



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 5 - Sayı: 1 - Ocak 2019

Yayın Kurulu Başkanı
Prof. Dr. Hüseyin ÖZCAN

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

İletişim Adresi
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Yunusemre Kampüsü
Tepebaşı / ESKİŞEHİR
Tel: +90 (222) 335 05 80
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr
Elektronik Ağ: ahd.dergi.anadolu.edu.tr

Yayına Hazırlayan
Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj
Emre KIZMAZ

Yayın Yeri | Yılı
Ankara | Kasım 2019

ISSN
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.
Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Danışma Kurulu*

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniv., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

Yayın Kurulu

- Doç. Dr. Doğan GÖKBEL
Doç. Dr. Esra YAKUT
Doç. Dr. Mesut AYGÜN
Doç. Dr. Mustafa AVCI
Doç. Dr. Tolga AKKAYA
Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI
Dr. Öğr. Üyesi Hediye Bahar SAYIN
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK
Dr. Öğr. Üyesi Reşit KARAASLAN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (**AndHD**),
yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında)
elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir.

Dergiye yapılan atıflarda “**AndHD**” kısaltması kullanılmalıdır.

Bu dergide yayımlanan yazılar da
ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

AndHD'de, hukukun her alanından hakemli makaleler,
hakemsiz makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve
karar incelemelerine yer verilir.

Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması,
Yayın Kurulunun kararına bağlıdır.

Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya
İtalyanca olabilir.

AndHD'de yayımlanması istenen yazılar başka yerde
yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

AndHD'de değerlendirme süreci elektronik ortamda
çift-körleme yöntemiyle yürütülür.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD)
Yayın İlkeleri

1. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergideki yazılar, yazarların sorumluluğundadır.
2. AndHD’de, hukukun her alanından hakemli makaleler, çeviriler, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilecektir. Çeviriyle birlikte yazının kaynak dildeki bir nüshası ile çeviri izni de gönderilmelidir. Hakemli makaleler dışındaki yazıların yayımlanması, Yayın Kurulunun kararına bağlıdır. Yazıların dili, Türkçe, İngilizce, Almanca, Fransızca veya İtalyanca olabilir.
3. AndHD’de yayımlanması istenen yazılar, başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar MS Word (MS Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun kaleme alınmalıdır:
 - a. Kağıt boyutu: A4
 - b. Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - c. Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
5. Yazının Türkçe ve altında İngilizce başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazar ad, soyadı, ünvanı, çalıştığı kurum İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.
6. Bölüm başlıkları, “1, 2, 3...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “a, b, c...” ve ardından gelenler “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak sola hizalı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.
7. Hangi dilde yazılmış olursa olsun, tüm yazıların başında, yazının başlığı ile en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan önce Türkçe, sonra İngilizce olmak üzere iki özet yer almalıdır. Ayrıca, konuyu tanımlayan ve Türkçe ile İngilizce özetlere uygun 5’er adet anahtar sözcük bulunmalıdır.

8. AndHD Yayın Kurulunca yapılacak ilk değerlendirme sonucu, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen çalışmalar, tamamen reddedilebileceği gibi, şekli eksikliklerin giderilmesi için yazarına iade edilebilir.
9. AndHD Yayın Kurulunca gerçekleştirilen ilk değerlendirmeden geçen yazılar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakeme gönderilir. AndHD, kör hakemlik esasına dayanır.
10. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltilmesine yahut yayımlanmamasına karar verilebilir. Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde ise, yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise üçüncü hakeme gönderilip, gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır. Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan yazılar, Yayın Kurulu gerek gördüğü takdirde bir kez daha hakeme gönderilebilir.
11. Tüm hakem raporları, AndHD Yayın Kurulu tarafından 5 yıl boyunca saklanır.
12. Yazar, yayımlanmak üzere kabul edilen yazısının, elektronik ortam dışında basılı olarak yayımlanmasına da izin vermiş sayılır. Yazarlara bir telif ücreti ödenmez.
13. AndHD'ye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, sola yaslı olmalıdır.
 - a. Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek ilk kullanım: Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım: TMK)
 - b. Dipnotlarda kitaplar; Yazarın adı soyadı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları şeklinde yer almaktadır. Kaynakçada sayfa numarası koyulmamalıdır.

(Örnek dipnot: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018, s. 10)

(Örnek kaynakça: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018)

- c. Birden fazla yazarlı kitaplarda, yazarların ad ve soyadlarının arasına “/” işareti koyulmalı, dipnotta ilk kullanımdan sonra sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek ilk dipnot: Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019, s. 10)

(Örnek ikinci kullanılacak dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- d. Dipnotlarda ve kaynakçada makaleler; Yazarın adı soyadı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayınlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları şeklinde yer almalıdır.

(Örnek dipnot: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1, s. 7)

(Örnek kaynakça: Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1)

- e. Editörlü veya çevirmenli eserlerde, editör veya çevirmen (Ed) veya (Çev) kısaltması ile, kitabın veya makalenin adından sonra yazılmalıdır.

- f. Dipnotta yazarın soyadı ve sayfa no arasında, birden fazla kez kullanılacak kitaplarda yazarın soyadı ve sayfa no arasında, “a.g.e.,” birden fazla kez kullanılacak makalelerde “a.g.m.,” kısaltması kullanılmalıdır.

(Örnek dipnot: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10)

- g. Dipnotta yargı kararlarına yapılacak atıflarda; Kısaltılmış Mahkeme Adı, Kısaltılmış Dairesi, Esas no, Karar no, Tarihi belirtilmelidir.

(Örnek Yarg. 2. HD., 2012/01 E., 2015/03 K., 02.01.2015 T.)

- h. Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında “;” işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: Akipek/Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 10; Arsebük, a.g.m., s. 13)

- i. Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek,

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["aytentekeli"\],"languageisocode":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-158595"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{), 07.07.2019)

- j.** Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Örnek kaynakça:

Akipek, Jale/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2019.

Arsebük, Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, C. 1, S. 1.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2018.

- 14.** Yazar, ad, soyadı, unvan, orcid numarası, iletişim adresi, e-posta adresi ve cep telefonu numarasını da, yazısı ile birlikte göndermelidir.

İçindekiler

Uluslararası İlke ve Standartlar Bağlamında Engelli Hakları

Disability Rights in the Context of International Principles and Standards

Prof. Dr. Nuray GÖKÇEK KARACA 1

Avukatlarda İşkoliklik, İş-Aile Çatışması, Tükenmişlik Üzerine

Bir Alan Çalışması

A Field Study on Workaholism, Work-Family Conflict and Burnout
Amongst Lawyers

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa MACİT 35

Roma Aile Hukukunda *Patria Potestas*

Patria Potestas in Roman Family Law

Dr. Öğr. Üyesi Elvan SÜTKEN 67

Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları

The Forms, Legal Characteristics and Consequences of the Contract of Guaranty

Arş. Gör. Kemal ATASOY 101

Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi

The Effect of Auditing General Terms and Conditions on Freedom of Contract

Arş. Gör. Ömer Ali GİRGİN 135

Olağanüstü Mal Rejimi

Abnormal Property Regime

Arş. Gör. Serra KOCAR 157

Deniz İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi

Sub-Contracting Relations in Maritime Labour Law

Arş. Gör. Doğan KÜÇÜK 179

Kurumsal Yönetim Kavramının Genel Çerçevesi ve

Türk Hukukundaki Yansımaları

General Framework of the Concept of Corporate Governance and

Its Reflections on Turkish Law

Arş. Gör. Mehmet Arif TUĞ 203

Bilgi Suistimali Suçu

The Crime of Insider Trading

Arş. Gör. **Asena Kamer USLUADAM**..... 229**Vekalet Veren Vekilin Uğradığı Zararı Giderme Borcu**

The Principal's Obligation of Compensation for Damages of Agent

Av. **Nilsu KESİM**..... 255

Uluslararası İlke ve Standartlar Bağlamında Engelli Hakları^(*)

Disability Rights in the Context of International Principles and Standards

Prof. Dr. Nuray GÖKÇEK KARACA^(**)

Öz

Dünya nüfusunun görülmemiş hızla yaşlanması ve kronik hastalıklardaki artış engelli sayısını gün geçtikçe artırmaktadır. Bu nedenle günümüzde engellilerin toplumsal yaşama katılımının önündeki engellerin kaldırılması ve sahip oldukları potansiyelin ortaya çıkarılması toplumsal uyumları açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle engelliler geçmişte hiç olmadığı kadar yaşadıkları ekonomik, sosyal ve sağlık sorunlarının giderilmesi bağlamında sosyal politikaların odağı haline gelmiş ve sahip oldukları haklar hem uluslararası hem ulusal düzenlemelerle güvence altına alınmaya başlanmıştır. Bu çerçevede, hiç kuşkusuz Birleşmiş Milletler (BM) başta olmak üzere Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) ve Dünya Tabipler Birliği çok sayıda uluslararası kuruluş tarafından engellilere yönelik sosyal yaşam, sağlık, sosyal güvenlik, eğitim, istihdam, erişilebilirlik, bakım ve rehabilitasyon ve mali kolaylıklar konularında hükümler ihtiva eden düzenlemeler yapılmıştır. Uluslararası ilke ve standartlar çerçevesinde oluşan engelli hak, yetki ve korumalarının engellilere yönelik Türk mevzuatı incelendiğinde büyük oranda tanındığı görülmektedir. Bununla birlikte hem uluslararası hem de ulusal düzeyde yapılan engelli haklarını güvence altına alan düzenlemeler dağınık halde bulunmaktadır. Bu çalışmanın amacı, engellilere yönelik dağınık halde bulunan mevzuatın bir araya getirilerek konular açısından bir arada ve topluca değerlendirilmesi, engelli haklarının korunması için gerekli yükümlülüklerin daha belirgin hale getirilerek kamusal farkındalık ve bilinç oluşturulmasıdır. Bu amaç doğrultusunda yapılan çalışmada, uluslararası ilke ve standartlar bağlamında engellilerin sahip oldukları haklar ile bu haklara dayalı uygulamalar ulusal yasal dayanakları ve uygulamaları bağlamında ayrıntılı inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Engelli, Engelli Mevzuatı, Engelli Hakları.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 26.07.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 31.07.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 06.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 31.07.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 10.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Fakültesi, Sosyal Hizmet Bölümü, Sosyal Hizmet Anabilim Dalı,
E-Posta: ngokcek@andolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-3493-8446>.



Abstract

The unprecedented rapid aging of the world's population and the increase in chronic diseases increase the number of people with disabilities day by day. For this reason, the removal of the barriers to the participation of disabled people in social life and revealing their potential is important for their social integration. For this reason, disabled people have become the focus of social policies in terms of eliminating the economic, social and health problems they have experienced as never before in the past and their rights are tried to be secured by both international and national regulations. Within this framework, undoubtedly, international organizations such as the United Nations (UN), the Council of Europe, the European Union (EU), the International Labor Organization (ILO) and the World Medical Association have made regulations on social life, health, social security, education, employment, accessibility, care and rehabilitation and financial facilities for the disabled. It is seen that the rights, powers and protections of disabled people, which are formed within the framework of international principles and standards, are widely recognized when the Turkish legislation for disabled people is examined. However, both international and national regulations on the rights of persons with disabilities are scattered. The aim of this study is to bring together the scattered legislation for the disabled and to evaluate them collectively in terms of issues, to create public awareness and consciousness by making the necessary obligations for the protection of the rights of persons with disabilities more apparent. In this study, rights of persons with disabilities with rights and practices based on these rights have been examined in detail in the context of national legal basis and practices.

Keywords

Disability, Disability Legislation, Disability Rights.

1. GİRİŞ

İnsan hakları, her insanın doğuştan kişiliğine bağlı vazgeçilmez ve devredilmez haklardır. Her insan, insan olma bakımından eşit değere sahiptir. Bu ilke gereği, insanca yaşama hakkına sahip olmak açısından insanlar arasında ayırım yapılamaz. Ancak yaşamlarını başkalarının desteği olmaksızın sürdürme konusunda zorlanan engellilerin yaşam kalitesi ve yaşamdan beklentilerinin sağlık bireylerden farklı olduğu dikkate alındığında, sosyal uyumları açısından durumlarına özgü bakım hakkı, rehabilitasyon hakkı, sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanma hakkı gibi bazı özel haklara sahip olmaları gerektiği gerçeği göz ardı edilmemelidir.¹ Bu bağlamda, engelli bireylerin yaşamın her alanına eşit katılımlarının sağlanması, bağımlı olmadan yaşama olanaklarına kavuşturulması konusunda yapılan uluslararası düzenlemeler çerçevesinde hemen hemen tüm çağdaş ülkelerin önemli yükümlülükler üstlendiği ve bu ülkelerde engelli bireylerin haklarının yasal düzenlemelerle güvence altına alındığı görülmektedir.

¹ Sayar, Ö., Özbulut, M. ve Küçükkaraca, N. (2008). Özürlülerle Toplumsal Bütünleşmeye Bir Adım. Ankara: Sosyal Hizmet Uzmanları Derneği Yayınları, s. 23

Çağdaş ülkelere benzer şekilde ülkemizde de doğrudan ve dolaylı bir şekilde engelli bireylerin haklarını güvence altına alan düzenlemeler mevcuttur. Ancak uluslararası düzeyde olduğu gibi ulusal düzeyde yapılan engelli haklarını güvence altına alan bu düzenlemelerde bir dağınıklık söz konusudur. Bu çalışmanın amacı, engellilere yönelik dağınık halde bulunan mevzuatın bir araya getirilerek konular açısından bir arada ve topluca değerlendirilmesi, engelli haklarının korunması için gerekli yükümlülüklerin daha belirgin hale getirilerek kamusal farkındalık ve bilinç oluşturulmasıdır. Bu amaç doğrultusunda yapılan çalışmada, öncelikle literatürde sıklıkla başka kavramlarla da ifade edilebilen engelli kavramı ve engellilik türleri ile engelli nüfusun önemine vurgu yapmak adına Dünya’da ve Türkiye’de engelli nüfus hakkında bilgi verilecek, ardından engellilerin korunmasının hukuki dayanakları uluslararası ve ulusal düzenlemeler çerçevesinde sistematik bir yaklaşımla inceleme konusu yapılacaktır.

2. ENGELLİ KAVRAMI VE ENGELLİ NÜFUSUN ÖNEMİ

Engel, bireyin yetersizliği nedeniyle toplumun beklentilerine yanıt verememesi sonucunda fiziksel ve sosyal çevresiyle etkileşimde sınırlılık ya da sorun yaşaması durumudur. Yetersizliği olan bireye gerekli bilgi ve beceriler kazandırıldığında, sosyal ve gerektiğinde fiziksel çevrede bazı değişikliklere gidildiğinde, yetersizliğin engel durumuna dönüşmesi önlenir. Örneğin bir kolunu kaybeden bir çocuk protez kullanmayı öğrendiğinde, sorun yaşamadan işlevlerini yerine getirdiğinde, en azından etkileşimde bulunduğu fiziksel çevre açısından engelli değildir.² Engellilik; bedensel, akli ve ruhsal yapıdaki bozulmalar sonucu doğal yaşama yetilerinin kısıtlanması ya da bu yetilerden tamamen yoksun kalınması durumudur. Engelli ise engellilik durumuna maruz kalan kişidir.

Engellilere yönelik literatür ve mevzuat incelendiğinde, engelli kavramı yerine yaygın olarak özel gereksinimli birey ve özürlü kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bu kavramlardan özel gereksinimli birey, Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliğinin 4. maddesinde tanımlanmıştır. Söz konusu madde hükmüne göre özel gereksinimli birey, “çeşitli nedenlerle bireysel ve gelişim özellikleri ile eğitim yeterlilikleri açısından akranlarından beklenen düzeyden anlamlı farklılık gösteren birey”dir. Bu tanıma göre özel

² Akçamete, A. G. (2009). Özel Eğitime Başlangıç (Ed. A. G. Akçamete). Genel Eğitim Okullarında Özel Gereksinimi Olan Öğrenciler ile Özel Eğitim, Ankara: Kök Yayıncılık, s. 29-74; Eripek, S. (2008). Okulöncesi Dönemde Özel Eğitim. Özel Eğitim (Ed. S. Eripek), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 1-19; Özen, A. (2012). Özel Gereksinimli Bireyler. Özel Gereksinimli Bireyler ve Bakım Hizmetleri (Ed. E. Tekin İftar). Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Ya. No: 2530, Açıköğretim Fakültesi Ya. No: 1501, s. 4.

gereksinimli birey, öğrenme ve/veya davranış sorunları gösteren bireyleri, bedensel ya da duygusal yetersizliği olan bireyleri olduğu kadar zihinsel olarak üstün ya da özel yetenekli bireyleri de kapsamaktadır. Özel yetenekli birey ise, “yaşıtlarına göre daha hızlı öğrenen, yaratıcılık, sanat, liderliğe ilişkin kapasitede önde olan, özel akademik yeteneğe sahip, soyut fikirleri anlayabilen, ilgi alanlarında bağımsız hareket etmeyi seven ve yüksek düzeyde performans gösteren birey” olarak tanımlanmıştır (mad. 4/u). Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, özel gereksinimli birey kavramı engelli birey kavramı yerine tercih edilmektedir. Sıklıkla da özel gereksinimli birey kavramı özel eğitim gereksinimine vurgu yapma amaçlı kullanılmaktadır.³

Aralarında anlamsal farklılıklar olmakla birlikte konuşma ve yazı dilinde engelli kavramı özürlü kavramı sıklıkla birbirinin yerine kullanılmaktadır.⁴ DSÖ'nün tanımına göre engellilik, bozukluk ve özürlülükten kaynaklanan sosyal dezavantajdır.⁵ Toplumlarda bazı kişiler, kendilerinin ya da yer aldıkları toplumun özellikleri, koşulları nedeniyle daha dezavantajlı bir konumda bulunurlar. Renkleri, etnik kökenleri, dinleri, cinsel kimlikleri ve inançları gibi sosyo-kültürel nedenlerle kişiler yaşadıkları toplumda ayrımcı davranışlarla karşılaşabildikleri gibi, yeteneklerindeki bir yetmezlik ya da eş cinsel olma gibi bazı özellikleri nedeniyle toplumdaki diğer bireylere göre yaşamın tüm alanlarında ciddi entegrasyon sorunu yaşamaktadırlar. Toplumsal yaşama katılabilme, bir iş bulup, o işi elinde tutabilme olanaklarından toplumun diğer bireyelerine göre kısmen ya da tamamen yoksun bulunan bu kişilere engelli, bu kişilerce oluşturulan kesimlere ise engelliler, engelli grupları denilir. Yapılan açıklamalar bağlamında, göçmenler, eş cinseller, evli olmaksızın çocuk sahibi olanlar, farklı etnik kökenliler ve özürlüler toplumdaki diğer bireylere göre yaşamın tüm alanlarında ciddi entegrasyon sorunu yaşayan kişiler olarak engelliler grubunda yer almaktadır. “Özürlü” ise, sakatlıkları nedeniyle yetenekleri belirli bir oranda azalmış kişileri ifade etmek için kullanılan bir kavramdır.⁶ Yapılan açıklamalar doğrultusunda, engelli kavramının özürlü kavramından daha geniş kapsamlı olduğu, özürlülerin engelliler içerisinde özel bir grubu oluşturduğu söylenebilir.

³ Özen, s. 11.

⁴ Karataş, K. (2002). Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları: Bir Sosyal Politika Yaklaşımı. *Ufku Ötesi Bilim Dergisi*, 2 (2), s. 43; Uşan, M. F. (1999). *İş Hukukunda Sakat İstihdamı*. Ankara: Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası, s. 87.

⁵ DSÖ (2001). *İşlevsellik, Yetiyitimi ve Sağlığın Uluslararası Sınıflandırması: ICF*; DSÖ (2004). *ICF-İşlevsellik, Yetiyitimi ve Sağlığın Uluslararası Sınıflandırılması* (Çev. E. Kabakçı ve A. Göğüş). Web: http://whqlibdoc.who.int/publications/2001/9241545429_tur.pdf (Erişim Tarihi: 10.10.2018).

⁶ Altan, Ö. Z. (2004). *Sosyal Politika Dersleri*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları No. 1592, s. 247.

Literatürdeki tartışmalar dikkate alınarak kısaca “Engelliler Hakkında Kanun” olarak adlandırılan 01.07.2005 tarih ve 5378 sayılı Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’da⁷ engelli kavramı özürülleri de kapsayacak şekilde “doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine gereksinim duyan kişi” olarak tanımlanmıştır (mad. 3/a).

Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği’nde⁸ yapılan özel gereksinimli birey tanımından hareketle engelli kavramı, öğrenme ve/veya davranış sorunları gösteren bireyleri, bedensel ya da duyuşal yetersizliği olan bireyleri olduğu kadar zihinsel olarak üstün ya da özel yetenekli bireyleri de kapsamaktadır.⁹ Söz konusu Yönetmeliğin 4. maddesine göre engellilerin yetersizlik tür ve dereceleri birbirinden farklıdır. Bu bağlamda engelliler, “Otizmi Olan Birey”, “Zihinsel Engelli Birey”, “Bedensel Engelli Birey”, “Görme Engelli Birey” ve İşitme Engelli Birey” şeklinde gruplandırılabilir.¹⁰ Ayrıca bu engelli gruplarına kronik hastaları da eklemek mümkündür. Zira literatürde kronik hastalıkların bir engel türü olduğu ifade edildiği gibi, “anatomik (bedensel), fizyolojik (vücutumuzdaki doku ve organlarla ilgili olarak) ve mental (ussal, zihinsel) kayıp ya da anormallik” anlamında kullanılan “bozukluk” kavramı ile de ifade edildiği görülmektedir.¹¹

DSÖ verilerine göre dünya nüfusunun görülmemiş hızla yaşlanması ve kronik hastalıklardaki artış engelli sayısını gün geçtikçe artırmaktadır. OECD-AB ve Türkiye verilerine göre, yaklaşık olarak 1 milyarlık bir nüfusla engelliler, dünya nüfusunun yaklaşık %15’ini oluşturmaktadır. Bu oranla engelli bireylerin dünyadaki “en büyük azınlık” grubunu oluşturdukları ifade edilmektedir. AB

⁷ R.G., T. 07.07.2005, S. 25868.

⁸ R.G., T. 7.07.2018, S. 30471.

⁹ Özen, 2012: 3

¹⁰ Özürlüler İdaresi Başkanlığı (ÖZİDA) (2004). Türkiye Özürlüler Araştırması. Ankara: T.C. Başkanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Yayını, s. 10; Karataş, Z. (2011). Evde Bakım Hizmeti Sunan Aile Bireyi Bakıcıların Moral ve Manevi Değerlerinin Başaçıkmadaki Etkisi. Yüksek Lisans Tezi, Rize: Rize Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Web: http://www.manevisosyalhizmet.com/wp-content/uploads/2013/03/312309_tez.pdf (Erişim Tarihi: 04.01.2013), s. 22-23; Kavaklı, U. ve Özkara, E. (2012). Kişisel, Sosyal ve İş Hayatında Özürlü Bireylere Tanınan Haklar ve Özürlü Olguların Medikolegal Değerlendirmesi, DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi, 26 (1): 65-74, Web: http://www.deu.edu.tr/UploadedFiles/Birimler/20368/09_u%C4%9Fur%20kavakl%C4%B1.pdf (Erişim Tarihi: 04.05.2013), s. 66.

¹¹ Özdemir, Ü. ve Taşçı, S. (2013). Kronik Hastalıklarda Psikososyal Sorunlar ve Bakım. Erciyes Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, 1 (1), 58-63.

ülkelerinde engelli birey sayısını 15-64 yaş arası temel etkinlik problemi yaşayan engelli bireyler ile hayat boyu süren bir sağlık sorunu nedeniyle kısıtlı çalışma olanağına sahip engelli bireyler açısından ayrı ayrı incelemek mümkündür. AB ülkelerinde birinci grupta yer alan engelli birey sayısı 44 milyon iken ikinci grupta yer alan engelli birey sayısı 35 milyondur. Türkiye’de ise engelli birey sayısı 1.559.222’dir. Bunların büyük bir kısmını (%37) görece olarak daha yaşlı nüfus (50-64 yaş arası) oluşturmaktadır.¹²

Verilere göre dünyada ve Türkiye’de sayıları her geçen gün artan önemli bir azınlık grubu olarak nitelendirilen engellilerin toplumsal yaşama katılımının önündeki engellerin kaldırılması ve sahip oldukları potansiyelin ortaya çıkarılması insani bir sorumluluk olduğu kadar ekonomik bir zorunluluktur. Bu bağlamda engelli sayısındaki artışla yaşanabilecek sorunları en aza indirmek için engellilerin korunmasına yönelik sosyal, ekonomik, sağlık politika ve uygulamaların hayata geçirilmesi kaçınılmazdır.

3. ENGELLİLERE YÖNELİK ULUSLARARASI İLKE VE STANDARTLAR

İlk olarak 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile dile getirilmeye başlanan engelliler hakkında başta Birleşmiş Milletler (BM) olmak üzere, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) ve Dünya Tabipler Birliği gibi çok sayıda uluslararası kuruluş tarafından sosyal yaşam, sağlık, sosyal güvenlik, eğitim, istihdam, erişebilirlik, bakım, rehabilitasyon ve mali kolaylıklar konularında hükümler ihtiva eden düzenlemeler yapılmıştır.

A. Birleşmiş Milletler ve Bağlı Kuruluşlar Tarafından Yapılan Düzenlemeler ve Çalışmalar

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kurulduğu ilk günden bu yana engellilerin sosyal durumlarını iyileştirmek ve yaşam kalitelerini yükseltmek için çaba harcayan BM’in, engellilerin onurlarına ve haklarına yönelik çabalarının dayanağını kuruluş ilkeleri oluşturmaktadır.

BM Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin en önemli özelliği insan haklarını ulusal düzeyden evrensel düzeye çıkararak ilk belge olmasıdır. Bu bildirmede, klasik kişisel hakların ancak sosyal ve ekonomik haklarla birlikte gerçekleştirilebileceğine vurgu yapılmakta ve bu nedenle tüm hak ve özgürlükler herhangi bir ayırım yapılmadan bütünlük içinde ele alınmaktadır. Ayrıca bildirmede, herkesin kendisi ve ailesinin sağlık ve refahını sağlayacak uygun bir yaşam düzeyi edinme hakkı bulun-

¹² Engelsiz Yaşama Derneği (EyDer) (2019). Sayılarla Dünya’da ve Türkiye’de Engellilik, Web: <https://ey-der.com/ana-sayfa/turkiye-ve-dunyada-engelliler/> (Erişim Tarihi: 13.06.2019), s. 1.

duğu, bu hakkın beslenme, giyim, konut, sağlık hizmetleri ve gerekli sosyal hizmetleri kapsadığı belirtilmektedir (mad. 25). Yine Bildirgenin 25. maddesinde herkesin işsizlik, hastalık, engellilik, dulluk, yaşlılık, kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahip olduğu, anne ve çocukların ise özel bakım ve yardım görme haklarının bulunduğu belirtilmektedir.

BM Genel Kurulunca 1950 tarihinde yapılan Cenova Konferansı'nda, engellilerin sosyal rehabilitasyonu dile getirilmiş ve bir komisyon kurularak eğitim, tedavi, mesleki rehabilitasyon ve istihdam konularında uluslararası standartlar belirlenmesi öngörülmüştür.¹³ Yine BM, 1952 tarihinde engellilerle ilgili BM Kalkınma Programı (UNDP), UÇÖ, DSÖ, UNESCO ve BM Çocuklara Yardım Fonu'nun (UNICEF) katılımıyla gerçekleştirdiği bir toplantıda yeni bir bakış açısıyla eğitim ve rehabilitasyon programları geliştirilirken, engellilerle ilgili konuların söz konusu uluslararası kuruluşların programlarına dahil edilmesini istenmiştir.¹⁴

BM Genel Kurulu İlke Kararı ile 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde sadece altı maddede yer verilmiş olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Sözleşmenin 12. maddesinde, herkesin erişebilir en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standardından yararlanma hakkı bulunduğuna ve bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi doğrultusunda, taraf devletlerce hastalık durumunda tüm tıbbi hizmetlere ve tıbbi müdahaleye güvence verecek koşulların yaratılması hususuna vurgu yapılmaktadır.

BM Genel Kurulu İlke Kararı ile 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 1976 yılında yürürlüğe giren Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne benzer şekilde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden esinlenerek hazırlanılmıştır. Ancak Bildirgeye göre Sözleşmede daha geniş ve belirgin düzenlemeler yapılmıştır. Sözleşmenin herkesin her türlü zeminde ayrımcılığa karşı eşit ve etkili bir şekilde korunma hakkına sahip olduğuna vurgu yapan 26. maddesindeki düzenleme engelli ve yaşlıları da ayrımcılığa karşı koruma kapsamına almaktadır.

11 Aralık 1969 tarihli 2542 sayılı BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilen Sosyal Kalkınma ve Kalkınma Sürecine Dair Bildirgesi'nde ise, zihinsel ve

¹³ AÇSHBEYHGM (2018). Birleşmiş Milletler Sisteminde Engellilik. Web: <https://eyh.aile.gov.tr/uluslararasi-mevzuat> (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

¹⁴ AÇSHBEYHGM, 2018.

bedensel engellilerin topluma tam katılımının artırılmasını da kapsayacak şekilde sağlık, güvenlik ve sosyal refah önlemlerinin alınması öngörülmektedir.¹⁵

20 Aralık 1971 tarihli 2856 sayılı BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilen ve engellilerin haklarının uluslararası ve ulusal eylem planlarında hükümetler tarafından çerçeve olarak kullanılmasını öngören Zihinsel Engelli Bireylerin Hakları Bildirgesi'nde zihinsel engelli bireylerin eğitim, öğretim, rehabilitasyon, rehberlik, terapi haklarına ilaveten uygun tıbbi bakım hakkına sahip olmasına da vurgu yapılmaktadır.¹⁶

9 Aralık 1975 tarihli 3447 sayılı BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilen ve tüm engellilerin haklarını din, dil, ırk, cinsiyet, ideolojik ayırım yapılmaksızın güvence altına alan Engelli Hakları Bildirgesi'nde, engellilerin bakım haklarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.¹⁷

1981 yılı BM tarafından uluslararası engelliler yılı olarak ilan edilmiş ve aynı yıl Viyana'da "Engellilerin Eğitimi, Engelliliği Önleme ve Sosyal Hayata Tam Katılım Konusunda Dünya Konferansı" gerçekleştirilmiştir. Ardından 3 Aralık 1982 tarihli 37/2 sayılı BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilen bu programda, engellilikle ilgili oluşturulacak politikalar; önleme, rehabilitasyon ve fırsat eşitliği şeklinde üç başlık altında toplanmıştır. Yine aynı tarihte yapılan Genel Konseyde ise her yıl 3 Aralık gününün Engelliler Günü olarak kutlanması konusunda bir tavsiye kararı sunularak Engelliler İçin Dünya Eylem Programının tavsiye ettiği faaliyetlerin hükümetlerce uygulanmasını ve tüm dünyada engellilerle ilgili global bir kalkınma sağlamak amacıyla 1983-1992 BM Engelliler Onyılı ilan edilmiştir. 1992 yılında BM Engelliler Onyılı'nın kapanış toplantısında her yıl 3 Aralık gününün Engelliler günü olarak kutlanması kararlaştırılmıştır. Bu toplantıda ayrıca engellilerin büyük bir kısmının gelişmekte olan ülkelerde yaşadığına binaen 1993-2002 yılının Asya-Pasifik Engelliler Onyılı olarak ilan edilmiştir. Engelliler İdaresi Başkanlığının 1998 yılında dahil olduğu Engelliler Onyıl sürecinin kapanış toplantısı 2002 yılında gerçekleştirilmiş ve Asya-Pasifik Engelliler Onyılı'nın 2002-2012 süreci için bir onyıl daha uzatılması kararı alınmıştır.¹⁸

20 Kasım 1989 tarihli 44/25 sayılı BM Genel Kurul Kararı ile kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 23. maddesi engelli çocukların kişisel, sosyal, ekonomik ve kültürel haklarının korunmasına yönelik hükümler ihtiva etmekte-

¹⁵ AÇSHBEYHGM, 2018.

¹⁶ AÇSHBEYHGM, 2018.

¹⁷ AÇSHBEYHGM, 2018.

¹⁸ AÇSHBEYHGM, 2018.

dir. Söz konusu madde hükmü ile engelli çocuğun eğitim, öğretim, sağlık, sosyal yardım, rehabilitasyon, istihdam, rekreasyon ve özel bakım hizmetlerine erişim ve bu hizmetlerden yararlanma hakları güvence altına alınmıştır. Yine Sözleşmenin 23. maddesinde zihinsel ve bedensel engelli çocuğun onurunu koruyucu, kendine güvenini artırıcı, toplumsal yaşama aktif katılımını sağlayıcı ve yaşamını kolaylaştırıcı koruyucu düzenlemelerin sözleşmeye taraf devletlerce yapılmasının güvence altına alındığı görülmektedir.

Engelliler İçin Dünya Eylem Programı'nın uygulanmasının sağlanmasına ilişkin hükümler ihtiva eden 8 Aralık 1989 tarihli BM Genel Asamblesi'nde, Engelliler Alanında İnsan Kaynakları Geliştirme Eylem Planı İçin Tallinn Çerçevesi kabul edilmiştir. Bu çerçevede engellilerin işgücü piyasasında yer almaları ve mesleki istihdamları için eğitilmeleri gerektiği belirtilmektedir.¹⁹

17 Aralık 1991 tarihli 46/119 sayılı BM Genel Kurul Kararı ile akıl hastalarının korunmasına ve akıl sağlığı hizmetlerinin geliştirilmesine ilişkin ilkeler kabul edilmiştir. Söz konusu ilkeler arasında akıl hastalarının teşhisi, tedavisi, bakımı ve rehabilitasyonuna ilişkin hükümlere yer verilerek, söz konusu bireylerin temel hakları ve özgürlüklerine değinilmiştir.²⁰

BM Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993 tarihinde yapılan 48. Toplantısında 48/96 Sayılı kararla engelliler için fırsat eşitliği konusunda standart kurallar kabul edilmiştir. Bu kurallar Engelliler için Dünya Eylem Planını özetlemekte ve ülkelere eşit fırsatlar sunma konusunda nasıl önlemler alacağını bildirmektedir.²¹

1995 yılında Kopenhag'da yapılan Dünya Sosyal Kalkınma Zirvesinde hazırlanan Kopenhag Sosyal Kalkınma Bildirgesi ve Sosyal Kalkınma Eylem Planında devletlerin engellilere eşit eğitim fırsatı vermesi konusunda güvence vermesi istenmiştir.²²

Görüşmelerine 2002 yılında başlanılan, 2006 yılında BM Genel Kurulu'nun kararıyla kabul edilen ve 2008 yılında yürürlüğe giren BM Engelli Hakları Sözleşmesi (BMEHS) engelli bireylerin haklarına bütüncül bir koruma sağlaması ve bağlayıcı olması bakımından uluslararası nitelikteki ilk ve tek düzenleme olması bakımından oldukça önemlidir. Toplam 50 maddeden oluşan bu sözleşmede öncelikle engelli hakları bağlamında genel ilkeler, genel yükümlü-

¹⁹ AÇSHBEYHGM, 2018.

²⁰ AÇSHBEYHGM, 2018

²¹ AÇSHBEYHGM, 2018

²² AÇSHBEYHGM, 2018

lükler, ayrımcılık yasağı, erişebilirlik, farkındalığın artırılması, yaşam hakkı, adalete erişim, kişisel özgürlük ve güvenlik, sömürü, şiddet ya da istismara maruz kalmama, kişisel hareketlilik, konut ve aile dokunulmazlığı, rehabilitasyon, eğitim, sağlık, çalışma ve istihdam, siyasi ve kamusal hayata katılım, sosyal koruma gibi çeşitli başlıklar altında düzenlemeler yer verildiği gibi, sosyal politika konularına ve taraf devletin yükümlülüklerine de yer verilmiştir.

BM Asya-Pasifik Ekonomik ve Sosyal Komisyonu (ESCAP) tarafından organize edilen 2003 - 2012 Asya-Pasifik Engelliler Onyılına sona erdiren ve 2013-2022 On yılı başlatan Incheon Stratejisi²³ Asya-Pasifik bölgesi ve dünya geneli için, ilk kez üzerinde bölgesel uzlaşma sağlanmış, engellilik boyutunu içeren kalkınma hedefleri sunmaktadır. 10 hedef, 27 amaç ve 62 göstergeden oluşan Incheon Stratejisi, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme ile Asya-Pasifik Bölgesinde Engelliler için Engelsiz, Hak Temelli ve Bütünleştirici Toplum Oluşturmaya Yönelik Biwako Binyıl Eylem Çerçevesi ve Biwako Artı Beş Eylem Çerçevesinin ilkeleri üzerine kurulmuştur.

BM'e bağlı faaliyet gösteren BM Eğitim, Bilim ve Kültür Organizasyonu (UNESCO) tarafından da engellilere yönelik çalışmalar yapılmaktadır. UNESCO'nun engellilere yönelik iki önemli faaliyeti son derece önemlidir. Bunlardan ilki, 7 Kasım 1981 tarihinde İspanyol hükümeti ile işbirliği içerisinde İspanya'nın Malaga kentinde gerçekleştirdiği "Sundberg Bildirgesi" olarak adlandırılan "Dünya Eğitim, Önleme ve Katılım Faaliyetleri ve Stratejileri Konferansı 1"dir. İkincisi ise, 7-10 Haziran 1994 tarihleri arasında İspanya Salamanca'da düzenlenen "Salamanca Bildirisi" olarak adlandırılan "Özel Eğitim Dünya Konferansı: Erişim ve Kalite"dir. Yine UNESCO'nun engellilere yönelik olarak yürüttüğü iki çalışma son derece önemlidir. Bunlardan biri UNESCO Genel Konferansı'nda 14 Aralık 1960 tarihinde kabul edilen "Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşme" ile UNESCO Herkes İçin Eğitim Dünya Konferansı'nda 9 Mart 1990 tarihinde kabul edilen "Herkes İçin Eğitim Dünya Bildirgesi"dir.²⁴

BM bağlı olarak faaliyette bulunan bir diğer organ ise, BM Genel Sekreterliği Ekonomik ve Sosyal İşler Bölümü, Sosyal Politika ve Kalkınma Birimidir. Engellilere yönelik hazırlanan temel program niteliğindeki, bu Birimce hazırlanan BM Engelliler Programı engelli haklarının korunması ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi bakımından son derece önemlidir. BM Engelliler Programının genel çerçevesi ve hedefleri Engelliler İçin Dünya Eylem Programı ve Engelli-

²³ ESCAP (2012). Asya-Pasifik Bölgesinde Engelli Bireyler için Hakların Gerçeğe Dönüştürülmesine Yönelik Incheon Stratejisi. Web: <https://eyh.aile.gov.tr/uploads/pages/uluslararası-mevzuat/turkce.pdf> (Erişim Tarihi: 30.10.2018).

²⁴ AÇSHBEYHGM, 2018.

ler İçin Fırsat Eşitliği Konusunda Standart Kurallar belgelerine dayanmaktadır. Bu programın temel amaçları ise, engellilerin sosyal yaşama ve kalkınma sürecine tam ve etkin katılımı konusunda destek sağlanması, engelli haklarının ve onurlarının korunmasına yönelik çabaların artırılması ve eğitim, istihdam, bilgi edinme, ürün ve hizmetlere erişimlerinin artırılmasıdır.²⁵

BM'e bağlı faaliyet gösteren DSÖ tarafından sağlık hakkı bağlamında engellilere yönelik çalışmalar da yapılmaktadır. Doğrudan engellilere yönelik bir düzenleme olmamakla birlikte, DSÖ'nün bakım ve tedavi hakkı bağlamında engelli bireyleri de kapsamına alan Amsterdam Bildirgesi olarak bilinen 1994 Tarihli Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi hasta ve yaşlı bireyler kadar engelli bireyler açısından da son derece önem arz etmektedir.

B. Avrupa Konseyi Tarafından Yapılan Düzenlemeler

Avrupa Konseyi'nin doğrudan veya dolaylı bir şekilde engellilerin korunmasına yönelik birçok düzenlemesi olmakla birlikte konumuz açısından iki temel belgesi ayrı bir öneme sahiptir. Bu belgelerden biri klasik kişisel ve siyasi hakları güvence altına alan "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme" (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) iken, bir diğeri ise sosyal ve ekonomik hakları güvence altına alan "Avrupa Sosyal Şartı"dır.

Avrupa Konseyi kurulduğundan bugüne insan haklarının korunması ve geliştirilmesine önem ve öncelik vermiş ve kuruluşundan çok kısa bir süre içinde "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" olarak da adlandırılan "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme"ni hazırlamıştır. Bu sözleşmeyle BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ndeki hakların her yerde ve etkin olarak korunması, geliştirilmesi ve güvenceye kavuşturulması amaçlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan engellilerin korunmasına yönelik düzenlemeler yoktur. Böyle olmakla birlikte genel nitelikteki bazı düzenlemelerden engelliler de yararlanabilmektedir.

Avrupa Sosyal Şartı, ekonomik ve sosyal hakları güvence altına alır. Sağlığın korunması hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sosyal ve tıbbi yardım hakkı ve sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı bakım hizmetlerinden yararlanma hakkı bu kapsamda güvence altına alınan haklar arasındadır. Sosyal ve ekonomik hakların korunması alanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini tamamlayıcı bir belge olan Avrupa Sosyal Şartı, "istihdam koşulları" ve "sosyal bağlılık" şeklinde iki temel kategoriye ayrılacak nitelikte bir dizi hakkı güvence altına almaktadır. Hiç kuşkusuz bu haklardan sağlığın korunması hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sosyal ve

²⁵ AÇSHBEYHGM, 2018.

tıbbi yardım hakkı ve sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı bakım hizmetlerinden yararlanmayı da kapsamına alan temel haklardır. Ayrıca Avrupa Sosyal Şartında engellilerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden intibakları yönünde haklar ve tedbirlere ilişkin çalışma yaşamı ile ilgili hükümlere de yer verilmiştir. Şart, hazırlanmasından 35 yıl sonra, uygulamadan kazanılan deneyimlerden de yararlanılarak, etkinliğini artırmak ve özellikle izleme mekanizmasının daha iyi işlemesini sağlamak amacıyla yeniden gözden geçirilmiş ve yeni birtakım hakları da güvence altına alacak bir şekilde geliştirilmiştir. 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda korunan hakların sayısı artırılmış ve mevcut haklara gençlerin korunma hakkı ile istihdam meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı eklenmiştir.

Avrupa Konseyi'nin değinilen düzenlemeler dışında, doğrudan veya dolaylı bir şekilde bakım hizmetlerini de kapsayacak şekilde engellilerin korunmasına yönelik diğer düzenlemelerini şu şekilde sıralamak mümkündür:²⁶

- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
- Zihinsel Hastalıkları Olan Bireylerin Durumları Konusunda Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı
- Engellilere Yönelik Bütüncül Bir Politika Konusunda Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı
- Engellilere Yönelik Rehabilitasyon Politikaları Konusunda Avrupa Konseyi Kararı
- Engellilerin Mesleki Değerlendirilmesine İlişkin Şartın Oluşturulması Yönünde İlke Kararı
- Omurilik Yaralanmalarının Bakımı ve Tedavisine Yönelik Parlamenterler Birliği Tavsiye Kararı
- Engellilerin Toplumla Tam Bütünleşmelerine Yönelik Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı.

C. Avrupa Birliği Tarafından Yapılan Düzenlemeler

Avrupa Birliği düzenlemelerinde engellilerin toplumda yaşayan en dezavantajlı grup olarak nitelendirildiği ve sürekli olarak sosyal yaşamın tüm alanlarında, fiziksel eksikliklerinden kaynaklanan engellerden daha fazla kısıtlayıcı nitelikte engellerle karşılaştıkları ifade edilmektedir. Bu anlayışa bağlı olarak

²⁶ AÇSHBEYHGM, 2018.

Avrupa Birliği düzenlemelerinde engellilerin sosyal, siyasal ve ekonomik yaşamın tüm alanlarında korunmasına dönük hükümlere yer verildiği ve geliştirilen programlarla engellilerin rehabilitasyon ve destek teknolojileri ile özellikle sosyal ve fiziksel çevrelerinin geliştirilmeye, etkili ve yeterli sağlık ve sosyal bakım hizmetlerinin sunulması ile yaşam kalitelerinin ve bağımsızlıklarının artırılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Avrupa Birliği'nin engellilere yönelik yeni yaklaşımı fırsat eşitliği ilkesinden yola çıkan "haklar" temeline dayanmaktadır. Bu yaklaşım engellilerin haklarını tanıma ve koruma biçiminde gerçekleşmektedir. Avrupa çerçevesinde, refah devletleri ve engelli bireyler arasındaki ilişki sosyal haklar çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu ilişki, sosyal güvenlik hakkı, sosyal ve tıbbi yardım hakkı, sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı ve toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkından oluşan dört temel hakka dayanmaktadır.

Engelliler, bu dört temel hak kapsamında bakım hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir. Doğrudan veya dolaylı bir şekilde bakım hizmetlerini de kapsayacak şekilde engellilerin korunmasına yönelik Avrupa Birliği düzenlemeleri şunlardır:²⁷

- Avrupa Topluluğu'nda Engellilerin İstihdamı Konusunda 24 Temmuz 1986 Tarihli Konsey Tavsiye Kararı (86/379/EEC)
- Engelli Çocukların ve Gençlerin Normal Eğitim Sistemlerine Entegrasyonu Konusunda 31 Mayıs 1990 Tarihli Konsey ve Eğitim Bakanları Toplantısı Kararı (90/C162/02)
- Engelliler İçin Park Kartı Verilmesi Hakkında 4 Haziran 1998 Tarihli Konsey Tavsiye Kararı (98/376/EC)
- Engelli Bireylere İstihdamda Fırsat Eşitliği Sağlanması Konusunda 17 Haziran 1999 Tarihli Konsey İlke Kararı (99/C186/02)
- İstihdamda ve İşte Eşit Muamele Konusunda Genel Çerçeve Belirleyen 27 Kasım 2000 Tarihli Konsey Direktifi (2000/78/EC)
- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (2000/C364/01)
- Engelli Bireyler İçin Engelsiz Avrupa Hakkında 12 Mayıs 2000 tarihli Avrupa Komisyonu Tebliği, COM (2000) 284 Final
- Ayrımcılığa Karşı Topluluk Eylem Programı Oluşturulması (2001-2006) Hakkında 27 Kasım 2000 tarihli Konsey Kararı (2000/750/EC)

²⁷ AÇSHBEYHGM, 2018.

- 2003 Yılı'nın Avrupa Engelliler Yılı Olarak Belirlenmesi İçin Konsey Kararı Alınması Hakkında 29 Mayıs 2001 Tarihli Komisyon Tebliği, COM (2001) 271 Final
- 2003 Yılı'nın Engelli Kişiler ile İlgili Avrupa Yılı Olarak Saptanması Konusunda 3 Aralık 2001 Tarihli Konsey Kararı (2001/903/EC)
- Engellilerin Bilgi Toplumuna Erişimlerinin Arttırılması Hakkında 6 Şubat 2003 Tarihli Konsey İlke Kararı (2003/C39/03)
- Engelli Öğrencilere Eğitim ve Mesleki Eğitimde Fırsat Eşitliği Sağlanması Hakkında 5 Mayıs 2003 Tarihli Konsey İlke Kararı (2003/C134/04)
- Engellilere Yönelik Kültürel Etkinlikler ve Etkinliklere Ulaşılabilirlik Hakkında 6 Mayıs 2003 Tarihli Konsey İlke Kararı (2003/C134/05)
- Engellilerin İstihdamının ve Toplumsal Bütünleşmelerinin Teşvik Edilmesi Hakkında 15 Haziran 2003 Tarihli Konsey İlke Kararı (2003/C175/01)
- Engellilere Yönelik Fırsat Eşitliği: Avrupa Eylem Planı Hakkında 30 Ekim 2003 Tarihli Avrupa Komisyonu Tebliği, COM (2003) 650 Final.

Türkiye Avrupa Birliği müktesebatı bağlamında Avrupa Birliği'nin engellilik alanındaki sosyal politika ve sosyal hizmetlere ilişkin düzenlemelerine uymakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük kapsamında Avrupa Birliği'nin refah devleti nosyonuyla engellileri bağımsız bireyler olarak kurgulayan yeni yaklaşımları ışığında engellilerin pasif ve yardıma muhtaç bireyler olarak değil, toplumda diğer bireylerle eşit haklara sahip ve bu haklar doğrultusunda toplumla bütünleşmek için mücadele eden bir topluluk olarak görülmesi gerekmektedir. Gerçekten hangi model kabul edilmiş olursa olsun refah devleti bireylerin insanca koşullarda yaşamalarını sağlamakla yükümlüyken, engellilerin de korunmaya muhtaç pasif nesnelere olarak kurgulamak yerine, ihtiyaçlarını bilen, haklarını ve taleplerini savunan ve gereksindiği bakımı aktif bir tüketici olarak alabilen bireyler olarak kurgulamaktadır.

D. Uluslararası Çalışma Örgütü Tarafından Yapılan Düzenlemeler

UÇÖ'nün çalışma yaşamını düzenlemeye dönük faaliyetleri arasında diğer dezavantajlı kesimler gibi engellilerin çalışma yaşamında korunmasına yönelik sözleşme ve tavsiye kararları önemli bir yer tutmaktadır. Söz konusu sözleşme ve tavsiye kararlarını UÇÖ Genel Konferansında kabul edilme tarihlerine göre sırasıyla şu şekilde sıralamak mümkündür:²⁸

²⁸ AÇSHBEYHGM, 2018.

- Engellilerin Mesleki Rehabilitasyonu Hakkında 99 Sayılı UÇÖ Tavsiye Kararı (22 Haziran 1955)
- İş Kazaları Durumunda Kazanımlar Hakkında 121 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi (8 Temmuz 1964)
- İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi Hakkında 142 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi (4 Haziran 1975)
- Engellilerin Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında 159 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi (1 Haziran 1983)
- Engellilerin Mesleki Rehabilitasyonu ve İstihdamı Hakkında 168 Sayılı UÇÖ Tavsiye Kararı (21 Haziran 1988).

E. Dünya Tabipler Birliği Tarafından Yapılan Düzenlemeler

DSÖ gibi Dünya Tabipler Birliği tarafından da sağlık hakkı ve hasta hakları bağlamında engellilere yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Bu bağlamda Dünya Tabipler Birliği'nin doğrudan engellilere yönelik bir düzenleme olmasa da tıbbi bakım hakkı bağlamında engellileri de kapsamına alan iki düzenlemesi son derece önemlidir. Bu düzenlemelerden ilki, hasta hakları konusunda yapılan ilk uluslararası girişim niteliğinde olan 1981 tarihli "Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi" iken, ikincisi ise Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin kapsamını genişleten 1995 tarihli "Bali Hasta Hakları Bildirgesi"dir.²⁹

4. ENGELLİLERE YÖNELİK ULUSAL DÜZENLEMELER VE ÇALIŞMALAR

Uluslararası ilke ve standartlar çerçevesinde oluşan engelli hak, yetki ve korumalarının Türk mevzuatında dağınık halde de olsa, büyük oranda engellilere tanındığı görülmektedir. Söz konusu dağınıklığın giderilmesi açısından ülkemizde engelli haklarının ulusal hukuki dayanaklarını kanunlar ya da normlar hiyerarşisine göre incelemek mümkündür.

Engelli haklarının ulusal hukuki dayanaklarını kanunlar ya da normlar hiyerarşisine göre incelemeye başlamadan önce belirtmek gerekir ki, Anayasanın usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hük-

²⁹ Sağlık Bakanlığı (2014). Bali Bildirgesi, Hasta Hakları. Web: <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/bali.htm> (Erişim Tarihi: 22.03.2014).

münü taşıyan 90. maddesine göre, Türkiye'nin usulüne göre yürürlüğe koyduğu yukarıda değinilen uluslararası sözleşmeler, engelli haklarının ulusal hukuki dayanakları arasında yer almaktadır. Örneğin; Türkiye'nin 03.12.2008 Tarih ve 5825 Sayılı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun³⁰ ile yürürlüğe koyduğu “Engelli Hakları Sözleşmesi” engelli haklarının önemli ulusal kaynaklarından biridir.

A. Anayasa

18.10.1982 Tarih ve 2709 Sayılı T.C. Anayasası'nın³¹ doğrudan veya dolaylı bir şekilde engelli haklarını güvence altına alan hükümlerinden ilki, refah devleti anlayışını benimsemiş çağdaş demokrasilerde olduğu gibi, T.C.'nin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirten 2. maddesidir. Yine Anayasa'nın herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu, çocuklar, yaşlılar, engelliler, harf ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağını hüküm altına alan 10. maddesi de engelli haklarının güvence altına alındığı bir diğer düzenlemedir. Söz konusu madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, toplumda dezavantajlı kabul edilen kesimlere yönelik pozitif ayrımcılık Anayasal düzeyde kabul edilmiş ve ayrıca devlet bu ilkeyi yaşama geçirme bakımından yükümlü kılınmıştır.³² Anayasa'da yer alan “sosyal bir hukuk devleti” (mad. 2), “kanun önünde eşitlik” (mad. 10) başlıklı düzenlemelerin dışında, herkes gibi engellilerin de sağlık hakkı (mad. 17) ve sosyal güvenlik hakkı (mad. 60) güvence altına alınmıştır. Anayasa'da sağlık hakkı, yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda Anayasada herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır (mad. 17). Yine Anayasada herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğuna; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşla-

³⁰ R.G., T. 14.07.2009, S. 27288

³¹ R.G., T. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

³² Ulucan D. (2014). Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (özel), s. 372; Evren, Ç. C. (2018). Hukukta Yaşlı ve Yaşlılara Sunulan Sosyal Hizmetlerin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22 (2): 137-183. [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/22_2_5.pdf]. (Erişim: 24 Mart 2019), s. 157.

rın ödevi olduğuna vurgu yapılmıştır (mad. 56). Anayasaya göre Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir (mad. 56). Yine T.C. Anayasası'nda ayırım yapılmaksızın herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilerek, Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alması ve teşkilatı kurması gerektiği hüküm altına alındığı gibi (mad. 60), sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler tek tek sayılarak, bu kapsamda engellilerin devletçe korunması gerektiğine, engellilere devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıkların kanunla düzenlenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır (mad. 61). Ayrıca Anayasa'nın 61. maddesinde özel olarak korunması gereken diğer kesimler gibi engellilerin de sosyal güvenliklerinin sağlanması için devletin gerekli teşkilat ve tesisleri kurması veya kurdurtması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'nın 65. maddesine göre devlet, bu görevlerini sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen diğer görevleri gibi, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

B. Kanunlar

Engelli haklarının güvence altına alındığı Anayasa hükümlerine uygun olarak birçok kanunda engellilerin korunmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Bu bağlamda ele alınması gereken kanunlardan ilki, 24.05.1983 tarih ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'dur. Anayasa'nın 61. maddesine uygun olarak hazırlanmış olan Sosyal Hizmetler Kanununun³³ amacı; korunmaya, bakıma ve yardıma ihtiyacı olan aile, çocuk, engelli, yaşlı ve diğer kişilere götürülen sosyal hizmetlere ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan teşkilatın kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları ile faaliyet ve gelirlerine ait usul ve esasları düzenlemektir (mad. 1). Sosyal Hizmetler Kanununun "engelli ve bakıma ihtiyacı olan engelli" kavramları ile "bakıma ihtiyacı olan yaşlı" kavramının tanımlandığı 3. maddesinde aynı zamanda bakım hizmeti veren sosyal hizmet kuruluşları da sıralanmıştır. Sosyal Hizmetler Kanununun 4. maddesinde değinilen hususlardan biri de ihtiyacı olan engelli ve yaşlıların hayatlarını sağlık, huzur ve güven içinde sürdürmesi, ihtiyacı olan engellilerin toplum içinde kendi kendilerini idare edebilecek ve üretken hale gelebilecek şekilde bakım ve rehabilitasyonlarının yapılması, bunlardan

³³ R.G., T. 27.05.1983, S. 18059.



tedavisi mümkün olmayanların sürekli bakım altına alınması amacıyla gerekli her türlü tertip ve tedbir alınması gerektiğidir (mad. 4/1). 2828 sayılı Kanun ek madde 11’de de 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Kanunu dışında sosyal yardım düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne ad altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar hariç olmak kaydıyla, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının sosyal hizmet kuruluşları ile Darülaceze Müessesesinde ücretsiz bakılan veya bakım ücreti Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından ödenerek özel sosyal hizmet kuruluşlarında bakımı sağlanan ya da Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca yardım yapılmak suretiyle desteklenen resmî sosyal hizmet kuruluşlarında verilen bakım hizmetinden yararlanıp da Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının sosyal hizmet kuruluşlarında verilen bakım hizmetinden ücretsiz yararlanmaya ilişkin koşulları haiz olan yaşlılar ile engelli bireylere, her yıl merkezî yönetim bütçe kanunu ile belirlenecek miktar üzerinden hiçbir kesinti yapılmaksızın aylık net harçlık verilir.” Bu Kanuna istinaden çıkarılan Sosyal Hizmet Kuruluşlarında Bakımı Sağlanan Engelli ve Yaşlı Bireylere Harçlık Ödenmesine İlişkin Yönetmelik uyarınca bu harçlık her yıl merkezî yönetim bütçe kanunu ile belirlenecek miktar üzerinden hiçbir kesinti yapılmaksızın ödenir (m. 5).

Engelli haklarının güvence altına alınması bağlamında ele alınması gereken kanunlardan ikincisi ise Engelliler Hakkında Kanun’dur.³⁴ Bu Kanunun 06.02.2011 tarihli ve 6518 sayılı Kanunun 68. maddesi ile değiştirilen “Destek ve Bakım” başlığını taşıyan 6. maddesine göre, engellilerin öncelikle buldukları ortamda bağımsız yaşayabilmeleri için durumlarına uygun olarak gerekli psikososyal destek ve bakım hizmetleri sunulur. Destek ve bakım hizmetlerinin sunumunda kişinin biyolojik, fiziksel, psikolojik, sosyal, kültürel ve manevi ihtiyaçları ailesi de gözetilerek dikkate alınır. Destek ve bakım hizmetlerinin standardizasyonu, geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması için gerekli olan çalışmalar AÇSHB’ce yürütülür. 5378 Sayılı Kanun ile evde bakım hizmetlerinin verilmesi olanağı sağlanarak bakıma gereksinim duyan engelliler için nitelikli ve sistemli bakım hizmetlerinin verilmesine yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu kanunda kurum bakımından çok kişinin sosyal ve fiziksel çevresinden ayrılmaksızın bakımının sağlandığı evde bakım modeline öncelik verilmiştir.³⁵

³⁴ R.G., T. 07.07.2005, S. 25868.

³⁵ Altuntaş, B. ve Atasü Topcuoğlu (2014). Engelli Hakları, Bakım Güvencesi ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı İş Bölümü Çerçevesinde Evde Bakım Hizmeti, VI. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu, Eskişehir, Web: <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/altuntas.pdf> (Erişim Tarihi: 18.10.2018), s. 313.

Engelli haklarının güvence altına alındığı Anayasa hükümleri bağlamında ele alınması gereken diğer kanunlar, malullük sigortası adı altında engellilerin sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu³⁶ (mad. 25-27) ile engelli çalıştırma zorunluluğu adı altında engellilerin çalışma ve istihdam hakkını düzenleyen 22.05.2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanunu³⁷ ve 14.07.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur.³⁸

Engellilere ilişkin düzenlemeler içeren bir diğer Kanun, 22.11.2011 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'dur.³⁹ TMK'da akıl hastalığı ve akıl zayıflığı gibi nedenlerle fiil ehliyetine sahip olmayan zihinsel engellilerin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağına ilişkin hükümlere yer verildiği gibi, bedensel ve zihinsel engelli çocuklara verilecek eğitimin niteliği ve kapsamı da düzenleme konusu yapılmıştır. Nitekim TMK'nın 13. ve 14. maddelerinde akıl hastalığı ve akıl zayıflığının akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun kılan sebepler arasında sayıldığı ve bu durumdaki kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmadıkları için fiil ehliyetlerinin olmadığı, 15. maddesinde ise ayırt etme gücü olmayanların fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir. TMK'da bedensel ve zihinsel engelli çocuklara verilecek eğitimin niteliği ve kapsamı konusundaki düzenlemeye eğitim başlığını taşıyan 340. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engeli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlamakla yükümlüdür.

TMK'da engellilere ilişkin bir diğer düzenlemeye de akıl hastalığı veya akıl zayıflığını vesayet gerektiren haller başlığı altında kısıtlama nedeni olarak öngören 405., 408. ve 409. maddelerinde yer verilmiştir. TMK'nın 405. maddesinde akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her erginin kısıtlanacağı, 408. maddesinde ise yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden her erginin kısıtlanmasını isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. TMK'nın 409. maddesinde ise, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu raporu üzerine karar verilebileceği; hâkimin, karar vermeden önce, kurul raporunu göz önünde tutarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebileceği belirtilmiştir. Akıl hastalığı veya akıl

³⁶ R.G., T. 16.06.2006, S. 26200.

³⁷ R.G., T. 10.06.2003, S. 25134.

³⁸ R.G., T. 23.07.1965, S. 12056.

³⁹ R.G., T. 08.12.2001, S. 24607.

zayıflığı nedeniyle kısıtlamada olduğu gibi söz konusu nedenlere dayalı olarak kısıtlanmış olan kişi üzerindeki vesayet kaldırılması kararının da ancak kısıtlama nedeninin ortadan kalkmış olduğunun resmî sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi durumunda mümkündür (TMK mad. 474). Ayrıca TMK’da Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalıklardan biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişinin kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması halinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirileceği veya alıkonulabileceği de hüküm altına alınmıştır (mad. 432).

TMK’da yaşlılar ve engellilerin vasilik kabul etmeyebileceklerine ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. Vasilikten kaçınma sebepleri başlığı altında vasilik kabul etmeyebilecekleri belirtilen kişiler arasında yaşlılara ve engellilere de yer verilmiştir. Söz konusu madde hükmüne göre 60 yaşını doldurmuş olanlar ile bedensel engelleri veya sürekli hastalıkları nedeniyle bu görevi güçlükle yapabilecek olanlar vasilik kabul etmeyebilirler.

Türkiye’de engellilere yönelik kurumsal bakım hizmetleri kapsamında AÇSHB dışında faaliyette bulunan bir diğer kuruluş ise yerel yönetimlere ait kuruluşlardır. Yerel yönetimlerce sağlanan engelli bakım hizmetlerinin hukuki dayanağını 03.07.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu⁴⁰ ile Büyükşehir Belediyeleri Engelli Hizmet Birimleri Yönetmeliği⁴¹ oluşturmaktadır. Belediye Kanunu’na göre, engellilere yönelik hizmetleri yürütmek ve engelliler merkezini oluşturmak, dar gelirli, yoksul, muhtaç ve kimsesizler ile engellilere yapılacak sosyal hizmet ve yardımları düzenlemek, engelli dernek ve vakıfları ile ortak hizmet projeleri geliştirmek gibi görevler belediyelere verilerek tanımlanmıştır (mad. 14/5, mad. 38/n, mad. 60/i).

Son olarak kronik hastalıkların engelli sayısının artışıdaki rolü dikkate alındığında doğrudan hasta haklarına yönelik düzenlemeler ihtiva eden, amacı sağlık hizmetleriyle ilgili temel esasları düzenlemek olan (mad. 1) 07.05.1987 Tarih ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda engelli haklarını güvence altına alma bakımından önemli bir düzenleme olduğu söylenebilir.

C. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Yeni anayasal sistemde, KHK’lerin yerini Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri almıştır. Anayasa’da tanımı olmamakla birlikte Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasa hükümlerine göre “yürütme yetkisine ilişkin olarak daha önce Bakanlar Kurulu Kararı, tüzük veya KHK’lerle düzenlenen hususlara benzer hususları düzen-

⁴⁰ R.G., T. 13.07.2005, S. 25874.

⁴¹ R.G., T. 16.08.2006, S. 26261.

leyen ve fakat bakanların imzalarını değil sadece Cumhurbaşkanı'nın imzasını taşıyan yasal düzenleme aracı" şeklinde tanımlanabilir. Yeni Anayasal sistemde Bakanlar Kurulu bulunmadığından TBMM tarafından yürütme organına KHK çıkarma yetkisi verilmesi ve yürütme organınca KHK çıkarılması mümkün değildir. Anayasaya göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler düzenleme konusu yapılabilir.⁴² Dolayısıyla bir sosyal ve ekonomik hak olarak engelli haklarına yönelik Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılabilecektir.

D. Yönetmelikler

Yönetmelik, idarenin düzenleyici bir işlemidir. Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren yasaların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Engelli haklarının ulusal hukuki dayanakları arasında yönetmelikler önemli bir yere sahiptir. Engelli, yaşlı ve hasta bakımı ile ilgili yönetmelikler şu şekilde sıralanarak açıklanabilir:

Engelli haklarının ulusal hukuki dayanakları arasında özellikle Bakıma Muhtaç Engellilere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliği,⁴³ Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği,⁴⁴ Engellilerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmelik,⁴⁵ Büyükşehir Belediyeleri Engelli Hizmet Birimleri Yönetmeliği,⁴⁶ Sosyal Hizmet Kuruluşlarında Bakımı Sağlanan Engelli ve Yaşlı Bireylere Harçlık Ödenmesine İlişkin Yönetmelik,⁴⁷ Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkındaki Yönetmelik⁴⁸ ve Hasta Hakları Yönetmeliği⁴⁹ önemli yere sahiptir.

Bakıma Muhtaç Engellilere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliğinin amacı; resmî kurum ve kuruluşların bünyesinde açılacak bakıma muhtaç engellilere yönelik bakım merkezlerinin açılış izni, çalışma şartları, personel standardı, denetlenmeleri ile ücret tespiti ve ödemelerine ilişkin usul ve esaslarını düzenlemektedir (mad. 1). Bu yönetmelik, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 9. maddesinin (g) bendi ile 34, 35, ve ek 7.

⁴² Yıldırım, T. (2017). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23 (2): 13-28, [http://dergipark.gov.tr/download/article-file/456806]. (Erişim: 08 Kasım 2018), s. 13-28.

⁴³ R.G., T. 30.06.2007, S. 26244.

⁴⁴ R.G., T. 04.11.2016, S. 29878.

⁴⁵ R.G., T. 03.09.2010, S. 27691.

⁴⁶ R.G., T. 16.08.2006, S. 26261.

⁴⁷ R.G., T. 31.01.2015, S. 29253.

⁴⁸ R.G., T. 10.03.2005, S. 25751.

⁴⁹ R.G., T. 01.08.1998, S. 23420.

maddesi hükümlerine dayanılarak hazırlanmıştır (mad. 3). Bakıma Muhtaç Engellilere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliğinin kapsamına, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı (AÇSHB) dışındaki diğer resmî kurum ve kuruluşların bünyesinde açılacak olan bakım gerektiren engellilere yönelik bakım merkezleri girer (mad. 2).

Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliğinin amacı, gerçek kişi ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından açılacak engelli bireylere yönelik özel bakım merkezlerinin açılış izinlerinin verilmesi, çalışma şartları, personel standardı, denetlenmeleri, müeyyideleri, bakım hizmetlerinin kapsamı, başvuru, inceleme, kabul ile ücret tespiti ve ödemelerine ilişkin usul ve esasları belirlemektir (mad. 1). Bu Yönetmelik, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun 34. ve ek 7. maddeleri ile 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 28. maddesi hükümlerine dayanılarak hazırlanmıştır (mad. 2).

Engellilerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmeliğinin amacı; bedensel, zihinsel ve ruhsal engelleri nedeni ile yaşama gereklerine uyamama durumunda olan engelli bireylerin, tespitini, incelenmesini, bakımını ve rehabilitasyon hizmetlerinden yararlandırılmalarını, engelli ve engelli ailelerine danışmanlık hizmetini, bu hizmetlerin niteliğine ve işleyişine ilişkin usul ve esasları, personelin görev, yetki ve sorumluluklarını belirlemektir (mad. 1). Bu Yönetmelik AÇSHB'ye bağlı yatılı, gündüzlü ya da yatılı ve gündüzlü hizmet veren merkezler ile bakım, rehabilitasyon ve aile danışmanlığı hizmetleri ile ilgili iş ve işlemleri kapsar (mad. 2).

Büyükşehir Belediyeleri Engelli Hizmet Birimleri Yönetmeliğinin amacı; büyükşehir belediyesi ve mücavir alanları içerisinde yaşayan engellilerin, toplum hayatına katılımını kolaylaştıracak ve toplumsal fırsatlardan engelli olmayan diğer bireyler gibi eşit faydalanmalarını sağlamak üzere; büyükşehir belediyelerinde engellilerle ilgili bilgilendirme, bilinçlendirme, yönlendirme, danışmanlık, bakım, sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetleri verecek olan engelli hizmet birimlerinin kuruluş, işleyiş ve görevleri ile bu birimde çalışan personelin, yetki, sorumluluk ve görevlerine ilişkin usul ve esaslarını düzenlemektir (mad. 1). Söz konusu Yönetmelik hükümlerine göre bakım, durumları gereği toplum içerisinde bağımsız yaşama becerilerini kazanamayan veya kaybeden, rehabilitasyondan yararlandığı halde özel ilgi destek ve korunmaya gereksinim duyan bireylere verilen hizmetleridir (mad. 4/a). Engelli hizmet birimi ise, büyükşehir belediyelerinde engellilerle ilgili bilgilendirme, bilinçlendirme, yönlendirme, danışmanlık, bakım, sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetlerini vermek amacıyla oluşturulmuş birimlerdir (mad. 4/b). Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, Büyükşehir belediyelerinde engelli hizmet birimlerinin kurulmasını öngören ve düzenleyen 26261

sayılı Yönetmelik hükümleri uyarınca, oluşturulacak engelli hizmet birimlerinin engellilerle ilgili sorumlu olduğu hizmetler arasında bilgilendirme, bilinçlendirme, yönlendirme, danışmanlık, sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetlerine ilaveten bakıma da yer verildiği görülmektedir.

Sosyal Hizmet Kuruluşlarında Bakımı Sağlanan Engelli ve Yaşlı Bireylere Harçlık Ödenmesine İlişkin Yönetmeliğin amacı, sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne ad altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar hariç olmak kaydıyla, AÇSHB'nin sosyal hizmet kuruluşları ile Darülaceze Müessesesinde ücretsiz bakılan veya bakım ücreti AÇSHB tarafından ödenerek özel sosyal hizmet kuruluşlarında bakımı sağlanan ya da AÇSHB'ce yardım yapılmak suretiyle desteklenen resmî sosyal hizmet kuruluşlarında verilen bakım hizmetinden yararlanıp da AÇSHB'nin sosyal hizmet kuruluşlarıncaya verilen bakım hizmetinden ücretsiz yararlanmaya ilişkin koşulları haiz olan yaşlılara ve engelli bireylere aylık harçlık ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (mad. 1). Bu Yönetmelik, 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun ek 11. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Türkiye'de evde bakım hizmeti, Sağlık Bakanlığı'nın 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 5/7/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 9. maddesinin (c) bendi ve 13/12/1983 tarihli ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43. maddesine dayanılarak hazırlanan 2005 tarihli 25751 sayılı Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkındaki Yönetmelik hükümlerine göre yürütülmektedir (mad. 3). Bu yönetmeliğin amacı, bireylerin ve toplumun sağlığını korumak amacıyla, evde bakım hizmeti veren sağlık kuruluşlarının açılması, çalışması ve denetlenmesi ile bunları işleten kurum ve kuruluşların, özel hukuk tüzel kişilerinin ve gerçek kişilerin uyması gereken usul ve esasları düzenlemektir (mad. 1). Bu yönetmeliğin kapsamına, bağımsız işyerleri şeklinde veya tıp merkezi, dal merkezi, poliklinik ve özel hastane bünyesinde evde bakım hizmeti sunmak amacıyla açılan sağlık kuruluşları ile bu sağlık kuruluşlarının sahip ve işletenleri ve evde bakım hizmeti faaliyetleri girmektedir (mad. 2). Söz konusu Yönetmelik hükümlerine göre evde bakım hizmeti, hekimlerin önerileri doğrultusunda hasta kişilere, aileleri ile yaşadıkları ortamda sağlık ekibi tarafından rehabilitasyon, fizyoterapi, psikolojik tedavi de dahil tıbbi gereksinimlerini karşılayacak şekilde sağlık ve bakım ile takip hizmetlerinin sunulmasını sağlar (mad. 4/d).

Hasta Hakları Yönetmeliği, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 9'uncu maddesinin (c) bendine ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat

ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 43'üncü maddesine dayanılarak hazırlanmıştır (mad. 3). Söz konusu Yönetmeliğe göre hasta hakları, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklardır (mad. 4/3). Hasta Hakları Yönetmelik 2-7 bölümlerindeki madde hükümlerine göre sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı, sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı, hasta haklarının korunması, tıbbi müdahalede hastanın rızası, tıbbi araştırmalar ve diğer haklar hasta haklarının ana başlıkları olarak sıralanabilir (mad. 6-41):

E. Genelgeler ve Tebliğler

Engelli haklarının ulusal hukuki dayanakları arasında genelgeler önemli bir yere sahiptir. Engelli hakları bağlamında yayımlanan genelgelere şunlar örnek verilebilir:⁵⁰

- 2008/06 sayılı Özel Huzurevleri ve Yaşlı Bakımevleri Hizmet Binası Bünyesinde Bakıma Muhtaç Özürlüler İçin Özel Bakım Merkezleri Açılması Konulu Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Genelgesi
- 2010/12 sayılı Geçici ve Misafir Olarak Bakım Hizmeti konulu Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü genelgesi
- 2010/13 sayılı Bakmakla Yükümlü Olunan Bireyler Konulu Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Genelgesi
- 2012/26 sayılı Evde Bakım Ücreti Geri Ödemeleri Hakkında Genelge
- 2013/02 sayılı Özel Bakım Merkezleri Hakkında Genelge
- 2013/08 sayılı Evde Bakım Hizmetinden Yararlanan Engelli Bireylerin Diğer Hizmetlerden Yararlanması Hakkında Genelge
- 2013/20 sayılı Özel Bakım Merkezlerinin İhtiyaç Programı Erişebilirlik Standartları Hakkında Genelge
- 2014/07 sayılı Engellilerin Evde Bakımına Destek İçin Verilen Sosyal Yardımlar Hakkında Genelge
- 2014/10 Sayılı Özel Bakım Merkezlerine Yerleştirmede Öncelik Hakkında Genelge
- 2014/11 sayılı Zihinsel ve Ruhsal Engellilere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Hakkında Genelge.

⁵⁰ AÇSHBEYHGM, 2018.

Engelli haklarının ulusal hukuki dayanakları arasında tebliğler de yer almaktadır. Bu alanda tebliğlere “Ulusal Meslek Standartlarına Dair Tebliğ (“Engelli ve Yaşlı Bakım Elemanı”, “Engelli ve Yaşlı Bakım Koordinatörü”, “Gerentolog”) örnek verilebilir.

Son olarak engelli haklarının hukuki dayanaklarına 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nu ile 181 sayılı Sağlık Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine dayanılarak hazırlanan Hasta Hakları Yönetmeliği’ne uygun bir şekilde yürürlüğe konulan Hasta Hakları Yönergesi de eklenebilir. Söz konusu Yönerge hükümlerine göre tıbbi gereklere uygun bakım hakkı, sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı ve hasta haklarının korunması kapsamında hasta hakları arasında sayılmıştır.⁵¹

5. ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZENLEMELER BAĞLAMINDA ENGELLİ HAKLARI

Uluslararası ve ulusal düzenlemeler bağlamında engelliler, gereksinimleri doğrultusunda her tür şiddet, istismar ve ayrımcılığa karşı korunma, çevresel mimari ve erişim, bağımsız yaşayabilme ve topluma dahil olma, eğitim ve kültür, sağlık, bakım ve rehabilitasyon, çalışma ve istihdam, ulaşım, engellilik durumlarına özgü özel araçlardan yararlanma, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanma haklarına sahiptirler.⁵²

A. Her Tür Şiddet, İstismar ve Ayrımcılığa Karşı Korunma Hakkı

Diğer bireyler gibi engelli bireyler de itibar görmeli ve güven içerisinde yaşamalıdır. Bu bağlamda engelli bireylerin her tür şiddetten, sömürden, fiziksel ya da zihinsel istismardan uzak tutulması gerektiği gibi, hizmetlerden yararlanırken yaş, cinsiyet, ırk, etnik köken, engel durum ya da diğer konumları nedeniyle bir ayırım görmemesi de gerekir. Böyle olmakla birlikte tüm engelli bireyler gibi engelli bireyler de engellilere yönelik ayrımcılık yanında ırk, ten rengi, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka fikir, ulusal, etnik veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum, yaş veya başka bir statü bakımından birçok nedene dayalı ayrımcılıkla da karşı karşıya kalmaktadır.⁵³ Bu durum dikkate alındığında, engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığın önlenmesi ve engellilerin insan haklarının güçlendirilmesi gerekmektedir.

⁵¹ Mesleki Eğitim ve Öğretim Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi (MEGEP) (2011). Engelli Bireylerde Toplumsal Uyum. Aile ve Tüketici Hizmetleri. Web: http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Engelli%20Bireylerde%20Toplumsal%20Uyum.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2018).

⁵² Kavaklı ve Özkara, s. 66-72; Eşit Haklar İçin İzleme Derneği (EŞHİD) (2011). Türkiye’de Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Hak İhlalleri 2011 İzleme Raporu. Yayın No: 2, Ankara: EŞHİD Yayınları, s. 9.

⁵³ EŞHİD, s. 10.

B. Bağımsız Yaşayabilme ve Topluma Dahil Olma Hakkı

Çağdaş kent ve toplum yapısında engelli bireyler de diğer bireyler gibi aktif bir biçimde gündelik yaşama katılmalı ve “bağımsız yaşama” koşullarına erişebilmelidir. Tek başına ya da çok az yardım ile kendi yaşantısını aksatmadan sürdürebilmek her bireyde olduğu gibi engelli bireylerin de en doğal hakkıdır. Elbette engelli bireylerin aktif bir biçimde toplum ve iş yaşamına dahil olabilmeleri için bazı özel koşulların sağlanması gerekmektedir. BMEHS’nin 19. maddesinde de ifade edildiği üzere, her devlet engellilerin eşit koşullarda toplum içinde yaşama hakkını ve topluma tam katılımlarını kolaylaştırmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu bağlamda engelli bireyler ikametgâhlarını ve kimlerle yaşayacaklarını özgürce seçebilmeli, ihtiyaç duydukları kişisel desteklerden ve kamusal hizmetlerden ve tesislere eşit erişimden mahrum bırakılmamalıdır. Dolayısıyla engellilere yönelik bağımsız yaşayabilme ve topluma dahil olma hakkı, çevresel mimari ve erişim hakkını da içeren bir hak olarak düşünülebilir.⁵⁴

C. Çevresel Mimari ve Erişim Hakkı

Kentçi ulaşım düzeni, toplu taşıma araçlarının donanımı, toplu kullanım alanlarının mimari yapısı, kent mobilyaları gibi gündelik yaşamın vazgeçilmez öğeleri engelli bireylerin erişebilirliğini sınırlamadan ve diğer bireyler ile birlikte onların da kullanabileceği biçimde tasarlanmış, üretilmiş ve uygulanmış olmalıdır.

BMEHS’nin engellilerin erişebilirliğinin artırılmasıyla ilgili yol gösterici ve bir perspektif sunan 9. madde hükmüne uygun olarak, 5378 sayılı Engelliler (Özürlüler) ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda erişilebilirlik ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu Kanunun geçici 2. ve 3. madde hükmüne göre, kamu kurum ve kuruluşlarına ait mevcut resmi yapılar, mevcut tüm yol, kaldırım, yaya geçidi, açık ve yeşil alanlar, spor alanları vb. sosyal ve kültürel alt yapı alanları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılmış ve umuma açık hizmet veren her türlü yapıların engellilerin erişebilirliğine uygun duruma getirilmesi ve bu konuda Büyükşehir belediyeleri ve belediyelerin, gerekli önlemleri alması gerektiği öngörülmüştür.⁵⁵

⁵⁴ EŞHİD, s. 33.

⁵⁵ EŞHİD, s. 17.

D. Eğitim ve Kültür Hakkı

BMEHS'nin 24. maddesinde erişilebilir, bütünleştirilmiş ve fırsat eşitliğine dayalı bir eğitim sistemine ilişkin olarak devlete çok ciddi görevler yüklenmiştir. Bu bağlamda, engellilerin genel eğitim sistemi içinde, potansiyel ve yeteneklerinin gelişimi, topluma etkin katılımının sağlanması, Brail ve işaret dili yanında bireysel özgün destek düzenlemelerinin sağlandığı ve uygun personel istihdamının yapıldığı bir eğitim hizmeti için her türlü önlemi almak devletin yükümlülükleri arasında gösterilmiştir.⁵⁶

Ülkemizde de engelli bireyler temel eğitim ilkeleri doğrultusunda genel eğitim, özel eğitim ve mesleki eğitim görme haklarını kullanabilmektedirler. Nitekim Engelliler (Özürlüler) Kanununun 15. maddesinde hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim hakkının engellenemeyeceği; engelli çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak bütünleştirilmiş ortamlarda ve engelli olmayanlarla eşit eğitim imkânı sağlanacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca birçok düzenlemeyle de engellilere de bazı kolaylıklar sağlanmaktadır. Söz konusu kolaylıklar şu şekilde sıralanabilir:

- Üniversite sınavına giren engelli öğrenciler için fiziksel düzenlemeler yapılması,
- Başarılı ve ihtiyaç sahibi Engelli öğrencilere Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu tarafından öncelikli olarak öğrenim kredisi, katkı kredisi ve yurt tahsisi yapılması,
- Özel eğitime gereksinim duyan öğrencilerin okullara erişiminin sağlanması için ücretsiz taşınması,
- Ortaöğretimdeki, işitme engelli öğrenciler meslek liselerine sınavsız yerleştirilmesi,
- Yüksek eğitim kurumuna girmeye hak kazanan öğrencilerin, valilik bünyesindeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'ndan burs ve yardımcı ders araç gereçlerin temini konusunda destek alması,
- Kredi ve Yurtlar Kurumunun %40 ve üzerinde engelli olduğunu belgeleyen öğrencilere öncelik tanınması ve harç üzerinden %50 indirim yapılması,
- Halk Eğitim Merkezlerinde mesleki eğitim programı alan ve %40 ve üzeri engellilerden, herhangi bir ücret alınmaması,
- Devlet Tiyatrolarında, engellilerden ücret talep edilmemesi,

⁵⁶ EŞHİD, s. 35.

- Engelli tiyatrolarının, Kültür Bakanlığı'ndan maddi destek alması,
- Özel tiyatro ve sinemalarda da engelliler için indirim uygulanması vb.

Engellilerin bakım hizmeti gereksinimi dışında yetersizlik tür ve durumlarına göre de eğitim ihtiyaçları vardır. Bu bağlamda, Milli Eğitim Bakanlığının Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği kapsamında kamuya ait okullarda veya Özel Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezlerinde özel eğitim almaları sağlanmaktadır. Yine Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde İşitme Engelliler Çok Programlı Liseleri, Ortopedik Engelliler Meslek Liseleri, Zihinsel Engellilere Yönelik Mesleki Eğitim Merkezleri, İş Eğitim Merkezleri ve Yetişkin Zihinsel Engelliler İş Eğitim Merkezleri engellilere yönelik mesleki eğitim programları düzenlenmektedir.

E. Sağlık, Bakım ve Rehabilitasyon Hakkı

Sağlık hakkı, bir sosyal hak olarak tüm vatandaşların ve hatta vatandaş olmayanların sahip olduğu bir haktır. Sağlık hakkını bir sosyal hak olarak gören anlayışın en doğal sonucu sağlığın bir meta olarak kabul edilememesi ve devletlerin bu konuda sorumluluk sahibi olmaları gerektiğidir. Bu bağlamda sağlık insan varlığının ayrılmaz bir parçası ve insan saygınlığının olmazsa olmaz bir koşuludur. Sağlık sadece ihlal edilmeyecek bir alan olmanın ötesinde sağlanmasında devletlerin ve tüm toplumun sorumluluk sahibi olduğu bir menfaattir. Böyle olmakla birlikte 1980'lerden sonra sağlık hakkını sosyal bir hak olarak kabul edilmesinin eleştiri konusu oluşturmaya başladığı, bireysel sorumluluğu ön plana alan sağlık hizmetlerinin sunumunda maliyet, verimlilik ve kültürel değişiklikler gibi gerekçelerle piyasacı araçları devreye sokan yaklaşımların güç kazanmaya başladığı belirtilmektedir.

BMEHS'nin 2. maddesine göre sözleşmeye taraf devletler, parasız veya karşılanabilir bir maliyetle, cinsiyete duyarlı, diğerleri ile eşit fırsatlarla ve kalitede, mümkün olduğunca kişilerin yaşadıkları yerlerde, rehabilitasyon ve engellilerin engelleri nedeniyle ihtiyaç duydukları sağlık hizmetlerini karşılamakla yükümlüdür. 5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun 6. maddesinde, engelli kişilerin yaşamlarını öncelikle buldukları ortamda sağlık, huzur ve güven içinde sürdürmesi, toplum içinde kendi kendilerini idare edebilecek ve üretken hale gelebilecek şekilde bakım ve rehabilitasyonlarının yapılması gerektiği ifade edilerek, engellilerin sağlık, rehabilitasyon ve bakım hakkına vurgu yapılmıştır.

Sağlık hakkı bağlamında engellilerin tedavi masrafları, ortez, protez ve iyileştirici araç-gereçler için alınacak hasta katılım payları "Sağlık Uygulama Tebliği" hükümlerine onlara yönelik sağlık sunumu ise "Engelli Kişilere Yönelik Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Genelgesi" hükümlerine tabidir.

Bakım hakkı hukuken bir insan hakkı olarak pozitif bir statü hakkı olarak kabul görür. Bu noktadan hareketle bakımın doğrudan ya da dolaylı bir hak olarak kullanılmasını sağlamak sosyal devletin görevleri arasındadır.⁵⁷ Bakım hakkı bağlamında, bakımı aile bireyi ya da yakını tarafından karşılanan engelli için, bakımı yapan kişiye 5378 sayılı Engelliler Kanunu hükmü uyarınca, asgari ücrete kadar ödeme yapılmaktadır (mad. 30). Bakım hizmeti ve bakım ücretinden yararlanmak için AÇSHB İl Müdürlüğü'ne başvurmak gerekmektedir.⁵⁸

5378 sayılı Engelliler Kanunu'nun 5. maddesinde engellilerle ilişkili olarak rehabilitasyon kavramı tanımlanmış, 10. maddesinde ise toplumsal yaşama katılım ve eşitlik temelinde engellilerin bireysel ve toplumsal gereksinimlerini karşılamaya yönelik olarak rehabilitasyon hizmetleri verileceği ve tıbbi, mesleki ve sosyal boyutu olan rehabilitasyon sürecinin her aşamasında engelli ve ailesinin aktif ve etkili katılımının esas olduğu belirtilmiştir.

F. Çalışma ve İstihdam Hakkı

BMEHS'nin 27. maddesinde de ifade edildiği üzere, engelliler istihdam sürecinin bütün aşamalarında ayrımcılık yasağı, işe alım, çalışma koşulları, kariyer gelişimi, sendikal hakların kullanılması, eşit fırsatlar ve eşit işe eşit ücret, serbest çalışma, mesleki eğitime erişim, işyerlerinde makul düzenlemelerin yapılması, kamu istihdamı ve olumlu eylem politikalarının desteklenmesi konularındaki hakları bakımından özel olarak korunmalıdırlar.

Türkiye'de engellilerin çalışma ve istihdam hakkı bağlamında koruyucu düzenlemelere hem 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve hem de 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK) yer verildiği görülmektedir. Her iki kanunda da engelli çalıştırma zorunluluğu öngören düzenlemelere yer verilmiştir.

G. Ulaşım ve Engellilik Durumlarına Özgü Özel Araçlardan Yararlanma Hakkı

BM Engelli (Özürlü) Kişilerin Haklarına Dair Bildiri ile Avrupa Sosyal Şartı'nda öngörülen haklar bağlamında, Türkiye'de de engellilere ulaşım hakkı bağlamında toplu taşımada engellilere birtakım indirimler uygulanması gibi bazı kolaylıklar sağlanmıştır. Belediyeler ve belediyelerin kurdukları birlik, müessese ve işletmeler otobüs benzeri karayolu üzerinden yapılan toplu taşıma araçlarında, %40 oranında engelli olduğunu belgeleyen kişiler üzerinden %30 indirim uygulamak zorundadır. Demiryolu ulaşımında %40 ve üzeri engellilere %50, %50 ve üzeri ağır engellilerden ise ücret talep edilmez. Bazı havayolu şirketleri de, engelli yolculara indirim uygulamaktadır.

⁵⁷ Altuntaş ve Atasü Topçuoğlu, s. 309

⁵⁸ Kavaklı ve Özkara, s. 70.

BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Bildiri ile Avrupa Sosyal Şartı'nda öngörülen haklar bağlamında, Türkiye'de de ortopedik engelliler için araç alımlarına bazı yasal kolaylıklar getirilmiştir. Bu kolaylıklar bağlamında, günlük ulaşımda engellinin ulaşım ihtiyacı için ithal edilen araçlardan hiç bir şekilde gümrük vergisi talep edilemez. H sınıfı sürücü belgesine sahip olan engelliler yurt içinden aldıkları özel tertibatlı otomobillerde, katma değer vergisi indiriminden yararlanmakta ve taşıt alım vergisinden muaf tutulmaktadır. Ortopedik engellilere otomobil tipi araç alımlarında engel durumuna göre aracı hareket ettirici düzenek yer alan (modifiye edilmiş) kullanıma uygun hale getirilmiş araçlardan Özel Tüketim Vergisi alınmaz.

H. İletişim Hakkı

BM Engelli Kişilerin Haklarına Dair Bildiri ile Avrupa Sosyal Şartı'nda öngörülen haklar bağlamında, Türkiye'de engellilere iletişim hakkı bağlamında bazı kolaylıklar sağlanmış ve ilgili yasal düzenlemelerle özel iletişim vergilerinin engellilerden talep edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeler gereği, Türk Telekom, sabit telefonlar için %40 ve üzeri engelliler için indirimli Sosyal Tarife Paketi uygulamaktadır. Cep telefonu operatör şirketleri de %40 ve üzeri engelliler için indirimler uygulamaktadır. Sabit internet hatları için de engellilere indirim uygulanmaktadır.

İ. Sosyal Güvenlik, Sosyal Yardım ve Hizmetlerden Yararlanma Hakkı

Engelliler ayrıca BM Kişilerin Haklarına Dair Bildiri ile Avrupa Sosyal Şartı'nda da vurgu yapıldığı üzere, toplumdaki diğer bireyler gibi sosyal güvenlik, sosyal yardım ve desteklerden yararlanma hakkına da sahiptir. Söz konusu haklardan yaşlı bireyler gibi kendi özel durumlarına uygun olarak yararlanmaktadırlar.

6. SONUÇ

Tüm dünyada görülmemiş hızla nüfusun yaşlanması ve kronik hastalıklardaki artışın engelli sayısını gün geçtikçe artırması, engelliliği, ahlaki ve insani sorumluluk gereği sosyal korumaların sağlanması ve sosyal uyumlarını güçlendirici politikaların hayata geçirilmesi noktasında uluslararası kuruluşların, devletlerin ve bilimsel çalışmaların gündemine taşınmıştır. Bu nedenle günümüzde engelliler geçmişte hiç olmadığı kadar özel olarak korunması gereken bir kesim olarak algılanmakta ve sahip oldukları haklar gerek uluslararası gerekse de ulusal düzenlemelerle güvence altına alınmaya çalışılmaktadır.

Öncülüğünü 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile BM'in yaptığı engellilerin korunmasına yönelik ilk uluslararası çalışmayı, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) ve Dünya Tabipler Birliği gibi çok sayıda uluslararası kuruluş tarafından sosyal yaşam, sağlık, sosyal gü-

venlik, eğitim, istihdam, erişebilirlik, bakım, rehabilitasyon ve mali kolaylıklar konularında yapılan çalışmalar izlemiştir.

Türkiye’de engellilerin özel olarak korunmasına yönelik mevzuat incelendiğinde ise başta Anayasa olmak üzere birçok kanunda engellilere yönelik özel hükümlere yer verildiği görülmektedir. Hiç kuşkusuz bu düzenlemelerden en önemlisi, doğrudan engellilerin korunmasına yönelik düzenlemeler ihtiva eden Engelliler Hakkındaki Kanun’dur. Doğrudan olmamakla birlikte Sosyal Hizmetler Kanunu’nda da özel olarak korunması gereken diğer kesimlerle birlikte engellilere yönelik hükümlere yer verildiği görülmektedir. Söz konusu bu iki temel düzenleme dışında Türk Medeni Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, İş Kanunu, Devlet Memurları Kanunu, Belediye Kanunu ve Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda da engellilere dönük özel düzenlemelere yer verilmiştir.

