykırı olduğu hâllerde çocuğa devlet tarafından özel koruma ve yardım sağlanması gereğini vurgular (m. 20/I). Taraf devletler, çocuğun ana ve babası, yasal temsilcisi veya başka kişi tarafından bakımı esnasında fiziksel veya zihinsel şiddete, ihmâle ve cinsel istismar dâhil her tür sömürüye karşı korunmasına yönelik tedbirleri almakla yükümlüdürler (m. 19). Dolayısıyla Sözleşme taraf devletlere korunma kararlı çocuklar için alternatif bakım sağlama yükümlülüğü getirmiştir. Alternatif bakım; koruyucu aile yanına yerleştirme, evlat edinme ya da çocuğun uygun bir kuruma yerleştirilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Ancak alternatif bakım esnasında çocuğun yetiştirilmesinde süreklilik korunarak etnik, dini, kültürel ve dil kimliğine saygı gösterilmelidir (m. 20/III).

<sup>10</sup> Elmacı, Davut: "Çocuk Korumada Sistem Yaklaşımı", Prof. Dr. Emine Akyüz'e Armağan Akademisyenlikte Elli Yıl, Ankara 2018, s. 178.

<sup>11</sup> 4058 sayılı Onay Kanunu için bkz. 11. 12.1994 tarih ve 22138 sayılı R.G.

<sup>12</sup> 27.01.1995 tarih ve 22184 sayılı R.G. Ayrıca bkz. Tanrıbilir, Feriha Bilge: Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011, s.69-96; Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, A. Cemal: Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, İstanbul 2019, s. 16-36.

Sözleşme’de çocuğun görüşlerine saygı gösterilmesi ilkesi de düzenlemiştir (m 12). Sözleşmeyi yorumlama ve taraf devletlerde uygulanışını denetleme yetkisine sahip olan<sup>13</sup> Çocuk Hakları Komitesi, çocuğun dinlenilme hakkına taraf devletlerce riayet edilmediğini tespit etmiştir. Taraf devletler çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesine ilişkin kararlarda olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüşlerini dinlemeli ve dikkate almalıdır<sup>14</sup>. Ayrıca Sözleşme’de her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana ve babası ile yaşama hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. Sadece kararları yargısal denetime tabi yetkili bir makam tarafından, kanunlara ve usulüne uygun şekilde, çocuğun üstün yararı gerektirdiği için, özellikle çocuğun ana ve babası tarafından ihmal edildiği veya sömürüldüğü hâllerde, çocuğun ana ve babasından alınmasına karar verilebilmelidir (m. 9).

Anayasa m. 41’in “*Ailenin korunması*” şeklindeki kenar başlığı 2010 yılında “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” olarak değiştirilmiş<sup>15</sup> ve çocuk hakları konusundaki temel ilkeler Türkiye’de anayasal güvence altına alınmıştır. Hüküm önceki hâliyle devlete, sadece çocukların korunması için gerekli tedbirleri alıp teşkilatı kurma görevi vermekteydi. Yeni hüküm ise, devleti, çocukları her türlü istismara ve şiddete karşı koruyucu tedbirler almakla yükümlü kılar. Ayrıca her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğunu belirtir.

Çağdaş hukuk sistemlerine paralel şekilde, Türk Medenî Kanunu’nda da çocuğun bakımı, eğitimi ve gelişimini sağlamak ile çocuğu korumak velâyetin kapsamı içindedir (m. 339 vd.). Ana ve baba velâyetten doğan görev, yetki ve haklarını kullanırken çocuğun yararı ilkesini gözetir. Bu yarar gözetilmediğinde, hâkime müdahale yetkisi tanınmıştır<sup>16</sup>. Buna göre çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye

<sup>13</sup> Özdemir/Ruhi, 18. Koruma mekanizmaları için bkz. Tanrıbilir, 66-69.

<sup>14</sup> Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorum No. 12 (2009) Çocuğun Görüşlerinin Dinlenmesi Hakkı için bkz. Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, s. 18.

<sup>15</sup> Bkz. 7/5/2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun m.4.

<sup>16</sup> Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2020, prg.1729; Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk

düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır (TMK m. 346)<sup>17</sup>. Hâkim çocuğun öncelikle ana ve babası yanında korunmasına yönelik hafif önlemleri alır. Çocuk Koruma Kanunu<sup>18</sup>'na (ÇKK) göre alınacak tedbirler de çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamayı amaçlar (m. 5/I). Ancak bu önlemlerden sonuç alınmazsa hâkim, takdir yetkisine dayanarak çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir (TMK m. 347)<sup>19</sup>. Benzer bir düzenleme ÇKK'de de bulunmaktadır (m. 5/I (c) bendi). Bu durumda ana ve babanın velâyet hakkı devam eder; sadece çocuğun oturma yerini belirleme hakkı ile çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde karar verme yetkisi sınırlanır<sup>20</sup>.

Esasen hâkim kararıyla da olsa çocuğun ana ve babasından ayrı yaşamak zorunda kalması gelişimini olumsuz etkiler. Bu sebeple hâkim, çocuğun ana ve babadan alınmasına karar verirken çok dikkatli olmalıdır. Özellikle ana baba bakımının çocuk açısından olumlu yönü kalmadığı ve çocuğun sağlıklı gelişimi için aileden uzaklaşması gerektiği hâllerle sınırlı olarak bu karar verilmelidir<sup>21</sup>. Yine bu karar

---

Burcu: Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2018, s.197; Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 22. Baskı, İstanbul 2020, s. 436; Akyüz, 57.

<sup>17</sup> Hâkim, bu hâlde, takdir yetkisini kullanarak, ana ve babaya uyarıda bulunup talimat verebileceği gibi uzman bir kişiyi veya kurumu ana babaya veya çocuğa rehberlik yapmak üzere görevlendirebilir. Bkz. Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s.1142-1146; Akyüz, 92-96; Usta, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul 2012, s.166; Grassinger, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul 2009, s.112-123; Dural/Öğüz/Gümüş, prg.1731; Akıntürk/Ateş, 436.

<sup>18</sup> 3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Kanun için bkz. 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı R.G.

<sup>19</sup> Hükümde aranan şartlar hakkında bkz. Akyüz, 97-100; Öztan, 1146-1152; Grassinger, 142-146. Ana ve babanın çocuğu okula göndermeyerek ağır işlerde çalıştırmaları, çocuk hasta olduğu hâlde onu tedavi ettirmemeleri, çocuğu dilencilığe, hırsızlığa ve uyuşturucu madde satıcılığına veya fuhşa teşvik etmeleri böyle hâllerdendir (Akıntürk/Ateş, 437).

<sup>20</sup> Grassinger, 141. Bu hâlde ana ve babanın çocuğu yetiştirme yetkileri ortadan kalkar (Dural/Öğüz/Gümüş, prg.1737).

<sup>21</sup> Akyüz, 97; Grassinger, 139. Çocuğun menfaatinin ön plânda tutulması, talilik, tamamlayıcılık ve orantılılık hâkimin göz önünde bulundurması gereken ilkelerdir.

verilirken görüşünü açıklayabilecek olgunluktaki çocuğun görüşleri dinlenmeli ve dikkate alınmalıdır<sup>22</sup>.

Türk Medenî Kanunu'na göre çocuğun ana babadan alınması gerektiği sonucuna varan hâkim, çocuğun ihtiyaçlarının bir başka aile yanında mı yoksa bir kurumda mı daha iyi karşılanacağını da takdir yetkisine dayanarak belirler<sup>23</sup>. Çocuk Koruma Kanunu'nda ise, çocuk hakkında alınan bakım tedbirlerinin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı (AÇSHB) tarafından çocuğun resmi veya özel kuruluşlara yerleştirilerek gerçekleştirileceği düzenlenmiştir (m. 10). Sosyal Hizmetler Kanunu'nda<sup>24</sup> (SHK) da hakkında korunma kararı alınmış çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinin ya bu Kanuna göre kurulmuş kurumlarda ya da AÇSHB'nin<sup>25</sup> denetim ve gözetiminde "Koruyucu Aile" tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir (m. 23). Dolayısıyla korunma kararlı çocuğun koruyucu aile yanına mı yoksa kuruma mı yerleştirileceği hususu uygulamada Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlükleri'nce belirlenir<sup>26</sup>. Doktrinde bir görüş çocuğun aile yanına yerleştirilmesine karar verildiğinde hâkimin önceliği çocuğun yakın çevresi ve akrabaları arasından uygun bir aileye vermesi gerektiğini ancak çocuğun yakın çevresinde böyle bir ailenin olmaması durumunda

---

İlkeler hakkında bkz. Öztan, 1136-1139; Grassinger, 98-105; Usta, Çocuk Hakları, 175-176.

<sup>22</sup> Öztan, 1133; Grassinger, 99. Bkz. Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 14 Çocuğun Yüksek Yararı Hakkının Öncelikli Olarak Dikkate Alınması (Madde 3, Paragraf 3) için bkz. Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, s. 20.

<sup>23</sup> Akıntürk/Ateş, 437; Akyüz, 100.

<sup>24</sup> Bkz. 27.05.1983 tarih ve 18059 sayılı R.G. Kanununun adı "Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu" iken, 3/6/2011 tarih ve 633 sayılı KHK ile "Sosyal Hizmetler Kanunu" olarak değiştirilmiştir (m.35).

<sup>25</sup> Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu 633 sayılı KHK ile kapatılmış (Geçici madde 1) ve mevzuatta bu Kuruma yapılan atıflar Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na yapılmış sayılmıştır (m.35). Ancak daha sonra 633 sayılı Kararnamenin adı "Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" şeklinde değiştirilmiş (2/7/2018 tarih ve 703 sayılı KHK m. 3) ve bahsedilen 35. madde de yürürlükten kaldırılmıştır. Nihayetinde mevzuatta Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığına yapılan atıflar Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına yapılmış sayılmaktadır (4/8/2018 tarih ve 30499 sayılı R.G.'de yayımlanan 15 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.4).

<sup>26</sup> Çocuğun kurum bakımına alındıktan sonra hangi hizmetten yararlanacağı ana ve babası ile yapılacak mesleki çalışma ile belirlenir (Karataş, 65-66).



koruyucu ailenin AÇSHB tarafından belirlenebileceğini belirtir<sup>27</sup>. Doktrinde diğer görüş ise, ikincil mevzuatın çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesine karar verilmesinde idareyi yetkili kılmasını Kanun'a ve Anayasa'ya aykırı bulur<sup>28</sup>.

Şu hâlde koruyucu aile müessesesinin Türk hukukundaki yasal dayanağını TMK m. 347, ÇKK m. 5/I (c) bendi ile SHK m. 22. ve 23 oluşturur. Ayrıca 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde AÇSHB'ye bağlı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasında koruyucu aile hizmetlerini koordine etmek sayılmıştır (m. 69)<sup>29</sup>. Son olarak koruyucu aile müessesesini tüm ayrıntılarıyla düzenleyen "Koruyucu Aile Yönetmeliği"<sup>30</sup> (KAY) yürürlüktedir.

Yukarıda Türk hukukunda koruyucu aileye ilişkin mevzuat kısaca açıklanmaktadır. Korunma kararlı çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi, AÇSHB tarafından uygunluğu belirlenen koruyucu aile ile il müdürlükleri arasında imzalanan koruyucu aile sözleşmesini mahalli mülki amirin onaylamasıyla gerçekleşir (KAY m. 4/I (m) bendi). Aşağıda koruyucu aile sözleşmesinin hukukî niteliği değerlendirilmektedir. Bunun için önce müesseseye ilişkin temel kavramlar açıklanmaktadır.

<sup>27</sup> Grassinger, 150-151; Gençcan, Ömer Uğur: Velâyet Hukuku Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar, Ankara 2015, s. 89.

<sup>28</sup> Usta Sayıta, Sevgi: Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi, İstanbul 1996, s.75. Koruyucu aile sözleşmesi, idare ile koruyucu aile arasında imzalanan sözleşmenin çocuk hâkimi tarafından onaylanmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğurmalıdır (Usta Sayıta, 77). Yürürlükteki Koruyucu Aile Yönetmeliğinin de yargı fonksiyonunu idari fonksiyona dönüştürdüğü ve bunun 1982 Anayasasının 7, 8 ve 9. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Zira koruyucu aileyi seçme, denetleme ile çocuğu koruyucu aileye yerleştirme konusundaki takdir yetkisi hâkime aittir (TMK m.347, ÇKK m. 5/I (c) bendi). Ancak ikincil mevzuat ile bu yetki idareye bırakılmıştır. Kanun ile yargıya verilen yetkinin idare tarafından kullanılmasına imkân tanınması fonksiyon gaspı olup, bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesine ve Anayasaya aykırıdır (Doğan, Recep: Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği", Ankara Barosu Dergisi, Sa.2, 2013 s.167-168).

<sup>29</sup> 10.07.2018 tarih ve 30474 sayılı R.G.

<sup>30</sup> 14.12.2012 tarih ve 28497 sayılı R.G.

### III. KORUYUCU AİLE SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

#### A. Koruyucu Aile

Korunma kararlı çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi “Koruyucu Aile” tarafından da yerine getirilebilir. Koruyucu aile bu hizmeti yerine getirirken çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesinde kullanılmak üzere AÇSHB’den bir ödeme talep edebileceği gibi bu görevin getirdiği masrafları tamamen kendisi de üstlenebilir.

Türk hukukunda tercih edilen bu terim koruyucu ailenin kapsamını belirlemekten uzaktır. Zira koruyucu aile bir aile olabileceği gibi tek bir kişi de olabilir. Koruyucu aile nitelmesi, koruyucu ailenin mutlaka evli kişilerden olması gerektiği izlenimi uyandırmaktadır<sup>31</sup>. Oysa koruyucu aile ne evli olmak ne de çocuk sahibi olmak zorundadır. Evli olmayan kişi de pekâlâ koruyucu aile olabilir. Nitekim KAY’da koruyucu ailenin “*en az temel ana ve baba eğitimleri kapsamında eğitim almış kişi veya aileler*” olabileceği belirtilmektedir (m. 4/ I (a), (e), (h), (r), (ş) bentleri). Ancak koruyucu aile olmak üzere başvuranların evli olmaları hâlinde eşleriyle başvurma zorunluluğu bulunur (m. 8/III). Dolayısıyla Türk hukukunda, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın, evli olmayan kişilerin koruyucu aile olmak üzere başvurmaları mümkündür.

Koruyucu aile, herhangi bir sebeple ana babası ile yaşayamayan çocuklara, kısa ve uzun süreli bakım ve koruma sağlar ve bu çocukları yetiştirir<sup>32</sup>. Diğer bir deyişle, koruyucu aile, çocuğun ana ve babası yerine ana babalık rolü üstlenir<sup>33</sup>. Ancak çocuğun bu süreçte ana ve babası ile kişisel ilişkisi de kesilmez. Çocuk ile ana babası arasındaki iletişim AÇSHB’nin denetimi ve gözetimi altında devam ettirilir. Zira alternatif bakım modeli olan koruyucu ailenin geçici olması asıldır.

<sup>31</sup> Terim eleştirisi için bkz. Sayita Usta, 21.

<sup>32</sup> Usta Sayita, 24; Serdar, İlknur: “Koruyucu Aile”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s.468; Özdemir Uluç, Fatma: Psiko-Sosyal ve Hukuksal Açından Koruyucu Aile Bakımı, Ankara 1997, s. 28; Karatay, Abdullah: “Türkiye’de Koruyucu Aile: Kökenleri, Gelişimi ve Bugünü”, Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sa.5, 2017, s.390.

<sup>33</sup> Yazıcı, Ergün: “Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İİBF Dergisi, C.4, Sa.2, 2014, s.254.

Nihai amaç sorunlar geçtiğinde çocuğun ana ve babasının yanına dönüşünün sağlanmasıdır<sup>34</sup>. KAY'da farklı koruyucu aile tipleri tanımlanmıştır. Uygulamada çocuğun akrabaları arasında çocuğun gelişimi açısından uygun olduğu düşünülen bir aile varsa koruyucu aile olarak bu aile seçilmektedir<sup>35</sup>.

### B. Korunmaya İhtiyacı Olan Çocuk

Korunmaya ihtiyacı olan çocuk, Türk hukukunda çeşitli kanunlarda açıkça tanımlanmıştır. Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklar korunma ihtiyacı olan çocuklardır (ÇKK m. 3/I (a) bendi). Korunmaya ihtiyacı olan çocuk; beden, ruh ve ahlakî gelişimi veya şahsi güvenliği tehlikede olmak şartıyla ana ve/veya babası belli olmayan bir çocuk olabileceği gibi ana ve/veya babası tarafından terk edilmiş ya da ana ve/veya babası tarafından ihmal edilmiş bir çocuk da olabilir (SHK m. 3/I (b) bendi)<sup>36</sup>. Bu Kanun'a göre, korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bu sebeplerle fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılmış ve başıboşluğa sürüklenmiş olması da gerekir.

Türk Medenî Kanunu'nda ise, korunmaya ihtiyacı olan çocuk ifadesi açıkça kullanılmamıştır. Bununla birlikte, TMK m. 347/I'den hareketle, bedensel ve zihinsel gelişimi tehlikede olan veya manen terk edilen çocuğun "*korunmaya ihtiyacı olan çocuk*" olduğu sonucuna varılabilir.

<sup>34</sup> Doğan 149-150.

<sup>35</sup> Yakın tarihli bir raporda bu durum ifade edilmiştir (Gündüz, Olgun: Türkiye'de Çocuklara Yönelik Koruyucu ve Önleyici Politikaları Değerlendirme Çalıştayı Raporu 2017, Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Yayın No:05, s.16-17). KAY m. 8/VI'da koruyucu ailenin belirlenmesinde öncelik akrabalara veya belirli süredir devam eden ana-baba-çocuk ilişkisinin kurulduğu yakın çevre ailelerden uygun olanlara verilir. Bu kişilerin koruyucu aile olmak istemeleri hâlinde, Komisyon tarafından uygun görülürse yaş ve eğitim şartı aranmaz. Bu koruyucu aile "Akraba ve Yakın Çevre Koruyucu Aile Modeli"dir.

<sup>36</sup> 2828 sayılı Kanun öncesinde 6972 sayılı Korunmaya Muhtaç Çocuklar Hakkında Kanun yürürlükteydi. Bu Kanuna ilişkin bkz. Zevkliler, Aydın: "Türk Hukukunda Korunmaya Muhtaç Çocuklar", AÜHFD, C.25, Sa.1, 1968, s. 173-236.

### C. Korunma Kararı

Türk hukukunda çocuk hakkındaki korunma kararı, ÇKK'ye göre yetkili ve görevli mahkemece alınır (SHK m. 22). Korunmaya ihtiyacı olan çocuğun ana ve babadan alınarak koruyucu aile yanına yerleştirilebilmesi için, hâkim tarafından "*çocuğun korunmasına yönelik önlemlerden çocuğun yerleştirilmesine*" karar verilmiş olması gerekir (TMK m. 347). Ancak bu hâlde de SHK m. 22'ye göre mahkemeden çocuk hakkında korunma kararı alınmış olmalıdır<sup>37</sup>. Bu karar, ÇKK'de "*koruyucu tedbirler*" kapsamında düzenlenir.

Doktrinde "*korunma kararı*" denilen bu karar, çocuğun ana ve babadan alınarak devletin koruması altına alınması anlamına gelir<sup>38</sup>. Esasen koruma önlemine TMK m. 347'ye dayanarak karar verildiği hâllerde görevli mahkeme, Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'a<sup>39</sup> göre aile mahkemeleridir (m. 6/II (b) bendi)<sup>40</sup>. Yargıtay da çocuğun suça sürüklenen çocuklardan olmadığı buna karşılık bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede veya manen terk edilmiş olduğu hâllerde, çocuğun ana babadan alınarak bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesine ilişkin karar vermede aile mahkemelerini görevli görmüştür<sup>41</sup>. Burada hukukî korunma talebi ile devletin hukukî ilişkiye müdahalesi istendiğinden ve hâkim re'sen harekete geçebildiğinden bu koruma önlemlerinin alınması çekişmesiz yargı işidir<sup>42</sup>. Kanaatimizce bu karar nihaî bir karar niteliğindedir<sup>43</sup>. Ancak yargılama esnasında hâkim, gecikmesinde çocuğun menfaatine aykırı

<sup>37</sup> Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 3/I (10/8/2003 tarih ve 2519 sayılı R.G.).

<sup>38</sup> Usta Sayıta, 41; Özdemir Uluç, 74; İnan, Ali Naim: "Çocuk Hukuku Bakımından Korunma Kararı, Koruma ve Emniyet Tedbiri Kavramları", SÜHFD, C.5, Sa.1-2, 1996, s. 2.

<sup>39</sup> 9.1.2003 tarih ve 4787 sayılı Kanun için bkz. 18.01.2003 tarihli ve 24997 sayılı R.G.

<sup>40</sup> Aynı yönde bkz. Grassinger, 147; Usta, Çocuk Hakları, 174; Gençcan, 389-390.

<sup>41</sup> Bkz. Yarg. 17. HD'nin 23.10.2014 tarih, E.2014/13906 ve K.2014/14053 ve 6.11.2014 tarih, E.2014/16118 ve K.2014/15323 sayılı kararları ile 20. HD'nin 10.04.2015 tarih, E.2015/1262 ve K.2015/2914, 4.11.2015 tarih, E.2015/12113 ve K.015/10488 ve 14.06.2016 tarih, E.2016/196 ve K.2016/6895 sayılı kararları.

<sup>42</sup> Erişir, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s.262; Grassinger, 95; Usta, Çocuk Hakları, 174.

<sup>43</sup> Erişir, 265.

bir tehlikeli durum tespit ederse, çocuğun geçici önlemlerle koruma altına alınmasına da karar verebilir<sup>44</sup>. Sadece bu hâlde verilen karar, aile hukukuna özgü geçici hukukî koruma önlemi niteliğindedir<sup>45</sup>.

Çocuk Koruma Kanunu'na göre adlî ve idarî merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları yanında çocuğun kendisi ile ana ve babası, vasisi<sup>46</sup> ve çocuğun bakımından sorumlu kimseler korunmaya ihtiyacı olan çocuğu AÇSHB'ye bildirmekle yükümlüdür. Bakanlık bunun üzerine gerekli ise çocuk hâkiminden barınma tedbiri kararı ister (m. 6). Savcılık da, bir suç soruşturması esnasında mağdur çocuğun korunma ihtiyacı olduğunu görürse çocuk hâkimliğine başvurur (m. 7).

Sosyal Hizmetler Kanunu'nda da AÇSHB, korunmaya ihtiyacı olan çocukları tespit ve incelemekle görevlendirilmiştir. Mahalli mülki amirler, sağlık kuruluşları ve köy muhtarları ile genel kolluk kuvvetleri ve belediye zabıta memurları bu çocukları Kuruma duyurmakla ve Kurumla işbirliği yapmakla yükümlüdürler (m. 21). Korunmaya ihtiyacı olan çocuk hakkında ÇKK'ye göre barınma tedbirine karar verilmesinde, çocuk mahkemesi veya hâkimi görevlidir (ÇKK m. 7). Çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkeme göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararları görevli aile veya asliye hukuk mahkemelerince alınır (Geçici m. 1/IV)<sup>47</sup>. Dolayısıyla bir yerde çocuk mahkemesi kurulmamışsa ÇKK'ye göre alınacak tedbir kararlarını da görevli aile mahkemesi veya asliye hukuk mahkemesi verir ve hâkimin verdiği koruyucu ve destekleyici tedbir kararı, aile hukukundaki çekişmesiz yargı işlerindedir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382/II (b) bendi c. 18).

<sup>44</sup> Erişir, 336.

<sup>45</sup> TMK m.346 vd. hükümlerine göre verilen kararların geçici hukuki koruma niteliğinde olduğu yönünde bkz. ve karşı. Tanrıver, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014, s. 44.

<sup>46</sup> Vasinin bu yönde talepte bulunması, vesayet makamı sulh mahkemesinin iznine tabidir (TMK m.462/b.13).

<sup>47</sup> Bkz. Yarg. 20. HD'nin 29.02.2016 tarih, E.2015/16457 ve K.2016/2421 ve 07/02/2017 tarih, E.2016/14408 ve K.2017/896 sayılı kararları.

Şu hâlde korunmaya ihtiyacı olan çocuklara ilişkin barınma tedbiri kararı vermede, kural olarak, çocuk hâkimi görevlidir. Ancak hakkında derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar, mahkeme tarafından acil korunma kararı alınıncaya kadar, mahalli mülki amirin onayı alınarak bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya koruyucu aile yanında bakım altına alınabilir (SHK m. 22). Bu hâlde, kolluğun çocuk birimi, çocuğu mümkün olan en kısa sürede AÇSHB'ye teslim eder (ÇKK m. 31/V). Ancak bu hâlde de beş gün içinde çocuk hâkimliğinden acil korunma kararı istenir ve çocuk hâkimi üç gün içinde konu hakkında karar verir. Hâkim çocuk hakkında acil korunma kararı verdiğinde, AÇSHB'nin otuz gün içinde sosyal inceleme yapması ve sosyal inceleme sonucuna göre çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması ya da çocuğun aileye teslimi için çocuk hâkimine başvurması zorunludur (ÇKK m. 9).

Kanaatimizce çocuk hakkında çocuk hâkimince verilen acil korunma kararları ile barınma tedbirleri geçici hukukî koruma niteliğindedir. Zira bu tedbir kararlarına karşı itiraz yolu açıktır (m. 14) ve tedbir kararlarının uygulanması, kararı veren hâkim veya mahkeme tarafından en geç üçer aylık sürelerle incelettirilir (m. 8). Kararların bu özellikleri, bunların nihaî karar olmadığını; çekişmesiz yargı alanında verilmiş geçici hukukî koruma önlemi olduğunu gösterir<sup>48</sup>. Bu hâlde bu kararların kısmî karar olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Kısmî karar uyuşmazlığı geleceğe etkili olarak sona erdiren ve kesin hüküm oluşturan nihaî kararlar olduğundan, geçici hukukî koruma önlemlerinin kısmî karar olduğu kabul edilemez<sup>49</sup>.

#### IV. KORUYUCU AİLE SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Koruyucu aile sözleşmesi Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü ile koruyucu aile arasında imzalanır ve koruyucu ailenin yükümlülüklerini içeren mahalli mülki amir onaylı belgedir (KAY m. 4/I (m) bendi). Sadece hakkında korunma kararı alınmış çocuklara ilişkin

<sup>48</sup> Benzer yönde bkz. Günay İnan, Esra: Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Ankara 2018, s. 159.

<sup>49</sup> Bahadır, Zeynep: Medenî Usul Hukukunda Kısmî Karar, Ankara 2018, s. 41-43.

olarak koruyucu aile sözleşmesi yapılabilir. Bu sözleşmenin tarafları arasında çocuk ve çocuğun ana babası yer almaz.

Uygulamada koruyucu aile yanında bulunulan süre evlat edinme için deneme süresi olarak değerlendirilmiştir<sup>50</sup>. Oysa koruyucu aile sözleşmesi ne “evlat edinmedir” ne de evlat edinme için bir basamaktır<sup>51</sup>. Zira evlat edinmede bir çocuk aile yanına yerleştirildiğinde aile ile kurum arasında “geçici bakım sözleşmesi” imzalanır. Bu sözleşme bir yıl geçerlidir ve bu süre boyunca aile ile çocuk sosyal hizmet uzmanlarınca izlenir. Bu izlem esnasında herhangi bir risk tespit edilmezse, aile evlat edinmek üzere dava açma hakkı kazanır<sup>52</sup>. Ayrıca koruyucu aile sözleşmesinin temelinde, evlat edinmeden farklı olarak, salt çocuğun üstün menfaati yer alır. Koruyucu aileden beklenen, bakımını ve yetiştirilmesini üstlendiği çocuğu, kendi çocuğu olmadığını unutmadan, kendi çocuğu gibi koruması ve yetiştirmesidir<sup>53</sup>. Özellikle hastalık, hükümlülük, işsizlik veya ana ve/veya babanın kaybı gibi durumlarda ana ve/veya babanın geçici bir süre çocuğa bakmadığı ancak bir süre sonra çocuğu yanına alabileceği durumlarda korunma kararlı çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi uygundur<sup>54</sup>. Türkiye’de ise, çoğunlukla koruyucu ailelerin yanlarına yerleştirilen çocuğu gelecekte evlat edinmek istedikleri ve bu amaçla korunmaya ihtiyacı olan çocuğun koruyucu ailesi olmak istedikleri tespit edilmiştir<sup>55</sup>. Oysa koruyucu aile bakımı,

<sup>50</sup> Usta Sayıta, 105.

<sup>51</sup> Doğan, 150.

<sup>52</sup> Karataş, 67.

<sup>53</sup> Erol/Şimşek, 149. Ancak bilimsel araştırmalarda koruyucu aileler, yanlarındaki çocukların ana ve babaları tarafından geri alınacağı korkusu ve kaygısı yaşadıklarını belirtmişlerdir (Tezel, Zeynep/Demirel, Barış/Kaya, Zühal Şahin: “Ailelerin Koruyucu Aile Olmaya Karar Vermelerinde Etkili Olan Etmenler ile Koruyucu Aile Olmanın Anlam ve Önemi”, Sosyal ve Beşerî Bilimler Araştırmaları Dergisi, C.19, Sa.43, 2018, s.32). Oysa koruyucu aile bakımında nihai hedef bu bakımın geçici olması ve sorunlar geçtiğinde çocuğun ana ve babasının yanına dönüşünün sağlanmasıdır.

<sup>54</sup> Serdar, 484.

<sup>55</sup> Akyüz, 111. Bunda 746 sayılı Türk Kanunu Medenîsi’nin evlat edinmeyi zorlaştıran hükümleri (özellikle evlat edinenlerin 35 yaşını doldurmuş olması şartı) de etkili olmuştur (Karataş, Kasım: “Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme”, Koruyucu Aile, Evlat Edinme

salt korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bir aile yanında korunmasını ve bakımını sağlayan, Çocuk Hakları Genel Müdürlüğü'nün denetimi ve gözetimi altında yürütülen alternatif bakım hizmetidir. Bununla, evlat edinmeden farklı olarak, çocuk, koruyucu ailenin velâyeti altına girmediği gibi koruyucu aileyle çocuk arasında hısımlık bağı da kurulmaz<sup>56</sup>.

Doktrinde bir görüş, il müdürlükleri ile koruyucu aile arasında korunmaya ihtiyacı olan çocuk (üçüncü kişi) yararına imzalanan sözleşmeyi, vekâlet unsurları ağır basan sui generis bir aile hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmiştir<sup>57</sup>. Bu sözleşme özel hukuk alanında sonuç doğurduğundan, idari bir sözleşme değildir<sup>58</sup>. Zira koruyucu aile, çocuğun bakım ve yetiştirilmesini AÇSHB'nin gözetimi ve denetimi altında yerine getirmekteyse de ne bir kamu hizmeti görür<sup>59</sup> ne de bir kamu görevlisidir. Sadece AÇSHB, "korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi" görevini, bu sözleşme ile gerçek kişilere (koruyucu aileye veya kişiye) bırakır. Bu kişiler ise, idarenin bu görevin yerine getirilmesinde başvurduğu "yardımcı kişi" niteliğindedir<sup>60</sup>. Hatta Türk hukukunda koruyucu ailenin uygulama esaslarının, evlat edinmede olduğu gibi, özel hukuk alanında bir tüzükle düzenlenmesi gereği belirtilmiştir<sup>61</sup>.

Doktrinde bir diğer görüşe göre, koruyucu aile vesayet organı değildir. Türk hukukunda vesayet organları vesayet daireleri ile vasiler ve kayımlardır (TMK m. 396). Buna TMK m. 431/I'den hareketle yasal

---

Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, (Editör: Erol, Neşe), Ankara 2008, s.50). Gerçekten de 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile evlât edinecek kişinin yaşı 35'ten 30'a ve hatta bazı durumlarda daha da aşağıya çekilmiştir. Ayrıca altsoyu bulunan kişilerin küçükleri evlât edinmesine de izin verilmiştir (Aydos, Oğuz Sadık: "Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme", GÜHFD, C.4, Sa.2, 2000, s.117, 140-141).

<sup>56</sup> Akyüz, 111-112; Yazıcı, 264; Özdemir Uluç, 46-47; Grassinger, 16.

<sup>57</sup> Usta Sayıta, 77.

<sup>58</sup> Özdemir Uluç, 94; Doğan, 164.

<sup>59</sup> Doğan, 164.

<sup>60</sup> Usta Sayıta, 77.

<sup>61</sup> Doğan, 169.



danışmanlar da eklenmektedir<sup>62</sup>. Koruyucu aile vesayet organının yetki ve görevlerine sahip olmadığından, vesayet organı sayılamaz. Ancak yardımcı vesayet organı olarak nitelendirilebilir. Gerçekten de koruyucu aile ile çocuk arasında ne velâyet ne vesayet ilişkisi kurulur. Koruyucu aile, sadece çocuğun şahsını korur ve amacı ile bağlantılı olarak çocuğun bakım, gözetim ve yetiştirilmesi konuları ile yetkilidir. Diğer bir deyişle çocuğun menfaati gerektirdiği ölçüde, velâyet hakkından doğan birtakım görevleri, devletin denetim ve gözetimi altında yerine getirir<sup>63</sup>.

Esasen yukarıdaki iki görüş birbirini tamamlar. Nitekim ilk yaklaşıma göre koruyucu aile korunmaya ihtiyacı olan çocuklar bakımından AÇSHB'nin yardımcısıdır ve bu kurum, korunmaya ihtiyacı olan çocuğun ana ve babasının velâyet hakkı kaldırıldığında kanuni vasi, kaldırılmadığı hâllerde ise kanuni kayyım olarak kabul edilmelidir<sup>64</sup>. Dolayısıyla iki görüşte de koruyucu aile vesayet organı yardımcısı olarak değerlendirilmiştir.

Kanaatimizce koruyucu aile, sadece korunmaya ihtiyacı olan çocuğun ana ve babasının her ikisinin de velâyet hakkının kaldırıldığı hâllerde bir vesayet organı olan vasinin yardımcısı olarak görülebilir. Zira koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun ana ve babasının velâyet hakkı kural olarak devam eder. Sadece mahkeme tarafından TMK m 348'e dayanarak çocuğun ana ve babasının her ikisinin de velâyet hakkı kaldırılmışsa, çocuğa vasi atanır (TMK m. 349). KAY'da korunmaya ihtiyacı olan çocuğun vasisinin aynı zamanda koruyucu ailesi olamayacağı hususu açıkça düzenlendiğinden (m. 8/VIII), koruyucu ailenin çocuğun vasisi olması da mümkün değildir. Dolayısıyla sadece

<sup>62</sup> Akıntürk/Ateş, 473-475; Dural/Öğüz/Gümüş, prg.1935. Mehaç İsviçre Medeni Kanunu'nda 1.01.2013'te yürürlüğe giren değişikliklerle vesayet hükümlerini düzenleyen üçüncü kısımda köklü değişiklik yapılmıştır. Bununla yetişkinlerin korunmasında vesayet yerine yeknesak şekilde kayyımlik düzenlenmiştir. Ayrıca kanuni danışmanlık Kanun'dan tamamen çıkarılmış ve çocukları koruma makamı tarafından velâyet altında bulunmayan her çocuğa vasi atanacağı düzenlenmiştir (Akçaal Mehmet: "İsviçre Medenî Kanunu'na Göre Kayyımlik Türleri", DEÜHFD, C.20, Sa.2, 2018, s.65-66, dn.5).

<sup>63</sup> Serdar, 474-475.

<sup>64</sup> Yazar, bu değerlendirmeyi Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu bakımından yapmaktadır (Usta Sayita, 66-68). Yazarın değerlendirmeleri güncel mevzuata uyarlanmıştır.

bu hâlde koruyucu ailenin korunmaya ihtiyacı olan çocuğa atanan vasinin ve vesayet dairelerinin yardımcısı, diğer bir deyişle vesayet organı yardımcısı olarak kabulü mümkündür. Bununla birlikte korunmaya ihtiyacı olan çocuğun ana ve babasının her ikisinin velâyet hakkının kaldırılmadığı durumlarda koruyucu ailenin vesayet organı yardımcısı olarak kabulü mümkün değildir. Zira Türk hukukuna göre AÇSHB ne kanuni kayyım ne de kanuni vasi olarak kabul edilebilir. Bu hâlde koruyucu ailenin vekâlet unsurları ağır basan sui generis bir aile hukuku sözleşmesi olan koruyucu aile sözleşmesi ile korunmaya ihtiyacı olan çocuğa karşı velâyetten doğan bazı yükümlülükleri karşılıksız olarak yerine getirmekle yükümlü olan vekil benzeri bir yükümlü sayılması gerekir. Zira aşağıda<sup>65</sup> açıklandığı üzere koruyucu aile sözleşmesinde koruyucu aileye talebi hâlinde devlet tarafından ödenmesi gereken aylık bakım ödemesi “*ücret*” niteliğinde değildir. Dolayısıyla koruyucu aile sözleşmesi hukuken ivazlı (karşılıklı) bir sözleşme olarak değerlendirilemez.

Bunun yanında korunmaya ihtiyacı olan çocuk bu sözleşmenin tarafı değildir. Ancak bu sözleşmede alacaklı olan AÇSHB, koruyucu ailenin bu sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğünü sözleşme ilişkisinin dışında kalan bir üçüncü kişiye (çocuğa) ifasını şart koşmaktadır. Üçüncü kişi, sözleşmenin kurulmasına katılmayanları, sözleşmenin tarafları dışındaki kişileri ifade eder<sup>66</sup>. Bu sebeple koruyucu aile sözleşmesinin TBK m. 129 anlamında üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu kabul edilmelidir. Nitekim koruyucu aile sözleşmesinde de, üçüncü şahıs yararına sözleşmede olduğu gibi<sup>67</sup>, borçlu konumundaki koruyucu aile alacaklı konumundaki AÇSHB’ye karşı sözleşmeden doğan asli edimi bir üçüncü kişiye (korunmaya ihtiyacı olan çocuğa) ifa edeceğini taahhüt eder. Koruyucu aile sözleşmesinin amacı çocuğun (üçüncü şahsın) karşılıksız bir kazandırma elde etmesine yöneliktir.

---

<sup>65</sup> Bkz. V, A, 1.

<sup>66</sup> Akyol, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008, s.11; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s.1141; Hatemi, Gökyayla: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s.283; Erdoğan, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, s.285.

<sup>67</sup> Akyol, 9; Eren, 1142; Hatemi/Gökyayla, 283,286; Erdoğan, 285.

Kanaatimizce bu sözleşmede vaad edilen edim salt üçüncü kişinin yararınadır ve sözleşmenin amacı üçüncü kişiye doğrudan alacak hakkını ileri sürme imkânı tanımaktadır<sup>68</sup>. Ayrıca bu sözleşmenin ölünceye kadar bakma sözleşmesinin üçüncü kişi lehine yapıldığı hâllere<sup>69</sup> benzediği de açıktır. Dolayısıyla koruyucu aile sözleşmesinde her hâlde üçüncü kişinin doğrudan doğruya alacak hakkı olduğu kabul edilmeli; dolayısıyla sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu sonucuna varılmalıdır. Elbette üçüncü kişi yararına sözleşmenin bağımsız bir sözleşme tipi olmadığı<sup>70</sup> da unutulmamalıdır.

Koruyucu aile sözleşmesinin hukukî niteliği belirlendikten sonra aşağıda bu sözleşmeden koruyucu aile bakımından doğan hak ve yükümlülükler incelenmektedir. Bunların incelenmesi koruyucu aileyle yanına yerleştirilen çocuk arasındaki hukukî ilişkinin değerlendirilmesi bakımından gereklidir.

## V. KORUYUCU AİLENİN KORUYUCU AİLE SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### A. KORUYUCU AİLENİN KORUYUCU AİLE SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN HAKLARI

#### 1. Çocuk İçin Aylık Bakım Ödemesi Talep Hakkı

Koruyucu aileye yanına yerleştirilen çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine karşılık olarak ödeme yapılabileceği gibi koruyucu aile bu işi gönüllü olarak da üstlenebilir. Koruyucu ailelere talepleri hâlinde ödenecek bakım ödemesi belirlenirken çocukların bakım, eğitim, kurs, okul, yemek ve taşıma servisi, harçlık ve benzeri ihtiyaçları esas alınır (SHK m. 23/I c. 2, II).

Koruyucu Aile Yönetmeliği'nde ise, korunmaya ihtiyacı olan çocukların bakım, eğitim ve yetiştirilmelerine ilişkin harcamalara ve çocukların kişisel gelişimleri için gerekli harçlıklarına karşılık olmak üzere talepte bulunan koruyucu ailelere yapılacak ödemeler "*aylık bakım ödemesi*" olarak ifade edilmiştir (m. 4/I b. 2). Ayrıca koruyucu ailenin

<sup>68</sup> Eren, 1146; Hatemi/Gökyayla, 287.

<sup>69</sup> Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin üçüncü kişi yararına yapıldığı hâllerde aynı görüşte Akyol, 37; Eren, 1147.

<sup>70</sup> Hatemi/Gökyayla, 285.

düzenli bir gelire sahip olması (m. 8/I (ç) bendi) ve koruyucu aile başvurusu kabul edilenlerin iş ve ekonomik koşullarının incelenmesi gerekir (m. 9/I).

Talebi hâlinde koruyucu aileye yapılacak ödeme, kanaatimizce “*ücret*” niteliğinde değildir<sup>71</sup>. Zira koruyucu ailenin korunmaya ihtiyacı olan çocuğu topluma yararlı olmak üzere koruyup yetiştirmesi ücret karşılığında yapılamayacak bir şeref hizmeti niteliğindedir. Gerçekten de koruyucu aile olmada asıl amaç, ana babasından alınan çocuğun aile benzeri ortamda korunmasını ve topluma yararlı bir kişi olarak yetişmesini sağlamaktır. Nitekim KAY da “*aylık bakım ödemesinin*” koruyucu ailenin gördüğü iş görme ediminin karşılığı olmadığını, sadece çocuğun bakım, eğitim ve diğer masraflarına karşılık ödendiği vurgular. Dolayısıyla AÇSHB koruma kararlı çocuklar için yaptığı ödemelerle ilgili olarak nafaka ile yükümlü olanlara dava açmak hakkına sahiptir (SHK m. 30). Bu kişiler öncelikle çocuğun ana babasıdır. Zira çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamak, kural olarak, velâyete sahip olup olmadıklarına bakılmaksızın, ana ve babanın yükümlülüğüdür (TMK m. 327/I, 350/I). Ancak ana babanın buna yetecek malvarlığının bulunmaması hâlinde hâkimin izniyle çocuk mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarf edilebilir (TMK m. 327/II). Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa çocuğun korunmasına yönelik önlemlerin gerektirdiği giderler ile bakım ve eğitim giderleri Devletçe karşılanır (TMK m. 347/III ve 350/II).

## 2. Korunmaya İhtiyacı Olan Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı

Koruyucu ailenin yanına yerleştirilen çocuğun ana babası ve diğer yakınlarıyla kişisel ilişkisini sağlama yükümlülüğü aşağıda<sup>72</sup> değerlendirilmektedir. Bunun yanında özellikle çocuğun koruyucu aile yanına çok küçükken yerleştirildiği ve burada uzun süre kaldığı durumlarda, çocuğun koruyucu aile ile ana ve babasına yakın bir duygusal ilişki geliştirmesi mümkündür. Bu hâlde çocuğun koruyucu

<sup>71</sup> Doktrinde burada teknik anlamda bir ücret bulunmadığı, bu ödemenin çocuğun bakım ve eğitim masraflarının karşılanması amacıyla yapıldığı değerlendirilmiştir (Usta Sayıta, 86-87). Krşz. Özdemir Uluç, 100-101; Serdar, 500-501).

<sup>72</sup> Bkz. V, B, 2.

aileden alınmasından sonra, çocuk ile arasında sevgi bağı oluşan koruyucu ailelere de çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmalıdır. Zira koruyucu aile ilişkisi sona erse de çocuk ve koruyucu aile arasındaki sevgi temelli duygusal bağlar devam edebilir<sup>73</sup>. Çocuk Hakları Komitesi, çocukla kişisel ilişki kurma hakkının, koruyucu aileler için de tanınması gereğini vurgulamıştır<sup>74</sup>.

Kanun'a göre olağanüstü hâller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı ana ve baba dışındaki kişilere tanınabilir (TMK m. 325/I). Somut olayda koruyucu ailenin bu hakkının bulunduğu kabul edilebilir. Zira bunda çocuğun da üstün menfaati bulunur. Koruyucu ailenin bu hakkının sınırı, çocukla kişisel ilişki kurulması sebebiyle çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi veya diğer önemli sebeplerin bulunmasıdır (TMK m. 325/II). Bununla birlikte üçüncü kişilerin bu hakkı Kanun'da "*olağanüstü hâllerin mevcudiyetine*" bağlandığından, mahkemenin buna ilişkin düzenleme yapabilmesi için somut olayda koruyucu ailenin çocuğu görüp sevmeye ve özlemine giderme imkânının hiç kalmaması hâli de aranmalıdır<sup>75</sup>.

## B. KORUYUCU AİLENİN KORUYUCU AİLE SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

### 1. Çocuğun Bakım ve Eğitimi Sağlama Yükümlülüğü

Türk hukukunda çocuğun bakım ve eğitimi, velâyet hakkı sahibi ana baba için hem hak hem de görevdir<sup>76</sup>. Ana ve baba bu hususta çocuğun menfaatinin göz önünde tutulması; buna karşılık çocuk da ana babanın sözünü dinlemelidir. Ana ve baba, uygunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanınır ve önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini dikkate alırlar (TMK m. 339). Ana babanın çocuğun eğitimini sağlama görevinin sınırı ekonomik olanakları ve çocuğun bireysel yetenek ve eğilimleridir. Ana ve babanın bu hakkı ve görevi

<sup>73</sup> Serdar, 503.

<sup>74</sup> Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 14 Çocuğun Yüksek Yararı Hakkının Öncelikli Olarak Dikkate Alınması (Madde 3, Paragraf 3) için bkz. Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, s. 22.

<sup>75</sup> Akıntürk/Ateş, 398.

<sup>76</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg.1700; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 191; Akıntürk/Ateş, 412.

genel, mesleki ve dini eğitimi kapsar (TMK m. 340/II, m. 341/I). Çocuğun eğitimi ailede başlar. Çocuk okul yaşına geldiğinde okul eğitimini alması sağlanır. Genel eğitim çocuğun ilk ve orta öğrenimini kapsar. Ardından çocuğun mesleki eğitimi gelir. Din ve vicdan özgürlüğü ile çocuğun mutlak nitelikteki kişilik hakkı dikkate alınarak, ana ve baba tarafından, çocuğun dini eğitimi de belirlenir<sup>77</sup>.

Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirildiği durumlarda ise, çocuğun bakımı ve korunması hususunda çocuğun yanına yerleştirildiği koruyucu aile görevlidir. Örneğin koruyucu aile, yanına yerleştirilen çocuğun Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği aralıklarda sağlık kontrollerini yaptırır ve çocuk hasta olduğunda tedavi plânını uygular (KAY m. 15/I (a) bendi). Koruyucu aile çocuğu koruma, eğitme ve yetiştirme amacı dışında çalıştıramaz (m. 15/I (b) bendi). Kanaatimizce TMK velâyet hakkı sahibi ana ve babayı çocuğun genel, mesleki ve dini eğitimi hususundaki kararları almakla yetkili kıldığından, velâyet hakkı kaldırılmadığı ve koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun menfaatine aykırı düşmediği sürece, koruyucu ailenin ana ve babanın çocuğun bakımı ve eğitimi hususunda aldığı kararları uygulamakla görevli olduğu sonucuna varılmalıdır. Bununla birlikte KAY çocuk hakkında korunma kararı alındığı her hâlde ana ve babanın velâyet hakkının da kaldırılmış olduğu varsayımı üzerine kurgulanmıştır. Örneğin koruyucu ailenin çocuğun devam edeceği okul, katılacağı kurs, sünnet gibi hayatını etkileyen ve değiştiren önemli konularda ana ve babasıyla değil; sosyal çalışma görevlisi ile birlikte karar alıp uygulaması gerekir (KAY m. 15/I, e). Yine çocuğun zorunlu eğitimi tamamlandıktan sonra yükseköğrenime devam edip etmeyeceği hususunda da, koruyucu aile sosyal çalışma görevlisi ile birlikte çocuğun görüşünü dikkate alarak karar alır. Oysa çocuğun genel ve mesleki eğitimi konusunda, çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde, velâyet hakkı kaldırılmamış olan ana babanın görüşleri dikkate alınmalıdır<sup>78</sup>. Zira çocuğun yetenek ve becerileri ölçüsünde genel, mesleki ve dini eğitimini belirleme görevi velâyet hakkı sahibi ana ve babanıdır. Bununla birlikte çocuğun

<sup>77</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg.1700-1705; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 191-192; Akıntürk/Ateş, 412-414.

<sup>78</sup> Öztan, 1150; Grassinger, 154.

ihtiyaç, istek ve beklentilerini belirlemede ve çocuğu ilgilendiren kararlarda çocuğun düşüncesini almada çocuğun yanına yerleştirildiği koruyucu aile yetkili ve görevlidir (m. 15/I (d) bendi).

Doktrinde çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilirken koruyucu ailenin çocukla aynı dinden olmasına dikkat edilmesi gereği vurgulanmıştır<sup>79</sup>. Zira koruyucu ailenin yanına yerleştirilen çocuğun dini eğitimini belirleme yetkisi yoktur<sup>80</sup>. Koruyucu aile sadece velâyet hakkı sahibi ana ve babanın verdiği karar doğrultusunda, yanlarına yerleştirilen çocuğun dini eğitim plânını uygular.

Koruyucu ailenin yanlarına yerleştirilen çocuk için aylık bakım ödemesi ve eğitim, kurs, servis, harçlık ile diğer giderleri talep ettiği hâllerde, kendilerine yapılan bu ödemeyi yanlarına yerleştirilen çocuğun bakımı ve eğitimi ile diğer giderleri için harcaması gerekir. Kanaatimizce bakım ödemelerini koruyucu ailenin nasıl harcadığı AÇSHB tarafından denetlenmelidir.

## **2. Çocuğun Ana ve Babası ve Diğer Yakınları ile Kişisel İlişisini Sağlama Yükümlülüğü**

Korunmaya ihtiyacı olan çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesi geçici olmalıdır. Zira korunma kararı kaldırıldığında çocuğun ana babasının yanına dönmesi amaçlanır. Bu sebeple, koruyucu aile yanındayken de çocukla ana babası ve diğer yakınlarıyla arasındaki ilişkinin devamlılığı sağlanmalıdır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye göre taraf devletler ana ve babasından alınmasına karar verilen çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla düzenli kişisel ilişki kurma ve doğrudan teması sürdürme hakkına saygı göstermelidirler (m. 9/III). Çocuk Hakları Komitesi de, koruma kararlı çocuğun ailesiyle iletişiminin bu dönemde de olabildiğince devam ettirilmesinin önemini vurgular. Ayrıca bu hak çocuğun ana ve babası yanında çocuğun sıkı kişisel ilişkisi bulunan diğer kişiler için de söz konudur<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Özdemir Uluç, 111.

<sup>80</sup> Usta Sayıta, 84; Grassinger, 36.

<sup>81</sup> Çocuk Hakları Komitesi, Genel Yorum No.14 Çocuğun Yüksek Yararı Hakkının Öncelikli Olarak Dikkate Alınması (Madde 3, Paragraf 3) için bkz. Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, s.22.

Yukarıda vurgulandığı üzere, Türk hukukunda çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır (m. 41/III). Bu hakka sadece çocuğun yüksek yararına açıkça aykırı olduğunda ve kanunlarla müdahale edilebilir. Bu hak, Kanun'da ana babanın velâyet hakkından bağımsız olarak soybağının hükümleri arasında düzenlenmiştir (TMK m. 323). Dolayısıyla çocukla arasında soybağı kurulmuş ancak velâyet hakkına sahip olmayan ana ve baba açısından bu hak söz konusu olur<sup>82</sup>. Ancak çocuk ile arasında soybağının anayla evlilik, tanıma ya da ana veya çocuk tarafından açılan babalık davası sonucunda verilen babalık hükmüyle kurulmamış olduğu hâllerde baba bakımından bu hak bulunmaz.

Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun ana ve babasının velâyet hakkına sahip olmaması, ana ve babasının hiç evlenmemiş olmalarından kaynaklanabileceği gibi, boşanmış ya da ayrılığına karar verilmiş ya da ana ve babadan birinin velâyet hakkının kaldırılmasından (m. 348) kaynaklanabilir. Dolayısıyla koruyucu aile yanına yerleştirilen çocukla arasında soybağı kurulmuş ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı bulunur. Ancak mahkeme tarafından buna yönelik bir düzenleme yapıncaya kadar, çocuk kendisine bırakılmış koruyucu ailenin rızası dışında ana ve baba bu hakkını kullanamaz (m. 326/III). Ayrıca böyle bir kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye düşer veya ana ve baba çocukla ciddi biçimde ilgilenmezler ya da başka önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (m. 324/II). Benzer şekilde çocuğun menfaatine aykırı olursa, üçüncü kişilere de tanınabilen çocukla kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (m. 325).

Kanaatimizce koruyucu aile yanındaki çocuğun ana babası ve diğer yakınları ile kişisel ilişki kurma hakkı, her hâlde reddedilememelidir. Ancak hâkim somut olayda çocuğun ana ve babadan alınmasına karar verilmesine sebep olan olaydan bizzat ana ve babanın yahut çocuğun herhangi bir yakınının sorumlu olduğunu belirleyebilir. Bu hâllerde çocukla ana ve baba ya da olaydan sorumlu

<sup>82</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg.1652; Akıntürk/Ateş, 396.



olan yakını arasındaki kişisel ilişki kurma hakkı reddedilmelidir. Zira çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, çocuk kendilerinden alınmış olsa dahi ana ve babanın kişilik hakkına dahil değerlerdendir ve çocuğun yanına yerleştirildiği koruyucu aile bu hakkın kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür<sup>83</sup>. Diğer bir deyişle koruyucu aile buna katlanmalıdır. Nitekim çocuğun koruyucu aile birimince uygun görülen şekil ve zamanda ana babası ve diğer yakınlarıyla görüştürülmesi koruyucu ailenin bir yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir (KAY m. 15 (c) bendi).

Bu hak, çocuğun ziyaret edilmesi ya da çocuğun ana ve babasıyla mektup, telefon ve sair iletişim araçlarıyla görüştürülmesi şeklinde kullanılabilir<sup>84</sup>. Koruyucu ailenin çocuğa ana babasını unutturacak, onları kötüleyerek onlara karşı soğukluk ve yabancılaşma yaratacak telkinlerde bulunması koruyucu ailenin bu yükümlülüğüne açık aykırılık oluşturur<sup>85</sup>. Ancak korunmaya ihtiyacı olan çocuğun ailesi ve yakınlarıyla kişisel ilişkisi Aile, Çalışma ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'nün bilgisi dâhilinde kurulur (KAY m. 15 (ç) bendi). Çocukla kişisel ilişki kurmanın masraflarına, kişisel ilişki kuran katlanır<sup>86</sup>. Koruyucu ailenin bu kişisel ilişkinin kurulabilmesi için çocuğu hazırlama yükümlülüğü vardır.

Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun talebi ve sosyal inceleme ile uygun görülmesi hâlinde, çocuğun yaşantısını etkilemeyecek aralıklar ve sürelerle, tatil günlerinde olmak üzere yıl içerisinde en fazla otuz güne kadar ana ve babasına ya da yakınlarına

<sup>83</sup> Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1655-1656; Akıntürk/Ateş, 396.

<sup>84</sup> Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1659.

<sup>85</sup> Serdar, 496; Grassinger, 155-156. Koruyucu aile ana babayla duygusal rekabete girmemelidir (Erol/Şimşek, 149). Ancak birlikte koruyucu aileler, çocukla ilişkilerinin en azından psiko-sosyal açıdan gerçek bir aile gibi olmasını arzularlar. Bu sebeple çocuğun ailesiyle ilişkisine olumsuz etki edebilirler. Bu sebeple ailelere koruyucu aile eğitimlerinde bu müessesenin gerçek amacı öğretilmelidir (Karataş, Koruma Sistemi, 53). Ancak koruyucu aile eğitimi almış bir aile bile, yanlarına yerleştirilen çocuğun başkası tarafından evlat edinilmek üzere kendilerinden geri alınması durumunda yakın tarihte idareyi Kamu Denetçiliği Kurumu'na şikâyet etmiştir. Ailenin şikâyet gerekçesi ise, koruyucu ailelerin yanlarına yerleştirilen çocuğu evlat edinmede önceliğinin bulunduğu inanmalarındır (Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 25.07.2016 tarih, 2016/203 şikâyet numaralı kararı).

<sup>86</sup> Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1662.

izinli verilmesi de mümkündür. Çocuk bu dönemde koruyucu aileden koruyucu aile birimince alınır ve izin bitiminde aynı yöntemle koruyucu aileye geri verilir. Bu izin esnasında çocuğun ana ve babası ya da yakınları tarafından ihmal edildiği, istismara uğradığı ya da kötü muamele gördüğü belirlenirse, çocuğun yanına izinli verildiği kişi hakkında yasal işlemler başlatılır ve çocuk bir daha bu kişiye izinli verilemez (KAY m. 17). Çocuğun ana ve babasına izinli verilmesi durumunda çocukta bu izin sonrası gözlenen davranışlar ve psikolojik durum sosyal çalışma görevlisince incelenir ve forma işlenir (KAY m. 16/III (a) bendi). Mahkeme tarafından korunma kararının kaldırılmasına ve çocuğun ana ve babasına dönüp dönmeyeceğine karar verilmesinde bu raporlar göz önünde bulundurulur.

### **3. Koruyucu Aile Birimi ve Sosyal Çalışma Görevlisi ile İşbirliği Yapma Yükümlülüğü**

Koruma altına alınan çocuğun ana ve babasıyla koruyucu aile arasındaki ilişki, sosyal çalışma görevlisi tarafından yapılan ziyaretlerle sağlanır. Ayrıca çocuğun sosyal, duygusal ve zihinsel güvenliğinin korunması bakımından da bu ziyaretler önemlidir. Ancak uygulamada bazen koruyucu aileler yanlarına yerleştirilen çocuğu kendi çocuğu gibi gördüğü ve bu çocuğu daha sonra evlat edinmek istedikleri için, sosyal çalışma görevlisi tarafından yapılan ziyaretleri olumlu karşılamazlar<sup>87</sup>.

Koruyucu aile ve çocuk arasındaki ilişkinin koruyucu aile birimi tarafından izlenmesi<sup>88</sup> ve denetlenmesiyle koruyucu aile bakımından beklenen fayda gerçekleşir. Koruyucu aile sorumlu sosyal çalışma görevlisinin periyodik izlemine ve mesleki yönlendirmesini kabul etmek, sosyal çalışma görevlisi ile tedbir kararlarıyla ilgili uygulama planı doğrultusunda iş birliği yapmakla yükümlüdür (m. 15/I (g) bendi).

Koruyucu aile, salt korunma kararlı çocuğun emeğinden yararlanmak amacıyla da bu görevi üstlenmiş olabilir. Bu hâlde koruyucu aile ilişkisi toplumsal hayatımızda geçmişte var olan

---

<sup>87</sup> Serdar, 498.

<sup>88</sup> Çocuğun izlenmesine ilişkin esaslar için bkz. KAY m.16.

“besleme<sup>89</sup>” gibi uygulamaların tekrar canlanmasının önünü açabilir. Korunmaya ihtiyacı olan çocukların hizmetçi veya bakıcı gibi kullanılması sebebiyle koruyucu aile tarafından sömürülmesi<sup>90</sup>, koruyucu ailenin koruyucu aile birimi tarafından sıklıkla izlenmesi ve denetlenmesi yoluyla önlenebilir<sup>91</sup>.

#### 4. Yerleşim Yeri Değişikliklerini Bildirme Yükümlülüğü

Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesinden sonra çocuğun oturma yerini belirleme hakkı, velâyet sahibi ana ve babanın değildir<sup>92</sup>. Bu hâlde “Diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeridir (TMK m. 21/I son cümle)” hükmünden hareketle, koruyucu ailenin yerleşim yerinin çocuğun yerleşim yeri olduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar TMK m. 22’ye göre bir bakım kurumuna konulma yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmamaktaysa da; koruyucu aile yanına yerleştirme bir bakım kurumuna konulma anlamına gelmez. Nitekim Yargıtay da, koruyucu aile sözleşmesi ile koruyucu aile yanına uzun süreli yerleştirilen çocuğun yerleşim yerinin koruyucu ailenin bulunduğu yer olduğunu kabul etmiştir<sup>93</sup>.

Somut olayda korunmaya ihtiyacı olan çocuğun ana babasının her ikisinin de velâyet hakkı kaldırılmışsa, çocuk vesayet altına alınır. Bu hâlde, çocuğun yerleşim yeri bağlı olduğu vesayet makamının bulunduğu yer olur (TMK m. 21/II).

Koruyucu ailenin ve korunmaya ihtiyacı olan çocuğun koruyucu aile birimi tarafından izlenip denetlenebilmesi için, koruyucu ailenin yanına yerleştirilen çocuğu, il müdürlüğünün uygun görüşünü almadan başka bir kişi veya ailenin yanına bırakarak oturma yerini değiştirmemelidir (KAY m. 15/I (h) bendi). Ayrıca koruyucu aile kendi

<sup>89</sup> Besleme müessesesinin koruyucu aileden ayrıldığı noktalar hakkında bkz. Usta Sayıta, 37-39; Akyüz, 111. Türkiye’de koruyucu aileden önce geleneksel olarak varlığını sürdüren besleme-evlatlık pratiklerinin gelişim ve değişimi hakkında bkz. Karatay, 398-404.

<sup>90</sup> Özdemir Uluç, 35.

<sup>91</sup> Serdar, 499-500.

<sup>92</sup> Akyüz, 102; Grassinger, 141, 154.

<sup>93</sup> Yarg. 18. HD’nin 16.06.2015 tarih, E. 2014/18139 ve K. 2015/10449 sayılı kararı.

telefon ve adres değişikliklerini öngörülen süreler içinde İl Müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür (m. 15/I (1) bendi).

## VI. KORUYUCU AİLE SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Koruyucu aileyle çocuk arasındaki hukukî ilişkinin değerlendirilebilmesi, taraflar arasındaki ilişkinin hangi hâllerde ve nasıl sona erdiğinin açıklanmasını gerektirir. Aşağıda koruyucu aile sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği hâllerle mahkeme tarafından korunma kararının kaldırılması ve sözleşmenin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesi incelenmektedir.

### A. KENDİLİĞİNDEN SONA ERME

Koruyucu aile sözleşmesi, tam üçüncü kişi yararına bir sözleşmedir. Sözleşmeden yararlanan çocuğun ölümü koruyucu ailenin bu sözleşmeden doğan borcunun ifasını kendiliğinden sona erdirir<sup>94</sup>. Nitekim koruyucu ailenin bu sözleşmeden doğan borcunun ifası çocuğun ölümüyle imkânsız hâle gelir. Bu durumda dar anlamda borcu sona erdiren hâllerden borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık söz konusu olur (TBK m. 136/I)<sup>95</sup>.

Koruyucu aile sözleşmesi, koruyucu aile bakımından şahsi edim yükümlülüğü doğurur. Koruyucu ailenin bir kişiden oluştuğu hâllerde, koruyucu kişinin ölümü de koruyucu aile sözleşmesinden doğan borcu sonraki kusursuz imkânsızlık sebebiyle sona erdirir<sup>96</sup>. Koruyucu ailenin karı kocadan oluştuğu hâllerde ise, her ikisinin ölümü aynı hukuki sonucu doğurur. Diğer taraftan koruyucu aileden sadece birinin öldüğü hâllerde koruyucu ailenin bu sözleşmeden doğan borcu kendiliğinden sona ermez; ancak bu durum AÇSHB tarafından koruyucu aile sözleşmesini feshetmek için haklı bir sebep oluşturur.

<sup>94</sup> Usta Sayıta, 95; Özdemir Uluç, 120.

<sup>95</sup> Bkz. Eren, 1299 vd.; Hatemi/Gökyayla, 311 vd.

<sup>96</sup> Kişi unsurunun önem kazandığı sürekli borç ilişkilerinde kanun koyucu bazen sözleşme bakımından şahsı önemli olan tarafın ölümüne kendiliğinden sona erme sonucunu bağlamış bazen de olağanüstü fesih imkânı öngörmüştür (Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 81).

Koruyucu ailenin karı ve kocadan oluştuğu hâllerde koruyucu ailenin fiil ehliyetini kaybetmesi<sup>97</sup> ve vatandaşlıktan çıkması veya çıkarılması hâllerinde de benzer hukukî sonuca varılmalıdır. Zira bir kişinin koruyucu aile olabilmesi için bu görevin sorumluluğunu üstlenebilecek düzeyde ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Yine koruyucu ailenin Türk vatandaşı olması ve Türkiye’de sürekli ikamet etmesi ile 25-65 yaş aralığında bulunması gerekir (KAY m. 8/I a ve b bentleri). Ancak yaş şartı korunma kararlı çocuğun aile yanına yerleştirildiği tarih itibarıyla gerçekleşmelidir. Dolayısıyla bir çocuğun ailenin yanına yerleştirilmesinden sonra koruyucu ailenin 65 yaşını doldurmuş olması bu ilişkiyi sona erdirmez.

Son olarak bu başlık altında şu hususa da yer verilmelidir. Çocuk hakkında hâkim tarafından verilen korunma kararı, kural olarak, çocuk ergin olana kadar devam eder. Dolayısıyla çocuğun ergin olmasıyla, koruyucu aile sözleşmesi de kendiliğinden sona erer<sup>98</sup>. Bununla birlikte mahkeme, korunma kararlı kişinin rızasını alarak, korunma kararının ergin olduktan sonra da devamına hükmedebilir. Korunma kararı, ortaöğrenime devam edenler bakımından yirmi yaşına kadar, yükseköğrenime devam edenler için ise yirmi beş yaşına kadar uzatılabilir. Öğrenime devam etmeyenler bakımından ise, bu süreçte bu kişilerin bir iş veya meslek sahibi olabilmelerinin sağlanması amacıyla yirmi yaşına kadar uzatılabilir (SHK m. 24).

## **B. KORUNMA KARARININ HÂKİM TARAFINDAN KALDIRILMASI**

Korunma kararına neden olan şartların ortadan kalkması hâlinde, AÇSŞB’nin önerisi üzerine, korunma kararı çocuk ergin olmadan da hâkim tarafından kaldırılabilir (SHK m. 24). Yine çocuğun korunmasına yönelik önlemlerin şartların değişmesi hâlinde yeni duruma uydurulması gerekir. Özellikle ana babanın velâyet hakkının kaldırıldığı hâllerde, hâkim, şartlar değiştiğinde ana ve babanın istemi üzerine veya re’sen velâyeti geri verir (TMK m. 351).

<sup>97</sup> Sonraki kusursuz imkânsızlık, borçlunun ehliyetini kaybetmesi veya sakatlanmasından kaynaklanabilir (Hatemi/Gökyayla, 313).

<sup>98</sup> Usta Sayita, 95; Özdemir Uluç, 121; Serdar, 504.

Koruyucu Aile Yönetmeliği'nde çocuğun koruyucu aileye yerleştirilme nedenlerinin ortadan kalkması ve korunma kararının kaldırılması durumunda, çocuğun koruyucu aileden geri alınacağı (m. 20/I (e) ve (f) bentleri) düzenlenmiştir.

### C. OLAĞANÜSTÜ FESİH YOLUYLA SONA ERME

Koruyucu aile sözleşmesi koruyucu ailenin sözleşmeden doğan yükümlülükleri bakımından sürekli borç ilişkisi doğurur. Her sürekli borç ilişkisinde olduğu gibi, bu sözleşme de olağanüstü fesih ile derhal sona erdirilebilir<sup>99</sup>. Şu hâlde sözleşmenin tarafları (hem koruyucu aile hem de AÇSHB), bu sözleşmeyi koruyucu aileden ya da korunmaya ihtiyacı olan çocuktan kaynaklanan haklı (önemli) sebeplerle ileriye etkili olarak derhal feshedebilmelidir.

Koruyucu Aile Yönetmeliği'nde ise, kanaatimizce olağanüstü fesih niteliğinde olan bazı hâller "*Çocuğun geri alınması*" başlığı altında düzenlenmiştir. Zira KAY bu sözleşmeyi bir özel hukuk sözleşmesi olarak değil, idarenin üstün olduğu bir idari sözleşme niteliğinde görmektedir. Ancak kanaatimizce Türk hukukundaki koruyucu aile sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi niteliğinde değerlendirilmelidir. Bu sebeple KAY'da AÇSHB bakımından çocuğun geri alınması başlığı altında düzenlenen hâller, hukuken koruyucu aile sözleşmesinin AÇSHB tarafından ileriye etkili olarak haklı sebeple sona erdirilmesi (olağanüstü fesih) niteliğindedir. Aynı sebeple koruyucu ailenin de sürekli borç ilişkisi doğuran bu sözleşmeyi özellikle korunmaya ihtiyacı olan çocuktan kaynaklanan haklı sebeplerle olağanüstü fesih yoluyla sona erdirmesi mümkündür.

AÇSHB bakımından sözleşmenin haklı sebeple feshedilebileceği hâlleri, KAY göstermektedir. Koruyucu ailenin bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerine açıkça aykırı davranması (m. 20/I (a) bendi) ile çocukla koruyucu aile arasında sağlıklı iletişimin kurulamaması (m. 20/I (b) bendi) böyledir. Yine koruyucu ailenin koruyucu aile birimi tarafından denetlenmesi esnasında çocuğun ana ve babasıyla ilişkisini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunduğu (m. 20/I (ç) bendi) ve çocuk için koruyucu aile bakımından beklenen yararın

<sup>99</sup> Bkz. Seliçi, 156 vd., 204; Eren, 1259-1260; Hatemi/Gökyayla, 301; Erdoğan, 249.

gerçekleşmediğinin tespit edilmesi (m. 20/I (d) bendi) de haklı sebeptir. Somut olayda çocuğun koruyucu aile tarafından ihmal ve istismar edildiği, kötü muameleye maruz bırakıldığı da belirlenmiş olabilir. Bu hâllerde ise, çocuk derhâl koruyucu aileden alınır (m. 20/I (c) bendi)<sup>100</sup> ve koruyucu ailenin çocuğa yönelik eylemleri suç teşkil etmekteyse ayrıca Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur (m. 23).

Koruyucu aileden geri alınan çocuğun, öncelikle ana ve babası yanına dönmesi hedeflenir. Bu mümkün olmadığında, çocuk, AÇSHB tarafından, akraba veya yakın çevre koruyucu aile bakımı kapsamında yerleştirilir. Bunun yapılamaması hâlinde, çocuk durumuna uygun başka bir koruyucu aile yanına yerleştirilir (m. 21/II, III). Bu da mümkün olmazsa, son çare olarak, çocuk kurum bakımına alınır (m. 21/IV).

Bazen somut olayda korunma kararlı çocuğun gelecekte ana babasının yanına dönme olanağı bulunmaz ve çocuk başlangıçta evlat edinilme şartlarını taşımasa da bir süre sonra bu şartlara sahip hâle gelebilir. Özellikle ana babanın başlangıçta korunma altına alınan çocuğun evlat edinilmesine izin vermediği ancak bir süre sonra bu rızayı verdiği hâller böyledir. Bu durumda ilk aşamada koruyucu aile yanına yerleştirilmiş çocuğun, bir süre sonra evlat edinilmeye uygun olduğu sonucuna varılır. Bu hâlde AÇSHB tarafından koruyucu aile sözleşmesi tek taraflı sona erdirilerek çocuk koruyucu aileden geri alınmakta ve evlat edinilmesi çocuğun üstün menfaatine daha uygun olduğundan çocuk evlat edinmeye uygun olan bir başka ailenin yanına “geçici bakım sözleşmesiyle” verilmektedir. Kanaatimizce bu hâl de korunmaya ihtiyacı olan çocuğun durumundan kaynaklı sebeple sözleşmenin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesi niteliğindedir. Böyle hâllerde çocuğun yanına yerleştirildiği koruyucu aile, çocuğun üstün menfaatinin gerektirdiği işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için her türlü destekte bulunmakla ve çocuğun koruyucu aileden ayrılık sürecine hazırlanmasında iş birliği yapmakla yükümlüdür. Ancak şikâyet üzerine incelediği bir dosyada Kamu Denetçiliği Kurumu koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun sadece iki ay sonra şartlarının değiştiği

<sup>100</sup> Bu hâlde koruyucu aile statüsü iptal edilir ve bu aile yanına bir daha çocuk yerleştirilemez (m. 22/I (a) bendi ve 22/III).

gerekçesiyle koruyucu aileden alınıp çocuğu evlat edinmek isteyen bir başka ailenin yanına verilmesini makul görmemiş ve idarenin bu durumda çocuğun yararına hareket etmediğini vurgulamıştır<sup>101</sup>.

## VII. KORUYUCU AİLE İLE ÇOCUK ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Aşağıda şu sorulara yanıt aranmaktadır: Çocuk koruyucu aile sözleşmesiyle koruyucu ailenin “*ev düzenine*” dahil olur mu? Bu ilişki Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) güvence altına alınan “*özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı*” kapsamında korunabilir mi? Koruyucu aile ile çocuk hukuken birbirinin “*yakını*” sayılabilir mi?

### A. EV DÜZENİ İLİŞKİSİ

Kanun’a göre “*aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluk*” ev düzenidir. Ev düzeni kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsini kapsar (TMK m. 367). Bu şekilde yaşama, bir düzeni ve bu düzen içinde bazılarının korunmasını ve zarar doğuran davranışlarından ev başkanının sorumluluğu gerektirir. Bu sebeple TMK m. 368 ve 369’da ev başkanlığıyla bundan doğan sorumluluk hüküm altına alınmıştır<sup>102</sup>.

Koruyucu aileyle yanına yerleştirilen çocuk, koruyucu aile sözleşmesine dayanarak bir arada yaşarlar. Ayrıca çocuk koruyucu ailenin otoritesi altındadır. Bu sebeple koruyucu aile ile yanına yerleştirilen çocuk arasında ev düzeni ilişkisi bulunur. Bu ev düzeninde koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk, “*ev halkındandır*”. Koruyucu aile ise, “*ev başkanıdır*”. Somut olayda koruyucu aile evli kişilerden oluşmaktaysa, koruyucu ana ve baba birlikte ev başkanı olurlar. Koruyucu ailenin evli olması zorunlu olmadığından, tek bir kişi de koruyucu aile olabilir. Bu hâlde koruyucu kişi ev başkanı sıfatı kazanır.

<sup>101</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 25.07.2016 tarih, 2016/203 şikâyet numaralı kararı.

<sup>102</sup> Ünal, Mehmet: Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979, s.25; Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1813; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 205; Akıntürk/Ateş, 454.



Koruyucu ailenin bu düzenin kurallarını belirlerken varsa çocuklarıyla korunmak üzere yanlarına yerleştirilen çocuk arasındaki adil dengeyi gözetmesi gerekir. Ev halkından olan çocuğun öğrenimi, eğitimi, dinî inançları, meslek ve sanatı için gerekli özgürlükten yararlanmasına olanak sağlanmalıdır. Yine çocuğun evdeki eşyası özenle korunmalı ve güvenlik altında bulundurulmalıdır (TMK m. 368).

Ev başkanı olan koruyucu aile, yanına yerleştirilen çocuğun kendi gözetim ve bakımında kaldığı süreçte başkalarına verdiği zarardan sorumludur<sup>103</sup>. Ancak alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur (TMK m. 369/I). Koruyucu ailenin bu sorumluluğu olağan sebep sorumluluğu niteliğindedir. Sorumluluk için ev başkanının ve çocuğun kusuru aranmaz Sorumluluk ev başkanının “gerekli özeni göstermemesine” dayanır<sup>104</sup>.

## B. KORUYUCU AİLE İLİŞKİSİNİN “ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI” BAĞLAMINDA KORUNMASI

“Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı” AİHS m. 8’de koruma altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “aile” ve “aile hayatı” kavramını sözleşme taraflarının iç hukuklarından bağımsız şekilde yorumlar<sup>105</sup>. Gerçekten de AİHM, bireyler arasında aile benzeri yakın kişisel ilişkinin fiilen bulunduğu durumları aile hayatı kapsamında görmektedir. Bunu değerlendirirken salt kişiler arasındaki hukukî bağları değil; sosyal, duygusal ve biyolojik bağları göz önünde bulundurur<sup>106</sup>.

AİHM kararlarında çocuğun esasen ana ve babası yanında büyümesi gerektiği; ancak ailenin bu bakımı sağlayamadığı hâllerde

<sup>103</sup> Usta Sayıta, 92-93.

<sup>104</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, prg. 1852; Akıntürk/Ateş, 456-457.

<sup>105</sup> Arslan Öncü, Gülay: Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Ocak 2019, s.97.

<sup>106</sup> Arslan Öncü, 97; Kanadoğlu, Korkut: “Evlilik ve Ailenin Anayasal Korunması”, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul 2013, s.100.

koruyucu aile gibi alternatif bakıma alınabileceği belirtilir. Koruyucu aile, korunmaya ihtiyacı olan çocuklar bakımından geçici çocuk koruma önlemidir. Bu sebeple koruyucu aile yanındayken çocuğun ana ve babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı güvence altına alınmalı ve mümkün olduğunca çocuğun ana ve babasının yanına geri dönüşü sağlanmaya çalışılmalıdır. Bu ilkeler, AİHS m. 8/I'de güvence altına alınan *“aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı”*nın gereğidir<sup>107</sup>.

Bununla birlikte her ne kadar aslolan koruyucu aile ilişkisinin geçici olması olsa da, bazı hâllerde koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk çok küçük yaşlardan itibaren koruyucu aileyle uzun süreli aile yaşantısı içinde bulunabilir. Bu durumda koruyucu aileyle çocuk arasındaki sosyal ve duygusal bağ, koruyucu aile ilişkisinin de AİHS m. 8/I'deki *“aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı”* kapsamında korunmasını gerektirir. Nitekim AİHM bir kararında koruyucu aileyle çocuk arasında aile yaşamı bulunup bulunmadığının, çocuğun ana ve babasıyla aile ilişkisinin mevcut olup olmadığı ve çocuğun ne zamandır koruyucu aile yanında kaldığına bakılarak belirleneceğini ifade etmiştir<sup>108</sup>.

Anayasa'da da herkesin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilerek, aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı güvence altına alınmıştır (m. 20/I). Aile kavramı tanımlanmamış olmasına rağmen, aile sosyal bir hak olarak devlet korumasına alınmıştır (m. 41)<sup>109</sup> Anayasa Mahkemesi'ne bireysel bir başvuruda, koruyucu aile statüsünün feshine ilişkin kararın iptal edilmesini konu alan davanın sürüncemede bırakılması sebebiyle aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de, uzun süre koruyucu ailenin himayesi altında yaşamış çocukların koruyucu ailesini ana ve babaları olarak tanımlamaları ve koruyucu aileyle birlikte yaşama iradelerini beyan

<sup>107</sup> Çocuk Haklarıyla İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı, 88, 91; Arslan Öncü, 120.

<sup>108</sup> Bkz. Kilkelly, Ursula: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Ankara 2003, s.15. 10.07.1978 tarih, 8257/78 başvuru numaralı X-İsviçre kararında koruyucu aile ve baktıkları çocuklar arasındaki ilişkinin özel yaşam kapsamına girdiği için AİHS m. 8'e göre korunması gereği vurgulanmıştır (Kilkelly, 9).

<sup>109</sup> Kanadoğlu, 93-94.

etmeleri durumunda koruyucu aile ve yanlarına yerleştirilen çocuklar arasında aile hayatı bulunduğu sonucuna varmıştır. Bu sebeple bu çocukların koruyucu aileden ayrılmasını doğuracak işlemlerin yargısal denetimi hızlı yapılmalıdır. Bu durum, çocuğun üstün yararının da gereğidir. Bu yargılamanın hızlı yapılmaması sebebiyle, devletin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkından doğan pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığı ve aile hayatına saygı hakkının usul boyutunun ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır<sup>110</sup>.

Şu hâlde koruyucu aileyle çocuk arasındaki ilişkinin geçici olması gerekir. Zira şartlar elverişli hâle geldiğinde çocuğun ana babası yanına döndürülmesi amaçlanır. Kanaatimizce de koruyucu aile ve çocuk arasındaki ilişki kural olarak “*aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı*” kapsamında değil; “*özel hayata saygı gösterilmesi hakkı*” kapsamında korunur. Sadece koruyucu aileyle çocuk arasındaki ilişkinin uzun süreli olduğu ve özellikle çocuğun ana ve babasıyla kişisel ilişkisinin bulunmaması sebebiyle koruyucu aileyi ana ve babanın yerine koymuş olduğu hâllerde bu ilişki “*aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı*” kapsamında korunabilir. Esasen burada çocukla koruyucu aile arasında hukukî veya biyolojik ana ve baba ilişkisinin bulunup bulunmadığına bakılmamakta; sadece aralarında sağlam bir sosyal aile ilişkisinin bulunup bulunmadığı tespit edilmektedir<sup>111</sup>.

### C. KORUYUCU AİLE İLE YANINA YERLEŞTİRİLEN ÇOCUĞUN HUKUKÎ ANLAMDA “YAKIN” SAYILMASI

Koruyucu aileyle yanına yerleştirilen çocuk arasında ne soybağı ne de hısımlık ilişkisi kurulur. Sadece somut olayda bu kişiler arasında yukarıda açıklandığı gibi bir sosyal aile ilişkisi bulunduğu istisnaî hâllerde, bu kişilerin hukukî anlamda birbirlerinin “*yakını*” da sayılması gerekir. Şu hâlde Türk medenî ve yargılama hukukunda “*yakın*”

<sup>110</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 27.03.2019 tarih ve 2015/7216 başvuru numaralı kararı (16.04.2019 tarih ve 30747 sayılı R.G.).

<sup>111</sup> Bu durum doktrinde bölünmüş anneliğin bir alt türü olarak değerlendirilen “sosyal anneliğe” benzer. Nasıl “*sosyal anne*”, çocukla arasında sağlam bir sosyal aile ilişkisi bulunan ve hukukî veya biyolojik anne sıfatını taşıyıp taşımadığından bağımsız olarak çocuk için sorumluluk üstlenen kadın ise (Keskin, A. Dilşad: “Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi”, ÇÜHFD, C.5, Sa.1-2, 2020, s.1991), kanaatimizce koruyucu aile de bazen “*sosyal aile*” olarak değerlendirilmektedir.

sayılmaya bağlanan hukukî sonuçların koruyucu aile ve çocuk bakımından söz konusu olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Koruyucu aileyle yanına yerleştirilen çocuktan biri diğerinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmişse, korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her hâlde evlenmeden itibaren beş yıl içinde bu evlenmenin iptalini dava edebilir (TMK m. 151-152). Yine mirasçılardan birinin mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemiş olması hâlinde, mirasbırakan, ölüme bağlı bir tasarrufla saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir (TMK m. 510). Koruyucu aile ve yanına yerleştirilen çocuk bu hükümler anlamında birbirlerinin “yakını” sayılmalıdır.

Koruyucu aile veya yanına yerleştirilen çocuktan birinin bir haksız fiil sonucu ölmesi hâlinde, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin haksız fiil failine karşı TBK m. 55’teki şartlar gerçekleştiği takdirde, destekten yoksun kalma tazminatı talebiyle dava açması mümkündür. Koruyucu aile ilişkisinde bu talebi koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk ileri sürebilir. Zira tazminat isteyen çocuğa fiilen, sürekli ve düzenli bir şekilde bakan veya ona ileride bakması kuvvetle muhtemelen olan kişiye destek denir<sup>112</sup>. Koruyucu aile korunmaya ihtiyacı olan çocuk bakımından “destek” olarak kabul edilebilir. Ancak kanaatimizce koruyucu ailenin böyle bir talebi ileri sürmesi mümkün olmamalıdır. Zira koruyucu aile ve yanına yerleştirilen çocuk arasındaki ilişki, kural olarak, çocuğun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer. Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuğun, ergin olmasından sonra koruyucu aileye yardım ve bakım yükümlülüğü bulunmaz. Bu çocuğun koruyucu aileye “farazi destek” olacağı da düşünülemez. Ancak koruyucu aile veya çocuğun bir haksız fiil sonucu ölmesi hâlinde, sağ kalanın ölüme sebep olan kişiden manevî tazminat isteminde bulunması mümkündür (TMK m. 56/II). Nitekim burada ölene mirasçı olmadığı

hâlde ölenle yakınlık ilişkisi bulunanlar manevi tazminat talep edebilmektedirler<sup>113</sup>.

Yine koruyucu aileyle yanına yerleştirilen çocuktan biri, diğerinin davalı ya da davacı olduğu bir hukuk davasında ya da sanık olduğu bir ceza davasında tanıklıktan çekinebilir (HMK m. 248/I (e ) bendi; Ceza Muhakemesi Kanunu m. 48). Benzer şekilde, koruyucu aile, yanına yerleştirilen çocuk ile ilgili bir davada hâkimlikten ve hakemlikten çekinebilir. Çocuk da bu sebeple hâkimi ya da hakemi reddedebilir (Bkz. HMK m. 34/I (a), 36, 417).

### VIII. SONUÇ

Bilimsel araştırmalar çocuğun bakımında aile ortamının en uygun yer olduğunu göstermektedir. Bu sebeple, hâkimin olabildiğince çocuğun ana ve babası yanında korunmasına öncelik vermesi gerekir. Ancak çocuğun üstün yararı ana ve babasından alınmasını gerektirdiğinde ve çocuğun küçük yaşlarda olup aile temelli alternatif bakımın çocuğu topluma kazandırmak için gerekli olduğu hâllerde çocuk koruyucu aile yanına yerleştirilmelidir. Türkiye’de son zamanlarda bu gelişmeler doğrultusunda korunma kararlı çocukların koruyucu aile yanına yerleştirilmesi teşvik edilmektedir.

Türkiye’de koruyucu aile yanındaki çocuk sayısındaki artışın koruyucu aileyle ilgili hukukî uyuşmazlıkları hem nicelik hem de nitelik bakımından çeşitlendirmesi mümkündür. Türk hukukunda koruyucu aile bu görevi karşılığında devletten çocuğun bakımı ve yetiştirilmesinde kullanılmak üzere aylık bakım ödemesi talep edebileceği gibi bu görevi hiçbir ödeme talep etmeden de gerçekleştirebilir. Kanaatimizce aylık bakım ödemesi, hukuken “*ücret*” niteliğinde olmadığından, koruyucu aile sözleşmesi her hâlde ivazsızdır. Koruyucu aile, korunmaya ihtiyacı olan çocuk yararına yapılan bu sözleşme ile karşılıksız olarak çocuğu bakıp büyütme ve korumaya

<sup>113</sup> Eren, 798; Erdoğan, 144. Ancak doktrinde TBK m. 56/II’deki “*yakın*” teriminin dar yorumlanması gerektiği ve buna nişanlı, fiilî eş ve mirasçuları dahil etmenin uygun düşeceği belirtilmiştir (Hatemi/Gökyayla, 155). Kanaatimizce koruyucu aile ile korunmaya ihtiyacı olan çocuk arasında özellikle aile benzeri duygusal ve sosyal ilişkinin kurulduğu istisnâî hâllerde bu kişilerin birbirinin TBK m. 56/II anlamında yakını sayılması gerekir.

ilişkin bir yükümlülük altına girer. Koruyucu aile, sözleşme boyunca çocuk ile ana babası ve diğer yakınları arasındaki kişisel ilişki kurma hakkına saygı göstermelidir. Zira koruyucu aile bakımında çocuğun sorunlar geçtiğinde ana ve babasının yanına dönüşünün sağlanması amaçlanır. Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk hakkında, kural olarak, mahkeme tarafından korunma kararı alınmış olmalıdır. Korunma kararının Türk Medenî Kanunu'na göre alındığı hâllerde aile mahkemeleri görevlidir. Korunma kararı çekişmesiz yargı işi niteliğindedir. Kanaatimizce bu karar "*nihaî bir karardır*". Sadece gecikmesinde çocuğun menfaatine aykırı bir durum varsa, hâkim, çocuk hakkında "*geçici hukukî korumaya*" da karar verebilir. Çocuk hakkında Çocuk Koruma Kanunu'na göre çocuk hâkimi tarafından verilen acil korunma kararları ile barınma tedbiri ise "*geçici hukukî koruma*" niteliğindedir.

Koruyucu aile sözleşmesi ne "*evlat edinme*" ne de evlat edinme için gerekli olan "*geçici bakım süresidir*". Kanaatimizce özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan bu sözleşme, çocuk yararına imzalandığından tam üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Korunmaya ihtiyacı olan çocuğun ana ve babasının her ikisinin de velayet hakkının kaldırıldığı hâllerde koruyucu ailenin çocuğa atanan vasinin yardımcısı olarak kabulü mümkündür. Dolayısıyla koruyucu aile sadece bu hâlde vesayet organı yardımcısı olabilir. Diğer hâllerde ise, koruyucu aile velâyet hakkı kapsamında bulunan bazı görevleri idarenin denetimi ve gözetimi altında çocuğa karşı yerine getirmekle yükümlüdür. Bu sözleşmenin vekâlet unsurları ağır basan sui generis bir aile hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmesi uygundur.

Koruyucu aile sözleşmesi her hâlde ivazsız olup, bir şeref hizmetinin yerine getirilmesi niteliğindedir. Koruyucu ailenin bu sözleşmeden doğan bazı hakları bulunmaktadır. Bunlar, yanına yerleştirilen çocuğun bakım ve eğitiminin sağlanmasına ilişkin kendisine ödenebilecek aylık bakım ödemesini talep hakkı ile koruyucu ailenin bu ilişkinin sona ermesinden sonra çocukla kişisel ilişki kurma hakkıdır.

Koruyucu ailenin bu sözleşmeden doğan çeşitli borçları vardır. Bunlardan en önemlisi, yanlarına yerleştirilen çocuğun bakımı,

korunması ve eğitimini sağlamaktır. Bir diğer yükümlülüğü, koruyucu aile biriminin denetim ve gözetiminde çocukla ana babası ve diğer yakınları arasındaki kişisel ilişkinin kurulmasını sağlamaktır. Ayrıca bu süreçte koruyucu aile birimi ve sorumlu sosyal çalışma görevlisiyle işbirliği yapmalı ve kendi yerleşim yeri değişikliklerini koruyucu aile birimine bildirmelidir.

Kanaatimizce bu sözleşme özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğundan, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüğü çocuğun ölümü ve ergin olması gibi durumlarda kendiliğinden sona erer. Yine sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğundan bu sözleşmenin koruyucu aileden veya korunmaya ihtiyacı olan çocuktan kaynaklı haklı (önemli) sebeplerle olağanüstü fesih yoluyla ileriye etkili olarak derhal sona erdirilmesi de mümkündür.

Türk hukukuna göre, koruyucu aileyle yanına yerleştirilen çocuk arasında ne velâyet ne de hısımlık ilişkisi bulunur. Ancak koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuk, koruyucu ailenin ev halkı arasında yer alıp *ev düzenine* tabi olur. Koruyucu aile ise, "*ev başkanı*" sıfatını haizdir. Bu sebeple koruyucu aile ev düzeninin kurallarını bu çocuğu gözeterek adil biçimde belirlemeli ve özellikle çocuğun dinî inançları bakımından gerekli özgürlükten yararlanmasına olanak sağlamalıdır. Ayrıca koruyucu aile bu çocuğun, kendi gözetim ve bakımında kaldığı süreçte başkalarına verdiği zarardan sorumludur.

Koruyucu aile bakımı geçici olmalıdır. Zira çocuğun şartlar değiştiğinde ana ve babasının yanına dönüşü sağlanmalıdır. Bu sebeple koruyucu aileyle yanına yerleştirilen çocuk arasında, kural olarak, aile hayatı ilişkisi bulunmaz. Bu ilişki, kural olarak, "*özel hayata saygı hakkı*" kapsamında korunur. Sadece bu ilişkinin uzun süreli olduğu ve çocuğun ana babasıyla kişisel ilişkisi bulunmadığından koruyucu aileyi ana ve baba yerine koyduğu istisnâ hâllerde, bu ilişkinin AİHS ve Anayasa'yla güvence altına alınan "*aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı*" kapsamında korunması mümkündür. Yine kanaatimizce koruyucu aileyle korunmaya ihtiyacı olan çocuk arasında aile benzeri sosyal ilişkinin bulunduğu bu hâllerde, koruyucu aile ve çocuk hukuken birbirinin "*yakını*" sayılmalıdır. Bu sebeple Türk medenî ve yargılama

hukukunun “*yakın*” sayılmaya hukuki sonuç bağladığı hâllerde bu yakınlığın hâkim tarafından dikkate alınması gerekir.



## KAYNAKLAR

- Akcaal, Mehmet: “İsviçre Medenî Kanunu’na Göre Kayyımlik Türleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, Sa. 2, 2018, s. 63-87.
- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 22. Baskı, İstanbul 2020.
- Akyol, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 2008.
- Akyüz, Emine: “Velâyet, Çocuğun Korunması ve Koruyucu Aile Hizmeti”, Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, (Editör: Erol, Neşe), Ankara 2008, s.55-122.
- Arslan Öncü, Gülay: Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, Ocak 2019.
- Aydoğdu, Fatih: “Türkiye’de Koruyucu Aile Uygulaması ile İlgili Yapılmış Lisansüstü Tezlerin Değerlendirilmesi”, International Social Sciences Studies Journal, C.5, Sa.53, 2019, s.7481-7489.
- Aydos, Oğuz Sadık: “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, Sa.2, 2000, s.117-141.
- Bahadır, Zeynep: Medenî Usul Hukukunda Kısmî Karar, Ankara 2018.
- Doğan, Recep: “Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği”, Ankara Barosu Dergisi, Sa.2, 2013 s.146-170.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2020.
- Elmacı, Davut: “Çocuk Korumada Sistem Yaklaşımı”, Prof. Dr. Emine Akyüz’e Armağan Akademisyenlikte Elli Yıl, Ankara 2018, s.171-182.
- Erdoğan, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2019.
- Eren, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014.
- Erişir, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Erol, Neşe / Şimşek, Zeynep: “Korunma Gereksinimi Olan Çocuklar; Kurum Bakımı ve Koruyucu Aile Sistemi”, Koruyucu Aile,

- Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, (Editör: Erol, Neşe), Ankara 2008, s.129-167.
- Gençcan, Ömer Uğur: Velâyet Hukuku Yargıtay Uygulaması, Bilimsel Açıklama ve En Son İçtihatlar, Ankara 2015.
- Grassinger, Gülçin Elçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velâyet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul 2009.
- Günay İnan, Esra: Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Ankara 2018.
- Gündüz, Olgun: Türkiye’de Çocuklara Yönelik Koruyucu ve Önleyici Politikaları Değerlendirme Çalıştayı Raporu 2017 – Ankara, (Editörler: Kömür, Esra/ Güngör, Ali), Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Yayın No: 10, Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü Yayın No: 05.
- Hatemi / Gökyayla: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- Hatemi, Hüseyin / Kalkan Oğuztürk, Burcu: Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2018.
- İnan, Ali Naim: “Çocuk Hukuku Bakımından Korunma Kararı, Koruma ve Emniyet Tedbiri Kavramları”, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, Sa.1-2, 1996, s.1-21.
- Kanadoğlu, Korkut: “Evlilik ve Ailenin Anayasal Korunması”, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s.93-106.
- Karataş, Ceylan Pınar: “Aile Yanında Hizmet”, Sosyal Hizmet, Sosyal Hizmet Uzmanları Derneği Yayını, 2018/I, Ocak Haziran 2018, s.64-72.
- Karataş, Kasım: “Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Uygulamaları Üzerine Bir Değerlendirme”, Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, (Editör: Erol, Neşe), Ankara 2008, s. 41-54, (Kısaltılmışı: Karataş, Koruma Sistemi).

- Karatay, Abdullah: "Türkiye'de Koruyucu Aile: Kökenleri, Gelişimi ve Bugünü", Üsküdar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sa.5, 2017, s.389-427.
- Keskin, A. Dilşad: "Bölünmüş Anelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, Sa.1-2, 2020, s.1989-2016.
- Kilkelly, Ursula: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, Ankara 2003.
- Konaç, Esin: "Türk Hukuk Sisteminde Çocuğun Korunması", Türkiye'de Çocuğun Durumu, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Sosyal Planlama Başkanlığı Kitap No:103, Ankara 1989, s.3-33.
- Koşar, Nesrin G.: "Türkiye'de Çocuk Refahı Hizmetlerinin Dünü", Koruyucu Aile, Evlat Edinme Hizmetleri ve Ruh Sağlığı, (Editör: Erol, Neşe), Ankara 2008, s.7-15.
- Özdemir, Hayrunnisa / Ruhi, A. Cemal: Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, İstanbul 2019.
- Özdemir Uluç, Fatma: Psiko-Sosyal ve Hukuksal Açından Koruyucu Aile Bakımı, Ankara 1997.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Seliçi, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- Serdar, İlknur: "Koruyucu Aile", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s.467-508.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge: Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011.
- Tanrıver, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014.
- Tezel, Zeynep / Demirel, Barış / Kaya, Zühal Şahin: "Ailelerin Koruyucu Aile Olmaya Karar Vermelerinde Etkili Olan Etmenler ile Koruyucu Aile Olmanın Anlam ve Önemi", Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırmaları Dergisi, C.19, Sa.43, 2018, s.15-36.
- Usta, Sevgi: Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı: Usta, Çocuk Hakları).

- Usta Sayıta, Sevgi: Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Yerleştirilmesi, İstanbul 1996.
- Ünal, Mehmet: Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979.
- Üstüner, Seval / Erol, Neşe / Şimşek, Zeynep: “Koruyucu Aile Bakımı Altındaki Çocukların Davranış ve Duygusal Sorunları”, Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi, C.12, Sa.3, 2005, s.130-140.
- Yazıcı, Ergün: “Türkiye’de Çocuk Koruma Sistemi ve Koruyucu Aile Bakım Yönteminde Yeni Yaklaşımlar”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.4, Sa.2, 2014, s.247-270.
- Zevkliler, Aydın: “Türk Hukukunda Korunmaya Muhtaç Çocuklar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, Sa.1, 1968, s.173-236.
- Çocuk Haklarıyla İlgili Avrupa Hukuku El Kitabı, Avrupa Birliği Temel Haklar Kurumu ve Avrupa Konseyi, 2015, <http://www.cocukgozlemevi.org/aihm/yayinlar>, s.e.t. 12.05.2020.
- Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve İhtiyari Protokoller, Usûl Kuralları ile Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları, UNICEF, Haziran 2019, <https://www.unicef.org/turkey/>, s.e.t. 09.05.2020 (Kısaltılmışı: Çocuk Hakları Komitesi Genel Yorumları).
- <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/istatistikler/aile-ve-sosyal-politikalar-alanindaki-istatistikler/cocuk-hizmetleri-istatistikleri/>, s.e.t. 15.04.2010.
- <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/haberler/bakan-selcuk-koruyucu-aile-temelli-cocuk-koruma-sistemi-calistayi-25-26-subat-ta-duzenlenecek/>, s.e.t. 06.05.2020.
- <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc.pdf>, s.e.t. 22.04.2020.
- Yargıtay kararları için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, s.e.t. 21.05.2020.

Kamu Denetçiliği Kurumu kararı için bkz.  
<https://www.ombudsman.gov.tr/2016-yili-kararlari/index.html>,  
s.e.t. 21.05.2020.



## OMBUDSMANLIK VE AVRUPA BİRLİĞİ OMBUDSMANI

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Ziya ÇALIŞKAN\*

### Öz

Ombudsmanlık müessesesi, merkezi idareden bağımsız olan ve kural olarak kanunla düzenlenen, hatta birçok ülkede anayasa ile öngörülen bir müessesedir. Ombudsman kamu kurum ve görevlilerinin faaliyetlerinden hoşnutsuz olan vatandaşların şikâyetleri üzerine, idareyi yapılan yanlış uygulamalardan ötürü uyarır ve hukuka uygun davranmaya çağırır. Ombudsmanlığın üç temel özelliği bulunmaktadır. Bunlar; yasallık, bağımsızlık ve denetçilik özelliğidir. Bu çalışmada, müessesenin temel özellikleri bağlamında, Avrupa Birliği Ombudsmanının özel olarak irdelenmesi ve milli ombudsmanlıkla topluluk ombudsmanlığı arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların ortaya konulması amaçlanmaktadır. Müessese 1992 yılında Avrupa Birliği mevzuatına girmiştir ve milli ombudsmanlardan farklı olarak AB Ombudsmanı, AB kurum ve kuruluşlarına yönelik şikâyetleri inceleyip karara bağlamaktadır. Müessesenin ihdas edildiği günden bugüne, ilgili mevzuatında değişiklikler yaşanmaktadır. Güncel mevzuatı ışığında, yıllık raporlarının da değerlendirilmesi suretiyle, Avrupa Birliğinde ombudsmanlık uygulamasının gerek başvuru konuları gerekse bunlara karşı olan yaklaşım açısından geldiği son noktanın incelenip ortaya konulması, ombudsmanlık denetiminin her açıdan geliştirilip canlılığını koruması açısından oldukça büyük bir önem arz etmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Ombudsman • Kamu Denetçisi • İdare Hukuku • İdarenin Denetlenmesi  
• Avrupa Birliği

\* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Konya, Turkey.

✉ azic@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0002-5472-8967

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: ÇALIŞKAN Ahmet Ziya, "Ombudsmanlık ve Avrupa Birliği Ombudsmanı", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1263-1302.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## OMBUDSMAN AND EUROPEAN UNION OMBUDSMAN

### Abstract

The Ombudsman is an institution that is independent from the central administration and is regulated by law as a rule, and even stipulated by the constitution in many countries. Ombudsman has three main characteristics. These; legality, independence and auditing feature. In this study, it is aimed to specifically examine the European Union Ombudsman in the context of the basic characteristics of the institution and to reveal the similarities and differences between the national ombudsman and the community ombudsman. Within the framework of the current legislation, by evaluating the annual reports, it is of great importance to examine and reveal the latest point of the practice of ombudsman in the European Union in terms of both the application issues and the approach to them, in terms of improving the ombudsman audit in every aspect and maintaining its vitality.

### Key Words

Ombudsman • Administrative Law • Extra-Judicial Control  
• Control of Administration • European Union

### GİRİŞ

Hukuk devleti anlayışının gelişmesi ve tam olarak yerleşmesi, devletleri her alanda yeni gelişmelere yönlendirmiştir. Bu gelişmelerden birisi de kamu yönetiminin yargı dışı yollardan denetlenmesini konu edinen ombudsman müessesesidir. Her ne kadar ombudsman müessesesi İsveç'te hukuk devleti kavramından önce ortaya çıkmış olsa da bu müessesenin gelişmesi ve bugünkü halini alması hukuk devleti anlayışının gelişmesi ve yerleşmesine bağlı olmuştur.

Ombudsman müessesesi ilk olarak İsveç'te ortaya çıkmıştır ve daha sonra bütün dünyaya yayılmıştır. Ombudsman idareyi denetlemekle görevlendirilmiştir. O bu görevi mutlak bir bağımsızlık ve tarafsızlık içerisinde yapar. Ombudsman Devlet hiyerarşisinin içerisinde yer almaz. Onun sadece parlamentoya karşı sorumluluğu söz konusudur.

Ombudsman idareyi denetlerken çok geniş bir araştırma ve denetim yetkisi ile donatılmıştır. Her türlü bilgi ve belgeye erişebilme hakkı ve olanağı vardır. Kendisine yapılan başvurularla ilgili olarak, bilirkişi görevlendirmesi yapması ve tanık dinlemesi de mümkündür. Om-



budsmen idarenin aksayan yönlerini ortadan kaldırmaya çalışır. Onun görevi idarenin kötü yönetim vakalarını ortadan kaldırmaktır. Bu görevi yerine getirirken ombudsmana kural olarak icraî etkililiği olacak yetkiler tanınmamıştır. Onun idareyi bağlayıcı karar alma yetkisi yoktur. O sadece kamu hizmetlerinin sunulma tarz ve yöntemlerinin iyileştirilmesi ve geliştirilmesi konularında tavsiye ve telkinlerde bulunabilir.

İsveç'te 18. yüzyılda ortaya çıkan ombudsman müessesesi özellikle 20. yüzyılda bütün dünyaya hızla yayılmıştır. Avrupa Birliği'nin tam anlamıyla kurumsallaşmasıyla, 1992 yılında imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması diye de adlandırılan Maastricht Antlaşması'nda Avrupa Birliği için de bir ombudsman müessesesi öngörülmüş ve ihdas edilmiştir. Nitekim 1995 yılında ilk Avrupa Ombudsmanı Avrupa Parlamentosu tarafından seçilmiş ve göreve başlamıştır.

Avrupa Ombudsmanının görev alanı, milli ombudsmanlardaki durumun aksine sadece vatandaşı olduğu ülke ile sınırlı olmayıp, bütün Avrupa Birliği'nin kurum ve organlarını kapsamaktadır.

Bu çalışmada, ombudsman müessesenin temel özellikleri bağlamında, Avrupa Birliği Ombudsmanının özel olarak irdelenmesi ve milli ombudsmanlıkla topluluk ombudsmanlığı arasındaki benzerliklerin ve farklılıkların ortaya konulması amaçlanmaktadır. Müessese 1992 yılında Avrupa Birliği mevzuatına girmiştir ve milli ombudsmanlardan farklı olarak Avrupa Birliği Ombudsmanı, Avrupa Birliği kurum ve kuruluşlarına yönelik şikâyetleri inceleyip karara bağlamaktadır. Müessesenin ihdas edildiği günden bugüne, ilgili mevzuatında birtakım değişiklikler yaşanmıştır. Güncel mevzuatı ışığında, yıllık raporlarının da değerlendirilmesi suretiyle, Avrupa Birliğinde ombudsmanlık uygulamasının gerek başvuru konuları gerekse bunlara karşı olan yaklaşım açısından geldiği son noktanın incelenip ortaya konulmasının, ombudsmanlık denetiminin her açıdan geliştirilip canlılığını koruması açısından büyük bir önem arz ettiği ortadadır.

## I. OMBUDSMANLIK MÜESSESESİ

Ombudsman müessesesinin kökenleri İsveç'e dayanmaktadır<sup>1</sup>. Ombudsmanlık, merkezi idareden bağımsız<sup>2</sup> olan ve kural olarak kanunla düzenlenen, hatta ülkemizde de olduğu gibi anayasa ile öngörülen bir müessesedir<sup>3</sup>. Ombudsman kamu kurum ve görevlilerinin faaliyetlerinden hoşnutsuz olan vatandaşların, bu memnuniyetsizliklerini şikâyet ettikleri bir müessesedir. Ombudsman vatandaşların çağrısı üzerine harekete geçebildiği gibi kendiliğinden de harekete geçebilmektedir<sup>4</sup>. Ombudsman kendisine iletilen şikâyetlere bağlı olarak veyahut da kendiliğinden gerekli gördüğü konularda araştırmalar ve tetkikler yapar. İdareyi yapılan yanlış uygulamalardan ötürü uyarır ve idareyi hukuka uygun davranmaya çağırır<sup>5</sup>. Bu uyarılar yayımlanan raporlar aracılığıyla veyahut da parlamentoya bilgi verme şeklinde gerçekleştirilir<sup>6</sup>. Ombudsman bağlayıcı karar alma yeteneğinden yoksun bir kuruluştur<sup>7</sup>. Ülkemizde "kamu denetçisi"<sup>8</sup> şeklinde adlandırılan ombudsmanın işlevi idareyi denetlemektir. Bu denetim kamu yöne-

- 
- <sup>1</sup> **TORTOP, N.**, "Ombudsman Sistemi ve Çeşitli ülkelerde Uygulanması", AİD, C. 31, Sy. 1, TODAİE, Mart 1998, s. 3-4; **AKINCI, M.**, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman", İstanbul 1999, s. 265; **ULER, Y.**, "Ombudsman (Kamu Denetçisi)", 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Üçüncü Kitap Çeşitli İdare Hukuku Konuları, Ankara, Danıştay Yayınları, 1992, s. 1022.
- <sup>2</sup> **OYTAN, M.**, "Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme", DD., yıl: 5, Sy. 18-19, s. 196; **LEGRAND, A.**, "Médiateur ou Ombudsman", A.J.D.A., Mayıs 1973, s. 229; **GAMMELTOFT-HANSEN, H.**, "Ombudsman Kavramı", çev. ERGUN, T., AİD, C. 29, Sy. 3, TODAİE, Eylül 1996, s. 201; **GARANT, P.**, Du Protecteur du Citoyen Québécois au Médiateur Français (L'Omboudsmanie en Francophonie), A.J.D.A., Mayıs 1973, s. 240; **AKTAN, A.**, "İdare Hukukunda Yeni Bir Adım "Arabulucu"", MBD., sy. 50, 1977, s. 6.
- <sup>3</sup> **AKIN, C.**, "Cumhuriyetimizin 75. Kuruluş Yıldönümünde Yönetimin Denetlenmesinde Yeni Bir Denetim Yolu: Ombudsman (Yüksek Yönetim Denetçisi)", TİD, yıl: 70, Sy. 421, s. 523; **ARSLAN, S.**, "İngiltere'de Ombudsman Müessesesi", AİD, C. 19, Sy. 1, TODAİE, Mart 1986, s. 158; **OYTAN**, s. 196.
- <sup>4</sup> **ERHÜRMAN, T.**, Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü, AÜHFD, yıl: 49, sy. 1-4, 2000, s. 160; **ULER**, s. 1026; **GAMMELTOFT-HANSEN**, s. 198.
- <sup>5</sup> **AKIN**, s. 521; **GARANT**, s. 237; **TORTOP**, s. 4.
- <sup>6</sup> **ULER**, s. 1026; **ERHÜRMAN**, s. 160; **ARSLAN**, s. 157.
- <sup>7</sup> **AKIN**, s. 525, 530; **GAMMELTOFT-HANSEN**, s. 195, 198, 200; **GARANT**, s. 241.
- <sup>8</sup> Bkz. 14.6.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu.

timini idari açıdan, yani yargı dışı denetleme yöntemlerinden birisidir<sup>9</sup>. Bu denetimin, yargısal denetim kadar etkili olacağını söylemek çok mümkün gözükme de hak arama özgürlüğüne katkı sağlayacağı da bir gerçektir<sup>10</sup>.

Bugün itibariyle ombudsman kurumu idareye karşı olan şikayetleri alan bir denetim organı olmaktan ileriye giderek, kamu yönetimine kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin olarak yol gösteren, kamu hizmetlerinin sunulmasının geliştirilmesinde de etkili bir rol oynayan bir kurum haline gelmiştir<sup>11</sup>.

### A. OMBUDSMANLIK MÜESSESESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

Ombudsman müessesesi ilk olarak 1713 yılında İsveç'te ortaya çıkmıştır. İsveç ile Rusya arasındaki 1709 tarihli Poltova meydan savaşında İsveç Kralı XII. Şarl Ruslara yenilmiş ve Osmanlı'ya sığınmıştır. Kral Şarl (Demirbaş Şarl) ülkesinden uzak olmasına rağmen ülkesini yönetmeye devam etmiştir. 1713 yılında çıkardığı bir buyrukla kendisini temsil edecek ve ülkesindeki kamu görevlilerinin, özellikle hâkimlerin, yasalara uygun davranmalarını sağlayacak bir temsilci tayin etmiştir. Bu tayin edilen temsilci bugünkü "ombudsman"ın ilk şeklidir<sup>12</sup>.

İsveç Kralı Demirbaş Şarl'ın Osmanlı Devleti'nde misafir edildiği yıllarda, Osmanlı'nın Abbasi'lerden devraldığı denetim kurumlarından olan Divan-ı Mezalim, Kadi-ı Kudat, Kazaskerlik ve Muhtesip kurumları gibi kurumlardan etkilenerek, ülkesini tayin ettiği bir temsilcisi aracılığıyla uzaktan da olsa idare ettiği ifade edilir<sup>13</sup>. Bahsedilen ku-

<sup>9</sup> GAMMELTOFT-HANSEN, s. 199; ARSLAN, s. 157.

<sup>10</sup> ATAY, E. E., "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu", Ombudsman Akademik Dergisi, Aralık 2014, Sy. 1, s. 27.

<sup>11</sup> KÖSEOĞLU, Ö., "Avrupa Ombudsmanının Hukuki Statüsü, İşleyişi ve Kurumsal Etkinliği", Sayıştay Dergisi, Sy. 79, Ekim-Aralık 2010, s. 36.

<sup>12</sup> AKINCI, s. 266; ULER, s. 1022; AKIN, s. 519.

<sup>13</sup> Geniş bilgi için bkz. KUŞCU, A. D., "Eyyûbiler'de Mezâlîm Mahkemeleri ve Dârü'l-Adl", Türkiyat Araştırmaları Dergisi, Sy. 26, Yl. 2009, 207-229; Daha geniş bilgi için bkz. COŞKUN, B., /GÜNAYDIN, H., "Ombudsmanlığın Kökeni Meselesi Bağlamında Türk-İslam Devlet Geleneğinde Şikâyet Hakkının Kurumsal Tekâmülü", Ombudsman Akademik Dergisi, Aralık 2015, Sy. 3, s. 9-60; ATALAY, C., "Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumunun Ortaya Çıkışı", Kastamonu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Nisan

rumların birlikte çalıştığı bir sistem içinde devlet, insan hak ve özgürlüklerini korumakta ve hukuk ihlallerini önlemekteydi. İsveç'teki ilk Ombudsman uygulaması, yapı ve fonksiyon itibarıyla bu sisteme birebir benzemektedir<sup>14</sup>.

İlk aşamada bu şekilde ortaya çıkan ombudsman müessesesi, 1809 yılında İsveç Anayasa'sında yer almıştır<sup>15</sup>. Bu tarihten itibaren yüzyılı aşkın bir süre boyunca ombudsmanlık İsveç dışına çıkmamıştır. Nihayet 1919 yılında, İsveç'ten sonra, ilk olarak Finlandiya ombudsman müessesesini tesis etmiş ve bu müesseseye Anayasa'sında yer vermiştir. Daha sonra 1952 yılında Norveç askeri bir ombudsmanlık müessesesi kurmuştur<sup>16</sup>. Norveç'in 1952 yılında ombudsman müessesesini kurması aslında ombudsmanın İskandinav ülkelerinde yaygınlaşmasının ve birinci ombudsman dalgası diye tabir edilen dönemin<sup>17</sup> başlangıç noktasıdır<sup>18</sup>. Bu gelişmelerin akabinde 1954 yılında Danimarka Ombudsmanı tesis edilmiştir, 1957 yılında Batı Almanya askeri bir ombudsman müessesesi kurmuştur, iki senelik bir müzakere döneminden sonra Norveç bu defa da artık sivil ombudsman müessesesini tesis etmiştir<sup>19</sup>.

İskandinav ülkelerinden sonra, bu defa Anglo-Sakson ülkeleri birer birer ombudsmanlığı kabul etmeye başlamışlardır. Bu döneme de ikinci ombudsman dalgası denilmektedir<sup>20</sup>. Bu dönemde İngiltere 1957 yılında<sup>21</sup>, Yeni Zelanda 1962 yılında, İngiliz Güyanası 1966 yılında,

2016, sy. 12, s. 465; ŞAHYAR AKDEMİR, D., "Uluslararası Alanda Ombudsmanlık Kurumu ve Türkiye", MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2019 C. 8 sy. 4, s. 3536.

<sup>14</sup> TURHAN, D. G., /ÖKTEN, S., "Avrupa Birliği'nde Ombudsmanlık", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yl. 2014/1, Sy. 19, s. 216.

<sup>15</sup> Geniş bilgi için bkz. GİŞİ, S., "Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme", YBHD, Yl 2, Sy. 2017/2, s. 13-16.

<sup>16</sup> AKINCI, s. 269.

<sup>17</sup> Bu dönem 1950-60 yılları arasındaki dönemdir, bkz. GARANT, s. 237-AKIN, s. 520.

<sup>18</sup> OYTAN, s. 195; AKIN, s. 520.

<sup>19</sup> GARANT, s. 237, AKINCI, s. 269-270.

<sup>20</sup> AKIN, s. 520; GARANT, s. 237.

<sup>21</sup> İngiltere'de mahiyeti itibarıyla ombudsman müessesesi olan kuruluşa Parlamento Komiserliği denilmektedir, bkz. ARSLAN, s. 157 vd.

Maurice Adası ve Alberta 1967 yılında, Yeni Brunswick ve Manitoba<sup>22</sup> 1969 yılında ve nihayet Yeni İskoçya ile Kuzey İrlanda da 1970 yılında ombudsman müessesesini kurmuşlardır<sup>23</sup>. Daha sonraları Fransa 1973'te<sup>24</sup>, İtalya 1974'te<sup>25</sup>, Avusturya, Avustralya ve Portekiz 1976 yılında, Gana 1980'de, Hollanda ve İspanya 1981'de, Pakistan 1983'te<sup>26</sup> ombudsman müessesesini kabul etmiştir<sup>27</sup>.

Fransa'da 2008 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Fransız Médiateur'ünün yerini Hakların Savunucusu isimli bağımsız idari otorite almıştır. 2011 yılında çıkarılan bir kanunla, Médiateur'ün yanı sıra Fransa'daki bağımsız idari otoritelerden olup 2000 yılında kurulan Güvenlik ve Deontoloji Milli Komisyonu, aynı şekilde 2000 yılında ihdas edilip bağımsız idari otorite statüsünde olan Çocuk Hakları Koruyucusu, 2004 yılında yine bağımsız idari otorite olarak kurulan Ayrımcılığa Karşı ve Eşitlik için Mücadele Yüksek Otoritesi de kaldırılmıştır. Bu sayılan denetim birimlerinin hepsinin yerini, İspanyol Ombudsmanı olan Halkın Savunucusu modeli örnek alınarak Hakların Savunucusu isimli denetim organı almıştır<sup>28</sup>.

Ülkemizde ise 2010 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlı olarak Kamu Denetçiliği Kurumunun kurulması öngörülmüştür. Nitekim 2012 yılında çıkarılan 6328 sayılı kanunla; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı

<sup>22</sup> OYTAN, s. 195.

<sup>23</sup> GARANT, s. 237.

<sup>24</sup> ŞENGÜL, R., "Fransa'da Kamu Yönetiminin Dentlenmesinde Kamu Arabulucusunun (Médiateur de la République) Rolü", DD., yıl: 32, sy. 105, s. 31; LEGRAND, s. 229.

<sup>25</sup> AKINCI, s. 276.

<sup>26</sup> AKINCI, s. 278.

<sup>27</sup> AKIN, s. 520.

<sup>28</sup> Kanunlaşma aşamasında, Fransa'daki bir diğer bağımsız idari otorite olan Hürriyeti Kısıtlama Alanları Genel Denetçisi (Ceza ve Tevkif evleri) isimli kurumun da kaldırılması teklif edilmiş fakat kanuna eklenmemiştir, geniş bilgi için bkz. [https://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9fenseur\\_des\\_droits](https://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9fenseur_des_droits), (17.3.2020); Fransa'daki Hakların Savunucusuna ilişkin geniş bilgi için bkz. GİŞİ, s. 20-22.

içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur.

Bugün itibariyle dünyada 100'ün üzerinde devletin, bu adla veya başka bir ad altında, ombudsmanı bulunmaktadır. Bunlardan 37 tanesi Avrupa ülkesidir.

Temelleri İsveç'te atılan ombudsman müessesesi, günümüzde dünyanın dört bir yanında uygulanan ve idarenin görevlilerinin ve kuruluşlarının denetlenmesinde oldukça etkili olan bir mekanizmadır<sup>29</sup>.

Ombudsman müessesesinin örgütlenme şekline baktığımızda ise, bazı ülkeler farklı uzmanlık alanları belirleyerek yönetsel yapılarına bu kurumu entegre etmişlerdir. Örneğin bazı ülkelerde parlamento ombudsmanı, yerel yönetimler ombudsmanı, hükümet ombudsmanları ile birlikte özel amaçlı kurulmuş ombudsmanlar da görülebilmektedir. Birçok ülkede ise ülkemizde de olduğu gibi, ulusal ombudsman şeklinde sadece bir tek ombudsmanlık kurumu bulunmaktadır. Bununla birlikte bazı ülkelerde ise ulusal düzeyde bir ombudsmanlık kurulması yoluna gidilmemiş, bunun yerine eyalet, şehir ve belediye düzeyinde ombudsmanlık kurumları kurulmuştur<sup>30</sup>.

## B. OMBUDSMAN KAVRAMI

Ombudsman kanunla veya hatta anayasa ile kurulan bir müessesedir. Ombudsman işlevsel anlamda bağımsız ve özerktir. Hiçbir makam ombudsmana görevi ile ilgili emir veremez, herhangi bir telkinde bulunamaz. Ombudsman yasama ve yürütmeden ayırdır, fakat parlamentoya karşı sorumludur. Ombudsmanın çok tecrübeli ve konusunda uzman olmasına dikkat edilir<sup>31</sup>. Ombudsman son derece güvenilir ve tarafsız bir insandır. Ombudsman ilgililerin veya yasal temsilcilerinin

<sup>29</sup> AKINCI, s. 278-279.

<sup>30</sup> KAYA, E., "Ombudsmanlık Kavramı ve Dünyada Ombudsmanlık Uygulamaları", *International Journal of Disciplines Economics & Administrative Sciences Studies*, 2018, C. 4, Sy. 8 s. 158.

<sup>31</sup> GÖKÇE, A. F., "Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Türkiye İçin Askeri Ombudsmanlık Önerisi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Yıl 2012, C. 17, sy. 2, s. 207.

başvurusu üzerine veya re'sen harekete geçer<sup>32</sup>. Ombudsmana başvurmanın herhangi bir yöntemi ve şekli yoktur<sup>33</sup>, halk tarafından kolayca ve külfetsiz bir şekilde başvurulabilir. Ombudsman kamu görevlileri veya kuruluşları tarafından gerçekleştirilen adaletsizlik ve kötü yönetim vakaları<sup>34</sup> üzerine, şikâyetçi olunan veya gerek gördüğü konularda araştırma ve tetkikler yapar. Ombudsman bu konuda çok geniş bir inceleme ve araştırma yetkisine sahiptir. Ombudsmanın bu kötü yönetim vakalarını düzenlediği raporlarla kamuoyuna duyurma yetkisi vardır. İdareyi yaptığı haksızlıklardan ötürü tenkit etme, idarenin takdir yetkisini kötüye kullanmasını engellemek için gayret sarf etme, idarenin mevzuata uymasını temin etme, kamu hizmetlerinin hakkaniyete uygun ve daha iyi görülmesini isteme hakkı vardır. Fakat bütün bunları ancak icraî olmayan yöntemlerle yapabilmektedir. Ombudsmanın bağlayıcı karar alma yetkisi yoktur<sup>35</sup>. O ancak idareye tavsiyelerde bulunur. Hukuka uygun davranmayı önerebilir<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Fransız "Médiateur"ünün böyle bir yetkisi yoktu, o ancak başvuru üzerine harekete geçebilirdi, hatta Fransız Médiateur"üne vatandaşların doğrudan başvuru hakkı dahi yoktu, ona ancak bir milletvekili aracılığıyla başvurulabilirdi, bkz. ŞENGÜL, s. 34, yerini alan Haklar Savunucusuna ise kendiliğinden harekete geçme yetkisi tanındığı gibi, ilgililerin doğrudan veya onlar adına yasal temsilcilerinin başvurabilmeleri de kural altına alınmıştır, bkz. 29.3.2011 tarih ve 2011-333 sayılı Fransız Haklar Savunucusuna ilişkin kanun md. 5/4, (www.legifrance.gouv.fr-17.3.2020).

<sup>33</sup> Yeni Zelanda'da başvurularda harç alınmaktadır, şikâyetin yazılı olarak yapılması gerekmektedir ve ilgili belgelerin de başvuru dilekçesine eklenmesi gerekir, bkz. AKIN, s. 526; İspanya, Hollanda ve Danimarka'da ihtilaflı durumun ortaya çıkışından itibaren en az bir yıl geçtikten sonra ombudsmana başvurulabilir, bkz. TORTOP, s. 7.

<sup>34</sup> Vatandaş ile kamu idareleri arasındaki ilişkilerde, hakka uygun davranmama, gereksiz yere gecikme, bireyin hakkı olan bilgileri vermeyi ihmal etme, insanları bilerek yanlış yönlendirme, ırk, dil, cinsiyet gibi nedenlerle eşitliğe aykırı davranma, başvuru hakkını kullanmaya dair bilgi vermeme, hatalı bir prosedür izleme, taraf tutma, hizmetten yararlananların menfaatini zedeleyici işlemlerde bulunma gibi davranışlar kamu idareleri ve personelleri açısından kötü yönetim vakalarına örnek olarak gösterilebilir, bkz. AKINCI, s. 330.

<sup>35</sup> Letowska, bu durumu havlayabilen fakat ısıramayan bir bekçi köpeğinin durumuna benzetmektedir, bkz. LETOWSKA, E., "The Polish Ombudsman (The Commissioner for the Protection of Civil Rights), International and Comparative Law Quarterly, Vol: 39, Part: 1, January 1990, in ERHÜRMAN, s. 159.

<sup>36</sup> ERHÜRMAN, s. 160; OYTAN, s. 196; GAMMELTOFT-HANSEN, s. 195.

Kanada Québec eyaletinin dönemin ombudsmanı, nam-ı diğer “vatandaşın koruyucusu” Bay Marceau, ombudsmanı; “sâde bir vatandaş (...) araştırma yapma ve tavsiyede bulunma yetkisi yasal olarak tanınan ve yeni bir şekilde organize olmuş bir vatandaş...” şeklinde tanımlamaktadır. “Koruyucu müesseseyi oluşturarak, Québec Millet Meclisi bir vatandaş aracılığıyla, herkese doğrudan, kendi kendiliğinden, topluluğun bir üyesi olarak, idarenin kendisini ilgilendiren işlemlerini kontrol edebilme yetkisini tanımıştır” demek suretiyle bu müessesenin neden ibaret olduğunu anlatmaktadır<sup>37</sup>.

Ombudsman bir mahkeme değildir. Ombudsmanın belli bir meslekten olması veya belli bir statüden olması da şart değildir. Ombudsman dürüst, güvenilir ve hakkaniyete riayet eden birisi olmalıdır. Bu müessesenin amacı idareyi denetlemektir. Vatandaşları idarenin her türlü adaletsiz ve yanlış davranışına karşı korumaktır. Bunu ne kadar iyi, süratli ve ucuz yaparsa o kadar iyidir<sup>38</sup>.

### C. OMBUDSMAN MÜESSESİNİN ÖZELLİKLERİ

Ombudsman müessesesinin en temel özelliklerinden birisi yasa ile kurulmasıdır. Hatta ülkemizde ve Fransa’da da olduğu gibi birçok ülkede anayasal statüye sahiptir. Esasında burada kastedilen yasama organının iradesinin bir ürünü olmasıdır. Müessesenin bir diğer özelliği ise yasama, yürütme ve yargı organları karşısındaki bağımsızlığıdır. Ombudsman müessesesinin en önemli özelliği hatta varlık nedeni idareyi denetlemesidir, yani denetçilik özelliğidir.

#### 1. YASALLIK

Ombudsman müessesesinin en temel özelliklerinden birisi onun yasal bir kuruluş olmasıdır. Ombudsman müessesesi kanunla<sup>39</sup>, hatta

<sup>37</sup> Québec Barosu Dergisi, yl. 1970, s. 73, in **GARANT**, s. 237.

<sup>38</sup> **AKIN**, s. 524; **OYTAN**, s. 195-196.

<sup>39</sup> **ERHÜRMAN**, s. 160; **TORTOP**, s. 4-5; Hollanda Ombudsmanı 4 Şubat 1981 tarihli bir kanunla ihdas edilmiştir, Avusturya’da “halkın avukatı” denilen ombudsmanların statüsü 24 şubat 1977 tarihli bir kanunla belirlenmiştir, İngiltere’nin “parlamento komiserliği” şeklinde adlandırılan ombudsman müessesesi 1967 yılında kabul edilen bir kanunla, İrlanda’nın “parlamento komiserliği” diye adlandırılan ombudsman müessesesi de 1980 yılında kabul edilen bir kanunla ihdas edilmiştir, bkz. **TORTOP**, s. 4-5, Danimarka’da 1954 yılında çıkartılan Ombudsman yasası vardır, bkz. **ERGANİ, N. K.**, “Danimarka Ombudsmanı”, DD., yıl: 32, sy. 105, s. 3,



birçok zaman ülkemizde de olduğu gibi anayasa<sup>40</sup> ile ihdas edilen bir kuruluştur. Kuruluş, görev ve çalışma esasları yönetmelikle de düzenlenebilmektedir<sup>41</sup>. Böylelikle ombudsman devletin resmi bir kuruluşu, bir organı olmaktadır. Ombudsman genellikle parlamento tarafından seçilmektedir<sup>42</sup>. Cumhurbaşkanı, hükümet ya da başka bir organ tarafından atandığı da olabilmektedir<sup>43</sup>. Ombudsmanın yasa ile kurulmasının yanında parlamentoya bağlı olarak görev yapması da ayrı bir özelliğidir<sup>44</sup>. Uluslararası Ombudsman Enstitüsü de bir müessesenin ombudsman sayılabilmesi için parlamentoya bağlılığı şartını aramaktadır<sup>45</sup>. Bu bağlılık sadece organik bir bağlılık olup ombudsmanın bağımsızlığını zedelemeyebilir. Ombudsmanın parlamentoya karşı sorumluluğu da bu bağlılıktan doğmaktadır.

## 2. BAĞIMSIZLIK

Ombudsman siyasi irade karşısında mutlak bir bağımsızlığa sahiptir<sup>46</sup>. O, herhangi bir makam veyahut merciden emir ve talimat almaz. Hiçbir makam ombudsmana telkinde bulunamaz<sup>47</sup>. Bağımsızlık

---

Québec (Kanada) Ombudsmanı ("vatandaşın koruyucusu" diye adlandırılmaktadır) 1969 yılında çıkartılan bir yasayla kurulmuştur, bkz. **GARANT**, s. 237, Almanya'da ombudsmanlık hakkında 26 Haziran 1957 tarihli bir yasa vardır, bkz. **OYTAN**, s. 204.

<sup>40</sup> Ülkemizde Kamu Denetçiliği Kurumu Anayasasının 74. maddesinde düzenlenmektedir; İsveç Anayasa'sının 6'ncı maddesinde, bkz. **AKINCI**, s. 268, Finlandiya Anayasa'sının 49. ve 59'uncu, İspanya Anayasa'sının 54'üncü, Portekiz Anayasa'sının 23'üncü, Hollanda Anayasa'sının 108'inci, Avusturya Anayasa'sının 148'inci maddelerinde Ombudsman müessesesine ilişkin hükümler vardır, bkz. **TORTOP**, s. 4, Danimarka Ombudsmanı 1953 yılında Danimarka Anayasa'sına eklenen bir hükümle kurulmuştur, bkz. **ERGANİ**, s. 3, Alman Anayasa'sına 19 mart 1956 yılında eklenen bir madde (m. 46) ile ombudsman müessesesinin temelleri atılmıştır, bkz. **OYTAN**, s. 203.

<sup>41</sup> **AKIN**, s. 523.

<sup>42</sup> **TORTOP**, s. 5.

<sup>43</sup> **AKIN**, s. 524.

<sup>44</sup> **TORTOP**, s. 4.

<sup>45</sup> **ULER**, s. 1025.

<sup>46</sup> **ODYAKMAZ, Z.**, "Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi'nin 10. Kuruluş Yılı Armağanı, Yıl 4, sy. 14, Temmuz 2013, s. 54-55.

<sup>47</sup> **OYTAN**, s. 196; **GAMMELTOFT-HANSEN**, s. 195; **AKINCI**, s. 295.

müessesenin özünü oluşturur<sup>48</sup>. Siyasal sorumluluğu hükümetler tarafından üstlenilen idari faaliyetlerin parlamenter denetiminin çerçevesi, ombudsmanın denetleme yetkisinin de çerçevesini oluşturur. Bu anlamda ombudsman parlamentonun bir tür kolu gibidir. Hükümet karşısındaki bağımsızlığının teminatı da bu statüsüdür<sup>49</sup>. Ombudsmanın ataması hükümet tarafından veya başka bir organ tarafından yapılsa bile, görevden alınması mutlaka parlamento tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu durum onun bağımsızlığını pekiştirip otoritesinin kaynağını güçlendirmektedir<sup>50</sup>. Parlamentonun ombudsmanı atamak ve görevden almak dışında ona karşı herhangi bir tesiri olmamaktadır<sup>51</sup>. O işlevsel anlamda mutlak bir bağımsızlığa sahiptir. Hükümetin olduğu gibi parlamentonun da ona herhangi bir emir veya talimat verme yetkisi yoktur<sup>52</sup>.

Ombudsmanın yasama ve yürütmeden bağımsızlığı, kamuoyunun onun tarafsızlığına olan inancının ve ona olan güvenin devam etmesi için çok önemlidir. Bu durum aynı zamanda ombudsmanın siyasal çatışmalara alet olmasını da önlemektedir<sup>53</sup>.

### 3. DENETÇİLİK

Ombudsman müessesesinin varlık nedeni ona verilen denetçilik görevidir<sup>54</sup>. Devletin herhangi bir faaliyetinden şikâyetçi olan vatandaşlar, memnun olmadıkları durumdan ötürü ombudsmana başvurabilirler. Ombudsman böyle bir durumun varlığı halinde kendiliğinden de duruma el koyabilir. Ombudsman yapılan yanlışlığı, haksızlığı, hukuka aykırılığı veyahut da en genel anlamıyla kötü yönetim vakasını, öğrenir öğrenmez hemen harekete geçip olayı bütün yönleriyle soruştur-

---

<sup>48</sup> AKIN, s. 524.

<sup>49</sup> TORTOP, s. 4.

<sup>50</sup> AKIN, s. 524.

<sup>51</sup> ODYAKMAZ, Z., /GÜZEL, O., "Kamu Başdenetçisi ve Kamu Denetçileri Hakkında Disiplin Soruşturması Açılması Usulü", TBB Dergisi 2014 (113), s. 146; ÇAĞDAŞ, T., "Ombudsman Kurumu ve Türkiye'de 6328 Sayılı "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu"nun Düzenlenmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (2), Güz 2017, s. 90.

<sup>52</sup> ERHÜRMAN, s. 159; GARANT, s. 237.

<sup>53</sup> GAMMELTOFT-HANSEN, 201.

<sup>54</sup> AKINCI, s. 286.

maya başlar. Ombudsmanın idarenin işlemlerini denetleme faaliyetinde, denetime konu olan işlemler daha ziyade birel işlemlerdir. Burada denetimin konusu vatandaşı subjektif olarak etkileyen şart işlemler ve öznel işlemlerdir. İdarenin eylemleri de ombudsmanın sorgulama alanına girebilmektedir<sup>55</sup>. İdarenin işlem ve eylemleri kadar, örneğin ülkemizde olduğu gibi kamu görevlilerinin tutum ve davranışları da denetimin kapsamına girebilmektedir<sup>56</sup>. Ombudsman araştırdığı konularda öncelikle idarenin davranışının doğru olup olmadığına bakar. Yasalara, anayasaya ve uluslararası anlaşmalara aykırı bir durumun var olup olmadığı üzerinde durur. Ombudsman yaptığı araştırma ve incelemeler sonucunda, idareden yapılan yanlışlıkların düzeltilmesini ister<sup>57</sup>. Kendisinin bizzat bu kötü yönetim vakalarını düzeltme yetkisi bulunmamaktadır<sup>58</sup>.

Ombudsman yaptığı çalışmalar neticesinde normatif düzenlemelerin eksik yönlerini, kamu idarelerinin yanlışlıklarını ve kamusal faaliyetlerin aksayan yönlerini yıllık ve dönemsel raporlarına ekleyerek yasama organına bilgi verir. Yasama organını yapılan yanlışlıklardan ötürü uyarır<sup>59</sup>.

Ombudsman denetiminin yargı dışı bir denetim yöntemi olması sebebiyle gerek ülkemizdeki Kamu Denetçiliği Kurumu gerekse Avrupa Birliği Ombudsmanı açısından, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği yargı erkinin bağımsızlığı ilgili düzenlemelerle teminat altına alınmıştır. Bu anlamda yargı organları önüne taşınmış herhangi bir idari uygulamanın ombudsmana götürülmesine olanak bulunmamaktadır. Aksi bir uygulama hem kuvvetler ayrılığına aykırı olur hem de yargı bağımsızlığını zedeleyerek yargıya olan güvenin sarsılmasına sebebiyet verir.

## II. AVRUPA OMBUDSMANI

Ombudsman müessesesinin bütün dünyada olduğu gibi Avrupa'da da yaygınlaşması Avrupa Birliği için bir ombudsman müessesesi

<sup>55</sup> AKINCI, s. 289; ERHÜRMAN, s. 158.

<sup>56</sup> 14.6.2012 tarih ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu, md. 1.

<sup>57</sup> TORTOP, s. 7.

<sup>58</sup> ÖZER, M. A., "Avrupa Ombudsmanı ve Türkiye Kamu Denetçiliği Kurumu: Mukayeseli Bir İnceleme", TAAD, Yl. 8, Sy. 31 (Temmuz 2017), s. 68.

<sup>59</sup> ULER, s. 1026; AKIN, s. 527, 530; OYTAN, s. 196.

tesis etme fikrini geliştirdi. 1979 yılında Avrupa Parlamentosu bir ombudsman atama kararı aldı, fakat herhangi bir gelişme olmadı. 1980 yılında bu konu tekrar gündeme getirildi, somut bir adım atılamadı. Daha sonraları, 4 Mayıs 1990 tarihinde, dönemin İspanyol Başbakanı Felipe GONZALEZ, Avrupa Konseyi'nin diğer üyelerine yazdığı bir mektupta "Avrupa Vatandaşlığı" fikrini sunmuştu. Bu mektupta GONZALEZ aynı zamanda Avrupa vatandaşlığına bağlı olarak gelen özel hakların korunması için gerekli mekanizmaların kurulmasını teklif etmişti. Burada öngörülen mekanizmalardan biri de ombudsman müessesesi idi. 1991 Mart'ında Danimarka delegasyonu, ombudsman atamasına yönelik yapılacak antlaşma için madde teklifinde bulunmuştu. Nihayet Maastricht'te imzalanan "Avrupa Birliği Antlaşmasının müzakereleri esnasında, Avrupa vatandaşlığına bağlı olarak bu konu tekrar gündeme getirildi. Antlaşmanın Avrupa vatandaşlığını kuran kısmında Avrupa Ombudsmanına başvurma yetkisi düzenlendi. Bu antlaşma ile Avrupa Ombudsmanı kurulmuş oldu<sup>60</sup>.

### A. KURULUŞU

Avrupa ombudsmanlığı ilk olarak Maastricht'te imzalanan Avrupa Birliği Antlaşması'nda düzenlenmiştir. Bu antlaşmanın ilk hâlinde ombudsman, antlaşmanın Avrupa vatandaşlığını düzenleyen 8/D ile ombudsmanı düzenleyen 138/E maddelerinde yer alıyordu. Avrupa Birliği Antlaşmasında 2002 yılında yapılan değişikliklerle, ombudsmana başvurma hakkı 21. maddede, ombudsman da 195. maddede düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması'nın 20. maddesinde, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nu kuran antlaşmanın 107. maddesinde de ombudsmana yer verilmiştir. Fakat bu iki antlaşmada da ombudsmana ayrılan maddeler Avrupa Birliği Antlaşması'ndakilerin tekrarından ibarettir. Avrupa Temel Haklar Şartı'nın (Nice Şartı) 43. maddesinde ombudsmana başvurma hakkı düzenlenmektedir. Avrupa İyi İdari Davranış Kanunu'nun 26. maddesinde ombudsmana başvurma hakkından bahsedilmektedir. Avrupa Om-

---

<sup>60</sup> <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/publication/fr/3468>, "Avrupa Ombudsmanı'nın 1995 Yılı Raporu", (17.3.2020).

budsmannın Statüsü ve Avrupa Ombudsmanının Yürütmeye İlişkin Hükümleri isimli iki düzenleyici metin daha vardır.

Avrupa Birliğini söz konusu müesseseyi kurmaya iten nedenlere bakılacak olursa; Avrupa Adalet Divanı'na başvuruların pahalı, uzun ve karmaşık usuller gerektirmesi, Avrupa Parlamentosu üyelerinin harekete geçirilmesindeki zorluklar, Birliğin genişlemesiyle birlikte yaşanan nüfus artışı ve buna paralel olarak Birlik bürokrasisinin genişlemesi ve kötü yönetim uygulamalarının denetlenmesinde yeni mekanizmalara duyulan ihtiyaç gibi hususlar bu konudaki en temel etkenler olmuştur<sup>61</sup>.

## 1. AVRUPA BİRLİĞİ ANTLAŞMASI (MAASTRİCHT ANTLAŞMASI)

Maastricht Antlaşması diye de bilinen Avrupa Birliği Antlaşması, 07 Şubat 1992 tarihinde Hollanda'nın Maastricht kentinde, üye devletlerce imzalanmıştır. "Avrupa Birliği" kavramı resmi olarak ilk defa bu antlaşmada kullanılmıştır. Bu antlaşmayla, siyasi anlamda Avrupa Birliği'nin temelleri atılmıştır. Bu antlaşma C 191 numaralı ve 29 Temmuz 1992 tarihli Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmıştır.

Avrupa Birliği Antlaşmasının, ilk hâlinin, İkinci Bölüm başlığı Avrupa Vatandaşlığı şeklinde düzenlenmiştir. Bu antlaşmanın ilk hâlinde, 8. maddenin 1. fıkrası; "Birliğin vatandaşlığı ihdas edilmiştir", şeklindedir. Bu maddenin 2. fıkrası, birliğin vatandaşlarının bu antlaşmada öngörülen haklara sahip oldukları ve yüklenen yükümlülüklere tâbi oldukları belirtilmektedir. Antlaşma'nın 8 D maddesinin ilk kısmında birliğin bütün vatandaşlarının, antlaşmanın 138 D maddesi uyarınca, Avrupa Parlamentosu önünde şikâyet haklarının olduğunu belirtmektedir. İkinci kısmında ise birliğin bütün vatandaşlarının, antlaşmanın 138 E maddesine uygun olarak tesis edilen, Ombudsmana başvurabilecekleri belirtilmiştir. Avrupa Ombudsmanının atanması, görevden alınması, çalışma şartları, hak ve yetkileri, görevleri ve hukuki durumu bu antlaşmanın 138 E maddesinde düzenlenmiştir. Bu antlaşmada 2002 yılında yapılan değişikliklerle, Avrupa Birliği vatandaşlarının Avrupa Parlamentosu önünde şikâyet hakları 21. maddenin 1.

<sup>61</sup> KÖSEOĞLU, s. 38.

fıkrasında, ombudsmana başvurulabilme hakları 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Ombudsman müessesesini düzenleyen kurallar da, ilk aşamada söz konusu antlaşmanın bu değişik hâlinin 195. maddesinde düzenlenmiştir. Daha sonra ise Avrupa Birliği Antlaşmasının 2012 yılında güncellenen haliyle söz konusu madde 228. madde olmuştur.

## 2. DİĞER KANUNİ DÜZENLEMELER

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşmalarında ve Avrupa Temel Haklar Şartı (Nice Şartı) ile Avrupa İyi İdari Davranış Kanunu'nda ombudsmana ilişkin hükümler mevcuttur. Ayrıca Avrupa Ombudsmanının statüsünü saptayan bir Avrupa Parlamentosu kararı ile Avrupa Ombudsmanının Yürütmeye İlişkin Hükümleri ve Avrupa Ombudsmanının Uygulama Yönetmeliği adında üç adet yasal düzenleme daha vardır<sup>62</sup>.

### a. AVRUPA KÖMÜR VE ÇELİK TOPLULUĞU ANTLAŞMASI

Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu 18 Nisan 1951 tarihli Paris Antlaşması ile kurulmuştur. Maastricht Antlaşmasıyla birlikte bu antlaşmada birçok değişiklik yapılmış, daha ziyade bu antlaşmaya birçok madde eklenmiştir. Maastricht Antlaşması ile ihdas edilen Avrupa Ombudsman müessesesine bu antlaşmada da yer verilmiştir. Antlaşmanın 20 D maddesi buna ayrılmıştır. Söz konusu madde 1992 yılında Maastricht Antlaşmasının yapılması ile birlikte eklenen maddelerden biridir. Bu madde Avrupa Birliği Antlaşması'nın 138 E maddesinin baştan sona aynısıdır.

### b. AVRUPA ATOM ENERJİSİ TOPLULUĞU ANTLAŞMASI

Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu 25 Mart 1957 tarihli Roma Antlaşması ile kurulmuştur. Bu antlaşmaya da tıpkı Avrupa Kömür ve

<sup>62</sup> Bu metinlerin yanı sıra 2008 yılında Avrupa Birliği ve Konseyinin 2008/52/CE sayılı, medeni hukuk ve ticaret hukuku alanlarında başvurulacak arabuluculuk faaliyetlerine ilişkin olarak üye ülkelerin uyması gereken bir direktifi vardır, fakat bu direktif daha ziyade üye ülkeler arasındaki ilişkilerden medeni hukuk ve ticaret hukuku alanlarında doğacak ihtilaflarda, dava açılmadan evvel veya yargı aşamasında uyuşmazlıkların arabulucu önünde çözümünün teşviki, arabuluculuk faaliyetlerinin desteklenmesi ve arabulucuların mesleki anlamda yetiştirilmesi gibi hususları içermekte olup doğrudan Avrupa Ombudsmanına yönelik bir hüküm içermemektedir, bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0052>, (17.3.2020).

Çelik Topluluğu Antlaşması'na yapıldığı gibi, Maastricht Antlaşması'nın imzalanması ile birlikte, birtakım maddeler eklenmiştir. Bu maddelerden birisi de ombudsmana ilişkin maddedir. Bu antlaşmada Avrupa Ombudsmanına ilişkin olarak 107 D maddesi vardır. Burada da Maastricht Antlaşması'nın 138 E maddesi aynen tekrar edilmiştir.

### c. AVRUPA TEMEL HAKLAR ŞARTI

Avrupa Temel Haklar Şartı 7-8 Aralık 2000 tarihlerinde Fransa'nın Nice kentinde hazırlanmıştır. Bu şart Avrupa Birliği vatandaşlarının temel haklarını ve birliğin vatandaşlarına karşı olan sorumluluklarını düzenlemektedir. Söz konusu şartın 43. maddesi ombudsmana ilişkindir.

Bu madde;

“Birliğin bütün vatandaşları veya bir üye devlette ikamet eden veya kanuni adresi bu devlette bulunan bütün gerçek veya tüzel kişiler, adli görevleri çerçevesinde hareket eden Adalet Divanı ve Bidayet Mahkemesi hariç olmak üzere topluluk kuruluşları veya organlarının faaliyetlerinde karşılaşılan kötü yönetim vakıalarını birlik ombudsmanına havale etme hakkına sahiptir”,

şeklinde düzenlenmiştir.

Bu madde Maastricht Antlaşması'nın 138 E maddesinin 1. fıkrasının çok büyük oranda iktibas edilmiş hâlidir.

### d. AVRUPA İYİ İDARİ DAVRANIŞ KANUNU

Maastricht'te Avrupa Ombudsmanı müessesesi kurulduktan sonra, Avrupa Ombudsmanı “kötü yönetim” kavramının ne olduğunu tanımlamaya çalışmıştır. Çünkü görevi bu kötü yönetime karşı koymaktır. Avrupa Ombudsmanı, 1997 yılı raporunda, kötü yönetimi; “Bir kamu kuruluşunun kendisi için zorunluluk oluşturan bir kural veya prensibe uygun olmayacak şekilde davranması” diye nitelendirmiştir. Avrupa Parlamentosu bu tanımlı bu şekilde kabul etmiştir<sup>63</sup>.

Ombudsmanın girişimleri sonucu, Avrupa Parlamentosu, 6 Eylül 2001 tarihinde, birliğin bütün kuruluşlarının ve görevlilerinin uyması

<sup>63</sup> Bkz. 4 Mayıs 1994 tarihli, L 113 numaralı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi.

gereken Avrupa İyi Yönetim Yasası adında bir kanun kabul etmiştir. Bu kanunun 26. maddesine göre, birliğin herhangi bir kuruluşunun veya görevlisinin bu kanunda bahsedilen ilkelere aykırı her davranışı, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 228. maddesine ve Avrupa Ombudsmanının statüsüne uygun olarak ombudsmana şikâyet sebebi teşkil etmektedir.

#### **e. AVRUPA OMBUDSMANININ STATÜSÜNÜ DÜZENLEYEN KARAR<sup>64</sup>**

Avrupa Parlamentosu, birliğin ombudsmanının hukuki statüsünü, 4 Mayıs 1994 tarihinde, L 113 numaralı Resmî Gazetede yayımladığı 94/262 sayılı kararıyla, tespit etmiştir.

Bu karar Avrupa Ombudsmanının hukuksal statüsünü anlatan, müessesenin örgütsel yapısı hakkında bilgi veren, ombudsmanın çalışma şart ve usullerini belirten ve konuya ilişkin detaylı bilgi veren bir karardır.

#### **f. AVRUPA OMBUDSMANININ YÜRÜTMEME İLİŞKİN HÜKÜMLERİ<sup>65</sup>**

Avrupa Ombudsmanı'nın, 8 Temmuz 2002 tarihinde hazırladığı ve 1 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe giren bu metin, detaylı bir şekilde, Avrupa Ombudsmanına gelebilecek şikâyetlerin şartlarını, şikâyette bulunabileceklere ilişkin şartları, kabul edilemeyecek olan şikâyetleri ve şikâyetlerden sonra ombudsmanın yapacaklarını, yapması gerekenleri ve ombudsmanın görevinin yürütülmesine ilişkin diğer hususları belirlemektedir.

#### **g. AVRUPA OMBUDSMANININ UYGULAMA YÖNETMELİĞİ<sup>66</sup>**

Avrupa Birliği Antlaşmasının 228. maddesi ve Avrupa Ombudsmanının statüsüne ilişkin düzenlemenin 9. ve 10. maddeleri çerçevesinde Avrupa Birliği tarafından 4 Temmuz 2004 tarihinde Avrupa Om-

<sup>64</sup> <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/legal-basis/statute/fr>, (17.3.2020).

<sup>65</sup> <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/legal-basis/implementing-provisions/fr>, (17.3.2020).

<sup>66</sup> <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/emily-oreilly/ethics-and-conduct/code-of-conduct/en>, (17.3.2020).



budsmanı için bir uygulama yönetmeliği kabul edilmiştir. Bu yönetmelikte özetle; kendisinin arabuluculuk usulü açısından mesleki yeterliliğine, nesâfet ilkesine bağlılığa, gelirin hesabında uyulacak kurallara, tarafsızlığına ve bağımsızlığına, görev süresince dikkat edeceği mesleki faaliyetlerine ve özel hayatındaki davranışlarına, etik ilkelere, sır saklama yükümlülüğüne, mesleki faaliyetlerine ilişkin tanıtımın kuralları gibi hususlara yer verilmektedir.

## B. STATÜSÜ

Avrupa Parlamentosu, birliğin ombudsmanının hukuki statüsünü, 4 Mayıs 1994 tarihinde, L 113 numaralı Resmî Gazetede yayımladığı 94/262 sayılı kararıyla belirlemiştir. Bu karar 17 maddeden oluşmaktadır. Bu karar, Avrupa Birliği Antlaşması'nın o günkü haliyle 195. maddesine, bugün itibariyle ise aynı antlaşmanın güncellenmiş halinin 228. maddesine<sup>67</sup>, Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması'nın 20 D maddesine, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması'nın 107 D maddesine uygun olarak, Avrupa Ombudsmanının statüsünü ve görevinin yerine getirilmesine ilişkin genel kuralları düzenleyen bir karardır<sup>68</sup>.

Bu karara göre Ombudsman görevini, antlaşmalarla birliğin kurum ve organlarına verilen görev ve yetkilere uygun ve saygılı olarak icra eder<sup>69</sup>. Ombudsman yargı aşamasındaki bir vakiya müdahale edemeyeceği gibi, herhangi bir yargı kararının yerindeliliğini tartışma konusu yapamaz<sup>70</sup>. Burada amaç tamamen Ombudsmanın yargı bağımsızlığına zarar verici bir şekilde davranmasını engellemek ve yargı organlarının bağımsızlığını temin etmektir<sup>71</sup>.

Avrupa Ombudsmanı, Adalet Divanı ve Bidayet mahkemesinin yargısal faaliyetleri hariç olmak üzere, birliğin bütün kurum ve organlarının, faaliyetlerini icra ederken, sergileyebilecekleri kötü yönetim

<sup>67</sup> Bkz. 26/10/2012 tarih ve C 326 sayılı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi.

<sup>68</sup> <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/legal-basis/statute/fr>, (17.3.2020).

<sup>69</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 1/1.

<sup>70</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 1/2.

<sup>71</sup> **YATKIN, A., /TAŞER, İ.**, "Kamu Yönetiminde Denetim Aracı Olarak Ombudsmanlık: Türkiye ve Avrupa Birliği Karşılaştırmalı Örnek Olay Araştırması", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 25, S. 1, Yıl, 2015, s. 98.

vakıalarını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Ayrıca kötü yönetim engellemeye yönelik tavsiyelerde bulunur. Bunların dışında herhangi bir otorite veya şahsın herhangi bir fiili Avrupa Ombudsmanına şikâyette bulunma hakkı vermez<sup>72</sup>.

Ombudsman görevini, birliğe üye devletlerin ve birliğin vatandaşlarının menfaati doğrultusunda, mutlak bir bağımsızlık içerisinde icra eder. Görevini yerine getirirken hiçbir hükümetten veya kurumdan talimat almaz. Parlamento'ya karşı mutlak bağımsızlığı söz konusudur<sup>73</sup>. O görevi ile uyuşmayan her türlü faaliyetten imtina eder<sup>74</sup>. Ombudsman göreve başlarken Adalet Divanı önünde, merasime tâbi bir şekilde, görevini bağımsızlık ve tarafsızlık içerisinde yapacağına, görevi süresince ve görevi sona erdikten sonra ona yüklenen ödev ve yükümlülükleri dürüstlük ve hassasiyet içerisinde gerçekleştireceğine yemin eder<sup>75</sup>.

Görev süresi boyunca, Avrupa Ombudsmanı, ücretli veya ücretsiz, siyasi veya idari bir görev üstlenemez. Mesleki bir faaliyette bulunamaz<sup>76</sup>. Bu şekilde Avrupa Ombudsmanının görevini mutlak bir tarafsızlık içerisinde yapması temin edilmiş olacaktır.

Ombudsman ücret, tazminat ve kıdem tazminatı konularında Adalet Divanı'nın bir hâkimi gibi değerlendirilmektedir<sup>77</sup>. Görevini yerine getirirken Avrupa Ombudsmanına eşlik eden, genel sorumlusunu kendisinin belirlediği, bir sekreteryaya vardır<sup>78</sup>. Bu sekreteryanın görevlileri Avrupa Topluluklarının görevlilerinin tâbi olduğu kurallara tâbidirler. Sayıları her yıl birliğin bütçe usulüne göre belirlenir<sup>79</sup>. Ombudsman Sekreteryasının görevlisi olarak atanan Avrupa Birliği kuruluşlarının ve üye devletlerin görevlileri, hizmetin daha iyi işlemesi uğ-

<sup>72</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/1.

<sup>73</sup> Avrupa Ombudsmanının 1995 Yılı Raporu, başlık 1.2.2.

<sup>74</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 9/1.

<sup>75</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 9/2; Avrupa Ombudsmanının 1995 Yılı Raporu, başlık 1.2.2.

<sup>76</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 10/1; Avrupa Birliği Antlaşması, m. 228/3.

<sup>77</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 10/2.

<sup>78</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 11/1.

<sup>79</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 11/2.

runa, fakat eski görev yerlerine geri dönebilmenin mutlak garantisi altında, eski görevlerinden tamamen ayrılırlar<sup>80</sup>.

Hâkimlere uygulanan dokunulmazlıklara ve ayrıcalıklara ilişkin kurallar ombudsmana ve sekreteryasının personeline de uygulanır<sup>81</sup>.

Avrupa Ombudsmanının bütçesi Avrupa Topluluklarının genel bütçesinin birinci bölümünde, yani Parlamento'nun yer aldığı bölümde yer alır<sup>82</sup>. Avrupa Ombudsmanının görev yeri Avrupa Parlamentosu'dur<sup>83</sup>.

## 1. GÖREVE BAŞLAMASI

Avrupa Ombudsmanı, Avrupa Parlamentosu seçimlerinden sonra, yani Avrupa Parlamentosu her yenilediğinde, Parlamento'nun görev süresince görev yapmak üzere Parlamento tarafından seçilir<sup>84</sup>. Tekrar seçilebilmesi mümkündür. Avrupa Ombudsmanı, birliğin, medeni ve siyasi haklarına sahip olan vatandaşları arasından seçilir. Onun, ülkesindeki en yüksek yargısal görevleri yapabilecek şartları bünyesinde taşıması gerekir, ya da ombudsmanlık görevini yapabilecek kadar tecrübe ve bilinen bir kabiliyete sahip olması gerekir<sup>85</sup>.

Avrupa Ombudsmanı olacak şahsın bağımsızlığını ve irade sahibi olduğunu garanti edecek kapasitede olması da önemli bir husustur.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 1992 yılında kabul edilmesinden sonra ilk Avrupa Ombudsmanı, Parlamento'nun kalan görev süresince görev yapmak üzere seçilmiştir<sup>86</sup>.

## 2. GÖREVİN SONA ERMESİ

Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından seçimle işbaşına getirilen Avrupa Ombudsmanı, parlamentonun bir yasama yılı boyunca görev yapmak üzere seçilir. Tekrar seçilebilmesi mümkün olmakla birlikte, görev süresinin sona ermesi görevini sona erdiren sebeplerden biridir.

<sup>80</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 11/3.

<sup>81</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 10/3.

<sup>82</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 12.

<sup>83</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 13.

<sup>84</sup> Avrupa Birliği Antlaşması, m. 228/2.

<sup>85</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 6.

<sup>86</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 15.

Avrupa Ombudsmanının istifa etmesi ile birlikte görevi sona erer. Bunun yanı sıra, Avrupa Ombudsmanına görevden el çektirilmesi de mümkündür<sup>87</sup>. Görevini ifa edebilmek için gerekli olan şartları kaybeden veyahut da ağır bir kusur işleyen ombudsman, Avrupa Parlamentosu'nun teklifi üzerine Adalet Divanı tarafından görevden el çektirilebilir<sup>88</sup>. Görevden el çektirilmesi durumunda, yeni ombudsman göreve başlayıncaya kadar eskisi görevine devam eder<sup>89</sup>.

Herhangi bir sebeple görev süresi dolmadan görevinden ayrılan ombudsmanın yerini alacak olan şahıs, yasama yılının kalan süresince görev yapmak üzere, bir öncekinin görevden ayrılma tarihinden itibaren üç ay içerisinde belirlenir<sup>90</sup>.

### C. FAALİYETLERİ

Avrupa Ombudsmanı görevini, antlaşmalarla birliğin kurum ve organlarına verilen yetkilere uygun ve saygılı olarak icra eder. Bunun yanında Avrupa Ombudsmanı yargı aşamasındaki bir olaya müdahale edemez. O bir yargı kararının yerindeliğini tartışma konusu yapamaz<sup>91</sup>.

Yasal düzenlemelerle sınırları ve şartları belirlenen yetkileri dâhilinde, Avrupa Ombudsmanı, Adalet Divanı ve Bidayet Mahkemesi'nin yargısal faaliyetleri haricinde, birliğin kurum ve organlarının faaliyetlerinde meydana gelecek olan kötü yönetim hallerini ortadan kaldırmaya çalışır. Bu kötü yönetim hallerinin ortaya çıkmasını engellemek için tavsiye ve telkinlerde bulunur. Bunun dışında hiçbir otorite veya şahsın herhangi bir davranışı Avrupa Ombudsmanına şikâyet hakkı vermez<sup>92</sup>.

Yeniden ifade etmek gerekirse, Birlik organları dışındaki kurum ve kuruluşların uygulamaları, örneğin üye ülkelerin idari makamlarının işlem, eylem, tutum ve davranışları Avrupa Ombudsmanının görev

<sup>87</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 7/1.

<sup>88</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 8; Avrupa Birliği Antlaşması, m. 228/2.

<sup>89</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 7/2.

<sup>90</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 7/3.

<sup>91</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 1.

<sup>92</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/1.

alanına girmez. Bu durumun kendisinin görev ve yetki alanının genişlemesine engel olduğu ifade edilebilir<sup>93</sup>.

Kötü yönetim vakıalarından ötürü Avrupa Ombudsmanına şikâyette bulunanlar bunu bizzat kendileri, aracılar olarak yapabilecekleri gibi Avrupa Parlamentosu'nun bir üyesi aracılığıyla da yapabilirler<sup>94</sup>. Avrupa Ombudsmanı'nın, gerekli gördüğü takdirde kendiliğinden harekete geçme yetkisi de vardır<sup>95</sup>.

Avrupa Ombudsmanına şikâyette bulunulması ile birlikte şikâyetin neye ilişkin olduğu ve şikâyetçinin kimliği ortaya çıkar. Olağan uygulama bu şekilde olmakla birlikte, şikâyetçinin isteği üzerine şikâyet ve şikâyetçinin kimliği gizli tutulabilir<sup>96</sup>.

Avrupa Ombudsmanı herhangi bir başvuru üzerine veya gerekli gördüğü takdirde, birliğin kurumlarının veya organlarının faaliyetlerinden ötürü, meydana gelebilecek her türlü kötü yönetim vakasını aydınlatmak için gerekli gördüğü bütün araştırma ve tetkikleri yapar. Söz konusu kurum veya organı bunlardan haberdar eder. Bu kurum veya organ da konu ile ilgili olarak faydalı olan her türlü izlenimini ombudsmana bildirir<sup>97</sup>.

Birliğin kurum ve organları ombudsmana, kendilerinden istenen her türlü bilgiyi vermekle ve ilgili dosyaları incelemesi için ona izin vermekle yükümlüdürler. Buna sadece gizlilik esasına dayalı haklı nedenlerle itiraz edebilirler. Birliğe üye herhangi bir devleti ilgilendiren ve gizlilik kuralına dayalı olarak kanuni veya düzenleyici bir metinle korunan belgelerin verilebilmesi, ancak ilgili devletin izni ile mümkündür. Diğer belgeleri ise bu kurum veya organlar ancak ilgili devleti haberdar ettikten sonra verebilirler<sup>98</sup>. Avrupa Birliği üyesi devletlerin otoriteleri, birliğin kuruluşlarındaki temsilcileri aracılığıyla, ombudsman kendilerinden talep ettiği takdirde, birliğin kurum ve organlarının

<sup>93</sup> ÖZER, s. 81.

<sup>94</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/2.

<sup>95</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/1.

<sup>96</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/3.

<sup>97</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/1.

<sup>98</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/2.

faaliyetlerinde meydana gelen kötü yönetim vakıalarının aydınlatılabilmesi için gerekli bilgileri vermek durumundadırlar. Sadece, bu bilgiler gizlilik esasına dayalı olarak kanuni veya düzenleyici metinlerle korunuyorlarsa veyahut da verilmesini engelleyen başka bir düzenlemenin varlığı halinde, bundan imtina edebilirler<sup>99</sup>. Her hâlükârda, ileride de bahsedileceği gibi, ombudsmanın bu bilgileri ve söz konusu belgelerin içeriğini açıklamama yükümlülüğü vardır. Avrupa Ombudsmanı, araştırmalarını yaparken gerekli yardım ve katılımın gösterilmemesi durumunda, durumdan Avrupa Parlamentosu'nu haberdar eder. Parlamento da gerekli girişimleri yapar<sup>100</sup>. Birliğin kurum ve organlarının görevlileri, ombudsmana intikal eden bir kötü yönetim vakıası vukuunda ombudsmanın isteği üzerine, idareleri adına ve idarelerinin bilgisi dâhilinde, mesleki gizlilik kurallarına uygun olarak şahitlik etmek durumundadırlar<sup>101</sup>.

Avrupa Ombudsmanı, araştırmalarının etkinliğini artırabilme ve şikâyetçilerin hak ve menfaatlerini daha iyi temin edebilme adına, uygulanabilen milli yasalara uygun olarak, birliğe üye devletlerin aynı doğrultuda görev yapan otoriterleriyle iş birliği yapabilir. Fakat bu yöntemle Avrupa Ombudsmanının yetkisi olmayan belgelere ulaşabilmek için zorlama yetkisi yoktur<sup>102</sup>. Avrupa Parlamentosu'na başvurmak gibi, Parlamento'yu girişimde bulunmaya çağırarak gibi bir hakkı yoktur.

Avrupa Ombudsmanı kendisine yapılan bir başvuru olması durumunda, kendisinden şikâyetçi olunan kurum veya organla birlikte, imkânların elverdiği ölçüde, kötü yönetim vakıasını ortadan kaldıracak ve şikâyet sahibini memnun edecek bir çözüm yolu bulmaya çalışır<sup>103</sup>.

Avrupa Ombudsmanı bir kötü yönetim vakıasının varlığını ortaya çıkardığı takdirde ilgili kuruluşu durumdan haberdar eder. Ona yapılan yanlışlığı düzeltmeye ilişkin projelerini sunar ve gerekli tavsiye-

<sup>99</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/3.

<sup>100</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/4.

<sup>101</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/2.

<sup>102</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 5.

<sup>103</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/5.

leri yapar. İlgili kurum veya organ da 3 ay içinde, söz konusu duruma ilişkin düşüncesini ombudsmana bildirir<sup>104</sup>. Daha sonra ombudsman konuya ilişkin bir rapor düzenler. Bu raporu Avrupa Parlamentosu'na sunar. Bu rapordan bir adet de ilgili kurum veya organa gönderir. Şikâyet sahibi şahıs, yapılan araştırmaları sonuçlarından, kurum veya organ tarafından bildirilen düşünceden ve ombudsman tarafından konuya ilişkin olarak yapılan tavsiyelerden haberdar edilir<sup>105</sup>.

Avrupa Ombudsmanına şikâyette bulunulması durumunda, gerekli gördüğü takdirde Ombudsman şikâyetçi şahsa, bir başka otoriteye başvurmasını tavsiye edebilir<sup>106</sup>.

Avrupa Ombudsmanı yargı aşamasında olmasından veya herhangi başka bir sebepten ötürü, kendisine yapılan bir başvuruyu kabul edilemez olarak gördüğü takdirde, o başvuru ile ilgili olarak yapılan araştırmaların sonuçları tasnif edilerek rafa kaldırılır<sup>107</sup>.

Avrupa Ombudsmanı kendisine yapılan başvurular hakkında, başvuru sahiplerini, en makul süreler içinde, başvurularının akıbetinden haberdar eder<sup>108</sup>.

Her yasama yılının sonunda, Avrupa Ombudsmanı Avrupa Parlamentosu'na, yaptığı araştırmaların sonuçlarına ilişkin bir rapor sunar<sup>109</sup>.

Ombudsman ve personeli, yaptıkları araştırmalar çerçevesinde edindikleri bilgileri saklamakla yükümlüdürler. Ombudsman ve personeli, şikâyet sahiplerine veyahut ilgili başka şahıslara zarara verilmesine sebep olabilecek her türlü bilgiyi saklamakla yükümlüdürler<sup>110</sup>. Bu araştırmalar sırasında ombudsman, cezai sorumluluğu gerektirecek bir durumun varlığını tespit ederse, birliğin kuruluşlarındaki temsilcileri aracılığıyla, derhal yetkili milli otoriteleri durumdan haberdar eder.

<sup>104</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/6.

<sup>105</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/7.

<sup>106</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/5.

<sup>107</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/7.

<sup>108</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/9.

<sup>109</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 3/8.

<sup>110</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 4/1.

Ombudsman aynı zamanda, cezai sorumluluğu gerektirecek bir faaliyette bulunan görevlinin çalıştığı kurumu veya organı durumdan haberdar eder<sup>111</sup>.

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 287. maddesi Avrupa Birliği kurum ve organ çalışanlarının sır saklama yükümlülüklerine ilişkindir. Avrupa Ombudsmanı ve personeli de bu maddeye tâbidirler. Buna göre, Avrupa Birliği kurum ve organlarının bütün görevlileri, görevleri sona erdikten sonra dahi, mesleki sırna ilişkin olan her türlü bilgiyi saklamakla yükümlüdürler.

#### **D. OMBUDSMANA BAŞVURULMASI**

Avrupa Ombudsmanına kimlerin başvurabileceği, başvuru usulü, başvuru şartları ve başvurulara ilişkin diğer hükümler Avrupa Ombudsmanının statüsünü düzenleyen metinde belirlenmiştir.

##### **1. BAŞVURU HAKKINA SAHİP OLANLAR**

Avrupa Ombudsmanına Avrupa Birliği'ne üye devletlerin vatandaşları kadar bu ülkelerden birinde ikamet eden diğer kişiler de başvurabilirler. Bu cümleden olarak, Avrupa Birliği vatandaşlarının yanı sıra, vatandaşlığı her ne olursa olsun, Avrupa Birliği'ne üye devletlerde ikamet eden gerçek kişilerle, merkezi veya adresi bu ülkelerden birinde bulunan tüzel kişiler de Avrupa ombudsmanına başvurabilirler<sup>112</sup>.

##### **2. BAŞVURMA USULÜ**

Avrupa Ombudsmanına başvurmanın çok fazla şekilsel kuralı yoktur. Açık kâğıda, gerekçeli olarak, bir şikâyet dilekçesi yazılabilir. Bu dilekçeye konu ile ilgili bütün bilgilerin yazılması ve bütün belgelerin eklenmesi gerekir. Şikâyetçinin adının ve adresinin belirtilmesi gerekir. Şikâyetler Avrupa Birliği üyesi devletlerin dillerinden biri ile yapılabilir<sup>113</sup>. Standart bir şikâyet dilekçesi vardır. Bu standart şikâyet dilekçesi Avrupa Birliği Ombudsmanının merkez bürosundan, üye dev-

<sup>111</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 4/2.

<sup>112</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/2.

<sup>113</sup> Avrupa Ombudsmanının Yürütmeye İlişkin Hükümleri, m. 15.



letlerdeki ombudsmanların bürolarından veyahut da internetten Avrupa Ombudsmanının web sitesinden<sup>114</sup> edinilebilir.

Ombudsmana yapılacak başvurular doğrudan doğruya şikâyetçi tarafından yapılabilir. Bunun yanı sıra şikâyet sahibi, Avrupa Ombudsmanına Avrupa Parlamentosunun herhangi bir milletvekilinin aracılığıyla da başvurabilir<sup>115</sup>.

Avrupa Ombudsmanına yapılan başvurularda başvurunun neye ilişkin olduğu ve şikâyetçinin kim olduğu ortaya çıkar. Fakat şikâyetçinin talebi doğrultusunda kimliğinin gizlenmesi mümkündür<sup>116</sup>.

Avrupa Birliği kurum ve organlarının kötü yönetime ilişkin davranışları üzerine, şikâyet sahiplerinin, kötü yönetim vakiasının şikâyetçi tarafından öğrenilmesinden itibaren 2 yıl geçtikten sonra ancak ombudsmana başvurabilmeleri mümkündür. Ayrıca şikâyetçilerin, şikâyetçi oldukları kurum veya organ nazarında başvurabilecekleri bütün idari başvuru yollarının tüketilmiş olması da zorunludur<sup>117</sup>. Bunun yanında, Avrupa Ombudsmanı şikâyetçiye, kendisine başvurulması üzerine, bir başka otoriteye başvurmasını da tavsiye edebilir<sup>118</sup>.

### 3. KABUL EDİLMİYEN BAŞVURULAR

Avrupa Ombudsmanına yapılan başvurular kendisini genel itibarıyla; idarenin işlem yapmakta geç kalması, şeffaflık eksikliği veyahut bilgi edinme hakkını engelleme gibi konularda göstermektedir. Bazı şikâyetler bir takım özel şirketlerle birliğin kuruluşları arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara ilişkindir. Örneğin sözleşmelerin feshedilmesi veyahut ödemelerde gecikme meydana gelmesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Bunların yanı sıra, adaletsizlik, ayrımcılık, yetki aşımı, illegal prosedür, olağan dışı uygulama gibi konularda da şikâyette bulunulduğu görülmektedir.

Milli ombudsmanların aksine Avrupa Ombudsmanına çok büyük oranda kabul edilemeyen başvuru yapılmaktadır. Bu başvuruların bü-

<sup>114</sup> <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/home>, Avrupa Ombudsmanı web sitesi.

<sup>115</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/2.

<sup>116</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/3.

<sup>117</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/4.

<sup>118</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/5.

yük çoğunluğu ülkelerin kendi iç işlerindeki kötü yönetim vakıalarına ilişkindir. Oysaki Avrupa Ombudsmanının Statüsü isimli yasal düzenlemede Avrupa Ombudsmanının bu tür işlere bakmaya yetkili olmadığı açıkça belirtilmektedir<sup>119</sup>. Avrupa Ombudsmanı ulusal, bölgesel veya yerel çapta olsun herhangi bir devletin herhangi bir uygulamasına müdahale edemez, bu konuda araştırmada bulunamaz. Aynı şekilde uluslararası kuruluşların işlemlerini ve faaliyetlerini denetleyemez. Avrupa Ombudsmanının faaliyet alanı birliğin kurum ve organları ile sınırlıdır. Başvuruların büyük çoğunluğu birlik hukukunun milli idarelerce yanlış uygulandığına ilişkindir. Bu başvurular muhtelif konulara ilişkindir. Sosyal güvenlik yardımı, istihdam, çevre, diplomaların denkliği, lojman yardımı, aileye gelir yardımı gibi konular bunlardan bazılarıdır. Örneğin, Avrupa Ombudsmanının kabul edilemez gördüğü bir şikâyet, Portekiz’de elde edilen bir sürücü belgesinin Fransız makamlarınca haksız olarak tanınmadığına ilişkindir. Birçok başvuru, yine Avrupa Ombudsmanının Statüsü isimli düzenlemenin 1/3 maddesinde belirtildiği üzere, ombudsmanın yargı önüne gelmiş bir uyuşmazlığa müdahale edemeyeceğinden veyahut da herhangi bir kararın yerindeliliğini denetleyemeyeceğinden kabul edilemez olarak addedilip ve reddedilmiştir. Fransa’nın nükleer denemelerine ilişkin olarak Avrupa Parlamentosu’nun pozisyonundan, yani bu duruma müdahale etmeyişiinden bahisle ombudsmana başvurulmuş, fakat ombudsman bu başvuruyu, siyasi bir karar olduğundan ve kötü yönetim vakası teşkil etmediğinden ötürü reddetmiştir<sup>120</sup>.

Avrupa Ombudsmanına başvurmadan evvel, kötü yönetim vakasının öğrenilmesinden itibaren beklenilmesi gereken 2 yıllık süre şartının gerçekleşmemesi veyahut ilgili kurum veya organ bünyesinde gerçekleştirilecek olan idari başvuruların gerçekleştirilmemiş olması da ombudsman tarafından başvuruların reddedilmesine sebep olmaktadır<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/1.

<sup>120</sup> Avrupa Ombudsmanı 1995 yılı yıllık raporu, 1.3.3. numaralı başlık.

<sup>121</sup> Avrupa Ombudsmanı 1995 yılı yıllık raporu, 1.3.3. numaralı başlık.

Avrupa Birliği kurum ve organları ile bunların çalışanları arasındaki iş ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar var olabilmektedir. Bu görevlilerin Avrupa Ombudsmanına başvurabilmeleri için, kendi statülerini düzenleyen yasal metinlerde öngörülen prosedürleri de yerine getirerek kurum içi başvuru yollarını tüketmeleri gerekir. Bu durumlarda idareye tanınan cevap verme sürelerinin dolması gerekir. Söz konusu Şartların yerine getirilmediği bu tür başvuruların da kabul edilmesi mümkün değildir<sup>122</sup>.

Avrupa Ombudsmanı kendisine yapılan bir başvuruyu kabul edilemez olarak gördüğü takdirde, başvuru üzerine açılan dosyayı kapatır. Kararının gerekçesini de belirterek durumdan başvuru sahibini haberdar eder<sup>123</sup>. Konu ile ilgili olarak yapılan araştırmaların sonuçları tasnif edilerek rafa kaldırılır<sup>124</sup>.

#### 4. BAşVURULARIN SONUÇLARI

Avrupa Ombudsmanına yapılan başvurular idari veya yargısal prosedürlerdeki süreleri etkilemez<sup>125</sup>. Bu başvuruların bu tür süreleri kesmesi veyahut durdurması gibi bir durum söz konusu değildir.

Avrupa Ombudsmanına yapılan başvuru zerine Ombudsman öncelikle başvurunun kabul edilip edilmeyeceğini inceler. Başvuru kabul edilebilir ise konu ile ilgili bir araştırma yapılır. Başvuru kabul edilmezse durumdan başvuru sahibi haberdar edilir. Şikâyetler genellikle kamuya açık bir muameleye tabi tutulur. Şikâyet sahibinin isteği üzerine gizli de tutulabilmesi mümkündür. Başvurunun konusunu oluşturan Şikâyet araştırma safhasında czmlenmezse, ombudsman dostane bir czm yolu bulmaya çalışır<sup>126</sup>. İlgili kurum veya organla Şikâyet sahibini bir Şekilde uzlaştırmaya çalışır.

Avrupa Ombudsmanı kendi görev sahasına girmeyen ancak Avrupa Parlamentosu'na başvuru hakkı kapsamına giren konulardaki Őikyetleri Avrupa Parlamentosu'na iletebilir. Ayrıca kamu otoriteleri

<sup>122</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/8.

<sup>123</sup> Avrupa Ombudsmanının Yürütmeye İlişkin Hükümleri, m.3.

<sup>124</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/7.

<sup>125</sup> Avrupa Ombudsmanının Statüsü, m. 2/6.

<sup>126</sup> Avrupa Ombudsmanının Yürütmeye İlişkin Hükümleri, m. 6.

tarafından iç pazarın yasaının yanlış uygulanmasıyla ortaya çıkan problemleri birlik üyesi devletlerin birlikte çalışarak çözmek amacıyla oluşturulan ve Avrupa Komisyonu tarafından koordine edilen çevrimiçi bir ağ olan SOLVİT ağı ile ilgili şikâyetlerde Avrupa Ombudsmanı, şikâyetçiyi SOLVİT ile bağlantıya geçmeye yönlendirebilir<sup>127</sup>.

Avrupa Ombudsmanının ilgili kurum veya organ için bağlayıcı bir karar alması söz konusu değildir. Avrupa Ombudsmanı herhangi bir emir veremez. İlgili kuruluşu şikâyet konusu eylem veya kararı değiştirmeye zorlayamaz. Zarar ispat edilmiş olsa bile herhangi bir tazminata hükmedemez. Herhangi bir tamir veya tazmin yetkisi yoktur. O sadece ilgili kuruluşa başvuruya konu olan şikâyetin ortadan kaldırılmasına yönelik tavsiye ve telkinlerde bulunabilir<sup>128</sup>. Bunun üzerine ilgili kuruluş 3 ay içerisinde görüşlerini bildirir. İlgili kuruluş ombudsmanın tavsiyelerine uymadığı takdirde, ombudsman bu konu ile ilgili olarak Avrupa Parlamentosu'na özel bir rapor sunar. Avrupa Ombudsmanı her yıl Avrupa Parlamentosu'na bir de yıllık rapor sunar. Ombudsmanın düzenlediği bu raporlar Avrupa Parlamentosu Resmî Gazetesinde yayımlanır. Şikâyet sahibinin isteği üzerine gizli tutulan başvurulara ilişkin raporlar şikâyet sahibinin öğrenilmesini engelleyecek şekilde yayımlanır. Ombudsman her halükârda başvuru sahibini durumdan haberdar eder.

<sup>127</sup> EFE, H., "Avrupa Ombudsmanının AB İçinde İyi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Haklarını Koruyucu Rolü", Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 19, No: 2, 2011, s. 21.

<sup>128</sup> Avrupa Ombudsmanı 1995 yılı yıllık raporu, I.2.3. numaralı başlık.

## 5. BAŞVURULARA İLİŞKİN İSTATİSTİKİ BİLGİLER

### a. 2009-2018 Yılları Arasında Avrupa Ombudsmanının Yetki Alanına Giren Şikâyet Sayıları<sup>129</sup>

2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
727	744	698	740	750	736	707	711	751	880

### b. 2009-2018 Yılları Arasında Avrupa Ombudsmanının Yetki Alanına Girmeyen Şikâyet Sayıları<sup>130</sup>

2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
2392	1983	1846	1720	1665	1427	1239	1169	1430	1300

### c. 2009-2018 Yılları Arasında Avrupa Ombudsmanı Tarafından Yürütülen Soruşturmanın Evrimi<sup>131</sup>

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Açılan soruşturma	339	335	396	465	350	342	261	245	447	490
Sonlandırılan Soruşturma	318	326	318	390	461	400	277	291	363	545

\*Bazı yıllara ait başvurularda, AB Ombudsmanı dosyayı en az iki gerekçeye dayanarak sonlandırmıştır. Sonlandırılan başvuru sayısının başvuru sayısından fazla olması bu sebeptedir.

<sup>129</sup> Avrupa Ombudsmanı 2018 Yılı Raporu  
<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/annual/fr/113728>, (17.3.2020).

<sup>130</sup> Avrupa Ombudsmanı 2018 Yılı Raporu  
<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/annual/fr/113728>, (17.3.2020).

<sup>131</sup> Avrupa Ombudsmanı 2018 Yılı Raporu  
<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/annual/fr/113728>, (17.3.2020).

**d. 2018 Yılında Soruşturma Açılan Kurumlar<sup>132</sup>**

Avrupa Komisyonu	Avrupa Parlamentosu	Avrupa Dışı Eylem Servisi	Avrupa Personel Seçme Ofisi	Avrupa Yatırım Bankası	Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Ofisi	Birlik Ajansları	Diğer
285	30	23	23	16	14	43	56
%58,2	%6,1	%4,7	%4,7	%3,3	%2,8	%8,8	%11,4

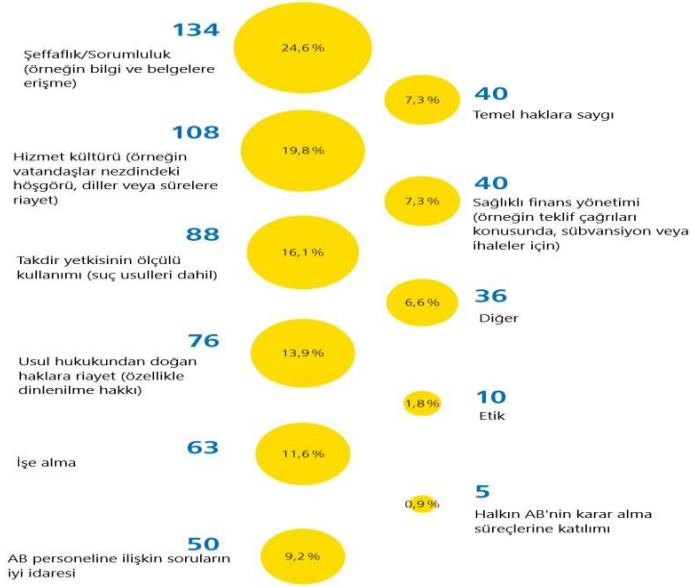
**e. 2018 Yılında Avrupa Ombudsmanı Tarafından Sonlandırılan Soruşturmanın Sonuçları ve Şikayetlere İlişkin Bilgiler<sup>133</sup>**

Kötü idare vakasına rastlanmayan soruşturma	Kurumca çözümlen işler, kabul edilen öneriler veya çözüm uygulananlar	Teyit edilmiş ek soruşturma açılmayanlar	Kötü idare vakası	Diğer
254	221	56	29	10
%46,6	%40,6	%10,3	%5,3	%1,8

<sup>132</sup> Avrupa Ombudsmanı 2018 Yılı Raporu  
<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/annual/fr/113728>, (17.3.2020).

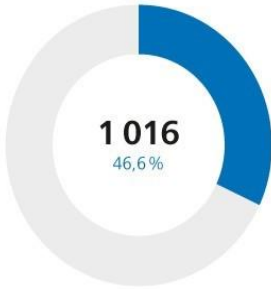
<sup>133</sup> Avrupa Ombudsmanı 2018 Yılı Raporu  
<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/annual/fr/113728>, (17.3.2020).

## 2018 yılında Avrupa Ombudsmanı tarafından sonlandırılan soruşturmanın sonuçları

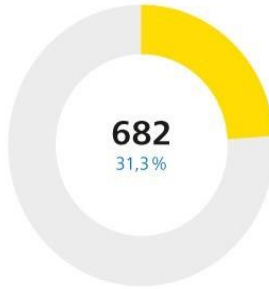


\* Bazı dosyalarda Avrupa Ombudsmanı soruşturmasını en az iki konu üzerinden sonlandırdı, bu sebeple yüzdelik dilimlerin toplamı %100'ü geçiyor.

## 2018 yılında değerlendirilen yeni şikayetlere ilişkin olarak alınan kararlar



Tavsiye kararı veya dosyanın şikayetin muhatabı olan birime yönlendirilmesi

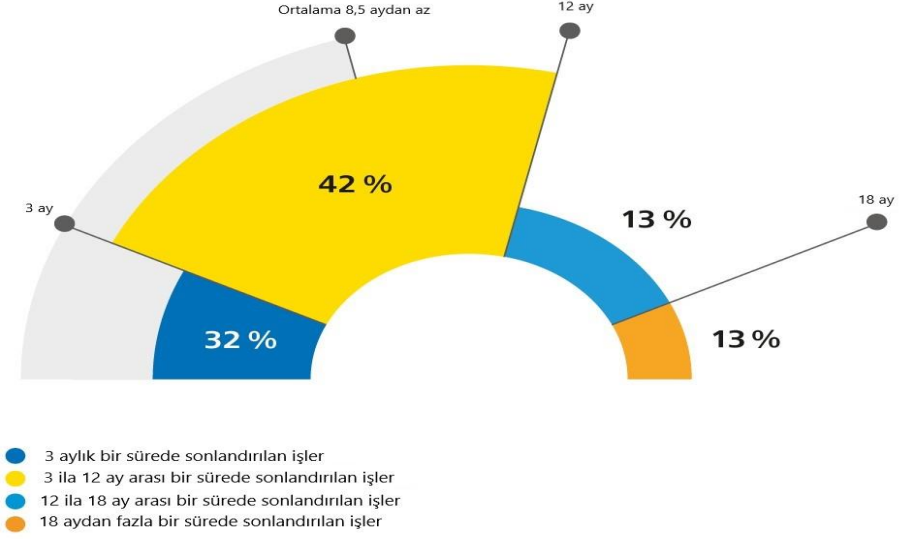


Ombudsmanın fazladan görüş veremeyeşğine dair şikayetçiyi bilgilendiren cevabı



Soruşturma açılması

2018 Yılında Avrupa Ombudsmanı Tarafından Sonlandırılan Soruşturmanın Süreleri





## SONUÇ

Ombudsmanlık müessesesi, merkezi idareden bağımsız olan ve kural olarak kanunla düzenlenen, hatta birçok ülkede anayasa ile öngörülen bir müessese olarak, kamu kurum ve görevlilerinin faaliyetlerinden hoşnutsuz olan vatandaşların, bu memnuniyetsizliklerini şikâyet ettikleri ve idarenin yargı dışı denetiminde son derece etkili olan bir müessesedir. Ülkemizdeki uygulamada örneğin, kural olarak yargı önüne götürülemeyen idari tutum ve davranışlar da ombudsman denetimine tabi kılınmıştır. Bu anlamda idari işlem veya eylem sayılmayacak ama vatandaşları hoşnutsuz edecek birtakım idari uygulamalar açısından da bir denetim imkânı sunulmaktadır.

Ombudsman vatandaşların çağrısı üzerine harekete geçebildiği gibi, kural olarak, kendiliğinden de harekete geçebilmektedir. Ombudsman yapılan yanlış uygulamalardan ötürü idareyi uyarır ve hukuka uygun davranmaya çağırır. Ombudsmanlık, kural olarak bağlayıcı karar alma yeteneğinden yoksun bir müessesedir. Kararlarının en etkili yönü, şikâyet edilen idari makamlar açısından belirli bir itibar kaybına sebep olabilmesi ve sonrasında gerekli idari denetimlerin yapılması ve olası tedbirlerin uygulanmasıdır. Günümüzde kamu yönetiminin denetlenmesinde, yargı dışı bir yöntem olarak son derece etkilidir ve çok önemli bir işlevi yerine getirmektedir. Bu bağlamda idarenin haksız uygulamalarının kamuoyuna yansımaya sebep olmakta ve kamuoyu denetiminin de önünü açmaktadır.

Bilindiği üzere Ombudsman denetiminin genel işleyişi, kötü yönetim uygulamalarına maruz kalan kişilerin başvurusu üzerine, ilgili organ veya kurum tarafından bir inceleme başlatmak veya soruşturmak açmak ve nihayetinde başvuru sahibinin haklı olması durumunda, şikâyet edilen idari makama yönelik bir tavsiye kararı almak şeklinde gerçekleşmektedir. Bu kararın da ilgili idari makam açısından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Kurumu daha işlevsel hale getirme ve daha hızlı ve etkin bir şekilde sonuç alma adına, ombudsmana yapılan başvuruların tamamının veya en azından kabulü yapılan yani incelemeye alınan-soruşturma açılan başvuruların, başvuru aşamasında bilgi teknolojilerinden de faydalanmak suretiyle aleni hale getirilmesi durumunda, işleme konulan şikâyet kurum tarafından sonuçlandırılma-

dan, ilgili idare tarafından salt başvurunun yapılmış olmasına istinaden kötü yönetim uygulaması ortadan kaldırılabılır. Bu şekilde hem başvuru sahibinin çok hızlı bir şekilde amacına ulaşması sağlanır, hem de şikâyet edilen idareye hatasını en kısa sürede telafi etme imkânı tanınmış olur. Bu doğrultuda faaliyet gösteren birtakım özel hukuk uygulamalarının, örneğin tüketici şikâyetlerini alıp yayınlayan birtakım internet sitelerinin, tüketici haklarının korunmasındaki rolü yadsınmayacak bir seviyeye ulaşmıştır. Aynı şekilde sosyal medya uygulamalarıyla kamuoyuna duyurulan birtakım memnuniyetsizliklerin, itibar kaybına uğramak istemeyen firmalar tarafından, haklarındaki şikâyetin aleni hale gelmesiyle birlikte çok hızlı bir şekilde başvuru sahibinin mağduriyetini gidermek için harekete geçtikleri de bilinmektedir. Bahsedildiği üzere, benzer bir yöntemin ombudsman kurumu tarafından da kullanılması, kendi etkinliğini ve işlevselliğini arttırabilecektir.

Ombudsmanlık kurumuna ilişkin genel özellikler bağlamında, Avrupa Ombudsmanı açısından da içerik noktasında durum çok farklı değildir. Tıpkı milli ombudsmanlar gibi onun da görevi idarenin aksayan yönlerini yani en geniş kapsamlı ifadesi ile kötü yönetim vakıalarını ortadan kaldırmaktır. Milli ombudsmanların görevleri ülkelerinin idarelerini denetlemekle sınırlıdır. Avrupa Ombudsmanının görevi ise Avrupa Birliği kurum ve organlarının faaliyetlerini denetlemektir. Milli ombudsmanlara sadece o ülkenin vatandaşları veyahut da o ülkede ikamet eden insanlar başvurabilirken, Avrupa Ombudsmanına Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşları ve üye devletlerde ikamet eden insanların tamamı ve merkezi veya adresi bu ülkelerden birisinde bulunan tüzel kişiler başvurabilmektedir. Bu şekilde Birlik açısından geniş kapsamlı bir idari koruma kalkınının amaçlandığı söylenebilir.

Ombudsmanlık müessesesinin mahiyeti gereği Avrupa Ombudsmanının da tıpkı milli ombudsmanlar gibi idareyi bağlayıcı karar alma yetkisi yoktur. O sadece idareye tavsiye ve telkinlerde bulunabilir. Kendisine gelen şikâyet konuları ile ilgili olarak Avrupa Parlamentosu'na raporlar hazırlar. Bunlar yıllık raporlardır. Ayrıca herhangi bir konu ile ilgili olarak yıllık raporlardan ayrı olarak özel raporlar da düzenleyebilmektedir. Burada da yine, kötü yönetim uygulamalarının ortadan kaldırılması adına maksat, şikâyet edilen makamlar açısından,

kötü yönetim uygulamalarından yetkili makamları haberdar etmek ve kamuoyunun durumdan haberdar olmasını sağlamaktır.

Avrupa Ombudsmanı müessesesinin kuruluşu 1992 yılına dayanmakla birlikte ilk Avrupa Ombudsmanının seçilmesi 1995 yılında olmuştur. Avrupa Parlamentosu 1995 yılında Avrupa Birliği'nin ilk Ombudsmanını seçmiştir. İlk Ombudsman Jacob SÖDERMAN'dır. Finlandiya'nın eski bakan ve ombudsmanıdır. Jacob SÖDERMAN 1999 yılının Ekim ayında tekrar seçilmiştir.

Avrupa Birliği'nin ilk ombudsmanı Jacob SÖDERMAN'ın 2003 yılında emeklilik süresi dolmuştur. Bunun üzerine üzerine, 15 Ocak 2003 tarihinde, mart ayında Avrupa Adalet Divanı önünde yemin ettikten sonra göreve başlamak üzere, P. Nikiforos Diamandouros Avrupa Ombudsmanı olarak seçilmiştir. 2003-2013 yılları arasında görev yapan P. Nikiforos Diamandouros 1998 ila 2003 yılları arasında Yunanistan birinci milli ombudsmanı olarak görev yapmıştır. İrlanda'nın ilk kadın ombudsmanı olarak 2003 yılında görevine başlayan Emily O'Reilly, 2013 yılında Avrupa Ombudsmanı olarak seçilmiştir ve bugün itibariyle görevine devam etmektedir.

## KAYNAKLAR

- AKINCI, M., "Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman", İstanbul 1999.
- AKTAN, A., "İdare Hukukunda Yeni Bir Adım "Arabulucu", MBD., sy. 50, 1977.
- ARSLAN, S., "İngiltere'de Ombudsman Müessesesi", AİD, C. 19, sy. 1, TODAİE, Mart 1986.
- ATALAY, C., "Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türkiye'de Kamu Denetçiliği Kurumunun Ortaya Çıkışı", Kastamonu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Nisan 2016, sy. 12, s. 462-480.
- ATAY, E. E., "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği Kurumu", Ombudsman Akademik Dergisi, Aralık 2014, sy. 1, s. 1-30.
- COŞKUN, B., GÜNAYDIN, H., "Ombudsmanlığın Kökeni Meselesi Bağlamında Türk-İslam Devlet Geleneğinde Şikâyet Hakkının Kurumsal Tekâmülü", Ombudsman Akademik Dergisi, Aralık 2015, sy. 3, s. 9-60.
- ÇAĞDAŞ, T., "Ombudsman Kurumu ve Türkiye'de 6328 Sayılı "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu"nun Düzenlenmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (2), Güz 2017, s. 83-107.
- EFE, H., "Avrupa Ombudsmanı'nın AB İçinde İyi Yönetim, Hukukun Üstünlüğü ve İnsan Haklarını Koruyucu Rolü", Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 19, No: 2, 2011, s. 1-29.
- ERHÜRMAN, T., "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü", AÜHFD, Yıl 49, sy. 1-4, 2000.
- ERGANİ, N. K., "Danimarka Ombudsmanı", DD., Yıl 32, sy. 105.
- GAMMELTOFT-HANSEN, H., "Ombudsman Kavramı", çev. ERGUN, T., AİD, C. 29, sy. 3, TODAİE, Eylül 1996.
- GARANT, P., "Du Protecteur du Citoyen Québécois au Médiateur Français (L'Ombudsmanie en Francophonie)", A.J.D.A., Mai 1973.
- GİŞİ, S., "Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme", YBHD, Yıl 2, sy. 2017/2, s. 1-42.

- GÖKÇE, A. F., “Çağdaş Kamu Yönetiminde Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) ve Türkiye İçin Askeri Ombudsmanlık Önerisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl 2012, C. 17, sy. 2, s. 203-227.
- KAYA, E., “Ombudsmanlık Kavramı ve Dünyada Ombudsmanlık Uygulamaları”, International Journal of Disciplines Economics & Administrative Sciences Studies, 2018, C. 4, sy. 8 s. 153-173.
- KÖSEOĞLU, Ö., “Avrupa Ombudsmanının Hukuki Statüsü, İşleyişi ve Kurumsal Etkinliği”, Sayıştay Dergisi, sy. 79, s. 31-59, Ekim-Aralık 2010.
- KUŞCU, A. D., “Eyyûbîler’de Mezâlim Mahkemeleri ve Dârü’l-Adl”, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, sy. 26, Yıl 2009, 207-229.
- LEGRAND, A., “Médiateur ou Ombudsman”, A.J.D.A., Mai 1973.
- ODYAKMAZ, Z., “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi’nin 10. Kuruluş Yılı Armağanı, Yıl 4, sy. 14, Temmuz 2013, s. 1-85.
- ODYAKMAZ, Z., GÜZEL, O., “Kamu Başdenetçisi ve Kamu Denetçileri Hakkında Disiplin Soruşturması Açılması Usulü”, TBB Dergisi 2014 (113), s. 141-160.
- OYTAN, M., “Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme”, DD., Yıl 5, sy. 18-19.
- ÖZER, M. A., “Avrupa Ombudsmanı ve Türkiye Kamu Denetçiliği Kurumu: Mukayeseli Bir İnceleme”, TAAD, Yıl 8, sy. 31 (Temmuz 2017), s. 65-96.
- ŞAHYAR AKDEMİR, D., “Uluslararası Alanda Ombudsmanlık Kurumu ve Türkiye”, MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2019 C. 8 sy. 4 s. 3533-3552.
- ŞENGÜL, R., “Fransa’da Kamu Yönetiminin Denetlenmesinde Kamu Arabulucusunun (Médiateur de la République) Rolü”, DD., Yıl 32, sy. 105.
- TORTOP, N., “Ombudsman Sistemi ve Çeşitli ÷lkelerde Uygulanması”, AİD, C. 31, sy. 1, TODAİE, Mart 1998.

TURHAN, D. G., ÖKTEN, S., “Avrupa Birliği’nde Ombudsmanlık”, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 2014/1, sy. 19, s. 213-224.

ULER, Y., “Ombudsman (Kamu Denetçisi)”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Üçüncü Kitap Çeşitli İdare Hukuku Konuları, Ankara, Danıştay Yayınları, 1992.

YATKIN, A., TAŞER, İ., “Kamu Yönetiminde Denetim Aracı Olarak Ombudsmanlık: Türkiye ve Avrupa Birliği Karşılaştırmalı Örnek Olay Araştırması”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 25, S. 1, Yıl 2015, s. 89-103.

<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/publication/fr/3468>

“Avrupa Ombudsmanı’ nın 1995 Yılı Raporu”.

[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0002.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0002.02/DOC_1&format=PDF)

Avrupa Birliği Antlaşması (Maastricht Antlaşması).

[www.euro-ombudsman.eu.int/lbasis/fr/statute.htm](http://www.euro-ombudsman.eu.int/lbasis/fr/statute.htm):

Avrupa Ombudsmanı’nın Statüsü.

[www.euro-ombudsman.eu.int/code/fr/default.htm](http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/fr/default.htm):

Avrupa İyi İdare Kanunu

[www.euro-ombudsman.eu.int/lbasis/fr/provis.htm](http://www.euro-ombudsman.eu.int/lbasis/fr/provis.htm):

Avrupa Ombudsmanı’nın Yürütmeye İlişkin Hükümleri.

[https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_fr.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf)

Avrupa Temel Haklar Şartı (Nice Şartı)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

Fransız Haklar Savunucusuna İlişkin Kanun

<https://www.ombudsman.europa.eu/fr/home>

(Avrupa Ombudsmanı web sitesi)

## ROBERT ALEXY'NİN DOĞRULUK ARGÜMANININ DEĞERLENDİRMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN\*

### Öz

Robert Alexy, doğal hukuk kuramının güncel temsilcilerinden biri olarak hukuk ile ahlak arasındaki bağlantılara işaret etmekte ve bunu esas olarak hukukun doğruluk iddiası üzerinden temellendirmektedir. Alexy'e göre doğruluk argümanı, iki argüman ile desteklenir. Bunlardan ilki adaletsizlik argümanı, ikincisi ise ilkeler argümanıdır. Adaletsizlik argümanına göre, aşırı adaletsiz yasalar, hukuk sistemindeki katılımcıların perspektifinden bakıldığında hukuki karakteri haiz değildir. İlkeler argümanına göre ise asgari gelişmişliğe sahip her hukuk sistemi çeşitli ilkeleri kapsar ve bu ilkeler doğru ahlaki temsil ettikleri iddiasındadırlar. Alexy'e göre işte bu unsurlar hukukun ikili doğasını gösterir. Hukuk, bir yandan olgusal bir gerçekliği ifade eder ki bu boyut hukuki pozitivistler tarafından ön plana çıkartılmıştır. Öte yandan hukuk ideal ahlaka işaret eden bir doğruluk iddiasını da taşır ki bu boyut da pozitivist olmayan kuramcılar tarafından vurgulanmış ve pozitivistler tarafından gözden kaçırılmıştır. Hukukun doğruluk iddiasının hukuki pozitivizm açısından sonuçları, bu iddianın kapsamı, müsebbibi ve kavramsal zorunluluğu Raz, Gardner, MacCormick gibi pozitivist düşünürler tarafından sorgulanmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Robert Alexy • Doğal Hukuk • Doğruluk Argümanı • Adaletsizlik Argümanı • İlkeler Argümanı

\* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Turk-Alman University, Faculty of Law, Department of Philosophy of Law and Sociology, Istanbul, Turkey.

✉ arikan@tau.edu.tr • ORCID 0000-0002-4264-706X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ARIKAN, Engin, "Robert Alexy'nin Doğruluk Argümanının Değerlendirmesi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1303-1341.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE EVALUATION OF ROBERT ALEXY'S ARGUMENT FROM CORRECTNESS

### Abstract

As one of the contemporary representatives of natural law theory, Robert Alexy points out the connections between law and morality and bases these connections mainly on the law's claim to correctness. According to Alexy, argument from correctness is supported by two arguments. The first is the argument from injustice, and the second is the argument from principles. According to the argument from injustice, extreme unjust laws do not have legal character from the perspective of the participants in the legal system. According to the argument from principles, every minimally developed legal system incorporates various principles and they claim to represent the correct morality. According to Alexy, these elements show the dual nature of law. Law, on the one hand, expresses a factual reality, which is emphasized by legal positivists. On the other hand, the law also carries a claim to correctness pointing to ideal morality, which is emphasized by non-positivist theorists and overlooked by positivists. The consequences of law's claim to correctness with regard to legal positivism, the scope, the author and the conceptual necessity of this claim have been questioned by positivist thinkers such as Raz, Gardner, MacCormick.

### Key Words

Robert Alexy • Natural Law • Argument from Correctness • Argument From Injustice • Argument From Principles

## I. GİRİŞ

Hukuki pozitivism-doğal hukuk tartışması hukuk felsefesinin odağında olmuştur. Bu tartışmada pozitivismın avantajı, doğrudan toplumsal olgulara atıfta bulunan bir yaklaşım ile doğal hukuka kıyasla daha yalın bir biçimde hukuku açıklayabilmesidir. Var olanlara dayalı açıklamalar, mevcudiyeti ve içeriği tartışmalı olan ahlaki öğelere dayalı açıklamalar ile karşılaştırıldığında daha sağlam bir zeminde gözükmektedir.

Hukuki pozitivismın bu avantajı tartışmayı sona erdirmemiş ve doğal hukuk kuramcılarını pes ettirememiştir. Robert Alexy, doğal hukuk geleneğinin güncel bir temsilcisi olarak hukuki pozitivismın yanlışlığını kanıtladığı iddiasındadır. Alexy, hukukun ahlaki doğruluk iddia-



sında olan bir toplumsal olgu teşkil ettiğini ve bu sebeple hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki olduğunu öne sürer.

Bu çalışmanın amacı Robert Alexy'nin kuramını hukuki pozitivizme karşı getirdiği eleştiri özelinde sunmak ve bu eleştirinin gövdesini teşkil eden doğruluk argümanını güncel hukuk pozitivist yazındaki görüşleri de dikkate alınarak değerlendirmektir. Bunun için ilk başlıkta, Alexy'nin doğruluk argümanı ele alınacaktır. İkinci başlıkta; Joseph Raz, John Gardner ve Neil MacCormick'in hukukun doğruluk iddiasına ilişkin görüşleri incelenecektir. Sonuç bölümünde de bu açıklamalardan yararlanılarak Alexy'nin doğruluk argümanı değerlendirilecektir.

## I. Robert Alexy'nin Doğruluk Argümanı

### A. Tartışma Alanları

Alexy, hukuk kavramına ilişkin temel tartışmanın hukuk ile ahlak arasındaki ilişki olduğunu söyler. Bu tartışmada iki taraf vardır. Bunlardan ilki, hukuk kavramını açıklarken ayrılık tezi (*separation thesis*) doğrultusunda ahlaki öğeleri dışlayan hukuki pozitivizmdir. Alexy'e göre hukuki pozitivizm hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir kavramsal ilişki olduğunu reddeder. Hukuki pozitivizm açısından "var olan hukuk" ile "olması gereken hukuk" arasında veya hukukun emrettiği ile adaletin gerektirdiği arasında bir bağlantı yoktur.<sup>1</sup>

Hukuki pozitivizm, hukukiliği iki unsur ile açıklar. Bunlardan ilki, sistemin hukuki geçerlilik şartlarına uygun şekilde oluşturulmuş olmasıdır. Bundan anlaşılması gereken, söz konusu hukuk kuralının veya hukuki işlemin anayasanın ve diğer ilgili hükümlerin geçerlilik şartlarını taşıması, bu sistemin yetkilendirdiği kurum ve kişiler tarafından oluşturulmasıdır. İkincisi ise toplumsal etkililiktir. Bundan anlaşılması gereken de söz konusu hukuki kurala toplum tarafından genel itibarıyla uyul-

<sup>1</sup> ALEXY, Robert, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, İngilizce Çevirenler: Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson, Oxford, 2004, s. 3. Alexy'nin bu eserinin Almanca başlığı "*Begriff und Geltung des Rechts*"tir. Bunun Türkçe çevirisi "Hukuk Kavramı ve Hukukun Geçerliliği"dir. İngilizce çeviride ise eserin orijinal başlığına sadık kalınmamıştır ve "Adaletsizlik Argümanı: Hukuki Pozitivizme Bir Cevap" başlığı tercih edilmiştir. Bu çeviri eserin başlığına sadık olmadığı gibi Alexy'nin ana argümanını da temsil etmemektedir. Aşağıda ifade edileceği üzere Alexy'nin ve Radbruch'un adaletsizlik argümanı Alexy tarafından esas argümanı olan doğruluk argümanını desteklemek için kullanılmaktadır.

ması veya uyulmadığı hallerde sistemin kurumları tarafından yaptırımların uygulanmasıdır. Öte yandan hukukun içeriğinin doğru olmasına dair herhangi bir geçerlilik şartı bu kuram tarafından benimsenmez.<sup>2</sup>

Alexy, hukuk kavramına ilişkin tartışmanın diğer tarafında ise “pozitivist olmayan” yaklaşımların olduğunu belirtir. Bu yaklaşımlar ise hukuki geçerliliği açıklarken ayrılık tezi yerine bağlantı tezini (*connection thesis*) benimserler. Bağlantı tezine göre hukuk kavramı tanımlanırken ahlaki ögelere de başvurulması gerekir. Pozitivist olmayan yaklaşımlar, hukuk kavramını açıklarken pozitivist kuramların vurguladığı sistemsel geçerlilik şartlarını veya etkinlik ölçütlerini reddetmez. Pozitivist olmayan yaklaşımı pozitivist yaklaşımdan ayıran unsur, bu olgusal ölçütlerin yanında ahlaki öğeleri de hukuk kavramı anlayışlarına eklemeleridir.<sup>3</sup>

Alexy bu tartışmanın sadece teorik düzlemde olmadığını, bazı konularda pratik açıdan önem arz ettiğini ileri sürer. Hâkimler çoğu vaka da önlerindeki uyuşmazlığa uygun düşen yasaları herhangi bir hukuk kuramına başvurmaksızın uygular. Ancak istisnai hallerde hukukun ne olduğuna ilişkin teorik anlayışlar, söz konusu hükmün pratik düzlemde nasıl verileceğine etki eder.<sup>4</sup>

Bu istisnai hallerden ilki, adil olmayan yasaların mahkemeler tarafından uygulanması meselesidir. Alexy buna örnek olarak, II. Dünya Savaşı sırasında Almanya’dan yabancı ülkelere göç eden Musevilerin Alman vatandaşlığını sona erdiren 25 Kasım 1941 tarihli 11. kararnameyi gösterir. II. Dünya Savaşı sonrası Federal Almanya, bu şekilde vatandaşlıktan çıkartılan kişilerin başvuru yapmaları halinde onlara tekrar vatandaşlık verecek başka bir yasa çıkartmıştır. Öte yandan Almanya Federal Anayasa Mahkemesi bu yeni yasada belirtilen başvuruya gerek olmaksızın, 11. kararnameye ilişkin uyuşmazlıklarda kişilerin vatandaşlıktan hiç çıkmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre söz konusu 11. kararname adaletin temel ilkelerini ihlal ettiği için bir yasadan ziyade

<sup>2</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 3-4.

<sup>3</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 4.

<sup>4</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 5.

hukuksuzluk (Almanca: *Unrecht*) olarak nitelenmesi gerekir. Bu sebeple hâkimler bu hükümsüz yasayı uygulamamışlardır.<sup>5</sup>

Alexy'e göre bu akıl yürütme pozitivist *olmayan* bir yaklaşımdır. Öte yandan Alexy, mahkemenin bu sonuca adalete atıfta bulunmadan mevcut anayasada yer alan eşitlik hükümlerine başvurarak da ulaşabileceğini kabul eder. Bu çözümde mahkeme, adalet gibi yasal olmayan bir dayanaktan ziyade anayasa gibi yasal bir dayanaktan güç alabilirdi. Ancak Alexy'e göre bu çözüm ihtimali her durumda söz konusu olmayabilir. Örneğin açıkça adaletsiz "haydut" bir devletin adaletsiz yasalarını o yasalar o sisteme göre yasal olduğu bir dönemde uygulayan resmi devlet görevlilerinin bu rejim yıkıldıktan sonraki yargı süreçlerinde yaptıkları işlemlerden dolayı cezai sorumluluklarının olup olmadığı tartışmasında bu seçeneğe başvurulamaz. Çünkü bu işlemlerin yapıldığı dönemde eşitlikçi anayasal hükümler mevcut değildir. Bu kişilerin cezalandırılabilmesi için yaptıklarının dar anlamda yasal olsa dahi hukuki olmadığı gösterilmesi gerekir. İşte bunun için de söz konusu haydut devletlerin yasalarının hukuki olup olmadığı sorusuna bir cevap getirilmelidir.<sup>6</sup>

Hukuk kavramına ilişkin teorik tartışmaların pratik sonuçlarının olduğu ikinci istisnai hal ise hukukun yargı tarafından geliştirilmesi vakalarında ortaya çıkar. Eğer hukuk sadece yasalardan ibaret olarak tanımlanır ise o zaman yasanın lafzına aykırı kararları *contra legem* (düz anlamıyla, hukuka aykırı) kararlar olarak nitelemek gerekir. Ancak eğer hukukun yazılı yasalardan ibaret olmadığı kabul edilirse bu çıkarıma varılmasına gerek kalmaz. Örneğin manevi tazminata hükmedilecek haksız fiil hallerinin kanunda tüketici olarak sayıldığı bir sistemde, uyuşmazlık konusunun kanunda sayılan hallerin dışında kalması halinde pozitivist bir anlayış, bu tip bir vakada manevi tazminata hükmedilemeyeceğini söyleyecektir. Öte yandan Alexy'e göre eğer yargının hem *yasayı* hem de *hukuku* (Almanca *Gesetz und Recht*) uygulamakla yükümlü olduğu kabul edilir ve hukukun sadece yasalardan ibaret olmadığı görüşü benimsenir ise başka ihtimaller de olası hale gelir. Alexy, Alman

<sup>5</sup> ALEXY, Robert, "A Defence of Radbruch Formula", *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Editör: David Dyzenhaus, Oxford, 1999, ss. 18-19.

<sup>6</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 7.

Federal Anayasa Mahkemesinin bu görüşü benimseyerek, bir dergide uydurma bir röportajı yayınlanan bir kişinin kişilik haklarının ihlalini tespit eden ve manevi tazminata hükmeden Alman Federal Yüksek Mahkemesinin kararını onadığına işaret eder. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre Alman Federal Yüksek Mahkemesi, hukuka aykırı bir hüküm vermemiştir çünkü hukuk sadece yasalardan ibaret değildir.<sup>7</sup>

Alexy, yasaların içeriğinin belirsiz olduğu, tek bir sonucu net bir şekilde öngörmediği zor davalarda da pozitivist anlayış ile pozitivist olmayan anlayışın farklı sonuçlara varacağını belirtir. Pozitivist hukukçular, bu tip davalarda hâkimlerin kararlarını hukuk dışı öğelerin ve akıl yürütmelerin şekillendirdiğini iddia etmek durumundadır. Çünkü bu tip davalarda pozitivistlerin hukuk olarak kabul ettikleri tek öge olan yasalar, kararı kendi başlarına belirleyememektedir. Pozitivist olmayan yaklaşımlar ise bu tip davalarda da hâkimlerin hukuk ile bağlı olduklarını ve kararlarını yine hukuki kaynakların şekillendirdiğini savunabilir, her ne kadar bu kaynaklar yasalar olmasa da.<sup>8</sup>

### B. Doğruluk Argümanı

Alexy, tartışma alanlarını ve kuramların pozisyonlarını belirttiikten sonra doğruluk argümanı temelli hukuki pozitivism eleştirisine geçer. Yazar öncelikle doğruluk argümanında önem arz edecek olan ikili bir ayırmada bulunur: katılımcının perspektifi (*participant's perspective*) ve gözlemcinin perspektifi (*observer's perspective*). Katılımcının perspektifi, söz konusu hukuk sisteminde nelerin emredildiğine, yasalandığına, nelere izin verildiğine ve bunlar hakkında hüküm kurma yetkisinin verilme amacına dair *değerlendirmelere* katılanların bakış açısıdır. Bu, esas olarak hâkimlerin perspektifidir. Diğer hukukçular, avukatlar ve ilgili vatandaşlar bu konular hakkında görüş beyan ederken esasında hâkimlerin nasıl karar vermeleri gerektiğine ilişkin iddialarda bulunurlar. Gözlemcinin perspektifi ise söz konusu hukuk sistemindeki yasalarının ve işlemlerinin ahlaken doğru olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerden ziyade pratikte nasıl uygulandığı sorusuna eğilen kişinin pers-

<sup>7</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 8-9.

<sup>8</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 10.

pektifidir.<sup>9</sup> Örneğin bir Ortadoğu ülkesine turistik bir gezi yapan bir kişinin söz konusu ülkedeki alkol yasaklarına ilişkin kurallara karşı bakış açısı gözlemci niteliktedir. Bu perspektife sahip biri, kuralların haklılığından ziyade kuralların hangi durumda nasıl netice vereceğine dikkat eder.

Alexy'e göre gözlemcinin bakış açısından yapılan önermeler söz konusu olduğunda pozitivist hukuk kuramı doğru tespitler sunmaktadır. Gerçekten de bir yasa, adil olsun veya olmasın, neticede belli bir sistemde uygulanıyor ise bu sistemde uygulanan kurallar hakkında bir rapor hazırlayan bir gözlemci açısından o yasa hukuktur. Örneğin Nazi Almanyası'nda uygulanagelen yasalara gözlemcinin perspektifinden yaklaşıldığında bunların yasa olduğuna dair bir itirazda bulunulamaz. Bu noktada Alexy, aşırı adaletsiz yasaların hukuk olmadığını ifade eden Radbruch formülünün gözlemcinin perspektifinden yapılan önermelerde geçersiz olduğunu teslim eder.<sup>10</sup>

Alexy, adil olmayan *tekil normların* gözlemcinin bakış açısından ele alındığında hukuk olduğunu kabul etse de, *hukuk sistemleri* açısından bir farklılık olduğunu öne sürer. Alexy'e göre iki tip toplumsal düzen, sistemsel geçerlilik ve etkililik şartlarını taşısa dahi hukuk olarak tanımlanamaz. Bunlardan ilki anlamsız (*senseless*) toplumsal düzenlerdir. Alexy anlamsız toplumsal düzenleri, ne yönetenlerin amaçlarının belli olduğu ne de yönetilenlerin bu amaç doğrultusunda hareket etmelerinin uzun vadede mümkün olduğu düzenler olarak ifade eder. Bir haydut grubunun bir grup insan üzerinde kurduğu hâkimiyet bu modelle temsil edilebilir. Bu tip bir toplumsal düzende insanların herhangi bir hakkı yoktur ve haydutlar arzu ettikleri gibi şiddet uygulayabilirler. İnsanlar da şiddete maruz kalmamak için haydutların dediklerini ellerinden geldikince yerine getirmeye gayret ederler ancak buna rağmen bu emirler çelişkili, değişken ve yerine getirmesi imkânsız olduğundan bu çabalar

<sup>9</sup> ALEXY, Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, Cilt: 2, Sayı: 2, 1989, s. 171.

<sup>10</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 27-31.

da nafîle olabilir. Alexy'e göre bu tip bir sistemin gözlemcinin perspektifinden kavramsal olarak hukuk olarak nitelenmesi mümkün değildir.<sup>11</sup>

Alexy'nin ele aldığı ikinci toplumsal düzen tipine talancı (*predatory*) düzen der. Bu düzende haydutlar, kendilerini bir eşkıya çetesine dönüştürerek kendi aralarında belli bir hiyerarşi kurar ve şiddetin nasıl kullanılabileceğine dair belli kurallar getirir. Bu çetenin hâkimiyetindeki insanlar için de belli kurallar oluşturulur ancak bunun amacı onlara hizmet etmek değildir. Örneğin eşkıya çetesi insanların organlarını satarak gelir elde ettiği için bu insanların sigara, içki içmelerini ve kendi aralarındaki şiddeti yasaklayabilir. Eşkıya çetesi, bu düzendeki sömürücü konumunu saklamaya gayret etmez, her şey açıktır. Alexy, böyle bir sistemdeki tekil normların gözlemci bakış açısından hukuk olarak nitelenip nitelenmeyeceğinin tartışılabilir olduğunu ancak bu sistemin bir bütün olarak hukuk olarak tanımlanamayacağını ifade eder.<sup>12</sup>

Öte yandan Alexy, bu eşkıya çetesinin belli bir meşruluk iddiasında bulunması ve sistemin kurallarının yüksek bir amaca hizmet ettiğini ve bu kapsamdaki pratiklerin doğruluğunun savunması halinde bu tip bir sistemin hukuk olarak nitelenebileceğini söyler. Alexy bu toplumsal düzen tipine amirlik (*governor*) sistemi der. Bu noktada artık amirler, önceki sistemlerdeki haydutlardan farklı olarak yaptıklarının *doğru olduğu iddiasındadır*. Alexy böyle bir sistemde de bu iddiaların aslında doğru olmayabileceğini ancak en azından doğruluk iddiasının bulunmasının bir hukuk sisteminin varlığı açısından kavramsal bir gereklilik olduğunu savunur. Alexy'nin doğruluk argümanı olarak ifade ettiği, hukuku hukuk yapan zorunlu bu kavramsal öge, hukukun doğruluk iddiasında olmasıdır. Doğruluk iddiası, meşruluk ve dolayısıyla ahlakilik iddiasını taşır. Doğruluk iddiasının dahi olmadığı sistemler yukarıdaki anlamsız ve talancı sistemler olarak kalacağından bu sistemler gözlemcinin perspektifinden dahi hukuk olarak sınıflandırılmaz.<sup>13</sup>

Alexy pozitivist anlayışı gözlemcinin perspektifinden yapılan önermelerde sınılandıktan sonra bu sefer katılımcının perspektifinden ya-

<sup>11</sup> ALEXY, "On Necessary Relations Between Law and Morality", ss. 175-176.

<sup>12</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 33.

<sup>13</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 33-35.

pılan önermelerde pozitivizmin argümanlarının haklı olup olmadığına bakar. Alexy'nin hukuki pozitivizm eleştirisinin gövdesi bu perspektif üzerinde şekillenir. Alexy katılımcının perspektifinden yapılan önermelerde pozitivist hukuk anlayışının yetersiz olduğunu üç argüman ile temellendirir. Bunlar, doğruluk argümanı (*argument from correctness*) ve bu ana argümanı destekleyen adaletsizlik argümanı (*argument from injustice*) ile ilkeler argümanıdır (*argument from principles*).<sup>14</sup>

*Doğruluk argümanının* temeli olan doğruluk iddiasının bir "hukuk sistemi" açısından zorunlu bir unsur olduğu yukarıda gözlemcinin perspektifinden yapılan önermelerin değerlendirmesinde ifade edilmişti. Alexy, bu doğruluk iddiasının sadece hukuk sisteminin bütününde değil, hukukun tüm aşamalarında mevcut olduğunu öne sürer. Her yasa, her mahkeme kararı doğruluk iddiası taşır. Yazar, bu argümanını sınamak için iki örnek verir. Bunlardan ilki "X devleti egemen, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir." şeklindeki kurgusal bir anayasa maddesidir. İkinci örnekte ise, bir mahkeme "sanık müebbet hapis cezasına çarptırmıştır ancak bu karar mevcut hukukun yanlış bir yorumudur" şeklinde bir hüküm kurar. Alexy, her iki örneğin de kavramsal bir çelişki barındırdığını ve hukuk olarak ifade edilemeyeceğini savunur. Bunun nedeni, gerek anayasa koyucunun gerekse de hâkimin doğruluk iddiasında bulunmaması veya buna ters düşmesidir. Hukuk doğruluk iddiasında bulunmadığı veya bu iddiaya ters düştüğü zaman kavramsal gerekliliklerini sağlayamaz. Doğruluk iddiası, ahlaki bir doğruluğu da ifade ettiği ve hukuk da kavramsal olarak doğruluk iddiasında bulunduğu için hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir bağlantı ortaya çıkar.<sup>15</sup>

Doğruluk iddiası, hem hukuki kaynaklara hem de adalete uygunluk açısından bir doğruluk iddiasını teşkil eder. Bu açıdan hukukçular ne sadece hukuki kaynaklara atıfta bulunup adaleti görmezden gelir ne de sadece adalete atıfta bulunup hukuki kaynakları öterler. Alexy'e göre hukuki kaynaklar adalete açıkça aykırı olmamaları kaydıyla ilk etapta (*prima facie*) öncelik sahibidir ve uygulanmaları yönünde bir ağırlık teşkil ederler. Öte yandan bu öncelik mutlak nitelikte değildir. Adalete aykırı-

<sup>14</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 35.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert, "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, Cilt: 51, Sayı: 1, 1998, ss. 209-213.

rılık hukuk güvenliğinin ifade ettiği değerden daha fazla olduğu takdirde hukuki kaynakları genişletici ve hatta kimi hallerde onlara aykırı kararlar alınabilir.<sup>16</sup>

Bununla birlikte Alexy, doğruluk argümanının kendi başına hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişkinin var olduğunu ifade eden bağlantı tezini kesin olarak kanıtlamadığını kabul eder. Hukuki pozitivist, doğruluk argümanını kabul etse de bağlantı tezini reddedebilir. İlk olarak, doğruluk iddiasının olmasına rağmen bu iddianın haklı olmadığı hallerde hukukiliğin ortadan kalkmadığı savunulabilir. İkinci olarak da, doğruluk iddiasının olmadığı veya geçersiz olduğu kısıtlı haller dışında bu argümanın bir öneminin olmadığı, bu sebeple de hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir bağlantı kurmaya yetmeyeceği ileri sürülebilir. Alexy bu olası itirazlardan ilkinde adaletsizlik argümanı ile, ikinci itiraza ise ilkeler argümanı ile karşılık verir.<sup>17</sup>

*Adaletsizlik argümanına* göre adaletten tamamen kopuk bir norm, bir hukuk normu olamaz. Alexy, bu argümanın tekil normlara ilişkin görünümünün Alman hukuk düşünürü Gustav Radbruch'un formülünde ifade edildiğini belirtir. Buna göre bir normdaki adaletsizlik kabul edilemez bir seviyeye ulaşır ise, artık o noktada söz konusu normun hukukiliği ortadan kalkar<sup>18</sup>. Aşırı adaletsiz bir yasa, hüküm kuran veya hüküm kuranlara yönelik önermelerde bulunan katılımcıların doğruluk iddialarını gerçekleştirmelerine imkân tanımayan bir yasadır. Eğer ki bir yasa etkililik ve usul şartlarını sağlamasına rağmen maddi adaletsizliği sebebiyle hukuki kimliğini kaybediyor ise bu durum hukuki pozitivistin geçerlilik şartlarının yetersiz olduğunu göstermektedir.<sup>19</sup>

Radbruch formülü hukuki pozitivist kuramcılar tarafından şiddetle eleştirilmiştir. Alexy bu eleştirilere karşı Radbruch formülünü sekiz

<sup>16</sup> ALEXY, Robert, "Legal Certainty and Correctness", Ratio Juris, Cilt: 28, Sayı: 4, 2015, ss. 449-450.

<sup>17</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, s. 39.