Uluslararası ve ulusal düzenlemelerde engelli hakları olarak sayılan her tür şiddet, istismar ve ayrımcılığa karşı korunma, çevresel mimari ve erişim, bağımsız yaşayabilme ve topluma dahil olma, eğitim ve kültür, sağlık, bakım ve rehabilitasyon, çalışma ve istihdam, ulaşım, engellilik durumlarına özgü özel araçlardan yararlanma, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanma hakkı gibi haklar tüm sosyal ve ekonomik haklar gibi aslında bir insan hakkıdır. Engelliler temelini insan onurunun oluşturduğu bu haklara insan olmaları sebebiyle sahiptirler. Bu haklar aynı zamanda engellilerin gereksinimlerinin karşılanmasına yasal dayanak sağladığı için de önem arz etmektedir. Ancak bu haklardan özellikle engellilik durumlarına özgü özel araçlardan yararlanma, çevresel mimari ve erişim, bağımsız yaşayabilme ve topluma dahil olma, sağlık, bakım ve rehabilitasyon, sosyal yardım ve hizmetlerden yararlanma, sosyal güvenlik hakkına engelliler içinde buldukları koşullar nedeniyle çok daha fazla ihtiyaç duymaktadır. Hiç kuşkusuz gereksinimleri bağlamında söz konusu haklar ön plana çıksa da engellilerin insan onuruna yaraşır bir şekilde yaşamlarını sürdürebilmeleri noktasında tüm sosyal ve ekonomik haklara sahip olma bakımından pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirilmeleri gerektiği açıktır. Bu bağlamda engellilere yönelik tüm politika ve düzenlemelerin pozitif ayrımcılık kapsamında ve temelini insan onurundan alan insan haklarına dayalı hak temelli bir anlayışla geliştirilmesi ve uygulamaların da bu anlayışla yapılması gerekmektedir.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere çok dağınık olduğu görülen engellilere yönelik mevzuatın, sosyal politika ve sosyal hizmetlerdeki yeni kurumsal yapılanma bağlamında uygulama etkinliğinin artırılabilmesi için yeniden gözden geçirilmesi gerektiği açıktır. Bu husus dikkate alındığında, kanun koyucunun doğrudan engelli haklarını güvence altına alan yeknesak bir düzenleme yapması gerektiği önerisinde bulunmak mümkündür.

KAYNAKÇA

- AÇSHBEYHGM (2018). Birleşmiş Milletler Sisteminde Engellilik. Web: <https://eyh.aile.gov.tr/uluslararasi-mevzuat> (Erişim Tarihi: 30.10.2018).
- Akçamete, A. G. (2009). Özel Eğitime Başlangıç (Ed. A. G. Akçamete). Genel Eğitim Okullarında Özel Gereksinimi Olan Öğrenciler ile Özel Eğitim, Ankara: Kök Yayıncılık, 29-74.
- Altan, Ö. Z. (2004). Sosyal Politika Dersleri. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları No. 1592.
- Altuntaş, B. ve Atasü Topcuoğlu (2014). Engelli Hakları, Bakım Güvencesi ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı İş Bölümü Çerçevesinde Evde Bakım Hizmeti, VI. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu, Eskişehir, Web: <http://www.sosyalhaklar.net/2014/bildiriler/altuntas.pdf> (Erişim Tarihi: 18.10.2018).
- DSÖ (2001). İşlevsellik, Yetiyitimi ve Sağlığın Uluslararası Sınıflandırması: ICF.
- DSÖ (2004). ICF-İşlevsellik, Yetiyitimi ve Sağlığın Uluslararası Sınıflandırılması (Çev. E. Kabakçı ve A. Göğüş). Web: http://whqlibdoc.who.int/publications/2001/9241545429_tur.pdf (Erişim Tarihi: 10.10.201817).
- Engersiz Yaşama Derneği (EyDer) (2019). Sayılarla Dünya’da ve Türkiye’de Engellilik, Web: <https://ey-der.com/ana-sayfa/turkiye-ve-dunyada-engelliler/> (Erişim Tarihi: 13.06.2019).
- Eripek, S. (2008). Okulöncesi Dönemde Özel Eğitim. Özel Eğitim (Ed. S. Eripek), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1-19.
- ESCAP (2012). Asya-Pasifik Bölgesinde Engelli Bireyler için Hakların Gerçeğe Dönüştürülmesine Yönelik Incheon Stratejisi. Web: <https://eyh.aile.gov.tr/uploads/pages/uluslararasi-mevzuat/turkce.pdf> (Erişim Tarihi: 30.10.2018).
- Eşit Haklar İçin İzleme Derneği (EŞHİD) (2011). Türkiye’de Engellilere Yönelik Ayrımcılık ve Hak İhlalleri 2011 İzleme Raporu. Yayın No: 2, Ankara: EŞHİD Yayınları.
- Evren, Ç. C. (2018). Hukukta Yaşlı ve Yaşlılara Sunulan Sosyal Hizmetlerin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22 (2): 137-183. [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/22_2_5.pdf]. (Erişim: 24 Mart 2019).
- Karataş, K. (2002). Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları: Bir Sosyal Politika Yaklaşımı. Ufkun Ötesi Bilim Dergisi, 2 (2): 43-45.
- Karataş, Z. (2011). Evde Bakım Hizmeti Sunan Aile Bireyi Bakıcıların Moral ve Manevi Değerlerinin Başaçıkmadaki Etkisi. Yüksek Lisans Tezi, Rize: Rize Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Web: http://www.manevisosyalhizmet.com/wp-content/uploads/2013/03/312309_tez.pdf (Erişim Tarihi: 04.01.2013).
- Kavaklı, U. ve Özkara, E. (2012). Kişisel, Sosyal ve İş Hayatında Özürlü Bireylere Tanınan Haklar ve Özürlü Olguların Medikolegal Değerlendirmesi, DEÜ Tıp Fakültesi Dergisi, 26 (1): 65-74, Web: http://www.deu.edu.tr/UploadedFiles/Birimler/20368/09_u%C4%99Fur%20kavakl%C4%B1.pdf (Erişim Tarihi: 04.05.2013).

- Mesleki Eğitim ve Öğretim Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi (MEGEP) (2011). Engelli Bireylerde Toplumsal Uyum. Aile ve Tüketici Hizmetleri. Web: http://www.megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller_pdf/Engelli%20Bireylerde%20Toplumsal%20Uyum.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2018).
- Özdemir, Ü. ve Taşçı, S. (2013). Kronik Hastalıklarda Psikososyal Sorunlar ve Bakım. Erciyes Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, 1 (1): 57-72.
- Özen, A. (2012). Özel Gereksinimli Bireyler. Özel Gereksinimli Bireyler ve Bakım Hizmetleri (Ed. E. Tekin İftar). Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Ya. No: 2530, Açıköğretim Fakültesi Ya. No: 1501.
- Özürlüler İdaresi Başkanlığı (ÖZİDA) (2004). Türkiye Özürlüler Araştırması. Ankara: T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Yayını.
- Sağlık Bakanlığı (2014). Bali Bildirgesi, Hasta Hakları. Web: <http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/bali.htm> (Erişim Tarihi: 22.03.2014).
- Sayar, Ö., Özbulut, M. ve Küçükkaraca, N. (2008). Özürlülerle Toplumsal Bütünleşme Bir Adım. Ankara: Sosyal Hizmet Uzmanları Derneği Yayınları.
- Ulucan D. (2014). Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (özel): 369-383.
- Uşan, M. F. (1999). İş Hukukunda Sakat İstihdamı. Ankara: Türkiye Sağlık İşçileri Sendikası.
- Yıldırım, T. (2017). Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23 (2): 13-28, [<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/456806>]. (Erişim: 08 Kasım 2018).
- 5825 Sayılı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (R.G., T. 14.07.2009, S. 27288).
- 5378 Sayılı Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (R.G., T. 07.07.2005, S. 25868).
- 2709 Sayılı T. C. Anayasası (R.G., T. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).
- 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu (R.G., T. 27.05.1983, S. 18059).
- 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (R.G., T. 16.06.2006, S. 26200).
- 4857 Sayılı İş Kanunu (R.G., T. 10.06.2003, S. 25134).
- 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu (R.G., T. 23.07.1965, S. 12056).
- 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (R.G., T. 08.12.2001, S. 24607).
- 5393 Sayılı Belediye Kanunu (R.G., T. 13.07.2005, S. 25874).
- 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu (R.G., T. 15.05.1987, S. 19461).
- Büyükşehir Belediyeleri Engelli Hizmet Birimleri Yönetmeliği (R.G., T. 16.08.2006, S. 26261).

- 5378 Sayılı Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (R.G., T. 07.07.2005, S. 25868).
- 6462 Sayılı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde (KHK) Yer Alan Engelli Bireylere Yönelik İbarelerin Değiştirilmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G., T. 03.05.2013, S. 28636).
- Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnameler'de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G., T. 10.02.2014, S. 28918).
- 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu (R.G., T. 15.05.1987, S. 19461).
- MEB Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği (R.G., T. 07.07.2018, S. 30471).
- Bakıma Muhtaç Engellilere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliği (R.G., T. 30.06.2007, S. 26244).
- Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliğinin (R.G., T. 04.11.2016, S. 29878).
- 2010 tarihli 27697 sayılı Engellilerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmelik (R.G., T. 03.09.2010, S. 27691).
- Büyükşehir Belediyeleri Engelli Hizmet Birimleri Yönetmeliği (R.G., T. 16.08.2006, S. 26261).
- Sosyal Hizmet Kuruluşlarında Bakımı Sağlanan Engelli ve Yaşlı Bireylere Harçlık Ödenmesine İlişkin Yönetmelik (R.G., T. 31.01.2015, S. 29253).
- Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkındaki Yönetmelik (R.G., T. 10.03.2005, S. 25751).
- Hasta Hakları Yönetmeliği (R.G., T. 01.08.1998, S. 23420).

Avukatlarda İşkoliklik, İş-Aile Çatışması, Tükenmişlik Üzerine Bir Alan Çalışması^(*),^(**)

A Field Study on Workaholism, Work-Family Conflict and Burnout Amongst Lawyers

Dr. Öğr. Üyesi **Mustafa MACİT**^(***)

Öz

Bu çalışmada işkoliklik, iş-aile çatışması ve tükenmişlik konuları çalışılmıştır. Çalışmanın örneklemini serbest ve ücretli çalışan avukatlar oluşturmaktadır. Bu değişkenlerle ilişkisi olan demografik değişkenler belirlenmiş, ayrıca işkolikliğin iş-aile çatışması, iş-aile çatışmasının tükenmişliğe etkisi ve son olarak işkolikliğin tükenmişliğe etkilerinin ne olduğu sorularına cevap verilmeye çalışılmıştır. Verilerin analizi sonucu işkoliklik ile iş-aile/aile-iş çatışması arasında orta düzeyde doğru yönlü ilişki tespit edilmiştir. Ayrıca iş-aile/aile-iş çatışmaları da tükenmişliği pozitif yönlü etkilemektedir. Yine işkoliklik tükenmişlik üzerine pozitif etkiye sahiptir diğer bir ifade ile işkolikliğin artışı yaşanan tükenmişliği artırdığı bulgusuna ulaşılmıştır. Son bölümde çalışmanın bulguları özetlenmiş, araştırmanın kısıtlarına değinilerek, önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Avukatlar, İşkoliklik, İş-Aile/Aile-İş Çatışması, Tükenmişlik.

Abstract

In this study, the subjects of workaholism, work-family conflict and burnout were studied. The sample of the study consists of lawyers. Demographic variables which are related to these variables are determined and also it has been tried to answer the effect of workaholism on work-family/ family-work conflict, the effect of work-family conflict on burnout and finally the effects of workaholism on burnout. As a result of the analysis of the data, a moderate level of direct relationship was found between the workaholism and the work-family / family-work conflict. In addition, work-family / family-work conflicts affect burnout positively. Finally, workaholism has a positive effect on burnout. In the last chapter, the findings of the study are summarized and some suggestions are given.

Keywords

Lawyers, Workaholism, Work-Family/Family-Work Conflict, Burnout.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 17.07.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 19.07.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 25.07.2019.

(**) Bu makale, yazar tarafından GOP Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde tamamlanmış olan "*İşkoliklik, İş-Aile Çatışması ve Tükenmişlik İlişkileri Üzerine Bir Araştırma*" adlı doktora tezinden hazırlanmıştır.

(***) Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Sağlık Yönetimi Bölümü, Sağlık Yönetimi Anabilim Dalı,
E-Posta: msmacit@gmail.com,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5672-5161>.



1. GİRİŞ

İnsan yaşamı iki temel boyut üzerine kuruludur; iş ve aile. İş hayatında yaşananlar aileyi, aile hayatında yaşananlar ise işi bir şekilde etkilemektedir. Modern zamanların insanlara getirdiği yeni kavramlardan birisi de işkolik olgusudur. İşkoliklik kişilerin hem aile hem de iş yaşamlarını bir şekilde etkilemekte ve bu etkiyi ortaya koyma yönünde çalışmalar her geçen gün artmaktadır. Doğası gereği işkolikliğe ve tükenmişliğe açık bazı çalışma alanlarının varlığını yadsımak mümkün değildir. Uzun süreli çalışma saatlerini gerektiren ve insanların hayatta en büyük arayışı olan adaletin tecellisinde önemli bir fonksiyon üstlenmeleri nedeniyle hayatlarında belirli problemlerle uğraşan insanlarla çalışmayı gerektiren avukatlık mesleğinin de bu alanlar arasında yer aldığı rahatlıkla söylenebilir. Bununla birlikte ne yazık ki konu hakkında ülkemizde yapılan araştırmalar yetersizdir. Yapılan bu çalışma ile avukatların maruz kalabilecekleri işkoliklik, bunun aileye yansımaları olan iş-aile çatışması ve bireyin kendi yaşamına etkisi anlamında tükenmişlik konularının çalışılması, mevcut durumun ortaya konması amaçlanmıştır. Bu çalışmanın en önemli katkısının avukatlık mesleğini icra edenler açısından bir farkındalık oluşturacak olmasıdır denilebilir. Bu çalışmanın sorunsal hakların değerli savunucuları olarak nitelendirilen avukatların işkoliklik, iş-aile çatışması ve tükenmişlik konularında yaşayabileceklerini, yine bu değişkenlerle bazı demografik değişkenler arasındaki ilişkileri incelemektir.

2. TEMEL KAVRAMLAR

Bu bölümde çalışmadaki ana değişkenler olan işkoliklik, iş-aile çatışması ve tükenmişlik kavramları açıklanacaktır.

A. İşkoliklik

Kurumlar insanların hayatlarının önemli bir bölümünü geçirdikleri yerlerdir. Hayatını aşırılıklardan uzak bir denge içerisinde sürdürmesi gereken insan bazen bu dengeyi sağlamakta zorlanabilmektedir. Dengenin kurulması gereken alanlardan başında da iş yaşamı ile iş dışı yaşam alanları gelmektedir. İş ve özel yaşamını dengeli bir şekilde sürdürebilen bireylerin hem bireysel anlamda gönenc içerisinde olacakları hem topluma hem de çalıştıkları kurumlara daha faydalı olacakları söylenebilir. Fakat bazen bu denge iş hayatı lehine bozulmakta ve karşımıza işkoliklik olarak adlandırılan konu çıkmaktadır.

Medyada yaygın bir şekilde kullanılmasına, araştırmalara konu olmasına rağmen üzerinde uzlaşılan bir işkoliklik tanımı yoktur. Farklı yazarlar işkolikliği farklı şekillerde tanımlamaktadırlar. Çalışma hayatındaki hızlı değişim yanında hem bireye hem de aileye etkileri açısından işkoliklik konusunun anlaşılmasına ihtiyaç vardır. Çünkü günümüzde iş hayatında, iş tanımları açık

ve net olmadığı gibi, kişisel hayat ile iş hayatı neredeyse iç içe geçmiştir. Teknolojinin ilerlemesi ile artan sayıda çalışan, geleneksel ofis ve çalışma saatleri dışında da çalışabilmektedir. Bu durum özellikle işe daha fazla zaman ayırmaları için teşvik edilen ve de fırsatlar sunulan tüm çalışanlar için söz konusudur.¹ Özellikle mesai kavramının neredeyse söz konusu olmadığı avukatlık mesleği açısından da konu özel bir önem arz etmektedir. Çünkü avukatlar özellikle proje bazlı çalışmalarda bazen 24 saati de geçen çalışma süreleriyle sıklıkla karşı karşıya kalmaktadırlar.² Asıl önemli olan ilk bakışta iş yaşamı açısından arzulanan bir davranış olarak düşünülebilecek çalışanların işte fazla zaman harcamaları, iş dışında da işlerini düşünmeleri uzun vadede hem çalıştıkları kurum hem çalışanlar hem de çevreleri için olumsuz sonuçlar doğurmaktadır.³

Örgütsel yazında bu ifadeyi ilk defa kullanan Oates (1971) işkolikliği işe olan bağımlılık, kontrol edilemeyen sürekli çalışma ihtiyacı şeklinde tanımlayarak, işkolikliği “bireylerin çalışma ihtiyaçlarının, onların sağlık, mutluluk, bireyler arası ilişkiler ve sosyal uyumlarına fark edilecek derecede zarar verecek aşırı bir hale gelmesi” olarak nitelendirmektedir.⁴ Bir yaklaşıma göre işkoliklik çalışma saatleri açısından ele alınmakta ve haftada en az 50 saat çalışanlar işkolik olarak nitelendirilmektedir.⁵ İşe takıntılarının yanında işkolikler görev odaklı, işe bağımlı, mükemmeliyetçi, nörotik, katı, üst düzeyde motive olmuş, becerikli, sabırsız ve ben merkezli olarak betimlenmektedirler. Fazla çalışmayı ussallaştırır, kendilerini işleriyle bütünleştirir ve dinlenme becerisinden yoksundurlar.⁶

Scott vd. işkolikliğin üç davranış boyutundan oluştuğunu belirten bir tanım yapmışlardır; işe önemli ölçüde vakit harcama, işte olmadıkları zaman dahi işi düşünme, ekonomik ve örgütsel gereklerin üzerinde çalışmak.⁷ İşkolikler bütün durumlarda, işe iş şartlarının gerektirdiğinden daha fazla zaman ve enerji ada-

¹ Thomas W.H. Ng/ Kelly L. Sorensen/ Daniel. C. Feldman, Dimensions, Antecedents and Consequences of Workaholism: A Conceptual Integration and Extension, *Journal of Organizational Behavior*, 2007, C. 28, S. 1, s. 111-112.

² Anıl Emre, Türkiye’de Avukatlık: 80 bin Avukatın Dünyası, 2015, 27 Nisan, HaberTürk Gazetesi (<https://www.haberturk.com/yazi-dizisi/haber/1070820-turkiyede-avukatlik.22.12.2018>).

³ Ng/ Sorensen/Feldman, a.g.e., s.128.

⁴ Evan J. Douglas/ Robyn J. Morris, Workaholic, or just hard worker?, *Career Development International*, 2006, C. 11, S. 5, s. 395.

⁵ Cecilie Schou Andreassen, Workaholism: An overview and current status of the research, *Journal of Behavioral Addictions*, 2014, C. 3, S. 1, s.1.

⁶ Cecilie. S. Andreassen/ Holger Ursin/ Hege R. Eriksen, The relationship between strong motivation to work, “workaholism”, and health, *Psychology and Health*, 2007, C. 22, S. 5, s.616.

⁷ Peter E. Mudrack/ Thomas. J. Naughton, The assessment of workaholism as behavioral tendencies: Scale development and preliminary empirical testing, *International Journal of Stress Management*, 2001, C. 8, S. 2, s.94.

yan bireyler olarak tanımlamaktadır.⁸ Hatta işkoliklik bir hastalık olarak tanımlanmakta ve bireyin çalışma sürecine bağımlı hale geldiği, ilerleyen ve ciddi sonuçları olan bir hastalık olduğu iddiası dile getirilmektedir. Bağımlılık dolayısıyla bireyin özel yaşamı idare edilemez bir hale gelmektedir.⁹

Spence ve Robbins işkoliklerin çalışmaya önemli ölçüde kararlı oldukları (azimli), zaman ayırdıklarını belirterek, işkolikliğin açıkça veya örtülü de olsa alkolizm vb. gibi bir bağımlılığa benzediğini, işkoliklerin dışsal baskılar veya işin zevkli olmasından daha çok çalışmadıkları zaman kendilerini suçlu ve stres içinde hissetmelerine sebep olan içsel baskılardan dolayı çalışmak zorunluluğu hissettiklerini belirtmektedir. Özetle işkolik bir çalışan diğerleri ile karşılaştırıldığında şu üç özelliği göstermektedir: iş ile önemli ölçüde ilgili olmak (katılım), içsel baskılardan dolayı çalışma güdüsü ve işten alınan zevkin düşük olması. Bununla birlikte bu üç boyut birbirinden bağımsızdır, yani iş ile aşırı derecede ilgili olan bir şahıs çalışma güdüsüne sahip olmayabilir veya işten zevk alma düzeyi düşük olmayabilir.¹⁰

B. İş-Aile Çatışması

İnsan sosyal bir varlık olarak ilişki içerisinde bulunduğu alanlarla ilgili belli sorumluluk ve haklara sahiptir. Hayatın her alanı bizden sahip olduğumuz statülere ilişkin roller bekler. İçinde bulunduğumuz statü sınırlarında neyi yapabileceğimiz veya neyi yapamayacağımız şeklinde önceden belirlenmiş davranışların toplamı olarak tanımlanan rol, hayatın her alanına göre farklılıklar arz etmektedir. Mesela iş hayatında avukat, hâkim, savcı, yönetici, işçi, iş arkadaşı rollerine karşı ailede baba, eş, evlat, akraba gibi farklı rollerin eş zamanlı olarak yerine getirilmesi gerekebilir. Bu rollere uygun davranışlar sergilememiz hem kendimiz hem de çevremizdekiler için saadet ve mutluluk kaynağı olacaktır. Özellikle yaşadığımız son dönemlerde ortaya çıkan değişiklikler bireylere iş ve aile ile ilgili farklı sorumluluklar yüklemiştir; tek başına kalan ebeveynler, çalışan kadınlar, her iki eşin de kariyer yaptığı aileler, çocuk yetiştirme konusunda daha çok sorumluluk alan babalar. Bu değişiklikler iş ile aile arasındaki ilişkileri anlamının önemini daha bir artırmıştır. İş ile ailenin karşılıklı olarak nasıl bir ilişki içerisinde oldukları ve birbirlerini nasıl etkiledikleri araştırmacıların ilgisini çeken bir araştırma sahası olarak önem arz eden bir konudur.¹¹

⁸ Marilyn Machlowitz, Workaholism: What is it? The Saturday Evening Post. Haziran /Ağustos, 1980, 79.

⁹ Ng/ Sorensen/Feldman, a.g.e., s.112.

¹⁰ Janet T. Spence / Ann N. Robbins, Workaholism: Definition, Measurement and Preliminary Results. Journal of Personality Assessment, 1992, C. 58, S. 1, s. 161-162.

¹¹ Marie Pilar De Luis Carnicer/ Angel Martinez Sanchez/ Manuela Perez Perez/ Maria Jose Vela Jimenez, Work-family Conflict in a Southern European Country The influence of job-related and non-related Factors, Journal of Managerial Psychology, 2004, C. 19, S. 5, s. 466.

En büyük sorumluluklarımızın aile ve iş alanlarına ait olduğunu düşünürsek bu alanların bizlerden beklediği çok sayıda ve değişik roller olduğu gibi bu roller arasında da karşılıklı etkileşimler olduğu da göz ardı edilemez bir gerçektir.¹² Bu etkileşimlerin her iki alan için olumlu olması elbette istenilen bir durumdur. İş yaşamı ile aile yaşamı arasındaki dengenin bireylerin hem aile hayatlarında huzurlu hem de iş hayatlarında başarılı olmaları için önemli bir unsur olduğu kabul edilmektedir.¹³ Bununla birlikte bu iki alan arasındaki çatışmalar daha fazla gündeme gelmekte ve araştırmacıların ilgisini çeken bir alanı oluşturmaktadır. Son dönemlerde çalışma yaşamının ve aile ile ilgili sorumlulukların doğasında ortaya çıkan gelişmeler örgütsel davranış alanında iş-aile çatışması konusuna olan ilgiyi artırmıştır.¹⁴ Günümüzde ortaya çıkan küreselleşme, teknolojik, politik, kültürel ve ekonomik gelişmeler bireylerin rolleri konusundaki algılarını da değiştirmiştir. Özellikle önemli bir kadın nüfusunun çalışma hayatında yer almaya başlaması, iki eşin de kariyer yaptığı ailelerin sayısının çoğalması, iş ve aile ile ilgili roller konusunda farklı algılamaların ortaya çıkmasına sebep olmakta, dolayısıyla iş ve aile rollerinin tüm sorumluluklarını yerine getirebilmek için bu ikisi arasında bir dengenin sağlanması özel bir önem arz etmektedir.¹⁵

İş ile ailenin karşılıklı olarak nasıl bir ilişki ve etkileşim içerisinde olduğu konusu uzunca bir süredir incelenen bir konudur.¹⁶ İş, insanın hayatı için gerekli olan unsurları sağlamak için mal ve hizmet üretimine katılma faaliyeti olarak tanımlanırken, insanlar için bir takım içsel ödüller yanında asıl amaç olarak belli dışsal sonuçlar kazandıran faaliyettir. Aile ise, biyolojik, evlilik, gelenek ve (evlat) edinme sonucu gibi bağlarla birbirine bağlanan bireyler olarak tanımlanmaktadır. İş ile aile bireylerin üyeliğinin ve katkılarının vurgulandığı sosyal birimlerdir. Bununla birlikte bu katkı sadece mal ve hizmet elde etmek için değil aynı zamanda ailenin huzur ve saadetini temin gayesine dönüktür.¹⁷

¹² Jeffrey H. Greenhaus/ Nicholas J. Beutell, Sources of Conflict between Work and Family Roles, 1985, The Academy of Management Review, C. 10, S.1, s.77.

¹³ İbrahim Efe Efeoğlu, İş-Aile Yaşam Çatışmasının İş Stresi, İş Doyumu ve Örgütsel Bağlılık Üzerindeki Etkileri: İlaç Sektöründe Bir Araştırma, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Çukurova Üniversitesi, 2006, s.1.

¹⁴ Azize Ergeneli/ Arzu İlsev/ Pınar Bayhan Karapınar, Work-family conflict and job satisfaction relationship: the roles of gender and interpretive habits, Gender, Work and Organization, 2010, C. 17, S. 6, s. 679.

¹⁵ İlker Hüseyin Çarıkçı/ Özlem Çelikkol, İş-Aile Çatışmasının Örgütsel Bağlılık ve İşten Ayrılma Niyetine Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2009, C.9, s. 154.

¹⁶ Jeffrey R. Edwards / Nancy P. Rothbard, Mechanisms Linking Work and Family: Clarifying the Relationship between Work and Family Constructs, The Academy of Management Review, 2000, C. 25, S. 1, s. 178.

¹⁷ Edwards ve Rothbard, a.g.e., s.179-180.

İş-aile çatışması ile ilgili en çok kabul edilen tanım “aile ve iş ile ilgili alanların bazı yönleriyle karşılıklı olarak birbirlerinden farklı olmalarından kaynaklanan roller arası çatışma” şeklindedir.¹⁸ Tanım, iş ile aile hayatı arasındaki çatışmanın karşılıklı olduğunu ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile iş-aile çatışmasından olduğu kadar aile-iş çatışmasından da söz edebiliriz. Bununla birlikte yazında iş-aile arasındaki çatışmanın aile-iş arasındaki çatışmadan daha fazla bir ağırlığa sahip olduğu görülmektedir.¹⁹ İş ile aile arasındaki çatışmanın roller arası bir çatışma şeklinde ifadesi Kahn vd.’nin rol çatışması ile ilgili çalışmalarına dayanmaktadır. Kahn, vd. iş-aile çatışmasını roller arası çatışma şeklinde tanımlamaktadır. Buna göre iş-aile çatışması bazı yönleriyle birbirinden farklı olan iş ve aile alanları arasındaki rol baskısından kaynaklanan roller arası çatışmadır.²⁰ Her iki alanın talepleri, sorumlulukları, gerekleri, görevleri, gayretleri arasındaki uzlaşmazlıklar bireyin kabiliyetlerini etkin bir şekilde kullanmasını engelleyen unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹ Yapılan araştırmalar iş-aile çatışmasının bireysel, sosyal ilişki ve örgüt bağlamında istenmeyen sonuçlar verdiğini göstermektedir. Bireyle ilgili olarak yaşamdan tatmin alamama, endişe, depresyon ve sağlık durumunun kötüleşmesi, ilişki bağlamında bireylerarası artan çatışmalar, boşanmalar, örgüt düzeyinde ise devamsızlık, işi ağırından alma, yetenekli çalışanların kaybedilmesi gibi sonuçları görülmektedir.²² Bunlara ilave olarak artan işten ayrılma isteği, işten tatmin duymama, evlilikteki uyumun azalması, tükenmişlik, fiziki sağlığın ve yaşam tatmininin kötüleşmesi sayılabilir.²³

C. Tükenmişlik

Yirminci yüzyılın özellikle insanlarla muhatap olarak çalışmak zorunda olan işgörenlere getirdiği problemlerden birisi de tükenmişliktir. Aslında çalışanlar iş ortamının olumsuz yönleri ile sanayi devriminden hemen sonra karşılaşmışlardır. Bununla birlikte özellikle öğretmenler, hemşireler, avukatlar, sosyal hizmet çalı-

¹⁸ Greenhaus ve Beutell, a.g.e., s. 77.

¹⁹ Michael R. Frone/ Marcia Russell/ Mary Lynne Cooper, Antecedents and outcomes of work-family conflict: Testing a model of the work-family interface, *Journal of Applied Psychology*, 1992, C. 77, S.1, s.65.

²⁰ Edwards ve Rothbard, a.g.e., s.184.

²¹ Abigail. R. Gaffey/ Patrick J. Rottinghaus, The factor structure of the work-family conflict multidimensional scale: Exploring the expectations of college students, *Journal of Career Assessment*, 2009, C. 17, S. 4, s.496.

²² Yueng-Hsiang Huang/ Leslie B. Hammer/ Margaret B. Neal/ Nancy A. Perrin, The Relationship Between Work-to-Family Conflict and Family-to-Work Conflict: A Longitudinal Study, *Journal of Family and Economic Issues*, 2004, C. 25, S.1, s.80.

²³ Arla L. Day, Conceptualizing work and family conflict using an inter-role perspective: The Importance of Time, Strain and Behaviour, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Waterloo Üniversitesi, Kanada, 1996, s.3.

şanları gibi meslekleri etkileyen tükenmişliğin akademik yazına bugünkü anlamda taşınması 1973 yılında H. J. Freudenberger tarafından yapılmış, bu tarihten sonra ise özellikle günlük yaşamda oldukça sık kullanılan kavramlardan birisi haline gelmiştir.²⁴ Kavramın kaynaklarda ilk defa kullanılışı Shakespeare'a kadar uzanmakta, 20. Yüzyılda ise ilk kez H.B. Bradley (1969) tarafından genç suçlulara gözetmenlik yapan (probation officer) çalışanlar hakkında yazılan bir makalede kullanılmıştır.²⁵ Türkçeye tükenmişlik olarak tercüme edilen "burnout" kelimesi ilk defa 1960'lı yıllarda kronik ilaç kullanımının kötü sonuçlarını ifade etmek için kullanılmaktaydı.²⁶ H. J. Freudenberger New York'ta zihinsel problemlerle ilgilenen bir toplum kliniğinde çalışan bir psikiyatrist olarak, kliniklerine başvuran bazı hastaların hastalık belirtilerinin aşırı iş stresi ile ilgili olduğunu gördüğünde tükenmişlik konusunu araştırmaya başlamıştır. Freudenberger aynı zamanda kendisinde ve çalışma arkadaşlarında da duygusal tükenmişlik, motivasyon ve yaptıkları işe (iş ortamına) ilişkin çabaları konusunda azalma gözlemlemiştir.²⁷ Freudenberger, bu duyguları yaşayan çalışma arkadaşlarının aslında görevlerinin ilk zamanlarında son derece idealist, kendilerini işlerine adanmış, hizmet verdikleri insanların ihtiyaçlarını karşılamaya son derece azimli olduklarını tespit etmiştir. Bununla birlikte kısa bir sürede aynı bireyler artan bir duygusal tükenmişlik düzeyi, depresyon belirtileri ve hizmet verdikleri insanlara karşı daha az özen göstermeye başlıyorlardı²⁸ ve bu belirtileri yukarıda değinildiği gibi mesleki jargonda kullanılan bir kelime olan "burnout" ile ifade etmiştir.²⁹

Tükenmişlik Kuzey Amerika'daki çalışanlar arasında adeta bir salgın haline almış, her geçen gün artan sayıda çalışan iş hayatları ve aile hayatlarından kaynaklanan talepler sonucu duygusal, fiziksel ve ruhsal anlamda tükenmekte, enerji ve şevkleri adeta eriyip, bitmektedir.³⁰ Konu hem akademik yazında hem de medyada artan bir ilgi çekmeye devam etmektedir. Bir yazın incelemesi ça-

²⁴ Herbert. J. Freudenberger, An Overview of Burnout: Past, Present and Future Concerns, İçinde Professional Burnout in Medicine and Helping Professions, Eds. D.T. Wessells, A. H. Kutscher, I. B. Seeland, F. E. Selder, D. J. Cherico ve E. J. Clark, 1-10, New York, Routledge, 1989, s.5.

²⁵ Wilmar B. Schaufeli/ Bram P. Buunk, Burnout: An Overview Of 25 Years Of Research and Theorizing. İçinde The Handbook Of Work & Health Psychology, Eds. M. Schabracq, J.A.M. Winnubst ve C.L. Cooper, 382-424. Wiley, Chichester, 2002, s.383.

²⁶ Dorothy Smith Carolina, Correlates Of Job-Related Burnout In Nurse Managers Working in Hospitals, Yayınlanmamış Doktora Tezi, The State University of New Jersey, ABD, 2010, s.15.

²⁷ Kenneth W. Hazell, Job Stress, Burnout, Job Satisfaction, and Intention to Leave Among Registered Nurses Employed in Hospital Settings in the State of Florida, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Lynn University. ABD, 2010, s.15-16.

²⁸ Carolina, a.g.e., s.15-16.

²⁹ Christina Maslach/ Wilmar B. Schaufeli/ Michael. P. Leiter, Job Burnout, Annual Rev.of Psychlogy, 2001, C. 52, s.399.

³⁰ Hazell, a.g.e., s.17.

lışmasında 2008 yılına kadar tükenmişlik hakkında 6000 civarında kitap, kitap bölümü, tez ve makale çalışması yapıldığı belirlenmiştir. Tükenmişlik konusu hala ilgi çekmeye devam etmekte, ülkemizde de konu hakkında yapılan çalışmalar her geçen gün artmaktadır.³¹

İnsanların işleriyle ilişkileri ve bu ilişkilerin arzulandığı şekilde gitmemesi insanların hayatlarında hep önem verilen bir konu olmuştur. Bu ve benzeri sıkıntılar konuyu ele alan yazılı eserlerde aşırı yorgunluk, kişinin işine karşı idealizm ve coşkusunu kaybetmesiyle ifade edilmiştir. Bunun en güzel örneği Green'in "A Burnt Out Case" adlı romanıdır. Bu romanda yazar, ruhen ızdırap çeken ve gerçeklerin inandığından çok farklı olduğunu anlayan bir mimarın işini terk edip, Afrika ormanlarına çekilmesini anlatmaktadır. Tükenmişlik adı verilirse de muhtemelen sosyal konularda çalışan insanlar çok önceleri böyle bir problemin varlığını tespit etmişlerdi. Araştırmacılar konu üzerinde sistematik olarak araştırma yapmaktaydılar.³²

Tükenmişlik konusunda ilk çalışmaları yapmış olan Freudenberger (1974) tükenmişliği, duygusal anlamda tükenmeyi, kişisel başarının azalmasını ve hizmet verdiklerinin insan olarak değerlendirilmemesi eğilimini içinde barındıran, özel bir psikolojik durum olarak tanımlamıştır.³³ Pines ve Aronson (1988) tükenmişliği, duygusal anlamda yoğun beklentilerle uzun süreli karşı karşıya kalınması sonucu ortaya çıkan fiziksel, duygusal ve zihinsel tükenme durumu olarak tanımlamaktadır. Fiziksel tükenme belirtileri düşük enerji, kronik yorgunluk, zafiyet ve çok farklı fiziksel ve psikosomatik şikayetlerdir. Duygusal tükenmenin göstergeleri çaresizlik hissi, ümitsizlik ve kapana kısıldığını düşünmektir. Zihinsel tükenme ise kişinin kendisine, işine ve hayatın kendisine karşı olumsuz tutumlar geliştirmesidir. Duygusal talepler sadece insanlara hitap eden çalışanlarla sınırlanmayacağı için, tükenmişlik yöneticilerde, evlilik, hatta politika gibi çok farklı alanlarda da görülebilir.³⁴

Tükenmişlik "enerji, güç ve kaynaklarla ilgili aşırı taleplerin sonucu gelişen başarısız olma, yıpranma ya da tükenme olarak da tanımlanmaktadır.³⁵ Tükenmişliğin ölçülebilmesi amacıyla ilk ölçeklerden birisini geliştirmiş ve yazını

³¹ Wilmar B. Schaufeli/ Michael P. Leiter/ Christina Maslach, Burnout: 35 Years of Research and Practice. Career Development International, 2008, C. 14, S. 3, S.204-205.

³² Christina Maslach/ Michael. P. Leiter/ Wilmar B. Schaufeli, Measuring burnout. İçinde C.L. Cooper / S. Cartwright (Ed.). The Oxford handbook of organizational well-being, 2008, Oxford: Oxford University Press, s.87.

³³ R. Lance Hogan/ Mark A. McNight. Exploring Burnout among University Online Instructors: An Initial Investigation, The Internet and Higher Education, 2007, C. 10, S. 2, s.118.

³⁴ Schaufeli / Buunk a.g.e., s.386-387.

³⁵ Hazel a.g.e., s.19.

önemli ölçüde etkilemiş ve yönlendirmiş olan Maslach ve Jackson (1981) tükenmişliği bir şekilde insanlarla muhatap olarak çalışanlar arasında sıklıkla görülen ve duygusal tükenme ve sinizm belirtileriyle kendisini gösteren bir sendrom olarak tanımlamışlardır. Tükenmişlik sendromunun temel bileşeni artan duygusal tükenme hissidir. Duygusal kaynakları tükenen çalışanlar artık psikolojik anlamda verecek bir şeyleri kalmadığını hissetmektedirler. İkinci bileşen, çalışanlarda hitap ettikleri kitle hakkında şüpheci ve olumsuz duygular gelişmesidir. Hizmet alanlar hakkında bu olumsuz duyguların ortaya çıkması duygusal tükenme ile ilişkilendirilebilir. Bu acımasız ve hatta insanî olmayan algılama çalışanları hizmet verdikleri insanların bu sıkıntıları öyle ya da böyle hak ettikleri düşüncesine sürüklemektedir. Tükenmişlik sendromunun üçüncü boyutu kişinin, özellikle müşterileriyle ilişkisi bağlamında, kendisini olumsuz olarak değerlendirmesidir. Çalışanlar kendilerini mutsuz ve yaptıkları iş hakkında başarısız hissederler.³⁶

Tükenmişlik hakkında yapılan bir inceleme çalışmasında kavramla ilgili kırkın üzerinde tanım olduğu belirlenerek, bu tanımlardan hareketle şu birleştirici tanım yapılmıştır; “Tükenmişlik, kronik hale gelen duygusal strese karşı: (a) duygusal ve fiziksel tükenme, (b) azalan iş verimliliği ve (c) aşırı duyarsızlaşma bileşenlerinden oluşan bir cevaptır.”³⁷

Avukatlık, müvekkillerle sık teması ve hukuki konuların dikkatlice analiz edilmesini gerektiren bir meslektir. Geleneksel olarak avukatlar, müvekkillerinin uğradıkları haksızlıkların ortadan kaldırılmasını sağlayarak adaletin tecellisine aracılık eden saygın hukuk koruyucuları olarak nitelendirilmektedirler. Avukatlar uzmanlık alanlarına göre farklı sorumluluklarla, farklı güçlüklerle karşı karşıya kalabilmektedirler. Mesela dava avukatları mahkeme salonlarında karşı tarafın düşmanca bakışlarına, tavırlarına hedef olabilmektedirler. Globalleşen iş dünyasındaki gelişmeler artık avukatların birden fazla lisanı kullanmalarını, işletmecilik, finans ve teknoloji bilgisine sahip olmalarını, aynı zamanda hukuki alanda bilgi birikimlerini artırmalarını gerekli kılmaktadır.³⁸ Ayrıca avukatlar arasında artan rekabet ve hukuki olayların giderek karmaşıklaşması mesleklerinin avukatlardan beklentilerini her geçen gün ağırlaştırmaktadır. Avukatlık mesleği ayrıca zaman baskısının üst düzeyde olduğu bir alandır ve avukatlar çoğunlukla travma yaşayan insanlarla muhatap olmakta, müvekkilliklerini üs-

³⁶ Christina Maslach / Susan E. Jackson, The Measurement of Experienced Burnout, Journal of Occupational Behaviour, 1981, C. 2, s. 99.

³⁷ Baron Perlmán/ E. Alan Hartman, Burnout: Summary and Future Research, 1982, Human Relations, C. 35, S. 4, (<https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED205840.pdf-11.08.2011>), s.5-6.

³⁸ Feng-Jen Tsai/ Wie Lun Huang/ Chang Chuan Chan, Occupational Stress and Burnout of Lawyers. Journal of Occupational Health, 2009, C. 51, S. 5, ss. 443-444.

tenmektedirler.³⁹ Bu ve benzeri şartların yoğun bir şekilde bir araya gelmesi avukatlık mesleğini tükenmişliğe en açık mesleklerden biri haline getirmektedir ve bu konuda yapılacak çalışmaların alana katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

3. İŞKOLİKLİK, İŞ-AİLE ÇATIŞMASI VE TÜKENMİŞLİK ARASINDAKİ İLİŞKİLERİ ÖLÇMEYE YÖNELİK BİR ARAŞTIRMA

Çalışmanın bu bölümünde araştırma metodu ve analiz yöntemiyle ilgili bilgiler verilmektedir. Bu kapsamda öncelikle araştırmanın amacı, önemi, yöntemi ve modeli açıklanmaktadır. Bunu takiben, verilerin toplanması ve örneklem seçimi konusunun açıklanması, veri toplama aracı olarak uygulanan anket formunda yer alan sorular ve ölçeklerin nitelikleri, anketlerin uygulanması, verilerin analiz yöntemi ve analiz sonucu ortaya çıkan bulgular hakkında bilgiler verilmektedir.

A. Araştırmanın Amacı

Bu araştırmada temel olarak;

1. Katılımcıların işkoliklik, iş-aile /aile-iş çatışması ve tükenmişlik düzeyleri?
2. İşkoliklik, iş-aile/ aile-iş çatışması ve tükenmişlikle demografik değişkenler arasındaki ilişki?
3. İşkolikliğin bir bütün olarak iş-aile/aile iş çatışması üzerindeki etkisi?
4. İş-aile/aile-iş çatışmasının tükenmişlik üzerine etkisi?
5. İşkolikliğin alt boyutları olan işten zevk alma, işe güdülenme ve işe katılımın iş-aile/aile iş çatışması üzerine etkileri?
6. İş-aile çatışmasının tükenmişlik üzerine etkisi?
7. İşkolikliğin ve alt boyutları olan işten zevk alma, işe güdülenme ve işe katılımın tükenmişlik üzerine etkileri?

soruları cevaplanmaya çalışılmıştır.

B. Araştırmanın Evreni, Örneklem Seçimi ve Verilerin Toplanması

Bu araştırmanın ana kütlesi Türkiye’de çalışan avukatlar olarak belirlenmiştir. Türkiye Barolar Birliği verilerine göre tüm barolardaki avukat sayısı 31.12.2012 itibarıyla 48072’si erkek, 30107’si kadın olmak üzere toplam 78.179’dur (<http://www.ubap.org.tr/plazma/avukatsayilari.aspx> erişim tarihi

³⁹ Emre a.g.e., s.1.

05.03.2013). Bu sayıdan oluşan evreni temsilen %5 güven aralığı dikkate alındığında 385 örneklem sayısı yeterli olmaktadır. Buna karşılık, cevaplanan ve değerlendirilmesi uygun bulunan anket sayısı dört yüz elli bir (451) olmuştur. Anketin çok büyük bir kısmı internet ortamında gerçekleştirilmiş (399), kalan kısım ise anketlerin yazılı olarak bizzat avukatlara ulaştırılmasıyla, cevaplanmaları sağlanmıştır. Veriler 19/09/2013 ile 16/01/2014 tarihleri arasında toplanmıştır.

İşkolikliğin ölçümünde Spence ve Robbins (1992)⁴⁰ tarafından geliştirilen ve Burke, Koyuncu ve Fiksenbaum (2008)⁴¹ tarafından Türkçe'ye kazandırılan İşkoliklik Ölçeği (WorkBAT) kullanılmıştır. İş-aile yaşam çatışması düzeylerini ölçmek üzere Netemeyer, Boles ve McMurrian (1996)⁴² tarafından geliştirilen İş-aile yaşam çatışması ölçeği kullanılmıştır. Ölçek, çalışanların iş yaşamından kaynaklanan iş-aile çatışması ve aile yaşamından kaynaklanan aile-iş çatışması düzeylerini ölçmeyi amaçlayan iki alt boyuttan oluşmaktadır. Ölçek daha önce yapılan bir doktora çalışmasından alınmıştır.⁴³

Tükenmişliğin ölçümünde Maslach Tükenmişlik Envanteri (Maslach Burnout Scale) kullanılmıştır. Maslach ve Jackson'un (1981) geliştirdiği ölçek, Ergin (1992) tarafından Türkçe'ye uyarlanmış ve o tarihten bu yana farklı araştırmalarda kullanılmıştır. Toplam 22 ifadeden oluşan bu ölçek, tükenmişliği duygusal tükenme, duyarsızlaşma ve kişisel başarı olmak üzere üç farklı boyut üzerinden ölçmektedir.⁴⁴

Araştırmada tesadüfî olmayan örnekleme yöntemlerinden kolayda örnekleme yöntemi tercih edilmiştir. Her ne kadar Türkiye'de ne kadar avukat bulunduğu yönünde sayısal veriler mevcut ise de örneklem çerçevesine tam olarak ulaşabilmek mümkün olamamaktadır. Çünkü avukatlara Baro Levhalarındaki iletişim bilgilerinden faydalanılarak ulaşılarak, çalışmaya katılımları istenmiştir. Özellikle küçük şehirlerdeki Baro Levhalarında çok sayıda avukatın iletişim bilgileri bulunmamaktadır. Ayrıca Baro Levhaları avukatların sicil numaralarına göre düzenlenmiştir. Geçmişte eskiye dayanan barolarda küçük sicil numaralı avukatların vefat etmiş olmaları veya emeklilik gibi nedenlerle mesleği bırakmış olmalarına

⁴⁰ Spence / Robbins, a.g.e., s.160.

⁴¹ Ronald J. Burke/ Mustafa Koyuncu/ Lisa Fiksenbaum, Workaholism, work and extra-work satisfactions and psychological well-being among professors in Turkey, Cross Cultural Management: An International Journal, 2008, C. 15, S. 4, SS. 356-357.

⁴² Richard G. Netemeyer/ James S. Boles / Robert McMurrian, Development and Validation of Work-Family Conflict and Family-Work Conflict Scales, Journal of Applied Psychology, 1996, C. 81, S. 4, s.410.

⁴³ Efeoğlu a.g.e., s.150.

⁴⁴ Canan Ergin, Doktor ve Hemşirelerde Tükenmişlik ve Maslach Tükenmişlik Ölçeği'nin Uyarlanması, İçinde 7. Ulusal Psikoloji Kongresi Bilimsel Çalışmaları, Ed. R. Bayraktar ve İ. Dağ, 143-154. Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 1992. s.143.

rağmen Baro Levhasında isimleri yine de yer almaktadır. Bu nedenle Baro Levhasında yer alan tüm avukatların mesleğe devam ettikleri söylenemez. Ayrıca zaman ve maliyet gibi kısıtlar bu yöntemin tercih edilmesine sebep olmuştur.

Araştırmanın verileri anket yöntemi ile toplanmıştır. Anket iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde işkoliklik, iş-aile / aile-iş çatışması ve tükenmişlik ölçekleri, ikinci bölümde ise katılımcıların demografik özellikleri ile çalışma biçim ve alışkanlıkları konusunda bilgi elde etmeye yönelik sorular bulunmaktadır. İnternet ortamında cevaplandırılan anketlerde bütün soruların cevaplanması istendiği için kullanıma uygun olmayan anket olmamıştır. Cevaplanan ve değerlendirilmesi uygun bulunan anket sayısı dört yüz elli bir (451) olmuştur. Anketin %88,5 gibi çok büyük bir kısmı internet ortamında gerçekleştirilmiş (399 adet), cevaplanan diğer anketler %11,5 (52 adet) avukatlara yazılı olarak bizzat ulaştırılarak, cevaplanmaları sağlanmıştır (Tablo 1).

Tablo 1. Cevaplanan Anket Sayıları

	Frekans	Yüzde
İnternet ortamında cevaplanan anketlerin sayısı	399	88,5
Kâğıt üzerinde cevaplanan anketlerin sayısı	52	11,5
Toplam	451	100,0

Anketin uygulanması daha önce belirtildiği gibi büyük oranda internet ortamında gerçekleştirilmiştir. Anket <https://docs.google.com/forms/d/1VIsV47i-sXQ9hawcV-6DXBWXVhajtS3GQ-ITad1g8VU/viewform> adresine yüklenmiş ve internet ortamında avukatların eposta adresleri bulunarak, anketin bulunduğu link adresi bir üst yazı ile olası katılımcıların eposta adreslerine gönderilerek, ankete katılımları istenmiştir. Anketin uygulanmasına Eylül 2013'te başlanmış ilk dönüş 19.09.2013 tarihinde olmuş ve son olarak 16.01.2014 tarihinde en son katılım gerçekleşmiştir.

C. Verilerin İstatistiksel Analizi

İnternet ortamında ve yazılı anket formları ile elde edilen veriler anket formlarının numaralandırılmasından sonra SPSS ortamına aktarılmış ve IBM SPSS (Statistical Package for Social Sciences) 20.0 programı kullanılarak analiz edilmiştir. Araştırmada işkoliklik, iş-aile/aile-iş yaşam alanları çatışması ve tükenmişlik arasındaki ilişkilerin incelenmesi için verilerin normallik dağılımı incelenmiş, güvenilirlik değerleri hesaplanmış ve parametrik testlerin yapılmasına karar verilmiştir. Araştırma modelinde belirlenen değişkenler arasındaki etkinin test edilmesi amacıyla çoklu regresyon, gruplar arasındaki farkların tespiti için t testleri ve tek yönlü varyans analizleri yapılmıştır.

a. Güvenirlilik Analizi

Bu çalışmada işkolikliği ölçmek için kullanılan Work-Bat; İş-aile / aile-iş yaşam alanları çatışması ölçeği ve tükenmişlik için Maslach Tükenmişlik Envanteri ölçeklerinin güvenirlilik analizleri yapılmıştır.

Tablo 2. Araştırmada Kullanılan Ölçeklerin Güvenirlilik Değerleri

Ölçeğin Adı	Soru Sayısı	Standart Alfa Skorları α
WorkBAT (İşkoliklik Genel)	25	0,854
İşten Zevk Alma	10	0,870
Güdü	7	0,756
İşe Katılım	8	0,677
İş-Aile Yaşam Çatışması	10	0,877
İş-Aile Çatışması	5	0,921
Aile-İş Çatışması	5	0,859
Maslach Tükenmişlik Envanteri	22	0,785
Duygusal Tükenme	9	0,857
Duyarsızlaşma	8	0,643
Kişisel Başarı	5	0,806

Güvenirlilik, cevaplayıcıların test maddelerine verdikleri cevaplar arasındaki tutarlılık olarak tanımlanmaktadır. Güvenirlilik test ile ölçülmek istenen özelliğin ne derece doğru ölçüldüğünün göstergesidir.⁴⁵ Bu çalışmada bir bütün olarak ölçeklerin ve ölçeklerin alt boyutlarının güvenirliliği Cronbach Alfa (α) ile belirlenmiştir. Araştırmada kullanılan ölçeklerle ilgili güvenirlilik istatistikleri yukarıda Tablo 2’de verilmiştir. Araştırmada kullanılan ölçekler oldukça güvenilir ve yüksek derecede güvenilir bulunmuştur. Araştırmada kullanılan ölçeklerin normal dağılım gösterip göstermediğini belirlemek için Skewness ve Kurtosis testi uygulanmış, değerler -1 ve +1 arasında bulunmuştur. Dolayısıyla ölçekler normal dağılım göstermektedir.⁴⁶

b. Araştırma Katılımcılarının Demografik Özellikleri

Araştırmanın katılımcıları Türkiye’nin değişik illerinde serbest veya ücretli olarak çalışan avukatlardır. Katılımcılarla ilgili demografik bulgular Tablo 3’te verilmiştir. Araştırmaya katılanların %25,3’ü (114’ü) kadın, %74,7’si (337’si) ise

⁴⁵ Fatma Yeşim Karakoç/ Levent Dönmez, L., Ölçek Geliştirme Çalışmalarında Temel İlkeler. Tıp Eğitimi Dünyası Dergisi, 2014, C. 40, s.44.

⁴⁶ Barbara G. Tabachnick/ Linda S. Fidell, Using Multivariate Statistics (6. Ed.). Pearson, Boston, 2013. s.79.

erkektir. Katılımcıların %33'ünün (149 kişinin) yaşları 21 ile 30 arasında değişmektedir. Katılımcıların %39,5'u (178 kişi) ise 31-40 yaşları arasındadır. Katılımcıların %19,7'sinin yaşları 41 ile 50 arasında değişmektedir. Bunların sayısı 89'dur. Katılımcıların kalan %7,8'lik kısmı ise (35 kişi) 51 yaş ve üzerindedir.

Katılımcıların %65,4'ü (295 kişi) evli, buna karşılık %34,6'sı (156 kişi) ise bekârdır. Katılımcıların %44,3'ünün (200 kişi) eşi çalışmakta iken, %50,6'sının (228 kişi) ise eşi çalışmamaktadır. Buna karşılık %5,1 (23 kişi) ise bu soruyu cevap vermediği için durumları tanımsız olarak belirtilmiştir.

Tablo 3. Demografik Bulgular

Değişken		F	%	Değişken		F	%
Cinsiyet	Erkek	337	74,7	Eğitim Durumu	Lisans	314	69,6
	Kadın	114	25,3		Yüksek Lisans	120	26,6
Yaş	21-30	149	33,0		Doktora	17	3,8
	31-40	178	39,5	Kıdem	0-5 yıl	132	29,3
	41-50	89	19,7		6-10 yıl	93	20,6
	51+	35	7,8		11-15 yıl	95	21,1
Medeni Durum	Evli	295	65,4		16-20 yıl	50	11,1
	Bekâr	156	34,6		21-25 yıl	42	9,3
Eşlerin Çalışma Durumu	Çalışan	200	44,3		26 yıl ve üzeri	39	8,6
	Çalışmayan	228	50,6	Çalışma Statüsü	Kendi işi	269	59,6
	Kayıp veri	23	5,1		Ücretli	182	40,4
Çocuk Sayısı	Çocuksuz	207	45,9				
	Tek çocuk	92	20,4				
	İki ve daha fazla çocuk	149	33,0				
	Tanımsız	3	0,7				

Katılımcıların %45,9'unun (207 kişi) çocuğu bulunmamaktadır. Tek çocuk sahibi katılımcı %20,4 (sayısı 92), iki veya daha fazla çocuk sahibi katılımcıların oranı %33'tür (149 kişi). Üç katılımcı ise bu soruya cevap vermemiştir (%0,7). Katılımcıların %69,6'sı (314 kişi) lisans mezunu, %26,6'sı (120 kişi) yüksek lisans mezunu ve %3,8'i (17 kişi) doktora eğitimi almışlardır. Katılımcı-

ların %29,3'ü (132 kişi) henüz mesleklerinde 0-5 yıl arası bir süredir bulunmaktadır. Yüzde %20,6 (93 kişi) oranındaki katılımcı ise 6 ile 10 yıl arasındaki bir zaman süresinde meslekte bulunmaktadır. %21,1 (sayısı 95) 11-15 yıl, %9,3 (sayısı 42) 21-25 yıl arası ve %8,6'lık bir kesim ise 26 yıl ve daha üzeri bir süreden beri avukatlık mesleğini ifa etmektedirler. Katılımcıların çalışma statüleri incelendiğinde %59,6'sı (269 kişi) kendi işi olarak avukatlık mesleğini icra ederken, %40,4'lük bir kesim (sayısı 182) ücretli olarak çalışmaktadır.

Katılımcıların çalıştıkları illere göre dağılımı Tablo 4'te verilmiştir. Türkiye'nin farklı bölgelerinden 30 ilden avukatlar araştırmaya katkıda bulunmuşlardır. Bununla birlikte en çok katılımcının çalıştığı ilk beş şehir ve katılımcı sayıları şöyledir; İstanbul %56,5 (255 kişi), Ankara %14,4 (sayısı 65), İzmir %4,7 (21 kişi), Bursa %4,9 (sayısı 22) ve Tokat %3,14 (14 kişi)'dir. Katılımcıların yarıdan fazlasının İstanbul'dan olması dikkat çekmektedir. Bununla birlikte yine 31.12.2012 itibarıyla İstanbul'da çalışan avukat sayısı 29.754'tür ve oran olarak Türkiye'deki avukatların yaklaşık %40'ını oluşturmaktadırlar.

Tablo 4. Katılımcıların İllere Göre Dağılımı

Şehirler	Frekans	Yüzde	Şehirler	Frekans	Yüzde
İstanbul	255	56,5	Nevşehir	1	0,2
Ankara	65	14,4	Düzce	1	0,2
İzmir	21	4,7	Sakarya	1	0,2
Bursa	22	4,9	Afyonkarahisar	2	0,4
Tokat	14	3,1	Isparta	2	0,4
Sivas	13	2,9	Siirt	1	0,2
Kayseri	9	2,0	Antalya	1	0,2
Adana	8	1,8	Malatya	2	0,4
Muğla	6	1,3	Uşak	2	0,4
Şanlıurfa	4	0,9	Trabzon	1	0,2
Konya	4	0,9	Erzurum	1	0,2
Mersin	3	0,7	Kocaeli	2	0,4
Bolu	3	0,7	Batman	1	0,2
Gaziantep	2	0,4	Şırnak	1	0,2
Denizli	1	0,2	Eskişehir	2	0,4
Toplam	430	95,4	Toplam	21	4,6

Son olarak katılımcıların haftalık çalışma saatlerine ilişkin bulgular verilmiştir (Tablo 5). Bu bilgiler 50 saatten az ve 50 saat ve üzeri çalışanlar şeklinde gruplandırılmıştır. Böyle bir ayırıma gidilmesinin sebebi literatürde haftada 50 saatin üzerinde çalışanların işkolik olarak tanımlanmasıdır.⁴⁷ Verilere göre katılımcıların %55,9'u (252 katılımcı) haftada 50 saat ve üzerinde çalışırken, %44,1'i (199 katılımcı) ise haftada 49 saat ve altında çalışmaktadır. Bu veriler doğrultusunda çalışmaya katılan avukatların yarısından biraz fazlasının (%55,9-252 kişi) işkolik olduğu söylenebilir.

Tablo 5. Katılımcıların Haftalık Çalışma Saatleri

	Frekans	Yüzde
0-49 saat	199	44,1
50 saat ve fazla	252	55,9
Toplam	451	100,0

c. Katılımcıların Değişkenlerle İlgili Genel Puan Ortalamaları

Bu bölümde katılımcıların çalışma değişkenlerinden aldıkları ortalamalar verilecektir. İlk olarak işkoliklik ölçeği ve alt boyutlarından alınan puanlar verilmiştir (Tablo 6).

Tablo 6. Katılımcıların İşkoliklik ve Alt Boyutları Ortalama Puanları

	İşten Zevk Alma	İşe güdülenme	İşe Katılım	İşkoliklik Ortalaması
Ortalama	3,2998	3,2129	3,3145	3,0363
S. Sapma	0,72402	0,62850	0,61503	0,34185

Tablo 6'dan görülebileceği gibi katılımcıların işkoliklik ölçeğinden aldıkları puan ortalamaları ($\bar{X} = 3,0363$)'dir. Buna göre, katılımcıların işkoliklik puanlarının orta noktanın biraz üzerinde olduğu görülmektedir. Bununla birlikte her bir madde için "Kesinlikle Katılmıyorum"dan "Kesinlikle Katılıyorum"a kadar 5'li Likert tipinde cevap seçeneği olduğunu düşündüğümüzde, katılımcı avukatların işkolik olmadıkları söylenebilmesine karşın işkolik diyebileceğimiz 3,40 ortalamasına yakın oldukları da dikkat çekmektedir. Katılımcıların işe katılım ortalamaları ($\bar{X} = 3,3145$), işten zevk alma ($\bar{X} = 3,2998$) ve işe güdülenme ise ($\bar{X} = 3,2129$)'dur. Katılımcıların işkoliklik ölçeği alt boyutlarında en yüksek puanı işe katılım boyutundan, daha sonra işten zevk alma ve işe güdülenme boyutundan aldıkları görülmektedir. Bununla birlikte ortalamaları dikkate aldı-

⁴⁷ Andreassen a.g.e., s. 1.

ğımızda katılımcıları işkolik olarak niteleyebilecek yeterli veri olmadığı söylenebilir. Ülkemizde değişik meslek gruplarında (sağlık çalışanları,⁴⁸ bankacılar,⁴⁹ muhasebe meslek mensupları,⁵⁰ iş adamları⁵¹) yapılan araştırmalarda da benzer sonuçlara ulaşılmıştır. Değişik meslek gruplarında işkolikliğe rastlanmaması üzerine değişik yorumlar yapılabilir. İşkoliklerin, işkolik olduklarını inkâr etme eğilimi bunda rol oynamış olabilir.⁵² Çalışmanın (hatta çok çalışmanın) erdem sayılması, avukatlık mesleğinin zaten uzun çalışma sürelerini gerektirmesi gibi farklı unsurlar bunda etkili olmuş olabilir. Türkiye’de konu hakkında yapılmış nitel çalışma bulunmaması da ilginçtir. Konu hakkında yapılacak nitel çalışmalarla daha farklı sonuçlara ulaşılabilir.

Tablo 7 katılımcıların iş-aile çatışması ölçeğinden aldıkları puan ortalamalarını göstermektedir. Çalışmaya katılan avukatların aile-iş çatışmasına göre iş-aile çatışmasını daha fazla yaşadıkları görülmektedir. İş-aile çatışmasının daha fazla yaşandığı bulgusu literatür ile uyum göstermektedir.^{53,54} Avukatlık mesleğinin sosyal çevre edinme, davalara hazırlık gibi normal mesai saatleri dışına taşabilecek iş ile ilgili faaliyetleri düşünüldüğünde katılımcıların iş-aile çatışmasını, aile-iş çatışmasına göre daha fazla yaşadıkları söylenebilir.

Tablo 7. Katılımcıların İş-Aile Çatışması Ölçeği Ortalama Puanları

	İş-aile çatışması	Aile-iş çatışması
Ortalama	2,9038	2,2111
Std. Sapma	1,02366	0,74724

⁴⁸ Esin Durmaz, Sağlık Çalışanlarında İşkolikliğin Stres Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi: Bir Hastane Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gelişim Üniversitesi, İstanbul, 2017, s. 41.

⁴⁹ Serkan Bayraktaroğlu/ Rana Özen Kutanis/ Dzhemilya Dosaliyeva, İşkoliklik ve Örgütsel Bağlılık: Bankacılık Sektöründe Karşılaştırmalı Bir Araştırma, 17. Ulusal Yönetim ve Organizasyon Kongresi Bildiriler Kitabı, 2009, s.554.

⁵⁰ Mustafa Zincirkiran/ Hidayet Tiftik, Muhasebe Meslek Mensuplarında İş-Aile Çatışması: Diyarbakır Örneği. Sosyoekonomi. 2014, C. 21, s.125.

⁵¹ Ferit Ölçer, “İşkoliklik Üzerine Bir Araştırma”, SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 2005, s. 123.

⁵² Gayle Porter, Workaholic Tendencies and Use of Smart Phones, İçinde Northeastern Association Of Business, Economics, and Technology (NABET), Eds. Jerry D. Belloit, J. D., Johns, T. R. ve Myers, C. 261-272. State College, Pennsylvania, ABD, 2009.

⁵³ Mahmut Özdevecioğlu/ Nihal Çakmak Doruk, “Organizasyonlarda İş-Aile ve Aile İş Çatışmalarının Çalışanların İş ve Yaşam Tatminleri Üzerindeki Etkisi”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2009, 33; s.74.

⁵⁴ Jesse. S., Michel/ Lindsey. M. Kotrba/ Jacqueline. K. Mitchelson/ Malissa A. Clark/ Boris. B. Baltes, Antecedents of work-family conflict: A meta-analytic review, Journal of Organizational Behavior, 2010, C. 32, S. 5, s.1.

Katılımcıların tükenmişlik ölçeği ve alt boyutlarından aldıkları puanlar Tablo 8’de verilmiştir. Buna göre katılımcıların kişisel başarı düzeyinin yüksek olduğu ($\bar{X}= 3,7550$), duygusal tükenme ($\bar{X}= 2,6208$) ve duyarsızlık ($\bar{X}= 2,5712$) puanlarının orta noktaya yakın olduğu görülmektedir. Buna göre avukatların yaşadıkları duygusal tükenme ve duyarsızlık düzeyleri düşük iken, kişisel başarı düzeylerinin yüksek olduğu görülmektedir.

Tablo 8. Katılımcıların Tükenmişlik Ölçeği ve Alt Boyutları Ortalama Puanları

	Duy. Tükenme	Kişisel Başarı	Duyarsızlaşma	Tükenmişlik
Ortalama	2,6208	3,7550	2,5712	2,4729
Std. Sapma	0,77423	0,59258	0,74962	0,51218

Bu ortalamalar bağlamında katılımcı avukatların duygusal tükenmişlik yaşadıkları ve duyarsızlaştıkları söylenemez. Buna karşın kişisel başarı düzeylerinin yüksek olduğu belirtilmelidir.

4. BULGULARIN ÖZET SONUÇLARI

Bu çalışmada işkoliklik, iş-aile/aile-iş çatışması ve tükenmişlik değişkenleri arasındaki ilişkiler incelenmiştir. Ayrıca bu değişkenlerle ilişkisi olan demografik özellikler belirlenmeye çalışılmıştır. İlk olarak tanımlayıcı istatistikler verilecek, daha sonra demografik değişkenlerle ilişkisi olan çalışma değişkenleri belirtilecek ve son olarak araştırmada geliştirilen sorular bulgular doğrultusunda cevaplanacaktır. Okuyucuları rakamlar arasında boğmamak için bu bölümde yapılan analizlerle ilgili tablolar verilmeden ulaşılan sonuçlar belirtilerek, sonuçlar üzerinden değerlendirme yapılacaktır.

İşkoliklik ile ilişkisi belirlenen demografik değişkenler medeni durum, eğitim düzeyi olarak belirlenmiştir. Evli katılımcılar bekâr katılımcılara göre daha yüksek işkoliklik puan ortalamalarına sahip iken, eğitim düzeyi açısından, işkoliklik ortalaması en yüksek grup sırasıyla lisans, yüksek lisans mezunları ve doktoralı katılımcılar olarak belirlenmiştir.

İşkolikliğin alt boyutlarından işten zevk alma ile ilişkisi belirlenen demografik değişkenler yaş, eğitim düzeyi, çalışma yılı, haftalık çalışma saati ve çalışma statüsüdür. Çalışmaya katılan avukatların yaşlarının artmasıyla birlikte işten aldıkları zevk düzeyi artmaktadır. 51 yaş ve üzeri grup işten en fazla zevk alan grup olarak belirirken, bu grubu sırasıyla 41-50 yaş, 31-40 yaş ve 21-30 yaş grupları takip etmektedir. Eğitim düzeyinin artışı ile işten alınan zevkteki artış da dikkat çekmektedir. İşinden en fazla zevk alanlar doktoralı katılımcılar iken, bunları yüksek lisans ve lisans mezunları izlemektedir. Çalışma yılı açısından işten zevk

alma düzeyini incelediğimizde, en yüksek grup 26 yıl ve üzeri çalışanlar, bu gruba sırasıyla 21-25 yıl, 6-10 yıl, 11-15 yıl, 16-20 yıl ve 0-5 yıl arası çalışan gruplar takip etmektedir. Haftalık çalışma saati arttıkça işten alınan zevk de artmaktadır. Buna göre 50 saat ve üzeri çalışanlar 0-49 saat arası çalışanlara göre işlerinden daha fazla zevk almaktadırlar. Kendi işi olarak avukatlık yapanlar yine ücretli olarak çalışanlara göre işlerinden daha fazla zevk almaktadırlar.

İşkolikliğin alt boyutlarından işe güdülenme ile sadece haftalık çalışma saati arasında anlamlı ilişki belirlenmiştir. Buna göre 50 saat ve üzeri çalışanlar, 0-49 saat arası çalışanlara göre daha yüksek işe güdülenme puanları almışlardır.

İşe katılım puanları ile anlamlı ilişki gösteren demografik değişkenler yaş, medeni durum, çocuk sayısı, çalışma yılı, haftalık çalışma saati ve çalışma statüsü olmuştur. Buna göre yaş ile işe katılım doğru orantılı bir seyir göstermektedir. Diğer bir ifade ile işe katılım puanları en yüksek olan katılımcılar 51 yaş ve üzeri grup olurken, bunları sırasıyla 41-50, 31-40 ve 21-30 yaş grupları izlemektedir. Evli olan katılımcılar, bekârlara kıyasla, işe katılım ölçeceğinden daha yüksek puanlar almışlardır. İşe katılım davranışı ile çocuk sayısı arasındaki doğrusal ilişki de dikkat çekmektedir. Çocuk sayısının artışı ile işe katılım puanının ortalaması da artmaktadır. Çalışma yılı ile işe katılım davranışı arasında da 16-20 yıl grubunu hariç tuttuğumuzda, artan çalışma yılı ile işe katılım davranışında da yükseliş gözlenmektedir. İşe katılım ilişkisi belirlenen bir diğer değişken haftalık çalışma saatleri olmuştur. 50 saat ve üzeri çalışan grubun işe katılım ortalamaları daha az çalışan (0-49 saat) gruba göre daha fazladır. Yine kendi işi olarak avukatlık yapan katılımcılar, ücretli çalışanlara göre işe daha fazla katılım göstermektedirler.

İş-aile çatışması ile ilişkisi olan tek demografik değişken olarak haftalık çalışma saati tespit edilmiştir. Haftada 50 saat ve üzeri çalışan grup diğer gruba kıyasla daha fazla iş-aile çatışması yaşadıklarını belirtmişlerdir.

Aile-iş çatışması ile cinsiyet arasında anlamlı bir ilişki söz konusudur. Buna göre, erkek katılımcılar daha fazla aile-iş çatışması yaşamaktadırlar. Evli olan katılımcılar bekâr katılımcılara göre daha fazla aile-iş çatışması yaşadıklarını belirtmişlerdir. Eğitim düzeyi dikkate alındığında en fazla aile-iş çatışması yaşayan grup lisans mezunları iken, bunları doktora mezunları takip etmekte, en az aile-iş çatışması yaşayan grup ise yüksek lisans mezunları katılımcılar olarak tespit edilmiştir. Kendi işi olarak çalışan katılımcılar ücretli çalışanlara göre daha fazla aile-iş çatışması yaşamaktadırlar.

Tükenmişlik ile yaş grupları arasında ilginç bir ilişki söz konusudur. Buna göre, yaş ilerledikçe yaşanan tükenmişlik azalmaktadır. En fazla tükenmişlik yaşayan grup 21-30 yaş grubu iken, bunları 31-40 ve 41-50 yaş grubu takip etmekte, 51 yaş ve üzeri grup en az tükenmişlik yaşayan grup olarak dikkati çekmektedir.

Bu bulguya benzer bir sonuç daha öncede belirlenmiştir. Tükenmişlik ABD’de özellikle meslekte yeni olan 30 yaş altı grupta görülmektedir.⁵⁵ Bu çalışmada ilerlemiş yaş gruplarında tükenmişliğin azalması yönündeki bulguda aşırı tükenmişlik yaşayan grupların meslekten ayrılmış olma ve işinden zevk alan katılımcıların da çalışmayı sürdürdükleri ihtimalini düşündürmektedir. Çocuk sayısına göre belirtilen tükenmişlik düzeyi farklılık göstermektedir. Beş ve daha fazla çocuğu olanlar en az tükenmişlik belirtirken, bunları iki çocuklu olanlar, bir çocuğu olanlar, çocuksuzlar, üç çocuklular ve dört çocuklular takip etmektedirler.

Çalışma yılı bağlamında en az tükenmişlik yaşayan grup 26 yıl ve üzeri çalışanlar iken, bunları 6-10 yıl, 21-25 yıl, 16-20 yıl ve 11-15 yıl çalışanlar takip etmekte, en fazla tükenmişlik yaşayan grup olarak 0-5 yıl arası çalışanlar olarak dikkati çekmektedir. Kariyerinin henüz ilk dönemlerinde belki de bir arayış içerisinde olmaları mesleğe yeni başlayan avukatların daha fazla tükenmişlik yaşamalarına sebebiyet veriyor denilebilir.

İşkoliklik düzeyinin iş-aile çatışmasını pozitif yönlü etkilediği konusunda yapılan analiz sonucu algılanan işkoliklik düzeyinin iş-aile çatışmasını orta düzeyde pozitif ve doğru yönlü etkilediği tespit edilmiştir. Buna göre işkolikliğin artışı yaşanan iş-aile çatışmasını artırıcı bir işlev göstermektedir. İşkoliklik düzeyinin aile-iş çatışmasına pozitif yönde etkisini ortaya çıkarmaya yönelik yapılan analiz sonucu ise işkoliklik ile aile-iş çatışması arasında düşük düzeyde istatistiksel olarak anlamlı ilişki belirlenmiştir. Bununla birlikte işkolikle iş-aile arasındaki çatışma aile-iş çatışmasına göre istatistiksel olarak daha yüksek düzeyde anlamlı bir ilişkinin varlığını göstermektedir. Diğer bir ifade ile iş hayatının aileyi etkilemesi aile hayatının iş hayatını etkilemesine göre daha belirgin kendisini göstermektedir.

Çalışmanın diğer önemli bir inceleme alanı işkolikliğin alt boyutları olan işten zevk alma, işe güdülenme ve işe katılımın iş-aile /aile-iş yaşamı üzerindeki etkilerinin belirlenmesidir. İşten zevk alma ile iş-aile /aile-iş çatışması arasında beklendiği gibi negatif yönlü düşük düzeyde bir ilişki tespit edilmiştir. Buna göre işten zevk alma düzeyi yükseldikçe yaşanan iş-aile çatışması azalacaktır. İşini zevk alarak yapan çalışanların bu memnuniyet durumlarının aile hayatını olumlu etkilemesi beklenen bir durum olarak değerlendirilebilir. Buna karşın, işkolikliğin diğer bir alt boyutu olan işe güdülenme ile iş-aile / aile-iş çatışması arasında pozitif yönlü, orta düzeyde bir ilişki ortaya çıkmıştır. Bu durumda işe güdülenme artarsa yaşanabilecek iş-aile çatışması da artabilecektir. İşe katılım boyutu ile iş-aile çatışması arasında pozitif yönlü bir ilişki beklenmesine rağmen araştırma bulguları bu ilişkiyi desteklememiştir.

⁵⁵ Schaufeli / Buunk a.g.e., s.394.

Çalışmanın cevaplamaya çalıştığı diğer bir soru iş-aile/aile-iş çatışmasının tükenmişliğe etkisidir. Bu değişkenler arasında da anlamlı ilişkiler belirlenmiş, iş-aile /aile-iş çatışmasının tükenmişliği pozitif yönde etkilediği bulgusuna ulaşılmıştır. Buna göre yaşanan iş-aile /aile-iş çatışması katılımcıların yaşadığı tükenmişlik düzeyini artırmakta, çatışma arttıkça tükenmişlik düzeyi de yükselmektedir.

Yapılan analizler sonucu işkoliklik düzeyinin tükenmişlik üzerine pozitif yönde etkisi olduğu tespit edilmiştir. Buna göre, işkoliklik yaşanan tükenmişliği artırıcı bir etkiye sahiptir. Bununla birlikte işkoliklik yaşanan tükenmişliğin sadece %10'luk bir kısmını açıklarken, iş-aile / aile-iş çatışmasının tükenmişlik üzerine etkilerinin daha açıklayıcı olduğu görülmüştür. Bu değişkenler tükenmişliğin %22'lik bir kısmını açıklamaktadır. Bu bulgular ışığında iş-aile çatışması tükenmişliği, işkolikliğe göre daha fazla etkileyen bir unsur olarak belirlemektedir.

Çalışmanın bir diğer önemli inceleme alanı işkolikliğin alt boyutları olan işten zevk alma, işe güdülenme ve işe katılımın tükenmişlik üzerine olan etkileridir. İşe güdülenme alt boyutunun tükenmişlik üzerinde pozitif yönde bir etkisi varken, işten zevk alma ve işe katılım alt boyutlarının ise tükenmişlik üzerinde negatif yönde etkisi vardır. Diğer bir ifade ile işten zevk alma ve işe katılım yaşanabilecek tükenmişliği azaltırken, işe güdülenme ise artırmaktadır.

Genel olarak değerlendirildiğinde işkoliklik ve alt boyutları yaşanan iş-aile / aile-iş çatışması üzerinde etkide bulunmaktadırlar. Bu ilişkiler işten zevk alma boyutu dışında pozitif yönlü olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bu değişkenler yaşanan iş-aile /aile-iş çatışmasını doğru yönde etkilerken, işten zevk alma boyutu negatif bir etkiye sahiptir ve iş-aile /aile-iş çatışmasını azaltmaktadır.

5. BULGULARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu çalışmanın amacı işkoliklik, iş-aile çatışması ve tükenmişlik arasındaki ilişkileri ortaya koymaktır. Çağımız bir değişim dönemi olarak ifade edilmektedir. Bu değişimin en çok etkilediği alanların başında aile ve iş hayatı gelmektedir. Özellikle iletişim alanında yaşanan gelişmeler klasik mesai anlayışını değiştirmiş, artık çalışanlar her an her yerden çalışabilir hale gelmiştir. Dolayısıyla çalışmak konusunda arzulu bireyler için çalışmanın önündeki engeller kalkarken, insanlar işkoliklik gibi yeni bir kavramla karşı karşıya kalmışlardır. Avukatlık gibi klasik mesai zamanının olmadığı bir mesleği düşündüğümüzde işkoliklik özellikle bu meslek mensupları için özel önem arz eden bir konudur denilebilir. İşkoliklik uzun çalışma sürelerini içermesinden dolayı kurumlar açısından ilk bakışta olumlu görünmektedir. Buna karşın bu durumun bazı olumsuz sonuçlarının da olacağı dikkatten kaçmamıştır. Kısa vadede bireyin kendisi, aile ve iş yaşamı için olumlu sonuçları görülen işkolikliğin aslında uzun vadede hiç te düşünüldüğü gibi olumlu

etkileri olmadığı araştırmalar sonucu ortaya konulmuştur.⁵⁶ İşkoliklik 1970'li yıllarda ABD'de ortaya çıkan ve üzerinde yapılan artan sayıda çalışmalarla ilgi çeken bir alan olarak kendini göstermektedir. İşkoliklik doğası gereği zıtlıkları bünyesinde barındıran bir kavram olarak dikkat çekmektedir. Çalışmanın insanların toplumun saygıdeğer birer üyesi olmanın gereği olduğunun kabulü kadar, çalışmanın bireyin kendisi, ailesi ve çalıştığı örgüt için olumsuz sonuçlar doğuracak mahiyete ve niteliğe varması konu üzerinde yapılan araştırmaları önemli kılmaktadır. Aile ve iş insan hayatının iki temel alanıdır ve bu alanlardan birisinde yaşananlar diğerini olumlu veya olumsuz olarak etkileyebilmektedir. Bu çalışma ile de yapılmak istenen iş ve aile hayatının daha iyi anlaşılmasına bir ölçüde katkıda bulunmaktadır. Ayrıca bu çalışmada avukatlar gibi aile-iş çatışması ve tükenmişlik konularında pek fazla çalışma yapılmayan bir meslek grubunun seçilmesi de yazına katkı olarak değerlendirilebilir.

Çalışmanın öncelikle tespit ettiği bulguların başında işkoliklik ve alt boyutlarının iş-aile çatışması üzerine anlamlı ilişkilerinin olduğudur. İşkoliklik ile iş-aile/ aile-iş arasında çatışma yaşanması aslında beklenen bir sonuçtur denilebilir. Özellikle işin bireyin yaşamında merkezi bir rol alması bu durumu tetikleyecektir. Bununla birlikte bir kez daha asıl çatışmanın işten aile yaşamına diğer bir ifade ile iş-aile çatışması olduğu belirtilmelidir. İş-aile çatışması ve aile-iş çatışması ile işkoliklik arasında ilişkiyi doğuran üç sebepten bahsedebiliriz. Birincisi, işkoliklik ve iş-aile çatışması ve aile-iş çatışması bir ara değişken olan işte harcanan zaman açısından birbirleriyle ilişkilidir. İşkolik bir bireyin gerek kendi içinden gelerek gerekse dışsal unsurlar tarafından işinde uzun zaman harcamasının teşvik edilmesi muhtemeldir ki iş-aile (aile-iş) çatışmasına sebebiyet verecektir. İkincisi, işkoliklik ve iş-aile çatışması / aile-iş çatışması aynı kalıtsal etkiler sonucu ortaya çıkıyor olabilir. Mesela A tipi kişilik ile işkoliklik ve iş-aile çatışması arasında ilişki olduğunu ortaya koyan araştırmalar mevcuttur. Üçüncüsü, işkoliklik ve iş-aile çatışması / aile-iş çatışması ortak çevresel etkenlerden besleniyor olabilirler. İşkolikler çalışma ortamlarını çaba gerektiren, stresli ve iş-aile yaşamının dengesine pek fazla katkı sağlayan bir ortam olmadığı algısına sahiptirler. Yine bireylerden duygusal ve zaman itibarıyla üst düzey katılım bekleyen örgüt kültürünün de iş-aile çatışmasına sebep olduğu yönünde araştırmalar mevcuttur.⁵⁷ Özellikle çalışma şartları açısından avukatların iş ortamlarının incelenmesi faydalı olabilir.

⁵⁶ Ng vd. a.g.e., s.128.

⁵⁷ James A. Russo/ Lea E. Waters, Workaholic Worker Type Differences in Work-Family Conflict, The Moderating Role of Supervisor Support and Flexible Work Scheduling. Career Development International, 2006, C. 11, S. 5, s.424.

İşkolikle aile hayatı arasında ilişkiyi inceleyen çok sayıda çalışma bulunmaktadır.⁵⁸ Bu çalışmalar genellikle bu iki değişken arasında pozitif yönlü bir ilişki olduğunu, işkoliklik arttıkça aile yaşamının bundan olumsuz yönde etkilendiğini belirtmektedirler. İşkolikler (işe güdülenme ve katılım puanları yüksek, işten zevk alma puanı düşük) diğer çalışanlarla karşılaştırıldığında iş-aile çatışması, aile ve çalışma arkadaşlarından tatminsizlik, stres ve sağlık şikâyetleri konusunda savunmasızdır.⁵⁹ Bununla birlikte bu çalışmada da ortaya konulduğu gibi, işkolikliğin tüm alt boyutlarının iş-aile çatışması üzerinde etkilerinin aynı olmadığı belirtilmelidir. Mesela işten zevk alma boyutu diğer boyutların aksine iş-aile çatışması üzerinde negatif, diğer bir ifade ile azaltıcı bir etkiye sahiptir ve literatürle benzerlik göstermektedir.⁶⁰ Bu durumda iş veya aile hayatının birisinde yaşanan tatmin ve başarı diğer alana olumlu bir yayılmayı netice veriyor denilebilir.⁶¹ Bu durumda, olumlu bir yayılmadan söz edilebilir. Çalışanların işten aldıkları zevk düzeyi arttıkça bu hayatın diğer önemli alanı olan aile hayatını olumlu etkileyerek, yaşanabilecek iş-aile çatışmalarına bir ölçüde engel olabilecektir.

İşten zevk almanın aksine, işkolikliğin diğer bir alt boyutu olan işe güdülenme ile iş-aile / aile-iş çatışması arasında pozitif yönlü bir ilişki ortaya çıkmıştır. İşe güdülenme, bireyin çevresel gereklerden ve beklentilerden ziyade kendi içerisinde gelen baskı ve zorlamalarla çalışması, boş kaldığı zaman suçluluk hissetmesi veya stres duygusu yaşayabileceği düşüncesiyle kendisini önemli ölçüde işe vermesi anlamında düşünüldüğünde tabii bir sonucu olarak aile hayatının ihmal edilmesine yol açacaktır. Bu durumda işe güdülenmenin artması aileye ayrılacak olan zamanı azaltacağı için yaşanabilecek iş-aile çatışmasını artırması beklenmeyen bir durum olmayacaktır.

İş-aile çatışmasına etki eden unsurlar arasında işkolikliğin olduğu, bununla birlikte asıl çatışmanın işten aileye doğru olduğu, aileden işe doğru olan çatışmanın etkisinin ikinci derecede kaldığı bu araştırmanın sonuçlarıyla da tespit edilmiştir.

⁵⁸ Audrey Babic/ Florence Stinglhamber/Marie Barbier/Isabelle Hansez, Work environment and work-to-family conflict: examining the mediating role of heavy work investment, *Journal of Management & Organization*, 2019., s.9.

⁵⁹ Marc Buelens/ Steven A. Y. Poelmans, Enriching the Spence and Robbins' typology of workaholism: Demographic, motivational and organizational correlates, *Journal of Organizational Change Management*, 2004, C. 17, S. 5, s.450.

⁶⁰ Becca R Brady/ Stephen J. Vodanovich/ Robert Rotunda, The Impact of Workaholism on Work-Family Conflict, Job Satisfaction, and Perception of Leisure Activities. *The Psychologist-Manager Journal*, 2008, C. 11, s.253.

⁶¹ Evangelia Demerouti/Arnold B. Bakker/ Wilmar B. Schaufeli, Spillover and crossover of exhaustion and life satisfaction among dual-earner parents. *Journal of Vocational Behavior*, 2005, C.67, s. 278.

Bu bulgu doğrultusunda işkoliklik veya alt boyutları aile-iş çatışmasına etki eden ana unsurlar olarak görünmemektedir ki, bunda Türk aile yapısının da katkısı olduğu düşünülebilir. Türkiye Hofstede'nin kültür boyutları tasnifine göre yüksek toplulukçuluk grubunda olan bir ülkedir. Bu kültür boyutunun hâkim olduğu ülkelerde ben duygusundan ziyade biz duygusu hakimdir ve aile, örgüt bireylerin kendi çıkarlarının üstünde tuttukları yapılar olarak değerlendirilmektedir.⁶² Buna göre hem bireylerin hem de diğer aile üyelerinin ailenin iş hayatını olumsuz etkilememesi için bir ölçüde yardımcı olmaya çalıştıkları ve gayret içerisinde olduğu düşünülebilir. Son zamanlarda belli ölçüde azalmış olsa da kültürümüzde aile ile ilgili rollere bireycilik kültür anlayışının hâkim olduğu toplumlara göre daha fazla önem atfedildiği söylenebilir. Her durumda ailenin kutsal olduğuna, hayatın her alanıyla ona hizmet edilmesi, yaşanan her türlü olumsuzluklara karşı ailenin korunması gerektiğine yapılan vurgu kültürümüzde benimsenen önemli değer unsurlarındandır. Çalışmanın ailenin faydasına olduğu inancı, işe katılımın davranışının aile-iş çatışması sebebi olarak değerlendirilmemesini sağlıyor olabilir. Burada işin mi yoksa ailenin mi bireyin inancında merkezde olması da önem arz etmektedir. Nitekim bu değerlendirmenin bireyin yaşadığı iş-aile / aile iş çatışmasını önemli ölçüde etkilediği ortaya konulmuştur.⁶³ Birey aile hayatına daha çok zaman ayırıp, ailevi sorumluluklarını yerine getirdikçe yaşanılacak iş-aile çatışması önemli ölçüde azalacak, buna karşın işe önemli ölçüde vakit ayırıp, işine yatırım yapan çalışanların ise yaşayacakları iş-aile çatışması artacaktır.⁶⁴ Yaşanan aile-iş çatışmasının düşük olmasına bu değerlerin sebebiyet verdiği düşünülebilir.

Çalışma ile katkıda bulunulmak istenen diğer bir konu iş-aile/aile-iş çatışmasının tükenmişlik üzerine etkileridir. Tükenmişlik özellikle sosyal hizmet alanlarında çalışan günümüz insanın en önemli problemlerinden biri olarak değerlendirilebilir. 1970'li yıllardan beri üzerinde ilginin yoğunlaştığı bu kavram, bireyin enerjisini ve işine verdiği değeri yitirmesine yol açmakta, özellikle diğer insanlara hizmet verilen alanlarda kendisini göstermektedir. İlk olarak ABD'de fark edilen bir olgu olmasına rağmen tüm ülkeleri kapsar bir durum almıştır.⁶⁵ Tükenmişlik "enerjinin bitkinliğe, katılımın şüpheciliğe ve etkinliğin sonuçsuzluğa" dönüşümü⁶⁶ olarak düşünüldüğünde sadece birey değil bütün topluma etkisi söz konusudur. Özellikle bu etkiyi ilk önce hissedenler tükenmişlik yaşayan bireyin ailesi

⁶² İbrahim Taha Dursun, Örgüt Kültürü ve Strateji ilişkisi: Hofstede'nin Boyutları Açısından Bir Değerlendirme, Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, 2013, C. 1, S.4, s. 52.

⁶³ Dawn S. Carlson/ K. Michele Kacmar, Work-Family Conflict in the Organization: Do Life Role Values make a Difference, Journal of Management, 2000 C. 26, S. 5, s.1049-1050.

⁶⁴ Michel vd., a.g.e., s.1.

⁶⁵ Schaufeli/ Leiter/ Maslach a.g.e. s.210.

⁶⁶ Maslach/ Schaufeli/ Leiter, a.g.e., s.416.

olmaktadır. Tükenmişlik endişe, depresyon, özgüven kaybı, madde bağımlılığı, düşen performans ve artan sağlık problemlerine sebep olabilmekte, ayrıca diğer bireylere sirayet ederek, özellikle aile üzerine olumsuz yansımaktadır.⁶⁷ Bu değişkenler arasında da anlamlı ilişkiler belirlenmiş, yaşanan iş-aile / aile-iş çatışmasının tükenmişlik üzerinde etkili olduğu belirlenmiştir.

Tükenmişliği ortaya çıkaran farklı sebepler olmasına rağmen konumuzla ilgisi bakımından rol çatışması, rol belirsizliği, aşırı rol yükünü özellikle saymak gerekir.⁶⁸ Avukatlık mesleğinde bu durumların oldukça fazla yaşandığını söylemek abartı olmayacaktır.⁶⁹ Aile ve iş hayatıyla ilgili roller arası çatışma, rollerin belirsizliği hem aileden hem de iş hayatından gelen beklentiler sonucu oluşan aşırı iş yükü tükenmişlik yaşanmasına sebebiyet verebilir. Çalışma hayatındaki bireylerin hem aile ile ilgili hem de iş ile ilgili beklentileri karşılamaları gerekmektedir. Bu beklentiler iş yükü şeklinde, zihinsel veya duygusal nitelikte olabilir. İş ya da aile ile ilgili bu beklentiler doğrudan veya dolaylı yollarla tükenmişlik üzerine etki etmektedir. Dolayısıyla iş ile aile hayatının birbirine müdahalesi de tükenmişliğe neden olmaktadır.⁷⁰ Bu çalışmada da yaşanan iş-aile /aile-iş çatışması tükenmişlik üzerine anlamlı etkisi olduğu ortaya konmuştur.

Çalışmanın son bölümünde işkolikliğin tek bir değişken olarak tükenmişlik üzerine etkisi belirlenmeye çalışılmıştır. İşkoliklik tükenmişlik üzerine pozitif bir etkide bulunmaktadır. İşkoliklik davranışının nihai sonucu, kontrolden çıkması ve fonksiyonelliğini kaybetmesi olup, işkoliklik bir sendrom olarak bütün özellikleriyle ortaya çıktığında ise bireyleri, ailelerini ve çalışma arkadaşlarını fiziksel ve psikolojik gönenç konusunda olumsuz bir şekilde etkilemekte ve tükenmişlikle sonuçlanmaktadır.⁷¹ Öte yandan, işkoliklik tükenmişliğin kökeninde yatan ana unsur olarak değerlendirilmektedir. İşe harcamış oldukları çok fazla enerjiyi dengeli ve düzenli bir biçimde geri kazanmakta zorlanan işkolikler, bunun sonucu olarak tükenmişlikle karşı karşıya kalmaktadırlar. İşkoliklerin kendi içlerinde yaşadıkları içsel çelişkiler de onların enerjilerini tüketerek tükenmişliği netice vermektedir. Nitekim işkoliklik ile tükenmişlik arasındaki yakın ilişkiyi tespit eden araştırmalar mevcuttur. İşkolikliğin tükenmişlik üzerinde etkili olması bek-

⁶⁷ Gene M. Alarcon, A meta-analysis of burnout with job demands, resources, and attitudes, *Journal of vocational behaviour*, 2011, C. 79, S. 2, s.549.

⁶⁸ Cynthia L. Cordes / Thomas W. Dougherty, A Review and an Integration of Research on Job Burnout, *The Academy of Management Review*, 1993, C. 18, S. 4, s.628.

⁶⁹ Emre a.g.e., s.1.

⁷⁰ Maria. C. W. Peeters/ Anthony J., Montgomery/ Arnold B. Bakker/ Wilmar. B. Schaufeli, Balancing Work and Home: How Job and Home Demands Are Related to Burnout, *International Journal of Stress Management*, 2005, C. 12, S. 1, s.52.