<sup>18</sup> RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" Süddeutsche Juristen-Zeitung, Cilt: 1, Sayı: 5, 1946, ss. 107-108; METİN, Sevtap & Altan HEPPER, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul, 2014, ss. 75-99.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert, "My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason", The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law, Editör: Luc J. Wintgens, Heidelberg, 1999, s. 34.



başlıkta değerlendirir. Bu başlıklar, dil, açıklık, etkililik, hukuk güvenliği, görelilik, demokrasi, lüzumsuzluk ve dürüstlüktür.<sup>20</sup>

*Dil* açısından bakıldığında adaletsiz bir “yasanın” “hukuk olmadığı” sonucuna varmanın bir nevi anlam karmaşası yarattığı iddia edilebilir. Pekâlâ, yasalar hukuki olmalarına rağmen adaletsiz de olabilir. Alexy hukuka gözlemcinin perspektifinden bakıldığında bu eleştirinin makul olduğunu kabul eder. Gerçekten de hukuka sadece bu saikle bakıldığında adaletsiz bir yasanın hukuk olduğunu inkâr etmenin bir anlamı yoktur. Öte yandan Alexy’e göre katılımcının perspektifinden meseleye bakıldığında farklı bir resim ortaya çıkar. Örneğin adaletsiz bir yasayı uygulamamak için yeterli sebebi bulunan bir hâkim açısından söz konusu yasa her ne kadar ilk bakışta (*prima facie*) hukuk olsa da, adaletsizliğinden dolayı nihayetinde hukuki karakterini kaybedebilir. Hâkim böyle bir durumda söz konusu yasanın hukuk olmadığını ve bundan dolayı uygulanmayacağını ifade edebilir. Bu sebeple katılımcının perspektifinden bakıldığında adaletsiz yasaların hukuk olmadığı iddiası dilin kullanımına ilişkin kurallara aykırı değildir.<sup>21</sup>

*Açıklık*, Radbruch formülüne getirilen ikinci itiraz başlığıdır. H. L. A. Hart’ın öne sürdüğü bu eleştiriye göre, Radbruch formülü etik bir sorunu sanki hukuki imiş gibi çarpıtarak sunar. Hart’a göre bir yasa, itaat edilmeyecek veya uygulanmayacak kadar adaletsiz olabilir<sup>22</sup>. Bu itaat etmeme veya uygulamama kararı nihayetinde ahlaki bir akıl yürütme sonucunda verilecek ahlaki bir karardır. Radbruch formülü ise bu konuyu sanki hukuki bir problemmiş gibi göstermekte ve adil olmayan yasalar meselesini olması gerekenden daha karmaşık bir hale getirmektedir. Alexy ise bu eleştirinin haksız olduğunu çünkü Radbruch gibi pozitivist olmayanların adil olmayan yasalar meselesinin etik boyutunu reddetmediklerini belirtir. Öte yandan Radbruch formülü bu konunun hukuki bir karakteri olduğuna da işaret eder. Alexy, pozitivist olmayan kuramların açık olmadığına ilişkin itirazın oldukça şekli olduğunu, aynı karmaşıklık eleştirisinin pekâlâ pozitivist kuramlara da yönetilebilece-

<sup>20</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 40-41.

<sup>21</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 41-42.

<sup>22</sup> HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, 1983, s. 77.

ğini ifade eder. Bir kuramın doğru olup olmadığı onun maddi içeriği ile değerlendirilmelidir, sadece şekli olarak yalın veya basit olması ile değil.<sup>23</sup>

*Etkililik*, Radbruch formülüne getirilen üçüncü sorgulamadır. Radbruch formülünün esas amacının, adaletsiz yasaların uygulanmasını engelleyerek “kanuni hukuksuzluk”ların önüne geçmek olduğu söylenebilir. Ancak bu eleştiriye göre Radbruch formülü amaçlarına ulaşma konusunda etkisiz kalır. Bunun temel sebebi, kavramların nasıl tanımlandığına ilişkin tercihlerin toplumsal gerçekleri değiştirme konusundaki yetersizliğidir. Nazi Almanyası’nda Radbruch formülü “hukuk felsefecileri” tarafından benimsenmiş olsaydı dahi siyasi iktidar bu felsefi duruşu ezecek enstrümanlara sahip idi. Nazi yasalarını uygulamayan hâkimler de Nazi hukukuna aykırı faaliyetlerinden dolayı hemen etkisiz hale getirilirdi. Bu eleştiri, Nazi iktidarını veya yasalarını desteklemekte ancak Radbruch formülü gibi felsefi bir yaklaşımın bu siyasi gücü durdurma noktasındaki etkisizliğine işaret etmektedir. Diğer yandan Radbruch formülünün etkisiz olduğu gibi bu amaca zarar verdiği dahi söylenebilir. Eğer hukukun ahlak ile zorunlu bir bağlantısı olduğu tezi kabul edilir ise, bu anlayış hukukçularda tüm yasaların hukuki olduğu kadar aynı zamanda ahlaki oldukları düşüncesini de doğurabilir. Bu yaklaşım da yasalara karşı eleştirel bir tutum geliştirilmesini zorlaştırabilir.<sup>24</sup>

Alexy bu eleştiriye cevap verirken Radbruch formülünün “güçlü” bağlantı tezini savunmadığını belirtir. Radbruch formülü *her* gayriahlaki yasanın hukukiliğini kaybettiğini iddia etmez, sadece *aşırı* adaletsizlik hallerinde yasanın hukuk olmaktan çıktığını öne sürer. Bu bağlamda Radbruch formülü sadece “zayıf” bağlantı tezini kabul eder. Pekâlâ, birçok yasa hukuki olmasına rağmen gayriahlaki olabilir. Pozitivist olan ve pozitivist olmayan yaklaşımların, aşırı derecede adaletsiz olmayan yasalara karşı tutumu denktir. Bundan dolayı pozitivist olmayan yaklaşımın bu tip yasalara karşı eleştirel olmaması için bir sebep yoktur.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> ALEXY, “A Defence of Radbruch Formula”, s. 29.

<sup>24</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 45-47.

<sup>25</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 47-49.

Alexy, Radbruch formülünün adaletsiz yasalara olan eleştirelliği azaltmadığını ifade ettikten sonra aşırı adaletsiz olan yasalara karşı nasıl etkili bir enstrüman olduğunu açıklar. İlk etapta Alexy, Radbruch formülünün her rejimde sonuç vermeyeceğini kabul eder. Gücünü pekiştirmiş ve muhalefeti bastırmış bir haydut devlette Radbruch formülünün felsefeciler veya hukukçular tarafından benimsenmesinin muhtemelen bir etkisi olmaz. Bu yönde karar veren hâkimler hemen görevlerinden alınabilir ve sindirilebilirler. Öte yandan henüz gücünü pekiştirmemiş kötücül bir rejim bu misillemeleri yapacak imkânlarla sahip olmayabilir. İşte bu aşamada Radbruch formülü bir etki yaratabilir ve rejimin daha da kötüleşmesinin önüne geçebilir.<sup>26</sup> Radbruch formülü muhtemelen Nazi partisinin Alman devleti ile özdeş hale geldiği bir noktada etkisiz kalırdı ancak Nazi partisinin yükselişi döneminde eğer Radbruch formülü Alman hukukçular tarafından kabul görse idi belki de Naziler iktidarlarını koruyamayacak veya bu kadar arttıramayacaklardı.

Alexy, Radbruch formülünün bir diğer etki alanının haydut rejimler yıkıldıktan *sonra* ortaya çıktığını savunur. Radbruch formülü sayesinde haydut rejim döneminde yapılan işlemler sadece yasallık gerekçesi ile hukuki sayılamaz. Bu sebeple de dönemin resmi devlet görevlileri olan ve rejimin yıkılmasından sonra yaptıkları adaletsizliklerden dolayı yargılananlar “emirleri uyguluyordum”, “yasaları uyguluyordum” savunmaları ile bu suçlamaları bertaraf edemez. İşte bu cezalandırılabilme ihtimali haydut rejimlerdeki resmi devlet görevlileri açısından bir risk oluşturur ve yaptıkları adaletsizliklerden dolayı ileride cezalandırılacakları fikrini yerleştirir. Alexy'e göre bu caydırıcılık etkisi olumludur. Bu noktada söz konusu resmi devlet görevlilerinin cezalandırılabilmesi için haydut rejim dönemindeki yasaları ve hükümleri geçersiz ve suç haline getiren geriye etkili yasaların da kullanılabilmesi aklı gelebilir. Bu tip geriye etkili yasalar Radbruch formülüne başvurmadan da söz konusu kişileri cezalandırabilir ve caydırıcı bir etki yaratabilir. Alexy, bu ihtimali reddetmese de geriye etkili yasaların hukuk devleti açısından sorunlu olduğunu ve bu sebeple çıkartılmama olasılığının da bulundu-

<sup>26</sup> ALEXY, “A Defence of Radbruch Formula”, ss. 30-31.

ğunu belirtir. Kaldı ki sanıklar geriye etkili yasalarla yargılandıklarında her ne kadar suçlamaları tamamen bertaraf edemeseler de, neticede geçmişte geçerli bir yasaya göre işlemde buldukları için cezalarının hafifletilmesi yönünde bir savunma yapabilirler. Bundan dolayı sadece geriye etkili yasalara dayalı bir yaklaşımın etkisi görece daha az olacaktır.<sup>27</sup>

*Hukuk güvenliği* itirazı, Radbruch formülü gibi pozitivist olmayan hukuk anlayışlarına karşı ileri sürülen dördüncü eleştiridir. Bu eleştiriye göre hâkimler Radbruch formülünü kullanarak öngörülemez kararlar verebilir ve vatandaşların mevcut yasalara olan güvenleri boşa çıkar. Alexy, bu eleştiriye karşı ilk olarak Radbruch formülüne göre sadece *aşırı* adaletsiz yasaların hukukiliğini kaybettiğini belirtir. Geri kalan yasalar hukuk niteliklerini kaybetmemektedir ve hâkimler tarafından uygulanmalıdır. Bu açıdan Radbruch formülü de hukuk güvenliğini gözden çıkartmaz. Ancak aşırı adaletsiz yasalar söz konusu olduğunda hukuk güvenliğinin değeri ile maddi adaletin değeri arasında bir denge gözetilmeli ve aşırı adaletsizlikler önlenmelidir. Kaldı ki bu tip yasaların adaletsizliği, aşırı olduğundan dolayı aynı zamanda aşikârdır. Bu sebeple bunların esasında geçersiz oldukları öngörülebilir. Alexy, bu gerekçelerden dolayı Radbruch formülü gibi pozitivist olmayan bir hukuk anlayışının hukuk güvenliğinden çok sınırlı bir ödün verdiğini ancak bunun karşılığında oldukça büyük adaletsizlikleri engellediğini ifade eder.<sup>28</sup>

*Görelilik* itirazı, Radbruch formülüne karşı öne sürülen beşinci eleştiridir. Bu eleştiri, Radbruch formülündeki “aşırı adaletsizlik” kavramının farklı kişiler tarafından farklı anlaşılabilceğini ve pekâlâ farklı sonuçlar doğurabileceğini öne sürer. Örneğin bir hâkim Nazi yasalarını aşırı adaletsiz bulup bunların hukuki olmadığına hükmedip uygulamaktan imtina ederken, başka bir hâkim kendi ahlaki görüşüne göre bazı demokratik yasaları aşırı adaletsiz bulup bunların hukuki olmadığına hükmedip uygulamaktan imtina edebilir. Ahlaki görelilik düşüncesi, neyin adaletsiz olup olmadığını kişiden kişiye değiştiğini savunur.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 50-51.

<sup>28</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 51-53.

<sup>29</sup> HOERSTER, Norbert, “Zur Verteidigung des Rechtspositivismus“, Neue Juristische Wochenschrift, Cilt: 39, Sayı: 1, 1986, s. 2482.

Alexy, bu eleştiri karşısında her pozitivist olmayan yaklaşımın nihayetinde belli bir ahlaki nesneliliği, dolayısıyla görelî olmayan bir yaklaşımı, kabul ettiğini söyler. Yazar, ahlaki meselelerin tartışılabilir olabileceğini reddetmez ancak temel haklar konusunda makul bir konsensüsün mevcut olduğuna işaret eder. Bu bağlamda adil bir gelir vergisinin ne oranda olması gerektiği konusunda ahlaki görelilik makul olsa da, ırkçılığın kötü olup olmadığı sorusunda artık ahlaki nesnellik benimsenmelidir. Radbruch formülünün bazı hâkimler tarafından istismar edilmesi pek olası değildir çünkü medeni toplumlarda Nazi ahlakına başvurup demokratik yasaları aşırı adaletsizlik sebebiyle geçersiz kılacak hâkimlerin sayısı oldukça azdır. Öte yandan kimi haydut devletlerde bu formül ters yüz edilerek “Nazi ahlakına göre adaletsiz” nitelenen yasalar iptal edilse dahi burada zaten büyük bir kayıp yoktur çünkü bu tip devletlerde zaten esasında adil olan yasalar mahkemeler bunları iptal etse de etmese de uzun süre varlıklarını sürdüremezler.<sup>30</sup>

*Demokrasi* itirazı, Radbruch formülüne karşı öne sürülen altıncı eleştiridir. Bu eleştiri, yasaların demokratik yöntemlerle seçilmiş yasama meclisi tarafından çıkartıldığını ve bunların yargı erki tarafından uygulanması gerektiğine işaret eder. Yargının bu yasaları adaletsiz bulması sebebiyle uygulamaması, demokratik ilkelere ve güçler ayrılığına aykırı olur. Alexy bu eleştiriye karşılık Radbruch formülünün sadece aşırı adaletsizlik söz konusu olduğunda yasaların hukukiliğini reddettiğini tekrar eder. Bu sebeple yasaların ağırlıklı çoğunluğunda bu sorun ortaya çıkmaz. Ancak temel hakları ihlal eden yasama işlemleri farklıdır. Bunların yargı tarafından iptal edilmesi demokratik anayasal devletlerde kabul edilen bir uygulamadır. Radbruch formülü işte bu çekirdek alanı korumaya yönelik makul bir enstrümandır. Temel hakların yargı erki tarafından korunması demokrasi ile çatışmaz; tam tersine, demokrasinin var olmasını sağlayan koşulları muhafaza eder.<sup>31</sup>

*Lüzumsuzluk* itirazı, Radbruch formülüne karşı öne sürülen yedinci eleştiridir. Bu eleştiri, Radbruch formülünün lüzumlu olmadığını, pekâlâ bu formül kullanılmadan da geriye etkili yasalar ile çeşitli adalet-

<sup>30</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 53-55.

<sup>31</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 56.

sizliklerin çözülebileceğini ileri sürer. Örneğin Nazilerin yargılanması için Radbruch formülü yerine bu kişilerin faaliyetlerini suç haline getiren geriye etkili yasalar çıkartılabilir ve bu kişiler Radbruch formülü kullanılmaksızın cezalandırılabilir<sup>32</sup>. Alexy, bu alternatifin birçok açıdan sorunlu olduğunu söyler. İlk olarak, geriye etkili yasalar çıkartmak zordur. Pek çok devletin anayasasında “kanunsuz suç ve ceza olmaz” (*nulla crimen sine lege, nulla poena sine lege*) ilkesi yer almaktadır. Bu anayasa maddelerinin değiştirilmesi için nitelikli yasama çoğunluklarının sağlanması ve anayasada öngörülen süreçlerin tamamlanması gerekir. Alexy, bu lüzumsuzluk itirazının daha çok ceza hukukunun dışındaki davalarda makul olabileceğini ancak bu alanda da başka sorunların baş göstereceğini belirtir. Yasama meclisleri herhangi bir anayasal kısıtlama olmamasına rağmen çeşitli sebeplerden dolayı bu geriye etkili yasaları çıkartmadığı takdirde mahkemeler bu mantığa göre mevcut yasaları uygulamalı ve adaletsizliğe göz yummalıdır. Hâkimlerin bu tip kararları almaları yasama meclisini bu yasaları çıkartmaya yöneltebilir. Ancak bu durumda da uyuşmazlığın tarafı olan vatandaşlar yasama faaliyetini provoke etmek için araç olarak kullanılmış olur. Bu tip yargı kararları oldukça tuhaf olacaktır çünkü bu kararların adaletsizliği aşikâr olduğu için doğruluk iddiasında olamazlar. Bu sebeplerden dolayı Alexy’e göre Radbruch formülü lüzumlu bir hukuk anlayışıdır. Çünkü ceza hukukunda bu formül olmaksızın geriye etkili yasaların çıkartılması pratik problemler doğurmakta, ceza hukukunun dışındaki davalarda da vatandaşların haklarının ve mahkemelerin doğruluk iddiasının zarar görmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır.<sup>33</sup>

*Dürüstlük* itirazı, Radbruch formülüne karşı öne sürülen sekizinci eleştiridir. Buna göre hâkimler Radbruch formülünü uyguladıklarında aslında fiiliyatta yasaya dayanmaksızın ceza vermektedir. Örneğin Nazi yasalarına uygun faaliyetler adaletsizliklerinden ötürü cezalandırıldıklarında bu cezalar dönemin yasalarına dayalı verilmez. Bunu Radbruch formülü gibi karmaşık hukuk kavramları kullanarak çarpıtmaktansa dürüst bir şekilde yapılanın ifade edilmesi daha doğru olur. Mahkeme-

<sup>32</sup> HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, s. 77.

<sup>33</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 56-59.

ler bu tip davalarda yasalara bağlı kalıp adaletsizliğe göz yummak ile yasaların ötesine geçip adaletsizliği önlemek arasında kalırlar. İkinci ihtimalde de zorunlu olarak sanıklar hâkimlerin yarattığı geriye etkili yasalar ile yargılanmış olurlar. Bu ikilemi ve farklı çözüm seçeneklerini dürüst bir şekilde ortaya koyan bir hukuk anlayışı Radbruch formülünden daha doğrudur.<sup>34</sup> Alexy, bu eleştiriye cevap verirken öncelikle Radbruch formülünün zorunlu olarak cezalandırmayı gerektirmediğini ifade eder. Hâkimler bir taraftan geçmişte kanunlaştırılmış kimi aşırı adaletsiz yasaların hukukiliğini reddetse de, ceza davalarındaki sanıkların cezada kanunilik ilkesi doğrultusunda cezai sorumluluklarının olmadığına hükmedebilir. Öte yandan Alexy'e göre Radbruch formülü kanunilik ilkesi ile çatışmamaktadır. Radbruch formülünün içeriğinde olan aşırı adaletsizlikler zaten aşikâr olduğu için herkes bunların birer kötü olduğunu gözlemleyebilir. Burada hâkimler Radbruch formülünü uygulayarak verdikleri hükmün geriye etkili olmasını gizlemezler, zaten geçerlilik kazanmamış bir yasanın geçersizliğini tespit ederler.<sup>35</sup>

Alexy itiraz ve eleştirilere getirdiği bu karşılıklarla Radbruch formülünün haklılığını gösterdiğini iddia eder. Her ne kadar aşırı adaletsizlik, hukuk sisteminin tamamının hukuki karakterini ortadan kaldırmasa da, tekil normların hukukiliğini kaybetmesine yol açmaktadır. Bu sebeple doğruluk iddiasında bulunmasına rağmen bu iddiayı hiçbir şekilde gerçekleştirmeyen normlar aşırı adaletsizlikleri sebebiyle katılımcıların perspektifinden hukuk olmaktan çıkarlar. Alexy'e göre işte bu adaletsizlik argümanı hukuk ile ahlak arasındaki bağlantı tezini desteklemektedir.<sup>36</sup>

Alexy, adaletsizlik argümanının hukuk ile ahlak arasında bir bağlantı olduğunu gösterse de pozitivizmin bu bağlantının oldukça cüzi olduğunu iddia edebileceğini söyler. Gerçekten de adaletsizlik argümanı, ırkçı Nazi yasaları gibi aşırı adaletsiz yasalar açısından geçerlidir. Pozitivizm, geri kalan yasalar açısından böyle bir bağlantının olmadığına işaret ederek kendi hukuk anlayışının doğru olduğunu savunabilir.

<sup>34</sup> HART, "Positivism and the Separation of Law and Morals", ss. 76-77.

<sup>35</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 59-61.

<sup>36</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 62-68.

Alexy, aşırı adaletsiz yasaların dışındaki alan için ilkeler argümanına başvurur.<sup>37</sup>

Alexy, *ilkeler argümanını* hukuki pozitivizmin de kabul ettiği bir tespitten başlatır. Bu da hukukun Hart'ın ifadesi ile açık dokulu (*open-textured*) olmasıdır. Pozitif yasalar her ne kadar belli vakaları hükme bağlasa da, tüm vakaların yasalar ile düzenlenmesinin imkânı yoktur. Söz konusu uyuşmazlığın yasalarda belirli bir hükmünün olmadığı vakalar belirsiz, zor vakalardır. Pozitivizme göre bu tip vakalarda hâkimler takdirlerini kullanarak bu uyuşmazlıkları kendileri hükme bağlarlar. Pozitivist anlayışta takdir, hukuk dışı veya hukukun ötesindeki öğelerin kullanılmasını ifade eder. Bu alanlarda hâkim hukuku uygulamaz, yeni hukuk yaratır.<sup>38</sup>

Alexy'in savunduğu ilkeler argümanına göre ise hâkimler bu tip vakalarda arzu ettikleri gibi takdirde bulunamazlar, çeşitli ahlaki ilkeler ile hukuken bağlıdırlar. İşte bu da aşırı adaletsizliğin olmadığı hallerde dahi hukuk ile ahlak arasındaki bağlantıyı tesis eder. Alexy, Federal Anayasa Mahkemesinin ifadesini alıntılıyarak hukukun sadece yasalardan ibaret olmadığını savunur: "Hukuk yazılı yasalardan ibaret değildir. Devlet kurumlarının açık direktiflerine karşın bazı vakalarda *daha yukarıda olan* bir hukukun varlığından bahsedilebilir".<sup>39</sup>

Alexy, kurallar ile ilkelerin farklı nitelikleri haiz olduğunu belirtir. Yazar kuralları "kesin emirler" olarak ifade eder. Belli koşullar gerçekleştiğinde bu kurallar kesin biçimde uygulanır. Kuralların uygulama biçimi altlamadır (*subsumption*). Öte yandan ilkeler "optimize edici" emirlerdir. İlkeler vakalara doğrudan uygulanmaz; vakaya uyduğu kadarıyla, mümkün olduğunca uygulanır<sup>40</sup>. Bir vakaya birden fazla ilke uygun düşebilir. Bu durumda ilkelerin birbirleri ile yarışması söz konu-

<sup>37</sup> HEPER, Altan, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 12, Editör: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 2005, ss. 71-72.

<sup>38</sup> HEPER, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki", ss. 72-73.

<sup>39</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 69-70.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert, "On the Structure of Legal Principles", Ratio Juris, Cilt: 13, Sayı: 3, 2000, ss. 295-298.



su olur. Bunların değerlendirilmesi ve dengelenmesi gerekir. Bu sebeple ilkelerin uygulama biçimi kurallarda olduğu gibi altlama değil, dengelemedir (*balancing*). Hâkimler hükümlerini kurarken yarışan ilkelerin temsil ettiği değerleri dengeleyecek bir nokta bulmalıdırlar.<sup>41</sup> Örneğin ifade özgürlüğü ile ulusal güvenlik ilkelerinin ele alındığı bir davada hâkimler belli bir ilkeye öncelik verilmesi halinde diğerinin çok zarar görmesi halinde ikinci ilkeye ağırlık vererek bir denge noktasını sağlamaya çalışmalıdır.<sup>42</sup> Alexy, ilkelerin hukuktaki varlığının hukuk ile ahlak arasındaki bağlantıyı üç boyutta ortaya çıkardığını söyler. Bunları üç tez ile ifade eder: kapsama tezi (*incorporation thesis*), ahlakilik tezi (*morality thesis*) ve doğruluk tezi (*correctness thesis*).<sup>43</sup>

*Kapsama tezi*, asgari ölçüde gelişmiş her hukuk sisteminde ilkelerin olduğunu öne sürer. Örneğin Alman hukuk sisteminde, anayasada sayılan hukuk devleti, demokrasi, insan haysiyeti, özgürlük, eşitlik ve sosyal devlet ilkeleri mevcuttur. Alexy, pozitivistimin bu teze karşı sadece bu ilkeleri kabul eden sistemlerde ahlakın hukukun bir parçası haline geldiği karşılığını verebileceğini söyler. Örneğin Alman hukuk sisteminde bu ilkeler mevcuttur çünkü pozitif bir yasa olan Alman anayasası bu ilkeleri geçerli kılmıştır. Alexy bu olası cevaba karşın ilkelerin hukuktaki varlığının pozitif hukukun bir tercihi olmadığını, bir zorunluluk olduğunu söyler. Asgari ölçüde gelişmiş her hukuk sisteminde mahkemeler verdikleri kararları gerekçelendirirler ve doğruluk iddiasında bulunurlar. Hâkimler önlerindeki vakanın yasalar tarafından kesin bir hükme bağlanmadığı durumlarda, sadece vakaları yasalara altlamaz, aynı zamanda ilkeleri dengelerler. Verdikleri kararın vaka ile ilgili ilkelerin doğru bir dengesini ifade ettiğini iddia ederler. Bu dengeyi gözettiğini iddia dahi etmeyen mahkemelerin olduğu bir hukuk sisteminin asgari ölçüde gelişmiş bir hukuk sistemi olduğu söylenemez.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Cilt: 16, Sayı: 4, 2003, ss. 433-439.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, İngilizceye Çeviren: Julian Rivers, Oxford, 2002, ss. 100-109.

<sup>43</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, s. 70.

<sup>44</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 71-74.

*Ahlakilik tezi*, söz konusu ilkelerin uygulanma biçiminin ahlaki nitelikte olduğunu ifade eder. Buna göre her asgari ölçüde gelişmiş hukuk sisteminde kullanılan ilkeler çeşitli ahlaki öğeler ile gerekçelendirilmektedir. İlkelerin hukuk sistemindeki rolleri içeriklerinden gelir, şekli geçerliliklerinden değil. Mahkemeler de kararlarını verirken şekli olarak hukuki sebeplere göre hüküm kursa da, içerik olarak ahlaki sebeplere dayanır. Bu ahlakın doğru ahlak olup olmadığı başka bir tartışmadır. Alexy, aşırı adaletsizlik hallerinin dışındaki vakalarda hangi ahlakın doğru olduğuna dair anlaşmazlıkların olduğunu kabul eder. Ahlakilik tezi sadece, hukuki kararların bu farklı ahlak anlayışları arasından *belli bir* ahlaka dayandığını ifade eder.<sup>45</sup>

*Doğruluk tezi*, ahlakilik tezinden bir adım daha ileri giderek, hukukun sadece belli bir ahlaka dayanmadığı, aynı zamanda *doğru* ahlaka dayandığı *iddiasında* olduğunu öne sürer. Hukuka katılımcının perspektifinden bakıldığında avukatlar, hâkimler, yasa koyucular öne sürdükleri argümanlarında, verdikleri kararlarda, çıkardıkları yasalarda ahlaki sebeplere dayandıkları gibi bunların aynı zamanda doğru olduğu iddiasında da bulunur. Hukuki tartışmalar neyin yapılması veya yapılmamasına ilişkin tartışmalardır. Bu tartışmalardaki taraflar ortaya attıkları argümanların doğru olduğunu iddia ederler<sup>46</sup>. Bu sebeple hukukun ikili bir doğası vardır. Bir taraftan hâkimler verdikleri kararların hukuki kaynaklara uygunluğunu veya yasa koyucular kabul ettikleri kanunların anayasal yetki alanları dâhilinde olduğunu iddia ederler ki bu hukukun olgusal boyutudur. Diğer taraftan hâkimler veya yasa koyucular verdikleri kararların veya kabul ettikleri kanunların ahlaken doğru olduğunu iddia eder ki bu da hukukun ideal boyutudur. Hukuk bu sebeple tek boyutlu (olgusal boyutlu) bir yapı değildir, ikili bir doğası vardır.<sup>47</sup>

Alexy'e göre işte bu durum, hukuk ile ahlak arasındaki zorunlu bağlantıyı gösterir. Aşırı adaletsiz olmamakla beraber adaletsiz bir yasa veya mahkeme kararı hukuki karakterini kaybetmez ancak hukuk olma-

<sup>45</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 74-76.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert, A Theory of Legal Argumentation, İngilizceye Çevirenler: Ruth Adlet & Neil MacCormick, Oxford, 1989. ss. 214-217.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert, "The Dual Nature of Law", Ratio Juris, Cilt: 23, Sayı: 2, 2010, ss. 168-173.

sını sağlayan iddiayı yerine getiremediği için sadece gayriahlaki değil olmaz, aynı zamanda *hukuken noksan (legally defective)* kalır<sup>48</sup>. Hukuki pozitivizm açısından da bu tip hükümlerin *ahlaken noksan (morally defective)* olduğu kabul edilse de hukuki kaynaklara uygun olmaları halinde hukuken noksan olarak nitelenmezler<sup>49</sup>. Alexy'e göre ise adil olmayan bir yasa veya mahkeme kararının hukuki niteliği en nihayetinde kabul edilse dahi onun bu adaletsizliğinden dolayı hukuken noksan kaldığı ifade edilebilir. Çünkü bu tip yasaların doğruluk noksan kalacaktır. Alexy, bu tezlerin ortaya koyduğu bağlantının kavramsal düzeyde “yumuşak” bir bağlantı olduğunu kabul eder çünkü bu tezler tüm yasaların veya mahkeme kararlarının gerçekten ahlaken doğru olduğunu değil, sadece ahlaki bir doğruluk iddiasında bulunduğunu ifade eder. Öte yandan bu iddianın varlığı, yumuşak da olsa hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir bağlantının varlığını gösterir.<sup>50</sup>

Alexy'nin doğruluk argümanı ve onu destekleyen adaletsizlik ve ilkeler argümanı, hukukun sadece ahlaka atıfta bulunarak belirlenmesi gerektiği manasına gelmez. Alexy, böylesi bir anlayışın hukuk güvenliğine aykırı olacağını ve hukuki kaynaklara riayetinin de hukuki akıl yürütmenin asli bir parçası olduğunu teslim eder. Hukukun bu olgusal ve ideal boyutunun uzlaşısı onun akılcı görünümünü teşkil eder.<sup>51</sup> Alexy'nin argümanları hukukun olgusal niteliklerini reddetmez, sadece ideal niteliğinin de varlığını vurgular. Adaletle yönelik bu vurgu, hukukun şekli kaynaklarına ilişkin bir kötüleme veya önemsizleştirme iddiası taşımaz.

### C. Çıkarımlar

Alexy, bu argümanlarından hareketle hukukun olgusal boyutunun yanı sıra ideal bir boyutunun da olduğu ve ahlak ile hukuk arasında

<sup>48</sup> ALEXY, Robert, “Comments and Responses”, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 321-322.

<sup>49</sup> KLATT, Matthias “Robert Alexy’s Philosophy of Law as System”, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 15-16.

<sup>50</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 76-81.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert, “The Reasonableness of Law”, *Reasonableness and Law*, Editörler: Giorgio Bongiovanni ve diğerleri, Heidelberg, 2009, ss. 13-15.

zorunlu bir ilişki bulunduğu sonucuna varır. Yazar, hukuk kavramına ilişkin bu çıkarımını karşılaştırma yaparak netleştirmek için felsefi yazında bu konuda ön planda yer alan üç düşünürü ele alır: Hans Kelsen, Immanuel Kant ve H. L. A. Hart.

*Kelsen*, hukuku bir normlar sistemi olarak görür ve bu normların geçerliliğinin de nihayetinde normlar hiyerarşisinin en üstündeki pozitif norm olan anayasaya geçerlilik veren bir temel normdan (*Grundnorm*) geldiğini iddia eder. Buna göre hukukun geçerliliği sadece var olanlar (*is, sein*) veya etkililik ile açıklanamaz; bir “olması gerekeni” (*ought, sollen*) ifade eden normun geçerliliği yine “olması gerekenler” boyutundaki başka bir normdan gelmelidir<sup>52</sup>. Bir varsayım olan temel norm, anayasanın geçerli olduğunu ifade eden nihai normdur. Hukukçular anayasanın gereklerine itaat edilmesi gerektiğini doğru varsayıp, bu noktadan itibaren devam eden normlar hiyerarşisindeki normları geçerli kabul eder<sup>53</sup>. Alexy’e göre Kelsen, hukukun normatif boyutunu açıklamak için belli geçerlilik ölçütlerine göre oluşturulmuş, etkili yasalara başvurmanın yetersiz olduğu konusunda haklıdır. Ancak Alexy, Kelsen’in temel normu sadece bir varsayım olarak ele almasını hatalı bulur. Hukukçular, yasaların geçerliliğini “varsaymazlar”, aynı zamanda bunların ahlaki doğruluklarından dolayı geçerli olduğunu iddia ederler.<sup>54</sup>

*Kant* da Kelsen gibi pozitif normların geçerliliğinin bir üst normdan gelmesi gerektiğini kabul eder ancak Kelsen gibi epistemolojik bir varsayıma başvurmaz. Kant’a göre pozitif yasaların geçerlilikleri bunların üstündeki doğal hukuktan gelir. Kant’a göre aklın bir gereği olarak pozitif yasalar geçerli kabul edilmeli ve itaat edilmelidir. Medeni bir toplum düzeni ancak böyle sağlanabilir. Kant’a göre hukukun içeriği ne olursa olsun ona itaat edilmelidir.<sup>55</sup> Alexy, Kant’ın pozitif hukukun ötesindeki ahlaki alana başvurmasına karşı çıkarsa da yasalara içerikten

<sup>52</sup> HANS, Kelsen, *General Theory of Norms*, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Michael Hartney, New York, 2011, ss. 123-124.

<sup>53</sup> HANS, Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, Berkeley, 1967, ss. 193-205.

<sup>54</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 96-116.

<sup>55</sup> KANT, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, İngilizceye Çeviren: Mary Gregor, Cambridge, 1991, ss. 120-122.

bağımsız olarak koşulsuz itaat yaklaşımının otoriter bir devlet anlayışına vardığı için hatalı bulur. Alexy'e göre Kant'ın kuramı, Kelsen'in kuramına kıyasla daha kötüdür. En azından Kelsen'in kuramı hukuka ahlaki bağlamda koşulsuz bir itaat yükümlülüğünün olduğunu iddia etmez.<sup>56</sup>

*Hart*, ne Kant gibi hukukun geçerliliğini ahlaki bir ödeve dayandırır ne de Kelsen gibi hukukun geçerliliğini bir varsayıma bağlar. *Hart*'a göre hukuk sistemindeki kuralların geçerlilikleri tanıma kuralından gelir. Tanıma kuralı, başta hâkimler olmak üzere resmi devlet görevlilerinin hukuk sisteminin geçerlilik ölçütlerini kabul etmeleri ve belli bir koordinasyon kapsamında uygulamaları ile ortaya çıkar. Tanıma kuralı, söz konusu hukuk sisteminde neyin hukuk neyin hukuk olmadığını belirleyen geçerlilik koşullarını ifade eder. Tanıma kuralı bu açıdan Kant'ın ifade ettiği gibi bir doğal yasa değildir. Diğer taraftan tanıma kuralı Kelsen ifade ettiği üzere bir varsayım da değildir. Tanıma kuralının varlığı, resmi devlet görevlilerinin pratiklerine bakılarak gösterilebilir, varsayılmasına gerek yoktur.<sup>57</sup> Alexy, bu açıklamanın avantajlarını teslim etse de başka sorunları beraberinde getirdiğini söyler. *Hart*'ın tanıma kuralındaki temel sorun, resmi devlet görevlilerinin belli geçerlilik ölçütlerini kabul ederek belli bir uygulama *pratiği* geliştirmelerinden hareketle bu kural doğrultusunda yasaların geçerliliğin tespit edilmesi *gerektiği* sonucuna varılmasıdır. Bu da Kelsen'in kuramında vurgulanan olan-olması gereken ayırımının ihlali sonucunu doğurur. *Hart*'ın kuramı "resmi devlet görevlilerinin kabulü", "belli bir pratiğin oluşması" gibi kavramları kullanarak ampirik bir açıklama getirir ancak bu sefer de "olması gerekenlere" ilişkin normatif boyutu "olanlar" ile açıklamış olur.<sup>58</sup>

Alexy bu karşılaştırmalardan sonra kendi hukuk tanımını sunar. Buna göre, hukuk sistemi bir normlar sistemidir. Bu sistem doğruluk iddiasındadır. Bu sistem, genel olarak toplumsal düzeyde etkili ve aşırı adaletsiz olmayan bir anayasadan geçerliliklerini alan normlardan olu-

<sup>56</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 116-121.

<sup>57</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2. Baskı, Editörler: Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford, 1994, ss. 100-110.

<sup>58</sup> ALEXY, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, ss. 121-123.

şur. Bu normlar aşırı adaletsiz değildir, anayasanın öngördüğü şartlara uygun oluşturulmuşlardır ve toplumsal düzeyde etkilidirler. Bu sistem bu pozitif yasaların ötesinde ilkeler ve diğer normatif argümanları da kapsar. Hukukun uygulanma sürecinde bunlara dayanılarak doğruluk iddiasının sağlanması gerekir.<sup>59</sup>

Alexy'nin hukuk tanımı, sosyolojik ve yasal geçerlilik şartlarını dışlamaz. Görüldüğü üzere, hukuk kavramı etkililik ve sistemsellik geçerliliğe ilişkin öğeleri de taşımaktadır. Ancak Alexy'nin hukuk tanımı, bu öğelerin ötesindeki ahlaki unsurları da hukuk kavramına dâhil ettiği için pozitivist değildir. Bu anlayış, hukukun altında yatan değer yargılarını, mahkemelerin hükümlerini şekillendirirken başvurdukları farklı kaynakları ve aşırı adaletsiz yasalar bağlamında hukukun sınırlarını açıklamaktadır<sup>60</sup>. Yazara göre doğruluk iddiasının kavramsal bağlamda zorunlu nitelikte olduğunu reddeden pozitivist hukuk anlayış hatalı ve eksiktir. Hukuk, doğruluk iddiasında olan ve her aşamada bu iddiayı gerekçelendirmek için ahlaka başvuran bir sistemdir. Hukukun olgusal ve ideal boyutları, ancak pozitivist olmayan veya pozitivistin ötesindeki unsurları kapsayan bir anlayış ile aydınlatılabilir.<sup>61</sup>

## II. Doğruluk Argümanına Karşı Pozitivist Eleştiriler

### A. Joseph Raz

Raz, Alexy'nin doğruluk argümanına dayalı hukuki pozitivism eleştirisinin hatalı olduğunu iddia eder. Raz'a göre Alexy, hukuki pozitivismi yanlış bir şekilde yansıtmaktadır ve bu sebeple doğruluk argümanı hukuki pozitivismin tezlerinin yanlış olduğunu kanıtlayamamaktadır. Raz, hukuki pozitivismin hukuk ile ahlak arasında herhangi bir bağlantı olmadığı iddiasında bulunmadığını belirtir. Ayrılık tezi, hukukun ne *olduğunun* (dolayısıyla içeriğinin) belirlemede hukukun ne *olması gerektiğine* ilişkin *ahlaki* değerlendirmelere başvurulması gerektiğine dair bir kavramsal zorunluluk olmadığını ifade eder<sup>62</sup>. Hukuki po-

<sup>59</sup> ALEXY, The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism, ss. 127-129.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert, "The Nature of Legal Philosophy", Ratio Juris, Cilt: 17, Sayı: 2, 2004, ss. 164-166.

<sup>61</sup> ALEXY, Robert, "An Answer to Joseph Raz", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 51-54.

<sup>62</sup> MARMOR, Andrei, Positive Law and Objective Values, Oxford, 2001, s. 71.

zitivizm, hukuk ile ahlak arasında pek çok bağlantının olduğunu ve olabileceğini kabul eder.<sup>63</sup> Örneğin Raz, hukuk kavramını açıklarken hukukun *meşru* otorite iddiasını temel almaktadır<sup>64</sup>. Diğer taraftan Hart da, hukuktaki doğal hukukun asgari içeriğini ve tanıma kuralı vasıtasıyla ahlaki ilkelerin hukuk sistemlerinde oynadıkları rolü inkâr etmez<sup>65</sup>.

Raz'a göre Alexy'nin doğruluk argümanı kendi başına açıklayıcı bir tez değildir. Çünkü nihayetinde tüm iradi eylemlerde, eylemin müsebbibi en azından eylem anında bu eylemin doğru olduğu düşüncesindedir. Pekâlâ, Alexy'nin örneklerindeki haydutların dahi ellerinde tuttukları rehineler üzerinde tahakküm kurmalarının doğru olduğunu düşünüyor olmaları olasıdır. Bu sebeple doğruluk argümanı her ne kadar doğru olsa da esasında biçimsel ve önemsizdir çünkü maddi olarak hukuka ilişkin yeni bir veri sunmadığı gibi tüm iradi eylemlerde var olan bir niteliğe işaret etmektedir.<sup>66</sup>

Raz, doğruluk argümanını destekleyen ilk argüman olan adaletsizlik argümanının unsurlarının da hukuki pozitivism tarafından makul bir şekilde açıklanabileceğini savunur. Adaletsizlik argümanı, aşırı adaletsiz yasaların bu sebepten ötürü mahkemeler tarafından uygulanmaması gerektiğine ve somut örneklere bakıldığında da uygulanmadığına işaret etmektedir. Raz, bunun mahkemelerin aşırı adaletsiz olduklarına kanaat getirdikleri yasaları uygulamama yetkileri ile açıklanabileceğini söyler. Bu yetki yazılı bir anayasa hükmü veya kanundan gelebileceği gibi, örfi nitelikte de olabilir. Bu, hukuki pozitivism açısından sorunsal bir hukuki vaka değildir. Mahkemeler bu hallerde bir yandan yetki yasalarını uygularken bir yandan da kendi takdirleri doğrultusunda hükümlerini oluşturur. Öte yandan bu tip bir yetkinin, *tüm* hukuk sistemlerinin tüm mahkemelerinde olduğu söylenemez. Bu sebeple aşırı adaletsizliğin kavramsal olarak hukuki olamayacağı iddiası hatalıdır.

<sup>63</sup> RAZ, Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 17-22.

<sup>64</sup> RAZ, Joseph, The Authority of Law, 2. Baskı, Oxford, 2011, s. 33.

<sup>65</sup> HART, The Concept of Law, ss. 193-199; ss. 250-258.

<sup>66</sup> RAZ, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", ss. 26-28.

Alexy'nin aşırı adaletsizliğin aşikâr olduğu ve bu sebeple doğruluk iddiasını asla gerekçelendiremeyeceği için kavramsal olarak hukuk olmayacağı gerekçelendirmesi de doğru değildir. Adaletsizliğinin aşikâr olduğu pek çok düzenleme (insanların köle olarak alınıp satılması, kadınlar ve eşcinsellerin dışlanması gibi), geçmişte ve günümüzde bunları uygulayanlar tarafından makul görülmüş ve kendi bakış açılarından doğru olduğu iddia edilmiştir.<sup>67</sup>

Raz, Alexy'nin ilkeler argümanının unsurlarının da hukuki pozitivism tarafından makul bir şekilde açıklanabileceğini savunur. İlkeler argümanı, tüm gelişmiş hukuk sistemlerinde bir takım ilkelerin olduğunu ve hâkimlerin hükümlerini, ahlaki değerleri ifade eden bu ilkelere dayanarak gerekçelendirdiklerini iddia etmişti. Raz, gelişmiş hukuk sistemlerindeki ilkelerin varlığını ve hâkimlerin bunları uyguladığını kabul eder. Alexy'den daha önce ilkeler temelli bir hukuki pozitivism eleştirisi getiren Ronald Dworkin'e karşı Hart, kendi kuramında ilkeleri dışlamadığını açıkça ifade etmiştir<sup>68</sup>. Raz da ilkelerin yargılama sürecindeki rolünü kabul eder<sup>69</sup>. Ancak mahkemelerin uygulamakla yükümlü olduğu ahlaki normların olması, bu normların hukuk normu olduğu manasına gelmez. Raz bu ayrımı açıklamak için milletlerarası özel hukuk kurallarını örnek gösterir. Mahkemeler kimi vakalarda milletlerarası özel hukuk normları uyarınca yabancı ülke devletlerinin yasalarını uygulamakla yükümlü olurlar ve bunları uygulurlar. Ancak bu yasalar sırf mahkeme tarafından uygulandı diye o mahkemenin bağlı olduğu hukuk sisteminin normu haline gelmez. Hukuk sistemleri mahkemeleri kimi ahlaki ilkeleri uygulamakla yükümlü kılabilir. Bu durumda mahkemeler söz konusu ahlaki ilkelerin kapsadığı ahlaki sebepler hakkında bir yargıya vararak hüküm verirler. Ancak bu faaliyet "hukukun uygulanması" değildir. Hâkimler, ahlaki ilkeleri uygularken bu ahlaki sebepler hakkında bir yargıda buldukları için takdir kullanmış ve "hukuk yaratmış" olurlar. Mahkemelerin bu bağlamda uyguladıkları hukuk,

<sup>67</sup> RAZ, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", ss. 28-33.

<sup>68</sup> HART, *The Concept of Law*, ss. 259-268.

<sup>69</sup> RAZ, Joseph, "Legal Principles and Limits of Law", *Yale Law Journal*, Cilt: 81, Sayı: 5, 1972, ss. 839-842.



kendilerini bu takdirde bulunmakla yükümlü kılan kurallardır, ahlaki ilkelerin kendisi değil. Bu sebeple ilkeler argümanı her ne kadar sıkça gerçekleşen hukuki bir faaliyete işaret etse de hukuki pozitivizmin “hukuku uygulamak” ile “takdir kullanmak – hukuk yaratmak” arasında yaptığı ayrımın hatalı olduğunu göstermez.<sup>70</sup>

### B. John Gardner

Gardner, Alexy'nin doğruluk argümanının hukuki pozitivizmin tezlerinin yanlışlığını göstermediği konusunda Raz'a katılmaktadır. Ancak bunun da ötesinde Gardner, hukukun *tüm* aşamalarında doğruluk iddiasında olmadığını iddia eder ve doğruluk argümanının bu açıdan hatalı olduğunu savunur. Alexy, doğruluk argümanında söz konusu doğruluk iddiasının hukukun tüm aşamalarında mevcut olduğunu öne sürmüştü. Alexy'e göre her yasa, her mahkeme kararı doğruluk iddiası taşır. Yazar, bu argümanını sınamak için iki örnek vermişti. Bunlardan ilki “X devleti egemen, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir.” şeklindeki kurgusal bir anayasa maddesidir. İkinci örnekte ise, bir mahkeme “sanık müebbet hapis cezasına çarptırılmıştır ancak bu karar, mevcut hukukun yanlış bir yorumudur” şeklinde bir hüküm kurar. Gardner, doğruluk iddiasında olmayan bir anayasanın gerçekten de kavramsal olarak çelişkili olduğunu kabul etmekle beraber hâkimlerin kararlarının ahlaken doğru olduğu kanaatini taşımalarının kavramsal bir zorunluluk olmadığını savunur. Gardner bu iddiasını, hâkimlerin hükümlerine ilişkin ifadelerine atıfta bulunarak gerekçelendirir. Kimi vakalarda hâkimler hukuka göre hüküm kursalar da, verdikleri hükmün ahlaki olduğunu düşünmez veya bu konuda şüphe duyarlar. Bunun sebebi hâkimlerin verdikleri kararlarda hukuki kaynaklar ile kısıtlanmış olmalarıdır. Hâkimler ve genel olarak resmi devlet görevlileri, verdikleri kararlar ve yaptıkları işlemlerin ahlaken doğru olduğunu her zaman düşünmez ve iddia etmezler. Sadece bu karar ve işlemlerin hukuka uygun olduğunu iddia ederler. Gardner'a göre hâkimlerin verdikleri kararların hukuka uygun olduğunu iddia etmeleri ile bu kararlarının ahlaken yanlış oldu-

<sup>70</sup> RAZ, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, ss. 34-35.

ğu kanaatinde olmaları arasında kavramsal bir çelişki yoktur.<sup>71</sup> Örneğin kürtajın açıkça yasaklandığı bir hukuk sisteminde kürtaj hakkının olması gerektiğini düşünen bir hâkim, zorunlu olarak kürtaj aleyhine bir hüküm kuracaktır. Bu hükmü hukuka uygun ancak bu hâkim açısından gayrı ahlaki olacaktır. Aynı durum, kürtaj hakkının tanındığı bir sistemde kürtajın gayrı ahlaki olduğunu düşünen bir hâkim için de geçerlidir. Hâkimlerin hükümleri hukuka uygunluk iddiasındadır, ahlaki doğruluk iddiasında değil.

Öte yandan, Alexy'nin doğruluk argümanını temellendirmek için kullandığı ilk örnek olan "X devleti egemen, federal ve adaletsiz bir cumhuriyettir" ifadesi kavramsal olarak çok daha sorunlu gözükmektedir. Gardner bu noktada Alexy'nin haklı olduğunu çünkü hukukun Raz'ın da ifade ettiği üzere hukukun meşru veya ahlaki otorite iddiasında olduğunu söyler. Anayasa, hukukun otorite kimliğinin ifade bulduğu metindir. Bu sebeple hukukun meşru otorite iddiasına ters düşmesi kavramsal olarak çelişkili olur. Hukukun ahlaki otorite iddiasında bulunması ile Alexy'nin öne sürdüğü ahlaki doğruluk iddiası arasındaki fark önemlidir. Hukuk, her yasanın, her mahkeme kararının veya her işlemin ahlaken doğru olduğunu iddia etmez. Bu yasaların, kararların veya işlemlerin meşru (ahlaki) bir otorite tarafından oluşturulduğunu ve bu sebeple de gayrı ahlaki bile olsalar itaat edilmeleri gerektiğini iddia eder. Hâkimler de verdikleri kararların gayrı ahlaki olduklarını düşündükleri hallerde dahi içinde oldukları otorite yapısının meşruluk iddiasını teyit ederek yasalara itaat ederek onları uygular. Hâkimler verdikleri hükmün hukuki kaynaklardan bağımsız olarak adil olmasından dolayı doğru olduğunu değil, meşru otorite olarak kabul ettikleri hukuka uygun olduğu için doğru olduğunu iddia ederler. Alexy'nin doğruluk argümanı ise bu önemli ayrımı gözden kaçırmaktadır.<sup>72</sup>

Gardner, bu analizleri doğrultusunda Alexy'nin doğruluk tezinin hatalı olduğunu ve hukuki pozitivizmin önde gelen temsilcisi olan Raz tarafından hukukun meşru otorite iddiasının Alexy'den önce zaten tespit edildiğini belirtir. Bu sebeple Alexy, hukuki pozitivizmi çürütmekte

<sup>71</sup> GARDNER, John, "How Law Claims, What Law Claims", Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 34-38.

<sup>72</sup> GARDNER, "How Law Claims, What Law Claims", ss. 38-41.

başarılı olamamıştır. Tam tersine, hukukun meşru otorite iddiasına ilişkin unsurlar Alexy'nin doğruluk argümanındaki eksiklikleri göstermektedir.<sup>73</sup>

Gardner'a göre Alexy'nin hukuki pozitivizmi hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağlantının olmadığını iddia eden bir kuram olarak ifade etmesi de hatalıdır. Hukuki pozitivizmin tüm önde gelen temsilcileri hukukun belli açılardan ahlak ile bağlantıları olduğunu ifade etmişlerdir. Hukuki pozitivizm sadece hukukun içeriğine dair geçerlilik ölçütleri açısından ahlakın kavramsal olarak zorunlu bir ölçüt teşkil etmediğini savunmaktadır. Bu pozisyon, hukuk ile ahlak arasında herhangi bir bağlantının olmadığını savunmak ile aynı değildir.<sup>74</sup>

### C. Neil MacCormick

MacCormick, Raz ve Gardner'dan farklı olarak hukukun herhangi bir doğruluk iddiasında bulunmadığı ve bulunamayacağını savunur. Doğruluk iddiasında bulunmak kişilerin yapabileceği bir şeydir ve bu iddiayı kişiler öne sürer, hukukun kendisi değil. MacCormick bu tespiti hukukun kurumsal niteliğine işaret ederek gerekçelendirir. Belli bir konuda (örneğin kapalı alanlardaki sigara kullanımı) farklı bakış açlarına göre farklı ahlaki argümanlar ileri sürülebilir. Ancak bu konuda bir karara varıldıktan ve yasa çıkartıldıktan sonra o mesele hukuki açıdan hükme bağlanmıştır, karar hangi yönde olursa olsun. Taraflar hala kendi görüşleri doğrultusunda söz konusu meselenin doğru veya meşru çözümünün kendilerinininki olduğunu iddia edebilir ancak hukuki açıdan bu iddiaların bir önemi yoktur. Neyin hukuk olacağına ilişkin ölçütler şeklidir. Örneğin bir yasanın hukukiliği o yasanın, hukuk sisteminin anayasasında yetkilendirilen yasama meclisi tarafından yine anayasada belirtilen şartlara uygun çıkartılması ile sağlanır. Alexy ise doğruluk argümanında hukuki geçerliliği sanki maddi adalet ölçütlerine bağlanmış gibi göstermektedir. Hâlbuki hukuki geçerlilik kurumsal geçerliliğin

<sup>73</sup> GARDNER, "How Law Claims, What Law Claims", ss. 41-42.

<sup>74</sup> GARDNER, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", The American Journal of Jurisprudence, Cilt: 46, Sayı: 1, 2001, ss. 222-225.

ötesinde bir kaynağa atıfta bulunmaz, bu şartın sağlanması gerekli ve yeterlidir.<sup>75</sup>

MacCormick doğruluk iddiasının hukuk tarafından değil, yasa koyucular tarafından yapıldığını belirtir. Yasa koyucular, önerdikleri yasaların adil, meşru ve doğru olduğunu iddia ederler. MacCormick aslında bu nitelikleri taşımayan pek çok yasa olmasına rağmen bu tip iddiaların sürekli öne sürülmesini siyasi retorik bir gerekliliği olarak görür. Siyasi olarak yasa koyucular, önerdikleri veya yaptıkları yasaların *herkes için iyi, doğru, meşru olduğunu* iddia eder. Yasaların sadece belli bir kesimin menfaatini gözettiğinin veya adaletsizliğin daniskası olduğunun açıkça ifade edilmesi halinde söz konusu yasa için yeterli toplumsal destek sağlanamaz. Yasa koyucuların doğruluk veya adalet iddiası, hukuka ilişkin kavramsal bir unsur olmadığı gibi kendi faaliyetleri için de siyasi bir argümantasyon enstrümanıdır, fazlası değil.

Aynı durumun hâkimler için de belli bir düzeyde söz konusu olduğu söylenebilir. Hâkimler de netice itibarıyla hukuk sisteminin siyasi yapısının altında faaliyet göstermektedir. Mahkeme kararlarının sistematik olarak meşru görülmediği bir sistemde oluşacak tepki genel olarak yargı erkine özel olarak da o kararları alan hâkimlere yöneltilecektir. Bu sebeple hâkimlerin siyasi retorik gereği kararlarının hem hukuka bağlı hem de (ne tesadüftür ki) ahlaki olduğunu iddia etmeleri doğaldır. Ancak yasaların adil olmayabileceği ve bunların hâkimlerin tam manasıyla ahlaki bir hüküm vermelerine imkân vermeme olasılığı düşünüldüğünde bu iddianın her zaman samimi olmadığı görülebilir.<sup>76</sup>

Benzer bir durum, hâkimlerin takdir kullanmalarının zorunlu olduğu faaliyetlerde dahi takdir kullandıklarını açıkça ifade etmemelerinde görülebilir. Bu tip vakalarda hâkimler hükümlerinin kendi iradeleri ile değil de, yasa koyucunun iradesi veya hukuk sisteminin kaideleri ile oluştuğuna işaret ederek söz konusu kararın sorumluluğunu doğrudan üstüne almaz. Bu da bir retorik hamledir, hukuka ilişkin kavramsal bir

<sup>75</sup> MACCORMICK, Neil, "Why Law Makes No Claims", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 60-65.

<sup>76</sup> MACCORMICK, "Why Law Makes No Claims", ss. 65-67.

gereklilik değil. Bu tespit başka bir hukuki pozitivist olan Andrei Marmor tarafından yapılmıştır.<sup>77</sup>

MacCormick'in eleştirisinin Alexy kadar hukuki pozitivistin önemli temsilcilerinden Raz'a da yöneltildiğini belirtmek gerekir. Hukukun cebri niteliği hukuki pozitivist yazında Austin ve Kelsen tarafından vurgulansa da, Hart ve Raz bu boyutu hukuk açısından asli görmemişlerdir. MacCormick ise hukukun kurumsal boyutunu vurgulayarak meşru otorite iddiasının veya Hart'ın ifade ettiği gibi hukuk kurallarının içsel bakış açısından kabul edilmesinin öncelikli olmadığına işaret etmiştir. Bu görüşe paralel olarak Himma da, hukukun tamamen cebri ögeler ile açıklanabileceğini, hukukun meşru otorite iddiasının kavramsal bir zorunluluk olmadığını savunmuştur. Örneğin resmi devlet görevlilerinin hiçbir meşruluk veya doğruluk iddiasında bulunmayıp, makamların tanımlandığı, yetkilerin belirlendiği ve vatandaşlar açısından neyin serbest, neyin yasak olduğunun belirtildiği ve bu kurallara uymayanların kurallar doğrultusunda yaptırıma tutulduğu bir sistemin de pekâlâ bir hukuk sistemi olarak görülmesi gerekir.<sup>78</sup>

MacCormick, doğruluk argümanına ilişkin itirazına rağmen Alexy'nin adaletsizlik argümanını kabul eder. MacCormick'e göre hukuk nihayetinde kişiler arasındaki şiddet yerine toplumsal barışı sağlama işlevine yöneliktir. Toplumsal barış da asgari bir adalet anlayışı gerektirir. Vatandaşların hukuka itaati ancak bu asgari adalet düzeni ile sağlanabilir. Bu sebeple aşırı adaletsiz yasalar hukukun kavramsal gerekliliklerini sağlayamaz.<sup>79</sup> Görüldüğü üzere MacCormick, Hart'ın doğal hukukun asgari içeriği düşüncesine paralel bir yaklaşım ile Radbruch formülüne varmıştır. Ancak MacCormick adaletsizlik argümanının Alexy'nin iddia ettiği üzere doğruluk argümanında temellendiğini kabul etmez. Adaletsizlik argümanı "hukukun" temel işlevine ilişkin kav-

<sup>77</sup> MARMOR, Andrei, "Exclusive Positivism", *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Editörler: J. L. Coleman ve diğerleri, New York, 2004, ss. 121-122.

<sup>78</sup> HIMMA, Kenneth Einar, "Law's Claim of Legitimate Authority", *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Editör: Jules L. Coleman, New York, 2005, ss. 305-309.

<sup>79</sup> MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, Oxford, 2007, ss. 263-280.

ramsal bir tespit iken, doğruluk argümanı “hukuku yaratan ve uygulayanların” yaptıklarına ilişkin bir veriyi ifade eder.

## SONUÇ

Alexy'nin kuramının temel hedefinin hukukun olgusal ögelerin ötesinde ahlaki unsurlar barındırdığını göstermek olduğu söylenebilir. Yazarın bu hedefine ulaştığını kabul etmek gerekir. Ancak bu çıkarımın hukuki pozitivistin hatalı olduğu sonucuna varıp varmadığı ayrı bir soru işaretidir. Doğruluk argümanını değerlendirmek için ilk önce Alexy'nin hukuki pozitivistlere yüklediği anlama bakmak gerekir. Alexy, pozitivistin hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağlantının olmadığını savunan bir kuram olarak sunmaktadır. Ancak Raz'ın ve Gardner'ın işaret ettiği üzere modern hukuki pozitivistin hukuk kavramına ilişkin açıklamalarında hukuk ile ahlak arasında hiçbir bağlantı olmadığı iddiası yer almaz. Hukuki pozitivistin öne sürdüğü “ayrılık tezine” göre “hukukun ne olduğuna ilişkin tespitler, hukukun ne olması gerektiğine ilişkin değerlendirmeleri gerektirmez”. Bu tez, hukukun meşru otorite iddiasında bulunması veya mahkemelerin ahlaki ilkeleri uygulamakla yükümlü kılınması ile ters düşmez. Bu sebeple Alexy'nin kolay bir şekilde hukuk ile ahlak arasındaki kimi bağlantılara işaret etmesi, hukuki pozitivistin yanlış bir kuram olduğunu göstermez.

Bununla birlikte Alexy doğruluk argümanının hukuk ile ahlak arasında kurduğu kimi bağlantıların pozitivistin tezleri ile çeliştiği veya bunlar tarafından dikkate alınmamış olduğuna da işaret etmektedir. İşte bu tartışma alanı hukuk kavramının nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin zengin bir kaynaktır. Alexy, Raz, Gardner ve MacCormick'in tespitlerinin bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir.

Raz'ın doğruluk argümanının işaret ettiği doğruluk iddiasını tüm iradi eylemler ile eş tutması zayıf bir karşılıktır. Alexy'nin kuramında işaret ettiği doğruluk iddiası ahlaki bir doğruluğu ifade eder. İradi eylemler ise sadece kişinin kendi tercihlerini yansıtır. Ahlaki iddialar, iddia sahibinin ve muhatabının ahlaki hakları ve ödevlerine ilişkin yargıları ifade eder. Tüm iradi eylemlerde bu yargı bulunmaz. Öte yandan Raz'ın doğruluk argümanını destekleyen adaletsizlik ve ilkeler argümanına verdiği karşılıklar yerindedir. Gerçekten de hukuki pozitivistin bu

argümanların ifade ettiği hukuki faaliyetleri *kavramsal olarak* açıklamada sorun yaşamaz. Adaletsiz bir yasayı iptal eden veya uygulamayan bir hâkim kendisine yazılı veya örfi hukuk kaynaklarında verilen hukuki yetkilere dayanarak bu faaliyeti gerçekleştirir veya gerçekleştirebilir. Öte yandan mahkemeler hukuki kaynaklar gereği ahlaki ilkeleri uygulamakla yükümlü olabilir. Bunların uygulanması ahlaki otomatik olarak hukukun parçası yapmaz. Alexy'nin iddia ettiğinin aksine ahlak ile hukukun temas ettiği her hukuki faaliyet hukuki pozitivist kuram açısından kabul edilemez bir durum manasına gelmez.

Bununla birlikte, Alexy'nin doğruluk argümanı söz konusu hukuki faaliyetlerin manasını açıklama konusunda daha aydınlatıcı bir resim sunar. Mahkemeler adaletsiz yasaları uygulamaktan imtina ederken ve ahlaki ilkeler ile kararlarını şekillendirirken sıradan bir hukuki yetki kullanır gibi veya basit bir mevzuat maddesini uygular gibi davranmaz. Çoğu durumda bunları ahlaki (hukuki değil) gerekçelerden ötürü yaparlar. Eğer aşırı adaletsiz yasalarda olduğu gibi pek sık rastlanmasa da sonuçları itibarıyla oldukça önemli vakalarda ve ilkelerde olduğu gibi oldukça çok sayıda vakada bu ahlaki gerekçeler hâkimlerin kararlarını şekillendiriyor ise iyi bir hukuk kuramının bu gerekçelere de odaklanması gerekir. Hukuki pozitivism (veya daha doğru bir ifade ile bu konuya özel olarak en kapsamlı karşılığı veren hukuki pozitivist temsilci olan Raz) uygulama sürecinde ahlaki akıl yürütme gerektiren ilkeleri, mahkemelerin uygulamakla yükümlü olduğu ancak hukuki olmayan normlar olarak ifade eder. Bu noktada hukuki pozitivistler hâkimlerin karar alma sürecinde ilkeleri kullandıkları durumlarda yaptıkları akıl yürütmenin ahlaki boyutunu reddetmez. Ancak hüküm verildiğinde hâkim *kendi* iradesi ile hükmün konusu olan ahlaki konuda yargıda bulunmuş olur, ahlaki nesnel bir şekilde bulup hükme aktarmaz. Hukuki pozitivistler bu sebeple bu alanı "takdir" kavramı ile ifade ederler. Bu isimlendirme, yapılan faaliyetteki müsebbibin hâkimin kendisi olduğunu aydınlatmada daha elverişlidir. Öte yandan ahlaki ilkelerin uygulamasını hukuk olarak ifade eden doğal hukukçu isimlendirme ise yargı faaliyetlerindeki ahlaki boyutun önemine dikkat çeker. Eğer hukuki faaliyetin önemli bir kısmı bu ahlaki alanda gerçekleşiyor ise o zaman bu alanda hâkimlerin nasıl karar verdiği, verebileceği ve vermesi gerektiği-

ne dair açıklamaların getirilmesi gerekir. Hukuki pozitivizm, bu sorulara cevap vermekten ziyade daha çok hukukun nerede başladığı ve bittiği sorusuna eğilmektedir. Bu bir tercihtir. Öte yandan Alexy hukuki pozitivizmden farklı bir tercihte bulunarak hukuk kuramını hukukun doğruluk iddiasına yönelterek bu iddianın içeriğine ilişkin ahlaki öğeler vasıtasıyla hukuk anlayışını arttırmaktadır.

Gardner'ın doğruluk argümanının "kapsamına" ilişkin tespiti yerindedir. Hukukun esas iddiası meşru otorite olmasıdır, ahlaki doğruluk değil. Hukuk, resmi devlet görevlilerinin ve vatandaşların, yasaları sadece ahlaki, adil veya doğru bulmaları halinde uygulamalarını veya itaat etmelerini talep etmez. Bundan bağımsız olarak hukuk, hukukun *hukuk olduğu için* uygulanmasını ve itaat edilmesini talep eder. Bu talebin arkasında belli bir meşruluk iddiası vardır ancak bu her bir yasanın doğru olması değil, söz konusu yasaları yapan otoritenin meşru olduğu iddiasıdır. Gardner'ın Alexy'nin "adaletsiz bir cumhuriyet" olduğunu ifade eden bir anayasa maddesi ile "gayri ahlaki bir hüküm" verdiğini kabul eden bir hâkimin sözlerini birbirinden ayırması bu açıdan haklıdır. Gerçekten de, mahkemeler Alexy'nin ima ettiğinin aksine ahlaki değerleri arzu ettiği gibi hükümlerinde kullanamaz veya onları istedikleri gibi "dengeleyemez". Hükümlerini kısıtlayan hukuk kaynakları ile bağılırlar. Söz konusu yasaların veya içtihatların ahlaki bir hüküm vermelerine imkân vermemesi halinde gayri ahlaki de olsa yasaları uygulamak durumunda kalabilirler ve çoğu durumda bunu yapmak durumunda kalırlar. Bu sebeple doğruluk iddiasının yasaların kısıtlamasından bağımsız olması hukuk kavramı açısından mümkün değildir. Alexy'nin hukukun ikili doğasına ilişkin tespitinin aşağıda ifade edileceği üzere belli bir haklılık payı olsa da, bu ikili boyuttan öncelikli olanın hukukun kaynaklarına ilişkin olgusal boyutu olduğunu teslim etmek gerekir.

Bununla birlikte hukukun meşru otorite iddiası hukukun doğruluk iddiasından tamamen soyutlanamaz. Her zaman adaletsiz hükümler veren bir sistemin meşru otorite iddiası gerekçelendirilemez. Bu sebeple her zaman olmasa da çoğunlukla ve asgari seviyede verilen hükümlerin ahlaki olduğu iddiası da hukukun meşru otorite iddiasının bir gerekliliğidir. Raz'ın meşru otorite anlayışı da buna paraleldir. Bu nedenle hu-



kukun meşru otorite iddiası Gardner'ın işaret ettiği üzere her zaman ve öncelikli olarak ahlaken doğru olduğunu iddia etmese de, nihayetinde ahlaki doğruluk iddiası da bu resmin arka planında yer almaktadır. Doğruluk argümanı Gardner'ın düzeltmesiyle daha ılımlı hale gelse de genel itibarıyla hukuka ilişkin doğru bir tespittedir.

MacCormick'in hukukun kurumsal kimliğine yaptığı vurgu da yerindedir. Neyin hukuk ve hukuken bağlayıcı olduğu ve neyin hukuki yaptırımlara tabi tutulacağı nihayetinde herhangi bir doğruluk iddiasından bağımsızdır. Özellikle siyasi ahlaka ilişkin konularda günümüz modern toplumlarındaki fikir ayrılıkları herkesi ikna edebilecek doğruluk iddialarını imkânsız hale getirmektedir. Hukuk, bu yaygın fikir ayrılıklarına rağmen toplumsal düzeni ve barışı kurumsal yapısı ile sağlar. MacCormick'in doğruluk iddiasının retorik bir temelini olduğuna ilişkin tespiti de önemlidir. Hukukun siyasi arka planı düşünüldüğünde söz konusu iddiaların kaynağının hukuk sistemindeki yetkililerin siyasi amaçları ve endişeleri doğrultusunda şekillendiğini de görmek gerekir.

Öte yandan, hukukun kurumsal yapısının şekli bir temeli ve cebri bir kimliği olduğu teslim edilse de, fiiliyatta sadece bu unsurlara dayanarak bir hukuk sistemi sürdürülemez. Fiili otorite zorunlu olarak en azından belli bir grup insanın bu otoriteyi asgari seviyede meşru görmesi ile sağlanabilir. Aksi takdirde her köşe başında silahlı bir polis memurunun beklemesi gerekir. MacCormick'in hukukun en nihayetinde kurumsal ve cebri bir sistem olduğuna ilişkin tespiti Alexy'nin hukukun olgusal ve ideal boyutları olarak ifade ettiği ikili kimlikten olgusal olanın daha öncelikli ve zorunlu olduğunu göstermekte başarılıdır. Öte yandan bu, Alexy'nin işaret ettiği ideal veya ahlaki öğelerin de hukuk sisteminin önemli unsurları arasında yer almadığını göstermez. Hukuk "sadece" kurumsal yetkilere ve yaptırım tehdidine atıf yapmaz. Böylesi bir durum teorik olarak belki olasılık dâhilinde olsa da, bir insan ürünü olan hukukun olağan görünümü açısından bu şablon anlamsızdır. Siyasilerin demokratik bir platformda siyaset yaptığı, hukukçuların da hukuk devleti ilkelerinin benimsendiği bir yargı sisteminde mesleklerini icra ettiği koşullarda gayrı ahlaki retorik çarpıtmalar ister istemez toplum veya hukukçular tarafından ifşa edilecektir. Bu sebeple doğruluk iddialarındaki retorik boyut inkâr edilemezse de her doğruluk iddiası-

nın sinsi bir çarpıtma olduğu söylenemez. Resmi devlet görevlileri iddialarının kabul görmesi için hükümlerini retorik çarpıtmalardan ziyade zorunlu olarak hakiki ahlaki gerekçeler ile temellendirmek durumunda kalırlar.

Görüldüğü üzere Alexy'ye karşı getirilen eleştiriler doğruluk argümanının bazı zayıflıkları olduğunu göstermektedir. Öte yandan Alexy'nin doğruluk argümanı, hukuk ile ahlak arasında pek çok bağlantının olduğunu göstermiştir. Bu argümanlar her ne kadar hukuki pozitivismin yanlış bir kuram olduğunu kanıtlamasa da hukuki pozitivismin ele almadığı farklı ve önemli alanları aydınlatmaktadır.

## KAYNAKLAR

- ALEXY, Robert, "A Defence of Radbruch Formula", *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Editör: David Dyzenhaus, Oxford, 1999, ss. 15-39.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, İngilizceye Çeviren: Julian Rivers, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, İngilizceye Çevirenler: Ruth Adlet & Neil MacCormick, Oxford, 1989.
- ALEXY, Robert, "An Answer to Joseph Raz", *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 37-55.
- ALEXY, Robert, "Comments and Responses", *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 319-356.
- ALEXY, Robert, "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, Cilt: 51, Sayı: 1, 1998, ss. 205-221.
- ALEXY, Robert, "Legal Certainty and Correctness", *Ratio Juris*, Cilt: 28, Sayı: 4, 2015, ss. 441-451.
- ALEXY, Robert, "My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason", *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Editör: Luc J. Wintgens, Heidelberg, 1999, ss. 23-42.
- ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", *Ratio Juris*, Cilt: 16, Sayı: 4, 2003, ss. 433-449.
- ALEXY, Robert, "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, Cilt: 2, Sayı: 2, 1989, ss. 167-183.
- ALEXY, Robert, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Cilt: 13, Sayı: 3, 2000, ss. 294-304.
- ALEXY, Robert, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, İngilizceye Çevirenler: Stanley L. Paulson, Bonnie Litschewski Paulson, Oxford, 2004.
- ALEXY, Robert, "The Dual Nature of Law", *Ratio Juris*, Cilt: 23, Sayı: 2, 2010, ss. 167-182.
- ALEXY, Robert, "The Nature of Legal Philosophy", *Ratio Juris*, Cilt: 17, Sayı: 2, 2004, ss. 156-167.

- ALEXY, Robert, "The Reasonableness of Law", Reasonableness and Law, Editörler: Giorgio Bongiovanni ve diğerleri, Heidelberg, 2009, ss. 5-15.
- GARDNER, John, "Legal Positivism: 5 ½ Myths", The American Journal of Jurisprudence, Cilt: 46, Sayı: 1, 2001, ss. 199-227.
- GARDNER, John, "How Law Claims, What Law Claims", Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 29-44.
- HANS, Kelsen, General Theory of Norms, Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Michael Hartney, New York, 2011.
- HANS, Kelsen, Pure Theory of Law, 2. Güncellenmiş Baskı, İngilizceye Çeviren: Max Knight, Berkeley, 1967.
- HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, 1983, ss. 49-87.
- HART, H. L. A., The Concept of Law, 2. Baskı, Editörler: Penelope A. Bulloch & Joseph Raz, Oxford, 1994.
- HEPER, Altan, "Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi – 12, Editör: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 2005, ss. 65-74.
- HIMMA, Kenneth Einar, "Law's Claim of Legitimate Authority", Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law, Editör: Jules L. Coleman, New York, 2005, ss. 271-309.
- HOERSTER, Norbert, "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus", Neue Juristische Wochenschrift, Cilt: 39, Sayı: 1, 1986, ss. 2480-2482.
- KANT, Immanuel, The Metaphysics of Morals, İngilizceye Çeviren: Mary Gregor, Cambridge, 1991.
- KLATT, Matthias "Robert Alexy's Philosophy of Law as System", Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, Editör: Matthias Klatt, Oxford, 2012, ss. 1-26.
- MACCORMICK, Neil, "Why Law Makes No Claims", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 59-67.
- MACCORMICK, Neil, Institutions of Law, Oxford, 2007.

- MARMOR, Andrei, "Exclusive Positivism", Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, Editörler: Jules Coleman ve Scott Shapiro, New York, 2004, ss. 104-124.
- MARMOR, Andrei, Positive Law and Objective Values, Oxford, 2001.
- METİN, Sevtap & Altan HEPER, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, İstanbul, 2014.
- RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" Süddeutsche Juristen-Zeitung, Cilt: 1, Sayı: 5, 1946, ss. 105-108.
- RAZ, Joseph, "Legal Principles and Limits of Law", Yale Law Journal, Cilt: 81, Sayı: 5, 1972, ss. 823-854.
- RAZ, Joseph, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Editör: George Pavlakos, Oxford, 2007, ss. 17-35.
- RAZ, Joseph, The Authority of Law, 2. Baskı, Oxford, 2011.





## TÜRK İŞ HUKUKUNDA ZORLAYICI NEDEN KAPSAMINDA YENİ KORONAVİRÜS SALGINININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Çiğdem YORULMAZ\*

### Öz

2019 yılı Aralık ayından beri tüm dünyayı etkisi altına alan ve her geçen gün hızla yayılan, milyonlarca insanın ölümüne neden olan yeni koronavirüs salgını, çalışma hayatımızı, ekonomik ve sosyal yaşantımızı olumsuz yönde etkilemiştir.

Zorlayıcı neden kapsamında yeni koronavirüs salgınının (covid-19) iş ilişkileri üzerindeki etkilerini biraz olsun hafifletebilmek amacıyla daha önce yapılan düzenlemelere ilaveten birtakım yasal düzenlemeler yapılmıştır. Çalışmamız içerisinde yeni koronavirüs salgını iş ilişkisinin tarafları işçi ve işverenin hakları, iş sözleşmesinin feshi, ücret ve diğer ödemeler, kısa çalışma ve ücretsiz izin uygulamaları ile yıllık ücretli izin yönünden ele alınacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Yeni Koronavirüs • Zorlayıcı Neden • Mücbir Sebep • Kısa Çalışma • Ücretsiz İzin

## EVALUATION OF THE NEW CORONAVİRUS OUTBREAK IN RESPECT TO COMPELLING REASON IN TURKISH LABOR LAW

### Abstract

The new coronavirus, which has been affecting the whole world since December 2019 and spreading rapidly, causing the deaths of hundred thousands of people, has negatively affected our business life, our economic and social life.

Within the scope of the challenging reason, in order to mitigate the effects of the Covid-19 on business relations, a number of legal regulations were made in

\* Dr., Avukat, Ankara, Türkiye | Dr., Lawyer, Ankara, Turkey.

✉ av.yorulmaz@gmail.com • ORCID 0000-0001-5160-4128

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** YORULMAZ, Çiğdem, "Türk İş Hukukunda Zorlayıcı Neden Kapsamında Yeni Koronavirüs Salgınının Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1343-1382.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

addition to the previous regulations. In our study, the parties to the business relationship will be handled in terms of workers 'and employers' rights, termination of the employment contract, wages and other payments, short-time working and leave without pay and annual paid leave.

### **Key Words**

New Corona virus • Act of Providence • Force majeure • Short-Time Working • Leave without Pay

## **GİRİŞ**

İş sözleşmesinin tarafı olan işçinin temel borcu iş görme, işverenin temel borcu ise ücret ödemedir. Taraflar, kural olarak temel borçlarını yerine getirmekle yükümlü ise de sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olaylar, yükümlülüklerin yerine getirilmesini imkânsız hale getirebilir. İşçinin veya işverenin iradesine bağlı olmaksızın geçici ifa imkânsızlığı ile karşılaşılması mümkün olabilir. Zorlayıcı neden olarak kabul edilebilen olaylar tarafların geçici ifa imkânsızlığına düşmesine neden olabilmektedir.

Yeni koronavirüs salgını (Covid-19), tüm kıtaları etkisi altına alan gribe benzer şekilde yayılan bir hastalıktır. Dünya Sağlık Örgütü, 11 Mart 2020 tarihinde Covid-19'un pandemi olarak kabul edildiğini açıklamıştır. Zorlayıcı neden kapsamında yeni koronavirüs salgınının değerlendirilmesi çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda öncelikle zorlayıcı neden kavramı ve unsurları incelenmiştir. Yeni koronavirüs salgını ve yarattığı etkiler ile zorlayıcı nedenin yeni koronavirüs salgını açısından hüküm ve sonuçları detaylıca ele alınmıştır.

## **I. İŞ HUKUKUNDA ZORLAYICI NEDEN**

### **1. Zorlayıcı Neden Kavramı ve Unsurları**

#### **A. Kavramı**

İş ilişkisinde işçinin temel borcu iş görme, işverenin temel borcu ise ücret ödemedir. Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadığı sürece işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür (TBK.m.395). İşverenin yükümlülüğü ise işçiye sözleşme veya toplu iş sözleşmesinde taraflarca belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret ödemektir (TBK.m.401).



İşçinin iş görme edimini yerine getirmesine rağmen işverenin kabul imkânsızlığına düşmesi halinde TBK.m.408 gereği alacaklı temerrüdüne ilişkin hüküm uygulanacaktır<sup>1</sup>. TBK.m.408'e göre işverenin iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi halinde, işveren işçiye ücretini ödemekle yükümlüdür. İşveren işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemeyecek, ancak işçinin bu engelleme nedeniyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazanmış olduğu veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilecektir.

İş sözleşmesinin tarafları, kural olarak temel borçlarını yerine getirmekle yükümlü ise de sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bazı sebepler, yükümlülüklerin yerine getirilmesini imkânsız hale getirebilir. Ortaya çıkan olay nedeniyle taraflar, ifa veya ifayı kabul imkânsızlığı içerisinde olabilirler<sup>2</sup>. İmkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olaylar nedeniyle borçlanılan edimin yerine getirilmesinin objektif ve sürekli olarak mümkün olamamasıdır<sup>3</sup>. Borçlunun ifada bulunmasının önündeki engel kesin, diğer bir ifadeyle borçlunun hiçbir suretle aşamayacağı bir engel ise bu durumda ifa imkânsızlığından bahsedilebilecektir<sup>4</sup>.

Sonraki oluşan ifa imkânsızlığı, bir insan fiiline veya tabiat olayına dayalı olabileceği gibi, tabii, hukuki veya maddi sebeplere de dayanabilir<sup>5</sup>. İfayı imkânsız hale getiren olay bir doğa olayından (deprem, sel, toprak kayması vb.), kitle hareketinden (savaş, grev, vb.), hukuki

<sup>1</sup> EKONOMİ, Münir, "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.439; SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 s.116.

<sup>2</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 3.B., Ankara 2008, s.564; EYRENCİ, Öner, "Türk Hukukunda Ücretsiz İzin", İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, Y.2001, s.41; YAMAN, Rabiye, "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları", Prof Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C.II, İstanbul 2016, s.765.

<sup>3</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.B., Ankara 2019, s.1453; ŞENOL, H. Kübra, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkansızlık, İstanbul 2016, s.94.

<sup>4</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23.B., Ankara 2019, s.1074; KURT, L. Müjde, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m.136), Ankara 2016, s.90.

<sup>5</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, 17.B., İstanbul 2019, s.586; EREN, s.1453; ŞENOL, s.42-55.

sebeplerden (ithalat ihracat yasağı, hammadde girişinin durdurulması, idari makamlarca işyerinin geçici olarak kapanması, vb.) kaynaklanabilir<sup>6</sup>. Tüm bu olaylar, günümüzdeki hâkim görüşe göre mücbir sebep teşkil etmektedir<sup>7</sup>.

Sonraki imkânsızlık, sürekli ve geçici imkânsızlık olarak karşımıza çıkabilmektedir. İfanın önündeki engel, gelecekte de ortadan kalkmayacak veya giderilemeyecekse sürekli imkânsızlık söz konusu olacaktır<sup>8</sup>. Sürekli imkânsızlık, TBK.m.136'da düzenlenmiş olup borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsızlaşması halinde borç sona erecektir. Geçici imkânsızlık, engelin ortadan kalmasıyla birlikte edimini yeniden ifa edilebilir hale gelmesi olarak tanımlanabilir<sup>9</sup>. İfanın önündeki engel, ortaya çıkan olay nedeniyle o an için aşılamaz olmakla birlikte engel ortadan kalktığı veya giderildiği anda ifa edilebilir hale gelebiliyorsa bu durumda imkânsızlığın geçici olduğundan bahsedilebilecektir<sup>10</sup>. Geçici imkânsızlıkta borç sona ermez, yalnızca engel ortadan kalkana kadar tarafların yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir<sup>11</sup>.

İş ilişkisi devam ederken işçinin veya işverenin iradesine bağlı olmaksızın birtakım geçici ifa imkânsızlığı ile karşılaşılması mümkün olabilir. Örneğin günümüzde yaşanan yeni koronavirüs salgını (covid-19), bazı işçi ve işverenlerin geçici ifa imkânsızlığına düşmesine neden olmuştur. Bunun yanında işyerinde yangın çıkması, doğal afetler, idari makamlarca işyerinin geçici bir süre kapatılması, vb. haller, işverenin işçinin iş

<sup>6</sup> EREN, s.1453; KILIÇOĞLU, s.1074; OĞUZMAN/ÖZ, s.586; ÇOPUROĞLU, Çağlar, Ücret ve Korunması, Ankara 2013, s.145; DURAN, Fatih, "İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Arasındaki Ayrım Borca Aykırılık Türlerini Esas Alan Bir Yaklaşımla Açıklanabilir mi?", Sorumluluk Hukuku, Seminerler Makaleler 2017, İstanbul 2017, s.146-150; ŞENOL, s.42-54.

<sup>7</sup> EREN, s.629,630; ŞAHİN, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara 2020, s.93,94.

<sup>8</sup> KURT, s.169; ŞAHİN, s.117; ŞENOL, s.94.

<sup>9</sup> EREN, s.1454; OĞUZMAN/ÖZ, s.588; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 18.B., İstanbul 2019, s.477; ŞENOL, s.94.

<sup>10</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Bireysel İş Hukuku, C.1,3.B., Ankara 2019, s.207; KURT, s.169,170; ŞAHİN, s.152.

<sup>11</sup> EREN, s.1454; ŞENOL, s.95.

görme edimini kabul etmesini geçici olarak imkânsız hale getirecektir<sup>12</sup>. Bahsi geçen durumlar, işçinin işini ifasında, işverenin ise ifayı kabulünde geçici maddi imkânsızlık yaratabilir<sup>13</sup>.

Zorlayıcı neden, iş hukukunda tanımlanmamıştır. Ancak zorlayıcı neden, mücbir sebep kavramıyla benzer anlamda kullanılmaktadır<sup>14</sup>. Zorlayıcı neden, “önceden öngörülme, engellenme, dıştan gelen ve meydana gelmesinde kusurlu bulunmayan durumlar” olarak tanımlanabilir<sup>15</sup>. Zorlayıcı neden kavramına yalnızca Kısa Çalışma Yönetmeliğinde yer verilmiştir. Zorlayıcı neden, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan ve önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları ifade etmektedir (KÇY.m.3).

Zorlayıcı nedenin var olup olmadığının belirlenmesinde Yönetmelikte yapılan tanımlamadan yola çıkmak mümkündür. Zorlayıcı nedenden bahsedebilmek için işyerinde gerçekleşen ve işverenin kusurundan kaynaklanmayan, dışsal bir durumun varlığı gereklidir<sup>16</sup>. İşyerinde

<sup>12</sup> KAPLAN, E. Tuncay Senyen, “İşçinin İş görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.1, İstanbul 2011, s.579; TAŞKENT, Savaş, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.3, Y.2006, s.21; İSTANBULLUOĞLU, Selin, “İş Sözleşmelerinin Askıda Kalma Halleri”, LEGAL İSGHD, S.15, Y.2007. s.947.

<sup>13</sup> EYRENCİ, s.41; KORKMAZ, Fahrettin/ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, 4.B., Ankara 2019, s.175; YAMAN, s.765.

<sup>14</sup> KAPLAN, s.587; YUVALI, s.10; KAYIRGAN, Hasan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, İstanbul 2019, s.50,51.

<sup>15</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, Prof. Dr. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s.508.

<sup>16</sup> CANIKLIOĞLU, Nurşen, “Ekonomik Krizde Gelir Güvenceleri (İşsizlik Sigortası, Kısa Çalışma Ödeneği ve Ücret Garanti Fonu)”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 13. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, s.102,103; TULUKÇU, N. Binnur, “Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.91, C.9, Y.2014, s.19; ASTARLI, Muhittin, “Telafi Çalışması”, LEGAL Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.7, Y.2008, s.18; BAYHAN, Tevfik, 202 Soru ve Cevapta Açıklamalı ve Örnekli Kısa Çalışma Rehberi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010, s.20; KÜPELİ, Oğuzhan, Kısa Çalışma Ödeneği Kapsamında İşyeri Analizi ve Türkiye İş Kurumu İçin Model Önerisi

teknik nedenlerle gerçekleşen yangına bağlı olarak işyerindeki faaliyetin durması, dış kökenli bir olaya dayanmadığından zorlayıcı neden olarak kabul edilemeyecektir<sup>17</sup>. Yargıtay bir kararında zorlayıcı nedeni, genellikle kaçınılmayan ve önceden öngörülemeyen doğal ya da hukuki (örneğin; deprem, yangın, kaza, karantinaya alınma vs.) nedenler olarak benimsemiş ve özellikle işçinin kendi eyleminin sonucu olan iş görememe halini zorlayıcı neden kabul etmeyerek dış etkenlere bağlı, işçinin işini görmesine engel olan harici nedenleri zorlayıcı neden olarak değerlendirmiştir<sup>18</sup>.

Taraflarca ifanın mümkün olamamasının zorlayıcı nedenden kaynaklanması halinde geçici imkânsızlık söz konusu olacak ve bu süreç içerisinde borçlunun sorumluluğu ortadan kalacaktır<sup>19</sup>.

## B. Unsurları

### a. Olay

Zorlayıcı nedenin varlığından bahsedebilmek için öncelikle olağanüstü bir olayın meydana gelmiş olması gerekir<sup>20</sup>. Bu olağanüstü olay, deprem, fırtına, su baskını gibi bir doğa olayı şeklinde meydana gelebileceği gibi<sup>21</sup>, savaş, isyan, genel grev gibi sosyal bir olay şeklinde de vücut bulabilir<sup>22</sup>.

Kısa Çalışma Yönetmeliğinde zorlayıcı nedenin tanımı yapılırken zorlayıcı neden sayılabilecek olayları tek tek sayma yoluna gitmemiş, yalnızca örneklendirme yaparak deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın

(Uzmanlık Tezi), Ankara 2014, file:///C:/Users/user/Desktop/oguzhan-kupeli-%20kisa%20çalışma.pdf, ET. 21.05.2020, s.23.

<sup>17</sup> BEKTAŞ, Özlem Bal, İşsizlik Sigortası, Ankara 2016, s.227.

<sup>18</sup> Y9HD., 10.04.2013, 2011/5857, 2013/11535, KAYIRGAN, s.13.

<sup>19</sup> YUVALI, Ertuğrul, "İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", Kamu-İş Dergisi, S.3, C.12, Y.2012, s.2.

<sup>20</sup> KAYIRGAN, s.14.

<sup>21</sup> KAPLAN, Emine Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, s.162; İSTANBULLUOĞLU, s.953.

<sup>22</sup> EREN, s.629; KILIÇOĞLU, s.1074; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.210; KAPLAN, s.587; YUVALI, s.4; ASTARLI, Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s.323; ŞAHİN, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara 2020, s.96.

hastalık, seferberlik gibi nedenlerin olabileceğini belirtmiştir<sup>23</sup>. Dolayısıyla bir olayın zorlayıcı neden olarak kabul edilebilmesi için diğer unsurlarla birlikte incelenerek tüm unsurların birlikte gerçekleşmesi halinde zorlayıcı nedenin varlığından bahsetmek mümkün olabilecektir. Zorlayıcı neden, nispi bir kavram olup bir olayın zorlayıcı neden olarak kabul edilip edilemeyeceği mevcut şartlar dikkate alınarak belirlenmelidir<sup>24</sup>.

### **b. Dış Kökenli Olma**

Zorlayıcı nedenin varlığından bahsedebilmek için gerekli olan diğer unsur meydana gelen olayın borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında olması gereğidir<sup>25</sup>. İşverenin işçinin iş görme edimini kabulünü imkânsız hale getiren olay, işyeri ile ilgili aldığı kararlara bağlı olarak gerçekleşmişse, yönetsel ve organizasyona bağlı davranışlardan kaynaklanmışsa ortaya çıkan olumsuzluklar nedeniyle işverenin faaliyeti kısmen veya tamamen durmuşsa bu durumda zorlayıcı nedenden bahsetmek mümkün olmayacaktır<sup>26</sup>. Örneğin, işyerindeki kazanın patlaması sonucunda işyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durması nedeniyle işverenin geçici bir süre için ifayı kabul imkânsızlığına düşmesi halinde, gerçekleşen olay, dış kökenli olmadığından bu durum zorlayıcı neden olarak kabul edilmeyecektir. Ancak yeni koronavirüs salgını (covid-19) nedeniyle işyerindeki faaliyetin geçici bir süre için durdurulması halinde, işverenin ifayı kabul imkânsızlığı dış kökenli olduğundan zorlayıcı nedenin varlığından bahsedilebilecektir.

Zorunlu nedenin kaynağı olan olay, işverenin kabulünü geçici olarak imkânsız hale getirebileceği gibi işçinin ifasını da geçici olarak imkânsız hale getirebilir. Örneğin, işçinin deprem, toprak kayması, salgın hastalık nedeniyle geçici bir süre için iş görme edimini yerine getirememesi halinde işçi açısından zorlayıcı nedenin varlığından

<sup>23</sup> CANIKLIOĞLU, Kısa, s.102-103; BEKTAŞ, s.227; ENDES, Nurtaç, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Ankara 2017, s.59,60.

<sup>24</sup> EREN, s.630; KAYIRGAN, s.16.

<sup>25</sup> EREN, s.631; YUVALI, s.5; ŞAHİN, s.96.

<sup>26</sup> CANIKLIOĞLU, s.508; KAPLAN, s.587; ASTARLI, s.23; ÇOPUROĞLU, s.145; BEKTAŞ, s.227; ENDES, s.57,58; ÇETİNKAYA, Tuba Kayalı, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", ABD. S.4, Y.2014, s.444; İNCİROĞLU, Lütfi, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu, İstanbul 2006, s.524.

bahsedilebilecektir<sup>27</sup>. Bahsi geçen olaylar sonucunda işçinin işyerine ulaşma imkânının olmaması işçinin iş görme edimini yerine getirmesini engellemektedir<sup>28</sup>.

### c. Bir Davranış Kuralının ve Borcun İhlali

Zorlayıcı nedenin varlığı için dış kökenli gerçekleşen olayın aynı zamanda borcun ifasını engelleyecek nitelikte olması gerekmektedir<sup>29</sup>. İşçinin iş görme edimini veya işverenin ifayı kabulünü etkilemeyen bir olay, dış kökenli olsa dahi zorlayıcı nedenden bahsedilemeyecektir<sup>30</sup>. Örneğin, yeni koronavirüs salgını (covid-19) nedeniyle kamu otoritesinin aldığı karar ile bir işyeri tamamen kapatılmışsa bu durumda gerçekleşen dış kökenli olayın neticesinde işverenin geçici ifayı kabul imkânsızlığına düştüğünü söyleyebiliriz. Bu durumda zorlayıcı neden gerçekleşmiştir. Ancak salgının mevcudiyeti işyerindeki faaliyetin devamlılığını etkilememişse, gerçekleşen dış kökenli olay, işverenin ifayı kabulünü etkilememiş olacağından işveren, ifayı kabul borcunu yerine getirdiği için zorlayıcı nedenin varlığından söz edilemeyecektir.

### d. İlliyet Bağının Bulunması

Zorlayıcı nedene konu olayın meydana gelmesi tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda bu olay nedeniyle borcun ifası mümkün olmamalıdır<sup>31</sup>. Olay ile borcun ifasının mümkün olmaması arasında illiyet bağının bulunmaması halinde zorlayıcı nedenin varlığından söz edilemeyecektir. Örneğin, deprem nedeniyle evi yıkılan işçinin iş görme edimini yerine getirememesi halinde olay ile borcun ifa edilememesi arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan zorlayıcı nedenden bahsedilebilecektir. Ancak depremden dolayı işçi, herhangi bir sorun yaşamamasına rağmen gribal bir hastalık nedeniyle iş görme edimini yerine getirememişse bu durumda deprem ile borcun ifa edilememesi arasında uygun illiyet bağı bulunmadığından zorlayıcı nedenden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

<sup>27</sup> KAPLAN, s.587; KAYIRGAN, s17.

<sup>28</sup> KAPLAN, Fesih, s.162.

<sup>29</sup> EREN, s.631; KILIÇOĞLU, s.1074; KAYIRGAN, s.18.

<sup>30</sup> YUVALI, s.6.

<sup>31</sup> EREN, s.631; YUVALI, s.6; ŞAHİN, s.114; KAYIRGAN, s.19.

### e. Kaçınılmazlık

Kaçınılmazlık, zorlayıcı nedenin varlığı için gerekli unsurlardan bir diğeri-  
ğidir. Zorlayıcı neden, mutlak ve kaçınılmaz olarak borcun ihlaline neden  
olmalıdır<sup>32</sup>. Bilimsel ve teknolojik gelişmelere göre, hangi önlem alınırsa alın-  
sın her türlü özen gösterilmesine rağmen olayın önlenememesi halinde mut-  
lak kaçınılmazlıktan söz edilebilecektir<sup>33</sup>. Ortaya çıkan olay nedeniyle borç-  
lunun borcunu ifa etmesi dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenemi-  
yorsa, kaçınılmazlık sadece sorumlu kişi yönünden söz konusu ise nispi bir  
nitelik taşıdığından zorlayıcı nedenden bahsedilemeyecek bu durumda bek-  
lenmeyen hal gerçekleşmiş olacaktır<sup>34</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu mücbir sebep ile beklenmeyen hal kav-  
ramlarını ve farklılık taşıyan unsurları bir kararında detaylıca açıklayarak  
kaçınılmazlığın hem mücbir sebep hem de beklenmeyen hal için gerekli un-  
sur olduğunu, ancak benlenmeyen hal için kaçınılmazlığın nisbi nitelik taşı-  
dığını belirtmiştir<sup>35</sup>. Karardan da anlaşılacağı üzere kaçınılmazlık, zorlayıcı  
neden için gerekli ve en önemli unsurdur<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> ŞAHİN, s.99.

<sup>33</sup> EREN, s.632; KAYIRGAN, s.22.

<sup>34</sup> EREN, s.632; YUVALI, s.7.

<sup>35</sup> "...mücbir sebep ile beklenmeyen hâl arasında öğretilde yapılan diğer bir ayrım ise kaçınıl-  
mazlık üzerinedir. Gerçekten de mücbir sebep ve beklenmeyen hâl tanımlarından da anlaşıl-  
acağı üzere kaçınılmazlık her iki kavramın da birer unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. An-  
cak öğretilde mücbir sebep için aranan kaçınılmazlığın mutlak olduğu beklenmeyen hâl için  
aranan kaçınılmazlığın ise nispi olduğu genel görüştür. Kaçınılmazlığın genel bir tanımı yapı-  
lacak olursa denilebilir ki kaçınılmazlık, önüne geçmenin imkânsız olduğu veya hangi önlem  
alınır alınsın, hangi boyutta dikkat edilirse edilsin oluşması engellenemeyen fiiller ve olay-  
lardır. Genel olarak nitelendirmek gerekirse, kaçınılmazlık demek, vuku bulan olaya karşı ko-  
yulmazlık hâli ve her türlü tedbirin alınmasına rağmen gerçekleşmesi önlenemeyen ve objektif  
bir durumunun söz konusu olmasıdır. Öğretilde belirtilen mutlak kaçınılmazlık hiç kimsenin  
ne kadar özen gösterirse göstereceği, hangi tedbiri alırsa alsın borcun ihlalinin önlenemeyeceği  
bir durumu ifade ederken, nispi kaçınılmazlık aynı şartlar altında bulunması muhtemel, nor-  
mal ve makul bir şahıstan beklenebilecek özen gösterilse, alınması gereken tedbirler alınsa  
dahi borcun ihlalinin meydana gelmesinin önlenmeyeceği bir durumu ifade etmektedir.  
Umulmayan hâlde söz konusu kaçınılmazlık sadece borçlu, sorumlu kişi yönünden olup, nispi  
bir nitelik taşır. Oysa, mücbir sebepteki kaçınılmazlık borçlu da dâhil herkes yönünden mutlak  
bir nitelik taşır (F. Eren s. 182, L. M. Kurt s. 197)...", YHGK., 13.06.2018, 2015/1100, 2018/1185,  
[https://www.hukukmedeniyeti.org/haber/20782/mucbir-sebepek-beklenmeyen-hal-meslek-has-  
taligi-kaci/](https://www.hukukmedeniyeti.org/haber/20782/mucbir-sebepek-beklenmeyen-hal-meslek-has-taligi-kaci/), ET.31.05.2020.

<sup>36</sup> EREN, s.632, ŞAHİN, s.102.

### f. Öngörülmezlik

Zorlayıcı nedenin varlığı için olayın doğuracağı sonuçların öngörülemez olması gerekmektedir<sup>37</sup>. Önceden öngörülemeyen durum, olayın kendisi değil, doğuracağı sonuçtur<sup>38</sup>. Öngörülmezlik unsuru, esasında kaçınılmazlık unsurunu da içinde barındırmaktadır<sup>39</sup>. Örneğin, yeni koronavirüs salgınının dış kökenli olağanüstü bir olay olduğu ve kaçınılmaz ve öngörülemez nitelikte olduğuna şüphe yoktur. Ancak Dünya Sağlık Örgütü, ikinci ve üçüncü dalgaların gelebileceğini belirtmektedir<sup>40</sup>. Bu durumda ikinci dalganın görülmeye başlanması durumunda öngörülmezlik unsurunun varlığından söz etmek mümkün olabilecek mi? Kanımca bir olayın olacağını tahmin etsek dahi sonuçlarını öngörebilmek mümkün olamayabilir. Bu nedenle ikinci dalganın geleceği yönündeki açıklamalar, kesin ve mutlak bir gerçeği ortaya koymamaktadır. Tarafların gerçekleşeceğini tahmin ettikleri bir durumun sonuçlarını öngörebilmeleri de elbette mümkün olamayabilir. Bu nedenle her somut duruma göre öngörülmezlik unsurunun varlığının tespiti gereklidir.

### g. Kusursuzluk

Zorlayıcı nedenin kabul edilebilmesi için olaya tarafların katkılarının bulunmaması, kusursuz olmaları gerekir<sup>41</sup>. Borcun ifasının imkânsız hale gelmesinde borçlunun kusuru mevcutsa bu durum borca aykırılık teşkil edecektir ve borçtan sorumlu olacaktır<sup>42</sup>. Kusurun varlığı halinde diğer unsurları taşısa dahi zorlayıcı neden oluşmayacaktır. Dış kökenli bir olay, öngörülemez ve kaçınılmaz bir şekilde meydana gelmişse zaten kusurdan bahsetmek de mümkün olamayacaktır<sup>43</sup>.

Zorlayıcı nedene dayalı olarak işçinin ifa, işverenin ifayı kabul edememe halinin kendisine yüklenemeyecek bir durumdan kaynaklanması

<sup>37</sup> CANİKLİOĞLU, Kısa, s.103; ŞAHİN, s.101.

<sup>38</sup> EREN, s.633; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. B., Ankara 2019, s.292.

<sup>39</sup> YUVALI, s.7.

<sup>40</sup> <https://tr.euronews.com/2020/05/26/dunya-saglik-orgutu-nden-covid-19-salgini-icin-ikinci-dalga-uyarisi>, ET.05.06.2020.

<sup>41</sup> CANİKLİOĞLU, Kısa, s.102; KAYIRGAN, s.23.

<sup>42</sup> KILIÇOĞLU, s.1075.

<sup>43</sup> EREN, s.633, KAYIRGAN, s.23.



gerekir<sup>44</sup>. İfa imkânsızlığı borçlunun kusurundan kaynaklanıyorsa taraflar arasındaki borç ilişkisinin askıya alınmasından söz edilemeyecek olup sözleşmenin aynen ifasından kaynaklanan alacaklar tazminata dönüşecektir<sup>45</sup> veyahut da iş sözleşmelerinin haklı nedenle feshi gündeme gelebilecektir<sup>46</sup>.

## II. Yeni Koronavirüs Salgını (COVID-19) Kavramı ve Yarattığı Etkiler

### 1. Kavram

2019 yılının Aralık ayında Çin'in Hubei eyaleti Wuhan kentinde, Huanan Deniz Ürünleri ve Canlı Hayvan Toptan Satış Pazarı'ndan (Huanan Seafood and Live Animal Market) çıktığı düşünülen hastalık, salgın (epidemik) halini aldı<sup>47</sup>. Bu hastalığın yeni virüs korona sınıfından olduğu ve gribe benzer şekilde insandan insana yayıldığı tespit edilmiştir<sup>48</sup>. Doktorlar, hastalarda viral pnömoni tablosu ile sıkça karşılaştıklarını ve Huanan Balık Pazarı'na sıkça gitmelerinin hastaların ortak özelliği olduğunu belirtmişlerdir<sup>49</sup>.

Salgın Çin'den sonra başta Asya kıtası ülkeleri olmak üzere kısa sürede birçok ülkeye yayılarak tüm dünyayı etkileyen uluslararası bir

<sup>44</sup> SÜZEK, s.71; ALPAGUT, Gülsevil, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkansızlığı", (Karar İncelemesi), LEGAL İSGHD., S.6, Y.2005, s.658.

<sup>45</sup> BAŞBUĞ, Aydın, İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007, s.94; KORKMAZ/ ALP, s.176; EREN, s.1088; ALPAGUT, s.659; YAMAN, s.766; PEKMEZ, Cüneyt, Burcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlilik Defi), İstanbul 2019, s.166.

<sup>46</sup> TAŞKENT, s.21; KAPLAN, s.577,578; ÇOPUROĞLU, s.121.

<sup>47</sup> ÜSTÜN, Çağatay/ÖZÇİFTÇİ, Seçil, "COVID-19 Pandemisinin Sosyal Yaşam ve Etik Düzlem Üzerine Etkileri: Bir Değerlendirme Çalışması", Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, Ek S.1, C.25, Ocak 2020, s.143; Türk Tabipleri Birliği COVID-19 Danışma ve İzleme Kurulu COVID-19 Pandemisi İki Aylık Değerlendirme Raporu, COVID-19 Pandemisinde Zaman Çizelgesi (Kronolojik Olarak Önemli Gelişmeler), s.16, file:///C:/Users/user/Desktop/COVID-19%20ZORUNLU%20NEDEN%20MİDİR/tbb%20pandemi%20raporu.pdf, ET.25.05.2020.

<sup>48</sup> AYAN, Aslı/KIRAÇ, F. Suna, Guide for Nuclear Medicine Applications During the COVID-19 Outbreak, [http://cms.galenos.com.tr/Uploads/Article\\_38364/MIRT-29-49-En.pdf](http://cms.galenos.com.tr/Uploads/Article_38364/MIRT-29-49-En.pdf), ET.25.05.2020.

<sup>49</sup> HEYMANN, David L./SHINDO, Nahoko, What Is Next For Public Health?, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7138015/>, ET.25.05.2020; Türk Tabipleri Birliği COVID-19 Danışma ve İzleme Kurulu COVID-19 Pandemisi İki Aylık Değerlendirme Raporu, s.16.

boyuta ulaşmış ve nihayetinde 30 Ocak 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü, uluslararası halk sağlığı sorunu kabul ederek salgın olarak ilan etmiştir<sup>50</sup>. Dünya Sağlık Örgütü, yeni koronavirüs hastalığının isminin COVID-19 olduğunu 11 Şubat 2020'de açıklamıştır<sup>51</sup>. Covid-19 (Coronavirus Disease 2019)'un açılımını Dünya Sağlık Örgütü Başkanı Tedros Adhanom Ghebreyesus, "korona" için "CO", "virüs" için "VI", "hastalık" için "D" şeklinde tanımlamıştır<sup>52</sup>.

Salgının ilk görülmeye başladığı tarihten beri insandan insana bulaşa ait çok sayıda rapor yayınlanmış ve neredeyse tüm kıta ülkelerini etkisi altına almıştır<sup>53</sup>. Bu nedenle Dünya Sağlık Örgütü, 11 Mart 2020 tarihinde Covid-19'un pandemi olarak kabul edildiğini açıklamıştır<sup>54</sup>. Pandemi, bölgeler ve gruplar üstü coğrafi salgın anlamına gelmektedir<sup>55</sup>. Dünya Sağlık Örgütü'ne göre pandeminin varlığı için yeni bir virüs veya mutasyona uğramış bir etken olması, insanlara kolayca geçebilmesi, insandan insana kolay ve sürekli bir şekilde bulaşması gerekmektedir<sup>56</sup>. Hastalığın ilk görüldüğü dönemde epidemik olarak belirtilmesine rağmen daha sonraları yayılma açısından bakıldığında pandemi olarak tanımlanmıştır. Çin'in yalnızca bir bölgesinde ortaya çıkan ve belirli bir bölgede salgına dönüşen hastalık epidemik olarak tanımlanırken pandemi salgının ilk görüldüğü yerden çıkarak insandan insana geçmek suretiyle kıtalar arasında, birden çok ülkeye sürekli yayılması hâlidir<sup>57</sup>. Bu anlamda

<sup>50</sup> <https://www.who.int/news-room/articles-detail/standardization-of-vaccines-for-coronavirus-disease-COVID-19>, ET. 25.05.2020.

<sup>51</sup> <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>, ET.25.05.2020.

<sup>52</sup> Covid-19 Pandemi Değerlendirme Raporu, Türkiye Bilimler Akademisi, 17.04.2020 Ankara, s.15, file:///C:/Users/user/Desktop/COVID-19%20ZORUNLU%20 NEDEN%20MİDİR/Covid-19%20Raporu-revize%20 tüba.pdf, ET.25.05.2020.

<sup>53</sup> AYAN/KIRAÇ, s.1.

<sup>54</sup> Who Director-General's Opening Remarks at The Media Briefing on Covid-19-11 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020> ET.25.05.2020.

<sup>55</sup> <https://tr.euronews.com/2020/05/14/dso-ye-gore-covid-19-bir-epidemik-pekti-pandemik-ile-epid-emik-ara-sindaki-fark-ne>, ET.23.05.2020.

<sup>56</sup> Covid-19 Pandemi Değerlendirme Raporu, Türkiye Bilimler Akademisi, s.19.

<sup>57</sup> ÖZLEM, Ak, "Epidemiydi Artık Pandemi COVID-19 Salgını", Bilim ve Teknik Dergisi, Nisan 2020, s.14.

pandemi, uluslararası yayılma gösteren, bulaşıcılığı yüksek ve kontrol edilemeyen salgın anlamına gelmektedir<sup>58</sup>.

## 2. Yarattığı Etkiler

Covid-19 pandemisinin tüm dünyada insanlar ve sosyal yaşam üzerinde ciddi etkiler yarattığı gözlenmektedir. Hastaların solunum parçacıkları ile kirlenmiş yüzeylere dokunulduktan sonra ellerin yıkanmadan yüz, göz, burun veya ağıza götürülmesi ile de virüs alınabilir ve hasta kişilerin öksürmeleri aksırmaları ile ortama saçılan damlacıkların solunması ile bulaşır<sup>59</sup>.

COVID-19, bulaştığı çoğu insanda mevsimsel grip, hafif şiddette sınırları belli olan belirtiler göstermekteyken yaşlı insanlar ile kronik rahatsızlığı olanlarda belirtileri daha ağır seyretmekte ve etkilerinin daha şiddetli ve yoğun olduğu gözlenmektedir<sup>60</sup>.

Yaşlı kişilerin, özellikle kronik hastalığı da varsa örneğin hipertansiyon, kronik böbrek yetmezliği gibi, bu durumda hastalığın insanlar üzerindeki etkisi şiddetli seyretmekte ve hatta solunum yetmezliği ile seyredererek ölümlerine sonuçlanmaktadır<sup>61</sup>. Elbette bahsi geçen pandeminin insanlar üzerindeki etki derecesi virüsün bulaşıcılığına (enfektivitesine), hastalığa neden olma becerisine (virülansına), toplum bağışıklığına, bireylerin yaşam alışkanlıkları ve sosyo ekonomik durumlarına, bireylerin ülkeler ve şehirlerarası ulaşım imkânlarına, insanların iş ve sosyal hayatında karşılaştıkları risklere, buldukları ülkedeki sağlık hizmetlerinin kalitesine bağlı olup salgın etkeni iklime bağlı olarak değişkenlik göstermektedir<sup>62</sup>.

Dünya Sağlık Örgütü'nün 11 Mart 2020 tarihinde Covid-19'u pandemi ilan etmesinden önce Türkiye'de Sağlık Bakanlığı tarafından salgın

<sup>58</sup> <https://www.dw.com/tr/ds%C3%B66-koronavir%C3%BCs%C3%BC-pandemi-ilan-etti/a-52727627>, ET.25.05.2020.

<sup>59</sup> AKIN, Levent/Mustafa Gökhan GÖZEL, <http://journals.tubitak.gov.tr/medical/issues/sag-20-50-si-1/sag-50-si-1-5-2004-133.pdf>, ET.25.05.2020; <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/covid-19-yeni-koronavirus-hastaligi-nedir>, ET.24.05.2020

<sup>60</sup> <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7138015/>, ET.24.05.2020.

<sup>61</sup> AYAN/KIRAÇ, s.1.

<sup>62</sup> Covid-19 Pandemi Değerlendirme Raporu, Türkiye Bilimler Akademisi, s.20.

ile mücadele için 10 Ocak 2020 tarihinde tıp bilimcilerinin yer aldığı Koronavirüs Bilim Kurulu oluşturulmuştur<sup>63</sup>.