⁷¹ Kathleen M. Matuska, Workaholism, life balance, and well-being: A comparative analysis, *Journal of Occupational Science*, 2010, C. 17, S. 2, s.105.

lenebilir, çünkü aşırı şekilde çalışma işkoliklerin bütün enerjilerini tüketerek onları zihinsel anlamda bitik bir hale getirmektedir⁷²

6. GELECEĞE YÖNELİK ÖNERİLER

Bütün mesleklerde olduğu gibi ilk yıllar çalışanların kariyer geleceklerini önemli ölçüde belirleyen, etkileyen tecrübelerin olduğu dönemlerdir. Bu avukatlık mesleği için de özel bir önem arz eden dönemdir hatta mesleğe devam ya da terk kararlarını dahi etkileyecek tecrübelerin yaşandığı zamanlar olarak bu dönemler gerek bilgi gerekse psikolojik anlamda avukatların kendilerini iyi hazırlamaları gereken zorlukları bünyesinde barındırmaktadır.⁷³ Bu araştırmada da meslekte ilk yıllarını yaşayan avukatların bazı noktalarda dezavantajlı olduğu, mesela işlerinden aldıkları zevkin daha düşük olduğu, daha fazla tükenmişlik yaşadıkları gibi, ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda yeni avukatların mesleğin ilk yıllarında daha kolay uyum sağlamasını sağlayacak çözümler geliştirilebilir.

- İş insan hayatında olması gerektiğinden daha fazla yer, zaman ve değer almaya başladığı andan itibaren bazı sorunların ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Diğer bir ifade ile iş belli bir noktadan sonra hayatın, kişinin yakın çevresinin yerini alır bir hale gelince hem kendisi hem başta aile olmak üzere yakın çevresi hem de buldukları örgütler için olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Hayatta her alanda olduğu gibi aile ve iş yaşamı arasındaki dengenin gözetilmesi ihmal edilmemelidir. Burada en önemli görev çalışanların kendisine düşmektedir. Çalışanlar, işin ve ailenin hayatlarının neresinde olduğu konusunda kendilerini sorgulamalıdır. İş hayatın merkezinde yer almaya başlarsa aile ile ilgili bazı problemlerin yaşanması kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla çalışanlar aile ile ilgili sorumluluklarının bilinci içerisinde, iş ile aile arasındaki dengeyi dikkate alarak, hareket etmeleri önerilebilir.
- Çalışanların aile fertleri de işkolik davranışlar ve sonuçları konusunda duyarlı olarak, çalışanlara yardımcı olmalıdırlar.
- Çalışanlar, iş veya aile ilgili alanlardan birisinde yaşanan olumlu veya olumsuz sonuçların diğerini etkilediğini öne süren Yayılma Teorisi kapsamında her bir alanda yaşanabilecek olumlu deneyimlerin bir diğerine yansıtılması yönünde duyarlı davranışlar geliştirebilirler.

⁷² Wilmar B. Schaufeli/ Arnold B. Bakker/ Frank M. M. A. van der Heijden/ Jelle T. Prins. Workaholism among medical residents: Is it a combination of working excessively and working compulsively that counts. International Journal of Stress Management, 2009, 16, s. 254.

⁷³ İdil Tavşancıl/ Duygu Demirel/ Emel Koç, Genç Avukatların Sorunları Hakkında Raporaj. Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi, (<http://www.ankrabarosu.org.tr/siteler/ankrabarosu/hgdmakale/2008-1/29.pdf>, 2008-09, (14.02.2015)., s.193-194.

- Çalışanlar işten zevk almanın iş-aile çatışmasını azalttığını dikkate alarak işlerinden zevk alma yönünde tutum ve davranışlar geliştirebilirler.
- Yine çalışanlar işten zevk alma yönünde tutum ve davranışlar geliştirerek yaşayabilecekleri tükenmişliğin önüne geçip, azaltabilirler.
- Yöneticiler, çalışanların örgüt dışında bir aileleri olduğu, iş ile ilgili yaşanabilecek bir olumsuzluğun uzun dönemde bireyin her iki alanda problemler yaşamasını netice vereceği, tükenmişliğe yol açabileceği bilinciyle çalışanların işe yönelik tutumlarını olumlu etkilemek için sadece örgütle ilgili iyileştirmelerle yetinmemeli, çalışanların aile yaşamlarını iyileştirme yönünde de politikalar geliştirip, uygulama konularında duyarlı olabilmelidirler.
- İş ile aile yaşamı arasında denge sağlayıcı, pozitif yayılmayı netice veren uygulamalara, programlara önem verilebilir.
- Kişinin sıkı veya uzun süreler çalışması değil, asıl önemli olan verimli şekilde sıkı çalışmasıdır. Örgütler uzun süreli çalışanların verimliliklerinin de beklenen düzeyde olmasını takip etmelidirler.
- Çalışanların işlerinden zevk alabilecekleri uygulamalar geliştirip, uygulamaya koyabilirler. Böylece örgütler en değerli varlıkları olan insan kaynaklarından daha etkin ve verimli faydalanabilirler.
- Mesleğin ilk yıllarında bilgi ve tecrübe eksikliği avukatların çalışma şartlarını zorlaştırmaktadır. Bunun genç avukatları daha uzun süreler çalışmaya zorlayabileceği, bunun sonucunda ise yaşanabilecek iş-aile çatışmalarını artırabileceği, bunun da tükenmişliği etkileyebileceği dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla bu bilgi ve tecrübe eksikliğini gidermek bağlamında uyum eğitimleri düşünülebilir.

Bu çalışma ile doğası gereği kişilerin kolaylıkla işkolik olabilecekleri bir alan olan avukatlık mesleğinde yaşanabilecek bu durumun iş-aile yaşamını nasıl etkileyebileceği, bireyler açısından ise tükenmişlik konusunda ne gibi sonuçlarının olabileceği açılarından yazına katkı sağlanmaktadır. Ayrıca avukatların çalışma koşulları, bu çalışma koşullarının hem birey hem de aile yaşamına ne gibi etkileri olduğu konusunda ülkemizde hemen hemen hiç araştırma yok gibidir. Bu çalışma ile araştırma değişkenleri bağlamında avukatlar veya benzeri meslekleri yapanlarda oluşabilecek bir farkındalık dahi önemli bir katkı olarak değerlendirilebilir. Yapılacak benzer çalışmalarla avukatların veya hâkim, savcı gibi hukuk alanlarında çalışanların çalışma koşullarının ve bunun hem bireysel hem de sosyal anlamda etkilerinin neler olduğunun daha ayrıntılı ortaya konulması için bu araştırmanın bir başlangıç olması temenni edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Alarcon, Gene M., A meta-analysis of burnout with job demands, resources, and attitudes, *Journal of vocational behaviour*, 2011, C. 79, S. 2, SS. 549-562.
- Andreassen, Cecilie Schou, Workaholism: An overview and current status of the research, *Journal of Behavioral Addictions*, 2014, C. 3, S. 1, SS, 1-11.
- Andreassen, Cecilie. S. / Holger Ursin/ Hege R. Eriksen, The relationship between strong motivation to work, “workaholism”, and health, *Psychology and Health*, 2007, C. 22, S. 5, SS. 615- 629.
- Babic, Audrey / Florence Stinglhamber/Marie Barbier/Isabelle Hansez, Work environment and work-to-family conflict: examining the mediating role of heavy work investment, *Journal of Management & Organization*, 2019., ss. 1-24.
- Bayraktaroğlu, Serkan / Rana Özen Kutanis/ Dzhemilya Dosaliyeva, İşkoliklik ve Örgütsel Bağlılık: Bankacılık Sektöründe Karşılaştırmalı Bir Araştırma, 17. Ulusal Yönetim ve Organizasyon Kongresi Bildiriler Kitabı, 2009, SS. 553-558.
- Brady, Becca R. / Stephen J. Vodanovich/ Robert Rotunda, The Impact of Workaholism on Work-Family Conflict, Job Satisfaction, and Perception of Leisure Activities. *The Psychologist-Manager Journal*, 2008, C. 11, SS. 241-263.
- Buelens, Marc / Steven A. Y. Poelmans, Enriching the Spence and Robbins’ typology of workaholism: Demographic, motivational and organizational correlates, *Journal of Organizational Change Management*, 2004, C. 17, S. 5, SS, 440-458.
- Burke, Ronald J. / Mustafa Koyuncu/ Lisa Fiksenbaum, Workaholism, work and extra-work satisfactions and psychological well-being among professors in Turkey, *Cross Cultural Management: An International Journal*, 2008, C. 15, S. 4, SS. 353-366.
- Carlson, Dawn S. / K. Michele Kacmar, Work-Family Conflict in the Organization: Do Life Role Values make a Difference,, *Journal of Management*, 2000 C. 26, S. 5, SS. 1031-1054.
- Carnicer, Marie Pilar De Luis / Angel Martinez Sanchez/ Manuela Perez Perez/ Maria Jose Vela Jimenez, Work-family Conflict in a Southern European Country the influence of job-related and non-related Factors, *Journal of Managerial Psychology*, 2004, C. 19, S. 5, SS. 466-489.
- Carolina, Dorothy Smith, Correlates of Job-Related Burnout In Nurse Managers Working in Hospitals, Yayınlanmamış Doktora Tezi, The State University of New Jersey, ABD, 2010.
- Cordes, Cynthia L. / Thomas W. Dougherty, A Review and an Integration of Research on Job Burnout, *The Academy of Management Review*, 1993, C. 18, S. 4, SS. 621-656.
- Çarıklı, İlker Hüseyin / Özlem Çelikkol, İş-Aile Çatışmasının Örgütsel Bağlılık ve İşten Ayrılma Niyetine Etkisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2009, C. 9, SS. 153-170.

- Day, Arla L., Conceptualizing work and family conflict using an inter-role perspective: The Importance of Time, Strain and Behaviour, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Waterloo Üniversitesi, Kanada, 1996.
- Demerouti, Evangelia /Arnold B. Bakker/ Wilmar B. Schaufeli, Spill over and crossover of exhaustion and life satisfaction among dual-earner parents. *Journal of Vocational Behavior*, 2005, C. 67, ss. 266-289.
- Douglas, Evan J. / Robyn J. Morris, Workaholic, or just hard worker?, *Career Development International*, 2006, C. 11, S. 5, SS. 394-417.
- Durmaz, Esin, Sağlık Çalışanlarında İşkolikliğin Stres Üzerindeki Etkisinin İncelenmesi: Bir Hastane Örneği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gelişim Üniversitesi, İstanbul, 2017.
- Dursun, İbrahim Taha, Örgüt Kültürü ve Strateji ilişkisi: Hofstede'nin Boyutları Açısından Bir Değerlendirme, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 1, S. 4, ss. 43-56.
- Edwards, Jeffrey R. / Nancy P. Rothbard, Mechanisms Linking Work and Family: Clarifying the Relationship between Work and Family Constructs, *The Academy of Management Review*, 2000, C. 25, S. 1, SS. 178-199.
- Efeoğlu, İbrahim Efe, İş-Aile Yaşam Çatışmasının İş Stresi, İş Doyumu ve Örgütsel Bağlılık Üzerindeki Etkileri: İlaç Sektöründe Bir Araştırma, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Çukurova Üniversitesi, 2006.
- Emre, Anıl, Türkiye'de Avukatlık: 80 bin Avukatın Dünyası, 2015, 27 Nisan, HaberTürk Gazetesi (<https://www.haberturk.com/yazi-dizisi/haber/1070820-turkiyede-avukatlik-erisim-22/12/2018>)
- Ergeneli, Azize / Arzu İlsev/ Pınar Bayhan Karapınar, Work-family conflict and job satisfaction relationship: the roles of gender and interpretive habits, *Gender, Work and Organization*, 2010, C. 17, S. 6, SS. 679-95.
- Ergin, Canan, Doktor ve Hemşirelerde Tükenmişlik ve Maslach Tükenmişlik Ölçeği'nin Uyarlanması, İçinde 7. Ulusal Psikoloji Kongresi Bilimsel Çalışmaları, Ed. R. Bayraktar ve İ. Dağ, 143-154. Hacettepe Üniversitesi, Ankara, 1992.
- Freudenberger, Herbert. J., An Overview of Burnout: Past, Present and Future Concerns, İçinde *Professional Burnout in Medicine and Helping Professions*, Ed. D.T. Wessells/ A. H. Kutscher/ I. B. Seeland/ F. E. Selder,/D. J. Cherico / E. J. Clark, 1-10, New York, Routledge, 1989.
- Frone, Michael R. / Marcia Russell/ Mary Lynne Cooper, Antecedents and outcomes of work-family conflict: Testing a model of the work-family interface, *Journal of Applied Psychology*, 1992, C. 77, S. 1, SS. 65-78.
- Gaffey, Abigail R. / Patrick J. Rottinghaus, The factor structure of the work-family conflict multidimensional scale: Exploring the expectations of college students, *Journal of Career Assessment*, 2009, C. 17, S. 4, 495-506.

- Greenhaus, Jeffrey H. / Nicholas J. Beutell, Sources of Conflict between Work and Family Roles, 1985, *The Academy of Management Review*, C. 10, S. 1, 76-88.
- Hazell, Kenneth W., Job Stress, Burnout, Job Satisfaction, and Intention to Leave Among Registered Nurses Employed in Hospital Settings in the State of Florida, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Lynn University. ABD, 2010.
- Hogan, R. Lance / Mark A. McNight. Exploring Burnout among University Online Instructors: An Initial Investigation, *The Internet and Higher Education*, 2007, C. 10, S. 2, SS. 117-124.
- Huang, Yueng-Hsiang / Leslie B. Hammer/ Margaret B. Neal/ Nancy A. Perrin, The Relationship Between Work-to-Family Conflict and Family-to-Work Conflict: A Longitudinal Study, *Journal of Family and Economic Issues*, 2004, C. 25, S. 1, SS. 79-100.
- Karakoç, Fatma Yeşim / Levent Dönmez, Ölçek Geliştirme Çalışmalarında Temel İlkeler. *Tıp Eğitimi Dünyası Dergisi*, 2014, c. 40, ss. 39-49.
- Machlowitz, Marilyn, Workaholism: What is it? *The Saturday Evening Post*. Haziran /Ağustos, 1980, 78-87.
- Maslach, Christina / Susan E. Jackson, The Measurement of Experienced Burnout, *Journal of Occupational Behaviour*, 1981, C. 2, 99-113.
- Maslach, Christina / Wilmar B. Schaufeli/ Michael. P. Leiter, Job Burnout, *Annual Review of Psychology*, 2001, C. 52, 397-422.
- Maslach, Christina / Michael. P. Leiter/ Wilmar B. Schaufeli, Measuring burnout. İçinde C.L. Cooper / S. Cartwright (Ed.). *The Oxford handbook of organizational well-being*, 2008, Oxford: Oxford University Press, SS. 86-108.
- Matuska, Kathleen. M., Workaholism, life balance, and well-being: A comparative analysis, *Journal of Occupational Science*, 2010, C. 17, S. 2, 104-111.
- Michel, Jesse S. / Lindsey. M. Kotrba/ Jacqueline. K. Mitchelson/ Malissa A. Clark/ Boris. B. Baltes, Antecedents of work-family conflict: A meta-analytic review, *Journal of Organizational Behavior*, 2010, C. 32, S. 5, 689-725.
- Mudrack, Peter E. / Thomas. J. Naughton, The assessment of workaholism as behavioral tendencies: Scale development and preliminary empirical testing, *International Journal of Stress Management*, 2001, C. 8, S. 2, 93-111.
- Netemeyer, Richard G. / James S. Boles / Robert McMurrian, Development and Validation of Work-Family Conflict and Family-Work Conflict Scales, *Journal of Applied Psychology*, 1996, C. 81, S. 4, 400-410.
- Ng, Thomas W.H / Kelly L. Sorensen/ Daniel. C. Feldman, Dimensions, Antecedents and Consequences of Workaholism: A Conceptual Integration and Extension', *Journal of Organizational Behaviour*, 2007, C. 28, S. 1, SS. 111-136.
- Ölçer, Ferit, "İşkoliklik Üzerine Bir Araştırma", *SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 2005, ss. 123-144.

- Özdevecioğlu, Mahmut / Nihal Çakmak Doruk, “Organizasyonlarda İş-Aile ve Aile İş Çatışmalarının Çalışanların İş ve Yaşam Tatminleri Üzerindeki Etkisi”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2009, 33; ss. 69-99.
- Peeters, Maria. C. W. / Anthony J., Montgomery/ Arnold B. Bakker/ Wilmar. B. Schaufeli, Balancing Work and Home: How Job and Home Demands Are Related to Burnout, *International Journal of Stress Management*, 2005, C. 12, S. 1, SS. 43-61.
- Perlman, Baron / E. Alan Hartman. Burnout: Summary and Future Research, 1982, *Human Relations*, C. 35, S. 4, SS. 1-45. (<https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED205840.pdf>-11.08.2011)
- Porter, Gayle, Workaholic Tendencies and Use of Smart Phones, İçinde *Northeastern Association Of Business, Economics, and Technology (NABET)*, Eds. Jerry D. Belloit, J. D., Johns, T. R. ve Myers, C. 261-272. State College, Pennsylvania, ABD, 2009.
- Russo, James A. / Lea E. Waters, Workaholic Worker Type Differences in Work-Family Conflict, The Moderating Role of Supervisor Support and Flexible Work Scheduling. *Career Development International*, 2006, C. 11, S. 5, SS. 418-439.
- Schaufeli, Wilmar B. / Arnold B. Bakker/ Frank M. M. A. van der Heijden/ Jelle T. Prins. Workaholism among medical residents: Is it a combination of working excessively and working compulsively that counts. *International Journal of Stress Management*, 2009, 16, 249-272.
- Schaufeli, Wilmar B. / Bram P. Buunk, Burnout: An Overview Of 25 Years Of Research and Theorizing. İçinde *The Handbook Of Work & Health Psychology*, Eds. M. Schabracq, J.A.M. Winnubst ve C.L. Cooper, 2002, Wiley, Chichester, 2002, ss. 382-424.
- Schaufeli, Wilmar B. / Michael P. Leiter/ Christina Maslach, Burnout: 35 years of research and Practice. *Career Development International*, 2008, C. 14, S. 3, SS. 204-220.
- Spence, Janet T. / Ann N. Robbins, Workaholism: Definition, Measurement and Preliminary Results. *Journal of Personality Assessment*, 1992, C. 58, S. 1, SS. 160-178.
- Tabachnick, Barbara G. / Linda S. Fidell, *Using Multivariate Statistics* (6. Ed.). Pearson, Boston, 2013.
- Tavşancıl, İdil / Duygu Demirel/ Emel Koç, Genç Avukatların Sorunları Hakkında Rapor-taj. *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, (<http://www.ankrabarusu.org.tr/site-ler/ankrabarusu/hgdmakale/2008-1/29.pdf>), 2008-09, (İnternet erişim 14 Şubat 2015).
- Tsai, Feng-Jen / Wie Lun Huang/ Chang Chuan Chan, Occupational Stress and Burnout of Lawyers. *Journal of Occupational Health*, 2009, C. 51, S. 5, SS. 443-450.
- Zincirkiran, Mustafa / Hidayet Tiftik, Muhasebe Meslek Mensuplarında İş-Aile Çatışması: Diyarbakır Örneği. *Sosyoekonomi*. 2014, C. 21, SS. 123-138.

Roma Aile Hukukunda *Patria Potestas*^(*)

Patria Potestas in Roman Family Law

Dr. Öğr. Üyesi **Elvan SÜTKEN**^(**)

Öz

Patria potestas'ın (baba hakimiyetinin), *familia* (Roma ailesi) kelimesi ile asıl işaret edilmek istenen oluşuyla vurgulanan önemi ve Roma ailesinin (*familia*'nın), devletin (*civitas*'ın) ilk oluşumundaki temel taşı oluşu, "Roma Aile Hukukunda *Patria Potestas*" başlıklı bu çalışmayı meydana getirmemizde etkili olmuştur. Çalışmada önce Roma ailesi (*familia*) hakkında genel bilgi verilmiş ve *patria potestas*'ın tanımı yapılmış, sonra Roma'da hısımlık kurumu incelenmiştir. Sonra, Roma'da dar anlamda ailenin (*familia proprio iure*'nin) tanımı yapılmış ve kapsamı belirtilmiştir. Daha sonra "Roma'da Geniş Anlamda Aile (*Familia Communi Iure*) ve *Patria Potestas*" başlığı altında geniş anlamda ailenin kapsamı açıklanmış, *Patria Potestas*'ın hükmü incelenmiş, aile evlatları (*filius familias*) üzerinde doğumla, *adoptio*, *adrogatio*, *legitimatio* yoluyla *patria potestas*'ın kuruluşu açıklanmış, kadınlar üzerinde *manus*'un kuruluşu ele alınmış ve *patria potestas*'ın sona erme halleri incelenip çalışmaya son verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku, Roma Ailesi, Roma'da Aile Babası, Roma'da Baba Hakimiyeti.

Abstract

The importance of *patria potestas* (paternal power) that is emphasized by the word of *familia* (Roman family) by pointing out it in essence and also Roman family's being a keystone in the early establishment of Roman government (*civitas*) had a main influence on our elaborating this study with the topic "*Patria potestas* in Roman Family Law". In this study, first of all, after releasing general information about Roman family and defining *patria potestas*, the institution of kinship in Roman law is analysed. Afterwards, *familia proprio iure* in Roman law is defined, and its content is designated. Subsequently, under the topic of "*Familia Communi Iure* in Roman Law and *Patria Potestas*", content of *familia communi iure* is explained, enforcement of *patria potestas* is analysed, founding *patria potestas* on children of the family (*filius familias*) by registering of births, *adoptio*, *adrogatio*, *legitimatio* is asserted, founding *manus* on women is considered and finally ending of *patria potestas* is analysed.

Keywords

Roman Law, Familia, Pater Familias, Patria Potestas.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 24.10.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 24.10.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 30.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 24.10.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 30.10.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı,
E-Posta: esutken@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0303-5252>.



GİRİŞ

Roma kaynaklarından anlaşıldığı üzere, Roma’da aile kurumu üzerindeki esas etkili güç, *patria potestas*’tır. Aile babasının (*pater familias*’ın) ya da bazı yazarlarca adlandırıldığı üzere aile reisinin (*pater familias*’ın), aile üzerindeki geniş hatta en eski devirdeki sınırsız hakimiyeti göz önüne alındığında, Roma’da evlilik kurumunun, aşağıda 3.2.2.’de inceleneceği üzere, ailenin birinci derecede temelini teşkil etmemiş olduğu anlaşılmaktadır.¹

Çalışmamızın esas konusu olan Roma Hukukunda *patria potestas* ayrıntılı olarak incelenmeden önce, Roma’da ailenin en eski yapısına değinmekte fayda vardır. Roma’da en eski aile şekli, birden çok aileden oluşan “*gens* (kabile)” idi.² *Civitas*’tan (devletten) önce gelen küçük devlet oluşumu *gens* olarak tanımlanıyordu.³ Her *gens*’in kendine ait bir dini ve *gens* üyelerinin geçimini sağlamak için müştereken ekilen bir arazisi vardı. *Gens*’e dahil olan ailelerin üyeleri, “reis (şef)” olarak da adlandırılan, aynı babanın egemeliği altında yaşarlardı. Reis, aile üyesi olmayan yabancı bir kimseyi, evlat edinme yolu ile, *gens*’in içine sokabilirdi. Ayrıca reis, *gens* üyesi olan bir kimsenin bu üyeliğine, kanuni ve dini yollar ile son verebilirdi. Her *gens* kendi reisinin ismini taşırdı. Herhangi bir *gens*’in üyesi, ait olduğu *gens*’in ismi ile anılırdı.⁴ Roma hukukçusu *Bonfante*’ye göre, Roma’nın eski devirlerindeki *familia*, *gens* ya da aşiret gibi oluşumların ortak amacı, kendilerini savunmak ve düzenli bir şekilde yaşamaktı. Her bir oluşum devletin fonksiyonlarını yerine getirirdi. Çeşitli *gens*’lerin bir araya gelmesiyle, zaman içinde *civitas* denen devlet oluşumu meydana gelmiş-

¹ Alan Watson, *Society and Legal Change*, Second edition, Philadelphia, Temple University Press, 2001, s. 23-24; Ziya Umur, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Meftumlar, Hakların Himayesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 374-375; Hulûsi Selek “Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1936, 1-5: 214-232, s. 223; Kudret Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku*, ikinci bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (A.Ü.H.F.Y.), 1963, s. 42-43; Özcan Karadeniz, “Aile (Roma Hukuku’nda)”, *Türk Hukuk Ansiklopedisi*, Cilt 1: 456-459; 1962, s.456; Türkân Rado-Basman, “Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İ.Ü.H.F.M.)*, 1942, Cilt VIII, Sayı 1-2: 530-544, s. 531-532.

² Max Kaser, *Roman Private Law*, Translated by: Rolf Dannenbring, Durban, Butterword & Co. Ltd., 1965, s. 62; Theo Mayer-Maly, *Römisches Recht*. Wien, New York: Springer, 1999, s. 43; Şakir Berk, *Roma Hukuku*, Ankara, 1949, s. 142; Recai G. Okandan, *Roma Âme Hukuku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944, s. 20.

³ *Gens*’in kaynağı hakkında iki önemli görüş vardı. Bu görüşlerden biri, Alman tarihçi *Niebuhr*’a aittir. *Niebuhr*’a göre *gens*, devletin yarattığı suni bir kurumdur ve *gens* üyelerini birbirine bağlayan unsur doğal kan bağı değil de, ortak bir soyadına sahip olmaktır. *Jhering* ve *Maine*’in ileri sürdüğü görüşe göre ise *gens* doğal kan bağına dayanmaktadır ve dolayısıyla, aynı atalara sahip olan kimseler aynı *gens*’in üyesi sayılırlar. Bu görüşe göre, *gens*’i oluşturan aile (*familia*) grupları devlet fonksiyonu taşırlar ve adeta *gens*, aile (*familia*) ile devlet (*civitas*) arasında bir geçit oluşturur. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, *Roma Hukuku ...*, s. 6.

⁴ Mişon Ventura, *Roma Hukuku*, C.1., İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1934, s. 55-56; Okandan, a.g.e., s. 18.

tir. O halde *gens*, Roma devleti kurulmadan önce siyasi öneme sahipti.⁵ XII Levha Kanunu'ndan önce, *gens*'i oluşturan ailelerin bir aile babası (*pater familias*)'nın egemenliği altında, ayrı aile grupları haline geçtikleri söylenir. Böylelikle Roma ailesinin, aile babası egemenliği (*patria potestas*) altında olacak biçimde, özel hukuk mutlakiyet rejimi ile idare olunan aile tipi olduğu söylenir.⁶ Öyle ise Roma aile yapısının incelenmesinin, Roma devletinin oluşumunun ilk şekli hakkında bilgi sahibi olunması açısından da ayrı bir önemi vardır. Bazı yazarlar ilk devlet şeklinin kaynağının "*familia* (aile)" olduğunu iddia ederken, bazıları bunun kaynağının "*gens* (kabile)" olduğunu iddia ediyorlardı. Ancak çeşitli kaynaklar incelendiğinde açıkça görülüyor ki, Roma başlangıçta, *civitas* denen çok küçük bir şehir devleti idi. Bilindiği üzere *civitas*, yani şehir devleti, örgütlenmiş Roma kavmi olarak da ifade ediliyordu.⁷ Roma Hukukunda, Roma'nın şehir - devlet olarak kuruluş tarihi olan M.Ö. 753 ile başlayan devletin örgütlenmesi, 1453 yılında *Constantinopolis*'in (İstanbul'un) Türk egemenliğine geçmesiyle Doğu Roma İmparatorluğu'nun dağıtılması ile son bulmuştur. Özel hukuk sistemlerinin, değişen siyasal rejimleri, o rejimlerin getirdiği yeniliklerin kabul görmesi için gereken süre kadar geriden izlemesi, başka bir deyişle devlet örgütündeki değişikliklerin özel hukuk sistemlerini hemen ve doğrudan doğruya etkilememesi, Roma hukukunun tarihi dönemlerinin, Roma'nın siyasal dönemlerinden farklı bir ayrıma tâbi olması sonucunu doğurmuştur.⁸ Küçük bir şehir devleti olarak kurulmuşken büyük bir dünya imparatorluğu ve uygarlık merkezi haline dönüşmüş olan Roma İmparatorluğunun hukuk düzeni günümüz özel hukuk sistemine kaynaklık etmiştir. Roma hukuk düzeni içinde en önemli kurumlardan biri olan aile (*familia*) kurumu önemini her dönemde korumuştur.

⁵ Pietro Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano Milano*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, s. 121-122; Kaser, *Roman Private Law*, s. 62; Giovanni Pugliese, "Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış", Çev.: Ziya Umur, *I.Ü.H.F.M.*, 1956, Cilt XXII: 339-349, s. 340; Ziya Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s. 79; Okandan, a.g.e., s. 19; Umur, *Roma Hukuku ...*, s. 6.

⁶ Berki, *Roma Hukuku*, s. 142.

⁷ Oldukça tartışmalı olan, ilk devlet şeklinin kaynağı konusunda, ırkların ve yerleşim yerlerinin özellikleri dikkate alındığında belirtilmelidir ki, örgütlenmiş ilk topluluklar bazı yerlerde *familia*, bazı yerlerde ise *gens* olarak kurulabilmişlerdir. Bu toplulukların herhangi birine dahil olan bir kimse, kan bağı sebebi ile değil ancak o grubu idare eden bir reisin egemenliği altında olmakla hukukten birleşirlerdi. Bu kimselerin eğer isterlerse kendi arzuları ile bir gruptan başka bir gruba geçebilirlerdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, *Roma Hukuku ...*, s. 5-6; Okandan, a.g.e., s. 20-21.

⁸ Roma hukukunun *tarihi dönemleri*; 1. Eski Hukuk Dönemi (M.Ö. 753 - M.Ö. 150), 2. Klâsik - Öncesi Hukuk Dönemi (M.Ö. 150 - M.Ö. 27), 3. Klâsik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27 - M.S. 250), 4. Klâsik Sonrası Hukuk Dönemi M.S. 250 - M.S. 527), 5. *Iustinianus* Dönemi (M.S. 527 - M.S. 565) olarak ayrılmıştır. Roma'nın *siyasal dönemleri* ise, devlet örgütü biçimlerinin farklı dönemlerdeki yapılanmasına göre; 1. Krallık dönemi (M.Ö. 753 - M.Ö. 509), 2. Cumhuriyet Dönemi (M.Ö. 509 - M.Ö. 27), 3. *Principatus* Dönemi (M.Ö. 27 - M.S. 235/284), 4. İmparatorluk Dönemi (M.S. 284 - M.S. 476/1453) olarak ayrılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebician, *Roma Hukuku*, s. 16 ve s. 37-38

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde etraflıca inceleneceği üzere, Roma’da “dar anlamda aile” ve “geniş anlamda aile” olmak üzere temelde iki tip aile anlayışı vardı. Roma’da sadece aile babası (*pater familias*) hukuken tanınırdı. Roma ailesinde bulunan herkes aile babasına tâbi idi. Baba hakimiyeti (*patria potestas*) altında olanlar mâmelek sahibi olamazlar ancak kamu haklarından yararlanabilirler ve özgür yaşarlardı. Ticari hayatın gelişmesi ile bu eski tip Roma ailesi yapısının değişmesi gerekti çünkü ticari hayatta kendi hukukuna tâbi olan aile evlatlarına ihtiyaç duyulmaktaydı. Ancak eski aile yapısının bu ihtiyaç doğrultusunda değişmesi yüzyıllar içinde oldu. *Iustinianus* hukuku zamanında dış görünüşüyle halen eski şeklini yansıtan Roma ailesi, aslında bugünkü aileye yakın hale gelmişti.⁹ Nitekim Roma İmparatorluğu’nun ikiye bölündüğü M.S. 395 itibarıyla, Doğu Roma İmparatorluğu artık “Bizans İmparatorluğu” adıyla anılmaya başlanmış, Doğu Roma’da uygulanan hukuk da Bizans Hukuku adını almıştır.¹⁰ Bizans hukukunun hakim olduğu yerlerde babanın hakimiyet alanı ise hiçbir zaman Roma’daki gibi geniş bir alan olmamıştır.¹¹

Roma ailesi köklü ve zengin örf-adetlerine bağlı kalarak, basit hayatlar yaşayarak, kuvvetli manevi bağlara sahip olup, bu mükemmel yapısını yüzyıllarca koruyabilmişti.¹²

Roma’nın aksine modern toplumlarda ve ülkemizde dar anlamda aile, hakimiyet esasına değil, evlilik esasına dayanmaktadır. Günümüz hukukunda “dar anlamda aile”, karı, kocadan oluşan ve “evlilik birliği” olarak da adlandırılan, yalnızca eşlerden oluşan aileyi işaret etmektedir. Buna karşılık soybağı ilişkisi içinde bulunan tüm kişileri ilgilendiren aslında evlilik ilişkisiyle bağlı bulunan aile, yani ana, baba, çocukların oluşturduğu topluluk “geniş anlamda aile”yi ifade etmektedir. Günümüz hukukunda “en geniş anlamda aile”; bir ev başkanının yönetiminde aynı evde aile halinde yaşayan kimselerden oluşan topluluk ifade edilmektedir. Buna göre gerek kan ve kayın hısımlığı, gerek bir sözleşme sebebiyle bir arada yaşayan kişiler (örneğin; bahçevan, şoför, dadı, işçi, hizmetçi, bekçi) en geniş anlamda ailenin kapsamına girmektedir.¹³

Anayasamızın 41. maddesine ailenin toplumun temeli olduğundan ve eşler arasında eşitliğe dayandığından bahseder. Toplumun sağlam ve huzurlu olması

⁹ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999, s. 168-169.

¹⁰ Çelebicin, *Roma Hukuku*, s. 1.

¹¹ James Muirhead, *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, Third edition, London, A.& C. Black, Ltd., 1916, s.30

¹² Roberto Paribeni, *Roma Ailesi*, Çev.: Şemseddin Talip, İstanbul, A. İhsan Basımevi, 1935, s. 6 ve 10.

¹³ Turgut Akıntürk, *Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, Cilt: 2, Dokuzuncu Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004, s.5-6; Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 39. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.117.

için sağlam aile düzeni gerekir. Aile içi düzenin ve huzurun sağlanması, aile ilişkilerini iyi düzenleyen bir Aile Hukuku sistemi ile mümkündür. Türk Aile Hukuku sisteminde, eşler arasında eşitlik ilkesi gözetilmiştir. Eşitlik ilkesine göre; velayet hakkının kullanılması, ortak konutun seçimi, ortak konut kiralıkla kiracı olmayan eşin rızası olmadan kira sözleşmesinin feshedilememesi ve benzeri alanlarda Medeni Kanunumuz ve Anayasamız tarafından eşlerden birine üstünlük tanınmamıştır.¹⁴ Anayasamızın 10. maddesi ise; cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olmasından bahseder.¹⁵ Anayasamızdaki eşitlik ilkesi günümüzde aile hukukuna tamamen hakimdir, örneğin; önceden Medeni Kanunda yeralan velayet hakkının kullanılmasında babanın oyunun üstün olduğuna ilişkin düzenleme, kadının kocasının yerleşim yerine tâbi olması, kocanın evlilik birliğini temsil etmesi, önceki Medeni Kanunun 153. maddesinde 1997 yılında 4248 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce evlenmekle kadının sadece kocasının soyadını alabilmesi ve benzeri düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırı bulunduğundan artık yeni Türk Medeni Kanununda terkedilmiştir.¹⁶ Yeni Türk Medeni Kanununda, evlilik birliğinden doğan haklar ortak hak olarak düzenlenmiş ve yine evlilik birliğinin yürütülmesinde, birliğin yönetilmesinde, birliğin temsilinde ve birliğin giderlerinin karşılanmasında eşlerin ortak hareket edecekleri hükme bağlanmıştır.¹⁷

1. ROMA'DA AİLE (*FAMILIA*) VE HISIMLIK KAVRAMLARI

A. Roma Ailesi (*Familia*)

Ius civile'ye göre Roma ailesi (*familia*), ev birliği gibi hukuki bir temele, hakimiyet ilişkisine dayanmaktaydı. Buna göre aile, doğum yolu ile ya da hukuki sebeple, aynı baba egemenliği altında toplanan bireylerden oluşan bir topluluktu. *Ius gentium*'a göre kan hısımlığı temeline dayanan Roma ailesi (*familia*), geniş anlamda kan hısımlarından oluşurdu. Aile babasının çocuklar ve diğer aile fertleri üzerindeki otoritesine *patria potestas* (baba hakimiyeti) deniyordu.¹⁸ *Patria potestas*, yalnızca *pater familias*'a özel olacak şekilde vekâlet nevinden, idari ayrıcalık tanıyan bir güçtü. *Patria potestas* kaynağını, "baba bir"

¹⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 3-4.

¹⁵ Mustafa Dural / Tufan Ögüz / Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku - Cilt III - Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 2.

¹⁶ Dural/Ögüz/Gümüş, a.g.e., s.3; Gözübüyük, a.g.e., s. 119-120; Akıntürk, a.g.e., s.111 ve 103.

¹⁷ Akıntürk, a.g.e., s. 103-104.

¹⁸ Şakir Berki, a.g.e., s. 141; Ayiter, *Roma Hukuku ...*, s. 1-2; John Spencer Muirhead, *An Outline of Roman Law*, London, William Hodge and Company Limited, 1947, s. 68; Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München, 1955, s. 44; Cesare Sanfilippo, *Istituzioni di Diritto Romano*, Rubbettino editöre, Decima Edizione, 2002, 153-154; Antonio Guarino, *Dritto Privato Romano*, Dodicesima Edizione, Napoli, 2001, s. 542-543; Karadeniz, "Aile (Roma Hukuku'nda)", s. 457.

olarak tezahür eden aile birliği mantığından alıyordu. İmparatorluk döneminden (M.S. 284 - M.S. 565'ten)¹⁹ sonra, *patria potestas* yetkisi kişisel cezalar ve mülkiyet hakkı açısından sınırlandırılmaya başlanmıştı.²⁰

Digesta'da *Ulpiana*'a ait olan aşağıdaki metinde *familia* kelimesinin farklı anlamları olduğu belirtilmiştir:

“D. 50.16.195.1-5: (1) ‘*Familia*’ kelimesinin nasıl kullanıldığını inceleyelim. Bu kelimenin çeşitli kullanımları vardır. (2) *Familia* kelimesi ayrıca, yönetimi kendi fertlerine mahsus olacak şekilde tayin edilmiş, ya da genel akrabalık ilişkilerine mahsus olan ortak kurullarla tayin edilmiş olan bir tür birimi ifade etmek için kullanılmıştır. Özel bir kural ile tanımlandığı üzere *familia*, doğal yolla ya da hukuki olarak, bir kimsenin egemenliğine (*potestas*'a) maruz kalmış olan bireylerden oluşan topluluktur. Örneğin, *pater familias* (ev halkının erkek olan başkanı), *mater familias* (*manus* ile evlilik yapmış olan kadın), baba egemenliği altında olan bir erkek çocuk ya da kız çocuk ya da oğuldan olan erkek torun ve kız torun gibi daha sonra sırasıyla onları takip edenler vb. Aile babası, yani *pater familias* denen kimse, aile ocağı içinde egemenlik (*dominium*) sahibi olan kimsedir ve hatta aile babasının oğlu yoksa, yalnızca sahip olduğu sıfat sebebiyle değil, yasal hakka sahip olması sebebiyle de aile ocağı içinde egemenlik sahibi kimsedir. Bazen, *pupillus* denen, henüz bülûğ çağına ulaşmamış, *sui iuris* olduğu için vesayet altında bulunan erkek bir çocuk bile *pater familias* olabilir. *Pater familias* öldüğünde, aile içindeki erkek çocukların hepsi ayrı ayrı *pater familias* statüsünü üstlenirler ve bu sebeple erkek çocukların hepsi kendilerine ait ayrı ev halkına sahip olabilirlerdi... Ortak bir kural ile belirlenmiş olduğu üzere, biz *familia*'yı bütün *agnat*'lar yani *ius civile*'ye göre *agnatio* hısımlığı ile birbirine bağlı olan kimseler için kullanırız. Bununla birlikte, *pater familias* öldüğü zaman, *ius civile*'ye göre *agnatio* hısımlığı ile birbirine bağlı olan bu kimseler, bundan böyle kendi *familia*'larına sahip olurlar ve aynı kişinin hakimiyeti altına girmiş olanlar, aynı aile ocağından ve nesepden geldiklerinden, aynı *familia*'ya ait kimseler olarak nitelendirilirler. (3) Ayrıca, kölelerin de *familia* üyesi olduğu alışılmışıydı. Böyle olduğunu, *praetor* beyannamesinde hırsızlık ile ilgili başlıkta, *praetor*'un devlet işlerini yapan yüklenicilerin *familia*'sından bahsetmesi esnasında görüyoruz... (4) Benzer şekilde, *familia*, aynı öz atanın kanından gelen kişiler bir-

¹⁹ Umur, *Roma Hukuku ...*, s.115.

²⁰ James Hadley, *Introduction to Roman Law*, Colorado, Rothman & Co., 1996, s. 105.

çok insan için kullanılmıştır (buna örnek olarak hatırmızda yer alan *Julian familia*'yı verebiliriz). (5) Kadın ise bir *familia*'nın hem başlangıcını hem de sonunu teşkil eder."²¹

B. Hısmılık

Roma Hukuku, yalnızca doğuma dayalı kan hısmınlığına değil, hukuki bir esasa da dayanırdı. Roma ailesi söz konusu olduğunda *agnatio* hısmınlığı ve *cognatio* hısmınlığı olmak üzere iki çeşit hısmınlıktan bahsedilirdi. *Ius Civile*'ye göre hısmılık; aynı baba egemenliği (*patria potestas*) altında olmanın yaratmış olduğu hukuki bağ idi ve buna *agnatio* hısmınlığı denirdi.²² *Praetor*'ların faaliyetleriyle zaman içinde, Roma'da kan bağına bağlanan hukuki sonuçlarla artık kan hısmınlığı (*cognatio hısmınlığı*), diğerine oranla hukuken daha önemli sayılan hısmılık türü olarak benimsendi. *Ius gentium*'a göre de tanınıp benimsenen kan hısmınlığı (*cognatio hısmınlığı*), sonunda *Iustinianus* zamanında tek geçerli hısmılık türü olarak hukuk sisteminde yerini aldı.²³ Aşağıda bu iki hısmılık türü ayrıntılı olarak incelenmiştir.

²¹ "D. 50.16.195.1-5: (1) 'Familiae' appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est ... (2) Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt...communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. (3) Servitutum quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum.... (4) Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine profiscuntur (sicuti dicimus familiam Iuliam), quasi a fonte quodam memoriae. (5) Mulier autem familiae suae et caput et finis est." Ayrıntılı bilgi için bkz.: Iustinianus, *The Digest of Justinian*, Edited by: Theodor Mommsen, Paul Krueger, Alan Watson, Philadelphia, Pennsylvania Press, 1985, s. 904-905.

²² Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Onsekizinci basım, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019, s. 158; Bruce W. Frier - Thomas A.J. McGinn, *A Casebook On Roman Family Law*, New York, Oxford University Press, 2004, s. 16.; Cahit Oğuzoğlu, *Roma Hukuku*, Ankara, A.Ü.H.F.Y., 1959, s.106.

²³ Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 159-160.; Günümüz Türk Hukukunda ise, çocuk ile çocuğun biyolojik-genetik olarak türediği ana baba arasındaki, doğumla birlikte kendiliğinden meydana gelen doğal bağa, "doğal soybağı (tabii nesep)" denmektedir. Bu doğal soybağı ilişkisinin hukuki açıdan tanınması ile çocuk hukuki olarak bir ana-babaya bağlanmaktadır ve böylelikle hukuki soybağı (hukuki nesep) kurulmaktadır. Ancak hukuk düzeni tarafından aranan belirli şartların gerçekleşmesi ile hukuki soybağının kurulabilmesi mümkündür. Yeni Türk Medeni Kanunda, "nesep" kelimesinin yerini artık "soybağı" kelimesi almıştır ve burada soybağına ilişkin düzenleme Türk Medeni Kanununun Aile Hukuku Kitabının "Hısmılık" başlığını taşıyan ikinci kısmının birinci bölümünde, madde 282 ve devamında yer almaktadır. Bkz.: Mehmet Beşir Acabey, *Soybağı*, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 201, s. 6-7. ve s.5.

a. *Agnatio* Hısımlığı

Latince’de *agnati* kelimesi, aynı babadan doğan iki erkek kardeşin oğullarının birbiriyle olan hısımlığı gibi, aynı babadan doğmuş olma sebebi ile hısımlık ilişkisinde bulunan kimseler için kullanılıyordu.²⁴ *Agnatio* hısımlığı, hısımlık ilişkisinde hukuki bir bağa dayanmayı esas alıyordu. *Ius civile*’ye dayanan ailenin hukuki temeli, “ev birliği” idi. *Ius civile*’ye dayanan hısımlık olarak nitelenen *agnatio*, aynı baba egemenliğine, gerek doğum gerekse diğer hukuki sebeplerle bağlı olan erkekler arasındaki hısımlıktır. *Agnatio*’ya göre, *familia* içindeki evli erkeklerden birisinden doğmuş olmak, evlat edinilmiş olmak (*adoptio* ya da *adrogatio*), baba egemenliği altındaki birisiyle evlenerek onunla aynı baba egemenliğine girmek (*conventio in manum*) ya da azat edilme yollarından herhangi birisi ile azat edilerek, aynı *familia*’ya dahil olunulabilirdi. *Ius civile*’ye göre Roma ailesine dahil olmanın şartları, âdeta herhangi bir devlet topluluğuna dahil olmanın şartları gibiydi. Roma Hukuku’nun önemli bir kısmında, özellikle Aile Hukuku ve Miras Hukuku alanlarında *agnatio* hısımlığı geçerli olmuştur. Aynı ev reisi (*pater familias*)’nin baba egemenliğine bağlı olanlar arasındaki ilişki olarak nitelediğimiz *agnatio*’ya göre, *pater familias* statüsü yalnızca erkeklerle özgüydü, kadınlar bu statüyü asla kazanmazlardı. *Pater familias*’ın ölümüyle kız evlatlar ancak *alieni iuris* durumundan *sui iuris* durumuna geçerdiler. Aynı baba egemenliği altında bulunanlar arasındaki *agnatio* hısımlığı, kadınlar aracılığıyla değil, erkekler aracılığıyla geçerdi. Aynı *pater familias*’ın hakimiyeti altında yaşamış olan ya da sonradan aynı *pater familias*’ın hakimiyeti altına giren kimseler arasında *agnatio* hısımlığı olduğundan, bu kimseler birbirlerinin agnat (*agnatus*)’ı sayılırlardı. Böylece hısımlık, *pater familias*’ın ölümünden sonra da devam ederdi.²⁵

Ünlü Roma hukukçusu ve tarihçisi *Seneca*, atalarının her bir evin küçük bir devlet olduğunu anlattıklarını eserlerinde belirtmişti.²⁶ Çeşitli eserler incelendiğinde, Roma ailesi yani *familia*, dışarıdan bakıldığında şöyle bir görüntü oluşturmaktadır: *Familia*, eşyayı ve aile bireylerini egemenliği altında bulunduran bir hükümdara yani *paterfamilias*’a, genellikle dış etkilere karşı kapalı bir ülkeye (evin içinde bulunduğu arazi), hayvan ve kölelerden oluşan bir mameleke, aileyi koruyan atalardan kalan iyi ve kuvvetli ilahlara ve her evde yanmakta

²⁴ Frier/McGinn, a.g.e., s. 16.

²⁵ Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 154-155; W. L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, New York, 1938, s. 213-214; Karadeniz, “Aile (Roma Hukukunda)”, s. 457; Umur, *Roma Hukuku ...*, s. 7; Ayiter, *Roma Hukuku ...*, s. 1-2; Kaser, *Roman Private Law*, s. 61; Oğuzoğlu, a.g.e., s.106.

²⁶ Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, Çev.: Ziya Umur, İkinci basım, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (İ.Ü.H.F.Y.), 1959, s. 153.

olup, ilk olarak çok eski bir atanın yakmış olduğu kabul edilen bir ateşe sahipti. Ateşin nesilden nesile yanmaya devam etmesiyle, ailenin geçmişi ile o andaki durumu birbirine eklenirdi. *Familia*'nın *familiae*'ye (ailelere) bölünmesiyle, aileleri oluşturan bireyler arasındaki bağ (*agnatio*) devam etmekteydi.²⁷

b. *Cognatio* Hısımlığı

Ius gentium'un etkisiyle, *agnatio* hısımlığının yerine *cognatio* hısımlığına dayanılır oldu. Latince'de *cognati* kelimesi ise, aynı anneden doğmuş olma durumunda hısımlık ilişkisinde bulunan kimseler için kullanılırdı. O halde *cognatio*, aralarında kan bağı olan kimseler arasında söz konusu olan hısımlıktı. Anne ve babanın altsoy ve üstsoyundan gelenler ile, ortak üçüncü kimseden yani, civar hısımlarından gelenlerden oluşan *cognatio*, doğal yolla ortaya çıktığı için, bu hısımlığın hukuki bir işlem ile kurulması ya da ortadan kalkması söz konusu olamazdı. Hısımlığın kaçınıcı dereceden olduğu, hısımlar arasındaki doğumların sayısına göre tespit edilirdi. Roma Hukukunda *cognatio* hısımlığı, evlenme engelleri bakımından önem taşımaktaydı. Ayrıca vesayet bakımında da *cognatio* hısımlığı önem taşıyordu. Şöyle ki, aynı anadan meşru ya da gayrimeşru olarak doğan çocuklar, birbirlerinin ve analarının *cogna*'sı sayılıyorlardı.²⁸

2. ROMA'DA DAR ANLAMDA AİLE (*FAMILIA PROPRIO IURE*)

Roma Hukukunda, “dar anlamda aile” ve “geniş anlamda aile” olmak üzere temelde iki tip aile anlayışı vardı. Roma Hukukunda, aile babası (*pater familias*) ve onun egemenliği altındaki kişiler, bağımsız bir topluluk olan, dar anlamdaki aileyi (*familia proprio iure*) oluştururlardı. *Familia proprio iure*'nin kapsamında, doğum,

²⁷ Di Marzo, a.g.e., s. 153-154; Hulüsi Selek, “Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1936, Sayı 1-5: 214-232, s. 220.

²⁸ Frier/McGinn, a.g.e., s. 16; Richard Honig, *Roma Hukuku Dersleri*, Çev.: Şemseddin Talip, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1935, s. 157; Berki, *Roma Hukuku*, s. 141; Karadeniz, “Aile (Roma Hukukunda)”, s. 457-458; Andreas Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, Çev.: Türkan Rado, C.1, İstanbul, İ.Ü.H.F.Y., 1963, s. 248; W. L. Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, New York, 1938., s. 214; Oğuzoğlu, s. 106-107; Kaser, *Roman Private Law*, s. 61; Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesi “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hakim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur.” şeklinde düzenlenmiştir. Buradan anlaşıldığı üzere, bir kişinin kimin soyundan geldiğini gösteren bağ ya da ilişki “soybağı”dır ancak Türk Medeni Kanunu'nda soybağı ilişkisi sadece kan bağına dayandırılmayıp, kan bağı dışında evlat edinme kurumu ile de evlat edinen ile evlatlık arasında soybağı ilişkisi kurulmaktadır. Öyle ki, evlat edinmeden sonra evlatlık ile evlat edinenin kendi kanından olan çocukları arasında hukuken hiçbir fark sözkonusu olmamaktadır. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda, yürürlükten kalkan önceki Medeni Kanun'dan farklı olarak, kan bağına dayanan soybağı ilişkisinde evlilik içi - evlilik dışı soybağı şeklinde ayırım içermemektedir yani bir başka deyişle, yeni Türk Medeni Kanunu'nda ana ile çocuk arasında soybağı kurulabilmesi için çocuğun evlilik içinde ya da evlilik dışında doğması açısından fark gözetilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kılıçoğlu, a.g.e., s. 407, 408; Dural / Öğüz / Gümüş, a.g.e., s. 252; Bülent Köprülü / Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 205-206.

evlat edinme, baba egemenliği altına girme, *manus*²⁹ altına girme gibi yollarla *patria potestas* altına giren kimseler bulunurdu. Bazı yazarlara göre, *familia* kelimesi Roma Hukukunda yaygın olarak, dar anlamda aileyi çağırıyordu.³⁰

3. ROMA'DA GENİŞ ANLAMDA AİLE (*FAMILIA COMMUNI IURE*) VE *PATRIA POTESTAS*

Geniş anlamda aile, ortak ata sağ olsaydı, ortak atanın hakimiyeti (*patria potestas*) altına girebilecek olan tüm kişilerden oluşurdu. Nitekim Roma'da, aile babası (*pater familias*) öldüğünde, ailede var olan erkek çocuğu sayısınca yeni aile ortaya çıktığından, *familia communi iure*'nin kapsamı oldukça geniş idi. Kız çocuklar için *pater familias* olabilmek söz konusu olamayacağından, bunlar o zaman için aile kuramıyorlardı. Kız çocukların kendi egemenliklerine tâbi kişilerin var olması o zaman için mümkün değildi. *Pater familias*'ın ölümüyle kız çocukların durumunda meydana gelen önemli gelişme, *pater familias*'ın hakimiyetinden kurtulmaları, dolayısıyla önceden *alieni iuris* durumunda iken artık *sui iuris* olmalarıdır. Geniş anlamda ailenin kapsamına, *pater familias*'ın hakimiyetinden kurtulmuş olan kız evlatlar ve bölünmüş aileler de giriyordu. Çeşitli kaynaklardan edindiğimiz bilgiye göre, geniş anlamda ailenin üyelerinin kimler olduğu, en çok Roma miras hukuku ilişkileri açısından önem taşıyordu. Geniş anlamda aile, vasi atanması konusunda da önem taşıyordu.³¹

A. Geniş Anlamda Aile (*Familia Communi Iure*)'nin Kapsamı

Roma'da *familia* kelimesinin çeşitli anlamları olduğunu bilmekteyiz. *Familia* dendiğinde akla ilk gelen, kişilerin mensup olduğu aile yani, evin reisi (*pater familias*) ile onun hakimiyeti altında bulunan kimselerin bütünüdür. Ancak bazen *familia* kelimesi ile kastedilen, kişilerin sahip olduğu müşterek hayat olabileceği gibi, ortak soydan gelen kimselerin ya da ev halkının, evbirliği içindeki müşterek malları da (örneğin köleler) dahil olmak üzere, oldukça geniş bir kavram olabilir. Böylelikle, Roma'da geniş anlamda aile (*familia communi iure*) kavramı ortaya çıkmaktadır. Bazı yazarlara göre, *familia* kelimesi ile asıl vurgulanmak istenen aile babasının şahsiyeti ve mutlak hakimiyeti (*patria potestas*)'dir. Roma'da evlilik kurumu,³² ailenin birinci derecede temelini teşkil

²⁹ *Manus*, aşağıda 3.2.2.2.'de ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

³⁰ Çelebican, *Roma Hukuku ...*, s. 158-159; Pugliese, *a.g.m.*, s. 339.

³¹ John Spencer Muirhead, *An Outline ...*, s. 68; Sanfilippo, *a.g.e.*, s. 153; Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 158-159; Karadeniz, "*Aile (Roma Hukuku'nda)*", s. 456-457.

³² Roma'da evlilik kurumu ile ilgili kısa bilgi vermek yeri gelmişken uygun olacaktır: Roma'da evlilikler monogramik evliliklerdi. Dolayısıyla aynı kadının iki kocası ve aynı adamın iki karısı olamazdı. Evliliğin devamı için mutlak surette bir arada yaşamak gerekmiyordu. Devlet, evlenme için bazı kurallar koymuştu. Ahlak ve genel sağlık gereği, evlenme için yasal bir yaş sınırı vardı. Bazı siyasi sebepler

edememektedir. Evlilik kurumuna ve aile kurumuna tesir eden güç, *patria potestas*'tır. *Patria potestas*, öyle bir güçtü ki, aile babası yaşadığı sürece, onun soyundan gelenlerin mal iktisap etmek yetkisini kaldırır ve böylelikle aile babasının yönetimi altında, aile bünyesindeki hür evlatlarını ve köleleri, başka bir deyişle, ailenin insanlarını ve mallarını aynı seviyeye getirirdi.³³

Roma ailesinin en basit haliyle kapsamı, *Digesta*'da aşağıdaki şekilde yer alır:

D. 50.16.195.2: "... *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae...*"

D.50.16.195.2: "... Doğal yolla ya da hukuki yolla bir tek kişinin hakimiyeti altında bulunan kimseleri aile olarak adlandırırız..."³⁴

Roma ailesinin üyeleri, aile babası (*paterfamilias*) ve onun mutlak hakimiyeti (*patria potestas*) altında olan kimselerdir.³⁵ Aile babasının soyundan gelenler yani aile babasının torunları, *manus* altında bulunmaları şartıyla aile babasının karısı, gelinleri, torunlarının karıları, ailenin üyeleri olarak bilinir.³⁶

Ailenin reisi olan *paterfamilias* yani aile babası, Roma ailesindeki tek *sui iuris*³⁷ idi. Romanın ilk zamanlarında, her Roma ailesinin kendine özgü bir dini olduğundan, her aile babası, aynı zamanda evin baş din adamı sayılırdı. Aile reisinin hakimiyeti (*patria potestas*) altında olan ve aile çatısı altında toplanan

ve ırkın saflığını korumak için de yaş sınırı gerekli görülmüştü. Bu yaş sınırı erkekler için ondört, kızlar için oniki idi. Roma'nın ilk zamanlarında evlenme hakkı, yalnızca *ius connubii*'ye yani geçerli bir şekilde evlenme ehliyetine sahip olanlara tanınmıştı. İlk zamanlarda yalnızca *patricius*'ların evlenme ehliyeti vardı. Ancak daha sonra *Caracalla* zamanında, Roma sınırları içinde yaşayan herkese Roma vatandaşlığı ve dolayısıyla evlenme hakkı verildi. Romalılar, evlilik kurumunun başlıca amacını çocuk yetiştirmek yani soyun devamını sağlamak olarak görüyorlardı. Evlenme sonucunda kadının statüsü kocasıyla benzer duruma gelirdi. Evlilik sırasında doğan çocuklar ise, Roma vatanı olarak doğup, babanın ailesine girmiş olurlardı. Roma'da evlilik bağı, eşlerden birinin hürriyetini kaybetmesi, vatandaşlık hakkını kaybetmesi, boşanma ya da karı ve kocadan birinin ölümü ile ortadan kalkardı. Ayrıntılı bilgi için bkz: Andrew T.Bierkan / Charles P. Sherman / Emile Stocquart. "Marriage in Roman Law", *The Yale Law Journal* 16, 1907, 5: 303-327, s. 303; Di Marzo, a.g.e., s. 176-177 ve 191-192; Paribeni, a.g.e., s. 44; Roberto Paribeni, "Roma Hukukunda Aile Kurumu", *İ.Ü.H.F.M.*, 1935, 1:79-96, s. 82; W.H. Rattigan, *Jural Relations; or the Roman Law of Persons as a Subject of Jural Relations: Being a Translation of the Second Book of Savigny's System of Modern Roman Law*, London, 1884, s. 133.

³³ Alan Watson, *Society and Legal Change*, s. 23-24; Umur, *Roma Hukuku ...*, s. 374-375; Selek, a.g.m., s. 223; Ayiter, *Roma Hukuku ...*, s. 42-43; Karadeniz, "Aile (Roma Hukuku'nda)", s. 456; Rado-Basman, a.g.m., s. 531-532.

³⁴ Mommsen, Krueger, Watson, a.g.e., s. 950.; Umur, *Roma Hukuku ...*, s.375.

³⁵ Kaser, *Roman Private Law*, s. 60.

³⁶ Jane F. Gardner, *Family and Familia in Roman Law and Life*, United States, Oxford University Press, 1998, s. 1.

³⁷ *Sui iuris*'ler, kendi hukukundan olan kimselerdi. Bunlar, bir aile reisinin hakimiyeti altında olmayan, haklara ehil olan, kendi başlarına iktisapta bulunabilen kimselerdi. Bkz.: Umur, *Roma Hukuku Lüğati*, s. 206.

yukarıda belirttiğimiz kimseler ise, *alieni iuris* olarak adlandırılırdı. *Alieni iuris*'ler, başkasının yani aile babası (*pater familias*)'nın hukukuna tâbi kimseler olduklarından, baba hakimiyeti (*patria potestas*) altında bulunmaları sebebiyle, hak sahibi olamayan ve kendi hesaplarına iktisapta bulunamayan kimselerdi. O zaman için aile özerk bir birim olarak kabul edilip, kendine özel hukuku ve örf ve adetleri var olduğundan, aile babası adeta ailenin hakimi gibiydi. Aile babası, aileye ait mallara da hakimdi, malları yönetirdi. Ailenin üyeleri, mal birliği gereği, ziraat faaliyeti etrafında iş ortaklığı yapmak zorundaydılar. Bu faaliyet de aile babası tarafından düzenlenirdi ve yönetilirdi. Aile babası, istediği mirasçıyı kayıtsız şartsız mirastan yoksun bırakabilirdi. Aile babası, aile içinde kötü davranışlarda bulunan olursa, suçluları cezalandırmak, hapsetmek, dövmek hatta öldürmek hakkına sahipti. Bu hakka Latince "*ius vitae ac necisque*" deniyordu. Aile üyesi olan bir kimse dışarıda herhangi bir suç işlerse, aile reisi onu zarar gören kimseye ya da onun ailesine teslim edebilirdi. Ayrıca aile babası isterse aile evladını satabilir, kiralayabilirdi. *Patria potestas* öyle bir yetkiydi ki, aile babasına yeni doğmuş çocukları terk etme ve öldürme hakkını bile verirdi. Ancak, Cumhuriyet döneminin sonlarına doğru, aile babasının sahip olduğu yetkilerde kısıtlamaya gidildi çünkü *patria potestas*'ı kullanan aile babaları çoğu zaman suistimalde bulunuyorlardı. İmparatorluk döneminde de *patria potestas*'ın uygulama alanı daraltılmaya devam etti. Hristiyanlığın kabulünün etkisiyle, M.S. IV. yüzyıldan başlayarak, işlenen suç baba hakimiyetinin verdiği yetkiyle cezalandırmanın yerini, suç teşkil eden durumun kamu menfaati açısından sakınca oluşturması sebebi ile "devlet eliyle cezalandırma" aldı. Buna göre artık, yeni doğan çocuğu öldüren bir baba idam cezası ile cezalandırılacaktı. *Iustinianus*, ailede yeni doğmuş çocukların terk edilmelerini, suç işleyen aile evlatlarının suçtan zarar görene teslim edilmelerini, zaruret hali dışında yeni doğan çocukların satılmasını yasakladı. Nitekim *Institutiones*'te, *patria potestas*'ın *Iustinianus* devrinde de işlevini sürdürdüğü belirtilmiştir. Ancak o devirde, *patria potestas* artık yalnızca aile babasının aile içinde disiplin kurmasına yarayan ve çocukları terbiye etmesini sağlayan bir yetki haline gelmişti.³⁸

B. *Patria Potestas*'ın (Baba Egemenliğinin) Hükümü

Roma Aile Hukuku'ndaki bir hakimiyet ilişkisi olan *patria potestas*, daha önce de belirtildiği gibi, aile reisine ait bir güçtü.³⁹ *Patria potestas*'a (baba egemenliğine)

³⁸ Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 245; William V. Harris, *The Roman Father's Power of Life and Death, Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, Ed.: Roger s. Bognall and William V. Harris, 1986, Netherlands, s.81-97, s. 81 vd.; Umur, *Roma Hukuku ...*, s. 388-389; Bonfante, a.g.e., s. 124 vd.; Sanfilippo, a.g.e., s. 154-155; Rado-Basman, a.g.m., s. 531-532; Pugliese, a.g.m., s. 341 ve s. 348; Muirhead, *Historical Introduction*, s.27.

³⁹ Burdick, a.g.e., s. 214; Kaser, *Roman Private Law*, s. 60.

dayanan sistem, Roma tarihinin en eski zamanlarında var olan bir sistemdi. Yalnızca aile babası *sui iuris* (kendi hukukuna tâbi) olduğundan, ailenin diğer üyeleri aile evladı olarak, *alieni iuris* konumundaydılar. Roma Hukuku'nda baba egemenliğine sahip olabilmek için kişi, yaş bakımından sınırlandırılmazdı. Ancak, dinsel hukuk ve *familia*'ya ilişkin örf-adet gereğince cinsiyet yönünden sınır getirilerek, kadının aile babası olmasına izin verilmemişti.⁴⁰ *Patria potestas*, ancak aile babasının ölümü ile son bulurdu. Erkek aile evlatları, aile babası ölene kadar, yaşları ilerlemiş de olsa, evlenmiş de olsalar, baba hakimiyetinde kalmaya devam ederlerdi. *Patria potestas*'a sahip olan aile reisi genellikle; baba, büyük baba ya da büyük babanın babası gibi kişilerdi. *Patria potestas* ile hakimiyet altına alınan kimseler ailenin doğumla ya da evlat edinme yöntemi ile üyesi olan çocuklar olabileceği gibi, *manus* ile evlilik yapan kadın ve ayrıca köleler de olabilirdi. Roma Hukuku'nda *patria potestas* ile aile reisinin elinde bulundurduğu hakimiyet, hakimiyet altında bulunanlar açısından eş bir güçmüş gibi gözükse de aslen öyle değildir. Nitekim Koschaker'e göre; "*patria potestas* ile ilgili olarak, hukukun belirlediği şekil, sosyal şeklin gerisinde kalmıştır". Çünkü hukukun, hakimiyet altında bulunan kimseleri eş görmüş olmasına karşın, sosyal açıdan hakimiyet altında bulunan kimseler, toplumdaki benzer statüdeki kimseler değildi. Şöyle ki, ailede *manus* ile evli bulunan kadının sosyal statüsü, çocuklardan ve kölelerden farklı olmakla birlikte, sahip olunan haklar bakımından annenin durumu, aile evlatlarından farklı değildi. Yani, hukuki bakımdan anne, adeta çocukların kız kardeşi gibi görülüyordu. Aynı ailenin üyesi olan hür kimseler, yarı yarıya hür olanlar ve hür olmayanlar arasında da *patria potestas*'a tâbi olma bakımından fark vardı. Aile içinde *patria potestas*'a tâbi olan hür kimseler, aile babasının ölümüyle bundan böyle *patria potestas*'a tâbi olmaktan kurtulurlardı. Aynı ailedeki, başkasının hakimiyeti altındaki yarı hür kimseler ve hür olmayan kimseler ise, aile babasının ölümü ile bundan böyle başkasının hakimiyeti altına girerlerdi.⁴¹

Günümüz hukukunda baba hakimiyeti, çocuğun yararı için var olan koruyucu bir hakimiyettir. Roma Hukuku'nda ise çocuğun yararına değil de, aile reisinin yararına hizmet eden bir hakimiyetti. Nitekim Roma'da *patria potestas*'ın, aile babasının şahsi yararına yönelik olması ve malvarlığına ilişkin hakimiyet unsurları içermesi ön plandaydı. Ayrıca günümüz hukukunda, babanın ölümünden sonra, onun bu koruyuculuk görevi tarzındaki hakimiyet yetkisi anneye de geçebilmektedir. Oysa Roma toplumunda *patria potestas*'a kadınlar hiçbir şekilde sahip olamazlardı.

⁴⁰ Burdick, a.g.e., s. 254; Schwarz, *Roma Hukuku Dersleri*, s. 244-245; Haluk Emiroğlu, *Roma Hukukunda Kadının Durumu*, Ankara, 2003, s. 34.

⁴¹ Paul Koschaker, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Çev.: Kudret Ayiter, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993, a.g.e., s. 325; Burdick, a.g.e., s. 253; Pugliese, a.g.m., s. 339-340; Kaser, *Roman Private Law*, s. 62; Selek, a.g.m., s. 223-224; Ayiter, *Roma Hukuku ...*, s. 46-47.

Patria potestas aile babasına dört grup yetki sağlardı. Bunlar; yaşama ve ölüm kararı verme yetkisi, ailenin içindeki kendisine tâbi kişileri ve dolayısıyla kendi çocuklarını Roma sınırları içinde ya da Tiber nehri ötesine yani Roma devleti sınırları dışına *mancipatio* ile satma yetkisi, dilediğinde aile evlatlarının evlenmesine ve boşanmasına karar verme yetkisi, hakimiyeti altında bulunan bir *alieni iuris*'i hakimiyetten çıkararak *sui iuris* durumuna getirmeye ilişkin işlem olan *emancipatio*'yu ya da aileye yabancı bir kimsenin *filius familias* sıfatı ile Roma ailesine katılmasını sağlayan evlat edinmeye ilişkin işlem olan *adoptio*'yu dilediğinde yapma yetkisi idi.⁴²

Kişisel ilişkiler bakımından *patria potestas* incelendiğinde, öncelikle görünen odur ki bu güç, *ius vitae ac necisque* gereği aile evlatlarının hayatına hükmederdi. Aile babası *patria potestas* dahilinde, aile evladının ölümüne dahi karar verebilirdi. Buradan çıkan sonuç, bazı durumlarda aile babasının aile evladını affedip ona yaşama hakkı da tanıyabileceğidir. Bunun yanında, *patria potestas* ile aile babası aile evlatlarının suçları hakkında cezai karar da vermekteydi. Cumhuriyet döneminde aile babasının bu hakkı *ensor*'ların kontrolü ile yerine getirilirdi. İmparatorluk döneminde, babanın *patria potestas*'a bağlı *ius vitae necisque* hakkını kötüye kullanması yaptırımı bağlanmıştı. Bu hak 4. yüzyılda hüküm doğurmaya devam ediyordu. Uzun zamandır hüküm süren *patria potestas*'a bağlı *ius vitae necisque* yetkisi, 5. yüzyılda imparator *Constantinus* tarafından resmen kaldırılmıştı.⁴³

Bundan başka aile reisi, ailede kendisine tâbi bulunan kimseleri ve dolayısıyla kendi çocuklarını *mancipatio* ile satabilirdi. Aile evladı, memleket dışına yani eski formülle, devletin sınırı olan “Tiber ötesi”ne satılmışsa, bu durumda aile evladının statüsü değişir ve köle olurdu.⁴⁴ Aile evladı memleket içinde satılırsa, vatandaşlık hakkını korurdu, kendisini satın alan kimse yanında *persona in mancipio* uyarınca, özel hukuka göre özgür olamayan kimse durumuna gelirdi. Aile evladını satın alan aile reisinin başkası tarafından kendisine devredilmiş olan aile evladı üzerindeki hakimiyetine *mancipium*⁴⁵ denirdi. Aile evladının satılmasını, eski zamanda henüz *locatio conductio operarum* yani hizmet akdi var olmadığından, aile evladının ça-

⁴² R. W. Lee, *The Elements of Roman Law*, London, Sweet & Maxwell Limited, 1956, s. 60; Kaser, *Roman Private Law*, s. 61.

⁴³ Lee, a.g.e., s. 61; Alan Watson, “Roman Private Law and The Leges Regiae”, *The Journal of Roman Studies*, 1972, Vol.62:100-105, 1972, s. 102; Selek, a.g.m., s. 225; Rado-Basman, a.g.m., s. 531; Karadeniz, “Aile (Roma Hukukunda)”, s. 458-459; Hadley, a.g.e., s. 120-121; Muirhead, *Historical Introduction*, s.27.

⁴⁴ Jane F. Gardner, *Being a Roman Citizen*, New York, Routledge, 2005, s. 14.

⁴⁵ İktidarı temsil eden *manus*'tan kaynaklanan *mancipium* kelimesi, Cumhuriyet döneminde ve *Principatus* döneminin başlarında, ferden mal üzerindeki hakimiyeti anlamına gelen mülkiyet kavramını ifade etmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 132; Gardner, *Being a Roman ...*, s. 14; Koschaker, a.g.e., s. 326.

lışma gücünün değerlendirilmesi bakımından bir yöntem olarak değerlendiren yazarlar vardır.⁴⁶ Bunun yanında, aile evladının haksız fiil işlemesi durumunda, işlenen haksız fiil sonucunda oluşan zarar aile reisi tarafından maddi olarak tazmin edilmemişse, *noxae datio* uyarınca haksız fiili işleyen aile evladı, aile reisi tarafından bundan böyle *noxae* olarak zarar gören kimsenin hakimiyetine devredilebilirdi. Aile evladı bu durumda köle olmazdı ancak *mancipium* altına girmiş olurdu. Zarar gören kimse, söz konusu aile evladını çalıştırırdı, ancak zararı giderildikten sonra ise aile evladını azat etmek zorundaydı.⁴⁷ Başkasının hakimiyeti altındaki aile evladı, kendisini satın alan kimse tarafından serbest bırakılırsa, doğrudan eski aile babasının hakimiyeti altına yeniden girmiş olurdu.⁴⁸

Klasik ncesi dönemde *patria potestas*'ın verdiği yetki ile aile reisi, *manus*'suz evlenen kız çocuğunun boşanmasına karar verebilirdi. Ancak İmparatorluk dönemindeki hukuki düzenlemeye göre, önemli bir sebep olmadıkça ya da kanundan kaynaklanan bir sebep olmadıkça aile reisinin bu Şekilde kız evladının boşanmasına karar verme yetkisi yoktu.⁴⁹

Aile reisinin, *patria potestas* dahilinde sahip olduğu yetkilerden, hakimiyeti altında bulunan bir *alieni iuris*'i hakimiyetten çıkararak *sui iuris* durumuna getirmeye ilişkin işlem olan *emancipatio*'yu ve aileye yabancı bir kimsenin *filius familias* sıfatı ile Roma ailesine katılmasını sağlayan evlat edinmeye ilişkin işlem olan *adoptio*'yu yapabilme yetkisine, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir.

a. Aile Evlatları zerinde *Patria Potestas*'ın Kuruluşu

Aile evlatları üzerinde *Patria Potestas*'ın kuruluşu doğumla, *adoptio* ve *adrogatio* ile, *legitimatıo* (nesebin düzeltilmesi) ile, kadınlar üzerinde *manus*'un kuruluşu (*conventio in manum*) ile mümkündü.

aa. Doğumla

Doğum, *patria potestas* altına girmenin en doğal yoluydu. Klasik dönemde, aile babasının kendisinin ya da baba egemenliği altında yer alan erkek çocukların ya da torunların, *ius civile*'ye göre geçerli Şekilde yapılmış olan evliliklerden doğan çocukları, kendiliğinden aile babasının egemenliği altına girmiş kabul edilir-

⁴⁶ Koschaker, a.g.e., s. 326; Bonfante, a.g.e., s. 144-145.

⁴⁷ Gardner, *Being a Roman ...*, s. 12; Umut, *Roma Hukuku Lğatı*, s. 142; Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri ...*, s. 51.

⁴⁸ XII Levha Kanunu zamanında, aile evladını satma ve satın alma hakkının kötüye kullanılmasının hoş görülmemesi sebebiyle, üç kez satılan aile evladı üzerinde *patria potestas*'ın hükmünün kalmayacağına karar verildi. Kızlarda ise durum farklıydı, Şöyle ki, onlar bir kez satılınca artık üzerlerinde *patria potestas* kalkmış oluyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Koschaker, a.g.e., s. 326.

⁴⁹ Burdick, a.g.e., s. 259; Selek, a.g.m., s. 225.

lerdi. Ailenin kadınlarının *ius civile*'ye göre geçerli evliliklerden doğan çocukları ise, çocuklarının babalarının egemenliğine ya da çocukların babalarının bağlı bulunduğu babanın egemenliği altına girerlerdi. Ailenin kadınlarının *ius civile*'ye göre geçerli olmayan evliliklerden doğan çocukları ile baba arasında hukuki bağ kurulmamış sayılırdı. Bu durumda çocuk doğum ile, annesinin bağlı bulunduğu baba egemenliğine dahil olurdu.⁵⁰ Bir Roma vatandaşı, hata ile, Roma vatandaşı sanmış olduğu yabancı bir kadınla evlenirse, bu evlenme *ius civile*'ye göre geçerli olmayan evlilik sayıldığından, çocuk babanın hakimiyeti altına giremez, annenin hukuki durumuna bağlı olurdu. Ancak hata ispat edilirse, anne ve çocuk Roma vatandaşlığını kazanıp babanın egemenliğine girerlerdi.⁵¹

bb. Adoptio

Doğum dışında baba egemenliği altına girmek, hukuki yolla yani evlat edinme ile mümkündü. *Adoptio*, evlat edinme yollarından biriydi. Geniş anlamda *adoptio*, aileye yabancı bir kimsenin, *filii familias* sıfatıyla Roma ailesinin bir üyesi olmasıydı. *Adoptio* yöntemi, aile birliğini genişletme aracı olarak kullanılmıştı. Aileye yabancı olan bu kimse, başka bir ailenin reisi olsaydı, aileye kabul edilmesine, aşağıda inceleneceği üzere *adrogatio* ismi verilirdi. Dar anlamda *adoptio* ise, önceden başka bir aile babasının hakimiyeti altında olup başka bir ailenin üyesi bulunan bir kimsenin, *filii familias* olarak başka bir aileye girmesini ifade ederdi. *Adoptio* ve aşağıda inceleyeceğimiz *adrogatio*'nun amacı, ailenin kazancını arttırmak ve savunmasını sağlamak, zirai faaliyeti sürdürmek, ailenin ismini sürdürmek için, aileye yabancıların katılımının ilk başta uygun görülmesiydi. Roma'da erkek evlat sahibi olmak önemliydi. Erkek evladı olmayan, ancak olmasını isteyen *pater familias*, *adoptio* ve *adrogatio* yoluyla bunu sunî olarak sağlayabiliyordu. Evlat edinme olanağı, kendi çocukları üzerinde hakimiyet sahibi olamayan kadınlara verilmezken, bekârlara verilirdi.⁵²

Klasik dönemde, sürmekte olan baba hakimiyetinin son bulması şu şekilde vuku bulurdu: Roma'da *praetor* huzurunda, eyaletlerde vali huzurunda, evlat edinenin görünüşte bir hak elde etme talebi söz konusu olurdu. Bunun üzerine *magistra*, evlat edinileni, hak talep etmiş olan evlat edinene teslim ederdi. *Iustinianus* zamanında, evlat edinen ve evladı ona teslim eden her iki aile reisi ve evlat edinilen kimselerin birlikte, hiçbir şekli işleme gerek olmaksızın yapılan işlemi mahkeme kalemine kaydetmeleri ile *adoptio* işlemi tamamlanmış olurdu.⁵³

⁵⁰ Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 161-162.

⁵¹ Di Marzo, a.g.e., s. 156.

⁵² Gardner, *Family and Familia ...*, s. 117-118; Ayiter, *Roma Hukuku Derstleri ...*, s. 48-49; Di Marzo, a.g.e., s. 157; Mayer/Maly, a.g.e., s. 45-46; Karadeniz, "Aile (Roma Hukukunda)", s. 458.; Oğuzoğlu, a.g.e., s.110-111; Hadley, a.g.e., s.125-126.

⁵³ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 18.

Klasik hukukta, konuşamayan bir çocuğun da evlat edinilebiliyor olması, evlat edinilenin rızasının aranması kuralının istisnaen yumuşatılabileceğini gösteriyordu. Yine bu konu ile ilgili olarak, evlat edinmenin adeta doğayı taklit etmeye benzediği görüşü yaygındı. Buna göre, doğada baba, çocuktan küçük olamayacağına göre evlat edinen ile evlat edinilenin yaşları arasındaki fark olmalıydı. Bu nedenle, *Iustinianus* hukukundaki düzenlemeye göre, evlat edinenin evlat edinilenden 18 yaş büyük olması gerekiyordu.⁵⁴

Roma Hukuku'nda farklı durumlarda uygulanan çeşitli evlat edinme şekilleri vardı. *Iustinianus*'un *Institutiones*'ine göre, “*adoptio in solacium amissorum libertorum*” denen evlat edinme şekli uyarınca, aslında öz çocuklarını bile kendi hakimiyetleri altında bulunduramayan kadınların evlat edinmesi söz konusu olmazken, imparatorun hoşgörüsü sonucu, çocuğunu yitiren kadınların bu kayıplarının tesellisi olarak evlat edinmelerine izin veriliyordu.⁵⁵

Adoptio minus plena, imparatorluk hukukunun kabul ettiği bir evlat edinme şekliydi. Bu evlat edinme şeklinde, evlat edinilen önceki ailesinden ayrılmazdı ve yeni ailenin parçası haline gelmezdi. Ancak evlat edilen kimse, bu yöntemle mirasçı olma hakkını kazanırdı.⁵⁶

Adoptio per testamentum ise, vasiyetname ile evlat edinme şekliydi. Roma'da mirasçı ataması söz konusu olduğunda, vasiyetçinin ismini taşımak zorunluluğu doğardı. Ölmüş bir kimse aracılığıyla baba hakimiyeti (*patria potestas*) kurulması mümkün olmadığından bu yöntem ihtiyacı duyulmuştu. Kaynaklardan edinilen bilgiye göre *Ceasar*, *Octavianus*'u bu şekilde evlat edinmişti. Böylelikle ölmüş kimsenin ismini taşımakla, ahlaki bir görev yerine getirilmiş oluyordu.⁵⁷

cc. *Adrogatio*

Adrogatio da *adoptio* gibi, evlat edinme şeklidir. Ancak *adrogatio*'da, evlat edinilen kimse *pater familias*'tır. *Pater familias* olan bir kimse, çeşitli nedenlerle başka bir *pater familias*'ın hakimiyeti altına girecek şekilde evlat edinilebilirdi. Bu durumda *pater familias* artık *alieni iuris* haline gelirdi. Bu şekilde evlat edinilen kimse, daha önce *pater familias* iken, hakimiyeti altında bulundurduğu aile üyeleri ve ayrıca ailenin malvarlığı, bundan böyle evlat edinen aile reisinin hakimiyetine geçmiş olurdu. *Adrogatio* işlemi, *adoptio*'ya nazaran daha önem arz eder nitelikte olduğundan, bu işlem, *populi auctoritate* denen baş rahibin önderliğinde *curia*

⁵⁴ Di Marzo, a.g.e., s. 159-160.

⁵⁵ Iustinianus, *Institutiones*, Çev.: Ziya Umur, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968., s. 41- 42; Emiroğlu, *Roma Hukukunda Kadının ...*, s. 37.

⁵⁶ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 18.

⁵⁷ Gardner, *Family and Familia ...*, s. 129-130; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 19.

meclislerinde yapılırdı. Rahip, *adrogatio* işleminin ailenin inançlarına uygun olup olmadığını kontrol eder, eğer söz konusu işlem ailenin inançlarına uygunsa, halk meclisleri *adrogatio* işlemi için toplanırdı. Bu toplantı şu şekilde olurdu: Baş rahip, evlat edinene (*adrogator*'a), evlat edinileni (*adrogatus*'u) evladı yani hakimiyeti altında bir kimse olarak tanımak isteyip istemediğini sorardı.⁵⁸ Sonraları, *curia* meclislerinin görevi, onları temsil eden otuz kadar *lictors*'ten oluşan bir kurula geçti. Bundan sonra *adrogatio* işlemi, iki tarafa sorulan sorulardan ve bunlara verilen cevaplardan oluşan şekli bir merasime dönüştü. Bu merasim, *Gaius*'ın *Institutiones* adlı eserinde yer alır. *Gai. Inst.* 1.99'a göre, bu merasimde söylenen Latince sözler şöyleydi: “*Et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat*”, yani, “evlat edinen kimseye, evlat edinme niyetinde olduğu kimseyi meşru evlat gibi almak isteyip istemediği, evlat edinilmek istenen kimseye, evlat edinilmeye razı olup olmadığı, halka ise bunun olmasına rıza gösterip göstermediği sorulur.”⁵⁹ Dolayısıyla *adrogatio* işlemini yapabilmek için, *adoptio*'ya göre şekil kurallarına daha sıkı sıkıya bağlı bir yol izlemek gerekirdi denilebilir.⁶⁰ *Adrogatio* işlemine, mevcut evlilikten çocuğu olmayan ya da çocukları kendinden önce ölmüş olan *pater familias*, soyunun tükenmesi ihtimalinden kurtulmak için de başvurabilirdi.⁶¹

Adrogatio işlemi yalnızca Roma'da yapılabilirdi. Eyaletlerde ise, *adrogatio* yapılabilmesi için imparatora başvurmak gerekiyordu. *Sui iuris* olan bir kimsenin, imparator emriyle evlat edinilmesine “*adrogatio per rescriptum principis*” deniyordu. Bu işlem, şekle bağlı olmayan bir işlemdi. Zaman içinde şekle bağlı olan önceki yöntemden vazgeçilmiş, evlat edinme işlemlerinde uygulanan tek yöntem, imparator emriyle evlat edinilmesi yöntemi olmuştu.⁶²

dd. Legitimatıo (Nesebin Düzeltilmesi)

Roma Hukuku'nda, evlilik dışında doğan çocukların gayrimeşru olma durumları devam ettikçe, bunlar, *patria potestas* altına giremezlerdi. Bu çocukların *patria potestas* altına girebilmeleri için nesebin düzeltilmesi gerekirdi. Bu sebeple, Roma Hukuku'nda velayet altına girmenin bir yolu olarak *legitimatıo* düzenlenmişti. *Legitimatıo* ile velayet altına girmenin bazı şartları vardı. Bunlar,

⁵⁸ Di Marzo, a.g.e., s. 157; Ayiter, *Roma Hukuku ...*, s. 46-47; Oğuzoğlu, a.g.e., s. 109-110; Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1969, s.144; Gardner, *Family and Familia ...*, s. 130.

⁵⁹ Gardner, *Family and Familia ...*, s. 130-131; Di Marzo, a.g.e., s. 157.

⁶⁰ Schulz, a.g.e., s. 144.

⁶¹ Muirhead, *Historical Introduction*, 1916.

⁶² Schulz, a.g.e., s. 148; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 19.

yalnızca *concupinatus*⁶³ ile doğan bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi mümkün olması ve Roma Hukuku'nda hakim kararıyla nesebin düzeltilmesinin mümkün olmamasıdır.⁶⁴

Legitimatio üç şekilde yapılıyordu. Bunlar; *legitimatio per matrimonium subsuequens* (ana-babanın sonradan evlenmeleri ile nesebin düzeltilmesi), *legitimatio per oblatio in curi* (*decurion* olmakla nesebin düzeltilmesi) ve imparatorun izni ile nesebin düzeltilmesi idi. Aşağıda, bu üç şekil *legitimatio* açıklanmaya çalışılacaktır.

Legitimatio per matrimonium subsuequens olarak adlandırılan *legitimatio* şekline göre, ana-babanın sonradan evlenmeleri ile nesebin düzeltilmesi mümkündür. Bu şekilde nesebin düzeltilmesi yoluna gidilmesini gerektiren en önemli sebep, Roma toplumunda gayrimeşru çocukların velayet altına alınamıyor olmasından dolayı çözüm yolu olarak görülen *concupinatus*'un zamanla yaygınlaşmasının sakınca arz etmesiydi. Bunu önlemek için *Constantinus*, kendi hükümdarlığı süresi içinde doğmuş olan çocukların meşru sayılmalarını, ana ve babalarının sonradan evlenmeleri şartı ile kabul etti. M.S. 529 yılında *Iustinianus*, ana-babanın sonradan evlenmeleri ile nesebin düzeltilmesi olarak tanımlanan *legitimatio*'nun bu şeklini yasa haline getirdi. *Legitimatio per matrimonium subsuequens* ile nesebin düzeltilmesinin mümkün olması için bazı şartlar gerekiyordu. Bunlardan ilki, bu şekilde nesebin düzeltilmesi yoluna gidilebilmesi için ana baba arasında hısımlık sebebiyle evlenme yasağı bulunmaması şartı idi. Buna göre, köle bir kadından ya da yabancı bir anadan doğan çocuklar, sonradan evlenme yolu ile nesebin düzeltilmesinden faydalanamıyorlardı. Nitekim her iki kadının da *conubium*'dan⁶⁵ faydalanmaları mümkün değildi.

⁶³ *Concupinatus*, kadın ile erkeğin devamlı olarak birlikte yaşamaları halidir. *Principatus* döneminde, *ius civile*'ye uygun bir evlilik olmayan *concupinatus* ile, evlilik dışı yaşam sonucunda söz konusu olabilecek cezalar bertaraf etme amacı güdülmüştür. *Iustinianus* devrinde, genellikle farklı sosyal statülerdeki insanların evlilik kurumundan yararlanabilmeleri için kurulan *concupinatus*'lar, gerçek bir evlilik kadar kuvvetli kurumlar sayılmamaktaydılar. Yine de, kadın ve çocukların yararına olarak, *concupinatus* yolu ile bir arada yaşayanlara, gerçek evlilikler sonucunda söz konusu olabilecek bazı hukuki sonuçlar tanınmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayiter, *Roma Hukuku ...*, s. 12; J.E.G. de Montmorency, "The Registration of Marriage Under Mediaeval Roman Law", *Journal of the Society of Comparative Legislation, New Series*, 1914, Vol.14, No 2:390-399, s. 390; Bonfante, a.g.e., s. 162-163; Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, s. 402; Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 42; Pasquale Voci, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Quinta Edizione, Milano, 1996, s. 556.

⁶⁴ Berki, *Roma Hukuku*, s. 155; Oğuzoğlu, a.g.e., s.104-105.; A. M. Prichard, *Leage's Roman Private Law*, London, MacMillan & Co. Ltd., 1964, s.120-121.

⁶⁵ *Conubium*, Roma hukukuna göre geçerli şekilde evlenebilme ehliyeti olarak tanımlanır. Bu ehliyet, Roma vatandaşlarına ve Romalıların söz konusu hakkı tanıdıkları yabancılara özgüydü. *Conubium*'a sahip olmak için, özgür ve Roma vatandaşı olmak gerekirdi. İki Roma vatandaşının evlenebilmesi için, aralarında yakın akrabalık olmaması ve yine aralarında toplumsal statü farkı olmaması vb. şartlar aranıyordu. Özellikle erkeklerin *conubium*'a sahip olması gerekirdi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 49; Emiroğlu, a.g.e., s. 73.

İkinci şart, evlilik dışı birlikteliğin sonradan kurulacak olan evlilik akdi ile yasal evliliğe dönüştürülmüş olmasıydı. Üçüncü şart ise çocuğun, nesebin düzeltilmesine itiraz etmemiş olmasıydı.⁶⁶

Legitimatio per oblatio in curi (*decurion* olmakla nesebin düzeltilmesi) olarak adlandırılan nesebin düzeltilmesi şekli esasen, vergilerin tahsil edilmesini sağlamak amacıyla getirilmiş bir yöntemdi. İkinci *Theodosianus*'un getirdiği düzenleme ile, gayrimeşru babanın gayrimeşru çocuğu, vergilerin tahsilini sağlamak amacıyla "*decurion*" olarak veriliyordu. *Decurion*'lar, Roma'da görevleri arasında vergi toplamak da bulunan ve başka ağır sorumluluklara da sahip olan asilzade sınıfı idi. Görevlerini yerine getirebilmek için mameleklerini teminat olarak gösterme zorunluluğu gibi ağır mükellefiyetleri bulunan *decurion*'luğa, zamanla kimse istekli olamaya başlamıştı. Bunun üzerine vergi toplama işlemi aksar duruma geldiğinden, M.S. IV. yüzyıldan başlayarak *decurion*'luk zorunlu ve babadan oğula geçer hale getirildi.⁶⁷ O halde *decurion*'luk, mali idare politikasından doğan bir nesebin düzeltilmesi şekli idi. Zamanla *legitimatio per oblatio in curi* yolu ile nesebin düzeltilmesi yolu, meşru çocuğu olanlar için de tanınmış ve vasiyet yoluyla bunun tesis edilmesi de mümkün hale gelmişti.⁶⁸ İmparator izni ile *legitimatio* ise bir diğer nesebin düzeltilmesi yöntemi idi. *Iustinianus* M.S. 538 yılında çıkardığı *novella* ile, imparator'dan izin almak yoluyla nesebin düzeltilmesini mümkün hale getirdi.⁶⁹

b. Kadınlar Üzerinde *Manus*'un Kuruluşu (*Conventio in Manum*)

Roma Hukuku'nda kadının *patria potestas* altına alınması, kadın üzerinde *manus* kurulması ile mümkündür. *Manus* ve *patria potestas*, aile babasının aile birliğine hükmeden kişi olma durumunu tasvir ediyordu.⁷⁰ Nitekim, *manus*'u, kocanın karısı üzerindeki yasal kontrol yetkisi olarak tanımlayan yazarlar vardır.⁷¹ Roma'da *manus* kurumu oldukça eskidir. *Manus* kurumu için kullanılan teknik terim, "*conventio in manum*" idi. Bazı kaynaklarda *manus*, "kadın üzerinde kurulan egemenlik" olarak tanımlanıyor, *conventio in manum* ise, "kadının egemenlik altına alınması için yapılan hukuki işlem" olarak tanımlanıyordu. *Manus*, o zamanın milletlerinin hukuk tarihinde de sık rastlanan bir kurumdu. O zamanın bazı milletleri için *manus* kurumunun, âdeta bir evlenme şekli olma

⁶⁶ Berki, *Roma Hukuku*, s. 155-156.

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: D.50.2

⁶⁸ Umur, *Roma Hukuku Lügati*, s. 55.

⁶⁹ Berki, a.g.e., s. 156.

⁷⁰ Muirhead, *Historical Introduction*, s. 28.

⁷¹ William Warwick Buckland, *The Main Institutions of Roman Private Law*, New York, The Macmillan Co., 193, s. 61.

fonksiyonu vardı. Ancak Roma'da durum farklı idi. Roma'da, evlilik işlemi ve *manus* birbirinden ayrılıyordu. Roma'da evlilik işlemi şeklen *manus*'lu evlilik ve *manus*'suz evlilik olarak ikiye ayrılmıyordu.⁷² Roma hukukçuları tarafından tartışmalar yapılmış, sonuçta, *manus*'u bir evlilik şekli olarak algılamanın önüne geçmekte fayda görülmüştür. *Manus* ile evliliğin ayrı kurumlar olduğunu 1940 yılında ilk ortaya atan ve bu konuda çalışmalarını yoğunlaştıran Volterra'dır. Volterra tarafından ortaya atıldıktan sonra genel olarak kabul edilen görüşe göre; *manus* bir evlenme şekli değildi. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde inceleneceği üzere, Roma Hukuku'nda evlilik tek idi, kadın ve erkeğin *consensus*'ü ile kurulmaktaydı. Bir çeşit *adaptio* olan *manus*, kadının özellikle mameleki bakımından başka birisinin ailesine girmesiydi. *Manus*'un ve evliliğin tesis edilmiş şekilleri de farklıydı, şöyle ki, *manus*'u *usus* tesis ederken, evliliği *consensus* tesis ediyordu.⁷³ Çalışmanın bu bölümünde *manus*'un kuruluşu üzerinde durulacaktır.