Ülkemizde 10 Mart 2020'de bir hastaya ilk kez Covid-19 tanısı konulmuştur<sup>64</sup>. Dünya Sağlık Örgütü'nün ve Bilim Kurulunun tavsiyeleri üzerine birtakım koruyucu önlemler alınmaya başlamıştır. Halkın toplu olarak bulunduğu cadde, sokak, meydan bulvar, pazar yeri, metro, hizmet binaları, otobüs durakları vb. alanların Bilim Kurulu tarafından belirlendiği şekilde sık aralıklarla temizlenmesi ve dezenfekte edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>65</sup>. Bar, gece kulüpleri, diskotek, pavyon vb. yerlerin faaliyetlerinin 16.03.2020, saat 10:00 itibarıyla geçici süre ile durdurulduğu bildirilmiştir<sup>66</sup>. İl ve ilçelerdeki tüm marketlerin çalışma saatleri tekrar düzenlenmiş, market içindeki en fazla müşteri sayısı müşteriye doğrudan hizmet sunulan toplam alanın (depolar, idari bürolar vb. hariç) onda biri kadar olacağı belirtilmiştir. Bu durumda marketin müşterilerin hizmetine sunulan alanı 100 metrekare ise aynı anda içeride en fazla 10 müşteri olması, salgın ile mücadelede bu düzenlemeler uyulması gerektiği belirtilmiştir<sup>67</sup>. Aynı zamanda il ve ilçelerdeki tüm şehir içi ve şehirlerarası çalışan toplu taşıma araçları (şehirlerarası yolcu otobüsleri dâhil); araç ruhsatında belirtilen yolcu taşıma kapasitesinin %50'si oranında yolcu kabul edebilecek, araç içindeki yolcuların oturma şekli yolcuların birbirleriyle temasını engelleyecek şekilde olacaktır. Devletin tüm kurumları ile bu salgının yayılması ve insanların hayatlarını tehdit etmesini engellemek için umuma açık iş yerlerinin faaliyetlerinin durdurulması, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile dernek ve vakıfların toplantılarının, eğitim/hizmet içi faaliyetlerinin geçici süreliğine ertelenmesi başta olmak

<sup>63</sup> [https://tr.wikipedia.org/wiki/Koronavir%C3%BCs\\_Bilim\\_Kurulu](https://tr.wikipedia.org/wiki/Koronavir%C3%BCs_Bilim_Kurulu), ET.26.05.2020.

<sup>64</sup> Türk Tabipleri Birliği COVID-19 Danışma ve İzleme Kurulu COVID-19 Pandemisi İki Aylık Değerlendirme Raporu, s.18.

<sup>65</sup> Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 13.03.2020 tarihli Genelgesi, <https://csb.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirlerini-iceren-genelge-gonderildi-bakanlik-faaliyetleri-29727>, 26.05.2020.

<sup>66</sup> İçişleri Bakanlığının 16.03.2020 tarihli Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-coronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderdi>, ET. 25.05.2020.

<sup>67</sup> İçişleri Bakanlığının 24.03.2020 tarihli Genelgesi, <http://www.taskesti.bel.tr/Haber/1033/koronavirusileilgili-yayimlanangeneralgeler>, ET.25.05.2020.

üzere birçok tedbir alınmıştır<sup>68</sup>. Virüsün ülkemizde hızlı yayılmaya başlaması nedeniyle önlemler artırılarak devam etmiştir. Alınan önlemler çerçevesinde havayolu ile düzenlenecek uçuşlarda da yolcular, 29.03.2020 tarihi ve saat 06:00 saatinden itibaren Seyahat İzin Belgesi olmadan seyahat edemeyecektir. Bu nedenle Türk Hava Yolları başta olmak üzere tüm hava yolu firmaları Seyahat İzin Belgesi olmayan vatandaşlara bilet satışı yapmayacak ve uçak ile seyahat etmelerine kesinlikle izin vermeyeceklerdir<sup>69</sup>. 30 Mart 2020 tarihi Pazartesi saat 00.01' den itibaren İstanbul, Ankara ve İzmir illerinde kayıtlı ticari taksilerin trafiğe çıkışlarında plakasının son hanesine göre sınırlamaya gidilmiştir<sup>70</sup>. Otuz büyükşehir ile Zonguldak ili için araçlar ile giriş ve çıkışlar yasaklandı ve yirmi yaş altı için sokağa çıkma yasağı getirilmiştir<sup>71</sup>.

Alınan önlemler çerçevesinde okullar kapatılmış, üniversitelerde eğitime ara verilmiş, adli hizmetlerde kısıtlamaya gidilmiş<sup>72</sup>, cezaevlerinde görüşler kaldırılmış, ülkemize giriş ve çıkışlar kapatılmış<sup>73</sup>, camilerde ibadete ara verilmiş, her türlü bilimsel ve kültürel etkinlikler ertelenmiş, askerlerin terhisi ertelenmiş, berber, kuaför ve güzellik merkezlerinin faaliyetleri durdurulmuş<sup>74</sup>, restoranların işyerlerinde müşterilerine yiyecek verme hizmetleri geçici olarak durdurulmuş, yalnızca paket

<sup>68</sup> İçişleri Bakanlığının 26.03.2020 tarihli Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/koronavirus-salgini-ile-mucadele-kapsaminda-toplantilarla-ilgili-ek-genelge>, ET.26.05.2020.

<sup>69</sup> İçişleri Bakanlığının 26.03.2020 tarihli Genelgesi, <http://www.istanbul.gov.tr/icisleri-bakanligindan-koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-ucak-seferleri-genelgesi>, ET.26.05.2020.

<sup>70</sup> İçişleri Bakanlığının 29.03.2020 tarihli Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-ticari-taksilerle-ilgili-genelge>, ET.26.05.2020.

<sup>71</sup> İçişleri Bakanlığının 10.04.2020 tarihli Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/2-gun-sokaga-cikma-yasagi>, ET.26.05.2020.

<sup>72</sup> <https://www.memurlar.net/haber/895030/adli-konulara-iliskin-sureler-durduruldu.html>, ET.26.05.2020.

<sup>73</sup> İçişleri Bakanlığının 13.03.2020 tarihli Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligi-ve-hudut-idare-mulki-amirliklerine-genelge>, ET.26.05.2020.

<sup>74</sup> <https://www.ahaber.com.tr/gundem/2020/03/21/berber-ve-kuaforler-kapandi>, 26.05.2020.

servisi verilmeye devam edilmiştir<sup>75</sup>. 65 yaş ve üstü kişilerin ve kronik hastalığı olanların dışarı çıkmaları sınırlandırılmıştır. Sokağa çıkma yasağı uygulamaları kademeli olarak başlatılmış ve 65 yaş üstü ile 1 Ocak 2000 ve üzeri doğumlular için de sokağa çıkma yasağı getirilmiştir. 30 büyükşehir ile Zonguldak'a giriş çıkışlar yasaklanmış ve pazar ve market gibi toplu bulunulan alanlarda maske takma zorunluluğu getirilmiştir.

Alınan önlemler ülkemizde olumlu sonuç vermiş ve yaklaşık üç aydır uygulanan tedbirlerin kademeli olarak gevşetilmesine karar verilmiştir. Bu bağlamda yasaklama uygulanan büyükşehirlerin sayısı azaltılmış, büyük alışveriş merkezlerinin 11 Mayıs 2020 tarihi itibarıyla açılmasına karar verilmiş, 65 yaş üstü ile 1 Ocak 2000 ve üzeri doğumlular için uygulanan sokağa çıkma yasağı, kısmen esnetilmiş ve haftanın belli günlerinde ve belli saatlerle sınırlı olmak üzere sokağa çıkabileceklerine karar verilmiş ve uygulanmaya başlanmıştır<sup>76</sup>. Ancak normalleşme süreci tamamen salgından önce yaşadığımız şekilde bir normal hayat olmayıp “yeni normal” olarak adlandırılan bir dönem başlamıştır. Bu dönemde salgın dönemindeki gibi olmasa dahi, insanların birbirleriyle iletişimde ve sosyalleşmesinde bazı sınırlamalara gidilmiş, örneğin restoranlar hizmet vermeye başlamışsa da eskisi gibi kalabalık ve sıkışık düzende değil, masaların araları daha fazla açılarak ve içeride belli bir müşteri sınırlaması getirilerek hizmet verilmektedir. Şehir içi ve şehir dışı toplu taşıma araçlarında da tam kapasite ile yolcu taşınmamaktadır.

Ülkemizde alınan önlemlerin tamamı virüsün bulaşma oranını azaltmaya yöneliktir. Yalnızca ülkemizde değil, virüsün görüldüğü birçok ülkede bu ve buna benzer önlemler alınmış ve alınmaya devam etmektedir. Halen virüsün bireyler ve sosyal yaşam üzerindeki etkisi devam etmektedir.

<sup>75</sup> İçişleri Bakanlığının 16.03.2020 tarihli Genelgesi, <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>, ET.26.05.2020.

<sup>76</sup> <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/119206/-normal-hayata-donusu-kademe-kademe-baslatacagiz->, ET.26.05.2020.

### III. Zorlayıcı Nedenin Yeni Koronavirüs Salgını (Covid-19) Açısından Hüküm ve Sonuçları

İş Hukukundaki zorlayıcı neden, Borçlar Hukukundaki zorlayıcı nedenden (mücbir sebepten) etkileri bakımından farklılaşmaktadır<sup>77</sup>.

Zorlayıcı neden, iş hukukunda kural olarak iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez. Zorlayıcı neden, sürekli ifa imkânsızlığına neden olmuşsa, iş sözleşmesini sona erdirmeye uygun olarak nitelendirilebileceği gibi, geçici ifa imkânsızlığına neden olmuşsa bu durumda iş sözleşmesini askıya alıcı bir neden olarak kabul edilebilecektir<sup>78</sup>. İş sözleşmesi askıda devam ettiğinde tarafların temel borçları geçici bir süre için sona erse dahi işverenin işçiyi gözetme, işçinin sadakat borcu devam etmektedir<sup>79</sup>.

Zorlayıcı neden, şiddetli yağın kar, deprem, sel gibi doğa olaylarına veya ithalat ihracat yasağı, hammadde kısıtlaması, belediye tarafından yapılan yol çalışmaları gibi hukuki nedenlere bağlı olarak ortaya çıkabilir<sup>80</sup>. Özetle zorlayıcı neden, önceden öngörülemeyen ve kaçınılamayan, dıştan gelen olaydır<sup>81</sup>. Bu nedenle makinelerin onarım ve bakımı, mevsim farklılıklarına dayalı olarak faaliyetin durması zorlayıcı neden olarak kabul edilemez<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> NARMANLIOĞLU, Ünal, Ferdi İş İlişkileri I, 4.B., İstanbul 2012, s.433; ALPAGUT, s.660; KAYIRGAN, s.50.

<sup>78</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, s.586; YUVALI, s.11; ASTARLI, Çalışma Süreleri, s.323.

<sup>79</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.493; EYRENCİ, s.45; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s.212; YENİSEY, Kübra Doğan, "Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması", Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s.83; KORKMAZ/ALP, s.177; ÇOPUROĞLU, s.161; KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU, Efe, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi, LEGAL İSGHD, S.38, C.10, Y.2013, s.111 vd.; KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2011, 2.B., s.96.

<sup>80</sup> ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 21. B., İstanbul 2008, s.254; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.235; KAPLAN, E. Tuncay Senyen, Bireysel İş Hukuku, 10.B., s.315; İSTANBULLUOĞLU, s.953.

<sup>81</sup> ÇELİK, s.254; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. B., Ankara 2019, s.291; NARMANLIOĞLU, s.433; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 31.B., İstanbul 2018, s.585; KORKMAZ/ALP, s.226.

<sup>82</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s.235; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s.585; SÜMER, s.291; KORKMAZ/ALP, s.226.

## A. İş Sözleşmelerinin Feshi Yönünden

### a. İşçinin Zorlayıcı Nedenle İş Sözleşmesini Feshi

İş ilişkisi devam ederken işyerinde zorlayıcı nedenin ortaya çıkması durumunda işverenin işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkı bulunmaktadır. İşK.m.24/III'e göre işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektiren zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumunda işverenin haklı nedenle iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı bulunmaktadır. Sözleşmenin süreli olması veya olmasının bir etkisi bulunmamaktadır.

İşçinin iş sözleşmesini zorlayıcı nedene dayalı olarak feshedebilmesi için iki önemli koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; işçinin çalıştığı işyerinde işin durmasını gerektirecek zorlayıcı nedenin varlığı ve zorlayıcı nedenin bir haftadan fazla süre ile devam etmesidir. Bir haftalık süre askı süresi olup işçi, fesih iradesini bir haftalık sürenin sonunda kullanabilecektir<sup>83</sup>. Zorlayıcı nedenin bir haftadan az sürmesi halinde iş sözleşmeleri üzerindeki etkisi yalnızca sözleşmenin askıda kalmasından ibaret olacaktır<sup>84</sup>.

Zorlayıcı nedenin bir haftadan daha fazla sürmesi durumunda devam ettiği süre boyunca işçinin fesih hakkı varlığını koruyacak ve fesih hakkını kullanana kadar iş sözleşmesi askıda kalacak<sup>85</sup> ve askıda kaldığı süre boyunca ücret isteyemeyecektir<sup>86</sup>. Bu iki koşuldan birinin mevcut olmaması halinde işçinin iş sözleşmesini anılan düzenlemeye göre feshetme hakkı bulunmayacaktır. Örneğin, şehir içi genel elektrik arızası nedeniyle işyerindeki faaliyetin dört gün boyunca durdurulması halinde, işyerindeki faaliyetin zorlayıcı neden dolayısıyla durdurulması koşulu gerçekleşmişse de zorlayıcı nedenin bir haftadan fazla süre ile devam etmemesi nedeniyle işçinin iş sözleşmesini zorlayıcı nedene dayalı olarak

<sup>83</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.688; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.617; SÜMER, s.291; YUVALI, s.19; ASTARLI, Çalışma Süreleri, s.324; ÇOPUROĞLU, s.142; İSTANBULLUOĞLU, s.953.

<sup>84</sup> EKONOMİ, Münir, "Telafi Çalışması", LEGAL İSGHD., S.4, Y.2004, s.1258; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.586.

<sup>85</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, s.233; SÜZEK, İş Hukuku, s.688; NARMANLIOĞLU, s.434; KAPLAN, İş Hukuku, s.316.

<sup>86</sup> SÜMER, s.292; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.586.



feshetmesi mümkün olmayacaktır. İşyerinde faaliyetin durması makinelerin bakım ve onarımı nedeniyle gerçekleşmişse, işyerindeki faaliyetin durması bir haftadan fazla sürmüş olsa dahi faaliyetin durmasına neden olan olay, dış kökenli olmadığından, işletme riski içerisinde kabul edilebileceğinden zorlayıcı neden olmayacaktır. Bu durumda faaliyetin askıya alındığından da bahsedilemeyeceğinden işveren, işçilerin iş görme edimini kabul etmezse alacaklının temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İşçiler ücretlerini isteyebileceği gibi, ücretlerinin ödenmemesi halinde iş sözleşmelerini haklı nedenle derhal feshedebilecek veya ücretinin ödenmemesi nedeniyle İşK.m.34 gereği çalışmaktan kaçınabilecektir<sup>87</sup>.

İş Kanununun 40. maddesi gereğince zorlayıcı nedenin devam ettiği bir haftaya kadar her gün için işveren, işçiye yarım ücret ödemesi yapacaktır. Yarım ücretin ödendiği bir haftalık süre içerisinde işçi, iş görme edimini yerine getirmemiş olmasına rağmen kanun gereği işverenin yarım ücret ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>88</sup>.

Zorlayıcı nedenin gerçekleştiği bir haftalık süre içinde yer alan ulusal bayram veya genel tatil günlerinde de yasanın açık hükmü gereği işçiye yarım ücret ödemesi yapılacaktır<sup>89</sup>. İşK.m.46/5'e göre işin bir

<sup>87</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.689; YUVALI, s.21; PEKMEZ, s.290.

<sup>88</sup> EKONOMİ, Telifi, s.1258; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, Ulaş, s.212; KAPLAN, İş Hukuku, s.316; ÇETİNKAYA, s.452.

<sup>89</sup> Yeni koronavirüs (Covid-19) salgını nedeniyle İç İşleri Bakanlığının 21.04.2020 T, 7058 sayılı **Genelgesiyle** "...22.04.2020 tarihi saat 24.00 ile 26.04.2020 tarihi saat 24.00 arasında aşağıda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere Büyükşehir statüsündeki 30 ilimiz (Adana, Ankara, Antalya, Aydın, Balıkesir, Bursa, Denizli, Diyarbakır, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, Hatay, İstanbul, İzmir, Kahramanmaraş, Kayseri, Kocaeli, Konya, Malatya, Manisa, Mardin, Mersin, Muğla, Ordu, Sakarya, Samsun, Şanlıurfa, Tekirdağ, Trabzon, Van) ile Zonguldak il sınırları içinde bulunan tüm vatandaşlarımızın sokağa çıkmaları..." kısıtlanmıştır (<https://www.icisleri.gov.tr/30-buyuksehir-ve-zonguldak-ilinde-23-24-25-26-nisan-tarihlerinde-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlemesi>, ET. 09.05.2020). Bu yasak kapsamında işçilerin işyerlerinde fiili çalışması mümkün olmamıştır. İşçinin zorlayıcı neden dolayısıyla çalışmadığı günler, 26 Nisan 2020 tarihinden geriye doğru bir haftalık süre içerisinde kaldığından çalışmadığı her gün için işveren tarafından yarım ücret ödenecektir. Ulusal bayram günü olan 23 Nisan'da işçi çalışmadan bir günlük ücret alması gerekmekte ise de zorlayıcı nedenden kaynaklı olarak işçinin çalışmadığı bir haftalık süre içerisinde kalan ulusal bayram günü için işveren İşK.m.40 uyarınca yarım ücret ödeyecektir. Dört günlük sokağa çıkma yasağı içerisinde işçinin hafta tatil gününün denk gelmesi durumunda hafta tatil günü için tam ücret ödemesinin yapılması gerekmektedir. İşK.m.46/5'de bir

haftadan fazla bir süre ile tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde zorlayıcı nedenden dolayı çalışılmayan günler için işçiye ödenecek yarım ücret, hafta tatil günü için de ödenmelidir. Bu hüküm gereği, zorlayıcı nedenden dolayı işçiye bir haftaya kadar hafta tatil günü de dâhil olmak üzere her gün için yarım ücret ödenecektir. Kanun koyucu bir haftadan fazla süren zorlayıcı nedende işçinin çalışmadan altı gün yarım ücret alması nedeniyle hafta tatil günü olan yedinci günün de yarım ücret olması gerektiğini belirtmiştir. Zorlayıcı nedenin yedi günden az sürmesi halinde ise hafta tatil günü için işçiye tam ücret ödenmesi gereklidir.

### **b. İşverenin Zorlayıcı Nedenle İş Sözleşmesini Feshi**

İşçinin çevresinde meydana gelen zorlayıcı nedenden kaynaklı olarak geçici ifa imkânsızlığına düşmesi halinde belirli koşulların varlığı durumunda işveren de işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir<sup>90</sup>.

İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması durumunda işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir (İşK.m.25/III). İşverenin bu kapsamda işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için öncelikle ifa imkânsızlığının işçiden kaynaklanması ve işçiyi bir haftadan fazla bir süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı nedenin var olması gerekmektedir<sup>91</sup>. Örneğin işçinin işe devamını olumsuz şekilde etkileyen sel, deprem gibi doğa olayları veya sokağa çıkma yasağı, karantina gibi hukuki engelin varlığı halinde, ortaya çıkan engelin bir haftadan fazla sürmesi durumunda işveren, iş sözleşmesini feshedebilecektir<sup>92</sup>.

---

haftadan fazla bir süre ile tatil edilmesini gerektiren zorlayıcı nedenin ortaya çıkması halinde hafta tatil gününde de işverenin işçiye yarım ücret ödemesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak sokağa çıkma yasağı dört gün ile sınırlı uygulandığından hafta tatil günü için tam ücret ödemesi yapılmalıdır.

<sup>90</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet, s.233; SÜZEK, İş Hukuku, s.679.

<sup>91</sup> ÇELİK, s.266; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.246; SÜMER, s.291; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s.601; KAPLAN, İş Hukuku, s.324; KORKMAZ/ALP, s.234; YUVALI, s.16; ÇOPUROĞLU, s.145; İSTANBULLUOĞLU, s.953.

<sup>92</sup> ÇELİK, s.266; SÜZEK, İş Hukuku, s.679,680; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s.246; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, s.601; NARMANLIOĞLU, s.463; KORKMAZ/ALP, s.234.

Yargıtay bir kararında, ihalenin feshi sebebiyle işyerinin kapanmasının işveren açısından zorlayıcı neden oluşturmadığını, işverenin İşK.m.25/III'e göre iş sözleşmesini feshettiğini, işçinin ihbar tazminatı talebinin kabulü yerine reddine karar verilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir<sup>93</sup>. Yargıtay, işyerinin bulunduğu yerde iç savaşın olduğu, iç karışıklık ve savaş hali nedeniyle zorunlu olarak iş sözleşmesinin feshedildiği yönündeki davalı savunmasının dayanak olarak savaşla ilgili belgeler ile desteklendiği somut uyumsuzlukta, tüm dosya kapsamı ve özellikle iç savaşa yönelik sunulan resmi belgeler ve tanık beyanları birlikte değerlendirilerek fesih nedeni olarak ileri sürülen iç savaş halinin 4857 sayılı İş Kanununun 25/III madde hükmünde belirtilen zorlayıcı neden niteliğinde olduğu, bu durumda işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı ancak ihbar tazminatı hakkının bulunmadığı yönünde karar vermiştir<sup>94</sup>.

İşçinin faaliyet alanı dışında gerçekleşen ve işin ifası için gerekli olan yetki belgesi, ehliyet vb. belgelerin temin edilememesi veya iptal edilmesi de zorlayıcı neden olarak kabul etmektedir<sup>95</sup>. İşçinin çalışmasını alıkoyan engelin bir haftadan az sürmesi halinde ya da bir haftadan fazla süren engel nedeniyle işverenin işçinin iş sözleşmesini feshetmemesi durumunda engel devam ettiği sürece iş sözleşmesi askıda kalacaktır<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Y22HD. 05.12.2018, 2017/18633, 2018/26290, Gerekçeli İçtihatlı, s.162.

<sup>94</sup> <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, ET. 10.06.2020.

<sup>95</sup> KAYIRGAN, s.106. "...Mahkemece davalı işveren tarafından yapılan fesih bildiriminin davacının özel güvenlik kartının iptal edilmesi sonucu, iş sözleşmesine konu güvenlik görevlisi olarak çalıştırılmasının imkânsız hale geldiği, davalı şirketin çalışma alanının güvenlik işi olduğundan davalı tarafından yapılan feshin haklı sebebe dayandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de davacının işyeri dışında ve işyeri ile ilgisi olmayan işlediği bir suç sebebi ile güvenlik görevlisi kartının yenilenemediği anlaşılmasına göre feshin 4857 sayılı Kanun'un 25/III. maddesi kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla fesih işveren tarafından zorlayıcı sebeple gerçekleştirildiğinden davanın konusu kıdem tazminatının kabulü yerine hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...", Y22HD. 04.02.2014, 2013/2499, 2014/1389, Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması II, Ankara 2019, s.161; işyerinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin, çalışmasının devamı için gerekli olan güvenlik sertifikasının geçerlilik süresinin dolma sına rağmen yenilenmemesi işverene İşK.m.25/III kapsamında iş sözleşmesini derhal fesih hakkı verecektir, Y22HD. 23.10.2018, 12781/22946.

<sup>96</sup> NARMANLIOĞLU, s.463; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hizmet, s.233; KAPLAN, İş Hukuku, s.325.

İşçinin çevresinde ortaya çıkan zorlayıcı neden dolayısıyla çalışmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenecektir (İşK.m.40). İşçinin çalışmasına engel olan zorlayıcı nedenin bir haftadan fazla sürmesi ve işverenin iş sözleşmesini fesih yoluna gitmemesi durumunda bir haftayı aşan askı süresi içerisinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>97</sup>.

### c. Fesih Yasağı

Ülke genelinde yaşanan yeni koronavirüs salgını (covid-19) nedeniyle İş Kanununa ve İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen geçici maddeler ile fesih yasağı getirilmiştir. Fesih yasağının getirilmesi ile birlikte salgın hastalık ile birlikte ortaya çıkan zorlayıcı nedene bağlı olarak işverenlerin iş sözleşmelerini sona erdirme yoluna gitmemelerini sağlayarak sözleşmelerin varlığını koruyup iş güvencesinin korunması amaçlanmıştır.

İşsizlik Sigortası Kanununun geçici 23. maddesi<sup>98</sup> gereğince bu madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, iş yerinde kısa çalışma uygulanan dönemde İşK.m.25/II'de yer alan nedenler dışında işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir. Bu düzenlemeden sonra yalnızca kısa çalışmadan yararlanmak için getirilen fesih yasağının kapsamı tüm işverenleri kapsayacak kısa çalışma uygulanmasından yararlanma ile de sınırlı olmamak üzere genişletilmiştir.

İş Kanununun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş sözleşmesi, bu maddenin yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihten itibaren üç ay süreyle İşK.m.25/II'de ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenler, belirli süreli iş veya hizmet sözleşmelerinde sürenin sona ermesi, işyerinin herhangi bir sebeple kapanması ve faaliyetinin sona ermesi, ilgili mevzuatına göre yapılan her türlü hizmet alımları ile yapım işlerinde işin sona ermesi halleri dışında işveren tarafından feshedilemez (İşK.geçici m.10/I)<sup>99</sup>. Bu madde hükmüne aykırı şekilde iş sözleşmesini fesheden işçiye uygulanacak idari yaptırım da aynı maddede düzenlenmiştir. Buna göre işveren veya işveren vekiline sözleşmesini feshedilen her bir işçi için

<sup>97</sup> SÜZEK, İş Hukuku, s.680; KORKMAZ/ALP, s.235; YUVALI, s.17.

<sup>98</sup> RG., 26.03.2020, 31080.

<sup>99</sup> RG., 17.04.2020, 31102.

fiilin işlendiği tarihteki asgari ücret tutarında idari para cezası verilecektir (İşK.geçici m.10/III). Cumhurbaşkanı düzenlemede yer alan üç aylık süreleri her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30/6/2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir.

Yasal düzenleme ışığında işverenin iş sözleşmesini İşK.m.25/II kapsamı dışında feshetmesi mümkün değildir. Ancak uygulamada işverenlerin iş ilişkisini sona erdirmek istedikleri işçilerin iş sözleşmelerini ya istifa kodu ile ya da haklı bir neden olmamasına rağmen şekil itibarıyla İşK.m.25/II kapsamında sona erdirdikleri görülmektedir. Fesih yasağı kapsamında iş sözleşmesini sona erdirme iradesi olan işverenin kıdem tazminatı ödeme niyetinin olup olmamasına göre yürüttüğü sürecin de farklılık gösterdiği görülmektedir. İş sözleşmesini fesih yasağı nedeniyle feshedemeyen, ancak iş ilişkisinin sona ermesine bağlı olarak kıdem tazminatı ödemek isteyen işverenler, çoğunlukla, işçinin istifa iradesi mevcut olmamasına rağmen İşten Ayrılış Bildirgesinde kod 3<sup>100</sup> ile çıkış işlemini yapmaktadır. Bu durumda istifa kodu ile çıkış işlemi yapılan işçinin, kıdem tazminatı ve işsizlik ödeneğinden yararlanma imkânı, ancak yargılama süreci sonunda, iddialarını ispat edebilmesi halinde mümkün olacaktır. İşveren, işçinin kıdem tazminatı talebini karşılamak amacıyla ihtiyari arabuluculuk sürecine başvurmuştur. Düzenlenen Anlaşma Belgesine işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği de belirtilerek işçiye kıdem tazminatı ödenmektedir. Bu sayede işçi, İş-Kur'a müracaat ettiğinde istifa koduna rağmen işsizlik ödeneğinden yararlanabilmektedir. İşçinin iş sözleşmesini sona erdirme iradesi olmamasına rağmen fesih yasağından kurtulabilmek için işverenin feshinin gizlendiğinin tespiti halinde yapılan feshin işveren feshi olarak değerlendirilerek idari para cezasının verilmesi gerekecektir.

Fesih yasağı nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshedemeyen işveren, işçiye kıdem tazminatı ödemesi yapmayacaksa bu durumda çoğunlukla işverenler İşten Ayrılış Bildirgesinde kod 29<sup>101</sup> ile çıkış yapmaktadır. Bu durumda işçi, kıdem tazminatı alamadığı gibi işsizlik ödeneğinden de

<sup>100</sup> Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi (istifa), <https://legalbank.net/belge/sgk-isten-cikis-kodlari/3042171/>, ET.09.05.2020.

<sup>101</sup> İşveren tarafından işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı nedeni ile fesih, <https://legalbank.net/belge/sgk-isten-cikis-kodlari/3042171/>, ET.09.05.2020.

yararlanamamaktadır. İş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesini gerektirecek bir durum mevcut olmamasına rağmen işverene getirilen fesih yasağı nedeniyle İşK.m.25/II kapsamında şekli olarak iş sözleşmesinin sona erdirildiği uygulamada sıkça görülmektedir. Sorun, işverenin gizlediği feshe geçerlilik tanınmanın gerektiği mi yoksa feshin yok hükmünde mi olduğudur. İşK. geçici 10. maddede fesih yasağı düzenlenmiş ve devamında işverence bu yasağa aykırı davranılması halinde işverene idari para cezası uygulanacağı belirtilmiştir. Şu halde Kanunun lafzına bakıldığında işverenin gizlemeye çalıştığı feshe, geçerlilik tanımak ve buna bağlı sonuçları düşünmek daha isabetli olacaktır. İşverenin fesih yasağına aykırı hareket etmesi halinde işçi, iş güvencesi kapsamında ise feshin geçersizliğinin tespiti için dava açabilecektir. Bu durumda işverenin yasaya aykırı hareket ettiğinin mahkemece kabulü halinde işe başlatmama tazminatının miktarının işverenin davranışı gözetilerek daha farklı miktarda belirlenmesi mümkün olabilecektir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler için ise işverenin fesih yasağına aykırı hareket etmiş olmasının kötüniyet tazminatını gerektirip gerektirmeyeceği de tartışılması gereken bir husustur. İşçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenmektedir (İşK.m.17/6). Maddenin gerekçesinde fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlara örnek olarak işçinin kendisi hakkında bir şikâyette bulunduğu veya kendisi aleyhinde dava açtığı ya da şahitlik yaptığı için işverenin iş sözleşmesinin feshettiği durumlar gösterilmiştir. Gerekçedeki örneklendirmelerden hareket edilmesi halinde işçinin hak aramaya bağlı davranışı nedeniyle işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı durumlar için kötüniyet tazminatının olabileceği gibi bir sonuca ulaşılmakta ise de yasal düzenlemeye göre fesih hakkı dahi bulunmayan işverenin iş sözleşmesini sona erdirmiş olması kötüye kullanma niteliğinde olup talep edilmesi halinde kötüniyet tazminatına karar verilmesi gerektiği kanaatindeyim. Ayrıca işverenin fesih yasağına aykırı hareket ettiğinin tespiti ile sözleşmesi feshedilen işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilecektir.

Geçici madde ile kanun koyucu fesih yasağını yalnızca işveren için getirmiş olup işçinin fesih hakkını engelleyecek bir düzenleme bulunmamaktadır. Tek istisnası sağlık çalışanlarıdır. İşçinin yeni koronavirüs

salgını (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı nedene dayalı olarak fesih yasağı, yalnızca sağlık çalışanları için mevcuttur. Şöyle ki; Sağlık Bakanlığının 27.03.2020 tarihinde 2020/11 sayılı Kapasite Değerlendirme Komisyonu toplantısında almış olduğu karar, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanmıştır. Buna göre; koronavirüs salgını kapsamında kararın alınmasını takip eden üç ay içerisinde kamu ve özel sektöre ait tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışmakta olan sağlık personelinin görevlerinden ayrılmaması yönünde karar verilmiştir<sup>102</sup>. Sağlık Bakanlığı mevcut bazı konulardaki tereddütleri gidermek ve uygulamada birlikteliğin sağlanması için 30.03.2020 tarihinde yayınladığı ikinci duyuruda kamu ve özel sektör çalışanlarının hangi durumlar gerçekleşirse işten ayrılacaklarını tek tek belirtmiştir. Askerlik görevi nedeniyle ayrılmak isteyen kişilerin askerlikle ilgili belgelerini ibraz etmesi şartıyla ayrılmalarına izin verileceği ve ayrıca sağlık hizmetinde görev yapan sağlık işçilerinin resen emeklilik işlemleri ile malulen emeklilik işlemleri yapılarak işten ayrılmalarının sağlanacağı ve bunun dışında işçilerin işten ayrılmalarına izin verilmeyeceği belirtilmiştir<sup>103</sup>. Dolayısıyla yalnızca sağlık çalışanı işçiler açısından getirilen fesih yasağı bu belirtilen kapsamla sınırlı uygulanacaktır.

Sağlık Bakanlığı Kapasite Değerlendirme Komisyonu Kararı ile tüm sağlık kuruluşu çalışanları ile ilgili çalışma ilişkisine son verme yönünde yasak ve sınırlamalar getirmiştir. Yasalarca tanınan bir hakkın Komisyon Kararı ile ortadan kaldırılması, normlar hiyerarşisine açıkça aykırı olup yapılan düzenleme isabetli olmadığı gibi eleştiriye de açıktır.

### **B. Ücret ve Diğer Ödemeler Yönünden**

Zorlayıcı nedenden dolayı işçinin çevresinden kaynaklı olarak ifa imkânsızlığına düşmesi ve engelin bir haftadan fazla sürmesi durumunda işçinin İşK.m.24/III kapsamında, işverenin işyerindeki faaliyetinin

<sup>102</sup> Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü 27.03.2020 T, 54718026 sayılı duyurusu. <https://ohsad.org/covid-19-salgini-suresince-saglik-kuruluslarinda-saglik-personel-ayrilislari/>, ET.09.05.2020.

<sup>103</sup> Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Müdürlüğünün 30.03.2020 T, 1047 sayılı Personel Ayrılış İşlemleri Hakkında Duyurusu, <https://ohsad.org/saglik-bakanligi-yonetim-hizmetleri-genel-mudurlugu-tarafindan-personel-ayrilis-islemleri-hakkinda-duyuru-yayimlandi/>, ET.09.05.2020.

durması nedeniyle ifayı kabul imkânsızlığına düşmesi ve engelin bir haftadan fazla sürmesi durumunda ise işverenin İşK.m.25/III kapsamında iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme imkânları bulunmaktadır. Bu hakkını kullanmamaları halinde iş sözleşmesi askıda kalacaktır.

İş sözleşmesi askıya alındığında işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borcu ortadan kalkmaktadır<sup>104</sup>. Bu nedenle askı süresi içerisinde işverenin ücret ve ücret eklerini ödeme ve sigorta primi ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>105</sup>.

İş sözleşmesinin askıya alınmasını gerektiren ifa engeli ortadan kalktığına hukuken askı hali de sona erecektir<sup>106</sup>. Zorlayıcı nedenin devam ettiği süre içerisinde iş sözleşmesi askıda olduğundan zorlayıcı nedene bağlı ifa engeli ortadan kalktığına tarafların temel borçları olan işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borcu, askı hali başlamadan önceki şekliyle devam eder. Zorlayıcı neden sona ermesine rağmen işveren iş görme edimini kabul etmezse TBK.m.408 gereği alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılacaktır<sup>107</sup>. Bu durumda işçi ücretinin ödenmesini isteyebilecektir<sup>108</sup>. Ayrıca işveren askı süresi sonunda işçiyi işe başlatmamışsa bu durum iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi anlamına gelecektir<sup>109</sup>. Diğer taraftan işçi kendi çevresinde gerçekleşen zorlayıcı nedenden ortadan kalkmasına rağmen işe başlamamışsa bu durumda işveren, işçinin iş sözleşmesini feshedebileceği gibi işçinin işe gelmeme halini iş

<sup>104</sup> EKONOMİ, Telafi, s.1258; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 272; SÜZEK, s. 98; SÜMER, s. 196; KORKMAZ/ ALP, s. 176; ÇOPUROĞLU, s. 161; ÖZVERİ, s. 45; İSTANBULLUOĞLU, s. 957.

<sup>105</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s.212; YAMAKOĞLU, Efe/ KARAÇÖP, Eda, "İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları", Prof Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul 2014, s.480. Ücretsiz izin döneminde çalışma olmadığından ücrete hak kazanılamayacaktır, Y9HD. 21.03.2012, 2010/1982, 2012/9363, OCAK, Uğur, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, 6.B., 2.Kitap, Gaziantep 2018, s.198; Ücret çalışma karşılığı olduğundan askı döneminde çalışmanın varlığının ispatlanamaması durumunda ücret talebinin reddi gereklidir, Y9HD.04.04.2008, 2007/14376, 2008/7515, OCAK, 2.Kitap, s.218.

<sup>106</sup> SÜZEK, s.116; TAŞKENT, s.27; KORKMAZ/ALP, s.179.

<sup>107</sup> EKONOMİ, s.439; SÜZEK, s.116.

<sup>108</sup> KAPLAN, s.572 vd.; ÇOPUROĞLU, s.118 vd.

<sup>109</sup> YENİSEY, s.83; ÇOPUROĞLU, s.164. Y9HD. 3.01.2007, 2006/32430, 2007/1268, KAR, Güvence, s.116; Y9HD. 29.04.2008, E. 2007/16633, K. 2008/10752, YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP, s.501; Y9HD. 20.12.2005, 28701/8012, SÜMER, s.199.



sözleşmesinin eylemli sona ermesi olarak da kabul edip istifa kodu ile çıkışını yapabilecektir.

### C. Kısa Çalışma Uygulaması Yönünden

“Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir” (İşsizlik Sigortası Kanunu ek m.2). Çalışmamızın kapsamı göz önüne alınarak genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz nedeniyle yapılan kısa çalışmadan bahsedilmeyecek yalnızca zorlayıcı nedene dayalı olarak kısa çalışma uygulaması incelenecektir.

Zorlayıcı nedene bağlı olarak işyerindeki faaliyetin geçici bir süre için kısmen veya tamamen durması veyahut da çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılmış olması halinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışmadan yararlanmak mümkün olabilecektir<sup>110</sup>.

Yönetmelikte geçici kavramının sınırları çizilmiştir. Yönetmeliğin 3. maddesinde yer alan kısa çalışmanın tanımında yer verilen en az dört hafta ve en fazla üç aylık süreler, kısa çalışmanın varlığı için gerekli olan geçici kavramına açıklık getirmek için kullanılmıştır<sup>111</sup>. Üç aylık getirilen azami süreyi altı aya kadar uzatmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir (İŞK.ek m.2/6). Anılan süreler, işyerindeki haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılması, işyerindeki faaliyetin kısmen veya tamamen durması için gerekli olan geçici kavramını ifade etmektedir<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> SÜMER, s.437; CANIKLIOĞLU, s.504; GEREK, Nüvit, “Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde “Kısa Çalışma”nın Yeri ve Önemi”, LEGAL İSGHD., S.38, C.10, Y.2013, s.9; KORKUSUZ, Refik, Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk İş Hukuku’nda İşçilik Alacaklarının Korunması, Ankara 2004, s.175; YUVALI, s.24; ÇETİNKAYA, s.440; ÇALIK, Abdurrahman, “Son Düzenlemeler Işığında Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, Mali Çözüm Dergisi, S.153, Y.2019, s.306; KARACA, Ali, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulaması, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.14, Y.2009, s.117.

<sup>111</sup> UĞRAŞ, Boray, “İş Hukukunda Kısa Çalışma Kavramı ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları”, Çalışma İlişkileri Dergisi, S.1, C.5, Y.2014. s.53.

<sup>112</sup> UĞRAŞ, s.54; KÜPELİ, Oğuzhan, Kısa Çalışma Ödeneği Kapsamında İşyeri Analizi ve Türkiye İş Kurumu İçin Model Önerisi (Uzmanlık Tezi), Ankara 2014, file:///C:/Users/user/Desktop/oguzhan-kupeli-%20kısa%20çalışma.pdf, ET.21.05.2020, s.25.

İşverenin iradesi geçici değil ise bu durumda kısa çalışmanın uygulanması da söz konusu olmayacaktır<sup>113</sup>. Örneğin, bir şirket bir yandan genel ekonomik kriz nedeniyle kısa çalışmaya müracaat etmiş, bir yandan da şirketin tasfiye sürecini başlatmışsa bu durumda işyerindeki faaliyetin durdurulmasının geçici olmadığı görülecektir<sup>114</sup>.

Kısa çalışma için öngörülen en fazla üç aylık sürenin aşılması durumunda aşılın kısım, kısa çalışma kabul edilmeyecektir<sup>115</sup>. Üç aylık sürenin sonunda ifayı kabul engeli halen ortadan kalkmamışsa işveren iş sözleşmesini feshedebileceği gibi, işçilerin kabulü halinde ücretsiz izin de uygulanabilecektir<sup>116</sup>.

Kurum tarafından kısa çalışma talebinin uygunluğunun tespiti halinde talep dilekçesi ekinde bildirdiği işçilerden koşulları taşıyanlara, İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir<sup>117</sup>. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, iş sözleşmesinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi gerekir (İŞK.ek m.2/3). İşçinin işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesinin niteliği, tam süreli veya kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışması, sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli yapılmış olması işçinin kısa çalışma uygulamasından

<sup>113</sup> SOYER, Polat, "İktisadi Kriz Koşullarında İşletme Gereklere Nedeniyle Fesih", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Yıl Toplantıları, İstanbul 2010, s.210; CANIKLIOĞLU, s.510; EKMEKÇİ, Ömer, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.14, Y.2009, s.49; ÇETİNKAYA, s.445.

<sup>114</sup> BAYHAN, s.22.

<sup>115</sup> ENDES, s.64; ÇALIK, s.311; İşsizlik Sigortası Kanununa geçici 8. madde olarak 5838 Sayılı Kanununun 1. maddesiyle kısa çalışmanın koşulu olarak getirilen en az dört hafta, en fazla üç aylık süre 2008 ve 2009 yılları için yapılacak başvurularda altı ay, sürelerin uzatılması halinde ise bir yıla olarak düzenlenmiştir (RG., 28.02.2009, 27155). 5951 Sayılı Kanununun 6. maddesi ile geçici 8. maddenin uygulama alanı 2010 yılını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Maddede belirtilen süreler 2010 yılında yapılan başvurular için de uygulanacaktır (RG., 05.02.2010, 27484).

<sup>116</sup> KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İşyerinin Kapanması, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.4, Y.2006, s.48.

<sup>117</sup> CENTEL, Tankut, İş Hukukunda Ücret, 1986, s.15; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 18.B., İstanbul 2020, s.727; KAPLAN, İş Hukuku, s.381; TULUKÇU, s.23; UĞRAŞ, s.60; ÇALIK, Abdurrahman, "2010 Yılından İtibaren Kısa Çalışma Süreleri ve Ödenek Miktarları Düşecek mi?", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S.65, Y.2010, s.127.

yararlanmasına engel değildir. İşçinin işsizlik sigortası kapsamında olup işsizlik sigortası priminin ödeniyor olması yeterlidir.

İşçinin kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki son yüz yirmi gün prim ödeyerek iş sözleşmesi kapsamında çalışanlardan son üç yıl içinde altı yüz gün sigortalı olarak işsizlik sigortası primi ödenmiş olmalıdır (İŞK.m.50). Bu koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde kısa çalışma ödeneğinden işçiler yararlanabilecektir<sup>118</sup>.

İşsizlik sigortasından yararlanma koşullarını taşımayan sigortalıların kısa çalışma ödeneğinden de yararlanması mümkün değildir. Dolayısıyla İŞK.m.50'de yer alan koşulları taşımayan sigortalılar, Sosyal Güvenlik Destek Primi ödeyerek çalışanlar, Geçici İş Göremezlik Ödeneği almakta olanlar, SSGSSK.m.4/1-b kapsamında kendi nam ve hesabına çalışan sigortalılar ve SSGSSK.m.4/1-c kapsamında çalışan memurlar için kısa çalışma uygulanamayacaktır<sup>119</sup>.

Ülke genelinde yaşanan yeni koronavirüs salgını (covid-19) kaynaklı zorlayıcı nedene dayalı olarak yapılan kısa çalışma başvuruları ile sınırlı olmak koşuluyla 30.06.2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere İŞK.ek m.2'de işçinin iş sözleşmesinin feshi dışında işsizlik sigortasından yararlanma koşullarına sahip olma şartı, işsizlik sigortasına getirilen geçici madde ile sigortalılar lehine değiştirilmiştir. Bu kapsamda kısa çalışmanın başladığı tarihten önceki son yüz yirmi gün prim ödeme koşulu altmış gün, son üç yıl içinde altı yüz gün sigortalı olma koşulu ise dört yüz elli gün olarak uygulanacaktır. Bu koşulu taşımayanlar ise kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre varsa bu süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam edecektir (İSK.geçici m.23/1). İSK.geçici m.23 kapsamında yapılan başvurular, Kurum tarafından altmış gün içinde sonuçlandırılır. Bu madde kapsamında yapılan başvuru tarihini 31.12.2020 tarihine kadar uzatmaya ve birinci fıkrada belirtilen kısa çalışmadan yararlanma günleri farklılaştırmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir (İSK.geçici m.23/3).

<sup>118</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.737; ÇETİNKAYA, s.467.

<sup>119</sup> BAYHAN, s.35.

#### D. Ücretsiz İzin Uygulaması Yönünden

İş Kanununun geçici 10. maddesi ile İş Kanunu kapsamında olsun veya olmasın her türlü iş sözleşmelerinin 17.04.2020 tarihinden itibaren üç ay süreyle İŞK.m.25/I-3 bendinde belirtilen ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzeri nedenler dışında feshedilemeyeceği belirtilmiştir. Getirilen fesih yasağı nedeniyle işverenler, zorlayıcı nedenin etkilerini hafifletebilmek için işçileri ücretsiz izne çıkarmak isteyebileceklerdir.

Ücretsiz izin kural olarak sözleşmenin tarafı olan işçi ve işverenin ortak iradeleri ile uygulanabilir. Ülkemizde yaşanan yeni koronavirüs salgını (Covid-19) nedeniyle İŞK.geçici m.10 ile işverene işçileri tek taraflı ücretsiz izine ayırma imkanı tanınmış, İŞK.geçici madde 24 ile de işçiye ücretsiz izinde bulunduğu süre içerisinde İşsizlik Sigortası Fonundan nakdi ücret desteği sağlanacağı düzenlenmiştir<sup>120</sup>.

İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen geçici 24. madde ile ücretsiz izinde olan işçilere İşsizlik Sigortası Fonundan nakdi ücret desteği sağlanacağı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; fesih yasağının başladığı 17.04.2020 tarihinden itibaren işsizlik sigortası kapsamında yer alan sigortalının ücretsiz izne çıkarılması halinde sigortalı, kısa çalışma ödeneğinden yararlanmamak ve yaşlılık aylığı almamak şartıyla üç ay süreyle nakdi ücret desteği alabilecektir. Ayrıca yeni koronavirüs salgını (Covid 19) nedeniyle zorlayıcı nedenin ülkemizde görünmeye başladığı 15.03.2020 tarihinden sonra fesih yasağının bulunmadığı dönemde iş sözleşmeleri feshedilen, ancak fesih nedeni itibarıyla aynı Kanununun 51. maddesine göre işsizlik sigortasından yararlanmaya engel bir durumu bulunmayan, ancak işsizlik ödeneğinden yararlanmayan ve yaşlılık aylığı almayan sigortalılar nakdi ücret desteği alabilecektir. Örneğin, işçinin iş sözleşmesi işverenin işçilerinden birine sataşması nedeniyle feshedilmişse bu durumda işveren işçinin İŞK.m.25/II kapsamında işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetmişse ve İşten Ayrılış Bildirgesinde kod 29 ile çıkış yapmışsa, işçi İŞK.m.51 kapsamında diğer şartları taşırsa

<sup>120</sup> 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 7. maddesi ile İş Kanunu geçici 24. madde eklenmiştir. RG.,17.04.2020, 31102.

dahi fesih nedeni itibariyle işsizlik ödeneğinden yararlanamayacağından bu kişi nakdi ücret desteği alamayacaktır. Ancak işveren tarafından işçinin iş sözleşmesi bildirimli feshedilerek İşten Ayrılış Bildirgesinde kod 4 ile çıkışı yapılmışsa, işçi işsizlik ödeneğinden yararlanma koşullarını taşımıyorsa dahi bu işçiye İşsizlik Sigortası Fonundan nakdi ücret desteği verilecektir.

İşveren tarafından ücretsiz izin uygulanan ve nakdi ücret desteğinden yararlanan işçinin çalıştırıldığına tespiti halinde ödenen nakdi ücret desteği, ödendiği tarihten itibaren yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edileceği gibi aynı zamanda çalıştırılan her işçi ve çalıştırılan her ay için ayrı ayrı olmak üzere fiilin işlendiği tarihteki İşK.m.39'da belirtilen brüt asgari ücret tutarında Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerince idari para cezası uygulanacaktır (İŞK.geçici m.24/2).

#### **E. Yıllık Ücretli İzin Süresi Yönünden**

İşçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için gerekli olan bir yıllık sürenin tespitinde işçinin fiilen çalıştığı süreler ilaveten İşK.m.55'de sayılan yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılar hallerde dikkate alınmalıdır<sup>121</sup>.

İşçinin çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı nedene dayalı olarak faaliyetin aralıksız bir haftadan çok durması sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın on beş günü yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için gerekli olan sürenin tespitinde dikkate alınacaktır (İŞK.m.55/d). Ancak zorlayıcı nedene bağlı engelin ortadan kalkması halinde işçinin yeniden işe başlaması gereklidir. Örneğin ülkemizde yaşanan yeni koronavirus salgınına bağlı olarak işyerindeki faaliyetin bir haftadan fazla sürecek şekilde durması ve işverenin ifayı kabul imkânsızlığına düşmesi halinde işçinin çalışmadan geçirdiği on beş gün yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli olan sürenin hesabında dikkate alınacaktır.

İşçinin çevresinden kaynaklı zorlayıcı nedene dayalı olarak ifa imkânsızlığına düşmesi halinde ise bahsi geçen düzenlemenin uygulama imkânı olmayacaktır. Kanun koyucu, işyerindeki faaliyetin durmasına neden olacak zorlayıcı nedeni bu kapsamda düzenlemiştir.

<sup>121</sup> YUVALI, s.22; KAYIRGAN, s.155.

## SONUÇ

Zorlayıcı neden, önceden öngörülmeven ve engellenmeven, kaçınılması mümkün olmayan dıştan gelen olağanüstü bir olaydır. Zorlayıcı nedenden bahsedebilmek için dış kökenli, borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında gerçekleşen olağanüstü bir olayın meydana gelmiş olması gerekir. Gerçekleşen olay aynı zamanda borcun ifasını engelleyecek nitelikte olmalıdır. Olay ile borcun ifasının mümkün olmaması arasında illiyet bağının bulunması zorlayıcı nedenin varlığı için şarttır. Zorlayıcı nedenden bahsedilebilmesi için ortaya çıkan olayın kaçınılamaz ve öngörülemes olması ve elbette ortaya çıkışında kusurun bulunmaması gereklidir.

Zorlayıcı nedene bağlı olarak ortaya çıkan olay nedeniyle taraflar, ifa veya ifayı kabul imkânsızlığı içerisine düşebilir. İşçinin iş görme ediminin ya da işverenin ücret ödeme borcunun ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda bunun taraflar açısından birtakım sonuçlar doğuracağı açıktır.

İfa imkânsızlığı sürekli olabileceği gibi geçici de olabilir. Zorlayıcı neden, sürekli ifa imkânsızlığına neden olmuşsa, iş sözleşmesine neden olabileceği gibi geçici ifa imkânsızlığına neden olmuşsa bu durumda iş sözleşmesini askıya alıcı bir durum oluşabilecektir.

Yeni koronavirüs salgını, yukarıda belirtilen unsurlar göz önüne alındığında zorlayıcı nedendir. Zorlayıcı neden, mücbir sebep ile benzer şekilde kullanılmaktadır. İş ilişkisinin devamı içerisinde taraflar, yeni koronavirüs salgını nedeniyle temel borçlarını yerine getirmesi mümkün olamayabilir.

İş hukuku kapsamında zorlayıcı nedenin yeni koronavirüs salgını açısından bir takım hüküm ve sonuçları bulunmaktadır.

İş Kanununun 24. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince yeni koronavirüs salgını nedeniyle işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek bir durumun varlığı halinde işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkı bulunmaktadır. İşçinin haklı fesih imkânını kullanması için gerekli olan bir haftalık süre askı süresi olup bu süre içerisinde İşK.m.40 gereği işveren, işçiye yarım ücret ödemesi yapacaktır. Yeni koronavirüs salgını nedeniyle işçinin bir haftadan fazla süreyle çalışmasını alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması

durumunda işveren iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilir. İşçinin çevresinde ortaya çıkan zorlayıcı neden dolayısıyla çalışamayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmelidir. Zorlayıcı nedenin bir haftadan fazla sürmesi, ancak işverence iş sözleşmesinin feshi yoluna gidilmemesi halinde bir haftayı aşan askı süresi içerisinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle askı süresi içerisinde işverenin ücret ve ücret eklerini ödeme ve sigorta primi ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Yeni koronavirüs salgını nedeniyle işverene İşsizlik Sigortası Kanununun geçici 23. maddesi ve İş Kanununun geçici 10. maddesi ile fesih yasağı getirilmiştir. Fesih yasağının getirilmesi ile birlikte salgın hastalık ile birlikte ortaya çıkan zorlayıcı nedene bağlı olarak işverenlerin iş sözleşmelerini sona erdirmeye yoluna gitmemelerini sağlayarak sözleşmelerin varlığını koruyup iş güvencesinin korunması amaçlanmıştır. İşverenin fesih yasağına aykırı davranması halinde feshe geçerlilik tanımak gerekecektir. Ancak işverenin hukuka aykırı davranışının hukuki ve cezai anlamda sonuçlarından sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

İşçiler için fesih yasağı bulunmamakla birlikte Sağlık Bakanlığının 27.03.2020 tarihinde 2020/11 sayılı Kapasite Değerlendirme Komisyonu toplantısında almış olduğu karar ile sağlık çalışanları için fesih yasağı getirilmiştir. Yasalarca tanınan bir hakkın Komisyon Kararı ile ortadan kaldırılması, normlar hiyerarşisine açıkça aykırıdır.

Yeni koronavirüs salgınına bağlı olarak işyerindeki faaliyetin geçici bir süre için kısmen veya tamamen durması veyahut da çalışma süresinin önemli ölçüde azaltılmış olması halinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışmadan yararlanmak mümkün olabilecektir.

Ücretsiz izin kuralı olarak sözleşmenin tarafı olan işçi ve işverenin ortak iradeleri ile uygulanabilir. Ancak yaşanan yeni koronavirüs salgını nedeniyle İŞK. geçici m.10 ile işverene işçileri tek taraflı ücretsiz izine ayırma imkanı tanınmış, İŞK. geçici madde 24 ile de işçiye ücretsiz izinde bulunduğu süre içerisinde İşsizlik Sigortası Fonundan nakdi ücret desteği sağlanacağı düzenlenmiştir.

Yeni koronavirüs salgınına bağlı olarak işyerindeki faaliyetin bir haftadan fazla sürecek şekilde durması ve işverenin ifayı kabul

imkânsızlığına düşmesi halinde işçinin çalışmadan geçirdiği on beş gün yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli olan sürenin hesabında dikkate alınacaktır.



## KAYNAKLAR

- AKIN, Levent/Mustafa Gökhan GÖZEL, <http://journals.tubitak.gov.tr/medical/issues/sag-20-50-si-1/sag-50-si-1-5-2004-133.pdf>, ET.25.05.2020.
- ALPAGUT, Gülsevil, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Süresinden Önce Feshi ve İfa İmkansızlığı”, (Karar İncelemesi), LEGAL İSGHD., S.6, Y.2005.
- ASTARLI, Muhittin “Telafi Çalışması”, LEGAL Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.7, Y.2008.
- ASTARLI, Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, (Çalışma Süreleri).
- AYAN, Aslı/KIRAÇ, F. Suna, Guide for Nuclear Medicine Applications During the COVID-19 Outbreak, [http:// cms.galenos.com.tr /Uploads/Article\\_38364/MIRT-29-49-En.pdf](http://cms.galenos.com.tr/Uploads/Article_38364/MIRT-29-49-En.pdf), ET.25.05.2020.
- BAYHAN, Tefvik, 202 Soru ve Cevapta Açıklamalı ve Örnekli Kısa Çalışma Rehberi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010.
- BEKTAŞ, Özlem Bal, İşsizlik Sigortası, Ankara 2016.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, Prof. Dr. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen, “Ekonomik Krizde Gelir Güvenceleri (İşsizlik Sigortası, Kısa Çalışma Ödeneği ve Ücret Garanti Fonu)”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 13. Yıl Toplantıları, İstanbul Barosu Yayınları, (Kısa).
- CENTEL, Tankut, İş Hukukunda Ücret, 1986.
- Covid-19 Pandemi Değerlendirme Raporu, Türkiye Bilimler Akademisi, 17.04.2020 Ankara, s.15, file:///C:/Users/user/Desktop/COVID-19%20ZORUNLU%20NE DEN%20MİDİR/ Covid-19%20Raporu-revize%20tüba.pdf, ET.25.05.2020.
- ÇALIK, Abdurrahman, “Son Düzenlemeler Işığında Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği”, Mali Çözüm Dergisi, S.153, Y.2019.

- ÇALIK, Abdurrahman, "2010 Yılından İtibaren Kısa Çalışma Süreleri ve Ödenek Miktarları Düşecek mi?", Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S.65, Y.2010, (Ödenek).
- ÇETİNKAYA, Tuba Kayalı, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği", ABD. S.4, Y. 2014.
- ÇOPUROĞLU, Çağlar, Ücret ve Korunması, Ankara 2013.
- DURAN, Fatih, "İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü Arasındaki Ayrım Borca Aykırılık Türlerini Esas Alan Bir Yaklaşımla Açıklanabilir mi?", Sorumluluk Hukuku, Seminerler Makaleler 2017, İstanbul 2017.
- EKMEKÇİ, Ömer, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasına İlişkin Sorunlar", SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.14, Y.2009.
- EKONOMİ, Münir, "İşyerinin Kapatılması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006.
- EKONOMİ, Münir, "Telafi Çalışması", LEGAL İSGHD., S.4, Y.2004, (Telafi).
- ENDES, Nurtaç, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Ankara 2017.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.B., Ankara 2019.
- EYRENCİ, Öner, "Türk Hukukunda Ücretsiz İzin", İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S.5, Y.2001.
- GEREK, Nüvit, "Haftalık Normal Çalışma Sürelerinin Altında Sürelerle Yapılan Çalışmalar İçerisinde "Kısa Çalışma"nın Yeri ve Önemi", LEGAL İSGHD., S.38, C.10, Y.2013.
- Gerekçeli İçtihatlı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması I, Ankara 2019.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 18.B., İstanbul 2020.
- HEYMANN, David L./SHINDO, Nahoko, What Is Next For Public Health?, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7138015/>, ET.25.05.2020.
- İNCİROĞLU, Lütfi, Güncel Yargıtay Kararları Işığında Açıklamalı Yeni İş Kanunu, İstanbul 2006.

- İSTANBULLUOĞLU, Selin, "İş Sözleşmelerinin Askıda Kalma Halleri", LEGAL İSGHD, S.15, Y.2007. s.947.
- KAPLAN, E. Tuncay Senyen, "İşçinin İşgörme Ediminin İfasını Engellenen Nedenler ve Hukuki Sonuçları", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.1, İstanbul 2011.
- KAPLAN, Emine Tuncay, İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, (Fesih).
- KAPLAN, E. Tuncay Senyen, Bireysel İş Hukuku, 10.B., (İş Hukuku).
- KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, Ankara 2011, 2.B.
- KARACA, Ali, "Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Uygulaması", SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.14, Y.2009.
- KARAÇÖP, Eda/YAMAKOĞLU,Efe, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Kanunları İle İlişkisi", LEGAL İSGHD, S.38, C.10, Y.2013.
- KAYIRGAN, Hasan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, İstanbul 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23.B., Ankara 2019.
- KORKMAZ, Fahrettin/ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, 4.B., Ankara 2019.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, "İşyerinin Kapanması", SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.4, Y. 2006.
- KURT, L. Müjde, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m.136), Ankara 2016.
- KÜPELİ, Oğuzhan, Kısa Çalışma Ödeneği Kapsamında İşyeri Analizi ve Türkiye İş Kurumu İçin Model Önerisi (Uzmanlık Tezi), Ankara 2014, file:///C:/Users/user/Desktop/oguzhan-kupeli-%20kısa%20çalışma.pdf, ET.21.05.2020.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 3.B., Ankara 2008.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995, (Hizmet).

- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Bireysel İş Hukuku, C.1,3.B., Ankara 2019.
- OCAK, Uğur, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, 6.B., 2.Kitap, Gaziantep 2018.
- ÖĞUZMAN, M.Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, 17.B., İstanbul 2019.
- ÖZLEM, Ak, "Epidemiydi Artık Pandemi COVID-19 Salgını", Bilim ve Teknik Dergisi, Nisan 2020.
- ÖZVERİ, Murat, "Kriz Koşullarında İş Yasası Uygulama Sorunları", Çalışma Hukuku I. Sempozyum, 2009, Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli Barosu.
- PAK, Elif, Türk Borçlar Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü (TBK MD.138), Ankara 2020.
- SÜZEK, Sarper, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 18.B., İstanbul 2019, (İş Hukuku).
- ŞAHİN, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara 2020.
- ŞENOL, H. Kübra, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, İstanbul 2016.
- TAŞKENT, Savaş, "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması", SİCİL İş Hukuku Dergisi, S.3, Y.2006.
- TULUKÇU, N. Binnur, "Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Uygulamasının Değerlendirilmesi", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.91, C.9, Y.2014.
- Türk Tabipleri Birliği COVID-19 Danışma ve İzleme Kurulu COVID-19 Pandemisi İki Aylık Değerlendirme Raporu, COVID-19 Pandemisinde Zaman Çizelgesi (Kronolojik Olarak Önemli Gelişmeler), file:///C:/Users/user/Desktop/COVID-19%20ZORUNLU%20NEDEN%20MİDİR/tb%20pandemi%20raporu.pdf, ET.25.05.2020.
- UĞRAŞ, Boray, "İş Hukukunda Kısa Çalışma Kavramı ve Kısa Çalışma Ödeneğine Hak Kazanmanın Koşulları", Çalışma İlişkileri Dergisi, S.1, C.5, Y.2014.

ÜSTÜN, Çağatay/ÖZÇİFTÇİ, Seçil, "COVID-19 Pandemisinin Sosyal Yaşam ve Etik Düzlem Üzerine Etkileri: Bir Değerlendirme Çalışması", Anadolu Kliniği Tıp Bilimleri Dergisi, Ek S.1, C.25, Ocak 2020.

YAMAKOĞLU, Efe/KARAÇÖP, Eda, "İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları", Prof Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul 2014.

YAMAN, Rabiye, "İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları", Prof Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C.II, İstanbul 2016.

YENİSEY, Kübra Doğan, "Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku Uygulamasına Etkisi", İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002.

YUVALI, Ertuğrul, "İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları İle Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", Kamu-İş Dergisi, S.3, C.12, Y.2012.

### ERİŞİM SİTELERİ

<https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/covid-19-yeni-koronavirus-hastaligi-nedir>, ET.24.05.2020.

<https://www.who.int/news-room/articles-detail/standardization-of-vaccines-for-coronavirus-disease-COVID-19>, ET. 25.05.2020

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>, ET. 25.05.2020.

Who Director-General's Opening Remarks at The Media Briefing on Covid-19-11 March 2020, <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19-11-march-2020>- ET.25.05.2020.

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7138015/>, ET.24.05.2020.

<https://tr.euronews.com/2020/05/14/dso-ye-gore-covid-19-bir-epidemik-pekti-pandemik-ile-epidemik-arasindaki-fark-ne>, ET.23.05.2020.

<https://www.dw.com/tr/ds%C3%B6-koronavir%C3%BCs%C3%BC-pandemi-il-an-etti/a-52727627>, ET.25.05.2020.

<https://hacumre.diyaret.gov.tr/Detay/407/kovid-19-ile-m%C3%BCca-dele-kapsam%C4%B1nda-diyaret-i%C5%9Fleri-ba%C5%9Fkanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1'n%C4%B1n-umre>

organizasyonlar%C4%B1nda-alm%C4%B1%C5%9F-oldu%C4%9Fu-ted-  
birler-ve-istatistikler, ET.24.05.2020.

[https://tr.wikipedia.org/wiki/Koronavir%C3%BCsBilim\\_Kurulu](https://tr.wikipedia.org/wiki/Koronavir%C3%BCsBilim_Kurulu),  
ET.26.05.2020.

## CEZA MUHALEMESİNDE ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN YAKINLARININ TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI - KAPSAMI, KOŞULLARI VE SONUÇLARI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Faruk TURHAN\*

### Öz

CMK md. 45'te şüpheli veya sanığın nişanlısına, eşine, eski eşine ve maddede belirtilen yakın hısımlarına herhangi bir neden göstermeye gerek olmadan tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Bizzat tanık tarafından kullanılabilen bu hakkın önemini anlayabilecek durumda olmayanların tanıklık yapması ise kanuni temsilcinin onayına bağlanmıştır. Çalışmada, çekinme hakkına sahip olanların kapsamının belirlenmesi, çekinme konusunda tanığın bilgilendirilmesi, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanların tanıklıktan çekinmesi ile ilgili ortaya çıkabilecek sorunlar, çekinme hakkının kullanılmasının sonuçları ve bu sonuçlardan biri olan önceki beyanın değerlendirilmesi yasağı ele alınmıştır. Çekinme hakkına ilişkin kanundaki düzenlemeler kaynak Alman CMK ile büyük oranda örtüştüğü için konu ile ilgili Alman hukukundaki bilimsel çalışmalar ve içtihatlar da dikkate alınmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Ceza Muhakemesinde Tanıklık • Tanıklıktan Çekinme Hakkı • Çekinme Hakkı Konusunda Bilgilendirme • Yakın Hısımların Tanıklıktan Çekinme Hakkı • Çekinme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

\* Prof. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye | Prof. Dr., Suleyman Demirel University, Faculty of Law, Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law, Isparta, Turkey.

✉ farukturhan@sdu.edu.tr • ORCID 0000-0002-4250-4675

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1383-1427.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## AN EVALUATION ABOUT CONTENTS, TERMS AND CONSEQUENCES OF RIGHT TO REFUSAL TO TESTIFY IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

### Abstract

In terms of Turkish Criminal Procedure Law no. 5271, suspect's or defendant's fiancé, husband, wife, former spouse, and the mentioned other persons have the right to refuse to be a witness without having to show any reason. A witness can use this right only in person. But a person, who may not recognize the meaning and importance of being a witness, cannot be a witness without the permission of his or her legal representative. Our study determines the content of persons who have the right to refuse to be a witness. Also in this study; using the right to refuse to be a witness, inform the witness about this right, consequences of violating the obligation of inform, problems that may arise regarding the refusal of being a witness by children, mentally ill and mentally impaired people; consequences of using this right and lastly prohibition of evaluating former statement were evaluated. Regulations about the right to refuse to be a witness are significantly similar to source German Criminal Procedure Law; because of that, the subject was examined by taking German court decisions and scientific studies into account.

### Key Words

Witness in Criminal Procedure • Right of Refusal to Testify • Close Relatives' Right of Refusal to Testify • Informing About Right of Refusal to Testify • Consequences of Refuse to Be a Witness

### I. Giriş

Ceza muhakemesinde kural olarak her tanık, yetkili merci tarafından çağrıldığı zaman gelmek ve beyanda bulunmak zorundadır (CMK md. 43-45, 60).<sup>1</sup> Ancak CMK md. 45 ve devamındaki düzenlemelerle beyanda bulunma zorunluluğuna birtakım istisnalar getirilmiştir. Kanun koyucu bazı hallerde tanığa, tanıklıktan çekinme hakkı, yani beyanda bulunmama hakkı tanımış, bazı hallerde ise tanıklıktan çekinme zorunluluğu getirmiştir. Bunlar bazen yakın hısımlıktan, bazen meslek sırrından, bazen de tanığın kendisini ve yakınlarını koruma amacından kaynaklanmaktadır. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin yeminden de çekinme hakları vardır (md. 51).

<sup>1</sup> Bkz. ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Ankara 2019, s. 258; ŞAHİN, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 10. Bası, Ankara 2020, s. 39.



CMK'daki tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin düzenlemeleri, sınırsız tanıklıktan çekinme hakkına, meslek sırrı nedeniyle sınırlı olarak tanıklıktan çekinme mecburiyetine<sup>2</sup> ve ceza kovuşturmasına uğratabilecek sorulara cevap vermekten çekinme hakkına ilişkin olmak üzere üç grup altında toplamak mümkündür. Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili kural olarak tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmemiş, ancak bu konudaki tanıklık belli koşullara ve usule tabi tutulmuştur. Kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle öğrendikleri ve gizli kalması gereken bilgiler hakkında - bu bilgiler devlet sırrı teşkil etmediği takdirde - tanıklık yapmaları CMK'da düzenlenmemiştir.

Sınırsız olarak tanıklıktan çekinme hakkı CMK md. 45'te şüpheli veya sanığın nişanlısına, eşine, eski eşine ve maddede belirtilen yakın hısımlarına tanınmıştır. Bu hakkın kullanılmasında herhangi bir neden gösterilmesi gerekli değildir. Bu hak, bizzat tanık tarafından kullanılabilen kişiye bağlı bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanların tanıklık yapması kanuni temsilcinin onayına bağlanmıştır. Kanuni temsilci şüpheli veya sanık olması halinde çekinme hakkı konusunda karar veremeyecektir. Bu durumda çekinme hakkı konusunda kimin karar vereceği kanunda düzenlenmiş olup, konu tartışmalıdır.

Tanık, çekinme hakkını kullanmaktan feragat edebilir; ancak bu feragatini geri alarak çekinme hakkını kullanabilir. Bu durumda tanığın

<sup>2</sup> Sağlık mesleği mensuplarının tanıklıktan çekinme mecburiyeti konusunda bkz. ÖZGENÇ, İzzet, "Sağlık Hizmeti Bağlamında Sır Saklama Yükümlülüğü ve Kapsamı", *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Eylül-Ekim-Kasım 2007, Sayı: 4, s. 98 vd.; ÖZGENÇ, İzzet, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları", *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Aralık-Ocak-Şubat 2007 - 2008, Sayı: 5, s. 86 vd. (<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>) (Erişim tarihi: 06.07.2020). Belirtelim ki, bütün bu durumlarda, başta tabip olmak üzere tedavide görev alan ve bu nedenle tanıklığına başvuru olan sağlık mesleği mensubu kişilerin Ceza Muhakemesi Kanununun aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğüne ilişkin hükümlerine (m. 46) istinaden tanıklık yapmaktan çekinmeleri söz konusu olacaktır. Bu bakımdan, aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda suçu bildirme yükümlülüğünün varlığından söz edilemez. Ancak, bu durumdan TCK'nın 280. maddesi hükümleriyle CMK'nın aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğüne ilişkin 46. maddesi hükümleri arasında bir çelişkinin bulunduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bu durum karşısında, CMK'nın 46. maddesindeki aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğü, TCK'nın 280. maddesindeki suçu bildirmeme suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak telakki edilmek gerekecektir.

önceki beyanı delil olarak kullanılamayacaktır. Çekinme hakkının duruşmadaki dinleme sırasında kullanılması halinde o ana kadar yapılan açıklamaların delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır.

Çekinme hakkına sahip olanlara bu hakları tanıklıktan önce bildirilmesi zorunlu olup (md. 45/3), bildirme zorunluluğunun ihlali hükmün bozulması nedeni oluşturabilir.

Tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin CMK md. 45'teki düzenleme CMUK md. 47'den alınmış olmakla birlikte CMK md. 45'te iki önemli yenilik yer almaktadır. Bunlardan birincisi, şüpheli veya sanıkla arasında evlatlık bağı bulunanlara da tanıklıktan çekinme hakkı verilmiş olmasıdır. İkincisi ise, tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanların kanuni temsilcilerinin rızalarıyla ancak tanık olarak dinlenebileceklerine ilişkin hükümdür. CMUK md. 47'deki bu eksiklikler CMK md. 45'de giderilmiştir. Ancak velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanıyor olması ve bunlardan birinin şüpheli veya sanık olması halinde diğerinin çekinme konusunda karar verip veremeyeceği konusu CMK'da düzenlenmemiş olup doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Üzerinde tartışma olan bir diğer konu ise kanuni temsilcinin tanıklıktan çekinme konusunda karar verme yetkisinin olmaması halinde ayırt etme gücüne sahip olmayan tanığın çekinmesi konusunda kimin karar vereceğidir. Çünkü bu konu da CMK md. 45/2'de düzenlenmemiştir. Alman Ceza Muhakemesindeki görüşler de dikkate alınarak çalışmada bu sorunlar üzerinde durulacaktır.

Şüpheli veya sanığın yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı kaynak Alman CMK § 52'de düzenlenmiş olup, zaman içinde bu hakkın kapsam ve koşullarında önemli bazı değişiklikler yapılmıştır. CMK md. 45 düzenlemesi önemli oranda kaynak Alman CMK ile aynıdır. CMK md. 45'in kapsam ve koşullarının belirlenmesinde Alman doktrin ve uygulamasının dikkate alınması konunun anlaşılmasında yararlı olacaktır. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkının kapsamı, koşulları ve çekinmenin sonuçları hakkında Türk hukukundaki bilimsel çalışmalar da yeterli düzeyde değildir. Konu ile ilgili Yargıtay kararlarının da yeterli sayı ve çeşitlilikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Konu ile ilgili ulaşabildiğimiz Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi kararları sınırlı sayıda olup, bunların da çoğunluğu çekinme hakkının bildirilmemesi ile ilgilidir. Tanıkların çekinme hakkına ilişkin Alman ceza muhakemesi hukukunda ise oldukça fazla çalışma ve yüksek mahkeme

kararları bulunmaktadır.<sup>3</sup> Bu nedenle konunun incelenmesinde Alman kaynakları da dikkate alınmıştır.<sup>4</sup>

## II. Şüpheli veya Sanığın Yakınlarına Tanıklıktan Çekinme Hakkı Verilmesinin Gerekçesi

CMK md. 45/1'de, "Aşağıdaki kişiler tanıklıktan çekinebilir" denilerek, şüpheli veya sanığın yakınlarının tanıklıktan çekinebileceği belirtilmiştir. Her ne kadar madde başlığında sadece "tanıklıktan çekinme" ifadesine yer verilmişse de md. 45/1'in ifadesi tanıklıktan çekinme konusunda sübjektif bir hakka işaret etmektedir. Alman CMK § 52'nin madde başlığı ise "sanığın yakınlarının tanıklıktan çekinme hakkı" adını taşımakta<sup>5</sup> ve maddenin 1. paragrafı da, "Aşağıdaki kişiler tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir" ifadesini içermektedir.<sup>6</sup> CMK md. 45'in madde başlığının da kaynak Alman CMK'da olduğu gibi tanıklıktan çekinme hakkı şeklinde olması yerinde olurdu. Ancak mevcut düzenlemeyi de tanıklıktan çekinme konusunda tanığa sübjektif bir hak verdiği ve tanığın bu hakkı konusunda bilgilendirilme yükümlülüğü getirildiği şekilde anlamak gerekir. Çekinme hakkı konusunda bilgilendirme yükümlülüğü aşağıda ele alınacaktır.

Şüpheli veya sanığın nişanlısı, eşi, eski eşi ve kanunda belirtilen yakın hısımlarına herhangi bir neden göstermeksizin tanıklıktan çekinme hakkı verilmesine ilişkin düzenlemenin gerekçesi ile ilgili olarak bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Alman yüksek mahkeme kararlarına göre çekinme hakkına ilişkin kanundaki düzenleme ile şüpheli veya sanığın yakını olarak ya suçlayıcı beyanda bulunmak ya da yalan söylemek zorunda kalabilecek olan tanığın özel durumu dikkate alınmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre, yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlamak tanığın kişilik hakları ile bağdaşmayacağı için hiç kimse bir yakınınun cezalandırılmasına aktif olarak katkıda bu-

<sup>3</sup> Alman CMK § 52 ile ilgili mahkeme kararlarının (1.175 karar) listesine ulaşmak için bkz: <https://dejure.org/dienste/lex/StPO/52/1.html> (erişim tarihi: 11.08.2020).

<sup>4</sup> Ancak Alman CMK § 52 ile ilgili çok sayıda Alman yüksek mahkeme kararları, serhler, makale ve karar kritiklerinden çok azına bu çalışmada atıfta bulunma imkanı olduğunu belirtmemiz gerekiyor. Atıfta bulunulan bazı yayınların da çoğunluk görüşünü yansıtmamış olabileceğini ifade etmek gerekir.

<sup>5</sup> "Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten". Alman CMK'ya paragraf (madde) başlıkları ilk olarak 17.07.2015 tarihli Kanun değişikliği ile eklenmiştir. Bkz. BGBl 2015 I 1332, Artikel 1 Nr. 13.

<sup>6</sup> Alman CMK'nun Türkçe çevrisi için bkz. YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu/Strafprozessordnung (StPO)**, İstanbul 2015.

lunmaya zorlanmamalıdır. Mahkemeye göre aynı husus, tanığın kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmaması için de geçerlidir. Çekinme hakkına ilişkin kanundaki düzenleme uyarınca ceza kovuşturmasının mümkün olduğunca engellenmeden gerçekleştirilmesi ve suçların aydınlatılmasındaki kamusal yarar, tanığın kanunda belirtilen derecedeki bir yakına karşı tanıklık yapmaktan dolayı maruz kalacağı kişisel sıkıntı karşısında geri planda kalmalıdır.<sup>7</sup> Federal Anayasa Mahkemesine göre § 52'deki çekinme hakkı Alman Anayasasının 2. maddesinin 1. fıkrasındaki genel kişilik hakları güvencesine dayanmaktadır.<sup>8</sup> Federal Yüksek Mahkemeye göre de Alman CMK § 52'deki tanıklıktan çekinme hakkının amacı, bir taraftan gerçeği söylemekle yükümlü olan diğer taraftan da beyanı ile bir yakınına zarar vermek korku ve endişesi içinde olan tanığı zor durumda kalmaktan kurtarmaktır/korumaktır.<sup>9</sup> Bu düzenleme ile ya yakını olan sanığı suçlayıcı beyanda bulunmak ya da gerçeği söylemek durumunda olan tanığın içinde bulunduğu zor durum dikkate alınmaktadır.<sup>10</sup> Tanığın yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması sonucunda içine düşeceği zor durumun, suçların aydınlatılmasındaki kamusal yarardan daha ağır basacağını düşünen kanun koyucu tanıklara çekinme hakkı vermiştir.<sup>11</sup> Çekinme hakkı tanınmasının gerekçesi hakkında farklı görüşler olsa da Federal Yüksek Mahkeme

<sup>7</sup> Bkz. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 25.03.2003 tarih ve 2 BvR 1337/03 sayılı kararı, Kn. 5 ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2003/09/rk20030925\\_2bvr133703.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2003/09/rk20030925_2bvr133703.html)); ayrıca bkz. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (Bundesgerichtshof; bu çalışmanın dipnotların BGH olarak atıfta bulunulmuştur) 08.05.1952 tarih ve- 3 StR 1199/51 sayılı kararı (karar metni için bkz. NJW 1952, 755).

<sup>8</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, Kn. 4; aynı yönde ROGAL, Klaus, in: **Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK**, Cilt I, 4. Bası 2013, StPO § 52 Kn. 8 (Atıf: SK-StPO/ROGAL, StPO §).

<sup>9</sup> BGH, 01.08.2018 – 1 BGs 324/18 = NStZ-RR 2018, 319. Federal Yüksek Mahkemenin bu yöndeki önceki içtihadı için bkz. BGH, 08. 05. 1952 - 3 StR 1199/51 = NJW 1952, 755.

<sup>10</sup> BGH, 08. 02. 1966 - 5 StR 513/65: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/8dea8d2b-606f-4278-8974-66b9c6716966> (Erişim tarihi: 15.08.2020).

<sup>11</sup> Bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkı verilmesinin nedenleri hakkındaki görüşler ve tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SK-StPO/ROGAL, Cilt I, StPO § 52 Kn. 8 vd.

ve Federal Anayasa Mahkemesinin görüşleri doktrinde genel itibariyle kabul görmektedir.<sup>12</sup>

Yakınları hakkında tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin CMK md. 45'in düzenlemenin amacı hakkında Türk hukukunda da Alman hukukuna benzer görüşler ileri sürülmüştür.<sup>13</sup> Kanaatimce yakın hısımlara tanıklıktan çekinme hakkı verilmesinin amacı, Alman yüksek mahkemelerinin isabetli olarak belirtildiği üzere, gerçeğe uygun beyanda bulunduğu takdirde yakını olan şüpheli veya sanığa zarar vereceği endişesinden tanığı korumaktır. Yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlamak tanığın kişilik hakları ile bağdaşmaz. Çekinme hakkı verilmesinin diğer bir nedeni de suçlayıcı beyanlarla aile barışının bozulmasını önlemektir. Tanık, bilinçli olarak bir yakını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmamalıdır.<sup>14</sup> Ceza muhakemesinde gerçeğin aydınlatılması yükümlülüğünün de sınırları vardır. Bu sınırlardan birisi de tanığın ko-

<sup>12</sup> BADER, Markus, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Rolf Hannig (Hrsg.)** 8. Bası 2019, StPO § 52 Kn. 1; Bkz. MEYER-GOSSNER, Lutz, **Strafprozessordnung StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen**, 56. Bası, 2013, StPO § 52 Kn. 1; PERCIC, Marcus, in: **Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Cilt 1, §§ 1-150 StPO**, Hans Kudlich (Hrsg.) 1. Bası 2014, StPO §) 52 Kn. 1; ; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 8.

<sup>13</sup> Bkz. ÖNDER, Ayhan, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı", İHFM, Cilt XXIX, Sayı 3, s. 885 vd.; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Ankara 2019, s. 612; Yazarlara göre, "sayılan kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanımak suretiyle insan doğasına aykırı olarak kişileri tanıklığa zorlamak, diğer bir deyimle yalan beyanda bulunmak ile yakını aleyhinde beyanda bulunmak arasında tercih yapmak zorunda bırakmamak; aile içinde karşılıklı güven ilişkisini zedelememek istemektedir." ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Esfer/ALTINOK VILLEMİN, Derya/TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Ankara 2019, s. 301; Yazarlara göre, "CMK md. 45, insan doğasına aykırı biçimde kişileri tanıklığa zorlamamak ve aile içi karşılıklı güven ilişkisini bozmamak düşüncesiyle şüpheli veya sanığın yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır." ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 51; Yazarlara göre, "Kanun, aile ve akrabalık ilişkilerinin devamındaki yarar ile gerçeğin ortaya çıkmasındaki yarar arasında, birincisi lehine tercihte bulunmuştur." YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Ankara 2019, s. 512; Yazarlara göre, "Kanun, maddi gerçeğin araştırılması menfaati ile aile birliğinin korunması menfaatini tartarak, aile birliği lehine bir düzenleme yapmış, yalan söylemeleri ihtimalinin kuvvetli olduğunu düşünerek, bunu önlemek için" "tanıklıktan çekinme yetkisi tanımıştır." Ayrıca bkz. FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996, s. 197.

<sup>14</sup> BGH, 5. 1. 1968 - 4 StR 425/67 = NJW 1968, 559.

runmasıdır. Ayrıca belirtilen kişileri tanıklığa zorlayarak elde edilecek beyanın gerçeği bulmada fazla bir değeri olmayacaktır.<sup>15</sup> Tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığın bu hakkından feragat edip tanıklık yapması halinde artık doğru beyanda bulunma yükümlülüğü vardır.<sup>16</sup>

## II. Çekinme Hakkı Tanınan Şüpheli veya Sanığın Yakınları

Tanıklıktan çekinme hakkı tanınan şüpheli veya sanığın yakınları CMK md. 45/1'de sınırlı bir şekilde sayılmış olup, bunların dışındaki yakınların tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır.<sup>17</sup> Bu nedenle şüpheli veya sanığın, evli olmadan uzun süredir birlikte yaşadığı kişinin, vasisinin, vesayeti altındaki kişinin veya koruyucu aile bireylerinin tanıklıktan çekinme hakkı yoktur. Md. 45/1'de sayılan kişiler şunlardır:

### 1. Şüpheli veya Sanığın Nişanlısı

Md. 45/1-a'ya göre, şüpheli veya sanığın nişanlısı tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Çekinme hakkının varlığı için tanıklık konusu fiilin gerçekleştiği sırada nişanlılığın bulunması gerekmez. Ancak çekinme hakkının kullanılabilmesi için tanıklık yapılacağı sırada nişanlılığın halen mevcut olması gerekir.<sup>18</sup> Bu nedenle evlilikten farklı olarak tanıklığın konusunu oluşturan olayın meydana geldiği sırasında mevcut olan nişanlılık tanıklık yapılacağı sırada sona ermişse, tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır.<sup>19</sup> Tanıklıktan çekinme hakkı açısından nişanlanmadan ne anlaşılması gerektiği ve geçerlilik şartları konusunda CMK'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Nişanlanmaya dayanan tanıklıktan çekinme hakkı kötüye kullanılabilir. Özellikle fuhuş suçlarında en önemli tanığın duruşma aşamasında birden sanığın nişanlısı olduğunu beyan ettiği görülmektedir.<sup>20</sup> Bu nedenle geçerli bir nişanlılığın koşulları bakımından Medeni Kanun (MK)

<sup>15</sup> ROXIN, Klaus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 27. Bası, Münih 2012, § 26, Kn. 14, s. 203; YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2019, s. 322.

<sup>16</sup> GÖKTÜRK, Neslihan, "Yalan Tanıklık Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Yıl. 2016, Sayı: 1, s. 361.

<sup>17</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 615.

<sup>18</sup> MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 4; ÖNDER, s. 893; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 613.

<sup>19</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 21.

<sup>20</sup> KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, 8. Bası, 2010, s. 497, Kn. 813; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 513.

hükümleri dikkate alınmalıdır.<sup>21</sup> MK md. 118'e göre nişanlanma, evlenme vaadi ile olur. Gerçekte evli olan bir kimse bir başkası ile evlenemeyeceği için geçerli bir nişanlanma da yapamaz; buna rağmen yapmışsa bu nişanlanma geçerli değildir.<sup>22</sup> Böyle bir kişinin CMK açısından tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmaz.<sup>23</sup> Nişan sözleşmesi birbiri ile evlenmek isteyen kadın ve erkeğin evlenme iradelerini açıklamaları ile meydana gelir. Türk hukuk sisteminde aynı cinsten kişilerin evlenmesi hukuken mümkün olmadığı<sup>24</sup> için bunların nişanlanması geçerli değildir; bu durumdaki bir kişinin tanıklıktan çekinme hakkı da olmayacaktır. Alman hukukunda ise eşcinsel evlilikler kabul edildiği için eşcinsel nişanlılık da tanıklıktan çekinme hakkı vermektedir. Eşcinsel evliliğin çekinme hakkına etkisi aşağıda ele alınacaktır.

Nişanlanmanın geçerliliği için MK'da herhangi bir şekil şartı öngörülmemekle birlikte tarafların karşılıklı ve ciddi olarak birbirlerine evlenme vaadinde bulunmaları gerekir. Bu nedenle nişanlanan taraflardan birisinde ciddi bir şekilde evlenme niyeti bulunmuyorsa - bu durum karşı tarafça bilinmese bile - veya taraflardan birisi daha sonra evlenme niyetinden vazgeçmişse, nişanlanma geçerli olmayacağı için ceza muhakemesi açısından tanıklıktan çekinme hakkı da söz konusu olmayacaktır.<sup>25</sup> Evlilik dolandırıcılarının evlenme vaadinde geçerli bir nişanlanma söz konusu olmadığı için bu durum tanıklıktan çekinme hakkı vermez.<sup>26</sup>

## 2. Şüpheli veya Sanığın Eşi ve Eski Eşi

Şüpheli veya sanığın eşi veya eski eşine de tanıklıktan çekinme hakkı verilmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı için evliliğin kanuna göre kurulmuş olması yeterli olup, evlenmenin mutlak butlan veya nisbi butlan ile batıl olması bu açıdan önem taşımaz.<sup>27</sup> Evliliğin tanıklığa konu

<sup>21</sup> Alman doktrininde ise medeni hukuka göre nişanlılığın geçerlilik şartlarının ceza muhakemesinde tanıklıktan çekinme hakkı için ölçüt olmayacağı belirtilmektedir. Bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 23.

<sup>22</sup> Yargıtay 3. HD, 11.06.2009, E. 2009/8106, K. 2009/10088.

<sup>23</sup> Bu konuda Alman hukukundaki farklı görüşler ve tartışmalar için bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 53 Kn. 25-26. Ayrıca bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018, s. 274.

<sup>24</sup> MK'da aynı cinsten kişilerin evlenmelerini yasaklayan açık bir hüküm bulunmakla birlikte, birçok maddede evliliğin ancak bir kadın ile bir erkek arasında kurulabileceğine ilişkin ifadeler bulunmaktadır. Bkz. MK md. 124, 134, 136.

<sup>25</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 24; ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 10; ÖNDER, s. 891.

<sup>26</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 10.

<sup>27</sup> MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 5; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 14.

olan fiilden sonra gerçekleşmiş olması halinde de çekinme hakkı söz konusu olacaktır. Md. 45/1-b'de, "evlilik bağı kalmasa bile" tanıklıktan çekinme hakkı devam edeceği belirtildiği için evliliğin, boşanma veya iptal yoluyla sona ermesi çekinme hakkını sona erdirmeyecektir.<sup>28</sup> Evliliğin MK'ya göre kurulmuş olması gerektiği için evlilik dışı sürekli birlikte yaşama veya dini nikaha dayalı evlilikler tanıklıktan çekinme hakkı vermez.<sup>29</sup> Ancak taraflar birbirlerine ciddi olarak ileride evlenmeye söz vermişler ve evlenme engeli de bulunmuyorsa bu durumu nişanlılık olarak nitelendirip çekinme hakkının varlığı kabul edilebilir.<sup>30</sup> Yurt dışında yapılan evliliklerin çekinme hakkı verebilmesi için yapılan evliliğin Türk hukuku açısından tanınabilir olması gerekir.<sup>31</sup>

Almanya'da 1 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe giren "Aynı Cinsiyetten Olan Kişilerin Evlenme Haklarının Yürürlüğe Konmasına İlişkin Kanun"<sup>32</sup> ile aynı cinsiyetten kişilere de medeni hukuk anlamında evlenme hakkı verilmiştir.<sup>33</sup> Bunun sonucu olarak da şüpheli veya sanığın eşcinsel eşi ve onun yakın hısımları da, farklı cinsiyetten eşlerde olduğu gibi, Alman CMK § 52 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip olmuştur. Alman CMK § 52/I-2a'ya göre, tescil edilmiş hayat ortaklığında sanığın eşcinsel hayat otağının da tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> CMUK'da olduğu gibi CMK'da da eski eşe tanıklıktan çekinme hakkı verilmiştir. Kanaatimizce, yukarıda açıklanan şüpheli veya sanığın yakınlarına çekinme hakkı verilmesinin nedeni olan gerçeğe uygun beyanda bulunduğu takdirde yakını olan şüpheli veya sanığa zarar vereceği endişesinden tanığı korumanın eski eş için geçerli olduğunu çoğu zaman söylemek zordur.

<sup>29</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 613-614; ÖZEN, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Ankara 2018, s. 322; ÖZTÜRK (Editör), s. 302. CENTEL /ZAFER'e göre (s. 274), uzun süreli evlilik dışı beraberlikler için de tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmelidir.

<sup>30</sup> ÖNDER'e göre (s. 894), "Dini nikah evlilik birliğinin teessüs etmiş olması ve şahitlikten çekinme hususunda bir hak doğurmaz ise de, bu halin, şartları varsa nişanlılık olarak kabulü mümkündür."

<sup>31</sup> Alman hukuku için bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 5.

<sup>32</sup> Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts: [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI&jumpTo=bgbl117s2787.pdf#\\_bgbl\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl117s2787.pdf%27%5D\\_1593337333746](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl117s2787.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s2787.pdf%27%5D_1593337333746).

<sup>33</sup> Alman Medeni Kanunu § 1353 fık. 1 cümle 1'in yeni düzenlemesine göre, "Evlilik, farklı cinsiyetten veya aynı cinsiyetten iki kişinin yaşam boyu için kurulur."

<sup>34</sup> 17.08.2001 tarihinde yürürlüğe giren Eşcinsel Birlikteliklere Karşı Ayrımcılığın Sona Erdirilmesine Dair Kanun ile Alman CMK § 52/I'e 2a bendi eklenerek, aynı cinsiyet-



### 3. Şüpheli veya Sanığın Kan veya Kayın Hısımlığından Üstsoy veya Altsoy

CMK Md. 45/1-c'ye göre, derecesine bakılmaksızın şüpheli veya sanığın üstsoy ve altsoy kan veya kayın hısımları tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Hısımlık MK'da düzenlendiği için hısımlığın bulunup bulunmadığı da MK hükümlerine göre belirlenmelidir. Kan ve kayın hısımlığı MK md. 16 ve 17'de tanımlanmıştır. Evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasındaki soybağı tanıma (MK md. 295 vd.) veya babalığa dair hakim kararı (MK md. 301 vd.) ile kurulmasından sonra doğacağı için tanıklıktan çekinme hakkı da ancak bundan sonra söz konusu olacaktır. Yine "evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır" (MK md. 285) hükmü uyarınca, babalık karinesi geçerli olduğu zaman soybağının reddi davası açılarak babalık karinesi çürütülmediği (MK md. 286 vd.) sürece, evlilik birliği içinde başka bir babadan olan çocuk ile gerçek babası arasında tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır. Evlenme ile eşlerden biri diğer eşin kan hısımları ile aynı tür ve dereceden kayın hısımları olacağı için, eşin önceki evliliğinden doğan çocuğu ile yeni eş arasında üstsoy – altsoy kayın hısımlığı meydana gelecek (MK md. 18/1) ve bu hısımlık da tanıklıktan çekinme hakkı verecektir.<sup>35</sup>

### 4. Şüpheli veya Sanığın Üçüncü Derece Dahil Kan veya İkinci Derece Dahil Kayın Hısımları

Her ne kadar CMK md. 45/1-d'de sadece hısımlığın derecesi belirtilmişse de, aynı fıkranın c bendinde altsoy – üst soy hısımların tanıklıktan çekinme hakkı düzenlenmiş olduğu için bu bentte sadece yansoy hısımlığının kastedildiği anlaşılmaktadır. Kan bağına dayanan hısımlık,

---

ten kişilerin kurdukları hayat ortaklığında partnerlere tanıklıktan çekinme hakkı verilmiştir. Ancak 1 Ekim 2017 tarihinde aynı cinsiyette olanlara medeni hukuk anlamında evlilik birliği kurma hakkı tanındığı için bu tarihten sonra artık yeni hayat ortaklığı kurulması kabul edilmemiştir. Bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 14a. § 52/1-2a'ya dayanan tanıklıktan çekinme hakkı, hayat ortaklığının sona erdirilmesi veya partnerin ölmesi sonucu sona ermemektedir. Şüpheli veya sanığın kayın hısımlarında olduğu gibi, hayat ortağının hısımlarına karşı da tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır. Bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 14c.

<sup>35</sup> Ancak kayın hısımlığı, eş ile diğer eşin hısımları arasında meydana geldiği için eşlerin hısımlarının birbirine karşı tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır. Örneğin, önceki evliliğinden çocuk sahibi olan bay A'nın yine önceki evliliğinden çocuk sahibi olan bayan B ile evlenmesi halinde A ve B'nin bu çocukları birbirleri ile hısımlık olmayacağı için tanıklıktan çekinme hakları da olmayacaktır.

evlenme ile meydana gelen kayın hısımlığına göre daha yakın bir bağ olarak görüldüğü için kan hısımlığında üçüncü dereceye, kayın hısımlığında ise ikinci dereceye kadar (bu dereceler dahil) tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmayacağı (MK md. 18/2) için, evlilik sona erse bile kayın hısımlığından doğan tanıklıktan çekinme hakkı ortadan kalkmayacaktır.

### 5. Şüpheli veya Sanıkla Aralarında Evlatlık Bağı Bulunanlar

MK'ya göre, evlat edinme sonucunda evlat edinen ile evlatlık arasında kanundan doğan bir üstsoy-altsoy hısımlığı meydana gelmekte (MK md. 282/2) ve bu hısımlık da CMK md. 45/1-e'ye göre tanıklıktan çekinme hakkı vermektedir. Ancak bu hısımlık kan bağına dayanmadığından, evlatlık, kendisini evlat edinmiş olan kişinin kan hısımlarıyla hısımlık olmadığı gibi evlat edinen ile evlatlığın kan hısımları arasında da herhangi bir hısımlık bağı doğmaz.<sup>36</sup> Bu nedenle, evlat edinen ile evlatlığın hısımları ve evlatlık ile evlat edinenin hısımları arasında tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır. Ancak evlatlık ile asıl ailesi arasındaki hısımlık bağı devam ettiği için (MK md. 314/5) evlatlık ile onun kan hısımları arasında tanıklıktan çekinme devam edecektir.

Alman hukukunda evlat edinilen küçükler ile evlat edinen ve onun hısımları – örneğin evlat edinenin alt soyu ile – karşılıklı olarak tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Buna karşın evlatlığın reşit olması halinde tanıklıktan çekinme hakkı sadece evlatlık ile evlat edinen arasında olup, evlatlık ile evlat edinenin hısımları arasında tanıklıktan çekinme hakkı bulunmadığı belirtilmektedir.<sup>37</sup>

MK'ya göre, mahkeme kararı ile kurulmuş olan bir evlatlık ilişkisi ancak md. 317 ve 318'de belirtilen sebeplerin varlığı halinde, belirli kişilerin açabileceği evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası ile iptal edilebilir. Kanunda istisnai ve sınırlı olarak sayılmış hallerde mahkeme kararı ile evlatlık ilişkisi tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılabilir.<sup>38</sup> Evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması halinde bu ilişkiden doğan sonuçlar da ileriye dönük olarak ortadan kalkacağı için bu ilişkiden kaynaklanan tanıklıktan çekinme hakkı da sona erecektir. Alman hukukunda ise evlatlık ilişkisinin kaldırılması ile evlat edinmeden doğan hısımlık

<sup>36</sup> AYDOS, Oğuz Sadık, "Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 135.

<sup>37</sup> Bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 18.

<sup>38</sup> 8. HD, 26.10.2017, E. 2017/3040, K. 2017/13934.

ilişkisi sona ermekle birlikte bunun her iki tarafın karşılıklı olarak tanıklıktan çekinme hakkına bir etkisinin olmadığı kabul edilmektedir.<sup>39</sup>

Kanaatimizce evlat edinme sözleşmesi ile evlatlık ve evlat edinen arasında kan hısımlığına benzer bir hısımlık kurulduğuna göre, kan hısımlığındaki gibi evlat edinen ve evlatlığın altsoy ve üstsoyları ile eşine de tanıklıktan çekinme tanıyan bir düzenleme yerinde olurdu.

### III. Çekinme Hakkının Kapsam ve Koşulları

Tanıklıktan çekinme hakkı sadece şüpheli veya sanığın kanunda sayılan yakınlarına tanınmış olup, mağdur veya katılanın yakınlarının bu haktan yararlanması söz konusu değildir. Ancak karşılıklı hakaret veya yaralama suçlarında olduğu gibi mağdurun aynı zamanda şüpheli veya sanık sıfatına sahip olması halinde bu kişinin yakını olan tanık çekinme hakkına sahip olacaktır. Suç mağdurunun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacağı için (md. 236/1), şüpheli veya sanığın yakını olan mağdurun da çekinme hakkı vardır. Bu nedenle tanık olarak dinlenecek mağdur, aynı zamanda md. 45/1’de sayılan kişilerden olması halinde çekinme hakkını kullanabilir. Mağdurun katılma talebinde bulunması ve bu talebinin kabul edilmesi halinde (md. 237 vd.) katılanın tanık olarak dinlenmesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediği için md. 236 hükmü katılanın tanık olarak dilenmesi halinde de uygulama alanı bulacaktır. Bunun sonucu olarak da katılan, md. 45/1’de sayılan kişilerden olması halinde yakını olan sanığa karşı çekinme hakkını kullanabilecektir.<sup>40</sup> Özellikle işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan çocuk veya diğer mağdurların tanık olarak beyanlarının alınmasında tekrar mağdur olmalarını önlemek açısından md. 236’da öngörülen tedbirlerin yeterli olmadığını düşünen tanıklar ve onların kanuni temsilcileri açısından çekinme hakkının kullanılması uygun bir tedbir olabilir. Sonuç olarak CMK’da suç mağduru veya katılanın çekinme hakkını kullanmasını engelleyen bir düzenleme olmadığı gibi bu hakkın kullanılması hakkın kötüye kullanılması niteliği de taşımaz.<sup>41</sup>

Alman ceza muhakemesinde suç mağdurlarının tanık olarak din-

<sup>39</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 21.

<sup>40</sup> Bu konudaki farklı görüş ve değerlendirmeler için bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Ceza Yargılamasında Katılanın Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, İstanbul 2013, s. 206 vd.

<sup>41</sup> Aksi yönde görüş için bkz. MAHMUTOĞLU, s. 206.

lenmesi kabul edildiği için<sup>42</sup> bunların çekinme hakları konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.<sup>43</sup> Yine katılan, tanık olarak dinlenebileceği için (Alman CMK § 397/I) çekinme hakkı da bulunmaktadır.

Tanık olarak dinleme sırasında halen mevcut veya daha önceki yakınlık ilişkisi (önceki eş için olduğu gibi) ancak çekinme hakkı verir. Ancak tanıklıktan sonra ortaya çıkan yakınlık ilişkisi de beyanın değerlendirilmesi yasağı (Alman CMK § 252 ve CMK md. 210/2) sonucu doğurabilir. Örneğin, beyanda bulunduğu zaman mevcut olmayan bir yakınlık ilişkisi daha sonra nişanlanma veya evlenme ile ortaya çıkar ve tanık, aynı davada daha sonra tekrar dinlenmesi gerektiğinde çekinme hakkını kullanırsa, çekinme hakkı olmadan yaptığı önceki beyanı artık delil olarak kullanılamayacaktır.<sup>44</sup> Doktrinde, bir kimsenin tanık olarak dinlendiği sırada mevcut olmayan bir yakınlık ilişkisinin daha sonra gerçekleşmesi ve tanığın beyanının önem taşıması halinde, çekinme hakkı bildirildikten sonra tanığın tekrar dinlenmesi gerektiği, aksi takdirde önceki beyanının delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir.<sup>45</sup>

Çekinme hakkı sadece tanıklara tanınmış olup, aynı davada birlikte yargılanan bir sanığın diğer sanıklar ile arasında kanunda belirtilen derecede bir yakınlık ilişkisi bulunsa bile çekinme hakkı yoktur. Çünkü diğer sanıklarla birlikte yargılanan bir suç ortağı daha baştan itibaren susma hakkına sahip olup beyanda bulunmak zorunda olmadığı ve gerçeği söyleme konusunda kanuni bir yükümlülük altında bulunmadığı için bir tanığın, yakınının yargılandığı bir davada beyanda bulunmaktan dolayı maruz kalabileceği zor durum sanık için söz konusu değildir.<sup>46</sup> Ancak CMK md. 50/1-c'nin soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan şüpheli veya sanık olanları yeminsiz dinlenecek tanıklar olarak kabul eden hükmü bu açıdan sorun oluşturmaktadır. Bir başka

<sup>42</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO Vor § 48 Kn. 30-32. Yazara göre (Kn. 42), mağdur tanıklar, "nitelikli" tanıklardır: "Opferzeugen sind 'qualifizierte' Zeugen".

<sup>43</sup> Duruşma sırasında çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen mağdur tanığın çekinme hakkını kullanması halinde önceki beyanının değerlendirilmeyeceğine ilişkin bkz. BGH, 03.11.200 - 2 StR 354/00, = <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/00/2-354-00.pdf>

<sup>44</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 4; BGH, 30.07.1968 - 2 StR 136/68 = NJW 1968, 2018.

<sup>45</sup> Bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 10.

<sup>46</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 3.

çalışmamızda<sup>47</sup> detaylı olarak açıkladığımız üzere CMK'nın bu düzenlemesi ceza muhakemesinde tanıklık kurumuna aykırı olup, değiştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu md. 50/1-c hükmü suç ortaklarının da tanık olarak dinlenmesini kabul ettiği için bu kişilerin de md. 45 kapsamındaki yakınları olan diğer suç ortaklarına karşı tanıklıktan çekinme hakkı olduğunu ve dinlenmeden önce bu hakları konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir.

Kanunda, tanığın yakını olan şüpheli veya sanığın lehine veya aleyhine sonuç doğuracağına, diğer bir ifade ile şüpheli veya sanık hakkındaki suçlamaları teyit edeceğine veya onu suçlamalardan kurtaracağına bakılmaksızın kullanılabilir kapsamlı bir tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Hakkın varlığı için şüpheli veya sanık ile tanık arasında kanunda belirtilen şekilde bir yakınlığın olması yeterli olup çekinmenin kullanılması için herhangi bir gerekçe gösterilmesi gerekli değildir.<sup>48</sup> Buna karşın md. 48'de düzenlenen sorulara cevap vermekten çekinme hakkı farklı hukuki niteliğe sahiptir. Md. 48'deki hak kural olarak belli sorulara cevap vermeme hakkı ile sınırlı olup, bu sorulara cevap vermesi tanığın kendisini veya md. 45/1'de gösterilen yakınlarını ceza kovuşturmasına<sup>49</sup> uğratabilecek olmalıdır. Ancak her iki hakkın aynı anda uygulanması da söz konusu olabilir.<sup>50</sup>

Tanıklıktan çekinme hakkı, şüpheli veya sanık ile arasında kanunda belirtilen şekilde yakınlığı olan bütün tanıklara tanınmıştır. Çekinme hakkı için tanığın yakını olan şüpheli veya sanık hakkında yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmada tanıklık yapılması söz konusu olmalıdır. Bu nedenle bir kimse kesin hükümle mahkum olduğu veya beraat ettiği takdirde sanıklığı sona ermiş olacağı için bu kişinin yakınının çekinme hakkı da sona erecektir.<sup>51</sup>

Kanunda yer alan şüpheli veya sanık kavramına (md. 45/1) sanık

<sup>47</sup> Bkz. TURHAN, Faruk, "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 4, s. 365 vd.

<sup>48</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 16.

<sup>49</sup> Madde metninde yer alan "ceza kovuşturmasına uğratabilecek" ifadesini soruşturma veya kovuşturmayla uğratabilecek şekilde anlamak gerekir. Madde metni CMUK'tan aktarıldığında CMK'daki soruşturma ve kovuşturma ayrımının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

<sup>50</sup> Her iki düzenleme arasındaki ilişki hakkında için bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 16; SK-StPO/ROGALL, StPO § 55 Kn. 14 vd.

<sup>51</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 44.

ile birlikte suçlanan diğer şüpheli veya sanıklar da dahildir. Bu nedenle aynı suça iştirakten dolayı birden fazla şüpheli veya sanığa karşı yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanıklardan birisinin yakınının tanıklıktan çekinme hakkı diğer suç ortaklarını da kapsayacaktır. Çünkü diğer suç ortakları hakkında tanıklık yapılması, tanığın yakını olan sanık aleyhine de sonuç doğurabilecektir.<sup>52</sup> Ancak sanığın yakını olan tanığın, sanık ile birlikte suçlanan diğer sanıklara karşı çekinme hakkının kapsamı ve sınırları Alman hukukunda oldukça tartışmalıdır.<sup>53</sup> Kısaca belirtmek gerekirse, Federal Yüksek Mahkemenin içtihatlarına göre, tanığın kanunda belirtilen derecede yakını olan sanığın ölmesinden veya hakkındaki muhakemenin mahkumiyetle sonuçlanıp kesinleşmesinden sonra sanıkla birlikte suçlanan diğer sanığa karşı ceza kovuşturması başlatılmış olması halinde artık tanığın birlikte suçlanan diğer sanıklara karşı çekinme hakkı söz konusu olmaz.<sup>54</sup> Yine aynı şekilde tanığın yakını olan sanığın kesin hükümle beraat etmesi halinde de tanığın diğer sanıklara karşı çekinme hakkı sona erecektir.<sup>55</sup> Bir suça iştirak edenlere karşı ceza kovuşturması ayrı ayrı yürütülüyorsa tanığın yakınına karşı sahip olduğu çekinme hakkını bu sanık ile birlikte suçlanan diğer sanıkları dahil etmenin hukuki temeli yoktur ve ayrı yürütülen ceza kovuşturmasında diğer sanıklara karşı tanık çekinme hakkına sahip değildir. Tanığın yakınına karşı yürütülen ceza kovuşturması kesin hükümle sonuçlandıktan sonra diğer suç ortağına karşı ceza kovuşturması başlatılması halinde de ortak bir ceza muhakemesi bulunmadığı için tanığın bu sanık karşısında çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır.<sup>56</sup>

Tanıklıktan çekinme hakkı, hem soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan dinlemede, hem de kovuşturma evresinin her aşamasındaki dinlemede kullanılabilir. Alman hukukundan farklı olarak Türk doktrin ve uygulamasında adli kolluğun tanık dinleme yet-

<sup>52</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 6; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 26, s. 202, Kn. 16. Ayrıca bkz. HUBER, Matthias, in: **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Jürgen Graf (Hrsg.)**, 37. Edition, Stand: 01.07.2020 StPO § 52 Kn. 13.

<sup>53</sup> Bu konuda bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 48-53. Ayrıca bkz. ÖNDER, s. 887 vd.

<sup>54</sup> BGH NStZ 1992, 291; BGH NStZ 1993, 500. Bu konuda ayrıca bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 48-49 vd.; ÖZTÜRK (Editör), s. 303.

<sup>55</sup> BGH NStZ 2012, 221; BGH NStZ 1993, 500; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 6.

<sup>56</sup> Bkz KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 7 ve orada zikredilen diğer kaynaklar.

kisi kabul edilmediği<sup>57</sup> için kolluğun bilgisine başvurduğu şüphelinin yakını olan kişilerin, tanıklıktan çekinme hakkı olmadığını ve kolluğun bu kişileri çekinme hakkı konusunda bilgilendirme yükümlülüğü bulunmadığını belirtmek gerekir. Doktrinde yerinde olarak belirtildiği üzere, duruşmada çekinme hakkını kullanması halinde tanığın soruşturma evresindeki kolluk tarafından kaydedilen beyanı md. 210/2 uyarınca duruşmada delil olarak okunmaz ve tanığın ifadesini alan adli kolluk görevlileri de bu konuda tanık olarak dinlenemez.<sup>58</sup>

#### IV. Çekinme Hakkının Kullanılması

##### 1. Çekinme Hakkının Tanık Tarafından Bizzat Kullanılması

Tanıklıktan çekinme hakkı kişisel bir hak olduğu için bizzat hak sahibi tanık tarafından kullanılmalıdır.<sup>59</sup> Bu nedenle tanık dışında bir başka kişinin tanığın beyanda bulunmak istemediğini bildirmesi yeterli değildir. Tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olan küçükler, akıl hastaları veya akıl zayıflığı olanlar da kanuni temsilcinin katılımı olmaksızın çekinme konusundaki kararı bizzat vermelidirler.<sup>60</sup> Ancak çekinme hakkına sahip olan tanığı temsil eden avukatın duruşmada çekinme hakkının kullanılması konusunda tanık adına yaptığı açıklamanın yeterli olacağı kabul edilmektedir.<sup>61</sup>

##### 2. Çekinme Hakkının Açıkça Beyan Edilmesi ve Gerekçe Göstermek Gerekmemesi

Tanıklıktan çekinme, tanığın usulüne göre bilgilendirilmesinden sonra, tanığı dinleyen merci karşısında açıkça ve sözlü olarak açıklanarak gerçekleştirilmelidir. Tanık çekinmeye ilişkin açıklamayı bizzat kendisi yapmalıdır. Bu nedenle üçüncü bir kişinin, tanığın çekinme hakkını kullanmak istediğini bildirmesi yeterli değildir.<sup>62</sup> Çekinme hakkı, tanıklık konusunun tamamı ile ilgili olarak kullanılabilceği gibi, bir kısmı hakkında veya muhakemeye katılanların belli sorularını cevaplandırmama şeklinde de kullanılabilir.<sup>63</sup> Yine çekinme hakkının kullanılması, tanık

<sup>57</sup> Bu konuda bkz. TURHAN, s. 381-382.

<sup>58</sup> Bkz. ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 52; FEYZİOĞLU, s. 212.

<sup>59</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 55.

<sup>60</sup> BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 13; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 22; MEYER-GOSSNER, StPO, 52 Kn. 14.

<sup>61</sup> KK-StPO/BADER St PO § 52 Kn. 22; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 55.

<sup>62</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 55.