Conventio in manum kurumu, kadını kocasının *familia*'sı içine alma amacıyla tesis edilmişti. *Manus* ile, kadın kendi babasının *patria potestas*'ından çıkıyor, müstakbel kocasının ya da kocasının babasının *patria potestas*'ı altına giriyordu. Ancak kadın üzerinde evlenmeden de *manus* kurulması mümkündü. Yine de hiçbir zaman, evlilik töreni ile *conventio in manum* arasındaki süre, bir yılı geçemezdi.⁷⁴ Bu konu ile ilgili olarak *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde, 2.139'u incelemekte fayda vardır:

Gaius, Inst. 2.139: “*Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conueniat, uel quae in manu fuit, nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua*”.

Gaius, Inst. 2.139: “Bir kimse vasiyetname yaptıktan sonra evli bir kadını *manus* altına alırsa ya da *manus*'u altında bulunan bir kadın ile evlenirse, her iki durumda da uygulanacak olan hükümler aynıdır: böylelikle kadın, kız aile evladı haline gelir ve *manus* altına alan kişinin yakın mirasçısı olur”.⁷⁵

⁷² Ayiter, *Roma Hukuku*, s. 8-9.

⁷³ Kaser, *Roman Private Law*, s. 239-240, Kudret Ayiter, *Klasik Roma Hukukunda “Dos”un Tesisi* No.128, Ankara, A.Ü.H.F.Y., 1958, s. 10; Somer, Pervin. “Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, 2: 155-180, s. 163-164.

⁷⁴ Emiroğlu, a.g.e., s. 40-41.

⁷⁵ Gaius, *The Institutes of Gaius*, edited by: W. M. Gordon - O. F. Robinson, London, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1997, s. 191.

Conventio in manum, üç şekilde yapılırdı. Bunlar; *confarreatio*, *coemptio* ve *usus* idi.⁷⁶ *Conventio in manum* ile ilgili olarak, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde (3.3.2.'de), “evlenme (*matrimonium*)” incelenirken yeniden açıklamalar yapılacaktır. Bu bölümde ise konu, kadının *patria potestas* altına alınışı ile ilgili olarak incelenmektedir.

Confarreatio, şekle bağlı dini bir merasim ile yapılırdı. *Confarreatio*, ismini buğdaydan önce kullanılan bir çeşit hububat olan *far*'dan ve karı-kocanın dini merasim sırasında birlikte yedikleri *panis farreus* adlı çörekten alırdı.⁷⁷ *Principatus* döneminin başlarından itibaren bu merasim önemini yitirmeye başladı. Hıritiyanlığın kabulü ile birlikte bu *conventio in manum* şekline başvurulmaz oldu.⁷⁸ Diğer bir *conventio in manum* şekli olan *coemptio*'ya göre koca, kadını köle durumuna düşmesine engel olacak belli bazı sözlerle satın alırdı. Bu, *mancipatio*'ya benzer şekilde yapılan hayali bir satışı.⁷⁹ *Coemptio* yapılırken kullanılan sözler belli kalıpta olduklarından, şekle bağlı sözler olarak nitelendiriliyorlardı. Zaman içinde karı-kocanın rızalarını beyan etmeleri daha ön plana çıkmış olsa da, *coemptio*, Klasik dönemde başvuru tek *conventio in manum* şekli idi. *Confarreatio*'dan farklı olarak *coemptio*'nun mutlaka evliliğin başında yapılması gerekmiyordu, evlilik sırasında da yapılabilirdi. Bu bilgi de, *manus*'un evlilikten farklı bir kurum olduğunun kanıtı idi, çünkü *coemptio* evlilik töreni sırasında yapılsa da, evlilik hükümlerini doğurmaya başlardı.⁸⁰ Diğer *conventio in manum* şekli olan *usus*'a göre ise, kocasının bir sene boyunca üzerinde *manus* tesis ettiği kadın, zamanaşımı yolu ile onun *familia*'sı içine girmiş olurdu. XII Levha Kanunu'na göre, aile ocağından üç gün ardarda ayrı kalan kadının, artık *usus* ile kocasının ailesine dahil olma durumu son bulmuş olurdu. Evliliğin devamına rağmen *manus* tesis etmek istemeyen kadın, bir yıl içinde üç gün evden ayrı kalarak, kendi rızası ile *manus*'un tesis edilmesine engel olabilirdi. *Usus*'un da, evliliği değil *manus*'u tesis etmesi, *manus* ve evliliğin ayrı kurumlar olduğuna işaret etti. Roma Hukuku'nda yalnızca *confarreatio*'da aynı anda evlilik akdinin yapılması ve kadının *manus* altına girmesi mümkündür.⁸¹

⁷⁶ Bonfante, a.g.e., s. 127-128; Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, New York, Oxford University Press, 1975, s. 83; Mario Talamanca, *Elementi di Dritto Privato Romano*, Giuffrè Editore, Milano, S.p.A, 2001., s. 73.

⁷⁷ Susan Treggiari, *Roman Marriage*, London, Oxford University Press: 2002, s. 21-22; Talamanca, a.g.e., s. 74.

⁷⁸ Di Marzo, a.g.e., s. 161; Treggiari, a.g.e., s. 24.

⁷⁹ Talamanca, a.g.e., s. 74.

⁸⁰ Treggiari, a.g.e., s. 26-27; Ayiter, Roma Hukuku ..., s. 17.

⁸¹ Treggiari, a.g.e., s. 18-19; Talamanca, a.g.e., s. 74.

Üzerinde *manus* tesis edilen kadına ait olan malvarlığı ise kocasının malvarlığına geçiyordu.⁸² Roma Hukuku'na göre, kadının *manus* altına alınması, evlat edinmenin sonuçlarını doğuruyordu. *Manus*'un tesis edilmesi ile kadının, kendi ailesi ile olan bağları kopmuş oluyordu ve kadın başkasının ailesine giriyordu. *Manus* altına alınan kadın ile çocukları arasında *agnatio* hısımlığı kurulmuş oluyordu.⁸³ Yukarıda bahsedilen üç şekilden biri ile *manus* altına giren kadın "*capitis deminutio minima*" adlı değişikliği geçirmiş oluyordu. Buna göre, kadının kişilik haklarında asgarî azalma meydana gelmiş oluyordu. *Manus*, kocanın ölümü ile ya da çalışmada daha sonra incelenecek olan *emancipatio* ile sona eriyordu.⁸⁴

C. *Patria Potestas*'in Sona Ermesi

Patria potestas'in doğal yolla sona ermesi, aile babasının ölümü ile olurdu. Baba egemenliği altındaki çocuklar, aile babasının ölümünden sonra *sui iuris* durumuna gelirdi. Baba egemenliğinin hukuki işlemlerle sona ermesi ise şu durumlarda mümkündü: 1) Şekle bağlı bir işlem olan *emancipatio* ile aile evladının baba egemenliğinden çıkarılıp *sui iuris* olması durumunda, 2) Önceki bölümlerde incelemiş olup aşağıda *capitis deminutio* incelenirken tekrar kısaca ele alacağımız *adrogatio*'yu da içine alan *adoptio* işlemiyle, yani önceden başka bir baba egemenliği altında olan bir aile evladının evlat edinme işlemi sonucunda farklı bir Roma ailesine dahil edilmesiyle, 3) Yukarıda 3.2.2. bölümde incelediğimiz, evli kadın üzerinde *manus* kurulmasıyla ya da *manus* altına girmiş olan kadının *manus*'tan çıkarılıp, önceden var olan baba egemenliğinin sona ermesiyle 4) *Iustinianus* devrinde, baba egemenliğine sahip olmanın verdiği geniş yetkiyi kötüye kullanan aile babalarına, egemenlik hakkının ellerinden alınması cezası verilmesiyle. Aile evladından kaynaklanan sebepler dolayısıyla *patria potestas*'in sona ermesi ise, şu durumlarda da meydana gelirdi: Aile evladının ölmesi, aile evladının özgürlüğünü ya da vatandaşlığını kaybetmesi, aile evladının önemli bir devlet görevine (memuriyet) hak kazanması.⁸⁵ *Patria potestas*'in diğer bir sona erme durumu ise, yine aşağıda ayrıntılı olarak incele-

⁸² *Manus*'lu evlilikte karının tüm malları kocaya geçirdi, bu mallardan ayrı olarak bir de kocaya, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan *dos* verildi. *Manus*'lu evlenecek olan kadın, evlenmeden evvel baba egemenliği altındaysa, malvarlığı bulunmamaktaydı, bu sebeple, baba egemenliği altında bulunan kadın için *dos* tesis edilmesi ihtiyacı daha fazla hissedilmekteydi. *Manus*'suz evliliklerde ise karının ve kocanın malvarlığı ayrıydı. Kadın, baba egemenliği altındaysa, ayrı bir malvarlığı da olmadığından, kocanın tek başına tüm ev masraflarını üstlenmesi hakkaniyet açısından uygun olmadığından, kadın için *dos* tesis edilmesi ihtiyacı yine kuvvetle hissedilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayiter, *Roma Hukuku* ..., s. 15.

⁸³ Gardner, *Family and Familia* ..., s. 40.

⁸⁴ Di Marzo, a.g.e., s. 162; Treggiari, a.g.e., s. 28-29.

⁸⁵ Gardner, *Being a Roman* ..., s. 63; Alan Watson, *Roman Law and Comperative Law*, Athens, University of Georgia Press, 1991, s. 35; Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 166-167; Selek, a.g.m., s. 231; Prichard, a.g.e., s. 126-127.

necek olan *capitis deminutio*'dur. *Capitis deminutio*, kısaca “kişilik haklarının azalmaya uğraması” anlamına gelir. *Capitis deminutio*, baba egemenliğinin sona ermesi ile ilgili olarak; aile babasının özgürlüğünü ya da Roma vatandaşlığını kaybetmesi ya da bu çalışmada daha önce incelemiş olduğumuz *adrogatio* ile başka bir aile babası tarafından evlat edinilmesi durumunda söz konusu olur.⁸⁶ Aşağıda, *patria potestas*'ın sona erme hallerinden *emancipatio*'nun ve *capitis deminutio*'nun, *patria potestas*'ın diğer sona erme hallerinden daha ayrıntılı olarak incelenmesi tarafımızca uygun görülmüştür.

a. *Emancipatio*

Emancipatio işlemi ile bir aile babası, kendi egemenliği altındaki aile evladı üzerindeki egemenlik hakkından vazgeçmekteydi. *Emancipatio* ile baba egemenliği altından çıkan kimse bundan böyle *sui iuris* olurdu.⁸⁷ Roma Hukuku, aile babasına egemenliği altındaki kimseleri doğrudan doğruya *familia*'dan çıkarma yetkisini vermez. Ancak bu yetki aile babasına, şekil kurallarına bağlı bir takım işlemler vasıtasıyla yani dolaylı bir yoldan tanınmıştı. Şöyle ki, XII Levha Kanunu'nda, kötü davranışlara maruz kalmış kız çocuğu ve erkek çocuğu aile babasının hakimiyetinden kurtarmak için, aile babası tarafından üç kez satılan erkek çocuğun ve bir kez satılan kız çocuğun *sui iuris* olacağı kabul edilmişti.⁸⁸ O halde, XII Levha Kanunu'na göre, aile babası erkek olan aile evladını üç kere satarsa, artık bundan sonra aile evladı baba egemenliğinden kurtulmuş olurdu.

İlk olarak rahip hukukçular tarafından uygulanmaya başlanan, şekli bir hukuki işlem olan *emancipatio* ve aşamaları, *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinden edindiğimiz bilgiye göre şöyledir:

Gaius, Inst. I.132: “Bundan başka, çocuklar baba egemenliğinden *emancipatio* ile de çıkarlar. Erkek evlat baba egemenliğini üç adet *mancipatio* işlemi sonrasında terk eder; öte yandan diğer çocuklar yani kız ya da erkek fark etmeksizin torunlar ve kız evlat ise yalnızca bir *mancipatio* işlemi sonunda baba egemenliğinden çıkmış olurlar; XII Levha Kanunu'nda, erkek evlat için söz konusu olan *mancipatio* işlemi şöyledir: ‘Eğer bir aile babası, erkek aile evladını üç kez satırsa çıkarırsa erkek aile evladı baba egemenliğinden kurtulur’. Bu süreç şöyledir: Aile babası erkek aile evladını, anlaşmış olduğu bir kimseye satar ve *mancipatio* ile devreder. Aile evladını *mancipium*'u (hakimiyeti) altın-

⁸⁶ Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 126 ve s. 167.

⁸⁷ Kaser, *Roman Private Law*, s. 263; Hadley, a.g.e., s.127.

⁸⁸ Watson, *Society and Legal ...*, s. 24; Berki, *Roma Hukuku*, s. 150.

da bulunduran alıcı ise, aile evladını değnek ile azat eder ve bu işlem ile aile evladı yeniden baba egemenliği altına girer. Aile evladının kendi aile babası, ikinci kez aile evladını genellikle aynı kimseye ya da bazen başka birine *mancipatio* ile satar ve devreder. Alıcı yeniden aile evladını değnek ile azat eder ve bu işlem ile aile evladı yine kendi baba egemenliği altına ikinci kez geri dönmüş olur. Aile babası, aile evladını üçüncü kez *mancipatio* ile genellikle aynı kimseye ya da bazen başka birine satar ve devreder. Artık bu son *mancipatio* işlemi ile, aile evladı henüz azat edilmemiş olup, yine de bir çeşit *mancipium* altında olmasına rağmen, aile evladı üzerindeki esas baba egemenliğinin artık sona ermiş olduğu kabul edilir...⁸⁹

Zaman içinde şekli işlemlerin önemini yitirmesi ve hukuki hayatta pratikliğe ihtiyaç duyulması sebebiyle, hazır bulunmayan aile evlatlarının da baba egemenliğinden çıkarılabilmeleri mümkün hale gelmişti. Klasik Sonrası dönemde *emancipatio*, İmparator *Anastasius*'un bir emirnamesine göre, *rescriptum*⁹⁰ ile ya da *Iustinianus* hukukuna göre mahkeme karşısında beyanda bulunma yolu ile yapılırdı. *Iustinianus* zamanında aile evladını egemenliğinden çıkarmak isteyen bir aile babası, aile evladı ile birlikte yetkili *magistra*'ya giderek bu istemini bildirebilirdi. Burada aile evladının rızası şart koşulmuştu. Bu istem üzerine *magistra* sözlü beyanıyla aile evladını baba egemenliğinden çıkarılabiliyordu. Birinci *emancipatio* şekline, *emancipatio Anastasiana*, doğu eyaletlerinde sık uygulandığı kaynaklardan anlaşılan ikinci *emancipatio* şekline ise, *emancipatio Iustiniana* denirdi.⁹¹

Son azat etme sonrasında, aracı kimseye yediemin olarak güvenilmesine rağmen, bu durum, aracı kimsenin baba egemenliğine benzer haklar elde etmesinden dolayı sakınca doğuyordu. Bunun üzerine yediemin için, son *mancipatio*'dan sonra aile evladını azat etmeyip, *mancipatio* işlemi ile eski *pater*

⁸⁹ *Gaius, Inst. 1.132: "Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentium potestate: lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: 'si pater ter filium uenum duit, a patre filius liber esto'. eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum uindicta manumittit: eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur) eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii ...". Bkz.: Gordon-Robinson, a.g.e., s. 87-88.*

⁹⁰ *Rescriptum*'un karşılığı olarak, "mütalaa" kelimesi uygun gelmektedir. Şöyle ki, bir hukuki sorun mevcut olduğunda, bu sorunun tarafları ya da yetkili *magistra*, imparatorun görüşünü talep edebilirdi. İmparatorun otoritesine dayanan bu görüşler *rescriptum* olarak, yazıtlar ile ve papiruslar ile günümüze dek ulaşabilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebicin, *Roma Hukuku*, s. 72.

⁹¹ Koschaker, a.g.e., s. 333-334; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 64; Selek, a.g.m., s. 231-232.

familias'a geri verme zorunluluğu getirildi. Üçüncü *mancipatio*'dan sonra ise baba egemenliği sona ererdi ve aile evladı artık *sui iuris* olurdu. Koschaker'e göre, son *mancipatio* işlemi ile aile evladı artık babasının egemenliğine dönmezdi, *persona in mancipio* olurdu ve aile babası tarafından bu durumda serbest bırakılırsa, artık *sui iuris* olurdu.⁹² O halde özet olarak, birinci ve ikinci azat etme işleminden sonra aile evladı baba egemenliğine tâbi olmaya devam ederdi, ancak üçüncü azat etme işlemi ile baba egemenliği sona ererdi. Üçüncü kez azat edilme ile, önceden *in mancipio* durumunda olan aile evladının, bundan böyle *ex mancipi* durumuna geçmiş olduğu kabul edilirdi. Yani artık aile evladı *sui iuris* hale gelirdi. Kız evlatların ve torunların *emancipatio* ile baba egemenliğinden çıkarılmaları için yalnızca bir kez *mancipatio* ile satılmış olmaları yeterli idi.⁹³

Emancipatio işlemine tâbi olan kimse, artık eski ailesinden çıkmış olurdu. Roma Hukuku'nun en eski devirlerinde *emancipatio*, aileden kovulma olarak nitelendiriliyordu ve çocuk aileden tamamen çıkmış kabul ediliyordu. *Emancipatio*'ya başvurma nedenlerinden biri de aileye ait malvarlığın küçülmemesini bu yolla sağlama çabasıydı. Şöyle ki, *pater familias*'ın ölümüyle birlikte, zirai faaliyetlerin üzerinde gerçekleştiği aileye ait taşınmazların, aile bireyleri arasında çok fazla bölünmesini önlemek için, *pater familias*'a, *emancipatio* yoluyla diğer aile evlatlarını aileden çıkartarak tek bir mirasçı bırakma olanağı tanınmıştı.⁹⁴ *Emancipatio*, aileden çıkarılan aile evladının karısı ve çocuklarından oluşan kendi ailesini kapsar şekilde yapılmamışsa, onun kendi çocukları ve karısı ile olan hukuki bağı kesilmiş sayılıyordu. Aileden çıkarılan aile evladı *sui iuris* hale gelirdi, eski ailesi ile olan *agnatio* hısımlığı sona ermiş olurdu, dolayısıyla eski ailesi ile ilgili vesayet ve miras haklarını kaybederdi. Klasik dönemden başlayarak *emancipatio* ile doğan ağır ve haksız sonuçlar, *praetor*'ların çalışmalarıyla düzeltilmeye başlandı. *Iustinianus* zamanında *emancipatio* ile aileden çıkarılan kimse, artık kendi çocuklarından büyük baba yanında kalanların *agnat*'ı olmaktan çıkmış kabul edilirdi, ancak *cognat*'ı olmaya devam ederdi. Yani, aile evladının eski ailesi ile olan hukuki bağı sürüyordu. *Ius praeorium*'a göre, *cognatio*'ya dayanan miras hakkı kabul edildiğinden, *emancipatio*'ya tâbi tutulan çocuk ve eski ailesi karşılıklı olarak birbirlerinin mirasçısı olabiliyorlardı. Baba ile birlikte çocuklarının da *emancipatio*'ya tâbi olduğu durumlarda ise, artık çocuklar da baba egemenliğinden çıkarlardı ve kendi babalarının egemenliği altında olmaktan da kurtulmuş olurlardı.⁹⁵

⁹² Koschaker, a.g.e., s. 333; Hadley, a.g.e., s.127.

⁹³ Berki, *Roma Hukuku*, s. 150; Alan Watson, *Roman Law & ...*, s. 35.

⁹⁴ Frier/McGinn, a.g.e., s. 316; Karadeniz, "Aile (Roma Hukukunda)", s. 458.

⁹⁵ Koschaker, a.g.e., s. 334; Gardner, *Being a Roman ...*, s. 66-67; Berki, *Roma Hukuku*, s. 150.

Pater familias'ın ölümü ile, erkek çocukların bundan böyle *pater familias* statüsünü kazandığını belirtmiştik. Aile babası ölünce, *pater familias* statüsünü kazanan bir kimsenin kendi çocukları (ölenin torunları) varsa, artık onlar bundan böyle kendi babalarının egemenliğine dahil olurlardı. Kendi babaları sağ ise, ölenin torunlarının *alieni iuris* statüsü devam ederdi. Ölen kimsenin, kendi babaları daha önceden ölmüş olan torunları varsa, bunlar artık baba egemenliğine sahip dedelerinin yani *pater familias*'ın ölümü ile *sui iuris* durumuna geçerlerdi.⁹⁶

Emancipatio'nun, aileden çıkarılan kimse açısından, bir ceza mı yoksa bir ayrıcalık niteliği mi taşıdığı sorusu akla gelebilir. Ne yazık ki, kaynaklara göre bu sorunun cevabına ulaşmak zordur. *Emancipatio* ile aileden çıkarılan çocuğun babasının, genellikle ona destek olma amacıyla bir miktar *peculium*⁹⁷ verdiği bilinmektedir. Örneğin D.39.5.31.2 incelendiğinde, aile babasının egemenliği altındaki kızına önceden vermiş olduğu bir miktar köleyi, *emancipatio*'dan sonra geri almamış olduğu, yani, geçmişe etkililik arz eden bu hediyeğin geri alınamaz olduğu görülmektedir. Bu hareketin, ya babanın kızı için bir nezaket belirtisi olabileceği, ya da *emancipatio*'yu aileden çıkarılan çocuk için yaşanabilir kılmak için yapılmış asgarî destek olabileceği, hukukçular arasında tartışılmıştır. Tartışılan diğer bir nokta, baba egemenliği altındaki birçok aile evladının, *patria potestas*'tan bu yol ile kurtulma şansını hoş karşılayabileceğidir. Günümüze kadar ulaşabilen çeşitli hukuki ve edebi kaynaklarda anlatıldığı üzere, aile babaları, sıklıkla aile evlatlarının anneleri olan eski eşleri tarafından bırakılan vasiyetnamelerde yer alan, "Eğer evladını egemenliği altından çıkarıp özgür bırakırsa, aile babası *Sempronius*'a 100.000 sesterzlik miras bırakıyorum" gibi şartlar doğrultusunda *emancipatio* yapmaya zorlanıyorlardı.⁹⁸

⁹⁶ Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 166.

⁹⁷ Kelime anlamı "az miktar para ya da küçük mamelek" olan *peculium*, Roma Hukukunda hukuki bir kurum olup, "aile babasının, ya da efendinin, aile evladına ya da kölesine, bağımsız olarak yönetmek ve işletmek üzere verdiği bir miktar para ya da mamelek" olarak ifade edilirdi. *Peculium*'un konusu ticari bir işletme, para, arazi, köle, hayvan, bina olabilirdi. Bazı hukukçulara göre, aile babasının üçüncü kişiden olan alacağı da *peculium* olarak verilebilirdi. Aile babasının vermiş olduğu *peculium*'un, çalışma konumuz bakımından dikkate değer olan özelliği şudur: *Peculium* verilmesinin, aile babasının iznine bağlı olduğu şüphesizdir. Ancak aile babasının, bu konudaki iradesini açıkça belirtmesinin şart olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kaynaklar incelendiğinde görüldüğü üzere, İmparator *Hadrianus* zamanında *peculium*, aile babasının örtülü iradesi ile tesis edilebiliyordu. Aile babasının ya da efendinin, aile evladının ya da kölenin iktisap ettiği malları kullanmasına izin vermesi durumu, *peculium*'un tesis edilişi olarak yorumlanıyordu. İlerleyen zamanda, baba egemenliği altındaki bu kimselerin aile babasının malları ile ilgili olan iktisaplarının *peculium* olarak değerlendirilebilmesi için, aile babasının açık ve şekle bağlı olan irade beyanında bulunması şartı aranır oldu. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Özcan Karadeniz, "Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi", *A.Ü.H.F.D.*, 1968, Cilt XXV, Sayı 3-4: 179-194, s. 179 ve s. 182 -183; Berger, a.g.e., s. 624.

⁹⁸ Frier/McGinn, a.g.e., s. 316; Gardner, *Being a Roman ...*, s. 60; Watson, *Society and Legal ...*, s. 25.

b. *Capitis Deminitio*

Roma Hukuku'nda *capitis deminitio*, kişilerin statüsünün değişmesi anlamına gelir. Latince olan “*caput*” kelimesi “baş” anlamına gelmekle birlikte hukuki terim olarak “şahıs” anlamında kullanılmaktadır. “*Caput*” kelimesi, şahıs olabilmek için gerekli olan hukuki ehliyet için de kullanılıyordu.⁹⁹ Latince “*deminutio*” kelimesi ise bir şeyin eksilmesi, değişmesi anlamına gelir. *Capitis deminitio*'nun Türkçedeki tam karşılığı “başın eksilmesi”dir. Roma Hukuku'nda *capitis deminitio* terimi ile asıl kastedilen, “*status*”teki değişiklik yani “kişilik durumunun değişmesi”dir. Yani, Roma vatandaşı olan bir kimsenin vatandaşlık hakkını kaybetmesi, ya da baba egemenliği altında olmayan birinin baba egemenliği altına girmesi, ya da hür bir insanın köle haline gelmesidir. Roma'da şahıs olabilmek için gerekli olan hukuki durum, “*status*” kelimesiyle ifade edilirdi. Roma Hukuku'nda bir şahsın sahip olduğu kanuni haklar onun *status*'ünü tayin ediyordu. Ancak Roma'da herkesin *status*'ü aynı değildi. Roma Hukuku'na göre üç çeşit statü bulunuyordu ve *capitis deminitio* da üç şekilde yapılabilirdi: 1. *Capitis deminitio maxima* 2. *Capitis deminitio media* 3. *Capitis deminitio minima*. *Gaius'un Institutiones* adlı eserinde (*Gai. Ins.* 1.159), *capitis deminitio* için, “statü kaybı” ifadesini kullanılmıştır ve bu durum “*prioris status permutatio*” yani “önceki durumun değişmesi” olarak açıklanmıştır.¹⁰⁰

Roma Hukuku'nda, bir kimsenin hukuken “şahıs” olarak nitelendirilebilmesi için yani bir kimsenin hak ehliyetine sahip olabilmesi için üç koşul gerekiyordu. Bunlar; özgür olmak, Roma vatandaşı olmak ve baba egemenliği altında bulunmamaktır.¹⁰¹ Buna göre, hak ehliyetiyle ilgili olarak bir kimsenin hukuki durumunun, üç açıdan değerlendirilmesi gerekiyordu. Bunlar: *Status libertatis* (özgürlük durumu), *status civitatis* (vatandaşlık durumu), *status familiae* (aile durumu) idi.¹⁰²

⁹⁹ Burdick, a.g.e., s. 184; Hadley, a.g.e., s. 108.

¹⁰⁰ Koschaker, a.g.e., s. 88; Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, s. 32; Di Marzo, a.g.e., s. 57-58; Voci, a.g.e., s. 87; Burdick, a.g.e., s. 199; Gordon-Robinson, a.g.e., s. 103; Schulz, a.g.e., s. 72.

¹⁰¹ Kaser, *Roman Private Law*, s. 64.

¹⁰² *Status libertatis*, bir kimsenin özgür olma durumu ya da köle olma durumundan hangisi kapsamına girdiğini ifade eder. Roma'da yalnızca özgür kimseler hak ehliyetine sahiptiler. *Status civitatis* ise, özgür bir kimsenin Roma vatandaşı ya da yabancı olması durumudur. Roma yurttaşları hak ehliyetine sahip olabiliyordu ancak yabancılar aslen hak ehliyetine sahip olamıyorlardı. *Status familiae* (aile durumu) ise, Roma yurttaşlarının aile içinde ya da baba egemenliği altında bulunması (*alieni iuris* olması, başkasının hukukuna tâbi olması) ya da baba egemenliği altında bulunmaması (*sui iuris* olması, kendi hukukuna tâbi olması) durumudur. *Sui iuris* olanlar hak ehliyeti sahibiydiler ancak *alieni iuris*'in aslen hak ehliyetleri bulunmazdı, bunların sınırlı hak ehliyetleri olduğundan bahsedilirdi. *Alieni iuris*'lerin özel hukuk alanında tam ehliyetliler gibi hakları bulunmazdı yani özel hukuk bakımından bunlar tam olarak şahıs sayılmıyorlardı, ancak kamu hukuku alanında *sui iuris*'ler ile aynı haklara sahiptiler. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelebican, *Roma Hukuku*, s. 126-127.

Capitis deminitio maxima, status libertatis'in değişmesi idi. Özgür bir kimsenin savaşta esir düşmesi sonucunda *capitis deminitio maxima* söz konusu olurdu. *Capitis deminitio maxima*, statüdeki kayıpların yani haklardaki azalmanın en fazla oranda yaşandığı *capitis deminitio türüydü*.¹⁰³ *Capitis deminitio media, status civitatis*'in değişmesiydi. Örneğin, bir Roma vatandaşının Latin vatandaşlığına geçmesiyle ya da bir kimsenin işlediği suç sebebiyle cezalandırılmasına bağlı olarak, ya da sürgüne gönderilmesi üzerine Roma vatandaşlığından çıkarılması sonucunda, *capitis deminitio media* söz konusu olurdu. Roma hukukçularının *capitis deminitio* olarak genellikle kastettiği ise, *capitis deminitio minima* yani *status familiae*'deki değişikliklerdir. Örneğin evli bir kadının üzerinde *manus* kurulması, ya da başkasının egemenliği altında olmayan birinin evlat edinilmesi durumlarında, aile durumunda değişiklik sonucunda *capitis deminitio minima* söz konusu olurdu.¹⁰⁴ Evlenme ile kadının üzerinde *manus* kurulması dışında *capitis deminitio minima* genellikle, *adoptio* ya da *adrogatio* ile evlat edinme ya da *emancipatio* sonucunda meydana gelirdi. Bu durumların bazıları bize, kişilerin mevcut statülerinin kayba uğraması gibi gözükmemektedir. Ancak esasen her bir durumda, kan bağına dayanan aile bağları bozulmaktadır ve sahip olunan haklarda kayıp meydana gelmektedir. Şöyle ki, Roma'nın ilk devirlerinde, evlat edinilen erkek çocuk, artık öz ailesinin bir ferdi olmaktan çıkardı ve mirastan yararlanma haklarını kaybederdi. Ancak yeni ailesinde, kaybetmiş olduğu haklara karşılık gelen haklara sahip olurdu. Yine de öz ailesiyle bağı kopmasaydı elinde bulunduracak olduğu hakları kaybettiğinden, *capitis deminitio minima* söz konusu olurdu. Diğer yandan, babasının ölümü üzerine *sui iuris* olan erkek çocuk için *capitis deminitio* söz konusu değildi çünkü aile babasının ölümü sebebiyle çözülen ailenin üyesi olan çocuk, babanın ölümünden sonra da aynı ailenin üyesi olmaya devam ediyordu. Ayrıca aile babasının ölümü sebebiyle, bu çocuğun haklarında bir azalma olmazdı, dolayısıyla statüsü kayba uğramazdı ve kan bağına dayanan miras haklarını muhafaza ederdi.¹⁰⁵ Son olarak belirtmek gerekir ki, *capitis deminitio minima*, statü kaybına uğrayan kimsenin vatandaşlık haklarını etkilemezdi.¹⁰⁶

SONUÇ

Roma Hukukunda, Roma'nın şehir - devlet olarak kuruluş tarihi olan M.Ö. 753 yılından itibaren ortaya çıkan birçok hukuki kurum, zaman içinde az ya da

¹⁰³ Burdick, a.g.e., s. 205; Hadley, a.g.e., s. 108; Voci, a.g.e., s. 88.

¹⁰⁴ Rattigan, a.g.e., s. 47-48; Bonfante, a.g.e., s. 129-130; Koschaker, a.g.e., s. 88; Gardner, *Family and Familia* ..., s. 166.

¹⁰⁵ Schulz, a.g.e., s. 73; Nicholas, a.g.e., s. 96-97.

¹⁰⁶ Burdick, a.g.e., s. 205.



çok değişikliğe uğrayarak, günümüze kadar gelmiştir. İnsanlık tarihinde hiç şüphesiz aile kurumu, toplumun temel taşı olmakla her devirde önem taşımaktadır. Romalıların düşünce yapısında ise devletin varlığını sürdürebilmesi, tek tek Roma ailelerinin devamlılığına bağlı kılındığından, aile (*familia*) adeta Roma devletinin küçük bir modeli olarak nitelendirilmiş ve bu kurumu korumak için devlet tarafından yüzyıllarca özenle tedbirler alınmıştır.

Roma'nın siyasal dönemleri boyunca *familia*'nın (Roma ailesinin), Roma devletinin hem yükselişinde, hem de güç kaybedişinde etkili bir unsur olduğu konusunda hukukçular ve tarihçiler hemfikirdirler. Roma devletinin sağlamlığı, Roma ailesinin sağlamlığı ile doğrudan ilişkilendirilmiştir.

Roma'da “dar anlamda aile” ve “geniş anlamda aile” olmak üzere temelde iki tip aile anlayışı vardı. Roma Hukukunda, aile babası (*pater familias*) ve onun egemenliği altındaki kişiler, bağımsız bir topluluk olan, dar anlamdaki aileyi (*familia proprio iure*) oluştururlardı. *Familia proprio iure*'nin kapsamında; doğum, evlat edinme, baba egemenliği altına girme, *manus* altına girme gibi yollarla *patria potestas* altına giren kimseler bulunurdu. Ancak bazen *familia* kelimesi ile kastedilen, ortak soydan gelen kimselerin ya da ev halkının, evbirliği içindeki müşterek malları da içine alan, geniş anlamda aile (*familia communi iure*) kavramı olabilirdi. *Patria potestas*, öyle bir gücü ki, aile babası yaşadığı sürece onun yönetimi altında, ailenin insanlarını ve mallarını aynı seviyeye getirirdi.

Çalışmamızda incelenmiş olduğu üzere; Roma ailesinin (*familia*'nın), devletin (*civitas*'in) ilk oluşumundan başlayarak temel taşı oluşu, ancak Roma aile hukukunda aile babasının (*pater familias*'in) sahip olduğu yetkiler (*patria potestas*) ile, bahsettiğimiz önemi taşıyan Roma ailesi (*familia*) kavramının da önüne geçmiş olması, Roma hukukunun önemli kurumlarından olan *patria potestas* kurumunu esas olarak ele aldığımız “Roma Aile Hukukunda *Patria Potestas*” başlıklı bu çalışmayı meydana getirmemizin temel nedenidir.

Roma'da en eski aile biçiminin, birden çok aileden oluşan, *gens* (kabile) olduğu Roma kaynaklarından anlaşılmaktadır. *Gens* kapsamındaki ailelerin üyeleri, *gens*'in reisi olan, aynı babanın hakimiyetinde yaşarlardı. Yukarıda incelenmiş olduğu üzere, Roma'da evlilik kurumu, ailenin birinci derecede temelini teşkil edememektedir. Evlilik kurumuna ve aile kurumuna tesir eden güç, *patria potestas*'tır. Roma ailesinin üyeleri, aile babası (*pater familias*) ve onun mutlak hakimiyeti (*patria potestas*) altında olan kimselerdir. Ailenin reisi olan *pater familias* yani aile babası, Roma ailesindeki tek *sui iuris* idi. Romanın ilk zamanlarında, her Roma ailesinin kendine özgü bir dini olduğundan, her aile babası, aynı zamanda evin dini lideri sayılırdı. Aile reisinin hakimiyeti altında

olan ve aile çatısı altında toplanan kimseler ise, *alieni iuris*'ler olarak adlandırılırdı. *Alieni iuris*'ler, hak sahibi olamayan ve kendi hesaplarına iktisapta bulunamayan kimselerdi. Aile reisinin elinde bulundurduğu hakimiyet, hakimiyet altında bulunanlar açısından eş bir güçmüş gibi gözükse de aslen öyle değildi. *Patria potestas* aile babasına dört grup yetki sağlardı. Bunlar; ailenin içindeki kendisine tâbi kişileri *mancipatio* ile satma yetkisi, dilediğinde aile evlatlarının evlenmesine ve boşanmasına karar verme yetkisi, hakimiyeti altında bulunan bir *alieni iuris*'i hakimiyetten çıkararak *sui iuris* durumuna getirmeye ilişkin işlem olan *emancipatio*'yu ya da evlat edinmeye ilişkin işlem olan *adoptio*'yu ve daha şekilci bir işlem olan *adrogatio*'yu, ya da nesebin düzeltilmesine ilişkin işlem *legitimatio*'yu yapma yetkisi ve belli bir dönemde sözkonusu olmuş yaşama ve ölüm kararı verme yetkisi (*ius vitae ac necisque*) idi. Kadının baba hakimiyeti altına alınması için yapılan hukuki işlem ise "*Manus (conventio in manum)*" idi. *Manus*'un ve evliliğin tesis ediliş şekilleri farklıydı; *manus*'u *usus*, evliliği *consensus* tesis ediyordu. *Manus*'un kurulması yani *conventio in manum*, üç şekilde yapılırdı; *confarreatio*, *coemptio* ve *usus*.

Roma'nın aksine modern toplumlarda ve ülkemizde dar anlamda aile, hakimiyet esasına değil, evlilik esasına dayanmaktadır. Aileyi koruyan en temel hukuki düzenlemeler ülkemizde Anayasa'da ve Türk Medeni Kanununun ikinci kitabında "Aile Hukuku" başlığı altında yer almaktadır. Bunun yanı sıra aileyi doğrudan ve dolaylı olarak koruyucu çeşitli hükümlere ilgili kanunlarda ayrıca rastlamak mümkündür.

Bugün artık Aile Hukukunda, Roma Hukukundaki babanın hakimiyeti (*patria potestas*) esasından ve bunun etkilerinden tamamen ayrılmış, eşlere eşit haklar tanınmıştır.

KAYNAKÇA

Genel Eserler

- Acabey, Mehmet Beşir. *Soybağı*, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2002.
- Akıntürk, Turgut. *Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, Cilt: 2, Dokuzuncu Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004.
- Ayiter, Kudret. *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku*, İkinci bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (A.Ü.H.F.Y.), 1963.
- Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953.
- Berki, Şakir. *Roma Hukuku*, Ankara, 1949.
- Bonfante, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1987.
- Buckland, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law*, New York, The Macmillan Co., 1931.
- Burdick, W. L., *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law*, New York, 1938.
- Çelebican, Özcan Karadeniz, *Roma Hukuku*, onsekizinci bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.
- Di Marzo, Salvatore. *Roma Hukuku*, Çev.: Ziya Umur, İkinci basım, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (İ.Ü.H.F.Y.), 1959.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku - Cilt III - Aile Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.
- Emiroğlu, Haluk. *Roma Hukukunda Kadının Durumu*, Ankara, 2003.
- Frier, Bruce W. / McGinn, Thomas A.J., *A Casebook on Roman Family Law*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Gardner, Jane F. *Being a Roman Citizen*, New York, Routledge, 2005.
- Gardner, Jane F. *Family and Familia in Roman Law and Life*, United States, Oxford University Press, 1998.
- Gözübüyük, Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 39. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- Grubbs, Judith Evans. *Women and the Law in the Roman Empire*, New York, 2002.
- Guarino, Antonio. *Dritto Privato Romano*, Dodicesima Edizione, Napoli, 2001.
- Hadley, James. *Introduction to Roman Law*, Colorado, Rothman & Co., 1996.
- Harris, William V. *The Roman Father's Power of Life and Death, Studies in Roman Law in Memory of A. Arthur Schiller*, Ed.: Roger S. Bognall and William V. Harris, Netherlands 1986.
- Honig, Richard. *Roma Hukuku Dersleri*, Çev.: Şemseddin Talip, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1935.
- Kaser, Max. *Roman Private Law*, Translated by: Rolf Dannenbring, Durban, Butterword & Co. Ltd., 1965.

- Kaser, Max. *Das Römische Privatrecht*, München, 1955.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.
- Koschaker, Paul. *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, Çev.: Kudret Ayiter, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.
- Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim. *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.
- Lee, R. W. *The Elements of Roman Law*, London, Sweet & Maxwell Limited, 1956.
- Mayer-Maly, Theo. *Römisches Recht*, Wien, New York, Springer, 1999.
- Muirhead, James. *Historical Introduction to the Private Law of Rome*, Third edition, London, A. & C. Black, Ltd., 1916.
- Muirhead, John Spencer. *An Outline of Roman Law*, London, William Hodge and Company Limited, 1947.
- Nicholas, Barry. *An Introduction to Roman Law*, New York, Oxford University Press, 1975.
- Oğuzoğlu, Cahit. *Roma Hukuku*, Ankara, A.Ü.H.F.Y., 1959.
- Okandan, Recai G. *Roma Âmme Hukuku*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1944.
- Paribeni, Roberto. *Roma Ailesi*, Çev.: Şemseddin Talip, İstanbul, A. İhsan Basımevi, 1935.
- Prichard, A. M. *Leage's Roman Private Law*, London, MacMillan & Co. Ltd., 1964.
- Rattigan, W.H. *Jural Relations; or the Roman Law of Persons as a Subject of Jural Relations: Being a Translation of the Second Book of Savigny's System of Modern Roman Law*, London, 1884.
- Sanfilippo, Cesare, *Istituzioni di Diritto Romano*, Rubbettino editore, Decima Edizione, 2002.
- Schulz, Fritz. *Classical Roman Law*, Oxford: Oxford Clarendon Press, 1969.
- Schwarz, Andreas. *Roma Hukuku Dersleri*, Çev.: Türkan Rado, C. 1. İstanbul, İ.Ü.H.F.Y., 1963.
- Talamanca, Mario. *Elementi di Dritto Privato Romano*, Milano, Giuffrè Editore, S.p.A, 2001.
- Treggiari, Susan. *Roman Marriage*, London, Oxford University Press, 2002.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1999.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.
- Ventura, Mişon. *Roma Hukuku*, C. 1, İstanbul, Ahmed İhsan Matbaası Ltd., 1934.
- Voci, Pasquale. *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Quinta Edizione, Milano, 1996.
- Watson, Alan. *Roman Law & Comparative Law*, Athens, University of Georgia Press, 1991.
- Watson, Alan. *Society and Legal Change*, Second edition, Philadelphia, Temple University Press, 2001.

Makaleler

- Bierkan, Andrew T. / Sherman, Charles P. / Stocquart, Emile. "Marriage in Roman Law", *The Yale Law Journal*, 1907, 16, 5: 303-327.
- Karadeniz, Özcan. "Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi", *A.Ü.H.F.D.*, 1968, XXV, 3-4: 179-194.
- Montmorency, J.E.G. de. "The Registration of Marriage Under Mediaeval Roman Law", *Journal of the Society of Comparative Legislation, New Series 14*, 1914.
- Paribeni, Roberto. "Roma Hukukunda Aile Kurumu", *İ.Ü.H.F.M.*, 1935, 1,1:79-96.
- Pugliese, Giovanni. "Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış", Çeviren: Ziya Umur, *İ.Ü.H.F.M.*, 1956, XXII: 339-349.
- Rado-Basman, Türkân. "Eski Roma Hukukunda Bazı Evlenme Şekilleri", *İ.Ü.H.F.M.*, 1942, VIII, 1-2: 530-544.
- Selek, Hulûsi. "Roma Hukukuna Göre Aile Müessesesi", *İzmir Barosu Dergisi*, 1936, 1-5: 214-232.
- Somer, Pervin. "Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, 2: 155-180.
- Watson, Alan. "Roman Private Law and the *Leges Regiae*", *The Journal of Roman Studies*, 1972, 62:100-105.

Yardımcı Kaynaklar

- Karadeniz, Çelebican. "Aile (Roma Hukukunda)", *Türk Hukuk Ansiklopedisi*, 1962, Cilt 1: 456-459.
- Gaius. *The Institutes of Gaius*, edited by: W. M. Gordon - O. F. Robinson, London, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1997.
- Iustinianus. The Digest of Justinian*, Edited by: Theodor Mommsen, Paul Krueger, Alan Watson, Philadelphia, Pennsylvania Press, 1985.
- Iustinianus. Institutiones*, Çev.: Ziya Umur, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1968.

İnternet Kaynakları

- <http://www.jstor.org> e.t. 08/01/2009
- <http://www.heinonline.org> e.t. 07/02/2009
- <http://www.archive.org> e.t. 21/11/2008

Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları^(*)

The Forms, Legal Characteristics and Consequences of the Contract of Guaranty

Arş. Gör. **Kemal ATASOY**^(**)

Öz

Sui generis sözleşmelerden biri olan garanti sözleşmesi bir kişisel teminat sözleşmesidir. Garanti sözleşmesinin bir türü olan üçüncü kişinin edimini üstlenme, 6098 sayılı TBK md. 128'de yer almıştır. Teminat amaçlı ve saf garanti şeklinde iki temel görünümü olan bu sözleşme türü kapsamında ilkinde asıl borç ilişkisinde alacaklının karşılaşacağı ekonomik bir riskin garanti veren tarafından üstlenilmesi söz konusudur. İkincisinde ise garanti alanı belirli bir davranışa yönlendirme amacıyla o davranıştan doğacak ekonomik risklerin üstlenilmesi konu edilir. Tek taraflı, şarta bağlı borç doğuran garanti sözleşmesi, ilk talepte ödeme kayıtlı sözleşmeler dışında tali borç doğuran bir sözleşmedir. TBK md. 603 uyarınca kişisel teminat sözleşmelerinin bağlı olduğu sıkı şekil şartlarına tabidir. Özellikle teminat amaçlı garanti sözleşmeleri, kefalet sözleşmelerine benzer olduğu kadar aralarındaki farklılıklar da göze çarpmaktadır. Kefilin borcu, feri ve sebebe bağlı iken; garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu asli ve soyut bir borç niteliğindedir. Garanti verenin borcunun hukuki akıbeti herhangi bir başka hukuki ilişkiye bağlı değildir. Garanti verenin asli edimi para edimi olup, asıl borç ilişkisinden doğan bir tazminat yükümlülüğü teknik olarak söz konusu değildir. Garanti verenin asıl borçluya rücu hakkı, aralarındaki sözleşmesel bir iç ilişki olması durumunda mevcuttur. Ek olarak, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde garanti veren rücu hakkını ileri sürebilir.

Anahtar Kelimeler

Kişisel Teminat, Garanti Sözleşmesi, Ekonomik Risk, Kefalet Sözleşmesi, Feri-Asli Borç.

Abstract

The contract of guaranty, which is sui generis contract, is a contract of personal guarantee. The engagement of third party's performance that is type of the contract of guaranty is provided in article 128 of Code of Obligation (CO). Warranty or pure guaranty are two types of this contract. Former is contract that a guarantor promises to compensate the economic risk of creditor in primary debt, latter contains promise to compensate the economic risk of warrantee's behaviour. The guarantor, which has one-sided, contingent obligation, has junior debt except the contracts payable upon first request. In the article 603 of CO, there is requirement as to form for contracts

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 05.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 15.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 06.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 19.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-Posta: kemalatasoy@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1604-3569>.



of personal guarantee. There are important differences between the contract of guaranty and surety. The obligation of surety is accessory and casual, at the other side the obligation of guarantor is primary and non-casual. The obligation of guarantor won't be bounded to another legal relationship. The primary obligation of guarantor is pecuniary but it's technically impossible to mention that an obligation of indemnity of primary legal relation. Guarantor may have right of recourse according to the contractual relation with primary obligator or the rules of negotiorum gestio and unjust enrichment.

Keywords

The Personal Guarantee, The Contract of Guaranty, Economic Risk, The Contract of Bailment, Accessory-Primary Obligation.

GİRİŞ

Türk hukukunda herhangi bir yasal düzenleme ile hüküm altına alınmayan garanti sözleşmesinin hukuki niteliği ve taraflarının hak ve borçlarının özelliklerini tespit etmek adına doktrin ve Yargıtay kararlarında çeşitli görüş ve kriterler ileri sürülmüştür. Şahsi teminatların bir türünü oluşturan garanti sözleşmesinin, teminat hukuku içerisindeki yeri bu nedenle oldukça tartışmalıdır. Ticari hayatın gereklilikleri doğrultusunda, pratikte önem kazanan garanti sözleşmesi, uzun yıllar kefalet sözleşmesinden ayırıştırılmaya çalışılmıştır. Uygulamada bir borç ilişkisinin varlığı olmaksızın, garanti alanı yalnızca belirli bir davranışa yöneltmek amacıyla verilen garanti taahhütlerinin yanı sıra, bankaların müşterilerinin alacaklısına karşı borcunu yerine getirmemesi halinde doğacak olan zararların giderilmesi amacıyla verilen garanti taahhütlerine de sıklıkla rastlanılmaktadır.

Çalışmamızda garanti sözleşmesinin sözleşmeler hukukundaki yerini belirli konular ışığında aydınlatmaya çalışacağız. İlk bölümde garanti sözleşmesine ilişkin doktrinde verilen tanımlarla birlikte üçüncü kişinin edimini üstlenme kurumu ile olan ilişkisini ele alacağız. İkinci olarak, garanti sözleşmesinin uygulamada en sık görülen türlerini inceleyeceğiz. Daha sonra garanti sözleşmesinin tespiti konusunda 6098 sayılı TBK ile getirilen değişikliklerle beraber hukuki özelliklerini ele alacağız. Bir sonraki bölümde ise başta kefalet sözleşmesi olmak üzere, benzer kurumlardan farklılıklarını inceleyeceğiz. Kefalet ile garanti sözleşmesi arasındaki ayrımın önemi doğrultusunda feri-asli borç ayrımını detaylı bir şekilde irdedeleyeceğiz. Çalışmamızın son bölümünde ise, sözleşmede belirlenen ekonomik riskin gerçekleşmesi halinde sözleşmenin doğuracağı hukuki sonuçları ele alacağız. Bu noktada garanti verenin asli borcu ve asıl borçluya karşı rücu hakkının varlığını inceleyeceğiz.

1. GARANTİ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Sözleşmenin Tanımlanması

Garanti sözleşmesinin yasal tanımına ne 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ne de mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda rastlanmaktadır.¹ Bu nedenle garanti sözleşmesinin tanımı hem Yargıtay içtihatlarında² hem de doktrinde farklı şekillerde yapılmıştır. Tarihi süreçte garanti sözleşmesinin ilk tanımı, Alman doktrininde *Stammeler* tarafından yapılmıştır.³ *Stammeler*'in tanımı şu şekildedir; '*Garanti mukavelesi ile bir kimse, başkasının kazanç kastı güden teşebbüsüne, bu teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını akdi ve ivazsız olarak yüklenmek suretiyle, yardım ve teşvik etmek gayesini güder*⁴ Söz konusu tanım, çeşitli eleştirilerle karşılaşmıştır. Bu eleştirilerin başında garanti sözleşmesinin sadece ivazsız değil, ivazlı olarak da yapılabileceği, ayrıca garantiyi kefaletten ayıran en önemli hukuki özelliği olan bağımsız bir borcun doğmasına değinilmemesi gelmektedir.⁵

TANDOĞAN, garanti sözleşmesinin türleri olan teminat amaçlı ve saf garantiyi kapsayıcı bir tanım yapmıştır. Yazara göre, garanti sözleşmesi, *garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine giriştiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti*

¹ Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki*, Ankara 1959, sayfa (s.)1. Fransız Medeni Kanunu md. 2321'de bağımsız garanti sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu hükme göre, 'Bağımsız garanti, garanti verenin, üçüncü kişinin borcuna yönelik olarak, ilk talepte veya kararlaştırılan hükümler çerçevesinde bir bedelin ödenmesi yükümlülüğü altına girmesidir.' Orijinal metin şu şekildedir; '*La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues*' Institut Français d'Information Juridique, www.droit.org (28.07.2019).

² 1969 tarihli Yargıtay (Yarg.) İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (İBK) yüksek mahkeme, garanti sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır; '*garanti mukavelesi, bir kimsenin fer'i olmayan bir mukavele ile başkasına bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir.*' Yarg. İBK. E.1969/4, K.1969/6, T. 11.06.1969, www.kazanci.com (20.07.2019) Bir başka Yargıtay kararında ise, '*Garanti sözleşmesinde garanti veren, lehtarın taahhüdünü yerine getirilmesi için üçüncü kişi muhabata fer'i nitelikte olmayan bir garanti vermektir. Tanım vermek gerekirse, garanti sözleşmesi; fer'i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki, garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almak demektir.*' Yarg. 11. Hukuk Dairesi (HD), E. 1985/4169, K. 1985/ 5613, T. 15.10.1985, www.kazanci.com (20.07.2019).

³ Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963, s. 6; Emin Can Kahyaoğlu, *Banka Garantileri*, Beta Yayınları, İstanbul 1996; s. 4, Melek Bilgin Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 20; Tandoğan, *Garanti*, s. 6.

⁴ Rudolph Stammeler, *Der Garantievertrag*, Archiv für die civilistische Praxis, C. 69, S. 1, Mohr Siebeck, Tuebingen 1886, s. 3-4.

⁵ Tandoğan, *Garanti*, s. 8-9; Yüce, a.g.e., s. 20; Reisoğlu, *Garanti*, s. 7 vd.

veren bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı sözleşmedir.⁶ REİSOĞLU ise, garanti sözleşmesini “Garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz gelme etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile müstakil olarak bir teşebbüsün tehlikesini üzerine alır.” şeklinde tanımlamıştır.⁷ EREN’e göre garanti sözleşmesi, “garanti verenin bir ivaz elde etme kastı olmaksızın garanti alanı, bir teşebbüse sevk etmek amacı ile teşebbüsün tehlikesini üzerine aldığı sözleşmeler” olarak tanımlanmaktadır.⁸ Mehaz İsviçre hukukunda da garanti sözleşmesi, ana hatlarıyla benzer bir tanımla ortaya konmuştur. İsviçre hukuku doktrinindeki baskın tanıma göre;⁹ “Garanti sözleşmesi, bir tarafın üçüncü bir kişinin üstlendiği edimi ifa edeceğini ya da belirli bir davranışta bulunacağını karşı tarafa taahhüt ettiği ve söz konusu ifanın veya davranışın gerçekleşmemesi durumunda zararı karşılama yükümlülüğü altına girdiği bir sözleşmedir.”

B. Üçüncü Kişinin Edimini Üstlenme ile İlişkisi

Garanti sözleşmesi, 6098 sayılı TBK’da herhangi bir yasal düzenlemeyle hüküm altına alınmamıştır. Bu sözleşme türünün yasal dayanağını bulabilmek için TBK madde (md.) 128’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme ile garanti sözleşmesi arasındaki bağın incelenmesi gerekmektedir. Üçüncü kişinin edimini üstlenmenin düzenlendiği TBK md. 128 hükmüne göre; “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.”

Bu yasa hükmünün tarihsel kaynağına ulaşabilmek için mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) md. 111 ve Fransız Medeni Kanunu md. 1203 ve devamı (vd.) hükümlerini incelemek gereklidir. ‘Üçüncü kişinin ediminin teminatı’ başlıklı mehaz İsviçre Borçlar Kanunu md. 111’e göre;¹⁰ “Üçüncü kişinin bir edimini ifa

⁶ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt (C.) II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 809.

⁷ Reisoğlu, *Garanti*, s. 9.

⁸ Fikret Eren, *6098 Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 1107.

⁹ Philippe Meier, *Du cautionnement*, Code des Obligations I Commentaire Romand, Codes des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, Editörler: Luc Thévanoz / Franz Werro, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2012, s. 2887, N. 21; Pierre Tercier/ Laurent Bieri/ Blaise Carron, *Les Contrats Spéciaux*, Schulthess éditions romandes, Zürich 2016, N. 6514; Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz, *Le Droit des Obligations*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Schulthess Médias Juridique, Zürich 2012, N. 1362.

¹⁰ İsviçre Borçlar Kanunu md.111’in orijinal metni şu şekildedir; ‘Celui qui promet à autrui le fait d’un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d’inexécution de la part de ce tiers.’ Loi fédérale complétant le Code civil Suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (Etat le 1er avril 2017) <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html> (30.07.2019).

edeceğini taahhüt eden kişi, söz konusu üçüncü kişinin ifada bulunmamasından doğan zararlardan sorumludur.” Fransız Medeni Kanunu md. 1204 hükmü ise, “*Üçüncü kişinin bir edimi veya davranışı taahhüt edilebilir. Taahhüt eden, eğer üçüncü kişinin taahhüt edilen edimi ifa etmesi halinde yükümlülükten kurtulur. Aksi takdirde taahhüt eden ortaya çıkan zararı tazminat etmekle yükümlü tutulabilir. Eğer verilen taahhüdün amacı, bir yükümlülüğün üçüncü kişi tarafından kabul edilmesi ise, kabul geriye etkili olarak taahhüdün verildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur.*” şeklinde düzenlenmiştir.¹¹ Üçüncü kişinin edimini üstlenme, sözleşmenin nisbiliği ilkesine bir istisna olarak tanınmıştır.¹²

Doktrinde üçüncü kişinin edimini üstlenme ile garanti sözleşmesi arasındaki hukuki ilişkiyi belirtmek amacıyla üç farklı görüş öne çıkmıştır. Bu görüşlerden ilki, herhangi bir sözleşmenin tüm unsurlarını içermediği için üçüncü kişinin edimini üstlenmeye ilişkin düzenlemenin genel nitelikte bir hüküm olduğunu savunmaktadır.¹³ Dolayısıyla üçüncü kişinin edimini üstlenmenin TBK’nun genel hükümleri arasında düzenlenmesinin isabetli olduğu savunulmaktadır.¹⁴ Bu görüşe göre, yalnızca bir başkasını sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla üçüncü kişinin fiilini taahhüt edildiği hallerde bu sözleşme, aynı zamanda garanti sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir. Söz konusu hükmün geniş yorumlanması suretiyle kendine özgü bir sözleşme olan garanti sözleşmesine de uygulanması mümkündür.¹⁵

İkinci görüşe göre, üçüncü kişinin edimini üstlenme, garanti sözleşmesi ile birebir örtüşmektedir.¹⁶ Bu görüşü savunanlara göre, 6098 sayılı TBK md.128 hükmü, garanti sözleşmesinin tüm unsurlarını karşılamaktadır. Maddede söz edilen fiilin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği üçüncü kişinin iradesine bağlıdır.

¹¹ 2016 yılında yapılan kapsamlı reform sonrası konuya ilişkin olan Fransız Medeni Kanunu md.1204 ‘ün orijinal metni şu şekildedir; ‘*On peut se porter fort en promettant le fait d’un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d’un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit.*’ Institut Français d’Information Juridique, www.droit.org (30.07.2019). Ayrıca Fransız Medeni Kanunu’nun 2016 reformundan önceki konuyla ilgili md. 1120 hükmü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 849.

¹² Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6530.

¹³ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.II, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 451; Meier, a.g.e., s. 2888, N. 24; Tandoğan, Garanti, s. 46.

¹⁴ Tandoğan, Garanti, s. 47.

¹⁵ Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.II, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 773; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 852.

¹⁶ Georges Scyboz, *Le Contrat de Garantie et Le Cautionnement*, Traité des Droit Privé Suisse, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1979, s. 15 vd.; Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 520. Ayrıca bkz.. Yüce, a.g.e., s. 5, dn. 7’deki yazarlar.

Ayrıca bu fiilin gerçekleşmeme ihtimali, garanti sözleşmesindeki rizikoyu oluşturur.¹⁷ 6098 sayılı TBK md.128'in saf garanti sözleşmesini kapsamadığına yönelik eleştirilerin aksine, bu görüşü savunanlar, madde metni üzerinde amaçsal yorum yapılarak burada temel bir ilişki olmadan da başkasının fiilinin taahhüt edilebileceğini, yani garanti verilebileceğini kabul etmektedir.¹⁸

Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, garanti sözleşme ile birebir örtüşmemekte, bu sözleşmenin bir türünü oluşturmaktadır.¹⁹ Garanti sözleşmesini iki ayrı türe ayrılmalıdır; saf garanti sözleşmesi ve kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti sözleşmesi. Buna göre, saf garanti sözleşmelerinde üçüncü kişinin fiilini üstlenme bulunmamakta, bu nedenle TBK md.128 hükmü, yalnızca teminat amaçlı garanti sözleşmelerini kapsamaktadır.²⁰ Yargıtay, 1979 yılında verdiği bir kararda²¹ doktrindeki görüşlere yer vererek, '*hangi görüş benimsenirse benimsensin*' söz konusu hükmün geniş yorumlanarak garanti sözleşmesine de uygulanması gerektiğini karara bağlamıştır.

2. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BAŞLICA TÜRLERİ

A. Teminat Amaçlı (Kefalet Benzeri) Garanti - Saf Garanti Sözleşmeleri

Garanti sözleşmesinin sınıflandırılması konusunda doktrinde yapılan başlıca ayırım, teminat amaçlı garanti ile saf (yönelmeyi amaçlayan) garanti sözleşmeleridir. Teminat amaçlı garanti sözleşmeleri, garanti verenin, teminat sağlamak amacıyla, temel ilişkideki alacaklıya (garanti alana) karşı borçlunun (garanti sözleşmesine göre üçüncü kişinin) edimini gereği gibi veya hiç ifa etmemesi durumunda, temel ilişkinin varlığından ve geçerliliğinden bağımsız olarak, borçlunun ediminden sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.²² Garanti veren,

¹⁷ Scyboz, a.g.e., s. 16.

¹⁸ Tekinalp, a.g.e., s. 521.

¹⁹ Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 305; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 393; Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992, s.78; A. Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, İstanbul 2009, s. 12; Atalay Özdemir, *Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları*, Yargıtay Dergisi (YD), 1984, s. 258; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 772-773; Eren, s. 1108; Yüce, a.g.e., s. 11 vd.; Resioğlu, Garanti, s. 172 vd.

²⁰ Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 762; Yüce, a.g.e., s. 10-11.

²¹ Yarg. 11. HD., E. 1979/5075, K. 1979/ 5456, T. 27.11.1979, www.kazanci.com (21.07.2019).

²² Scyboz, a.g.e., s. 14; Meier, a.g.e., s. 2888, N. 24; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6520; Tandoğan, *Borçlar Özel, C.II*, s. 804; Gümüş, a.g.e., s., s. 453. REİSOĞLU, söz konusu garanti sözleşmesi türünü, başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmesi olarak adlandırmaktadır. Reisoğlu, Kefalet, s. 79.

alacaklı ile borçlu arasındaki temel ilişkide bir borcun varlığına ve icra kabiliyetine bakılmaksızın, borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde ortaya çıkacak zarardan sorumlu olacaktır.²³ Yerine getirilmesi taahhüt edilen edim, olumlu bir edim olabileceği gibi, rekabet etmeme ya da münhasır hakkı ihlal etmeme gibi olumsuz nitelikte bir edim olabilir. Teminat amaçlı garanti sözleşmesinde üç ilişki bulunmaktadır. Bunlar, garanti alan ve garanti veren arasında var olan bir garanti (teminat) ilişkisi, garanti alan ve borçlu (üçüncü kişi) arasındaki temel ilişki ve son olarak ise, borçlu ile garanti veren arasındaki karşılık ilişkisidir.²⁴ Teminat amaçlı garanti sözleşmelerinin kefalet sözleşmesinden farkına değinecek olursak, kefalet sözleşmesinde teminat altına alınan borçlunun ödeme gücünün varlığı iken, teminat amaçlı garanti sözleşmesi ise temel ilişkideki borcun gerçekte var olmaması tehlikesini de karşılamaktadır.²⁵

Saf garanti sözleşmesi ise, garanti alanı bir davranışa yöneltmek amacıyla, garanti verenin söz konusu kişi için o davranıştan doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alma borcunu doğuran bağımsız bir sözleşmedir.²⁶ Saf garanti sözleşmesinde bir temel ilişki söz konusu olmayıp, yalnızca garanti veren ile garanti alan arasında bir teminat ilişkisi vardır.²⁷ Saf garanti sözleşmelerine uygulamadan örnek olarak, bir anonim şirketin üçüncü kişilerin pay almalarını teşvik etmek için, pay alacak kişilere doğrudan doğruya veya ortaklığa belli bir temettü dağıtılacağını garanti etmesi şeklinde ortaya çıkan temettü garantileri veya bir belediyenin belde sınırları içerisinde eczane açacak kişiye aylık belirli bir karı garanti etmesi yoluyla kar garantisi verilebilir.²⁸ Başka bir örnek ise, garanti alanın organize etmek istediği gösteri için belirli bir şarkıcının söz konusu gösteriye katılmayı kabul edeceğinin garanti veren tarafından taahhüt edilmesidir.²⁹

²³ Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 15. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s. 709; Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 804; Yenice, a.g.e., s. 12.

²⁴ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 961-962; Gümüş, a.g.e., s., s. 453.

²⁵ Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 804.

²⁶ Manuella Bourassin/ Vincent Brémond/ Maire- Noelle Jobard-Bachellier, *Droit des Sûretés*, 2. Bası, Paris, Dalloz, 2010, s. 244; Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2018, s. 766; Feray Fırıncıoğulları, *Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 112; Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, Ankara 2003, s. 34; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 961; Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 806; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.. 875; Yenice, a.g.e. s. 13; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 23.

²⁷ Nami Barlas, *Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s. 945 vd.; Scyboz, a.g.e., s. 13; Reisoğlu, Kefalet, s. 7-8; Yenice, a.g.e., s. 13.

²⁸ Saf garanti sözleşmelerinin diğer örnekleri için bkz. Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 807.

²⁹ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 961.

B. Banka Teminat Mektupları

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği, ilk olarak, 1967 yılında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile belirlenmiştir. Söz konusu kararda³⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, *'banka teminat mektubu bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir... Bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü... esas akitten ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehtarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın vecibesini yerine getirmesini ve yerine getirmedeği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır.'* şeklinde bir sonuca varmıştır. Garanti sözleşmesi olarak kabul edilen teminat mektubunun garanti veren tarafında genellikle bir banka, garanti alan tarafında da o bankanın müşterisi olan lehtarın alacaklısı konumundaki muhatap vardır. Genellikle banka müşterisi olan lehtar, teminat mektubunun bir tarafı değildir. Bu nedenle teminat mektubunun düzenlenmesine ilişkin lehtarın iznine de gerek yoktur.³¹

Banka teminat mektupları açısından değinilmesi gereken önemli bir husus, TBK md.128'in ikinci fıkrası (f). hükmüdür. Bu düzenlemeye göre, *'Belirli bir süre içinde yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimin ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.'* Bankaların baskısı ile 2486 sayılı kanunla³² söz konusu maddeye eklenen bu fıkra, süreli banka teminat mektupları için özellik arz etmektedir. Banka teminat mektuplarının garanti yerine kefalet sözleşmesi olarak nitelendirildiği dönemde, 818 sayılı BK md.493'e göre, süreli kefalet sözleşmesinde sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde garanti alanın tazmin talebi zamanaşımına uğramaktaydı.³³ Ancak teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğu görüşünün ön plana çıkmasıyla birlikte iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. İlk görüş,³⁴ garanti veren bankanın teminat süresi sonunda taahhüdünden kurtulmasını, diğer görüş ise³⁵ süreli garanti sözleşmelerinin tabi olduğu

³⁰ Yarg. İBK., E. 1966/ 16, K. 1967/7, T. 13.12.1967, www.kazanci.com, (25.07.2019)

³¹ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 965, N. 6543; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 59.

³² Kanun No. 2486, RG No. 17398, T. 10.07.1981. Hukuki düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, a.g.e., s. 252.

³³ Tandoğan, Borçlar Özel, C. II, s. 886.

³⁴ Seza Reisoğlu, *Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre*, Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AÜHF) Yayınları, Ankara 1977, s. 751-753; Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Yayınları, İstanbul 2009, s. 449- 450.

³⁵ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 975, N. 6604; Tandoğan, Borçlar Özel, C. II, s. 887; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 397.

genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin burada da geçerli olacağını savunmuştur.³⁶ Ayrıca md.128/ f.2'nin yasal zamanaşımı sürelerinin kesinliğini düzenleyen md.148 hükmüne aykırı olup olmaması noktasında, VON TUHR, tarafların garanti alan aleyhine hak düşürücü bir süre belirleyerek md.148 hükmünü dolanmalarının geçersiz olacağı,³⁷ ancak garanti alanın herhangi bir işlemi belirli bir sürede yapmadığı takdirde alacağını son bulacağı yönündeki düzenlemelerin geçerli kabul edileceği görüşündedir.³⁸

Sürelî banka teminat mektuplarında sözleşme süresi içerisinde riziko gerçekleşmişse, atipik bir sözleşme olan garanti sözleşmesinin tabi olduğu TBK md.146'daki genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre içerisinde garanti alan, garanti verene ödeme talebini ileri sürebilir.³⁹ Ancak TBK md.128/ f.2 hükmü uyarınca taraflar, süresi içinde riziko gerçekleşse dahi, garanti alanın söz konusu süre içerisinde yazılı bir ödeme talebinde⁴⁰ bulunmaması durumunda garanti verenin ödeme taahhüdünün sona ereceği konusunda anlaşılabilir. Bu şekilde kanun koyucu, tarafların, garanti verenin tazminat borcunu garanti alanın süresinde ödeme talebinde bulunmaması bozucu şartına bağlı tutabileceğini kabul etmiştir.⁴¹

C. Kontgarantiler

Teminat mektubu ile garanti yükümlülüğü altına giren banka, garanti alana taahhüt ettiği ödemeyi yapma riskine karşı, çoğunlukla kendi müşterisi olan lehtar ile bir kontgaranti imzalar. Kontgaranti niteliğindeki bir garanti sözleşmesinde ilk garanti sözleşmesinin lehtarı, teminat mektubu neticesinde garanti alana ödemedede bulunan garanti verene, söz konusu tutarı ödeme taahhüdü altına

³⁶ Yargıtay, 1974 tarihli Hukuk Genel Kurulu (HGK) kararında ilk görüşü savunana ilk derece mahkemesi kararına karşı, ikinci görüşü benimsemiştir. HGK, davacı muhatabın, teminat altına alınan rizikonun teminat mektubunda belirlenen süre içerisinde gerçekleştiğini ispatlamak şartıyla, tazmin talebinin teminat mektubunda bulunan sürenin bitiminden sonra da ileri sürebileceğine karar vermiştir. Yarg. HGK., E. 1972/1585, K. 1974/ 76, T. 26.01.1974. (Tandoğan, Borçlar Özel, C. II, s. 887, dn. 88; Özdemir, a.g.e., s. 267-268).

³⁷ Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C.I-II, Çeviren: Cevat Edege, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 46.

³⁸ Von Tuhr, a.g.e., s. 795.

³⁹ On yıllık süre, sürelî veya süresiz teminat mektuplarında rizikonun gerçekleşmesiyle garanti verenin borcunun muaccel olmasına bağlı olarak, rizikonun gerçekleştiği andan itibaren başlar. Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul 1986, s. 90; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6604; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 892-893; Gümüş, a.g.e., s. 462; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s. 882; Yüce, a.g.e., s. 140. Aynı yönde bir Yargıtay Kararı için bkz. Yarg. HGK., E. 1979/ 11-1915, K. 1982/ 865, T. 27.10.1982 www.kazanci.com (22.07.2019).

⁴⁰ Yazılı ödeme talebi ile ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6559; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 192 vd.; Özdemir, a.g.e., s. 472-473.

⁴¹ Gümüş, a.g.e., s. 462; Özdemir, a.g.e., s. 269.

girer.⁴² Bu şekilde banka, garanti alana ödemede bulunduğu takdirde lehtara rücu için geçerli bir hukuki dayanak yaratmış olmaktadır. Ayrıca banka, ödenen tutarı lehtardan fiilen alabilmeyi garanti altına almış olur.⁴³ Kontgarantinin herhangi bir şekilde geçersiz olması durumunda, kontgaranti alan banka, teminat mektubu çerçevesinde garanti alana karşı garanti yükümlülüğünün sona erdiğini ileri süremez.⁴⁴

3. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ ÖZELLİKLERİ

A. Teminat İşlevi

Borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi gereğince alacaklı, borçlunun borcunu ifa etmemesi tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı zaman cebri icra yoluyla alacağını temin etme yoluna başvurur.⁴⁵ Garanti verenin mevcudiyetiyle alacaklının durumu güçlendirilmiş olur. Borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi sonucunda alacaklının zararının karşılanması için borçlunun malvarlığına ek olarak garanti veren de alacaklıya karşı tüm malvarlığıyla şahsen sorumlu olur.⁴⁶ Bu nedenle garanti sözleşmelerinin birincil görevi ve en önemli özelliği, teminat işlevine sahip olmalarıdır. Garanti sözleşmesinin amacı, alacaklının, diğer bir ifadeyle sözleşmedeki garanti alan tarafın, girdiği bu borç ilişkisinden zararsız olarak çıkması ve oluşabilecek ekonomik bir riske karşı güvence sağlamaktır.⁴⁷

a. Risk Kavramı

Garanti verenin yabancı olduğu bir borç ilişkisinde alacaklı aleyhine alacaklı olduğu edimin ifa edilmemesi nedeniyle oluşabilecek riski üstlenmesi garanti sözleşmesinin konusu oluşturmaktadır. Garanti sözleşmelerinde üstlenilen risk, asıl sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının

⁴² Vahit Doğan, *Banka Teminat Mektupları: Ülke İçi Ticari İlişkiler, Milletlerarası Ticari İlişkiler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s. 203; Tekinalp, a.g.e., s. 532; Barlas, *Banka Teminat Mektupları*, s. 78; Gümüş, a.g.e., s. 463; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 396.

⁴³ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 971, N. 6580; Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 307 vd.; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 12.

⁴⁴ Reisoğlu, *Teminat Mektupları*, s. 305-306. Ayrıca aynı yönde bir Yargıtay kararında '*Borçlu ile davacı banka arasında düzenlenen kontrgaranti sözleşmesinin davacının borçlu (lehtar) firma tarafından hataya düşürülmesinde teminat mektubu muhataplarının hiç bir kusuru bulunmadığı gibi, teminat mektubu muhataplarını ilgilendirmeyeceği açıktır.*' denmiştir. Yarg. 11. HD., E. 1987/ 5093, K. 1987/ 4856, T. 28.09.1987. www.kazanci.com (22.07.2019).

⁴⁵ Necip Kocayusufoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme*, C.I, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 2017, s. 15 vd.; Oğuzman/ Öz, C.I, s. 28; Eren, s. 18.

⁴⁶ Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 23; Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 852 vd.

⁴⁷ Develioğlu, a.g.e., s. 79-80.

uğradığı maddi bir zararın tazmini ihtimalidir.⁴⁸ Gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan risk unsurunun garanti sözleşmesinde hangi borç ilişkisinden doğacağına belirlenebilir olması gerekmektedir.⁴⁹

b. Asıl Borç Kavramı

Asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucu doğabilecek ekonomik riski teminat altına almayı amaçlayan garanti sözleşmesi için asıl borcun nitelikleri önem taşımaktadır. Garanti verenin garanti alanla yapacağı sözleşmede atf yapılan borç ilişkisindeki asıl borcun bir para borcu veya para ile ölçülebilen değerde bir borç olması gerekmektedir.⁵⁰ Garanti sözleşmesinin esas fonksiyonu olan teminat işlevini yerine getirebilmesi için sözleşmede konu edilen asıl borcun yalnızca sözleşmeden doğan borçlarla sınırlı olmasına gerek yoktur. Eğer para borcuna çevrilebiliyorsa, hukuki sebebi ne olursa olsun, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görmeden doğan borçların ifasının garanti altına alınması mümkündür. Garanti sözleşmesi çerçevesinde üçüncü bir kişinin herhangi bir fiili taahhüt altına alınabilir. Asıl borç, borçlunun kişiliğinin ön planda olduğu bir sözleşmeden doğsa bile, sözleşmeye konu edimin paraya çevrilebileceği ölçüde garanti sözleşmelerine konu olabilir.⁵¹

Asıl borç ayrıca üçüncü bir kişinin borcu olmalıdır.⁵² Bir borçlunun kendi borcuna kişisel teminat vermesi hiçbir hukuki özelliğe sahip değildir ve kendisi açısından herhangi bir değişikliğe sebep olmayacaktır. TBK md. 598/ f.2 (me-haz İBK md.509/ f.2)'de ise, borçlu ve kefil sıfatları birleştiğinde, kefalet sözleşmesi sona ermekle birlikte alacaklının kefalet sözleşmesinden doğan özel haklarının saklı kalacağı yönünde hüküm mevcuttur. Örneğin; kefile kefil varsa

⁴⁸ Arif Kocaman, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi, Kefalet mi?*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX, Mayıs 2003, s. 70; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 964; Develioğlu, a.g.e., s. 85-86.

⁴⁹ Bu konuda Yargıtay da aynı fikirdedir; "*Garanti sözleşmesi ile garanti edilen risk kredi sözleşmesinin tarafları arasındaki asıl ilişkiden tamamen bağımsız olmakla birlikte, riski garanti sözleşmesinde atf yapılan sözleşme belirlemektedir. Hangi riskin garanti edildiği belli edilmeden örneğin her türlü borç ilişkisinden doğmuş ve doğacak tüm alacakların garanti edilmesi garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz.*" Yarg. 19.HD. E.4793, K.7676, T.14.12.1999, Yarg. 19.HD., E.2001/8061, K.2002/5973, T.23.09.2002, www.kazanci.com (31.07.2019). Kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nihat Yavuz, *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 2009, s. 423; Develioğlu, a.g.e., s. 89. Buna ek olarak, garanti sözleşmesi ile aynı özelliği taşıyan kefalet sözleşmesinde kefil olunan asıl borcun sözleşmenin yapılması anından itibaren kefilin borcu ifa aşaması boyunca da belirli veya belirlenebilir olması gerektiğine ilişkin bkz. Meier, a.g.e., s. 2911-2912, N. 40.

⁵⁰ Meier, a.g.e., s. 2887, N. 21; Develioğlu, a.g.e., s. 90.

⁵¹ Develioğlu, a.g.e., s. 90; Reisoğlu, Kefalet, s.10-11

⁵² Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6521; Bourassin/ Brémond/ Jobard-Bachelier, s. 27.

veya kefil bir rehin vermişse ya da kefilin borcu için cezai şart konulmuşsa alacaklı sözleşmenin bitmesine rağmen bu haklarını korur. Söz konusu hükmün garanti sözleşmeleri için de kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁵³

B. Tek Tarafa Borç Yüklemesi

Kural olarak, garanti sözleşmelerinde sadece bir taraf, garanti veren, diğer taraf garanti alana karşı, üçüncü bir kişinin başka bir hukuki ilişkiden doğan borcunun edimini üstlenme borcu altına girer. Bu noktada karşılıklı olarak, tıpkı *sinallagmatik*, diğer bir ifadeyle iki tarafa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi, iki tarafın da borç altına girmeleri söz konusu değildir.⁵⁴ Kurulan üçlü ilişki içinde garanti veren ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkide garanti verenin alacaklı sıfatına sahip olması, garanti sözleşmesinin tek taraflı olmasını etkilemeyecektir.⁵⁵

Kanun koyucu, kişisel teminat veren lehine iyiniyet ilkesinden doğan bir takım yükümlülükler getirmiştir. Bunlar, TBK md. 592, 593 ve 594 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) md.2'deki dürüstlük kuralı uyarınca alacaklıya getirilmiş bazı ödevlerdir. Ancak bu yükümlülükler kural olarak, borç olmayıp, külfet niteliğindedir.⁵⁶ Garanti veren bu ödevlerin yerine getirilmesine ilişkin bir talepte bulunamaz. Buna karşılık alacaklı, bu ödevlere aykırı davrandığında garanti verene karşı olan bazı haklarını kısmen veya tamamen kaybeder.⁵⁷ Bu nedenle alacaklıya karşı getirilen gerek kefalet sözleşmesine ait hükümlerden, gerekse garanti ilişkisinde TMK md. 2'den yahut işin niteliğinden doğan ödevler, kişisel teminat sözleşmelerini iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğine kavuşturmamaktadır.⁵⁸

Bazı hallerde ise, garanti sözleşmesi hükümleri çerçevesinde tarafların iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme düzenlemesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁹ Örneğin, taraflar, garanti alanın, diğer bir ifadeyle muhatabın, bir risk primi ödemesi karşılığında garanti verenin teminat sağlayacağını kararlaştırarak

⁵³ Develioğlu, a.g.e., s. 91; Tekinalp, a.g.e., s. 514; Reisoğlu, Kefalet, s.9.

⁵⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.670; Yavuz, a.g.e., s. 213; Gümüş, a.g.e., s. 449.

⁵⁵ Develioğlu, a.g.e., s.93.

⁵⁶ Nami Barlas, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması*, Makalelerim, C. I, İstanbul 2008, s. 358; Özen, a.g.e., s.92 vd.; Develioğlu, a.g.e., s.93.

⁵⁷ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6582; Barlas, Kefalet, s. 358; Develioğlu, a.g.e., s. 94; *DEVELİOĞLU*, alacaklının kefalet sırasında var olan veya asıl borçludan elde edilen rehin veya rüçhan hakkını kefilin zararına azaltırsa, azalttığı oranda kefilin borcundan kurtulacağını belirtmektedir. Ayrıca alacaklı ağır kusuruyla elindeki belgeleri veya güvenceleri kefilin zararına elden çıkarırsa kefil borcundan kurtulur, ödediği miktarın geri verilmesini ve varsa ek zararlarını isteyebilir. Buna ek olarak, TMK md. 2/ f. 2 hükmü gereği hakkın kötüye kullanılması yasağının söz konusu garanti sözleşmesine etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6593- 6594.

⁵⁸ Develioğlu, a.g.e., s. 94.

⁵⁹ Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul 1996, s.14; Reisoğlu, Kefalet, s.6; Barlas, Kefalet, s.358.

bir sözleşme düzenleyebilirler.⁶⁰ Bir diğer örnek olarak, bir teşebbüsün her yıl belirli oranda kar edeceğinin garanti edildiği sözleşmede yer alan kar oranının yakalanamaması durumunda ödenen miktarın garanti edilen kar oranının aşıldığı yıllarda faiziyle birlikte garanti alan tarafça geri ödenmesi gösterilmektedir.⁶¹ Ancak verilen faiz örneğinde garanti bedelini geri ödeme borcu, garanti verenin rizikoyu üstlenme borcuna karşılık oluşturamaz. Sonuçta faiziyle birlikte ödenen miktar, üstlenilen ekonomik riskin karşılığı olmayacaktır; zira teşebbüsün garanti edilen kar oranını hiç yakalayamama ihtimali de söz konusudur.⁶²

Garanti sözleşmesinin iki taraflı bir sözleşme olduğunun kabulü halinde garanti verenin ödeme talebi karşısında ödemezlik defini ileri sürmesi veya TBK md. 138 gereğince sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etmesi söz konusu olabilecektir. Bu durum, garanti sözleşmesi ile üstlenilen risk kavramı, ticari hayata dair (konjonktürel) riskleri de kapsayacağından kabul edilemez.⁶³ Sonuç olarak, garanti sözleşmesinin her iki tarafa borç yükleyen sözleşme haline getirilmesi “teminat işlevi” ile bağdaşmamaktadır.⁶⁴

C. Tali Borç Doğurması

Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, tali borç niteliğindedir. Daha geniş bir çerçevede ele alındığında kişisel teminat sözleşmelerinde teminat borcu altına giren kişinin borcunun fer’i niteliğinin yanı sıra tali olma özelliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bakımdan kefalet ve garanti sözleşmesinin ortak bir özelliği tali borç doğurmasıdır. Öncelikle kefalet sözleşmesinde kefil ancak asıl borçluya karşı yapılan takibin semeresiz kalması ve elde edilen rehin hakkının paraya çevrilmesi yoluna başvurulduktan sonra kendi borcundan sorumlu olacaktır.⁶⁵ Bu nedenle kefilin borcunun tali olması hususu, kendisini tartışma def’i ve rehinin paraya çevrilmesi def’inin ileri sürülmesinde gösterir. Ayrıca kefaletin türlerine göre talilik özelliği değişkenlik göstermektedir.⁶⁶ Ke-

⁶⁰ Fikret Anık, *Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Filini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD), 1955, C.X, No.2, s. 51; Develioğlu, a.g.e., s. 96. Bu noktada uygulamada prim ödemelerinin garanti sözleşmesinin tarafı garanti alan muhatap tarafından değil, lehtar tarafından ödendiğine ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e., s. 97.

⁶¹ Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 816.

⁶² Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 816; Develioğlu, a.g.e., s.96, dn. 351.

⁶³ Feyza Eren Sayın, *Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C.70, S.1, 2012, s. 353; Develioğlu, a.g.e., s. 97.

⁶⁴ Develioğlu, a.g.e., s. 97.

⁶⁵ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.420; Yavuz, a.g.e., s.9.

⁶⁶ Develioğlu, a.g.e., s.98-99, 374 vd.

filin borcu, asıl borç muaccel olmadıkça muaccel olmayacağı ve asıl borcun para borcu olmadığı durumlarda asıl borcun ifa edilemeyeceği anlaşıldığı takdirde ancak kefilin ödemede bulunabilmesi karşısında kefalet borcunun ikinci derecede borç olduğu aşikârdır.

Garanti sözleşmesinde ise, tali olma unsurunu garanti alanın ancak asıl borcun ifa edilmemesi halinde garanti verenin sorumluluğuna gidebileceği şeklinde kabul etmemiz şeklinde belirlersek, tali bir borçtan bahsedilebileceği kabul edilmelidir. Böylece garanti alan, garanti verene ancak asıl sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde başvuracaktır.⁶⁷ Aksi yöndeki görüşe göre⁶⁸ ise, garanti sözleşmesinin tali özelliği yoktur. Garanti verenin borcu birinci derecede bir borçtur, bu nedenle garanti alan asıl borcun ifa edilmediği durumda derhal garanti verene başvurulabilir.

D. Şarta Bağlı Borç Doğurması

Kişisel teminat sözleşmelerinden olan garanti sözleşmesinin hukuki özelliklerinden biri de şarta bağlı borç doğuran sözleşme olmasıdır. Garanti verenin bu sözleşmeden doğan borcunun ifası, asıl sözleşmede borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesine bağlıdır. Söz konusu durumun ortaya çıkması şüpheli olduğundan kefalet ve garanti sözleşmeleri, geciktirici şarta bağlı bir borç doğurmaktadır. Garanti sözleşmesinde geciktirici şart teşkil eden olay, bir riskin doğması veya alacaklının, diğer bir ifadeyle muhatabın, gerçekleşmesini beklediği bir olayın gerçekleşmemesidir.⁶⁹ Garanti sözleşmesi türlerinden belirli garanti ve ilk talepte ödeme şartlı garanti sözleşmesi, ödeme yapılabilmesi için garanti alanın bir belge ibrazı veya garanti verene ödeme talebinde bulunması gerektiğinden şarta bağlıdır.

E. TBK md.603 Çerçevesinde Getirilen Şekil Şartı

6098 sayılı TBK md. 603, 818 sayılı eski kanun sistematüğinde yer almayan yeni bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre; *“Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.”*

Bu madde kapsamına girecek başlıca kişisel teminat sözleşmesi tipi, garanti sözleşmesidir. Kefalet ve garanti sözleşmesi arasındaki bir benzerlik, her iki

⁶⁷ Develioğlu, a.g.e., s.100.

⁶⁸ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 858, Reisoğlu, Kefalet, s.80; Reisoğlu, Garanti, s.156.

⁶⁹ Develioğlu, a.g.e., s.102; Reisoğlu, Kefalet, s.3; Reisoğlu'na göre, eğer asıl borç şarta bağlıysa, kefilin sorumluluğu da şarta bağlıdır ve eğer asıl borçlu ancak önemli kusur halinde sorumlu olursa, kefil de ancak bu şart gerçekleştiğinde sorumlu olur. Konuya ilişkin İsviçre hukukunda da aynı sonuca ilişkin bkz. Meier, a.g.e., s. 2915, N. 50.

sözleşmeye de uygulanacak md.603 uyarınca ortak şekil şartları, ehliyeteye ve eşin rızasına ilişkin hükümler olarak ortaya çıkmıştır. Garanti sözleşmesinde garanti veren taraf eğer bir gerçek kişiye, kefalet sözleşmesinin sıkı şekil kurallarına, kefil olma ve eşin rızası hükümlerine tabi olacaktır.⁷⁰ Burada kanun koyucunun amacı, fer'i olarak sorumlu olan kefilin daha kapsamlı düşünmesi ve hukuki açıdan tehlikelerden korunabilmesi için getirilen sıkı şekil kurallarının, bağımsız olarak teminat sorumluluğu altına giren ve böylece kefinden daha ağır şartlara sahip olan garanti veren kişinin gerçek kişi olması halinde aynı şekil şartlarına ve korumaya sahip olmasıdır.⁷¹ Ayrıca kanunda düzenlenmeyen garanti sözleşmesinde yabancı olduğu bir borç ilişkisinden doğacak ekonomik riskleri üstlenen garanti veren açısından koruyucu bir hüküm getirilmiştir.

Bahse konu yeni düzenleme ile “gerçek kişilerin” garanti sözleşmesi yapmaları kefaletin şekil şartlarına bağlanmıştır. Dolayısıyla kişisel teminat sözleşmelerinden banka teminat mektupları, md.603 kapsamına girmemektedir. TBK md.603 hükmü, kişisel teminat sözleşmelerinde kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle GÜMÜŞ'e göre, müteselsil sorumluluk doğuran teminat amaçlı borca katılma ve teminat amaçlı müteselsil borçluluk halinde, bu yöndeki iradenin TBK md.583/ f.1'deki gibi el yazısıyla metinde yazılması zorunlu değildir. Aynı sonuç, müteselsil sorumluluktan daha ağır bir sorumluluk getiren garanti sözleşmeleri için de geçerlidir.⁷²

Gerçek kişilerin garanti veren olarak yer aldığı garanti ilişkisinde sonradan sorumluluğu arttıran sözleşmeler, örneğin, kredi limitinin yükseltilmesi de TBK md.583/ f.3 uyarınca kefalet sözleşmesinin şekline tabidir. Ayrıca garanti sözleşmesinde asıl borcu üstlenme borcunu alma, TBK md.603 çerçevesinde tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler için yasak işlemlere dâhil olmuştur. Son olarak belirtilmelidir ki, eşin rızasına ilişkin TBK md.584 hükmü gerçek kişiler tarafından verilen kişisel teminatlar, dolayısıyla garanti sözleşmesi, için de geçerlidir.⁷³ 6098 sayılı TBK sisteminde garanti verenin eşinin rızası da sözleşmenin geçerliliği için aranacaktır.

⁷⁰ Özen, a.g.e., s.48; Eren, Borçlar Özel, s. 773; Gümüş, a.g.e., s.354; Oğuzman/ Öz, s.397; Barlas, Kefalet, s.386. İsviçre hukukunda konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6533.

⁷¹ Özen, a.g.e., s.48; Yavuz, a.g.e., s.28. Eren, Borçlar Özel, s. 773; 818 sayılı BK döneminde kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 740 vd.

⁷² Gümüş, a.g.e., s. 330.

⁷³ Önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 2018 yılında verdiği bir kararında TBK md. 603 gereği avalde eşin rızası şartının aranıp aranmaması hususunda böyle bir şartın varlığının aranmaması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir; “İçtihatları birleştirmenin konusu, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin (TBK m.584, 603) avalde uygulanıp uygulanmayacağıdır... Kefalet ile

4. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

A. Kefalet Sözleşmesi ile Arasındaki Farklılıklar

a. Fer'i veya Asli Borç Doğurması

aa. Genel Olarak

Türk- İsviçre hukuku doktrininde kefalet ve garanti sözleşmelerinin ayrımında kullanılan en temel ayırım, kişisel teminat veren kişinin borcunun fer'i mi asli mi olacağı noktasındadır.⁷⁴ Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, doğurabileceği ekonomik risklerin üstlenildiği asıl borca bağlıdır. Dolayısıyla teminat sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği asıl sözleşmeye çok sıkı bir şekilde bağlıysa “fer'i” bir borç oluşmuş, kefalet sözleşmesi yapılmış demektir.⁷⁵ Diğer yandan teminat veren kişi, asıl borcun muaccel olması ve geçerliliğine bakılmaksızın tamamıyla bağımsız olarak teminat borcunu üstlendiğinde yapılan garanti sözleşmesi, “asli” bir borç doğurmaktadır.⁷⁶

avalin her ikisinin de kişisel güvence sağladığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kefalet dair hükümler kefil alacaklıya karşı korurken avale ilişkin hükümlerin hamili, asıl borçlu ile müracaat borçlularına karşı koruduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Bu bakımdan kefalet ile aval hükümlerinin birbiriyle kıyaslanması normun koruma amacı ile de uygun düşmeyecektir... avalde eş rızasının aranması kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti ile örtüşmemektedir... Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun eşin rızası ile ilgili getirdiği 584. maddesi hükmü, Kanun'un yürürlüğe girdiği 01/07/2012 tarihinden itibaren iş hayatını yavaşlattığı yönünde ağır eleştirilere maruz kalması nedeniyle ticari hayatın doğal akışını kolaylaştırma gerekçesiyle 28/03/2013 tarihinde 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle TBK'nın 584. maddesine kefalette eş rızasının aranmayacağı ve ağırlıkla ticari hayatı ilgilendiren hâller bir istisna hükmü olarak üçüncü fıkra eklenmiştir. Kanun koyucunun bu istisnalar arasında aval de göstermemesi, aslında en başından beri avalde eş rızasının aranmadığına işaret etmesi bakımından önemlidir. Kanun koyucunun, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kefalet müessesesinde eşin rızasını ararken, aynı tarihte (01/07/2012) yürürlüğe giren ve daha özel bir kanun olan Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlediği aval için eş rızasını aramamasını gözden kaçırdığı şeklinde değerlendirilmemesi gerekir. ... Kanun koyucunun bu sırada aval sınırlamaya dâhil etmemesine yüklenecek anlam, aval TBK m. 603 kapsamında görmemesi olarak kabul etmek gerekir. Aksi durumda, kanun koyucunun avalin evli olup olmadığının ve TBK m. 584/3'deki istisnaların bulunup bulunmadığının araştırılmasını hamile yükleyeceği sonucuna götüreceği, böyle bir durumun; hamile külfet yükleyeceği gibi kambiyo hukukunun tedavül kabiliyetinin sürati ile de uyum sağlamayacağı açıktır.” Yarg. İBK. 2017/ 4 E., 2018/ 5 K., 20.04.2018 T. www.kazanci.com.tr (01.08.2019)

⁷⁴ Türk doktrini ve içtihatlar da genel olarak kefalet ve garanti sözleşmesi ayırımını belirlemek için uygulanan kıstaslardan bazıları; fer'ilik-bağımsızlık kıstası, menfaat kıstası, kişiye yönelik ilgi kıstası, şüphe halinde kefalet karinesi, aynen ifa- tazminat yükümlülüğü kıstası ve ivaz kıstasıdır. Bu kıstaslara dair daha detaylı bilgi için bkz. Senai Olgaç, *Kefalet*, Ankara 1978, s.13; Oğuzman/ Öz, s.395 dn.18; Yavuz, a.g.e., s.19; Reisoğlu, *Kefalet*, s.81-86; Reisoğlu, *Garanti*, s.77-86; Tandoğan, *Garanti*, s. 19; s. 30; Yenice, a.g.e., s.102 vd.; Barlas, *Kefalet*, s.376 vd.; Yarg. 13. HD., E.2878, K.3954, T.18.04.1995, Yarg. 13. HD., E.2002/12569, K.2003/3985, T.04.04.2003. Karar için bkz. Barlas, *Kefalet*, s.377. İsviçre Hukuku'nda dikkate alınan benzer kıstaslar için bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 969; Meier, a.g.e., s. 2890 vd.