<sup>63</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 56; BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 18; MEYER-GOSSNER, StPO, 52 Kn. 14.

olarak dinleme başlamadan önce açıklanabileceği gibi dinleme başladıktan sonra da açıklanabilir.<sup>64</sup>

Tanık, çekinme hakkını niçin kullandığı konusunda bir sebep veya gerekçe göstermek zorunda olmadığı gibi, şüpheli veya sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi tanıklıktan çekindiğini açıklamaması da gerekmez. Hakim de tanığa kendisini tanıklıktan çekinmeye sevk eden saiki sormaz. Beyanda bulunmaktan çekinen tanık bu davranışının saikini kendiliğinden açıklamışsa bu beyanlar tutanağa geçirilmemeli ve dikkate alınmamalıdır.<sup>65</sup>

Mahkeme başkanı ve üyeler ile muhakemeye katılan diğer kişiler tanığın çekinme konusunda karar verme özgürlüğünü etkileyecek herhangi bir davranışta bulunamazlar. Alman CMK § 69/3'te, şüpheli veya sanığın ifadesi ve sorgusunda yasak usullere ilişkin § 136a hükmüne atıfta bulunularak, söz konusu yasak usullerin tanıkların beyanlarının alınmasında da geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu atıfla çekinme hakkının kullanılması konusunda tanığın özgür iradesini engelleyici müdahaleler açıkça yasaklanmıştır. Bu nedenle tanığın çekinme hakkını kullanma konusundaki kararının onun özgür iradesine dayanması gerekir.<sup>66</sup> Tanık, sırf daha önceki beyanını hatırlayamadığı için çekinme hakkını kullanmak istediği takdirde, önceki beyanının hatırlatılarak veya okunarak beyanda bulunmaya yönlendirilmesi de tanığın özgür iradesini zedeleyeceği için hukuka aykırı olacaktır.<sup>67</sup>

### 3. Tanıklıktan Çekinmenin Önemini Anlayabilecek Durumda Olmayanların Çekinme Haklarını Kullanması

CMK md. 45/2'de yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanların tanıklıktan çekinmesi ile ilgili olarak özel bir usul kabul edilmiştir. Buna göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızası ile tanık olarak dinlenebilir. Ka-

<sup>64</sup> BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 18; MEYER-GOSSNER, StPO, 52 Kn. 14.

<sup>65</sup> BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 19; MEYER-GOSSNER, StPO 52 Kn. 16; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 55. Ancak bunun için çekinme hakkının kullanılması tanığın özgür iradesine dayanması gerekir. Bu nedenle çekinme hakkının kullanılması tanığa karşı gerçekleştirilen tehdit, şantaj gibi hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanıyorsa, mahkeme tarafından tanığın korunması için gerekli tedbirlerin alınması ve suç teşkil eden fiil için suç duyurusunda bulunulması gerekir.

<sup>66</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 72.

<sup>67</sup> BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 19.



nuni temsilci şüpheli veya sanık ise bu konuda karar veremez. Söz konusu kişiler, tanıklık yapabilecek durumda olmakla birlikte tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayabilecek zihinsel yeteneğe sahip değildirler.

**a) Yaş Küçüklüğü, Akıl Hastalığı veya Akıl Zayıflığı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmenin Önemi Anlayabilecek Durumda Olmamak**

Md. 45/2'deki düzenleme, yemin verilmeyen tanıklara ilişkin md. 50/1-a'ya benzerlik göstermektedir. Md. 50/1-a'ya göre, ayırt etme gücüne sahip olmadıkları için yeminin niteliği ve önemini kavrayamayan tanıklar yeminsiz dinlenecektir.<sup>68</sup> Ancak her iki düzenleme arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Tanığın, yeminin önemini kavrayamamasının ayırt etme gücünün yokluğundan meydana gelmesi aranırken, tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayamaması ise yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığından kaynaklanması gerekmektedir. Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran temel nedenler yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı olmakla birlikte başka nedenler de ayırt etme gücünü (MK md. 13) ve dolayısıyla tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğini ortadan kaldırabilir. Hem tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayamamak hem de tanığa yemin verilmemesi temelde ayırt etme gücünün yokluğuna dayandığına göre kanun koyucunun bu iki hususu farklı şekillerde düzenlemesinin makul bir gerekçesi görünmemektedir.

Md. 45/2'ye göre, tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayamamak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığından kaynaklanması gerektiği için bu nedenler dışındaki bir neden, örneğin alkol veya uyuşturucu bağımlılığı (akıl hastalığı teşkil etmediği sürece) tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğini ortadan kaldırırsa bile bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Bu şekilde bir sınırlamanın ise makul bir açıklaması bulunmamaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus tanıklıktan çekinme hakkının anlamını kavramak için gerekli olan yeteneğin bulunup bulunmadığının nasıl ve neye göre tespit edileceğidir. Alman Federal Yüksek Mahkeme içtihatlarına göre, tanığın, beyanda bulunması halinde beyanının, yakını olan sanık hakkında ortaya çıkarabileceği bütün sonuçları öngörebilmesi gerekmez. Ancak tanığın, hakkında tanıklık yapacağı yakınının bir haksızlık gerçekleştirdiğini ve bu yüzden cezalandırılmasının söz konusu olduğunu, beyanda bulunmasının muhte-

<sup>68</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, s. 363 vd.

melen onun cezalandırılmasına neden olabileceğini anlayabilecek yeteneğe sahip olması gerekir.<sup>69</sup> Hangi yaştan itibaren küçüğün tanıklıktan çekinmenin anlamını kavrama yeteneğine sahip olacağına ilişkin kesin bir yaş sınırı bulunmamaktadır.<sup>70</sup> Küçüğün yaşı, söz konusu anlama yeteneğinin tespitinde sadece bir ölçü olabilir.<sup>71</sup> Bu açıdan kesin bir yaş söz konusu olmamakla birlikte yedi yaşındaki bir çocuk kural olarak bu yeteneğe sahip değildir.<sup>72</sup> Yine 10 yaşındaki bir çocuğun da kural olarak henüz bu yeteneğe sahip olmadığı belirtilmektedir. 14 yaşındaki normal zeka gelişimine sahip bir küçüğün ise kural olarak bu yeteneğe sahip olduğundan hareket edilebilir.<sup>73</sup> Tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğinin varlığı konusunda mahkemenin şüpheyi yenememesi halinde, kanuni temsilcinin çekinme konusunda rızasının alınması gerekir.<sup>74</sup> Tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğinin bulunup bulunmadığı tanığı dinleyecek merci tarafından, gerektiğinde uzman bilirkişinin de görüşü de alınarak, özenli bir şekilde incelenmesi gerekir.<sup>75</sup>

### **b) Kanuni Temsilcinin Tanıklığa Rıza Göstermesi**

Tanıklıktan çekinme hakkının anlamını kavrama yeteneği bulunmayan bir tanığın tanıklık yapması kanuni temsilcinin rızasına bağlanmıştır. Tanıklıktan çekinme hakkının kullanılması konusunda kanuni temsilcinin rızasının aranmasının nedeni, çekime hakkının anlamını kavrama yeteneği olmayan söz konusu kişilerin, yakını olan sanığın muhtemelen aleyhinde beyanda bulunup daha sonra bunun anlamını kavrayınca pişmanlık gösterip ruhsal sıkıntıya girmelerini önlemektir.<sup>76</sup> Tanık, çekinme hakkını niçin kullandığı konusunda bir sebep veya gerekçe göstermek zorunda olmadığı için tanıklığa izin verecek kanuni

<sup>69</sup> BGH, 02.03.1960 - 2 StR 44/60 = NJW 1960, 1397; ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 23, 24.

<sup>70</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 76.

<sup>71</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 23, 24.

<sup>72</sup> BGH, 02. 03. 1960 - 2 StR 44/60 = NJW 1960, 1397; BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 20.

<sup>73</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 23, 24.

<sup>74</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 24; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 75.

<sup>75</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 77.

<sup>76</sup> BGH, 02.03. 1960 - 2 StR 44/60 = NJW 1960, 1396.

temsilcinin de tanıklığa izin vermemeye herhangi bir sebep veya gerekçe göstermesi gerekmez.<sup>77</sup>

Tanıklıktan çekinme hakkının anlamını kavrayamayacak durumda olsa bile kanuni temsilcisinin tanıklık yapmasına rıza gösterdiği tanığın tanıklık yapma zorunluluğu yoktur. Bu bağlamda tanık, tanıklık yapma yapmamaya bizzat kendisi karar verir. Bu husus kaynak Alman CMK § 52/2'de, "tanık beyanda bulunmaya hazır ise ve kanuni temsilci de buna onay verirse bu kişiler tanık olarak dinlenebilir", denilerek açıkça belirtilmiştir. Kanuni temsilcinin rıza göstermesine ilişkin koşul sadece tanıklığı engelleyici mahiyette olup, kanuni temsilci rıza gösterse bile tanık, tanıklık yapmak zorunda olmayıp, çekinebilir. Diğer bir ifade ile tanıklık yapma yapmamaya tanık karar verecektir; kanuni temsilci ise rıza göstermeyerek sadece tanıklığı engelleyebilir.<sup>78</sup> Kanaatimizce aynı hususların CMK açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Diğer taraftan kanuni temsilcinin rızası olmaksızın tanığın beyanda bulunması halinde kanuni temsilcinin sonradan tanıklığa vereceği onayın da geçerli olacağını belirtmek gerekir.<sup>79</sup>

Kanuni temsilcinin kim olduğu MK hükümlerine göre belirlenmelidir. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanmaları gerektiği için (MK md. 336/1) tanıklıktan çekinme konusunda her ikisinin de rıza göstermesi gerekir. Anlaşamaları halinde aile mahkemesinden bu konuda bir karar vermesi talep edilebilir. Aile mahkemesi çekinme konusunda karar verme yetkisini ana veya babadan birine bırakabilir veya bu konuda karar vermek üzere bir kayyım atayabilir.<sup>80</sup> Tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayan yetişkin tanığın kanuni temsilcisi bulunmuyorsa kendisine bir vasi tayin

<sup>77</sup> Bu nedenle ÖZEN'in (s. 325), "kanuni temsilcinin hukuken, ahlaken ve mantiken geçerli bir sebebi olmaksızın rıza göstermemesi kabul edilmemelidir." görüşüne katılmıyoruz.

<sup>78</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 79; BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 22; EISENBERG, Kn. 1225.

<sup>79</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 79.

<sup>80</sup> Ana ve baba velayet hakkını birlikte kullanırken anlaşmazlığa düşmesi halinde anlaşmazlığın çözümü için MK md. 195 ve 346 hükümleri çerçevesinde hakimin müdahalesi talep edilebilir. Bkz. BİRİNCİ UZUN, Tuba, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli", **Hacettepe HFD**, 6 (1) 2016, s. 141 vd.

edilmesi ve tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasında vasinin onayının alınması gerekir.<sup>81</sup>

### c) Kanuni Temsilcinin Bizzat Şüpheli veya Sanık Olması

Çekinmeye rıza gösterecek kanuni temsilci bizzat şüpheli veya sanık ise, çekinme konusunda karar verme yetkisi olmayıp (md. 45/2) ne tanıklığa onay verebilir, ne de tanıklığı yasaklayabilir. Velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanıyor olması ve bunlardan birinin şüpheli veya sanık olması halinde diğerinin çekinme konusunda karar verip veremeyeceği konusu ise CMK'da düzenlenmemiştir.<sup>82</sup> Yargıtaya göre, yaş küçüklüğü durumunda çocuğun anne ve babasından birisi şüpheli veya sanık ise diğerinin rızasıyla çocuk tanık olarak dinlenebilir.<sup>83</sup>

Kaynak Alman CMK § 52/2'ye göre ise, velayet hakkını anne ve baba birlikte kullanıyorlarsa, sanık durumunda olmayan anne veya baba da tanıklıktan çekinme hakkının kullanılması hakkında karar veremez. Ancak anne veya babadan birinin şüpheli veya sanık olması, diğerinin velayet hakkına tek başına sahip olması halinde ise bu kişinin tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasına izin verme yetkisinin olup olmadığı Alman CMK'da düzenlenmemiş olup bu konu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, bu durumda velayet hakkına tek başına sahip olan ve sanık olmayan anne veya babanın çekinme konusunda karar verme yetkisinin olduğunu savunurken,<sup>84</sup> aksi görüşte olanlar ise menfaat çatışması dikkate alınarak şüpheli veya sanık olmayan anne veya babanın da tanıklığa izin konusunda karar veremeyeceğini ileri sürmektedir.<sup>85</sup>

Kanaatimizce kaynak Alman CMK'da olduğu gibi Türk hukuku açısından da velayet hakkına anne ve babanın birlikte sahip olması halinde sanık durumunda olmayan anne veya babanın da tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasında karar verememesi gerekir. Bu açıdan Yargıtayın görüşünü isabetli bulmuyoruz. Yine velayet hakkına anne

<sup>81</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 26-28. Ayrıca bkz. BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 21.

<sup>82</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 269. Yazarlara göre (s. 269), kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık olması halinde, "bu kimseler adına tanıklıktan çekinme hakkının kim tarafından ve nasıl kullanılacağına düzenlenmemesi hatalı olmuştur."

<sup>83</sup> CGK, 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454.

<sup>84</sup> Bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 20 ve orada zikredilen kaynaklar; Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG Karlsruhe), 26.03.2012 – 2 WF 42/12 (<https://www.rechtsslupe.de/strafrecht/ein-minderjaehriger-als-zeuge-gegen-den-vater-340622>).

<sup>85</sup> Bkz. BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 24; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 29; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 79.

veya babadan birinin sahip olması halinde de şüpheli veya sanık olmayan ve velayet hakkına tek başına sahip olan diğer anne veya babaya menfaat çatışması nedeniyle çekinme hakkında karar verme yetkisi verilmemesi yerinde olacaktır. Velayet hakkına birlikte sahip olan anne veya babadan birinin diğerine karşı işlediği aile içi şiddete tanık olan küçük çocuğun tanıklık yapmasına izin verilmesi mağdur olan anne veya babaya bırakılması küçüğün menfaati açısından uygun düşmeyecek ve onun psikolojisini olumsuz şekilde etkileyebilecektir. Örneğin, velayet kendisinden alınmış olan babanın velayeti tek başına kullanan anneye karşı işlediği bir şiddet suçunda ortak çocuğun tanıklığı konusunda mağdur annenin, çocuğun menfaatini dikkate alarak çekinme konusunda sağlıklı bir karar vermesi pek mümkün olmayacaktır.

Kanuni temsilcinin tanıklıktan çekinme konusunda karar verme yetkisinin olmaması halinde ayırt etme gücüne sahip olmayan tanığın çekinmesi konusunda kimin karar vereceği CMK md. 45/2'de düzenlenmemiştir. Alman hukukunda bu durumda Alman Medeni Kanunu § 1909 hükmüne göre geçici olarak bir kayyım atanması ve bu kayyımın tanıklığa izin konusunda karar vermesi kabul edilmektedir.<sup>86</sup> Türk hukukunda bir görüş, böyle bir durumda çekinme hakkının kullanılması konusunda karar vermek üzere kayyım atanması yoluna gidilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir.<sup>87</sup> Diğer bir görüş ise hakimnin kendisinin karar vermesi gerektiğini, bu konuda çocuk ve akıl hastasının beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından çekinmesine ilişkin CMK md. 76/4 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir.<sup>88</sup>

Kanaatimizce, kanuni temsilcinin velayet veya vesayete ait yetki kapsamında olan tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasına ilişkin karar verme yetkisini kullanmasına engel bir durumun varlığı halinde Türk hukuku açısından MK hükümlerine göre kayyım atanması yoluna gidilmesi tercih edilmelidir. Kayyım atanmasını, soruşturma evresinde tanığı dinleyecek olan Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme, yetkili hukuk mahkemesinden talep etmelidir. Savcılık, hakim veya mahkemenin, tanığın tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmadığına ilişkin kararı, hukuk mahkemesi için de bağlayıcıdır. Ayrıca tanıklıktan çekinmenin önemini

<sup>86</sup> KÜHNE, s. 496, Kn. 814; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 84.

<sup>87</sup> GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 285; ÖZTÜRK (Editör), s. 303.

<sup>88</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 614; ÖZEN, s. 325. ÜNVER/HAKERİ (s. 269) de, hakimnin karar vermesi gerektiği görüşündedir.

anlama yeteneği olmayan küçüklerin tanıklık yapmak istemeleri halinde ancak kayyım atanması yoluna gidilmelidir.<sup>89</sup>

### V. Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanmaktan Feragat ve Feragatin Geri Alınması

Tanıklıktan çekinmek bir hak olduğu için çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen tanık bu hakkını kullanmaktan feragat edip (vazgeçip) tanıklık yapabilir. Bu feragat açıkça beyan edilebileceği gibi, tanığın, çekinmeye ilişkin herhangi bir açıklama yapmadan beyanda bulunmaya başlaması yoluyla örtülü olarak da kullanılabilir. Duruşmada hazır olan kanuni temsilcinin çekinme hakkının önemini anlayabilecek durumda olmayan tanığın açıklamalarına herhangi bir itirazda bulunmaması da çekinme hakkını kullanmaktan feragat olarak kabul edilmektedir.<sup>90</sup> Diğer taraftan tanık, yanılarak yapacağı açıklamaların sanığın aleyhine sonuç doğurmayacağından, diğer bir ifade ile sanığı suçlayıcı nitelikte olmayacağından hareketle çekinme hakkını kullanmaktan feragat edip tanıklık yapmış olsa bile bu feragati geçerlidir.<sup>91</sup>

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan tanık, bu hakkını kullanmayıp tanıklık yapmaya karar verdiğinde dinlenmesi sırasında da çekinme hakkını kullanabilir (md. 45/3). Md. 45 fık. 3 cümle 2' de, "Bu kim-seler, dinlenirken de her zaman çekinebilirler." denildiği için tanık, dinleme devam ettiği sürece tanıklıktan çekinebilecektir.<sup>92</sup> Ancak tanıklık tamamlandıktan sonra tanığın çekinme hakkını kullanması, diğer bir ifade ile çekinme hakkını kullanmaktan feragatini geri alması geçerli değildir.<sup>93</sup> Çekinme hakkını kullanmaktan feragat edip duruşmada beyanda bulunan tanığın daha sonra bundan pişmanlık duyarak beyanını geri alabilmesi sadece mahkeme tarafından tekrar tanık olarak dinlen-

<sup>89</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 84. Ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 29.

<sup>90</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 40; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 21; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 35; karşı görüş, SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 60.

<sup>91</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 61; ayrıca bkz. MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 35.

<sup>92</sup> Burada çekinme hakkından feragatin geri alınması söz konusudur. Bu açıdan CMUK md. 47/2' de, "Bu hakkı istimalden vazgeçenler dinlenirken dahi vazgeçmelerini geri alabilirler." denilerek, CMK'ya göre daha isabetli bir ifade kullanılmıştı.

<sup>93</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 41; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 22; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 36; ROXIN/SCHÜNEMANN, s. 204, Kn. 17; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 62.

mesi halinde mümkündür. Tanığın beyanını geri almasının sonuçları aşağıda incelenecektir.

## VI. Çekinme Hakkı Konusunda Bilgilendirme

### 1. Çekinme Hakkı Konusunda Bilgilendirme Zorunluluğu

Çekinme hakkına sahip olan tanığın beyanının delil olarak değerlendirilebilmesi için md. 45/3 uyarınca tanıklıktan önce çekinme hakkı konusunda tanığın bilgilendirilmiş olması gerekir.<sup>94</sup> Madde metninde tanıklıktan çekinebilecek kimselere “tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir” denilerek, sadece bir bildirim yükümlülüğünden bahsedilmektedir.<sup>95</sup> Kaynak Alman CMK § 52/III’te ise çekinme hakkının „öğretilmesi“ yükümlülüğü kabul edilmiştir. CMK’nın bu düzenlemesinin kaynak Alman CMK’dan niçin ayrıldığına makul bir açıklaması bulunmamaktadır. Kanaatimizce madde metnini, özellikle çekinmenin kapsam ve mahiyeti konusunda yeterli bilgi sahibi olmayan tanıklara bu hakkın öğretilmesi ve bu konuda bir bilgilendirmenin zorunlu olduğu şeklinde yorumlamak gerekir. Kapsam ve sonuçları hakkında yeterli bilgi sahibi olunmayan bir kimseye sadece hakkın bildirilmesi yeterli olmayacaktır. Bu nedenle çekinme hakkının bildirilmesinden değil, çekinme hakkı konusunda bilgilendirmeden bahsedilmesi gerekir. Diğer taraftan CMUK md. 47/2’de “tanıklıktan çekinmek hakları olduğu” bildirilir denilerek, çekinmenin bir hak olduğu belirtilmişken, CMK md. 45/3’te ise sadece “çekinebilecekleri bildirilir” denilerek, çekinmenin bir hak olduğu hususu madde metnine alınmamıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere md. 45’te düzenlenmek istenen husus, tanıklıktan çekinme hakkı konusunda tanığın bilgilendirilmesidir. Md. 45/3’ün de bunu ifade edecek şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

Tanık, çekinme hakkı konusunda bilgi sahibi olduğunu inandırıcı bir şekilde açıkladığı takdirde veya kanuni temsilci tanıklığa onay vermeyeceğini daha önceden açıkladığı için tanığın dinlenmesinin söz konusu olmayacağı hallerde çekinme hakkı konusunda bilgilendirme gerekli değildir.<sup>96</sup>

<sup>94</sup> CGK 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454: “Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimsenin bu hakkının kendisine hatırlatılması zorunlu olduğundan, bu hak hatırlatılmadan dinlenilmesi halinde beyanlarının delil olarak değerlendirilmesi de artık mümkün değildir.”

<sup>95</sup> CMUK md. 47/2’de, “çekinmek hakları olduğu bildirilir” denilerek, CMK md. 45/3’e benzer bir düzenleme kabul edilmişti.

<sup>96</sup> MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 37.

Çekinme hakkını kullanan tanığa merci, gerekli görürse çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirmesini ve bu hususta yemin etmesini isteyebilir (md. 49). Md. 49'da tanıklıktan çekinme sebebinin dayanağını oluşturan olguların bildirilmesinden bahsediliyorsa da bu düzenlemeyi kaynak Alman CMK § 56'da olduğu gibi olguların inandırıcı bir şekilde ortaya konması olarak anlamak gerekir.<sup>97</sup> Tanık tarafından ileri sürülen çekinme sebebinin dayandığı olgulara inanıp inanmamak konusunda merciin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak çekinme sebebi olan eş veya yakınlık gibi hususları ortaya koyan olgular çoğunlukla soruşturma ve dava dosyasında bulunacağı için merciin bu konuda tanıktan açıklama yapmasını ve yemin etmesini istemesine gerek olmayacaktır.<sup>98</sup>

## 2. Bilgilendirilecek Kişi ve Bilgilendirmeyi Yapacak Mercii

Çekinme hakkı konusunda bilgilendirme çekinme hakkı olan tanığa yapılacaktır. CMUK md. 47/2'de, "Yukarıda yazılı kimselere" çekinme hakkının bildirileceğinden söz edilerek, maddenin birinci fıkrasında sayılan yakınlarla bildirim yapılacağı belirtilmişken, CMK md. 45/3'te "tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere" bildirim yapılacağı belirtilmiştir. İfade farklılığına rağmen CMK md. 45/3'te kastedilenin aynı maddenin birinci fıkrası yanında ikinci fıkrasında sayılan kişilerin de dahil olduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir ifade ile maddenin birinci fıkrasındaki şüpheli veya sanığın yakınları yanında ikinci fıkrada belirtilen ve tanıklık yapmaları kanuni temsilcinin onayına bağlı olan kişilerin tanıklığında bu kişiler de bilgilendirilmelidir. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayan tanıkların dinlenmesi tanıklık yapmak istemelerine bağlıdır; tanıklık yapmak istedikleri takdirde ise kanuni temsilcinin onayı gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu kişilerin de çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmeleri gerekir.

CMK md. 45/3'te sadece tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere bildirim yapılacağı belirtilmiş, md. 45/2 uyarınca tanıklığa onay verecek olan kanuni temsilcinin bilgilendirilmesinden bahsedilmemiştir. Bu eksiklik kanaatimce bir dikkatsizlik sonucu olsa gerektir. Çünkü CMK md. 45/2'ye benzer bir düzenleme CMUK md. 47'de yer almadığı için kanuni

<sup>97</sup> Bu konuda bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 56 Kn. 5.

<sup>98</sup> IGNOR/BERTHEAU, in: Löwe/Rosenberg, StPO § 56 Kn. 2-3.



temsilcinin bilgilendirilmesi konusu da CMUK md. 47/2'de düzenlenmemiştir. CMUK md. 47/2 düzenlemesi CMK md. 45/3 aktarılrken CMK md. 47/2'deki bu yenilik gözden kaçırılmış olabilir. Kaynak Alman CMK § 52/III'te çekinme hakkı konusunda kanuni temsilcinin de bilgilendirilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Aynı hususun CMK md. 45/3 açısından da geçerli olduğu kabul edilerek kanuni temsilci de çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmelidir.

Kanuni temsilci tanıklığa izin vermiş olsa da tanık, çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmelidir.<sup>99</sup> Birden fazla kanuni temsilci varsa bunların hepsinin bilgilendirilmesi gerekir.<sup>100</sup> MK'ya göre evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanacakları için (md. 336/1) CMK md. 45 açısından her ikisinin de bilgilendirilmesi gerekir.

Bilgilendirme yükümlülüğü soruşturma ve kovuşturma mercileri tarafından re'sen yapılmalıdır. Bu nedenle üçüncü kişilere (örneğin küçük olan tanığın kanuni temsilcisine veya zabıt katibine) veya muhakemeye katılanlara bilgilendirme görevinin bırakılması hukuka aykırı olacaktır. Bilgilendirme yükümlülüğü tanığı dinleyecek olan savcı, hakim ve mahkeme başkanı tarafından yerine getirilmelidir.<sup>101</sup>

### 3. Bilgilendirmenin Yapılacağı Zaman ve Bilgilendirmenin Sonradan Yapılması

Çekinme hakkı konusunda bilgilendirme tanığın kişisel bilgilerine ve güvenilirliğine ilişkin sorular sorulup beyanı alındıktan (md. 58/1) sonra ve olayla ilgili beyanından (md. 59) önce yapılmalıdır.<sup>102</sup> Ancak bilgilendirmenin hemen sonrasında tanığın dinlenilmesi zorunluluğu yoktur.<sup>103</sup> Md. 45/3'te açıklık olmamakla birlikte çekinme hakkı konusunda tanığın bilgilendirilmesi her dinlemeden önce tekrar yapılmalıdır. Kaynak Alman CMK'da tanığın her dinlemeden önce yeniden bilgilen-

<sup>99</sup> BGH, 19.9.1967, 5 StR 456/67 = NJW 1967, 2273; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 68. Ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 32; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 39.

<sup>100</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 32; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 39.

<sup>101</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 67; ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 30; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 38.

<sup>102</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 31; ÖNDER, s. 918. Yargıtaya göre (CGK 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454) de, tanıklıktan çekinme hakları olan kimsele-re bu hakları, "dinlemeye başlamadan önce hatırlatılmalı"dır.

<sup>103</sup> ÖNDER, s. 917.

dirilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir.<sup>104</sup> Tanığın daha önceki dinlemede bilgilendirilmiş olması sonraki dinlemeden önce bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Daha önceki dinleme sırasında tanık çekinme hakkını kullanmaktan feragat etmiş olsa bile yeniden dinleme öncesinde çekinme hakkı konusunda tekrar bilgilendirilmesi gerekir. Dinlemenin sona ermesinden sonra tanığın yeniden dinlenmesi veya ek beyanın alınması gerektiğinde de bilgilendirme yeniden yapılmalıdır.<sup>105</sup>

Tanığı dinleyen görevli, çekinme hakkının dayanağını oluşturan yakınlık ilişkisini dinleme başladıktan sonra tespit ederse, çekinme hakkı konusunda tanığı derhal bilgilendirmelidir. Bu durumda bilgilendirmeye kadar olan beyan değerlendirilemez.<sup>106</sup> Ancak bu durumda bilgilendirmenin usulüne uygun olabilmesi için tanığın bu ana kadar yaptığı açıklamaların geçerli olmadığı da tanığa bildirilmelidir. Böyle bir durumda dinlemenin yeniden başlatılması önerilmektedir. Ancak tanık zamanında çekinme hakkı konusunda bilgilendirme yapılsaydı da çekinme hakkını kullanmayacağını açıklarsa ve çekinme hakkının anlamı hakkında yeterli kavrama yeteneğine sahip olduğu anlaşılıyorsa önceki açıklamaların geçerli olacağı ve dinlemenin baştan itibaren tekrarlanması gerekmediği kabul edilmektedir. Tanığın çekinme hakkını kullanması halinde ise önceki beyanı değerlendirilmez.<sup>107</sup> Bu husus aşağıda detaylı olarak incelenecektir. İki ayrı sanığa karşı çekinme hakkı olan tanığın her iki çekinme hakkı konusunda da bilgilendirilmesi gerekir.<sup>108</sup>

#### 4. Bilgilendirmenin Şekli, İçeriği ve Tutanak Tutulması

Çekinme hakkı konusundaki bilgilendirmenin usulü hakkında kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiş olup, bu konu dinlemeyi gerçekleştirecek merciin kararına bırakılmıştır. Ancak bu durum, tanığı dinleyecek merciin bu konuda tamamen serbest olduğu anlamına gelmemektedir. Md. 45/3'ün düzenleniş şekliyle hareketle bilgilendirmenin sözlü olarak yapılması gerektiğini, sadece yazılı bir metnin tanığa verilme-

<sup>104</sup> ÖNDER'e (s. 916) göre, CMUK md. 47/2'de çekinme hakkının tanık dinlenmeden önce bildirilmesinde, "her" kelimesine yer verilmemiş olması, "tercüme yapan komisyonun zuhulü"nden kaynaklanmış olabilir.

<sup>105</sup> MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 29; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 40; ÖNDER, s. 917; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 69.

<sup>106</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 31.

<sup>107</sup> MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 31; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 36; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 45-46; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 69.

<sup>108</sup> MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 26; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 31.

sinin kanuna aykırı olacağını belirtmek gerekir. Bilgilendirme yapılırken tanığın karar verme özgürlüğünü etkileyecek hiç bir davranışta bulunulmaması gerekir. Ayrıca bilgilendirme, tanığın gelişim durumuna, eğitim ve bilgi seviyesine uygun olmalıdır. Diğer taraftan sadece kanun maddesinin zikredilmesi veya sadece tanığa beyanda bulunmak isteyip istemediğinin sorulması çekinme hakkı konusunda bilgilendirme için yeterli değildir. Ancak bilgilendirme, tanığın beyanda bulunmaktan kaçınmasını sağlamak için de kullanılmalıdır. Tanık, yanlış bir şekilde tanıklıktan çekinme hakkının olmadığını düşünüyorsa, tanığı dinleyen merci tanığı bu hata konusunda aydınlatmalıdır.<sup>109</sup> Tanığın, hem sorulara cevap vermekten çekinme (md. 48) hem de yakınlık nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı (md. 45) varsa, her iki hakkı ile ilgili olarak tanık bilgilendirilmelidir.<sup>110</sup>

Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilere bu hakları konusunda bilgilendirme yapıldığı hususu tutanağa geçirilmelidir.<sup>111</sup> Çünkü çekinme hakkı konusundaki bilgilendirme muhakemenin esaslı şekil kurallarındandır. Ancak bilgilendirmenin nasıl yapıldığının kelimesi kelimesine protokolde yer verilmesi gerekli değildir. Yine tanığın beyanda bulunmaya veya çekinme hakkını kullanmaya ilişkin açıklamalarının da tutanağa geçirilmesi gerekir. Tanığın usulüne göre bilgilendirilip bilgilendirilmediği belli olmayacağı için tanığın sadece beyanda bulunmaya hazır olduğuna ilişkin tutanak kaydı yeterli değildir. Tanıklıktan çekinme hakkının önemini anlayabilecek durumda olmayanlar (md. 45/2) ile ilgili olarak kanuni temsilcinin de bilgilendirildiği ve kanuni temsilcinin tanıklığa onay verip vermediği de tutanağa geçirilmelidir.<sup>112</sup>

## 5. Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlalinin Sonuçları

Çekinme hakkına sahip olan tanığın bu hakkı konusunda bilgilendirilmeden alınan beyanı delil olarak değerlendirilmez. Bu konuda doktrin ve uygulamada görüş birliği vardır.<sup>113</sup> Yargıtay istikrarlı bir şe-

<sup>109</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 33, 34; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 42,43; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 72.

<sup>110</sup> MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 44.

<sup>111</sup> CGK 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454; FEYZİOĞLU, s. 206; ÖNDER, s. 918.

<sup>112</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 73; ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 38; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 47.

<sup>113</sup> Bu konuda Alman hukuku için bkz. BGH, 2. 3. 1960 - 2 StR 44/60 = NJW 1960, 1396; BGH, 27. 1. 1970, 1 StR 591/69 = NJW 1970, 766; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 39; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 49; SK-ROGALL, StPO § 52 Kn. 85. Türk hukuku için bkz. CGK, 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454; GEDİK, s. 929-930.

kilde, hükmün çekinme hakkı olan ve bu hakkı bildirilmeden dinlenen tanık beyanına dayanmasını bozma nedeni yapmaktadır.<sup>114</sup> Bu beyana ilişkin tutanağın okunması da yasaktır.<sup>115</sup> Kanuna aykırılığın kabulü açısından bilgilendirmenin niçin yapılmadığı önemli değildir. Bu konuda mahkemenin kusurlu olması da gerekmez. Özellikle çekinme hakkı oluşturan yakınlık ilişkisinin tanığı dinleyecek merci tarafından bilinmiyor olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.<sup>116</sup> Ancak tanığın, çekinme hakkını oluşturan yakınlık hakkında bilinçli bir şekilde susması halinde duruma göre farklı bir sonuca ulaşılabilir.<sup>117</sup>

Çekinme hakkı konusunda usule aykırı bir şekilde bilgilendirilmeyen tanığın çekinme hakkını bildiğinin ve usulüne göre bilgilendirilmiş olsaydı da çekinme hakkını kullanmayacağı kesin olarak belirlenebilmesi halinde, değerlendirme yasağı ortadan kalkar.<sup>118</sup>

Çekinme hakkının kullanılmasında kanuni temsilcinin onayı gereken hallerde (md. 45/2) kanuni temsilcinin onayı alınmadan beyanda bulunan tanığın beyanı için de değerlendirilme yasağı söz konusu olur. Ancak kanuni temsilcinin onay verme konusundaki yetkisini bildiğinin ve usulüne göre bilgilendirilmiş olsaydı da tanığın tanıklığına karşı çıkmayacağı kesin olarak belirlenmesi halinde değerlendirme yasağı devreye girmeyecektir.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> CGK 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454; 4. CD, 8.4.2019, E. 2019/1113, K. 2019/6335; 4. CD, 05.04.2019, E. 2019/1084, K. 2019/5993; 2. CD, 22.09.2011, E. 2009/56695, K. 2011/34388. Uygulamada tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı bulunmayan tanığa çekinme hakkı hatırlatılarak ve yeminsiz dinlenmesi halinde de hüküm CMK md. 280 ve 289'a aykırılıktan bozulmaktadır. Bkz. Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 6. CD, 7.11.2009, E. 2019/1712, K. 2019/1910.

<sup>115</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 39.

<sup>116</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 39; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 49; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 57.

<sup>117</sup> ROGALL'a (SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 85) göre, tanığın bilinçli olarak çekinme nedenini gizlemesi halinde sanık bu durumdan haberdar ise ancak beyanın değerlendirilmesi yasağını kabul etmek gerekir. Bu konuda ayrıca bkz. MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 50.

<sup>118</sup> BGH, 13.07.1990 - 3 StR 228/90 = NStZ 1990, 549; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 39; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 34; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 49; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 85.

<sup>119</sup> BGH, 13.07.1990 - 3 StR 228/90 = NStZ 1990, 549, 550; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 86.

## VII. Çekinme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

### 1. Dinlemenin Sona Erdirilmesi ve Tanık Olarak Dinlenmesi Talebinin Reddi

Tanığın, dinleme başladıktan sonra çekinme hakkını kullanması halinde dinleme hemen sona erdirilmelidir. Çekinme hakkını kullanan tanığın dinlenmesi hukuka aykırı olur ve beyanı da hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil teşkil eder. Muhakemeye katılanların çekinme hakkını kullanmış olan tanığın dinlenmek üzere çağrılmasını talep etmeleri halinde bu talebin mahkeme tarafından kanuna aykırılık nedeniyle reddedilmesi gerekir. Bu nedenle çekinme hakkını kullanmış olan tanığın, çekinme konusundaki kararının değiştiği ve beyanda bulunmaya hazır olduğu ortaya konmadığı takdirde tanık olarak dinlenmesine ilişkin bir talebin md. 206/2-a uyarınca reddi gerekir.<sup>120</sup>

### 2. Çekinme Hakkının Dinleme Sırasında Kullanılması Halinde Yapılan Açıklamaların Delil Olarak Kullanılıp Kullanılmayacağı Sorunu

Dinleme başlamadan önce tanıklıktan çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen ve çekinme hakkını kullanmayan tanığın dinleme sırasında çekinme hakkını kullanarak susması halinde bu ana kadar dinleme sırasında yapmış olduğu açıklamaların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Federal Yüksek Mahkeme ve Alman hukukundaki çoğunluk görüşüne göre, duruşmada dinlendiği sırasında çekinme hakkını kullanan tanığın bu ana kadar yapmış olduğu açıklamalar delil olarak kullanılabilir.<sup>121</sup> Federal Yüksek Mahkemeye göre, tanıklıktan çekinme hakkı dinleme sırasında her zaman kullanabilecek ise de bu çekinmenin geçmişe yürürlü etki doğuracağına ve tanığın daha önce vermiş olduğu karar ile üstlenmiş olduğu sonuçların ortadan kaldırılacağına ilişkin kanunda bir dayanak bulunmamaktadır. Tanığın, çekinme hakkı bildirildikten sonra yaptığı açıklamaların hüküm verecek olan mahkeme tarafından geçersiz sayılacağına ve hüküm verilirken dikkate alınamayacağına ilişkin kanunda ciddi bir işaret yer almamaktadır.<sup>122</sup> Doktrindeki çoğunluk görü-

<sup>120</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 57; ayrıca bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 24.

<sup>121</sup> BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 28; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 42; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 36.

<sup>122</sup> BGH, 15.01.1952 - 1 StR 341/51 = BGHSt 2, 99, 107. Federal Yüksek Mahkeme bu yöndeki içtihadını daha sonraki kararlarında da devam ettirmiştir: Bkz. BGH,

şü de Federal Yüksek Mahkemenin görüşü doğrultusundadır.<sup>123</sup> Doktrinde aksi görüşte olanlara göre ise, Federal Yüksek Mahkemenin bu görüşü tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasına, § 52'in koruma amacına ve özellikle de § 252'nin temelinde yatan esas düşünceye aykırıdır.<sup>124</sup> Diğer taraftan dinlenecek olan tanık ikinci derece mahkemesinde çekinme hakkını kullanarak önceki mercide yapmış olduğu beyanını geçersiz hale getirebildiğine göre ilk derece mahkemesindeki beyanı sırasında kararını değiştirmesi halinde de yapmış olduğu beyanını geçersiz hale getirme imkanı olmalıdır. Çekinme hakkından feragatin geri alınması ile birlikte yapılmış olan önceki açıklamalar değerlendirilebilir olmaktan çıkar; diğer bir ifade ile geri alma geçmişe etkili sonuç doğurur. Aile ilişkilerinin korunması, bir beyanın aile hayatının özel alanında olumsuz sonuçlar doğurabilecek muhtemel sonuçlarından kaçınmayı da gerektirir.<sup>125</sup>

CMK md. 45 fık. 3 cümle 2'de çekinme hakkına sahip olan tanıklar, "dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler" denilerek, çekinme hakkının dinleme başladıktan sonra da kullanılabilmesi açıkça belirtilmekle birlikte, çekinme anına kadar yapılan açıklamaların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde, CMUK md. 245'te sadece duruşmadan önce verilen ifadenin duruşmada okunamayacağı düzenlendiği ve bu konuda CMUK'ta başka bir hüküm de bulunmadığı için duruşma sırasında ifade vermeye başladıktan sonra çekinme hakkını kullanan tanığın o ana kadar yapmış olduğu açıklamaların hükme esas alınabileceği ileri sürülmüştür.<sup>126</sup> Şahin'e göre tanık, duruşmadan önce değil de, ilk defa duruşmada dinlendikten sonra tanıklıktan çekinme hakkını kullanırsa, md. 210/2 hükmü uygulanmaması gerekir. Bu halde md. 209 uyarınca tutanağın okunması söz konusu olabilir.<sup>127</sup>

20.5.2015 – 1 StR 429/14 = NSTZ 2015, 656; BGH, 9.9.1987 – 3 StR 307/87 = NJW 1988, 716; BGH 28.1.2004 – 2 StR 452/03 = NJW 2004, 1466.

<sup>123</sup> Bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 42; KÜHNE, Hans-Heiner, **Strafprozessrecht** 8. Bası, 2010, Kn. 815; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 22; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 42; ROXIN/SCHÜNEMANN, s. 204, Kn. 17; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 64.

<sup>124</sup> RENGIER, Rudolf, "Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 20.03.1997 - 5 StR 234/96", NSTZ 1998, 48.

<sup>125</sup> EISENBERG, Kn. 1228 ve orada zikredilen kaynaklar.

<sup>126</sup> Bkz. FEYZİOĞLU, s. 213.

<sup>127</sup> ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 617.

Kanaatimizce, CMK md. 45 fık. 3 cümle 2 hükmü, md. 210/2'deki "Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz" hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde çekinme hakkının duruşma sırasında kullanılması halinde de geçmişe yürürlü etki doğuracağını söylemek mümkündür. Doktrinde yerinde olarak belirtildiği üzere, sonradan kullanılan çekinme hakkı, önceki açıklamaları değerlendirilemez hale getirmektedir.<sup>128</sup> Alman doktrin ve uygulamasındaki çoğunluk görüşü kanaatimizce yerinde değildir. Rengier'in isabetli olarak belirttiği üzere, yapacağı beyanın yakını olan sanığın muhtemelen mahkumiyetine sebep olabileceğini çekinme hakkı bildirildiğinde değil de tanıklık yapmaya başladıktan sonra anlayan ve bu nedenle tanıklıktan çekinmek isteyen kişinin yakınları ile ortaya çıkabilecek çatışma, ancak tanığın yaptığı açıklamalar mahkeme tarafından dikkate alınmadığı takdirde önlenebilecektir.<sup>129</sup> Diğer taraftan md. 210/2'de yer alan tanığın „önceki ifadesi“nin mutlaka önceki duruşma veya önceki merci önündeki dinlemeyle sınırlı olduğu anlamına gelmeyip, çekinme hakkının kullanıldığı dinleme sırasında çekinmeden önceki beyanları da kapsayıcı niteliktedir. Duruşmada çekinme hakkı kullanılarak soruşturma evresindeki beyanın geçersiz hale getirilmesi imkanı verilirken, duruşmada tanıklık başladıktan sonra yapılan çekinme için o ana kadar yapılan beyanın geçersiz hale getirilmesi imkanı verilmemesi çelişkili bir durum oluşturacaktır.<sup>130</sup> Md. 210/2'nin kapsamı üzerinde aşağıda durulacaktır.

### 3. Çekinme Hakkının Kullanılmasının Sanık Aleyhine Değerlendirilmemesi

Tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasının bir diğer sonucu bu çekinmenin sanık aleyhine değerlendirilmesi yasağıdır. Doktrin ve uygulamada hakim olan görüşe göre, çekinme hakkına sahip olan tanığın bu hakkını kullanmasından sanık aleyhine sonuç çıkarılmaz.<sup>131</sup> Ancak bunun için tanığın çekinme hakkının bulunması, yani çekinmenin hukuka uygun olması gerekir. Tanığın çekinme hakkını kullanmasından sanık aleyhine sonuç çıkarılmasına izin verilseydi tanık çekinme hakkını serbest ve objektif bir şekilde kullanmazdı. Çekinme hakkının kullanıl-

<sup>128</sup> ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 53.

<sup>129</sup> RENGIER, s. 49.

<sup>130</sup> RENGIER, s. 49.

<sup>131</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 45; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 56; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 59; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 612.

masının sanık aleyhine değerlendirilmesi yasağı, tanığın duruşmanın başında çekinmesine rağmen duruşmanın ilerleyen aşamasında beyanda bulunması veya ilk önce beyanda bulunması ancak daha sonra çekinme hakkını kullanması halinde de geçerlidir. Tanığın soruşturma evresinde hakim tarafından dinlenmesi sırasında beyanda bulunması, duruşmada ise çekinme hakkını kullanması halinde de aleyhe değerlendirme yasağı söz konusu olur.<sup>132</sup>

#### 4. Önceki Beyanın Değerlendirilmesi Yasağı

##### a) Yasağın Amacı

Md. 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan tanığın çekinme hakkını kullanılmasının bir diğer ve uygulama açısından da önemli sonucu md. 210/2'de düzenlemiştir. Bu hükme göre, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz. Birçok yönüyle geniş bir incelemeyi gerektiren md. 210/2'deki bu değerlendirme yasağının kapsam ve koşullarına burada sadece kısaca değinilmekle yetinilecektir.<sup>133</sup>

Daha önceki bir muhakeme aşamasında soruşturma veya kovuşturma organları karşısındaki ifadesi sırasında beyanda bulunan tanık, çoğunlukla bu beyanın anlam ve kapsamını önceden kestiremeyecektir. Çekinme hakkına sahip olan tanık, önceki beyanın, yakını olan sanık için sebep olacağı muhtemel olumsuz sonuçlarını duruşmada anlayınca, gerçeğe uygun beyanda bulunarak sanığı suçlamak ya da gerçek dışı beyanda bulunmak arasında seçim yapmak gibi zor bir durumda kalabilecektir. Md. 45'te tanığa tanınan duruşmada tanıklıktan çekinme imkanı ise zaman açısından oldukça sınırlı olup, tanık için söz konusu olabilecek zor durumda kalmayı engellemeye yeterli değildir.

<sup>132</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 45; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 56; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 59.

<sup>133</sup> Önceki beyan değerlendirilmesi yasağı md. 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip tanıklar yanında md. 46'ya göre meslek sırrı sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan tanıkları da kapsamaktadır. Buna karşın md. 48'de belirtilen haller, md. 210/2 kapsamında değildir. Bu konuda Alman hukuku için bkz. MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 4. Bu nedenle soruşturma evresinde tanık olarak beyanda bulunan tanığın duruşmada md. 48 uyarınca cevap vermektan kaçınma hakkına dayanması halinde önceki beyanı delil olarak değerlendirilebilecektir. Çünkü md. 210/2 tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasından bahsederken, md. 48'de sadece soruya cevap vermektan kaçınma hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda Alman hukuku için bkz. MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 16-17.



İşte bu nedenle md. 210/2 ile kabul edilen değerlendirme yasağı tanığın içine düşebileceği ikilemden kurtulma imkanı sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>134</sup>

### b) Tanığın Daha Önceden Beyanda Bulunmuş Olması

Md. 210/2'nin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle tanığın duruşmadan önce beyanı alınmış ve bu beyanı sırasında çekinme hakkını kullanmaktan feragat etmiş olması gerekmektedir. Bu açıdan 210/2'deki değerlendirme yasağı tanığın daha önce beyanda bulunmasına bağlanmıştır. Madde metni önceki beyanın tanık beyanı olarak yapılmış olması gerektiğini ifade eder şekildedir. Ancak doktrin ve uygulama maddenin konuş amacından hareketle önceki beyanın tanık sıfatıyla verilmiş olmasını zorunlu görmemektedir.<sup>135</sup> Bu nedenle tanık ifadesi alınmasına benzer durumlar veya kolluk görevlilerinin bilgi toplamak amacıyla soru sorması da önceki beyan olarak değerlendirilmektedir. Daha önceki bir duruşmada, başka bir ceza davasında veya bir hukuk davasında yapılmış olan beyanlar da madde kapsamında kabul edilmektedir.<sup>136</sup> Önceki beyan için tutanak tutulmuş veya beyanın yazılı metin haline getirilmiş olması gerekli değildir. Bu nedenle, örneğin, olayla ilgili olarak kolluğun telefon ederek aldığı bilgi de değerlendirme yasağı kapsamındadır.<sup>137</sup> Değerlendirme yasağının uygulama alanı bulması açısından tanığın önceki dinlemeye davetiye ile çağrılmış olması gerekmeyp, tanığın kendiliğinden gelip beyanda bulunmuş olması da yeterlidir.<sup>138</sup> Ancak önceki dinlemenin resmi merciler tarafından yapılan bir dinleme olması gerekir. Bu nedenle tanığın, dinleme dışındaki açıklamaları, örneğin tanığın kendiliğinden yapmış olduğu açıklamalar, değerlendirme yasağı kapsamında değildir.<sup>139</sup> Tanığın, dinleme sırasında vermiş olduğu yazı veya notları içeren kağıtlar da çekinme hakkının kullanılmasından sonra değerlendirilemez.<sup>140</sup>

<sup>134</sup> MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 3.

<sup>135</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 22-23; SK-StPO/ROGALL, § 52 Kn. 90, 91.

<sup>136</sup> KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 22-23, 28; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 91.

<sup>137</sup> MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 26.

<sup>138</sup> ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 616-617.

<sup>139</sup> BGH, 10. 2. 2000 - 4 StR 616/99 = NStZ 2001, 49, 50; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 91; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 617; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a.

<sup>140</sup> MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 26; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 89.

### c) Duruşmada Tanıklıktan Çekinme Hakkının Kullanılması

Md. 210/2'nin uygulanabilmesi için duruşmadaki dinleme sırasından çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen tanığın, dinleme başlama- dan önce çekinme hakkını açık ve net bir şekilde kullanmış olması gere- kir. Eğer kişi önceki dinleme sırasında tanık, duruşmadaki dinleme sıra- sında artık sanık statüsünde ise md. 210/2 uygulama alanı bulmayacak- tır.<sup>141</sup> Buna karşın önceki dinlemede çekinme hakkı olmayan tanığın da- ha sonra çekinme hakkına sahip olması (örneğin evlenme veya nişan- lanma ile) ve çekinme hakkını kullanması halinde önceki beyan açısın- dan değerlendirme yasağı söz konusu olacaktır.<sup>142</sup>

### d) Değerlendirme Yasağının Kapsamı

Md. 210/2 ifadesine göre çekinme hakkını kullanan tanığın önceki ifadesine ilişkin tutanağın okunması yasaklanmaktadır. Bu nedenle da- ha önceki beyanı sırasında çekinme hakkını kullanmayan bir tanık du- ruşmada tanıklıktan çekindiğinde önceki ifadesine ilişkin tutanaklar okunamaz ve tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak verdiği önceki beyanı hükme esas alınamaz.<sup>143</sup>

Madde metninde sadece önceki ifadeye ilişkin tutanağın okunması yasağından bahsediliyorsa da uygulama ve doktrindeki hakim görüşe göre, bu düzenleme ile okuma yasağını da içeren genel bir değerlendir- me yasağı söz konusudur.<sup>144</sup> Federal Yüksek Mahkemenin süreklilik arz eden içtihatların göre, Alman CMK § 252 hükmü sadece bir okuma ya-

<sup>141</sup> MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 35.

<sup>142</sup> SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 90; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 616.

<sup>143</sup> 2. CD, 4.7.2011, E. 2009/46389, K. 2011/15222; 2. CD 29.04.2009, E. 2009/22254, K. 2009/20945: "Duruşmada tanıklıktan çekindiği için, önceki ifadesine ilişkin tutanak 5271 sayılı CYY'nin 210/2. maddesinin emredici kuralı uyarınca okunmadığı ve böylece bu tanığın önceki ifadesi kanıt (delil) olarak duruşmaya getirilip mahke- me/yargıç önünde tartışılmadığı halde, tanık Ayşe'nin ifadesine dayanılarak sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CYY'nin 217/1. maddesine ay- kırı davranılması" bozmayı gerektirmiştir. Ayrıca bkz. YCGK, 15.05.2018, 2017/1- 1087 2018/211 (GEDİK, s. 930, dipnot 68).

<sup>144</sup> BGH, 15.1.1952 – 1 StR 341/51= NJW 1952, 356; BGH 10.2.2000 – 4 StR 616/99 =, NStZ 2001, 50; DIEMER, Herbert, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019, StPO § 252 Kn. 1-3; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 42; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 89; FEYZİOĞLU, s. 212; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 612-613, 615; ŞAHİN, İspat, s. 156.

sağı değil ayrıca bir değerlendirme yasağı da içermektedir.<sup>145</sup> Mahkemeye göre, duruşmada çekinme hakkını kullanan tanığın daha önceki dinlemeye ilişkin açıklamaları, önceki dinleme tutanaklarının veya önceki beyana dayanan hükmün okunması ya da önceki dinlemeyi gerçekleştiren görevlinin tanık olarak dinlenmesi veyahut önceki dinleme hakkında başka bir tanığın dinlenmesi suretiyle delil değerlendirmesine dahil edilmez.<sup>146</sup> Yine tanığın çekinmesi halinde önceki beyanına ilişkin ses ve görüntü kayıtlarının duruşmada gösterilmesi de yasaktır.<sup>147</sup>

Alman hukukundaki çoğunluk görüşü, tanığın daha önceki beyanın hakim önünde yapmış olması halinde değerlendirme yasağına bir istisna kabul etmektedir. Buna göre, tanığın önceki beyanının hakim tarafından alınmış ve tanık hakim tarafından çekinme hakkı konusunda usulüne göre bilgilendirilmişse, duruşmada çekinme hakkını kullansa da önceki beyanı tespit eden hakim tanık olarak dinlenebilir. Ancak bu durumda hakim tarafından tutulan dinleme tutanağının duruşmada okunması değil, sadece tanığı dinleyen hakim tanık olarak dinlenmesi kabul edilmektedir. Bu konuda temel gerekçe olarak, kanunda hakim tarafından yapılan tanık dinlemeye savcı veya kolluk tarafından yapılan dinlemeye göre daha yüksek bir değer atfedilmesine dayanılmaktadır.<sup>148</sup> Fakat bu görüş ve uygulama, tanığı koruma amacı taşıyan değerlendirme yasağı ile bağdaştırmanın mümkün olmadığı, bir dinlemenin kalitesinin dinleyen mesleki statüsü ile değil, onun kişiliği ve kriminalistik yetenekleri ile ilgili olduğu, tanığın yakınları hakkında beyanda bulun-

<sup>145</sup> Bu konuda bkz. BGH, 15.11.1952 - 1 StR 341/51 = NJW 1952, 356. Alman CMK § 252 ile ilgili mahkeme kararlarının listesine ulaşmak için bkz. <https://dejure.org/dienste/lex/StPO/252/1.html> (Erişim tarihi: 11.08.2020).

<sup>146</sup> BGHSt 11, 338 (339); BGHSt 13, 394 (395); BGHSt 20, 384; BGH, 10. 2. 2000 - 4 StR 616/99 = NStZ 2001, 50. Doktrinadaki görüşler de aynı yöndedir. Bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 89-90; MEYER-GOSSNER, StPO § 252 Kn. 12-13; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a; KK-StPO/DIEMER StPO § 252 Kn. 1; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 41-43; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 615-616.

<sup>147</sup> BGH 10. 2. 2000 - 4 StR 616/99 = NStZ 2001, 50; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 89-90; MEYER-GOSSNER, StPO § 252 Kn. 12-13; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 41-43.

<sup>148</sup> Bu konudaki Alman Federal Yüksek Mahkeme kararları için bkz. BGH, 12. 2. 2004 - 3 StR 185/03 = NJW 2004, 1605; BGH, 11. 4. 2012 - 3 StR 108/12 = NStZRR 212, 212; BGH, 9. 3. 2010 - 4 StR 606/09 = NJW 2010, 1824. Detaylı bilgi için bkz. KK-StPO/DIEMER StPO § 252 Kn. 22-32. Ayrıca bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 252 Kn. 14-15.

ması ile ortaya çıkabilecek zor durumun hakim tarafından bilgilendirme ile ortadan kaldırılamayacağı gibi gerekçelerle eleştirilmektedir.<sup>149</sup>

Kanaatimizce CMK md. 210/2'un ifadesi, önceki dinlemenin hangi merci tarafından yapıldığı hususunda bir ayrımı haklı göstermemektedir. Çünkü madde metninde sadece "duruşmada tanıklıktan çekindiğinde" tanığın önceki ifadesine ilişkin tutanağın okunamayacağından bahsedilmekte, önceki dinlemenin kimin tarafından yapılmış olmasına ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. Bu nedenle, önceki dinleme hakim veya mahkeme önünde yapılmış olsa da değerlendirme yasağı kapsamındadır.

Diğer taraftan CMUK md. 245'te, "Duruşmadan önce dinlenipte ilk defa olarak duruşma esnasında şahitlik etmekten çekinmek hakkını kullanan" tanıktan, CMK md. 210/2 ise sadece tanığın "duruşmada tanıklıktan çekin"mesinden söz etmektedir. Bu nedenle, CMUK'dan farklı olarak CMK'ya göre, çekinme hakkının kullanılmadığı önceki dinlemenin duruşma aşamasından önce yapılmış olması gerekmeyip, duruşmadaki ilk dinleme sırasında çekinme hakkını kullanmayan tanığın tekrar dinlenmesi halinde bu hakkını kullandığı takdirde de önceki beyanın değerlendirilmesi yasağı söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay yerinde olarak, "Gerek 1412 Sayılı C.M.U.K.nun 47, gerekse 5271 Sayılı C.M.K.nun 45. maddeleri uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı ve kovuşturma aşamasında mahkeme huzurunda tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak tanıklık yapan, ancak duruşmanın devamı niteliğindeki keşifte tanıklıktan çekinme hakkını kullanan, maktule ve sanığın ortak çocukları 1996 doğumlu H. M. Ç.'in tanıklıktan çekinmiş olması sebebiyle önceki beyanlarının 5271 Sayılı C.M.K.nun 210 ve 217. maddeleri uyarınca hükme esas alınmasının mümkün olmadığını" kabul etmiştir<sup>150</sup>. Md. 210/2, önceki ifadenin duruşmadan önceki aşamada yapılmış olmasını aramadığı için Yargıtayın görüşü yerindedir.<sup>151</sup> Yargıtayın süreklilik arz eden içtihatla-

<sup>149</sup> Bkz. MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 48 ve orada dipnot 11 ve 12'de zikredilen kaynaklar; ŞAHİN, s. 157.

<sup>150</sup> CGK, 15.04.2014, E. 2013/1-225, K. 2014/180.

<sup>151</sup> Yargıtayın kararına esas teşkil eden olayda tanık, 02.06.2004 tarihinde duruşmada dinlendiği sırada tanıklıktan çekinme hakkının hatırlatılmasına karşın tanık sıfatıyla ifade vermiş, naip hakim vasıtasıyla 27.6.2005 tarihinde yapılan keşifte ise çekinme hakkı hatırlatılınca tanıklık yapmayacağını beyan etmiştir. Tanığın duruşmada çekinme hakkını kullanmadığı sırada CMUK md. 47 ve md. 245, keşifte çe-

rına göre, tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığın duruşmada tanıklıktan çekinmesine rağmen beyanının delil olarak değerlendirilmesi hükmün bozulması nedeni oluşturur.<sup>152</sup>

### VIII. Sonuç ve Değerlendirmeler

CMK md. 45'te düzenlenen şüpheli veya sanığın yakınlarına tanınan tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin olarak ulaştığımız sonuç ve önerileri şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Madde md. 45'in madde başlığında sadece "tanıklıktan çekinme" denmişse de Md. 45/1'in ifadesi tanıklıktan çekinme konusunda subjektif bir hakka işaret etmektedir.

2) Şüpheli veya sanığın nişanlısına, eşine, eski eşine ve kanunda belirtilen yakın hısımlarına herhangi bir neden göstermeksizin tanıklıktan çekinme hakkı verilmesine ilişkin düzenlemenin gerekçesi ile ilgili olarak bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Alman Federal Yüksek Mahkeme kararlarına göre, yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlamak tanığın kişilik hakları ile bağdaşmayacağı için hiç kimse bir yakınının cezalandırılmasına aktif olarak katkıda bulunmaya zorlanmamalıdır. Yakın hısımlara tanıklıktan çekinme hakkı verilmesinin amacı, gerçeğe uygun beyanda bulunduğu takdirde yakını olan şüpheli veya sanığa zarar vereceği endişesinden tanığı korumaktır.

3) Tanıklıktan çekinme hakkı tanınan şüpheli veya sanığın yakınları md. 45/1'de sınırlı bir şekilde sayılmış olup, bunların dışındaki yakınların tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır.

4) Şüpheli veya sanığın nişanlısının tanıklıktan çekinme hakkının varlığı için tanıklık konusu fiilin gerçekleştiği sırada nişanlılığın bulunması gerekmez. Ancak çekinme hakkının kullanılabilmesi için tanıklık yapılacağı sırada nişanlılığın halen mevcut olması gerekir. Nişanlanmaya dayanan tanıklıktan çekinme hakkı kötüye kullanılabilir. Bu nedenle geçerli bir nişanlılığın koşulları bakımından MK hükümleri dikkate alınmalıdır.

5) Eşin tanıklıktan çekinme hakkı için evliliğin kanuna göre kurulmuş olması yeterli olup, evlenmenin mutlak butlan veya nisbi butlan

---

kinme hakkını kullandığı sırada ise CMK md. 45 ve md. 210/2 hükümleri uygulama alanı bulmuştur.

<sup>152</sup> Bkz. 2. CD, 04.07.2011, E. 2009/46289, K. 2011/15222 ve yukarıda dipnot 143't zikredilen diğer kararlar.

ile batıl olması bu açıdan önem taşımaz. Evliliğin tanıklığa konu olan fiilden sonra gerçekleşmiş olması halinde de çekinme hakkı söz konusu olacaktır.

6) Evlat edinme sözleşmesi ile evlatlık ve evlat edinen arasında kan hısımlığına benzer bir hısımlık kurulduğuna göre, kan hısımlığındaki gibi evlat edinen ve evlatlığın altsoy ve üstsoyları ile eşlerine de tanıklıktan çekinme tanıyan bir düzenleme yerinde olurdu.

7) Tanıklıktan çekinme hakkı sadece şüpheli veya sanığın kanunda sayılan yakınlarına tanınmış olup, mağdur veya katılanın yakınlarının bu haktan yararlanması söz konusu değildir. Suç mağdurunun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacağı için, şüpheli veya sanığın yakını olan mağdurun da çekinme hakkı vardır. Katılan md. 45/1'de sayılan kişilerden olması halinde yakını olan sanığa karşı çekinme hakkını kullanabilir.

8) Aynı suça iştirakten dolayı birden fazla şüpheli veya sanığa karşı yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanıklardan birisinin yakınının tanıklıktan çekinme hakkı diğer suç ortaklarını da kapsayacaktır. Ancak sanığın yakınının, sanık ile birlikte suçlanan diğer sanıklara karşı çekinme hakkının kapsamı ve sınırları oldukça tartışmalıdır. Tanığın kanunda belirtilen derecede yakını olan sanığın ölmesinden veya hakkındaki muhakemenin mahkumiyetle sonuçlanıp hükmün kesinleşmesinden sonra sanıkla birlikte suçlanan diğer sanığa karşı ceza kovuşturması başlatılmış olması halinde artık diğer sanıklara karşı çekinme hakkı söz konusu olmaz.

9) Tanık, çekinme hakkını niçin kullandığı konusunda bir sebep veya gerekçe göstermek zorunda olmadığı gibi, şüpheli veya sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi tanıklıktan çekindiğini açıklaması da gerekmez. Mahkeme başkanı ve üyeler ile muhakemeye katılan diğer kişiler tanığın çekinme konusunda karar verme özgürlüğünü etkileyecek herhangi bir davranışta bulunamazlar.

10) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızası ile tanık olarak dinlenebilir. Kanuna göre tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayamamak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığından kaynaklaması gerektiği için bu nedenler dışındaki bir neden tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğini ortadan kaldırırsa bile söz konusu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.

Ancak bu şekilde bir sınırlamanın makul bir açıklaması bulunmamaktadır.

11) Tanıklıktan çekinme hakkının anlamını kavramak için gerekli olan yeteneğin varlığından söz edebilmek için tanığın, hakkında tanıklık yapacağı yakınının bir haksızlık gerçekleştirdiğini ve bu yüzden cezalandırılmasının söz konusu olduğunu, beyanda bulunmasının muhtemelen onun cezalandırılmasına neden olabileceğini anlayabilecek yeteneğe sahip olması gerekir.

12) Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanmaları gerektiği için tanıklıktan çekinme konusunda her ikisinin de rıza göstermesi gerekir. Velayet hakkına anne ve babanın birlikte sahip olması halinde sanık durumunda olmayan anne veya babanın da tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasında karar verememesi gerekir. Velayet hakkına anne veya babadan birinin sahip olması halinde şüpheli veya sanık olmayan ve velayet hakkına sahip olan diğer anne veya babaya da menfaat çatışması nedeniyle çekinme hakkında karar verme yetkisi verilmemelidir.

13) Kanuni temsilcinin tanıklıktan çekinme konusunda karar verme yetkisinin olmaması halinde ayırt etme gücüne sahip olmayan tanığın çekinmesi konusunda karar vermek üzere kayyım atanması yoluna gidilmelidir.

14) Çekinme hakkına sahip olan tanığın beyanının delil olarak değerlendirilebilmesi için md. 45/3 uyarınca tanık, tanıklıktan önce çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmiş olmalıdır. Madde metninde sadece "tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir" denilmekle birlikte, tanık, çekinme hakkının kapsamı ve sonuçları konusunda bilgilendirilmelidir. Çekinme hakkı konusunda kanuni temsilcinin de bilgilendirilmesi gerekir.

15) Çekinme hakkına sahip olan tanığın bu hakkı konusunda bilgilendirilmeden alınan beyanı delil olarak değerlendirilmez. Yargıtay istikrarlı bir şekilde, hükmün çekinme hakkı olan ve bu hakkı bildirilmeden dinlenen tanık beyanına dayanmasını bozma nedeni yapmaktadır. Bu beyana ilişkin tutanağın okunması da yasaktır.

16) Dinleme başlamadan önce tanıklıktan çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen ve çekinme hakkını kullanmayan tanığın dinleme sırasında çekinme hakkını kullanarak susması halinde bu ana kadar yapmış olduğu açıklamaları da delil olarak kullanılmaz.

17) Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz (md. 210/2). Madde metninde sadece önceki ifadeye ilişkin tutanağın okunması yasğından bahsediliyorsa da uygulama ve doktrindeki hakim görüŖe göre, burada okuma yasğını da içeren genel bir değerlendirme yasğı söz konusudur.



## KAYNAKLAR

- AYDOS, Oğuz Sadık, “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 117-141.
- BADER, Markus, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atf: KK-StPO/BADER, StPO §).
- BİRİNCİ UZUN, Tuba, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli”, **Hacettepe HFD**, 6 (1) 2016, s. 135-166.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018.
- DIEMER, Herbert, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atf: KK-StPO/DIEMER, StPO §).
- EISENBERG, Ulrich, **Beweisrecht der StPO** 8. Bası, 2013.
- ELLBOGEN, Klaus, **Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung**, Cilt 2, §§ 151-332 StPO, Hartmut Schneider (Hrsg.) 1. Bası 2016 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atf: MüKoStPO/ ELLBOGEN StPO §).
- FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996.
- GEDİK, Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCANA Armağan**, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, s. 913-963.
- GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, Ankara 2020.
- GÖKTÜRK, Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XX, Yıl: 2016, Sayı: 1, s. 347-409.
- GRIESBAUM, Rainer, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atf: KK-StPO/GRIESBAUM, StPO §)
- KÜHNE, Hans-Heiner, **Strafprozessrecht**, 8. Bası, 2010.

- HUBER, Matthias, in: **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, Jürgen Graf (Hrsg.), 37. Edition, Stand: 01.07.2020 (Erişim: <https://beck-online.beck.de>) (Atıf: BeckOK StPO/HUBER StPO §).
- IGNOR, Alexander/BERTHEAU, Camilla, in: **LÖWE/ROSENBERG StPO, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Cilt II: §§ 48-93**, 27. Bası, 2017 (Atıf: IGNOR/BERTHEAU, in: Löwe/Rosenberg, Cilt II, StPO §)
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "Ceza Yargılamasında Katılanın Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, İstanbul 2013, s. 191-209.
- MEYER-GOSSNER, Lutz, **Strafprozessordnung StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen**, 56. Bası, 2013.
- ÖNDER, Ayhan, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı", **İHFİM, Cilt: XXIX, Sayı: 3**, s. 876-932.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Ankara 2019.
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Ankara 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet, "Sağlık Hizmeti Bağlamında Sır Saklama Yükümlülüğü ve Kapsamı", **SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, Eylül-Ekim-Kasım 2007, sayı 4, s. 98 vd.
- ÖZGENÇ, İzzet, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları", **SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, Aralık-Ocak-Şubat 2007- 2008, Sayı: 5, s. 86 vd. (<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>) (Erişim tarihi: 06.07.2020).
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Esfer/ALTINOK VILLEMİN, Derya/TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Ankara 2019 (Atıf: ÖZTÜRK (Editör)).

- PERCIC, Marcus, in: **Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Cilt 1, §§ 1-150 StPO, Hans Kudlich (Hrsg.)** 1. Bası 2014 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atıf: MüKoStPO/PERCIC StPO §).
- RENGIER, Rudolf, “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 20.03.1997 – 5 StR 234/96, Auskunftsverweigerung während Vernehmung”, **NStZ 1998**, s. 47-49 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>)
- ROGALL, Klaus, in: **Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Cilt I**, 4. Bası 2013 (Atıf: SK-StPO/ROGALL, StPO §).
- ROXIN, Klaus/SCHÜNEMANN, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 27. Bası, Münih 2012.
- SLAWIK, Sabine, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Rolf Hannig (Hrsg.)** 8. Bası 2019 ( Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atıf: KK-StPO/SLAWIK, StPO, §).
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2016.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005 (Atıf: ŞAHİN, Gazi Şerhi).
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)**, Ankara 2001 (Atıf: ŞAHİN, İspat).
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 10. Bası, Ankara 2020.
- TURHAN, Faruk, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 4**, s. 359-409.
- TÜRK HUKUK LÜGATI, 3. Bası, Ankara 1991.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Ankara 2019.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Ankara 2019.
- YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu/Strafprozessordnung (StPO)**, 2. Bası, İstanbul 2015.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 19. Bası, İstanbul 2019.



## KAMU HUKUKU AÇISINDAN OTOKRATİK YÖNETİM - GAYRİŞAHSİ DEVLET İKTİDARI İLİŞKİSİ VE 'STAATSGEWALT' KAVRAMI

Dr. Ulaş KARADAĞ\*

### Öz

Kamu hukukuna dair güncel tartışmalardan biri, otoriterleşme ve istisnaileşme tartışmalarıyla bağlantılı olarak görülen, siyasal yönetimin şahsileşmesi tartışmasıdır. Otoriterleşen rejimlerin anayasal mimarilerinde son yıllarda birtakım değişimlerin gerçekleştiği gözlemlenmektedir. Burada göze en fazla çarpan hususlardan biri siyasal otoritenin şahsileşmesi olgusudur. Modern devletin temel niteliğinin, devlet iktidarı ve otoritesinin gayrişahsi, kamusal ve merkezi olduğu varsayıldığında, söz konusu husus dikkat çekici hale gelmektedir. Bu bağlamda elinizdeki makalede, siyasal yönetimin şahsileşmesi olgusunun, modern devletin kurucu unsurlarından gayrişahsi devlet iktidarı [Staatsgewalt] bağlamında değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Öncelikle klasik anayasal öğretisi açısından normal ve istisnai yönetimler arasındaki temel farka odaklanılmıştır. Ardından, 'otoriter devlet' ve 'otokratik otorite/yönetim' ilişkisi incelenmiştir. Son olarak, siyasal yönetimin şahsileşmesinin teorik mahiyeti, gayrişahsi devlet iktidarı kavramı açısından tartışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Kamu Hukuku • Şahsi Yönetim • Devlet İktidarı • Staatsgewalt  
• Georg Jellinek

\* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye | Asst., Malatya University, Faculty of Law, Department of General Public Law, Malatya, Turkey.

✉ ulas.karadag@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0002-2628-9055

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KARADAĞ Ulaş, "Kamu Hukuku Açısından Otokratik Yönetim- Gayrişahsi Devlet İktidarı İlişkisi ve 'Staatsgewalt' Kavramı, *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1429-1464.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE AUTOCRATIC RULE - IMPERSONAL STATE POWER RELATION AND THE CONCEPT OF 'STAATSGEWALT' IN TERMS OF PUBLIC LAW

### Abstract

One of the current debates on public law is the discussion on the personalization of political governments, which has been evaluated in connection with authoritarianism and exceptionalization. It is observed that the constitutional architectures of authoritarian regimes have changed in recent years. The most significant point here is the personalization of political authority, whereas the fundamental feature of the modern state is impersonality and publicity of the state power. In this respect, this article aims to evaluate the case of personalization of political governing in relation to the concept of state power [Staatsgewalt]. To this end, the article firstly focuses on the main difference between normal and exceptional governments in terms of classical constitutional doctrine. Then, it examines 'authoritarian state'- 'autocratic authority/rule' nexus. Finally, the article discusses theoretical meaning of personalization of political authority in relation to the concept of impersonal state power.

### Key Words

Public Law • Personal Rule • State Power • Staatsgewalt • Georg Jellinek

## I. GİRİŞ

Kamu hukukuna dair güncel tartışmalardan biri, otoriterleşme ve istisnaileşme<sup>1</sup> konularıyla bağlantılı olarak görülen, illiberal demokrasiler<sup>2</sup> ve siyasal yönetimlerin şahsileşmesi tartışmasıdır<sup>3</sup>. Günümüzde oto-

---

<sup>1</sup> 'İstisnaileşme' sözcüğüyle kastedilen, ilerleyen sayfalarda da belirtildiği gibi, anayasal demokrasilerin yalnızca istisnai olarak yürürlüğe konulduğu düşünülen düzenlemelerinin, günümüzde yaygın olarak ve sıkça hayat bulmasının artık bir yönetim paradigması haline gelmesidir. Bu husus ayrıca istisnailiğin normalleşmesi ve kural haline gelmesi olarak da ele alınabilmekte, dahası egemenlik kavramına içkin olarak değerlendirilebilmektedir. Bu hususu, Carl Schmitt'in egemenlik kavrayışından, dolayısıyla da egemenlik ve istisna [(İng.) exception, (Alm.) Ausnahme] kavramlarından hareketle ve egemenliğin istisnai/ paradoksal yapısı dolayısıyla daha üst soyutlama düzeyinde değerlendiren klasikleşmiş iki metin için bkz. **AGAMBEN**, Giorgio, *Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat* (2. Basım), Çev. İsmail Türkmen, Ayrintı Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 25-41 ve **AGAMBEN**, Giorgio, *İstisna Hâli*, Çev. Kemal Atakay, Otonom Yayınları, İstanbul, 2006.

<sup>2</sup> İliberal demokrasi kavramı, "Batı'daki siyasal analiz çevrelerinde, seçimlerin yapıldığı, fakat hukukun üstünlüğünün gözlemlenemediği, kontrol ve denge mekanizma-

riterleşme ve otoriter devlet biçimi tartışmaları yaygınlaşmakta, otoriterleşen rejimlerin anayasal mimarilerinde<sup>4</sup> birtakım değişimlerin gerçekleştiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda, siyasal yönetimlerin giderek şahsileşmesi, bir başka ifadeyle 'otokratik otorite' sorunu, önemli bir tartışma başlığı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumun modern demokrasiler için bir istisnailik teşkil edip etmediği sorusu ise tartışmanın bir diğer boyutunu oluşturmaktadır. Modern devletin temel niteliğinin, devlet iktidarı ve otoritesinin gayrişahsi, kamusal ve merkezi bir karakter taşıması olduğu düşünüldüğünde, söz konusu tartışma oldukça dikkat çekici bir hal almaktadır. Bu nedenle makale, siyasal yönetimin şahsileşmesi olgusunu, modern devletin kurucu unsurlarından gayrişahsi devlet iktidarı [*Staatsgewalt*] bağlamında değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Bu doğrultuda, öncelikle klasik anayasal öğretisi açısından normal ve istisnai yönetimler arasındaki temel farka odaklanılmıştır. Daha sonra modern demokrasilerin, bu iki yönetim tipini kendi bünyesinde nasıl iç içe geçirdiği teorik açıdan ele alınmıştır. Ardından, otoriter devlet ve otokratik otorite/yönetim ilişkisi değerlendirilmiştir. Son bölümde, devleti üç temel unsurun (toprak, halk, iktidar) bütünlüğü olarak ele alan *Staatslehre* geleneğine değinilmiş ve otokratikleşme sorunu, modern dev-

---

larının ihlal edildiği rejimleri tanımlamak" için kullanılmaktadır. Bkz. MÜLLER, Jan Werner, *Popülizm Nedir?* (3. Basım), Çev. Onur Yıldız, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 68 vd. Bu kavramla, söz konusu rejimlerin anayasal liberalizmin temel ilkelere sahip olmadıkları vurgulanmaktadır: Sınırlı devlet, özgürlükler, siyasal haklar ve mülkiyet hakları. Bkz. ZAKARIA, Fareed, "İlliberal Demokrasinin Yükselişi", Çev. Atilla Yayla, *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 14, 1999, ss. 7-19. Dolayısıyla kavram, bütün yurttaşların hak ve özgürlüklerden yararlanamadıkları rejimleri ifade eder. Bkz. ÖZBUDUN, Ergun, *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye* (2. Basım), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 40.

<sup>3</sup> Örnek olarak bkz. SCHEPPELE, Kim Lane, "Autocratic Legalism", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, No. 2, 2018, ss. 545-583; DRINÓCZİ, Tímea/BIENKACALA, Agnieszka, "Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland", *German Law Journal*, 20(8), 2019, ss. 1140-1166; HALMAI, Gábor, "Populism, Authoritarianism and Constitutionalism", *German Law Journal*, 20(3), 2019, ss. 296-313; GARCÍA, Helena Alviar/FRANKENBERG, Günter (Ed.), *Authoritarian Constitutionalism*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019.

<sup>4</sup> Anayasal mimari kavramı için bkz. LOUGHLIN, Martin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, Çev. Dilşad Çiğdem Sever, Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017, s. 99-100.

letin kurucu unsurlarından olan gayrişahsi devlet iktidarı bağlamında incelenmiştir. Ek olarak, modern devlet iktidarının gayrişahsi karakterinin yalnızca anayasal mimariyle ilişkili bir husus olmadığı, aynı zamanda kapitalist tahakküm ilişkilerinin gayrişahsi doğası tarafından da biçimlendirildiği tartışılmıştır.

## II. NORMAL, İSTİSNAİ VE OTOKRATİK YÖNETİM

### 1. Normal Yönetim-İstisnai Yönetim Ayrımı

Klasik anayasal öğretisi, siyasal yönetimi, normal/olağan [*regular*] ve istisnai [*exceptional*] yönetim olmak üzere ikiye ayırmaktadır<sup>5</sup>. Normal yönetim, genellikle çokluğun yönetimi [*polyarchy*] ve onun kurumsal-hukuksal mimarisinin dayandığı temel ilke olarak güçler ayrılığıyla birlikte düşünülürken, istisnai yönetim daha ziyade monokrasi (güçler ayrılığının yokluğu) biçiminde ve egemenliği kullanan gücün, 'belirli' durumlarda 'belirli' hakları askıya alabilme kudretine sahip olmasıyla tanımlanır<sup>6</sup>. İstisnai yönetim *status quo*'nun devamını ya da yeniden yapılanışını vadeder ve ancak normal yönetimin yeniden işlerlik kazanmasına müsaade ettiği veya edeceği ölçüde meşru olabilir. Dolayısıyla bu iki yönetim biçimi, sadece ve sadece, istisnai yönetimin normal yönetimi yenilemesi ve ona işlerlik kazandırması meşru amacı doğrultusunda birbirleriyle ilişkili kalabilir<sup>7</sup>.

Bununla birlikte görülmektedir ki, gelişmiş ve gelişmekte olan 'demokratik' rejimlerde, istisnai yönetime atfedilen bu temel uygulamalar (güçler ayrılığının kaldırılması, hakların askıya alınması vs.), kolayca normal yönetimler tarafından da (yasalar, yasa paketleri, kararnameler vs. aracılığıyla) yürürlüğe geçirilebilmektedir. Günümüz demokrasilerinde Roma'daki *diktatörlük* kurumu gibi bir kurum bulunmadığı için, istisnai yönetime eğer yasal-biçimsel bir prosedürle geçilecekse, anayasalarda temellendirilmiş olan acil durum/olağanüstü hâl mekanizmalarına başvurulur. Bu mekanizmaların nasıl işleyeceği her ne kadar farklı anayasalarda farklı şekillerde düzenlenmiş olsa da, John Ferejohn ve

<sup>5</sup> FERREJOHN, John/PASQUINO, Pasquale, "Emergency Powers", The Oxford Handbook of Political Theory, John S. Dryzek, Bonnie Honnig, Anne Philips (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 335.

<sup>6</sup> FERREJOHN/PASQUINO, s. 336-7.

<sup>7</sup> FERREJOHN/PASQUINO, s. 336.



Pasquale Pasquino'nun üzerinde durdukları biçimiyle iki temel modele dikkat çekilebilir: Klasik ve neo Roma modelleri.

Klasik Roma modelinde, olağanüstü durumu [*emergency*] ilan eden organ *Senatoyken*, olağanüstü yetkileri kullanacak resmi görevliyi *Kon-sül* tayin eder; bu yetkileri ise *Diktatör* kullanır<sup>8</sup>. Burada önemli olan husus, *diktatörün* normal yönetim sırasında aktif bir görevinin [*magistracy*] bulunmamasıdır<sup>9</sup>. *Diktatör* mevcut yönetimde yer almaz. Demek ki, bu modelde istisnai yönetim ve normal yönetim, kurumsal açıdan bütünüyle içe içe geçmiş değildir.

Buna karşılık neo-Roma modelinde, olağanüstü yetkiler halihazır-daki normal yönetim tarafından ilan edilir ve istisnai yönetim bu karar doğrultusunda anayasal sistemin düzenli bir parçası olan yürütme erki tarafından çeşitli anayasal kurumlar aracılığıyla hayata geçirilir<sup>10</sup>. Fere-john ve Pasquino'nun, klasik Roma modelinin 'başkanlık' [*presidential*] varyantı olarak adlandırdıkları bu modelin popüler örnekleri arasında, 1919 tarihli Weimar Anayasası'nın Cumhurbaşkanı'na [*Reichspräsident*] 'olağanüstü halde' bireysel hak ve özgürlükleri askıya alma yetkisi ve-ren 48. maddesi<sup>11</sup> ile başbakan, meclis başkanları ve Anayasa Konseyine danışması şartıyla, Cumhurbaşkanı'na acil durumlarda "durumun gerektirdiği bütün tedbirleri" alma yetkisi veren 1958 tarihli Fransız Ana-yasasının 16. Maddesi<sup>12</sup> bulunmaktadır. Yine, 21 Ocak 2017 tarihli ana-

<sup>8</sup> FEREJOHN/PASQUINO, s. 338.

<sup>9</sup> FEREJOHN/PASQUINO, s. 338.

<sup>10</sup> FEREJOHN/PASQUINO, s. 338.

<sup>11</sup> Madde metninin orijinali için bkz. [https://www.jura.uni-wuerz-burg.de/fileadmin/02160100/Elektronische\\_Texte/Verfassungstexte/Die\\_Weimarer\\_Reichsverfassung\\_2017ge.pdf](https://www.jura.uni-wuerz-burg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf). (Erişim tarihi: 29.06.2020).

<sup>12</sup> GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Cilt, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 369. Madde 16: Cumhuriyetin kurumları, milletin bağımsızlığı, toprak bütünlüğü veya Milletlerarası taahhütlerin yerine getirilmesi ciddi ve yakın bir şekilde tehlikeye düştüğü ve Anayasa dayanan kamu otoritelerinin düzgün işlemesi aksadığı takdirde, Cumhurbaşkanı başbakan, meclis başkanları ve Anayasa Konseyi ile resmen danışıktan sonra durumun gerektiği tedbirleri alır. / Bir mesajla Milleti bundan haberdar eder. / Bu tedbirler Anayasa dayanan kamu otoritelerinin en kısa süreler içinde görevlerini yerine getirmelerini sağlama iradesinden ilham almak zorun-dadır. / Konularında Anayasa konseyine danışılır. Parlamento kendiliğinden toplar-nır. / Millet Meclisi olağanüstü yetkilerin kullanıldığı devrede dağıtılamaz". Çeviri

yasa değişikliğiyle birlikte olağanüstü hâl ilan etme yetkisini (daha önce bakanlar kurulundayken) Cumhurbaşkanına tanıyan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da bu modelin/varyantın bir başka örneği olarak değerlendirilebilir<sup>13</sup>.

Görüldüğü üzere bu durum, modern devletlerde istisnai yönetimin, güçler ayrılığı ilkesine dayalı olduğu varsayılan normal yönetimin bünyesinde temellendiğine ve anayasal sistemin halihazırda önemli bir parçası olan yürütme organı tarafından uygulandığına işaret etmektedir. Nitekim siyaset bilimci Marc Neocleous, ilgili hususu vurgulamak adına, *state of exception* [istisna hali] ve *state of emergency* [olağanüstü hal] kavramlarını karşılaştırarak, *emergency* sözcüğünün “ortaya çıkan, zuhur eden”, *exception* sözcüğünün ise “dışarıda tutulma” [*ex-capere*] anlamına geldiğini belirtir ve “olağanüstü yetkilerin hukuk egemenliğini dışta tutmak şöyle dursun tam da hukukun egemenliğinden doğduklarını, zuhur ettiklerini” ifade eder<sup>14</sup>. Yaygın görüşe göre burada söz konusu olan, istisnai yönetimin süre bakımından geçici olması, meşruluk bakımından ise amacının kamu düzenini ve normal yönetim halini yeniden tesis etmekle sınırlandırılmasıdır<sup>15</sup>. O halde, modern demokrasilere özgü

---

için bkz. TAN, Turgut, “1958 Fransız Anayasası’nın 16. Maddesi ve Bazı Hukuki Problemler”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 21, Sayı 4, 1966, s. 299.

<sup>13</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 119. maddesinde şöyle denilmektedir: “Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir. Olağanüstü hâl ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir”. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>. (Erişim tarihi: 17.10.2020).

<sup>14</sup> NEOCLEOUS, Marc, Güvenliğin Eleştirisi, Çev. Tonguç Ok, Nota Bene Yayınları, Ankara, 2014, s. 106.

<sup>15</sup> Olağanüstü yetkilerin kullanımına dair bu kavrayışın, klasik liberalizmin kurucu düşünürlerinden John Locke’un siyaset felsefesinde nasıl temellendirildiğini görmek

normal siyasi yönetim modeli anayasal güçler ayrılığı<sup>16</sup> ve (şahsi yönetim [*personal rule*] ilkesine zıt bir biçimde) kamusal ve gayrişahsi [*impersonal*] yönetim ilkesi üzerine kuruluyken; yine modern demokrasilere özgü istisnai yönetim biçimi, anayasada öngörülen kimi 'olağanüstü' durumlara istinaden güçler ayrılığının ortadan kaldırılmasını ve şahsileş (tiril)miş bir iktidar uygulamasını öngörmektedir. Özetle, anayasal demokrasilerde normal ve istisnai siyasi yönetimin yürütme organında bütünleştiği söylenebilir.

## 2. Carl Schmitt ve *Diktatörlük*

Normal ve istisnai yönetim tiplerinin bu anayasal ve kurumsal bütünleşikliği, belirli açılardan Carl Schmitt'in de üzerinde durduğu bir husustur. Fakat Schmitt, anayasal düzenlemeye konu olan olağanüstü halin/istisna halinin<sup>17</sup> gerçek anlamda olağanüstü ya da istisnai olmadı-

---

için bkz. LOCKE, John, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, Babil Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 135 vd.; NEOCLEOUS, s. 26 vd; PASQUINO, Pasquale, "Locke on King's Prerogative", *Political Theory*, Vol. 26, No. 2, 1998, ss. 198-208; KARADAĞ, Ulaş, "Süreklilik mi Kopuş Mu? Thomas Hobbes ve John Locke'un Toplum Sözleşmesi Teorilerinin Sınırlı Bir Mukayesesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 185-186, 2020, s. 125 vd.

<sup>16</sup> Güçler ayrılığının gayrişahsilelikle olan ilgisini hukuk felsefesi açısından değerlendiren bir metin için bkz. HENLEY, Kenneth, "The Impersonal Rule of Law", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Volume 5, Issue 2, ss. 299-308.

<sup>17</sup> Burada her ne kadar istisna hali ile olağanüstü hâl kavramları aynı anlamda kullanılıyorsa da belirtmek gerekir ki Schmitt'in terminolojisinde bu ikisi farklı anlamlara karşılık gelmektedir. Aykut Çelebi bu farkı, 'istisna hali' yerine 'kuraldışı durum' ibaresini kullanarak şöyle açıklıyor: "Yeri gelmişken Schmitt'in terminolojisinde, olağanüstü hâl (*Notzustand*) ve kuraldışı durum (*Ausnahmezustand*) arasındaki farktan söz etmek yerinde olur. Olağanüstü hâl, doğal felaketler gibi, doğrudan insan etkinlikleriyle bir ilgisi olmayabilecek olaylar karşısında alınması gerekli tedbirleri ve bu yöndeki kurumsal düzenlemeleri ifade eder. Bu gibi durumlarda hangi kurumların, hangi yetkilerle, nasıl harekete geçeceği, ilgili yasalarda düzenlenir. Savaş gibi dış tehditler karşısında alınması gereken tedbirler de *Belagerungszustand* başlığı altında toplanmıştır. Kuraldışı durum kavramı, ülke içindeki istikrarsızlıkla, terör, iç savaş ve devrim tehdidiyle, kısaca egemenlikle ilgili düzenlemelerle sınırlıdır. Dolayısıyla, bir halkın geleneksel yaşama adabını ve siyasi iradesini ortadan kaldırmaya yönelik tehdit karşısındaki tedbirleri kapsar. Bu tehlide karşı mücadele etmekle yetkili özne anayasada belirlenmiş olmasına karşın, mücadelede kullanılacak yöntemler anayasanın ve yasaların sınırları içinde kalmak zorunda değildir. Kuraldışı, kuralları yaşatabilmek için, dayandığı kuralları koruma refleksiyle, iç tehdit karşısında kuralları geçici süreyle askıya alabilme, kendisi kuraldışı olan tehditle kuraldışı yollardan mücadele edebilme kararlılığı ve iradesidir. Schmitt'e göre, kuraldışı, hukuksal bir dü-

ğını, daha doğru ifadeyle “kurmaca” olduğunu ileri sürmüştür: “Schmitt, hukuk devletine ilişkin ısrarlı eleştirisinde, bireysel hakları ve özgürlükleri bir ölçüde güvence altına almak amacıyla yasa yoluyla düzenlenecek olan bir istisna halini ‘kurmaca’ olarak adlandırır”<sup>18</sup>. Schmitt’e göre sorun, istisna halinin (karar), anayasal düzenlemenin (normun) konusu haline getirilmesidir. Oysa, istisna haline karar verildiğinde, hukuk düzeni kendisini askıya alır ve tam da bu nedenle karar, normu hükümsüz/etkisiz kılar. Agamben’in de belirttiği gibi, “Schmitt’in hiçbir durumda kabul edemeyeceği şey, istisna halinin kuralla bütünüyle karıştırılmasıydı”<sup>19</sup>. Oysa karar ve norm arasındaki gerilimli ve asimetrik ilişki, istisna halinin bir sınır-kavram olarak egemenliğin temel ilkesi olmasını sağlar. Karar, normun çizdiği sınırla bağlı değildir; normun dışına taşar: “Egemenlik, düzeni kuranın aynı zamanda düzenin dışında olduğunu varsayar”<sup>20</sup>. Fakat Schmitt, hem orta çağ düşüncesinin hem de modern egemenlik kuramının bu farkı kavrayamadığını düşünür<sup>21</sup>.

Schmitt’e göre, istisna hali kararının, gerçek anlamıyla egemen bir karar olması için, mutlak olması gerekir. Bu, kararın normatif düzenlemeyle arasındaki olası bağlardan ve bu bağlardan kaynaklanan (normatif) sınırlamalardan bütünüyle kurtulması anlamına gelir. Fakat bu noktada, (mutlak) kararın, normatif hukuk düzenini askıya alsa bile daha geniş anlamıyla hukuki olduğunu gözardı etmemek gerekir. Schmitt’e göre hukukun temeli -tam da Thomas Hobbes’un egemenini hatırlatarak söylediği gibi- kamu yararına ilişkin olarak verilen kararın kendisidir: “Yasa bir adalet *normu* değil bir *emirdir*; *en yüksek gücü elinde tutanın* ve dolayısıyla devletin üyelerinin gelecekteki eylemlerine hükmetmek iste-

---

zenlemenin konusu olmaktan öte, kuraldışını yaratan ortam ve durumlarla birlikte ele alınması gereken felsefi, siyasal ve teolojik bir sınır kavramdır”. Bkz. ÇELEBİ, Aykut, “Kuraldışı Durumlarda Karar Vermek: Carl Schmitt ve Walter Benjamin Üzerine Bir İnceleme”, Defter Dergisi, Sayı 42, 2001, s. 123.

<sup>18</sup> AGAMBEN, İstisna Hali, s. 72.

<sup>19</sup> AGAMBEN, İstisna Hali, s. 71.

<sup>20</sup> ÇELEBİ, s. 120.

<sup>21</sup> ÇELEBİ, s. 120; SCHMITT, Carl, Dictatorship: From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle, Çev. Michael Hoelzl, Graham Ward, Polity Press, Cambridge, 2014, s. 112.

yenin *buyruğudur*"<sup>22</sup>. Schmitt olağanüstü halle ilgili olarak, benzer biçimde şöyle yazar: "Karar, kendini tüm normatif bağlardan kurtarır ve gerçek anlamda *mutlak* hale gelir. Olağanüstü halde devlet, hukuku, kendini koruma hakkına dayanarak askıya alır"<sup>23</sup>. Özetle, Schmitt için önemli olan, normun askıya alındığı en uç [*ultimus*<sup>24</sup>] karar noktasıdır: İstisnanın tümeli belirlediği o en uç nokta.

Schmitt bu sorunu, *Diktatörlük (Die Diktatur)* başlıklı kitabında, 'komiseryal diktatörlük' ile 'egemen diktatörlük' arasında bir ayırım yaparak somutlaştırmıştır<sup>25</sup>. Komiseryal diktatörlük temel olarak, yukarıda söz edilen Klasik Roma ve neo-Roma (klasik modelin başkanlık varyantı) modellerine denk düşmektedir. Schmitt burada, Aykut Çelebi'nin altını çizdiği üzere, Weimar Anayasası'nın 48. Maddesinin diktatörlük kavramının 'olumsuz' çağrışımları doğrultusunda eleştirilmesine bir yanıt olarak, "diktatörlüğün geneldeki olumsuz çağrışımıyla komiseryal diktatörlüğün herhangi bir ilişkisi olmadığın[a]"<sup>26</sup> dikkat çekmektedir. Temelini, yukarıda da belirtildiği gibi Roma'daki diktatörlük kurumunda bulan, diktatörlüğün bu klasik biçiminde (komiseryal diktatörlükte), modern demokrasilerdeki olağanüstü hâl düzenlemelerinin temel gerekçesi iş başındadır: "Komiseryal diktatörlük, anayasayı onu korumak amacıyla askıya alır"<sup>27</sup>. Aynı şekilde, "diktatör, belirli bir anayasayı, bu anayasayı ortadan kaldırmaya yönelik tehditler karşısında korur"<sup>28</sup>. Kısaca komiseryal diktatörlük, düzen/anayasa koruyucudur. Schmitt, Jean Jacques Rousseau'nun *Toplum Sözleşmesi* eserinde diktatörlüğün bir egemenlik sorunu olarak değil, yönetim sorunu olarak ele alındığını hatırlatarak, diktatörün ancak anayasal bir düzen halihazırda mevcutsa

<sup>22</sup> SCHMITT, Dictatorship, s. 16-7. Vurgular bana ait.

<sup>23</sup> SCHMITT, Carl, Siyasal İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Yayınları, Ankara, 2010, s. 19. Vurgu bana ait.

<sup>24</sup> Agamben, *İstisna Hali*'nde *ultimus* sözcüğüyle ilgili olarak şöyle yazmaktadır: "*Ultimus*, 'ötede' anlamına gelen *uls* zarfından ('bu yanda' anlamına gelen *cis*'e karşı olarak) gelir. Bu yüzden, *ultimus*'un etimolojik anlamı, 'mutlak olarak ötede, en uçta bulunan'dır. Bkz. AGAMBEN, *İstisna Hali*, s. 59.

<sup>25</sup> ÇELEBİ, s. 121.

<sup>26</sup> ÇELEBİ, s. 123.

<sup>27</sup> SCHMITT, Dictatorship, s. 118.

<sup>28</sup> SCHMITT, Dictatorship, s. 118.

ortaya çıkabileceğini ve bu anayasal düzen tarafından yetkilendirildiğini ifade eder<sup>29</sup>: “Diktatörün her şeye kadir oluşu, anayasal otoriteye sahip mevcut bir organ tarafından yetkilendirilmesine bağlıdır”<sup>30</sup>. Schmitt ayrıca Jean Bodin’e başvurarak, anayasal otoriteye sahip bir egemen tarafından yetkilendirilmesinin yanı sıra bu yetkinin söz konusu egemen güç tarafından her an geri alınabilecek olması nedeniyle, diktatörün esasında ‘egemen’ olmadığını belirtir<sup>31</sup>. Sezar ve Sulla’nın, mevcut düzeni değiştiren ve sınırsız iktidara sahip egemen diktatörlüklerinin tersine, diktatörlüğün bu klasik nosyonu bütünüyle komiseryaldir<sup>32</sup>. Dolayısıyla sorun bir noktada, kurucu iktidar – kurulu iktidar karşıtlığına bağlanmaktadır<sup>33</sup>. Nitekim bu kavrayıştan hareketle Schmitt, demokratik bir cumhuriyette, bir olağanüstü hal düzenlemesini hayata geçiren türetilmiş [*derivative*] bir otoritenin de gerçek anlamıyla egemen olamayacağını ima eder<sup>34</sup>. Ancak sahip olduğu otorite/iktidar ile diğer otoritele-ri/iktidarları askıya alarak yeni bir düzen ya da anayasa oluşturan güç, mutlak anlamda egemen sayılabilir<sup>35</sup>. Dolayısıyla egemen diktatörlük,

“Schmitt'in daha sonraki çalışmalarında, özellikle de *Anayasa Öğretisi*'nde ifade ettiği biçimiyle, kurucu iktidardır. *Diktatörlük* kitabında Schmitt daha sonraki ayrımlardan farklı olarak, mevcut yasaları ortadan kaldıran, onun yerine yeni yasa yapımına girişen her türlü müdahaleye egemen diktatörlük demektedir. Cromwell'den 1793 Anayasası'na, Alman İşçi Konseyleri'nden Rus Devrimi'ne geniş bir yelpazede, mevcut düzeni ortadan kaldırmaya yönelik her türlü girişim, egemen diktatörlük başlığı altında toplanmıştır”<sup>36</sup>.

Schmitt, komiseryal diktatörlüğün yeni bir düzen kurmayı değil de mevcut düzeni korumayı, eş deyişle yasal düzene geri dönmeyi he-

<sup>29</sup> SCHMITT, Dictatorship, s. 112.

<sup>30</sup> SCHMITT, Dictatorship, s. 112.

<sup>31</sup> SCHMITT, Dictatorship, s. 20.

<sup>32</sup> MCCORMICK, John P., “The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers”, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 10, No. 2, 1997, s. 168.

<sup>33</sup> Örnek için bkz. SCHMITT, Dictatorship, s. 204.

<sup>34</sup> SCHMITT, Dictatorship, s. 21.

<sup>35</sup> SCHMITT, Dictatorship, s. 21.

<sup>36</sup> ÇELEBİ, s. 122.

deflemesi nedeniyle, anayasal düzenlemenin sınırları içinde kalan bir olağanüstü halin egemenlik sorununa yanıt olamayacağını belirtir. Schmitt'e göre "olağanüstü hali mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde düzenleme eğilimi, aslında sadece hukukun kendisini askıya alacağı durumu tanımlama girişimi olarak anlaşılmalıdır"<sup>37</sup>. *Diktatörlük*'ten bir sene sonra basılan *Siyasal İlahiyat*'ta ise şöyle yazmıştır: "Olağanüstü halde bahsedilen yetkiler karşılıklı kontrolle, zaman sınırlaması ile ve nihayet hukuk devletinin sıkıyönetim düzenlemesinde olduğu gibi olağanüstü yetkilerin tek tek sayılması yoluyla- tanımlanabilirse, egemenliğe ilişkin sorun anlamını önemli ölçüde yitirir ancak bertaraf edildiği elbette söylenemez"<sup>38</sup>. Kurmaca olağanüstü halin egemenlik sorunu bakımından etkisini, Schmitt'in anayasal liberalizmi eleştirirken başvurduğu formülasyon özetler. Schmitt, Donoso Cortes'in burjuva liberalizmini karar vermek yerine müzakereye girişmekle suçladığını hatırlatarak, kralın anayasal liberalizm tarafından bir yandan parlamento aracılığıyla felç edildiğini, diğer yandan etkisiz bir biçimde tahtta tutulduğunu belirtir. Deizm de Schmitt'e göre benzer bir işlev görmektedir: "Tanrıyı dünyadan tard ederken onun varlığına sıkı sıkıya tutu[nur]"<sup>39</sup>. Dolayısıyla faal olmayan Tanrı için geçerli olduğu gibi, iktidarsız bir kral da kurmaca olağanüstü halin gerçekliğini gözler önüne serer: İstisnai olmayan bir olağanüstü hâl.

Bunlarla birlikte Schmitt'in kavrayışında, istisnai 'karar'ı kimin verdiği de belirleyici bir husustur. Hukuki yaşamın gerçeği Schmitt'e göre, kararı kimin verdiğine bağlıdır<sup>40</sup>. Bu nedenle, o ünlü "egemen istisna haline karar verendir" cümlesini sarfeder ki bu cümle, birazdan düşüncelerine değinilecek olan Herman Heller'in, Jellinek'ten alıntılandığı bir başka cümleyle birlikte anlam kazanır: "Egemen devlet iktidarı sorunu, bu iktidarın taşıyıcısı sorunuyla bağlantılıdır"<sup>41</sup>. İşte bu yüzden, egemenliğin/anayasanın temel ilkesi norm değil karar (ve dolayısıyla

<sup>37</sup> SCHMITT, *Siyasal İlahiyat*, s. 21.

<sup>38</sup> SCHMITT, *Siyasal İlahiyat*, s. 19.

<sup>39</sup> SCHMITT, *Siyasal İlahiyat*, s. 63.

<sup>40</sup> SCHMITT, *Siyasal İlahiyat*, s. 37-8.

<sup>41</sup> HELLER, Herman, *Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 106.

karar veren) olarak görülmektedir. Schmitt bu nedenle, istisnanın normatif düzenlemeye konu edilmesini bir yandan eleştirirken (söz gelimi Weimar hukukçularını “Reich başkanının 48. madde kapsamındaki salt fiili eylemi ile yasa yoluyla düzenlenmiş bir süreci” ayırt edememekle suçlarken<sup>42</sup>), diğer yandan cumhurbaşkanına olağanüstü halde gerekli tedbirlerin alınması bakımından oldukça geniş yetkiler tanıyan Weimar Anayasasının 48. Maddesini görece olumlamaktadır<sup>43</sup>.

Sonuç olarak Schmitt, egemen diktatörlük-komiseryal diktatörlük ayrımıyla bir yandan Weimar Anayasası'nın 48. Maddesine getirilen olumsuz eleştirilere yanıt vermekte, diğer yandan anayasal liberalizmin istisnai olanı 'norm'alleştirmesini, bir başka deyişle normale istisnai olanı içe içe geçirmesini eleştirmektedir.

### 3. Otoriter Devlet ve Otokratik Yönetim

Normal ve istisnai yönetimin modern devlete ve anayasal liberalizme özgü bu iç içeliğinin, tarihsel süreç içinde anayasal-istisnai yönetimin bizatihi kendisinin normalleşmesine neden olduğunu ve hatta anayasal liberalizmin/liberal anayasacılığın üzerine kurulu olduğu değerleri (anayasanın üstünlüğü, anayasa hukukunun ülkenin temel hukuku olması ve yargısal denetim<sup>44</sup>), özellikle de “insanın değil, hukukun yönetimi” anlayışını<sup>45</sup> kademeli olarak aşındırdığını belirtmek gerekir<sup>46</sup>. Modern devlete ait istisnai nüvenin, bizatihi norm olarak karşımıza

<sup>42</sup> AGAMBEN, İstisna Hali, s. 72.

<sup>43</sup> Ece Göztepe, Schmitt'in Weimar Anayasası'nın 48. Maddesine dair tutumunu şöyle özetler: “Schmitt [...] bu maddeye dayanılarak kullanılacak yetkilerin, tipik bir diktatörlük normu olduğunu belirtmektedir. Ancak diktatörlük kavramının günümüz demokrasilerindeki olumsuz anlamının bizi ürkütmesine izin vermemek gerekir. Schmitt kamu düzenini ve güvenliğini korumak için, içeriği somutlaştırılmayan, ama cumhurbaşkanına olağanüstü durumun tespitinde ve gerekli tedbirlerin alınmasında geniş yetkiler veren bu maddenin, gerçekte Anayasa'yı korumayı amaçladığını vurgulamakta ve bunu olumlamaktadır”. GÖZTEPE, Ece, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 146.

<sup>44</sup> Bkz. LOUGHLIN, s. 265.

<sup>45</sup> Bkz. LOUGHLIN, s. 266.

<sup>46</sup> Bu konu üzerine bir tartışma için bkz. GINSBURG, Tom/HUQ, Aziz Z./VERSTEEG, Mila, “The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?”, The University of Chicago Law Review, Vol. 85, No. 2, 2018, ss. 239-255.



çıkması, özellikle de otoriter devletler ve otokratik yönetim tartışmaları bakımından günümüzde önem kazanmıştır.

Otoriter devletler çoğunlukla, siyasal gücün popüler/karizmatik bir liderin şahsında biriktiği ve anayasal sistemdeki değişimin yapısal liberalizmle<sup>47</sup> çelişen, 'illiberal' bir ajanda doğrultusunda gerçekleştiği otokratik rejimler olarak görülmektedir<sup>48</sup>. Öte yandan, literatürde otoriter devletler, demokratik devletlerle totaliter devletlerin arasında kalan bir kategori olarak da düşünülebilmektedir. Bu bakış açısı temelini, Juan J. Linz'in 'otoriter rejimler' sınıflandırmasında bulur. Otoriter rejimler Linz tarafından şöyle tanımlanmaktadır:

"Sınırlı, fakat sorumlu olmayan bir siyasal plüralizme yer veren; işlenmiş ve yol gösterici bir ideolojiye değil, kendine özgü zihniyetlere sahip olan; gelişimlerinin bazı aşamaları dışında, yaygın ve yoğun bir siyasal mobilizasyon yaratmayan; bir liderin veya bazen küçük bir grubun, biçimsel yönden iyi belirlenmemiş fakat fiiliyatta oldukça tahmin edilebilir sınırlar içinde iktidarı kullandıkları siyasal sistemler"<sup>49</sup>.

Görüldüğü gibi, otoriter rejimler demokratik rejimlerin plüralizm unsuruna sınırlı bir biçimde sahip olmakla birlikte, bu rejimlerde siyasal iktidar tahmin edilebilir sınırlar içinde kullanılmaktadır. Linz'e göre bu husus, otoriter rejimleri, siyasal plüralizmin sınırsız ve bütünüyle kurumsallaşmış olduğu liberal demokrasilerden ayırırken; siyasal iktidarın keyfi ve öngörülemez biçimde kullanıldığı sultancı-otoriter rejimlerden de farklılaştırmaktadır<sup>50</sup>. Fakat günümüzde otoriter rejimlerin, plüralizm bakımından sınırlı olmakla (ve görelî bir demokratiklik görüntüsü sunmakla) birlikte, siyasal iktidarın zaman zaman keyfi ve önceden kestirilemeyen kullanımlarına da kaynaklık ettiği kolayca görülmektedir. Bu bakımdan, otoriter rejimlerle sultancı-otoriter rejimler arasındaki sınırın

<sup>47</sup> Yapısal liberalizm kavramı için bkz. **DOWDLE**, Michael W./**WILKINSON**, Michael A., "On the Limits of Constitutional Liberalism: In Search of Constitutional Reflexivity", *Constitutionalism Beyond Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, ss. 17-37.

<sup>48</sup> Örnek olarak bakınız **SCHEPPELE**, s. 548.

<sup>49</sup> **LINZ**, Juan J., *Totaliter ve Otoriter Rejimler* (4. Basım), Çev. Ergun Özbudun, Liberte Yayınları, Ankara, 2017, s. 161.

<sup>50</sup> **LINZ**, s. 161-2.

oldukça muğlaklaştığı; dolayısıyla da sınırlı plüralizmin ve farklı seviyelerdeki keyfi iktidar kullanımının, otoriter rejimlerin iki temel boyutu olarak ele alınabileceği söylenebilir<sup>51</sup>.

Bir başka açıdansa, siyasal gücün, otokratikleşen ya da otokratikleşme eğilimi taşıyan bir siyasal yönetim tarafından uygulandığı otoriter rejimlerin, istisna değil 'yeni normal' olduğu ileri sürülmektedir<sup>52</sup>. Otoriter rejimlerin ayırt edici özelliği, "demokratik özgürlüklerin ve daha genel anlamda halkın devlet iktidarını etkileme kapasitesinin kısıtlanmasıyla birlikte, toplumsal hayat üzerinde genişletilmiş ve yoğunlaştırılmış devlet kontrolünün sağlanmasıdır"<sup>53</sup>. Gerçekten de söz konusu hususların modern demokrasilerin birçoğunda yaygın olarak hayat bulduğu gözlemlenebilir. Yine benzer biçimde, 'otoriter liberalizm'in Batıda çok önceden beri istisna değil de norm olduğu dile getirilmektedir<sup>54</sup>. O halde belirli bir açıdan otoriter rejimleri, melez [*hybrid*] rejimler olarak düşünmek mümkün görünmektedir: Normalle istisnanın gerilimli bir biçimde bir arada olduğu ya da normalin kendisiyle çelişerek yaşamını sürdürdüğü rejimler<sup>55</sup>. Nitekim Jens Meierheinrich bu nedenle, kendi

<sup>51</sup> "Otoriter rejimler, siyasi elitlerin çoğulculuğu sınırlamasına imkân veren özel koşullara ve kendi aralarındaki siyasi mücadeleyi nasıl yönettiklerine bağlı olarak, sınıf çoğulculuktan (totaliter uçtan) azami çoğulculuğa (demokratik uca) kadar uzanan bir yelpazede herhangi bir yerde duruyor olabilir". Bkz. **MARQUEZ**, Xavier, *Demokrasi Dışı Siyaset: Otoriterlik, Diktatörlük ve Demokratikleşme*, Çev. İsmail Çekem, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 83; Otoriter rejimlerin alt tipleri için ise bkz. **LINZ**, s. 183 vd.; **ÖZBUDUN**, s. 15 vd.

<sup>52</sup> **BOUKALAS**, Christos, "Olağanüstülük Yok: Otoriter devletçilik. Agamben, Poulantzas ve İç Güvenlik", *Praksis*, Sayı 40, 2016, ss. 41-66; **JESSOP**, Bob, *Devlet: Dün, Bugün, Gelecek*, Çev. Atilla Güney, Epos Yayınları, Ankara, 2018, s. 302 vd.

<sup>53</sup> **BOUKALAS**, s. 57.

<sup>54</sup> Bu hususu Avrupa bütünleşmesinin krizi bağlamında güncel bir biçimde ele alan bir makale için bkz. **WILKINSON**, Michael, "Otoriter Liberalizm: Krizin Ardındaki Konjonktür", Çev. İdil Çetin, *ViraVerita E-dergi*, Sayı 10. Web erişim: <https://viraverita.org/e-dergi/10/otoriter-liberalizm-krizin-ardindaki-konjonktur-cevidil-cetin>. Erişim tarihi: 29.06.2020.

<sup>55</sup> Tamamıyla otoriter olan rejimler dışında kalan otoriter rejimleri melez rejimler olarak değerlendirerek 'seçime dayalı otoriter rejimler' [*electoral authoritarian regimes*], 'rekabete dayalı otoriter rejimler' [*competitive authoritarian regimes*] ve 'ikili devlet' [*dual state*] biçiminde üçe ayıran Jens Meierheinrich, melezlik düşüncesiyle ilişki ola-

içinde çeşitlendirilebilir olan otoriteryanizmin bir tipi olarak gördüğü - Ernst Fraenkel tarafından, önlem devleti ve norm devletinin bir aradallığı biçiminde formüle edilmiş olan- 'ikili devlet' [*dual state*]<sup>56</sup> için şöyle yazmaktadır: "İkili devletlerde yaşam, norm ve istisna arasındaki uçuruma yerleşmektedir"<sup>57</sup>.

Alman kamu hukukçusu Hermann Heller ise, bundan yaklaşık yüz sene önce tam da bu nedenle, günümüzdeki istisnaileşme tartışmalarının etrafında toplandığı sorun olan otoriterleşme/otoriterlik olgusu üzerinde durarak, ironik bir biçimde "[o]toriter olmayan bir devlet hiç var oldu mu?"<sup>58</sup> diye sormuştur. Heller, I. Dünya Savaşı sonrası Almanya'sında dolaşıma giren, popülerleşmiş 'otoriter devlet' söylemiyle ne kastedildiğini açıklarken, aynı zamanda otoriter devletin/otoriter liberalizmin bazı temel niteliklerini de açıklar. Heller, 'otoriter' devlet söyleminin muğlaklığının tesadüfi olmadığını belirterek, otoriter devletten söz edenlerin ne kastettiğini netleştirmenin şu iki soruya verilen yanıtı bağlı olduğunu belirtir: (1) Otoriter devleti savunanlar devlet otoritesini nasıl bir temele oturtuyorlar? (2) Yaşamın hangi alanlarında devletin otoriter bir tarzda tezahür etmesi gerekiyor?<sup>59</sup>. Heller'in cevabı, otoriter devlet savunucularının karşılıklarına demokratik devleti aldıkları şeklindedir: "Birisini otoriter devletten söz ettiğinde kastettiği, demokratik otorite karşısında otokratik otoritedir"<sup>60</sup>. Otoriter devlet söylemi, demokratik otoritenin -özellikle de siyasal ve ekonomik krizler karşısındaki- zayıflı-

---

rak Hegel'den şu alıntıyı kullanır: "Bir şey yalnızca kendisiyle çelişki içerdiği ölçüde canlıdır". Bkz. MEIERHEINRICH, Jens, *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 231.

<sup>56</sup> Bkz. FRAENKEL, Ernst, *The Dual State: A Contribution To The Theory Of Dictatorship*, Trans. E. A. Shils, Oxford University Press, Oxford, 2017. Türkçesi için bkz. FRAENKEL, Ernst, *İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı*, Çev. Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.

<sup>57</sup> MEIERHEINRICH, s. 236.

<sup>58</sup> Heller şöyle devam eder: "Aslında her devlet, otoriter bir yönetim örgütlenmesi [*Herrschaftsverband*] değil midir?". Bkz. HELLER, Herman, "Authoritarian Liberalism?", *European Law Journal*, Vol. 21, No. 3, 2015, s. 295.

<sup>59</sup> HELLER, "Authoritarian Liberalism?", s. 295.

<sup>60</sup> HELLER, "Authoritarian Liberalism?", s. 295.

ğı inancına dayandırılır<sup>61</sup>. Weimar Cumhuriyeti'nin yaşadığı kriz karşısında, Schmitt'inki gibi, kural ve normları önemsiz, istisnayı ise belirleyici ilan eden bir devlet anlayışı, demokratik otoritenin gücünü diktatöryal ve otokratik devlet otoritesi lehine yok etmeye çalışmıştır<sup>62</sup>.

Heller'in aynı zamanda otoriter liberalizm çözümlemesi niteliğinde olan otoriter devlet çözümlemesinde, otoriter devletin açıkça parlamenter sürece ve yargısal sınırlamalara karşıt bir biçimde konumlandığı gösterilmektedir<sup>63</sup>. Heller, otoriter devletin anti-demokratik temelini oldukça açık olduğunu yazar. Söz konusu temel, Heller'e göre ünlü diplomat ve devlet adamı Metternich'in şu sözlerinde billurlaşır: "Devletin gücü/iktidarı, halk tarafından seçilmesine rağmen, yalnızca Tanrı önünde sorumluluk taşıyan Reich Başkanına dayanır"<sup>64</sup>. O halde, otoriter devlet iktidarının/gücünün temellendiği nokta, demokrasi (çokluğun yönetimi) değil, otokrasidir (şahıs yönetimi).

Bunlarla birlikte, her ne kadar makalenin temel izleğinden sapmamak adına uzun uzadıya değerlendirilmeyecek olsa da, bir başka Alman kamu hukukçusu Franz Neumann'ın, otoriter devleti kapitalizmin tekelci aşamasında üstlendiği işlevler açısından ele aldığını hatırlatmak gerekmektedir. Neumann, tekelci kapitalizme Almanya'da Wei-

<sup>61</sup> I. Dünya savaşı sonrasında Weimar Cumhuriyeti dönemindeki kriz ortamı ve demokratik ve sosyalist hareketler bu inancın güçlenmesi ve yaygınlaşmasında etkili olmuştur. Nitekim Savaş sonrası Weimar krizi bu açıdan Schmitt'e göre bir siyasal otorite krizidir. Bkz. **BONEFELD**, Werner, *The Strong State and Free Economy*, Rowman and Littlefield, London, 2017, s. 51; Schmitt'in düşüncesinin temel uğrakları için bkz. **TESCHKE**, Benno, "Decisions and Indecisions: Political and Intellectual Reception of Carl Schmitt", *New Left Review*, 67, 2011, ss. 61-95; **TESCHKE**, Benno, "Fatal Attraction: A Critique of Carl Schmitt's International Political and Legal Theory", *International Theory*, 3 (2), 2011, ss. 179-227. Özet niteliğindeki bir metin için bkz. **KARADAĞ**, Ulaş, "Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararlılık'tan 'Somut Düzen'e", *Hukuk Kuramı*, C. 5, S. 2, Mayıs-Ağustos 2018, ss. 1-10.

<sup>62</sup> **HELLER**, "Authoritarian Liberalism?", s. 296. Bilindiği gibi, Schmitt'in eleştiri odaklarından birisi de parlamenter sistemdir. Bkz. **KANSU KARADAĞ**, Akasya, "Carl Schmitt'in Modern Anayasacılık Eleştirisinin Friedrich August Von Hayek Üzerinden Düşünülmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 11, No. 2, 2020, ss. 411-421.

<sup>63</sup> **KARS KAYNAR**, Ayşegül, "Hermann Heller on Authoritarian Liberalism and the Form of the Democratic State", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 75, No. 1, 2020, s. 322.

<sup>64</sup> **HELLER**, "Authoritarian Liberalism?", s. 297.

mar Cumhuriyeti döneminde geçildiğini belirterek, bu dönemin politik karakterinin 1918'ten sonraki işçi hareketi tarafından belirlendiğini yazar<sup>65</sup>. Otoriter devletin işlevi ise, sınıfsal antagonizmanın diğer tarafındaki tekeli sermayenin ihtiyaç duyduğu düzenlemelerin sınıfsal muhalefete rağmen ve hatta ona saldırı biçiminde hayata geçirilmesinde önem kazanır. Neumann'a göre otoriter devlet, tekeli sermayenin yasal taleplerinin gerçekleştirilmesinde en temel aygıt olarak işlev görmüştür<sup>66</sup>. Burada otoriter devletin hukuki otoritesi bakımından öne çıkan husus ise, lider iradesiyle hukukun özdeş tutulmasıdır<sup>67</sup>. Neumann şöyle yazar: "Eğer hukuk ve lider iradesi özdeş ise, dahası lider siyasi düşmanlarını hukuki bir yargılama olmadan öldürebiliyor ve bu eylem de hukukun en üstün gerçekleşme biçimi olarak kutlanıyorsa, o halde artık kimse özgül anlamıyla hukuktan söz edemez"<sup>68</sup>. Neumann yargılamalarla ilgili olarak, yargıya hukuk dışı müdahalelerin göz ardı edilmesi halinde bile, genel hukuk fikrinin bu şekilde reddedilmesinin, yargıların birer polis statüsüne indirgenmesine neden olacağını belirtir<sup>69</sup>. Böylesi bir durumda polis/yargıç, kuşkusuz ki führerin polisi/yargıçı olacaktır. Şu hâlde, otoriter devletin hukuk teorisi, iktidarın istikrarına hizmet eden bir kararcılıktan öte anlam ifade etmez<sup>70</sup>. Fakat bu sayede, ekono-

<sup>65</sup> NEUMANN, Franz, *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, The Free press of Glencoe, London, 1964, s. 47.

<sup>66</sup> NEUMANN, s. 59.

<sup>67</sup> Nitekim Schmitt *Führer Hukuku Korur* başlıklı yazısında şöyle yazmıştır: "Führer, en yüksek yargıç olarak liderliğinin gücüyle tehlike anında doğrudan hukuk yarattığı zaman, hukuku en kötü suistimallerden korur: 'Bundan böyle Alman ulusunun kaderinden sorumluyum ve aynı zamanda Alman halkının en yüksek yargıçım.' Gerçek lider daima bir yargıçtır da. Liderlikten yargıçlık doğar. Her kim ki ikisini birbirinden ayırır veya karşı karşıya koyarsa, yargıçı ya bir karşıt lidere ya da karşıt liderin maşasına dönüştürür ve böylelikle devleti yargı yardımıyla oltaya çekmeye çalışır. Bu, sık denenen ve sadece devleti değil, aynı zamanda hukuku da zedeleyen bir yöntemdir. Bkz. SCHMITT, Carl, "Führer Hukuku Korur", Çev. Toros Güneş Esgün, ViraVerita.org, 2017. Web erişim: <https://viraverita.org/yazilar/fuhrer-hukuku-korur>. Erişim tarihi: 20.06.2020.

<sup>68</sup> NEUMANN, s. 61.

<sup>69</sup> NEUMANN, s. 61.

<sup>70</sup> NEUMANN, s. 61.

mik alanın kapitalist yeniden üretimi, demokrasinin tehditlerinden yalıtılabilecektir<sup>71</sup>.

Otoriter devlet ile siyasal yönetimin otokratikleşmesi ilişkisi, otoriter devlete dair daha yakın tarihteki incelemelerde de öne çıkmıştır. Bunlardan en çok göze çarpanı, Nicos Poulantzas'ın 1970'li yılların sonuna rastlayan otoriter devletçilik analizidir. Poulantzas da aynı Neumann gibi, otoriter devleti, kapitalizmin güncel aşamasına<sup>72</sup> göre değerlendirmiştir. Poulantzas'a göre otoriter devletçilik, gelişmiş ülkelerde tekelci kapitalizmin halihazırdaki evresine denk düşmektedir. Fakat Poulantzas otoriter devletçiliği, kategorik olarak demokrasinin karşısına yerleştirmez. Otoriter devletçilik Poulantzas'a göre faşizm, bonapartizm ya da sezarizm gibi bir istisnai/olağanüstü devlet biçimi değildir<sup>73</sup>. Ona göre, "otoriter devlet biçimi burjuva cumhuriyetin mevcut evredeki yeni 'demokratik' formu" olarak görülebilir<sup>74</sup>. Bununla birlikte temel nitelikleri arasında, iktidarın yürütmede -genellikle de başbakanda ya da cumhurbaşkanında- yoğunlaşması, güçler ayrılığının kurumsal olarak tahrip edilmesi ve bilhassa da otoriter yönetimin tahkimatı adına demokrasi, genel irade gibi kavramların anlam kaymalarına uğratılması bulunmaktadır<sup>75</sup>.

O halde görülmektedir ki, otoriter devlete farklı yaklaşımlarda, siyasal gücün şahısta/liderde yoğunlaşmasına, bir başka deyişle otoriter-

<sup>71</sup> Neoliberalizmi bu perspektiften değerlendirerek, ekonominin yeniden üretiminde ekonomi-dışı kurumsal alanın önemine dikkat çeken güncel bir çalışma için bkz. **SLOBODIAN**, Quinn, Küreselciler: İmparatorluğun Sonu ve Neoliberalizmin Doğuşu, Çev. Ahmet Fethi Yıldırım, Vakıfbank Kültür Yayınları, İstanbul, 2020.

<sup>72</sup> Üzerinde uzlaşılan bir dönemleştirme düşüncesi için bkz. **SWEEZY**, Paul, Marksizm Üzerine Dört Ders, Çev. Tuncel öncel, Yordam Kitap, İstanbul, 2015.

<sup>73</sup> **POULANTZAS**, Nicos, Devlet, İktidar, Sosyalizm, Çev. Turhan Selçuk, Epos Yayınları, Ankara, 2006, s. 234. Poulantzas'a göre normal ve istisnai/olağanüstü devletler arasındaki farka dair kısa ama toparlayıcı bir metin için bkz. **JESSOP**, Bob, Nicos Poulantzas: Marxist Theory and Political Strategy, Macmillan, Hampshire, 1985, s. 94 vd. Daha güncel bir metin için ise ayrıca bkz. **JESSOP**, Devlet: Dün-Bugün-Gelecek, ss. 302-336; **DEMİR**, Gökhan/**GÖYMEN**, Ali Yalçın, "Yapısalcılıktan İlişkiselliğe Poulantzas'ın Devlet Kuramı", Alternatif Politika, 9(1), 2017, s. 52 vd.

<sup>74</sup> **POULANTZAS**, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 234. Vurgu bana ait.

<sup>75</sup> **JESSOP**, Bob, "Poulantzas'ın Özgünlüğü, Mirası ve Güncelliği", Çev. Betül Yazar, Hegemonya, Post-Fordizm ve Küreselleşme Ekseninde Kapitalist Devlet, Betül Yazar, Alev Özkazanç (Ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2005, s. 100.

leşmenin az ya da çok otokratikleşmeyle ilgisi olduğuna muhakkak dikkat çekilmekte, dahası bu durum katı anlamda istisnai bir olgu olarak değerlendirilmemektedir. Peki, otokratik otoritenin demokratik otorite karşısında üstünlük sağladığı otoriter rejimlerde, siyasal yönetim ne ölçüde şahsileşmektedir? Eğer modern demokrasiler, ulus-devlet öncesi mutlakiyetçi rejimlerin -kralın merkezi ve yaygınlaşmış iktidarına dayanan- otokratik yönetimlerini aynı şekilde devralmadıysa, şahsileşme olgusunu nasıl yorumlamak gerekir? Makalenin geri kalan bölümünde kısaca bu sorulara yanıt aranacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak, modern devlet iktidarının hangi anlamda gayrişahsi olduğunun anlaşılması gerekmektedir.

### III. DEVLET İKTİDARININ GAYRİŞAHSİLİĞİ:

#### 'STAATSGEWALT' KAVRAMI ÜZERİNE

##### 1. Genel Olarak Devletin Üç Unsuru Kuramı

Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi* kitabının "Devlet Kavramı" başlıklı ilk bölümünde, devlete hukuki kişilik tanınmasının siyasi ve hukuki sonuçlar doğurduğunu yazmaktadır. "Devlete Hukuki Kişilik Tanınmasından Kaynaklanan Sonuçlar" başlığının hemen altında siyasi sonucun, (bir alt başlık halinde) "İktidarın Kişiselleştirilmesinin Önlenmesi" olduğunu belirtmektedir<sup>76</sup>. Buna göre:

"Devlete hukuki kişilik tanınmasının en önemli siyasi sonucu, iktidarın kişiselleşmesinin önlenmesidir. Devlet, devleti yöneten gerçek kişilerin dışında bir kişiliğe sahip olduğuna göre, devlet iktidarı, onu kullanan yöneticilere değil, devletin kişiliğine aittir. O halde, yöneticiler, iktidar üzerinde sübjektif bir hak sahibi değildirler; onlar sadece devletin bir görevlisi olarak hukukun kendilerine tanıdığı yetkileri kullanırlar. Diğer bir ifadeyle, hiç kimse, hiçbir grup, devlet iktidarı üzerinde kişisel bir hak iddia edemez. Devlet iktidarı, münhasıran devletin kişiliğine bağlıdır. 'Devlet benim diyen' yöneticinin haksızlığı, devletin kişiliği ilkesiyle ispatlanabilir"<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> GÖZLER, Kemal, *Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 22.

<sup>77</sup> GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s. 22.

Devletin (tüzel) kişiliği, devlet iktidarının gayrişahsi karakterinin nitelenmesi açısından oldukça önemli bir kavramdır. Gözler, devletin tüzel kişilik olarak ifade edilen bu hukuki kişiliği haiz olmaması durumunda, devlet işlemlerinde hükümdarın gerçek kişiliğinin kullanılacağını, bir başka ifadeyle devlet iktidarının şahıs iktidarı olarak karşımıza çıkacağını ifade eder<sup>78</sup>. Oysaki, modern devlet bilhassa kara Avrupası'ndaki siyasal gelişmeler doğrultusunda hukuki bir kişilik kazanmış<sup>79</sup>, böylece egemen devlet iktidarının uygulanışı hukuki kurumlarca dolaymlanarak gayrişahsileşmiştir. Bir başka deyişle, otorite gayrişahsileşmiş, [devletin] kişiliği yasal bir kurgu olarak görülmeye başlamıştır<sup>80</sup>.

Yukarıda Heller dolayımıyla, Georg Jellinek'in egemen devlet iktidarı sorununu devlet iktidarının taşıyıcısı sorunuyla bağlantılı gördüğü belirtilmiştir<sup>81</sup>. Devletin kişiliği sorunu da o halde, egemenlik sorunuyla ilişkili olmalıdır. Nitekim Neumann, pozitivist teorinin devleti hukuki bir kişilik olarak gördüğünü vurgulayarak, bu kavrayışa göre devletin kişiliğinin [*Staatsperson*] egemenliğin taşıyıcısı olduğunu, bu nedenle de pozitivist teoriye göre bir aktörün ya da organın egemenliğinden söz edilemeyeceğini yazar<sup>82</sup>. Bu durumda, devletin kişiliği sorunu bizatihi egemenlik, egemenliğin taşıyıcısı ve egemen 'devlet iktidarı' sorunu haline gelmiş olur. İşte tam bu noktada devlet iktidarının gayrişahsi karakterinin net bir biçimde kavranması amacıyla, Alman genel devlet teorisi [*Staatslehre*] geleneğinin önemli parçalarından biri olan devletin üç unsuru kuramına başvurmak gerekmektedir. Nitekim Gözler de devlet kavramını açıklarken, ilgili kurama başvuran daha birçok bilim insanı gibi devletin unsurlarını üçe ayırmaktadır<sup>83</sup>. Millet, devletin

<sup>78</sup> GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, s. 21.

<sup>79</sup> GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, s. 21.

<sup>80</sup> JESSOP, Devlet: Dün, Bugün, Gelecek, s. 42.

<sup>81</sup> Bkz. Bu makalenin yedinci sayfası.

<sup>82</sup> NEUMANN, s. 62. Ayrıca, Neumann'a göre devlet kişiliği kavramı, insanlar arasındaki tahakküm ilişkilerini gizlemektedir.

<sup>83</sup> Türkçedeki kimi örnekler için bkz. DOEHRING, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku) (3. Basım), Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2002, ss. 21-48; ZABUNOĞLU, Yahya, K., Devlet Kuramına Giriş, İmaj Yayınları, Ankara, 2015, ss. 64-126; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (16. Basım), Beta Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 131-137; KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (14. Basım), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 61-78; SAĞLAM, Fazıl, Anayasa Hu-



beşerî unsuru; ülke, devletin toprak unsuru; egemenlikse devletin iktidar unsuru olarak tanımlanmıştır<sup>84</sup>.

Anlaşılabileceği üzere bu unsurlar, modern devlet yapısının farklı ve tamamlayıcı boyutlarına işaret etmektedir. Martin Loughlin *Kamu Hukukunun Temelleri* başlıklı önemli eserinde bu unsurları şöyle açıklamaktadır: *Staatsgebiet* yani devlet toprağı, “devletin net bir biçimde tanımlanmış, bağımsız toprağını ifade eder. Bütün dünya sınır bölgelerine ya da devletlere bölünmüştür”<sup>85</sup>. *Staatsvolk*, halk, “bir toprak parçası üzerinde bir araya gelen üyelerinin -uyruk veya yurttaş- birliği olarak devlet anlamına gelmektedir”<sup>86</sup>. *Staatsgewalt*, devlet iktidarı/gücü/zoru ise, “yönetimin, egemen otoriteyi hem içeride ve hem de dışarıya karşı güvence altına alan kurumsal aygıtına işaret eder. Bu, fail olarak devletle kastedilendir ve yorumcular bu unsuru açıklarken devletle toplumu birbirinden ayırırlar”<sup>87</sup>. Biz burada yalnızca son unsuru ele alacağız.

## 2. ‘Staatsgewalt’ Kavramı Üzerine

*Staatsgewalt* [devlet iktidarı/zoru] öncelikle bir siyasal örgütlenmeyi, bu örgütlenmenin zor uygulama tekeli ve bu tekeli hayata geçirecek aygıtları ifade ettiği içindir ki, aynı anda *Staatsapparat* [devlet aygıtı] ve *Staatshoheit* [devlet egemenliği] olarak da anlaşılabilir<sup>88</sup>. Fakat *Gewalt* sözcüğü Almancada hem şiddet/zor hem de iktidar anlamına geldiğinden, bu unsurun devletin şiddet uygulama tekeli meşru biçimde elinde tutmasını da kapsadığını belirtmek gerekir. Bu, devlet otoritesinin bütünüyle şiddet kullanma tehdidine dayandığını göstermese de devlet iktidarının modern topluma yayılmış diğer iktidar ilişkilerinden ayırt edilmesi bakımından önemlidir. Ayrıca tüm bir devlet aygıtı, bu ayırt edici

---

kuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2013, ss. 58-69; AKAD, Mehmet/VURAL DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku (12. Basım), Der Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 122-125.

<sup>84</sup> GÖZLER, Devletin Genel Teorisi, s. 4, 49 vd., 65 vd., 77 vd.

<sup>85</sup> LOUGHLIN, s. 168.

<sup>86</sup> LOUGHLIN, s. 168.

<sup>87</sup> LOUGHLIN, s. 168.

<sup>88</sup> JESSOP, Devlet: Dün, Bugün, Gelecek, s. 47.

niteliğin özgül mantığına göre biçimlenir ve şiddet tekeli, devlet aygıt (lar)ında somutlaşır<sup>89</sup>.

O halde devlet iktidarının en önemli niteliği, bir başka ifadeyle onu diğer iktidar tiplerinden ayıran özelliği egemen iktidar olmasıdır: *Staatsgewalt* egemen güce işaret eder<sup>90</sup>. Söz gelimi Kemal Gözler'in, egemenliği kısaca, 'devletin iktidar unsuru' olarak tanımlaması bu bakımdan anlamlıdır. Fakat bu durum, *Staatsgewalt*'in egemenlikle aynı şey olduğu anlamına gelmez. Egemenlik daha ziyade devlet iktidarının bir niteliğidir<sup>91</sup>. İşte bu fark, hemen yukarıda sıralanan sorular için belirleyici niteliktedir ve anlaşılması için Jellinek'in *Staatsgewalt* kavrayışına değinmek gerekmektedir. Zira, Jellinek de egemenliği, devlet iktidarının niteliklerini ele alırken incelemiştir<sup>92</sup>.

Georg Jellinek *Allgemeine Staatslehre* [Genel Devlet Kuramı] başlıklı eserinde, *Staatsgewalt* başlığı altında, modern devletin bütün 'kamusal' güçlerin kendisinde toplandığı devasa bir Leviathan'a dönüştüğünü yazar<sup>93</sup>. Jellinek'e göre *Staatsgewalt*'i diğer iktidar/zor biçimlerinden [*anderen Gewalten*] ayıran, hükmetme/egemenlik [*herrschen*] olgusunun

<sup>89</sup> Bkz. WEBER, Max, *Sosyoloji Yazıları*, Çev. Taha Parla, Metis Yayınları, İstanbul, 2019, s. 103 vd.; TILLY, Charles, *Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu*, Çev. Kudret Emiroğlu, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001.

<sup>90</sup> Loughlin şöyle yazmaktadır: "Hukuki anlamda, soyut bir varlık olarak üç unsuru (toprak, iktidar ve halk) kapsayan devlet, egemenliğin korelatif anlatımıdır. Devlet de egemenlik de politik alanın özerkliğini temsil etmektedir ve devlet kavramıyla politik alanın ana unsurları (toprak, halk ve yönetim aygıtları) ifade edilirken, egemenlik mutlak otoriterin sembolüdür". Bkz. LOUGHLIN, s. 170. Bu bağlamda, egemen devlet iktidarı, egemen yani mutlak otoritenin uygulanışı bağlamında egemenlik kavramıyla ilişkilendirilir.

<sup>91</sup> Gözler bu nedenle, "devlet iktidarının kendisi anlamında egemenlik" ile "devlet iktidarının nitelikleri anlamında egemenlik" arasında bir ayrım yapmaktadır. "Egemenlik birinci anlamıyla, devlet iktidarının kendisini, yani içeriğini açıkçası kapsadığı yetkileri ifade etmek için kullanılır. [...] Egemenlik ikinci anlamıyla, devlet iktidarının en üstün, sınırsız, bölünmez ve devredilmez olması gibi niteliklerini belirtir. Diğer bir ifadeyle, bu anlamıyla egemenlik deyimi, devlet iktidarının kendisini değil, fakat onun birtakım özelliklerini ifade etmek için kullanılmaktadır". GÖZLER, *Devletin Genel Teorisi*, s. 82.

<sup>92</sup> GÜNGÖREN BULDAN, Birden, *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 133.

<sup>93</sup> JELLINEK, Georg, *Allgemeine Staatslehre*, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1929, s. 431.

kendisidir<sup>94</sup>. Nitekim Jellinek'e göre egemen olan ve olmayan iki tür iktidar tipi bulunmaktadır<sup>95</sup>. Egemenlik, bir başka deyişle mutlak hükmetme gücü ise, Jellinek'e göre, karşı durulamaz bir güçtür ve birine bir şeyi yapmasını emredebilme ve onu bunun için zorlayabilme anlamına gelir<sup>96</sup>. "Böylesi bir zorlama gücüyle donatılmış olan iktidar [*Macht*]" diye yazar Jellinek, "*Herrschergewalt* [hükmetme gücü/egemenin gücü/hükmedenin ve egemenin zoru] ve dolayısıyla *Staatsgewalt*'tir"<sup>97</sup>. *Herrschen* burada, devlet iktidarının ayırt edici niteliği olarak karşımıza çıkar. Kritik önemde olan diğer şey ise, devletle bütünleşmiş bir grubun ya da tek bir kişinin sahip olduğu hükmetme gücünün [*Herrschergewalt*], temel olarak *Staatsgewalt*'in kendisinden doğması/kaynaklanmasıdır [*stammen*]<sup>98</sup>. Dolayısıyla Jellinek, devletle bütünleşmiş olan bir grup insanın ya da tek bir insanın egemen olma/hükmetme gücünü devlet iktidarından/zorundan/otoritesinden kaynaklanan bir olgu olarak görür (Nitekim bu Jellinek'in egemenliği, devlet iktidarı başlığı altında incelemesinden de anlaşılabilir). Bu bakımdan *Herrschergewalt* ile *Staatsgewalt* aynı şey değildir. Çünkü bu durumda bir kişinin ya da organın egemenliği ile devletin egemenliği aynı şey olacaktır ki Jellinek organ egemenliği ile devlet egemenliğinin karıştırıldığını ifade etmiştir<sup>99</sup>. Birden Güngören Buldan'ın dikkat çektiği üzere, Jellinek soyut egemenlik ile somut egemenlik ayrımının önemli olduğunu belirtir<sup>100</sup>. Dolayısıyla *Herrscher-*

<sup>94</sup> JELLINEK, s. 430; GÜNGÖREN BULDAN, s. 133-4.

<sup>95</sup> GÜNGÖREN BULDAN, s. 133.

<sup>96</sup> JELLINEK, s. 429.

<sup>97</sup> JELLINEK, s. 430.

<sup>98</sup> JELLINEK, s. 430: "Die mit solcher Macht ausgerüstete Gewalt ist Herrschergewalt und damit Staatsgewalt. Herrschen ist das Kriterium, das die Staatsgewalt von allen anderen Gewalten unterscheidet. Wo daher Herrschergewalt bei einem dem Staate eingegliederten Verbands oder einem Individuum zu finden ist, da stammt sie aus der Staatsgewalt, ist, selbst wenn sie zum eigenen Rechte des Verbandes geworden ist, nicht ursprüngliche, sondern abgeleitete Gewalt".

<sup>99</sup> GÜNGÖREN BULDAN, s. 134.

<sup>100</sup> GÜNGÖREN BULDAN, s. 134. Benzer bir ayrımı Rousseau üzerinden düşünmek mümkündür. Rousseau'ya göre -egemenliğin Jean Bodin tarafından kuramlaştırılan ilkeleriyle (mutlak, devredilemez, bölünemez) uyumlu olarak- iktidar devredilebilirken genel irade devredilemez. Bkz. AKAD/VURAL DİNÇKOL/BULUT, s. 150. Bu durumda genel iradenin soyut egemenliğe, yani egemen devlet iktidarının soyut temeline denk düştüğü söylenebilir.

*gewalt* ile *Staatsgewalt* arasında karşılıklı/simbiyotik ve özgül bir ilişki olduğu söylenebilir. *Herrscher-gewalt*, *Staatsgewalt* olmaksızın gerçekleşmezken, *Staatsgewalt*'e ayırt edici niteliğini kazandırır. Bir başka deyişle, bir kişide ya da organda somutlaşan yönetme/hükmetme gücünün temeli olan egemen devlet iktidarı esas olarak 'gayrişahsi' ve 'soyut' bir karakter taşıırken, bu devlet iktidarını uygulama, harekete geçirme, hükmetme ve yönetme gücünün kendisi, bu gücün uygulanma biçimlerine göre belirli somut durumlarda 'şahsileşebilir'. Özetle denilebilir ki;

"Jellinek'e göre egemenlik, modern devlette iki anlama sahiptir. Bir yandan egemenlik başka bir irade tarafından hukuki olarak sınırlandırılmazdır (Fiili olarak devlet gücü sınırlandırılrsa da hukuki olarak sadece kendi isteği ile sınırlandırılabilir). Ancak diğer yandan da *devlet iktidarının egemen iradeye kendini bağlayıcı, hukuki düzeni belirleyici bir yetki vermesidir*"<sup>101</sup>.

*Staatsgewalt* ile *Herrscher-gewalt* arasındaki farkı daha iyi anlamak için, klasik devlet öğretisinden biraz uzaklaşarak, Louis Althusser'in *devlet aygıtı ve devlet iktidarı* arasında yaptığı ayrımı göz atılabilir. Althusser, *İdeoloji ve Devletin ideolojik Aygıtları* başlıklı ünlü kitapçıkta şöyle yazar:

"Marksist klasiklerin her zaman şunları öne sürdüğünü söyleyebiliriz. 1) Devlet, devletin baskı aygıtıdır; 2) devlet iktidarını devlet aygıtından ayırmak gerekir; 3) sınıf mücadelelerinin hedefi devlet iktidarındır ve bunun sonucunda devlet iktidarını ellerinde tutan sınıflarca (ya da sınıf ya da sınıf bölümleri ittifakı) devlet aygıtının kendi hedefleri doğrultusunda kullanılmasıdır"<sup>102</sup>.

Görüldüğü gibi burada da devlet iktidarı ile devlet aygıtı ayrımı, birincisinin ikincisinin kaynağı ya da temeli olduğu karşılıklı bir ilişkiyi varsayar. Devlet iktidarı, devlet aygıtlarını kullanmanın yetkilendirilişinin, yani egemen iradenin temelinde yer alır ve devlet aygıtlarının kullanımının sağladığı özgül güç/kudret, devlet iktidarını diğer iktidar biçimlerinden ayırır. Benzer bir hususu, Bob Jessop şu şekilde dile getirir:

<sup>101</sup> GÜNGÖREN BULDAN, s. 136. Vurgu bana ait.

<sup>102</sup> ALTHUSSER, Louis, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, Çev. Yusuf Alp, Mahmut Özışık, İletişim Yayınları, İstanbul, 1994, s. 31.

“Devlet iktidar uygulamaz, onun güçleri ancak belirli bir konjonktürdeki somut siyasal güçler vasıtasıyla harekete geçirilir”<sup>103</sup>. O halde temel sorun, gerçek hayatta oldukça karmaşık bir süreç olan bu harekete geçirme sürecinin sahip olduğu belirleyici dinamikler ve bu dinamiklerin hangi aygıt ve kurumsal düzeneklerle hukuksal düzene sokulduğudur. Jessop, bir yandan bu sürece sınıfsal dinamiklerin etki ettiğine dikkat çekerken, sürecin yalıtık bir sınıf perspektifinden de kavranamayacağına vurgu yapar. Özgül, karmaşık ve hatta çelişik siyasal güç dengeleri daima göz önüne alınmalıdır. Kapitalist devlet iktidarının gayrişahsiliği karşısında siyasal yönetimin ne ölçüde şahsileştiği, bir toplumdaki siyasal ve sınıfsal güç ilişkileri dengesiyle, gücün nerede ve hangi yolla yoğunlaştığıyla alakalıdır. Bu bakımdan, *siyasal gücün şahsileşmesi, devlet iktidarının şahsileştiği anlamına gelmemekle birlikte kamusal devlet iktidarının harekete geçirilme dinamiklerinin şahsileştiğini gösterir*. Aksi bir düşünce ise kanımızca, toplumsal ilişkilerin siyasal bütünlüğü olarak devletin bu kapsamlı mahiyetinin göz ardı edilmesi anlamına gelecek ve devlet iktidarının kullanımını ve dağılımını belirleyen siyasal ve sınıfsal dinamiklerin hafife alınmasına neden olacaktır. Devlet iktidarı, toplumsal ilişkiler ve bağıntılar alanını ilgilendirir ve bu alan onun maddi boyutuna işaret eder. Bu ilişkiler ve bağıntılar ise devlet aygıtları, kurumları, prosedürleri vs. aracılığıyla yasal ve anayasal olarak düzenlenir. O halde dikkat edilmesi gereken husus, yasal ve anayasal düzenlemelerin, “gelişmenin maddi şartlarını” takip ettikleri, bu şartlardan bağımsız olmadıklarıdır<sup>104</sup>. Bu toplumsal ilişki, bağıntı ve güçler alanının gelişiminin maddi şartları ise, siyasal olduğu kadar ekonomik ve sınıfsal dinamiklere de ağıktır.

Ayrıca, ilgili boyuta binaen not etmek gerekir ki, şahsileşme sorunu açısından göz önüne alınması gereken bir başka husus, modern devletin ortaya çıkışı ve gelişiminin kapitalist üretim tarzının ortaya çıkışı ve gelişimiyle iç içe olması<sup>105</sup>; kapitalizme özgü tahakküm ve egemenlik

<sup>103</sup> JESSOP, “Poulantzas’ın Özgünlüğü, Mirası ve Güncelliği”, s. 96. Vurgu bana ait.

<sup>104</sup> HARDT, Michael/NEGRI, Antonio, Dionysos’un Emeği: Devlet Biçiminin Bir Eleştirisi, Çev. Ertuğrul Başer, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 101.

<sup>105</sup> Günümüz düşünürlerinden Éric Alliez ve Maurizio Lazzarato’nun, bu hususa, bir başka deyişle sermaye-devlet ilişkisine [*capital-state nexus*] dair dikkat çektikleri nokta; üretim araçlarına sermayenin el koyması ile devletin zor kullanma araçlarını temellük etmesinin, birbirlerine paralel olarak gelişen iki sürecin, eş deyişle sermaye-

ilişkilerininse kapitalizm öncesi toplumların aksine ‘şahsi’ değil ‘gayrişahsi’ olmalarıdır. Modern devletin, onu modern öncesi devlet biçimlerinden (feodal, mutlakiyetçi vs.) ayıran en önemli özelliği, kapitalist gayrişahsi bağımlılık ilişkilerine uygun bir biçimde, merkezi ve gayrişahsi karakterde kamusal bir otorite ve iktidara sahip olmasıdır. Bu açıdan, mutlakiyetçi monarşik yönetimler devlet iktidarının henüz kamusallaşmadığı yönetimler olarak görülmelidir. Fransız devriminin kamusal iktidarı ilgilendiren sonuçları bu bakımdan çarpıcıdır. 1789’da şahsi karakterdeki monarşik hükmetme gücününün parçalanması, bu gücün kamusal bir güç biçiminde serbest kalmasıyla ve devletin somut gayrişahsi iktidarı olarak kuruluşuyla sonuçlanmıştır<sup>106</sup>.

O halde modern devletin, materyalist devlet teorisi açısından kapitalist gayrişahsi tahakkümün<sup>107</sup> siyasi biçimi olarak kavranması bir indirgeme değildir. Antonio Negri ve Michael Hardt, tam da bu nedenle *İmparatorluk* başlıklı kitaplarına Fernand Braudel’den bir alıntıyla başlar-

---

nin oluşumu ile devletin kuruluşu süreçlerinin asli koşulları olduklarıdır: “Sermayenin zor üzerindeki birikimi ve tekeli ile devletin zor üzerindeki birikimi ve tekeli birbirlerini karşılıklı olarak devam ettirir”. Yazarlara göre zenginliğin sermaye yoluyla ele geçirilmesi ve değerlendirilmesi olmaksızın, devletin ordu örgütlenmesine dayanan “egemen” işlevlerini yerine getirmesi de söz konusu olamaz. Bkz. **ALLIEZ**, Éric/**LAZZARATO**, Maurizio, *Wars and Capital*, Trans. Ames Hodges, Semiotext(e), 2016, s. 44. Ayrıca bkz. **MARX**, Karl, “İlk Birikim”, *Kapital: Ekonomi Politikin Eleştirisi*, 1. Cilt (7. Basım), Çev. Mehmet Selik, Nail Satlıgan, Yordam Kitap, İstanbul, 2015, ss. 686-730; **ARRIGHI**, Giovanni, *Uzun Yirminci Yüzyıl: Para, Güç ve Çağımızın Kökenleri*, Çev. Recep Boztemur, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016; **WEISS**, Linda/**HOBSON**, John M., *Devletler ve Ekonomik Kalkınma: Karşılaştırmalı Bir Tarihsel Analiz*, Çev. Kıvanç Dünder, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1999.

<sup>106</sup> Daha fazla ayrıntı için bkz. **GERSTENBERGER**, Heide, *Impersonal Power: History and Theory of Bourgeois State*, Trans. David Fernbach, Brill, Leiden, 2007, s. 564 vd.

<sup>107</sup> Kapitalizmde toplumsal tahakküm, basitçe bir grup insanın bir diğer grup (ya da gruplar) üzerinde kurduğu tahakküm olarak değil, daha ziyade bizatihi insanların eylemleriyle hayata geçen ve soyut gayrişahsi toplumsal yapılar vasıtasıyla (soyut emek, meta, sermaye) vuku bulan bir tahakküm biçimi olarak düşünülmelidir. Bkz. **POSTONE**, Moishe, *Time, Labour and Social Domination. A Reinterpretation of Marx’s Critical Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 30. Bu nedenle kapitalist toplumlardaki sınıf egemenliği, sistemli emek sömürüsüyle birlikte, toplumsal bir gayrişahsi tahakküm sistemi içinde gerçekleştirir ki bu husus onu kapitalizm öncesi tahakküm ve sınıf egemenliği biçimlerinden belirgin bir biçimde ayırmaktadır. Bkz. **HEINRICH**, Michael, *Kapital’e Giriş*, Çev. Koray R. Yılmaz, Yordam Kitap, İstanbul, 2017, s. 17.

lar: “Kapitalizm ancak devletle özdeş hale geldiğinde, devlet olduğunda zafer kazanır”<sup>108</sup>. Peki kapitalizmin “devlet olması” ne demektir? Benno Teschke’nin, kapitalizmi, modern devletin merkezi ve şahsiliikten çıkmış yönetimi olarak kavraması<sup>109</sup>, bu soruya verilmiş isabetli bir yanıt olarak değerlendirilebilir. Bu husus, her ne kadar ancak ayrı bir çalışmada ayrıntılı olarak açıklanabilirse de, kapitalist üretim ilişkilerinin gayrişahsi karakterinin, kapitalist siyasal yönetimin doğasını belirlemesiyle ilişkilidir. Otorite, Hardt ve Negri’nin altını çizdiği gibi, hukuki dünyada bağlayıcı bir öge olmaktan önce nesnel dünyanın, sermayenin egemen olduğu, iktisadi olarak bütünleşmiş toplumsal dünyanın bir ürünüdür<sup>110</sup>. Karl Marx bu ilişkiyi, *Kapital*’in üçüncü cildinde şöyle açıklar:

“Karşılığı ödenmemiş artık emeğin dolaysız üreticilerden çekilip alındığı özgül ekonomik biçim, kendisinden doğup gelişen ve yine kendi üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olan tahakküm ve bağımlılık ilişkilerini de belirler. Bu aynı zamanda üretim ilişkilerinin kendisinden doğan ekonomik topluluğun tüm oluşumunun ve haliyle onun özgül siyasal biçiminin temelidir. Tüm toplumsal yapının ve dolayısıyla da egemenlik ve tabi kılma ilişkilerinin siyasal biçiminin, kısacası, özgül devlet biçiminin, en içteki gizemini açığa vuran şey, her zaman üretim koşullarına sahip olanlar ile doğrudan üreticiler arasındaki [...] dolaysız ilişkidir”<sup>111</sup>.

Marksist hukuk teorisine göre sermayenin emek karşısında egemen olduğu (eş deyişle kapitalist üretim ilişkilerinin egemen olduğu) dünyada temellenen otorite, kamusal bir iktidar biçimini alır. Evgeny Pashukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm* başlıklı eserinde, “otorite, bu ilişkilerin teminatı olarak ortaya çıktığı ölçüde düzenin nesnel yararını temsil eden bir toplumsal otoriteye, bir kamusal iktidara dönüşür”

<sup>108</sup> HARDT, Michael/NEGRI, Antonio, İmparatorluk, Çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.

<sup>109</sup> TESCHKE, Benno, 1648 Söylencesi: Sınıf, Jeopolitik ve Modern Uluslararası İlişkilerin Kuruluşu, Çev. Bülent Şimşek, Can Yayınları, İstanbul, 2017, s. 364.

<sup>110</sup> HARDT/NEGRI, Dionysos’un Emeği, s. 191.

<sup>111</sup> MARX, Karl, MEGA<sup>2</sup>, Bnd. 2, Abt. 15, Akademie Verlag, Berlin, 2004, s. 766-7.

diye yazar<sup>112</sup>. Birkaç sayfa sonra ise, “sınıf egemenliği, yani nüfusun bir kısmının diğerine tabiiyeti neden olduğu gibi kalmaz? Neden resmi devlet egemenliği biçimini kazanır veya aynı anlama gelmek üzere baskı aygıtı neden egemen sınıfın özel aygıtı olarak kurulmaz, neden bundan ayrılır ve toplumdaki ayrılmış bir nesnel [ve kuşkusuz gayrişahsi] *kamu gücü niteliği* kazanır?” diye sorar. Cevabı ise şöyledir:

“Ücretli işçinin kapitaliste bağımlılık ya da bağımsızlığı da araçsız bir biçimde ortaya çıkar: burada birikmiş ölü emek canlı emeğe egemendir. Fakat aynı işçinin kapitalist devlete bağımlılığı, tekil kapitalist karşısındaki, kopya bir ideolojik biçimde bürünmüş bağımlılığına benzemez. Aynı şey değildir çünkü burada, egemen sınıfın temsilcilerinden ayrılmış, *tekil kapitalistlerin üzerinde konumlanan ve nesnel bir güç olarak görünen bir özel aygıt söz konusudur*. Gerçekte, ücretli; belirli bir girişimci için çalışmaya siyasal ve hukuksal olarak zorlanamaz, emek gücünü biçimsel olarak özgür sözleşme temelinde satar. Sömürü ilişkisi, ‘bağımsız’ ve ‘eşit’ meta sahibi iki taraf arasındaki bir ilişki, işçinin emek gücünü sattığı ve kapitalistin de bunu satın aldığı bir ilişki şeklinde gerçekleştiği oranda sınıfın siyasal iktidarı, *kamusal iktidar biçimine dönüşür*”<sup>113</sup>.

Pasaj göstermektedir ki, modern devlet iktidarı, kapitalizmin gayrişahsi sömürü ve tahakküm sistemiyle doğrudan ilişkili, uyumlu ve bütünleşiktir.

#### IV. SONUÇ

Bu makalede, kamu hukukuna dair güncel tartışmalardan olan ve yaygın olarak otoriterleşme ve istisnaileşme tartışmalarıyla irtibat içinde ele alınan otokratikleşme, eş deyişle siyasal yönetimin şahsileşmesi konusu incelenmiştir. Bu bağlamda, şahsileşme sorununun, modern devletin kurucu unsurlarından olan gayrişahsi devlet iktidarı açısından nasıl değerlendirilebileceği sorusuna odaklanılmıştır. Açıklanmış olduğu gibi bu sorunun yanıtı; verili bir toplumun, *Staatsgewalt* ile *Herrschergewalt*, ya da *devlet iktidarı* ile *devlet aygıtları* arasındaki fark doğrultusunda, hükmetme/yönetme/devlet iktidarını harekete geçirme/devlet aygıtlarını

<sup>112</sup> PAŞUKANIS, Evgeny B., Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çev. Onur Karahanogulları, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 141.

<sup>113</sup> PAŞUKANIS, s. 145. Vurgular bana ait.



kullanma gücünün karmaşık dinamiklerine göre şekillenen hukuksal-kurumsal mimarisine bağlıdır. *Staatsgewalt* yani devlet iktidarı, toplumsal-kurumsal-hukuksal yapılar ve biçimler dolayısıyla hayata geçen, gayrişahsi ve kamusal bir karakter taşımaktadır. Fakat somut hükmetme ve yönetme olgusunun kendisi, devlet iktidarının anayasal olarak da somutlaştığı devlet aygıtları vasıtasıyla gerçekleştiği içindir ki siyasal yönetimin niteliklerine göre kimi durumlarda devlet iktidarının gayrişahsi niteliği -görece- korunmakta (sınırlı/sembolik başkan/cumhurbaşkanı, güçlü meclis, güçler ayrılığı vs.) kimi durumlarda ise devlet iktidarını harekete geçirme dinamikleri şahsileşmektedir (güçlü başkan/cumhurbaşkanı, güçler ayrılığının fiili ya da resmi tahribatı, güçsüz/sembolik meclis vs.). Özellikle de burjuva istisnai devlet biçimleri (faşizm, bonapartizm, sezarizm vs.)<sup>114</sup> anti-demokratik eğilimlerin, dolayısıyla da otokratikleşmenin radikalleşmesine işaret etmektedir. Fakat bu hususlar, siyasal gücün ve yönetimin şahsileşmesinin basitçe ya da her halükârda devlet iktidarının kendisinin de şahsileşmesi olarak karşımıza çıkacağı manasını taşımamaktadır. Aksi halde, siyasal yönetimin çoğunlukla bir değil birden fazla siyasal güç odağını kapsadığı ve belirli bir toplumdaki siyasal güçler dengesine bağlı olduğu hususları göz ardı edilebilir. Modern demokrasilerdeki şahsileşme olgusunun ifade ettiği şey daha ziyade, *kamusal nitelikteki devlet iktidarının harekete geçirilme dinamiklerinin şahsileşmesidir*.

Konuyla ilgili önemli olan bir başka husus ise değinildiği üzere, modern devlet iktidarının gayrişahsi karakterinin, salt siyasal yönetim tipleri ve bunlara uygun olarak inşa edilen anayasal mimariler bağlamında ele alınamayacak ölçüde kapsamlı bir tartışmaya işaret ediyor olmasıdır. Modern devlet iktidarının, kapitalist üretim tarzına özgü tahakküm ilişkilerinin gayrişahsi doğası tarafından da biçimlendirildiği göz önüne alındığında; devlet iktidarının bizatihi kendisinin şahsileşmesi olarak değerlendirilebilecek bir dönüşümün, siyasal ve hukuksal sü-

<sup>114</sup> Nicos Poulantzas'ın devlet tipi – devlet biçimi ayrımı için bkz. **POULANTZAS**, Nicos, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, Çev. Şule Ünsaldı, Epos Yayınları, Ankara, 2014, s. 162; **POULANTZAS**, Nicos, *Faşizm ve Diktatörlük*, Çev. Ahmet İnsel, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 361-363. Poulantzas'ın sözü edilen istisnai devlet biçimlerine dair açıklamaları için ise bkz. **POULANTZAS**, *Faşizm ve Diktatörlük*, s. 364-384.

reçlerin yanı sıra iktisadi süreçlerle de bağıntılı bir biçimde analiz edilmesi gerektiği rahatlıkla söylenebilir.

## KAYNAKLAR

- AGAMBEN, Giorgio, Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat (2. Basım), Çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 25-41.
- AKAD, Mehmet/VURAL DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku (12. Basım), Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- ALLIEZ, Éric/LAZZARATO, Maurizio, Wars and Capital, Trans. Ames Hodges, Semiotext(e), 2016.
- ALTHUSSER, Louis, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, Çev. Yusuf Alp, Mahmut Özışık, İletişim Yayınları, İstanbul, 1994.
- ARRIGHI, Giovanni, Uzun Yirminci Yüzyıl: Para, Güç ve Çağımızın Kökenleri, Çev. Recep Boztemur, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016.
- BONEFELD, Werner, The Strong State and Free Economy, Rowman and Littlefield, London, 2017.
- BOUKALAS, Christos, "Olağanüstülük Yok: Otoriter devletçilik. Agamben, Poulantzas ve İç Güvenlik", Praksis, Sayı 40, 2016, ss. 41-66.
- ÇELEBİ, Aykut, "Kuraldışı Durumlarda Karar Vermek: Carl Schmitt ve Walter Benjamin Üzerine Bir İnceleme", Defter Dergisi, Sayı 42, 2001, ss. 109-145.
- DEMİR, Gökhan/GÖYMEN, Ali Yalçın, "Yapısalcılıktan İlişkiselliğe Poulantzas'ın Devlet Kuramı", Alternatif Politika, 9(1), 2017, ss. 35-60.
- DOEHRING, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku) (3. Basım), Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002.
- DOWDLE, Michael W./WILKINSON, Michael A., "On the Limits of Constitutional Liberalism: In Search of Constitutional Reflexivity", Constitutionalism Beyond Liberalism, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, ss. 17-37.
- DRINÓCZİ, Tímea/BIEN-KACAŁA, Agnieszka, "Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland", German Law Journal, 20(8), 2019, ss. 1140-1166.
- FEREJOHN, John/PASQUINO, Pasquale, "Emergency Powers", The Oxford Handbook of Political Theory, John S. Dryzek, Bonnie

- Honnig, Anne Philips (Ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006, ss. 333-348.
- FRAENKEL, Ernst, İkili Devlet: Diktatörlük Teorisine Bir Katkı, Çev. Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.
- FRAENKEL, Ernst, The Dual State: A Contribution To The Theory Of Dictatorship, Trans. E. A. Shils, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- GARCÍA, Helena Alviar/FRANKENBERG, Günter (Ed.), Authoritarian Constitutionalism, Edward Elgar, Cheltenham, 2019.
- GERSTENBERGER, Heide, Impersonal Power: History and Theory of Bourgeois State, Trans. David Fernbach, Brill, Leiden, 2007.
- GINSBURG, Tom/HUQ, Aziz Z./VERSTEEG, Mila, "The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?", The University of Chicago Law Review, Vol. 85, No. 2, 2018, ss. 239-255.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Cilt, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- GÖZLER, Kemal, Devletin Genel Teorisi: Bir Genel Kamu Hukuku Ders Kitabı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÖZTEPE, Ece, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, ss. 129-180.
- GÜNGÖREN BULDAN, Birden, Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- HALMAI, Gábor, "Populism, Authoritarianism and Constitutionalism", German Law Journal, 20(3), 2019, ss. 296-313.
- HARDT, Michael/NEGRI, Antonio, Dionysos'un Emeği: Devlet Biçiminin Bir Eleştirisi, Çev. Ertuğrul Başer, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.
- HARDT, Michael/NEGRI, Antonio, İmparatorluk, Çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.
- HEINRICH, Michael, Kapital'e Giriş, Çev. Koray R. Yılmaz, Yordam Kitap, İstanbul, 2017.
- HELLER, Herman, "Authoritarian Liberalism?", European Law Journal, Vol. 21, No. 3, 2015, ss. 295-301.
- HELLER, Herman, Sovereignty: A Contribution to the Theory of Public and International Law, Oxford University Press, Oxford, 2019.

HENLEY, Kenneth, "The Impersonal Rule of Law", Canadian Journal of Law & Jurisprudence, Volume 5, Issue 2, ss. 299-308.

[https://www.jura.uni-](https://www.jura.uni-wuerz-burg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf)

[wuerz-](https://www.jura.uni-wuerz-burg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf)

[burg.de/fileadmin/02160100/Elektronische\\_Texte/Verfassungstexte/Die\\_Weimarer\\_Reichsverfassung\\_2017ge.pdf](https://www.jura.uni-wuerz-burg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf). Erişim tarihi: 29.06.2020.

JELLINEK, Georg, Allgemeine Staatslehre, Verlag von Julius Springer, Berlin, 1929.

JESSOP, Bob, "Poulantzas'ın Özgünlüğü, Mirası ve Güncelliği", Çev. Betül Yarar, Hegemonya, Post-Fordizm ve Küreselleşme Ekseninde Kapitalist Devlet, Betül Yarar, Alev Özkazanç (Ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.

JESSOP, Bob, Devlet: Dün, Bugün, Gelecek, Çev. Atilla Güney, Epos Yayınları, Ankara, 2018.

JESSOP, Bob, Nicos Poulantzas: Marxist Theory and Political Strategy, Macmillan, Hampshire, 1985.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (14. Basım), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KANSU KARADAĞ, Akasya, "Carl Schmitt'in Modern Anayasacılık Eleştirisinin Friedrich August Von Hayek Üzerinden Düşünülmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 11, No. 2, 2020, ss. 411-421.

KARADAĞ, Ulaş, "Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararcılık'tan 'Somut Düzen'e", Hukuk Kuramı, C. 5, S. 2, Mayıs-Ağustos 2018, ss. 1-10.

KARADAĞ, Ulaş, "Süreklilik mi Kopuş Mu?: Thomas Hobbes ve John Locke'un Toplum Sözleşmesi Teorilerinin Sınırlı Bir Mukayese-si", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 185-186, 2020, ss. 107-136.

KARS KAYNAR, Ayşegül, "Hermann Heller on Authoritarian Liberalism and the Form of the Democratic State", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 75, No. 1, 2020, ss. 315-334.

LINZ, Juan J., Totaliter ve Otoriter Rejimler (4. Basım), Çev. Ergun Özbudun, Liberte Yayınları, Ankara, 2017.

- LOCKE, John, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, Çev. Fahri Bakırcı, Babil Yayıncılık, Ankara, 2004.
- LOUGHLIN, Martin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, Çev. Dilşad Çiğdem Sever, Kıvılcım Turanlı, Dipnot Yayınları, Ankara, 2017.
- MARQUEZ, Xavier, *Demokrasi Dışı Siyaset: Otoriterlik, Diktatörlük ve Demokratikleşme*, Çev. İsmail Çekem, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.
- MARX, Karl, “İlk Birikim”, *Kapital: Ekonomi Politikin Eleştirisi*, 1. Cilt (7. Basım), Çev. Mehmet Selik, Nail Satlıgan, Yordam Kitap, İstanbul, 2015, ss. 686-730.
- MARX, Karl, *MEGA2, Bnd. 2, Abt. 15*, Akademie Verlag, Berlin, 2004.
- MCCORMICK, John P., “The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers”, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 10, No. 2, 1997, ss. 163-187.
- MEIERHEINRICH, Jens, *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- MÜLLER, Jan Werner, *Popülizm Nedir?* (3. Basım), Çev. Onur Yıldız, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.
- NEOCLEOUS, Marc, *Güvenliğin Eleştirisi*, Çev. Tonguç Ok, Nota Bene Yayınları, Ankara, 2014.
- NEUMANN, Franz, *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, The Free press of Glencoe, London, 1964.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye* (2. Basım), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- PASQUINO, Pasquale, “Locke on King’s Prerogative”, *Political Theory*, Vol. 26, No. 2, 1998, ss. 198-208.
- PAŞUKANIS, Evgeny B., *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev. Onur Karahanoğulları, Birikim Yayınları, İstanbul, 2002.
- POSTONE, Moishe, *Time, Labour and Social Domination. A Reinterpretation of Marx’s Critical Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- POULANTZAS, Nicos, *Devlet, İktidar, Sosyalizm*, Çev. Turhan Selçuk, Epos Yayınları, Ankara, 2006.

- POULANTZAS, Nicos, Faşizm ve Diktatörlük, Çev. Ahmet İnel, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- POULANTZAS, Nicos, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, Çev. Şule Ünsaldı, Epos Yayınları, Ankara, 2014
- SAĞLAM, Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2013.
- SCHEPPELE, Kim Lane, "Autocratic Legalism", The University of Chicago Law Review, Vol. 85, No. 2, 2018, ss. 545-583.
- SCHMITT, Carl, "Führer Hukuku Korur", Çev. Toros Güneş Esgün, ViraVerita.org, 2017. Web erişim: <https://viraverita.org/yazilar/fuhrer-hukuku-korur>. Erişim tarihi: 20.06.2020.
- SCHMITT, Carl, Dictatorship, Çev. Michael Hoelzl, Graham Ward, Polity Press, Cambridge, 2014.
- SCHMITT, Carl, Siyasal İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev. Emre Zeybekoğlu, Dost Yayınları, Ankara, 2010.
- SLOBODIAN, Quinn, Küreselciler: İmparatorluğun Sonu ve Neoliberalizmin Doğuşu, Çev. Ahmet Fethi Yıldırım, Vakıfbank Kültür Yayınları, İstanbul, 2020.
- SWEEZY, Paul, Marksizm Üzerine Dört Ders, Çev. Tuncel öncel, Yordam Kitap, İstanbul, 2015.
- TAN, Turgut, "1958 Fransız Anayasası'nın 16. Maddesi ve Bazı Hukuki Problemler", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 21, Sayı 4, 1966, ss. 299-318.
- TESCHKE, Benno, "Decisions and Indecisions: Political and Intellectual Receptions of Carl Schmitt", New Left Review, 67, 2011, ss. 61-95.
- TESCHKE, Benno, "Fatal Attraction: A Critique of Carl Schmitt's International Political and Legal Theory", International Theory, 3 (2), 2011, ss. 179-227.
- TESCHKE, Benno, 1648 Söylencesi: Sınıf, Jeopolitik ve Modern Uluslararası İlişkilerin Kuruluşu, Çev. Bülent Şimşek, Can Yayınları, İstanbul, 2017.
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (16. Basım), Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

- TILLY, Charles, Zor, Sermaye ve Avrupa Devletlerinin Oluşumu, Çev. Kudret Emiroğlu, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2001.
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI,  
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>. Erişim tarihi: 17.10.2020.
- WEBER, Max, Sosyoloji Yazıları, Çev. Taha Parla, Metis Yayınları, İstanbul, 2019.
- WEISS, Linda/HOBSON, John M., Devletler ve Ekonomik Kalkınma: Karşılaştırmalı Bir Tarihsel Analiz, Çev. Kıvanç Dünder, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 1999.
- WILKINSON, Michael, "Otoriter Liberalizm: Krizin Ardındaki Konjonktür ", Çev. İdil Çetin, ViraVerita E-dergi, Sayı 10. Web erişim: <https://viraverita.org/e-dergi/10/otoriter-liberalizm-krizin-ardındaki-konjonktur-cev-idil-cetin>. Erişim tarihi: 29.06.2020.
- ZABUNOĞLU, Yahya, K., Devlet Kuramına Giriş, İmaj Yayınları, Ankara, 2015.
- ZAKARIA, Fareed, "İlliberal Demokrasinin Yükselişi", Çev. Atilla Yayla, Liberal Düşünce Dergisi, Sayı 14, 1999, ss. 7-19.





## YARGITAY KARARLARI EŞLİĞİNDE TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLARIN DENETİMİ

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN\*

Av. Ali TÜRK\*\*

### Öz

Tüketici sözleşmelerinde haksız şartların denetimi, 6502 sayılı TKHK m. 5 hükmü ile düzenlenmiştir. İlgili madde kapsamında haksız şartlar; sağlayıcı ve satıcının tüketiciyle müzakere etmeden sözleşmeye dâhil ettiği; bu sebeple tüketicinin sözleşmeden doğan haklarını ve yetkilerini kısıtlayan ve yükümlülüklerinde dürüstlük kurallarına aykırı düşecek şekilde tüketici aleyhine dengesizliğe yol açan sözleşme şartlarını ifade etmektedir. Kanun koyucu bir tarafını tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğunu düzenlemiştir. Ancak sözleşmeler hukukunda geçerli olan güven ilkesinin zedelenmemesini sağlamak amacıyla sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı hükme bağlanmış ve bu kapsamda sırf haksız sayılan bu şartlar sebebiyle sözleşmenin geçersiz hale gelmesini engellemeye yönelik düzenlemeler ihdas edilmiştir. Ayrıca sözleşmede yer alan bir genel işlem şartının açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde, bu şartın tüketicinin lehine yorumlanacağı ifade edilerek tüketici lehine yorum ilkesi benimsenmiştir.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Samsun, Türkiye | Asst. Prof., Ondokuz Mayıs University, Ali Fuat Başgil Faculty of Law, Department of Civil Law, Samsun, Turkey.

✉ zeynep.ozcan@omu.edu.tr • ORCID 0000-0001-9525-3139

\*\* Av., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, Samsun, Türkiye | Ad., Ondokuz Mayıs University, Institute of Social Sciences, Department of Civil Law, Samsun, Turkey.

✉ turko1653@gmail.com • ORCID 0000-0002-5645-7400

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZCAN Zeynep / TÜRK Ali, "Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1465-1505.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Genel işlem şartları • Tüketici • Tüketici Sözleşmesi • Haksız şart • Denetim

## AUDIT OF UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS ACCOMPANIED BY THE DECISIONS OF SUPREME COURT

### Abstract

Audit of the unfair terms in the consumer contracts is regulated by the 5th provision of Law Number 6502 on the Protection of Consumers. Unfair terms under the relevant article refers to the terms of the contract that the entrepreneur included in the contract without negotiating with the customer, thereby limiting the customer's rights and powers arising from the contract and leading to an imbalance against the consumer in a way that contradicts the integrity rules. The lawmaker has imposed that unfair terms in the contracts one side of which is formed by the consumer are absolutely invalid. However, in order to ensure that the principle of trust that is valid in the contract law is not harmed, the provisions of the contract, except for unfair terms, will be valid and a regulation has been issued to prevent the contract from becoming invalid due to these conditions which are considered unfair. In addition, if a general transaction condition in the contract is not clear and understandable or if it means more than one, it has adopted the principle of commenting in favor of the consumer by expressing that this term will be interpreted in favor of the consumer.

### Key Words

General Trading Terms • Consumer • Consumer Contracts • Unfair Terms • Audit

## I. GİRİŞ

Klasik liberal ekonomik yaklaşımın sözleşmeler hukukundaki yansımaları olan bireysel sözleşme modeli, 20.yy.'da Sanayi Devrimi'yle oluşan seri üretim, aynı mal veya hizmete duyulan yoğun talep ve tüketicilerin ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla ortaya çıkan rekabet ortamı karşısında yetersiz kalmıştır. Bu sebeple bireysel sözleşmelerin yanında müteşebbislerin sundukları mal ya da hizmetle maksimum tüketiciye ulaşabilmek; oluşan kitlelerle kurulacak benzer nitelikteki borç ilişkilerinde sürat ve pratiklik kazanabilmek amacıyla kitle sözleşmeler ortaya çıkmıştır. Standart sözleşmeler olarak nitelendirilen bu sözleşmeler; seyahat, bankacılık, pazarlama gibi birçok alanda kullanılmaya başlanmış ve birçok kişiye standart şartlarda aynı mal veya hizmet satışı gerçek-

leşmiştir. Standart sözleşmelerin yaygınlaşması ile birlikte sakıncaları da ortaya çıkmıştır. Öyle ki standart sözleşmelerle müşteri aleyhine hak ve yükümlülük dağılımı öngörülerek sözleşme adaleti bozulmuş; borçlar hukukunun temel prensiplerinden olan sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların eşit şartlarda, diledikleri içerik ve kimse ile sözleşme yapabilme yetkileri bertaraf edilmeye başlanmıştır. Dengesi bozulan piyasa aksaklıklarına devletin müdahalesi ise gecikmemiştir. Bahsedilen bu müdahaleler ile standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının belirli kurallar çerçevesinde denetlenmesi öngörülmüş ve bu sayede bir yandan ticari hayatın vazgeçilmez parçası olan standart sözleşmeler gelişirken diğer yandan örgütsel, mali ve entelektüel olarak zayıf konumda bulunan tüketicinin korunması amaçlanmıştır. Zira önceden güçsüz konumda bulunan tüketicinin bir dahiliyeti olmadan düzenlenen ve tartışılmasına olanak tanınmadan tüketicinin onayına sunulan standart tipli sözleşmelerde yer verilen genel işlem şartlarının tüketicinin aleyhine yükümlülükler taşıyarak dürüstlük kurallarına aykırı olarak düzenlenmesi söz konusudur. Dolayısıyla haksız şart olarak ifade edilen sözleşme hükümlerinin, kanunların ortaya koyduğu prensipler doğrultusunda denetlenmesiyle hakkaniyet sağlanabilmektedir.

Tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarının denetimi kanun koyucu tarafından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) kapsamında gerçekleştirilmektedir. Tüketici işlemleri için özel kanun hüviyetine sahip Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, öncelikli olarak tüketici sözleşmelerinde uygulanmaktadır. Ancak bu kanunda hüküm bulunmayan tüketici ile ilgili bütün işlemler için TKHK m. 83 hükmü gereği genel hükümler uygulanacaktır. O halde hem TMK. m. 5 hükmü gereği içeriği uygun düşüğü ölçüde Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki hükümleri hem de TBK. m. 20-25 arasında düzenlenen genel işlem şartlarına ilişkin hükümler de tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaktadır. TBK m. 20-25 hükümleri arasında düzenlenen genel işlem şartları için üç tür denetim kabul edilmektedir. Bunlar yürürlük, yorum ve içerik denetimidir.

TKHK m. 5 hükmü "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*" başlığı altında tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartları ve tarafların anlaşması ile sözleşmeye dahil edilen bireysel şartların istisnasız denetimini öngörmektedir. Ancak ilgili kanunda sadece içerik denetimi ve yorum denetimine yer verilmiş; yürürlük denetimi ile ilgili bir hü-

küm öngörülmemiştir. Fakat TKHK. m. 83 gereği TBK m. 21 hükmü ile düzenlenen yürürlük denetimi, tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartları için de geçerli olacaktır. Tüketici sözleşmelerinde yorum ve içerik denetimi, genel işlem şartı veya bireysel şart ayrımı yapılmaksızın tüketici sözleşmelerinde yer alan bütün haksız şartlar için geçerli olacakken, TBK m. 21 kapsamında düzenlenen yürürlük denetimi ise ancak tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarında uygulama alanı bulmaktadır.

## II. HAKSIZ ŞART KAVRAMI

### A. TANIMI

Kanun koyucu 6502 sayılı Kanun'da "genel işlem şartları" ifadesi yerine "haksız şartlar" kavramını kullanmıştır<sup>1</sup>. Haksız şartlar, hukukun cevaz vermediği genel işlem şartlarını da kapsayan genel bir ifadedir. 6502 sayılı Kanun, haksız şart anlayışını, genel işlem şartları ile sınırlandırmamıştır. O halde tüketici sözleşmelerinde yer alan ve tüketici ile müzakere edilmemiş yahut tüketici aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı-

<sup>1</sup> ATAMER; "haksız" kavramı yerine AB Yönergesi'ndeki "kötüye kullanılabilir" şart terimini Kanun terminolojisine daha uygun bulmaktadır: Atamer Yeşim, "Genel işlem şartlarının denetiminde yeni açılımlar", Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Ankara, Seçkin, 2004, s. 291-331, (ATAMER, Açılım),s. 303; ANTALYA, Gökhan, "6098 sayılı TBK'nın 20-25. Maddede Yer Alan "Genel İşlem Şartları" ile 6502 sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde Yer Alan "Haksız Şartlar"ın Karşılaştırılması", Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, C. 9, Y. 2014, (ANTALYA, Haksız Şartlar),s. 45; ERSÖZ, Oğuz, "Genel işlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 3,s. 1, İstanbul,s. 69-104, s. 81; KARA, Mustafa Sencer, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, s. 1-2, s. 723-742, s. 725 vd.; BOYRAZ, Erol, Genel İşlem Şartlarının Hâkim Tarafından Denetimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 85; TUZCUOĞLU, Tuğçe, Avrupa Birliği Normları ve 6098 s. TBK hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları,Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 118; ÖZUYSAL, Neslihan, "Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar", MÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 101; YAVUZ, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 81; TUNÇSİPER, Yiğit, "Genel İşlem Koşullarının Denetimi", Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018,s. 8; ALTAY, Yusuf, "Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar", AÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 63; KARADAĞ, Özgür, Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Legal Yayınları, Ankara 2015, s. 161.

rı olarak hak ve borç dağılımı öngören her türlü şart haksız şarttır<sup>2</sup>. Bu kapsamda TKHK m. 5/I ile haksız şart kavramı tanımlanmış ve TSHŞHY m. 5/I uyarınca tüketici sözleşmelerinde yer alan hangi şartların haksız şart sayılacağına dair unsurlar tespit edilmiştir. Ayrıca TSHŞHY m. EK-1'de sayılan hallerde de haksız şartın varlığı kabul edilmiştir. TBK. m. 20/I'de genel işlem şartları tanımlanmaktadır. Haksız sözleşme şartları ile genel işlem şartları benzer iki kavram olmakla birlikte aralarında temel farklılıklar da bulunmaktadır. Farklılıklardan ilki, genel işlem şartlarının ileride benzer nitelikteki birden fazla sözleşmeye dahil edilmesi kurucu bir unsurken haksız şartlar bakımından böyle bir zorunluluğun bulunmamasıdır<sup>3</sup>. Yani dürüstlük kuralına aykırı biçimde tüketici aley-

<sup>2</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, (EREN, Genel Hükümler), s. 251; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Güncellenip Genişletilmiş 18. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 510 vd; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2020, s. 167; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2019, s. 110; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 64; REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 69; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 24. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2020, s. 110 vd.; NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, N. 50a; ULUSAN, M. İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, s. 1-2, s. 27-47, s. 35; TİFTİK, Mustafa/ÖZCAN, Zeynep, "Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi", BATİDER, C.XXXI, s. 1, Y. 2015, s. 23-58, s. 50; TOPÇUOĞLU, Melih, "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Sa. 4 Y. 2015, s. 3-69, s. 21; ESENER, Turhan/GÜNDOĞDU, Fatih, Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 200 vd.; ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 7. Baskı, Bursa 2019, s. 34; KARA, s. 736.; ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 6502 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 85; ATAMULU, İsmail, "Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13/1, 2018, s. 101-147, s. 105; YAVUZ, s. 82; ANTALYA, Haksız Şartlar, s. 46; ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 22.

<sup>3</sup> ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 471; EREN, Genel Hükümler, s. 227; OĞUZMAN/ÖZ, s. 510 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 63; ATAMER Yeşim Müride, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetimi, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 61; TİFTİK/ ÖZCAN, s. 50; AKINCI, s. 112; ATAMER, Açılım, s. 309; KILIÇOĞLU, s. 110 vd.

hine dengesizliğe neden olan şart, sadece bir sözleşmede dahi kullanılsa diğer unsurlarını da taşıdığı takdirde 6502 sayılı Kanun bakımından haksız şarttır. Bir diğer farklılık ise, TBK m. 21 vd. hükümlerinde genel işlem şartları için yazılmamış sayılma yaptırımını öngörüldüğü halde, TKHK m. 5'te haksız şartların yaptırımını kesin hükümsüzlük olarak ifade edilmesidir<sup>4</sup>. Son olarak TKHK m. 5 hükmü sadece sözleşmenin taraflarından birisinin tüketici olduğu hallerde uygulanabilirken, TBK'daki düzenlemeler ise genel hüküm niteliğinde olduğundan geçerli bütün sözleşmelere uygulanabilecektir<sup>5</sup>.

## B. UNSURLARI

TKHK m. 5 hükmü uyarınca, sözleşmedeki bir şartın tüketiciyi bağlamayan haksız şart olarak kabul edilebilmesi için iki unsur aranmaktadır. İlki satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmeye konulan şartın, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulmuş olmasıdır<sup>6</sup>. Tüketi-

<sup>4</sup> REİSOĞLU, s. 73; BOYRAZ, s. 86; İNAL, H. Tamer, "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", Terazi Hukuk Dergisi, 2014, s. 89, s. 33-56, s. 37; EREN, Genel Hükümler, s. 251; HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları 2003, s. 179; BOYRAZ, s. 86; TOPÇUOĞLU, s. 54; TİFTİK/ÖZCAN, s. 52; ATAMER, Açılım, s. 309; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014, s. 287, N. 1155; BROX/WALKER, s. 116, N. 24; REHBINDER, s. 649; BREHM, s. 322, N. 563; HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess 2019, s. 142.

<sup>5</sup> ATAMER, Yeşim, "Genel işlem koşulu mu bireysel pazarlıkla kurulan sözleşme mi?", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, ed. Kırca Çiğdem, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 103-137 (ATAMER, Sözleşme), s. 120 vd.; REİSOĞLU, s. 73; EREN, Genel Hükümler, s. 251; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 65; AYDOĞDU, Murat, Genel İşlem Koşulları Şerhi, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2018, s. 262; EREN, Genel Hükümler, s. 227; OĞUZMAN/ÖZ, s. 512.; ATAMER, s. 62; TİFTİK/ÖZCAN, s. 50; AKINCI, s. 112; ANTALYA, s. 471; KILIÇOĞLU, s. 110 vd.

<sup>6</sup> TBK. m. 20/I'de genel işlem koşulları tanımlanırken "tek başına" ifadesinden kast edilen, genel işlem koşullarının "tek taraflı" olarak hazırlanmış olması ve genel işlem koşullarının hazırlanmasında karşı tarafın yer almamasıdır: ARIKAN, Mustafa; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), s. 68; AKÇAAL, Mehmet, "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, s. 1, 2014, s. 49-69, s. 53; ATAMER, Sözleşme, s. 134; ATAMER, Açık İçerik, s. 74; TUNÇSİPER, s. 14; ÇINAR, s. 24; ÖZUYAL, s. 103; DEMİR, Mehmet, "2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşullarına İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm

cinin tartışma olanağı ortadan kaldırılmakta, sözleşmenin imzalanması veya mal/hizmet talebinden vazgeçilmesi arasında tüketici bir seçim yapmaya zorlanılmaktadır. Bu şart Yargıtay kararlarında da<sup>7</sup> gerekçelerde ifade edilmiştir. Gerçekten de gerek mesafeli satım sözleşmeleri, kredi sözleşmeleri gerekse abonman sözleşmeleri gibi genel işlem şartlarının yer aldığı sözleşmelerde tüketicinin aleyhine olan birçok şartla karşılaşmaktadır. Kanun koyucu da bunun bilincinde olarak bu unsuru kanun metninde belirterek müzakere edilmeyen şartlar karşısında tüketicinin denetim yetkisini korumak istemiştir. Yargıtay bazı kararlarında müzakere edilmeden sözleşme metnine eklenen şartları, dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine düzenlenip düzenlenmediğine bakmaksızın haksız şart olarak kabul etmiştir<sup>8</sup>. Yüksek mahkemenin bu yaklaşımı doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>9</sup>. Bununla birlikte Yargıtay başka kararlarında ise, müzakere edilmeden sözleşmeye konulan şartları tek başına haksız şart olarak nitelendirmemiştir. Bu şartların ayrıca dürüstlük kuralı kapsamında tüketici aleyhine dengesizliğe neden olup

---

Önerileri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 76, Y. 2008, s. 217-230, s. 218; HAVUTÇU, Ayşe, “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (Giş Kullanan) İçin Getirilen Külfetler”, İzmir Barosu Dergisi, 2015, s. 241-288, (HAVUTÇU, Külfetler), s. 249; HAVUTÇU, s. 1 vd.; REHBINDER, s. 643; ATAMULLU, s. 106; BAŞ, Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşulu kavramı ve içerik denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 276–303, s. 279; COESTER, Michael, “Allgemeine Geschäftsbedingungen”, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Eckpfeiler des Zivilrechts, ed.J.von Staudinger, Berlin, Sellier –de Gruyter, 2008, s. 161.

<sup>7</sup> Y. 13. HD. E. 2016/8732 K. 2018/4221 T. 05.04.2018; Y. 13. HD. E. 2015/40124 K. 2017/12224 T. 07.12.2017; Y. 11. HD. E. 2017/910 K. 2018/6620 T. 24.10.2018; Y. 13. HD. T. 03.07.2014 E. 2014/22198 K. 2014/22790; Y. 13. HD. E. 2012/1386 K. 2012/5231 T. 01.03.2012; Y. 13. HD. E. 2015/35782 K. 2018/3215 T. 19.03.2018; Y. 13. HD. E. 2016/12329 K. 2016/23393 T. 15.12.2016 (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 15.04.2020).

<sup>8</sup> “...sözleşmenin davacı banka tarafından matbu, standart olarak hazırlanıp boş olan kısımların rakam, isim ve adresler yazılarak doldurulduğu, sözleşmenin on iki punto koyu siyah harflerle düzenlenmediği görülmektedir. Davacı, tüketici aleyhine olan ve tüketiciyi kart kullanımını ücreti adı altında bir külfete sokan sözleşme hükmünün tüketici ile ayrıca müzakere edilerek kararlaştırıldığını iddia ve ispat edememiştir. Böyle olunca sözleşmedeki kredi kartı üyelik ücreti alınacağına dair hükmün açıklanan yasa ve yönetmelik hükümleri karşısında haksız şart olduğu kabul edilmelidir.” Y.13.HD. T.02.05.2008, E.2008/4345, K. 2008/6088; Y. 13. HD. T. 14.04.2010 E. 2009/14991 K. 2010/5048 (www.lexpera.com) (ET. 08.04.2020).

<sup>9</sup> AYDOĞDU, s. 184-185.

olmadığını da isabetli olarak aramıştır<sup>10</sup>. Zira kanımızca da sadece müzakere edilmeden sözleşmeye konulan ancak tüketici aleyhine oransızlığa sebep olmayan genel işlem şartlarının haksız şart olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Dikkat edilmesi gereken bir husus da müzakere edilmemiş dahi olsa tüketicinin lehine olup satıcı/sağlayıcının aleyhine olan bir şartın haksız şart olarak nitelendirilemeyeceğidir<sup>11</sup>. Bu sebeptir ki böyle bir şartın varlığı halinde dahi sözleşme taraflar açısından bağlayıcılığını sürdürecektir. Sözleşme şartı taraflarca müzakere edilmiş buna rağmen tüketici tarafından şart kabul edilmişse tüketici aleyhine dahi olsa taraflar açısından bağlayıcılığını koruyacaktır<sup>12</sup>. Her ne kadar kanun koyucu tüketiciyi korumaya yönelik bir hamle yapmışsa da buradaki düzenlemeler sözleşmenin asli unsurları hakkında geçerli değildir. Şöyle ki TKHK m. 5/VII hükmü uyarınca sözleşme, açık ve anlaşılır bir ifade ile yazıldığı sürece, tarafların hak ve yükümlülükleri arasındaki dengeyi bozucu müdahaleler yapılamayacak ve hâkim tarafından herhangi bir değer tespitine girilemeyecektir. Sözleşmedeki şartlardan birisinin müzakere edilmiş olması diğerlerinin de müzakere edildiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla diğer şartlar için de satıcı aleyhine aynı ispat koşulları geçerli olacaktır. Bazen de sözleşmenin üzerine düzenleyen tarafından, tüketiciye sözleşme içeriğinin tartışıldığı ve hepsinin münferiden okunarak kabul edildiğini bildiren imza, işaret veya ibare konulmaktadır<sup>13</sup>. Uygulamada daha çok tüketiciye, genel işlem şartlarının bulunduğu sayfaların her birinin altına olacak şekilde “her bir madde okunmuştur, tartışılmıştır, tartışılarak kabul edilmiştir, okudum ve anladım” gibi ifadeler yazdırılarak imza veya paraf atılmaktadır. Buna

<sup>10</sup> “...mahkemece, davalı bankadan bu yönde delilleri sorulduktan sonra, konusunda uzman bilirkişi ya da heyetinden, yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında ve kredinin kullanılması için zorunlu ve belgeli masrafların neler olduğunun tespiti noktasında rapor alınarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu yönler gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup...” Y. 13. HD. T. 02.09.2013, E. 2013/22232, K. 2013/20552, (www.lexpera.com), (ET. 08.04.2020).

<sup>11</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 520; AYDOĞDU, s. 185; EREN, Genel Hükümler, s. 232; AKINCI, s. 112.

<sup>12</sup> TOPAK, Süleyman, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları”, TBB Dergisi, s. 2016- 122, s. 281-314, s. 287.

<sup>13</sup> KILIÇOĞLU, s. 124; TOPAK, s. 288; OĞUZMAN/ÖZ, s. 520 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 232; AKINCI, s. 112; HAVUTÇU, s. 83; YELMEN, s. 55; ATAMER, s. 64; KARA, s. 740 vd.; AYDOĞDU s. 190.



“global kabul” adı verilmektedir<sup>14</sup>. Bu durum her ne kadar tüketici tarafından genel işlem şartlarının okunup aydınlatıldığı anlamına gelse de tek başına tüketiciye, şartların içeriğine müdahale edebilme yetkisi verildiği sonucunu doğurmayacaktır. Zira münferiden maddelerin müzakere edilerek üzerinde anlaşıldığına satıcı/sağlayıcı tarafından ispat edilmesi gerekecektir. İspat noktasında yapılabilecek en olası çözüm ise sözleşmenin noter huzurunda yapılması olacaktır<sup>15</sup>. Ancak zaman ve masraf olarak külfetli oluşu bu uygulamanın gerçekleşme ihtimalini azaltmaktadır. Özellikle sözleşmeye yabancı ve dürüstlük kurallarına aykırı şartların haksız şart oldukları kabul edilecektir. Bu noktada kanun koyucu yine tüketiciyi koruyan bir hamle yaparak ispat külfetini satıcıya yüklemiştir. TKHK m. 5/III-2’de de bu durum açıkça düzenlenmiştir. Bu aşamada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus; sözleşmenin standart sözleşme olduğu kesinleştiğinde, sözleşmedeki şartlardan birisi tüketici ile görüşülerek eklenmiş olsa dahi diğer kayıtların haksız şart sayılmasını engellemesidir (TKHK m. 5/III c. 3).

Bir şartın tüketiciyi bağlamayan haksız şart olabilmesinin diğer unsuru, satıcı/sağlayıcı tarafından dürüstlük kurallarına aykırı olarak tüketicinin aleyhine olacak şekilde tarafların haklarında veya yükümlülüklerinde bir dengesizliğin oluşturulmasıdır<sup>16</sup>. Mesela kredi sözleşmesinde yan giderler kapsamında bankaların ücret talep etme yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu yetkiler tüketici aleyhine ağır külfetler getirilmesi, dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması hallerinde geçersiz olacaktır. Bu konuda pek çok Yargıtay kararı bulunmaktadır<sup>17</sup>. Kararların çoğunda dürüstlük kuralına aykırılık sebebi ile şartlar geçersiz sayılmaktadır<sup>18</sup>. Ancak Yargıtay bazı kararında<sup>19</sup> sözleşmede önceden tek

<sup>14</sup> KUNTALP, Erden, “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, Sempozyum No: II, s. 81- 102, s. 94; AKİPEK ÖCAL, s. 228; AYDOĞDU, s. 191; ALTAY, s. 103.

<sup>15</sup> AYDOĞDU, s. 191.

<sup>16</sup> ÇINAR, s. 29; COESTER, s. 161; YAĞCIOĞLU, s. 3073 vd.; HAVUTÇU, Külfetler, s. 250; KARA, s. 740 vd.; AYDOĞDU, s. 192.

<sup>17</sup> Yargıtay bazı kararlarında genel işlem şartının müzakere edilmemesini haksız şart olarak kabul edilebilmesi için yeterli görmüş ve dürüstlük kuralına aykırı olarak tüketici aleyhine dengesizlik bulunup bulunmadığını incelememiştir: Y. 13. H.D. T. 14.04.2010, E. 2009/14991, K. 2010/5048, (www.lexpera.com) (E.T. 18.04.2020).

<sup>18</sup> Y. 3.HD. T. 18.12.2014 E. 2014/13539 K. 2014/16751; Y. 13. HD. T. 28.04.2014 E. 2014/13800 K. 2014/13389; Y. 13. HD. T. 20.11.2017 E. 2017/8641 K. 2017/11342; Y. 13. HD. E. 2017/5271 K. 2017/7499 T. 15.06.2017; Y. 13. HD. T. 01.04.2019 E. 2017/5364 K.

tarafı olarak belirlense dahi dürüstlük kuralına aykırı olmayan ve tüketici lehine olan bir hükmün haksız şart olarak nitelendirilemeyeceğine de karar vermiştir. Kanaatimizce de her ne kadar tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı dengesizliğin varlığı sözleşmede yer alan şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için gereken şartlardan birisi olsa da; bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Eğer açık ve haksız oransızlık unsuru olayda yer almıyorsa ve şart tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşılıyorsa artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir. Haksız şart denetimi sözleşmenin asli unsurlarına yönelik olarak değil; sözleşmenin tali noktalarını düzenleyen genel işlem şartlarına yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Sözleşmenin tüketici aleyhine bir dengesizlik oluşturup oluşturmadığı; sözleşmenin tarafları arasındaki güç dengesi, tüketicinin sözleşme şartlarına rıza gösterirken düzenleyen tarafından etki altında bırakılıp bırakılmadığı gibi hususlar değerlendirilerek belirlenmektedir<sup>20</sup>.

### III. HAKSIZ ŞARTLARIN DENETİMİ

#### A. GENEL OLARAK

Sözleşmeler hukuku karşılıklı müzakere edilen sözleşme tipleri üzerine inşa edilmiştir. TBK m.1 hükmü uyarınca da tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sözleşmeyi meydana getirmektedir<sup>21</sup>.

2019/2142; Y. 13. HD. T. 26.05.2014 E. 2014/17578 K.2014/16420; Y. 13. HD.T. 01.07.2014 E. 2014/18742 K. 2014/22442; Y. 13. HD. T. 23.06.2014 E. 2014/19653 K. 2014/20376; Y. 13. HD. T. 03.07.2014 E. 2014/22198 K. 2014/22790; Y. 13. HD. T.23.02.2017 E. 2015/6638 K. 2017/2428; Y. 13. HD. T. 29.02.2016 E. 2016/1366 K. 2016/6189; Y. 13. HD. T. 21.06.2018 E. 2016/13264 K. 2018/7016. (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 30.07.2020).

<sup>19</sup> Y. 13. HD. T. 08.07.2014, E.2014/22473, K.2014/23099; Y. 13. HD. T. 15.11.2012 E. 2012/25172 K. 2012/25689 (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 18.04.2020).

<sup>20</sup> BOYRAZ, s. 91.

<sup>21</sup> AYAN, s. 142; AKINCI, s. 66; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 30; ANTALYA, s. 156; EREN, Genel Hükümler, s. 260; KILIÇOĞLU, s. 36vd.; REİSOĞLU, s. 60; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KAHRAMAN, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 28. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 123 vd.; NOMER, N. 50a; AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı", İzmir Barosu Dergisi, s. 3, Y. 2015, s. 187-206, s. 190; YILDIRIM, Abdülkerim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara 2020, s. 62.

İrade beyanlarının birbirine uygun hale gelebilmesi için taraflarca müzakere edilmesi; en azından sözleşmenin esaslı noktalarında anlaşma sağlanması gerekmektedir<sup>22</sup>. Standart sözleşmeler ile taraflar arasındaki müzakere aşaması ortadan kaldırılmış; tüketicinin düşünceleri önemsenmeksizin satıcı/sağlayıcı tarafından sözleşmeler, bireysellik unsurları göz önüne alınmadan hazırlanmakta ve bütün riskleri tüketiciye ait olacak şekilde tüketicilerce imzalanan sözleşme geçerli olarak kurulmaktadır<sup>23</sup>. Standart sözleşmelerden kaynaklanabilecek bu sakıncaları giderebilmek ve güçsüz konumda yer alan tüketicileri koruyabilmek adına standart sözleşmelerin idarece ve mahkemelerce denetimi öngörülmüştür.

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hüküm yer almamasına rağmen uygulamada yürürlük (bağlayıcılık) denetimi, içerik denetimi olarak denetim iki şekilde sağlanmıştır<sup>24</sup>. 6098 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra genel işlem şartlarının denetimi TBK. m. 20-25 arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve üçe ayrılmıştır<sup>25</sup>. Bunlardan ilki, ilgili şartın sözleşme kapsamına alınıp

<sup>22</sup> SİRMEN, Lale, "Genel İşlem Şartları Kavramı", İzmir Barosu Dergisi, s. 3, Y. 2015, s. 207-225, s. 221; SİRMEN, Lale, "Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Türk Hukuku'nda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Ankara, BATİDER, 2011, s. 107-133 (SİRMEN, Denetim), s. 115; AYAN, s. 142; AKINCI, s. 66; NOMER, N. 50a; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 30; EREN, Genel Hükümler, s. 260; AKINTÜRK/ATEŞ KAHRAMAN, s. 124; YILDIRIM, s. 63; ANTALYA, s. 156; KILIÇOĞLU, s. 37.

<sup>23</sup> OĞUZ Cemal, "Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü", TBB Dergisi, Y. 1998, s. 1, s. 25-37, s. 25; YELMEN, s. 124; ATAMULU, s. 112; AYDOĞDU, s. 236.

<sup>24</sup> AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, AYDOĞDU, 2014, s. 169; REİSOĞLU, s. 75-76; KILIÇOĞLU, s. 36vd.; NOMER, N. 50a; YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 123 vd.; MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2014, s. 68; WOLF, Manfred / NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München 2016, s. 584 N. 65; BROX, Hans/WALKER, Wolf Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Auflage, München 2018, s. 113-114, N. 18.

<sup>25</sup> ÜNAL, Akın / KÖROĞLU, Emre, "Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 13, Y. 7, Haziran 2019, s. 523-550, s. 524; DEMİR, s. 220 vd.; DERYAL, Yahya, "Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 2014, s. 89, s. 58-67; s. 59; SİRMEN, s. 208; TOPÇUOĞLU, s. 16 vd.;

alınmadığının tespit edildiği “*yürürlük denetimi*”, ikincisi sözleşme kapsamında bulunduğu kesinleşen genel işlem şartının, anlaşılır olmaması, anlam karmaşasına sebep olması hallerinde düzenleyenin aleyhine olacak şekilde dikkate alındığı “*yorum denetimi*” ve son olarak sözleşme kapsamında yer alan genel işlem şartının, sözleşmenin karşı tarafı aleyhine dürüstlük kuralına aykırı düzeyde hak ve yükümlülük dağılımı öngörüp öngörmediğinin değerlendirildiği “*içerik denetimi*”dir<sup>26</sup>. Bu denetim tipleri genel işlem şartlarının bulunduğu tüketici sözleşmeleri ile birlikte bütün sözleşmeler için geçerli olan denetimlerdir.

## B. DENETİMİN KOŞULLARI

Bir tüketici sözleşmesinin varlığı ve tüketici sözleşmesinde haksız şartın bulunması tüketici hukukunda haksız şartların denetiminin koşullarıdır.

### 1. Bir Tüketici Sözleşmesinin Varlığı

Tüketici sözleşmesi; taraflarından birisinin her zaman tüketici, diğer tarafın ise mal veya hizmet satan satıcı/sağlayıcı olduğu, mal ve hizmetin yapılan alışveriş sebebi ile ödenen bedelin karşılığı olarak sunulduğu<sup>27</sup> iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. 6502 sayılı Kanun’da tanımlanmamıştır. Tüketici sözleşmelerinin unsurları belirlenirken

---

EREN, Genel Hükümler, s. 233; HAVUTÇU, s. 80; AYAN, s. 168; AKINCI, s. 112; KILIÇOĞLU, s. 110 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 520 vd.; YELMEN, s. 47 vd.; AKÇAAL, s. 49 vd.; İNAL, s. 34; YILDIRIM, s. 97; ŞAHİN/KİZİR, s. 69; ASLAN, s. 38; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 30; ANTALYA, s. 418; KARTAL Doğan, *Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2008, s. 100; ATAMER, Açılım, s. 303.

<sup>26</sup> GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, s. 281, N. 1146; EREN, Fikret, “Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi” İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2015, s. 289 -233; s. 296, s. 293; KARADAĞ, s. 101; YILDIRIM, s. 97; YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, “Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER’e Armağan, 2013, s. 3057-3098, s. 3061; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Genel işlem şartlarında şaşırtıcı ve beklenmedik şartlar TBK. m. 21/II”, MÜHFHAD., C. 22, s. 3, 2016, s. 2349-2360, s. 2352; EREN, Genel Hükümler, s. 236; HAVUTÇU, s. 132; AYDOĞDU, s. 136; ATAMER, Açılım, s. 292; ÖZUYSAL, s. 75; AKÇAAL, s. 55; TİFTİK/ÖZCAN, s. 45; MÜLAZIMOĞLU, s. 68; YELMEN, s. 123.

<sup>27</sup> Bu kapsamda yazar ariyet ve ücretsiz vekalet sözleşmelerinin ivazsız niteliklerinden hareketle bu sözleşmelerin de tüketici sözleşmeleri olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir: KALKANCI Yasemin, “Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2016, s. 11.

TKHK m. 3/I'de tanımlanan tüketici işlemlerinin unsurlarından faydalanılmaktadır. Keza kanun koyucu tüketici kredisi, konut kredisi, mesafeli sözleşmeler, abonelik sözleşmeleri gibi önemli, uygulamada yaygın olarak kullanılan bazı tüketici sözleşmelerini özel kanunlarla düzenleme ihtiyacı duymuştur.

4077 sayılı eski Kanun'a 4822 sayılı Kanun ile dahil edilen m.3 b.e hükmüyle tüketici kavramı tanımlanmıştır. Bu tanımın, tüketicinin sadece ticari ve mesleki olmayan amaçlarla mal veya hizmet alımlarını tüketici işlemi olarak belirlemesi sebebiyle dar anlamda tüketici tanımını karşıladığı; ticari veya mesleki ihtiyaçların karşılanması amacıyla kurulan sözleşmelerin taraflarını ise tüketici kavramının dışında bıraktığı görülmektedir<sup>28</sup>. 4077 sayılı Kanun döneminde tüketici için belirlenen esaslar 6502 sayılı Kanun döneminde de aynen muhafaza edilmiştir. Gerçekten de TKHK m. 3/I hükmü; k bendi uyarınca tüketici, i bendi uyarınca satıcı ve ı bendi uyarınca da sağlayıcı kavramları tanımlanmıştır. 6502 sayılı Kanun'un lafzı uyarınca bir kimsenin tüketici sayılabilmesi için bu kimsenin amacına bakılmalıdır. Bu sebeptendir ki mal veya hizmeti satın alan kimsenin tüketici sayılabilmesi için alıcının, satın aldığı bir mal/hizmeti aynı şekilde kâr amacıyla bir başkasına satmak, bir meslek icra etmek, satın alınan malı belirli bir hizmette kullanmak veya işleyerek yeniden satmak gibi bir amaç gütmemesi; mesleki/ticari olmayan amaçlarla hareket etmesi gerekmektedir<sup>29</sup>. Özellikle gerçek kişi tacirler, sadece ticari işletmeleri dışında kendilerinin veya yakınlarının kişi-

<sup>28</sup> Genel olarak tüketici kavramının tespitinde yararlanılan iki teori bulunmaktadır. Bunlardan ilki 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un da yararlandığı sübjektif teoridir. Sübjektif teori uyarınca tüketici işlemlerinin belirlenmesinde merkez kavram tüketicidir. Tüketim amacıyla hareket eden tüketicilerden birisinin tarafını oluşturduğu işlemler, tüketici hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Bu teorinin karşısında yer alan diğer teori ise objektif teoridir. Objektif teoriye göre, merkez kavram tüketici sözleşmesidir. Doğal olarak bu teoride tüketici sözleşmeleri önceden mevzuat hükümleri çerçevesinde belirlenmekte ve bu sözleşmeleri akdeden tarafların amaçlarına bakılmaksızın bu işlemler tüketici hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. AYDOĞDU, s. 180.

<sup>29</sup> BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent, "Adi İş/Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, s. 395-436, s. 411; KALKANCI, s. 2; AYDIN, s. 85; AYDOĞDU, 2014, s. 170; GÜLERCİ, s. 90 vd; DERYAL, s. 60; KARADAĞ, s. 104; KARTAL, s. 200; MÜLAZIMOĞLU, s. 68; ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 95; ÖZEL, s. 55; SİRMEN, Denetim, s. 115; TOPAK, s. 285; İNAL, s. 35; HAVUTÇU, s. 133.

sel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapmış oldukları sözleşmelerle sınırlı olarak tüketici sayılmaktadırlar<sup>30</sup>. Ancak tüzel kişi tacirlerin adi iş sahaları bulunmadığındandır ki yaptıkları bütün işlemler ticari iş sayılmakta bu kapsamda da tüketici olarak nitelendirilememektedirler<sup>31</sup>. Kanun koyucu tüzel kişi tacirlere kâr amacı dışında özel bir amaç taşıma imkânı tanımamıştır<sup>32</sup>. Aksi bir uygulama kanunu dolanmak sayılacaktır ki Yargıtay da kararlarında bu görüşü kabul etmektedir<sup>33</sup>. Bu doğrultuda Yargıtay; anonim şirketin davacı olarak yer aldığı bir uyuşmazlığa dair verdiği kararında, şirket adına ve hesabına yetkili organları vasıtasıyla alınan otomobilin trafik belgesine her ne kadar “Hususi Otomobil” kaydı düşülmüş olsa da bu otomobilin sahibi olarak tüzel kişi tacirin gösterilmesi ve faturanın da bu tüzel kişi tacir adına kesilmiş olması karşısında bu aracın özel gayelerle satın alınmış bir otomobil değil, iktisadi hedeflerin gerçekleştirilmesi amacıyla satın alınan ticari bir mal alımı olduğunu kabul etmiştir<sup>34</sup>. Kanunların hilafına düzenlenen bu belgede alınan otomobilin, taraflarca hususi olarak nitelendirilmesinin geçerliliği bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak da özel amaçlarla ilgili satın alımlar için uygulanan 4077 sayılı Kanun’un, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir<sup>35</sup>. Kanımızca da tüzel kişi tacirler adına yetkili organları marifetiyle yapılmış olan tüketim içerikli bütün işlemleri, bu işlemler tüzel kişi adına gerçek kişi tacir tarafından yapılmış olsa dahî tüketici sıfatını kazanamayacaktır.

AB yönergelerinde ve Avrupa ülkelerindeki genel eğilimin aksine 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüzel kişilerin de tüketici sıfatını kazanabilmesine imkân tanımıştır. Bu noktada sadece gerçek kişilerin tüketici sayılabileceğine yönelik AB yönergelerine hükümler konulmuştur. Bunun istisnasını ise paket tur sözleşmeleri oluş-

<sup>30</sup> AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınları, Ankara 2015, s. 59; BAHTİYAR/BİÇER, s. 411-412.

<sup>31</sup> KAYIHAN, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 102; AYDOĞDU, s. 181; KUNTALP, s. 82.

<sup>32</sup> AYDOĞDU, s. 182; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 92.

<sup>33</sup> ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 92. YHGK T. 21.9.2011, E. 2011/500, K. 2011/550 (www.lexpera.com) (ET. 08.04.2020).

<sup>34</sup> Y. 13. HD. T. 26.09.1997, E. 1815, K. 5112, Yargıtay Kararları Dergisi, 1997, s. 10, C. 23, s. 1564-1567, s. 1564.

<sup>35</sup> CEYLAN, Özge Yenice, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Üçüncü Maddesi Bağlamında Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği Sorunu”, 5. Uluslararası Multi Disipliner Çalışmaları Kongresi, Antalya, Kasım 2018, s. 315-333, s. 325.

turmaktadır. Öyle ki Paket Turlara İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi m. 2/IV hükmü ile, paket tur sözleşmesini akdeden kim olursa olsun yönerge gereği tüketici sayılmıştır. TKHK m. 3 uyarınca gerçek veya tüzel kişiler tüketici olabilmektedir. Bu kapsamda dernek, vakıf, meslek oda veya birlikleri vb. mal/hizmet satın aldığı sözleşmelerde tüketici sıfatını kazanacaktır. Öyle ki dernek ve vakıfların ticari faaliyetlerde bulunmaları hukuken yasaklanmıştır. Bu bakımdan ideal amaçlarını gerçekleştirmek için eğitim, sağlık ve sosyal yardım faaliyetlerini aksatmadan yürütebilmek adına mal ya da hizmet satın aldığı sözleşmelerinde tüketici sıfatını kazanmaktadırlar<sup>36</sup>. Keza tıpkı gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişiler için de tüketici olarak satın alınan mal veya hizmetin mutlaka tüzel kişinin ihtiyacı için kullanılmasına gerek yoktur.

Tüketici sözleşmesinin diğer tarafı olan satıcı/sağlayıcı TKHK m.3/I-ı bentlerinde tanımlandığı üzere faaliyetlerini sürekli olarak icra eden gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir. Özellikle şirket şeklinde örgütlenen tüzel kişiler, amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler ve vakıflar<sup>37</sup>, devlet ve belediye gibi kamu idareleri, üniversiteler ve TRT gibi kamu kurumları niteliğindeki kamu hukuku tüzel kişileri de satıcı veya sağlayıcı olabileceklerdir<sup>38</sup>. TKHK m. 3-d-h uyarınca ekonomik olarak karşılığı olan ve alışverişe konu olan bütün mal ve hizmetler tüketici sözleşmelerinin konusunu oluşturabilmektedir<sup>39</sup>. Madde metninde sayılan mal türleri tadadi nitelikte sayılmıştır<sup>40</sup>. Ancak belirtmek

<sup>36</sup> BAHTİYAR/BİÇER, s. 414; KALKANCI, s. 5; HAVUTÇU, s. 133; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 97; AYDOĞDU, s. 182; ÇINAR, s. 32; TOPAK, s. 285; ASLAN, s. 35; SİRMEN,Denetim, s. 115; KARADAĞ, s. 105; İNAL, s. 35.

<sup>37</sup> AYDOĞDU, Tüketici, s. 60; SİRMEN, s. 234; TİFTİK/ÖZCAN, s. 49; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 96.

<sup>38</sup> ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 96; AYDOĞDU, Tüketici, s. 65; ASLAN, s. 34.

<sup>39</sup> KALKANCI, s. 8; KARADAĞ, s. 105; AYDOĞDU, 2014, s. 170; GÜLERCİ, s. 90 vd; DERYAL, s. 61; ÖZUYSAL, s. 75.

<sup>40</sup> Yargıtay bazı kararlarında TKHK'da tanımlanan "mal" kavramının kapsamını dar yorumlayarak tüketici sözleşmelerinin konusunu sınırlandırmaktadır. Bu kapsamda sadece "hazır olan malların" konusunu oluşturduğu sözleşmelerin, tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bu doğrultuda da konut inşa etmek amacıyla yüklenici ile akdedilen eser sözleşmelerini, henüz ortada hazır bir mal bulunmadığı gerekçesiyle tüketici sözleşmesi olarak kabul etmemekte ve bu sözleşmeler açısından uygulanacak hükümlerin, genel hükümler olduğuna dair kararlar vermektedir. YHGK. T. 24.09.2003, E. 2003/15-498, K. 2003/493. Y. 15. HD. T. 09/04/2002, E. 2001/5915, K. 2002/1689 (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 08.04.2020).

gerekir ki taşınmaz mallar örneklendirilirken sadece konut ve tatil amaçlı taşınmaz malların kanun kapsamında sayılmış olması tesadüfi değildir. Zira konut ve tatil amaçlı taşınmazların dışında kalan ticari ve mesleki amaçlarla kullanılan dükkân, büro, yazıhane gibi taşınmazlar kanun kapsamında mal kavramının dışında tutulmuştur.

## 2. Tüketici Sözleşmesinde Haksız Bir Şartın Bulunması

Tüketici sözleşmesinde bir haksız şartın bulunması halinde mal veya hizmeti sunan tarafından tek taraflı olarak birden fazla sözleşmede uygulanması amacıyla düzenlenen ve tüketiciye dayatılan şartlarla sözleşmeyi imzalamak durumunda bırakılan ve bu sebeple birçok hususta güçsüz konumda bulunan tüketiciyi korumak amacıyla haksız şartın denetimi gereği doğmaktadır<sup>41</sup>. Ülkemizde sadece tüketici sözleşmelerinde yazılan genel işlem şartlarının denetimi ilk olarak, 22.5.1995 tarih ve 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 6.2.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun kapsamında "*Sözleşmedeki Haksız Şartlar*" kenar başlığı ile eklenen m. 6 hükmüyle öngörülmüştür. Bu kural, 6502 sayılı TKHK ile yürürlükten kaldırılmış ve m. 5 hükmüyle "*Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar*" kenar başlığı ile içerik ve yorum denetimi şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Yorum denetimi TSHŞHY. m. 6/IV'te de yer almıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun aksine yürürlük denetimine ise ne Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ne de Yönetmelikte yer verilmiştir. Bu sebeple tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartları açısından yürürlük denetimi Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılmaktadır. Haksız şart ihtiva eden tüketici sözleşmelerinin denetimi de öncelikle özel kanun niteliğindeki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca ancak bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel kanun niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca yapılmaktadır.

<sup>41</sup> ANTALYA, s. 472-473; AYDOĞDU, s. 169; ANTALYA, Gökhan/DOĞANCI, Doğa, "Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi", MÜHFHAD, C. 24, s. 2, Aralık 2018, s. 823-860, s. 830; REİSOĞLU, s. 75; DERYAL, s. 58; REHBINDER, Manfred, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması" (Çev. Teoman, Ömer) Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHF. Özel Sayısı, C. 13, s. 1-4, İstanbul 1977, s. 641-653, s. 643; DEMİR, s. 218; BROX, Hans/WALKER, Wolf Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Auflage, München 2018, s. 113-114, N. 18; WOLF, Manfred/NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München 2016, s. 584, N. 65; BREHM, Wolfgang, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Auflage, Stuttgart 2008, s.315, N. 549.



4077 sayılı Kanun'da haksız şartların tespitinde ve denetiminde hangi kurumun yetkili olduğuna dair herhangi bir hüküm ihdas edilmemiştir. TKHK m. 5/IX hükmü ile bu eksiklik giderilmek istenmiş ve uygulamada haksız şartların tespitinde ve denetlenmesinde idari yetki Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na verilmiştir. Verilen bu yetki sayesinde özellikle bankacılık ve enerji abonman sözleşmeleri gibi günümüzde yoğun olarak kullanılan sözleşmelerin şartlarının denetimi daha etkili şekilde gerçekleştirilmektedir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bu kapsamda 17.06.2014 tarihinde Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'i yayımlamıştır (TSHŞHY).

## C. DENETİM TÜRLERİ

### 1. Genel Olarak

Genel hükümler, TKHK ve ilgili Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde tüketici sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının denetimi idari ve yargısal denetim olmak üzere ikiye ayrılır<sup>42</sup>. TBK uyarınca genel işlem şartlarında yargısal denetim; yürürlük (kapsam) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üçe ayrılmaktadır<sup>43</sup>. TKHK m. 5 hükmünde yargısal denetim öngörülmüş, idari denetim hususunda ise görev, TKHK m. 5/IV hükmü uyarınca bakanlık tarafından yeni çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Yargısal denetim kapsamında ise haksız şartlarda, TKHK m. 5 hükmü uyarınca içerik ve yorum denetimi düzenlenmiştir. Yorum denetimine ayrıca bakanlığın çıkardığı Yönetmelik'te de yer verilmiştir. Bu noktada 6502 sayılı Kanun kapsamında açıkça yer verilmeyen yürürlük denetimine ise genel hükümler çerçevesinde ulaşılmakta ve tüketici sözleşmelerinde de uygulanmaktadır<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 236; TİFTİK/ ÖZCAN, s. 40; AYDOĞDU, s. 193; KARADAĞ, s. 44; OĞUZMAN/ÖZ, s. 530 vd.

<sup>43</sup> ŞAHİN, Turan/KİZİR, Mahmut, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler", Terazi Hukuk Dergisi, 2014, s. 89, s. 68-79, s. 72; TOPUZ, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (yürürlük) Denetimi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1138-1169, s. 1138; SİRMEN, Denetim, s. 113; AKİPEK ÖCAL, s. 194 vd.; KARADAĞ, s. 44 vd.; ANTALYA, s. 489; AKÇAAL, s. 55; EREN, Genel Hükümler, s. 234; YELMEN, s. 123; ÖZEL, s. 88; YILDIRIM, s. 97; TUZCU-OĞLU, s. 131; TUNÇSİPER, s. 29.

<sup>44</sup> AYDOĞDU, s. 195.

## 2. Tüketici Sözleşmelerinde İdari Denetim ve Bakanlığın Yetkisi

Genel işlem şartları kullanımına karşı özellikle tüketicilerin korunması için yargısal yolla denetimin yanı sıra idari yolla içerik denetimi de yapılmaktadır. Böylece henüz bir ihtilaf çıkmadan önce genel işlem şartları idari makamlarca denetlenip, dürüstlük kuralına aykırı şartların sözleşmeden çıkarılması sağlanmakta ve sağlıklı genel işlem şartlarının piyasada uygulanmasının önünü açarak tüketiciye güven vermektedir<sup>45</sup>. İdari denetim, ilgili 17.06.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan TSHŞHY m. 8’de düzenlenmiştir. Yönetmelik uyarınca bakanlık denetim noktasında pasif bir yetki üstlenmiştir. Zira bakanlığın genel işlem şartı içeren bütün tüketici sözleşmelerini denetlemesi ve bu sözleşmelerin her birinin bakanlığın onayından geçmesi gibi bir durum yoktur. Böylece re’sen haberdar olduğu, şikâyet yoluyla önüne gelen genel işlem şartlarının denetimini sağlayabilecektir<sup>46</sup>. Bu denetim kapsamında bakanlığın yetkisi, haksız şartın sözleşmeden çıkartılması olarak belirtilmiştir. Ayrıca bakanlığın bu yetkisi düzenleyen aleyhine süre ile sınırlandırılmıştır. Yani bakanlığın haksız şartın sözleşmeden çıkarılması talebi, düzenleyen tarafından 30 gün içerisinde yerine getirilmelidir. Bakanlık bu süreyi gerekli hallerde 90 güne kadar uzatmaya amirdir. TKHK m. 5/IX hükmü kapsamında bakanlığa verilen yetki dairesinde çıkarılan Yönetmelik gereği haksız şart olduğu belirlenen şartların, kesin hükümsüzlükle batıl olacağını gözden kaçırmamak gerekir (Yönetmelik m. 7). Bu durumda yargısal içerik denetimiyle gerçekleşen bir yaptırımın henüz başlangıçta idari içerik denetimi ile gerçekleştirilebileceği görülmektedir.

## 3. Yargısal Denetim

Genel işlem şartlarının tüketici aleyhine haksız şartlar içerip içermediğinin yargısal denetimi üç şekilde gerçekleşmektedir<sup>47</sup>. Bunlar; yürürlük (Bağlayıcılık) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.

<sup>45</sup> ALTAY, s. 92; YAĞCIOĞLU, s. 3074; MÜLAZIMOĞLU, s. 70; TİFTİK/ÖZCAN, s. 40.

<sup>46</sup> KARADAĞ, s. 45; AYDOĞDU, s. 193; ALTAY, s. 93.

<sup>47</sup> DERYAL, s. 59; SİRMEN, s. 208; TOPÇUOĞLU, s. 16 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 233; HAVUTÇU, s. 80; AYAN, s. 168; AKINCI, s. 112; KILIÇOĞLU, s. 110 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 520 vd.; YELMEN, s. 47 vd.; AKÇAAL, s. 49 vd.; İNAL, s. 34; ŞAHİN/KIZIR, s. 69; ASLAN, s. 45; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 30; ANTALYA, s. 418; KARTAL, s. 100; ATAMER, Açılım, s. 303; ÜNAL/KÖROĞLU, s. 524; DEMİR, s. 220 vd.; KARADAĞ, s. 47.

Yürürlük denetimi, TBK m. 21 hükmünde düzenlenmekle birlikte 6502 sayılı Kanun kapsamında bu denetim türüne yer verilmemiştir. Ancak özel kanunlarda hüküm bulunmadığı takdirde özel kanunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde genel kanun hükümlerinin uygulanacağı ilkesine paralel olarak düzenlenen TKHK m. 83 hükmü gereği da TBK m. 21 hükmü tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartları açısından da uygulanabilecek ve yargı organları aracılığıyla yürürlük denetimi yapılabilecektir. TKHK m. 5 hükmünde tüketici sözleşmelerinde yer alan haksız şartların denetimi amacıyla sadece içerik denetimi düzenlenmiştir.

### a. Yürürlük (Bağlayıcılık) Denetimi

Genel işlem şartlarının sözleşme muhtevasında olabilmesi, sözleşmenin yapıldığı esnada düzenleyen tarafından genel işlem şartlarının varlığı hakkında sözleşmenin diğer tarafına ayrıca bilgi verilmesine ve şartların içeriğinin diğer tarafça öğrenilebilmesine imkân tanınması koşullarına bağlı kılınmıştır<sup>48</sup>. Aksi takdirde bu kurala uyulmadan kurulan bir standart sözleşmede yer alan şartlarının yazılmamış sayılacağı öngörülmüştür (TBK.m.21/I-2). Bu bağlamda müzakere edilmeden sözleşme metnine dahil edilen şartların tamamının veya tartışılmayan bölümünün, sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığının tespitine dair yapılan inceleme yürürlük denetimi<sup>49</sup> olarak ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Gerçekten de

<sup>48</sup> KARADAĞ, s. 48; TUNÇSİPER, s. 29; ALTAY, s. 95; BOYRAZ, s. 55; YILDIRIM, s. 97; DEMİR, s. 221 vd.; ÇINAR, s. 67 vd.