⁷⁵ Hugo Oser/ Wilhelm Schönenberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi-Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmesi İsviçre BK 492- 529, Türk BK 483/ 519*, Çeviren: İsmet Sungurbey, Ankara 1964, s. 93; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 915; Gümüş, a.g.e., s. 455; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.669; Eren, s.1109; Reisoğlu, *Kefalet*, s.85; Barlas, *Kefalet*, s.378; Grassinger, a.g.e., s.13; Olgaç, s.12

⁷⁶ Dominique Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 7. Bası, L.G.D.J., Paris 2009, s. 287; Meier, a.g.e., s. 2916, N. 53; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 968; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s. 711; Develioğlu, a.g.e., s.107; Eren, *Borçlar Özel*, s. 767; Tandoğan, *Garanti*, s.19

Banka teminat mektubunun niteliğini belirleyen bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun kararında⁷⁷ kefalet ve garanti sözleşmesi ayrımı geniş olarak incelenmiş ve fer'i-asli borç ayrımı içtihatlarında da yerini almıştır. Kararın gerekçesinde belirtildiği üzere, söz konusu ayrım, bu iki sözleşmenin nitelendirilmesinde öncelikle bakılması gereken kıstastır. Garanti verenin borcunun asıl borçla herhangi bir ilgisinin bulunmadığı, buna karşın kefilin borcunun asıl borcun hukuki kaderine bağlı olduğu açıklanmıştır. Yargıtay'a göre, banka teminat mektubuna konu olan asıl borcun hukuken geçerli, mevcut ve dava edilebilir olması, mektubun üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak nitelendirilmesi halinde herhangi bir şekilde taahhüt verenin borcunu etkilemeyecektir. Yargıtay'ın 1995 yılında verdiği bir başka kararda⁷⁸ ise fer'ilik- aslilik ayrımı net bir şekilde ortaya konmuştur. Kararın gerekçesinde; *"Nitekim, başkasının fiilini taahhüt şeklindeki garanti sözleşmeleri ile kefalet sözleşmeleri aralarında çok hallerde yakınlık görmek mümkündür... Ne var ki garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren için tehlikelerini (riskini) fer'i olmayan bağımsız bir taahhütle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır. İşte bunlar garanti sözleşmelerinin asli unsurunu oluşturur. Kefil asıl borçluya ait bütün def'ileri alacaklıya karşı dermeyeran etmek hakkına haizdir BK. md. 497). Halbuki; kefalette kefilin borcunun fer'i nitelikte bulunmasına karşın garanti veren kimsenin borcu fer'i olmayıp bağımsızdır. O nedenle, kefalet akdinden kaynaklanan sorumluluk; alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder. Asıl borç herhangi bir nedenle sakat olunca kefil borçtan kurtulur (BK. md. 492). Oysa, garanti sözleşmesinde ise; üçüncü kişinin yükümü sona ermez. En önemlisi; edim geçerli bir borç ilişkisine vücut vermese veya borç ilişkisi sona erse bile garanti veren sorumludur."* denmektedir.

Kefalet sözleşmesinde kefilin fer'i bir borç olarak üstlendiği borcun varlığı, kapsamı ve geçerliliği, asıl sözleşmenin varlığı, kapsamı ve geçerliliğine tabidir. Kefilin borcu fer'i olmasından dolayı asıl borcun sona ermesiyle sona erer.⁷⁹ Kefilin sorumluluğu, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki borç ilişkisi hukuken geçerli olduğu sürece devam eder.⁸⁰ Bu durum kısaca, "kefilin borcu, asıl borcun kaderine bağlıdır" şeklinde özetlenebilmektedir.⁸¹ Kefilin üstlendiği teminat borcu, asıl borçlunun ödeme gücü veya bir borcun ifa edilmesinin garanti edilmesidir. Fer'i

⁷⁷ Yarg. İBK. E.1969/4, K.1969/6, T.11.06.1969, www.kazanci.com (31.07.2019)

⁷⁸ Yarg. 13. HD., E.2878, K.3954, T.18.04.1995, www.kazanci.com (02.08.2019) Aynı yönde bir diğer Yargıtay kararı için bkz. Yarg. HGK, E.19-534, K.583, T.04.07.2001, www.kazanci.com (02.08.2019)

⁷⁹ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s..669; Aral/ Ayrancı, a.g.e., s.438

⁸⁰ Reisoğlu, Kefalet, s.80

⁸¹ Develioğlu, a.g.e., s.113

borç doğurma, tüm kefalet sözleşmeleri için değiştirilemez, karakteristik bir özelliktir. REİSOĞLU'na göre,⁸² kefalet sözleşmelerinde taraflar, esas borç sona erse bile kefilin borcunun sona ermeyeceği yönünde bir hüküm koymuşlarsa, genelde sözleşmenin kefalet yerine garanti olarak nitelendirilmesi uygun olur.

Diğer tarafta ise, garanti sözleşmesi uyarınca garanti verenin borcu bağımsız bir niteliğe sahiptir.⁸³ Asıl borcun varlığı, kapsamı ve sona ermesinden tamamıyla bağımsız olarak garanti verenin teminat borcu ortaya çıkmaktadır. Yapılan garanti sözleşmesi ne asıl borç ilişkisiyle ne de garanti verenle lehtar (asıl borçlu) arasındaki bir iç ilişkiyle bağlantılıdır.⁸⁴ Ayrıca garanti taahhüdünde bulunan kişi, sadece üçüncü kişinin ödeme gücünü değil aynı zamanda asıl borcun mevcudiyetini ve muacceliyetini garanti eder, yani garanti alanın girdiği borç ilişkisinden veya bir teşebbüsten doğabilecek tüm risk ve tehlikeleri karşılamayı üstlenmektedir.⁸⁵ Garanti sözleşmesinde üstlenilen bu garanti borcuna, asıl sözleşmenin veya hukuki ilişkinin sona ermesi veya geçersiz olması, herhangi bir etki etmeyecek ve garanti edenin borcu devam edecektir.⁸⁶ Ayrıca garanti alanın garanti verene ödeme talebinde bulunabilmesi için asıl borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmediğini dahi ispatlama zorunluluğu bulunmamaktadır.⁸⁷

bb. Alacağın Doğumu ile İlgili Farklılıklar

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcunun doğumu, asıl sözleşmedeki borcun doğumuyla mümkündür. Dolayısıyla asıl borç yoksa kefilin borcundan da bahsetmek mümkün değildir. Kefilin borcu, daha önce belirtildiği gibi asıl borcun doğumuna, geçerliliğine ve dava edilebilirliğine bağlıdır.⁸⁸ Kefilin borcunun fer'i borç olması nedeniyle, asıl borç sonradan geçersiz hale gelmişse, sebebi ne olursa olsun, kefalet sözleşmesinden doğan borç da geçersiz olur.⁸⁹ Bu nedenle kefiliden para borcunun ifasını talep eden alacaklı, hem kefalet sözleşmesinin hem de asıl sözleşmenin varlığını ve şartlarının gerçekleştiğini ispatlamak zorundadır.

⁸² Reisoğlu, Kefalet, s.3

⁸³ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6522.

⁸⁴ Pierre Engel, *Contrats de Droit Suisse*, Staempfli Editions SA, Bern 2000, s. 628; Meier, a.g.e., s. 2887, N. 22; Develioğlu, a.g.e., s.114.

⁸⁵ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s..711.

⁸⁶ Gümüş, a.g.e., s.455; Develioğlu, a.g.e., s.115.

⁸⁷ Develioğlu, a.g.e., s.115. Ancak bu bağlamda banka teminat mektuplarındaki "ilk ödeme talebi"ne karşılık hakkın kötüye kullanılması itirazının ileri sürülebilmesine ilişkin bkz. Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6561; Gümüş, a.g.e., s.455; Yavuz, a.g.e., s.22.

⁸⁸ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 933; Özen, a.g.e., s.68; Reisoğlu, Garanti, s.67.

⁸⁹ Develioğlu, a.g.e., s.124.

Garanti sözleşmesinde ise garanti verenin borcu, asıl borçtan bağımsız olarak oluşur. Asıl sözleşme geçersiz, doğmamış veya sona ermiş olsa bile garanti sözleşmesinden doğan borç hala mevcuttur. Muhatabın alacağı, asıl borçluyla olan hukuki ilişkisinin doğumuna, varlığına veya talep edebilirliğine bağlı değildir.⁹⁰

cc. Borcun İçeriği ile İlgili Farklılıklar

Kefilin borcunun içeriği, asıl borçlunun borcundan farklı olsa dahi, asıl borçlunun borcunun kapsamından daha geniş olamaz.⁹¹ TBK md.589/ f.1'e göre, "*Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur*". Eğer bir kişi kefil olmak istediği borcun miktarını aşan bir meblağ için teminat borcu altına giriyorsa, o sözleşme kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek ya da asıl borç miktarını aşan kısım için kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır.⁹² Diğer yandan, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, karşı tarafın uğrayabileceği ekonomik bir rizikonun karşılanmasını üstlenmesi nedeniyle bir miktar para borcudur. Bu borç, sözleşmenin kurulması esnasında götürü usulüne göre veya borç miktarı için üst bir sınırnın konulması ya da garanti alan kişinin uğrayacağı zararın hesaplanması yoluyla da belirlenebilir.⁹³

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu, asıl borcun muaccel olmasıyla birlikte muaccel hale gelir. Ancak garanti veren, asıl borç muaccel olmadan önce hatta sona ermesinden ve geçersiz hale gelmesinden sonra dahi para borcunu ifa etmek zorunda kalabilir.⁹⁴ Kefil, borcunun fer'i niteliği sonucu asıl borçluya ait tüm def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir.⁹⁵ Buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti veren kişi, muhataba karşı asıl sözleşmeden doğan herhangi bir def'i veya itirazı ileri süremeyecektir. Asıl sözleşmeden doğan savunma mekanizmalarından garanti veren yararlanamayacaktır.⁹⁶ Ancak muhatabın, yani alacaklının, ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlarda garanti veren kişi bunu ileri sürebilecektir.⁹⁷

⁹⁰ Meier, a.g.e., s. 2916, N. 52; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6522; Develioğlu, a.g.e., s.125.

⁹¹ Meier, a.g.e., s. 2931, N. 31; Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6174; Eren, Borçlar Özel, s. 780; Aral/ Ayrancı, a.g.e., s.441; Grassinger, a.g.e., s.17; Olgaç, s.12.

⁹² Meier, a.g.e., s. 2912, N. 40; Reisoğlu, Kefalet, s.3.

⁹³ Ayrıca tarafların garanti verenin borcunu götürü usulü ile belirlediği takdirde, asıl borçta meydana gelen artış veya azalmaların garanti verenin borcunu etkilemeyeceğine ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e., s.126.

⁹⁴ Aral/ Ayrancı, a.g.e., s.447; Grassinger, a.g.e., s.187; Reisoğlu, Kefalet, s.80; Olgaç, s.12.

⁹⁵ Oğuzman/ Öz, s. 396; Eren, Borçlar Özel, s. 784; Develioğlu, a.g.e., s.126; Reisoğlu, Kefalet, s.79; Reisoğlu, Garanti, s.66; Olgaç, s.12; Tandoğan, s. 31. Ayrıca kefilin ileri sürebileceği def'i ve itirazlarla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Gülçin Elçin Grassinger, *Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i ve İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 123-134.

⁹⁶ Özen, a.g.e., s.25-26; Yenice, a.g.e., s.101; Reisoğlu, Kefalet, s.77.

⁹⁷ Yavuz, a.g.e., s.19; Develioğlu, a.g.e., s.127; Tandoğan, s.31.

Herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda açılacak davada alacaklı, kefile yapmış olduğu kefalet sözleşmesinin şartlarının oluştuğunu ve sözleşmenin varlığını ispatlamak zorundadır. Bunun yanında fer'i nitelikte bir borç söz konusu olduğundan alacaklının asıl sözleşmenin varlığını da ispatlaması gerekir.⁹⁸ Aynı şekilde alacaklının kefile karşı ifa talebinde bulunabilmesi için asıl sözleşmenin şartlarının gerçekleştiğini ispatlaması gerekmektedir.⁹⁹ Garanti sözleşmesinde ise, garanti alan, açtığı davada veya ifa talebinde bulunduğu zaman sadece garanti sözleşmesinin varlığını ispatlaması yeterli olacaktır. Doğaldır ki, garanti sözleşmesinde de muhatabın ifa talebinde bulunabilmesi için asıl borcun ödenmemesine yönelik getirilen geciktirici şartın gerçekleşmesi gerekmektedir.¹⁰⁰

Borcun içeriğiyle ilgili bu iki kişisel teminat sözleşmesi türünün farklı oldukları son bir nokta ise, ödemede bulunan kefil veya garanti verenin asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olup olmamalarıdır. Kefalet sözleşmesinde, kefil ödeme yaptıktan sonra alacaklının halefi sıfatıyla asıl borçluya karşı ödediği miktar oranında rücu hakkına sahiptir.¹⁰¹ (TBK md. 596) Bununla birlikte alacaklı, kefilin rücu hakkını kullanabilmesi ve elindeki rehinleri paraya çevrilebilmesi için gerekli belgeleri kefile devretme ödevi altındadır.¹⁰² Rücu hakkıyla ilgili kanundan doğan diğer bir sonuç da asıl borçluya ait savunma sebeplerini ileri sürmeyen ve ödemeyi yapan kefilin, asıl borçluya rücu hakkını kaybedeceğidir.¹⁰³ (TBK md.591/ f.3) Buna karşılık, garanti sözleşmesinde ise, garanti verenin alacaklıya halef olma hakkı ve yasal bir rücu hakkı bulunmamaktadır.¹⁰⁴ Ancak öğretilerde garanti verenin asıl borçlu (lehtar) ile aralarındaki iç ilişkiye dayalı olarak asıl borçlu aleyhine sözleşmesel bir sorumluluk söz konusuysa rizikoyu karşılayan ödeme sonrası asıl borçluya başvurabileceği belirtilmiştir. Örneğin, lehine banka kredisi verilen bir üçüncü kişinin (lehtarın) bankaya yine bir garanti sözleşmesi niteliğinde olan ve lehtara sözleşmesel bir sorumluluk yükleyen kontgaranti verdiği takdirde, banka daha sonra kontgaranti uyarınca lehtara rücu edebilecektir.¹⁰⁵

⁹⁸ Özen, a.g.e., s.73; Develioğlu, a.g.e., s.127.

⁹⁹ Reisoğlu, Kefalet, s. 4; Olgaç, s.13.

¹⁰⁰ Develioğlu, a.g.e., s.128.

¹⁰¹ Eren, Borçlar Özel, s. 789; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s..696-697; Gümüş, a.g.e., s.455; Eren, s.1109; Yavuz, a.g.e., s.19, s. 396.

¹⁰² Reisoğlu, Kefalet, s. 77.

¹⁰³ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s..697.

¹⁰⁴ Gümüş, a.g.e., s.455; Özen, a.g.e., s.26; Yavuz, a.g.e., s.19; Yenice, a.g.e., s.109.

¹⁰⁵ Gümüş, a.g.e., s.455; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.. 712; Yavuz'a göre, garanti verenin edimini temin ettiği üçüncü kişiye TBK md.62 hükmüne, vekaletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre rücu edebileceği kabul edilmelidir. Aksi görüş için bkz. Reisoğlu, Garanti, s.160 vd.

dd. Asıl Sözleşmede Meydana Gelen Değişikliklerin Etkileri ile İlgili Farklılıklar

Kefilin borcu, asıl borcun dışında bir tasarruf işleminin konusunu oluşturmaz. Asıl sözleşmede kefil olunan alacağın temliki halinde kefalet sözleşmesinden doğan alacağın da temlik edilmiş olduğu kabul edilir.¹⁰⁶ Ancak asıl alacağın temliki sırasında temlik eden ve temlik alan kefaletin devredilmeyeceğini kararlaştırabilir.¹⁰⁷ Asıl borcun nakli halinde ise, borcun nakli, kefaleti kapsamayacağı için kefalet sözleşmesi sona erecektir. Kefil borcun nakli işlemine ancak yazılı şekilde rıza gösterirse yeni borçlunun borcundan sorumlu olacaktır.¹⁰⁸

Garanti sözleşmesinin asli borç doğurmasının sonucu olarak, asıl sözleşmede yapılan değişikliklerin sözleşme tarafları olan muhatap ve garanti veren aksini öngörmedikçe, garanti sözleşmesini etkilemesi söz konusu değildir.¹⁰⁹ Asıl alacağın temliki, muhatabın garanti sözleşmesinden doğan alacağının temlik alana kendiliğinden devri sonucunu doğurmayacaktır. Asıl borcun nakli halinde de aksine bir anlaşma yoksa garanti veren borcundan kurulacaktır.¹¹⁰

ee. Asıl Borcun Sona Ermesinin Etkileri ile İlgili Farklılıklar

Asıl borcun herhangi bir nedenle (asıl borcun borçlu tarafından ödenmesi, asıl borcu doğuran sözleşmenin feshi, borcun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, borcun yenilenmesi vb.) sona ermesi halinde kefalet sözleşmesi de sona erer.¹¹¹ (TBK md.598) Ayrıca kefalet sözleşmelerinde kefilin borcundan kurtulmasını öngören kefilin koruyucu düzenlemeler, TBK md.600 vd. hükümlerde yer alır. Diğer yandan asıl sözleşme sona erse dahi garanti sözleşmesinden doğan borç asli niteliği gereği sona ermeyecektir.¹¹²

b. Sebebe Bağlı veya Soyut Borç Doğurması

Kefalet sözleşmesinde alacaklının kefile karşı ifa talebinde bulunabilmesi için asıl sözleşmedeki alacağının hukuken geçerli olduğunu ispatlaması gerekir.¹¹³ Ayrıca asıl borç muaccel olmadan kefilin borcu da muaccel hale gelmeyecektir.¹¹⁴ Bu nedenlerden dolayı kefilin borcu fer'i olmasının yanında ayrıca sebebe bağlı bir borçtur.¹¹⁵

¹⁰⁶ Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.700

¹⁰⁷ Reisoğlu, Kefalet, s. 3.

¹⁰⁸ Meier, a.g.e., s. 2909-2910, N. 35;; Develioğlu, a.g.e., s.128.

¹⁰⁹ Bourassin / Brémond/ Jobard-Bachellier, s. 254.

¹¹⁰ Develioğlu, a.g.e., s.129.

¹¹¹ Eren, Borçlar Özel, s. 790; Aral/ Ayrancı, a.g.e., s.453; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s.699; Develioğlu, a.g.e., s.130; Reisoğlu, Kefalet, s.2.

¹¹² Develioğlu, a.g.e., s.130; Reisoğlu, Garanti, s.169.

¹¹³ Özen, a.g.e., s. 88.

¹¹⁴ Özen, a.g.e., s. 85.

¹¹⁵ Develioğlu, a.g.e., s.131.



Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun sebebe bağlı bir borç veya soyut bir borç olarak nitelendirilmesi İsviçre doktrininde tartışmalıdır. Bir görüşe göre;¹¹⁶ garanti alan, lehtara karşı olan alacağının varlığını ve geçerliliğini ispat etmesine gerek olmaksızın garanti veren üçüncü kişiye karşı teminat niteliğindeki para borcunu talep edebilir. Bu nedenle garanti sözleşmesi soyut bir borç doğurmaktadır. Buna karşılık İsviçre-Türk doktrininde garanti sözleşmesinin soyut bir borç doğurmadığı yönündeki görüş¹¹⁷ ağırlık kazanmaktadır. Garanti sözleşmesinin öne sürülen ödeme talebinin gerekçelendirilmesi noktasında soyut olduğu varsayılabilir. Fakat garanti sözleşmesinin teminat fonksiyonundan dolayı, diğer bir ifadeyle asıl sözleşmede belirlenen riskin doğumu sonucunda muhatap ödeme talebinde bulunabilmektedir. Bu şekilde asıl sözleşmeye bağlı bir olayın gerçekleşmesi nedeniyle doğan garanti verenin borcunun soyut bir borç olduğu söylemek isabetli olmayacaktır. Garanti verenin riskin doğmadığını ve herhangi bir borcunun olmadığını ispatlaması gerektiği durumda asıl sözleşmedeki borcun ifa edildiğini veya sona erdiğini ispat yükü söz konusudur.¹¹⁸ Ayrıca garanti veren tarafından ödenen bedelin asıl sözleşmede lehtarın edimi oranında iadesi talep edilebilir. Soyut bir borcun teknik olarak doğmadığını gösteren bu görüş uyarınca, eğer, sebebe bağlılık, kefilin asıl borçlunun sorumluluğu oranında sorumlu olması; soyut borç niteliği ise, asıl sözleşmeden doğan def'ileri ve itirazları ileri sürmeden garanti verenin borcunu ifa etmek zorunda kalması olarak algılanıyorsa, bu iki sözleşme arasındaki farklılık fer'ilik ve bağımsızlık kavramlarıyla, diğer bir ifadeyle fer'i- asli borç ayrımı ile daha net şekilde açıklanabilir.¹¹⁹

Yargıtay, bu konuda garanti sözleşmelerinin sebebe bağlı borç doğurdukları yönünde bir içtihadı¹²⁰ sahiptir; “*Burada banka, muhataba karşı asıl borçlu olan lehtarın borcunu taahhüt etmektedir. Banka, teminat mektubu ile belirli ve bağımsız bir riski garanti eder. Bu risk gerçekleşirse, gerçekleştiği ölçüde sorumludur. Bu itibarla, bankanın borcu sebebe bağlı olup, soyut bir borç taahhüdü değildir. Bu nedenle de teminat mektubu kıymetli evrak niteliğinde bir belge değildir. Bu halde teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmediği, dolayısıyla da yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu aşikârdır.*”

¹¹⁶ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 972; Develioğlu, a.g.e., s.132.

¹¹⁷ Develioğlu, a.g.e., s.133-134'teki yazarlar; Gümüş, a.g.e., s. 449; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 86. Karşı görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 525.

¹¹⁸ Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 86.

¹¹⁹ Develioğlu, a.g.e., s.136.

¹²⁰ Yarg. 11. HD., E.2006/5679, K.2007/8483, T.04.06.2007, www.kazanci.com (16.07.2009). Aynı yönde bir karar için bkz. Yarg. HGK, E. 1990/6-1, K. 1990/141, T. 28.02.1990, www.kazanci.com (26.07.2019)

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, garanti sözleşmelerinin soyut bir borç doğuracağı yönündeki görüş isabetsizdir. Sözleşmenin teminat fonksiyonu burada asıldır, bu yüzden de garanti veren borcun sebebini belirtmeksizin borç altına girse bile asıl sözleşmede riskin doğması durumunda borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Garanti verenin borcu ekonomik bir riskin üstlenilmesi olup, dolayısıyla burada soyut bir borçtan bahsetmek mümkün değildir.¹²¹

B. Müteselsil Borçluluk ile Arasındaki Farklılıklar

6098 sayılı TBK’nda müteselsil borçluluk, md.162 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Müteselsil borçluluğun söz konusu olduğu hallerde aynı sebebe bağlı bir borcun ifası için müteselsil borçluların hepsi alacaklıya karşı ifa ile yükümlüdür.¹²² Alacaklı alacağını dilediği borçludan talep edebilir.¹²³ Ancak garanti sözleşmesinde üçüncü bir kişinin edimini üstlenme durumunda üçüncü kişinin borçlu sıfatına sahip olması zorunlu değildir. Sözleşme ile teminat altına alınan borcun hukuken geçersiz olması durumunda üçüncü kişi borçlu sıfatına haiz olmasa dahi, garanti veren, garanti sözleşmesinden doğan bir miktar para ödeme borcunun ifasıyla yükümlüdür. Kaldı ki, üçüncü kişinin borcu, asli borç ilişkisinden; garanti verenin borcu ise garanti sözleşmesinden doğmaktadır. Dolayısıyla müteselsil borçluluk için gerekli olan aynı sebepten doğan bir borcun ifası için birden fazla kişinin aynı anda yükümlü olması, garanti sözleşmelerinde gerçekleşmez.¹²⁴ Ayrıca TBK md.164 uyarınca borcun sebebi aynı olduğundan müteselsil borçlular, ortak defiler ileri sürebilir.¹²⁵ Buna karşılık garanti verenin borcu, üçüncü kişinin borcundan bağımsız, yani asli bir borç olması nedeniyle garanti veren, üçüncü kişinin alacaklıya karşı sahip olduğu defileri ileri süremeyecektir.¹²⁶

C. Borca Katılma ile Arasındaki Farklılıklar

6098 sayılı TBK md. 201’de borca katılma düzenlenmiştir. Buna göre, *‘Borca katılma, mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir. Borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.’*

¹²¹ Sabih Arkan, *Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XVI, S. 4, s. 61; Develioğlu, a.g.e., s.139.

¹²² Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 933; Eren, s. 1201; Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 840; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 454.

¹²³ Meier, a.g.e., s. 2895, N. 32; Eren, s. 1205; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 449.

¹²⁴ Tandoğan, *Borçlar Özel*, C.II, s. 840; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 43. Ayrıca müteselsil borçluların herhangi birinin borcu diğerine göre fer’i nitelikte olmadığından müteselsil borcun kefaletten ayrılacağına ilişkin bkz. Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 450.

¹²⁵ Eren, s. 1206; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 464.

¹²⁶ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6565.

Borca katılma söz konusu olduğunda mevcut bir borcun edimini borçlunun yanında üçüncü bir kişinin de üstlendiği ve borca katılan ile alacaklı arasında yapılan bir sözleşme vardır.¹²⁷ Uygulamada alacaklıya mevcut borcun ödeneceğine ilişkin bir teminat verme amacıyla borca katılma sözleşmesi yapıldığı için, teminat işlevini içeren sözleşmelerin tabi olduğu TBK md.603 hükmü, borca katılma için de uygulanacaktır.¹²⁸ Borca katılmada borca katılan ile mevcut borçlu, aynı sebepten doğan borcun ifasından müteselsilen sorumludur.¹²⁹ Borca katılanın borcunun doğumu, garanti sözleşmesinden farklı olarak, eski borca tabidir.¹³⁰

D. Aval Kavramı ile Arasındaki Farklılıklar

Aval kavramı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 700 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Aval, poliçeden doğan borcun poliçe veya alonj üzerine yazılacak bir aval şerhi ile teminat altına alınmasıdır. Aval verenin teminat borcu, temin edilen borcun geçerliliğine bağlı olmayıp, bağımsız, asli bir borç niteliğine sahiptir. Ayrıca aval veren, tıpkı garanti sözleşmesinde olduğu gibi, asıl borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu kişisel def'ileri ileri süremeyecektir.¹³¹

Bahsedildiği üzere avale ilişkin garanti sözleşmesine benzer hukuki özelliklerin varlığına rağmen, aval ve garanti sözleşmesi arasında kambiyo senetlerine özgü şekil kurallarına uygun olmayan aval işleminin garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesini engelleyen birtakım farklılıklar mevcuttur. Öncelikle aval işlemi, aval verenin garanti sözleşmesindeki gibi alacaklıyla değil, borçluyla akdettikleri bir sözleşmeye dayanmaktadır.¹³² Diğer önemli bir farklılık ise, aval işleminin asıl borç ilişkisine bağlı olması, yani fer'i bir nitelik taşımasıdır. Aval ile teminat altına alınan borç, bir şekil eksikliği sonucu geçersiz ise, kambiyo senedi üzerindeki aval işlemi de geçersiz hale gelir. Ayrıca garanti sözleşmesinde bir müteselsil borçluluk durumu söz konusu olmamasına rağmen, aval veren ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumludur.¹³³ Son olarak, garanti verenin kanuni bir rücu hakkı olmamasına karşılık aval verenin TTK md.702/ f.3 hükmü uyarınca borcu teminat altına alınan kişiye ve poliçeden dolayı kendisine karşı sorumlu olan kişilere ileri sürebileceği kanuni bir rücu hakkı mevcuttur.¹³⁴

¹²⁷ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 1030; Eren, s. 1254; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 841; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s. 609; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 479.

¹²⁸ Eren, s. 1255; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 609.

¹²⁹ Eren, s. 1255; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 1032.

¹³⁰ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6525; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 1032; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 610. Dolayısıyla burada garanti sözleşmesinin müteselsil borçluluktan farkları üzerine yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

¹³¹ Meier, a.g.e., s. 2894, N. 31; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 841; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 41.

¹³² Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 841; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 41.

¹³³ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 842; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 42.

¹³⁴ Tekinalp, a.g.e., s. 525.

5. GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE RİSKİN GERÇEKLEŞMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Garanti Veren Bir Miktar Para Ödeme Borcu

Garanti sözleşmesinde garanti verenin asli borcu, bir davranışa ya da edimin ifasına bağlı olarak gerçekleşmesi muhtemel bir ekonomik riskin gerçekleşmesi halinde karşı tarafın uğradığı zararın karşılamak amacıyla belirli bir miktar para ödeme borcudur.¹³⁵ Garanti verenin ödeme borcunun hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Öğretideki baskın görüş,¹³⁶ TBK md.128'den hareketle garanti verenin borcunun üçüncü kişi kendi edimini ifa etmediği takdirde garanti alanın (muhatabın) uğradığı zararını tazmin etme borcu olduğunu savunmaktadır. Garanti verenin asli borcunun tazminat borcu olduğunu kabul edildiğinde tazmin edilecek zarar, asıl borç ilişkisinde beklenen ifa menfaatinin gerçekleşmemesinden kaynaklanan zararlardır.¹³⁷ Olumlu (müspet) zarar olarak adlandırılan bu zarar kalemi, üçüncü kişinin asıl borç ilişkisinden doğan ve teminat altına alınan borcunun ifa edilmemesinden doğmaktadır. Garanti alanın malvarlığının mevcut durumu ile ifa gerçekleşmiş olsaydı göstereceği durum arasındaki fark, olumlu zarardır.¹³⁸

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, garanti verenin asli borcu teknik olarak bir tazminat borcu değildir. Buna göre, esas olarak garanti veren, üçüncü kişinin (lehtarın) borcunu aynen ifa etmekle değil, borcun ifa edilmemesi sonucu ortaya çıkabilecek olan zarar görme riskini teminat altına almakla yükümlüdür.¹³⁹ Bu nedenle garanti veren, teminat altına alınan zarar görme riskinin gerçekleşmesi halinde bir miktar para ödeme borcu altındadır.¹⁴⁰ Bu görüşe göre, garanti verenin tazminat borcu, ancak ekonomik risk gerçekleştiikten sonra alacaklının zararını talebe rağmen karşılamaması halinde asıl borcuna ek olarak neden olduğu zararları tazmin etme borcudur. Garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, lehtarın borcundan bağımsız olup, asıl borç ilişkisinde lehtarın borcunu ifa etmemesinden doğan zararın tazminini kapsamamaktadır.¹⁴¹

¹³⁵ Meier, a.g.e., s. 2888, N. 25; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 855; Develioğlu, a.g.e., s. 294.

¹³⁶ Senai Olgaç, *Kazai ve İlimi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, C.II, Genel Hükümler (Madde 61-181), Ankara 1976, s. 480; Eren, s. 1159; Tekinalp, a.g.e., s. 515; Arık, a.g.e., s. 55; Reisoğlu, Garanti, s. 154-155.

¹³⁷ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., N. 6538;

¹³⁸ Eren, s. 1159; Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 421; Eren, Borçlar Özel, s. 767; Develioğlu, a.g.e., s. 296; Gümüş, a.g.e., s., s. 461. Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. TD., E. 1958/58-56, K.1958/515, T. 25.02.1958; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 855.

¹³⁹ Bourassin / Brémond / Jobard-Bachelier, s. 248.

¹⁴⁰ Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 420; Develioğlu, a.g.e., s. 295; Yüce, a.g.e., s. 89; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 61 vd.; Doğan, a.g.e., s. 193. Ek olarak Develioğlu, uygulamada özellikle bankaların yaptıkları sözleşmelerde farklı kloz tiplerinin konulması nedeniyle bu konuda bir genellemenin yapılamayacağını ve tarafların garanti verenin asli borcu olarak tazminat borcu veya para ödeme borcunu belirleyebileceklerini savunmaktadır. Develioğlu, a.g.e., s. 296.

¹⁴¹ Oğuzman/ Öz, a.g.e., s., s. 420, dn. 61; Yüce, a.g.e., s. 88.

Garanti veren, asli borcu olan bu yükümlülükten üçüncü kişinin kendi edimini ifa etmemesinde herhangi bir kusuru olmadığını ispatlayarak kurtulamayacaktır. Dolayısıyla garanti verenin sözleşmeden doğan sorumluluğu, kusura dayanmayan bir sonuç sorumluluğudur.¹⁴² Ayrıca ilk talepte ödeme kaydı içermeyen garanti sözleşmelerinde garanti alan, karşı taraftan bu bedeli talep edebilmesi için ekonomik riskin gerçekleştiğini ve zarara uğradığını ispat etmelidir. Bu zorunluluk, garanti alanın talep hakkını elde edebilmesi için yapması gereken bir külfet olup, yükümlülük olarak değerlendirilmemelidir.¹⁴³

Garanti sözleşmesinde garanti verenin ödeme borcunun kapsamı, taraflarca ya götürü bir bedel ya da azami bir bedel olarak belirlenebilir. Asıl borç ilişkisinde teminat altına alınan borcun miktarında bir azalma söz konusu olduğunda, garanti verenin ödeme borcunun bağımsız niteliği gereği, garanti verenin asli borcunun miktarında bir azalma meydana gelmeyecektir.¹⁴⁴ Uygulamada çoğunlukla karşılaşılan ilk talepte ödeme kayıtlı garanti sözleşmelerinde, riskin doğumu ile ödeme borcu muaccel hale geleceğinden,¹⁴⁵ garanti alanın zararı, sabit bir miktar olarak belirlenen garanti verenin borcundan daha düşük olsa dahi, ticari hayatın hızına uygun bir şekilde garanti alanın ödeme talebini karşı tarafa iletmesi üzerine garanti veren bu borcunu ifa etmektedir.¹⁴⁶ Bu durumda verilen banka teminat mektuplarında garanti alanın zararının varlığına ilişkin bir 'zarar karinesi' söz konusudur.¹⁴⁷

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, kefalet sözleşmesine ilişkin TBK md. 589/ f. 3 hükmünün garanti sözleşmesine kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla taraflar aksini kararlaştırmadıkça, ancak sözleşmenin kurulmasından sonra doğacak olan borçlar için garanti verenin teminat yükümlülüğü altına girdiği kabul edilir. Zira söz konusu hükmün konuluş amacı, çoğunlukla bankaların borçluyla kredi sözleşmesi yapmasının şartı olarak mevcut borç için kefil gösterilmesini istemesidir. Buna benzer olarak, garanti sözleşmesi de alacaklı ile lehtar arasında

¹⁴² Garanti verenin sonuç sorumluluğu kapsamında umulmadık olay, mücbir sebep veya kaza sonucu teminat altına alınan risk gerçekleştiğinde dahi garanti alan, zararının karşılanmasını karşı taraftan talep edebilir. Buna ilişkin bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 856; Reisoğlu, Garanti, s. 151. Doktrindeki karşı görüş hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Arık, a.g.e., s. 57.

¹⁴³ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 854; Develioğlu, a.g.e., s. 298.

¹⁴⁴ Develioğlu, a.g.e., s. 305.

¹⁴⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s.857; Develioğlu, a.g.e., s. 316.

¹⁴⁶ Tercier/ Bieri/ Carron, a.g.e., s. 973. Bu durumda 'önce öde, sonra dava et' prensibinin uygulandığına ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e., s. 298. Ayrıca uygulamada garanti sözleşmesinin işlevsel olması bakımından tali niteliğinin söz konusu olmadığı görüşü için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s.858; Reisoğlu, Garanti, s. 156. Buna benzer olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1974 tarihli bir kararında kayıtsız şartsız ilk talepte ödeme kayıtlı, süreli garanti sözleşmelerinde garanti alanın ödeme talebini garanti verenin sorumluluğunun sürenin dolmasından sonra da devam ettiği gerekçesiyle geçerli kabul etmiştir. Bu karar metni için bkz. Yarg. HGK., E. 974-T-1585, K. 1974/76, T. 26.01.1974. (Özdemir, a.g.e., s. 253)

¹⁴⁷ Arkan, a.g.m., s. 62; Gümüş, a.g.e., s., s. 462; Yüce, a.g.e., s. 113.

kurulacak bir borç ilişkisinin şartı olarak öngörülebilir. Bu nedenle garanti sözleşmesinde açık bir hüküm olmadığı takdirde söz konusu borcun kapsamının sözleşmeden sonraki borçlarla sınırlı olduğu karinesi söz konusudur.¹⁴⁸

B. Garanti Verenin Asıl Borçluya Rücu Hakkı

Garanti sözleşmesinde garanti verenin kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, lehtara karşı kanuni bir rücu hakkı bulunmamaktadır.¹⁴⁹ Garanti verenin üçüncü kişiye karşı rücu hakkından bahsedebilmemiz için üçüncü kişinin, yani lehtarın, garanti alanın zararından dolayı sorumlu tutulabilecek hukuki bir durumda olması gerekir.¹⁵⁰ Üçüncü kişinin garanti alanın uğradığı zarardan sorumlu olması, ancak, garanti veren ile aralarında yapılan bir sözleşmeden doğan sorumluluk veya garanti alana karşı kanuni veya haksız fiilden doğan bir sorumluluk söz konusu olduğu takdirde mümkündür.¹⁵¹ Önemle belirtilmelidir ki, garanti veren açısından TBK md. 127 uyarınca bir halefiyet ilişkisinin varlığı ve alacaklının, inceleme konumuz sözleşme açısından garanti alanın, asıl borçluya karşı ileri sürüleceği hak ve taleplere halef olma imkânı söz konusu değildir.¹⁵²

Garanti verenin asıl borçluya rücu hakkının var olup olmamasına ilişkin çeşitli olasılıkların değerlendirilmesi gerekmektedir. Birinci olasılıkta garanti veren ile asıl borçlu arasında yapılan bir kontrgaranti sözleşmesi,¹⁵³ genellikle kefalet benzeri garantilerde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda garanti verenin asıl borçluya rücu edebilmesi için yasal bir dayanak aramasına gerek kalmayacaktır. Ayrıca garanti veren ile asıl borçlu arasında, örneğin garanti verme vekâleti¹⁵⁴ veya şirket sözleşmesi gibi bir sözleşme söz konusuysa bu sözleşmelerden doğan rücu hakkı asıl borçluya karşı ileri sürülebilir.¹⁵⁵ Saf garanti sözleşmelerinde ise, temin edilen sonuca yönelik olarak üçüncü kişilerin bir rolü söz konusu olsa da, üçüncü kişiler, garanti alana karşı zararını tazmin etme borcu altında olmayacaktır.¹⁵⁶

¹⁴⁸ Develioğlu, a.g.e., s. 306.

¹⁴⁹ Oğuzman/ Öz., C.II, s. 422; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s.854; Gümüş, a.g.e., s., s. 462; Reisoğlu, Garanti, s. 162; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 32; Develioğlu, a.g.e., s. 418; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 31.

¹⁵⁰ Tekinalp, a.g.e., s. 529.

¹⁵¹ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 871; Eren, s. 1159; Yenice, a.g.e., s. 111.

¹⁵² Eren, Borçlar Özel, s. 768; Develioğlu, a.g.e., s. 418; Yüce, a.g.e., s. 149.

¹⁵³ Kontrgaranti sözleşmesinin hukuki niteliğinin 6098 sayılı TBK md.502 uyarınca bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşü hakkında bkz. Yüce, a.g.e., s. 149.

¹⁵⁴ Asıl borçlunun (lehtarın) garanti verene yönelik bir garanti sözleşmesi akdetmesine yönelik talimatı varsa bir vekalet sözleşmesinin mevcut olduğuna ilişkin bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 531.

¹⁵⁵ Develioğlu, a.g.e., s. 420; Tekinalp, a.g.e., s. 528 vd.

¹⁵⁶ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 872; Yenice, a.g.e., s. 113.

Garanti veren ile asıl borçlu arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki olması ihtimalinde doktrinde 6098 sayılı TBK md.61'e, vekâletsiz iş görme veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre rücu hakkının varlığı tartışılmıştır.¹⁵⁷ Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK md.61 hükmü, garanti sözleşmesi çerçevesinde garanti verenin rücu hakkının hukuki dayanağı olarak kabul edilmemektedir. Zira söz konusu maddenin garanti sözleşmesi kapsamında uygulama alanı bulmasının kabulü halinde birbirinden bağımsız olarak borç altına giren kişiler arasında müteselsil sorumluluk yaratılması, sözleşmenin nisbiligi ilkesine ters düşmektedir.¹⁵⁸

Vekâletsiz iş görme hükümleri ise, TBK md. 526 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre, vekâletsiz iş görmeden bahsedebilmek için dört şartın varlığı aranır. Bunlar, bir iş görmenin varlığı, işin başkasına ait olması, işin yapılmasının hukuki bir sebebe dayanmaması (vekâletin olmaması) ve başkasının işini görme iradesini varlığıdır.¹⁵⁹ Garanti sözleşmesi uyarınca garanti veren, kendi borcunu ifa ettiğinde aynı zamanda asıl borçlunun (lehtarın) tazminat borcunu da ödemiş olmaktadır. Bir borcun ödenmesinin, hukuki işlem olarak, bir iş görme niteliği taşıdığı açıktır.¹⁶⁰

İkinci olarak işin başkasına ait olması şartı ise, Türk hukuku doktrininde görüş ayrılığına yol açmıştır. Bir görüşe göre,¹⁶¹ garanti verenin asıl borçluya rücu hakkı, söz konusu şartın gerçekleşmemesi nedeniyle TBK md.526 vd. hükümlerine dayanarak ileri sürülemeyecektir. Buna gerekçe olarak, örneğin, teminat mektubunu ödeyen bankanın bir başkasının borcunu değil, kendi borcunu

¹⁵⁷ Doktrinde sebepsiz zenginleşme ve gerçek vekâletsiz iş görmeye dayalı rücu talebini reddeden görüş için bkz. Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 81-82; Yüce, a.g.e., s. 155-156; Reisoğlu, Garanti, s. 163 vd. Vekâletsiz iş görmeye dayalı talebi reddeden görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 530. Bunlara ek olarak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 1969 tarihli kararında garanti verenle asıl borçlu arasında bir sözleşme olmadığı takdirde garanti verenin bu sıfatla ödediği bedelin kendisine ödenmesi için asıl borçluya başvuramayacağına karar vermiştir. Kararın tam metni için bkz. Yarg. İBK. E.1969/4, K.1969/6, T. 11.06.1969, www.kazanci.com (29.07.2019). Son olarak garanti verenin asıl borca kefil olana karşı da rücu talebini ileri sürebileceği görüşüne ilişkin bkz. Yenice, a.g.e., s. 119. Ayrıca aynı görüşteki Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararı için bkz. Yarg. HGK, E. 1997/ 19-667, K. 1997/ 905, T. 21.11.1997. (Karar için bkz. Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 366)

¹⁵⁸ TBK md.61 hükmünü rücu hakkının hukuki dayanağı olarak kabul etmeyen görüş için bkz. Develioğlu, a.g.e., s. 421; Yüce, a.g.e., s. 155; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 82-83; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 101-102. Karşı görüş olarak bkz. Oğuzman/ Öz., C.II, s. 423; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 879 vd.; Reisoğlu, Garanti, s. 80.

¹⁵⁹ Gülşah Sinem Aydın, *Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekâletsiz İş Görme*, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 47-48; Gökçe Özdemir, *Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s. 94; Eren, Borçlar Özel, s. 831.

¹⁶⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 875; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s. 1360; Develioğlu, a.g.e., s. 422.

¹⁶¹ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 82; Tekinalp, a.g.e., s. 529; Reisoğlu, Garanti, s. 165; Kahyaoğlu, a.g.e., s. 101.

ödediği ileri sürülmektedir. Ancak garanti verenin ödeme borcunu ifasıyla birlikte asıl borçlu da alacaklı karşısındaki borcundan kurtulmuş olacaktır. Garanti verenin hem kendisine ait, hem de başkasına ait bir işi görmesi vekâletsiz iş görme açısından bir sorun teşkil etmez.¹⁶² Bu şartın garanti sözleşmesi açısından gerçekleşmeyeceğini savunan görüşe göre, garanti verenin kendi borcunu ifa etmesi, dolaylı olarak asıl borçlu açısından bir iş görme niteliğinde olup, onun malvarlığındaki pasifinin azaltılmasını sağlamaktadır. Bu nedenle kendine ait bir işi gören garanti verenin, TBK md. 530 uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanarak rücu talebinin varlığı kabul edilmektedir.¹⁶³

Vekâletsiz iş görmeye ilişkin üçüncü şart olan işin yapılmasının herhangi bir hukuki sebebe dayanmaması şartı, garanti sözleşmesi kapsamında yerine gelmiş olacaktır. Vekâletsiz iş görmede iş görenin üçüncü şahsa, bu durumda alacaklıya, karşı sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünün olması, söz konusu şartın varlığını engellemeyecektir. Garanti veren, garanti sözleşmesi uyarınca alacaklıya karşı iş görmeyi taahhüt ettiğinde asıl borçlu ile aralarında sözleşmeden doğan bir yükümlülük yoksa vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.¹⁶⁴ Son şart olarak iş görme iradesinin varlığı ise, başkasının menfaatine iş görme değil, genel bir iş görme iradesinin bulunması ile gerçekleşmiş sayılır.¹⁶⁵ Garanti sözleşmesinde asli borç ilişkisi geçerli olmasa dahi garanti veren, borcunu ifa etme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle geçerli olmayan bir asli borç ilişkiden doğan borcun ifa edilmemesi sonucu garanti veren, iyiniyetli bir şekilde alacaklıya ödeme yaptığı takdirde bu şartın oluştuğu kabul edilmelidir.¹⁶⁶

Son olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca garanti verenin asıl borçluya rücu etmesi, doktrinde baskın görüş¹⁶⁷ tarafından kabul edilmektedir. Asıl borçlunun zenginleşmesi için garanti sözleşmesinin geçerli bir hukuki sebep olarak kabul edileceği görüşü¹⁶⁸ isabetli değildir. Bu sözleşme garanti verenin malvarlığında bir eksilmeye neden olmaktadır. Sebepsiz zenginleşme kap-

¹⁶² Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 875; Develioğlu, a.g.e., s. 422; Eren, Borçlar Özel, s. 832.

¹⁶³ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 877; Oğuzman/ Öz., C.II, s. 423; Yüce, a.g.e., s. 156; Özdemir, a.g.e., s. 98. Karşılaştırmak için bkz. Aydın, a.g.e., s. 48.

¹⁶⁴ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 876; Develioğlu, a.g.e., s. 423.

¹⁶⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 877; Yavuz/ Acar/ Özen, a.g.e., s. 1361; Eren, Borçlar Özel, s. 833.

¹⁶⁶ Ayrıca garanti veren kendi adına hareket ederken, aynı anda başkasının yararına da hareket edebileceğine ilişkin bkz. Develioğlu, a.g.e., s. 424.

¹⁶⁷ Oğuzman/ Öz., C.II, s. 423; Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 878; Develioğlu, a.g.e., s. 424; Yenice, a.g.e., s. 116.

¹⁶⁸ Yüce, a.g.e., s. 155; Reisoğlu, Garanti, s. 164; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s. 82.

samında aranan geçerli sebebin olmaması şartını zenginleşen asıl borçlu ile fakirleşen garanti veren arasındaki hukuki ilişkide aramak gerekmektedir. Bu noktada örneğin, garanti veren bankanın karşısında kontgaranti veren kişinin acze düştüğü, alacaklının tazminat talebinin bankaya temlik edilmediği ve bankanın yaptığı ödemenin asıl borçlunun tazminat borcuna mahsup edildiği takdirde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabilecektir. Sayılan bu durumlarda garanti verenin borcunu ifa etmesiyle birlikte, tazminat ödemekten kurtulan ve menfaat sağlayan asıl borçlunun malvarlığında gerçekleşen zenginleşmenin haklı bir sebebi bulunmamaktadır.¹⁶⁹

SONUÇ

Garanti sözleşmesi, 6098 sayılı TBK'nda düzenlenmiş bir sözleşme türü değildir. Sui generis bir sözleşme tipi olan garanti sözleşmesinin tanımı, doktrinde genel olarak sözleşmesel unsurların belirlenmesi yoluyla yapılmıştır. Doktrinde garanti sözleşmesinin hukuki niteliği açısından tartışma konusu yapılmış önemli bir husus da üçüncü kişinin edimini üstlenme ile ilişkisinin açıklanmasıdır. Bu konuda bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, TBK md.128'de düzenlenen bu kurum, garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturmaktadır. Teminat amaçlı (kefalet benzeri) garantilerde çoğunlukla asli bir borç ilişkisinde borçlunun edimini gereği gibi ifa edeceği, bunun gerçekleşmemesi ihtimalinde ise, alacaklının uğradığı zararın giderileceğini taahhüt eden kişi, garanti sözleşmesinin bir türü olarak üçüncü kişinin edimini üstlenmiştir.

Uygulamada garanti sözleşmesinin teminat amaçlı (kefalet benzeri) ve saf garanti, banka teminat mektupları ve kontgarantiler şeklinde değişik türleri bulunmaktadır. Teminat mektuplarına ilişkin TBK md.128/ f.2 hükmü garanti veren bankaları koruyucu bir düzenleme içerir. Buna göre, teminat mektubu süresi içinde riziko gerçekleşse dahi, garanti alan bankaya karşı yazılı bir ödeme talebinde bulunmadığı takdirde garanti veren kurumundaki banka, alacaklının zararını gidereceğine ilişkin taahhüdünden kurtulmuş olacaktır.

Garanti sözleşmesinin en önemli hukuki özelliği, kişisel teminat içeren bir sözleşme olmasıdır. Asıl borç ilişkisinde borcun gereği gibi veya hiç ifa edilmemesi halinde gerçekleşecek olan ekonomik risk karşısında alacaklının menfaati garanti veren tarafından teminat altına alınacaktır. Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen ve geciktirici şarta bağlı bir sözleşmedir. Kural olarak, garanti verenin borcu, tali bir borç niteliğindedir. Ancak uygulamada ticari hayatın hızına ayak uydurmak adına sözleşmede tarafların 'ilk talepte ödeme'

¹⁶⁹ Tandoğan, Borçlar Özel, C.II, s. 879; Oğuzman/ Öz., C.II, s. 423.

kaydını koyması sonucu, alacaklı, asıl borçluya gitmeden önce garanti verenin edimini ifa etmesini talep edebilir. TBK md.603 uyarınca tüm kişisel teminat sözleşmelerinde kefaletle ilişkin şekil şartları aranacaktır. Dolayısıyla garanti sözleşmesinde yazılı şekil şartına, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Garanti sözleşmesini kefalet sözleşmesinden ayıran temel fark, fer'i- asli borç ayrımıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu ve Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği kararlar ve doktrinin katkıları sonucu bu ayırım netleşmiştir. Bu konudaki en önemli hususlar, garanti verenin borcu, asıl borç ilişkisi geçersiz olsa bile asli, bağımsız bir borç olması nedeniyle geçerliliğini sürdürmesi ve asıl borçlunun alacaklıya karşı ileri sürebileceği itiraz ve def'ilere sahip olmamasıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, garanti sözleşmesinde sebebe bağlı bir borç doğmaktadır. Garanti verenin borcu, bir borç ilişkisinde oluşabilecek olan ekonomik bir riskin doğumuna bağlıdır. İlk talepte ödeme kayıtlı garantilerde ödemede bulunan bankalar, daha sonra söz konusu risk gerçekleşmemişse, bedelin iadesini talep edebilecektir.

Garanti sözleşmesinde ekonomik riskin gerçekleşmesi sonucu garanti verenin bir miktar para ödeme borcu söz konusu olacaktır. Kanaatimizce, bu borcun teknik olarak, tazminat borcu olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Garanti veren, asıl borçlunun borcunu aynen ifa etmekle değil, borcun ifa edilmemesi sonucu uğranılan olumlu zararın giderilmesine yönelik belirli bir bedeli ödemekle yükümlüdür. Garanti verenin tazminat borcu, ancak bu bedeli ödememesi sonucu alacaklının uğradığı ek zararların tazmini noktasında doğacaktır. Garanti verenin borcunun kapsamı, kefalet sözleşmesine benzer şekilde, sözleşmenin yapılmasından sonra doğacak borçları teminat altına alma yükümlülüğü ile sınırlıdır.

Son olarak, doktrinde görüş ayrılıklarına yol açan garanti verenin asıl borçluya rücu hakkının var olup olmadığı konusunda kanımızca, garanti veren ile asıl borçlu arasında sözleşmesel bir ilişki olması durumunda rücu hakkı, bu sözleşme çerçevesinde mevcuttur. Ayrıca unsurlarının tam olarak oluştuğunu düşündüğümüz TBK md.526 vd. kapsamında vekâletsiz iş görme hükümleri ve TBK md.77 vd. kapsamında sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca garanti veren, asıl borçluya karşı rücu talebini ileri sürebilmelidir.

KAYNAKÇA

- Fikret Arık, “Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, *AÜSBFD*, 1955, C. X, No.2, s. 45-75.
- Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Sabih Arkan, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XVI, S. 4, s. 59-84.
- Gülşah Sinem Aydın, *Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekâletsiz İşgörme*, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Nami Barlas, *Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması, Makalelerim*, C. I, İstanbul 2008. (Kefalet)
- Nami Barlas, “Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi”, *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II, İstanbul 2002.
- Nami Barlas, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul 1986. (Banka Teminat Mektupları)
- Manuella Bourassin / Vincent Brémond / Maire- Noelle Jobard-Bachelier, *Droit des Sûretés*, 2. Bası, Dalloz, Paris 2010.
- Murat Develioğlu, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Yayınları, İstanbul 2009.
- Vahit Doğan, *Banka Teminat Mektupları: Ülke İçi Ticari İlişkiler, Milletlerarası Ticari İlişkiler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- Pierre Engel, *Contrats de Droit Suisse*, Staempfli Editions SA, Bern 2000.
- Fikret Eren, *6098 Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2018. (Borçlar Özel)
- Feray Fırıncioğulları, *Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.
- Gülçin Elçin Grassinger, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları*, İstanbul 1996.
- Gülçin Elçin Grassinger, “Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i ve İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, *Cevdet Yavuz'a Armağan*, İstanbul, 2011, s. 123-134.
- Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. I-II, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Emin Can Kahyaoğlu, *Banka Garantileri*, İstanbul, Beta Yayınları, 1996.

- Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- Arif Kocaman, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.7.2001 Tarih ve E. 2001/19-534, K. 2001/583 Sayılı Kararı Üzerine Bir Değerlendirme Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel (Şahsi) Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi, Kefalet mi?”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIX*, Mayıs 2003, s. 67-94.
- Necip Kocayusufpaşaoğlu / Hüseyin Hatemi / Rona Serozan / Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme*, C. I, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Dominique Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 7. Bası, L.G.D.J, Paris 2009.
- Philippe Meier, *Du cautionnement, Code des Obligations I Commentaire Romand, Codes des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait*, Editörler: Luc Thévanoz / Franz Werro, Helbing& Lichtenhahn, Basel 2012, s. 2877- 3047.
- Kemal Oğuzman / Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I-II, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Senai Olgaç, *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II, Genel Hükümler (Madde 61-181)*, Ankara 1976.
- Senai Olgaç, *Kefalet*, Ankara 1978.
- Hugo Oser / Wilhelm Schönerberger, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi-Eski Kefillik, Yeni Kefillik, Kumar, Bahis, Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmesi İsviçre BK 492- 529, Türk BK 483/ 519*, Çeviren: İsmet Sungurbey, Ankara 1964.
- Gökçe Özdemir, *Roma ve Türk Hukuklarında Vekâletsiz İş Görme*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.
- Atalay Özdemir, “Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları”, *YD*, 1984, s. 252-271, 466-481.
- Burak Özen, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012. (Borçlar Genel)
- Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, Ankara 2003. (Teminat mektupları)
- Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet*, Ankara 1992. (Kefalet)
- Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963. (Garanti)
- Seza Reisoğlu, “Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre”, *Prof. Dr. Osman Fazıl Berki’ye Armağan*, AÜHF Yayınları, Ankara 1977, s. 751-753.

- Feyza Eren Sayın, “Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorununa Bir Bakış”, *İÜHFİM*, C. 70, S. 1, 2012, s. 319-356.
- Georges Scyboz, *Le Contrat de Garantie et Le Cautionnement*, Traité des Droit Privé Suisse, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1979.
- Rudolph Stammeler, *Der Garantievertrag*, Archiv für die civilistische Praxis, C. 69, S. 1, Mohr Siebeck, Tuebingen 1886, s. 1- 141.
- Haluk Tandoğan, *Garanti Mukavelesi, Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki*, Ankara 1959.
- Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Borçlar Özel)
- Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Pierre Tercier / Laurent Bieri / Blaise Carron, *Les Contrats Spéciaux*, 5. Bası Schulthess éditions romandes, Zürih 2016.
- Pierre Tercier / Pascal Pichonnaz, *Le Droit des Obligations*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Schulthess Médias Juridique, Zürih 2012.
- Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. I-II, Çeviren: Cevat Edege, 2. Baskı, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.
- Cevdet Yavuz / Faruk Acar / Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul, 2014.
- Nihat Yavuz, *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2009.
- A. Özge Yenice, *Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkileri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Melek Bilgin Yüce, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

www.admin.ch

www.droit.org

www.kazanci.com.tr

Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi^(*)

The Effect of Auditing General Terms and Conditions on Freedom of Contract

Arş. Gör. Ömer Ali GİRGIN^(**)

Öz

Modern hayatta kültürel kodların, toplumsal yaşamın ve ihtiyaçların değişmesiyle hukuk da evrilmekte ve güne uygun çözümler üretmek için adalet dengesini sağlamaya çalışmaktadır. Liberal ve bireyci hukuk sistemlerinin vazgeçilmez ilkesi sözleşme özgürlüğü de Sanayi Devrimi ile başlayan süreçte birçok yönden sınırlandırılarak hukuk evrimine katılmıştır. Bu çerçevede, ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler içinde altı madde halinde yasal zemine kavuşturulmasıyla pozitif hukukumuzda yer alan genel işlem koşullarının denetiminin sözleşme özgürlüğünü neden ve nasıl kısıtladığının tespiti gerekir. Çalışmada genel işlem şartlarına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği denetim türlerinin sözleşme özgürlüğü ilkesi ile ilişkisi ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sözleşme Özgürlüğü, Genel İşlem Koşulları, Genel İşlem Koşullarının Denetimi, İçerik Denetimi, Türk Borçlar Kanunu.

Abstract

In modern life, the law is evolving parallel to the change in cultural codes, community life and needs and trying to equilibrate justice with finding modern solutions. Freedom of contract which is an indispensable principle of liberal and individualist law systems, has been limited in many ways during the process starting with the Industrial Revolution and contributed to the evolution of law. Within this scope, it is necessary to determine why and how does auditing general terms and conditions which is recently regulated for the first time in six articles in Turkish Code of Obligations No.6098, limit the freedom of contract. Study mainly focuses on the relationship between the rules about auditing general terms and conditions in Turkish Code of Obligations and the principle of freedom of contract.

Keywords

Freedom of Contract, General Terms and Conditions, Auditing General Terms and Conditions, Auditing Content, Turkish Code of Obligations.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 18.07.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 22.07.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 18.07.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 08.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-Posta: omeraligirgin@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7469-9174>.



GİRİŞ

Kitlesele sözleşmelerin ortaya çıkışıyla birlikte güçlü işletmelerin kişilere sunduğu mal ve hizmetleri konu alan sözleşmelere koydukları genel işlem koşulları, kişileri genel işlem koşullarını kabul etme ve sözleşmeyi kurmaktan vazgeçme seçenekleri arasında sıkıştırmıştır. Genel işlem koşulları çok yüksek oranda kişilerin aleyhine olduğundan, zayıf durumdaki kişinin akdettiği çoğu kitlesele sözleşmede menfaati aleyhine hükümlerle bağlanmak zorunda kalmıştır. Bu da tarafların menfaatleri bakımından açık bir dengesizlik teşkil eder. Burada, liberal anlayışın getirdiği sözleşme özgürlüğünün, büyük kurumlar karşısındaki kişiler tarafından serbestçe kullanılmadığı görülmektedir. Bu duruma devletin müdahalesi gerekli görülmüş ve genel işlem koşullarının yargısal denetimi ortaya çıkmıştır. Çalışmada öncelikle genel işlem koşullarına neden ihtiyaç duyulduğu sorusuna cevap aranmıştır. Daha sonra genel işlem koşullarının unsurları, koşulların denetlenmesi fikrinin temelleri ve sözleşme özgürlüğüyle ilişkisi incelenmeye çalışılmıştır.

1. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ ORTAYA ÇIKIŞI

A. Klasik Sözleşme Anlayışından Kitlesele Sözleşmelere Geçiş

Liberal ve bireyci sosyal anlayışın hukuka yansımaları olarak gelişen irade özerkliği¹ her kişinin, mutlak olmasa da olabildiğince geniş tutulmaya çalışılan bir kapsamda, kendi kararlarını kendisinin vermesi; kişinin yolunu bir otoritenin değil, kendisinin tayin etmesi anlamına gelir.² Başka bir deyişle irade özerkliği, kişilerin, özel hukuk ilişkilerinde serbestçe hareket etmelerini ifade eder. Sözleşme, hukuki bir sonuç elde etmek isteyen kişilerin en sık başvurduğu biçim olduğundan,³ irade özerkliği kavramı uygulamada etkilerini çok büyük bir oranda, sözleşme özgürlüğü aracılığıyla gösterir.⁴ Anayasanın 48. maddesinde yer

¹ F. Eren (2015). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Yetkin, s. 297; S. S. Tekinay vd. (1993). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Filiz, s. 362; N. Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014). Borçlar hukuku genel bölüm. İstanbul: Filiz, s. 503; R. Serozan (2014). Medeni hukuk genel bölüm- kişiler hukuku. İstanbul: Vedat, s. 81; A. Küçüyalçın (2004). Karşılaştırmalı hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması. *AÜHFD*, C. 53, S. 4, s. 105; H. Erman (1973). Akit serbestisi ve genel olarak sınırlamaları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38, S. 1-4, s. 602; H. Şen Doğramacı (2013). Türk borçlar kanununun 356. maddesinin değerlendirilmesi: Sözleşme özgürlüğü mü? Sözleşme adaleti mi? Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan C. II, s. 1281.

² Eren (2015), s. 297; K. Oğuzman ve T. Öz (2014). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Vedat, s. 24; G. Antalya (2015). Borçlar hukuku genel hükümler cilt 1. İstanbul: Legal, s. 73. İrade özerkliğinin temeli olan liberal ve bireyci anlayış hakkında bilgiler için bkz. M. Skousen (2007). İktisadi düşünce tarihi (Çev. M. Acar vd.). Ankara: Adres, s. 136 vd.

³ Eren (2015), s. 298; R. Serozan (2014), s. 81.

⁴ Erman (1973), s. 602; Antalya (2015), s. 73; A. Havutçu, (1998). Genel işlem şartlarının içerik denetimi- Bir Yargıtay kararı hakkında düşünceler. *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 1998, S. 4., s. 25.

alan sözleşme özgürlüğü,⁵ irade özerkliğinin görünüm şekillerinden biridir.⁶ Gerçekten, kişiler özel hukuk ilişkilerini bizzat tayin etmekte serbest iseler, sözleşmekte de serbest olmalıdırlar. Bu fikir, her kişinin kendi menfaatini öncelikle hareket edeceği varsayımıyla birlikte anlamlıdır.⁷ Bunun sebebi, kişilerin sözleşirken kendi menfaatlerini korumak istemesi sonucunda karşılıklı menfaatlerin dengelenecek olmasıdır.⁸ Nitekim sözleşmeler hukukundaki klasik anlayışa göre sözleşmeler, eşit taraflar arasında, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur.⁹ Taraflar, hazırlar arasında ya da hazır olmayanlar arasında olması fark etmeksizin, kurmak istedikleri sözleşme üzerinde müzakereler ederek, sözleşme hükümlerini tartışarak ortak bir karara varır. Sözleşenlerden her biri kendi faydasını yüksek tutmaya çalışacağı için, karşılıklı tavizler verilebilir. Bu tavizler sözleşmenin asli edimi üzerinde olabileceği gibi yan edimlerinde; hatta yan yükümlerinde de¹⁰ olabilir. Müzakereler neticesinde taraflar uzlaşabilirlerse sözleşmeyi akdedebilirler. Uzlaşmaları demek, karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi; iki tarafın da sözleşmeden tatmin olması demektir.¹¹ Bu mümkün olmazsa, sözleşmeyi kurmaktan vazgeçebilirler. Vazgeçtikleri takdirde aynı sözleşmeyi başka bir kişiyle, kendilerine daha uygun koşullarda akdedebilirler. İşte bu süreci mümkün kılan ilke sözleşme özgürlüğü ilkesidir.

Sözleşme özgürlüğü sayesinde sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını ve içeriğini belirleme, sözleşmeyi sona erdirmeye, sözleşmenin şeklini belirleme konularında kanunla sınırlanan haller dışında serbest olan kişilerin, müzakere imkanını kullanarak kendileri için en uygun şartlarda sözleşme akdet-

⁵ "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir." AY m. 48.

⁶ Şen Doğramacı (2013), s. 1281.

⁷ M. I. Meyerson (1990). Efficient consumer form contract: Law and economics meets the real world. *Georgia Law Review Volume 24*, s. 585; R. Korobkin (2003). Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability. *The University of Chicago Law Review Vol. 70, No. 4*, s. 1219; Havutçu (1998), s. 25.

⁸ W. D. Slawson (1971). Standard form contract and democratic control of lawmaking power. *Harvard Law Review, Volume 84, No 3*, s. 530; Eren (2015), s. 298; Oğuzman ve Öz (2014), s. 25; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 504; Meyerson (1990), s. 586.

⁹ Oğuzman ve Öz (2014), s. 26; Y. Atamer (2001). Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu çerçevesinde genel işlem şartlarının denetlenmesi. İstanbul: Beta, s. 9; A. M. Kılıçoğlu (2016). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Turhan, s. 57; Antalya (2015), s. 87; F. Aral ve H. Ayranıcı (2014). Borçlar hukuku özel hükümler. Ankara: Yetkin, s. 68. Oysa klasik anlayışın doğru olmadığı, tarafların her zaman eşit şartlarda sözleşmediği zamanla ortaya çıktı. Bkz. Atamer (2001), s. 20.

¹⁰ Genel işlem şartları ise genelde sözleşmenin asli edimleri üzerinde değil, yan yükümleri hakkında düzenlenir. Asli edimler zaten bellidir ve kişi zaten o edime göre sözleşme yapacağını bilir. Onun aleyhine düzenlenen genel işlem şartları daha çok garanti kapsamı ve süresi, cezai şart, dönme hakkının kısıtlanması gibi detay sayılabilecek, göz önünde olmayan konular hakkındadır. Benzer açıklama için bkz. Meyerson (1990), s. 596.

¹¹ Slawson (1971), s. 530; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 226.

tikleri varsayıyordu.¹² Fakat bu durum 18. yüzyılda İngiltere'nin öncülüğünde başlayan Sanayi Devrimi¹³yle değişime uğradı.¹⁴ Sanayi Devrimi neticesinde bilim ve teknik alanında art arda gelen buluşlar ile birçok alanda seri üretim imkânı sağlayan fabrikalar kuruldu.¹⁵ Artık ürünler sipariş usulüyle değil, hazır tüketim usulüyle satışa sunuluyordu.¹⁶ Aynı şekilde, eskiden beri var olan bankacılık ve sigorta gibi bazı iktisadi araçların önemi arttı.¹⁷ Hızla artan makineleşme, taşımacılık sektörüne de çağ atlattı. Demiryollarının inşa edilmesiyle trenle ulaşım başladı.¹⁸ İnsan hayatına birçok açıdan büyük etkisi olan Sanayi Devrimi'nin hukuka olan etkisi yine sözleşmelerde görüldü.¹⁹ Makineleşme ve seri üretim²⁰ sayesinde eskiye nazaran çok daha büyük ve güçlü olan işletmeler, artık mal ya da hizmet alıcısı olan kişilerle bir araya gelip her bir sözleşmenin şartlarını belirlemek için ayrı ayrı müzakere etmek istemiyordu.²¹ Bunun sonucu olarak her bir mal ya da hizmet için, standart hükümler içeren sözleşmeler hazırlayarak, o mal ya da hizmete erişmek isteyen kişilere sundular. Böylece, eskiden olduğu gibi, kanuni sınırlamalar dışında tam bir sözleşme özgürlüğüne sahip kişiler arasında, müzakere edilerek oluşturulan ve karşılıklı menfaatlerin dengelendiği varsayılan klasik sözleşmeler, yerini işletmelerin hazırladığı ve o mal ya da hizmete erişmek isteyen ne kadar kişi varsa hepsine aynı şartlarda sunulan "kitlesel sözleşmelere" bıraktı.²² Elbette klasik sözleşmeler yeryüzünden bütünüyle silinmedi; fakat uygulaması büyük oranda azaldı.²³

¹² Slawson (1971), s. 529; Şen Doğramacı (2013), s. 1282.

¹³ Sanayi Devrimi'yle ilgili geniş bilgi için bkz. H. Heaton (2005). Avrupa iktisat tarihi (Çev. A. Kılıçbay ve O. Aydoğuş). Ankara: Paragraf, s. 414 vd.; S. Broadberry vd. (2010). The Cambridge economic history of modern Europe (Editör: S. Broadberry ve K. H. O'Rourke). Cambridge: Cambridge University Press, s. 165 vd.

¹⁴ Slawson (1971), s. 529; Eren (2015), s. 215; Antalya (2015), s. 398.

¹⁵ Atamer (2001), s. 12; Heaton (2005), s. 472; Broadberry vd. (2010), s. 168.

¹⁶ Heaton (2005), s. 472 vd.

¹⁷ Heaton (2005), s. 498.

¹⁸ Heaton (2005), s. 444.

¹⁹ Atamer (2001), s. 14.

²⁰ Broadberry vd. (2010), s. 168; Heaton (2005), s. 416.

²¹ Ö. Karadağ (2015). Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartları ve tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar. Ankara: Adalet, s. 33.

²² Eren (2015), s. 216; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 504; O. Yalçın (2006). Banka kredi sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının geçerliliği. Ankara: Yetkin, s. 42; Karadağ (2015), s. 11. Kitlesel sözleşmelerin "kitlesel üretim toplumunun karakteristik özelliği" ve "onun ayrılmaz bir parçası" olduğuna dair bkz. Slawson (1971), s. 530.

²³ Tahminlere göre henüz 1971'de, akdedilen sözleşmelerin %99'u kitlesel (standart) sözleşmedir. Bkz. Slawson (1971), s. 530. Günümüzde de durumun değişmediği söylenebilir.

B. Kitleli Sözleşmelerle Gelen «Genel İşlem Koşulları»

Sanayileşmeyle güçlenen işletmeler sözleşme koşullarını artık her bir kişiyle ayrı ayrı tartışmak yerine, önceden ve tek taraflı olarak belirleyerek çok sayıda kişiye sunuyordu. Bunun sonucu olarak işletmeler, bu yöntemle akdettikleri kitleli sözleşmelere, kârlarını en yüksek seviyeye çıkarmayı sağlayacak hükümler koymaya başladı. Bu hükümler, yüksek oranda işletmelerin lehine ve kişilerin aleyhine olacak biçimde düzenleniyordu.²⁴ Bu şekilde hazırlanarak kişilere sunulan ve üzerinde müzakere etme imkânı tanınmayan hükümlere “genel işlem koşulları” denilmektedir.²⁵

2. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

Ancak sözleşmelerin kapsamında yer alan hükümler genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilir.²⁶ İdari makamlar tarafında getirilen ve idare hukukuna göre uyulması zorunlu birtakım kurallar genel işlem koşulu addedilemez.²⁷ Genel işlem koşulları, özel hukuk ilişkilerinde söz konusudur.

Genel işlem koşulları varoluşsal olarak kişilerin aleyhine değildir. Gerçekten, bir hüküm hem genel işlem koşulu olup hem de kişilerin lehine olabilir.²⁸ Nitekim genel işlem koşullarının piyasada icra ettiği faydalı işlevlerden dolayı genel işlem koşulları bütünüyle yasaklanmamıştır.²⁹ Genel işlem koşulu tanımlanırken bahsedilen üç önemli unsur vardır. Bunlar, önceden, tek taraflı ve ileride çok sayıda³⁰ kişiyle akdedilmek üzere hazırlanma ve hükümlerin üzerinde müzakere edileme unsurlarıdır. Bu unsurları taşıyan sözleşme hükümleri genel işlem koşulu olarak nitelendirilir. Bu unsurlar arasında “kişilerin aleyhine olma” gibi bir unsur olmadığı için aleyhe olmasa bile bu hükümler genel işlem koşuludur. Fakat uygu-

²⁴ Meyerson (1990), s. 595; Slawson (1971), s. 531; Serozan (2014), s. 81.

²⁵ Serozan'ın tanımına göre genel işlem koşulları, “girişimci tarafından karınca duası gibi yazdırılıp tüketiciye dayatılan genel geçer sözleşme koşullarıdır”. Bkz. Serozan (2014), s. 354.

²⁶ Atamer (2001), s. 62.

²⁷ Atamer (2001), s. 63. Kamu İhale Kurumu'nun hazırladığı “Tip Sözleşmeler” ise genel işlem koşulu mahiyetinde değildir. Çünkü tip sözleşmede sözleşmeyi sözleşmenin bir tarafı hazırlayıp diğerine sunmaz; idari otorite düzenler, taraflar doldurup imzalar. Tip sözleşmenin niteliği genel düzenleyici idari işlemdir. Tip sözleşmelerin niteliği hakkında bkz. M. Sezginer (2013). İdarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmeleri Bileşik iradeli “birleşme” sözleşmeler, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2*, s. 1594.

²⁸ W. T. Vukowich (1993). Lawyers and the standard form contract system: A model rule that should have been symposium: A decade after the model rules. *Georgetown Journal of Legal Ethics, Spring 1993*, s. 803.

²⁹ A. Yılmaz (2015). Haksız rekabet hukukunda genel işlem şartı kullanımı. Ankara: Seçkin, s. 46; A. Havutçu (2003). Açık içerik denetimi yoluyla tüketicinin genel işlem şartlarına karşı korunması. İzmir: Güncel, s. 75.

³⁰ Vukowich (1993), s. 809.

lamada genel işlem koşulları, icra ettiği işlevler doğrultusunda çok yüksek bir oranda kişilerin aleyhine olarak düzenlenir. Dolayısıyla genel işlem koşulu ifadesinin yaptığı olumsuz çağrışıma bu kapsamda hak verilebilir. Uygulamada karşı tarafın aleyhine olarak düzenlenen genel işlem koşulları, ancak yedek (düzenleyici) hukuk kurallarına aykırı olabilir.³¹ Emredici hukuk kurallarına aykırı bir genel işlem koşulu, genel işlem koşullarının denetlenmesi bahsinde de inceleneceği üzere,³² geçerlilik kazanmayacaktır. Bu bakımdan, tarafların kaldırmayacağı ya da değiştirebileceği hukuk kuralları, kanuni bir sınıra tâbidir.

Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olabilmesi için bir tarafın o hükmü önceden hazırlamış olması gerekir. Bu unsur, genel işlem koşullarının “müzakere edilememe” özelliğini vurgular. Gerçekten, önceden ve tek taraflı hazırlanan bir metin üzerinde sözleşmenin karşı tarafının söz hakkı olmayacaktır. Genel işlem koşulu içeren kitlesel sözleşmelerde, klasik sözleşmelerdeki gibi sözleşmenin içeriğiyle ilgili herhangi bir tartışma ve müzakere imkânı yoktur.³³

Diğer unsur ise sözleşmenin, ileride çok sayıda kişiyle akdedilmek üzere hazırlanmasıdır. Genel işlem koşulu içeren sözleşmeler, klasik sözleşmelerden farklı olarak, yalnızca kimliği belli bir karşı âkit ile hazırlanmak üzere değil, o mala ya da hizmete ulaşmak isteyen ne kadar kişi varsa hepsine aynı biçimde sunulmak üzere hazırlanır. Buradan çıkarılabilecek en önemli sonuç, genel işlem koşullarının, genel ve soyut olmasıdır. Genellik ve soyutluk, sözleşmenin karşı tarafında kim olursa olsun, hepsine aynı metnin sunulması, sözleşmenin karşı tarafının kimliğinin önem arz etmemesidir.³⁴ Nitekim uygulamada genel işlem koşullarına yer verilen sözleşmeler, matbu metinler halinde hazırlanır ve üzerinde sözleşmenin karşı tarafının kimliğine dair belirleyici bir ifade bulunmaz. Bu durum da genel işlem koşullarının genelliği ve soyutluğuna dair yapılan tespiti destekler.

Genel işlem koşulları piyasada önemli bazı işlemlere sahiptir. Bunlardan ilki standartlaştırmadır.³⁵ Gerçekten, genel işlem koşulları, aynı ürün ya da hizmet-

³¹ Eren (2015), s. 220; Oğuzman ve Öz (2014), s. 27; Tekinay vd. (1993), s. 161; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 226.

³² Bkz. 3/C.

³³ İşletmelerin bu yola yönelmesinin bir sebebi de “bu şartların tipik bir tüketici tarafından okunmayacağı” bilmeleridir”. Bkz. Meyerson (1990), s. 595; Korobkin (2003), s. 1217. İşletmelerin genel işlem şartlarını kişilerin okuması konusunda “isteksiz oldukları” veya buna “açıkça müsaade etmedikleri”; okusalar bile şartları anlayacak hukuki yetkinliğe sahip olmadıkları konusunda bkz. Vukowich (1993), s. 806. Benzer yönde bkz. Slawson (1971), s. 540; Atamer (2001), s. 77.

³⁴ A. Yelmen (2014). Türk Borçlar Kanunu'na göre genel işlem şartları. Ankara: Yetkin, s. 21; Eren (2015), s. 219; Havutçu (2003), s. 75; Karadağ (2015), s. 42.

³⁵ Yılmaz (2015), s. 46; Atamer (2001), s. 31; Eren (2015), s. 215; Havutçu (2003), s. 5, 35; M. Aydoğdu (2013). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanı. *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan*, C. 8, s. 588; Antalya (2015), s. 397; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 226; Yalçın (2006), s. 42.

ten faydalanacak olan çok sayıda kişiyle yapılacak sözleşmeleri yeknesaklaştırır. Genel işlem koşulları kullanılmıyaydı ve her bir kişiyle ayrı ayrı sözleşme akdedilseydi, aynı mal ya da hizmet için her bir kişiyle farklı hükümler içeren sözleşmeler akdedilecekti. Aynı kapsamda, genel işlem koşullarının ikinci işlevi, zamandan tasarruf edilmesini sağlamasıdır.³⁶ Her bir kişiyle müzakere edilip ayrı ayrı sözleşme hazırlanmasındansa, önceden hazırlanmış matbu metinlerin imzalanmasıyla sözleşme çok daha hızlı akdedilmektedir. Genel işlem koşullarının üçüncü işlevi ise uzmanlaştırmadır.³⁷ Kanunun düzenlemediği ya da taraflara bıraktığı hususlarda genel işlem koşulları açık noktaları kapatarak konunun özelleştirilmesini ve somutlaştırılmasını sağlar.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında genel işlem koşullarının hukuki niteliğine bakılacak olunursa, karşımıza temelde iki görüş çıkmaktadır. Bunlardan ilki olan norm teorisine göre, genel işlem koşulları, bir özel hukuk kişisi tarafından objektif hukuk normu gibi konulur ve karşı taraf da bunları olduğu gibi benimser.³⁸ Hakikaten, genel işlem koşullarının önceden, tek taraflı olarak hazırlanması, genel ve soyut nitelikte olması, çok sayıda sözleşmede aynı biçimde yer alması ve karşı tarafın bunlar üzerinde değişiklik yapma olanağının bulunmaması gibi unsurlar, bu görüşü destekler gözükmektedir.³⁹ Genel işlem koşullarının hukuki niteliğini tespit şu açıdan özellikle önemlidir: Eğer norm teorisi kabul edilecek olunursa, genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil sayılması için karşılıklı irade beyanlarının uyumu aranmayacaktır. Zira bu durumda, objektif hukuk normları gibi, bir tarafın dikte etmesiyle zaten ilgili koşullar sözleşmenin içeriğine girmiş kabul edilecektir. Karşı tarafın, koşulların varlığı hakkında bilgisi olmasa dahi bu sonuç değişmeyecektir.⁴⁰ Buna karşılık diğer görüş ise genel işlem koşullarının sözleşme niteliğinde olduğunu savunur.⁴¹ Bu görüşe göre, genel işlem koşullarının önceden ve tek taraflı hazırlanması tek başına bunlara norm niteliği kazandırmaz. Önceden hazırlanan bu metinler sadece sözleşmenin taraflarından biri tarafından sözleşmeye hazırlık çalışmalarından ibarettir. Hazırlanmış bulunan fakat karşı tarafın kabul

³⁶ Vukowich (1993), s. 811; Meyerson (1990), s. 594; Eren (2015), s. 215; Yalçın (2006), s. 42.

³⁷ Meyerson (1990), s. 587; Eren (2015), s. 216.

³⁸ Atamer (2001), s. 77; C. Oğuz (1994). Genel işlem şartları ve içerik sınırları. Ankara, s. 24.

³⁹ Karadağ (2015), s. 43; Oğuz (1994), s. 25.

⁴⁰ Atamer (2001), s. 78.

⁴¹ Atamer (2001), s. 62-63; Eren (2015), s. 218; Havutçu (2003), s. 102; Kocayusufpaşaoğlu (2014), s. 229. Öte yandan bir görüş ise tam tamına bu gerekçeyi sunarak genel işlem şartlarının sözleşme niteliğinde olmadığını ileri sürmüştür. Yazara göre "Bir alacaklı, bir alıcının onları (genel işlem şartlarını) okuyup anlayacağını makul bir şekilde bekleyemeyeceği için, alıcıların açıkça onayladığı kabul edilemez." Yazar kişilerin genel işlem şartlarını kabul etseler bile hüküm doğurmayacağını çünkü burada alıcının rızasından bahsedilemeyeceğini belirtmiş ve saydığı gerekçelerle genel işlem şartlarının sözleşme olamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. Slawson (1971), s. 544.

etmediği koşullar, taraflar arasında hukuki bir bağlayıcılık doğurmamalıdır.⁴² Tartışmaya fiili durum penceresinden bakıldığında genel işlem koşullarının normatif niteliğine hak verilebilir. Fakat hukukta norm koyma yetkisi münhasıran devlete aittir. Devlet dışında bir kurumun norm koyma yetkisi olmadığından, burada bir meşruiyet sorunu ortaya çıkmaktadır.⁴³ Ayrıca, işletmelerin dayattığı bu koşullar, devletin koyduğu kanunlardan farklı olarak eşitliği ve adaleti temin etme amacıyla değildir. Aksine bu şartlar, düzenleyen tarafın lehine ve karşı tarafın aleyhine olarak hazırlanır. Doğuştan itibaren yanlı olan sözleşme şartlarına, kanun koyucunun koyduğu normların sahip olduğu ayrıcalıklı niteliği kazandırmak güven sarsıcı bir durum oluşturur. Karşı tarafın kabulüne ihtiyaç olmadan bu şartları sözleşme kapsamında saymak adalete ve zayıf koruma anlayışına da uygun değildir. Ayrıca sözleşme özgürlüğü de tek taraflı norm koyma yetkisini kapsamaz.⁴⁴ Sayılan bu gerekçelerle, genel işlem koşullarının hukuki niteliği hususunda, genel işlem koşullarının tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla hüküm doğurabileceğini savunan “sözleşme” görüşüne katılmak uygun olacaktır.

3. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YARGISAL DENETİMİ

A. Genel İşlem Koşulları Karşısında Kişilerin Durumu

Güçlü işletmeler tarafından, önceden, tek taraflı ve ileride çok sayıda kişiyile akdedilmek üzere hazırlanan genel işlem koşulları karşısında kişiler, klasik sözleşmelerdeki gibi sözleşme üzerinde müzakere etme imkânına sahip değildir. Kişiler genel işlem koşulları içeren böyle sözleşmelerde, menfaatlerine uymayan, aleyhlerine olan hükümleri konuşup tartışarak kaldıramaz ya da değiştiremez. Kişiler, aslında bu kapsamda tüketiciler, bir işletmenin mal ya da hizmetine erişmek istiyorsa iki seçenek arasında sıkışmış vaziyettedir. Ya kendilerine dayatılan⁴⁵ sözleşmeyi genel işlem koşullarıyla birlikte olduğu gibi kabul ederek sözleşmenin içeriğini temin ederler ya da sözleşmeyi kurmaktan vazgeçerler.⁴⁶ Sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmeleri halinde, sözleşme içeriğindeki edime de

⁴² Kocayusufpaşaoğlu (2014), s. 229; Atamer (2001), s. 78; Oğuzman ve Öz (2014), s. 27; M. Topuz (2013). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde genel işlem koşullarında kapsam (yürürlük) denetimi. *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, s. 1143; Yelmen (2014), s. 50; İ. Ulusan (2004). Genel işlem şartlarında ve özellikle tüketicinin korunması hakkında kanunda haksız şartlara ilişkin içerik denetimi. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1-2, s. 3.

⁴³ Eren (2015), s. 218; Havutçu (2003), s. 93 vd.; Atamer (2001), s. 79.

⁴⁴ Atamer (2001), s. 79; Kocayusufpaşaoğlu (2014), s. 229.

⁴⁵ Bu durum veciz şekilde şöyle ifade edilmiştir: “Freedom of contract demands freedom from contract.” (Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeden özgürlüğü (de) (sözleşmeyi kurmaktan kaçınmayı) gerektirir.) Yani hiç kimse bir kişiyi kendi koyduğu şartlar altında sözleşme kurmaya zorlayamaz. Bkz. Korobkin (2003), s. 1205.

⁴⁶ M. Şeker (2015). Yazılmamış sayılma. İstanbul: On İki Levha, s. 121; Oğuzman ve Öz (2014), s. 26; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 226; Antalya (2015), s. 399.

kavuşamazlar. Bu durumdaki kişilerin sözleşmeyi kurarken kavuşmayı beklediği faydayı başka bir kişiden temin etme şansı da her zaman yoktur. Nitekim bazen kurmak istediği sözleşmenin konusunu, kendisine genel işlem koşullarını dayatan işletmeden başka bir kişi sunmuyor olabilir. Piyasada o mal ya da hizmeti arz eden işletmenin tekel⁴⁷ niteliğinde olması durumu buna örnektir.⁴⁸ Bahsi geçen işletme tekel olmasa bile, sözleşmeden umduğu faydaya denk nitelikte bir fayda sağlayabileceği diğer kişiler veya işletmeler de kendisine, önceki işletme gibi benzer genel işlem koşulları dayatabilir.⁴⁹ Böyle bir durumda da yine kişi sözleşmeyi olduğu gibi kabul etmekle hiç kurmamak arasında kalacaktır (*take it or leave it*).⁵⁰ Kişilerin aleyhine olan bu sert koşulların, serbest piyasa ekonomisi sayesinde bir nebze yumuşayacağı düşünülebilir. Serbest piyasa ekonomisinde işletmeler teorik olarak, tüketiciyi kendileriyle sözleşme kurmaya yönlendirebilmek için mal ya da hizmetlerin kalitesini yüksek, fiyatlarını ise düşük tutarak aynı iş sahasında faaliyet gösteren diğer işletmelerin arasından sıyrılmaya çalışır.⁵¹ Bu da işletmeler arasında rekabet doğurur. İstisnalar hariç tutulmak üzere, rekabet neticesinde tüketiciler, birbirine denk mal ya da hizmetler arasından kendisine en uygun fiyatla sunulanı tercih eder. Diğer bir ifadeyle işletmeler arasındaki rekabetten tüketiciler kazançlı çıkar. Fakat süreç her zaman böyle işlemez. Bazı durumlarda piyasadaki işletme tekel olabilir. Bu durumda rekabet de yoktur. İşletme kendi koşullarını kendi koyar. Kişilerin ise istedikleri sözleşmeyi o işletmeyle kurmak ya da hiç kurmamaktan başka yolları yoktur. Benzer bir durum oligopol,⁵² özellikle de homojen oligopol⁵³ piyasalar için söylenebilir. Böyle bir piyasada faaliyet gösteren işletmeler arasında gizli bir fiyat anlaşması olduğu kabul edilir. Dolayısıyla oligopol piyasada mal ya da hizmet arz eden işletmelerle sözleşme kurmak isteyen kişiler, işletmeler arasındaki rekabetten avantajlı çıkamayabilir. Çünkü işletmeler fiyat ya da diğer konularda aralarındaki gizli anlaşma gereği kişilerle yapılacak sözleşme koşulları-

⁴⁷ Tekel (monopol): İkamesi güç bir malın üretim ya da satışının bir tek firma tarafından yapılmasıdır. Tekel piyasanın iki karakteristik özelliği vardır. Birincisi monopolcünün arzını kontrol ettiği malın ikamesinin olmaması, diğeri piyasaya başkalarının girememesidir. Bkz. Z. Dinler (2006). İktisada giriş. Bursa: Ekin, s. 205. Tekelin piyasa sistemine nasıl zarar verdiğine dair bkz. Skousen (2007), s. 25; Atamer (2001), s. 122.

⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 227.

⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 227; Atamer (2001), s. 122.

⁵⁰ Meyerson (1990), s. 594; Antalya (2015), s. 399.

⁵¹ Dinler (2006), s. 178 vd.

⁵² Oligopol: Birbirlerine etki edebilecek kadar az sayıda satıcının sonsuz sayıda alıcı ile karşı karşıya geldiği piyasadır. Bu piyasa türü gerçek ekonomik hayatta en çok görülen piyasa türüdür. Eğer bir işletmenin aldığı karar diğerlerini etkiliyorsa bu oligopoldür; bu kapsamda az sayıda olma ölçütü belli bir sayıyla sınırlanır. Bkz. Dinler (2006), s. 235.

⁵³ Oligopol piyasasında tüm firmaların malları birbirine benzer nitelikte ise buna "homojen oligopol" denilir. Bkz. K. Yıldırım vd. (2009). Endüstriyel ekonomi. Bursa: Ekin Yayınevi, s. 112.

nı benzer olarak belirler. Burada da tam rekabetten söz edilemez. Öyleyse işletmeler arasındaki rekabet de genel işlem koşullarıyla bağlanmak istemeyen tüketiciler için çözüm olamamaktadır.

Kişilere genel işlem koşullarının dayatılmasıyla, sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesi, kişi aleyhine bozulmuştur.⁵⁴ Bu durum, sözleşme özgürlüğüyle sözleşme adaleti⁵⁵ arasındaki farkın açılmasına sebep olmuştur.⁵⁶

B. Devletin Genel İşlem Koşullarını Denetlemesi ve Buna Dayanak Olan İlke: Sosyal Devlet

Kişilerin kendilerine genel işlem koşulu ihtiva eden sözleşmeler dayatılması karşısında içinde buldukları dezavantajlı durum, devleti harekete geçmeye zorlamıştır.

Liberal hukuk devleti fikrinin geliştiği zamanlarda, devletlerde şekli eşitlik anlayışı hakimdi. Liberal bir hukuk sisteminde devlet, hak veya özgürlükleri, kişilerin uygulamada serbestçe kullanabilip kullanamayacağına bakmadan herkese eşit biçimde tanırdı.⁵⁷ Fakat zamanla, idealde herkesin eşit biçimde sahip olduğu bu hak ve özgürlüklerin, toplumun bazı kesimlerince serbestçe kullanılırken, çeşitli bakımlardan dezavantajlı durumda olan kişilerin bu hak ve özgürlükleri aynı serbestlik ve rahatlıkla kullanamadığı görüldü. Sözleşme özgürlüğü kavramı, bu tespitin en belirgin örneği olarak karşımıza çıkar. Liberal hukuk devletinin sözleşme özgürlüğü anlayışında, her kişinin sözleşme özgürlüğüne eşit olarak sahip olduğu kabul edilir.⁵⁸ İnceleme konusu olan genel işlem koşullarının uygulamasının yaygınlaşmasıyla, güçlü işletmeler karşısında kişilerin teoride sahip oldukları sözleşme özgürlüğünü, uygulamada tam anlamıyla kullanamadıkları anlaşıldı.⁵⁹ Nitekim liberal sistemde özellikle iş, tüketici ve ban-

⁵⁴ Şeker (2015), s. 121; Yelmen (2014), s. 40; B. Görgeç (2013). Genel işlem koşullarının kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19 S. 1, s. 404; Aydoğdu (2014), s. 20; Eren (2015), s. 216; Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 226; H. Hatemi ve E. Gökyayla (2015). Borçlar hukuku genel bölüm, İstanbul: Vedat, s. 63; Antalya (2015), s. 399; Atamer (2001), s. 32; Havutçu (2003), s. 7; Karadağ (2015), s. 7.