<sup>49</sup> Öğretide Dağdelen yürürlük denetimini genel kabulün aksine iki başlıkta incelemiştir. Bunlardan ilki teşmil denetimi diğeri ise yürürlük denetimidir. Bu kapsamda Yazar'a göre teşmil denetimi, düzenleyenin koyduğu kuralların sözleşmeye dahil olup olmadığıyla ilgili olarak henüz tarafların müzakere aşamasındaki iradelerini tespit edebilmek amacıyla yapılan denetimdir. Yani bu denetim, taraflar arasında irade uyuşması var mı yok mu, varsa ne kapsamda ve nereye kadar teşmil etmiştir sorularının cevaplarını bulmak için yapılmaktadır. Yazar'a göre bu kapsamda yapılan denetimin yaptırımı TBK m. 21 uyarınca her ne kadar yazılmamış sayılma olarak ifade edilmişse de bunun yokluk yaptırımı olarak anlaşılması gerekir. Yazar'a göre sözleşme içeriğine dahil olduğu anlaşılan genel işlem şartlarının ikinci aşama denetimi ise yürürlük denetimidir. Yürürlük denetimi ise, sözleşme kapsamına girdiği anlaşılan genel işlem şartlarının, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olup olmadığı ve tüketicinin lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunun tespitine yönelik olarak yapılan denetimdir. DAĞDELEN Ahmet Hakan, "Genel İşlem Şartları Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları", MÜHFHAD, 25/2, İstanbul 2019, s. 637-652, s. 646-647; "Geltungskontrolle der Erstreckungsklauseln in Kreditbürgschaften nach dem österreichischen bürgerlichen Recht", Law and Justice Review, C. 9, s. 17, 2018, s. 63-69 (DAĞDELEN, Recht), s. 65.

ilk olarak genel işlem şartlarının bir bütün halinde sözleşmenin içeriğine dahil edilip edilmediği ve sözleşmenin bir unsuru haline gelip gelmediği tespit edilmelidir<sup>51</sup>. Yargıtay kararlarında da<sup>52</sup> genel işlem koşulları incelenirken, kapsam (yürürlük), yorum ve içerik denetimi adı altında üç ayrı denetimin yapılması gerektiği; genel işlem koşullarının sözleşme kapsamına dâhil (yürürlükte) olup olmadıklarının belirlenmesi anlamını taşıyan kapsam denetiminin bunlardan ilki olduğu şeklinde yerinde bir gerekçe yer verilmiştir.

Genel işlem şartlarının, düzenleyen tarafından tüketicinin sonuca etkili şekilde müzakere edebilmesine olanak sağlaması gerekir<sup>53</sup>. Bu ifadeden anlaşılması gereken ise; öncelikle, genel işlem şartlarını düzenleyen tarafın, tüketiciye, genel işlem şartlarının kendisi için ortaya çıkarabileceği sakıncalı neticeler hakkında ayrıca ve anlaşılır bir şekilde bilgi vermesidir. Yargıtay da isabetli olarak tüketici sözleşmelerinde yer verilen ve tüketicinin aleyhine sonuçlar doğuran şartların bağlayıcı olabilmesi için öncelikle şartların tüketici ile müzakere edilmiş olmasını aramaktadır<sup>54</sup>. Kanun koyucu bu noktada iki kıstas ortaya koymaktadır. Bunlar okunabilir olma ve anlaşılabilir olma kıstaslarıdır<sup>55</sup>. Zira Yargıtay da kararlarında açık ve anlaşılır bir nitelikte kaleme alınmayan genel

<sup>50</sup> REİSOĞLU, s. 75; SİRMEN, Denetim, s. 113; ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 45; YALIN Semra Sevim, "Banka Genel Kredi Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetim", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, BAU Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 29; YAVUZ, s. 250 vd., HAVUTÇU, s. 40; AKÇAAL, s. 56; KARADAĞ, s. 48 vd.; TOPUZ, s. 1139; ATAMULU, s. 109; EREN, Genel Hükümler, s. 234; YELMEN, s. 82; BOYRAZ, s. 55; TUZCUOĞLU, s. 134; ANTALYA, s. 418; YILDIRIM, s. 97.

<sup>51</sup> ESENER/GÜNDOĞDU, s. 236; TUNÇSİPER, s. 30; AYDOĞDU, s. 195; ÇINAR, s. 67; BOYRAZ, s. 55.

<sup>52</sup> Y. 11. HD. E. 2017/910 K. 2018/6620 T. 24.10.2018; Y. 11. HD. E. 2017/4693 K. 2019/1538 T. 25.02.2019; Y. 11. HD. E. 2016/8679 K. 2017/7560 T. 25.12.2017 (www.sinerji mevzuat.com.tr) (E.T. 11.08.2020).

<sup>53</sup> YENİOCAK Umut, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi", TBB Dergisi, s. 2013-100, s. 75-96, s. 82; HAVUTÇU, s. 105; BOYRAZ, s. 55; EREN, Genel Hükümler, s. 234; ANTALYA, s. 418; REİSOĞLU, s. 77; YAVUZ, s. 255 vd.; TUZCUOĞLU, s. 134; AYDOĞDU, s. 195; ÇINAR, s. 67.

<sup>54</sup> Y. 13. HD. T. 14.04.2010 E. 2009/14991 K. 2010/5048 (www.lexpera.com) (E.T.11.08.2020).

<sup>55</sup> AYDIN Ramazan, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI/1, Kayseri 2016, s. 83-123, s. 97; EREN, Genel Hükümler, s. 234; YELMEN, s. 81; TUNÇSİPER, s. 29; HAVUTÇU, Açık İçerik, s. 105; ATAMER, s. 81.

işlem şartlarını başkaca bir araştırmaya gerek duymaksızın tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul etmektedir<sup>56</sup>. Okunabilir olma kistası genel işlem şartlarının, baskı kalitesinin ve yazılı şartların harflerinin punto büyüklüklerinin zahmetsizce ve çıplak gözle okunabilecek düzeyde olmasıdır. Anlaşılabilir olma kistası ise, hukuk bilgisi olmayan ortalama bir tüketicinin anlayabileceği bir seviyede genel işlem şartlarının kaleme alınmasını ifade etmektedir<sup>57</sup>. Nitekim TKHK m. 4/I hükmü uyarınca bu noktada genel bir ilke kabul edilmektedir. Bu kapsamda okunabilir olma ve anlaşılabilir olma kistaslarına ilaveten tartışılan bu şartların değiştirilebilme imkânı samimi ve etkili olarak tüketiciye tanınmalıdır. Aksi takdirde TKHK m. 5/III hükmü uyarınca, standart sözleşmede yer verilen şartların tüketici ile müzakere edilmediği adi karine olarak kabul edilmiştir. Tüketicinin, yukarıda da belirtilen unsurlar çerçevesinde ilgili sözleşme koşullarını kabul etmesi gerekmektedir. Sözleşmenin tüketici tarafından okunmadan kabul edilmesi anlamına gelen global kabulle, genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilebilmesinin, mümkün olduğu savunulmaktadır<sup>58</sup>. Bu kapsamda global kabul olarak ifade edilen, genel işlem şartlarını içeren sözleşmenin her sayfasının altına okunduğu veya tartışıldığını bildirmek amacıyla tüketici tarafından imza veya paraf atılması da açıkça anlatılma unsurunu karşılamaktadır. Ancak bu kayıtlar genel işlem şartlarının her birinin sonuca etkili şekilde müzakere edildiğini ve bu kapsamda genel işlem şartı olmaktan çıkarak bireysel sözleşme şartı durumuna geldikleri sonucunu doğurmayacaktır<sup>59</sup>. Öyle ki TKHK m. 5/III hükmü uyarınca standart sözleşme kapsamında yer alan genel işlem şartlarının içeriğine tüketicinin müdahale edemediği ve ilgili şartın müzakere edilmediği adi karine olarak kabul edilmektedir. Bu karinenin aksini genel işlem şartlarını düzenleyenin

<sup>56</sup> YHGK 22.09.2010, E. 2010/13-466, K. 2010/410; YHGK 28.03.2012, E. 2012/13-23, K. 2012/255, YHGK T. 27.03.2015 E. 2013/13-1596 K. 2015/1104 (karararama.yargitay.gov.tr) (ET: 10.04.2020).

<sup>57</sup> AYDIN, s. 97; KARADAĞ, s. 57.

<sup>58</sup> AYDOĞDU, s. 195; ATAMER Yeşim Müride, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012 (ATAMER, 2012), s. 9-73, s. 28.

<sup>59</sup> Global kabule benzeyen tam kabulde ise tüketici metni okuyarak anlamış ve onaylamıştır. Tam kabulün olduğu yerde, tüketici içeriğe etki etme olanağı da elde etmişse sözleşme hükümleri bireysel sözleşme hükmü haline geleceğinden GİŞ dene-timi söz konusu olamayacaktır. Bkz. ATAMER, s. 102; KUNTALP, s. 94.

iddia ve ispat etmesi gerekmektedir. Zira Yargıtay da özel okul öğrenim ücretine dair vermiş olduğu bir kararında<sup>60</sup>, öğrenci başvuru ve kayıt formunun alt kısmında yazılı “Velinin Yazılı Beyanı” başlıklı kısmında yer alan şartların standart nitelikte bir metin olduğunu tespit ettikten sonra “Taksitlerin, vadesinde ödenmediği takdirde her ay için %12 gecikme faizi ödeneceği” şeklindeki şartın müzakere edilip karşılıklı mutabakata varıldıktan sonra hüküm altına alındığına dair bir delilin varlığı düzenleyen tarafından iddia ve ispat edilemediğinden bahisle ilgili şartın batıl olduğuna hükmetmiştir. Kanımızca da Yargıtay’ın kararında da öngördüğü gibi yürürlük denetimi genel işlem şartlarının global kabul ile kabul edilmesi halinde de uygulama alanı bulacaktır<sup>61</sup>. Her ne kadar düzenleyen, genel işlem şartlarını tüketiciye ayrıca belirtse, anlaşılabilir olarak anlatsa bile tüketiciyi genel işlem şartlarının içeriğine ilişkin bilgilendirmek zorunda değildir. Nitekim TBK m. 21/I, düzenleyene, tüketicinin genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkanını sağlaması sorumluluğunu yüklemiş ayrıca içeriğinin anlatılmasını şart koşmamıştır<sup>62</sup>.

### b. Yorum Denetimi

Geçerliliği hususunda tereddüt bulunmayan, taraflarca karşılıklı olarak açıklanan irade beyanları<sup>63</sup> ihtilafli ise; bu ihtilafın hâkim tarafından ortadan kaldırılması gerekmektedir. Genel işlem şartlarının içeriklerinin hâkim tarafından yorumlanabilmesi için öncelikle ilgili şartın sözleşme içeriğine dahil olduğu noktasında herhangi bir tereddüdün bulunmaması gerekir. Kısaca ancak yürürlük denetimi ile sözleşmeye dahil

<sup>60</sup> Y. 13. HD., T. 15.2.2007, E. 2007/510, K. 2007/1989 (www.lexpera.com)(ET. 11.08.2020).

<sup>61</sup> ALTAY, s. 103; MÜLAZIMOĞLU, s. 76; AYDOĞDU, s. 195; DAĞDELEN, Recht, s. 66.

<sup>62</sup> ATAMER’in konuyla ilgili yorumu şu şekildedir: “Eğer genel işlem koşulu kullandığını karşı tarafa bildirmez, metnini vermez ise karşı tarafın lehine olan (!) genel işlem koşullarının bile sözleşme içeriği olması mümkün değildir. Önemli olan, Türk hukukunda da genel kabul gördüğü üzere, güven kuramı çerçevesinde sözleşme içeriğini tespit etmektir. Bunun için de aranacak olanlar şunlardır: Karşı tarafı genel işlem koşulu kullandığı konusunda açıkça uyarmak ve genel işlem koşulları metninden haberdar olma imkanını karşı tarafa vermek. Sözleşmenin kurulması aşamasında genel işlem koşulları kullanandan daha fazlası beklenemez. Genel işlem koşullarının içeriği hakkında bir bilgi verme yükümlülüğü kesinlikle yoktur, madde bu şekilde yorumlanmamalıdır.” ATAMER (2012), s. 28; ATAMER, Sözleşme, s. 116 vd.

<sup>63</sup> KARADAĞ, s. 57 vd.; YAVUZ, s. 255 vd.; ŞAHİN/KİZİR, s. 72; ATAMULU, s. 110; EREN, Genel Hükümler, s. 236.

olduğu anlaşılan bir genel işlem şartının yorum denetimi ile anlamı tespit edilebilir<sup>64</sup>.

Yorum denetimi noktasında, hangi esasların benimseneceği ve önceliğin işlemin geçerliliğine mi yoksa tarafların menfaatlerine mi tanınması gerektiği objektif yorum kuralı<sup>65</sup>, Roma Hukuku'ndan bu yana uygulana gelen "*in dubio contra stipulatorem*" (Akit, müphem hâllerde düzenleyen aleyhine kabul olunur) ilkesinin bir görünümü olan ve genel işlem şartları açısından TBK m. 23 hükmü ile de aynı şekilde kabul edilen belirsizlik kuralı<sup>66</sup>, BGB m.305'de de düzenlenen bireysel işlemin önceliği kuralı gibi farklı kuralların ortaya çıkmasına sebep olmuştur. İsviçre ve Türk Hukuku'nda da hâkim olan ve objektif yorum kuralının karşısında yer alan sübjektif yorum kuralı ise, önceliği taraflar arasında akdedilen sözleşmeye tanımakta ve bu kapsamda somut sözleşmenin özelliklerinin dikkate alınarak yorum yapılmasını ileri sürmektedir<sup>67</sup>.

### c. İçerik Denetimi

İçerik denetimi, tüketici sözleşmelerinin muhtevasında yer alan haksız şartlar açısından TKHK m. 5/II hükmü uyarınca ve diğer genel işlem şartları açısından ise emredici hüküm niteliğindeki TBK m. 25 hükmüyle yasal bir zemine kavuşturulmuştur<sup>68</sup>. TBK.m.25'in kamu düzenine ilişkin olduğu ve bu sebeple hâkime doğrudan sözleşme içeriğine müdahale etme imkânı veren hüküm olduğu şeklinde kanaatimizce de doğru yönde bir gerekçelendirme ile Yargıtay kararında da yer almıştır<sup>69</sup>. Nitekim başka bir Yargıtay kararında<sup>70</sup> sözleşmede, yürürlük dene-

<sup>64</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 236; AYAN, s. 142; AKINCI, s. 66; REİSOĞLU, s. 60; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 30; ANTALYA, s. 156; KILIÇOĞLU, s. 36vd.; AKINTÜRK/ATEŞ KAHRAMAN, s. 123 vd.; NOMER, N. 50; YILDIRIM, s. 99; OĞUZMAN/ÖZ, s. 167; MÜLAZIMOĞLU, s. 88; ÇINAR, s. 107 vd.

<sup>65</sup> ATAMER, s. 130.

<sup>66</sup> AYDIN, s. 102; ATAMER (2012), s. 35-36; ATAMER, Açılım, s. 324.

<sup>67</sup> ÖZUYSAL, s. 86; AYDIN, s. 101.

<sup>68</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 236; OĞUZMAN/ÖZ, s. 167; YAVUZ, s. 271 vd.; AYAN, s. 142; AKINCI, s. 66; REİSOĞLU, s. 75; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 30; ANTALYA, s. 156; KILIÇOĞLU, s. 36 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ KAHRAMAN, s. 123 vd.; NOMER, N. 50; YILDIRIM, s. 99; MÜLAZIMOĞLU, s. 88; ÇINAR, s. 107 vd.; HAVUTÇU, Ayşe, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İzmir Barosu Dergisi, Yıl 2011, Sayı 2, Kısaltılışı: HAVUTÇU, Değerlendirme), s. 45; ATAMULU, s. 113; BOYRAZ, s. 99; SİRMEN, s. 112; TUZCUOĞLU, s. 160.

<sup>69</sup> Y. 3.HD. T. 18.12.2014 E. 2014/13539 K. 2014/16751 (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 10.04.2020).

timinin aşılması ve yorumu gerektirecek bir belirsizliğin bulunmaması; bulunsa bile düzenleyen aleyhine yorum yapılmış olmasından sonra, sözleşmenin bir de içerik denetimine tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir. İçerik denetimi yapılırken, genel işlem koşulu olduğu ileri sürülen hükmün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı, karşı taraf aleyhine ve onun şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığına bakılacağı; hangi tür sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı ve diğer tarafın şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olduğu hususunun Kanunda düzenlenmemiş olduğu ve mahkemece her somut olayda bu durumun değerlendirilmesi gerektiği şeklinde içerik denetiminin hangi kriterlere uygun olarak yapılması gerektiği de açıklanmıştır. İçerik denetimi aşamasında, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve karşı tarafın şartlarını ağırlaştırdığının tespiti halinde, genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükmün, yürürlük denetiminden farklı olarak, Kanunun emredici hükmüne açık aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılması gerektiği de aynı kararda ifade edilmiştir. Kanımızca da içerik denetimi; yürürlük denetimi ve yorum denetiminden sağlıklı bir biçimde geçen genel işlem şartlarının tüketicinin sözleşmeden kaynaklı haklarının kullanılmasını zorlaştıran, yükümlülüklerinin kapsamını önemli derecede genişleten haksız içeriklere sahip olup olmadıklarının tespiti amacıyla hâkimin yaptığı bir denetimdir. Yürürlük ve yorum denetimi tamamlandıktan sonra içerik denetimi yapılması mümkündür<sup>7172</sup>. İçerik denetimiyle geçerlilik kazanan genel işlem şartlarının hâkim tarafından, anlam bakımından da uygun olup olmadıkları değerlendirilmekte, uygun olmayanlar tespit edilip geçersiz sayılmaktadır<sup>73</sup>. Eğer hâkim, denetimde dürüstlük kurallarına aykırı şartların geçersizliğine karar veriyorsa *kapalı içerik denetimi*, şartlar hakkındaki kararları tarafların iradeleri olarak kabul ediliyorsa *açık içerik denetimi* olarak adlandırılmaktadır<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Y. 11. HD. E. 2016 8679 K. 2017/7560 T. 25.12.2017(www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 11.08.2020).

<sup>71</sup> AYDOĞDU (2014), s. 196; YELMEN, s. 125; BAŞ, s. 299 vd.

<sup>72</sup> Y. 11. HD., T. 27.06.2018 E. 2016/13461, K. 2018/4893; Y. 11. HD., T. 28.04.2016, E. 2015/9764, K. 2016/4814 (sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 20.07.2020).

<sup>73</sup> YELMEN, s. 157; MÜLAZIMOĞLU, s. 94; HAVUTÇU, İçerik Denetimi, s. 132; BAŞ, s. 300; AKÇAAL, s. 66; ÖZUYSAL, s. 95.

<sup>74</sup> HAVUTÇU, İçerik Denetimi, s. 132; EREN, Genel Hükümler, s. 240; TİF-TİK/ÖZCAN, s. 42; HAVUTÇU, s. 73; YAĞCIOĞLU, s. 3065 vd.; AYDOĞDU (2014), s. 136; KILIÇOĞLU, s. 36 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ KAHRAMAN, s. 125; ANTALYA, s. 509; OĞUZMAN/ÖZ, s. 535 vd.; ALTAY, s. 128; ANTALYA, s. 157.



TKHK.m.5 uyarınca gerçekleştirilen haksız şart denetimi ile TBK.m.25 kapsamında gerçekleştirilen genel işlem şartlarının denetimi açık içerik denetimidir<sup>75</sup>.

Haksız şart denetiminin düzenlendiği TKHK m.5 hükmü ile, müzakere edilmemiş bireysel ve standart şartların yer aldığı tüm tüketici sözleşmelerinin içerik denetimi mümkün hale getirilmiştir. Oysa TBK m. 25 hükmü kapsamında diğer bütün sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının denetimi ancak bu sözleşmelerin standart sözleşme unsurlarını taşımaları halinde mümkündür<sup>76</sup>. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu TBK m. 25 hükmünden esinlenerek verdiği bazı kararlarında<sup>77</sup> isabetli olmayarak haksız şartın varlığını kabul için ilgili şartın muhakkak standart sözleşme kapsamında yer alan genel işlem şartı niteliğinde olması gerektiğini aramaktadır. Kanımızca Yargıtay'ın bu yaklaşımı TKHK m. 5 hükmünün uygulanma alanını daraltmaya müsait ve bireysel sözleşme şartlarının içerik denetimini engelleyen bir yoruma sahiptir.

İçerik denetimiyle bir sözleşme şartının haksız şart kabul edilebilmesinin ön koşulu, haksız sözleşme şartının tüketicinin aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı şekilde oransızlık yaratmasıdır. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde konulan ölçüt ise dürüstlük kuralıdır. Bu kapsamda hâkim ilk olarak şartta, hak ve borçlar noktasında tüketicinin aleyhine olarak dürüstlük kuralına aykırı nitelikte bir oransızlığın bulunup bulunmadığını tespit edecektir<sup>78</sup>. Bu noktada sözleşme şartlarının tüketici açısından geçerli olabilmesi bu şartların çerçevesinin belirli veya belirlenebilir olmasına ve tüketici açısından öngörülebilir riskleri kapsamasına bağlıdır. Öyle ki Y.13.HD.si vermiş olduğu bir kararında<sup>79</sup>; taraflar arasında akdedilen konut kredi sözleşmesinde yer verilen ve

<sup>75</sup> EREN, s. 294 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 3065; ANTALYA, s. 509; HAVUTÇU, s. 73.

<sup>76</sup> ARIKAN, s. 71; MÜLAZIMOĞLU, s. 94; OĞUZMAN/ÖZ, s. 170; NOMER, N. 50; EREN, Genel Hükümler, s. 236; AKINTÜRK/ATEŞ KAHRAMAN, s. 125; AYAN, s. 142; AKINCI, s. 66; REİSOĞLU, s. 60; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 30; HAVUTÇU, Değerlendirme, s. 45; ANTALYA, s. 156; HUGUENIN, s. 150; KILIÇOĞLU, s. 40; YILDIRIM, s. 99; ÇINAR, s. 107 vd.

<sup>77</sup> YHGK T. 04.03.2015, E. 2014/111, K. 2015/886. Aynı yönde; YHGK T. 27.3.2015, E. 2013/1596, K. 2015/1104; YHGK T. 28.3.2012, E. 2012/23, K. 2012/255, (www.lexpera.com) (ET. 08.08.2020).

<sup>78</sup> ULUSAN, s. 40 vd.; ÇINAR, s. 138; AYDIN, s. 104; ALTAY, s.135; ÖZUYUSAL, s. 96.

<sup>79</sup> Y. 13. HD. T.27.6.2011 E. 2011/3576 K. 2011/10221 (www.lexpera.com) (ET.11.04.2020).

sözleşme kapsamında ortaya çıkabilecek her türlü masrafın müşteriye ait olduğunu öngören sözleşme şartının dürüstlük kuralına aykırı bir oransızlık içerdiğine karar kılmış ve bu şartın haksız şart olduğunu kabul etmiştir. Bu doğrultuda batıl olan şart ile ilgili olarak sözleşmede veya bilgi formunda açıklayıcı herhangi bir düzenlemenin de bulunmamasından yola çıkılarak sadece bilirkişi ve sair delillerle banka tarafından ispat edilebilen, kredinin kullanılması için zorunlu masrafların tüketici tarafından bankaya ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce sözleşmede yer verilen şart tüketici aleyhine bir durum yaratmakla birlikte önemli bazı kazanımları da beraberinde getiriyorsa ortada dürüstlük kurallarına aykırı bir dengesizliğin varlığından bahsedilemeyecektir<sup>80</sup>. Şunu da önemle belirtmek gerekir ki bu oransızlık araştırması edim ve karşı edim gibi sözleşmenin kurucu unsurları arasında yapılmamaktadır. Dolayısıyla buradaki dengesizlik sözleşmedeki haksız şartların normatif açıdan değerlendirilmesi ile tespit edilmektedir. Bu noktada bakanlığın yayımladığı TSHŞHY. m. EK-1 ile hâkimi bağlayıcı ve benzer sözleşme hükümleri açısından yol gösterici nitelikte haksız şartlar listesi ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla EK-1’de sayılan bu haksız şartların varlığı halinde hâkim ek bir araştırmaya girmeksizin ilgili haksız şartın geçersizliğine hükmedecektir<sup>81</sup>. Ancak bu listede yer verilmeyen haksız şartların nitelendirmesi ise dürüstlük kuralı çerçevesinde ve pozitif hukuk normları ışığında hâkim tarafından yapılabilecektir.

Bir şartın haksız şart teşkil edip etmediği değerlendirilirken bütün sözleşme içeriğinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>82</sup>. Bu bağlamda Yargıtay sözleşmede yer verilen şartları bir kül halinde değerlendirmekte böylece tüketici aleyhine bir durum yaratmakla birlikte önemli bazı kazanımları da beraberinde getiren şartların dürüstlük kuralına

<sup>80</sup> Y. 13. HD. T. 15.11.2012 E. 2012/25177 K. 2012/25689 (www.lexpera.com) (E.T. 11.04.2020).

<sup>81</sup> EREN, s. 306; AYDIN, s. 105; HAVUTÇU, Değerlendirme, s. 46; ATAMULU, s. 114; ULUSAN, s. 43.

<sup>82</sup> AYDIN, s. 106; ANTALYA, s. 157; EREN, Genel Hükümler, s. 249; OĞUZMAN/ÖZ, s. 535 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ KAHRAMAN, s. 125; YAĞCIOĞLU, s. 3065; AYDOĞDU (2014), s. 136; KILIÇOĞLU, s. 36; ANTALYA, s. 509.

<sup>82</sup> HAVUTÇU, s. 73; EREN, s. 294 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 3065 vd.; ANTALYA, s. 509; YELMEN, s. 124; ATAMULU, s. 112; AYDOĞDU, s. 236; ESENER/GÜNDOĞDU, s. 240; OĞUZ, s. 99.

aykırı bir dengesizlik yaratmadığı sonucuna varmaktadır<sup>83</sup>. Kanımıza tüm sözleşmenin içeriğine göre, yalnız başına değerlendirildiğinde geçerli olan bir genel işlem şartı, sözleşmedeki başka şartlarla veya bireysel anlaşmalarla etkileşimi durumunda tüketici aleyhine bir dengesizliğe sebebiyet verebilir. Bu halde hâkim ilgili sözleşme şartının geçersizliğine hükmedecektir. Bunun aksi de mümkündür; yani tüketicinin zararına olan bir şart sözleşmenin diğer şartlarının ya da bireysel anlaşmanın yararları ile dengelenebilir. Bu halde yalnız başına geçersiz olan bu şart artık geçerli kabul edilecektir. Bu noktada hâkim ilgili şartların birbiriyle etkileşimini iyi analiz etmeli ve yarar ile zarar arasındaki mahsup ilişkisinin ortaya koyduğu dengeyi doğru tartmalıdır<sup>84</sup>. Dürüstlük kuralı çerçevesinde tüketici sözleşmelerinde yer alan şartların haksızlığının ileri sürülmesi aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması teşkil etmemelidir<sup>85</sup>. Bu noktada Yargıtay bir kararında<sup>86</sup> belirli bir süre tüketici tarafından haksız şart talebinde bulunulmamış olmasını göz önüne alarak tüketicinin talebini hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiş ve reddetmiştir.

## D. DENETİMİN SONUCU OLARAK YAPTIRIM TÜRLERİ

### 1. Yazılmamış Sayılma

TBK m. 21 hükmü ile karşı tarafa açıkça bilgi verilmeyen ve içeriğinin öğrenilmesine imkân tanınmayan genel işlem şartlarının yazılmamış sayılacağı yaptırıma bağlanmıştır. Sözleşmenin niteliğine aykırı genel işlem şartlarının, bu şartlar ayrıca ve açıkça düzenleyen tarafından

<sup>83</sup> Y. 13. HD. T. 15.11.2012 E. 2012/25177 K. 2012/25689; Y. 13. HD T. 26.2.2013, E. 2013/924, K. 2013/4474 (www.lexpera.com), (ET.11.08.2020).

<sup>84</sup> Aynı görüşte: YHGK 04.03.2015, E. 2014/111, K. 2015/886 (www.lexpera.com) (ET: 10.04.2020).

<sup>85</sup> GÜLERCİ Altan Fahri, "Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/1, 2015, s. 87-128, s. 124.

<sup>86</sup> "...sözleşmenin düzenlenmesinin üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra bu sözleşmenin haksız şartlar içerdiğinden bahisle talepte bulunamaz. Kaldığı, 13.6.2003 tarihinde yürürlüğe giren Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmeliğin 7. maddesinde sözleşmede bulunan haksız şartların batıl olduğu, yok sayılan batıl hükümleri olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa sözleşmenin diğer hükümlerin varlığını koruyacağı.." Olayda sözleşmenin kurulduğu tarih ile tüketicinin haksız şartın geçersizliğini ileri sürdüğü tarih arasında yalnızca 2 ay gibi bir süre bulunmaktadır. Bu noktada 2 aylık sürede tüketici nezdinde herhangi bir dengesizliğin oluşmadığını karine olarak kabul etmiştir. Y. 13. HD, T. 14.12.2004 E. 2004/9747 K. 2004/18207 (https://www.tuketicihukuku.org/?p=639) (E.T: 11.04.2020).

diğer tarafa anlatılsa ve içeriği hakkında diğer taraf bilgilendirilse dahi bu şartların yazılmamış sayılacağı emredilmiştir.

Öğretide, yazılmamış sayılma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışılmaktadır. Bir görüş hükümsüzlük<sup>87</sup> olarak nitelendirirken; kanaatimizin de aynı yönde olduğu diğer bir görüş ise yokluk<sup>88</sup> sonucu çıkarmaktadır. Bu görüşlerden farklı olarak başka bir görüş de<sup>89</sup> yazılmamış sayılma kavramının hukuki bir terim olmadığını; bu kanaate genel işlem şartlarının yazılı olarak kararlaştırılması gibi bir mecburiyetin olmamasından ulaşıldığını, kuralların taraflar arasında fiilen bağlayıcılığı olmayacağı ve bu olmayan bağlayıcılığın hukuki sınıflandırmasının yürürlük ve içerik denetimi açısından birbirinden farklılık arz ettiğini beyan etmiştir.

Kanunun düzenlemesinde açıkça belirtildiği üzere yürürlük denetiminin yaptırımı yazılmamış sayılmadır<sup>90</sup>. Yargıtay kararlarında<sup>91</sup> da tüketici sözleşmesinin yapılması sırasında düzenleyenin, genel işlem şartları hakkında tüketiciyi bilgilendirmesi ve genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmesine imkân tanınması gerektiği açıklanmıştır. Aksi takdirde bu şartlar sözleşmenin içeriğine dahil olamamakta kanunun ifadeyle yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Bu hususta verilmiş pek çok Yargıtay kararı da bulunmaktadır<sup>92</sup>. Mesela otobüs bileti

<sup>87</sup> HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 63; ANTALYA, s. 429; ULUSAN, s. 36 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 164; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış, İstanbul 2011, s. 64; Hükümsüzlük ve yokluk altına görülemeyen bir yaptırım olduğu yönünde: YELMEN, s. 94.; YENİOCAK, s. 85.

<sup>88</sup> EREN, Genel Hükümler, s. 235; SİRMEN, Denetim, s. 115; ŞEKER, s. 238; AKÇAAL, s. 58; HAVUTÇU, Külfetler, s. 265; TİFTİK/ÖZCAN, s. 36; ATAMER, 2012, s. 30; ATAMER, Açılım, s. 325; HAVUTÇU, s. 38; AYDOĞDU, 2014, s. 27; TOPUZ, s. 1165; AYAN, s. 150; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 62; AKINCI, s. 123; KILIÇOĞLU, s. 119.

<sup>89</sup> DAĞDELEN, s. 645; OĞUZMAN/BARLAS, s. 746.

<sup>90</sup> HAVUTÇU, s. 135; ANTALYA/DOĞANCI, s. 530; EREN, Genel Hükümler, s. 235; ATAMER, 2012, s. 30; ATAMER, Açılım, s. 325; AYAN, s. 169; KILIÇOĞLU, s. 114; BOYRAZ, s. 57; YILDIRIM, s. 97; AYDOĞDU, 2014, s. 27; REİSOĞLU, s. 73; OĞUZMAN/ÖZ, s. 166.; ARIKAN, s. 70; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 63; TİFTİK/ÖZCAN, s. 36; TOPUZ, s. 1165; ATAMER (2012), s. 29.

<sup>91</sup> Y. 11. HD. T. 29.5.2017 E. 2016/4676 K. 2017/3160; Y. 11. HD. E. 2017/45 K. 2018/6660 T. 24.10.2018 (www.sinerji mevzuat.com.tr) (E.T. 10.08.2020).

<sup>92</sup> Y. 11. HD. T. 24.10.2018 E. 2017/910 K. 2018/6620; Y. 11. HD. E. 2017/4693 K. 2019/1538 T. 25.02.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr) (E.T. 10.08.2020).

satan yazıhaneden bilet satın alınması durumunda biletin teslim edilmesinden önce öneri ve kabul ile sözleşme kurulmaktadır. Dolayısıyla biletin arkasında yazan genel işlem şartları hakkında tüketici bilgilendirilmemektedir. Anlaşılacağı üzere bu halde genel işlem şartları sözleşmenin muhtevasına hiç dahil olmamaktadır. Yargıtay da aynı istikametteki bir kararında; ilk derece mahkemesinin, paket tur sözleşmesi kapsamında yetkili merciin tahkim olduğunu düzenleyen şartın geçerli olduğundan bahisle verdiği görevsizlik kararına karşılık Yargıtay, tahkim şartına ilişkin maddenin davacı tüketici ile müzakere edilerek karşılıklı mutabakatla hüküm altına alındığına ilişkin bir delilin bulunmaması sebebiyle kararı kaldırmış ve ilk derece mahkemesinin davaya bakmakla görevli olduğuna karar vermiştir<sup>93</sup>. Kanımızca da satıcı/sağlayanın genel işlem şartları hakkında tüketiciyi bilgilendirmesi gerekir; genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmesine imkân tanınmalıdır.

TBK m. 22 hükmü gereği yazılmamış sayılma halinde yazılmamış sayılan genel işlem şartları haricindeki hükümlerin geçerlilikleri korunmaktadır. TKHK m. 5/II hükmü uyarınca düzenleyen bu şekilde geçersiz sayılan şartlar olmasaydı sözleşme yapmayacağını ileri sürerek sözleşmeyi feshedemeyecektir. Bu kapsamda Yargıtay kanaatimizce de yerinde şekilde, tüketici sözleşmesinde yer verilen şartlardan birinin tüketici aleyhine haksız şart oluşturduğu sonucuna varıldığı takdirde, tüketici sözleşmesindeki edimlerin kısmen veya tamamen ifa edilmiş olup olmamasına göre sözleşmenin tamamen geçersiz sayılmaması ve özellikle de sözleşmenin hukuk ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde edim ve menfaat dengesine göre revize edilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>94</sup>.

## 2. Tüketici Lehine Yorum

TKHK m. 5/IV hükmü uyarınca gerçekleştirilen haksız şartlarda yorum denetiminde tüketici sözleşmesinde yer alan genel işlem şartları ile düzenleyen tarafından eklenen bireysel şartları da kapsamakta, bu şartlar da ilgili kanun kapsamında hâkim tarafından yorum denetimine tabi tutularak tüketici lehine yorumlanmaktadır. TBK m. 23 hükmü ise, yalnızca genel işlem şartı niteliğindeki kayıtların düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine olarak yorumlanmasını kabul etmektedir. Hâkim, genel işlem şartlarının yer verildiği tüketici sözleşmelerine ilişkin TKHK

<sup>93</sup> Y. 13. HD, 14.12.2004 T., E. 2006/7789, K. 2004/12275 (www.lexpera.com) (ET: 15.04.2020).

<sup>94</sup> Y. 13. HD, 23.11.2005 T., E. 2005/11428, K. 2004/17306 (www.lexpera.com) (ET: 15.04.2020).

m. 5/IV hükmü uyarınca açık olmayan, birden fazla anlam taşıyan genel işlem şartlarını yorumlarken taraflar arasındaki bireysel anlaşmaları da dikkate alması gerekmektedir. Bu kapsamda taraflar arasında ihtilaflı genel işlem şartı bağlamında herhangi başka bir bireysel şart müzakere edilerek kabul edilmiş ise tüketici lehine yorum yapılamayacak ve mevcut bireysel şartın uygulanması yoluna gidilecektir<sup>95</sup>.

### 3. Kesin Hükümsüzlük

TKHK m. 5 hâkimin, haksız şartın varlığını tespit etmesi halinde bu şartın kesin hükümsüzlüğüne karar vereceğini hükme bağlamıştır<sup>96</sup>. Kesin hükümsüzlük hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulacaktır. Ayrıca maddenin devamında geçersiz olan haksız şartlar dışında sözleşmenin geçerliliğini koruyacağına dair bir karine kabul edilmiştir<sup>97</sup>. Bir sözleşmedeki bazı hükümlerin kesin hükümsüz olduğu, diğer hükümlerin ise geçerliliğini koruduğu durumlar "*kısmi kesin hükümsüzlük*" olarak ifade edilmektedir<sup>98</sup>. Bu aşamada kanun koyucu, düzenleyen nezdinde bu haksız şartın geçersizliğinden bahisle bu durumu bilseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürmesini ise kesin olarak yasaklamıştır<sup>99</sup>. Ancak aynı yasağın tüketici için konulmadığına dikkat edilmelidir. Bu noktada çok sayıda şartın, haksız şart sayılması sebebiyle geçersiz olan bir sözleşmenin noksan yanları hâkim tarafından; işin özelliği gözetilerek yedek hukuk kuralları, yedek hukuk kurallarının dahi bulunmadığı hallerde örf ve âdet hukuku kuralları ile ve son tahlilde

<sup>95</sup> REİSOĞLU, s. 75; ATAMER (2012), s. 38; AYDIN, s. 101.

<sup>96</sup> KIRCA, Çiğdem, "Genel İşlem Koşulları ile Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi", Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016, s. 131; YENİOCAK, s. 94; ANTALYA, Haksız Şart, s. 45; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, s. 288, N. 1155b; WOLF/NEUNER, s. 587 N. 81; ANTALYA/DOĞANCI, s. 835-836.

<sup>97</sup> BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s. 4; HAVUTÇU, s. 179; HAVUTÇU, Değerlendirme, s. 45; HAVUTÇU, İçerik Denetimi, s. 102; ŞEKER, s. 82 vd.; ATAMER, s. 220; YELMEN, s. 158; AKÇAAL, s. 62; TİFTİK/ÖZCAN, s. 41; KIRKBEŞOĞLU, s. 66.

<sup>98</sup> BAŞPINAR, s. 4; ATAMER, s. 222; ÜNAL/KÖROĞLU, s. 529; ANTALYA/DOĞANCI, s. 836; KIRKBEŞOĞLU, s. 105; ATAMER, 2012, s. 62; ŞEKER, s. 82-83; YELMEN, s. 158; HAVUTÇU, Külfetler, s. 264.

<sup>99</sup> YHGK, 28.1.2015, E. 2014/596, K. 2015/792 (www.lexpera.com) (E.T. 12.08.2020).

hukuk boşluğunun ortaya çıktığı durumlarda da TMK m.1 hükmü uyarınca hukuk yaratması suretiyle doldurulacaktır<sup>100</sup>.

## SONUÇ

AY. m. 2 ve m. 5 hükümlerinde düzenlenen sosyal devlet ve sosyal adalet ilkeleri özellikle de tüketicinin korunması kenar başlıklı m.172 hükmü birlikte gözetildiğinde tüketici sözleşmelerindeki haksız şartların düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda ortaya konulan TKHK m. 5 hükmü ve TSHŞHY kapsamında haksız şartların sınırları ile nasıl denetlenebileceklerine dair prensipler ortaya konulmuştur. Özellikle tüketici sözleşmelerinin içeriğinde tüketici aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı şekilde dengesizliğe sebep olan haksız şartların TSHŞHY Ek-1’de örnek kabilinde sayıldığı görülmektedir. Bu kapsamda tarafların sözleşme düzenleme özgürlüğünün haksız şartlarla ilgili düzenlemeler kapsamında, tek taraflı olarak hazırlanan tüketici sözleşmelerinde tüketici lehine korunması amaçlanmıştır.

Tüketici sözleşmelerindeki kayıtların haksız şart olarak nitelendirilmesi için sözleşme şartının, tek yanlı ve müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine bir dengesizlik oluşturması, bu durumun dürüstlük kuralına aykırı olması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Bir sözleşme hükmünün haksız şart olarak kabulü için gerekli bulunan açık ve haksız oransızlık unsurunun gerçekleşen somut olayda bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Eğer açık ve haksız oransızlık unsuru olayda yer almıyorsa ve şart tüketicinin bir menfaatini ihlâl etmekle birlikte, ona önemli avantajlar da sağladığı anlaşılıyor ise artık bu kaydın tüketicinin zararına olduğunu söylemek olanaklı değildir. Bu sebeple sözleşmede haksız şartın varlığının olup olmadığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Haksız şartlara ilişkin olarak getirilen ilgili düzenlemelerin uygulama sahası, taraflarından birisini tüketicinin oluşturduğu sözleşmelerle sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda tüketici sözleşmesinin taraflarından birisinin tüketici; diğer tarafın ise mal veya hizmeti sağlayan satıcı/sağlayıcı olması gerekmektedir. Tüketici kavramı TKHK m. 3 b.k kapsamında kişisel, özel ya da ailevi bir amaçla hareket eden kişiler olarak adlandırılmaktadır. Ancak tüketicinin bu isteklerine cevap veren ve işlemin diğer tarafını oluşturan piyasa aktörünün ise mutlaka ticari ya da

<sup>100</sup> ULUSAN, s. 42; YELMEN, s. 158; AYDOĞDU (2014), s. 197; HAVUTÇU, s. 179; BROX/WALKER, s. 117, N. 25; REHBINDER, s. 649; BREHM, s. 324, N. 566.

mesleki amaçlarla hareket eden satıcı veya sağlayıcı olması gerekmektedir. Bu noktada kanunun da ifadesinden yola çıkarak “mesleki ve ticari amaç” ile ifade edilmek istenenin, mal veya hizmet üretmeyi meslek edinen ve ticari faaliyet gösteren müteşebbis olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Kanunda tüketici sözleşmesine ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Ancak TKHK m. 2 b.1 ile tüketici işlemi kavramı tanımlanmıştır. Bu bağlamda maddede tüketici sözleşmelerine örnek olarak eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık sözleşmeleri verilmiş ve bir tarafını tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmenin tüketici işlemi sayılacağını belirterek tereddüt doğuracak bir alan bırakmamıştır.

TKHK m. 5/I hükmü ile haksız şartlar tanımlanarak müzakereye dahil edilmemekle dürüstlük kuralına aykırı tüketici aleyhine hak ve yükümlülükler öngören şartların genel işlem şartlarına dahil olup olmadığı tartışılmaksızın haksız şart sayılacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda gerek genel işlem şartlarının yer verildiği standart tüketici sözleşmelerinde gerekse bireysel tüketici sözleşmelerinde yer verilen haksız şartların tamamı denetime tabi kılınmış ve böylece tüketicinin korunması amacı ortaya konulmuştur.

Haksız şartların denetimi noktasında gerek özel kanun hüviyetinde TKHK m. 5 hükmünde gerekse tamamlayıcı nitelikteki TBK m. 21-25 hükümleriyle üç yöntem benimsenmiştir. Bunlar yürürlük (bağlayıcılık) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bu düzenleme özellikle içerik denetimi açısından TKHK m.5 ve yönetmelik hükümleri gereği hangi hususların sözleşmenin içerik denetiminde ölçü alınacağını örnekleme suretiyle belirtilmesi karşısında eksik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay’ın denetime ilişkin isabetli ve isabetsiz kararları olduğu ele alınmıştır.

Bağlayıcılık denetimine, TKHK ve Yönetmelikte yer verilmemekle birlikte bu denetim yöntemi TBK m. 21/I hükmü ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda öncelikle bir sözleşme hükmünün sözleşmenin tarafları açısından bağlayıcı olup olmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Bu noktada tarafların sözleşmenin içeriğinde yer verilen şartlara ilişkin irade beyanlarının uyuşması halinde ilgili şartın bağlayıcı olduğu hususu kabul edilmelidir. Bağlayıcı olduğu tespit edilen haksız şart açısından ikinci denetim aşaması ise yorum denetimi olmaktadır. Yorum denetimi, TKHK m. 5/IVc.2 ile ortaya konulan belirsizlik kuralına göre gerçekleştirilmektedir. Bu kurala göre bir sözleşme şartının anlamı hususunda taraflar arasında yaşanan ihtilafta bu sözleşme şartının tüketicinin lehine



olarak yorumlanması gerekliliği ifade edilmektedir. Haksız şart denetiminde son aşama ise içerik denetimi ile gerçekleşmektedir. Yürürlük ve yorum denetiminden geçen şartlar içerik denetimine tabi tutulmaktadır. İçerik denetimi sonucu ortaya çıkan hükümsüzlük hali ise kısmi hükümsüzlük olarak nitelendirilmektedir. TKHK m. 5 ile dürüstlük kuralı hareket noktası kabul edilerek sözleşmede tüketicinin aleyhine denge-sizlik oluşturan haksız şartların tespitine ve bu şartların kesin hükümsüz olduğuna yönelik yapılan bir denetimdir. Bağlayıcı olmayan bu haksız şartlar dışındaki sözleşme hükümlerinin gerek Kanun gerekse yönetmelik maddesinde geçerliliğini koruyacağı belirtilmiştir. Ancak hükümsüz sayılan haksız şartlar olmaksızın sözleşme temelinden çöküyorsa bu durum hâkim tarafından tespit edilmişse tüm sözleşme kesin hükümsüzlükle batıl kılınır.

TKHK m. 5 hükmünde düzenlenen diğer denetim türü olan idari denetim hususunda ise görev, TKHK m. 5/IV hükmü uyarınca bakanlık tarafından yeni çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır. Haksız şartların tespitinde ve denetlenmesinde idari yetki Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na verilmiştir. Yorum denetimi ayrıca bakanlığın çıkardığı Yönetmelik'te de düzenlenmiştir. Bakanlık tarafından yapılacak idari denetim sonucu haksız sayılan sözleşme şartlarının tüketiciler açısından yine kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

## KAYNAKLAR

- AKÇAAL, Mehmet, "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", GÜHFD, C. XVIII, S. 1, 2014, s. 49-69.
- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Sayram Yayınları, Konya 2019.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KAHRAMAN, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 28. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı", İzmir Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2015, s. 187-206.
- ALTAY, Yusuf, Tüketicinin Korunması Bakımından Haksız Şartlar, AÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.
- ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ANTALYA, Gökhan, "6098 sayılı TBK'nın 20-25. Maddede Yer Alan "Genel İşlem Şartları" ile 6502 sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde Yer Alan "Haksız Şartlar"ın Karşılaştırılması", Terazi Hukuk Dergisi, Özel Sayı, C. 9, Y. 2014 (Antalya, Haksız Şart).
- ANTALYA, Gökhan/DOĞANCI, Doğa, "Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bununun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi", MÜHFHAD, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 823-860.
- ARIKAN, Mustafa, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (İstanbul, 3-4 Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 67-72.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, 7. Baskı, Bursa 2019.
- ATAMER, Yeşim Müride, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetimi, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2001.

- ATAMER, Yeşim Müride, Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHA E Yayını, Ankara 2012, s. 9-73(ATAMER, 2012).
- ATAMER, Yeşim, Genel işlem koşulu mu bireysel pazarlıkla kurulan sözleşme mi?”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, ed. Kırca Çiğdem, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 103–137(ATAMER, Sözleşme).
- ATAMER, Yeşim, “Genel işlem şartlarının denetiminde yeni açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, Seçkin, 2004, s. 291–331(ATAMER, Açılım).
- ATAMULU, İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13/1, 2018, s. 101-147.
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2020.
- AYDIN, Ramazan, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1, Y. 2016, s. 83-123.
- AYDOĞDU, Murat, Genel İşlem Koşulları Şerhi, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2018.
- AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (AYDOĞDU, 2014).
- AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınları, Ankara 2015(AYDOĞDU, Tüketici)
- BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHFHAD, (22)3, s. 395-436.
- BAŞ, Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 276–303.
- BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998.

- BOYRAZ, Erol, "Genel İşlem Şartlarının Hâkim Tarafından Denetimi", Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- BREHM, Wolfgang, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Auflage, Stuttgart 2008.
- BROX, Hans/ WALKER, Wolf, Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Auflage, München 2018.
- CEYLAN, Özge Yenice, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Üçüncü Maddesi Bağlamında Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği Sorunu", 5. Uluslararası Multidisipliner Çalışmaları Kongresi, Antalya, Kasım 2008, s. 315-333.
- COESTER, Michael, "Allgemeine Geschäftsbedingungen", Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Eckpfeiler des Zivilrechts, ed. J. von Staudinger, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2008.
- ÇINAR, Ömer, Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- DAĞDELEN, Ahmet Hakan, "Genel İşlem Şartları Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları", MÜHFHAD, C. 25, S. 2, Y. 2019, s. 637-652.
- DAĞDELEN, Ahmet Hakan, "Geltungskontrolle der Erstreckungsklauseln in Kreditbürgschaften nach dem österreichischen bürgerlichen Recht", Law and Justice Review, C. 9, Sy. 17, 2018, s. 63-69 (Kısaltılışı: DAĞDELEN, Recht).
- DEMİR, Mehmet, "2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 76, Y. 2008, s. 217-230.
- DERYAL, Yahya, "Tüketici Kredilerinde Haksız Şart Örnekleri ve 6502 Sayılı Kanunla Getirilen Yeni Düzenlemenin Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 2014, S. 89, s. 58-67.
- EREN, Fikret, "Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi", İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2015, s. 289-323.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (EREN, Genel Hükümler).

- ERSÖZ, Oğuz, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (3)1, Y. 2017, s. 69-104.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Zürich 2014.
- GÜLERCİ, Altan Fahri, "Banka Kredilerinde Tüketicilerden Tahsil Edilen Ücret ve Masrafların Tüketici Hukuku ve Sözleşme Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (6)1, Y. 2015, s. 87-128.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları 2003.
- HAVUTÇU, Ayşe, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İzmir Barosu Dergisi, s. 2, 2011 (HAVUTÇU, Değerlendirme).
- HAVUTÇU, Ayşe, "Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi İçeriklerinin Denetlenmesi", Tüketici hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler - Tebliğler, Ankara 2016 (HAVUTÇU, İçerik Denetimi).
- HAVUTÇU, Ayşe, Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (Giş Kullanan) İçin Getirilen Külfetler, İzmir Barosu Dergisi, 2015, s. 241-288 (HAVUTÇU, Külfetler).
- HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess 2019.
- İNAL, H. Tamer, "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", Terazi Hukuk Dergisi, 2014, S.89, s. 33-56.
- KALKANCI, Yasemin, "Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesi", Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2016.
- KARA, Mustafa Sencer, "Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, S. 1-2, s. 723-742.

- KARADAĞ, Özgür, Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Legal Yayınları, Ankara 2015.
- KARTAL, Doğan, "Genel İşlem Şartları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- KAYIHAN, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 24. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2020.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış, İstanbul 2011.
- KUNTALP, Erden, "Bankalar ve Genel İşlem Koşulları", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildirimler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, Sempozyum No: II, s. 81- 102.
- MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar ve Genel İşlem Koşullarının Denetimi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2014.
- NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- OĞUZ, Cemal, "Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü", TBB Dergisi, 1998/1, Ankara 1998, s. 25-37.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Güncellenip Genişletilmiş 18. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Genel işlem şartlarında şaşırtıcı ve beklenmedik şartlar TBK. m. 21/II", MÜHFHAD., C. 22, S. 3, 2016, s. 2349-2360.
- ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 6502 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

- ÖZUYSAL, Neslihan, "Genel İşlem Şartları ve Satım Sözleşmesinde Yer Alan Haksız Şartlar", MÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- REHBINDER, Manfred, "Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması (Çev. Teoman, Ömer)", Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İÜHFM. Özel Sayısı, C. 13, S. 1-4, İstanbul 1977, s. 641-653.
- REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- SİRMEN, Lale, "Genel İşlem Şartları Kavramı", İzmir Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2015, s. 207-225.
- SİRMEN, Lale, "Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi", Türk Hukuku'nda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Ankara, BATİDER, 2011, s. 107-133 (SİRMEN, Denetim).
- ŞAHİN, Turan/KİZİR, Mahmut, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler", Terazi Hukuk Dergisi, 2014, S. 89, s. 68-79.
- ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- TUNÇSİPER, Yiğit, "Genel İşlem Koşullarının Denetimi", Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- TUZCUOĞLU, Tuğçe, Avrupa Birliği Normları ve 6098s.TBK hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- TİFTİK, Mustafa/ÖZCAN, Zeynep, "Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi", BATİDER, C. XXXI, Sa.1, Y. 2015, s. 23-58.
- TOPAK, Süleyman, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları", TBB Dergisi, S. 122, Ankara 2016, s. 281-314.
- TOPÇUOĞLU, Melih, "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları", GÜHFD, C. XIX, S. 4 Y. 2015, s. 3-69.
- TOPUZ, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (yürürlük) Denetimi", Prof. Dr.

- Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1138-1169.
- ULUSAN, M. İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, s. 27-47.
- ÜNAL, Akın/KÖROĞLU, Emre, "Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, Y. 7, Haziran 2019, s. 523-550.
- WOLF, Manfred/NEUNER, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München 2016.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, "Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8)", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER'e Armağan, 2013, s. 3057-3098.
- YALIN, Semra Sevim, "Banka Genel Kredi Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşullarının İçerik Denetimi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, BAU Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.
- YAVUZ, Nihat, Öğretide ve Uygulamada Sözleşmedeki Haksız Şartlar, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2012.
- YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- YENİOCAK, Umut, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Şartlarının Yargısal Denetimi", TBB Dergisi, S. 107, Ankara 2013, s. 75-96.
- YILDIRIM, Abdülkerim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Monopol Yayınları, Ankara 2020.
- ZEVLİLER, Aydın/ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

### İnternet Kaynakları

[www.dergipark.org](http://www.dergipark.org)

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)

[www.lexpera.com](http://www.lexpera.com)

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>

<https://www.tuketicihukuku.org/?p=639>

[www.turcademy.com](http://www.turcademy.com)



[www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr)

[karararama.yargitay.gov.tr](http://karararama.yargitay.gov.tr)



## YARGITAY UYGULAMASI IŞIĞINDA KISMİ DAVAYA İLİŞKİN BAZI SORUNLAR

Dr. Öğr. Üyesi İdil TUNCER KAZANCI\*

### Öz

Bölünebilir nitelikteki taleplerin konu edilebildiği kısmi dava, Yargıtay uygulamasında oldukça geniş bir yer tutmaktadır. Kısmi davada alınan hükmün, hukuki ilişkiye dair tespit kısmının, ek dava bakımından bağlayıcılık taşıdığı kabulü, dava konusu aynı olan davalarda çelişkili hükümler verilmesinin önüne geçecektir. Alacak miktarının hesaplandığı bilirkişi raporunun ise, hükmüne esas alınsa dahi, ek davada bağlayıcı olması, takdiri bir delil olması bakımından mümkün değildir. Faiz işlemeye başlayacağı anın tespiti bakımından, dava tarihinden önce davalının temerrüde düşürülüp düşürülmediğine dikkat edilmelidir. Davalı davadan önce temerrüde düşürülmediyse, kısmi davaya konu edilen kısım bakımından temerrüt tarihi dava tarihi olacaktır. Kalan kısım aynı davada ıslah yoluyla talep edildiye ıslah tarihi, ayrı bir davaya konu edildiye dava tarihi esas alınacaktır. Kısmi davanın, faiz belirtilmeksizin ıslah edilmesi halinde, kısmi dava dilekçesinde talep edilen faiz oranına göre hesap yapılacaktır. Kısmi davanın, kanun yolu incelemesinden sonra ıslahı ise, ilk derece yargılamasında ıslah hakkının kullanmamış olması ve bozma kapsamında yeniden tahkikat yapılması halinde mümkün olmalıdır.

### Anahtar Kelimeler

Kısmi Dava • Kesin Hüküm • Bilirkişi Raporu • Faiz • Islah

\* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Rize, Türkiye | Asst. Prof., Recep Tayyip Erdoğan University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Rize, Turkey.

✉ idiltuncer@yahoo.fr • ORCID 0000-0002-6285-5958

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TUNCER KAZANCI İdil, "Yargıtay Uygulaması Işığında Kısmi Davaya İlişkin Bazı Sorunlar", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1507-1543.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## SOME PROBLEMS ABOUT PARTIAL ACTION IN LIGHT OF JURISPRUDENCE

### Abstract

The partial cases hold a considerably large place in the executions of the court of appeals. Acceptance of the part that relate to ascertainment of legal relationships in partial cases, is binding in terms of partial cases, would prevent making contradictory judgements in similar cases. Even if the experts' calculation of the owed amount report is accepted as being primary in the judgement, it would not be binding in terms of being a discretionary proof in partial cases. In order to identify the time when the interest will start, it must be noted to see whether or not the debtor/defendant is in default. If the defendant is not in default prior to the case, the case date will be considered as default date in terms of the part which is the subject of the partial case. If the remaining part is claimed in the same case by way of rectification; the rectification date, if it is the subject of another case; the case date will be accepted. If the partial case is rectified without an indication of interest the calculation will be based on the interest rate indicated on the partial case filing bill. The rectification of the partial case after the legal examination can occur if the right of rectification is not used in the first step of judgement and in the scope of defiling for a new judicial inquiry.

### Key Words

Partial Action • Definitive Judgement • Expert Report • Interest • Rectification

## GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ilk defa kanuni düzenlemesi yapılmakla birlikte, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de sıklıkla başvurulmuş bir kurum olan kısmi dava, Yargıtay uygulamasında da kayda değer bir yer tutmaktadır. Bu durum, kısmi dava uygulamasına ilişkin birçok tartışmalı hususu da beraberinde getirmektedir. Özellikle iş hukuku uygulaması ve belirsiz alacak davası ile ilişkisi, kısmi dava ile ilgili belki de en çok karşılaşılan sorunlardır.

Çalışmamızda, doktrinde üzerinde çokça durulan bu sorunları kapsam dışında bırakarak kısmi dava ile onu takiben açılan davanın ilişkisi, kısmi davada hükme esas alınan bilirkişi raporunun takiben açılan davada etkisi, kısmi davada faizin başlangıç anı ve hesaplanması ile kanun yolu denetiminden sonra yapılan yargılamada kısmi davanın

islahının mümkün olup olmadığı sorunları üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda Yargıtay'ın uygulamasına yer verdikten sonra, doktrindeki görüşler ışığında ilgili soruna ilişkin inceleme yapmaya çalışılacaktır.

## I. KISMİ DAVA HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Çalışmamıza başlarken kısmi davaya ilişkin bazı genel bilgilere kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'muzun 109. maddesinde talep konusunun niteliği itibariyle bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmının davaya konu edilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ışığında kısmi dava, bölünebilir nitelikteki talep konusunun bir kısmının talep edildiği dava olarak tanımlanabilir. Kısmi davanın medeni usul hukukuna hâkim ilkelere tasarruf ilkesi ile sıkı bir ilişkisi vardır. Zira tasarruf ilkesi uyarınca, davacı aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının (veya hakkının) tamamını tek bir davada talep etmeye zorlanamamaktadır<sup>1</sup>. Kısmi davayı açmakta aranacak hukuki yararın, yüksek yargılama giderlerinden kaçınmak ve ispat durumunun zorluğu olduğu doktrinde ileri sürülmüştür<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> PEKCANITEZ, Hakan, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. II, 15. Bası, On İki Levha 2017, s. 989; aynı yönde KARSLI, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif 2012, s. 384; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. Baskı, Demir Demir 2001, s. 1515-1516; HEINZMANN, Michel, La Procédure Simplifiée (Une Emanation du Proces Civil Social), Schulthess 2018, s. 123; CURCHOD, Nicolas/ GONCZY, Guillaume, "L'Action Partielle, Présentation d'Un Instrument Procédural Méconnu À La Lumière De La Jurisprudence", PJA 2019, s. 805; GROBÉTY, Laurent, Le Cumul Objectif d'Actions en Procédure Civile Suisse, Schulthess, 2018, §70; ASLAN, Kudret, "Kısmi Davaya İlişkin HMK m. 190/II Hükümünün Yürürlükten Kaldırılmasının Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Mart-Nisan 2016, C. 11, S. 2-12, s. 497; CPC-BOHNET, Art. 86, N. 4.

<sup>2</sup> PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 989-990; UMAR, 328; HABSCHEID, Walter J., Droit Judiciaire Privé Suisse, Geneve 1981, s. 241; HOHL, Fabienne, Procédure Civile, Tome I, 2e Edition, Introduction ve Théorie Générale, Schulthess 2016, § 508. İsviçre doktrininde, kısmi dava açmak ve dolayısı ile müddeabihi küçültmek suretiyle basitleştirilmiş yargılama usulünden faydalanılabileceği yahut görevli mahkemenin değişebileceği de ileri sürülmüştür, GROBÉTY, §113. Hatta doktrinde kısmi davanın mahkemenin somut olaya yaklaşımını, daha az bir gider üstlenerek görebilme imkanı sağladığı da savunulmuştur, ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, 182.

HMK m. 109 ışığında kısmi dava açılabilmesi için aranacak şartlar, üç başlık altında toplanabilir. Öncelikle bir talebin<sup>3</sup> kısmi davaya konu edilebilir olması için bölünebilir nitelikte olması gerekir. Bölünebilir nitelikte olmayan talepler kısmi davanın konusunu oluşturamaz (Karş İsvHMK m. 86)<sup>4</sup>. Likit alacaklar kural olarak bölünebilir nitelikte bir talep sonucu oluşturmaya elverişlidir. Nitekim HMK m. 109/III fıkrası uyarınca, davada talep edilmeyen kısmın ayrıca saklı tutulmasına da gerek yoktur; davacı bu şekilde böldüğü likit alacağının dava etmediği kısmından açıkça feragat etmedikçe, kalan bu kısmı başka bir davaya konu edebilir<sup>5</sup>.

Alacağın bölünebilir olması şartı özellikle HMK m. 109/II de yer alan fıkranın ilga edilmesiyle önem kazanmıştır. Anılan fıkrada “Talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz” düzenlemesi yer almaktaydı. Doktrinde Umar, bu düzenlemenin uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeydi. Zira yazara göre talep konusunun açıkça belli olması, ancak mahkeme kararı ile mümkün olabilir. Davacı tarafın talep konusunun belli olduğunu ileri sürmesi, davalının bunu inkâr etmesi halinde artık bir anlam ifade etmeyecektir. Hatta yazara göre kısmi davanın gerekçesinde alacağın miktarı tam olarak tespit edilmiş olsa dahi, açılacak ek davada gerekçede yer ala bu tespit hâkimi bağlamayacaktır<sup>6</sup>. HMK m. 109/ II düzenlemesinin Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 141. maddelerine aykırı olduğu gerekçeyle iptali talep edilirse de, Anayasa Mahkemesi bu talep reddetmiştir.

<sup>3</sup> İsviçre doktrininde, talebin bir ayni hakka ya da alacak hakkına dayanması bakımından ayırım yapılmadığı görüşü hakimdir. Bu çerçevede hakkın bölünebilir olması yeterli olup, niteliği önem taşımaz, CPC-BOHNET, Art. 86, N. 2; TAPPY, Denis, “Note Sur L'action Partielle Et Ses Sanctions”, JdT III 2008, s. 105-106.

<sup>4</sup> KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016, s. 219; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Yetkin 2017, s. 309; KARSLI, 385; CURCHOD/GONCZY, s. 803; GROBÉTY, §112; TAPPY, Denis, “Cumul Objectif et Concours d'actions selon le Nouveau CPC”, Nouvelle Procédure Civile et Espace Judiciaire Européen, Actes du Colloque de Lausanne, (Bonomi A., TAPPY D., Gaulis D., Kohler E. (eds.)) Genève, 2012, s. 173; ASLAN, s. 494-4959; TOPUZ, Gökçen, “Güncel Yargıtay Kararları ışığında HMK'nın Kısmi davaya İlişkin Düzenlemesi”, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Eylül 2014, C. 3, S. 3, s. 178.

<sup>5</sup> KURU, 219; ASLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 310; TOPUZ, s. 188.

<sup>6</sup> UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, (2. Baskı, Yetkin 2014), s. 330.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belli olması halinde kısmi dava açılması, bölünebilir taleplere ilişkin dava hakkının kötüye kullanımının önüne geçmeyi, hukuki uyumsuzlukların bir an önce kesin hükme bağlanması suretiyle hukuksal barışın korunmasını ve talep konusunun taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olduğu alacak iddialarının kısım kısım dermeyan edilmesi suretiyle dava sayısının artışı engelleyerek yargılama faaliyetinin hızlandırılmasını amaçlamaktadır<sup>7</sup>. Aslen sadece fazla harç ödememek ve bu şekilde alacağı parçalara bölerek davanın başarı şansını denemek için açılan kısmi davaların önüne geçmek amacıyla<sup>8</sup> getirilen bu düzenleme 6644 sayılı kanunun 4. Maddesi ile 01.04.2014 tarihinde ilga edilmiştir. Dolayısıyla talep konusu taraflar arasında tartışmasız ve belirli olsa dahi, kısmi dava açılması mümkün hale gelmiştir<sup>9</sup>.

Yapılan bu değişiklik, kısmi dava açılabilmesi için aranacak ikinci şart olan hukuki yararın varlığı şartını daha da önemli kılmaktadır. Her davada olduğu gibi, kısmi dava açmakta da davacının hukuki yararının bulunması gerekir. Bununla birlikte, kısmi davada, özellikle tartışmasız ve belirli bir alacağın dava konusu yapıldığı hallerde, davacının menfaati dikkatle değerlendirilmelidir. Davacının, tartışmasız ve belirli bir alacağının (örneğin sözleşmeden kaynaklanan bir alacak) bir kısmını dava etmesi halinde, hukuki değil ekonomik bir menfaatin güdülmesi söz konusu olabilir. Az önce de değindiğimiz gibi, örneğin özellikle maktu vekalet ücretine bağlanmış parasal taleplerde salt fazla vekalet ücreti

<sup>7</sup> <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/83?KararAramaRaporu=1&KararTarihiIlk=24%2F05%2F2012&KararTarihiSon=24%2F05%2F2012>

<sup>8</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesinde de anılan düzenleme ile kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istendiği, yani sözü edilen hâlde davacının kısmî dava açmakta hukukî yararının bulunmadığı kabul edildiği ifadesine yer verilmiştir.

Gereğe için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

<sup>9</sup> ASLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 310; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, 996. Kanaatimizce bu düzenleme tasarruf ilkesi, farklı bir ifade ile davacının dava konusunun tamamını dava etmeye zorlanamaması ile daha uyumludur. Bu yönde bkz. Yargıtay 22. HD, E. 7230/7519, 03.04.2017 ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)). Bu konuda bkz. ASLAN, s. 500 vd. Anılan hükmün değişiklikten önceki haline ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. AKİL, Cenk; Kısmi Dava, Yetkin 2013, s. 69 vd.

almak amacıyla açılan bu tür kısmi davalar bakımından hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır<sup>10</sup>.

Kısmi dava açabilmek için aranacak üçüncü şart ise, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğması gereğidir<sup>11</sup>. Davacının birden fazla hukuki ilişkiden kaynaklanan alacaklarının birini veya bir kısmını talep ederek açtığı dava kısmi dava olarak nitelendirilemez. Yine, asıl alacağa bağlı fer'i hakların dava konusu yapılması halinde de kısmi davadan bahsedilmesi mümkün değildir. Farklı bir ifade ile kısmi davadan bahsedebilmek için aynı hukuki ilişkiden doğan (asıl) alacağın bir kısmının dava edilmesi gerekir<sup>12</sup>.

Eda davasının kısmi olarak açılması, alacağın kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. Nitekim HMK m. 109/III uyarınca davacının açık feragati bulunmadığı sürece, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. Yargıtay bir kararında, ilk açılan kısmi davadaki feragat beyanının, fazlaya ilişkin haklar için açılacak ek dava bakımından geçerli olmadığını, fazlaya ilişkin haklardan açıkça feragat edilmedikçe saklı tutulan kesimin de dava konusu yapılabileceğine değinmiştir<sup>13</sup>.

## II. KISMİ DAVADA VERİLEN HÜKMÜN İKİNCİ DAVAYA ETKİSİ

### A. Maddi Anlamda Kesin Hüküm Kavramı ve Kapsamı

Kısmi davadan sonra açılan ek davada, kısmi davada verilen kararın gerekçesinde varılan tahkikat sonuçlarının bağlayıcı olup olmayacağı, ek davayı doğrudan etkiler. Zira öncelikle her iki dava da aynı hukuk ilişkiden, yani aynı hayat olayından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan ortak olan hayat olayı ile ilgili olarak kısmi davayı gören mahkemenin yaptığı tahkikat ve bu yönde hükmün gerekçesinde yer alan değerlendirmelerin, ek davaya ne ölçüde ve şekilde etkileyeceği incelenmesi ge-

<sup>10</sup> KURU, C. II, 1523; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, 997 vd.; ASLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 310, hatta. DE BENOIT, Alice, "L'Action Partielle Et L'abus De Droit", QFLR 1/14, s. 20 vd.

<sup>11</sup> KURU, C. II, s. 1516.

<sup>12</sup> KURU, 219; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 990; AKİL, s. 68.

<sup>13</sup> HGK, E. 2012/21-736, K. 2013/262, T. 20.02.2012.



reken bir husustur. Kısmi davada yapılan değerlendirmelerin ek davada etkili olacağı kabul edilmesi, ek davada incelenecek ve karara bağlanacak hususların da çerçevesini çizer. Bu iki dava arasındaki ilişkiyi doğru biçimde ortaya koyabilmek için öncelikle maddi anlamda kesin hüküm kavramı üzerinde kısaca durmak gerekir.

Maddi anlamda kesin hüküm, en genel anlamıyla, hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, olağan kanun yollarına başvurulamaması, tekrar dava edilememesi ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasını ifade eder<sup>14</sup>. Bu yönüyle maddi anlamda kesinliğin, yargı kararlarına tanınan hakikat vasfı olduğu da doktrinde ileri sürülmüştür<sup>15</sup>. Maddi anlamda kesin hükmün üç unsuru vardır: Her iki davanın taraflarının aynı olması, dava sebebi yani vakıaların aynı olması ve nihayet dava konusunun aynı olması (HMK m. 303/I). Kısmi dava açısından bakıldığında, özellikle dava sebebinin ve dava konusunun aynı olması unsurunun değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde genel kabul gören görüşe göre dava sebebi, talebin dayandığı vakılardır<sup>16</sup>. Vakıalara dayandırma teorisi olarak da adlandırılan bu görüş uyarınca davanın konusunu, talebin konusu ve davanın temelini teşkil eden hayat olayı oluşturmaktadır<sup>17</sup>. Talep sonucunu haklı gösteren, davacı nezdinde doğmuş ve talebe konu hakkın davalı tarafından ihlal edildiği sonucunu ortaya çıkararak vakıalar, yargılama sürecinde ileri sürülerek bu sürecin temelini teşkil eder<sup>18</sup>. Maddi anlamda kesin hükmün üçüncü unsuru ise her iki davada dava konusunun aynı olmasıdır. Dava konusu yani talep sonucunda davanın neye ilişkin olduğunu gösteren usuli talep, açılan ikinci davada ilk davadakinin aynısı ise, ilk davada verilen hüküm ikinci dava bakımından kesin hüküm etkisini haiz olacaktır.

<sup>14</sup> ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 3 vd.; ATALI, Murat; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Bası, On İki Levha 2017, s. 2057; DOMANİÇ, Hayri; Hukukta Kazıyye Muhakeme ve Nispi Kuvveti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1964, s. 4 vd.

<sup>15</sup> GÜRDOĞAN, Burhan; Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ayyıldız Matbaası 1960, s. 29.

<sup>16</sup> ATALI; Pekcanitez Usul, s. 2065.

<sup>17</sup> KURU, Baki, Hukuk Usulünde Dava Sebebi, AD 1967/4, s. 251; ERCAN ÖZLER, Meltem, Medeni Usul Hukuku'nda Dava Konusu, On İki Levha 2019, s. 100.

<sup>18</sup> ERCAN ÖZLER, s. 100-101.

Bu çerçevede, kararın hangi bölümlerinin kesin hüküm sınırlarına dahil olup kesinleştiği, kesin hükmün objektif sınırlarına ilişkin bir meseledir<sup>19</sup>. Kesin hükmün etkisi, hüküm fıkrası ile sınırlıdır. Farklı bir ifade ile kesin hüküm gerekçesinde yer alan ve mahkeme tarafından vakıalara ilişkin yapılan değerlendirmeler kesin hüküm kapsamı içinde değerlendirilmez. Dolayısıyla bir davada verilen maddi anlamda kesin hükmün, aynı konu aynı taraflar ve aynı talep sonucu ile açılan ikinci bir davada etkisi, hüküm fıkrası ile sınırlı olarak ortaya çıkacaktır<sup>20</sup>. Farklı bir ifade ile ilk davada gerekçede yer alan hususlar, ikinci davayı gören hâkimi bağlamayacak, hâkim bu değerlendirmelerle, kesin hüküm nedeniyle, bağlı kalmaksızın yargılamayı yürütecektir.

Kısmi dava ile devamında açılan ek dava arasındaki ilişki, her iki davanın konusunun aynı olup olmadığı değerlendirilerek tespit edilebilir. Farklı bir ifade ile kısmi davada verilen kararın, ek davada kesin hüküm teşkil edebilmesi için ek dava ile kısmi davanın konularının aynı olması gerekmektedir<sup>21</sup>. Doktrinde kısmi dava ile ek davanın ortak vakıaya bağlı, farklı talepleri konu edinen iki farklı dava olduğu savunulmuştur. Kesin hüküm etkisinin doğması için aranan dava konusunun aynı olması şartı bu bakımdan kısmi dava ile ek dava arasında mevcut olmaz. Zira her iki davanın da tarafları ve dava sebebi aynı olmakla birlikte dava konusu yani talep sonucu farklıdır<sup>22</sup>. Dolayısıyla bu noktada dikkat edilmesi gereken husus kısmi davada verilen hükmün etkisinin nereye kadar uzandığı, tüm talebi kapsayıp kapsamadığı ve bu sebeple bakiye alacak için ikinci bir dava açılıp açılmayacağıdır<sup>23</sup>.

### **B. Kısmi Davada Davanın Konusu ve Ek Dava ile İlişkisi**

Yargıtay'ın kısmi dava ve onu takiben açılan ek dava arasındaki ilişkiye yönelik kararlarında iki hususa vurgu yaptığı dikkati çeker. Bunlardan ilki ek davayı gören hâkimin, ilk davada verilen hükmü ne şekilde değerlendirmesi gerektiğidir. Diğerisi ise ilk davada alınan bilirki-

<sup>19</sup> ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 7.

<sup>20</sup> Bu konuda bkz. ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 198.

<sup>21</sup> ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 186.

<sup>22</sup> ERCAN ÖZLER, s. 344 vd.

<sup>23</sup> ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 194

şi raporunun ek davada bir etkisinin bulunup bulunmadığıdır. Bilirkişi incelemesinin etkisi, ayrı bir başlık altında incelenecektir.

İki dava arasında kesin hüküm ilişkisinin doğması, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması halinde ortaya çıkar (HMK m. 303). Kısmi dava ve onu takiben açılan ek davada açısından kesin hüküm ilişkisinin doğup doğmayacağı değerlendirilirken, bu iki davada dava konusunun dikkate alınması gerekir. Kısmi davada dava konusunun hukuki ilişkisinin tamamının tespiti mi, yoksa bu hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın sadece bir kısmının tahsili mi olduğu, bu sorunun cevabını belirler. Zira hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın bir kısmının ödenmesi talebi söz konusuysa, kısmi davada talep edilmeyen kısım, ek davada yeni bir dava konusu oluşturur<sup>24</sup>. Dolayısıyla eda hükmü bakımından ek dava ve kısmi dava arasında kural olarak kesin hüküm ilişkisinin doğmayacağı söylenebilir. Bununla birlikte kısmi dava ve ek davada dava sebebinin oluşturan vakıalar her iki dava bakımından da aynıdır. Zira her iki dava da aynı hayat olayını konu edinir<sup>25</sup>. Bu sebeple doktrinde hukuki ilişkilerin tespiti bakımından kısmi davada mahkemenin vereceği red ya da kabul kararı ve bu kararın içeriğinin, kesin hüküm etkisinin sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıdığı yönünde görüşler mevcuttur<sup>26</sup>.

Açılan kısmi dava hakkında mahkemenin vereceği kabul veya red kararı, talebin geri kalanı için ileride açılacak davanın akıbetini doğrudan etkileyeceği, açılan kısmi davanın reddinin, talep edilen alacağın mevcut olmadığı yönünde bir menfi tespit hükmü olacağı doktrinde ileri sürülmüştür. Bu görüş taraftarlarına göre örneğin kısmi davanın sebebinin oluşturan sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle talebin reddedilmesi halinde, kısmi dava ve ek davada dava konusunun aynı olduğunun kabulü gerekir. Zira bu durumda red kararı sadece kısmi davaya konu olan talep bakımından değil, davaya sebebiyet veren temeldeki hukuki ilişkilerin tamamı incelenerek verilmiştir. Yani kısmi davada veri-

<sup>24</sup> CPC-BOHNET, Art. 86, N. 12; TAPPY, Note, s. 107.

<sup>25</sup> İYİMAYA, Ahmet, "Kısmi Davada Kesinleşen Faiz Oranının Ek Dava İçin Bağlayıcılığı Sorunu", Ankara Barosu Dergisi (ABD), 1989/1, s. 16.

<sup>26</sup> Bu konuda ayrıca bkz. ATALI, Pekcanitez Usul, 2069.

len red kararı, çoğunlukla iddia edilen borç doğurucu sebebin mevcut olmadığı sonucunu ortaya çıkaracağından; ek dava bakımından da kesin hüküm teşkil eder<sup>27</sup>. Doktrinde Gürdoğan, talep sonuçlarının her iki davada farklı olacağından bahisle, ilk davada verilen red kararının, bakiye alacağın talep edildiği davada kesin hüküm etkisini ortaya çıkaramayacağını savunmaktadır<sup>28</sup>. Akil ise, ilk davadaki tespit hükmünün, ek dava bakımından kesin delil etkisi taşıdığı yönündeki görüşlerin yerinde olmadığını savunmuştur. Müellife göre bu iki dava arasındaki ilişki kısmi davanın reddedilmiş olup olmaması ihtimallerine göre çözümlenmemelidir. Kısmi davanın reddedilmiş olması, her durumda ek dava bakımından bağlayıcı bir etki doğurmaz. Farklı bir ifade ile kısmi davanın reddedilmiş olması, doğrudan borç doğuran sebebin mevcut olmadığı anlamında gelmez. Bazen davacının iddiasını yeterince güçlü bir şekilde ortaya koyamamış olması da davanın reddi sonucunu doğurabilir. Benzer bir sonuca kısmi davanın kabulü halinde de ulaşılabilir. Zira her ne kadar ortak yönleri bulunsa da, her iki dava birbirinden bağımsız

<sup>27</sup> ATALI, Pekcanitez Usul, s. 2069; KURU, C. II, s 1551; HEINZMANN, s. 129. Bu noktada İsviçre Hukuku'nda yapılan gerçek kısmi dava-gerçek olmayan kısmi dava ayırımına da değinmek isteriz. Gerçek kısmi dava, tamamen talep edilebilir ve tek bir hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın sadece bir kısmının dava edildiği kısmi dava türüdür. Bu durumda davacı aslında alacağının tamamını talep edebilecekken, sadece bir kısmını dava etmeyi tercih etmektedir. Buna karşın gerçek olmayan kısmi davada ise davacı davalıya karşı aynı hukuki ilişkiye dayanan birden fazla talebi içinden sadece bir talebini ferdileştirmek suretiyle kısmi davaya konu eder. Kimi yazarlara göre bu ferdileştirme faaliyeti, taleplerden muaccel olanlar bakımından söz konusu olur. Ezcümle, taleplerin bir kısmının talep edilebilir, bir kısmının ise henüz talep edilemez (muaccel) olmadığı hukuki ilişkiler bakımından gerçek olmayan kısmi davanın uygulama alanı bulması mümkündür. Örneğin aynı iş ilişkisinden kaynaklanan birden fazla ücret talebinin gerçek olmayan kısmi davaya konu edilebilmesi mümkündür. Bu ayırımın pratik önemi, gerçek kısmi davaya karşı menfi tespit davası açılabilirken, gerçek olmayan kısmi dava bakımından bunun mümkün olmamasıdır, CURCHOD/GONCZY, s. 806; CPC-BOHNET, Art. 86, N. 7 vd; GROBÉTY, §114-115; HEINZMANN, Michel; "L'Action Partielle Contre un Débiteur Solidaire", REAS, 2018, s. 85, yazara göre gerçek olmayan kısmi dava esasen bir kısmi dava türü değildir. Yazar bu dava türünün, objektif dava yığılması şeklinde açılacak bir davada talebin (ya da taleplerden birinin) yöneltilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir, HEINZMANN, s. 126; aynı yönde TAPPY, s. 173. Diğer kısmi dava türleri için bkz. AKİL, s. 106 vd.

<sup>28</sup> GÜRDOĞAN, s. 77.

davalardır<sup>29</sup>. Özkaya-Ferendeci de, kısmi davanın ek davaya etkisi hususunda, kısmi davanın reddedilmesi veya kabul edilmesi şeklinde bir ayırım yapılmaması gerektiği, açık-örtülü kısmi dava ayırımına değinerek kısmi dava örtülü de açılmış olsa, kısmi taleple mahkemeye başvuran davacının talebinin açık olduğu kanaatindedir. Yine yazara göre “tam” davalarda nasıl kesin hüküm etkisi hüküm fıkrası ile sınırlı ise, kısmi davalar bakımından da aynı sonuç geçerli olmalı ve sadece hüküm fıkrası bakımından kesin hüküm etkisi kabul edilmelidir. Yazar Alman doktrinindeki hâkim görüşe değinerek, aksi kabul halinde, özellikle gerekçeden davanın neden reddedildiğinin anlaşılmadığı durumlarda hukuk güvenliğine aykırı sonuçlar doğmaması için gerekçenin kesin hüküm kapsamına alınmaması gerektiğini ifade etmektedir<sup>30</sup>.

Kısmi davanın kabulü ise, talep edilen kadar alacağın varlığını tespit eder, ne var ki mahkeme alacağın talep edilenden fazla olduğunu tespit etse dahi, sadece talep edilen kadarını hükme bağlayabilecektir. Doktrinde Umar bu durumda, davanın tarafları ve dava sebebi olan vakıaların artık ikinci davada tartışma konusu yapılamayacağı zira bu konuda artık bir kesin hüküm bulunduğu görüşündedir. Buna karşın yazara göre ek davada talep sonucu ikinci davadakinden farklı olduğundan bu noktada bir kesin hüküm etkisinden bahsedilebilmesi mümkün olmayacaktır<sup>31</sup>. Zira kesin hüküm niteliği gereği, ileri sürülen taleplerden sadece hükme bağlananlar bakımından söz konusu olacaktır (HMK m. 303/II). Talep alacağın bir kısmına ilişkin olacağından, mahkemenin taleple bağlılık ilkesi gereğince, talepten fazlasına hükmetmesi mümkün değildir<sup>32</sup>.

Doktrinde Üstündağ da mahkemenin verdiği red ya da kabul kararının, sadece talep edilen miktarda bir alacağın mevcut olup olmadığı yönünde bir kesin tespiti içerdiğini, davacının kısmi davaya konu ettiği

<sup>29</sup> AKİL, 190 vd.

<sup>30</sup> ÖZKAYA-FERENDECİ, s. 228.

<sup>31</sup> UMAR, s. 329; ÜSTÜNDAĞ, Saim, Kısmi Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s. 413-414.

<sup>32</sup> KURU, C. II, 1546.

talebi dışındaki taleplerinin bu anlamda kesin hüküm kapsamına girmediğini belirtmektedir<sup>33</sup>.

Doktrindeki kısmi davanın reddi veya kabulüne göre değişen görüşleri bu şekilde ortaya koyduktan sonra, kısmi davada verilen hüküm ek dava bakımından kesin hüküm etkisi mi, yoksa kesin delil etkisi mi ortaya taşıyacağına değinmek gerekir.

HMK m. 303 dava sebebi ile dava konusunu birbirinden ayırır. Bu maddeden hareketle, kısmi dava ve ek davada dava konularının yani talep sonuçlarının farklı olduğu söylenebilir<sup>34</sup>. Zira ilk davada alacağın belli bir bölümü, ek davada ise alacağın kalan kısmı talep edilir<sup>35</sup>. Bu farklılık da her iki dava arasında kesin hüküm ilişkisi doğmasını engeller. Bununla birlikte davalar birbirinden bağımsız da değildir. Doktrinde hükmün borç doğuran ilişkinin tespitine ilişkin kısmının, ek dava bakımından kesin delil teşkil edeceği ileri sürülmüştür. Yani ek davayı gören mahkeme, ilk davada verilen hükmün bu bölümü, kesin delil olması sebebiyle ile bağlıdır<sup>36</sup>. Yargıtay'ın da ilk açılan kısmi davada verilen hükmün borç doğuran ilişkinin tespitine ilişkin kısmının ek dava bakımından kesin delil teşkil edeceği ve ek davada yeniden inceleme konusu

<sup>33</sup> ÜSTÜNDAĞ, s. 413-414. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 323. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı, kesin hüküm etkisinin hüküm fıkrası ile sınırlı olduğu, bununla beraber hükmün doğru yorumlanabilmesi için gerekçenin de dikkate alınması gerektiği yönündedir. Yüksek mahkeme, ikinci davadaki talebin formüle edilmiş şekliyle bağımsız olarak, ilk talebin tam tersi yönünde olan yahut ilk talep içinde yer verilmiş taleplerin de kesin hüküm kapsamında olduğunu belirtmiştir, ATF III 278 3.3. Ayrıca bkz. CURCHOD/GONCZY, s. 812.

<sup>34</sup> KURU, C. II, s. 1547; dava konusu ve dava sebebi arasındaki farka ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bkz. ERCAN ÖZLER, s. 108 vd. Yazar dava konusunun vakıa bakış açısından sınırlandırılmaması gerektiği, dava konusu kavramının talep sonucu ve vakıadan oluşan çift unsurlu bir karakteri olduğu kanaatinde, s. 109.

<sup>35</sup> ERCAN ÖZLER, s. 344. Bakiye alacak miktarının sonraki davada talep edilebileceği yönünde bkz. HOHL, I, § 513. Yargıtay bir kararında, kısmi davada alacağın tamamının da tespit edilebileceğine değinmiştir: "Belirtildiği gibi devreden davalı temyiz eden şirketlerin kısmi davada da olsa (ki kısmi dava aynı zamanda tüm alacağın tespitini de içerir.) miktar olarak kıdem tazminatı ile fazla mesai ve genel tatil ücret alacaklarından sorumluluğu açıkça belirlenmesi gerekir.", Yargıtay 9. HD, 31730/6853, 22.03.2016 (www.kazanci.com.tr).

<sup>36</sup> KURU, C. II, s. 1554.

yapılamayacağı yönünde kararları mevcuttur<sup>37</sup>. Hatta Yargıtay bir kararında<sup>38</sup>, kısmi davada alacağın tamamına ilişkin tespit hükmüne yer verilmemesinin, ileride yeni ihtilaflara ve infazda tereddütlere sebebiyet vereceğine yer vermiştir.

Her iki davanın da tarafları ve talebin dayandığı vakıalar aynı olmakla birlikte, talep sonucunda yer alan miktar alacağın farklı kısımlarına ilişkindir. Dolayısıyla kısmi dava ve ek dava arasında kesin hüküm ilişkisi doğmaz. Bununla beraber, her ne kadar alacağın bir kısmı talep edilse de, kısmi davada borç doğuran sebebin bir bütün olarak tespitinin yapılması gerekir<sup>39</sup>. Ayrıca kısmi davada hukuki ilişkinin bir bütün olarak tespit edilmesi, eda hükmünün verilebilmesi için de bir mecburiyettir. Doktrinde Umar'ın savunduğu ve kısmi davanın reddi halinde, hukuki ilişkinin mevcut olmadığı yönünde bir menfi tespit hükmünün ortaya çıkacağı yönündeki görüşe üstünlük verilebilmekle birlikte, bir eda davasının reddinin, doğrudan bir menfi tespit hükmü doğurmayaacağı kanaatindeyiz. Eda davasının reddedilmiş olması, hüküm fıkrasında bir menfi tespit hükmünü barındırmaz. Yargılama neticesinde hukuki ilişkinin var olmadığı sonucuna ulaşılabilmesi için, o hukuki ilişkinin varlığı için ispatı aranan koşul vakıaların somut olayda gerçekleşmemiş olması gerekir ki bu değerlendirme hüküm fıkrasında değil, hükmün gerekçesinde yer alır. Hükmün gerekçesi kural olarak kesin hükmün kapsamına dahil değildir<sup>40</sup>. Bununla birlikte hükmün gerekçesi, talep

<sup>37</sup> 9. HD, E. 2008/25343, K. 2010/16169, T. 03.06.2010: "Kısmi dava hakkında verilen kararın kısmi dava konusu yapılacak kesimi için kesin hüküm teşkil ettiği şüphesizdir. Kısmi dava sonunda davalının borcunu ödemeye mahkûm edilmesi veya kısmi davanın tamamen veya kısmen reddine karar verilmiş olması halinde taraflar arasındaki borç ilişkisinin varlığı veya yokluğu da tespit edilmiş olur ki, bu tespit borç ilişkisinin tümünü kapsar. Bu nedenle kısmi dava sonunda verilen ve kesinleşen kararın tespite ilişkin bölümü, sonradan açılan ek davada kesin delil oluşturur." (www.kazanci.com.tr); 9. HD, E. 2002/1012, K. 2002/841, T. 28.01.2002: "Belirtmek gerekir ki kısmi dava, kural olarak son eda davası olsa da, aynı zamanda ileride açılması istenilen ek dava için bir tesbit davası niteliğindedir. Açılan ilk kısmi davada davanın kısmen kabulüne ve kısmen reddine karar verildiğine göre, bu karar reddedilen miktar yönünde açılan bu ek dava için kesin delil teşkil eder." (www.kazanci.com.tr).

<sup>38</sup> 7. HD, E. 2014/415, K. 2014/1153, T. 28.01.2014.

<sup>39</sup> Aksi yönde görüş için Bkz. PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 1003.

<sup>40</sup> ATALI, Pekcanitez Usul, s. 2059.

sonucunun hangi gerekçe ile reddedildiğini (hukuki ilişkinin mevcut olmadığı, yetkisizlik vb.) ortaya koyması bakımından önem taşır. Talebin esasa ilişkin bir sebeple reddedilmesi halinde, kısmi davada verilen bu kararın ek davada kesin hüküm etkisi doğurması talep sonuçlarının farklı olması nedeniyle mümkün olmasa da kısmi davada verilen hükümün dava sebebi olan hukuki ilişkinin varlığı/yokluğu yönünde kesin delil teşkil edeceği kanaatindeyiz<sup>41</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında ve doktrinde kısmi davaya karşı, borcun mevcut olmadığına tespiti yönünde karşı dava açılabileceğine ilişkin görüşlere de rastlanır. Bu görüşe göre kısmi davadaki talep reddedilirse, davalı açtığı karşı dava bakımından menfaatini de kaybedecektir. İlk davadaki talebin tamamının kabulü halinde ise, fazlaya ilişkin kısmın mevcut olmadığına tespiti talebine ilişkin menfaat varlığını sürdürecektir<sup>42</sup>.

Kısmi davanın kabulü halinde de verilecek eda hükmünün gerekçesinde, borç doğuran sebebin varlığı ortaya koyulduktan sonra talep edilen alacak miktarı için bir eda hükmü kurulacaktır. Dolayısıyla ek dava bakımından kısmi davada, borç doğuran sebebe ilişkin olarak gerekçede yapılan değerlendirme, kanaatimizce yine kesin delil olacaktır<sup>43</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, gerekçede yer alan bu değerlendirmenin alacak miktarına ilişkin değil, borcu doğuran sebebe (sözleşme, haksız fiil) ilişkin olduğudur. Farklı bir ifade ile kısmi davada veri-

<sup>41</sup> İkinci davadaki hâkimin, bu konuda aksi görüş benimseyemeyeceği yönünde bkz. UMAR, 880. Nitekim Özkaya-Ferendeci de, kesin delil etkisi nedeni ile ek davanın "ölü" doğmuş bir dava olacağını savunmaktadır, ÖZKAYA-FERENDECI, s. 199.

<sup>42</sup> ATF 143 III 506; bu karara ilişkin görüş için bkz. HEINZMANN; Partielle, s. 86 ve CURCHOD/ GONCZY, s. 811. Söz konusu kararda, asıl talep ile karşı tarafın farklı yargılama usullerine (yazılı yargılama-basitleştirilmiş yargılama) tabi olmasından hareketle, alacağın mevcut olmadığına tespiti için açılan karşı davanın kabul edilip edilemeyeceği tartışılmaktadır. Federal mahkeme, bu soruya olumlu cevap vermektedir. Konumuzun kapsamı bakımından bu tartışmalara değinmiyoruz. Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 1006-1007.

<sup>43</sup> Aksi yönde bkz. TANRIVER, Süha, "Belirsiz Alacak Davası ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar", Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2015/2, s. 17-18. 7.HD, E. 2014/7778, K. 2014/14859, T. 30.6.2014: «Davacı tarafça açılan dava kısmi dava olup her eda davası tespit hükmünü de içermek zorundadır. Davacının ıslah talebi yoktur. Şu hâlde kısmi dava açılması muhtemel ek dava için bağlayıcı niteliktedir.» (www.kazanci.com.tr).



len ve ek dava bakımından kesin delil olarak değerlendirilmesi gereken kısım, alacak miktarına ilişkin tespit değildir. Zira talep sonucunda yer alan miktar her iki davada da farklı olacaktır. İlk davada, örneğin 100.000 TL'lik bir alacağın şimdilik 30.000 TL sinin, ikinci davada ise kalan 70.000 TL'nin talep edildiği ihtimalde durum böyledir. Her ne kadar her iki davada da talep sonucu bir miktar paranın ödenmesi olduğundan özdeşlik söz konusu olsa da, talebin miktarı farklıdır. Bu iki dava arasında bir bağ kurulmaması, yani ikinci dava bakımından ilk açılan kısmi davanın herhangi bir etkisinin bulunmadığı kabul edilirse, çelişkili hükümlerin ortaya çıkması muhtemel olacaktır. Örneğin hukuki ilişkinin geçerli biçimde kurulduğu ilk davada kabul edilmiş ise artık ikinci davada hukuki ilişkinin geçersizliğinden bahsedilememesi gerekir<sup>44</sup>. Benzer bir sonuca taraflar açısından da ulaşmak mümkündür. Her iki davada da taraflar aynı olduğundan, kısmi dava kabul edildiğinde davalının tazminle sorumlu olan kişi olduğu da ortaya koyulmuş olacaktır. Bu boyutuyla da kısmi davada verilen hüküm ve gerekçesi ek davada kesin delil teşkil edecektir<sup>45</sup>. Şüphesiz taleple bağlılık ilkesi gereği hâkim, talep edilenden başka bir şeye veya talebin fazlasına hükmedemeyeceğinden, borcu doğuran sebep tespit edilse dahi, taleple sınırlı olarak hüküm kurulması gerekecektir<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 1005. Yazar, kısmi davadaki talep sonucuna bağlı olarak, kesin hüküm etkisinin sadece hükmedilen kısım sınırlı olarak doğacağını ifade etmektedir. Dava kabul de edilse, red de edilse, kesin hüküm etkisi sadece dava konusu yapılan kısım için sonuç doğurur. Bununla birlikte, kısmi davada verilen hüküm daha sonra açılacak davada da dikkatle değerlendirilmeli, çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçilmelidir. Kanaatimizce bu ancak kısmi davada verilen hükmün ek davada kesin delil olarak değerlendirilmesi ile mümkün olabilir.

<sup>45</sup> UMAR, 880.

<sup>46</sup> UMAR, s. 329. "Kısmi dava hakkında verilen karar, kısmi dava konusu yapılan alacak kesimi için kesin hüküm teşkil edip, alacağın saklı tutulan kesimi için kesin hüküm teşkil etmez. Çünkü dava dışı bırakılan kısım hakkında mahkeme hiçbir şey söylememiştir. Kısmi davanın tamamen kabulüne ilişkin kararda ek davada, kesin hüküm teşkil etmez. İki davanın tarafları ve sebepleri aynı olsa bile müddeabihî değişik olacaktır.", 11. HD, E. 1998/6198, K. 1998/7542, T. 09.11.1998 (www.kazanci.com.tr).

### III. BİLİRKİŞİ RAPORUNDA ALACAĞIN TAMAMININ TESPİT EDİLMESİNİN “BAĞLAYICILIK” BAKIMINDAN SONUCU

Yargıtay’ın kararlarında dikkati çeken ve kısmi dava ile ek dava arasındaki ilişkiye dair ikinci husus ise Yargıtay’ın bazı ilk davada alınan bilirkişi raporunu ek davada kesin delil olarak nitelendirmesidir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki bir davada alınan bilirkişi raporunun, başka bir davada kesin delil teşkil etmesi yargılama hukuku sistemimizde mümkün değildir. Yargıtay’ın eleştiriyi hakeden bu kararlarını, dayandıkları gerekçeleri de dikkate alarak incelemek gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede her ne kadar hukuki değerlendirmeler bilirkişi raporunun konusunu oluşturmamalıysa da bilirkişi raporunun hukuki ilişkinin varlığı yanında alacak miktarını da tespit ettiği hallerde Yargıtay’ın andığımız bu kararlarında ilk davada alınan ve hükme esas teşkil eden bilirkişi raporunu ek davada kesin delil olarak değerlendirdiği görülmektedir.

Kısmi davanın hüküm gerekçesinde, alınan bilirkişi raporunda borç doğuran sebebin bir bütün olarak tespiti yapılması ile bu ilişkiden doğan alacağın tamamının mı yoksa sadece talep edilen kısmının mı tespit edildiği de bu çerçevede değerlendirilmelidir<sup>47</sup>.

#### A. İlk Davada Alınan Bilirkişi Raporunda Alacağın Tamamının Tespit Edilmesi

Kısmi davada kural olarak alacağın talep edilen kısmının varlığı yahut yokluğunun incelenmesi ve buna göre hüküm kurulması gerekir. Farklı bir ifade ile kısmi davada borcu doğuran sebep bir bütün olarak ortaya koyulduktan sonra, sadece talep edilen miktar hükme bağlanmalıdır. Yargıtay kararlarında çoğunlukla, bilirkişi raporu ile alacağın tamamının tespit edildiği ve fakat talep sonucu kadarına hükmedildiği görülmektedir. Bilirkişi raporunda alacağın tamamının tespit edilmesi, bu bilirkişi raporuna ikinci davada da dayanılıp dayanılamayacağı sorusunu akla getirir.

<sup>47</sup> Bu konuda bkz. PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s. 1003. Yazar, bilirkişinin raporunda da sadece taleple sınırlı olarak görüş bildirmesinin istenebileceğini ifade etmiştir.

Doktrinde, alacağın sadece talep edilen kısmı için inceleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre alacağın sadece bir miktarının talep edildiği davada bilirkişi incelemesi sadece taleple sınırlı olarak yapılmalıdır. Zira taleple bağlılık ilkesi gereği hâkim talep edilmemiş kısmın bilirkişi incelemesine konu edilmesine karar veremez<sup>48</sup>. Kanaatimizce bu görüş her somut olay bakımından aynı ölçüde geçerli olmayabilir. Örneğin bedensel bir zarar nedeniyle açılan tazminat davalarında, uğranılan zararın sadece talep sonucuna konu olan kısmını hüküm altına almak için dahi zararı meydana getiren haksız fiilin bütün olarak tespit edilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkabilir.

Bu hususta değerlendirmeye geçmeden önce, Yargıtay kararlarına kısaca değinmekte fayda görüyoruz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kamulaştırmaz el atmaya ilişkin bir kararında<sup>49</sup>, değer tespiti için alınan ve kesinleşen ilk davada alınan bilirkişi raporunun kesinleştiğinden bahisle artık ikinci dava için bağlayıcı olduğuna değinmiştir. Buna karşın, Yargıtay'ın kamulaştırmaz el atma bedelinin tahsiline ilişkin davalarda yerleşik görüşünden ayrılarak ilk davada alınan raporun ikinci davada hâkimi bağlamayacağı yönünde kararları da mevcuttur<sup>50</sup>.

Kamulaştırmaz el atma bedelinin tahsili davaları dışında Yargıtay'ın yerleşik olarak kısmi davada alınan bilirkişi raporunun ikinci davada bağlayıcı olmadığı yönünde kararlar verdiğini görmek mümkündür. Hukuk Genel Kurulu, kısmi olarak açılmış itirazın iptali davasında bu hususa açıkça yer vermiştir: "...daha önce açılan kısmi davada alınan bilirkişi raporu daha sonra açılan ikinci davada hâkimi bağlamaz. Zira bilirkişi raporunun kesinlik kazanması ve kazanılmış hak teşkil etmesi verildiği ilk dava içindir. Bilirkişi raporu takdiri delillerden olup, kısmi davada alacağın dava edilen miktar kadar olduğunun ispat edilmesi yeterlidir. Açılan ikinci davaya konu edilen alacağın miktarının davacı tarafından kanıtlanması gerekir. Bu nedenle ilk davada alınan bilirkişi

<sup>48</sup> PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 993; TORAMAN, Barış; Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin 2017, s. 295.

<sup>49</sup> HGK, E. 2016/5-1121, K. 2016/837, T. 22.06.2016 (www.kazanci.com.tr).

<sup>50</sup> Anılan kararda Yargıtay, paydaşlarca açılan bir davada tespit edilen bedelin, kamulaştırmaz el atma bedelinin tahsili davasında "güçlü bir delil" olduğuna yer vermiştir, 5. HD, E. 2013/19142, K. 2014/4369, T. 20.2.2014 (www.kazanci.com.tr).

raporu bu davadaki alacak miktarının da ispatı için yeterli sayılamaz.”<sup>51</sup>. Bu kararda dikkati çeken bir diğer husus, alacak miktarının tespitine ilişkindir. Kısmi davada, talep sonucuna konu edilen kadar alacağın tespit edilmesi gerekli ve yeterlidir. Bununla birlikte, önceden de ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce kısmi dava da olsa, borç doğuran sebebin (örneğin hukuki ilişkinin) bir bütün olarak ortaya koyulması ve tespit edilmesi gerekir. Yani mahkemece alacak miktarı kısmen tespit edilse de alacağın doğduğu sebebin bir bütün olarak tespiti yapılmalıdır<sup>52</sup>.

Yargıtay’ın ilk davada alınan bilirkişi raporunun ikinci davada bağlayıcı olacağına ilişkin kararları da mevcuttur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, itirazın iptali davasında verdiği bilirkişi raporunun bağlayıcı olmayacağına ilişkin karar<sup>53</sup>, direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu’na gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu, kısmi davanın kabul veya reddi kararının taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun tespitini de içerdiğinden hareketle, kısmi dava sonunda verilen ve kesinleşen kararın tespite ilişkin bölümünün sonradan açılan ek dava için kesin hüküm oluşturacağını karara bağlamıştır. Anılan kararda dikkati çeken esas husus ise, Hukuk Genel Kurulu’nun borç ilişkisinin tespitinin kapsamına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmedir. Buna göre borç ilişkisinin varlığı ya da yokluğuna ilişkin tespit, doğası gereği, ilişkinin bütünü için yapılır<sup>54</sup>. Kanaatimizce Yargıtay’ın kısmi davada verilen hükmün ek dava bakımından kesin hüküm teşkil edeceği yönündeki görüşüne katılmıyoruz. Buna karşın, özellikle kısmi davada hukuki ilişkinin bir bütün olarak ortaya koyulduğu ve buna bağlı olarak kısmi edaya hükmedildiği durumlarda, artık ikinci davada aynı dava sebebinin yeniden

<sup>51</sup> HGK, E. 2007/614 K. 2007/696 T. 3.10.2007. Aynı yönde 15. HD, E. 2008/413, K. 2009/700, T.12.02.2009; 3. HD, E. 2013/2342, K. 2013/4474, T. 14.03.2013: “Kısmi davada alınan bilirkişi raporu açılan ikinci davada kesin delil oluşturamaz. İkinci davada da davacının talep etmiş olduğu alacak miktarını kanıtlaması gerekir. Zira açılan ilk davada alacak miktarının o davada istenilen kadar olduğunun kanıtlanması yeterli olup fazlasının kanıtlanması gerekmemektedir.” (www.kazanci.com.tr).

<sup>52</sup> Borç doğuran ilişkinin tespiti ile birlikte alacağın tamamı da yargılama sırasında tespit edilse dahi kesin hüküm gerekçeye etki etmeyeceğinden, gerekçede yer alan ve alacağın tamamına ilişkin olan bu tespitin kesin hüküm etkisi olmayacaktır, KURU, Baki/ BUDAĞ, Ali Cem; Tespit Davaları, 2. Baskı, Seçkin 2010, 145.

<sup>53</sup> 15. HD, E. 2005/624, K. 2005/5951, T. 10.11.2005 (www.kazanci.com.tr).

<sup>54</sup> HGK, E. 2007/15-126, K. 2007/210, T. 18.4.2007 (www.kazanci.com.tr).

değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Farklı bir ifade ile, borç doğuran sebebe gerekçede yapılan değerlendirme ikinci davada kesin delil olarak dikkate alınmalıdır.

Değindiğimiz iki karardan, bilirkişi raporunda borç doğuran sebebin mi yoksa alacak miktarının mı tespitinin yapıldığının önem taşıdığını, kısmi dava ile ek dava arasındaki ilişkinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği sonucuna ulaşabiliriz. Yargılama neticesinde kısmi edaya hükmedilse de, bu edaya dayanak olan borç doğuran sebebin, bir bütün olarak tespiti gerekir. İşte gerekçede yer verilecek bu tespit, ikinci davada kesin delil olarak değerlendirilmelidir. Buna karşın bilirkişi raporunda borcu doğuran sebebin tamamı tespit edilse de, taleple bağlılık ilkesi gereği sadece talep edilen miktara ilişkin bilirkişi incelemesi yapılmalı<sup>55</sup> ve nihayet talep sonucundan fazlasına da hükmedilmemelidir. Örneğin eser sözleşmesinden kaynaklanan 10000 TL lik alacağın şimdilik 3000 TL si talep ediliyorsa, eser sözleşmesi bütün olarak tespit edilecek, buna karşın alacağın 3000 TL'lik kısmının tespiti ile yetinilecektir.

### **B. İlk Davada Alınan Bilirkişi Raporunun Hükme Esas Alınması Halinde İkinci Davada Bu Raporun Ne Şekilde Değerlendirileceği**

Yukarıda değindiğimiz Hukuk Genel Kurulu kararında eleştirilmesi gereken diğer bir husus ise kısmi davada alınan bilirkişi raporunun, açılacak ikinci davada kesin delil teşkil edeceği yönündeki değerlendirmedir. Hukuk Genel Kurulu anılan kararında konuyu şu şekilde ifade etmiştir: “Ne var ki, kısmi davada kesinleşen hükme esas alınan rapor tümüyle inceleme ve itiraz konusu yapıp, tüm yargısal denetim yollarından geçerek toplam alacak miktarını ortaya koyacak şekilde kesinleşmiş ve taraflar yönünden yargısal denetim yolları tüketilerek usulü kazanılmış haklar gerçekleşmişse kesin delil olarak değerlendirilmesi gerekeceği de ortadadır. Bu nedenledir ki, bilirkişi raporlarının takdiri delil oldukları kural ise de somut olay özelliklerine göre kesin delil niteliği alabilecekleri de göz ardı edilmemelidir.”. Hatta kısmi davada alınan bilirkişi raporuna yönelik itirazların temyiz aşamasında reddedildiğinden, kesinleşen davada hükme esas alınan bilirkişi raporunun artık

<sup>55</sup> PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 993.

davalı açısından kesinleştiği de kararda ifade edilmiştir: “Özellikle, davalı tarafın kısmi davada verilen son kararı temyizinde bilirkişi raporuna yönelik temyiz itirazları, daha önce hükmüne uyulan bozma ilamları içeriğine göre kesinleştiği ifade edilerek reddedilmiş, karar onanmış; böylece kesinleşen kısmi davada hükme esas alınan rapor davalı yönünden kesinleşmiştir. Davacı ise raporlara itiraz etmemekle burada ortaya konan tazminat miktarı ile kendisini bağlamıştır. Taraflar açısından kesinleşen bu hususların yeniden inceleme konusu yapılması hukuken olanaklı değildir. Görülmektedir ki, somut olayda, kısmi davada alınan ve kesinleşen hükmün dayanağını teşkil eden bilirkişi raporunun kısmi dava tutarını aşan bölümü de açılan eldeki ek dava yönünden hem tarafları hem de mahkemeyi bağlayacak nitelikte kesin bir delil mahiyetini almış; yerel mahkemece salt hukukçu bilirkişinin raporu değil, kısmi davada kesinleşen bu rapor içeriği de dayanak alınarak hükme varılmıştır.”<sup>56</sup>.

Bilirkişi raporunun takdiri bir delil olması karşısında, ilk davada alınan rapora itiraz edilmemesinin, raporu kesin delil haline getirmesi söz konusu değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilk davada alınan rapora itiraz edilmemiş ve bu raporun hükme esas alınmış olması, bilirkişi raporunu kesin delil haline getirmez. HMK m. 282, hâkimin bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceğini açıkça hükme bağlamaktadır<sup>57</sup>. Bu maddeden hareketle, hâkimin bilirkişi raporu ile mutlak olarak bağlı olmadığı, ihtiyaç gördüğü durumlarda ek rapor alabileceği yahut yeniden bilirkişi incelemesine karar verebileceği sonucuna varılır. Bilirkişi raporu bu anlamda, hâkimin kendisinde bulunmayan teknik ve özel bilgiyi içeren ve bir açıdan hâkimin kanaatini tamamlayan veya kuvvetlendiren bir delil olduğu söylenebilir. Bilirkişi raporuna itiraz edilmemiş olması, takdiri bir delil olan bilirkişi incelemesini kesin delil haline getirmeyecektir. Kesin deliller kanunda sayılanlardan ibaret olup, usuli bir işlem olan itiraz etmeme işlemine,

<sup>56</sup> HGK, E. 2007/15-126, K. 2007/210, T. 18.4.2007. Aynı yönde HGK, E. 2016/5-1121, K. 2016/837, T. 22.06.2016 (www.kazanci.com.tr).

<sup>57</sup> Bu konuda bkz. ALİHOCAĞIL, Ömer Buğra; “Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz», Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. XXII, S. 3-4, s. 549 vd.

delili kesinleştirme sonucu bağlanması kanaatimizce ispat hukuku sistemiğimize uygun bir yorum değildir<sup>58</sup>. Bilirkişi raporu hükme esas alınsa dahi, bu ona kesin delil vasfı kazandırmaz. Zira kesinleşen ve maddi gerçeklik vasfı kazanan hükümdür. Hükümde bilirkişi raporunda yer alan hususların bulunması, kanunda kendisine verilmemiş vasıfları bilirkişi deliline vermek sonucunu doğuracaktır. Farklı bir ifade ile bilirkişi raporunun hükme esas alınması, salt bu yönüyle bilirkişi raporunu kesin delil halinde getirmez. Bu tarz bir sonucun, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine de aykırı olacağı kanaatindeyiz. Hâkim re'sen yahut tarafların talebi üzerine, aynı davada dahi ikinci bir bilirkişi incelemesi yaptırabiliyorken (HMK m. 266, ilk cümle), kısmi dava bakımından ilk davada alınan raporun, sırf hükme esas alınması ve itiraz edilmemiş olması nedeniyle, ikinci davadaki hâkimi bağlayacağı ve kesinleşeceği görüşü kanaatimizce yerinde değildir.

Nitekim doktrinde de kısmi davada hükme esas alınan bilirkişi raporunun, ikinci davada bağlayıcı olmayacağı isabetle ifade edilmektedir<sup>59</sup>. Akil, bilirkişi raporunun alındığı davada dahi hâkimi bağlamayacağını, dolayısıyla açılacak ek davada da bağlayıcı olmayacağını isabetle belirtmektedir. Yazara göre ek davaya bakan hâkim, ilk davada alınan raporu yeterli görerek ona göre karar verebileceği gibi, kendisi yeniden bilirkişi incelemesi de yaptırabilir<sup>60</sup>. Toraman'a göre ise, ilk davada alınan kararın kesinleşmiş ve kesinleşme dahilinde hükme esas alınan rapor bakımından bir tartışma bulunmamaktaysa, yeniden bilirkişi raporu alınmasına gerek yoktur<sup>61</sup>.