⁵⁵ Şen Doğramacı (2013), s. 1287; B. Baysal (2017). Cayma hakkının sözleşme hukukundaki yeri. *İÜHFİM*, C. LXXV, S. 1, s. 273-292, 2017, s. 278.

⁵⁶ Atamer (2001), s. 21; Ç. Özel (2006). Genel işlem koşulları meselesi ve Borçlar Kanunu tasarisinin genel işlem koşullarına yönelik olarak getirdikleri. *Sosyoekonomi* 2006- 1, s. 156; Serozan (2014), s. 81.

⁵⁷ Z. Gören (1997). Sosyal devlet ilkesi ve anayasa hukuku bakımından yaşam kalitesi. *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14, s. 93.

⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd. (2014), s. 504; Atamer (2001), s. 24.

⁵⁹ Şen Doğramacı (2013), s. 1287; Şeker (2015), s. 122; M. Arıkan (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması kavramı ve bunun sözleşmeye etkisi. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 3-4, s. 20; Antalya (2015), s. 287.

kacılık⁶⁰ sözleşmeleri gibi sözleşmelerde, sosyal ve ekonomik açıdan farklılıklar dikkate alınmadan herkes eşit kabul edildiği için, güçlülerin her zaman kârlı çıkması kaçınılmaz bir sonuçtu. Liberal hukuk devletinde kanun koyucu bu duruma müdahale etmiyordu. Oysa ortada adaletsiz bir durum vardı. Öyleyse devlet, liberal hukuk devletinin bu katı eşitlik anlayışını yumuşatmalıydı. Dolayısıyla sadece “kişilere karışmama” olarak somutlaşan bu anlayışın, artık “zayıf kişileri koruma” anlayışına doğru evrildiği söylenebilir.⁶¹ Bu, devletin kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerine müdahalesinin mümkün görülmediği liberal hukuk devleti anlayışından, zayıf durumda olanı koruma temelinde, “sosyal hukuk devleti” anlayışına geçiş anlamına gelir. Gerçekten, sosyal devlet anlayışı, devleti, sosyal adaleti⁶² tesis etmekle yükümlendirir.⁶³ Bu kapsamda devlet, sosyal ve ekonomik açıdan zayıf durumda olanları korumalıdır.⁶⁴

C. Türk Hukukunda Genel İşlem Koşullarının Denetimi

a. Genel Olarak

Türk hukukunda genel işlem koşullarının denetimine ilişkin maddeler Türk Borçlar Kanunu'nun 20. ilâ 25. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu hükümler emredici olarak kaleme alınmıştır. Genel işlem koşullarının yargı tarafından denetlenmesi,⁶⁵ üç aşamalı⁶⁶ bir mekanizma aracılığı ile gerçekleştirilmektedir.⁶⁷ Bir sözleşmede genel işlem koşulu hüviyetindeki hükümler, öncelikle yürürlük denetimine tabi tutulur. Yürürlük denetimi, sözleşmedeki genel işlem koşulunun taraflar arasında bağlayıcı olup olmayacağını belirler. Bu aşamadaki denetimden geçen genel işlem koşullarını içerik denetimi beklemektedir. İçerik denetiminde genel işlem koşullarının geçerliliği denetlenir. Diğer bir deyişle koşulların taraflar

⁶⁰ Yalçın (2006), s. 45 vd.

⁶¹ Şen Doğramacı (2013), s. 1287; O. Aldıkaçtı (1997). Sosyal devlet. *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14, s. 83; Serozan (2014), s. 81.

⁶² “Dağıtıcı adalet” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Atamer (2001), s. 26; Şen Doğramacı (2013), s. 1286. Dağıtıcı adalet: “Malların ve şereflerin herkesin toplumdaki durumuna göre dağıtılması” öngören adalet anlayışı.” Bkz. A. Güriz (2007). Hukuk felsefesi. Ankara: Siyasal, s. 62.

⁶³ Antalya (2015), s. 399; Atamer (2001), s. 26; Karadağ (2015), s. 7; Şen Doğramacı (2013), s. 1286.

⁶⁴ Şen Doğramacı (2013), s. 1286; Gören (1997), s. 94; Aldıkaçtı (1997), s. 84.

⁶⁵ Mahkemelerin, kanun koyucunun ve idari makamların kişi ve işletmeler arasındaki dengesizliği düzeltmek için sarf ettikleri çabanın etkisiz kaldığına ve farklı bir modelin getirilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. Vukowich (1993), s. 802.

⁶⁶ Serozan (2014), s. 354; O. G. Antalya ve M. Topuz (2019). Medeni hukuk cilt I. İstanbul: Seçkin, s. 264.

⁶⁷ Denetim aşamalarını farklı biçimde yorumlayan bir görüş, TBK m. 21 metnini ikiye ayırarak, “açıkça bilgi verilme” ve “içeriğin öğrenilmesinin sağlanması” koşullarını, “dahil olma (ilişkilendirme) denetimi” çerçevesinde; “karşı tarafın şartları kabul etmesini” ve “şartların, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olmamasını” ise “yürürlük denetimi” çerçevesinde değerlendirmiştir. Bkz. Antalya (2015), s. 419.

arasında hüküm ve sonuç doğurmasına müsaade edilse bile, içerik denetimi sayesinde geçerlilik kazanmayabilir. Son olarak düzenleyen aleyhine yorum ilkesi getirilerek mevzu bahis denetime bütünlük kazandırılmak istenmiştir.

b. Yürürlük Denetimi

Yürürlük denetimi, Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*” Yürürlük denetiminden maksat, bahsi geçen sözleşme hükümlerinin taraflar arasında bağlayıcı olup olmayacağını; diğer bir ifadeyle taraflar arasında yürürlüğe girip girmeyeceğinin belirlenmesidir.⁶⁸ TBK m. 21'e göre karşı tarafın aleyhine olan bir genel işlem koşulunun sözleşmenin kapsamında sağlıklı biçimde hüküm doğurabilmesi için kümülatif üç koşulun sağlanmış olması gerekir. Bu koşullar, genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın, diğer tarafa genel işlem koşullarının varlığı konusunda açıkça bilgi vermesi, karşı tarafın koşulların içeriğini öğrenmesine olanak tanınması ve bu koşulların karşı tarafça açıkça kabul edilmesidir.⁶⁹ Sayılan koşullar eksiksiz tamamlandığında aleyhe olan genel işlem koşulları, sözleşme kapsamında değerlendirilir. Aksi halde, böyle genel işlem koşulları, “yazılmamış sayılır.” Yazılmamış sayılma ifadesinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bunlardan ilki kesin hükümsüzlük görüşüdür. Kesin hükümsüzlük görüşüne göre, burada yazılmamış sayılmadan maksadın kesin hükümsüzlük olması gerekir.⁷⁰ Görüşün farklı gerekçelerle savunulduğu görülmektedir. Kırkbeşoğlu, kesin hükümsüzlük sonucunu, dışa vurulmuş bulunan irade beyanlarını yok saymanın hukukumuzda uygun olmamasına dayandırmaktadır.⁷¹ Hatemi-Gökyayla ise, kesin hükümsüzlük görüşünü belirttikten sonra kanun koyucunun yazılmamış sayılma tabiri yerine “böyle koşullar karşı tarafı bağlamaz” ifadesini kullanmasının daha doğru olacağını ileri sürmektedir.⁷² Antalya ise yazılmamış sayılmanın kesin hükümsüzlüğün, esnek geçersizlik görüşüyle uyumlu olarak, yokluğa yaklaşan bir kesin hükümsüzlük türü ol-

⁶⁸ U. Yeniocak (2013). Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel işlem koşullarının yargısal denetimi. *TBB Dergisi*, (107), s. 81.

⁶⁹ Kabul, açık, örtülü veya global olabilir. Bkz. Atamer (2001), s. 102; Kocayusufoğlu (2014), s. 236.

⁷⁰ N. Kırkbeşoğlu (2011). Türk özel hukukunda kısmi hükümsüzlük, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre uyarlanmış. İstanbul, s. 64; Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 64; Antalya (2015), s. 429; Arıkan (2012), s. 26.

⁷¹ Kırkbeşoğlu (2011), s. 64.

⁷² Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 64 - 65.

duğunu savunmaktadır.⁷³ Yazara göre, genel işlem koşulları, kanun tarafından objektifleştirilmiş subjektif esaslı nokta niteliğindedir; bu sebeple TBK m. 21'e uygun olmayan koşullar geçersizdir. Geçersizliğin türü ise, klasik kesin hükümsüzlükten daha ağır bir tür kesin hükümsüzlüktür.⁷⁴ Öte yandan diğer görüş, yazılmamış sayılmanın yokluk kavramını ifade ettiğini savunur.⁷⁵ Bu görüşün gerekçeleri ise yazılmamış sayılma ibaresinin lafzi yorumundan yokluğun anlaşılması;⁷⁶ TBK m. 21 ve 22'nin incelenmesinden çıkan sonuca göre, genel işlem koşullarıyla ilgili müeyyidenin, hukuki işlemin bazı hallerde ayakta tutulabildiği kesin hükümsüzlükten ziyade, işlemin kurucu unsurlarının mevcut olmaması halinde ortaya çıkan ve hiçbir surette ayakta tutulamayan yokluğa benzediği;⁷⁷ mezkur hükümlerde kanun koyucunun ilgili koşulların sözleşme kapsamına girmesi hususunda tarafların iradelerinin uyumadığını ve dolayısıyla yokluğu kastettiği⁷⁸ olarak sayılabilir. Son olarak Topuz'a göre⁷⁹ yazılmamış sayılmanın düzenlendiği hükümlerde bir kanuni faraziye vardır. Kanun koyucu yazılmamış sayılma müeyyidesine bağladığı durumlarda tarafların iradelerinin uyumadığını bir faraziye olarak düzenlemiştir (irade uyumsuzluğu-*dissensus* faraziyesi). Yazara göre yazılmamış sayılma demek yazılmamış sayılan hükümlerin sözleşme kapsamına girmemesi demektir. Sözleşme kapsamına dahil edilmeme ise ilgili hükümlerin yok sayılması anlamına gelir. Kanımızca, sayılan görüşlere gösterilen gerekçeler tahlil edildiğinde, kanun koyucunun maksadının yokluk olduğu görüşü, diğer görüşten daha isabetli gözükmektedir. Gerçekten, yazılmamış sayılan genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmemesi demek, tarafların iradelerinin bu hükümler için uyumaması demektir. Burada TBK m. 22'yi de göz önünde bulundurarak, yokluk sonucunun sözleşmenin bütününe etkileyen bir yokluk değil; kısmi yokluk olduğunu da ifade etmek gerekir. Nitekim *"Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez."* Dolayısıyla düzenleyen taraf, genel işlem koşulları olmadan sözleşmeyi akdetmeyeceğini ileri sürerek sözleşmenin tamamını yok kabul ettireme-

⁷³ Antalya (2015), s. 429; Antalya ve Topuz (2019), s. 293, dn.116. Aynı görüşte bkz. Yeniocak (2013), s. 86.

⁷⁴ Antalya (2015), s. 429; Antalya ve Topuz (2019), s. 293, dn.116.

⁷⁵ Eren (2015), s. 221; Şeker (2015), s. 100; Ş. Akıncı (2011). Borçlar hukuku bilgisi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre hazırlanmış 5. Bası. Konya, s. 124; Oğuzman ve Öz (2014), s. 165.

⁷⁶ Şeker (2015), s. 95 vd.

⁷⁷ Akıncı (2011), s. 124.

⁷⁸ Oğuzman ve Öz (2014), s. 166.

⁷⁹ Antalya ve Topuz (2019), s. 294, dn.117; Topuz (2013), s. 1165 vd.

yecektir. Bu da kısmi yokluğa işaret eder.⁸⁰ Ne var ki bu imkân karşı taraf için geçerliliğini sürdürmektedir.⁸¹

Kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.

Öte yandan kanunda, yazılmamış sayılma sonucunu doğuran bir durum daha hüküm altına alınmıştır. Hükme göre, “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*” Burada anlatılmak istenen, TBK m. 24’te yer alan “değiştirme yasağıdır”.⁸² Dolayısıyla ister sözleşme metninin içinde ister ayrı bir sözleşmede, genel işlem koşulu ihtiva eden sözleşme hükümlerinde düzenleyen lehine ve karşı taraf aleyhine tek yanlı değişiklik yapılması yasaklanmıştır. Böyle bir kayıt varsa bu kayıt da yazılmamış sayılır.

Yazılmamış sayılma sonucunda sözleşmede boşluk oluşması halinde bu boşluklar yedek hukuk kurallarıyla doldurulur.⁸³ Yedek kural yoksa ya da olmasına rağmen bu kuralın uygulanması amaca uygun gözüküyorsa o halde tamamlayıcı yorum yapılarak yargısal kural konulur.⁸⁴

c. İçerik Denetimi

Yürürlük denetiminden sıyrılan genel işlem koşulları, sözleşme kapsamında değerlendirilse bile, içerik denetimine tâbi olacaktır. İçerik denetimi bir hakka-niyet denetimidir.⁸⁵

Genel işlem koşullarının içerik denetimi TBK m. 25’te düzenlenmiştir. Hüküm şu biçimde kaleme alınmıştır: “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nite-*

⁸⁰ Yeniocak (2013), s. 89; Eren (2015), s. 221.

⁸¹ Karadağ (2015), s. 56.

⁸² Önemle belirtmek gerekir ki değiştirme yasağının yürürlük denetimi kapsamında mı içerik denetimi kapsamında mı olduğu net değildir. Çünkü değiştirme yasağına müeyyide olarak yazılmamış sayılmayı belirleyen kanun koyucu hükmü bu açıdan yürürlük denetimine yaklaştırmıştır. Fakat işlevi bakımından değiştirme yasağı içerik denetimine daha uygun gözükmektedir. Bu durum eleştirilmektedir. Bkz. Yelmen (2014), s. 108.

⁸³ Serozan (2014), s. 354; Karadağ (2015), s. 57; M. Akçaal (2014). Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına dair hükümleri hakkında bir inceleme. *Gazi Üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, C. XVIII, S. 1, s. 59.

⁸⁴ Serozan (2014), s. 355.

⁸⁵ Antalya (2015), s. 432; Atamer (2001), s. 4; Havutçu (2003), s. 40; Topuz (2013), s. 186.

likte hükümler konulamaz.” Hükme göre, böyle genel işlem koşullarının geçersizliği için “dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine” olması gerekir. Buradan çıkarılabilecek iki önemli sonuç vardır. Bunlardan ilki, Medeni Kanun m. 2’ye yapılan atıf sayesinde, normalde bir hakkın kullanılmasında ya da borcun ifasında aranan dürüstlük kuralının,⁸⁶ burada, sözleşme hükümlerinin belirlenmesinde gözetilecek olmasıdır.⁸⁷ İkinci sonuç ise, hükmün belirlediği ölçüttür. Genel işlem koşulları hem karşı tarafın aleyhine olmalı; hem de bu aleyhe olma durumu, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecek seviyede olmalıdır.⁸⁸ O halde bazı koşullar karşı tarafın menfaatine ters olsa bile eğer dürüstlük kuralını ihlal edecek seviyede değilse geçersizlik yaptırımından söz edilemez.

İçerik denetimi sonucunda dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine olduğu veya durumunu ağırlaştırdığı tespit edilen koşullar, geçersiz olur. Burada geçersizliğin türü kesin hükümsüzlüktür.⁸⁹ Ancak burada kesin hükümsüzlüğe dair TBK m. 27/2-c. 1 hükmü uygulanır; 27/2-c.2 hükmü uygulanmaz. Bunun altında yatan neden, düzenleyenin, genel işlem koşullarının içerik bakımından değerlendirilmesinin sonucunda geçersiz kabul edilen maddeler olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürerek sözleşmeden kurtulmasının önüne geçme çabasıdır. Gerçekten, eğer TBK m. 27/2-c. 2’deki hükmeye uygulanma şansı tanınsaydı, düzenleyen taraf bu hükmü dayanak göstererek, sözleşmeden kurtulacak ve içerik denetimi kendisinden beklenen işlevi icra edememiş olacaktı. Yazılmamış sayılma müeyyidesiyle ilgili olarak kanun bu durumu açıkça belirtmiş olmasına rağmen (TBK m. 22), geçersizlik müeyyidesiyle ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Fakat bu durum, TBK m. 25’in madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.⁹⁰ Dolayısıyla genel işlem koşulları, içerik denetimine tabi tutularak kesin hükümsüz sayıldığında, bu durum sözleşmenin geri kalanını etkilemeyecek; düzenleyen taraf, sözleşmeyi bu hükümler olmadan kurmayacağını ileri sürerek sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılmasını sağlayamayacaktır.

⁸⁶ TBK m. 25 hükmü olmasaydı da MK m. 2’deki dürüstlük kuralı sayesinde aynı sonuca ulaşılabileceğine dair görüş için bkz. Hatemi ve Gökyayla (2015), s. 65.

⁸⁷ Oğuzman ve Öz (2014), s. 170; Eren (2015), s. 222; Yılmaz (2015), s. 49.

⁸⁸ Oğuzman ve Öz (2014), s. 171; Antalya (2015), s. 439.

⁸⁹ Antalya (2015), s. 441; Eren (2015), s. 222; Antalya ve Topuz (2019), s. 291.

⁹⁰ “Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27’inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamında dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır. Tasarının 21’inci maddesinde genel işlem koşullarının bağlayıcılığı, bu maddede ise, söz konusu koşulların içerik denetimi düzenlenmektedir.” (Türk Borçlar Kanunu 25. madde gerekçesinde).

d. Yorum Denetimi

Genel işlem koşullarının tâbi olduğu son denetim türü, yorum denetimidir. Yürürlük ve içerik denetimlerinden geçen, sözleşme kapsamında değerlendirilerek geçerli olarak hüküm doğuran genel işlem koşulları için sırada yorum denetimi vardır. Yorum denetimi TBK m. 23'te düzenlenmiştir. Hükme göre, “*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” Açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen hükümler, yorum denetimi sayesinde, düzenleyenin aleyhine yorumlanacaktır. Böylece kanun koyucu, güçsüz durumdaki karşı tarafı sözleşmeye ikna ederek, kendi lehine olacağı düşüncesiyle muğlak ifadeler barındıran bir sözleşme hazırlamış olan düzenleyeni, umduğunun aksine bir yorum kuralıyla müeyyideye tâbi tutmuştur.

Belirtmek gerekir ki kanunda yorum denetimine ait bu hüküm getirilmeden önce de doktrinde genel işlem koşullarının yorumunun “güven teorisine” göre yapılması gerektiği savunuluyordu.⁹¹ Bu açıdan genel işlem koşullarının yorumu, kanunların yorumundan ziyade sözleşmelerin yorumuna benzer niteliktedir. Zira buradaki yorum, kanunların yorumu gibi objektif nitelikte bir yorum değil; olayın kendine özgü koşullarını göz önünde bulundurarak yapılan subjektif bir yorumdur.⁹²

4. GENEL İŞLEM KOŞULLARININ DENETLENMESİNİN SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ

Sosyal devlet anlayışıyla birlikte sözleşme özgürlüğü sınırlandı. Çünkü artık devlet, herkesi şekli bir biçimde eşit kabul etmiyor ve kişilerin kendilerine genel işlem koşulu dayatan güçlü işletmeler karşısında çaresiz kalmasına göz yummuyordu. Bunun için kanun koyucu, sosyal ve ekonomik açıdan zayıf durumda olanların, genel işlem koşulu ihtiva eden sözleşmeleri olduğu gibi kabul etmek ile hiç kurmamak arasında kalmamaları için bir adım attı.⁹³ Bu adım, genel işlem koşullarının yargısal denetimi idi.⁹⁴ Böylece, genel işlem koşulu içeren sözleşmeler yargı tarafından denetlenebilecek; uygun görülmeyen koşullar geçersiz sayılabilecekti. Görüldüğü gibi genel işlem koşullarının denetlenmesi, devletin sözleşme özgürlüğüne müdahalesidir.⁹⁵ Liberal sistemde taraflar

⁹¹ Kocayusufpasaoğlu (2014), s. 238.

⁹² Yeniocak (2013), s. 90; Kocayusufpasaoğlu (2014), s. 238; Eren, s. 473; Oğuzman - Öz, s. 171; Antalya, s. 431.

⁹³ Yeniocak, s. 76.

⁹⁴ Havutçu, s. 9; Kutluay, E. (2017). Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1372.

⁹⁵ Antalya (2015), s. 399; Oğuzman - Öz, s. 164; Eren, s. 220.

şekli olarak eşit kabul edildiğinden, devlet sözleşme özgürlüğüne sahip kişiler arasındaki sözleşmeye karışmıyordu. Fakat sözleşme özgürlüğü, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin denetlenmesi yoluyla sınırlandı ve devletin üstüne düşen “kaçınma” görevi, artık yerini “müdahale” görevine bıraktı.

Genel işlem koşullarının denetlenmesi, sözleşme adaletini ve tarafların sözleşmeden umdukları yararları dengeleme amacını güder.⁹⁶ Bu amaçla kaleme alınan hükümler, sözleşme özgürlüğünü kişi lehine olarak kısıtlar.

Türk pozitif hukukunda genel işlem koşullarının sadece yargısal denetime (*ex post*) tâbi olması, sözleşme özgürlüğünün sınırlanmadığı anlamına gelmez. Zira yargı önüne intikal eden uyuşmazlıklarda mahkemenin vereceği karar ile sözleşme hükümleri yazılmamış sayılabilecek, geçersiz kabul edilebilecek veya aleyhe biçimde yorumlanabilecektir. Ayrıca sözleşme özgürlüğüne en belirgin sınırlama da yine kanunla getirilmiştir. TBK m. 27/I'e göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sonuç olarak sözleşme özgürlüğü ancak kanuni sınırlar dahilinde mevcuttur (TBK m. 26). Dolayısıyla genel işlem koşullarının denetiminde de sözleşme özgürlüğüne getirilen kanuni bir sınırlama vardır.⁹⁷ Genel işlem koşullarının ancak yargı önüne gidince denetlenebilecek olması, denetlemenin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamadığını ifade etmez. Nitekim TBK m. 27 kapsamındaki sözleşmeler de ancak yargı önüne intikal edince denetlenir fakat sözleşme özgürlüğü sınırlanmıştır.

Kanun koyucunun genel işlem koşulu içeren sözleşmelere müdahale etmesiyle sözleşme özgürlüğünün sınırlanması, genel işlem koşullarının yargısal denetimiyle somutlaşır.⁹⁸ Denetleme yoluyla sözleşme özgürlüğü sınırlanmasaydı, taraflar, ahde vefa ilkesine uygun biçimde, sözleşmeyi kurdukları haliyle üstleneceklerdi. Klasik sözleşmelerde, iki taraf müzakere ederek bir sözleşme akdettiğinde, sözleşme kanuni sınırlamaları ihlal etmiyorsa, taraflar sözleşmeyle bağlıdır; devletin sözleşme hükümlerine müdahalesi düşünülemez. Örneğin kanuni sınırlamalara uygun bir satış sözleşmesinde, istisnalar hariç tutulmak üzere, yargı organlarının bazı hükümleri yazılmamış sayma ya da kesin hükümsüzlüğüne hükmetme yetkisi yoktur. Fakat bu yetki, genel işlem koşulları içeren sözleşmeler bakımından kabul edilmiştir. TBK m. 21'de, karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşullarının hükümde sayılan koşulların gerçekleşmemesi halinde yazılmamış sayılacağı kabul edilmiştir. Aynı durum TBK m. 24

⁹⁶ Antalya (2015), s. 403; Kocayusufoğlu, s. 226; Atamer (2001), s. 20 vd.; Eren, s. 220.

⁹⁷ Tunçsiper, Y. (2018). Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 62 vd.

⁹⁸ Antalya, s. 405; Tunçsiper, s. 63.

için de geçerlidir. TBK m. 25'te düzenlemesine göre ise, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırarak hükümler geçersizdir. Görüldüğü gibi klasik bir sözleşmede, TBK m. 27'ye uygun hükümleri kesin hükümsüz saymak mümkün değilken, genel işlem koşulları içeren sözleşmeler bakımından, zayıf koruma anlayışı çerçevesinde, hükümlerin, hukuka, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamasına, imkânsız olmamasına rağmen, kesin hükümsüz sayılması mümkün kabul edilmiştir. Böylece genel işlem koşullarının denetlenmesinin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan farklı bir denetim olduğu hususu, aynı denetlemenin ve bu denetlemenin müeyyidesinin klasik sözleşmelerde mümkün olup olmadığı sorgulanarak daha açık bir biçimde gözlemlenebilmektedir.

SONUÇ

Genel işlem koşulları, piyasada önemli işlevler icra eder. Fakat bir yandan da çoğu zaman kişilerin aleyhinedir. Bu sebeple kanun koyucu yargısal denetim yoluna gitmiş; genel işlem koşullarını topyekûn biçimde yasaklamamıştır.

Genel işlem koşullarını denetleme fikrinin temelinde sosyal devlet ilkesi yatmaktadır. Buna göre devletin, toplumda sosyal adaleti sağlama ödevi vardır. Bu kapsamda devlet, taraflar arasındaki özel hukuk ilişkilerine karşı tamamen tarafsız olmamalı; zayıf durumda olanları korumalıdır. Genel işlem koşulları ile bir taraf sözleşme özgürlüğünü serbestçe kullanırken, diğer taraf bunu ya kabul ya ret edebilir. Burada sözleşme adaleti kişi aleyhine olarak bozulmuştur. Sosyal devlet, duruma müdahale ederek genel işlem koşullarını denetlemiş ve bazı hükümlerin yazılmamış sayılacağına, bazılarının geçersiz olacağını; bazılarının ise düzenleyen aleyhine yorumlanacağını belirtmiştir. Denetleme faaliyeti sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Fakat burada kısıtlanan sözleşme özgürlüğü kişinin özgürlüğü değil; kişiye genel işlem koşullarını dayatan güçlü işletmelerin özgürlüğüdür. Zaten kendi özgürlüğünü, tek taraflı sözleşme hazırlayıp karşı tarafın menfaatine ters hükümleri ona dayatacak biçimde uygunsuzca kullanan da güçlü işletmelerdir. Genel işlem koşullarının denetlenmesiyle sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmış olur.

KAYNAKÇA

- Akçaal, M. (2014). Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına dair hükümleri hakkında bir inceleme. *Gazi üniversitesi hukuk fakültesi dergisi*, C. XVIII, S. 1.
- Akıncı, Ş. (2011). Borçlar hukuku bilgisi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre hazırlanmış 5. Bası. Konya.
- Aldıkaçtı, O. (1997). Sosyal devlet. *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14.
- Antalya, G. (2015). Borçlar hukuku genel hükümler cilt 1. İstanbul: Legal.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2014). Borçlar hukuku özel hükümler. Ankara: Yetkin.
- Arıkan, M. (2012). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması kavramı ve bunun sözleşmeye etkisi. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 3-4.
- Atamer, Y. (2001). Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu çerçevesinde genel işlem şartlarının denetlenmesi. İstanbul: Beta.
- Aydoğdu, M. (2013). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşullarının kişi bakımından uygulama alanı. *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, C. 8.
- Broadberry, S. vd. (2010). The Cambridge economic history of modern Europe (Editör: S. Broadberry ve K. H. O'Rourke). Cambridge: Cambridge University Press.
- Dinler, Z. (2006). İktisada giriş. Bursa: Ekin.
- Eren, F. (2015). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Yetkin.
- Erman, H. (1973). Akit serbestisi ve genel olarak sınırlamaları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38, S. 1-4.
- Gören, Z. (1997). Sosyal devlet ilkesi ve anayasa hukuku bakımından yaşam kalitesi. *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14.
- Görgeç, B. (2013). Genel işlem koşullarının kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19 S. 1.
- Güriz, A. (2007). Hukuk felsefesi. Ankara: Siyasal.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2015). Borçlar hukuku genel bölüm, İstanbul: Vedat.
- Havutçu, A. (1998). Genel işlem şartlarının içerik denetimi- Bir Yargıtay kararı hakkında düşünceler. *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 1998, S. 4.
- Havutçu, A. (2003). Açık içerik denetimi yoluyla tüketicinin genel işlem şartlarına karşı korunması. İzmir: Güncel.
- Heaton, H. (2005). Avrupa iktisat tarihi (Çev. A. Kılıçbay ve O. Aydoğuş). Ankara: Paragraf.
- Karadağ, Ö. (2015). Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem şartları ve tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar. Ankara: Adalet.
- Kılıçoğlu, A. M. (2016). Borçlar hukuku genel hükümler. Ankara: Turhan.

- Kırkbeşoğlu, N. (2011). Türk özel hukukunda kısmi hükümsüzlük, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre uyarlanmış. İstanbul.
- Kocayusufoğlu, N. vd. (2014). Borçlar hukuku genel bölüm. İstanbul: Filiz.
- Korobkin, R. (2003). Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No. 4.
- Kutluay, E. (2017). Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1369 - 1422.
- Küçükyağcı, A. (2004). Karşılaştırmalı hukukta sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması. AÜHFD, C. 53, S. 4.
- Meyerson, M. I. (1990). Efficient consumer form contract: Law and economics meets the real world. *Georgia Law Review*, Volume 24.
- Oğuz, C. (1994). Genel işlem şartları ve içerik sınırları, Doktora Tezi, Ankara.
- Özel, Ç. (2006). Genel işlem koşulları meselesi ve Borçlar Kanunu tasarısının genel işlem koşullarına yönelik olarak getirdikleri. *Sosyoekonomi* 2006- 1.
- Serozan, R. (2014). Medeni hukuk genel bölüm- kişiler hukuku. İstanbul: Vedat, s. 81;
- Sezginer, M. (2013). İdarenin müdahale ettiği özel hukuk sözleşmeleri Bileşik iradeli "birleşme" sözleşmeler, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2.
- Skousen, M. (2007). İktisadi düşünce tarihi (Çev. M. Acar vd.). Ankara: Adres.
- Slawson, W. D. (1971). Standard form contract and democratic control of lawmaking power. *Harvard Law Review*, Volume 84, No 3.
- Şeker, M. (2015). Yazılmamış sayılma. İstanbul: On İki Levha.
- Şen Doğramacı, H. (2013). Türk borçlar kanununun 356. maddesinin değerlendirilmesi: sözleşme özgürlüğü mü? sözleşme adaleti mi? Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan C. II.
- Tekinay, S. S. vd. (1993). Borçlar hukuku genel hükümler. İstanbul: Filiz.
- Topuz, M. (2013). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde genel işlem koşullarında kapsam (yürürlük) denetimi. *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*.
- Tunçsiper, Y. (2018). Genel İşlem Koşullarının Denetimi, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.
- Uluslan, İ. (2004). Genel işlem şartlarında ve özellikle tüketicinin korunması hakkında kanunda haksız şartlara ilişkin içerik denetimi. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1-2.
- Vukowich, W. T. (1993). Lawyers and the standard form contract system: A model rule that should have been symposium: A decade after the model rules. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Spring 1993.

- Yalçın, O. (2006). Banka kredi sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının geçerliliği. Ankara: Yetkin.
- Yelmen, A. (2014). Türk Borçlar Kanunu'na göre genel işlem şartları. Ankara: Yetkin.
- Yeniocak, U. (2013). Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel işlem koşullarının yargısal denetimi. *TBB Dergisi*, (107).
- Yıldırım, K. ve diğerleri. (2009). Endüstriyel ekonomi. Bursa: Ekin Yayınevi.
- Yılmaz, A. (2015). Haksız rekabet hukukunda genel işlem şartı kullanımı. Ankara: Seçkin.

Olağanüstü Mal Rejimi^(*)

Abnormal Property Regime

Arş. Gör. **Serra KOCAR^(**)**

Öz

Evlilik birliğinin kurulması eşlerin bir arada yaşamaları ve ekonomik hayatı paylaşmalarına neden olur. Eşlerin bir arada olduğu zaman diliminde edindiği hak ve borçlar mal rejimi kavramının kapsamını oluşturmaktadır. Mal rejimini sona ermesiyle birlikte elde edilen hak ve borçların paylaşımı gündeme gelmektedir. Türk Borçlar Kanununa göre yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir. Eşler aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle, mal ortaklığı, mal ayrılığı ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimlerini seçebileceklerdir. Ancak bazı hallerde eşler arasındaki mal rejiminin olağanüstü mal rejimi ile mal ayrılığına dönüşmesi söz konusu olmaktadır. Olağanüstü mal rejimine geçiş, geniş anlamda bir evlilik birliğini koruyucu tedbirdir. Söz konusu tedbir ile eşlerin malvarlığı ayrılmaktadır. Böylelikle eşlerden birinin içinde bulunduğu ekonomik tehlike diğer eşi malvarlığını etkilemeyecektir. Bununla birlikte eşlerden birinin evlilik birliğine yaptığı ekonomik katkının diğerinin yaptığı katkı ile orantısız olması halinde önlem alınabilecektir. Olağanüstü mal rejimine geçiş tek bir eşin veya alacaklının talebi doğrultusunda mahkeme kararıyla sağlanabilir. Ayrıca belli hallerde kanun gereği kendiliğinden olağanüstü mal rejimine geçilmesi de mümkündür.

Anahtar Kelimeler

Olağanüstü Mal Rejimi, Mal Ayrılığı Rejimi, Mal Rejiminin Tasfiyesi.

Abstract

The establishment of a marriage union causes spouses to live together and share some economic life. The rights and debts acquired by the spouses during the time period together constitute the scope of the property regime concept. The dissolution of the property regime brings to the agenda the sharing of the rights and debts obtained. According to the Turkish Code of Obligations, the legal property regime is the regime of participation in acquired property. The spouses will be able to choose the community property regime, separate property regime and shared property regime by means of matrimonial property agreement. However, in some cases, the property regime between the spouses is transformed into separate property regime with the abnormal property regime. The transition to an abnormal property regime is a protective measure in the broad sense of a union of marriage. This measure separates the property of the spouses. Thus, the economic danger of one of the spouses does not affect the assets of the other spouse.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 31.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 11.09.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 17.09.2019.

(**) Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,
E-Posta: serra.kocar@gmail.com,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7772-2974>.



However, measures are taken if one of the spouses' economic contribution to the marriage union is disproportionate to the contribution of the other spouse. Transition to abnormal property regime can be provided by court order upon the claim of a single spouse or creditor. In addition, in certain cases, it is also possible to switch to an abnormal property regime ex officio by law.

Keywords

Abnormal Property Regime, Separate Property Regime, Dissolution of Property Regime.

GİRİŞ

Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte birtakım ekonomik sonuçlar doğmaktadır. Eşler, ekonomik hayata katılmaları sonucunda hak ve borçlara sahip olmaktadır. Evlilik ilişkisi ile eşler ortak bir hayatı paylaştıklarından söz konusu hak ve borçların iç içe geçmesi durumu söz konusu olmaktadır. Bu noktada mal rejimi hukuku kavramı ortaya çıkmakta olup incelenmesi gerekmektedir.

Mal rejimi hukuku, evlilik birliğinin eşlerin malvarlığına yaptığı etkiyi inceleyen bir alandır. Eşlerin mülkiyet, idare, yararlanma ve tasarruf yetkileri ile birlikte evliliğin sona ermesi neticesinde mevcudun paylaşılması ve üçüncü kişilerin bu kapsamda ilişkileri dikkate alınmaktadır. Netice itibarıyla mal rejimi hukukunun esası, evlilik birliğinin devamı esnasında edinilen malların mal rejiminin herhangi bir surette sona ermesi halinde akıbetine ilişkidir.

Yasal mal rejimi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.202/1 gereği edinilmiş mallara katılma rejimidir. Ancak TMK m.202/2'de eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilecekleri de düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar kanunun öngördüğü sınırlı sayıda mal rejimlerinden birini seçebilecektir. TMK'nın kabul ettiği seçimlik mal rejimleri, mal ayrılığı rejimi, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimidir.

Taraflar aralarında mal rejimi sözleşmesi yaparak rejimi belirleyebilmektedirler. Ancak TMK'da bazı hallerde mevcut mal rejimden mal ayrılığına geçişin iki tarafın ortak iradesine bakılmaksızın mahkeme kararıyla ya da Kanun gereği kendiliğinden olabileceği öngörülmüştür. Olağanüstü mal rejimine geçişin amacı, maddi anlamda menfaatlerin korunmasıdır. Örneğin; eşlerden birinin ekonomik durumunun tehlikeli bir hal alması halinde diğer eşin malvarlığının bu durumdan olumsuz etkilenmesi önlenmek istenmektedir. Aynı zamanda böyle bir durumda borçlanan eşin alacaklısının da koruma kapsamında değerlendirilmesi öngörülmüştür. Çalışma kapsamında olağanüstü mal rejimi sistemine geçiş şartları, doğurduğu hüküm ve sonuçlar ve sona ermesi halleri üzerinde durulacaktır.

1. OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNE GEÇİŞ

A. Genel Olarak

Mal rejimi kavramı, eşlerin sahip buldukları malların yönetimi, mallardan yararlanma, mallar üzerinde tasarrufta bulunma, eşlerin bu husustaki sorumlulukları, evlilik ilişkisi herhangi bir şekilde sona erdiğinde malvarlıklarının paylaşımının nasıl yapılacağı ve eşlerin borçlarından sorumluluklarını kapsayan bir kavramdır.¹

Taraflar aralarında anlaşarak Kanunda öngörülen seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilirler. Tarafların anlaşarak seçtiği mal rejimi ve yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi Kanun kapsamında olağan mal rejimidir. Kanun tarafından öngörülen belli hallerde eşlerin veya eşlerin alacaklılarının korunması amacıyla mahkeme kararıyla veya kendiliğinden mevcut mal rejimi mal ayrılığına dönüşmektedir.²

TMK m.206/2’de örnek niteliğindeki bazı hallerde mal ayrılığına geçişin mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Olağanüstü mal rejimi adındaki bu sistemde kanun koyucu, eşlerin ekonomik durumlarında doğabilecek tehlikenin bertaraf edilmesini amaçlamıştır.³ Doktrinde yazarların üzerinde anlaştıkları bir husus olarak olağanüstü mal rejimi, evlilik birliğini koruyucu bir tedbir niteliğindedir.⁴ Burada eşlerin evlilik birliğine yapacakları katkı arasındaki farkın açılması veya bir tarafın mali anlamda acze düşmüş olması gibi hallerde hakkaniyetin sağlanması düşüncesi ile hareket edilmektedir.⁵

¹ Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 97; Bülent Köprülü/Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1985-1986, s. 141; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Aile Hukuku*, 21. Bası, Beta Yayınevi, Ankara 2019, s. 143-144; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2015, s. 396; Nazan Moroğlu, *Medeni Kanunda Mal Rejimleri*, Beta Basımevi, İstanbul 2002, s. 13.

² Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 205 vd.; Demet Özdamar/Ferhat Kayış/Burcu Yağcıoğlu/Aliye Akgün, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, 4. Baskı Ankara 2017, s. 26; Ayşe Karakimseli, *Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 168.

³ Şükran Şıpka/Ayça Özdoğan, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, 2. Bası, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 23; Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 84, İzmir 1998, s. 33, 35; Ahmet Kılıçoğlu, *Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 225, (Kısaltma: Kılıçoğlu, Yenilikler); Acar, a.g.e., s. 145, 146; Nihan Özmen, “Türk Medeni Kanununda “Mal Rejimi” Kavramı ve Olağanüstü Mal Rejimi”, *Hukuk Gündemi*, Yaz 2007, S.8, s.41 vd.

⁴ Mehmet ERDEM, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 260 vd.; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.227, 230; Acar, a.g.e., s. 145, 146; Öztan, a.g.e., s. 422.

⁵ Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 63; Karakimseli, a.g.e., s. 169 vd.

Eşlerin ayrı yaşaması halinde TMK m.197 anlamında koruyucu tedbir niteliğinde olağanüstü mal rejimine geçiş de mümkündür. Aynı zamanda boşanma davası sırasında TMK m.169 gereği de bu tedbire başvurulabilecektir. Bununla birlikte mahkemenin boşanma veya ayrılık davası sonrasında ayrılığa hükmetmesi halinde de olağanüstü mal rejiminin gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca belli hallerde talebe gerek olmaksızın mal ayrılığına geçiş, kendiliğinden de gerçekleşebilmektedir.

B. Mahkeme Kararıyla Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

a. Eşlerden Birinin Talebi İle

aa. Haklı Sebeye Bağlı Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

aaa. Genel Olarak

TMK m.206'ya göre eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi haklı sebebin varlığı ile mümkündür. TMK m.206/1'de: "*Haklı bir sebep varsa hakim, eşlerden birinin istemi üzerine mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verir*" denilmiştir. Ayrıca kanun koyucu, TMK m.206/2'de sayılan haklı sebepleri örnek niteliğinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu haller dışında eşler arasında mal ayrılığını gerektiren başka bir haklı sebebin olması durumunda da geçiş sağlanabilecektir. Nitekim kanun metninde "özellikle" ifadesinin varlığı da aynı sonuca ulaştırmaktadır.⁶ Görüldüğü gibi kanun metninde haklı sebep kavramının genel manada bir değerlendirmesi yapılmıştır. Burada haklı sebebe ilişkin takdir Aile Mahkemesi hakimine bırakılmıştır.⁷

TMK m.206 ile eşlerden birinin talebi ile mal ayrılığına geçiş sağlanabilecek ve önceki rejimin tasfiyesi gerçekleştirilebilecektir. Mal ayrılığına geçiş sonrasında eşlerin, birbirlerinin elde edecekleri malvarlıklarında beklenen hak talepleri olmayacaktır.⁸

Olağanüstü mal rejimine geçişe ilişkin haklı sebeplerin oluşup oluşmadığı hakkındaki tespit titizlikle yapılmalıdır. Zira evlilik birliğini koruyucu bir tedbir

⁶ Ahmet Kılıçoğlu, *Katki- Katılma Alacağı*, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 101; Akıntürk/Ateş, s. 150, 151;Abdulkerim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 95 vd.; Elif Sonsuzoğlu, *Medeni Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 26 vd.; İsmail Atamulu, "Türk Medenî Kanununda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, Aralık 2010, s. 167, 168; Acar, a.g.e., s. 146; Zeytin, a.g.e., s. 66; c, s. 229.

⁷ Ali İhsan Özüğür, *Mal Rejimleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 31; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, a.g.e., s. 29; Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 151; Şıpka/Özdoğan, a.g.e., s. 24; Öztan, a.g.e., s. 424; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, a.g.e., s. 225.

⁸ Şıpka/Özdoğan, a.g.e., s. 24.

niteliğinde olan bu rejimin diğer tedbirlerle kıyaslandığında nitelik olarak ağır olduğu ortadadır.⁹ Ancak kaynak İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art.185'de haklı sebep olarak verilen hallerden birinin ileri sürülmesi ve bu sebebin varlığının hakim tarafından takdir edilmesi halinde mal ayrılığına karar verilmesi zorunludur. TMK m.206'da hakim tarafların menfaatlerine ilişkin inceleme yapmak durumundayken ZGB Art.185'e göre böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Yani ZGB Art.185'e göre mahkeme, mal ayrılığına geçişe ilişkin karar verirken talep eden eşin ve diğer eşin menfaatlerini gözetmesi gerekmektedir. Dolayısıyla eşler olağanüstü mal rejimine geçilmesi hususundaki kararını çıkarları doğrultusunda almalıdır.¹⁰

bbb. TMK m.206/2.1: "Diğer Eşe Ait Malvarlığının Borca Batık ve Ortaklıktaki Payının Haczedilmiş Olması"

TMK m.206/2.1'de düzenlenen ilk haklı sebep diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması halidir. Eşin malvarlığının borca batık olması malvarlığının pasif kısmının aktif kısmına göre fazla olması anlamına gelmektedir. Eşler arasındaki mal rejiminin yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi olması halinde kişisel mallar ve edinilmiş mallar malvarlığını teşkil etmektedir. Ancak eşin değer artış payı ve katılma alacağı malvarlığının aktifinde yer almamaktadır. Zira söz konusu rejimde bu alacaklar mal rejiminin tasfiyesi neticesinde talep edilebilecektir.¹¹ Mal ortaklığı rejiminde ise TMK m.269 gereği her eş, bütün borçlulardan kendi kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı kadarıyla sorumlu olmaktadır. İlgili hüküm dikkate alındığında mal ortaklığı rejiminde malvarlığının borca batık olması için eşin kişisel malvarlığı ile ortaklık mallarının yarısının toplamının eşin kişisel borcundan az olması gerekmektedir.¹²

Eşin malvarlığının borca batık olup olmadığına ilişkin tespit Aile Mahkemesi hakimi tarafından yapılır. Ayrıca eşin malvarlığının borca batık olduğunun tespitinin resmi belge ile belirlenmiş olması gerekmemektedir. Ortaklık payının hazineye ilişkin haklı sebep ise mevcut mal rejiminin mal ortaklığı olduğu zaman söz konusu olabilecektir. Buna göre, eşler arasındaki mal ortaklığı rejiminde

⁹ Canan Yılmaz, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 158, 159; Gümüüş, a.g.e., s. 230.

¹⁰ Zeytin, a.g.e., s. 64.

¹¹ Mustafa Kırmızı, *Açıklamalı İçtihatlı Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2018, s. 62. "Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşin diğer eşten alacağı geçim nafakası da aktif değer kapsamında sayılır. Eşin beklemece hak kapsamındaki alacakları bu kapsama girmediği için istekte bulunan eşin katılma alacağı diğer eşin borca batık olmasına neden olmaz. Dolayısıyla burada beklemece haklarının dışındaki muaccel alacakları ve borçları dikkate alınmalıdır." (Yusuf Uluç, *Mal Rejimleri ve Tasfiyesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 216).

¹² Uluç, a.g.e., s. 216, 217.

eşlerden birinin ortaklık payının haczi diğer eşin mal ayrılığına geçişi isteyebilmesini sağlamaktadır.¹³ Örneğin, ortaklık malının yarısı üzerinde borçlu eşin alacaklısı tarafından haciz konulması halinde diğer eş, alacaklıyla ya da arttırma sonucu yarısını alacak olan bir üçüncü kişiyle ortak olmak zorunda kalacaktır. Dolayısıyla kanun koyucu diğer eşe böyle bir durumda mal ayrılığına geçiş hakkı tanımıştır.¹⁴ Ayrıca ortaklık payının haczine ilişkin haklı sebebin oluşması için borçlunun borçtan kaynaklı acze düşmesi gerekmemektedir.¹⁵

ccc. TMK m.206/2.: *"Diğer Eşin, İstemde Bulunanın veya Ortaklığın Menfaatlerini Tehlikeye Düşürmüş Olması"*

TMK m.206/2.2.'de düzenlenen ikinci haklı sebep ise diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olduğu haldir. Burada kastedilen, mal ayrılığı rejimine geçilmesi için talepte bulunan eşin bekleme hakkının veya ailenin ekonomik temelini diğer eş tarafından tehlikeye atılmasıdır. Söz konusu haklı sebebin oluşması için istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerinin tehlikeye düşmesi veya tehlikeye düşme tehdidiyle karşı karşıya kalması yeterlidir. Yani ayrıca cebri icranın başlatılmış olması aranmamıştır.¹⁶ Burada hakim, söz konusu tedbire hükmederken takdir yetkisini kullanmalı ve tedbirin tehlikeyi bertaraf edebilir nitelikte olduğuna kanaat getirmelidir.¹⁷ Edinilmiş mallara katılma rejimi açısından bir eşin diğer eşin veya ortaklığın aleyhine malları tüketmesi hali örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu tüketim ve kötü yönetim sonucu edinilmiş mallarda kayda değer azalma olmaktadır. Ayrıca eşlerden birinin diğer eşin rızası olmadan ve haklı bir sebep yokken işinden ayrılması da örnek olarak verilebilir. Ancak hakim, çalışmayan eşin malvarlığının talep anında tehlike yaratmayacak miktarda olması halinde talebi reddedebilir.¹⁸ Ayrıca söz konusu rejimde TMK m.229 gereği değer olarak eklenecek işlemler, eşlerden biri hakkında iflasın istenmesi, eşlerden birinin mallarının diğer eşin taleplerini engelleyecek veya ailenin ekonomik düzenine zarar verecek ölçüde haczedilmesi de bu kapsamda değerlendirilir. Mal ortaklığı açısından ortaklık mallarının kötü yönetimi, ortaklık mallarının eşlerden birinin kişisel borçları için haczedilmiş olması gibi hallerde ortaklık menfaatlerinin

¹³ Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 93; Gümüş, a.g.e., s. 230, 231; Acar, a.g.e., s. 147, 148; Özüğür, a.g.e., s. 31; Karakimseli, a.g.e., s. 168 vd.

¹⁴ Uluç, a.g.e., s. 216.

¹⁵ Burhan Hayran, *4721 sayılı yeni Türk medeni kanunu mal rejimleri şerhi (4721 S. TMK: 202-281)*, Ankara 2004, s. 26 vd.

¹⁶ Hayran, a.g.e., s. 26.

¹⁷ Zeytin, a.g.e., s. 67; Gümüş, a.g.e., s. 231.

¹⁸ Acar, a.g.e., s.148.

tehlikeye düştüğü kabul edilir. Eşin mallarını kötü yönetirken kusurlu olup olmadığı haklı sebebin tespiti açısından dikkate alınmaz.¹⁹

Yargıtay, davalı eşin babasına ait şirketin borçlarından dolayı davalı eşin mallarının haczedildiği, eşin düzenli bir işinin bulunmadığı ve borçlarının bir kısmını da ödeyemediği durumunu haklı sebep olarak kabul etmiştir.²⁰

Aynı zamanda Yargıtay, tarafların banka hesap hareketlerine ve tapu kaydına göre davalı kocanın haber vermeden müşterek banka hesabındaki parayı çekerek kendi kişisel hesabına aktarmasını ve davacı kadının verdiği vekaletnameye dayanarak satılan evin parasının davalının kendi hesabına yatırmasını TMK m.206/2.2 anlamında istemde bulunanın menfaatini tehlikeye düşüren nitelikte davranışlar olarak nitelendirmiştir.²¹ Bir başka kararında Yargıtay, davalı eşin davacı eşle ayrı yaşadığını, davalı eşin borçları sebebiyle hakkında on ayrı icra takibinin açıldığını ve çeşitli bankalara da borçlarının halen bulunduğunu dikkate alarak davalı eşin, istem sahibinin ve mal ortaklığının menfaatlerinin tehlikeye düşürdüğüne hükmetmiştir.²²

Bununla birlikte yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde eşin paylı mülkiyete konu mal üzerinde tasarruf etmesine diğer eşin rıza göstermemesi veya eşin evlilik birliğinde temsil yetkisini aşması halleri haklı sebep sayılmaz.²³ Zira burada TMK m.190 gereği alınabilecek tedbir, mal ayrılığı rejimine geçiş açısından daha orantılıdır.²⁴

ddd. TMK m.206/2.3: *“Diğer Eşin, Ortaklığın Malları Üzerinde Bir Tasarruf İşleminin Yapılması İçin Gereken Rızasını Haklı Bir Sebep Olmaksızın Esirgemesi”*

Üçüncü haklı sebep ise diğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi halidir. Bu sebep mal ortaklığı rejimi için geçerlidir.²⁵ Örneğin TMK m.263'e göre mal ortaklığı rejiminde olağanüstü yönetim işlerinde diğer eşin rızası

¹⁹ Acar, a.g.e., s. 148; Zeytin, a.g.e., s. 67; Öztan, a.g.e., s. 426; Atamulu, a.g.e., s. 171, 172.

²⁰ Y. 8. HD., 22.4.2014. 2013/11089 E., 2014/7833 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.07.2019).

²¹ Y. 8. HD, 14.07.2009, 2009/2363 E., 2009/3909 K. (Şıpka/Özdoğan, a.g.e., s. 24, 25).

²² Y. 8. HD, 21.03.2013, 2012/9618 E., 2013/4115 K. (Şıpka/Özdoğan, a.g.e., s. 25, 26).

²³ Gümüş, a.g.e., s. 231; Acar, a.g.e., s. 148.

²⁴ TMK m.190/1'de; *“Eşlerden biri birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir. İstemde bulunan eş, temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını, üçüncü kişilere sadece kişisel duyuru yoluyla bildirebilir”* denilmektedir.

²⁵ Yargıtay'ın rızanın gerekçesiz olarak esirgenmesinin TMK m.206 anlamında haklı sebep saydığı karar için bkz. Y. 8. HD. 15.09.2009, 2009/1623 E., 2009/4189 K. (Uluç, a.g.e., s. 227)

aranmaktadır. Bununla birlikte TMK m.264'e göre eşlerden biri diğerinin rızasıyla ortaklık mallarını kullanmak suretiyle tek başına bir meslek veya sanat icra edebilmektedir.²⁶ Yani bu iki halde de diğer eş rıza vermezse mahkemeye başvurarak rızanın yerine geçen bir karar alınması mümkün değildir. Dolayısıyla, haklı sebep olmaksızın rıza vermekten kaçındığı durumlarda diğer eş, mal ayrılığına geçişi talep etmesi mümkündür. Ancak TMK m.265 bu hususta farklılık arz etmektedir. Söz konusu maddeye göre eşlerden biri diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek mirası reddedemeyeceği gibi tereke borca batıkta mirası kabul edemeyecektir. Diğer eşin bu hususta rıza vermekten kaçınması TMK m.206 anlamında haklı sebep olarak değerlendirilmemiştir. Zira mal ortaklığında diğer eşin bu hususta doğrudan menfaati bulunmaktadır. Ancak TMK m.265/2'ye göre haklı sebep olmaksızın diğer eş rıza göstermeyi reddederse istem sahibi eş kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurabilecektir.²⁷

Paylı mülkiyete konu malın üzerinde tasarrufta bulunma talebi, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmesi hususunda haklı sebep sayılmamıştır. Aynı şekilde söz konusu tasarrufa diğer eşin rıza göstermemesi aile birliğine ve mal rejimine ilişkin olmadığı ve eşya hukuku kapsamında TMK m.698 hükmünün varlığı gerekçesiyle TMK m.206 anlamında haklı sebep sayılmamıştır.²⁸

eee. TMK m.206/2.4: *"Diğer Eşin İstemde Bulunan Eşe Malvarlığı, Geliri, Borçları ve Ortaklık Malları Hakkında Bilgi Vermekten Kaçınması"*

Diğer eşin, istemde bulunan eşi malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgilendirmemesi TMK 206/2.4'de mal ayrılığına geçiş açısından haklı sebep olarak değerlendirilmiştir. Eşler arasında bilgi verme yükümü esasında TMK anlamında düzenlenmemiştir. Ancak bu eksiklik, TMK m.206/4'ü mal ayrılığına geçiş açısından haklı sebep kapsamından çıkarmaz. TMK m.2 dürüstlük kuralı gereği eşlerin böyle bir yüküm altında olduğu söylenebilir.²⁹ Örneğin, TMK m.186/2'da eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları düzenlenmiştir. Bilgi verme yükümünün

²⁶ Uluç, a.g.e., s. 217; Zeytin, a.g.e., s. 53; Gümüş, a.g.e., s. 231, 232.

²⁷ Acar, a.g.e., s. 149; Zeytin, a.g.e., s. 54.

²⁸ Zeytin, a.g.e., s. 68.

²⁹ *"Eşler arasında evlilik ilişkisinde iyiniyetin varlığı esastır. Ancak eşe gelir ve borçları hakkında bilgi vermeyen eşin bu bilgileri vermesi sağlanmalı ve talepte bulunan eşe mal ayrılığına geçiş hususunda dayatma yapılmamalıdır. Gerekli bilgileri alamayan eş hakime başvurarak bu bilgilerin alınmasını talep edebilmeli ve sorun bu yolla çözülmelidir. Malvarlığı, ortaklık malları, gelir ve borçları hakkında bilgi vermeyen eşin mal kaçırma ihtimali mevcut olabilir. Dolayısıyla bilgi alamayan eşin diğer eşten bilgi alma olanağı sağlanması gerekirken mal ayrılığına geçiş talep edebileceği noktada düzenlemenin yapılmış olması eş açısından mağduriyete sebep olabilecektir. Kanun koyucu aile kurumunun amacına ve niteliğine uygun olmayan olağanüstü mal ayrılığına geçiş kolaylaştırmamalı ve buna yönlendiren hükümlere yer vermemelidir"*, YETİK, Nurten, *Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri*, 3. Baskı, Bilge Kitabevi, Ankara 2008, 110.

Kanun kapsamında düzenlenmemiş olması sebebiyle olmadığının kabulü, bu katkının hesaplanmasına da engel teşkil edecektir. Bununla birlikte bilgi verme yükümü ZGB Art. 170'de açıkça düzenlenmiştir.³⁰

Yargıtay, davacının maaş ödemesinin yapıldığı banka kartını elinde bulunduran davalı koca tarafından harcamalarla ilgili olarak davacı eşin bilgilendirilmemesini, ortak birikimleriyle alınan otomobilin davacının haberi olmaksızın satılmasını ve eşle müzakere edilmeksizin ekonomik kararlar alınması hallerini TMK m.206/2.4 kapsamında haklı sebep saymıştır.³¹

Ayrıca bu hususa örnek olarak TMK m.216'da düzenlenen envanter yapma yükümlülüğü verilebilir. Zira bu yükümlülükte eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebilir. Bu isteme rağmen diğer eşin mallarına ilişkin envanteri yapmaması, TMK m.206/2.4 anlamında bilgi verme yükümünü ihlal ettiği anlamına gelebilir. Dolayısıyla talepte bulunan eş, böyle bir durumda da mal ayrılığına karar verilmesini mahkemeden isteyebilecektir.³²

TMK m.206/2.4 anlamında bilgi verme yükümünün yerine getirilmemesi sebebiyle mal ayrılığı talebinde bulunmak için söz konusu talebin yargısal olarak ileri sürülmesi ve sonuçsuz kalmış olması gerekmemektedir.³³

fff. TMK m.206/2.5: *"Diğer Eşin Sürekli Olarak Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olması"*

TMK m.206/2.5'de düzenlenen son haklı sebep; diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması halidir. Ayrıca eşlerden biri ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun ise, onun yasal temsilcisi de bu sebebe dayanarak mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir. Yasal temsilcinin mal ayrılığına geçiş hususunda talepte bulunabilmesi yalnızca bu haklı sebepte söz konusu olacaktır. Yani yasal temsilcinin bu yetkisi, eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması haline özgülenmiştir.³⁴

Evlilik birliği içinde eşlerden birinin sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi birliğe katkı sağlamasını engellemektedir. TMK kapsamında düzenlenen edinilmiş mallara katılma rejimi ve mal ortaklığı rejimi düzenleniş itibariyle ortak katılımı esas tutmuştur. TMK m.206/2.5 ile amaçlanan da diğer eşin ekonomik olarak korunmasıdır. Burada birliğe katkıyı yalnızca diğer eş sağlar hale

³⁰ Öztan, a.g.e., s. 427; Gümüş, a.g.e., s. 233; Zeytin, a.g.e., s. 54; Acar, a.g.e., s. 149; Özüğür, a.g.e., s. 33.

³¹ Y. 8. HD., 26.05.2009, 2009/1347 E., 2009/2613 K. (Uluç, a.g.e., s. 219).

³² Özüğür, a.g.e., s. 32, 33; Zeytin, a.g.e., s. 55; Öztan, a.g.e., s. 427.

³³ Kırmızı, a.g.e., s. 63; Acar, a.g.e., s. 149; Zeytin, a.g.e., s. 69; Gümüş, a.g.e., 232.

³⁴ Atamulu, a.g.e., s. 177.

gelmektedir. Dolayısıyla diğer eşin ayırt etme gücünden yoksun olması mal ayrılığına geçiş için haklı sebep niteliğindedir.³⁵

Bu hususta önem arz eden bir mesele ise diğer eşin sürekli olarak kısıtlı olması halinin haklı sebep sayılıp sayılamayacağıdır. Bu hususun haklı sebep olduğu doktrinde baskındır. Ayrıca sürekli kısıtlılık hali TMK m.206/1 veya m.206/2.2 gereği de haklı sebep kapsamında değerlendirilebilir.³⁶

Söz konusu haklı sebebin TMK m.133, m.165, m.409/2 gereği kıyasen sağlık raporuyla tespit edilmesi gerekmektedir.³⁷

bb. Birlikte Yaşamaya Ara verilmesi Halinde TMK m.197 Kapsamında Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK m.197/1; “Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir” denilmiştir.

TMK m.197 anlamında ayrı yaşama hakkına sahip olabilmek için eşin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzurunun tehlikeye düşmesi aranmaktadır. Bu tehlikelerin ciddi olması beklenmekle birlikte somut olayın koşullarına göre esnetilebilmelidir.³⁸ Ayrı yaşama halinin varlığı söz konusu olduğunda Kanun gereği bazı tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Söz konusu tedbirlere ilişkin TMK m.197/2’de “Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hakim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır.” denilmiştir. Aynı şekilde “Birlikte Yaşamın Ortadan Kalkması” başlıklı ZGB Art.176’e göre hakim tarafından, eşleri koruyucu nitelikte ayrılık kararı verilmesiyle mal rejimine ilişkin tedbirler de alınabilmektedir. ZGB Art.176/1-3’de hakimin durum ve şartlar gerektiriyorsa eşler arasında mal ayrılığı rejimine hükmedebileceği düzenlenmiştir. Yani hal ve koşullar haklı gösterirse böyle bir tedbir söz konusu olacaktır.³⁹ Görüldüğü üzere TMK m.197/2 ve mehzaz kanun ZGB Art.176/1 arasında amaç birliği bulunmaktadır. Her iki kanunda da ayrı yaşamaya ara verilmesinde eşlerin mallarının yönetimine ilişkin tedbir alınması düzenlenmiştir. Ancak TMK m.197/2’deki ifade ZGB Art.176’daki kadar açık değildir.⁴⁰

³⁵ Gümüş, a.g.e., s. 232, 233; Zeytin, a.g.e., s. 69, 70; Acar, a.g.e., s. 149, 150; Uluç, a.g.e., s. 229.

³⁶ Gümüş, a.g.e., s. 232, 233; Acar, a.g.e., s. 150.

³⁷ Acar, a.g.e., s. 150; Gümüş, a.g.e., s. 232.

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 189-192, 208.

³⁹ Hüseyin Hatemi, /Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*, On iki Levha Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2018, s. 95; Yılmaz, s. 153; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 190-192 Kılıçoğlu, a.g.e., s. 103, 106.

⁴⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 103; Zeytin, a.g.e., s. 70 vd.; Acar, a.g.e., s. 150; Kılıçoğlu, *Yenilikler*, s. 226, 227.

“Malların yönetimine ilişkin önlemler” ifadesinin yer aldığı TMK m.197/2 ile olağanüstü mal rejimine geçişe ilişkin haklı sebep kavramının düzenlendiği TMK m.206 arasında bir ilişki kurulması gerekmektedir. TMK m.197/2’ın geniş yorumlanması halinde hakime mal ayrılığına geçiş hususunda yetki verilmiş olacaktır.⁴¹ Ancak TMK m.197/2’ün lafzı dikkate alındığında tasfiye ilişkisi içeren mal rejimi müdahalesinin bu kapsamda olmayacağı düşünülebilir. Zira ilgili hükümde malvarlığının yönetiminden bahsedilmektedir. Ancak doktrinde, eşin ayrı yaşama hakkının olduğu hallerde mal ayrılığı isteyebileceği sebeplerin bir araya geldiği durumlarda TMK m.197/2’nin geniş uygulanabileceği ifade edilmektedir.⁴² Yani ayrı yaşamada haklılık halinde TMK m.197 anlamında geçiş gerçekleştirilebileceği gibi, TMK m.206 doğrultusunda haklı sebep değerlendirmesinin de yapılabileceği düşünülebilir.⁴³ Bununla birlikte mahkemenin TMK m.197 ile TMK m.206’yı birlikte değerlendirerek mal ayrılığına geçiş kararı da verebileceği ileri sürülmektedir.⁴⁴

cc. Boşanma ve Ayrılık Davasının Açılmasında TMK m.169 Kapsamında Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK m.169’da; “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasını, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alır” denilmiştir. Dolayısıyla boşanma ve ayrılık davası açıldığında eşlerin mallarının korunması gerekiyorsa doktrinde bir görüşe göre hakim bu hükme dayanarak mal ayrılığına geçiş kararı verebilir.⁴⁵ İkinci bir görüşe göre ise hakimin TMK m.169’a göre eşlerin malları hususunda önlem alma yetkisinin var olduğu kabul edilse de bu hükme göre mal ayrılığına geçişin son çare veya ikinci derece tedbir olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁶ Tabi ki söz konusu tedbirin alınabilmesi için haklı sebebin varlığı gerekmektedir.⁴⁷

⁴¹ TMK m.197/2’nin geniş yorumlanmasına ilişkin görüş için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 192; Öztan, a.g.e., s. 368; Zeytin, a.g.e., s. 70 vd.; Gümüş, a.g.e., s. 229, 230.

⁴² Bu doğrultuda görüş için bkz. Acar, a.g.e., s. 151; Özüğür, a.g.e., s. 33; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 192.

⁴³ Özüğür, a.g.e., s. 33.

⁴⁴ Kılıçoğlu, *Yenilikler*, s. 227.

⁴⁵ Öztan, a.g.e., s. 430; Zeytin, a.g.e., s. 70.

⁴⁶ Acar, a.g.e., s. 151, 152.

⁴⁷ TMK m.169 anlamında hakim, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemler kapsamında olağanüstü mal rejimine geçilmesine karar verebilecektir. Bu durum TMK m.206 anlamında haklı sebep kavramının bir uygulaması niteliğindedir. Acar, a.g.e., s. 151, 152; Boşanma davasının genelinde TMK m.206 anlamında haklı sebep olarak değerlendirilmesiyle ilgili olarak bkz. Zeytin, a.g.e., s. 70 vd.

Boşanma davası sonucunda davanın reddine kararı verilirse, mal ayrılığına geçiş geçici tedbir niteliğinde olduğu için eşlerden birinin talebiyle TMK m.208 gereği hakim tarafından kaldırılır. Ancak eşlerin tekrar birliği kuramamaları halinde TMK m.197 ve m.206 gündeme gelebilecektir.⁴⁸

TMK m.167 gereği boşanma davası açmaya hakkı olan eş ayrılık talebinde bulunabilecektir. Aynı zamanda TMK m.170/1 gereği hakim, boşanma veya ayrılığa hükmedebilmektedir. Ayrılık kararı ile birlikte evlilik sona ermesede eşlerin ayrı yaşaması söz konusu olmaktadır. Fiili olarak ayrı olan eşlerin hukuken devam eden evlilik içinde kazandığı malları paylaşımaya konu olmamalıdır. Zira birbirlerinin kazandıkları mallarda emek ve çabaları bulunmamaktadır.⁴⁹

dd. Mahkemenin Ayrılık Kararı Vermesi Üzerine TMK m.180 Kapsamında Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK m.180’de: “Ayrılığa karar verilirse mahkeme, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verilebilir” denmiştir. İlgili hükme göre ayrılık kararı verildiğinde taraflar arasında sözleşme ile belirlenmiş bir mal rejimi varsa mahkeme söz konusu mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilmektedir. Kanun hükmünün lafzına göre taraflar yasal mal rejimine tabi ise mahkemenin mal ayrılığına karar verme yetkisi bulunmamaktadır. ZGB Art.155’e göre ise mahkeme ayrılık kararı vermesi halinde mal ayrılığı rejimi Kanundan dolayı geçerli hale gelmektedir.⁵⁰

Ayrılık halinde TMK m.180 hükmünün yasal mal rejiminin kaldırılması hususunda eksik bırakılması, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m.147 ile ilgilidir. TKM m.147’de de ayrılık halinde alınacak tedbirlere ilişkin paralel bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak TKM’de yasal mal rejimi mal ayrılığı olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla eski Kanun döneminde ayrılık halinde tarafların yaptıkları mal rejimi sözleşmesinin mahkeme kararıyla ortadan kaldırılması mümkündür. Sözleşme yapmadıkları halde de eşler arasında mevcut olan mal rejimi her halükarda mal ayrılığı rejimi olduğundan eşlerin ayrılık kararı halinde menfaatleri tehlikeye düşmemektedir. TMK’da yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimi olduğundan m.167 anlamında mahkemeye ayrılık halinde yalnızca kararlaştırılan mal rejiminin kaldırılması yetkisini vermek tarafların yararına olmayacaktır. Yani burada meydana gelen sorun TMK hazırlanırken ZGB’nin ilgili hükmü değerlendirilmeksizin 738 sayılı TKM’nin dikkate alınmasıdır.⁵¹

⁴⁸ Öztan, a.g.e., s. 430.

⁴⁹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 108, 109; Sarı, a.g.e., s. 94, 95; Zeytin, a.g.e., s. 70 vd.

⁵⁰ Zeytin, a.g.e., s. 70 vd.; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 110.

⁵¹ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 109, 110; Sarı, a.g.e., s. 94, 95;

Her ne kadar yasal mal rejiminin ayrılık halinde ortadan kaldırılabilmesi düzenlenmemiş olsa da doktrinde mahkemenin bu hususta karar verebileceğini ifade edilmektedir. Zira TMK m.1 gereği kanun hükümleri sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konulara uygulanır.⁵² Yani burada ayrılık kararının verilmesi, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erme nedeni olarak değil, TMK m.180 anlamında edinilmiş mallara katılma rejiminin ortadan kaldırılmasına dayanak olarak değerlendirilmelidir.⁵³ Dolayısıyla hakim boşanma ve ayrılık davasında malların yönetimi kapsamında eşin malvarlığına ilişkin bir tehlike söz konusu ise son çare niteliğinde re'sen mal ayrılığına karar verebilir.⁵⁴

Ayrılık kararının verilmiş olması tek başına olağanüstü mal rejimi kararının verilmesi için haklı sebep sayılmamaktadır.⁵⁵ Ayrılık kararının verilmesini gerektirecek sebeplerin olağanüstü mal rejimine geçiş açısından haklı sebep niteliği taşıması gerekmektedir.⁵⁶ Nitekim ZGB Art.176/1-3'de hakim haklı sebeple ayrılık kararı, eşlerden birinin istemi ve mal ayrılığına geçişin haklı olması halinde hakim tarafından re'sen verilmektedir.

b. Alacaklıların Talebine Bağlı Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

Alacaklının talebiyle rejim değişikliği mal ortaklığı rejimi için mümkün kılınmıştır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde alacaklı, mal rejimi sona ermeden böyle bir talep hakkına sahip değildir. Mal rejimi tasfiyesi gerçekleştiği sonra borçlu eşin alacaklısı, borçlunun katılma ve denkleştirme alacağından tahsil edebilir. Mal rejimi devam ettiği dönemde borçlu eşin alacaklısının bu husustaki hakkı beklemeye hak niteliğindedir.⁵⁷ Alacaklının borçlu eşin beklemeye hakkına güveni korunmamaktadır. Yani borçlunun evli olması, alacaklının henüz istenebilir olmayan bir alacağı muaccel bir alacağa çevirmesini sağlama-

⁵² Zeytin, a.g.e., s. 70 vd.; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 110, 111; Sarı, a.g.e., s. 94, 95; Acar, a.g.e., s. 151.

⁵³ Sarı, a.g.e., s. 95.

⁵⁴ Acar, a.g.e., s. 151, 152.

⁵⁵ Y. 8. HD., 11.10.2010, 2010/1733 E., 2010/4713 K. Mahkeme kararıyla mal ayrılığına geçirilmesini talep eden eş, diğer eşin malvarlığının borca batık olduğu, ortaklıktaki payının haczedilmiş olması ve benzeri sebeplerden biriyle ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürdüğünü ispat edememiştir. Eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmaları, tek başına TMK m.206 anlamında haklı sebep olarak yeterli sayılmamıştır. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.07.2019)

Aynı yönde kararlar için bkz.

Y. 2. HD., 18.04.2005, 2005/3039 E., 2005/6149 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.07.2019)

Y. 8. HD., 15.09.2009, 2009/1623. E., 2009/4189 K. (Şıpka/Özdoğan, a.g.e., s. 26).

⁵⁶ Acar, a.g.e., s. 151, 152; Bilal Köseoğlu/Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Ekin Yayınevi, 2011, s. 143; Öztan, a.g.e., s. 430, 431.

⁵⁷ Ömer Uğur Gençcan, *Mal Rejimleri Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 165 vd.; Zeytin, a.g.e., s. 72, 73 Acar, a.g.e., s. 152; ERDEM, a.g.e., s. 263; Öztan, a.g.e., s. 431, 432.

malıdır.⁵⁸ Görüldüğü üzere edinilmiş mallara katılma rejiminde borçlu eşin alacaklısı yalnızca kendi borçlusunun mallarına başvurabilecektir.⁵⁹

Ancak TMK m.210'da istisnai olarak mal ortaklığı rejimini seçen eşlerin alacaklılarına müdahalede bulunma hakkı tanınmıştır.⁶⁰ TMK m.210'da; “*Mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasında zarara uğrarsa, hakimden mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir*” denilmiştir. Ortaklık payının haczi eşlerden birinin kişisel borcundan kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıca alacaklının ortaklık mallarına yapılan haciz neticesinde zarara uğraması gerekmektedir. Yani söz konusu haciz sonuçsuz kalması halinde alacaklı mal ayrılığına geçişi talep edebilecektir. Alacaklının haczin sonuçsuz kaldığını ispatlaması gerekmektedir. Haciz tutanağı ya da aciz vesikası yoluyla ispat gerçekleştirilebilir.⁶¹

Ayrıca mal ayrılığına ilişkin davayı açacak olan alacaklının icra takibinde bulunmuş olması gerekmektedir. Yani icra takibi yaptırmayan alacaklı söz konusu davayı açamamaktadır. Alacaklı açacağı bu davayı her iki eşe de yöneltecektir. Zira mal ayrılığına geçilmesine ilişkin dava sadece borçlu eşi değil diğer eşi de ilgilendirmektedir. Bu hususta yetkili mahkeme TMK m.207'ye göre eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesidir.⁶²

C. Kanun Gereği Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK m.209'da; “*Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflasına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür.*” denilmiştir. Hüküm, münhasıran mal rejimi için geçerli olan geniş anlamda evliliğini koruyucu nitelikte bir tedbiri içermektedir. Söz konusu düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi için taraflar arasındaki mevcut mal rejiminin mal ortaklığı olması gerekmektedir. Burada eşlerden birinin iflası, mal ayrılığına geçiş açı-

⁵⁸ Zeytin, a.g.e., s. 72.

⁵⁹ Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 174, 175; Zeytin, a.g.e., s. 72.

⁶⁰ “*Eşin kişisel borcu için ortaklık malları üzerindeki payı haczedildi ise, alacaklının talebi ile haczedilen payın paraya çevrilebilmesi ancak ortaklığın sona erdirilmesiyle mümkündür. Eşler arasında geçerli olan elbirliği mülkiyetinde TMK m.257/2 ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. Dolayısıyla sözleşmeden doğan topluluk devam ettiği sürece paylaşma yapılamaz ve bir pay üzerinde tasarrufta bulunulamaz. Borçlu eşin ortaklık üzerinde, üzerinde tasarruf edebileceği belirlenmiş payının olmaması nedeniyle İcra ve İflas Kanununa göre ortaklık mallarının tümüyle satılması ve paraya çevrilmesi mümkün değildir. İşte bu halde alacaklı, hakimden mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesini talep edebilecektir.*” (Zeytin, a.g.e., s. 73).

⁶¹ Gençcan, a.g.e., s. 165 vd.; Zeytin, a.g.e., s. 58; Gümüş, a.g.e., s.233, 234; Özüğür, a.g.e., s. 33.

⁶² Acar, a.g.e., s.152; Gümüş, a.g.e., s.233, 234; Gençcan, a.g.e., s. 167 vd.

sından yeterli görülen bir sebep olarak düzenlenmektedir.⁶³ Eşlerin bu hususta talepte bulunmaları gerekmemektedir.⁶⁴ Eşler arasında rejim edinilmiş mallara katılma rejimi ise, bu durum geçerli değildir. Zira edinilmiş mallara katılma rejimi özünde ayrılık esasına dayanmaktadır. Bu sistemde borçlu eşin alacaklılarının borçlu eşin katılma alacağı ve değer artış payı üzerindeki yararı söz konusu rejimin sona ermesi için haklı sebep niteliğinde değildir.⁶⁵

TMK m.209 ile amaçlanan iflas edenin eşi ve iflas edenin alacaklılarının korunmasıdır. Zira iflas edenin eşi, mal ayrılığına kendiliğinden geçilmesiyle kişisel mallarını geri alabilecektir. Aynı şekilde iflas edenin alacaklıları da alacaklarının iflas halinde hangi mallardan karşılanacağı hususunda bilgi sahibi olabileceklerdir.⁶⁶

2. OLAĞANÜSTÜ MAL REJİMİNİN HÜKÜMLERİ VE SONA ERMESİ

A. Olağanüstü Mal Rejiminin Hükümleri

Mahkeme, eşlerden birinin ya da yasal temsilcisinin talebiyle haklı sebebin dava nezdinde kanıtlanması üzerine mal ayrılığına geçiş kararı verecektir. Karar kesinleştiğinde taraflar arasındaki önceki mal rejimi dava tarihinden itibaren kendiliğinden sonra ermekte ve mal ayrılığına geçiş sağlanmaktadır.⁶⁷ Mal ayrılığına geçilmesi hususunda dava tarihinin esas alınması talepte bulunan eşin menfaatleri açısından yerindedir. Zira uzayan yargılamanın sonunu beklemek eş için aleyhe sonuçlar doğurabilecektir.⁶⁸

Örneğin davalı eşin davayı kabul etmesi sebebiyle ilk derece mahkemesi, mal ayrılığına ilişkin kararın ancak çekişme anında verilebileceğini ileri sürmüş, tarafların mal rejimini sözleşme ile her zaman değiştirebileceğini dolayısıyla davacının dava açmakta hukuki yarar olmadığına hükmetmiştir. Yargıtay ise, TMK m.225'e göre mal ayrılığına geçilmesi ve başka mal rejimine geçilmesi mal rejiminin sona erdiren ayrı sebepler olarak düzenlemiş olup, TMK m.206'ya göre mal ayrılığına geçilmesi halinde taraflar arasındaki mal rejimi

⁶³ Oğuzman/Dural, a.g.e., s. 173. Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin iflasına karar verilince aradaki mal rejimi kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmemektedir. (Gençcan, a.g.e., s. 174 vd.; Zeytin, a.g.e., s. 59)

⁶⁴ Acar, a.g.e., s. 153; Gençcan, a.g.e., s. 174 vd.; Zeytin, a.g.e., s. 59; Gümüş, a.g.e., s. 134; Uluç, a.g.e., s. 245; Öztan, a.g.e., s. 432.

⁶⁵ Zeytin, a.g.e., s. 74.

⁶⁶ Gençcan, a.g.e., s. 175.

⁶⁷ Oğuzman/Dural, a.g.e., s. 174; Sarı, a.g.e., s. 96, 97, 99; Acar, a.g.e., s. 153; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g.e., s. 208 vd.

⁶⁸ Deniz Özer, Miray, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 32.

dava tarihi itibarıyla, mal rejimi sözleşmesi ile başka mal rejiminin seçilmesi halinde ise noterde mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı tarih itibarıyla sona ereceğinden, ilk derece mahkemesince mal ayrılığı rejimine geçilmesine karar verilmesinde davacının hukuki yararının varlığına hükmetmiştir.⁶⁹

TMK m.212'e göre kanunda aksine hüküm bulunmadıkça eşler arasında önceki mal rejiminin tasfiyesi bu rejime ilişkin hükümlere göre yapılır. Olağanüstü mal rejimine geçilmesiyle eski rejim ortadan kalktığı için tasfiye edilmesi gerekliliği doğmaktadır. Dolayısıyla eski rejime ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak tasfiye gerçekleştirilir.⁷⁰ Boşanmaya veya ayrılığa ilişkin davanın görülmesi esnasında eşlerin anlaşarak mal rejimini tasfiye etmeleri halinde söz konusu anlaşmayı davaya bakan hakimin onayına sunmaları gerekmemektedir. Zira mal rejimine ilişkin talepler, boşanma veya ayrılık davasının fer'i değildir.⁷¹

Olağanüstü mal rejimine geçilmesiyle eşler TMK m.242 ve m.243'de düzenlenen mal ayrılığı rejimine tabi olurlar. Bu süreçte eşler kanuni sınırlar dahilinde kendi malvarlıkları üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını kullanabilirken eşlerin birbirleriyle veya üçüncü kişilerle hukuki ilişki kurmaları da mümkündür.⁷²

TMK m.207 gereği olağanüstü mal rejimine geçişe ilişkin yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Davacı eş kendi yerleşim yeri veya diğer eşin yerleşim yerinde davayı açabilir. Mal ayrılığına geçilmesiyle birlikte önceki rejimin tasfiyesine ilişkin yetkili mahkeme de mal ayrılığına geçiş kararını vermeye yetkili mahkemedir. TMK m.214/2.2'de eşlerin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin olarak yetkili mahkemenin, boşanmaya, evliliğin iptaline veya hakim tarafından mal ayrılığına karar verilmesi durumunda bu davalara yetkili olan mahkeme olduğu ifade edilmiştir.⁷³ Olağanüstü mal rejimine geçişte görevli mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulüne Dair Kanun m.4 gereği aile mahkemeleridir.

⁶⁹ Y. 8. HD., 22.4.2014. 2013/11089 E., 2014/7833 K. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 01.07.2019). TMK m.206 hükmünün uygulanabilmesi için eşler arasında çekişme olması gerektiği aksi takdirde TMK m.208 gereği eşlerin her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimi sözleşmesi kabul edebileceği görüşü için bkz. Gençcan, a.g.e., s. 138 vd.

⁷⁰ Şipka/Özdoğan, a.g.e., s. 27; Acar, a.g.e., s. 153; Zeytin, a.g.e., s. 74.

⁷¹ Zeytin, a.g.e., s. 74.

⁷² Zeytin, a.g.e., s. 75.

⁷³ Acar, a.g.e., s. 153; Zeytin, a.g.e., s. 76.

B. Olağanüstü Mal Rejiminin Sona Ermesi

a. Anlaşmaya Dayalı Sona Erme

Olağanüstü mal rejimi kendiliğinden sona ermemektedir. Mahkeme kararıyla veya kanun gereği kendiliğinden olağanüstü mal rejimine geçilmiş olması sona erme açısından farklılık göstermemektedir.⁷⁴

Mal ayrılığına geçişten dönme başlıklı TMK m.208'de eşlerin her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilecekleri düzenlenmiştir. Kanunun sistematığı dikkate alındığında haklı sebeple mal ayrılığına geçişin düzenlendiği TMK m.206'dan sonra mal rejimi sözleşmesi ile mal ayrılığından dönüş hususunun düzenlenmiş olması TMK m.208'in yalnızca TMK m.206 açısından geçerli olduğunu düşündürmektedir. Yani TMK m.208, m.209 ve m.210'dan kaynaklı mal ayrılığına geçişte uygulama bulmayacaktır.⁷⁵

Ancak mal ayrılığı rejiminin kendiliğinden veya alacaklının talebi üzerine geçerli olması halinde TMK m.211/2 gereği mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Zira edinilmiş mallara katılma rejimi öz itibarıyla mal ayrılığı esasına dayandığından, alacaklıların menfaatleri tehlikeye düşmeyecektir.⁷⁶

b. Eşlerden Birinin Talebi ile Sona Erme

TMK'da belli hallerde eşlere mevcut mal rejiminden mal ayrılığına geçiş imkanı verilirken mal ayrılığına geçiş sebebinin ortadan kalkması halinde eski mal rejimine dönüşmesi de mümkündür. Ancak bazı hallerde eski mal rejimine dönüş için hakim kararı gerekmekte olup kendiliğinden bir geçiş söz konusu değildir.⁷⁷

TMK m.206 gereği mal ayrılığına karar verilmesini gerektirecek haklı sebebin sonradan ortadan kalkması durumunda TMK m.208/2 gereği eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönüşmesine mahkeme tarafından karar verilebilir.⁷⁸ Yani haklı sebebin varlığı ortadan kalktığı hallerde eşler, aralarında mal rejimi sözleşmesi yaparak eski sisteme geri dönme hususunda anlaşamazlarsa mahkemeye başvurabilmektedir.

⁷⁴ Zeytin, a.g.e., s. 75.

⁷⁵ Gümüş, a.g.e., s. 235; Acar, a.g.e., s. 154.

⁷⁶ Zeytin, a.g.e., s. 75; Acar, a.g.e., s. 153, 154.

⁷⁷ Erdem, a.g.e., s. 263; Emre Köroğlu, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK M. 225)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Haziran 2016, s. 246; Akıntürk/Ateş, a.g.e., s. 151; Şipka/Özdoğan, a.g.e., s. 28; Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, a.g.e., s. 29.

⁷⁸ Acar, a.g.e., s. 154; Zeytin, a.g.e., s. 75.

Bununla birlikte TMK m.211/1’de; “*Alacaklı tatmin edildiği takdirde eşlerden birisinin istemi üzerine hakim, mal ortaklığının yeniden kurulmasına karar verebilir*” denilmiştir. Mahkeme, TMK m.210 gereği menfaati tehlikeye düşen alacaklının tatmin edilmesi şartıyla mal ortaklığı rejimine dönülmesine hükmetmektedir. Ayrıca hakimin, mal ortaklığına dönüşün eşlerin menfaati açısından gerekli olduğu hususunda kanaat sahibi olması gerekmektedir.⁷⁹ Alacaklının tatmin edilmesi, yalnızca borcun ifa edilmesi olarak yorumlanmamalıdır. Alacaklının takipten vazgeçmesi gibi alacağı sona erdiren veya takibi kaldıran sebepler de bu kapsamda değerlendirilmez.⁸⁰

TMK m.180 ve TMK m.197 kapsamında verilen olağanüstü mal rejimine geçiş kararı TMK m.208/2 kapsamında kaldırılarak eski mal rejimine geçişe hükmedilebilecektir.⁸¹

SONUÇ

Eşlerden birinin evlilik birliği içinde ekonomik olarak acze düşmesi veya evlilik birliğine yapılan ekonomik katkı arasında dengesizlik olması gibi hallerde diğer eşin malvarlığı açısından tedbir alınması gerekliliği doğmaktadır. Zira eşlerden birinin mali durumunun tehlikede olması diğer eşin malvarlığı açısından mağdur olmasına sebep olmamalıdır. Bu sebeple TMK’da eşlerden birinin talebi doğrultusunda mahkemenin mevcut rejimin mal ayrılığına geçirilmesi hususunda karar verilebileceği düzenlenmiştir. Tabi ki mahkeme, bu kararı verirken kanunda sayılan örnekseyici haklı sebepleri de değerlendirerek bir menfaat dengesi kurmalıdır.

Mahkeme kararıyla mal rejimi geçişinin söz konusu olduğu başka haller de mevcuttur. Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde eşlerin malvarlığında olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bu hallerde mal ayrılığına geçilmesi hususunda tedbir alınması gereği doğmaktadır. Bu hususta bu karar TMK m.197 veya TMK m.206 anlamında da verilebilecektir. Burada TMK m.197’de düzenlenen malların yönetimine ilişkin tedbirin geniş yorumlandığı görülmektedir.

Boşanma veya ayrılık davası esnasında geçici tedbir niteliğinde mal ayrılığına karar verilmesi de mümkündür. Mahkeme, TMK m.169’ye göre eşlerin malları hususunda tedbir alabilecektir. TMK m.169 çerçevesinde geçici tedbir olarak mal ayrılığına geçilmesi için haklı sebebin varlığı gerekmektedir. TMK m.206’de öngörülen haklı sebep kavramının TMK m.169 anlamında uygulama bulduğu söylenebilecektir.

⁷⁹ Gümüş, a.g.e., s. 235, 236.

⁸⁰ Acar, a.g.e., s. 155.

⁸¹ Zeytin, a.g.e., s. 75.

TMK m.180'de mahkemenin ayrılık kararı vermesi halinde taraflar arasında kararlaştırılan sözleşmesel mal rejiminin kaldırılabilmesi düzenlenmiştir. Bu hususun taraflar arasında kararlaştırılan mal rejimi ile sınırlandırılmaması gerekmektedir. Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin mevcut olduğu halleri de kapsar nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Ancak tabii ki mahkemenin ayrılık kararı vermiş olması tek başına mal ayrılığına geçiş açısından yeterli değildir. Söz konusu şartların mal ayrılığına geçiş açısından haklı sebep oluşturması gerekmektedir.

Mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunulan alacaklı, haczin uygulanmasında zarara uğraması halinde mahkemeye başvurarak mal ayrılığına geçiş karar verilmesini talep edebilir. Burada alacaklı, borçlu eşin kişisel mallarından alacağını alamamaktadır. Mal rejimi devam ettiği dönemde de alacaklının ortaklık mallarındaki hakkı beklemece hakkıdır. Dolayısıyla mal ayrılığına geçilmesini talep edebilmesi alacaklı açısından lehe bir durumdur.

Mal ortaklığı rejiminin eşler arasında kabul edildiği hallerde eşlerden birinin iflas etmesi, mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden mal ayrılığı rejimine geçilmesini sağlamaktadır. Eşlerin de bu hususta herhangi bir talepte bulunması gerekmemektedir. Ayrıca mevcut mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimi olması halinde bu hüküm uygulanmayacaktır. Zira edinilmiş mallara katılma rejimi özünde mal ayrılığı esasına dayanmaktadır.

Olağanüstü mal rejimine geçişinin hüküm ve sonuçları buna ilişkin mahkeme kararı kesinleştiğinde geriye etkili olarak doğmaktadır. Yani mal ayrılığı rejimi dava açıldığı tarihten itibaren sonuç doğurmaktadır.

Olağanüstü mal rejiminin sona ermesi ise taraflar arasında yapılacak bir mal rejimi sözleşmesi ile olabilir. Ancak eşlerin bu yola başvurabilmesi olağanüstü mal rejimine geçişin TMK m.206 anlamında gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Ayrıca olağanüstü mal rejimi eşlerden birinin talebi ile de sona erebilmektedir. TMK m.206 anlamında olağanüstü mal rejimine geçişi gerekli kılan haklı sebebin ortadan kalması halinde mahkeme, eşlerden birinin talebi üzerine eski rejime geçiş kararı verebilir.

KAYNAKÇA

- ACABEY, Beşir, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 84, İzmir 1998.
- ACAR, Faruk, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- AKINTÜRK, Turgut-ATEŞ, Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, C. II, Beta Yayınevi, 21. Bası, Ankara 2019.
- ATAMULU, İsmail, “Türk Medenî Kanununda Olağanüstü Mal Rejimi ve Özellikle Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş Halleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, Aralık 2010.
- DENİZ ÖZER, Miray, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- ERDEM, Mehmet, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- GENÇCAN Ömer Uğur, *Mal Rejimleri Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, *Aile Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2018.
- HAYRAN, Burhan, *4721 sayılı yeni Türk medeni kanunu mal rejimleri şerhi (4721 S. TMK: 202-281)*, Ankara 2004.
- KARAKİMSELİ, Ayşe, *Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, *Katkı- Katılma Alacağı*, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2016, (Kısaltma: Kılıçoğlu, a.g.e.).
- KILIÇOĞLU, Ahmet, *Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, (Kısaltma: KILIÇOĞLU, Yenilikler).
- KIRMIZI, Mustafa, *Açıklamalı İçtihatlı Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2018.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, *Aile Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul 1985-1986.
- KÖROĞLU, Emre, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK M. 225)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, Haziran 2016.

- KÖSEOĞLU, Bilal/KOCAAĞA, Köksal, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, Ekin Yayınevi, 2011.
- MOROĞLU, Nazan, *Medeni Kanunda Mal Rejimleri*, Beta Basımevi, İstanbul 2002.
- OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.
- ÖZDAMAR, Demet/KAYIŞ, Ferhat/YAĞCIOĞLU, Burcu/AKGÜN, Aliye, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, 4. Baskı Ankara 2017.
- ÖZMEN, Nihan, “Türk Medeni Kanununda “Mal Rejimi” Kavramı ve Olağanüstü Mal Rejimi”, *Hukuk Gündemi*, Yaz 2007, S. 8.
- ÖZTAN, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2015.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan, *Mal Rejimleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- SARI, Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- SONSUZOĞLU, Elif, *Medeni Kanun'da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- ŞIPKA, Şükran/ÖZDOĞAN, Ayça, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, 2. Bası, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- ULUÇ, Yusuf, *Mal Rejimleri ve Tasfiyesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- YETİK, Nurten, *Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri*, 3. Baskı, Bilge Kitabevi, Ankara 2008.
- YILDIRIM, Abdulkerim, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.
- YILMAZ, Canan, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Deniz İş Hukukunda Alt İşverenlik İlişkisi^(*)

Sub-Contracting Relations in Maritime Labour Law

Arş. Gör. **Doğukan KÜÇÜK^(**)**

Öz

Bazı işlerin uzmanlık gerektirmesi ve çalışma yaşamında meydana gelen ekonomik gelişmeler, atipik bir istihdam şekli olan alt işverenlik ilişkisinin hızla yayılmasına neden olmuştur. Asıl işverenler yardımcı işlerde yahut asıl işin bir bölümünü alt işverenlere vermeye, alt işveren de kendi işçilerini burada çalıştırmaya başlamıştır. Bu atipik istihdam modeli sadece iş hukukunda görülmemekte, deniz iş hukukunda da kendine yer bulmaktadır. Özellikle taşıma işi yapan gemilerde temizlik, kafeterya işletmesi, bakım gibi hizmetlerin alt işverenlere verildiği görülmektedir. Bu çalışmada Türk deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisi ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Alt İşverenlik, Deniz İş Hukuku, Alt İşveren, Asıl İşveren, Muvazaa.