Bilirkişi raporunun itiraza uğramaması nedeniyle, lehine olan taraf bakımından usuli müktesep hak teşkil edeceği, Yargıtay kararlarında

<sup>58</sup> TORAMAN, s. 617.

<sup>59</sup> KURU, C. II, s. 1558.

<sup>60</sup> AKİL, s. 191. Bilirkişi raporunun usuli müktesep hak teşkil etmeyeceği, aksi kabulün hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebileceği ilkesine aykırı olacağı yönünde bkz. TORAMAN, s. 618.

<sup>61</sup> TORAMAN, s. 296. Yazarın burada, ilk davada alınan raporun ikinci dava bakımından bağlayıcı olup olmadığından ziyade, hâkimin yeniden bilirkişi incelemesi yapmasını gerektiren bir halin bulunmadığını ifade ettiği anlaşılmaktadır.

kabul gören bir görüştür<sup>62</sup>. Usuli müktesep hak, bir davada mahkemenin veya tarafların yapmış oldukları bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğan haktır<sup>63</sup>. Bilirkişi raporuna itiraz etmeme şeklinde ortaya çıkan usuli işlemin, bozmadan sonra rapor lehine olan taraf bakımından usuli müktesep hak teşkil edebileceği, hatta raporun “kesinleşeceği” şeklindeki yaklaşımın kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. Öncelikle usuli müktesep hak, hak doğrucu usuli işlemin yapıldığı yargılama bakımından söz konusu olur. Bu çerçevede, bozma kararına uyan yerel mahkeme, artık bu bozma kapsamında işlem yapacak, bozma kapsamı dışında kalan hususlar kesinleşecektir. Bilirkişi raporu bakımından böyle bir sonuca ulaşabilmek mümkün değildir. Bozmaya uyan yerel mahkeme artık sadece bozma kapsamında inceleme yapabilecekse de, bilirkişi raporunun bir takdiri delil olduğu ve hakim delilleri serbestçe değerlendirebileceği ilkeleri karşısında, itiraza uğramamış bilirkişi raporunun bozma kapsamı dışında kalsa dahi, usuli müktesep hak teşkil edemez<sup>64</sup>.

Kısmi davada hükme esas alınan bilirkişi raporunun ek davada, usuli müktesep hak teşkil etmesi gerekçesi ile bağlayıcı kabul edilmesi

<sup>62</sup> “Davacıya ait araçta meydana gelen hasar bedeli 22.11.2004 tarihli bilirkişi raporu ile 1.387.500.000.-TL olarak belirlenmiş bu rapora davalılar Z ve ŞD'nin itirazı üzerine Adli Tıp Kurumu'ndan alınan 25.4.2005 tarihli bilirkişi raporu ile de 2.316.662.280.-TL hasar belirlenmiştir. Davacı taraf 22.11.2004 tarihli bilirkişi raporu ile hesaplanan hasar bedeline uygun karar verilmesini istemekle davalılar lehine usulü kazanılmış hak doğduğu gözetilerek anılan rapor itibarıyla hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.” 17. HD, E. 2005/11666, K. 2005/10949, T. 29.11.2005; “Taraflardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmesi, diğerinin itiraz etmemesi halinde sonradan yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu verilen rapor itiraz edenin, öncekine göre, daha da aleyhine ise önceki rapor itiraz eden taraf yararına usuli kazanılmış hak oluşturur, bunun sonucu olarak itiraz etmeyen tarafın razı olduğu miktar aşılarak daha fazla değer belirleyen sonraki rapora dayanılarak karar verilemez. Mahkemece usuli kazanılmış hak gözetilmeden önceki kararda direnilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirir.”, HGK, E. 1983/5-841, K. 1985/573, T. 7.6.1985 (www.kazanci.com.tr).

<sup>63</sup> ÖZEKES, Muhammet ; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. III, 15. Bası, On İki Levha 2017, s. 2187; ALİHOCAGİL, s. 582; TURHAN, Nedim, “Kazanılmış Hak Kavramı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bu Konu ile İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, Yargıtay Dergisi, 1992/4, s. 461 vd.; AKGÜNDÜZ, Güzin / SALTİK, Saadetin, “Usul Hukukunda Kazanılmış Hak”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB), 1993, S. 2, s. 165. HMK'nda düzenlemesi bulunmayan usuli müktesep hak, aslen 04.02.1959 tarihli bir İBK'da dayanağını bulmaktadır.

<sup>64</sup> TORAMAN, s. 618.



de mümkün değildir. Aynı dava içerisinde dahi usuli müktesep hak teşkil etmeyen bilirkişi raporunun, ek davada rapor lehine olan taraf bakımından usuli müktesep hak teşkil etmesi mümkün değildir. Rapor hükme esas alınmış olsa dahi, bağlayıcı ve maddi gerçeklik vasfını haiz olan rapor değil, hükmün bizatihi kendisidir. Bilirkişi raporunda yer alan hususlar, artık hükmünde yer aldığı için, hükmün kesin delil etkisinden bahsetmek doğru olacaktır. Farklı bir ifade ile, ek dava bakımından kesinleşen bilirkişi raporu değil, kısmi davada verilen hükümdür. Kısmi davada verilen hükmün, ek davada usuli müktesep hak teşkil etmesi her halükârda mümkün değildir. Zira iki dava arasındaki ilişki ve birbirlerine etkisi, usuli müktesep hak teşkil etmeleri değil, hükmün kesin hüküm etkisini haiz olması veyahut hükmün kesin delil etkisi şeklinde ortaya çıkar.

#### IV. KISMİ DAVAYA KONU EDİLEN ALACAK BAKIMINDAN TEMERRÜT

##### A. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Kısmi davaya konu edilebilen alacaklarda, ilk davada dava edilen kısım bakımından temerrüdün, davalı daha önce temerrüde düşürülmediyse ve her halükârda, davanın açıldığı tarihte gerçekleşeceği, Yargıtay tarafından çoğunlukla kabul edilen görüştür. Yargıtay' a göre temerrüt sadece dava açılan kısım için gerçekleşir; davaya konu edilmeyen kısım bakımından da temerrüdün gerçekleştiğinin kabul edilmesi mümkün değildir<sup>65</sup>. Farklı bir ifade ile temerrüt dava edilen kısmın davaya

<sup>65</sup> "...bu dosyadaki dava tarihinde davacı asıl alacağını tahsil etmiş olmayıp üstelik bir kısmını da bu davada istemiştir. Bu sebeple ilk davada istenen asıl alacak miktarı için temerrüt faizi talep etme hakkı yitirilmemiştir. Bu durumda ilk davada istenen alacak için temerrüt tarihinin o dava tarihinde gerçekleştiği gözetilerek ilk dava tarihinden bu dava tarihine kadar işlemiş temerrüt faizinin hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış hükmün temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir...", 15. HD, E. 2016/1879, K. 2017/3474, T. 17.10.2017. Aynı yönde bkz. 9. HD, E. 1999/11622, K. 1999/12665, T. 13.07.1999, 9. HD, R. 1998/4298, K. 1998/6580, T. 15.04.1998; 15. HD, E. 1992/2094, K. 1992/2444, T. 07.05.1992: "...Davacı-karşı davalı kooperatif vekilinin temyiz itirazlarına gelince; davalı yüklenici açtığı 15.7.1983 tarihli karşı davada alacağın tamamını istememiş olması nedeniyle daha sonra açtığı 6.5.1988 tarihli davasındaki alacağı için ilk dava tarihinin temerrüde esas olamayacağı düşünülmenden..hesap yapılarak 249.973.566 TL. temerrüd faizinin hüküm altına alınması da usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." (www.kazanci.com.tr).

konu edildiği tarihte gerçekleşir. Bir davanın kısmi dava olarak açılmış olması, alacağın tamamı hakkında ilk dava tarihi itibariyle temerrüdün gerçekleşeceği sonucunu doğurmayacaktır.

### **B. İşleyecek Faizin Başlangıç Anının Tespiti**

Asıl alacağın fer'isi niteliğimde olan faiz, asıl alacağın akıbetine tabidir. Farklı bir ifade ile asıl alacak herhangi bir biçimde sona erdiyse artık faizin de talep edilebilmesi mümkün olmayacaktır<sup>66</sup>. Asıl alacağın bir davada, faizin ise ayrı bir davada talep edilebilmesi mümkündür<sup>67</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, asıl alacağın bir bütün olarak talep edildiği durumlarda, kısmi davadan değil; tam eda davasının söz konusu olmasıdır. Zira faiz, asıl alacağa bağlı ve fakat ondan ayrı bir alacak kalemidir. Dolayısıyla bu şekilde açılan bir dava, tam eda davası niteliğinde olacaktır.

TBK m. 131 de faizin asıl alacağa bağlı olduğunu hükme bağladıktan sonra, asıl alacağın sona ermesinden sonra faizin talep edilebilmesinin ancak bu hakkın saklı tutulması halinde mümkün olduğunu düzenlemektedir (TBK m. 131/II). Dolayısıyla asıl alacağın sona ermesinden sonra faizin talep edilebilmesi, ancak bu hakkın sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulması ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğunun anlaşılması halinde mümkün olacaktır. Özellikle faiz için dava açılması ve sonrasında asıl alacağın ifa edilmiş olması halinde, faiz talebinin caiz olduğu söylenebilir. Zira alacaklı, faizi dava konu ederek bu hakkından feragat etmediğini ortaya koymuştur<sup>68</sup>.

Yaptığımız bu kısa açıklamadan sonra kısmi dava bakımından, faizin iki şekilde ele alınması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Kısmi dava açıldığında, dava açılmasının doğal bir sonucu olarak, daha önceden temerrüt gerçekleşmediyse dava açılan kısım için temerrüt tarihi dava tarihi olacaktır<sup>69</sup>. Doktrinde kısmi dava dışında bırakılan

<sup>66</sup> EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin 2015, s. 979 vd.

<sup>67</sup> Zira faiz alacağı hukuken asıl alacaktan bağımsızdır, EREN, s. 980.

<sup>68</sup> AKİL, s. 303.

<sup>69</sup> AKİL, s. 305; AKİL, Cenk, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler", Ankara Barosu Dergisi (ABD), 2015/2, s. 87, yazar kısmi dava ıslah edildiğinde, temerrüt dava tarihinden önce gerçekleşti-

kısım bakımından temerrüt tarihinin, ya bu kısmın ıslah yoluyla devam eden davada talep edildiği tarih yahut ayrı dava açılmışsa, bu davanın açıldığı tarih olacağı da isabetle savunulmuştur. Faiz de bu tarihlerden itibaren hesaplanmalıdır. Buna karşın, temerrüt, alacağın tamamı bakımından dava tarihinden önce gerçekleşiyse, ıslah edilen veya ek davaya konu olan kısım bakımından faiz, temerrüt tarihinden itibaren işleyecektir. Davanın haksız fiilden kaynaklandığı durumlarda ise, TBK m. 117/II uyarınca temerrüt anı, haksız fiilin işlendiği tarih olacaktır. Dolayısıyla, davaya konu edilmeyen alacak kısmı içinde faiz, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>70</sup>.

Kısmi davaya konu edilmeyen alacak kısmı için faiz talep edildiğinde; dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, bu alacak kısmının zamanaşımına uğramamış olmasıdır. Zamanaşımı ıslah edilen kısım için dava tarihinde değil, ıslah tarihinde kesilmiş olduğundan<sup>71</sup> ıslaha kadar geçen süre içinde bu kısmın zamanaşımına uğraması da mümkündür<sup>72</sup>.

Doktrinde İyimaya, kısmi davada talep edilen faiz oranının, ek dava bakımından bağlayıcı olmayacağını savunmaktadır. Yazara göre kısmi davadaki faiz oranı (ve buna bağlı olarak hesaplanan faiz miktarı), ek davda kesin delil yahut kesin hüküm oluşturmaz. Bu da, kısmi dava ile ek davanın birbirinden bağımsız davalar olmasının bir sonucudur. Faiz, zaman içerisinde artış gösteren bir medeni semeredir. Bu kapsamda, faizin tabi olduğu periyodik dönemdeki her artışı, yeni bir olgu olarak değerlendirilmelidir. Yazara göre bu yaklaşım da, kısmi davada talep edilen faiz ile ek davada talep edilen faizin birbirinden farklı alacak kalemleri olmasının bir sonucudur<sup>73</sup>. Tasarruf ilkesi gereği davacı,

---

ğinden, ıslah edilen kısım için faizin de bu tarihe göre hesaplanması gerektiği görülmüştür.

<sup>70</sup> PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 1014-1015; AKİL, s. 307; AKİL, Faiz, s. 85-86; kısmi davada talep edilen faizin de asıl alacağa işleyen faizin bir kısmı olduğu gözden kaçırılmamalıdır, bu yönde bkz. İYİMAYA, s. 16.

<sup>71</sup> Ayrıca bkz. 9. HD, E. 2002/13820, K. 2003/1673, T. 17.02.2003: "Ek dava ve ıslah kavramlarını aynı şekilde yorumlayarak ek davada ileri sürülen zamanaşımı itirazının ilk davadaki dava tarihine göre reddedilmesi hatalıdır..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>72</sup> AKİL, s. 308.

<sup>73</sup> İYİMAYA, s. 16.

kısmi davayı açarken, talebine uygun bir faiz oranı tespit eder ve talebini bu orana göre ferdileştirir. Kısmi davayı müteakiben açılan ek davada ise davacı, yine talebine uygun bir başka faiz oranını esas alarak talebini davaya konu edebilir<sup>74</sup>.

Kamulaştırmasız el atma davalarında ise Yargıtay'ın faizin başlangıç anını kısmi davanın açıldığı tarih olarak belirlediği dikkati çeker. Yargıtay'a göre kısmi olarak açılan ilk davada tespit edilen bedel, taraflar için kesin hüküm niteliğinde olduğundan; ek olarak açılan davada yeniden değer biçilmesi ve bu bedele göre hüküm kurulması doğru değildir. Dolayısıyla ek davada ilk davada talep edilen miktardan geri kalan bedele hükmedilecek ve ilk dava tarihinden itibaren faiz işletilecektir<sup>75</sup>.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu da, yakın tarihli kararında<sup>76</sup> bir miktar para alacağının bir kısmının talep edildiği davada, dava konusu faiz belirtilmeden ıslah edilerek artırılmışsa, artırılan kısma dava dilekçesindeki faiz oranı uygulanacağı yönünde görüş bildirmiştir. Farklı bir ifade ile, davacı ıslah talebinde, davayı açtığı tarihte tercih ettiği faiz oranından farklı bir faiz oranını da tercih edebilir.

## **V. KANUN YOLU İNCELEMESİNDEN SONRA KİSMİ DAVANIN ISLAHI**

### **1. Genel Olarak Kanun Yolu İncelemesinden Sonra Islahın Mümkün Olup Olmadığı**

Kısmi dava açıldıktan sonra, alacağın kalan kısmının da aynı davada ıslah yolu ile talep edilebilmesi mümkündür<sup>77</sup>. Bununla birlikte kanun yolu incelemesinden sonra, ilk derece mahkemesince yeniden görülen kısmi davada ıslah hususu da incelenmelidir. Bu ihtimal bakımından özellikle, Yargıtay'ın 04.02.1948 tarihli İBK kararına değinmekte fayda vardır. Anılan karar uyarınca ıslah ancak ilk derece yargılamasında ve tahkikat tamamlanuncaya kadar yapılabilir. Yani Yargıtay bozma-

<sup>74</sup> İYİMAYA, s. 20.

<sup>75</sup> 5. HD, E. 2013/14563, K. 2013/23728, T. 23.12.2013; 5. HD, E. 2005/7239, K. 2005/7113, T. 20.06.2005 (www.kazanci.com.tr).

<sup>76</sup> İBK 2017/8-2019/3, 24.05.2019 (www.kazanci.com.tr).

<sup>77</sup> PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul, s. 1007; AKİL, s. 316 vd.

sından sonra ıslah yapılabilmesi mümkün değildir. Anılan karar incelendiğinde, temyize ilişkin hükümlerde ıslah yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemenin yer almamasına ve bozmadan sonra ıslahın kabul edilmesinin kazanılmış hakları zedeleyebileceğine vurgu yapıldığı dikkati çekmektedir<sup>78</sup>. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu aynı meseleyi yeniden ele almışsa da 1948 tarihli İBK'nın değiştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir<sup>79</sup>. Nihayet 22/7/2020 tarih ve 7251 sayılı Kanun ile HMK m. 177'de değişiklik yapılarak Yargıtay'ın bozması ya da bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra ıslah yapılabilceği hükme bağlanmıştır. Anılan değişiklik ikinci fıkrada yer almakta olup, şu şekildedir: *“Yargıtay'ın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz”*. Doktrinde bu değişiklik,

<sup>78</sup> “Konunun aydınlanması ve anlaşmazlığın çözümü bakımından olaya temas eden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun seksen dördüncü maddesi hükmü kanunumuzun mehazı olan Noşatel Usul Kanununun işbu seksen dördüncü maddemize tekabül eden yetmiş sekizinci maddesi hükmü ile birlikte mütalaa edilmek icap eder. Noşatel Usul Kanununun yetmiş sekizinci maddesinde "ıslahın duruşmanın sonuna kadar Jusqu'a la cloture des debats" ve teşkilatımızı hedef tutan seksen dördüncü maddede ıslah; tahkikata tabi olan davalarda tahkikat bitinceye ve tabi olmayanlarda muhakeme hitamına kadar yapılabilir" denilmekle bahis konusu yetmiş sekiz ve seksen dördüncü maddelerin açık ibarelerinden ıslahın yalnız tahkikat ve yargılama safhalarında yani tahkikat bitinceye ve hüküm verilinceye kadar mümkün olabileceği kastedildiği ve tahkikat ve yargılama devresinden sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır. Kanunumuzun temyiz faslında ve hususiyile 430 uncu maddede hüküm temyizen bozulduktan sonra da ıslahın cari olabileceğine dair sarih ve zımni bir hüküm mevcut olmamasına ve aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman ile takyid edildiğine göre seksen dördüncü maddenin mücerret ıtlakına bakılarak bu istisnai yolun hükmün Yargıtayca bozulmasından sonraki safhalara da şumulünün kabul edilmesi bozma kararıyla kazanılan hakları ihlal edebileceği gibi tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi hallerinde de işin sonuçlanması güçleşir. Ve bu suretle bu müesseseden beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşer.”, İBK, 04.02.1948, E. 1944/10, K. 1948/3, T. 4.2.1948. Bu konuda kapsamlı bir değerlendirme için bkz. ARAS, Aslı, “Yargıtay Kararları ve Doktrin Görüşleri Işığında İslahın Zaman Sınırı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Mayıs- Haziran 2017, C. 12, S. 153 – 154, s. 9 vd.

<sup>79</sup> YİBK, E. 2015/1, K. 2016/1, T. 6.5.2016 (www.kazanci.com.tr).

ıslahın bozmanın esasa mı yoksa usule mi ilişkin olması gerektiği sorusuna yanıt vermediği gerekçesi ile eleştirilmiştir<sup>80</sup>. Kanaatimizce burada bozma veya kaldırma kararının kapsamı dikkate alınmalıdır. Zira ilk derece mahkemesi tahkikatını bu bozma veya kaldırma kapsamında yapacak, bu kapsam dışında kalan hususlar kesinleşecektir. Dolayısıyla kısmi davada müddeabihin artırılmasının ancak esasa ilişkin bozma veya kaldırma kararlarında mümkün olacağı kanısındayız.

Yargıtay bozması veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararı sonrası ilk derece mahkemesine dönen davada ıslah yapıp yapılmayacağı, anılan kanun değişikliğinden önce doktrinde farklı görüşlerin ileri sürüldüğü tartışmalı bir konuydu. Bu görüşlere kısaca değinmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Yargıtay'ın bozma kararından sonra ıslah yapılabileceği görüşünü savunanlara göre, bozmadan sonra yeni bir yargılama ve tahkikat yapıldığından, bu aşamada ıslah yapılabilmesi de mümkündür<sup>81</sup>. Özekes, bozmadan sonra ıslahın ancak bozmanın usule ilişkin olması halinde mümkün olabileceğini savunmaktaydı. Müellife göre, bozma usule ilişkin olduğunda ilk derece yargılamasında yapılmış gerçek bir tahkikattan bahsedilemeyeceği için, bozmadan sonra tahkikat yenilecektir<sup>82</sup>. Diğer bir görüşe göre ise İBK sonra, bozmadan sonra ıslah yapılabilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir<sup>83</sup>. Nihayet üçüncü bir görüşe göre bozma kararı sonrası ıslah, Yargıtay'ın bozmasına konu olan hususlarla sınırlı olarak yapılabilir. Bozma kapsamı dışında kalan hususlar, diğer taraf bakımından usuli müktesep hak teşkil edeceğinden, artık ıslaha konu edilebilmesi de mümkün değildir<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", TBBD, 2020 (150), s. 278 vd.

<sup>81</sup> KURU, s. 592. Yazar en azından bozmanın hükmün esasına değil de usule ilişkin olduğu durumlarda yapılacak yeni tahkikat sırasında ıslahın mümkün olması gerektiği kanaatindedir. Aynı yönde bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 551.

<sup>82</sup> ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 1526; ERDEM, Kaan Mahmut / ERDEM, Deniz, "Islah Hakkı ve Zaman İtibariyle Kullanılması", İstanbul Barosu Dergisi (İBD), 2017, C. 91, S. 2, s. 70

<sup>83</sup> UMAR, s. 526.

<sup>84</sup> YILMAZ, Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Yetkin 2013, s. 517; KARSLI, s. 682.

## B. Kısmi Davanın Kanun Yolu İncelemesinden Sonra İslahı

HMK m. 177'de yapılan değişiklikten önce, Yargıtay'ın kısmi davada bozmadan sonra ıslah yolu ile müddeabihin artırılamayacağına ilişkin istikrarlı kararları mevcuttu. Yüksek mahkeme kararlarını anılan İBK'larına atıf yaparak, bozmadan sonra ıslahın (ıslah bozma kapsamında kalan bir hususa ilişkin olsa dahi) yapılamayacağı şeklinde gerekçelendirmekteydi<sup>85</sup>. Kanaatimizce 7251 sayılı kanundan önce dahi bozmadan sonra ıslahın mümkün olduğu kabul edilmelidir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki, usule ilişkin bozma kararından sonra ilk derece mahkemesi tarafından yeniden tahkikat yapılacağından, bu aşamada ıslah yapılabilirdir. Aynı şekilde esasa ilişkin bozma kararlarından sonra da, sadece bozma kapsamında kalan hususlar bakımından ıslahı mümkün olmalıdır. Zira her iki durumda da ilk derece mahkemesi aslen yeniden tahkikat yapacaktır. Yeniden yapılan bu tahkikat sırasında da ıslah mümkün olmalıdır<sup>86</sup>. Nitekim 7251 sayılı kanunla HMK m. 177'de yapılan değişiklikte de ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması durumunda ıslahın mümkün olduğu hükme bağlanmış-

<sup>85</sup> "Bir davanın yargılması sonucunda verilen hükmün, Yargıtay'ca bozulmasından sonra tarafların ıslah isteminde bulunmalarına imkân olmadığı 04/02/1948 tarihli ve 1944/10 Esas 1948/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı ile kabul edilmiştir. Nitekim, 06/05/2016 tarihli ve 2005/1 Esas 2006/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararı ile de "bozma kararı sonrası ıslah yapılamayacağı ve 04/02/1948 tarihli ve 1944/10 Esas 1948/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararının değiştirilmesinin gerekmediğine" karar verilmiştir. Bu nedenle, mahkemece; davacıların ıslah öncesi talepler dikkate alınarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, ıslah talebi dikkate alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup...", 3. HD, E. 2018/6184, K. 2018/12612, T. 11.12.2018; aynı yönde bkz. 9. HD, E. 2017/1260, K. 2017/3000, T. 2.3.2017; 22. HD, E. 2017/44913, K. 2017/30383, T. 21.12.2017; 23. HD, E. 2018/770, K. 2018/5817, T. 18.12.2018. Yargıtay'ın bozmadan sonra ıslah yapılabileceğine ilişkin kararlarına da rastlamak mümkündür, bu yönde bkz. 15. HD, T. 26.01.2006, E. 2005/4503, K. 2006/3068 (www.kazanci.com.tr).

<sup>86</sup> 09.07.2017 yılında yayınlanan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın 17. Maddesinde, HMK m. 177 hükmüne bu yönde bir ek yapılması öngörülmüştür: "Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.", <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/HMK-TASARI-duz-METINVEGEREKCELER.pdf> (Erişim tarihi: 11.06.2020).

tır. Şüphesiz ıslahın bir kereye mahsus olmasına ilişkin kural, bozmadan sonra da hüküm ifade edecektir. Farklı bir ifade ile, bozmadan önce ıslah yapıldıysa, artık bozmadan sonra yeniden tahkikat yapılacağı gerekçesi ile ikinci defa ıslah yapılması mümkün olmamalıdır. HMK m. 176/II'de düzenlemesini bulan bir defa ıslah yapılabilmesi hükmünün koruma amacı, ıslahın kötü niyetle ve yargılamayı uzatma amacı ile kullanılmasının önüne geçilmesidir<sup>87</sup>. Özellikle bozmadan sonra ıslahın herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kabul edilmesi, sadece kötü niyetli girişimlere imkân vermekle kalmaz, aynı zamanda usuli müktesep hakkı zedeleyici sonuçlar da doğurabilir. Bu bakımdan ilk derece yargılamasında ıslah hakkı bir kere kullanıldıysa, artık bozmadan sonra ıslah yoluna gidilememelidir<sup>88</sup>.

Değerlendirmemiz geçmeden önce HMK m.177/II'de ifadesini bulan "bozma" ve "kaldırma" ile buna bağlı olarak bozma veya kaldırma kararından sonra yapılan yargılamanın ne anlama geldiği ve hangi hallerde bozmadan sonra ilk derece mahkemesinde yargılama ve dolayısıyla tahkikat yapılacağı hususunda değinmekte fayda görüyoruz. Kanun yolu incelemesinden sonra ıslah, davanın ilk derece mahkemesine geri dönmesi halinde söz konusu olur. Zira istinaf incelemesi sırasında ıslah yapılamayacağı HMK m. 357/I hükmünde açıkça düzenlenmiştir<sup>89</sup>. Dolayısıyla kanun yolu incelemesinden sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği ihtimallerin tespit edilmesi ve sorunun da bu çerçevede incelenmesi lazımdır.

HMK m. 373/I uyarınca istinaf başvurusunun bölge adliye mahkemesince esastan reddi kararına karşı yapılan temyiz başvurusu yerinde görülürse, esastan red kararı kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilir. Bu halde Yargıtay'ın verdiği kısmen veya tamamen bozma kararı, başvurunun esastan reddi kararı-

<sup>87</sup> EROĞLU, Orhan, "Islah ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair tasarı Taslağı kapsamında Islahın Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), Eylül 2018, C. 31, S. 138, s. 167-168.

<sup>88</sup> Benzer görüşte bkz. ARAS, s. 18, 23 vd.; EROĞLU, s. 196.

<sup>89</sup> Akkaya, istinaf derecesinde vakıa incelemesi yapılabileceğinden ıslah yoluyla veya karşı tarafın muvafakatı ile talep sonucunun artırılmasının, kanuna eklenecek bi hükümle izin verilebileceği kanısındadır, AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara, 2009, s.



nın doğru olmadığı ve aslında yapılan başvurunun yerinde olduğu yönündedir. Dolayısıyla dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesi ve istinafa başvuru sebepleri dikkate alınarak yeniden tahkikat yapılması söz konusu olur. İstinaf başvurusunun hangi hallerde esastan reddedileceği göz önüne alınırsa, ilk derece mahkemesine gönderilen dosyada yeniden tahkikat yapılabileceği açıkça görülecektir.

HMK m. 353/I, b, 1 uyarınca incelenen mahkeme kararının usul veya esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığı takdirde başvurunun esastan reddine karar verilecektir. Yani bu durumda bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın doğruluğunu teyit etmiş olacaktır<sup>90</sup>. Bölge adliye mahkemesi ileri sürülen istinaf sebeplerinin ne gerekçe ile reddedildiğini kararında açıklamalıdır. Yani başvurunun esastan reddi kararı verilirken istinaf mahkemesi istinaf sebeplerini tartışacak, kendi değerlendirmesine gerekçede yer verilecektir<sup>91</sup>. İstinaf mahkemesinin bu kararını inceleyen Yargıtay da gerekçede yer verilen bu hususların yerinde olmaması sebebiyle, farklı bir ifade ile ilk derece mahkemesinin verdiği kararın istinafa başvuru sebepleri dikkate alınarak, yeniden incelenmek üzere dosyayı ilk derece mahkemesine gönderecektir. İlk derece mahkemesinde yapılacak olan ikinci yargılama sırasında ıslah yapılabilmesi mümkündür (HMK m. 177/II). HMK m. 177/II uyarınca ilk derece mahkemesinde yapılan bu ıslahta bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz. Yani ıslah, bozma sebebiyle ortaya çıkan usuli müktesep hakkı zedeleyemez. Bu kapsamda, istinaf başvurusuna konu edilmeyen hususlar, bozma kapsamı dışında kalacaktır. Kısmi davanın bu şekilde ilk derece mahkemesinde ıslah edilip edilemeyeceği de bu çerçevede değerlendirilmelidir. Kısmi dava istinafa başvurusuna ve sonrasında temyiz başvurusuna konu edildiğinde, müddeabihin artırılması kanaatimizce mümkündür. Zira zaten kısmi olarak açıldığı belli olan davada, sadece talep sonucu artırılmış olacak ve bozma ile ortaya çıkan sonuç ortadan kaldırılmamış olacaktır. Farklı bir ifade ile davacı dava sebebi olan vakıalarda herhangi bir değişikliğe gitmeden, baştan alçağının sadece bir kısmını talep ettiği

---

<sup>90</sup> AKKAYA, s. 321.

<sup>91</sup> AKKAYA, s. 322.

davada ıslah yoluna başvurarak artık alacağının tamamını isteyecektir. Bu çerçevede ilk derece mahkemesinde yapılan tahkikatta zaten alacağın kaynağı olan hukuki ilişkinin bir bütün olarak tespiti yapılmış olacağından (ve taraflar da bu kapsamda iddia ve delillerini sunmuş olacağından) kısmi davada talep sonucunun artırılmasının, bozma ile ortaya çıkan sonucu ortadan kaldıracı bir etki yaratmayacağı kanaatindeyiz.

Dosyanın kanun yolu incelemesinden sonra ilk derece mahkemesine döneceği ikinci hal HMK m. 353/I, a uyarınca bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırması ve dosyayı iade etmesi halidir. Bu halde bölge adliye mahkemesi işin esasına girmez. HMK m. 353/I, a' da sayılan haller şunlardır:

*“1) Davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş olması.*

*2) İleri sürülen haklı ret talebine rağmen reddedilen hâkimin davaya bakmış olması.*

*3) Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış bulunması*

*4) Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması.*

*5) Mahkemece usule aykırı olarak davanın veya karşı davanın açılmaması sayılmasına, davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına, karar verilmiş olması.*

*6) Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması.”*

Kanaatimizce özellikle mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması durumu ilk derece mahkemesinde yeniden tahkikat yapılmasına sebebiyet verecek niteliktedir. Yukarıda HMK m. 373 için yaptığımız açıklamalarımızı burada da özellikle HMK m. 353/I, a, 6 da yer verilen kaldırma sebebi bakımından da tekrar ediyoruz. Yani mahkemece delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması yahut talebin bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması aslen uyuşmazlığın söz konusu deliller ve talep bakımından yeniden ele alınmasını ve tahkikat yapılma-

sını gerektirecektir. Doktrinde Akkaya, ilk derece mahkemesinde ıslah yapılabilmesinin dava malzemesinin eksiksiz toplanmasına ve sonraki istinaf denetiminin saha sağlıklı yapılabilmesine hizmet edeceği görülmüştür. 7251 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile HMK m. 353/I, a kapsamında da kanun yolu denetimi sonrası ıslah yapılabilmesi ve talep sonucunun artırılabilmesi mümkün olup, kanaatimizce bozma ile ortaya çıkan sonucu ortadan kaldırıcı nitelikte değildir.

## SONUÇ

Çalışmamızda kısmi dava bakımından ele aldığımız ilk sorun kısmi davada verilen hükmün, ek davada ne şekilde etki göstereceğidir. Kısmi dava ve ek davanın tarafları ve taleplerin dayandığı vakıalar aynıdır. Buna karşılık talep sonucu aynı alacağın farklı kısımlarına ilişkindir. Bu durum, iki dava arasında kesin hüküm ilişkisi doğmasına engel olsa da, kısmi davada hukuki ilişkinin tespitine ilişkin gerekçede yer alan hususlar ve buna bağlı olarak verilen karar, ek davada kesin delil etkisi taşır. Zira kısmi davada hüküm verilebilmesi, talebe dayanak teşkil eden hukuki ilişkinin bir bütün olarak tespit edilebilmesine bağlıdır. Dolayısıyla örneğin hukuki ilişkinin geçerli biçimde kurulduğu ilk davada kabul edilmiş ise artık ikinci davada hukuki ilişkinin geçersizliğinden bahsedilememesi gerekir. Bu kabul aynı vakıalara dayanan ve aynı taraflar arasında açılmış iki davada farklı ve çelişkili hükümler verilmesinin de önüne geçer. Yargıtay içtihatlarında, alacak miktarına ilişkin ve hükme esas alınan bilirkişi raporunun, ek davada da bağlayıcı olacağı yönünde tespitlere rastlansa da, ispat hukukumuz ve delil sistemimiz, böyle bir sonuca ulaşmaya olanak tanımaz. Takdiri bir delil olan bilirkişi raporuyla esasen davayı gören hâkim bağlı olmayıp yeniden rapor alabilecekken, ek davayı gören hâkimin, bilirkişi raporu ile bu şekilde bağlı olduğunun kabulü mümkün değildir. Raporun hükme esas alınması durumunda ise, bilirkişi raporunun bağlayıcılığından değil, duruma göre, kesin hükmün kesin delil etkisinden bahsetmek gerekir.

Kısmi davaya konu edilen alacak bakımından temerrüt anının tespiti, faizin hesaplanması bakımından önem taşır. Bu kapsamda, kısmi davaya konu edilen alacak kısmı için faizin, önceden temerrüt gerçekleşmediyse, dava tarihi itibarıyla işlemeye başlayacağı söylenebilir. Açılacak ek davadaki alacak kısmı için faiz de bu dava tarihi itibarıyla işle-

yecektir. Kısmi dava, faiz oranı belirtilmeden ıslah edilirse, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince ıslah edilen kısma da dava dilekçesindeki faiz işletilecektir.

Kanun yolu incelemesinden sonra kısmi davanın ıslah edilip edilemeyeceği hususu ise öncelikle hangi hallerde kanun yolu incelemesinden sonra dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiğinin tespitini gerektirir. Bu çerçevede bölge adliye mahkemesinin başvurunun esastan reddine ilişkin verdiği kararın temyiz incelemesi sonucunda ilk derece mahkemesine gönderilmesi ile, bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını kaldırarak dosyayı yeniden ilk derece mahkemesine iade ettiği durumlarda, HMK m. 177/II uyarınca kanun yolu incelemesinden sonra ıslah söz konusu olabilir. Bu hallerde ilk derece mahkemesi yeniden tahkikat yapabileceğinde, bozma veya kaldırma kararı kapsamında ıslah yapılabilmesi de mümkün olacaktır.

## KAYNAKLAR

- AKGÜNDÜZ, Güzin/SALTIK, Saadettin; Usul Hukukunda Kazanılmış Hak, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), 1993, S. 2, s. 165-177.
- AKİL, Cenk; Kısmi Dava, Ankara, Yetkin, 2013.
- AKİL, Cenk; Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler, Ankara Barosu Dergisi (ABD), 2015/2, s. 69-107. (Anılış: "Faiz")
- ALİHOCAGİL, Ömer Buğra; Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII, S. 3-4, 2018, s. 547-588.
- ARAS, Aslı; Yargıtay Kararları ve Doktrin Görüşleri Işığında Islahın Zaman Sınırı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 153 – 154, Mayıs- Haziran 2017, s. 9-30.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema; Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin 2017.
- ASLAN, Kudret; Kısmi Davaya İlişkin HMK m. 190/II Hükmünün Yürürlükten Kaldırılmasının Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), C. 11, S. 2-12, Mart-Nisan 2016, s. 492-540.
- ATALI, Murat; Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Code de Procédure Civile Commenté, Helbing&Lichtenhahn, Bâle 2011.
- CURCHOD, Nicolas/ GONCZY, Gulillaume; L'Action Partielle, Présentation D'un Instrument Procédural Méconnu À La Lumière De La Jurisprudence, PJA 2019, s. 803-818.
- DE BENOIT, Alice; L'Action Partielle Et L'abus De Droit, QFLR 1/14, s. 20-25.
- DOMANIÇ, Hayri; Hukukta Kazıyyei Muhakeme ve Nispi Kuvveti, İstanbul, 1964.
- ERCAN ÖZLER, Meltem; Medeni Usul Hukuku'nda Dava Konusu, On İki Levha, İstanbul, 2019.

- ERDEM, Kaan Mahmut/ ERDEM, Deniz; Islah Hakkı ve Zaman İtibariyle Kullanılması, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), C. 91, S. 2, Y. 2017, s. 61-76.
- EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.
- EROĞLU, Orhan; Islah ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair tasarı Taslağı kapsamında Islahın Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD), C. 31, S. 138, Eylül 2018, s. 159-208.
- GROBÉTY, Laurent; Le Cumul Objectif d'Actions en Procédure Civile Suisse, Schulthess, 2018.
- GÜRDOĞAN, Burhan; Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- HABSCHEID, Walther J.; Droit Judiciaire Privé Suisse, Geneve 1981.
- HEINZMANN, Michel; L'Action Partielle Contre un Débiteur Solidaire, REAS, 2018, s. 83-87. (Anılış: Partielle)
- HEINZMANN, Michel; La Procédure Simplifiée (Une Emanation du Proces Civil Social), Schulthess, Fribourg, 2018.
- HOHL, F.abienne; Procédure Civile, Tome I, 2e Edition, Introduction ve Théorie Générale, Stämpfli Verlag, Berne, 2016.
- İYİMAYA, Ahmet; Kısmi Davada Kesinleşen Faiz Oranının Ek Dava İçin Bağlayıcılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi (ABD), 1989/1, s. 13-24.
- KARSLI, Abdürrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Alternatif 2012.
- KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. Baskı, Demir Demir 2001. (Anılış: Şerh)
- KURU, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016.
- KURU, Baki; Hukuk Usulünde Dava Sebebi, AD 1967/4, s. 239-268. (Anılış: Dava Sebebi)
- KURU, Baki / BUDAK, Ali Cem; Tespit Davaları, Seçkin, İstanbul, 2010.
- PEKCANITEZ, Hakan; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. II, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.

- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, TBBD, 2020 (150), s. 247-299.
- ÖZEKES, Muhammet; Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden: Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.
- TANRIVER, Süha; Belirsiz Alacak Davası ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar, Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2015-2, s. 8-32.
- TAPPY, Denis; Note sur l'Action Partielle et Ses Sanctions, JdT III 2008, s. 99-108. (Anılış: Note)
- TAPPY, Denis; Cumul Objectif et Concours d'actions selon le Nouveau CPC, Nouvelle Procédure Civile et Espace Judiciaire Européen, Actes du Colloque de Lausanne, Genève 2012, s. 169-225.
- TOPUZ, Gökçen; Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK'nın Kısmi Davaya İlişkin Düzenlemesi, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 3, Eylül 2014, s. 177-192.
- TORAMAN, Barış; Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin, Ankara, 2017.
- TURHAN, Nedim; Kazanılmış Hak Kavramı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bu Konu ile İlgili Bir Kararı Üzerine Düşünceler, Yargıtay Dergisi, 1992/4, s. 461-475.
- UMAR, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim; Kısmi Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara, 2010, s. 409-423.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000. (Anılış: Yargılama)
- YILMAZ, Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013.





## İZMİR BAKIRÇAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ EĞİTİMİNE KATKI SAĞLAMAK AMACIYLA STAJYER AVUKAT EĞİTİMİ VEREN AVUKATLARA YAPILAN ANKET SONUÇLARININ ANALİZİ

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI\*

Doç. Dr. Anıl ÇAMYAMAÇ\*\*

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Mert DUYGUN\*\*\*

Arş. Gör. Veysel Candan CANOĞLU\*\*\*\*

Arş. Gör. Kerim AZAK\*\*\*\*\*

\* Prof. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku A.B.D., Öğretim Üyesi, İzmir, Türkiye | Prof. Dr., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Istanbul, Turkey.

✉ serkan.cinarli@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-2471-875X

\*\* Doç. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk A.B.D., Öğretim Üyesi, İzmir, Türkiye | Doç. Dr., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of International Law, Istanbul, Turkey.

✉ anil.camyamac@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-8476-9110

\*\*\* Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku A.B.D., Öğretim Üyesi, İzmir, Türkiye | Asst. Prof., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Istanbul, Turkey.

✉ mert.duygun@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-7519-6170

\*\*\*\* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku A.B.D., İzmir, Türkiye | Asst., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law, Istanbul, Turkey.

✉ veysel.canoglu@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0003-1244-8737

\*\*\*\*\* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku A.B.D., İzmir, Türkiye | Asst., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Istanbul, Turkey.

✉ kerim.azak@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-4830-771X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÇINARLI Serkan / ÇAMYAMAÇ Anıl / DUYGUN Ahmet Mert / CANOĞLU Veysel Candan / AZAK Kerim, "İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitimine Katkı Sağlamak Amacıyla Stajyer Avukat Eğitimi Veren Avukatlarla Yapılan Anket Sonuçlarının Analizi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1545-1598.

📄 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Öz

Hukuk fakültesi eğitimlerinin nasıl olması gerektiği hep tartışılan bir konu olmuştur. Nitekim uzun süren bu tartışmalar sonucunda 7188 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile "hukuk mesleklerine giriş sınavı" getirilmiştir. Bu çalışma, öncelikle İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi eğitimine olmak üzere bütün hukuk fakültelerinin eğitimine katkı sağlamak amacıyla yapılmıştır. Bu kapsamda İzmir'de avukat stajyerleriyle birlikte çalışan 236 deneyimli avukat ile anket yapılmıştır. Anket soruları belirlenirken kamuoyuna yansıyan hukuk eğitimine ilişkin tartışmalardan esinlenilmiştir. Yapılan anket sonucunda hukuk eğitimine ilişkin çok önemli veriler elde edilmiştir. Elde edilen bu veriler değerlendirilmiş ve bu değerlendirmenin sonuçlarına çalışmada yer verilmiştir. Bu çalışma ile Hukuk eğitiminin modellenmesi gibi bir amaç güdülmemiştir. Sadece mevcut eğitime katkı sağlayacak veriler paylaşılmıştır. Sonuç bölümünde de toplanan bu verilerden hareketle atılan ve atılabilecek adımlara ilişkin tavsiyeler verilmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Hukuk Fakültesi • Hukuk Eğitimi • Avukatlık • Avukat Stajyeri • Hukuk Meslekleri

## ANALYSIS OF THE SURVEY RESULTS OF LAWYERS PROVIDING TRAINING FOR TRAINEE SOLICITORS TO CONTRIBUTE TO IZMIR BAKIRCAY UNIVERSITY LAW FACULTY EDUCATION

### Abstract

The conditions and premises of law school education have always been a matter of discussion. Indeed, as a result of these long discussions, the "entrance examination for legal professions" has been introduced with the 3rd article of the Law No. 7188. This study was carried out to contribute to the legal education in all law schools in Turkey, primarily to the İzmir Bakırçay University Law School. In this context, a survey was conducted with 236 experienced lawyers working with trainee solicitors in İzmir. The survey questions was inspired by the discussions about the legal education reflected to the public. As a result of the survey, decidedly prominent data regarding legal education were collected. These collected data were assessed and the result of the assessment was included in the study. It has to be pointed out that it is not intended to redesign the legal education by virtue of this study. On the contrary, only data, which might contribute to the legal education system will be shared. In the conclusion part, the recommendations regarding the steps that can be taken based on these collected data will be given.

### Key Words

Law School • Legal Education • Lawyer • Trainee Solicitor • Legal Professions

## GİRİŞ

Hukuk eğitimi tüm ülkelerde her zaman zorlanarak alınan ve güçlükle mezun olunan bir eğitim olarak mütalâa edilebilir. Hukuk gibi insanın, toplumun ve devletin odağında yer aldığı; doğum öncesinden ölüm sonrasına kadar hayatın her evresini düzenleyen bu bilim dalının eğitiminin bu denli ayrıntılı ve zor olması bu çerçevede şaşırtıcı olmasa gerektir. Hukuk fakültelerinde eğitim alan öğrenciler, temelde, ortalamanın daha üzerinde öğrenciler olarak nitelendirilmektedir. Nitekim bu bölüme daha yüksek puanlarla girildiği bir gerçektir. Hukuk fakültesi öğrencisinin zeki, hazır cevap, oldukça hızlı muhakeme yeteneğini haiz, farklı bakış açılarıyla ve mantıkla konuyu değerlendirebilir olması gerekmektedir. Bunun dışında, mesleğin özellikleri dikkate alındığında, anadiline hâkim, kendisini iyi ifade eden bir kişi olması da zarurî nitelikler arasında yer almaktadır.<sup>1</sup>

Türkiye’de de uzun bir müddettir hukuk eğitimi konusunda reformların yapılması planlanmaktadır.<sup>2</sup> Nitekim son raddede hukuk eği-

<sup>1</sup> Tüm bunlar bir yana hukuku seçen kişilerin mükemmelliyetçi ve aynı zamanda karamsar oldukları da ifade edilmektedir. Her ne kadar bu iki özelliğe bir psikiyatrin belirlenmeleri olarak yer veren yazar avukatlık mesleği ile ilgili kötümser bir tablo çizmiş olsa da bkz. FRENCH D., “American Legal Education and Professional Despair”, *Academic Questions*, vol. 24, 2011, s. 157-166, özellikle s. 158.

<sup>2</sup> Bir şekilde tüm devletlerde hukuk eğitiminde reform süreci/süreçleri yaşanmaktadır. Bu konuya dair yakın zamanlı örneklerden biri hukuk mesleği ve eğitimi açısından birtakım yeni düzenlemelere gidilen İngiltere teşkil edebilir. 2000’li yılların başında hukuka dair bir dizi düzenleme ile İngiltere’de meslekî ve eğitimsel alanda birtakım yenilikler getirildiği ifade edilmektedir. Bu konuda bilhassa bkz. SOMMERLAD H. & YOUNG R. & VAUGHAN S. & HARRIS-SHORT S., “The Futures of Legal Education and the Legal Profession”, in *The Future of Legal Education and the Legal Profession*, edited by Sommerlad & Young & Vaughan & Harris-Short, Oxford, 2015, s. 1-21. İlâve edilmelidir ki İngiltere’de bir yargıcn hukuk düzenine ilişkin 1980’lerde yazdıkları hukuk eğitiminin her zaman değişime muhtaç olduğunun da bir göstergesi gibidir. Yargıç Lord *Lawton* makalesinde kendisinin hukuk eğitimini aldığı 1945 öncesi dönemdeki eğitimin günün koşulları çerçevesinde tamamen yetersiz olduğunu belirttikten sonra o günün kuşağının (1980’ler kuşağı) hukuk eğitimini alanlar için ancak yeterli olabileceğini ve fakat hukuk eğitiminde daha fazla değişikliğe gidilmezse yüzyılın sonunda (yani 16 yıl sonra) tamamen yetersiz olunacağını eklemeyi ihmal etmiştir. Esasen Lord *Lawton*’un değişiklikleri zamanın ruhuyla da ilgilidir. Yâni, hukuk eğitimi de zamanın gereklerine uymak durumundadır. Bkz. LAWTON, “Education for the Legal Profession”, *Liverpool Law Review*, vol. 6/1, 1984, s. 5-13, özellikle s. 6-10.

timine dair birtakım ciddî değişikliklerin gündeme getirildiği bir reform paketinin taslağının oluşturulduğu hatırlanmalıdır. Bu reform paketinin arifesinde, konuya dair katkı sağlayacağı düşünülen kapsamlı bir anket çalışması İzmir Barosu Avukatları arasında yapılmıştır. Söz konusu anket çalışmasında özellikle mesleğin birebir içerisinde yer alan kişi ve kurumlara sorular yöneltilmek suretiyle hukuk eğitime dair olması gereken bazı değişikliklerin içeriğine dair tespitler yapılmaya çalışılmıştır. İlgili anket çalışması ve onun analizi bir yana, diğer ülkelerdeki hukuk eğitime dair düzenlemeler genel olarak ele alınarak bir mukayese yapılmasında da mutlaka yarar vardır. Ne var ki, ne zaman ne de konu bu yönlü ayrıntılı bir mukayese için elverişlidir. Yine de hukuk eğitime dair belli başlı ülkelerde benimsenen ve uygulanan bazı temel prensipler ve eğilimler konusunda kısa bir değerlendirme yapılması faydalı olacaktır.

Bu minvalde, konuya ilişkin değerlendirmelere ülkemizin de yakından etkileşim içerisinde olduğu Almanya ile başlanması isabetli olacaktır.<sup>3</sup> Almanya'da hukuk eğitiminin süresi altı yıl olarak belirlenmiştir. Bunun ilk dört yılı fakülte eğitimini kapsamaktadır. Altı yıllık süreç içerisinde, ilk dört yılın sonunda ilki, altıncı yılın sonunda da ikincisi olmak üzere toplam iki devlet sınavı yapılmaktadır. İlk sınavı geçenler staja başlamakta, gerek medenî gerek ceza mahkemelerindeki iki yıllık staj sonunda yapılan kapsamlı ikinci devlet sınavı ile birlikte hukuk diploması alabilmektedirler. Öğrenciler, son iki yıllık staj döneminde de avukatlar veya hâkimler tarafından kendilerine verilen dersleri almak zorundadırlar. Bu dönemde devlet; öğrencilere maaş bağlarken, bir öğrencinin anılan devlet sınavlarına en fazla iki kez girme hakkı bulunmaktadır<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Almanya'daki hukuk eğitiminin tarihî gelişimine karşılaştırmalı bir bakış için 20. yüzyılın başında yazılan *Reynolds'*un çalışmasına bakılabilir. Bkz. REYNOLDS E.V., "Legal Education in Germany", *Yale Law Journal*, vol. 12/1, 1902, s. 31-34.

<sup>4</sup> "Germany", *LawStudies*, via [www.lawstudies.com/universities/Germany](http://www.lawstudies.com/universities/Germany) (16/06/20); KORIOH S., "Legal Education in Germany Today", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 24/1, 2006, s. 85-107. Konuya ilişkin Alman düzenlemeleri için bkz. "The German Judiciary Act", Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, via [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_drig/englisch\\_drig.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html) (ziyaret tarihi: 23/06/20).

Bu anlatılanlara karşılık Alman hukuk eğitiminin temelini teoriye dayandığı ve tüm derslerin teorik çerçevede şekillendirildiği belirtilmektedir. Almanya’da Bologna süreciyle bu anlayışının hafifletilmeye çalışıldığı, ancak hukuk eğitiminde bunun asgarî düzeyde yaşandığı ifade edilmektedir. Eğitimin birkaç küçük üniversite dışında büyük amfilerde 200 ile 500 arası öğrenciyle yapıldığı, ders anlatımlarının tamamen teoriye dayandığı, genelde soru alınmadığı, profesörlerin çok büyük bölümünün uygulamaya dair bilgisinin zayıf olduğu işaret edilen diğer konular arasındadır. Bu eksikliğin bilhassa yaz aylarında gerçekleştirilen sanal dâvalarla veya stajlarla ancak çok az sayıda öğrenci tarafından giderilmeye çalışıldığı da ifade edilen bir diğer husus olmaktadır. Özellikle ilk iki yıl medenî, idare ve ceza gibi temel alanları içeren zorunlu derslerin alındığı belirtilmektedir<sup>5</sup>.

Hukuk eğitimi konusunda mercek altına alınabilecek bir diğer ülke, kuşkusuz Amerika Birleşik Devletleri’dir. İlk hukuk fakültesinin 1784 yılında Connecticut’ta kurulduğu Birleşik Devletler’de, günümüzde bu alanda öne çıkan Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1817 yılında eğitim hayatına başlarken, Yale Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1824 yılında kurulmuştur<sup>6</sup>.

Başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, hukuk eğitiminde kampüs hayatının ve ders sisteminin önemi yadsınamayacak boyuttadır<sup>7</sup>. Özellikle derslerde profesörlerin bir öğrenciyi tahtaya/kürsüye çağırıp, o günün konusuna ilişkin münazara yapılması ve sınıfın da buna

<sup>5</sup> GRÜN S., “The German vs. the American Law School Experience: Life at NYU Law”, December 15 2015 via <https://blogs.law.nyu.edu/lifeatnyulaw/the-german-vs-the-american-law-school-experience/> (ziyaret tarihi: 24/06/20).

<sup>6</sup> ROGERS H.W., “Legal Education in the United States”, *American Law School Review*, vol. 1/1, 1902, s. 13.

<sup>7</sup> Bu durum sadece Amerika Birleşik Devletleri için geçerli olmadığı gibi tüm üniversites branşları için de geçerlidir. COVID 19’un olumsuzluklarının yaşandığı günlerde İngiltere’nin önemli eğitim kurumlarından Cambridge Üniversitesi’nin 2020-2021 eğitim döneminin on-line olacağını açıklaması üzerine Öğrenci İşlerinden (Office for Students) bir yetkili kampüs tecrübesine ilişkin verilen sözleri hatırlatması nitekim bu hususun bir göstergesi olarak mütalâa edilebilecektir. Bkz. “Cambridge University: All Lectures to be On-line Only until Summer 2021”, *BBC News*, May 19 2020 via [www.bbc.com/news/education-52732814](http://www.bbc.com/news/education-52732814) (ziyaret tarihi: 23/06/20).

katılması öğrencilerin fikir ve görüşlerini açıklamak ve savunmak konusunda onlara önemli pratik sağlamaktadır<sup>8</sup>.

Harvard Hukuk Fakültesi ders katalogları incelendiğinde temelde iki çeşit dersin varlığı gözükmektedir: Teorik ve klinik. Klinik dersler daha çok uygulamaya yönelik dersler olarak mütalâa edilebilir. Klinik derslerden bazıları ancak belirli sayıda klinik ders kredisi sağlandıktan sonra alınabilmektedir. Harvard Hukuk Fakültesinin ders kataloğuna bakıldığında 2020-2021 dönemi için öğrencilere 450'den fazla seçenek sunulduğu görülmektedir<sup>9</sup>. Bu ders kataloğu yüksek lisans ve doktora alanlarını da kapsamaktadır. Klâsik hukuk derslerinin yanı sıra oldukça ufuk açıcı ve farklı birtakım derslerin de katalogda yerlerini aldığı dikkat çekici bir diğer unsurdur. Meselâ, “Krizdeki Kapitalizm” (*Capitalism in Crisis*), “Karşılaştırmalı Hukuk: Antik Hukuk” (*Comparative Law: Ancient Law*), “Japon İnsan Haklarında Gelişmiş Okumalar” (*Advanced Readings in Japanese Human Rights*), “Kanıt” (*Evidence*), “Dış İlişkiler Hukuku” (*Foreign Relations Law*), “Dijital Teknoloji Yönetimi” (*Digital Technology Governing*), “Jeopolitik, İnsan Hakları ve Devlet İdaresinin Geleceği” (*Geopolitics, Human Rights and the Future of Statecraft*), “Çin’le Angaje Olmak” (*Engaging China*), “Feminist Hukuk Teorisi” (*Feminist Legal Theory*) bu dersler arasında yer almaktadır<sup>10</sup>. Örnekleri çoğaltmak ve çeşitlendirmek mümkündür. Ancak, yer kısıtlılığından ilk göze çarpanlar ele alınarak yer verilmiştir.

Ayrıca derslerin niteliğine göre, dersler tam bir dönem de sürmeyebilmektedir. Meselâ, iki sınıf kredisi teşkil eden Uluslararası Çevre Hukuku dersinin Kış döneminde iki hafta süresince sekiz toplantıyla tamamlanacağı ifade edilmiştir. Ayrıca derslere, konuyla ilgili uzmanların katılarak konu hakkında bilgilerini sunacakları notu da eklenmiştir<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> KOWARSKI I, “How Long Is Law School and What Is It Like?”, *U.S. News*, January 14 2019 via [www.usnews.com/education/best-graduate-schools/articles/2019-01-14/how-long-is-law-school-and-what-is-it-like](http://www.usnews.com/education/best-graduate-schools/articles/2019-01-14/how-long-is-law-school-and-what-is-it-like) (ziyaret tarihi: 23/05/20).

<sup>9</sup> Bkz. via <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/index.html> (ziyaret tarihi: 30/06/20).

<sup>10</sup> Bkz. *ibid.*

<sup>11</sup> Bkz. via <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=76393> (ziyaret tarihi: 30/06/20).

Bazı derslerde sınav yapılmamakta; öğrenciler ödev, sunum yaparak ders notlarını elde etmektedir.

## HUKUK EĞİTİMİNDE TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KRİTERLERİ

### Hukuk Fakülteleri Sıralama Kriterleri ve Değerlendirilmesi

Türkiye Barolar Birliği, 2014 yılından itibaren bir hukuk fakültesi-nin hangi asgari standartları taşıması gerektiğine dair ölçütleri belirlemek amacıyla çalışmalar yapmış<sup>12</sup>; bu bağlamda öncelikle hukuk fakülteleri dekanları ile ortak komisyonlar kurulmuş; bu komisyonlar nihayetinde ulaşılan çalışmaya YÖK Başkanlığı ile son şekli verilmiştir. Bu bağlamda hazırlanan değerlendirme formu Türkiye'de aktif olarak eğitim veren tüm hukuk fakültelerine gönderilmiştir. Bu bağlamda faal olmayan ve sorulara cevap vermeyen fakülteler haricindeki 53 hukuk fakültesi arasında sıralama yapılmıştır.

Bu sıralamada aşağıda belirtilen ölçütler kullanılmıştır<sup>13</sup> ve her bir ölçüt kendi içinde farklı değerlendirmelere tabi kılınmıştır:

Değerlendirmede en önemli ölçüt şüphesiz fakültenin sahip olduğu öğretim elemanı sayısıdır. Buna göre kadrolu asgari 8 öğretim üyesi için 16 puan; ilave her kadrolu öğretim üyesi için 2 puan verilmiş; kadrolu asgari 6 araştırma görevlisi için 8 puan ilave her kadrolu araştırma görevlisi için 1 puan verilmiştir. Bununla birlikte her bir öğretim elemanına düşen öğrenci sayısının en fazla 40 olması durumunda 6 puan; 40'ın altındaki eksilen her beş öğrenci için ilave 2 puan ölçüt alınmıştır. Bu noktada bu puanlamanın başta İstanbul ve Ankara gibi büyükşehirlerde yer alan ve çok sayıda öğretim elemanı olan devlet üniversitelerini orantısız biçimde öne geçirdiği belirtilmelidir.

Diğer bir sıralama ölçütü ise kütüphane olanakları ve fiziki kapasitedir. Burada da bağımsız bir hukuk kütüphanesi olan fakülteler 2 puan almaktadırlar. Ayrıca abone olunan veri tabanları da her bir veri tabanı için 1 puan getirmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu kütüphaneler-

<sup>12</sup> <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/turkiye-nin-en-iyi-hukuk-fakulteleri-bell- oldu-77841> (ziyaret tarihi: 16.7.2020).

<sup>13</sup> <http://d.barobirlik.org.tr/2017/link3.pdf> (ziyaret tarihi: 16.7.2020).

deki kitap sayısı yahut bu kitapların niteliği (ders kitabı, monografi, ka-  
nun derlemesi olup olmadığı) değerlendirmede dikkate alınmamıştır.

Yine fiziki imkanlar çerçevesinde kurgusal duruşma salonuna sa-  
hip olmak da 2 puan getirmektedir. Hukuk fakültelerinin özellikle uy-  
gulama öncesi pratik eğitime ağırlık verdiği gerçeği göz önünde bu-  
lundurulduğunda kurgusal duruşma salonuna sahip olmanın ve bu  
salonun kullanıldığı kurgusal duruşmalar yapıldığına ilişkin verilerin  
daha yüksek bir puantaja sahip olması kanımızca gereklidir.

Eğitim-öğretim faaliyetleri açısından ise insan hakları, avukatlık  
hukuku gibi derslerin 2 puan, yabancı dilde açılan her bir dersin yine 2  
puan (azami 8 puan) getirdiğini; ulusal değişim programlarının her biri-  
ninin 1 puan (azami 3 puan), uluslararası değişim programlarının ise her  
birinin 3 puan (azami 6 puan) getirdiğini gözlemlemek mümkündür.  
Benzer şekilde hukuk klinikleri, hukuk metodolojisi, alternatif uyuşmaz-  
lık dersi gibi derslerin müfredatta bulunması da her bir ders için 1 puan  
getirmektedir. Bu noktada yabancı ülkelerde de mülteci hukuku gibi  
alanlarda da oldukça uygulama alanı bulan hukuk kliniklerine sahip  
olan ve bunu aktif biçimde kullanan fakültelerin değerlendirmede daha  
yüksek bir puana sahip olması gerekirdi. Son olarak mesleğe yönelik  
olmak üzere uygulamacıların verdiği her bir uygulamalı hukuk dersi  
için 1 puan, (azami 3 puan) öngörülmüştür.

### Anket

**Hukuk eğitime katkı sağlamak amacıyla hukuk fakültesi me-  
zunu avukat stajyerleri ile çalışan deneyimli 236 avukat ile yapılan  
anket çalışması sonuçları önemli veriler elde etmemizi sağlamıştır.**

**Bu doğrultuda atılan ve atılacak adımlar sonuç bölümünde yer  
almaktadır. Anket soruları uzun zamandan beri süregelen hukuk eği-  
timine ilişkin kamuoyuna yansıyan tartışmalardan esinlenerek hazırlanmıştır.**

### Verilerin Analizi

Araştırmanın örneklemini İzmir ilinde bulunan baroya kayıtlı  
avukatlardan stajyer yetiştirenler oluşturmaktadır.



Tablo 1 örneklem grubunu oluşturan avukatların cinsiyet, yaş, avukatlık süreleri ve yetiştirdikleri stajyer sayılarına ait frekans ve yüzde değerleri yer almaktadır.

**Tablo.1. Çalışma Grubundaki Avukatların Demografik Bilgileri**

	<i>Frekans</i>	<i>Yüzde (%)</i>
<b>Cinsiyet</b>		
<i>Kadın</i>	91	28,6
<i>Erkek</i>	145	61,4
<b>Toplam</b>	236	100,0
<b>Yaş</b>		
<i>25-30 yaş</i>	39	16,5
<i>30-35 yaş</i>	57	24,2
<i>35-40 yaş</i>	44	18,6
<i>40-45 yaş</i>	32	13,6
<i>45-50 yaş</i>	22	9,3
<i>50-55 yaş</i>	19	8,1
<i>55 üstü yaş</i>	23	9,7
<b>Toplam</b>	236	100,0
<b>Avukatlık Süresi</b>		
<i>5-10 yıl</i>	103	43,6
<i>10-15 yıl</i>	44	18,6
<i>15-20 yıl</i>	34	14,4
<i>20-25 yıl</i>	16	6,8
<i>25 üstü yıl</i>	39	16,5
<b>Toplam</b>	236	100,0
<b>Çalışılan Stajyer Avukat</b>		
<i>0-2 kişi</i>	60	25,4
<i>2-5 kişi</i>	81	34,3
<i>5-8 kişi</i>	36	15,3
<i>8-10 kişi</i>	12	5,1
<i>10 kişi üstü</i>	47	19,9
<b>Toplam</b>	236	100,0

**Tablo.2. Çalışma Grubundaki Avukatların Demografik Bilgileri Betimsel İstatistikler**

	<i>N</i>	<i>Ort.</i>	<i>Ss</i>	<i>Min</i>	<i>Max</i>
<i>Yaş</i>	236	40,38	10,405	25	76
<i>Avukatlık Süresi</i>	236	15,17	9,644	5	51
<i>Çalışılan Stajyer Avukat</i>	236	10,74	22,212	0	225

Örnekleme 236 avukat yer almaktadır. Avukatların %29'unu kadın, %61'ini erkek avukatlar oluşturmaktadır. Örneklemin %24'ü 30-35 yaş aralığında, %19'u 35-40 yaş aralığında, %16'sı 25-30 yaş aralığında, %14'ü 40-45 yaş aralığında %10'u 55 yaş üzerinde, %9'u 45-50 yaş aralığında ve %8'i 50-55 yaş aralığında yer almaktadır. Tablo 2'de örnekleme de yer alan avukatların yaş ortalamasının  $40,8 \pm 10,4$  olduğu görülmektedir. Örnekleme de yer alan avukatların avukatlık süreleri incelendiğinde; 5-51 yıl arasında değiştiği, %44'ünün 5-10 yıl arasında, %19'unun 10-15 yıl arasında, %14'ünün 15-20 yıl arasında, %7'sinin 20-25 yıl arasında ve %16'sının 25 yıl üstü çalıştığı görülmektedir. Avukatlık süresi ortalamasının  $15,17 \pm 9,64$  olduğu görülmektedir. Örnekleme de yer alan avukatların 0-225 arasında stajyer avukat ile çalıştığı, %25'inin 0-2 kişi, %34'ünün 2-5 kişi, %15'inin 5-8 kişi, %5'inin 8-10 kişi ve %20'sinin 10 kişi üstünde stajyer avukat ile çalıştığı görülmektedir. Örnekleme de yer alan avukatların çalıştığı ortalama stajyer sayısının  $10,7 \pm 22,2$  olduğu görülmektedir.

Tablo 3'te araştırmaya katılan avukatların hukuk eğitimde kalite artırılmasına yönelik ifadelerle katılma düzeyine ait bilgiler yer almaktadır.

**Tablo. 3. Çalışma Grubundaki Avukatların Hukuk Eğitiminde Kalitenin Artırılması ile İlgili İfadelerin Frekans Tablosu**

		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum	Kesinlikle Onaylamıyorum
<i>Stajyer Avukat adayı büromu yeterli hukuk eğitimi olarak görmemektedir.</i>	Frekans	70	91	36	33	6
	Yüzde (%)	29,7	38,6	15,3	14,0	2,5
<i>Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmamıştır</i>	Frekans	111	61	34	23	7
	Yüzde (%)	47,0	25,8	14,4	9,7	3,0
<i>Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir</i>	Frekans	136	80	13	6	1
	Yüzde (%)	57,6	33,9	5,5	2,5	0,4
<i>Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.</i>	Frekans	45	87	59	36	9
	Yüzde (%)	19,1	36,9	25,0	15,3	3,8
<i>Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir</i>	Frekans	104	83	23	13	13
	Yüzde (%)	44,1	35,2	9,7	5,5	5,5
<i>Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir.</i>	Frekans	60	82	65	19	10
	Yüzde (%)	25,4	34,7	27,5	8,1	4,2
<i>Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.</i>	Frekans	155	64	11	4	2
	Yüzde (%)	65,7	27,1	4,7	1,7	0,8
<i>Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.</i>	Frekans	170	50	7	6	3
	Yüzde (%)	72,0	21,2	3,0	2,5	1,3
<i>Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanmalıdır</i>	Frekans	148	63	17	7	1
	Yüzde (%)	62,7	26,7	7,2	3,0	0,4
<i>Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır</i>	Frekans	124	76	25	8	3
	Yüzde (%)	52,5	32,2	10,6	3,4	1,3
<i>Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.</i>	Frekans	162	50	13	8	3
	Yüzde (%)	68,6	21,2	5,5	3,4	1,3

<i>Hukuk eğitiminin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir.</i>	<i>Frekans</i>	65	69	54	36	12
	<i>Yüzde (%)</i>	27,5	29,2	22,9	15,3	5,1
<i>Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir.</i>	<i>Frekans</i>	109	96	15	11	5
	<i>Yüzde (%)</i>	46,2	40,7	6,4	4,7	2,1
<i>Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.</i>	<i>Frekans</i>	65	108	44	13	6
	<i>Yüzde (%)</i>	27,5	45,8	18,6	5,5	2,5
<i>Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb)</i>	<i>Frekans</i>	83	76	38	34	5
	<i>Yüzde (%)</i>	35,2	32,2	16,1	14,4	2,1

Örneklemede yer alan yanında stajyer çalıştırmış olan avukatların hukuk eğitimi ile ilgili görüşlerini incelediğimizde; %68'i stajyer avukat adayının büroya yeterli hukuk eğitimini alarak gelmediğini ifade etmektedir. Araştırmada yer alan avukatların %72'si hukuk eğitiminin 5 yıla çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmesi gerektiği fikrine %91'i katılmaktadır. Hukuk Tarihi dersine ağırlık verilmesi ile ilgili olarak %56'sı katılırken %25'i kararsız olduğunu ifade etmektedir. Avukatların %79'u Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Genel Kamu hukuku dersi ile ilgili olarak ise avukatların %60'ı daha çok ağırlık verilmesi fikrini onaylarken, %27'si kararsızdır. Avukatların %93'ü hukuk fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle de %72'si kesinlikle hukuk fakültesi sırasında uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek, kalem işlerini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanması gerektiği fikrine avukatların %89'u katılmaktadır. Avukatların %52'si Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanması gerektiği yorumunu kesinlikle onaylarken %10'u bu konuda kararsız olduğunu ifade etmektedir. Avukatların %90'ı hu-

kuk meslekleri giriş sınavının konulmasının yararlı olduğunu onaylamaktadır. Hukuk eğitiminin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerektiğine yönelik ifadeyi örnekleme yer alan avukatların %27'si kesinlikle onaylamakta, %29'u onaylamakta ve %23'ü kararsız olduğunu ifade etmektedir. Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımının gerekli olduğu ifadesini avukatların %87'si onaylamaktadır. Avukatların %73'ü Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Örnekleme yer alan avukatların %67'si hukuk fakültesinde son sınıfın öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olması gerektiği fikrini onayladığı görülmektedir.

Örnekleme yer alan avukatların hukuk eğitiminde kalitenin artırılmasına yönelik ifadelerle katılma düzeylerinin cinsiyete göre farklılaşmış farklılaşmadığını belirlemek üzere Pearson Ki-Kare testi yapılmıştır.

**Tablo 4.** “Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi alarak gelmemektedir.” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi alarak gelmemektedir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	28	33	12	18	91
	Yüzde (%)	40,0	36,3	33,3	46,2	38,6
Erkek	Frekans	42	58	24	21	145
	Yüzde (%)	60,0	63,7	66,7	53,8	61,4
<b>TOPLAM</b>		70	91	36	39	236
$\chi^2 = 1,628$				s.d = 3 , p = 0.653		

Tablo 4'te örnekleme yer alan avukatların “Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi alarak gelmemektedir.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,628$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 5.** “Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır.” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	37	34	12	8	91
	Yüzde (%)	33,3	55,7	35,3	26,7	38,6
Erkek	Frekans	74	27	22	22	145
	Yüzde (%)	66,7	44,3	64,7	73,3	61,4
<b>TOPLAM</b>		111	61	34	30	236
$\chi^2 = 10,822$				s.d = 3 , p = 0.013		

Tablo 5’te örnekleme de yer alan avukatların “Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 10,822$ ;  $p < 0,05$ ). Hukuk eğitiminin 5 yıla çıkartılması fikrini onaylayan avukatların %56’sını kadın, %44’ünü erkekler oluştururken, bu fikri onaylamayanların %73’ünü erkek avukatlar oluşturmaktadır.

**Tablo 6.** “Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	46	38	5	2	91
	Yüzde (%)	33,8	47,5	38,5	28,6	38,6
Erkek	Frekans	90	42	8	5	145
	Yüzde (%)	66,2	52,5	61,5	71,4	61,4
<b>TOPLAM</b>		136	80	13	7	236
$\chi^2 = 4,282$				s.d = 3 , p = 0.233		

Tablo 6’da örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 4,282$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 7.** “Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	12	32	29	18	91
	Yüzde (%)	26,7	36,8	49,2	40,0	38,6
Erkek	Frekans	33	55	30	27	145
	Yüzde (%)	73,3	63,2	50,8	60,0	61,4
<b>TOPLAM</b>		45	87	59	45	236
$\chi^2 = 5,637$				s.d = 3 , p = 0.131		

Tablo 7’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 5,637$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 8.** “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	40	28	11	12	91
	Yüzde (%)	38,5	33,7	47,8	46,2	38,6
Erkek	Frekans	64	55	12	14	145
	Yüzde (%)	61,5	66,3	52,2	53,8	61,4
<b>TOPLAM</b>		104	83	23	26	236
$\chi^2 = 2,282$				s.d = 3 , p = 0.516		

Tablo 8’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 2,282$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 9.** “Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	21	37	24	9	91
	Yüzde (%)	35,0	45,1	36,9	31,0	38,6
Erkek	Frekans	39	45	41	20	145
	Yüzde (%)	65,0	54,9	63,1	69,0	61,4
<b>TOPLAM</b>		60	82	65	29	236
$\chi^2 = 2,578$				s.d = 3 , p = 0.461		

Tablo 9’da örnekleme yer alan avukatların “Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 2,578$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 10.** “Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	57	27	5	2	91
	Yüzde (%)	36,8	42,2	45,5	33,3	38,6
Erkek	Frekans	98	37	6	4	145
	Yüzde (%)	63,2	57,8	54,5	66,7	61,4
<b>TOPLAM</b>		155	64	11	6	236
$\chi^2 = 0,854$				s.d = 3 , p = 0.837		



Tablo 10'da örnekleme yer alan avukatların "Hukuk Fakültesi sırasinda eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum." ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 0,854$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 11.** "Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir." İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	61	22	3	5	91
	Yüzde (%)	35,9	44,0	42,9	55,6	38,6
Erkek	Frekans	109	28	4	4	145
	Yüzde (%)	64,1	56,0	57,1	44,4	61,4
<b>TOPLAM</b>		170	50	7	9	236
$\chi^2 = 2,291$				s.d = 3 , p = 0.514		

Tablo 11'de örnekleme yer alan avukatların "Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir." ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 2,291$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 12.** "Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliye eğitim planlanmalıdır" İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliye eğitim planlanmalıdır				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	59	21	7	4	91
	Yüzde (%)	39,9	33,3	41,2	50,0	38,6
Erkek	Frekans	89	42	10	4	145
	Yüzde (%)	60,1	66,7	58,8	50,0	61,4
<b>TOPLAM</b>		148	63	17	8	236
$\chi^2 = 1,324$				s.d = 3 , p = 0.723		

Tablo 12’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanmalıdır” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,324$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 13.** “Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	47	25	14	5	91
	Yüzde (%)	37,9	32,9	56,0	45,5	38,6
Erkek	Frekans	77	51	11	6	145
	Yüzde (%)	62,1	67,1	44,0	54,5	61,4
<b>TOPLAM</b>		124	76	25	11	236
$\chi^2 = 4,482$				s.d = 3 , p = 0.214		

Tablo 13’te örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 4,482$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 14.** “Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	62	17	6	6	91
	Yüzde (%)	38,3	34,0	46,2	54,5	38,6
Erkek	Frekans	100	33	7	5	145
	Yüzde (%)	61,7	66,0	53,8	45,5	61,4
<b>TOPLAM</b>		162	50	12	11	236
$\chi^2 = 1,947$				s.d = 3 , p = 0.583		

Tablo 14'te örnekleme yer alan avukatların "Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır." ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,947$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 15.** "Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir." İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	26	20	28	17	91
	Yüzde (%)	40,0	29,0	51,9	35,4	38,6
Erkek	Frekans	39	49	26	31	145
	Yüzde (%)	60,0	71,0	48,1	64,6	61,4
<b>TOPLAM</b>		65	69	54	48	236
				$\chi^2 = 6,954$	s.d = 3	, p = 0.073

Tablo 15'te örnekleme yer alan avukatların "Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir." ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 6,954$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 16.** "Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir." İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	37	38	7	9	91
	Yüzde (%)	33,9	39,6	46,7	56,2	38,6
Erkek	Frekans	72	58	8	7	145
	Yüzde (%)	66,1	60,4	53,3	43,8	61,4
<b>TOPLAM</b>		109	96	15	16	236
				$\chi^2 = 3,552$	s.d = 3	, p = 0.314

Tablo 16’da örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 3,552$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 17.** “Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	26	41	17	7	91
	Yüzde (%)	40,0	38,0	38,6	36,8	38,6
Erkek	Frekans	39	67	27	12	145
	Yüzde (%)	60,0	62,0	61,4	63,2	61,4
<b>TOPLAM</b>		65	108	44	19	236
$\chi^2 = 0,097$				s.d = 3 , p = 0.992		

Tablo 17’de örnekleme yer alan avukatların “Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 0,097$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 18.** “Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb.)” İfadesi ile Cinsiyet Arasındaki İlişki

Cinsiyet		Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb.)				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
Kadın	Frekans	29	32	16	14	91
	Yüzde (%)	34,9	42,1	42,1	35,9	38,6
Erkek	Frekans	54	44	2	25	145
	Yüzde (%)	65,1	57,9	57,9	64,1	61,4
<b>TOPLAM</b>		83	76	38	39	236
$\chi^2 = 1,181$				s.d = 3 , p = 0.758		

Tablo 18’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır ( Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb).” ifadesi ile ilgili onay durumları cinsiyete göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,181$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 19.** “Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi alarak gelmemektedir.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi alarak gelmemektedir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	40	50	21	29	140
	Yüzde (%)	57,1	54,9	58,3	74,4	59,3
40 üstü	Frekans	30	41	15	10	96
	Yüzde (%)	42,9	45,1	41,7	25,6	40,7
<b>TOPLAM</b>		70	91	36	39	236
$\chi^2 = 4,529$				s.d = 3 , p = 0.210		

Tablo 19’da örnekleme yer alan avukatların “Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi alarak gelmemektedir.” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 4,529$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 20.** “Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	64	39	16	21	140
	Yüzde (%)	57,7	63,9	47,1	70,0	59,3
40 üstü	Frekans	47	22	18	9	96
	Yüzde (%)	42,3	36,1	52,9	30,0	40,7
<b>TOPLAM</b>		111	61	34	30	236
$\chi^2 = 4,202$				s.d = 3 , p = 0.241		

Tablo 20’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır.” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 4,202$ ;  $p < 0,05$ ).

**Tablo 21.** “Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	86	43	8	3	140
	Yüzde (%)	63,2	53,8	61,5	42,9	59,3
40 üstü	Frekans	50	37	5	4	96
	Yüzde (%)	36,8	46,2	38,5	57,1	40,7
<b>TOPLAM</b>		136	80	13	7	236
$\chi^2 = 2,705$				s.d = 3 , p = 0.439		

Tablo 21’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 2,705$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 22.** “Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	20	44	43	33	140
	Yüzde (%)	44,4	50,6	72,9	73,3	59,3
40 üstü	Frekans	25	43	16	12	96
	Yüzde (%)	55,6	49,4	27,1	26,7	40,7
<b>TOPLAM</b>		45	87	59	45	236
$\chi^2 = 15,042$				s.d = 3 , p = 0.002		

Tablo 22’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 15,042$ ;  $p < 0,05$ ). Hukuk tarihi dersine daha çok ağırlık verilmeli fikrini onaylayan avukatların %56’sı 40 üstü yaş grubunda yer alırken, bu fikri onaylamayanların %73’ünü 25-40 yaş grubunda yer alan avukatlar oluşturmaktadır.

**Tablo 23.** “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	56	42	21	21	140
	Yüzde (%)	23,8	50,6	91,3	80,8	59,3
40 üstü	Frekans	48	41	2	5	96
	Yüzde (%)	46,2	49,4	8,7	19,2	40,7
<b>TOPLAM</b>		104	83	23	26	236
$\chi^2 = 18,613$				s.d = 3 , p = 0.000		

Tablo 23'te örnekleme yer alan avukatların "Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir." ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 18,613$ ;  $p < 0,05$ ). Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmeli fikrini onaylayan avukatların %50'si 40 üstü yaş grubunda yer alırken, bu fikri onaylamayanların %81'ini 25-40 yaş grubunda yer alan avukatlar oluşturmaktadır.

**Tablo 24.** "Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir." İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	33	42	43	22	140
	Yüzde (%)	55,0	51,2	66,2	75,9	59,3
40 üstü	Frekans	27	40	22	7	96
	Yüzde (%)	45,0	48,8	33,8	24,1	40,7
<b>TOPLAM</b>		60	82	65	29	236
$\chi^2 = 7,240$				s.d = 3 , p = 0.065		

Tablo 24'e örnekleme yer alan avukatların "Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir." ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 7,240$ ;  $p > 0,05$ ).



**Tablo 25.** “Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	100	34	3	3	140
	Yüzde (%)	64,5	53,1	27,3	50,0	59,3
40 üstü	Frekans	55	30	8	3	96
	Yüzde (%)	35,5	46,9	72,7	50,0	40,7
<b>TOPLAM</b>		155	64	11	6	236
		$\chi^2 = 7,650$		s.d = 3 , p = 0.054		

Tablo 25’te örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 7,650$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 26.** “Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	102	27	4	7	140
	Yüzde (%)	60,0	54,0	57,1	77,8	59,3
40 üstü	Frekans	68	23	3	2	96
	Yüzde (%)	40,0	46,0	42,9	22,2	40,7
<b>TOPLAM</b>		170	50	7	9	236
		$\chi^2 = 1,903$		s.d = 3 , p = 0.593		

Tablo 26’da örnekleme yer alan avukatların “Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,903$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 27.** “Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlemini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanmalıdır” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanmalıdır				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	98	29	9	4	140
	Yüzde (%)	66,2	46,0	52,9	50,0	59,3
40 üstü	Frekans	50	34	8	4	96
	Yüzde (%)	33,8	54,0	47,1	50,0	40,7
<b>TOPLAM</b>		148	63	17	8	236
$\chi^2 = 8,101$				s.d = 3 , p = 0.044		

Tablo 27’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanmalıdır” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 8,101$ ;  $p < 0,05$ ).

**Tablo 28.** “Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	79	40	14	7	140
	Yüzde (%)	63,7	52,6	56,0	63,6	59,3
40 üstü	Frekans	45	36	11	4	96
	Yüzde (%)	36,3	47,4	44,0	36,4	40,7
<b>TOPLAM</b>		124	76	25	11	236
$\chi^2 = 2,598$				s.d = 3 , p = 0.458		

Tablo 28’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır.”

ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 2,598$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 29.** “Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	100	25	8	7	140
	Yüzde (%)	61,7	50,0	61,5	63,6	59,3
40 üstü	Frekans	62	25	5	4	96
	Yüzde (%)	38,3	50,0	38,5	36,4	40,7
<b>TOPLAM</b>		162	50	13	11	236
$\chi^2 = 2,301$				s.d = 3 , p = 0.512		

Tablo 29’da örnekleme yer alan avukatların “Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 2,301$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 30.** “Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	37	36	30	37	140
	Yüzde (%)	56,9	52,2	55,6	77,1	59,3
40 üstü	Frekans	28	33	24	11	96
	Yüzde (%)	43,1	47,8	44,4	22,9	40,7
<b>TOPLAM</b>		65	69	54	48	236
$\chi^2 = 8,209$				s.d = 3 , p = 0.042		

Tablo 30'da örnekleme yer alan avukatların "Hukuk eğitiminin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir." ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 8,029$ ;  $p < 0,05$ ). Hukuk eğitiminin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi fikrini onaylayan avukatların %48'i 40 üstü yaş grubunda yer alırken, bu fikri onaylamayanların %77'sini 25-40 yaş grubunda yer alan avukatlar oluşturmaktadır.

**Tablo 31.** "Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir." İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	66	55	8	11	140
	Yüzde (%)	60,6	57,3	55,3	68,8	59,3
40 üstü	Frekans	43	41	7	5	96
	Yüzde (%)	39,4	42,7	46,7	31,2	40,7
<b>TOPLAM</b>		109	96	15	16	236
$\chi^2 = 1,044$				s.d = 3 , p = 0.790		

Tablo 31'de örnekleme yer alan avukatların "Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir." ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,044$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 32.** “Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	40	57	28	15	140
	Yüzde (%)	61,5	52,8	63,6	78,9	59,3
40 üstü	Frekans	25	51	16	4	96
	Yüzde (%)	38,5	47,2	36,4	21,1	40,7
<b>TOPLAM</b>		65	108	44	19	236
$\chi^2 = 5,421$				s.d = 3 , p = 0.143		

Tablo 32’de örnekleme de yer alan avukatların “Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 5,241$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 33.** “Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır ( Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb)” İfadesi ile Yaş Arasındaki İlişki

Yaş		Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır ( Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb)				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
25-40	Frekans	50	44	22	24	140
	Yüzde (%)	60,2	57,9	57,9	61,5	59,3
40 üstü	Frekans	33	32	16	15	96
	Yüzde (%)	39,8	42,1	42,1	38,5	40,7
<b>TOPLAM</b>		83	76	38	39	236
$\chi^2 = 0,205$				s.d = 3 , p = 0.977		

Tablo 33'te örnekleme yer alan avukatların "Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmasıdır ( Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb)." ifadesi ile ilgili onay durumları yaşa göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 0,205$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 34.** "Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi olarak gelmemektedir." İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi olarak gelmemektedir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	38	52	26	31	147
	Yüzde (%)	54,3	57,1	72,2	79,5	62,3
15 üstü	Frekans	32	39	10	8	89
	Yüzde (%)	45,7	42,9	27,8	20,5	37,7
<b>TOPLAM</b>		70	91	36	39	236
$\chi^2 = 9,358$				s.d = 3	, p = 0.025	

Tablo 34'te örnekleme yer alan avukatların "Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi olarak gelmemektedir." ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 9,358$ ;  $p < 0,05$ ). Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi olarak gelmemekte olduğu fikrini onaylamayanların %80'ini ve kararsız olanların %72'sinin 5-15 yıl arasında avukatlık süresine sahip olan avukatlar oluşturmaktadır.

**Tablo 35.** “Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	66	41	18	22	147
	Yüzde (%)	59,5	67,2	52,9	73,3	62,3
15 üstü	Frekans	45	20	16	8	89
	Yüzde (%)	40,5	32,8	47,1	26,7	37,7
<b>TOPLAM</b>		111	61	34	30	236
		$\chi^2 = 3,831$		s.d = 3 , p = 0.280		

Tablo 35’te örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır.” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 3,831$ ;  $p < 0,05$ ).

**Tablo 36.** “Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	88	47	8	4	147
	Yüzde (%)	64,7	58,8	61,5	57,1	62,3
15 üstü	Frekans	48	33	5	3	89
	Yüzde (%)	35,3	41,2	38,5	42,9	37,7
<b>TOPLAM</b>		136	80	13	7	236
		$\chi^2 = 0,847$		s.d = 3 , p = 0.838		

Tablo 36’da örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 0,847$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 37.** “Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	21	46	45	35	147
	Yüzde (%)	46,7	52,9	76,3	77,8	62,3
15 üstü	Frekans	24	41	14	10	89
	Yüzde (%)	53,3	47,1	23,7	22,2	37,7
<b>TOPLAM</b>		45	87	59	45	236
		$\chi^2 = 17,465$		s.d = 3 , p =0.001		

Tablo 37’de örnekleme de yer alan avukatların “Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 17,465$ ;  $p < 0,05$ ). Hukuk tarihi dersine daha çok ağırlık verilmeli fikrini kesinlikle onaylayan avukatların %53’ünü 15 yıl üstü avukatlık süresine sahip olanlar, bu fikri onaylamayanların %78’ini 5-15 yıl arasında avukatlık süresi olan avukatlar oluşturmaktadır.

**Tablo 38.** “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	57	47	21	22	147
	Yüzde (%)	54,8	56,6	91,3	84,6	62,3
15 üstü	Frekans	47	36	2	4	89
	Yüzde (%)	45,2	43,4	8,7	15,4	37,7
<b>TOPLAM</b>		104	83	23	26	236
		$\chi^2 = 17,372$		s.d = 3 , p =0.001		



Tablo 38’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 17,372$ ;  $p < 0,05$ ). Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmeli fikrini onaylayan avukatların %45’i 15 üstü avukatlık yapanlar yer alırken, bu fikri onaylamayanların %85’ini 5-15 yıl arasında avukatlık süresi olan avukatlar, kararsız olanların %91’ini de 5-15 yıl arasında avukatlık yapanlar oluşturmaktadır.

**Tablo 39.** “Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	35	41	47	24	147
	Yüzde (%)	58,3	50,0	72,3	82,8	62,3
15 üstü	Frekans	25	41	18	5	89
	Yüzde (%)	41,7	50,0	27,7	17,2	37,7
<b>TOPLAM</b>		60	82	65	29	236
$\chi^2 = 13,622$				s.d = 3 , p = 0.003		

Tablo 39’da örnekleme yer alan avukatların “Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 13,622$ ;  $p < 0,05$ ). Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmeli fikrini onaylayan avukatların %50’si 15 üstü avukatlık yapanlar yer alırken, bu fikri onaylamayanların %83’ünü 5-15 yıl arasında avukatlık süresi olan avukatlar ve kararsız olanların %72’sini de 5-15 yıl arasında avukatlık yapanlar oluşturmaktadır.

**Tablo 40.** “Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	104	36	4	3	147
	Yüzde (%)	67,1	56,2	36,4	50,0	62,3
15 üstü	Frekans	51	28	7	3	89
	Yüzde (%)	32,9	43,8	63,6	50,0	37,7
<b>TOPLAM</b>		155	64	11	6	236
$\chi^2 = 6,052$				s.d = 3 , p =0.109		

Tablo 40’da örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 6,052$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 41.** “Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	107	30	3	7	147
	Yüzde (%)	62,9	60,0	42,9	77,8	62,3
15 üstü	Frekans	63	20	4	2	89
	Yüzde (%)	37,1	40,0	57,1	22,2	37,7
<b>TOPLAM</b>		170	50	7	9	236
$\chi^2 = 2,187$				s.d = 3 , p =0.535		

Tablo 41’de örnekleme yer alan avukatların “Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.” ifadesi ile ilgili onay durumları

avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 2,187$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 42.** “Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliye eğitim planlanmalıdır” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliye eğitim planlanmalıdır				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	100	34	8	5	147
	Yüzde (%)	67,6	54,0	47,1	62,5	62,3
15 üstü	Frekans	48	29	9	3	89
	Yüzde (%)	32,4	46,0	52,9	37,5	37,7
<b>TOPLAM</b>		148	63	17	8	236
		$\chi^2 = 5,291$		s.d = 3 , p = 0.152		

Tablo 42’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlerini öğrenmek gibi adliye eğitim planlanmalıdır” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 5,291$ ;  $p < 0,05$ ).

**Tablo 43.** “Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	80	43	16	8	147
	Yüzde (%)	64,5	56,6	64,0	72,7	62,3
15 üstü	Frekans	44	33	9	3	89
	Yüzde (%)	35,5	43,4	36,0	27,3	37,7
<b>TOPLAM</b>		124	76	25	11	236
		$\chi^2 = 1,858$		s.d = 3 , p = 0.602		

Tablo 43'te örnekleme yer alan avukatların "Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır." ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,858$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 44.** "Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır." İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	104	29	7	7	147
	Yüzde (%)	64,2	58,0	53,8	63,6	62,3
15 üstü	Frekans	58	21	6	4	89
	Yüzde (%)	35,8	42,0	46,2	36,4	37,7
<b>TOPLAM</b>		162	50	13	11	236
$\chi^2 = 1,046$				s.d = 3 , p = 0.790		

Tablo 44'te örnekleme yer alan avukatların "Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır." ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,046$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 45.** "Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir." İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	35	42	31	39	147
	Yüzde (%)	53,8	60,9	57,4	81,2	62,3
15 üstü	Frekans	30	27	23	9	89
	Yüzde (%)	46,2	39,1	42,6	18,8	37,7
<b>TOPLAM</b>		65	69	54	48	236
$\chi^2 = 9,926$				s.d = 3 , p = 0.019		

Tablo 45'te örnekleme yer alan avukatların "Hukuk eğitiminin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir." ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 9,926$ ;  $p < 0,05$ ). Hukuk eğitiminin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi fikrini onaylayan avukatların %46'sı 15 yıl üstü avukatlık süresi olanlar, bu fikri onaylamayanların %81'ini 5-15 yıl arası avukatlık yapan avukatlar oluşturmaktadır.

**Tablo 46.** "Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir." İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	64	62	9	12	147
	Yüzde (%)	58,7	64,6	60,0	75,0	62,3
15 üstü	Frekans	45	34	6	4	89
	Yüzde (%)	41,3	35,4	40,0	25,0	37,7
<b>TOPLAM</b>		109	96	15	16	236
$\chi^2 = 1,942$				s.d = 3 , p = 0.585		

Tablo 46'da örnekleme yer alan avukatların "Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir." ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,942$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 47.** “Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	39	62	31	15	147
	Yüzde (%)	60,0	57,4	70,5	78,9	62,3
15 üstü	Frekans	26	46	13	4	89
	Yüzde (%)	40,0	42,6	29,5	21,1	37,7
<b>TOPLAM</b>		65	108	44	19	236
$\chi^2 = 4,734$				s.d = 3 , p = 0.192		

Tablo 47’de örnekleme de yer alan avukatların “Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 4,734$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 48.** “Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb.)” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Avukatlık Süresi		Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb.)				Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum	Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
5-15	Frekans	49	51	22	25	147
	Yüzde (%)	59,0	67,1	57,9	64,1	62,3
15 üstü	Frekans	34	25	16	14	89
	Yüzde (%)	41,0	32,9	42,1	35,9	37,7
<b>TOPLAM</b>		83	76	38	39	236
$\chi^2 = 1,491$				s.d = 3 , p = 0.684		

Tablo 48’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb.).” ifadesi ile ilgili onay durumları avukatlık süresine göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 1,491$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 49.** “Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi olarak gelmemektedir.” ifadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi olarak gelmemektedir			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	39	10	11	60
	Yüzde (%)	24,2	27,8	28,2	25,4
2-5	Frekans	55	13	13	81
	Yüzde (%)	34,2	36,1	33,3	34,3
5-8	Frekans	25	1	10	36
	Yüzde (%)	15,5	2,8	25,6	15,3
8-10	Frekans	9	3	0	12
	Yüzde (%)	5,6	8,3	0,0	5,1
10 üstü	Frekans	33	9	5	47
	Yüzde (%)	20,5	25,0	12,8	19,9
<b>TOPLAM</b>			161	36	39
		$\chi^2 = 11,066$	s.d = 8		, p = 0.198

Tablo 49’da örnekleme yer alan avukatların “Stajyer Avukat adayı büroma yeterli hukuk eğitimi olarak gelmemektedir.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 11,066$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 50.** “Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	40	6	14	60
	Yüzde (%)	23,3	17,6	46,7	25,4
2-5	Frekans	58	14	9	81
	Yüzde (%)	33,7	41,2	30,0	34,3
5-8	Frekans	28	6	2	36
	Yüzde (%)	16,3	17,6	6,7	15,3
8-10	Frekans	8	1	3	12
	Yüzde (%)	4,7	2,9	10,0	5,1
10 üstü	Frekans	38	7	2	47
	Yüzde (%)	22,1	20,6	6,7	19,9
<b>TOPLAM</b>		172	34	30	236
		$\chi^2 = 13,653$		s.d = 8 , p = 0,091	

Tablo 50’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi 5 yıla çıkarılmalıdır.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 13,653$ ;  $p < 0,05$ ).

**Tablo 51.** “Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	54	2	4	60
	Yüzde (%)	25,0	15,4	57,1	25,4
2-5	Frekans	76	4	1	81
	Yüzde (%)	35,2	30,8	14,3	34,3
5-8	Frekans	31	4	1	36
	Yüzde (%)	14,4	30,8	14,3	15,3
8-10	Frekans	10	1	1	12
	Yüzde (%)	4,6	7,7	14,3	5,1



10 üstü	Frekans	45	2	0	47
	Yüzde (%)	20,8	15,4	0,0	19,9
<b>TOPLAM</b>		216	13	7	236
$\chi^2 = 9,432$			s.d = 8 , p =0.307		

Tablo 51’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 9,432$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 52.** “Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	31	13	16	60
	Yüzde (%)	23,5	22,0	35,6	25,4
2-5	Frekans	40	26	15	81
	Yüzde (%)	30,3	44,1	33,3	34,3
5-8	Frekans	26	5	5	36
	Yüzde (%)	19,7	8,5	11,1	15,3
8-10	Frekans	4	4	4	12
	Yüzde (%)	3,0	6,8	8,9	5,1
10 üstü	Frekans	31	11	5	47
	Yüzde (%)	23,5	18,6	11,1	19,9
<b>TOPLAM</b>		132	59	45	236
$\chi^2 = 13,891$			s.d = 8 , p =0.085		

Tablo 52’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Tarihi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 13,891$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 53.** “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	42	7	11	60
	Yüzde (%)	22,5	30,4	42,3	25,4
2-5	Frekans	65	8	8	81
	Yüzde (%)	34,8	34,8	30,8	34,3
5-8	Frekans	32	2	2	36
	Yüzde (%)	17,1	8,7	7,7	15,3
8-10	Frekans	6	3	3	12
	Yüzde (%)	3,2	13,0	11,5	5,1
10 üstü	Frekans	42	3	2	47
	Yüzde (%)	22,5	13,0	7,7	19,9
<b>TOPLAM</b>		187	23	23	236
		$\chi^2 = 15,336$	s.d = 8	, p = 0,053	

Tablo 53'te örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 15,336$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 54.** “Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	31	15	14	60
	Yüzde (%)	21,8	23,1	48,3	25,4
2-5	Frekans	54	17	10	81
	Yüzde (%)	38,0	26,2	34,5	34,3
5-8	Frekans	23	10	3	36
	Yüzde (%)	16,2	15,4	10,3	15,3
8-10	Frekans	6	5	1	12
	Yüzde (%)	4,2	7,7	3,4	5,1

10 üstü	Frekans	28	18	1	47
	Yüzde (%)	19,7	27,7	3,4	19,9
<b>TOPLAM</b>		142	65	29	236
		$\chi^2 = 16,346$		s.d = 8 , p = 0.038	

Tablo 54'te örnekleme yer alan avukatların "Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmelidir." ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 16,346$ ;  $p < 0,05$ ). Genel Kamu Hukuku dersine daha çok ağırlık verilmeli fikrini onaylayan avukatların %38'ini 2-5 arası stajyer avukat ile çalışanlar, bu fikri onaylamayanların %48'ini 0-2 arası stajyer avukat ile çalışanlar oluşturmaktadır.

**Tablo 55.** "Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum." İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum.			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	56	3	1	60
	Yüzde (%)	25,6	27,3	16,7	25,4
2-5	Frekans	78	1	2	81
	Yüzde (%)	35,6	9,1	33,3	34,3
5-8	Frekans	34	2	0	36
	Yüzde (%)	15,5	18,2	0,0	15,3
8-10	Frekans	11	0	1	12
	Yüzde (%)	5,0	0,0	16,7	5,1
10 üstü	Frekans	40	5	2	47
	Yüzde (%)	18,3	45,5	33,3	19,9
<b>TOPLAM</b>		219	11	6	236
		$\chi^2 = 9,923$		s.d = 8 , p = 0.270	

Tablo 55'te örnekleme yer alan avukatların "Hukuk Fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını düşünüyorum." ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 9,923$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 56.** "Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir." İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir.			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	58	1	1	60
	Yüzde (%)	26,4	14,3	11,1	25,4
2-5	Frekans	75	2	4	81
	Yüzde (%)	34,1	28,6	44,4	34,3
5-8	Frekans	34	1	1	36
	Yüzde (%)	15,5	14,3	11,1	15,3
8-10	Frekans	12	0	0	12
	Yüzde (%)	5,5	0,0	0,0	5,1
10 üstü	Frekans	41	3	3	47
	Yüzde (%)	18,6	42,9	33,3	19,9
<b>TOPLAM</b>		220	7	9	236
		$\chi^2 = 5,311$	s.d = 8	, p = 0,724	

Tablo 56'da örnekleme yer alan avukatların "Uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerekmektedir." ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 5,311$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 57.** “Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlemlerini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanmalıdır” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlemlerini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanmalıdır			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	55	3	2	60
	Yüzde (%)	26,1	17,6	25,0	25,4
2-5	Frekans	72	5	4	81
	Yüzde (%)	34,1	29,4	50,0	34,3
5-8	Frekans	34	2	0	36
	Yüzde (%)	16,1	11,8	0,0	15,3
8-10	Frekans	12	0	0	12
	Yüzde (%)	5,7	0,0	0,0	5,1
10 üstü	Frekans	38	7	2	47
	Yüzde (%)	18,0	41,2	25,0	19,9
<b>TOPLAM</b>		2111	17	8	236
		$\chi^2 = 8,361$	s.d = 8	p = 0.399	

Tablo 57’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek kalem işlemlerini öğrenmek gibi adliyede eğitim planlanmalıdır” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaştığı görülmektedir ( $\chi^2 = 8,361$ ;  $p < 0,05$ ).

**Tablo 58.** “Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır.			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	50	8	2	60
	Yüzde (%)	25,0	32,0	18,2	25,4
2-5	Frekans	65	10	6	81
	Yüzde (%)	32,5	40,0	54,5	34,3

5-8	Frekans	35	1	0	36
	Yüzde (%)	17,5	4,0	0,0	15,3
8-10	Frekans	11	1	0	12
	Yüzde (%)	5,5	4,0	0,0	5,1
10 üstü	Frekans	39	5	3	47
	Yüzde (%)	19,5	20,0	27,3	19,9
<b>TOPLAM</b>		200	25	11	236
		$\chi^2 = 7,822$		s.d = 8 , p = 0.451	

Tablo 58’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanmalıdır.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 7,822$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 59.** “Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.” ifadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat	Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.			Toplam	
	Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum		
0-2	Frekans	55	2	3	60
	Yüzde (%)	25,9	15,4	27,3	25,4
2-5	Frekans	71	5	5	81
	Yüzde (%)	33,5	38,5	45,5	34,3
5-8	Frekans	33	3	0	36
	Yüzde (%)	15,6	23,1	0,0	15,3
8-10	Frekans	11	0	1	12
	Yüzde (%)	5,2	0,0	9,1	5,1
10 üstü	Frekans	42	3	2	47
	Yüzde (%)	19,8	23,1	18,2	19,9
<b>TOPLAM</b>		212	13	11	236
		$\chi^2 = 4,366$		s.d = 8 , p = 0.823	

Tablo 59’da örnekleme yer alan avukatların “Hukuk meslekleri giriş sınavının konulması yararlıdır.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 4,366$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 60.** “Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir.			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	35	11	14	60
	Yüzde (%)	26,1	20,4	29,2	25,4
2-5	Frekans	42	18	21	81
	Yüzde (%)	31,3	33,3	43,8	34,3
5-8	Frekans	20	10	6	36
	Yüzde (%)	14,9	18,5	12,5	15,3
8-10	Frekans	7	4	1	12
	Yüzde (%)	5,2	7,4	2,1	5,1
10 üstü	Frekans	30	11	6	47
	Yüzde (%)	22,4	20,4	12,5	19,9
<b>TOPLAM</b>		134	54	48	236
		$\chi^2 = 6,233$	s.d = 8	, p = 0,621	

Tablo 60’da örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimin bu sınav konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerekmektedir.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2=6,233$ ;  $p>0,05$ ).

**Tablo 61.** “Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir.			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	55	3	2	60
	Yüzde (%)	26,8	20,0	12,5	25,4
2-5	Frekans	64	8	9	81
	Yüzde (%)	31,2	53,3	56,2	34,3
5-8	Frekans	35	0	1	36
	Yüzde (%)	17,1	0,0	6,2	15,3

8-10	Frekans	10	1	1	12
	Yüzde (%)	4,9	6,7	6,2	5,1
10 üstü	Frekans	41	3	3	47
	Yüzde (%)	20,0	20,0	18,8	19,9
<b>TOPLAM</b>		205	12	16	236
		$\chi^2 = 9,509$		s.d = 3 , p = 0.301	

Tablo 61’de örnekleme yer alan avukatların “Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımı gereklidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 9,509$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 62.** “Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat	Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmelidir.			Toplam	
	Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum		
0-2	Frekans	37	13	10	60
	Yüzde (%)	21,4	29,5	52,6	25,4
2-5	Frekans	58	16	7	81
	Yüzde (%)	33,5	36,4	36,8	34,3
5-8	Frekans	30	5	1	36
	Yüzde (%)	17,3	11,4	5,3	15,3
8-10	Frekans	8	3	1	12
	Yüzde (%)	4,6	6,8	5,3	5,1
10 üstü	Frekans	40	7	0	47
	Yüzde (%)	23,1	15,9	0,0	19,9
<b>TOPLAM</b>		173	44	19	236
		$\chi^2 = 14,594$		s.d = 8 , p = 0.068	

Tablo 62’de örnekleme yer alan avukatların “Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilme-



lidir.” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 14,594$ ;  $p > 0,05$ ).

**Tablo 63.** “Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb.)” İfadesi ile Avukatlık Süresi Arasındaki İlişki

Çalışılan Stajyer Avukat		Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb.)			Toplam
		Kesinlikle Onaylıyorum+ Onaylıyorum	Kararsızım	Onaylamıyorum + Kesinlikle Onaylamıyorum	
0-2	Frekans	47	3	10	60
	Yüzde (%)	29,6	7,9	25,6	25,4
2-5	Frekans	49	16	16	81
	Yüzde (%)	30,8	42,1	41,0	34,3
5-8	Frekans	22	6	8	36
	Yüzde (%)	13,8	15,8	20,5	15,3
8-10	Frekans	7	3	2	12
	Yüzde (%)	4,4	7,9	5,1	5,1
10 üstü	Frekans	34	10	3	47
	Yüzde (%)	21,4	26,3	7,7	19,9
<b>TOPLAM</b>		159	38	39	236
		$\chi^2 = 12,952$	s.d = 8	, p = 0.113	

Tablo 63’te örnekleme yer alan avukatların “Hukuk Fakültesinin son sınıfı öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olmalıdır (Ticaret Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku vb.)” ifadesi ile ilgili onay durumları çalışılan stajyer avukat sayısına göre anlamlı olarak farklılaşmadığı görülmektedir ( $\chi^2 = 12,952$ ;  $p > 0,05$ ).

Örnekleme yer alan avukatlardan 122 kişi hukuk eğitimde kalitenin artırılmasını sağlayacak ders önerisinde bulunmuştur. Öneriler incelendiğinde en sık ifade edilen dersler Tablo 64’te yer almaktadır.

**Tablo 64.** Hukuk eğitiminde kalitenin arttırılmasını sağlayacak ders önerileri

Ders	Frekans
<i>Psikoloji</i>	15
<i>İletişim Teknikleri</i>	11
<i>Meslek etiği ve ahlaki</i>	11
<i>Felsefe ve Mantık</i>	7
<i>Uygulamaya yönelim dersler</i>	7
<i>Sosyoloji</i>	7
<i>Adli yazışma Teknik ve Uygulamaları</i>	6
<i>İnsan hakları eğitimi</i>	6
<i>Bilişim Hukuku</i>	6
<i>Diksiyon ve Etkili Konuşma</i>	4
<i>Marka ve Patent Hukuku</i>	3
<i>Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri</i>	3
<i>Müzakere teknikleri</i>	2

Örneklemede yer alan avukatların hukuk eğitiminde kalitenin arttırılması için önerdikleri derslerin içerisinde genel kültür ve kişisel gelişim dersleri de yer almaktadır. Derslerde uygulamaya daha fazla yer verilmesi gerektiği ve interaktif ders işlenmesinin daha yararlı olacağı yönünde öneriler yer almaktadır.

## SONUÇ

Örneklemede yer alan yanında stajyer çalıştırmış olan avukatların hukuk eğitimi ile ilgili görüşlerini incelediğimizde; %68'i stajyer avukat adayının büroya yeterli hukuk eğitimini alarak gelmediğini ifade etmektedir. Araştırmada yer alan avukatların %72'si hukuk eğitiminin 5 yıla çıkartılması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuk eğitimi sırasında entelektüel birikim sağlayacak derslere ağırlık verilmesi gerektiği fikrine %91'i katılmaktadır. Hukuk Tarihi dersine ağırlık verilmesi ile ilgili olarak ankete katılanların %56'sı olumluyken %25'i kararsız olduğunu ifade etmektedir. Avukatların %79'u Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi dersine daha çok ağırlık verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Genel Kamu Hukuku dersi ile ilgili olarak avukatların %60'ı daha çok ağırlık verilmesi fikrini onaylarken, %27'si kararsızdır. Avukatların %93'ü hukuk fakültesi sırasında eğitimin uygulamaya yönelik olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle %72'si kesinlikle hukuk fakültesi sırasında uygulamaya yönelik eğitimin artırılması gerektiğini ifade etmektedir. Hukuk eğitimi sırasında duruşma izlemek, kalem işlerini öğrenmek gibi adliye de eğitim planlanması gerektiği fikrine avukatların %89'u katılmaktadır. Avukatların %52'si hukuk eğitimi sırasında mutlaka baroya kayıtlı avukatlar yanında eğitim planlanması gerektiği yorumunu kesinlikle onaylarken %10 'u bu konuda kararsız olduğunu ifade etmektedir. Avukatların %90'ı hukuk meslekleri giriş sınavının konulmasının yararlı olduğunu onaylamaktadır. Hukuk eğitiminin bu sınavdaki konu başlıklarına göre düzenlenmesi gerektiğine yönelik ifadeyi örneklemede yer alan avukatların %27'si kesinlikle onaylamakta, %29'u onaylamakta ve %23'ü kararsız olduğunu ifade etmektedir. Hukuk eğitimi sırasında derslere eğitime katkı amacıyla uygulayıcıların (avukat, hakim, savcı) katılımının gerekli olduğu ifadesini avukatların %87'si onaylamaktadır. Avukatların %73'ü Bilişim Hukuku, Spor Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda daha çok derse yer verilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Örneklemede yer alan avukatların %67'sinin hukuk fakültesinde son sınıfın öğrencinin uzmanlaşmak istediği alan derslerine yönelik olması gerektiği fikrini onayladığı görülmektedir.

Bu doğrultuda İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültemizde entelektüel birikime ilişkin olarak Hukuk ve Sanat dersi açılması planlanmıştır.

Bilişim Hukuku, Sağlık Hukuku gibi alanlarda hem ders planlanmış hem de anabilim dalı kurulması tasarlanmıştır. Sağlık Hukuku alanında tezli ve tezsiz yüksek lisans açılmıştır.

Gerek hakim ve savcuların gerekse avukatların uygulamaya yönelik bilgi paylaşımı için Uygulamadan Örnekler Seminer Günleri planlanmıştır.

Menemen Adliyesi ile yapılan protokol ile öğrencilerin canlı duruşma izlemesi planlanmıştır.

Çalışmamızda amacımız bir hukuk fakültesi eğitim modeli oluşturmak değil ders içeriklerine katkı sağlamak olduğundan, elde edilen veriler ışığında ders açılmasının büyük faydası olduğunu düşünüyoruz.

## KAYNAKLAR

- “Cambridge University: All Lectures to be On-line Only until Summer 2021”, *BBC News*, May 19 2020 via [www.bbc.com/news/education-52732814](http://www.bbc.com/news/education-52732814) (ziyaret tarihi: 23/06/20).
- “Germany”, *LawStudies*, via [www.lawstudies.com/universities/Germany](http://www.lawstudies.com/universities/Germany) (16/06/20).
- FRENCH D., American Legal Education and Professional Despair, *Academic Questions*, vol. 24, 2011, s. 157-166.
- GRÜN S., The German vs. the American Law School Experience: Life at NYU Law, December 15 2015 via <https://blogs.law.nyu.edu/lifeatnyulaw/the-german-vs-the-american-law-school-experience/> (ziyaret tarihi: 24/06/20).
- KORIOH S., Legal Education in Germany Today, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 24/1, 2006, s. 85-107.
- KOWARSKI I., How Long Is Law School and What Is It Like?, *U.S. News*, January 14 2019 via [www.usnews.com/education/best-graduate-schools/articles/2019-01-14/how-long-is-law-school-and-what-is-it-like](http://www.usnews.com/education/best-graduate-schools/articles/2019-01-14/how-long-is-law-school-and-what-is-it-like) (ziyaret tarihi: 23/05/20).
- LORD LAWTON, Education for the Legal Profession, *Liverpool Law Review*, vol. 6/1, 1984, s. 5-13.
- REYNOLDS E.V., Legal Education in Germany, *Yale Law Journal*, vol. 12/1, 1902, s. 31-34.
- ROGERS H.W., Legal Education in the United States, *American Law School Review*, vol. 1/1, 1902, s. 13-16.
- SOMMERLAD H. & YOUNG R. & VAUGHAN S. & HARRIS-SHORT S., The Future of Legal Education and the Legal Profession, in *The Future of Legal Education and the Legal Profession*, edited by Sommerlad & Young & Vaughan & Harris-Short, Oxford, 2015, s. 1-21.
- “The German Judiciary Act”, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, via [www.gesetze-im-](http://www.gesetze-im-)

[internet.de/englisch\\_drig/englisch\\_drig.html](http://internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html) (ziyaret tarihi: 23/06/20).

<https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/turkiye-nin-en-iyi-hukuk-fakulteleri-belli-oldu-77841> (ziyaret tarihi: 16.7.2020).

<http://d.barobirlik.org.tr/2017/link3.pdf> (ziyaret tarihi: 16.7.2020).