Abstract

The need for expertise in some jobs and the economic developments in working life have led to rapid spreading of subcontracting relations which are atypical form of employment. The principal employers have started to give to the sub-contractors the auxiliary tasks or certain sections of the main activity, and then the subcontractors have started to employ their own employees in there. This atypical employment model is not only seen in labour law, but also found its place in maritime labour law. In particular, it is been observed that some services in transportation business such as cleaning, cafeteria management and maintenance are provided by subcontractors on ships. In this study, the principal employer-subcontractor relationship in Turkish maritime labour law will be discussed.

Keywords

The Principal Employer-Subcontractor Relationship, Maritime Labour Law, Sub-Contractor, Principal Employer, Simulation.

^(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 22.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 23.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 28.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 22.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 23.08.2019.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
E-Posta: dogukankucuk@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-3024-6285>.



GİRİŞ

Teknolojik gelişmelerin getirdiği uzmanlaşma ve ekonomik koşullar çerçevesinde iş hukukunda esnekleşme modellerinin hızla benimsenmesi ile birlikte atipik çalışma biçimlerinden olan alt işverenlik ilişkilerinde hızlı bir ilerleme yaşanmıştır.¹ İşverenler en az maliyetle en fazla verim alabilme adına konularında uzmanlaşmış işverenlerle sözleşmesel ilişkiler kurmaktadır.² Bu bağlamda temizlik, güvenlik, bakım gibi yardımcı işler ya da iş organizasyonu çerçevesinde yürütölen asıl işin bir bölümü başka işverenlere verilmektedir.

Türk iş hukuku açısından alt işverenlik ilişkisi öncelikle 4847 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiştir.³ Kanunun 2. maddesinin altıncı fıkrasına göre alt işverenlik “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki” olarak tanımlanmıştır.⁴ Benzer bir düzenleme İK kapsamında kurulacak alt işverenlik ilişkisinin kurulma, koşul ve sonuçlarının düzenlendiği Alt İşverenlik Yönetmeliği’nde bulunmaktadır. Alt işverenlik ilişkisi ile ilgili bir başka düzenleme ise işin sosyal güvenlik boyutunun ele alındığı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 12. maddesidir.⁵ Maddede öncelikle alt işveren tanımı yapılmış, “bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye”

¹ Ali Güzel, *İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren ve Alt İşveren İlişkinin Sınırları, Çalışma ve Toplum*, 2004/1, s. 33. Osman Güven Çankaya/ Şahin Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Ankara, Yetkin, 2006, s. 14. Osman Güven Çankaya/ Şahin Çil, *4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi*, Sicil, S. 3, 2006, s.54. Murat Şen/ Aslı Naneci, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi*, Sicil, S. 15, 2014, s. 24. Nizamettin Aktay/ Kadir Arıcı/ Emine Tuncay Senyen/Kaplan, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, Mart 2013, s. 33. İbrahim Aydınli, *Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015, s. 176. Hamdi Mollamahmutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, *Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Lykeion, 2017, s. 65.

² Mehmet Anıl Arslanoğlu, *İş Hukukunda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler*, Legal, 2005, s. 93. Emre Karabacak, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar*, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları - 22, 2018, s. 4. Asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmesel ilişki çok çeşitli olabilmektedir. Kira sözleşmesi, eser sözleşmesi olabileceği gibi taşıma sözleşmesi de olabilmektedir.

³ İlgili Kanun bundan sonra “İK” olarak anılacaktır.

⁴ Detaylı bilgi için bk. İbrahim Aydınli, *Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, Seçkin, 2008, s. 153 vd. Hande Bahar Aykaç, *İş Hukukunda Alt İşveren*, İstanbul, Beta, 2011, s. 3 vd. Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 2017, s. 158 vd. Nuri Çelik/ Nurşen Canikoğlu/ Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2018, s. 97. Aydınli, *Alt İşverenlik*, s. 180 vd. Çankaya/Çil, s. 16 vd. Güzel, s. 39 vd.

⁵ İlgili Kanun bundan sonra “SSGSSK” olarak anılacaktır.

alt işveren denilmiştir. Ayrıca asıl işveren, SSGSSK'nın alt işverene yüklediği yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumlu tutulmuştur.⁶

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda alt işverenlik ilişkisi bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.⁷ Her ne kadar DİK'te alt işverenlikle ilgili bir düzenleme bulunmasa da deniz iş hukuku çerçevesinde de alt işverenlik ilişkisi kurulabileceği açıktır. Bu durumun aksini düşünmek, başka bir deyişle deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisinin kurulamayacağını söylemek, 1982 Anayasası'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesinin ihlali anlamına gelecektir.⁸ Öte yandan uygulamada özellikle deniz taşımacılığı yapılan işlerde yardımcı işler ve turistik-eğlence gemilerinde geminin sevk ve idaresi dışında birçok iş bakımından alt işverenlik ilişkisi kurulduğu görülmektedir.⁹

1. DENİZ İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVERENLİĞE İLİŞKİN UYGULANACAK HÜKÜMLER

DİK'te alt işverenlik ile ilgili herhangi bir düzenlemenin bulunmaması ve alt işverenliğin deniz iş hukukunda görülmesi, mevzuattaki hangi hükümlerin uygulanacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bunun için öncelikle Deniz İş Kanunu çerçevesinde genel kanun ve özel kanun ilişkilerinin belirlenmesi gereklidir.

Deniz işleri, işin mahiyeti gereği tehlike içeren ve ayrı bir çalışma düzeni gerektiren bir alan olduğundan bu işler için uygulanacak kuralların İK'dan farklı özel bir kanun ile düzenlenmesi gerekmiştir.¹⁰ Bu bağlamda öncelikle 6379 sayılı DİK 1954 yılında yürürlüğe girmiş, ardından bu Kanunun "*bâzı hükümlerin müeyyidesizlik veya müeyyidelerinin etkisizliğinden ötürü tam ve kâmil bir şekilde uygulanamadığı görüldükçe*" güncel DİK 1967 yılında yürürlüğe girmiştir.¹¹

İş hukukunun yasama kaynaklarına baktığımızda ise karşımıza üç temel kanun çıkmaktadır: İK, DİK ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun.¹² Bunlarla

⁶ Detaylı bilgi için bk. Nilay Erdoğan, *Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Sorumluluk*, İstanbul, Onikilevha, Şubat 2019, s. 18 vd.

⁷ İlgili Kanun bundan sonra "DİK" olarak anılacaktır.

⁸ Fevzi Demir, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir, Albi, 2017, s. 56. 1982 Anayasası'nın 48. maddesinin ilk fıkrası "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*" şeklinde düzenlenmiştir.

⁹ Bektaş Kar, *Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara, Yetkin, 2014, s. 117.

¹⁰ Bektaş Kar, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu'na Etkisi*, İÜHFMC. LXXII, S. 2, 2014, s. 168. Ercan Güven/ Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, Nisan, 2017, s. 26.

¹¹ DİK genel gerekçesi için bk. (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c043/mm_01043146ss1029.pdf, 08.07.2019).

¹² İlgili Kanun bundan sonra "BİK" olarak anılacaktır.

birlikte dolaylı olarak iş hukuku ile ilgili olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹³ da iş hukukunun yasama kaynakları arasında yer almaktadır. Ancak belirtilen bu mevzuatta işçi işveren ilişkisi eksiksiz şekilde ele alınmamış, kimi noktalarda boşluklar bırakılmıştır.¹⁴

Deniz iş hukuku açısından bir düzenleme boşluğu bulunduğu durumlarda doktrinde hangi kanunun genel kanun niteliğinde olacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre İK, DİK'e göre genel kanun niteliğinde olup, DİK'te bulunmayan bir düzenleme boşluğu öncelikle İK ile doldurulmalıdır.¹⁵ Yine bu görüşü destekleyen bir başka görüş, İK'nın 1. ve 4. maddelerinin iki kanun arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi doğurduğunu ve iş hukukuna ait temel ilke ve kuralların deniz iş hukuku açısından da geçerli olduğunu kabul ederek DİK'te boşluk bulunan hallerde İK hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁶ Doktrindeki ağırlık görüş ise DİK ile İK arasında özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunmadığını, her iki kanunun da özel kanun olduğunu, DİK'te hüküm bulunmadığı hallerde genel kanun olan TBK'nın uygulanacağını belirtmiştir.¹⁷ Yargıtay'ın da son kararları bu yöndedir.¹⁸ Kanımızca da DİK ile İK arasında özel kanun genel kanun ilişkisi bulunmamaktadır. DİK'te düzenleme bulunmadığı durumlarda uygun olduğu ölçüde TBK'nın uygulanması gerekli-

¹³ İlgili Kanun bundan sonra "TBK" olarak anılacaktır.

¹⁴ Süzek, s. 39 ve 40.

¹⁵ İlgili tartışmalar için bk. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Uysal, s. 12.

¹⁶ Erdal Gökçe, *Deniz İş Kanununun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği*. İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2, 2008, s. 742.

¹⁷ Ejder Yılmaz, *Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)*, Sicil, Y. 6, S. 22, Haziran 2011, s. 28. Mehmet Nusret Bedük, *Deniz İş Sözleşmesi*, Bursa, Ekin, 2012, s. 45. İbrahim Aydın, *4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanmayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sa. 4, s. 43. Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, 10. Bası, Ankara, Seçkin, 2014, s. 53. Süzek, s. 40. Kar, s. 169. Kar, Deniz İş Hukuku, s. 40. Çelik/Canikoğlu/Canbolat'a göre İK'nın kimi hükümlerinin (39. ve 74. maddeler gibi) iş sözleşmeleriyle çalışan tüm işçilere uygulanacağını belirtilmiş, ancak İK'nın genel kanun olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiş olsaydı bu hükümleri vazetmeyeceği ifade etmiştir. Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 20. İş Kanununda boşluk bulunması halinde TBK'nın uygulanması ilgili hükümlerinin uygulanması yönünde bk. Kenan Tunçomağı/ Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2016, s. 23. Aydın Başbuğ, *İş Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Beta, Ekim 2018, s. 114. Basın İş Kanunu ile İK arasında genel-özel kanun ilişkisi bulunmadığı yönünde bk. Halük Hâdi Sümer, *Bireysel Basın İş Hukuku*, Mimoza, 2013, s. 17.

¹⁸ "... 854 Sayılı Deniz İş Kanunu'nun 7. Maddesine göre "Hizmet akti belirli bir süre veya sefer için yahut süresiz olarak yapılabilir. Belirli bir süre için yapılmış hizmet akti bu sürenin bitiminde sona erer". Deniz iş ilişkilerinde belirli süreli iş sözleşmesinde genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinin dikkate alınması gerekir." Yarg 9.HD., 2014/22725 E., 2016/5978 K., 14.03.2016 T. (<https://www.kazanci.com.tr>). "... TBK. eskiden olduğu gibi yine iş kanunları (4857 sayılı İş K., 854 sayılı Deniz İş K., 5953 sayılı Basın İş K.) karşısında genel kanundur. Ancak bireysel iş kanunlarında hüküm bulunmayan hallerde BK. hükümlerinin uygulanması gerekir." Yarg. HGK., 2016/9-1414 E., 2016/1072 K., 16.11.2016 T. Benzer yönde bk. Yarg. 9.HD., 2016/24670 E., 2016/19553 K., 08.11.2016 T. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

dir. Çünkü DİK incelendiğinde kimi maddelerde İK'ya atıf yapıldığı görülmektedir.¹⁹ Dolayısıyla kanun koyucu İK'yı genel kanun olarak kabul edilmesini isteseydi İK'ya atıf yapan düzenlemeleri tesis etmesine gerek kalmazdı. Bununla birlikte İK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde deniz taşıma işlerini kanun kapsamı dışında tutulmaktadır. Bundan dolayı kanun koyucu deniz taşıma işleri için DİK'in uygulanmasını istemekte, İK'yı genel kanun niteliğinde görmemektedir. Yine İK'nın 39. maddesinde bu kanun kapsamında olmayan işçiler için de asgari ücretin belirleneceğini ifade edilmiştir. Dolayısıyla eğer kanun koyucu İK'yı genel kanun olarak düşünseydi ilgili bu hükmü koymayacağı sonucuna varılabilecektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi DİK'te alt işverenlik ilişkisi ile herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Alt işverenlik ilişkisi ile ilgili düzenleme İK, SSGSSK ve Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yer almaktadır. İK'nın DİK açısından genel kanun olmaması, DİK açısından genel kanun olan TBK'da da alt işverenlik ilişkisine dair bir düzenleme olmaması neticesinde ortada kanun boşluğu olduğu görüntüsü bulunmaktadır. Bu bakımdan deniz iş hukukunda alt işverenlik açısından hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemek gereklidir.

Doktrindeki bir görüş İK'da düzenlenen alt işverenliğe ilişkin hükümlerin deniz iş hukukuna kıyasen uygulanamayacağını, SSGSSK'nın genel kanun olması nedeniyle bu Kanunun 12. maddesinin uygulanabileceğini ileri sürmüştür.²⁰ Öte yandan Yargıtay'ın da bu görüşe uygun kararları bulunmaktadır.²¹ Buna bağlamda Yargıtay, "... Diğer taraftan Deniz İş Kanununda alt işverenlik kavramına ise hiç yer verilmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu, asıl-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin de işçiler açısından alt işverenle birlikte sorumluluğunu düzenlemiş, bunun yanında bazı muvazaa kriterlerine yer vermiştir. 4857 sayılı İş Kanununda kurala bağlanan alt işveren uygulamasının Deniz İş Hukukunda bire bir ve kıyasen uygulanması olanağı yoktur. Ancak sosyal güvenlik boyutu dikkate alındığında 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Kanunu'nun genel kanun olması nedeni ile asıl-alt işveren tanımı ve sorumluluğuna ilişkin 12. maddesindeki düzenleme Deniz İş Kanunu uygulaması bakımından kabul edilmelidir." şeklinde hüküm kurmuştur. Ancak ilgili bu karar

¹⁹ Örneğin DİK'in 13. maddesinde ele alınan engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna ilişkin İK'ya yapılan atıf, 37. maddesinde düzenlenen asgari ücrete ilişkin hüküm, 38. maddede düzenlenen ücret kesimi cezaları hakkında İK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenleme örnek gösterilebilir.

²⁰ Kar, Deniz İş Hukuku, s. 118.

²¹ Yarg. 9.HD., 2009/32970 E., 2011/49316 K., 26.12.2011 T.; Yarg. 9.HD., 2017/20559 E., 2017/8871 K., 25.05.2017 T.; Yarg. 9.HD., 2017/20565 E., 2017/8875 K., 25.05.2017 T.; Yarg. 9.HD., 2017/20560 E., 2017/8872 K., 25.05.2017 T. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

doktrinde eleştirilmiştir. SSGSSK'nın 12. maddesi ile asıl işveren-alt işverenlerin prim yükümlülüklerinin düzenlendiği, işçi alacaklarına ilişkin herhangi bir hükmün bulunmadığı, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bir olayda nasıl ki iş hukuku hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaksa, iş hukukuna ilişkin bir olayda sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olmayacağı haklı olarak belirtilmiştir.²²

Doktrinde bir başka görüş ise İK'nın 7. maddesine paralel olarak deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisinin kurulabileceğini, buna bağlamda asıl işverenin gemide yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde alt işverenlik ilişkisi kurulabileceği ifade edilmiştir.²³ Başka bir görüş ise DİK ile İK arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olmaması nedeniyle İK'nın 2. maddesinde düzenlenen sınırlamaların burada uygulanma imkânı bulunmayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisi kurulduğunda teknolojik nedenler ve uzmanlık gerektiren iş olma koşulu aranmaması gereklidir.²⁴ Yine doktrinde bir görüş İK'nın 2. maddesinde, bu maddede düzenlenen alt işverenlik ile ilgili hükümlerin deniz iş hukukunda da uygulanabileceğini belirtilen mevzuat değişikliğinin yapılması gerektiğini belirtmiştir.²⁵

Kanımızca DİK'in saklı hükümler kenar başlıklı 48. maddesi deniz iş hukukunda alt işverenlik için uygulanacak hükümler için yol gösterici olacaktır. İlgili madde; *"Bu kanun hükümleri, gemiadamına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet akti, örf ve adetlerden doğan haklara hâlel getirmez. Bu kanunun uygulanması sonucu olarak işverene düşen yükümlülükler, gemiadamlarının ücret vesair haklarının daha aşağı hadlere indirilmesine sebep tutulamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde, diğer kanunlarda açıkça deniz işçisinin lehine bir düzenleme bulunuyorsa bunların dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.²⁶ Yargıtay her ne kadar alt işverenlik ilişkisi için 48. maddenin uygulanması gerektiği yönünde karar vermemiş de olsa Kanun, bireysel ve toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri veya işyeri uygulamaları ile deniz işçisi²⁷ lehine getirilen düzenlemelerin dikkate alınması gerek-

²² Aydınli, Değerlendirme, s. 48. Erdoğan, s. 54.

²³ Bedük, s. 114 ve 115.

²⁴ Çankaya/Çil, s. 27. Aykaç, s. 57.

²⁵ Aydınli, Değerlendirme, s. 49.

²⁶ Bedük, s. 190. Kar, s. 169.

²⁷ Deniz iş hukukunda işçi yerine "gemiadamı" kavramı kullanılmaktadır. Ancak gemiadamı ifadesi cinsiyetçi bir söylem olması nedeniyle deniz işçisi ifadesi tercih edilmiştir. Bu ifade tercih edilir-

tiğini belirtmiştir.²⁸ Bu bağlamda alt işverenliğin ele alındığı iki kanun olan İK ve SSGSSK'dan hangisinin işçi lehine olduğunun da belirlenmesi gerekecektir.

SSGSSK'nın 12. maddesi ile İK'nın 2. maddesi arasındaki en temel fark, 12. maddede asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi koşulunun aranmamasıdır. Başka bir deyişle SSGSSK'da alt işverenlik ilişkisi genişletilmiş, asıl iş yardımcı iş ayrımı yapılmadan bir işverenden iş almak ve burada işçi çalıştırmak alt işverenlik ilişkisinin kurulması için yeterli görülmüştür.²⁹

Kanımızca işçinin korunması ilkesi gereği İK'nın 2. maddesinin kıyasen deniz iş hukukunda kurulacak alt işverenliğe uygulanması yerinde olacaktır. İş hukukunda alt işverenlik istisnai bir istihdam modeli olarak kabul edilmektedir.³⁰ Bu bağlamda alt işverenlik ilişkisi mümkün olduğu şekilde daraltılmaya çalışılmıştır. Öte yandan alt işverenliğin çalışma yaşamında sıkça görülen bir müessese olmasına karşın, yasaya aykırı ve muvazaalı alt işverenlik ilişkileri yoğun bir biçimde görülmektedir.³¹ Kurulan alt işverenlik ilişkileri ile birlikte işçilerin haklarının kısıtlandığı, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığı çeşitli uygulamalarla karşılaşılmaktadır.³² Keza kanun koyucu bile ilgili madde

ken UÇÖ'nün 2006 tarihli Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'nde (*Maritime Labour Convention*) kullanılan İngilizce "seafarer" kelimesi esas alınmıştır. Benzer yönde bk. Kadriye Bakırcı, *Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırılmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, Eylül 2012, s. 202

²⁸ Yarg. 9.HD., 2015/27849 E., 2017/14749 K., 03.10.2017 T. (www.kazanci.com.tr). "... Davacı kıdem ve ihbar tazminatı ile ücret alacağına tahsilini istemiştir. 854 Sayılı Deniz İş Kanununun 48. maddesi gemi adını daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, Toplu İş Sözleşmesi hizmet akdi, örf ve adetlerden doğan haklarına helal getirilmez demektir. Her ne kadar Türk Ticaret Kanununun Deniz Ticareti ile ilgili hükümleri geri adımlarına uygulanabilir ise de zamanlaşımına ilişkin hüküm aleyhine olup Borçlar Kanununun 125. maddesi daha lehe olduğundan, işçinin korunması ilkesi gereği anılan son kanun hükümlerinin uygulanması gereklidir. Böyle olunca dava konusu alacaklarda zaman aşımı gerçekleşmediğinden, anılan alacaklarla ilgili esasa girilerek karar verilmesi gerekirken, mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9.HD., 2006/29786 E., 2007/15524 K., 17.05.2007 K. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

²⁹ Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, Gazi Kitapevi, 2015, s. 248. Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 19'uncu Bası, İstanbul, Beta, 2017, s. 348. Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, Beta, 2017, s. 39. Ali Güzel / Ali Rıza Okur/ Nurşen Canikoğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 17. Bası, İstanbul, Beta, Kasım 2018, s. 198.

³⁰ "... 4857 Sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen hükümleri ekonomik ve teknolojik gelişmelerin bir zorlaması olarak işletmelere alt işverenlere iş gördürme imkanı tanırken, işçilerin korunması amacıyla önemli güvenceler ve sınırlamalarda içermekte, bu istihdam modelinin İş Hukukunda temel bir kural değil, bir istisna olarak değerlendirildiğini ortaya koymaktadır." Yarg. 22.HD., 2011/11037 E., 2012/5994 K., 29.03.2012 T. Benzer yönde bk. Yarg. 9.HD., 2013/16161 E., 2014/2603 K., 30.01.2014 T. (<https://www.kazanci.com.tr>).

³¹ Ufuk Aydın, *6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri*, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 5, S. 1, 2015, s. 10. Süzek, s. 164.

³² Çankaya/Çil, s. 15.

gereğesinde “işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygınlaştığı”nı belirtmiştir.³³ Bununla birlikte alt işverenlik ilişkisinde önemle üzerinde durulan bir nokta ise işçinin korunmasıdır.³⁴ İşçi öncelikle işveren karşısında maddi yönden güçsüzdür. Kanun koyucu bu durumu göz önüne alarak işçinin korunması ilkesi gereği alt işveren ile birlikte asıl işvereni de sorumlu tutmuştur. Ancak müteselsil sorumluluk düzenlenmiş olsa bile bu sorumluluk ortaya çıkan her türlü problemi çözememiştir.³⁵

Her ne kadar İK’nın 2. maddesi düzenlenirken kanun koyucunun bilinçli boşluk bıraktığı, başka bir deyişle deniz iş hukuku ve basın iş hukuku açısından İK’nın 2. maddesinin uygulanmasını istemediği için burada herhangi bir düzenleme yapılmadığı söylenebilir de kanımızca ortada herhangi bir boşluk bulunmamaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi İK’nın 2. maddesini uygulamamızı sağlayan DİK’in 48. maddesidir. Dolayısıyla ortada kanuni bir düzenleme bulunmaktadır.

Sonuç olarak iş hukukunda yaşanan bu sıkıntılar deniz iş hukuku bağlamında da gözlemlenebilecektir. İK’ya tabi bir işçi ile deniz işçisi arasında alt işverenlik ilişkisinin süjesi olma bakımından bir fark görmek mümkün değildir. Dolayısıyla işçinin korunması alt işverenliğin istisnai olmasına, başka bir deyişle bu müessesenin daraltılmasına bağlıdır. Bu nedenle deniz iş hukukundan alt işverenlik ilişkisi için İK’nın 2. maddesi uygulanmalıdır.

2. DENİZ İŞ HUKUKUNDA ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

Yukarıda da belirtildiği gibi İK’nın 2. maddesinin altıncı fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin tanımı yapılmıştır. Bu tanım çerçevesinde kanuna uygun bir alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için çeşitli koşulların bir arada bulunması gereklidir.

A. İki İşverenin Bulunması

Bu koşullardan ilki iki işverenin bulunmasıdır. İlgili maddede bu husus “*bir işverenden, ... diğer işveren*” şeklinde belirtilmiştir. DİK’in 2. maddesine göre

³³ İK’nın 2. maddesinin gereğesinde “... İşyerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatının gereksinimlerinden biri ve hukuki dayanakları bulunan bir ilişki olduğu bilinen bir gerçektir. Ancak, 1980’li yıllardan sonra ekonomik şartların etkisiyle de olsa alt işverenlere işlerin verilmesinde sayısal artışlar olmuş ve bunun sonucu işçilerin bireysel ve kolektif haklarının sınırlandırılması, kullanılamaz hale getirilmesinin yaygın örneklerinin bulunduğu yargıya intikal eden uyuşmazlıklarla da doğrulanmıştır.” şeklinde belirtilmiştir. (www.sinerjimevzuat.com.tr).

³⁴ Nizamettin Aktay, *Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar*, Kamu-İş, C. 3, S. 3, 1994, s. 16. Aydın Başbuğ, *İş Mevzuatının Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekteki Yetersizliği*, İş ve Hayat, S. 3, 2016, s. 12.

³⁵ Başbuğ, Sorunlar, s. 12. Örneğin asıl işverenin işçisiyken alt işverenin yanında daha yüksek ücretle işe başlayan işçinin kıdeme bağlı haklarında bir gerileme olacaktır. Başbuğ, a.g.e., s. 16.

işveren, gemi sahibi veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kişidir. İlgili tanım gemi kavramı üzerinden yapıldığı için doktrinde işveren, İK'nın 2. maddesiyle paralel olarak, bir gemide deniz işçisi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olarak tanımlanmıştır.³⁶ Dolayısıyla öncelikle geminin DİK kapsamına giren bir gemi olması gerekmektedir. DİK kapsamına giren gemilerin özelliklerinin neler olacağı ise bu Kanunun 1. maddesinde belirtilmiştir. 1. maddeye göre geminin denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıması³⁷ ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk³⁸ olması gereklidir.³⁹ Ayrıca aynı maddede sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanlar da gemi sayılmıştır.⁴⁰ Burada önemli olan geminin Türk bayrağı taşıması ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk olmasıdır. Bu bağlamda asıl işveren DİK'e tabi bir gemide deniz işçisi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği

³⁶ Bektaş Kar, *Deniz İş Sözleşmesi*, Sicil, S. 23, Eylül 2011, s. 47. Bedük, s. 24. Kar, *Deniz İş Hukuku*, s. 103 ve 104.

³⁷ "... Dosya içeriğine ve özellikle kaptan tarafından düzenlenen hizmet belgesi incelendiğinde davacının telsiz zabiti olarak çalıştığı geminin Panama adlı ülkenin bayrağını taşıdığı, yabancı bayrak taşıması sebebiyle deniz taşıma işinde çalışan davacının D. İş Kanunu hükümlerinden yararlanmadığı, bu sebeple davanın genel hükümlere göre genel hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği anlaşıldığından mahkemenin görevsizliğine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek davanın kabulü hatalıdır." Yarg. 9.HD., 2012/2296 E., 2014/8618 K., 17.03.2014 T. (www.kazanci.com.tr).

³⁸ DİK'in 1. maddesinde aynı işverene ait gemilerin grostonilatoları toplamı yüz veya daha fazla olması halinde bu gemilere DİK hükümlerinin uygulanacağı da düzenlenmiştir. Grostonilatolun ne olduğu ise Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre grostonilato; "geminin, 21/9/1978 tarihli ve 2169 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Gemilerin Tonilatolarını Ölçme 1969 Uluslararası Sözleşmesi ile 12/3/2009 tarihli ve 27167 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Gemilerin Tonilatolarını Ölçme Yönetmeliğine uygun olarak düzenlenmiş belgesinde gösterilen gros tonilato" olarak ifade edilmiştir. Aynı işverene ait gemilerin grostonilatolarının toplamı yüzden daha az ise gemi kural olarak DİK kapsamı dışındadır. Ancak ilgili madde bu kurala iki istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki işverenin çalıştırdığı deniz işçisi sayısı beş veya daha fazla olması halinde geminin DİK kapsamına girmesidir. Diğer ise Cumhurbaşkanına verilen teşmil yetkisidir. Cumhurbaşkanı, ekonomik ve sosyal gerekler bakımından DİK kapsamı dışında kalan gemiler, gemiadamları ve bunların işverenlerine DİK hükümlerini kısmen veya tamamen teşmile yetkili kılınmıştır.

³⁹ Türk bayrağı çekme ile ilgili düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmaktadır. İlgili Kanunun 940. maddesinde her Türk gemisinin Türk Bayrağı çekme hakkı olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı maddede Türk gemisinin neler olduğu açıklanmıştır. Detaylı bilgi için bk. İnci Deniz Kaner, *Deniz Ticareti Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2013, s. 23 vd. Bülent Sözer, *Deniz Ticareti Hukuku-I*, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 36 vd. Reyegân Kender/ Ergon Çetingil/ Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt-1*, 14. Bası, İstanbul, 12 Levha, 2016, s. 46 vd.

⁴⁰ İlgili düzenlemeden de anlaşılacağı gibi deniz iş hukukunda gemi kavramı geniş yorumlanmıştır. Ercan Akyiğit, *Deniz İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 1-2, 2012, s. 8-9. Dolayısıyla mevzuatta düzenlenmiş diğer tanımlardan da yararlanılabilecektir. Akyiğit, a.g.e., s. 8. Örneğin TTK 931. maddesinde, tahsis edilme amacı suda hareket etmesini gerektiren ve kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç gemi olarak kabul edilmiştir. Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nin 3. maddesinin birinci fıkrasının (p) bendinde ise gemi, adı, tonilatosu ve kullanım amacı ne olursa olsun denizde ve iç sularda kürekten başka bir aygıtla yola çıkabilen araç olarak ifade edilmiştir.

olmayan kurum ve kuruluş olarak tanımlanabilecektir.⁴¹ Alt işveren ise DİK'e tabi bir işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olarak tanımlanabilecektir.

Deniz iş hukuku açısından alt işverenliğin kurulabilmesi için her iki tarafın da işveren olması zorunludur.⁴² Ancak her iki işverenin de aynı iş kanununa tabi olup olmayacağının belirlenmesi gerekir. Örneğin deniz taşıma işinde bulunan asıl işveren gemide yürütülecek olan temizlik işini İK'ya tabi bir alt işverene verebilecek midir? Kanımızca DİK'e tabi olmayan bir işveren ile alt işverenlik ilişkisi kurulmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda da belirttiği gibi alt işveren DİK'e tabi bir işverenden iş alan kişidir. İlgili madde bu kişinin belirli bir kanun çerçevesinde işveren olması gerektiği yönünde herhangi bir ifade içermemektedir.

B. Asıl İşverenin İşyerinde İşçi Çalıştırması

Alt işverenlik ilişkisi için aranan diğer şart asıl işverenin gemisinde işçi çalıştırmasıdır. Başka bir deyişle asıl işverenin gemisinde mal veya hizmet üretimine ilişkin işlerinde çalışan kendi işçileri bulunmalıdır.⁴³ Dolayısıyla örneğin gemide kılavuz kaptan istihdam etmek yerine, gereken durumlarda bu hizmetin üçüncü bir kişiden ücret karşılığı alınması durumunda alt işverenliğin kurulmayacağı açıktır. Doktrinde de belirtildiği gibi böyle bir hizmet alımının geçici iş ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır.⁴⁴

Deniz iş hukuku bağlamında işçinin kim olduğu DİK'in 2. maddesinde ifade edilmiştir. DİK'te işçi ifadesi yerine "gemiadamı" terimi tercih edilmiştir. Bu

⁴¹ Bu bağlamda donatan ve donatma iştirakine değinmek gerekecektir. TTK'nın 1061. maddesine göre donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi maliki olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte kendisinin olmayan bir gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla kullanan kişi de donatan sayılmıştır. Dolayısıyla donatan deniz iş hukuku anlamında bir işverendir. Bedük, s. 24. Öte yandan geminin birden fazla donatana da olabilmektedir. TTK'nın 1064. maddesinde donatma iştiraki tanımlanmıştır. Buna göre "birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları" durumunda donatma iştiraki meydana gelmektedir. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği bulunmadığından paydaş donatanlardan her biri işveren olarak kabul edilecektir. Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu, s. 113.

⁴² Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 102.

⁴³ Benzer düzenleme Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yapılmıştır.

⁴⁴ Kar, Deniz İş Hukuku, s. 120.

maddeye göre deniz işçisi, bir iş sözleşmesine dayanarak gemide çalışan kaptan,⁴⁵ zabıt ve tayfalarla diğer kimseler olarak ifade edilmiştir. Düzenlemede, diğer kişiler ifadesi kullanıldığı için örneğin yardımcı zabıtlar, aşçı, silici, ütücü, kamarot, makineci, gemi doktoru, fenerci, güverteci vb. kişiler deniz işçisi olarak kabul edilebilecektir.⁴⁶ Burada önemli olan, bu kişilerin DİK kapsamına giren işverene bir iş sözleşmesiyle bağlı olarak çalışmasıdır.⁴⁷ Bununla birlikte bir kişinin DİK kapsamında işçi sayılabilmesi için kural olarak Türk vatandaşlığı da olması gereklidir.⁴⁸ Ancak, DİK'in 4. maddesine göre “*mütekabiliyet esaslarına göre Türk gemiadamlarına aynı mahiyette haklar tanıyan devletlerin uyruğunda olup bu kanun kapsamına giren gemilerde çalışan*” deniz işçilerine de DİK hükümleri uygulanacaktır. Bu noktada hatırlatmakta fayda var ki DİK kapsamındaki işverenin karadaki işyerlerinde çalışan işçiler deniz işçisi olarak kabul edilmeyecektir.⁴⁹

⁴⁵ Kaptanın işveren vekili de olabileceği yönünde bk. Akyiğit, Ücretli İzin, s. 11. Gökçe, s. 755. Bedük, s. 14. “... Davacı makinist ile kaptan arasında hizmet sözleşmesi yapılmıştır. Kaptan bu sözleşmeyi işveren (donatan) nam ve hesabına yapmıştır. Bu sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda hasım olarak işverenin (donatanın) gösterilmesi gerekir.” Yarg. 9.HD., 1976/6510 E., 1976/13207 K., 04.05.1976 T. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁶ Necmettin Akten, *Dolaylı Gemiadamı: Vapur Çaycıları ve Büfecileri*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 1, 2011, s. 119. Bedük, s. 10. Akyiğit, Ücretli İzin, s. 10. TTK'nın 931. maddesinde kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler deniz işçisi olarak kabul edilmiştir. Gemiadamı ve Kılavuz Kaptan Yönetmeliği'nin 3. maddesinin (s) bendinde de deniz işçisinin tanımı yapılmıştır. Buna göre deniz işçisi geminin kaptanını, zabıtlarını, yardımcı zabıtlarını, stajyerlerini, tayfalarını ve yardımcı hizmet personelini kapsamaktadır. Yine aynı Yönetmelik incelendiğinde deniz işçisi olarak kabul edilebilecek kişilerin yeterlilik şartları düzenlenmiştir. Bu bağlamda güverte sınıfı tayfalar (gemici, usta gemici, güverte lostromosu gibi), zabıt (sınırlı vardiya zabiti, vardiya zabiti, birinci zabıt, uzakyol vardiya zabiti, uzakyol birinci zabiti, sınırlı makine zabiti gibi), kaptan, sınırlı kaptan, makine sınıfı tayfalar (yağcı, usta makine tayfası, makine lostromosu gibi), başmakinist, uzakyol vardiya mühendisi/makinisti gibi kişiler deniz işçisi olarak adlandırılabilir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi Yönetmelik stajyerleri de deniz işçisi olarak kabul etmiştir. Ancak stajyerler bir iş sözleşmesine bağlı olarak çalışmadıkları için deniz işçisi olarak kabul edilemezler. Bedük, s. 9. Kılavuz kaptanın deniz işçisi olduğu yönünde bk. Yarg. 9.HD., 2007/11920 E., 2007/29801 K., 08.10.2007 T.; Yarg. 9.HD., 2014/9115 E., 2014/28673 K., 30.09.2014 T. (www.kazanci.com.tr). Vapurlarda yolcular için hizmet üreten büfelerde çalışan kişilerin deniz işçisi olması gerektiği yönünde bk. Akten, s. 120. Aksi görüş için bk. Bedük, s. 11-12.

⁴⁷ Bedük, s. 8 ve 9. Kar, Deniz İş Sözleşmesi, s. 46. Akyiğit, Yıllık İzin, s. 10. “... Ancak salt gemiadamı olmak Deniz İş Kanunu kapsamında olmayı gerektirmez. Gemiadamı olma koşulu yanında 854 Sayılı Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında işleten veya gemi sahibi olan işverene ait bir gemi işyerinde ve deniz taşıma işinde çalışması gerekir.” Yarg. 9.HD., 2014/27838 E., 2014/38232 K., 12.12.2014 T. “... Bu düzenlemeye göre salt gemiadamı olmak Deniz İş Kanunu kapsamında olmayı gerektirmez. Gemiadamı olma koşulu yanında 854 Sayılı Deniz İş Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında işleten veya gemi sahibi olan işverene ait bir Türk Bayrağı taşıyan gemi işyerinde ve deniz taşıma işinde çalışması gerekir.” Yarg. 9.HD., 2014/18257 E., 2016/2751 K., 16.02.2016 T. (www.kazanci.com.tr).

⁴⁸ Akyiğit, Yıllık İzin, s. 13.

⁴⁹ Gökçe, s. 754. Ancak İK'nın 4. maddesine göre “kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri” İK hükümlerine tabidir.

C. İşyerinde Yürütölen Mal ve Hizmet Üretimine İlişkin Olması

Deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli olan üçüncü şart, işyerinde yürütölen mal veya hizmet üretimine ilişkin işlerin belirli şartlarla alt işverene devredilmesidir. Bu bağlamda işyerinde yapılan işle ilgisi olmayan başka bir işin işverene verilmesi durumunda, iki işveren arasında kurulan bu ilişki alt işverenlik olarak nitelendirilemeyecektir.⁵⁰ Öte yandan işyerinde yürütölen mal veya hizmet üretimine ilişkin işlerin alt işverene verilebilmesi için kanun koyucu sınırlama da getirmiştir. Buna göre işyerinde yürütölen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene verilebilecektir. Bu çerçevede öncelikle yardımcı işin ne olduğunun belirlenmesi gereklidir.

DİK'te ve İK'da yardımcı işin tanımı yapılmamış olsa da Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde yapılmıştır. Bu Yönetmeliğin 3. maddesinin (ğ) bendine göre yardımcı iş, “işyerinde yürütölen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş”tir.⁵¹ Örneğin geminin temizlik işi veya kafeterya hizmetleri asıl işle doğrudan ilgisi bulunmuyorsa yardımcı iş olarak kabul edilebilecektir.⁵² Kanuni düzenleme gereği yardımcı işler ister kısmen ister tamamen, herhangi bir sınırlamaya bağılı olmaksızın alt işverene verilebilecektir.⁵³ Başka bir deyişle asıl işin alt işverene verilebilmesi için aranan teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme koşulu yardımcı işler için aranmamıştır. Ancak yardımcı iş için getirilen şart asıl iş ile ilgili olmasıdır. Bu nedenle gemide görölen asıl işin ne olduğunun belirlenmesinin gereklidir.

Alt işverenlik Yönetmeliği'nin 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre asıl iş, mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iştir. Başka bir deyişle asıl iş, işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretimidir.⁵⁴ Dolay-

⁵⁰ Süzek, s. 161. Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan, s. 33.

⁵¹ Yönetmelikte yapılan bu tanımın çelişkiler taşıdığı yönünde bk. Aydınlı, Alt İşverenlik, s. 208. “... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6.maddesinde işyerinde yürütölen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin alt işverene verilebileceği öngörölmüştür. Buna göre, yardımcı iş, üretime ilişkin olmakla birlikte ikinci planda kalan işlerdir.” Yarg. 9.HD., 2006/4306 E., 2006/7133 K., 21.03.2006 T. (www.kazanci.com.tr).

⁵² Kar, Deniz İş Hukuku, s. 118.

⁵³ Polat Soyer, 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, Y. 1, S. 1, Mart 2006, s. 18. Betöl Erkanlı, Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı, D.E.Ü. Hukuk Faköltesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2016, s. 73. Aydınlı, Alt İşverenlik, s. 204. Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 110. Şen/Naneci, s. 28. Aykaç, s. 89.

⁵⁴ Hande Bahar Aykaç, Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayrımı, Çalışma ve Toplum, S. 46, 2015/3, s. 98. Murat Demircioğlu/ Tankut Centel, İş Hukuku, İstanbul, Beta, 2016, s.41. “... Özetlenecek olursa işyerindeki faaliyet hangi teknik amacı taşıyorsa asıl iş odur. İşyeri organizasyonu içerisinde asıl işin gerçekteşmesini sağlayan diğer işler ise yardımcı işlerdir.” Yarg. 9.HD., 2014/35185 E., 2014/39335 K., 22.12.2014 T. (www.kazanci.com.tr).

sıyla işin veya işyerinin niteliğine göre mal veya hizmet üretiminin esası da değişeceğinden asıl işin ne olduğu da değişecektir.⁵⁵ Örneğin cruise gemileri yüzer birer lüks otel olarak işlev görmekte, yolcular gemiyi hem otel olarak kullanmakta hem de seyahat etmektedir. Bu bağlamda yolcu taşıma, kamara temizliği, restoran ve bar hizmetleri, garson ve komi gibi hizmetler asıl iş olarak kabul edilecektir.⁵⁶ Ancak kuru yük taşımacılığı yapılan bir gemide asıl iş bu yüklerin sevkiyatlarının yapılması olduğundan, yük taşıma asıl işken, temizlik işi bu gemide yardımcı iş olarak kabul edilecektir.⁵⁷

Asıl işin bir bölümünün alt işverene verilebilmesi için ise işin teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gereklidir. Doktrinde bir görüş işin gereği ile teknolojik nedenle uzmanlığı, işin gereği veya teknolojik nedenle uzmanlık olarak birbirinden bağımsız iki ayrı unsur kabul etmektedir.⁵⁸ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise asıl işin alt işverene verilebilmesi için işin gereği ve teknolojik nedenle uzmanlık aynı anda aranması gereklidir.⁵⁹ Dolayısıyla bir geminin elektrik ve elektronik aletlerin tamir ve bakım işleri asıl işle

⁵⁵ Erkanlı, s. 76.

⁵⁶ "... Davalı işverenin otel hizmeti kapsamında alt işverene verdiği hizmetlerden genel temizlik, garaj ve otopark ile güvenlik hizmetleri yardımcı işlerden olması nedeni ile bu şekilde kurulan alt asıl işveren ilişkisi yasaya uygundur. Ancak bu hizmetlerin dışında verilen Restaurant ve Bar, Garson, Komi, Oda temizliği gibi hizmetler otel işletmeciliğinin asıl işlerindedir." Yarg. 9.HD., 2010/23498 E., 2011/5236 K., 28.02.2011 T.; Yarg. 9.HD., 2008/34021 E., 2009/14971 K., 01.06.2009 T. (www.kazanci.com.tr).

⁵⁷ İşverenin işyeri hekimi çalıştırması yükümlülüğü karşısında bu işin alt işverene devredilemeyeceği yönünde bk. Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan, s. 34. Kanımızca bu durum gemide çalıştırılacak işyeri hekimi içinde geçerli olacaktır. Çünkü 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun (İSGK) 6. maddesiyle işverene işyeri hekimi görevlendirme yahut bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak yerine getirme yükümlülüğü yüklenmiştir. Dolayısıyla gemi sahibi veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimse işveren sıfatı kazandığı için, bu kişiler de belirtilen yükümlülük altındadır. Keza İSGK'nın 2. maddesinde bu Kanunun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanacağını düzenlenmiştir.

⁵⁸ Aydın Başbuğ/ Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Beta, Ekim 2018, s. 86. Tunçomağ/Centel, s. 57. Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan, s. 34. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 67. Soyer, s. 19.

⁵⁹ Tankut Centel, *Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım*, Sicil, S. 12, Aralık 2008, s. 41. Nuri Çelik, *Alt İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları*, Sicil, Mart 2009, s. 87. Süzek, s. 165. Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 107. Güven/Aydın, s. 41. Şen/Naneci, s. 27. Yargıtay da ile bağlacını ve olarak anlaşılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir. "... 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde kanun koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır." Yarg. 22.HD., 2018/8482 E., 2018/15363 K., 20.06.2018 T. Benzer yönde bk. Yarg. 22.HD., 2018/7531 E., 2018/12424 K., 17.05.2018 T.; Yarg. 9.HD., 2016/23688 E., 2017/15508 K., 11.10.2017 T.; Yarg. 9.HD., 2015/29573 E., 2016/11823 K., 11.05.2016 T.; Yarg. HGK., 2015/22-967 E., 2017/426 K., 08.03.2017 T.

bağlantılı olmasının yanında teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirdiği için alt işverene verilebilecektir. Ancak geminin rotasını ilgili talimatlara göre çizmek, işin gereği olsa da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmediği için alt işverene verilemeyecektir.

D. Alt İşveren İşçilerinin Sadece Asıl İşverenin İşyerinde Çalıştırılması

İK'nın 2. maddesinde “*bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran*” denildiği için alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için aranan diğer bir şart da işçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılması koşuludur. Dolayısıyla alt işveren işçilerini asıl işverenin gemisinde çalıştırmak durumundadır. Ayrıca işçiler bu işyerinde alınan işte de çalıştırılmalıdır. Bu noktada ortaya çıkan sorun, alt işverenin işçisinin asıl işverenden alınan iş yerine başka bir işte çalıştırılmasıdır. Bu durumda, örneğin yolcu taşımacılığı yapılan bir gemide temizlik işini alan alt işverenin işçisinin bu gemide güvenlik işine verilmesi halinde bu işçi yönünden alt işverenlik ilişkisinden söz edilemeyecektir.⁶⁰ Ortaya çıkan bir başka sorun alt işveren işçilerinin başka işverenlerin yanında da çalıştırılmasıdır. Bu durumda da asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilmeyecektir.⁶¹

3. ASIL İŞVERENİN ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNE KARŞI MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

İK'nın 6. maddesinde alt işveren işçilerini korumak amacıyla asıl işverenin sorumluluğu genişletilmiş ve asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumlu tutulmuştur. İlgili düzenleme “*Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.*” şeklindedir. Doktrinde birlikte sorumluluk, müteselsil sorumluluk olarak kabul edilmiştir.⁶² Dolayısıyla alt işverenin işçisi gemide çalıştığı sürede

⁶⁰ Bektaş/Kar, s. 22. “... Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilmelidir.” 2015/27390 E., 2016/5358 K., 09.03.2016 T. (www.kazanci.com.tr).

⁶¹ Süzek, s. 166. Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 106. Güven/Aydın, s. 40. Başbuğ, s. 101. “... İşçiler sadece asıl işverene ait işyerinde değil de, farklı işverenlere ait çeşitli işyerlerinde çalışıyorlarsa, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemez. Keza alt işveren tarafından alınan işte çalıştırılmayan işçi yönünden asıl alt işveren ilişkisi kabul edilemez.” Yarg. 9.HD., 2014/24574 E., 2015/35275 K., 14.12.2015 T. “... Alt işveren işçilerinin bir kısmının, üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırılmaları, asıl-alt işveren arasındaki sözleşmeyi muvazaalı hale getirmez. Sadece başka işte çalıştırılan işçi açısından asıl-alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı kabul edilmelidir.” Yarg. 9.HD., 2018/10256 E., 2019/1619 K., 21.01.2019 T. (www.kazanci.com.tr).

⁶² Levent Akın, *Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği*, AUHFD, 60 (4) 2011, s. 763 vd. Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 1116-117. Güven/Aydın, s. 41. Şen/Naneci, s. 42. Arslanoğlu, s. 128. Aydınlı, s. 191. Çankaya/Çil, s. 29. Başbuğ, s. 101. Soyer, s. 23. Demircioğlu/Centel, s. 41. Yargıtay da müteselsil sorumluluğu bir-

herhangi bir zarara uğradığı zaman dilerse alt işverene, dilerse asıl işverene, dilerse her ikisine birden başvurup zararının karşılanmasını talep edebilecektir. Asıl işveren ile alt işveren arasında sorumsuzluk anlaşması yapılmış olsa da işçiyi bağlamayacak, bu anlaşma sözleşmenin tarafları açısından geçerli olacaktır.⁶³ Buna bağlı olarak eğer taraflar aralarında yaptıkları sözleşmede aksini kararlaştırmamışlarsa ve borç asıl işveren tarafından ödenmiş ise, asıl işverenin alt işverene karşı rücu hakkı bulunacaktır.⁶⁴

Asıl işverenin sorumluluğu ilgili madde çerçevesinde belirlenmiştir. Buna göre ilk olarak asıl işveren alt işveren işçisine karşı, işçinin gemide çalıştığı süre boyunca doğan alacaklar bakımından sorumlu olacaktır.⁶⁵ Dolayısıyla alt işveren işçileri bu süre zarfında doğmamış olan alacaklar için asıl işverene başvuramayacaktır.⁶⁶

Asıl işveren öncelikle “o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan” denilerek, Kanunda yer alan tüm yükümlülüklerden sorumlu tutulmuştur. Bu bağlamda ilgili Kanunun hangisinin olacağı belirlenmelidir. Alt işveren işçisi kuvvetle muhtemel gemide çalışmaya başlamadan önce İK kapsamına giren bir işçidir. İşçi iş sözleşmesini İK’ya göre kurmuş, işçinin çalışma koşulları İK’ya göre belirlenmiştir. Alt işverenlik ilişkisi kurulduktan sonra ise DİK’e göre yeni çalışma koşullarına tabi olmaktadır. Dolayısıyla asıl işverenin Kanundan doğan sorumluluğu DİK’e mi yoksa İK’ya göre mi belirlenecektir? Kanımızca alt işverenin işçisi gemide çalışmaya başladığı zaman artık DİK kapsamında değerlendirilecektir. Öncelikle İK’nın 4. maddesiyle deniz taşıma işleri bu Kanunun kapsamı dışında tutulmaktadır. Kapsam dışı işte çalışan bir işçiye İK hükümler-

likte sorumluluk olarak kabul etmektedir. “... 4857 sayılı İş Kanununun 2/6 son cümlesi uyarınca asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. 4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklindeki düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda, ihbar, kıdem, kötüniyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı “birlikte sorumluluk” deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir.” 9.HD., 2014/17306 E., 2014/33551 K., 11.11.2014 T. Benzer yönde bk. 9.HD., 2007/24560 E., 2008/186 K., 18.02.2008 T.; 22. HD., 2012/5304 E., 2012/13958 K., 19.06.2012 T.; 22. HD., 2018/998 E., 2018/9517 K., 24.04.2018 T.

⁶³ Demir, s. 66.

⁶⁴ Aydınlı, s. 191. Demir, s. 65. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 70.

⁶⁵ Gaye Burcu Yıldız, *Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi*, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Onikilevha, Kasım 2017, s. 65. Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 119. Aktay/Ancı/Senyen/Kaplan, s. 35. Arslanoğlu, s. 129. Soyer, s. 23.

⁶⁶ Çankaya/Çil, s. 28.

rinin uygulanmayacağı açıktır. Öte yandan deniz işleri, kendine özgü özellikleri olan ve tehlike içeren bir alandır.⁶⁷ Bu bağlamda diğer iş hukuku alanlarından farklı düzenlemeler ihdas edilmiştir. Böyle bir düzende alt işveren işçilerine İK hükümlerini uygulamak mümkün görülmemelidir. Dolayısıyla “*o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan*” tabiri ile DİK’ten bahsedildiği kabul edilmelidir.

Asıl işveren, alt işveren ile işçi arasında kurulan iş sözleşmesi bağlamında da sorumlu tutulmuştur. Buna göre iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm haklar bakımından da asıl işveren sorumlu olacaktır. Dolayısıyla işçi iş sözleşmesiyle belirlenen ücreti asıl işverenden gemide çalıştığı dönemle sınırlı olmak üzere talep edebilecektir. Bu noktada iş sözleşmesinde belirlenen ücret ile ilgili 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası sorumluluk açısından yeni bir düzenleme getirilmiştir. İK’nın 36. maddesinin beşinci fıkrasına göre alt işverenler işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla asıl işverenin işçinin ücretin ödenmesi bakımından sorumluluğu genişlemiştir.⁶⁸

Asıl işveren alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi hükümleri bakımından da sorumlu tutulmuştur. Toplu iş sözleşmesi iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları içeren iş hukuku kaynaklarından birisidir. Bu bağlamda alt işveren yetkili sendika ile imzaladığı toplu iş sözleşmesi ile işçilere çeşitli haklar vermiş olabilir. Bu durumda asıl işveren yine kendi dönemiyle sınırlı olmak kaydıyla toplu iş sözleşmesiyle alt işveren işçisine sağlanan haklardan sorumlu olacaktır.⁶⁹ Örneğin alt işveren işçisine toplu iş sözleşmesiyle her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüz yükseltilmesi suretiyle ödeneceği kararlaştırılmışsa, yapılan fazla çalışmada belirlenen bu ücretten asıl işveren de sorumlu olacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi deniz iş hukukunda asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı müteselsil sorumluluğu için uygulanacak hüküm DİK’in 48. maddesine istinaden İK’nın 6. maddesidir. Ancak doktrinde DİK’te işverenin sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle TBK’nın müteselsil borçluluk kenar başlığını taşıyan 162. maddesi kapsamında çözüleceği de ifade edilmiştir.⁷⁰

⁶⁷ Kar, Deniz İş Hukuku, s. 23.

⁶⁸ Aydın, s. 17. Güven/Aydın, s. 42.

⁶⁹ Arslanoğlu, s. 126.

⁷⁰ Aykaç, s. 58. Kar, Deniz İş Hukuku, s. 119. Çankaya/Çil, s. 27

4. HUKUKA AYKIRI ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNİN YAPTIRIMI

İK'nın 2. maddesinin altıncı fıkrasında yasaya uygun alt işverenlik ilişkisinin nasıl kurulacağı belirlendikten sonra, yedinci fıkrasında muvazaalı alt işverenlik uygulamalarını engelleyici sınırlamalar ele alınmıştır.⁷¹ Buna göre ilgili fıkra; “*Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemede alt işverenlik ilişkisine getirilen sınırlamalar örnek olarak gösterilmektedir. Başka bir deyişle sınırlamalar tahdidi olmayıp genişletilebilecek niteliktedir.⁷² Keza ilgili fıkarda “genel olarak” denilerek burada düzenlenmemiş sınırlamalar ifade edilmektedir.⁷³

İlgili fıkarda yer alan örneklerden ilki asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmek suretiyle haklarının kısıtlanmasıdır. Öncelikle bu sınırlama asıl işverenin işçisinin hiçbir şekilde alt işveren tarafından işe alınamayacağı anlamına gelmemektedir. Alt işveren, asıl işverenin işçisini işe alabilecek ancak aynı veya daha iyi koşullarında iş ilişkisi kurabilecektir.⁷⁴ Keza Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre daha önce alt işverenin işyerinde çalıştırılan işçinin bilahare tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olması, alt işveren ilişkisi kurmasına engel teşkil etmemektedir. Alt işveren asıl işverenin gemisinde çalışan deniz işçisini işe alabilecek ancak ücret veya çalışma koşulları bakımından daha düşük bir seviye bu işçiye sunamayacaktır. Bununla birlikte getirilen bu sınırlama asıl işverenin işyerinde daha önce çalışmış, daha sonra alt işverenin işçisi olarak o gemide çalışan işçi için geçerli değildir.⁷⁵

⁷¹ Süzek, s. 177. “... Muvazaa Borçlar Kanununda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesi arzu etmedikleri görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Üçüncü kişileri aldatmak kastı vardır ve sözleşmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaanın ispatı genel ispat kurallarına tabidir, işverenler arasında muvazaalı biçimde asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasının önüne geçilmek istenmiş ve 4857 Sayılı İş Kanununun 2/7 maddesinde bu konuda bazı muvazaa kriterlerine yer verilmiştir.” Yarg. 9.HD., 2014/26696 E., 2014/28669 K., 30.09.2014 T. (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁷² Güven/Aydın, s. 45. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 72.

⁷³ Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 131.

⁷⁴ Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 128. Aydın, s. 239. Doğmuş haklar ile birlikte ileri de doğması muhtemel haklarda da olası bir azalma meydana gelmemelidir. Çankaya/Çil, s. 23.

⁷⁵ Aydın, s. 229.



Yedinci fıkrada ele alınan bir diğer sınırlama ise daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamamasıdır. Bu düzenleme ile amaçlanan asıl işverenin güvendiği işçisini alt işveren olarak tercih etmesi nedeniyle yaşanabilecek hak kayıplarının önüne geçmek için getirilmiştir.⁷⁶ Ancak doktrinde mevcut bu düzenlemenin geniş yorumlanmaması gerektiği, düzenlemenin lafzının aynen uygulanmasının sözleşme özgürlüğüne aykırı olabileceği ifade edilmektedir.⁷⁷

İlgili fıkra ile getirilen bir diğer sınırlama işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl işin bölünerek alt işverene verilememesidir. Kanundaki düzenlemenin yanında Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 12. maddesinin ikinci fıkrasında da alt işverenlik ilişkisine getirilen sınırlamalara örnekler verilmiştir. Kanunda yer alan örnekler haricinde, kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlamak, alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik olması muvazaalı alt işverenlik ilişkisine örnek olarak gösterilmiştir. Yargıtay da alt işverenlik ilişkisini belirlerken çeşitli kıstasların bulunup bulunmadığını araştırmakta ve bu doğrultuda kararlar vermektedir.⁷⁸

Son olarak İK'nın 2. maddesinin yedinci fıkrasında alt işverenlik ilişkisinin sınırları belirlendikten sonra, bunlara aykırılığın yaptırımını da ilgili fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre yasal sınırlamalara aykırılığın yaptırımını alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılmasıdır. Başka bir deyişle alt işverenlik ilişkisi geçersiz olacak ve alt işveren işçisi baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır.⁷⁹

⁷⁶ Çelik/Canikoğlu/Canbolat, s. 129. Soyer, s. 22.

⁷⁷ Arslanoğlu, s. 115 ve 116. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 74.

⁷⁸ "... Asıl-alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde, biri asıl diğer hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığı; alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıkları; alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığı; alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığı; alt işverenin daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığı; alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığı; istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığı; alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığı; yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığı; yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kolektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir." Yarg. 9.HD., 2010/11733 E., 2010/11997 K., 03.05.2010 T.

⁷⁹ Süzek, s. 184. Güven/Aydın, s. 48.

SONUÇ

Alt işverenlik ilişkisi son yıllarda artış gösteren atipik bir sözleşme örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. İşverenler asıl işin bir bölümünü ya da yardımcı işleri belirli şartlarla uzman işverenlere vermektedir. Uzman işverenler de kendi işçisini bu işlerde çalıştırmaktadır. Bu kurum iş hukukunda görüldüğü gibi deniz iş hukukunda da görülmektedir.

Alt işverenlik ilişkisi İK'nın 2. maddesinde ve bu madde kapsamında çıkarılan Yönetmelikte düzenlenmiştir. Bununla birlikte işin sosyal güvenlik boyutu da SSGSSK'nın 12. maddesinde ele alınmıştır. DİK'te ise alt işverenlik ilişkisi bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisinin hangi düzenlemelere göre kurulabileceğinin belirlenmesi gereklidir. Kanımızca DİK'in 48. maddesi gereği deniz işçisinin lehine düzenleme olan İK'nın 2. maddesi uygulanmalıdır. İlgili madde SSGSSK'nın 12. maddesi ile karşılaştırıldığında kısıtlayıcı hükümler içermekte, başka bir deyişle alt işverenlik ilişkisinin kurulması istisnai kabul edilmekte ve asıl işveren de işçinin alacakları bakımından sorumlu tutulmaktadır.

Deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için kimi şartların bir arada bulunması gereklidir. Bu kapsamda öncelikle iki işveren olmalıdır. Bu çerçevede asıl işveren DİK'e tabi bir gemide deniz işçisi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşken; alt işveren DİK'e tabi bir işverenin işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olacaktır.

Deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisi bakımından aranan diğer bir şart asıl işverenin işçi çalıştırmasıdır. Deniz işçisi kavramı ise DİK kapsamında belirlenmektedir. Bu ilişkinin kurulabilmesi için gereken diğer bir şart gemide yürütülen mal veya hizmetin alt işverene devredilmesidir. Dolayısıyla işyerinde yapılan işle ilgisi olmayan başka bir işin işverene verilmesi durumunda, iki işveren arasında kurulan bu ilişki alt işverenlik ilişkisi olmayacaktır. Bununla birlikte işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler alt işverene verilebilecektir.

Deniz iş hukukunda alt işverenlik ilişkisi için aranan diğer bir şart ise işçilerin sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırılmasıdır. Dolayısıyla alt işveren işçilerini asıl işverenin gemisinde çalıştırmalı ve alt işveren işçileri bu gemide alınan işte çalışmalıdır. Aksi halde alt işverenlik ilişkisinden söz edilemeyecektir.

Son olarak İK'nın 2. maddesinde asıl işveren ile alt işverenin sorumluluğu da düzenlenmiştir. Bu sorumluluk müteselsil sorumluluk olup işçi dilerse asıl işverene dilerse alt işverene gemide çalıştığı dönemle sınırlı olmak üzere Kanundan, sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları talep edebilecektir. Bu noktada Kanundan doğan alacaklar, DİK'ten doğan alacaklar olarak kabul edilmelidir. Ancak DİK'in 48. maddesi gereği diğer kanunlar açıkça deniz işçisinin lehine bir düzenleme getirmişse, bu Kanunların da dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır.

İK'nın 2. maddesinin yedinci fıkrasında ise muvazaalı alt işverenlik uygulamalarını engelleyici sınırlamalar ele alınmıştır. Bu çerçevede asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanarak, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurularak ve işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilerek alt işverenlik ilişkisi kurulamayacaktır. Ancak Kanun ilgili maddede en çok karşılaşılan muvazaa türlerini örnek olarak göstermiştir. Dolayısıyla hâkim başka durumlarda da muvazaanın bulunup bulunmayacağını araştıracaktır. Eğer hâkim muvazaa olduğunu tespit ederse alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görecektir.

Sonuç olarak DİK'te alt işverenliğe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen, İK'nın 2. maddesi deniz iş hukukunda alt işverenliğe ilişkin uygulanacak hükümleri barındırmaktadır. Kanun koyucunun DİK'e yahut İK'nın 2. maddesine deniz iş hukukunda da alt işverenliğe ilişkin hükümler tahsis etmesi beklense de mevcut düzenlemeler içinde en uygun çözümün bu olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent, *Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Mütelsel Sorumluluğunun Niteliği*, AUHFD, 60 (4), 2011,
- Aktay, Nizamettin/ Kadir Arıcı/ Emine Tuncay Senyen/Kaplan, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitapevi, Mart 2013.
- Aktay, Nizamettin, *Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar*, Kamu-İş, C. 3, S. 3, 1994.
- Akten, Necmettin, *Dolaylı Gemiadamı: Vapur Çaycıları ve Büfecileri*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 1, 2011.
- Akyiğit, Ercan, *Deniz İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 1-2, 2012. (Ücretli İzin).
- Akyiğit, Ercan, *İş Hukuku*, 10. Bası, Ankara, Seçkin, 2014. (İş Hukuku).
- Arıcı, Kadir, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, Gazi Kitapevi, 2015.
- Arslanoğlu, Mehmet Anıl, *İş Hukukunda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler*. Legal, 2005.
- Aydın, Ufuk, *6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkileri*, Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 5, S. 1, 2015.
- Aydın, İbrahim, *4857 Sayılı İş Kanunu'nda Düzenlenen Alt İşveren Hükümlerinin Deniz Taşıma İşlerinde Uygulanıp Uygulanmayacağına Dair Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, Sa. 4. (Değerlendirme).
- Aydın, İbrahim, *Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*. Seçkin, 2008.
- Aydın, İbrahim, *Türk İş Hukukunda Alt İşverenlik (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2015. (Alt İşverenlik).
- Aykaç, Hande Bahar, *Alt İşveren İlişkisinde Asıl İş-Yardımcı İş Ayrımı*, Çalışma ve Toplum, S. 46, 2015/3. (İş Ayrımı).
- Aykaç, Hande Bahar, *İş Hukukunda Alt İşveren*, Beta, 2011.
- Bakırcı, Kadriye, *Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuku ile Karşılaştırılmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye*. 2. Baskı, Ankara, Seçkin, Eylül 2012.
- Başbuğ, Aydın, *İş Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Beta, Ekim 2018.
- Başbuğ, Aydın, *İş Mevzuatının Alt İşveren Uygulamasının Ortaya Çıkardığı Sorunlara Çözüm Üretmekteki Yetersizliği*, İş ve Hayat, S. 3, 2016. (Sorunlar).
- Başbuğ, Aydın / Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Beta, Ekim 2018.
- Bedük, Mehmet Nusret, *Deniz İş Sözleşmesi*, Bursa, Ekin, 2012.
- Centel, Tankut, *Alt İşveren Düzenlemelerine Eleştirel Bir Yaklaşım*, Sicil, S. 12, Aralık 2008.

- Çankaya, Osman Güven / Şahin Çil, *4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi*, Sicil, S. 3, 2006. (Alt İşveren İlişkisi).
- Çankaya, Osman Güven/ Şahin Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*, Ankara, Yetkin, 2006.
- Çelik, Nuri, *Alt İşveren Tarafından Alt İşverene İş Verilmesinin Koşulları*, Sicil, Mart 2009.
- Çelik, Nuri/ Nurşen Canikoğlu/ Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 31. Bası, İstanbul, Beta, Eylül 2018.
- Demir, Fevzi, *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir, Albi, 2017.
- Demircioğlu, Murat / Tankut Centel, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 2016.
- Gökçe, Erdal, *Deniz İş Kanununun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 2, 2008.
- Güven, Ercan/ Ufuk Aydın, *Bireysel İş Hukuku*, 5. Bası, Nisan, 2017.
- Güzel, Ali, *İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren ve Alt İşveren İlişkisinin Sınırları*, Çalışma ve Toplum, 2004/1.
- Güzel, Ali/ Ali Rıza Okur/ Nurşen Canikoğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 17. Bası, İstanbul, Beta, Kasım 2018.
- Erdoğan, Nilay, *Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk*, İstanbul, Onikilevha, Şubat 2019.
- Erkanlı, Betül, *Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı*, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2016.
- Kaner, İnci Deniz, *Deniz Ticareti Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2013.
- Kar, Bektaş, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu'na Etkisi*, İÜHFMC. LXXII, S. 2, 2014.
- Kar, Bektaş, *Deniz İş Hukuku (Ders Kitabı)*, Ankara, Yetkin, 2014. (Deniz İş Hukuku).
- Kar, Bektaş, *Deniz İş Sözleşmesi*, Sicil, S. 23, Eylül 2011. (Sözleşme).
- Karabacak, Emre, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar*. Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları - 22, 2018.
- Kender, Reyegân/ Ergon Çetingil/ Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt-1*, 14. Baskı, İstanbul, 12 Levha, 2016.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, *Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, İstanbul, Lykeion, 2017.
- Soyer, Polat, *4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları*. Sicil, Y. 1, S. 1, Mart 2006.
- Sözer, Ali Nazım, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, Beta, 2017.

- Sözer, Bülent, *Deniz Ticareti Hukuku-I*, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Sümer, Halûk Hâdi Sümer, *Bireysel Basın İş Hukuku*, Konya, Mimoza, 2013.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, İstanbul, Beta, 2017.
- Şen, Murat/ Aslı Naneci, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Alt İşverenlik Sözleşmesi*, Sicil, S. 15, 2014.
- Tuncay, Can/ Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 19'uncu Bası, İstanbul, Beta, 2017.
- Tunçomağ, Kenan/ Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.
- Yıldız, Gaye Burcu, *Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi*, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Onikilevha, Kasım 2017.
- Yılmaz, Ejder, *Genel Kanun-Özel Kanun" İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)*, Sicil, Y. 6, S. 22, Haziran 2011.

Kurumsal Yönetim Kavramının Genel Çerçevesi ve Türk Hukukundaki Yansımaları^(*)

General Framework of the Concept of Corporate Governance and Its Reflections on Turkish Law

Arş. Gör. **Mehmet Arif TUĞ^(**)**

Öz

Doksanlı yıllarda yaşanan ve dünya çapında etkiler doğuran şirket içi skandallar, halka açık anonim şirketlerin yönetiminde yeni anlayışların gelişmesine sebep olmuştur. Zira söz konusu türde şirketlerde meydana gelen olaylardan yalnızca ilgili şirket ve pay sahipleri değil; şirket çalışanları, alacaklılar, toplum ve devlet gibi diğer menfaat grupları da zarar görmektedir. Bu sebeple tüm dünyada şirket üst yönetimine ilişkin kurumsal yönetim başlığı altında birtakım ilkelerin tartışma ve düzenleme konusu olduğu görülmektedir. Konuya ilişkin olarak Türk hukukunda da Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda hukuki çerçeve çizilmiştir. Ayrıca kurumsal yönetim ilkeleri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu çalışmada kurumsal yönetim kavramı, kurumsal yönetimin kökenleri ve Türk hukukunda yer alan konuya ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kurumsal Yönetim, Halka Açık Anonim Şirketler, Sermaye Piyasaları, Menfaat Grupları, Şeffaflık.

Abstract

In-company scandals, which happened during the nineties and had world-wide impacts, has caused development of new concepts in public companies' management. Because not only related company and its shareholders but also other stakeholder, such as company employees, creditors, society and state, are damaged due to incidents that happen in this kind of companies. Therefore, it has been seen that some principles about company senior management, entitled corporate governance, are subject to discussion and regulation all around the world. In Turkish law relating to this matter the legal frame has also been drawn in Turkish Commercial Law and Capital Market Law. Besides, the corporate governance principles have been regulated comprehensively by the Capital Markets Board of Turkey. In this study the concept of corporate governance, the origins of corporate governance and the regulations on the subject in Turkish law will be discussed.

Keywords

Corporate Governance, Public Companies, Capital Markets, Stakeholders, Transparency.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 07.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 07.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 16.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 07.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 08.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-Posta: mehmetariftug@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-2047-6033>.



1. GİRİŞ

Günümüzün gelişen ticari ve finansal ilişkileri sonucunda, ticaret ve finans alanlarının temel aktörü konumundaki anonim şirketlerin önemi giderek artmaktadır. Anonim şirketler yapmakta oldukları üretim, arz, ihracat vb. faaliyetler kapsamında ülke ekonomisi, yarattıkları istihdama bağlı olarak toplum ve yatırım araçları piyasasındaki etkinlikleri ile yatırımcılar açısından büyük önem arz etmektedir.

Sahip oldukları bu öneme binaen, anonim şirketlerin iyi yönetilmeleri gerekmektedir. Çünkü bu şirketlerin kötü yönetilmesi sonucu uğrayacakları zararlar sadece kendilerini ve ortaklarını değil, ülke ekonomisini, toplumu, sermaye piyasasını ve diğer anonim şirketleri olumsuz şekilde etkilemektedir. Hatta son yıllarda ekonomik faaliyetlerin küreselleşmesi sonucu birtakım şirketlerin iflasları, zarar açıklamaları gibi durumlar uluslararası piyasaları ve başka ülke ekonomilerini etkilemekte, dünya çapında sosyal olaylara sebebiyet verebilmektedir.

Anonim şirketlerin kötü yönetimi sonucu ortaya çıkabilecek durumlara örnek olarak, en bilineni olması sebebiyle *Enron* verilebilir. 2000 yılında *Fortune* dergisine göre ABD'nin en büyük on şirketinden biri olan *Enron*,¹ zararlarının aslen şirketin uzantısından ibaret olan başka oluşumlara² aktarılarak şirkete kârda olduğu görüntüsü verilmesi³ ve bu skandalın ortaya çıkması sonucu, ABD tarihinin en büyük altıncı iflasını⁴ gerçekleştirerek tarihe geçmiştir.⁵

Söz konusu şekilde şirketlerin kötü yönetimi ve bunun ortaya çıkardığı geniş çaplı etkiler sebebiyle, doksanlı yıllarda “Kurumsal Yönetim” (*Corporate Governance*) kavramı ortaya çıkmış ve birçok ülkede düzenlemelere konu olmuştur. Kurumsal yönetim, asıl olarak şirketlerin kötü yönetilmesini engellemeyi amaçlayan ve sadece hukuk değil, ekonomi, işletme, finans gibi birçok alanda tartışılan ve güncelliğini koruyan göreceli yeni ve geniş bir kavramdır. Ülkemizde de dünyadaki gelişmelere paralel olarak kurumsal yönetim, özellikle halka açık anonim şirketler alanında olmak üzere, çeşitli düzenlemelere konu olmuştur.

¹ Christine Mallin, *Corporate Governance*, New York, Oxford University Press, 2004, s. 2.

² Burada bahsedilen oluşumlar, “*special purpose entity*” olarak adlandırılan ve ana şirketin menfaatine dönük belirli bir amaç için kurulan şirket, fon vb. kuruluşlardır. Bknz. <https://www.investopedia.com/terms/s/spv.asp>, 30.07.2019.

³ Eric Banks, *Corporate Governance - Financial Responsibility, Controls and Ethics*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2004, s. 171 - 172.

⁴ <https://www.businessinsider.com/largest-bankruptcies-in-american-history-2011-11>, 30.07.2019.

⁵ H. Erdal Demir, *Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 13 - 16.

Bu çalışmada öncelikle kurumsal yönetimin tanımı üzerinde durulacak, ardından söz konusu kavramın teorik alt yapısı incelenecektir. Daha sonra kurumsal yönetimin ortaya çıkış sebepleri ve tarihsel gelişimi ortaya konulacak ve kavramın dayandığı temel esaslar üzerinden durulacaktır. Son olarak ülkemizde kurumsal yönetime ilişkin yapılan düzenlemeler incelenecektir.

2. KURUMSAL YÖNETİM KAVRAMI

Kurumsal yönetim, birçok sosyal bilim dalını ilgilendirdiği ve dünya genelinde sürekli olarak tartışılan bir husus olduğu için, söz konusu kavramın genel kabul gören bir tanımını ortaya koymak zordur. Tanımlayan kuruluşun veya kişilerin odak noktasına göre yapılan tanımlar farklılık arz etmektedir.⁶

Bir şirketin temel olarak yönetim çerçevesini şirket üst yönetimi (icra kurulu/genel müdür), yönetim kurulu ve pay sahipleri (*shareholders*) oluşturmaktadır. Bunun dışında diğer menfaat grupları⁷ (*stakeholders*) ve şirketin faaliyette bulunduğu çevre de bu yönetim ilişkilerine dahil edilebilir.⁸ Diğer menfaat grupları kavramının içine çalışanlar, kredi sağlayanlar, tedarikçiler, müşteriler ve devlet gibi birçok farklı kesim girmektedir.⁹

İcra kurulu (veya genel müdür) ile yönetim kurulu arasındaki ilişkiler bir şirketin üst düzey yönetimini ortaya koyar. Yönetimin esas olarak pay sahipleri ve şirketin menfaatlerinin esas alındığı bir anlayışa dayanması gerekir. Ayrıca diğer menfaat gruplarının çıkarları da göz önünde bulundurulmalıdır. İşte şirket üst düzey yönetimini oluşturan icra kurulu (veya genel müdür) ve yönetim kurulunun gerek kendileri için herhangi bir menfaat temin amacı olmaksızın şirketi kötü yönetmesi, gerekse de kendi menfaatlerini diğerlerinin önüne koymaları gibi durumlarda pay sahipleri ve şirket zarara uğramaktadır. Bunlar dışında şirkette meydana gelen sorunlar sebebiyle çalışanlar işsiz kalmakta, kredi sağlayanlar ve tedarikçilere yapılması gereken ödemeler yerine getirilememekte, müşteriler istedikleri hizmet ve ürünlere erişememekte, devletin vergi gelirlerinde kayıplar yaşanmakta ve ülke ekonomisi zarar görmektedir.¹⁰ Ayrıca ser-

⁶ Ali Alp/Saim Kılıç, *Kurumsal Yönetim - Nasıl Yönetilmeli*, İstanbul, Doğan Kitap, 2014, s. 23.

⁷ Bu grup İngilizce "*stakeholder*" olarak adlandırıldığından, dilimizdeki birçok eserde "paydaş" kelimesi ile ifade edilmektedir (örneğin; Alp/Kılıç, a.g.e.). Ancak "paydaş" kelimesinin, "pay sahibi" ifadesi ile aynı anlamda hukuk dilinde yaygın olarak kullanılması sebebiyle çalışmada "*stakeholder*" kelimesinin karşılığı olarak "diğer menfaat grupları" ifadesi kullanılacaktır. Bknz. benzer şekilde "menfaat sahipleri" teriminin kullanımı için, Demir, a.g.e., s. 6.

⁸ Demir, a.g.e., s. 6; Hasan Pulaşlı, *Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model: Corporate Governance*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2003, s. 2 - 3.

⁹ Banks, a.g.e., s. 86; Demir, a.g.e., s. 6; Mallin, a.g.e., s. 44 - 47; Ali Paslı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)*, İstanbul, Beta Basım, 2004, s. 143 - 144.

¹⁰ Mallin, a.g.e., s. 45 - 47.

maye piyasalarına olan güvenin azalması da başka bir olumsuz durum olarak zikredilebilir. Tüm bu sonuçların ortaya çıkması temelde şirket üst yönetiminin yapısı ve işleyişinden kaynaklanmaktadır. Üst yönetimin belirli ilkeler çerçevesinde düzenlenerek şirket, pay sahipleri ve diğer menfaat gruplarının korunması, kurumsal yönetim anlayışının hareket noktasını oluşturur. Bu sebeple kurumsal yönetim hususu esas olarak şirket üst yönetimi ile ilgilidir.¹¹

Şirket içinde gücün tek bir elde toplanması ve bu gücün denetlenmemesi durumu, son yıllarda ortaya çıkan birçok şirket iflasının nedeni olarak kabul edilmektedir.¹² Bu sebeple kurumsal yönetim kavramının temelinde yatan düşünce, şirket içerisindeki üst yönetim, yönetim kurulu ve pay sahipleri olarak sayılabileceğimiz güç odakları arasında bir güç dengesi oluşturmaktır.¹³ Güç dengesi oluşturulabilmesi için ise söz konusu üç unsur ve diğer menfaat grupları arasındaki ilişkilerin düzenlenerek bunların yetkilerinin belirlenmesi, kurallara bağlanması ve denetime tabi tutulması gerekmektedir.¹⁴ Böylece öncelikle pay sahiplerinin ve sonra da diğer menfaat gruplarının çıkarlarının gözetilmesi mümkün olur.¹⁵

Kurumsal yönetim anlayışının sağlanması amacını taşıyan düzenlemelerin yapılmasında şeffaflık, adil yönetim, sorumluluk ve hesap verilebilirlik ilkelerine göre hareket edilmelidir.¹⁶ Bu dört ilke kurumsal yönetim kavramının temelini oluşturur.

Bu bilgiler ışığında kurumsal yönetim “... şirket faaliyetleri yürütülürken; yönetim kurulu, üst yönetim, hissedarlar ve diğer paydaşlarla [diğer menfaat grupları] olan ilişkilerin, bunların rol ve sorumluluklarının şeffaflık, adillik, hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkeleri esas alınarak en uygun şekilde tasarlandığı, yönetim ve denetim fonksiyonlarının birbirinden ayrıldığı, hissedarların çıkarları korunurken diğer paydaşların [diğer menfaat grupları] hak ve menfaatlerine de saygı gösterildiği, iyi şirket yönetimi biçimi...”¹⁷ şeklinde tanımlanabilir.

¹¹ Demir, a.g.e., s. 24; Ahmet Cemil Ünal, *Kurumsal Yönetimin Teorisi, İlkeleri ve Uygulamaya Yansımaları*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 1, S. 1, s. 408.

¹² Pulaşlı, a.g.e., s. 4.

¹³ Pulaşlı, a.g.e., s. 4 - 5.

¹⁴ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 36; İlhan Ege/Önder Ege, *Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 65; Tekin Memiş/Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 41.

¹⁵ Burak Sertoğlu, *Türk Ticaret Kanunu'ndaki İmtiyaz Sistemi ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi*, İstanbul Barosu Dergisi, 2014, C. 88 S. 1, s. 300.

¹⁶ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 72; Abdülkerim Daştan, *Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Kurumsal Muhasebe Etkileşimi*, Bankacılar Dergisi, 2010, S. 72, s. 5; Demir, a.g.e., s. 33; Ege/Ege, a.g.e., s. 66; Memiş/Turan, a.g.e., s. 40.

¹⁷ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 37.

3. KURUMSAL YÖNETİME İLİŞKİN TEORİLER

A. Vekalet (Agency) Teorisi

Vekalet teorisine göre, şirketin asli sahibi olan pay sahipleri ile söz konusu şirketin işlerini yürüten ve yine pay sahipleri tarafından seçilen yönetim kurulu arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir.¹⁸ Yani pay sahipleri müvekkil, yönetim kurulu ise onların vekilidir. Aynı şey yönetim kurulu tarafından seçilen yöneticiler için de geçerlidir. Bu bakış açısının aynı zamanda pay sahipliği ile şirket yönetiminin neden birbirinden farklı olduğunu da ortaya koyduğu kabul edilmektedir.¹⁹

Bu vekalet ilişkisi, beraberinde birtakım sorunlar getirir. Her şeyden önce vekil kendi çıkarlarını müvekkilin menfaatlerinin önüne koyarak,²⁰ şirket kaynaklarını kendine aktarabilir.²¹ Yine aynı şekilde vekil, kendisine ait işlerde gösterdiği özeni, pay sahibi olmadığı için şirket yönetiminde göstermiyor olabilir.²² Müvekkile göre şirketin işleri ile ilgili olarak daha fazla bilgiye sahip olan vekil lehine gün geçtikçe artan bir bilgi asimetrisi ortaya çıkabilir.²³ Müvekkilin ve vekilin risk algıları farklılık gösterebilir.²⁴ Taraflar arasında ortaya çıkan vekalet ilişkisinden kaynaklanan bu tarz sorun örnekleri çoğaltılabilir.

Vekalet teorisine göre söz konusu sorunların önlenmesi ve giderilmesi için kurumsal yönetim mekanizmalarından faydalanılması gerekir.²⁵ Burada kurumsal yönetim kuralları ile varılmak istenen amaç; yöneticiler, yönetim kurulu ve pay sahipleri arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi ve böylece şirketin çalışmalarının düzgün bir şekilde yürütülmesidir.²⁶ Pay sahiplerinin beklentileri ile yöneticilerin davranışları arasında uyum sağlamaya yönelik düzenlemelerin yapılması gereklidir.²⁷ Bu amaca dönük olarak öngörülen çözüm önerilerinden bazıları

¹⁸ Ünal, a.g.m., s. 410.

¹⁹ Demir, a.g.e., s. 36 - 37; Ünal, a.g.m., s. 410; Bknz. genel kabul gören bu görüşün sadece ABD ve İngiltere için geçerli olduğu, dünya genelinde en yaygın şirket yapılanmasının aile şirketleri ve yönetimi kontrol eden pay sahiplerinin bulunduğu şirketler olduğu görüşü için, Mallin, a.g.e., s. 11 - 12.

²⁰ Demir, a.g.e., s. 38.

²¹ Ömer Faruk Yıldız, *Kurumsal Yönetim İlkelerinin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde İncelenmesi ve BIST 30 Şirketlerinin Uyumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 11.

²² Alp/Kılıç, a.g.e., s. 40.

²³ Demir, a.g.e., s. 38; Ege/Ege, a.g.e., s. 18 - 20; Memiş/Turan, a.g.e., s. 34 - 35; Ünal, a.g.m., s. 411.

²⁴ Mallin, a.g.e., s. 11.

²⁵ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 40 - 41; Ünal, a.g.m., s. 412.

²⁶ Ünal, a.g.m., s. 414.

²⁷ Sibel Çelik, *Kurumsal Yönetim Uygulamaları ve Hisse Senedi Likiditesi: Borsa İstanbul Örneği*, Bankacılar Dergisi, 2014, S. 90, s. 70.

ise şu şekilde sıralanabilir; yönetim kurulunun tabi olduğu denetimin arttırılması, yöneticilerin yıl sonunda elde edilen kâra göre primle ödüllendirilmesi, pay sahiplerinin haklarının güçlendirilmesi, yönetici iş gücü piyasasının etkin hale getirilmesi ve benzeri.²⁸

B. Menfaat Sahipleri (Stakeholder) Teorisi

Vekalet teorisinin pay sahiplerini (*shareholders*) esas alan yaklaşımına karşıt olarak, menfaat sahipleri teorisi daha geniş bir menfaat grubunu (*stakeholders*) temel alır.²⁹ Teorinin dikkate aldığı diğer menfaat grupları arasında şirket çalışanları, müşteriler, kredi sağlayanlar, alacaklılar, tedarikçiler, devlet gibi kişiler sayılabilir.³⁰ Şirketin, amaçlarını belirlerken, diğer menfaat gruplarını da göz önünde bulundurması gerekir; zira bahsi geçen menfaat gruplarının temel özelliği, şirketin başarılı veya başarısız olmasından, pay sahiplerinden sonra etkilenebilecek gruplar olmalarıdır.³¹ Söz konusu teoriye göre; yönetimden kaynaklanan birçok sorunun sebebi, şirketin amaçları ortaya konulurken diğer menfaat gruplarının dikkate alınmamasıdır. Çözüm ise yönetimin, söz konusu grupların menfaatlerinin de dikkate alınacağı şekilde düzenlenmesidir.³²

Teori savunucuları bu tarz yönetime örnek olarak Almanya'daki şirketlerin yönetim yapılanmalarını göstermektedir.³³ Bilindiği üzere Almanya'da şirketlerde yönetim ikili bir yapıya sahiptir: Yönetim kurulu (*Vorstand*) ve denetleme kurulu (*Aufsichtsrat*). Kanun gereği (*Mitbestimmungsgesetz* [Yönetime Katılma Kanunu] §7/2) şirket çalışanları, sendika temsilcileri aracılığıyla denetleme kurulunda temsil edilme hakkına sahiptir.³⁴ Burada diğer menfaat gruplarından biri olan çalışanların yönetimde temsili söz konusudur.

C. Hizmetkarlık (Stewardship) Teorisi

Hizmetkarlık (temsil/yönetim - *stewardship*) teorisi, vekalet teorisinde kabul edilen yöneticilerin davranışları ve pay sahiplerinin beklentileri arasında bir uyumsuzluk olduğu fikrine karşı çıkar.³⁵ İlgili teoriye göre, şirket sahiplerinin amaçları ile yöneticilerin davranışları uyum içerisindedir; her ikisinin de amaç-

²⁸ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 41.

²⁹ Demir, a.g.e., s. 35 - 36; Mallin, a.g.e., s. 14.

³⁰ Ünal, a.g.m., s. 415.

³¹ Demir, a.g.e., s. 35 - 36; Yıldız, a.g.e., s. 14.

³² Demir, a.g.e., s. 35 - 36; Yıldız, a.g.e., s. 42.

³³ Mallin, a.g.e., s. 14.

³⁴ Banks, a.g.e., s. 90.

³⁵ Demir, a.g.e., s. 36.

ları aynıdır.³⁶ Yöneticilerin en iyi performansını ortaya koyacakları ve pay sahiplerini en iyi şekilde temsil edecekleri ön kabulü söz konusudur,³⁷ zira her başarı ile yöneticiler tatmin ve motive olurlar.³⁸ Bu ön kabulle hareket edildiğinde kurumsal yönetim kapsamında yapılacak düzenlemelerin hareket noktası, yöneticilerin motivasyonunun artırılması ve onların organizasyonda daha önemli hale getirilmeleridir.³⁹

4. KURUMSAL YÖNETİMİN TARİHİ GELİŞİMİ

A. Karşılaşılan Sorunlar

Kurumsal yönetim, 90'lı yıllarda İngiltere'de, daha sonra 2000'li yılların başında ABD'de yaygın şekilde patlak veren şirket skandalları sonucu önem kazanan bir kavramdır.⁴⁰ Arka arkaya gelen kimi zaman muhasebe hileleri, kimi zaman yöneticilerin kendilerine menfaat sağlamaları şeklinde ortaya çıkan skandallar sonucu birçok şirket batmış, çalışanlar işlerinden ve emeklilik birikimlerinden olmuş,⁴¹ yatırım piyasalarına olan güven derinden sarsılmıştır. Bu tarz skandallar sadece ABD ve İngiltere'de değil, başka birçok ülkede ortaya çıkmış; kişiler, toplum ve ekonomi üzerinde derin izler bırakmıştır. İngiltere'de *BCCI* ve *Polly Peck*, ABD'de *Enron* ve *WorldCom*, İsviçre'de *Swissair*, Almanya'da *Philipp Holzmann* şirketleri söz konusu duruma örnek olarak verilebilir.⁴²

Ortaya çıkan bu gibi durumların görünürdeki sebepleri farklı olsa da (muhasebe hileleri, gereğinden fazla risk alınması, kişilerin mal varlığına para geçirmesi vb.) temelde yatan sebep olarak şirketlerin yönetim süreçleri gösterilmiş ve kurumsal yönetim kavramı çözüm olarak ileri sürülmüştür.⁴³

B. Cadbury Raporu

Kurumsal yönetim kavramının uluslararası bir tartışma konusu haline gelme süreci, 1992 yılında Sir Adrian Cadbury başkanlığında, o sıralarda İngiltere'de yaşanan iflaslar ve buna bağlı olarak yatırımcılarda ortaya çıkan güvensizlik durumunun incelenmesi için kurulan komitenin yayımladığı, "Cadbury Ra-

³⁶ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 43.

³⁷ Demir, a.g.e., s. 36.

³⁸ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 43.

³⁹ Çelik, a.g.m., s. 70 - 71.

⁴⁰ Pulaşlı, a.g.e., s. 7.

⁴¹ www.businessinsider.com/10-years-later-what-happened-to-the-former-employees-of-enron-2011-12, 30.07.2019.

⁴² Alp/Kılıç, a.g.e., s. 49; Ege/Ege, a.g.e., s. 67; Pulaşlı, a.g.e., s. 8.

⁴³ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 49; Demir, a.g.e., s. 10.

poru”⁴⁴ ismi ile anılan belge ile başlamıştır.⁴⁵ Söz konusu çalışmada “En İyi Uygulama Kodu” (*Code of Best Practice*) ismi altında, yönetim kurulu, yöneticiler, raporlama ve kontrol hususlarında birtakım ilkeler kabul edilmiştir.⁴⁶

Raporun “En İyi Uygulama Kodu” başlığındaki yönetim kuruluna ilişkin bölüme göre; yönetim kurulunun düzenli olarak toplanması, şirket üzerinde tam ve etkili bir kontrole sahip olması ve yöneticileri denetlemesi gerekir. Şirketin başındaki kişilerin sorumluluklarının açık şekilde birbirinden ayrılması şarttır. Bu şekilde kimsenin tek başına karar alma gücünün olmadığı bir güç ve otorite dengesi sağlanır. Kurulda yeterli sayıda ve nitelikte icrada görevli (icracı) olmayan üye⁴⁷ (*non-executive directors*) bulunmalıdır. İcracı olmayan yönetim kurulu üyeleri strateji, performans, kaynaklar gibi önemli konularda bağımsız düşünebilmelidir. Bunların çoğunluğu yönetimden bağımsız ve herhangi bir iş faaliyetinde bulunmayan kişilerden oluşmalıdır. İcracı olmayan üyelerin seçimi için özel şartlar belirlenmeli ve süresi bitenlerin yeniden atanması otomatik olmamalıdır. Yöneticilerin sözleşmelerinin süresi üç yılı geçmemeli, bu kişilere ödenecek ücretlerle ilgili icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşan bir komitenin görüşü alınmalıdır. Raporla ayrıca yönetim kurulunun, denetçilerle objektif ve profesyonel bir ilişki içinde olması gerektiği, en az üç icracı olmayan üyeden oluşan ve kurulun otoritesi ile sorumluluklarının denetlendiği bir komite kurması gerektiği belirtilmiştir.

Rapor, kurumsal yönetim konusunun dünya çapında popülerlik kazanmasında büyük bir rol oynamış ve sadece İngiltere’de değil, birçok ülkede konuya ilişkin yapılan düzenlemelere esas teşkil etmiştir.⁴⁸

C. OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri

İlk defa 1999 yılında oluşturulan OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri (*OECD Principles of Corporate Governance*) 2004 ve 2015 yılında gözden geçirilerek güncellenmiştir.⁴⁹ OECD, her ülkeye tam anlamıyla uyacak bir ku-

⁴⁴ Söz konusu raporun orijinal ismi, “*The Financial Aspects of Corporate Governance*”tır. Bknz. tam metin için, www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf, 30.07.2019.

⁴⁵ Demir, a.g.e., s. 10; Memiş/Turan, a.g.e., s. 39 dn. 59; Pulaşlı, a.g.e., s. 17; Ünal, a.g.m., s. 424.

⁴⁶ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 79.

⁴⁷ İcrada görevli olmayan üye, şirketin olağan faaliyet ve işleyişine herhangi bir şekilde katılmayan üyedir. Bknz. Muzaffer Eroğlu, *Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem*, Legal Hukuk Dergisi, 2014, C. 12, S. 136, s. 53.

⁴⁸ Demir, a.g.e., s. 10; Mallin, a.g.e., s. 27.

⁴⁹ Ege/Ege, a.g.e., s. 66; Cafer Eminoğlu, *Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 12; OECD, *G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri*, <https://bit.ly/2Zy3ehQ> (05.08.2019), 2016, s. 3 - 4.

rumsal yönetim kuralları bütününe olmadığı kabul etmekle birlikte, söz konusu belge ile iyi bir kurumsal yönetim anlayışının temel özelliklerinin neler olduğunu ortaya koymaya çalışmaktadır.⁵⁰ İlkeler kabul edilirken esas olarak İngiltere’de konu ile ilgili yapılan düzenlemelerden (Cadbury Raporu vb.) esinlenilmiş ve anlayış olarak vekalet teorisi kabul edilmiştir.⁵¹

İlkeler altı başlık halinde düzenlenmiştir:

- Etkin kurumsal yönetim çerçevesi için temellerin sağlanması
- Pay sahiplerinin hakları, adil muamele görmeleri ve temel ortaklık işlevleri
- Kurumsal yatırımcılar, pay senedi piyasaları ve diğer araçlar
- Kurumsal yönetimde menfaat sahiplerinin rolü
- Kamuyu aydınlatma ve şeffaflık
- Yönetim kurulunun sorumlulukları

İlkelerin ilk bölümüne göre, hazırlanan kurumsal yönetim çerçevesi şeffaf ve adil piyasaların oluşumu ile kaynak dağılımında adaletin sağlanması amaçlarını gütmelidir. Oluşturulan çerçeve ile hukukun üstünlüğü hususu arasında uyum olmalı ve söz konusu çerçeve etkin denetim ve yaptırımlar ile desteklenmelidir.⁵² Pay sahiplerine ilişkin ikinci bölümde ise kurumsal yönetim düzenlemelerinin pay sahiplerini koruması ve haklarını kullanmalarını kolaylaştırması gerektiği belirtilmiştir. Haklarının ihlal edilmesi durumunda ise zararlarının telafisinin mümkün olması gerektiğinin altı çizilmiştir.⁵³ Üçüncü bölümde pay senedi piyasalarının, iyi bir kurumsal yönetime izin verecek şekilde düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁴ Diğer menfaat sahiplerinin haklarının korunması ve bunlar ile şirket arasında iş birliğinin teşvik edilmesi hususları dördüncü bölümde yer almıştır.⁵⁵ Beşinci bölüme göre şirketin, ortaklık yapısı, performansı ve finansal durumu hakkında kamuya doğru ve zamanında açıklama yapması sağlanmalıdır.⁵⁶ Son bölümde ise yönetim kurulunun şirket gözetimi ve sorumluluğunun sağlanmasına ilişkin ilkelere yer verilmektedir.⁵⁷

⁵⁰ Daştan, a.g.m., s. 7; Mallin, a.g.e., s. 28.

⁵¹ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 88.

⁵² OECD, a.g.e., s. 13.

⁵³ OECD, a.g.e., s. 18.

⁵⁴ OECD, a.g.e., s. 31.

⁵⁵ OECD, a.g.e., s. 37.

⁵⁶ OECD, a.g.e., s. 41.

⁵⁷ OECD, a.g.e., s. 50.

Söz konusu ilkeler tavsiye niteliğindedir.⁵⁸ Asıl olarak halka açık anonim ortaklıklar dikkate alınarak hazırlanmış olmalarına rağmen belirtilen ilkeler, diğer tür şirketlere de (bünyelerine uygun olduğu ölçüde) uygulanma kabiliyetini haizdir.⁵⁹ Bu itibarla şirketlerin kamuya ait veya özel olması önemli değildir. Önemli olan husus, ilkelerle ortaya konan kurumsal yönetim çerçevesinin ilgili şirketlere, yapılarına uygun olduğu ölçüde uygulanmasıdır.

OECD'nin kurumsal yönetime ilişkin ilkeleri birçok ülkede yapılan düzenlemelere esas teşkil etmiş (örneğin; Yunanistan'da 1999, Çin'de 2001 yılında yapılmış olan kurumsal yönetimi sağlamaya dönük çalışmalar sonucu ortaya çıkan düzenlemeler); Dünya Bankası (*World Bank*) gibi uluslararası kuruluşların konuya ilişkin yaptıkları faaliyetlerinde etkisini hissettirmiştir.⁶⁰ Kurumsal Yönetim İlkeleri, ülkemizde Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK) kurumsal yönetim ile ilgili yapmış olduğu düzenlemelerde dikkate aldığı hususlardandır.⁶¹

5. KURUMSAL YÖNETİMİN DAYANDIĞI TEMEL ESASLAR

A. Şeffaflık

Kurumsal yönetimin dayandığı temel esaslardan biri olan şeffaflık ilkesi, kamunun şirketin finansal durumu, performansı gibi önemli hususlarla ilgili olarak aydınlatılması noktasından hareket eder.⁶² SPK'nın mülga Seri: IV No: 54 Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'inin⁶³ "Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri" başlığını taşıyan ek bölümde yapılan tanıma göre, "[ş]effaflık; ticari sır niteliğindeki ve henüz kamuya açıklanmamış bilgiler hariç olmak üzere, şirket ile ilgili finansal ve finansal olmayan bilgilerin, zamanında, doğru, eksiksiz, anlaşılabilir, yorumlanabilir, düşük maliyetle kolay erişilebilir bir şekilde kamuya duyurulması yaklaşımıdır".

Şeffaflık ilkesi sayesinde, yatırımcıların atacakları adımlar hakkında daha sağlıklı karar vermeleri sağlanır.⁶⁴ Ayrıca mevcut pay sahiplerinin haklarını kullanabilmeleri de bu ilkenin hakkıyla uygulanması sayesinde mümkün olur. Zamanında açıklanan, doğru bilgilere göre hareket eden yatırımcının zarar

⁵⁸ Eroğlu, a.g.m., s. 35 - 36.

⁵⁹ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 90.

⁶⁰ Demir, a.g.e., s. 11 - 12; Mallin, a.g.e., s. 29.

⁶¹ Demir, a.g.e., s. 11 - 12; Ege/Ege, a.g.e., s. 67; Eroğlu, a.g.m., s. 38 - 39; Yıldız, a.g.e., s. 32.

⁶² Paslı, a.g.e., s. 53.

⁶³ RG 11.10.2011, S. 28081 (II. Mükerrer).

⁶⁴ Adıgüzel, a.g.e., s. 109; Memiş/Turan, a.g.e., s. 33; Ünal, a.g.m., s. 418.

görme riski azalır. Şirket yönetimine olan güven artar.⁶⁵ Şeffaflık sadece pay sahiplerine ve potansiyel pay sahiplerine (yatırımcı) dönük bir ilke değildir. Diğer menfaat sahipleri de söz konusu ilke gereği önemli hususlarda kendilerini ilgilendiren bilgilere erişebilmelidir.⁶⁶ Onlar da bu sayede pozisyonlarını sağlıklı bir şekilde değerlendirerek kendileri için en uygun hareket tarzını tespit edebilirler. Şeffaflık ilkesi ayrıca şirketlerin kendilerine yatırımcı çekebilmeleri açısından da önem arz eder. Şeffaf yönetim anlayışına sahip bir şirketin yatırımcılar gözünde daha çekici hale geleceğini söylemek yanlış olmaz.⁶⁷ Yine oluşturulan şeffaf yönetim sayesinde, yöneticiler daha iyi denetlenebilir.⁶⁸

Bu ilke gereğince açıklanması gereken bilgiler, şirket hakkında önem arz eden hususlardır. Bir bilgi için bilinmesi halinde pay sahipleri, yatırımcılar ve diğer menfaat gruplarının hareket tarzının değişeceği söylenebiliyorsa, o bilgi önem arz eder ve bu sebeple söz konusu bilgi ilgililerin erişimine açılmalıdır.⁶⁹ Açıklanması gereken hususların sınırını ticari sır kavramı belirler.⁷⁰ Ayrıca söz konusu ilke uyarınca açıklanan bilgilerin kapsamlı, gerçeğe uygun ve anlaşılabilir açıklıkta olması gerekir.⁷¹

SPK'nın halihazırda yürürlükte bulunan II - 17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği⁷² (KYT) ve söz konusu düzenlemenin eki niteliğindeki "Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri"nde (KYİ) şeffaflık ilkesinin hayata geçirilmesine hizmet edecek birçok hüküm yer almaktadır.⁷³ Her şeyden önce KYİ'nin ikinci ana başlığı "Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık" ismini taşımaktadır. KYT md. 9'da düzenlenen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin Kamu Aydınlatma Platformu'nda (KAP) duyuru yapma yükümlülüğü; KYİ md. 1.3.5'e göre pay sahiplerinin sorularının cevaplanmasının zorunlu olması ve KYİ md. 2.1'de yer alan kurumsal internet sitesi söz konusu düzenlemelere örnek gösterilebilir.

⁶⁵ Paslı, a.g.e., s. 53.

⁶⁶ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 59; Eminoğlu, a.g.e., s. 16; Yıldız, a.g.e., s. 18.

⁶⁷ Memiş/Turan, a.g.e., s. 33; Ünal, a.g.m., s. 418.

⁶⁸ Ünal, a.g.m., s. 419.

⁶⁹ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 59.

⁷⁰ Eminoğlu, a.g.e., s. 15.

⁷¹ Eminoğlu, a.g.e., s. 15; Paslı, a.g.e., s. 54.

⁷² RG 03.01.2014, S. 28871.

⁷³ Memiş/Turan, a.g.e., s. 35.

B. Adil Yönetim

Adil yönetim ilkesine göre, şirketler azınlık pay sahipleri dahil olmak üzere tüm pay sahiplerine eşit ve adil davranmalıdır.⁷⁴ Yine şirketler diğer menfaat grupları ile olan ilişkilerinde ve bunların kendi veya pay sahipleriyle aralarında ortaya çıkan çatışmalarda da dürüstlük kuralına uygun şekilde adil bir yaklaşım içinde bulunmalıdır.⁷⁵ Bu hususa yönelik olarak KYİ md. 3.1.5'e göre, menfaat grupları arasında ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarında, dengeli bir politika izlenmesi öngörülmüştür.

Adil yönetim ilkesi açısından söz konusu eşitlikten maksat, aynı konumda olanlar arasındaki eşitlik halidir.⁷⁶ Örneğin; imtiyazlı paya sahip olanlarla, olmayanların aynı muameleye tabi olması mümkün değildir. Ancak muhataplar, farklı gruplara dahil olsalar da onlara karşı şirket yönetimi tarafından dürüst ve adil bir şekilde davranılması her zaman esastır.

Bu ilke gereğince ayrıca içeriden bilgi alınması sebebiyle fırsat eşitliğine zarar verecek faaliyetlere izin verilmemesi, yönetici ve yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında çıkar çatışması çıkması durumunda bu hususun yönetim kuruluna önceden bildirilmesi gerekir.⁷⁷ Bu sebeple KYİ md. 1.3.6, söz konusu kişilerle şirket arasında ortaya çıkabilecek çıkar çatışmaları sebeplerinin genel kurulda ayrı bir gündem maddesi olarak gündeme alınmasını öngörürken; KYİ md. 1.3.7 ise içeriden bilgi alma imkânı olan kişilerin, genel kurula bilgi verilmesi amacıyla yönetim kurulunu bilgilendirmesi hususu düzenlenmiştir.

C. Sorumluluk

Sorumluluk ilkesi, "*şirket yönetiminin anonim şirket adına yaptığı tüm faaliyetlerinin mevzuata, esas sözleşmeye ve şirket içi düzenlemelere uygunluğu ve bunun denetlenmesi*" şeklinde tanımlanmaktadır.⁷⁸ Bu ilkeye göre; bir şirketin faaliyetleri hukuka, kendi düzenlemelerine ve bunların yanında toplumsal değerlere de uygun olmalıdır.⁷⁹ Özellikle toplumsal değerlere uygun olma, gün geçtikçe önemi artan bir husustur. Son yıllarda şirketlerden çevrenin korunması, gelir adaletsizliğinin giderilmesi, toplum sağlığı gibi konularla ilgilenmeleri, çeşitli sosyal sorumluluk projeleri yürütmeleri beklenir hale gelmiştir.⁸⁰ Bu hu-

⁷⁴ Çelik, a.g.m., s. 70; Memiş/Turan, a.g.e., s. 40 - 41.

⁷⁵ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 60; Paslı, a.g.e., s. 52.

⁷⁶ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 60.

⁷⁷ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 61; Paslı, a.g.e., s. 53.

⁷⁸ Mülga Seri: IV No: 54 Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ'in "Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri" başlıklı eki.

⁷⁹ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 62; Memiş/Turan, a.g.e., s. 40; Paslı, a.g.e., s. 57.

⁸⁰ Ünal, a.g.m., s. 422.

susta mevzuatta düzenlemeler mevcuttur. KYİ md. 3.5.2'ye göre; “[ş]irket, sosyal sorumluluklarına karşı duyarlı olur; çevreye, tüketiciye, kamu sağlığına ilişkin düzenlemeler ile etik kurallara uyar”.

D. Hesap Verebilirlik

Şirkette yönetim faaliyetinde bulunanlar, yönetime ilişkin almış oldukları kararlar ve bunların sonuçlarına ilişkin ilgililere hesap vermek zorundadır. Hesap verme yükümlülüğü ve hesap sorma yetkisi taraflara göre değişiklik gösterir. Örneğin; şirket yöneticileri yönetim kuruluna hesap vermek zorundadır. Buna karşın yönetim kurulu üyeleri de pay sahiplerine hesap verirler.⁸¹

Söz konusu ilke sayesinde şirket yönetimine dahil olanların beklenmedik veya yüksek risk taşıyan kararlar almalarının önüne geçilmiş olur.⁸² Ayrıca yine yöneticilerin kendi menfaatlerine yönelik girişimleri engellenir. Çünkü yönetici veya yönetim kurulu üyesi alacağı kararın ileride kendi sorumluluğunu doğurabileceğini öngörür. Bu şekilde pay sahipleri, şirket ve diğer menfaat sahipleri korunmuş olur.

Bu ilkenin sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için, şirkette bulunan kişilerin yetki ve sorumlulukları net ve açık şekilde belirlenmeli; verilen yetkiye oranla ilgililer sorumlu tutulmalıdır.⁸³ Yine aynı şekilde iç denetim mekanizmalarının kurulması ve dış denetimin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi gerekir.⁸⁴

Hesap verebilirlik hususu ile ilgili düzenlemelere, KYİ md. 1.3.5'te yer alan pay sahiplerinin sorularının genel kurulda veya kapsamlı yahut gündeme ilişkin olmayan soruların yatırımcı ilişkileri tarafından cevaplandırılması örnek verilebilir.

6. TÜRK HUKUKUNDA KURUMSAL YÖNETİM

A. Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Düzenlemeler

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) kurumsal yönetime ilişkin düzenleme md. 1529'da yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre; halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri, bunlara ilişkin yönetim kurulunun yapacağı açıklamaların esasları ve şirketlerin söz konusu konu hakkında derecelendirme kural ve sonuçları SPK tarafından belirlenir (TTK md. 1529/1). SPK'nın uygun görüşünün alınması şartıyla, kamu kurum ve kuruluşlarının

⁸¹ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 61; Paslı, a.g.e., s. 56.

⁸² Ünal, a.g.m., s. 420.

⁸³ Eminoğlu, a.g.e., s. 19; Ünal, a.g.m., s. 421.

⁸⁴ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 61.

sadece kendi alanlarında geçerli olabilecek ve ayrıntıya ilişkin kurumsal yönetime yönelik düzenlemeler yapabilecekleri yine aynı madde ile düzenleme altına alınmıştır (TTK md. 1529/2).

TTK'nın bu düzenlemesinin kapsamına yalnızca halka açık anonim şirketler girmekte ve bu şirketlerle ilgili olarak kurumsal yönetime ilişkin ilkelerin belirlenmesinde SPK yetkili kılınmaktadır.⁸⁵ SPK, kurumsal yönetim ilkelerini, yönetim kurulunun konuya ilişkin yapacağı açıklamaya ilişkin esasları ve şirketlerin kurumsal yönetim bakımından derecelendirilme kural ve sonuçları olmak üzere üç konuda yetkilidir.⁸⁶ Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise konuya ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşlarının düzenlemeler yapabilecekleri belirtilmiş; ancak bu düzenlemelere ilişkin SPK'nın onayının alınması, düzenlemenin ilgili kurumun alanı ile sınırlı ve ayrıntılara ilişkin olmasının şart olduğu hüküm altına alınmıştır.

TTK'da kurumsal yönetime ilişkin yalnızca bu maddenin olduğunu söylemek yanlış olur. Zira TTK, kurumsal yönetim anlayışını gerçekleştirmeye yönelik birçok düzenlemeyi bünyesinde ihtiva etmektedir.⁸⁷ Bu düzenlemelere eşit işlem ilkesi (TTK md. 357), genel kurul ile yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri (TTK md. 408 ve 375), bağımsız dış denetim, yıllık faaliyet raporu (TTK md. 514), şirket internet sitesi (TTK md. 1524) örnekleri verilebilir.⁸⁸

B. Sermaye Piyasası Hukukunda Yapılan Düzenlemeler

a. Sermaye Piyasası Kanunu'nda Yapılan Düzenlemeler

Kurumsal yönetime ilişkin ikinci temel düzenleme, "Kurumsal yönetim ilkeleri" başlığını taşıyan 6362 sayılı Sermaye Piyasaları Kanunu (SerPK) md. 17'dir. Söz konusu düzenlemenin birinci fıkrasında SPK'ya halka açık anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkeleri ile kurumsal yönetim uyum raporlarının içeriğine, bu raporların yayınlanmasına, kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirmelerine ve bağımsız yönetim kurulu üyeliklerine ilişkin usul ve esasların tespiti hususunda yetki verilmiştir. Ayrıca bu yetkinin şirketler arasında haksız rekabete sebep olmayacak şekilde, eşit koşullardaki şirketlere eşit kuralların uygulanması kuralına uygun şekilde kullanılması gerekir (SerPK md. 17/1).

⁸⁵ Mehmet Ali Aksoy, *Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a Armağan, 2013, C. 17, S. 1 - 2, s. 48; Memiş/Turan, a.g.e., s. 40 dn. 62 ve s. 105; Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 29.

⁸⁶ Aksoy, a.g.m., s. 48.

⁸⁷ Aksoy, a.g.m., s. 49; Eminoğlu, a.g.e., s. 65.

⁸⁸ Rauf Karasu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 4, S. 2, s. 38 - 57.

Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise SPK'nın payları borsada işlem gören şirketlerle ilgili olarak kurumsal yönetim ilkelerinin bir kısmının veya tamamının uygulanmasını zorunlu kılabileceği hüküm altına alınmıştır. Uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi durumunda SPK'nın re'sen uyumun sağlanması için kararlar alabileceği, uyum zorunluluğuna aykırılık sebebiyle ortaya çıkan hukuka aykırılığın tespiti ve iptali için dava açabileceği, mahkemeden ihtiyari tedbir isteyebileceği belirtilmiştir (SerPK md. 17/2). Burada dikkat edilmesi gereken nokta SPK'nın halka açık tüm anonim şirketler hakkında kurumsal yönetim ilkeleri belirleme yetkisinin olmasına rağmen (SerPK md. 17/1), belirlediği bu ilkelere uyum zorunluluğunu yalnızca payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketler için getirebilmesi ve uyum zorunluluğuna ilişkin yaptırımları bunlar hakkında uygulayabilmesidir.⁸⁹ Ancak SerPK md. 16/2 hükmünün varlığı karşısında söz konusu ayırımın öneminin az olduğu söylenebilir. Zira ilgili fıkraya göre; halka açık anonim şirketler, bu statülerini kazanmalarından itibaren en geç iki yıl içerisinde paylarının borsada işlem görmesi için gerekli başvuruyu yapmak zorundadır.

SerPK md. 17/2 hükmü eleştiriye açıktır. Özellikle SPK'ya uyum zorunluluğunun sağlanması amacıyla dönük re'sen karar alabilme yetkisi verilirken, aynı zamanda yine aynı amaçla mahkemeye başvurma hakkı da verilmektedir. Re'sen karar alabilme yetkisinin varlığı halinde neden aynı sebeple ayrıca mahkemeye başvuru yetkisinin düzenlenmiş olduğu sorusunun cevabı belli değildir. Ayrıca şirket ve kurumlara yönelik bu şekilde sınırlanmamış ve ucu açık bir yetkinin SPK'ya verilmiş olması, ilgili şirketlerin hukuki güvenliğini zedeler niteliktedir. Bu gerekçelerle kurumsal yönetim ilkelerine uyma zorunluluğuna aykırılık halinde SPK'ya yalnızca mahkemeye başvuru yetkisinin tanınması yerinde olurdu.

SerPK md. 36 ve 73'ün yaptığı göndermeler sebebiyle, SerPK md. 17/1 ve 2 hükümleri sermaye piyasası kurumları, borsalar, piyasa işleticileri ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri hakkında da uygulama alanı bulur. Bu sebeple söz konusu kurumlara ilişkin kurumsal yönetim ilkelerini belirleme, belirlediği ilkelere zorunlu tutma ve uyma zorunluluğuna aykırılık haline ilişkin ikinci fıkrada yer alan yetkiler SPK'ya aittir.⁹⁰

SerPK md. 17/3'te ilişkili taraf işlemleri ile ilgili bir düzenleme mevcuttur. İlişkili taraf işlemleri ve ilişkili taraf kavramları Kamu Gözetimi ve Muhasebe Standartları Kurumu (KGK) tarafından hazırlanan Türkiye Muhasebe Standart-

⁸⁹ Aksoy, a.g.m., s. 52; Memiş/Turan, a.g.e., s. 105 - 106; Tekinalp/Çamoğlu, a.g.e., s. 29.

⁹⁰ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 113.

ları (TMS) kapsamında yer alan “İlişkili Taraf Açıklamaları” başlıklı TMS 24’te⁹¹ tanımlanmıştır.⁹² Tanıma göre ilişkili taraf, “[f]inansal tablolarını hazırlayan işletmeyle ... ilişkili olan kişi veya işletmedir” (TMS 24 §9). Tanımın devamında hangi durumda işletme ile gerçek kişilerin veya başka işletmelerin ilişkili sayılacakları belirtilmiştir. Yine aynı TMS 24’te ilişkili taraf işlemleri ise, “[r]aporlayan işletme ile ilişkili bir taraf arasında kaynakların, hizmetlerin ya da yükümlülüklerin, bir bedel karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın transferidir” şeklinde tanımlanmıştır (TMS 24 §9).

TMS’de yapılan tanımdaki niteliği haiz bir ilişkili taraf ile halka açık anonim ortaklık arasında bir işlem gerçekleştirilmeden önce, söz konusu işlemin esaslarının ortaya konduğu bir yönetim kurulu kararı alınması şarttır (SerPK md. 17/3). Konu ile ilgili alınan kararların uygulanabilmesi için bağımsız⁹³ yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı gerekir. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun işlemlerini onaylamaması durumunda, ilgili işleme ilişkin kamuya duyuru ve bilgilendirme yapılır. Daha sonra söz konusu işlem genel kurulun onayına sunulur. Yapılacak oylamada ilişkili taraf niteliğine sahip pay sahipleri oy kullanamaz. Ayrıca toplantı nisabı aranmaz ve katılanların basit çoğunluğu ile karar alınır (SerPK md. 17/3).

SerPK’da “kurumsal yönetim” ibaresinin geçtiği bir madde hükmü daha bulunmaktadır. 2013 yılında bir telekomünikasyon şirketinin ortakları arasında ortaya çıkan anlaşmazlıklar sonucu genel kurulun toplanamaması ve buna bağlı olarak yönetim kurulunun seçilememesi durumunun ortaya çıkması üzerine, 6495 sayılı Kanunu’nun 57. maddesi ile SerPK md. 128’in birinci fıkrasına (k) bendi eklenmiştir.⁹⁴ Değişiklik ile SPK’ya, belirli durumların varlığı halinde halka açık anonim ortaklıkların yönetim kuruluna re’sen üye atama yetkisi verilmiştir. Düzenlemeye göre SPK tarafından re’sen atanacak üyelerin, yine SPK’nın çıkarmış olduğu kurumsal yönetim ilkelerinde belirtilen bağımsızlık kriterlerini taşıması gerekir.

TTK’da olduğu gibi, bahsedilen hükümler dışında SerPK’da kurumsal yönetim anlayışına hizmet eden birçok madde olduğu söylenebilir. Örneğin; şeffaflık ilkesinin etkisinin görüldüğü izahnamelere ilişkin hükümler (SerPK md. 4 ve devamı), şirketlerin gerçek durumlarının bilinmesi amacıyla konulan örtülü kazanç aktarımı yasağına ilişkin hüküm (SerPK md. 21).

⁹¹ Bknz. TMS 24 için, <https://bit.ly/2YJkCie>, 05.08.2019.

⁹² KYT ve KYI’de ilişkili taraf işlemleri ve ilişkili taraf kavramları TMS’de verilen tanıma gönderme yapılarak tanımlanmaktadır. Bknz. KYT md. 3/1 - g ve ğ.

⁹³ Bağımsız yönetim kurulu üyesi kavramı KYI md. 4.3.6’da belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede belirlenen on adet kriterin hepsini taşıyan yönetim kurulu üyesi, bağımsız olarak kabul edilir.

⁹⁴ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 112.

b. Kurumsal Yönetim Tebliği

II - 17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği (KYT), SPK'nın kurumsal yönetime ilişkin olarak çıkarmış olduğu üçüncü tebliğdir.⁹⁵ “Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri” (KYİ) ise Tebliğ'in eki niteliğindedir.

Söz konusu düzenlemenin uygulama kapsamının belirlenmesi açısından ikili bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre; Tebliğ'in ilk bölümünün (ilkeler dışında kalan bölüm) uygulama alanına istisnalar hariç olmak üzere tüm halka açık ortaklıklar girmektedir. Bu sonuca uygulama kapsamının istisnalarının belirtildiği KYT md. 1/3 ve 4'ten ulaşılabilir. Söz konusu hükümlerde açık bir şekilde payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıkların, tebliğin ilişkili taraf işlemlerine, yatırımcı ilişkileri bölümüne ve teminat, rehin, ipotek ve kefaletlere ilişkin maddelere tabi olmadığı belirtilmiştir. Düzenlemenin mefhum-ı muhalifinden bu istisnalar hariç olmak üzere, Tebliğ'in diğer hükümlerinin tüm halka açık anonim şirketler için uygulanacağı söylenebilir.⁹⁶

Buna karşın KYT'nin ikinci kısmını oluşturan, KYİ bölümü hükümleri, KYT md. 1/2 gereği, esas olarak payları borsada işlem gören anonim şirketler hakkında uygulanır. Bu durum, ilgili hükümde payları borsada işlem görmeyen, payları Ulusal Pazar, İkinci Ulusal Pazar veya Kurumsal Ürünler Pazarı⁹⁷ dışındaki diğer platformlarda işlem gören ve dışarıda yerleşik sayılan⁹⁸ ortaklıkların, Tebliğ'in ikinci kısmını oluşturan kurumsal yönetim ilkelerine tabi olmadıklarının belirtilmesinden anlaşılmaktadır.

KYT md. 5/1'de uyulması zorunlu kurumsal yönetim ilkeleri sayılmıştır. Bu düzenleme ile Tebliğ'in ikinci bölümündeki 97 adet ilkedен 24 tanesi için uygulama zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Söz konusu 24 ilkedен ise 20

⁹⁵ Önceki iki tebliğ, Seri: IV No: 54 ve Seri: IV No: 56 (RG 30.12.2011, S. 28158) idi. Ayrıca bunlardan önce SPK'nın 2003 yılında yayımlamış olduğu tebliğ niteliğinde olmayan, “Kurumsal Yönetim İlkeleri” başlığına sahip bir düzenlemesi mevcuttu. Bknz. <http://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20111104/1>, 05.08.2019.

⁹⁶ Bknz. tebliğin kapsamına payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerin girdiği görüşü için, Eroğlu, a.g.m., s. 42.

⁹⁷ Söz konusu üç pazar, Borsa İstanbul bünyesinde yer alan beş piyasadan biri olan pay piyasasına ait işlemlerin gerçekleştirildiği pazarlardan idi. Ancak Borsa İstanbul Kotasyon Yönergesi'nde yapılan ve 14.07.2015 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler ile pay piyasası kapsamında yer alan piyasalar yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda KYT md. 1/2'de yer alan Ulusal Pazar, İkincil Ulusal Pazar ve Kurumsal Ürünler Pazarı ibarelerini; Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kolektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı olarak değerlendirmek gerekir. Bknz. <https://bit.ly/2T4f6pe>, 05.08.2019.

⁹⁸ Dışarıda yerleşik sayılan ortaklık terimi 07.08.1989 tarihli 89/14391 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla yürürlüğe konulan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar'a (RG 11.08.1989, S. 20249) göre belirlenecektir. Söz konusu kararda yer alan md. 2/1 - c'ye göre dışarıda yerleşik kişiler ibaresi, Türkiye'de yerleşik sayılmayan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir.

tanesi yönetim kuruluna ilişkin ilkelerdir. Uyulması zorunlu olmayan ilkelerin “uygula ya da açıkla” esasına tabi olduğu anlaşılmaktadır.⁹⁹ Gerçekten de KYT md. 8/1’e göre yıllık faaliyet raporlarında, tebliğ ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerine uyulup, uyulmadığının belirtilmesi; uyulmuyorsa bunun gerekli bir şekilde açıklanması gerektiği düzenlenmiştir.

Tebliğ, zorunlu ilkelerin uygulanması açısından, payları borsada işlem gören anonim şirketlerin üç gruba ayrılacağını belirtmiştir (KYT md. 5/2). Gruplandırma ortaklıkların sistemik önemlerine göre piyasa değerleri ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerlerine göre yapılır. Tebliğ’e göre; birinci grup, piyasa değerinin ortalaması 3 milyar TL’nin ve fiili dolaşımdaki paylarının piyasa değerinin ortalaması 750 milyon TL’nin üzerinde olan; ikinci grup, birinci gruba girmeyen şirketlerden, piyasa değerinin ortalaması 1 milyar TL’nin ve fiili dolaşımdaki paylarının piyasa değerinin ortalaması 250 milyon TL’nin üzerinde olan; üçüncü grup, ilk iki gruba dahil olmayan ve payları Borsa İstanbul bünyesindeki Ulusal Pazar, İkincil Ulusal Pazar ve Kurumsal Ürünler Pazarı’nda işlem gören şirketlerden oluşur. Söz konusu gruplarda yer alan şirketler yıl başında SPK tarafından ilan edilmektedir.¹⁰⁰ 10.01.2019 tarihli 2019/2 sayılı SPK Bülteni’ne göre, birinci grupta 41, ikinci grupta 47 şirket bulunmaktadır.¹⁰¹

Söz konusu sınıflandırma bağlamında, Tebliğ’de ilkelerin uygulanması bakımından çeşitli istisnalar veya farklılaştırmalar öngörülmüştür. Örneğin; KYT md. 5/5’e göre, bağımsız yönetim kurulu üyesinin atanmasına ilişkin KYİ md. 4.3.7’nin üçüncü fıkrası üçüncü grupta yer alan ortaklıklar için uygulanmaz.

Zorunlu ilkelere uyulmaması durumunda yapılacaklar, KYT md. 7’de düzenlenmiştir. Hükme göre; SPK uyumun sağlanması için re’sen her türlü kararı almaya ve işlemi yapmaya yetkilidir. Yine SPK, uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi amacı ile mahkemelerde ihtiyari tedbir talep etme ve dava açma yetkilerine sahiptir. Bunların dışında uyulması gereken ilkelere aykırılık arz eden hallerde, yeterli sayıda yönetim kurulu üyesine sahip olunmasına rağmen yönetim kurulunun veya genel kurulun aykırılıkları ortadan kaldıracak kararlar almaması veya işlemler yapmaması durumunda SPK, şirkete 30 günlük bir süre verir. Süre sonunda aykırılıklar giderilmezse SPK, gerekli işlemlerin yapılması için gerekli sayıda ve bağımsızlık kriterlerini sağlayan bağımsız üyeyi re’sen atar. Yeni yönetim kurulu, zorunlu ilkelere uyumun sağlanması için gerekli esas sözleşme değişikliklerini yapma yetkisine haizdir (KYT md. 7/3).

⁹⁹ Demir, a.g.e., s. 42; Ege/Ege, a.g.e., s. 67; Eroğlu, a.g.m., s. 45.

¹⁰⁰ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 119.

¹⁰¹ <http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=2>, 06.08.2019.

İlişkili taraf işlemlerinin düzenlendiği KYT md. 9, esas olarak SerPK md. 17/3'ün birçok ayrıntı ile genişletilmiş halinden ibarettir. Aynı esas noktaları içerdiği için, konu ile ilgili “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Yapılan Düzenlemeler” başlığındaki ilişkili taraf işlemlerine ilişkin açıklamalar geçerlidir.

KYT md. 11’e göre; şirketler, bünyelerinde yatırımcılarla iletişimin gerçekleştirilmesi amacıyla bir yatırımcı ilişkileri bölümü oluşturmak zorundadır. Bu bölüm yapmış olduğu çalışma ve faaliyetlerle ilgili olarak yönetim kuruluna yılda en az bir kez rapor sunacaktır (KYT md. 11/1). Ancak söz konusu bölümün görevleri, kamuya duyurulması şartıyla, başka bölümler tarafından da yerine getirilebilir (KYT md. 11/2).

Şirketler ile onların bağlı şirketlerinin üçüncü kişiler lehine teminat, rehin, ipotek veya kefalet veremeyecekleri KYT md. 12’de düzenlenmiştir. Hükme göre; şirketler ve bunların bağlı şirketleri, kendi tüzel kişilikleri, finansal tablolarında tam konsolidasyon kapsamına dahil ettikleri şirketler, olağan ticari faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla üçüncü kişiler lehine vermiş oldukları teminat, rehin, ipotek ve kefaletler dışında, diğer üçüncü kişiler lehine söz konusu yükümlülüklerin altına giremezler.

Ancak her durumda olağan ticari faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla diğer üçüncü kişiler lehine verilecek teminat, rehin, ipotek ve kefalet için alınacak yönetim kurulu kararını, kurulun bağımsız üyelerinin çoğunluğunun onaylaması gerekir. Bağımsız yönetim üyelerinin çoğunluğu ilgili işlemleri onaylamazsa, üyelerin muhalefet gerekçesi KAP’ta açıklanır (KYT md. 12/3).

c. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri

KYT’nin eki niteliğinde olan ve bünyesinde 97 adet ilke barındıran Kurumsal Yönetim İlkeleri, “Pay Sahipleri”, “Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık”, “Menfaat Sahipleri” ve “Yönetim Kurulu” başlıklarından oluşmaktadır. 24 tane uyulması zorunlu olan ilkeden dört tanesi genel kurula, geri kalan 20 tanesi ise yönetim kuruluna ilişkindir. Bu durum yönetim kurulunun örgütleniş şeklinin, kurumsal yönetim açısından oldukça önemli olduğunu göstermektedir.¹⁰²

SPK, kurumsal yönetim ilkelerini belirlerken esas olarak Kıta Avrupası modelini benimsemiştir.¹⁰³ Kıta Avrupası modelinde pay sahipleri yanında diğer menfaat gruplarının çıkarları da korunmaktadır.¹⁰⁴ İlkelerde “Menfaat Sahipleri” başlığı altında yapılan düzenlemeler söz konusu duruma kanıt olarak gösterilebilir.¹⁰⁵

¹⁰² Aksoy, a.g.m., s. 47.

¹⁰³ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 117.

¹⁰⁴ Banks, a.g.e., s. 84; Demir, a.g.e., s. 5 - 6.

¹⁰⁵ Alp/Kılıç, a.g.e., s. 117.

İlkelere ilişkin bu genel bilgilendirmelerden sonra, uyulması zorunlu ilkelere genel hatlarına değinilecektir. Çalışmanın kapsamı sebebiyle tüm ilkeler teker teker incelenmeyecektir.

Genel kurula ilişkin uyulması zorunlu ilkeler esas olarak kontrol eden pay sahipliği yapısının yaygın olduğu ülkemizde, genel kurulun etkinliğinin artırılarak, azınlık pay sahiplerinin korunmasını amaçlamaktadır.¹⁰⁶ Bu ilkelerin ilki olan KYİ md. 1.3.1, genel kurul toplantısına çağrı ve paydaşlara duyurulacak bilgilere ilişkindir. Söz konusu düzenleme TTK'ya göre pay sahiplerini daha koruyucu nitelikte olup, genel kurul toplantılarına ilişkin SerPK md. 29 hükmüne paralel bir düzenleme içermektedir.¹⁰⁷ İlgili düzenlemeye göre; genel kurul toplantısından en az üç hafta önce¹⁰⁸ şirketin internet sitesinde ve KAP'ta TTK md. 437'de pay sahiplerinin incelemesine sunulacak belgeler¹⁰⁹ ve mevzuata göre yapılması gereken açıklamalar yanında ilkede beş bent halinde sayılan hususların dikkat çekecek şekilde duyurulması gerekir. Düzenlemede sayılan hususlar şunlardır:

- Toplam pay sayısı ve oy hakkı ile imtiyazlı paylara ilişkin bilgiler
- Şirket yönetim ve faaliyetleri ile ilgili olarak gerçekleşen veya gerçekleşecek önemli değişiklikler
- Yönetim kurulunda ortaya çıkan değişiklikler
- Pay sahiplerinin gündeme madde eklenmesine ilişkin taleplerin ret edilmesi durumunda, söz konusu talepler ve ret gerekçeleri
- Esas sözleşme değişikliğinin söz konusu olduğu durumda, konuya ilişkin yönetim kurulu kararı ile değişikliklerin eski ve yeni şekilleri.¹¹⁰

Uyulması zorunlu bir diğer ilke olan KYİ md. 1.3.5'e göre; genel kurul toplantısında, toplantı başkanı gündem maddelerini tarafsız, ayrıntılı, açık ve anlaşılabilir bir şekilde açıklamak, paydaşlara eşit şartlar altında açıklama yapma ve soru sorma imkânı tanımak, ticari sır niteliği taşıyan hususlar dışında soruların tüm soruların cevaplandırılmasını sağlamak zorundadır.¹¹¹ Soru, eğer gündeme alakalı değilse veya hemen cevaplanamayacak kadar kapsamlı ise en geç 15 gün

¹⁰⁶ Eroğlu, a.g.m., s. 46 - 47.

¹⁰⁷ Eroğlu, a.g.m., s. 47.

¹⁰⁸ TTK md. 437/1'de bu süre on beş gün, SerPK md. 29/1'de üç hafta olarak belirlenmiştir.

¹⁰⁹ TTK md. 437'de sayılan belgeler; yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu ile kâr dağıtım önerisi, denetleme raporları, finansal tablolar ve konsolide finansal tablolardır.

¹¹⁰ Eminoğlu, a.g.e., s. 38 - 39.

¹¹¹ Eroğlu, a.g.m., s. 49.

içerisinde yatırımcı ilişkileri bölümü tarafından yazılı olarak cevaplandırılır. Genel kurulda sorulan tüm sorular ve bunlara verilen cevaplar 30 gün içinde şirketin internet sitesinden yayınlanır.

Pay sahiplerinin ve şirketin menfaatlerinin korunmasına yönelik olan KYİ md. 1.3.6'ya göre; yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin, idari sorumluluğu bulunan yöneticilerin ve bunların eş ve ikinci dereceye kadar akrabaları ile şirket arasında bir çıkar çatışması çıkmasına sebebiyet verebilecek bir işlem veya hususun genel kurulda ayrı bir gündem maddesi olarak gündeme alınması gerekir.

KYİ md. 1.3.9'da, varlık ve hizmet alımı benzeri ile yükümlülük transferi işlemlerinde, işlem tutarının şirket varlık toplamına, hasılat tutarına ya da şirket değerine olan oranının; varlık ve hizmet satışı benzeri işlemlerde, işlem tutarının şirket varlık toplamına, hasılat tutarına ya da şirket değerine olan oranının %10'dan fazla olması durumunda ilgili işlemler için alınan yönetim kurulu kararının icra edilebilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı gerektiği, eğer bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı yoksa KAP'ta duyuru yapılarak söz konusu işlemin genel kurula sunulması öngörülmüştür. Ayrıca yine aynı hükme göre; yönetim kurulunda bağımsız üyelerin çoğunluğu onay verse bile, ilgili işleme ilişkin karar oy birliği ile alınmamış ise yönetim kurulu kararının ve muhalefet şerhinin KAP'ta duyurulması gerekir.¹¹²

Yönetim kuruluna ilişkin uyulması zorunlu ilk ilke KYİ md. 4.2.6'dır. Söz konusu ilkeye göre; yönetim kurulu başkanı ile icra kurulu başkanının (veya genel müdürün) aynı kişi olması halinde, bu durumun gerekçelendirilerek KAP'ta açıklanması gerekir.¹¹³ Zorunlu olan bu ilkeden çıkarılacak sonuç bir kişinin hem icra hem de yönetim kurulu başkanı olabileceği, ancak yönetim kurulunun icra organlarından ayrılmasının kurumsal yönetim anlayışına daha uygun olması sebebiyle yönetim kurulu başkanlığı ile icra kurulu başkanlığının farklı kişilerde olmasının istendiğidir.¹¹⁴

KYİ md. 4.3.1 ve devamı yönetim kurulunun yapısına ilişkindir. Öncelikle yönetim kurulunun üye sayısı beşten az olamaz (KYİ md. 4.3.1). Beş sayısı zorunlu komitelerin oluşturulabilmesi için gereken asgari sayıdır.¹¹⁵ KYİ md. 4.3.2'ye göre; yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyeler olması gerekir. Bu sayede yönetim kurulunun gözetim görevini daha

¹¹² Alp/Kılıç, a.g.e., s. 118.

¹¹³ Eminoğlu, a.g.e., s. 51.

¹¹⁴ Eroğlu, a.g.m., s. 53.

¹¹⁵ Eroğlu, a.g.m., s. 52.

sağlıklı bir şekilde yerine getirebileceği söylenebilir.¹¹⁶ İcrada görevli olmayan üyelerin içerisinde bağımsız üyelerin bulunması gerekir ve bağımsız üyelerin sayısı toplam üye sayısının üçte birinden az olamaz¹¹⁷ (KYİ md. 4.3.2, 4.3.3 ve 4.3.4). Bağımsız üye sayısı en az iki ve bu üyelerin görev süresi en fazla üç yıl olabilir. Ancak tekrar seçilmeleri mümkündür (KYİ md. 4.3.5).

Bir yönetim kurulu üyesinin bağımsız üye olarak kabul edilebilmesi için, KYİ md. 4.3.6'da on bent halinde sayılan kriterlerin hepsine haiz olması gerekir. Bağımsız adayların nasıl seçileceği ise KYİ md. 4.3.7'de belirlenmiştir. Buna göre; aday gösterme komitesinin vereceği rapora göre yönetim kurulu bağımsız üye aday listesini hazırlar. Daha sonra bu listeyi komitenin raporu ve kendi kararı ile genel kurul toplantısından en az 60 gün önce SPK'ya gönderir. SPK liste hakkında 30 gün içinde olumsuz görüş bildirebilir.¹¹⁸ Olumsuz görüş alan adaylar, aday listesinden çıkartılır.

KYİ md. 4.5.1 ve devamında yönetim kurulu bünyesinde kurulması öngörülen komisyonlar düzenlenmiştir. “Denetimden Sorumlu Komite”, “Riskin Erken Saptanması Komitesi”, “Kurumsal Yönetim Komitesi”, “Aday Gösterme Komitesi” ve “Ücret Komitesi” adları altında beş tane komitenin kurulması gerekir (KYİ md. 4.5.1). Ancak yine aynı ilkeye göre; ücret ve aday gösterme komitesinin kurulamaması halinde, bu komitelerin görevleri kurumsal yönetim komitesi tarafından yerine getirilir. Komitelerin kimlerden oluşacağına ve çalışma esasları gibi hususlar hakkında yönetim kurulu karar verir.

Söz konusu komiteler en az iki üyeden oluşur. İki üyeden oluşması halinde komite üyelerinin her ikisinin; ikiden fazla üyeden oluşması halinde ise komite üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden seçilmesi gerekir. Komite başkanlarının bağımsız yönetim kurulu üyelerinden olması şarttır. Farklı olarak denetimden sorumlu komitenin tüm üyelerinin bağımsız üyeler olması gerekmektedir (KYİ md. 4.5.3). İcra kurulu başkanı (veya genel müdür) söz konusu komitelerin üyesi olamaz. Söz konusu komitelerin görevlerinin neler olacağı, KYİ'de gösterilmiştir.

Uyulması zorunlu son iki ilke olan KYİ md. 4.6.2 ve 4.6.3, yönetim kurulu üyeleri ile idari sorumluluğu olan yöneticilere sağlanan mali haklara ilişkindir. Yönetim kurulu üyelerine ve idari sorumluluğu olan yöneticiler için uygulanan ücretlendirme esasları yazılı hale getirilerek genel kurulda pay sahiplerinin bilgisine sunulmalıdır

¹¹⁶ Eroğlu, a.g.m., s. 52 - 53.

¹¹⁷ KYT md. 6/1'e göre; Tebliğ uyarınca belirlenen üçüncü gruptaki şirketler için bu oran uygulanmaz. Bunlarda bağımsız üye sayısının iki olması yeterlidir.

¹¹⁸ KYT md. 5/5 gereği, aday listesinin SPK'ya gönderilmesi ve SPK'nın aday listesine olumsuz görüş bildirme yetkisi sadece birinci grupta yer alan şirketler için söz konusudur.

(KYİ md. 4.6.2). Yönetim kurulu üyelerinin ücretlerinin TTK md. 408 gereği genel kurul tarafından belirlenmesi karşısında, söz konusu ilkenin üst yöneticiler açısından önem arz edeceği söylenebilir.¹¹⁹ Bağımsız üyelerin ücretleri hususunda ise kâr payı, pay opsiyonu veya şirketin performansına göre değişkenlik gösteren ödeme şekillerinin kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır (KYİ md. 4.6.3). Böylece ilgili üyelerin ücret baskısı altında kalmalarının önüne geçilmiş olacaktır.¹²⁰

7. SONUÇ

1990'lar ve 2000'lerde meydana gelen şirket skandalları ve bunların sonucu olarak ortaya çıkan zararları önlemek amacıyla geliştirilen kurumsal yönetim kavramı, günümüzde de güncelliğini korumaktadır. OECD ve Dünya Bankası gibi birçok uluslararası kuruluşun konuya ilişkin yapmış oldukları çalışmaların yanında ülkelerin kurumsal yönetim düzenlemelerini hayata geçirmeleri bu durumun bir belirtisi olarak gösterilebilir.

Şeffaflık, adil yönetim, sorumluluk ve hesap verebilirlik ilkeleri üzerine kurulmuş olan kurumsal yönetim, şirket yönetiminin düzenlenerek pay sahipleri yanında diğer menfaat sahipleri olan çalışanlar, kredi sağlayanlar, tedarikçiler, devlet ve müşteriler gibi çeşitli grupların çıkarlarının korunması amacını güder.

Ortaya çıkan sorunların genellikle şirket üst yönetiminden kaynaklanması sebebiyle, kurumsal yönetimin temel hareket noktasını şirket üst yönetimini oluşturan yönetim kurulu ve icra kurulu (veya genel müdürler) ile bunların yetki, sorumluluk ve ilişkilerinin düzenlenmesi oluşturur.

Ülkemizde de dünyadaki genel eğilime uygun olarak, kurumsal yönetim hususu düzenlemelere konu olmuştur. Günümüzde yürürlükte olan düzenlemeler TTK, SPK ve KYT'dir. Bu düzenlemelerde esas alınan şirket türü halka açık anonim şirketlerdir. TTK ve SPK'da yapılan düzenlemeler konu ile ilgili kanuni çerçeveyi çizer. Buna karşın KYT ve onun eki niteliğindeki KYİ, konuya ilişkin olarak birçok ayrıntılı düzenleme getirmektedir. Öngörülen düzenlemeler daha çok yönetim kurulunun işleyiş ve yapısına ilişkindir. Bu ise kurumsal yönetim olgusunda, şirket üst yönetiminin oldukça önemli bir yere sahip olduğu anlayışını yansıtmaktadır.

Ülkemizde ve dünyada artan ekonomik ve finansal ilişkilerin bir sonucu olarak, kurumsal yönetim anlayışının güncelliğini koruyacağını ve yakın gelecekte de önemli bir konu olarak zihinleri meşgul edeceğinin söylenmesi yanlış olmaz. Nitekim konu üzerinde yapılan çalışmaların, uluslararası ve ulusal düzenlemelerin sayılarının gün geçtikçe artması bu düşüncüyü destekler niteliktedir.

¹¹⁹ Eroğlu, a.g.m., s. 60.

¹²⁰ Eroğlu, a.g.m., s. 61.

KAYNAKÇA

- Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Mehmet Ali Aksoy, *Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Prof. Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL'a Armağan, 2013, C. 17, S. 1 - 2, s. 45 - 76.
- Ali Alp/Saim Kılıç, *Kurumsal Yönetim - Nasıl Yönetilmeli*, İstanbul, Doğan Kitap, 2014.
- Eric Banks, *Corporate Governance - Financial Responsibility, Controls and Ethics*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2004.
- Sibel Çelik, *Kurumsal Yönetim Uygulamaları ve Hisse Senedi Likiditesi: Borsa İstanbul Örneği*, Bankacılar Dergisi, 2014, S. 90, s. 68 - 82.
- Abdülkerim Daştan, *Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Kurumsal Muhasebe Etkileşimi*, Bankacılar Dergisi, 2010, S. 72, s. 3 - 18.
- H. Erdal Demir, *Sermaye Piyasası Kurulu'nun Anonim Şirketlerde Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- İlhan Ege/Önder Ege, *Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Cafer Eminoğlu, *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Muzaffer Eroğlu, *Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem*, Legal Hukuk Dergisi, 2014, C. 12, S. 136, s. 31 - 71.
- Rauf Karasu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 4, S. 2, s. 33 - 60.
- Christine Mallin, *Corporate Governance*, New York, Oxford University Press, 2004.
- Tekin Memiş/Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- OECD, *G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri*, <https://bit.ly/2Zy3ehQ> (05.08.2019), 2016.
- Ali Paslı, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (Corporate Governance)*, İstanbul, Beta Basım, 2004.
- Hasan Pulaşlı, *Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model: Corporate Governance*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2003.
- Burak Sertoğlu, *Türk Ticaret Kanunu'ndaki İmtiyaz Sistemi ve Kurumsal Yönetim Açısından Değerlendirilmesi*, İstanbul Barosu Dergisi, 2014, C. 88 S. 1, s. 283 - 313.
- Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekeçeli Sermaye Piyasası Kanunu*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

- Ahmet Cemil Ünal, *Kurumsal Yönetimin Teorisi, İlkeleri ve Uygulamaya Yansıması*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 1, S. 1, s. 403 - 441.
- Ömer Faruk Yıldız, 2015, *Kurumsal Yönetim İlkelerinin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde İncelenmesi ve BIST 30 Şirketlerinin Uyumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, İstanbul.

İnternet Kaynakları

<https://bit.ly/2T4f6pe>, 05.08.2019.

www.businessinsider.com/10-years-later-what-happened-to-the-former-employees-of-enron-2011-12, 30.07.2019.

<https://www.businessinsider.com/largest-bankruptcies-in-american-history-2011-11>, 30.07.2019.

www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf, 30.07.2019.

<https://www.investopedia.com/terms/s/spv.asp>, 30.07.2019.

<http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=2>, 06.08.2019.

<http://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/20111104/1>, 05.08.2019.

Bilgi Suistimali Suçu^(*)

The Crime of Insider Trading

Arş. Gör. Asena Kamer USLUADAM^()**

Öz

Bilgi suistimali suçu, sermaye piyasasında güç anlamına gelen bilgi ile yatırımcılar arasında fırsat eşitsizliği yaratılmasının önüne geçilmesi amacıyla ihdas edilmiştir. Sermaye piyasası suçları bakımından genel olarak korunan hukuki değer piyasanın işlevselliği ve yatırımcının korunması olduğu söylenebilir. Bilgi suistimali suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değer ise, yatırımcılar arasında bilgisel olarak eşitliğin sağlanması ve şeffaflıktan herkesin faydalanabilmesinin sağlanmasıdır. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesinde içeriden öğrenenlerin ticareti suçu düzenlenmekteyken, 2012 yılında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu yürürlüğe girmiş ve ilgili suç tipinde önemli değişiklikler olmuştur. Kanun koyucu bu değişikliklerle, uluslararası hukuktaki düzenlemeleri de esas alarak, çağa uygun bir düzenleme yapmayı amaçladığını, kanunun gerekçesinde ifade etmiştir. Bu çalışmada, mülga düzenleme ile karşılaştırmalı olarak 6362 sayılı kanunda düzenlenen bilgi suistimali suçu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Piyasa, Sermaye Piyasası, Bilgi Suistimali Suçu, 6362 Sayılı Kanun, 2499 Sayılı Kanun.

Abstract

The crime of insider trading was created for the purpose of banning the inequality of opportunity among investors in terms of information which means power in capital market. It can be said that legal reason of capital market crimes is generally that protect the market functionality and investors. The legal reason of insider trading crime is that equalize information among investors and ensure that all the investors can utilize transparency. The crime of insider trading was settled in articles 47 of Capital Market Code No. 2499, but in 2012 Capital Market Code No. 6362 entered into force and significant changes occurred in the type of crime involved. In this context, the crime of insider trading settled in Code No. 6362 was examined in comparison with the annuled regulation.

Keywords

Market, The Capital Market, The Crime of Insider Trading, The Code No. 6362, The Code No. 2499.

(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 08.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 08.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 21.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 08.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 21.08.2019.

(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
E-Posta: asenakamerusluadam@anadolu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-1680-1043>.



GİRİŞ

İnsider trading, insider dealing, içeriden öğrenenlerin ticareti veya bilgi suistimali suçu olarak farklı şekillerde isimlendirilen ve kanunda bilgi suistimali suçu başlığı altında düzenlenen suç ile esasen bugün sermaye piyasasında güç anlamına gelen bilgi ile yatırımcılar arasında fırsat eşitsizliği yaratılmasının önüne geçilmek istenmektedir. Gerçekten de salt bilgi veya öngörülerden hareketle sermaye piyasasında yatırımcılar işlem yapmaktadır. Geniş anlamıyla bu yatırımlar ekonomik canlılığı da beraberinde getirmektedir. Yatırımcı ve ihraççıların karşılaştığı piyasada, bilgide eşitsiz durumların yaratılması; eşitsizliği lehine kullananlar bakımından haksız kazanç, diğer yatırımcılar bakımından ise kazanç ve güven kaybına neden olmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu ilgili suç tipini ihdas etmiş, sermaye piyasalarında işlem yapmak konusunda gereken güveni temin etmeyi amaçlamıştır.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) 47. maddesinde içeriden öğrenenlerin ticareti suçu düzenlenmekteyken, 2012 yılında 6362 sayılı SerPK yürürlüğe girmiş ve ilgili suç tipinde önemli değişiklikler olmuştur. Kanun koyucu bu değişikliklerle, uluslararası hukuktaki düzenlemeleri de esas alarak, çağa uygun bir düzenleme yapmayı amaçladığını, kanunun gerekçesinde ifade etmiştir. Bu çalışmayla bilgi suistimali suçunun unsurlarını ortaya koyarak, hukuka aykırı alanın tespiti amacındayız.

Uygulamada ise sıklıkla rastladığımız bir suç tipi değildir. Bunun ana gerekçelerinden biri ise kanaatimizce bilgi suistimali suçunun sınırları belirsiz ve izaha muhtaç bir suç tipi olmasıdır. Sermaye piyasalarında yatırımcıların güvenle işlem yapmalarını temin etme amacıyla olan bu suç tipini, bu gerekçelerle ele almış bulunmaktayız.

Bu çalışmada, yukarıda belirttiğimiz amaçtan hareketle, mülga düzenleme ile karşılaştırmalı olarak 6362 sayılı kanunda düzenlenen bilgi suistimali suçu incelenmiştir. Öncelikle suça ilişkin genel bilgiler ve kanuni düzenlemeye yer verilmiş, ardından suçun unsurları ele alınmış, son olarak ise suçun özel beliriş biçimleri, yaptırım, soruşturma ve kovuşturma usullerine değinilerek, bilgi suistimali suçu, betimleyici bir yöntemle ortaya konulmaya çalışılmıştır.

1. SUÇ TİPİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER VE KANUNİ DÜZENLEME

İngiltere'de *Insider dealing* olarak düzenlenen bilgi suistimali suçu, Company Securities 1985 kanunu ile, Amerika'da ise *Insider Trading Act 1984* ile düzenlenmiştir.¹ Amerika ve İngiltere dışında ise genellikle uluslararası dü-

¹ Ayşe Sumer, *Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat*, İstanbul, Alfa Yayınları, 2002, s. 159.

zenlemeler veya kamuoyunda yankı uyandıran olaylar neticesinde düzenlenen söz konusu suç tipi² bizim mevzuatımıza ilk kez 2499 sayılı SerPK'ya 1992 yılında yapılan değişiklikle dahil olmuştur.

6362 sayılı SerPK, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişi ve gelişmesini sağlamak, yatırımcıların hak ve menfaatlerini korumak amacıyla birtakım suçlara da yer vererek, ceza hukuku koruması sağlamıştır.³ Bilgi suistimali suçu da bu bağlamda SerPK m.106'da düzenlenerek yaptırıma bağlanmıştır.

Söz konusu suç tipi hukukumuzda 2499 sayılı SerPK'ya 1992 tarih ve 3794 sayılı kanunla eklenmiştir. Mülga kanununun 47. maddesinde⁴ düzenlenen bilgi suistimali suçu, bu kanun döneminde içeriden öğrenenlerin ticareti suçu olarak anılmaktadır.⁵ Kanaatimizce terminolojik olarak daha uygun bir ifade tercih edilerek 6362 sayılı kanunda söz konusu suç tipi bilgi suistimali suçu olarak düzenlenmiştir.

Sermaye piyasasında, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması araçlarından biri de kamunun aydınlatılmasıdır. Bu ilke çerçevesinde yatırımcıların halka arz edilecek menkul kıymetler konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olmaları sağlanarak, bu kişiler yatırım yapmaya yönlendirilmektedirler. Kamuyu aydınlatma ilkesinin hem ortaklığın bilgilendirilmesi hem de ortaklığın bilgi vermesi şeklinde iki görünümü bulunmaktadır. Bilgi suistimali ise ortaklığın bilgi vermesi ve bununla bağlantılı olarak kamuyu aydınlatma ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır.⁶ Esasen bilgi suistimali suçu ile kamuya açıklanmamış bilgilerle fırsat eşitliğinin bozularak gelir elde edilmesi yasaklanmıştır.

² Dilara Temizsoy, *Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi, 2010, s. 8.

³ Bkz. 6362 sayılı ve 6.12.2012 tarihli Sermaye Piyasası Kanunu madde 1. (30/12/2012 tarih ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.)

⁴ 2499 sayılı ve 28.7.1981 tarihli Sermaye Piyasası Kanunu madde 47/A "Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde; Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek, içeriden öğrenenlerin ticaretidir. Bu fiili işleyen 11'inci madde kapsamındaki ihracçılarla, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hakim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler,... her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır..."

⁵ Bkz. 2499 sayılı Kanun m. 47/A-1; Evik, Ali Hakan/Evik, Vesile Sonay, "İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu", İÜHFİM, 13(1-2), 2005, s. 3.

⁶ Uğur Çolak, "Insider Trading Suçu", Adalet Dergisi, Ocak, 2001, s. 2. Bkz. <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/06.sayi/8ugur.pdf> Erişim Tarihi: 9.11.2015.

Sermaye piyasası suçlarını, sermaye piyasasına özgü suçlar ve sermaye piyasaları bakımından özellik gösteren suçlar olarak ayırmak mümkündür. Bu bağlamda bilgi suistimali suçu sermaye piyasasına özgü suçlardandır.⁷ Kendine özgü bir suç tipi olan bilgi suistimali suçuna ilişkin olarak içeriden öğrenenlerin hukuku veya içeriden öğrenenlerin ceza hukuku deyimleri de ortaya çıkmıştır.⁸

6362 sayılı SerPK'nın 106. maddesinde⁹ bilgi suistimali suçu düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde söz konusu hükmün, AB mevzuatı ışığında düzenlendiği, *ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımının benimsendiği* ifade edilmiştir. Suç mülga kanununun 47. maddesinde düzenlenmiş olup, yürürlükteki düzenleme ile önemli farklılıkları söz konusudur. Bu nedenle bu çalışmada suç tipine ilişkin genel bilgiler, karşılaştırmalı bir şekilde verilecektir.

2. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Ceza hukuku kapsamında yasaklanan fiiller mutlaka bir hukuki değeri korumaktadır.¹⁰ Suçun hukuki konusu, kanun koyucunun ceza tehdidi ile muhtemel ihlallerden korumayı amaçladığı şeydir. Aslında bir suç işlendiği anda, o suçla korunan hukuki menfaat ihlal edilmektedir.¹¹

İşlevini tam olarak yerine getirebilen sermaye piyasasının kamu ekonomisine katkısı ve bu bağlamdaki kamu yararı göz önüne alınarak; sermaye piyasası

⁷ Selman Dursun, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2010, s. 117.

⁸ Dursun, a.g.e., s. 119.

⁹ "Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden;

a) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri,

b) İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,

c) İş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler,

ç) Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler,

d) Sahip oldukları bilginin bu fıkrada belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler,

iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz."

¹⁰ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 45; Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1970, s. 72.

¹¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014, s. 207.

suçları bakımından genel olarak korunan hukuki değerın piyasanın işlevselliği ve yatırımcının korunması olduğu söylenebilir.¹² Bu bağlamda sermaye piyasası suçları ile korunan hukuksal değer kamuya ait değerlerdir. Sermaye piyasası suçları ile kişilerden ziyade sermaye piyasasına duyulan güven ve ülkenin ekonomik düzeni korunmak istenmektedir.¹³

Ekonomik anlamda canlılığın yatırımların sürekliliği ile bağlantısı açıktır. Sermaye piyasalarıyla ise tasarruflar yatırımcılara sunulmakta ve onların ihtiyacı olan fon karşılanmaktadır. Ancak tasarruf sahiplerinin sermaye piyasasına yapmış oldukları birikimleri yönlendirmeleri için güvenli bir piyasa ortamına ihtiyaç vardır.¹⁴ Sermaye piyasasına tasarruf sahiplerinin girmeleri ve piyasada devamlılıklarını sağlamak, güven, bilgi ve aldatılmaktan koruma olanaklarının sağlanması ile mümkün olacaktır.¹⁵ Bu bağlamda piyasaya olan güveni zedeleyici bir takım hukuka aykırı davranışlar ceza hukuku yaptırımlarına bağlanarak yasaklanmaktadır. İçeriden öğrenenin ticareti suçu da sermaye piyasasına olan güvenin azalmasına neden olmakta ve piyasanın işlevselliğini zedelemektedir.

İçeriden öğrenenin ticareti suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değer, yatırımcılar arasında bilgisel olarak eşitliğin sağlanması ve şeffaflıktan herkesin faydalanmasının sağlanmasıdır.¹⁶ Çünkü sermaye piyasasında sermaye aracı esas olarak bilgidir. Bilgide eşitliği bozucu fiiller ise, sermaye piyasasına olan güveni zedelemekte ve sermaye piyasasının işlevselliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle söz konusu hükümlerle bilginin eşitsiz durumlar yaratmasının önüne geçilmek istenmektedir.¹⁷

3. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

a. Konu

Ceza hukukunun konusunu oluşturan bir fiilin üzerinde etkilerini gösterdiği şey suçun konusudur¹⁸ ve her suçun mutlaka bir konusu bulunmaktadır.¹⁹ Bilgi

¹² Dursun, a.g.e., s. 102.

¹³ Zeki Aksoy, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 90.

¹⁴ Melikşah Yasin, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s. 38.

¹⁵ Ünal Tekinalp, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, İstanbul, Es Yayınları, 1982, s. 7.

¹⁶ Evik/ Evik, a.g.m., s. 35.

¹⁷ Evik/ Evik, a.g.m., s. 36.

¹⁸ Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A Yayınları, 2010.s. 233.

suistimali suçunun konusuna ilişkin olarak ise öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre içeriden öğrenilen bilgi²⁰ söz konusu suçun konusunu oluşturmak-tayken, başka bir görüşe göre sermaye piyasası araçlarıdır.²¹ Kanaatimizce ser-maye piyasası araçları, bilgi suistimali suçunun konusunu oluşturmaktadır. Fiil etkilerini sermaye piyasası araçları üzerinde göstermektedir.

b. Fail

Suç tipinde yasaklanan fiili işleyen kişi faildir ve her suçun mutlaka bir faili vardır.²² Bazı suçlar, ancak kanuni tipte öngörülmüş, kişilerce işlenebilir ki bu tür suçlara da özgü suç denilmektedir. Öğretide bilgi suistimali suçunun, özellik arz etmeyen herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğu ifade edilmiştir.²³ SerPK m. 106'da suçun failinin kimler olabileceği beş ayrı grupta düzenlenmiştir. Buna göre; *ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler, sahip oldukları bilginin fıkırdaki belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler* bu suçun faili olabilmektedir. Ancak belirtelim ki söz konusu sayım tahdidi değildir, az önce de belirttiğimiz gibi bu suç herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Kanun koyucu failin belirli sıfat veya niteliklere sahip olmasını aramamıştır.²⁴ 2499 sayılı kanunda ise *11'inci madde kapsamındaki ihraççılarla, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı*

¹⁹ Özgenç, a.g.e., s. 206; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s. 108; Karşı yönde Ünver, a.g.e., s. 144; Toroslu, *Ceza Huku-ku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2009, s. 190; Çetin Arslan /Ali Rıza Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", TAAD, 4(14), 2013, s. 233.

²⁰ Cem Şenol, "İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısın-dan İncelenmesi", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2012 s. 127. Ancak yazar her zaman içeriden öğrenilen bilginin suçun konusu olarak nitelendirilemeyeceğini, sermaye piyasalarında işlem yapmak suretiyle bilginin kullanılması fiilinde suçun konusunun üzerinde iş-lem yapılan menkul kıymet olduğunu, bu durumda öğrenilen bilginin tipikliğin içinde değerlendirileceğini ifade etmiştir. Öğretide yer verilen bir diğer görüşe göre de *belli özelliklere sahip bilgi* bu suçun konusunu oluşturmaktadır. Aysel Gündoğdu, "Türk Sermaye Piyasasında Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Düzenlemelerinin İrdelenmesi", Maliye ve Finans Yazıları, (108), 2017, s. 14. Bkz. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/370401> Erişim Tarihi: 25.07.2019. Yine bir görüşe göre de suçun konusu sermaye piyasası araçlarına veya ihraççılarına ilişkin bil-gidir. Çetin Arslan/ Didar Özdemir, "Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suistimali Suçu", International Conference On Eurasian Economies, Session 2D: Hukuk, 2018, s. 406. Bkz. <https://www.avekon.org/papers/2113.pdf> Erişim Tarihi: 26.07.2019; Aksoy, a.g.e., s. 178.

²¹ Çolak, a.g.m., s. 7.

²² Koca/Üzülmüş, a.g.e., s. 105; Hafızoğulları/Özen, a.g.e., s. 393.

²³ Şenol, a.g.m., s. 139. Arslan/ Özdemir, a.g.e., s. 407.

²⁴ Hamide Tacir, "Sermaye Piyasasında İçerden Öğrenenin Ticareti Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006(2), s. 96.

veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler suçun faili olarak düzenlenmekteydi. Aşağıda da izah edileceği üzere fail bakımından esaslı değişiklikler getirildiği söylenebilir.

Öğretide içerden öğrenenler ikiye ayrılarak incelenmiştir. Buna göre bilgiyi görevi veya statüsü gereğince doğrudan öğrenebilen kişiler birinci dereceden öğrenen olarak nitelendirilmekteyken, doğrudan öğrenme imkanı olmamasına karşın bir şekilde dolaylı olarak bilgiyi edinen kişiler ikinci dereceden öğrenen olarak nitelendirilmiştir.²⁵ Bu bağlamda yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdür, yöneticiler ve tüzel kişi temsilcileri birinci dereceden öğrenen olarak nitelendirilirken, bilgiyi birinci derecede öğrenenlerden öğrenen kişilerse ikinci dereceden öğrenendir.²⁶ Ancak belirtelim ki mevzuatımız bakımından bu kişilerin ceza sorumluluğu bakımından herhangi bir fark yaratılmamıştır. Bu ayrım bilgiyi ikinci dereceden öğrenenlerin muhakkak birinci dereceden öğrenene ihtiyacı bulunduğu ve bu kişilerin arasında varsa iştirak ilişkisinin tespiti bakımından önem arz edebilecektir.

İhraççıların tanımı kanunun 3. maddesinde yapılmıştır. Buna göre *sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişiler ve bu Kanuna tabi yatırım fonları* ihraççı olarak tanımlanmıştır. İhraç ise *sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışı* ifade etmektedir. Bu bağlamda sermaye araçlarının çıkarılarak satılması ihraç, bu satışı gerçekleştirenler ise ihraççı olarak tanımlanabilir.²⁷ Görüldüğü üzere kanun halka arz edilmeden yapılan satışları da kapsam dahiline almıştır. Bu bakımdan hakla açık olmayan anonim ortaklıkların pay senetleri dışında kalan sermaye piyasası araçlarının ihracı da bu tanım içindedir.²⁸ 2499 sayılı kanunda ise ihraççı tanımında sayma yoluna gidilmiş ve anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler bu kapsamda değerlendirilmiştir. Bu ba-

²⁵ Şenol, a.g.m., s. 139, Temizsoy, a.g.e., s. 12, 13. Asuman Turanboy, *İnsider Muameleleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990, s. 74; Meral Varış Tezcanlı, *İçerden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar*, İMKB yayınları, İstanbul 1996, s. 14, 15; Aksoy, a.g.e., s. 148.

²⁶ Tezcanlı, a.g.e., s. 15.

²⁷ Dursun, a.g.e., s. 15.

²⁸ Sumer, a.g.e., s. 8.

kımdan yeni düzenlemenin daha kapsayıcı ve hukuk sistematigi açısından daha doğru olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²⁹ Bunun yanında önceki düzenlemede yer alan 11. madde kapsamındaki ihraççıların ayrıca ve açıkça belirtilmiş olması, öğretide tüzel kişiliğin bizzat sorumlu olup olmayacağına ilişkin tartışmalara neden olurken,³⁰ mevcut düzenleme ile tartışmalara mahal veremeyecek şekilde yalnızca gerçek kişiler sayılmıştır. Ancak mevcut düzenleme bu yönde olmasaydı dahi gerek anayasal düzenlemeler gerekse de TCK'da yer alan düzenlemelerle tüzel kişilerin faillliğini kabul etmemiz mümkün olmayacaktı. Nitekim aksi görüşlerin³¹ varlığına rağmen doktrinde de tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir.³²

2499 sayılı kanunda *sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli* açıkça sayılmış olmasına karşın, 6362 sayılı kanunda *ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler* sayılmıştır. Görüldüğü üzere denetçiler ve diğer personel yeni düzenlemede açıkça sayılmamıştır. Ancak bu kişiler maddenin devamında sayılan *iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişilerden* sayılacağından kapsam dışında bırakılma amacı söz konusu değildir. Ayrıca yeni düzenlemenin tek tek sayım yapmamak suretiyle daha kapsayıcı ve genel bir düzenleme getirmesinin hukuk tekniği açısından daha yalın ve yerinde olduğu söylenebilir.

Bazı kişiler iş, meslek ve görevleri nedeniyle ihraççı şirkete ait henüz kamuya açıklanmamış bilgilere doğrudan ulaşabilmektedirler. Bu kişiler şirket çalışanları olabileceği gibi, danışmanlar, avukatlar şirket bünyesinde olmamakla birlikte gizli bilgiyi bilebilecek durumdaki kişiler de olabilir.³³ Ancak burada şirket ile öğrenen arasında muhakkak bir sözleşme ilişkisinin bulunması da gerekmemektedir. Bu bağlamda kamu görevlileri de bu kapsamda kabul edilecektir.³⁴ Burada önemli olan bu kişilerin kanunda belirtilen nitelikteki bilgiye iş,

²⁹ 2499 sayılı Kanunda yer verilen ihraççı tanımının eksikliğine ilişkin eleştiri için bkz. Reha Tanör, *Türk Sermaye Piyasası 2. Cilt*, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 157.

³⁰ Bkz. Evik/Evik, a.g.m., s. 39 vd.

³¹ Görüş için bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014, s.247.

³² Özgenç, a.g.e., s. 188; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 105; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul Beta Yayınevi, 2016, s. 158; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 130.

³³ Temizsoy, a.g.e., s. 61.

³⁴ Şenol, a.g.m., s. 141.

meslek veya görevlerinin icrası nedeniyle ulaşılmış olmaları gerekmektedir. Tesadüfen öğrenenler bu kategoride değildir.³⁵

Maddede sayılan diğer bir kategori bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişilerdir. Bu kişiler bilgiye sahip oldukları konum veya sıfat dolayısı ile değil, suç işlemek suretiyle erişmektedirler. Ancak suçun illa ki bilgiyi edinmek için işlenmiş olması gerekmez, tesadüfen elde edilmiş olduğu takdirde de bu kişiler yine bu kategoride değerlendirilecektir.³⁶

Son kategori ise sahip oldukları bilginin fıkra da belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişilerdir. 2499 sayılı kanunda bu grup, maddede sayılan kişilerle temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler olarak ifade edilmekteydi. Kanaatimizce bu kategori torba niteliğindedir. Bilgiye bir şekilde ulaşılmış olan kişiler bu kapsamda değerlendirilecektir. Mülga düzenlemeden farklı olarak, fıkra da sayılan kimselerle temas halinde olmaları aranmamıştır. Ayrıca 2499 sayılı kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, öğretide bu kategorideki kişilerin edindiği bilgilerin kanunda belirtilen niteliklere sahip bir bilgi olduğunu bilmesi gerektiği, ancak temasın tesadüfi olduğu durumlarda bilginin öğrenilmesinde elverişliliğin bulunmadığı gerekçesiyle bu suç kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.³⁷ Mevcut düzenlemede ise açıkça öğrenenin, bilginin niteliğinden haberdar olması veya ispat edilmesi halinde bilmesinin gerekmesi aranmıştır. Bu bağlamda önceki düzenlemeye nazaran sorumluluğun genişletildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Buna göre mülga düzenlemede tesadüfi öğrenenlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği söylenebilirse de mevcut düzenleme ile tesadüfi veya doğrudan öğrenilmesi arasında bir fark yaratılmamış, hangi yolla olursa olsun bilginin niteliğinden haberdar olması veya ispat edilmesi halinde bilmesinin gerekmesi yeterli sayılmıştır. Bu kategoriye ilişkin açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer mesele ise ispat edilmesi halinde bilmesi gereken kişilerle ne ifade edildiğidir. Esasen kanun koyucu burada ispat bakımından karineye yer vermiştir. Ancak bu husus sorumluluğu fazlaca genişletici bir nitelik arz edebilir kanaatindeyiz.³⁸

³⁵ Evik/Evik, a.g.m., s. 40.

³⁶ Şenol, a.g.m., s. 141. Yazar bilgiyi suça dayalı faaliyetler neticesinde öğrenenlerin birinci dereceden öğrenen olduğunu ifade etmiştir. Ancak kanaatimizce öğrenen sıfatı değişkenlik arz edebilecektir. Bilişim sistemlerine girilerek öğrenilen bilgide birinci dereceden olarak nitelendirileceğimiz fail, birinci dereceden öğrenene cebir veya tehdit uygulayarak öğrendiğinde ikinci dereceden olmaktadır. Bu nedenle ayırım çok net değildir.

³⁷ Evik/Evik, a.g.m., s. 41.

³⁸ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Aksoy, a.g.e., s. 172 vd.

Kural olarak doğrudan kastla işlenebilen bir suç olası kastla da işlenebilir. Ancak kanun koyucu suç tanımında “bilerek”, “bildiği halde” gibi ifadelerle yer veriyse, öğretide ve madde gerekçesinde bu suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceği belirtilmiştir.³⁹ Bu nedenle söz konusu suç kanaatimizce olası kastla işlenebilen bir suç değildir. Ancak kanun, kanaatimizce *ispat edilmesi halinde bilmesi gereken kişiler* ifadesi ile olası kasta işaret etmiştir. Bu nedenle her ne kadar olası kastla işlenebilen suç kategorisine dahil edemeyeceğimiz türden bir suç olsa da bu ifade nedeniyle olası kastla hareket eden herhangi bir failin de bu suçtan sorumlu olacağını kabul etmek gerekmektedir.⁴⁰ Diğer kategorilere dahil olan kişiler de olası kast hareket ettikleri takdirde bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

c. Mağdur

Her suçun mutlaka mağduru da vardır. Farklı şekillerde tanımlamalar da mevcut olmasına karşın genel olarak suçla korunan hukuki menfaatin sahibi veya hamilinin suçun mağduru olduğu kabul edilmektedir.⁴¹ Tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre mağdur ancak ve ancak gerçek kişi olabilir. Tüzel kişiler yalnızca suçtan zarar gören olabilirler.⁴² Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, suçla korunan hukuki menfaat, tüzel kişilere aitse, tüzel kişi ve haliyle devlet de suçun mağduru olabilir. Bunun yanında tüzel kişiliğe sahip olmayan toplumlar, aile ve toplum da mağdur olarak kabul edilebilir.⁴³ Söz konusu suç bakımından da korunan hukuki menfaatin bir yönüyle kamusal bir yönüyle de sermaye piyasasında işlem yapan yatırımcıları koruduğunu izah etmiştik. Bu bağlamda sermaye piyasasında işlem yapan kurum veya işletmelerin yanında, bilgide eşitsiz durumlar yaratıldığında, fırsat eşitliği hakları ihlal edilmiş olan her yatırımcı bu suçun mağdurudur.⁴⁴

³⁹ Özgenç, a.g.e., s. 244.

⁴⁰ Aksi yönde bkz. Aksoy, a.g.e., s. 222.

⁴¹ Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHF, 61(2), 2012, s. 661, 662; Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s.233; Zafer, a.g.e., s. 161; Mağduru suçun maddi konusunun ait olduğu kişi olarak tanımlayan görüşler de vardır. Bu görüş mağdurun yalnızca gerçek kişi olabileceğini, tüzel kişilerin veya devletin mağdur olamayacağını savunur. Bkz. Hakeri, a.g.e., s. 118; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 107.

⁴² Özgenç, a.g.e., s. 210; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 107; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 160.

⁴³ Zafer, a.g.e., s. 161; Katoğlu, a.g.m, s.674, 683; Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 97.

⁴⁴ Tacir, a.g.m., s. 99.

d. Fiil, Netice ve Nedensellik Bağı

aa. Fiil

2499 sayılı kanun döneminde bilgi suistimali suçu, Sermaye Piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kullanarak, Sermaye Piyasasında işlem yapmak suretiyle işlenebilmekteydi. Görüldüğü üzere fiil içerdeki bilgiyi kullanmaktan ibaretti. Ancak bu bilginin ne şekilde kullanılacağına dair kanunda bir açıklık bulunmadığından, bu düzenleme ile serbest hareketli bir suç öngörülmekteydi.⁴⁵

6362 sayılı Kanununun 106. maddesinde ise bilgi suistimali suçunun hangi fiiller yoluyla işlenebileceği belirtilmiştir. Buna göre bilgi suistimali suçu “ilgili sermaye piyasası araçları için alım emri vermek”, “satım emri vermek”, “verdiği emri değiştirmek” veya “iptal etmek” suretiyle işlenebilecektir. Görüldüğü üzere, yasa koyucu suçun icrası bakımından alternatif hareketler belirleyerek, seçimlik hareketli bir suç öngörmüştür.

Seçimlik hareketli suçlar, maddede belirtilen hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle, tamamlanmış olarak kabul edilecektir. Bunun yanında seçimlik hareketlerden hepsinin gerçekleştirilmesi veya birkaçının aynı anda gerçekleştirilmesi hallerinde de tek bir suçun oluştuğu kabul edilecektir.⁴⁶ Bilgi suistimali suçunda belirtilen fiiller bakımından değerlendirme yaptığımızda ise, bu fiillerin aynı konuya ilişkin olduğu görülmektedir. Bu fiiller ilgili sermaye piyasası aracı üzerinde gerçekleştirilmektedir. Bunun sonucu olarak da bilgi suistimali suçu açısından da hem ilgili sermaye piyasası aracı için alım emri verip, sonrasında verdiği emri değiştiren bir fail iki ayrı bilgi suistimali suçu işlemiş olmayacaktır.

Söz konusu suç, ancak kanunda belirtilen fiillerle işlenebileceğinden, aynı zamanda bağlı hareketli bir suç özelliği göstermektedir. Bilgi suistimali suçun maddede belirtilen fiiller dışındaki bir fiille işlenemeyecektir. 2499 sayılı kanunda ise yalnızca içeriden edinilen bilginin kullanılmasından bahsedilmekteydi. Bu nedenle öğretide bilgi suistimali suçunun içeriden öğrenilen bilginin başkalarına aktarılması halinde de işlenmiş kabul edileceği belirtilmekteydi.⁴⁷ Bu bağlamda mevcut düzenlemeyi değerlendirdiğimizde, bu ihtimalin kapsam dışında bırakıldığını, belirtilen nitelikteki bilgiyi üçüncü kişilere aktaran kişilerin şartların mevcudiyeti halinde, yardım eden, azmettiren veya müşterek fail ola-

⁴⁵ Tacir, a.g.m., s. 103. Öğretide mülga düzenlemenin bağlı hareketli bir suç öngördüğünü ifade eden yazarlar da vardır. Bkz. Evik/Evik, a.g.m., s. 48; Temizsoy, a.g.e., s. 68.

⁴⁶ Özgenç, a.g.m., s. 166.

⁴⁷ Evik/Evik, a.g.m., s. 42.

arak sorumlu tutabileceğimizi söyleyebiliriz. Örneğin menkul kıymetlerin ödünç alınması veya verilmesi suretiyle bu suç işlenemeyecektir. Ancak kanaatimizce repo veya ters repo işlemleri “alım” “satım” kapsamında değerlendirilebilecek türden işlemler olduğundan bu yollarla bilgi suistimali suçu işlenebilecektir.

Belirtelim ki, bilgi suistimali suçunun oluşabilmesi için, belirtilen fiillerin, doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak işlenmesi gerekmektedir. Söz konusu niteliğe sahip olmayan bir bilgiye dayalı olarak yapılan işlemlerde tipikliğin içinde yer alan diğer hususlar gerçekleşmiş olsa dahi, bilgi suistimali suçu oluşmayacaktır. Bu bakımdan burada söz konusu bilgilerin niteliği üzerinde de durmak gerekmektedir. Çünkü sıradan bilgiler değil, maddede belirtilen nitelikte bilgilerin suistimali söz konusu suça vücut verecektir.

Bilginin öncelikle doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında olması gerekmektedir. Yine söz konusu bilginin ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek türden bir bilgi olması ve son olarak bu bilginin henüz kamuya duyurulmamış, yalnızca bazı kişilerin hakimiyetindeki bir bilgi olması gerekmektedir.⁴⁸

Sermaye piyasası araçları kanununun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre *menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları* sermaye piyasası araçlarıdır. İhraççıların tanımına ise yukarıda yer verdiğimizden burada belirtmekle yetiniyoruz. Öğretide ihraççılara ilişkin bilgiler *şirket bilgisi ve piyasa bilgisi* olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir.⁴⁹ Ancak konuya ilişkin ayrımın pratik bir değeri yoktur. Bilginin ihraççılar hakkında olması yeterli kabul edilecektir.⁵⁰ Öğretide sermaye piyasası araçları veya ihraççı ile ilgili olmayan, devletin piyasalara etki edebilecek türden ekonomi politikalarının ve hatta güvenlik veya dış politika gibi herhangi bir tasarrufunun içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışmalı olmakla birlikte⁵¹ çoğunlukla içeriden öğrenilen bilgi olarak kabul edileceği belirtilmektedir.⁵² Kanaatimizce 2499 sayılı kanunda bulunmamasına karşın, 6236 sayılı

⁴⁸ Şenol, a.g.m., s. 127, 128.

⁴⁹ Turanboy, a.g.e., s. 51-53.

⁵⁰ Şenol, a.g.m., s. 129.

⁵¹ Şenol, a.g.m., s. 129.

⁵² Evik/Evik, a.g.m., s. 45; Şenol, a.g.m., s. 129.

kanunla getirilen *doğrudan veya dolaylı* olarak ibaresi sorunun cevabını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda dolaylı olarak ilgi kurulabilecek her hal bu kapsamda değerlendirilecektir.

İkinci husus bilginin ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek türden olmasıdır.⁵³ 2499 sayılı kanunda yalnızca sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek türden bilgi olması aranmaktayken, 6362 sayılı kanunla bilginin niteliğine ilişkin daha kapsayıcı bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda kanaatimizce sermaye piyasası araçlarının değerini etkilememekle birlikte yatırımcının kararını etkileyebilecek türden bilgiler de içerideki bilgi olarak kabul edilecektir. Ancak söz konusu kriterin belirlenmesinin birtakım zorluklar taşıdığını da belirtmekte yarar bulunmaktadır. Her şeyden önce bilginin bu niteliğine ilişkin değerlendirmede yalnızca objektif kriterler mi esas alınacaktır? Subjektif kriter de göz önünde bulundurulacak mıdır? Bu değerlendirmede bilginin kamuya açıklanmış halinde fiyatlar, değerler veya yatırımcıların kararlarını etkileyip etkilemediği mi göz önünde bulundurulacak, yoksa yalnızca failin fiili işlerken bu kritere yönelik bilgisi mi değerlendirmeye alınacaktır? Öğretide Şenol, failin bilgiye ilişkin fiili işlerken sahip olduğu değerlendirmenin esas alınması gerektiğini, bunun dışında bilginin etkililiği noktasında makul yatırımcı objektif kistası yanında, failin subjektif durumunun da değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁴ Esasen sorunun çözümü noktasında suç genel teorisi bakımından bilginin neyi ifade ettiğini ortaya koymak gerekmektedir. Kanunda belirtilen niteliği ile bilgi, suçun maddi unsurlarındandır. Nitekim faile ilişkin torba hüküm niteliğindeki d bendinde *sahip oldukları bilginin bu fıkra da belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler* sayılmıştır. Bu bağlamda bilginin niteliği failin kastının kapsamında olmalıdır. Bu bakımdan faile ilişkin subjektif bir değerlendirme yapılması şarttır. Bu nedenle bilgiye ilişkin değerlendirme, suç tipine ilişkin bir değerlendirme olacaktır. Böylece bilginin niteliğinin objektif olarak değerlendirilmesi de suçun oluşumu bakımından önem arz etmektedir. Bunun yanında failin fiili icra ettiği sırada kasta sahip olması gerektiğinden, failin kastının kapsamında kalan bu hususa ilişkin failin fiili işlediği sıradaki değerlendirmesinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu gerekçelerle yazarın görüşüne katılmaktayız.

⁵³ “Örneğin anonim ortaklığın bilanço dönemindeki kârı hakkında bilgiler, şirketlerin sermaye artırımını ile ilgili bilgiler, şirketin birleşme ve el değiştirmesi ile ilgili bilgiler” bu niteliğe örnek olarak gösterilmiştir. Bkz. Meral Bakkalıcı, *İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2007, s. 215.

⁵⁴ Şenol, a.g.m., s. 138.

Bilgiye ilişkin son kriter ise, kamuya açıklanmamış olmasıdır.⁵⁵ Kamuya açıklanmış olan bir bilgiye dayalı olarak işlenen fiiller bilgi suistimali suçunu oluşturmayacaktır.⁵⁶ Bu noktada bilginin ne zaman kamuya açıklanmış sayılacağı da tespit etmek gerekmektedir. Esasen bilginin kamuya duyurulmuş olması, söz konusu bilginin ulaşılabılır durumda olmasına ilişkindir.⁵⁷ Bu bağlamda hangi vasıta ile olursa olsun, kamunun ulaşılabılırliğine sunulduğu anın kamuya açıklanmış sayılma anı olarak kabulü gerekmektedir.⁵⁸ Kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde bazı hallerde, kamunun aydınlatılması zorunlu kılınmıştır. Özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin esaslar tebliğinin⁵⁹ 14. maddesinde içsel bilgilerin açıklanması hususu düzenlenmiş,⁶⁰ 17. maddesi ile de ortaklıklara sermaye piyasası araçlarının fiyatları veya işlem hacimlerinde olağan piyasa koşullarıyla açıklanamayan dalgalanmaların olduğu durumlarda ilgili borsanın talebi üzerine derhal kamuya açıklama yapmak zorunluluğu getirilmiştir. Yine 18. madde ile de kamuya duyurulmuş bilgilerden farklı içerikteki haber veya söylentilerin varlığı halinde, bunların doğru veya yeterli olup olmadığı konusunda, ortaklıklarca bir açıklama yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Aynı tebliğin 21. maddesi ile de özel durum açıklamalarının en seri haberleşme vasıtaları ile borsaya ulaştırılacağı belirtilmiştir. Özel durum açıklamaları İMKB Günlük Bülteni vasıtası ile de kamuya duyurulmaktadır. Bu nedenle söz konusu bilgilerin kamuya duyurulmuş olması anı bültenin yayımlanması ile olacaktır. Bunun yanında öğretide kamuya açıklanmış sayılması bakımından bilginin önemsiz bir kısmının açık-

⁵⁵ Bilginin "sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgi" niteliği Aksoy tarafından fiilin önşartı olarak ifade edilmiştir. Bkz. Aksoy, a.g.e., s. 197. Ancak kanaatimizce öğretide suçun/fiilin önşartı olarak nitelendirilen hususlar tipikliğe dahildir ve ayrı bir unsur olarak kabulünün pratik bir karşılığı yoktur. Aynı yönde bkz. Zafer, a.g.e., s. 164.

⁵⁶ Tacir, a.g.m., s. 99, 100.

⁵⁷ Evik/Evik, a.g.m., s. 45.

⁵⁸ Şenol, a.g.m., s. 130.

⁵⁹ Seri: VII, No: 54.

⁶⁰ MADDE 14 - (1) Ortaklıklar tarafından içsel bilgiler ve bu bilgilere ilişkin daha önce açıklanan hususlardaki değişiklikler ortaya çıktığında veya öğrenildiğinde özel durum açıklaması yapılması zorunludur.

(2) Ortaklıkların bilgisi dışında, içsel bilgilerin, ortaklıkların toplam oy haklarında veya sermayesinde önemli miktarda paya sahip hissedarları tarafından öğrenilmesi durumunda, söz konusu gerçek veya tüzel kişiler tarafından da özel durum açıklaması yapılması zorunludur. Bu Tebliğin 15'inci maddesi hükümleri saklıdır.

(3) İçsel bilgilerin bir ortaklık veya onun namına ya da hesabına hareket eden bir kişi tarafından, işi veya görevinin olağan ifası sırasında, üçüncü kişilere açıklanması halinde, bu bilgiler ortaklık tarafından kamuya açıklanır.

(4) Bilgileri alan kişinin, yasal bir düzenleme, şirket ana sözleşmesi veya özel bir sözleşme gereğince, söz konusu bilgileri gizli tutma yükümlülüğü varsa, bu maddenin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanmaz.

lanmış olması karşısında, diğer nitelikleri taşıyan ve henüz kamuya duyurulmamış olan kısmı bakımından da açıklanmış bilgi olarak kabul görmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶¹ Ancak kanaatimizce kamuya duyurulmamış olmasına karşın, kamuya duyurulmuş kabul etmek, suçla korunan hukuki menfaat göz önüne alındığında, doğru bir değerlendirme olmayacaktır. Duyurulmamış bilginin her halükarda fırsat eşitsizliği yaratacağı ortadadır. Bu gerekçeyle söz konusu bilgi kamuya açıklanmamış olan kısmı bakımından bilgi suistimali suçunun oluşumuna sebebiyet verecektir.

Kanunda açıkça zikredilmemiş olmasına karşın öğretide bilginin kesin ve güvenilir olması gerektiği ve buna yönelik bir değerlendirmenin yapılacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda spekülatif sayılabilecek, dedikodu veya söylentilere dayalı bilgilerle suçun işlenemeyeceği belirtilmiştir.⁶² Bilginin kesinliğine ilişkin kriter, hukuka uygun alanla uygun olmayan alanın belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Ancak öğretide kesinliğin, gerçeklik kadar katı algılanmaması gerektiği belirtilmiştir.⁶³ Gerçekten de aksi durum normun uygulanma alanını daraltacak, bilginin bu niteliğine ilişkin tespiti zorlaştıracaktır.

bb. Netice ve Nedensellik Bağı

2499 sayılı kanunda *bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek* şeklinde yer alan suçta, içerideki bilginin kullanılarak, fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlanması veya zararın bertaraf edilmesi suretiyle suç tamamlanmakta ve netice gerçekleşmekteydi.

6362 sayılı kanunda ise bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri verilmesi veya verilen emrin değiştirilmesi veya iptal edilmesi ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin edilmesi cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan suçun tamamlanması için maddede belirtilen sermaye piyasası işlemlerinin yapılması ve bu suretle menfaat⁶⁴ temin edilmesi ile suç tamamlanmaktadır. Bu noktada menfaat temin edilmesi, bu suç bakımından objektif cezalandırılabilme şartı olarak mı yoksa netice olarak mı öngörülmüştür bunun tespiti gerekmektedir. Suç genel teorisi bakımından menfaat teminin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesinin birtakım sonuçları vardır. Şayet unsur olarak kabul etmezsek suçun oluşmasına herhangi

⁶¹ Evik/Evik, a.g.m., s. 45, 46.

⁶² Evik/Evik, a.g.m., s. 46; Şenol, a.g.m., s. 132, 133.

⁶³ Şenol, a.g.m., s. 143.

⁶⁴ TDK'da *çıkâr* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr. Erişim Tarihi: 30. 07.2019.

bir etkisi olmayacak, işlenen bir suçtan kaynaklı olarak failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına ilişkin bir şart söz konusu olacaktır. Buna bağlı olarak da kastın bu şartı kapsamaması gerekmez. Objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edildiğinde, suç oluşacak, ancak söz konusu şart gerçekleşmediği takdirde fail teşebbüsten dahi cezalandırılmayacaktır.⁶⁵ Kanaatimizce suçla korunan hukuki menfaati göz önünde bulundurarak, menfaat teminin suçun neticesi olarak öngörüldüğünü söyleyebiliriz. Aksi takdirde, bir şekilde menfaat temin edilemediğinde, failin teşebbüsten dahi cezalandırılmaması sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durumda suçla korunan hukuki menfaat ihlal edilmesine karşın, failin cezalandırılmayacağı anlamına gelir. Kanunun gerekçesinde de *“Yapılan düzenleme ile; içsel bilgilere kamuya duyurulmadan önce sahip bulunan kişilerin, bilgiye diğer yatırımcılardan daha önce sahip olma ve buldukları konunun verdiği avantaj ile haksız menfaat elde etmeleri önlenmesi ve caydırıcılığın temini amaçlanarak, “bilgi suistimali fiili” cezai müeyyideye bağlanmıştır.”* denilerek suçla menfaat teminin önlenmek istendiği belirtilmiştir. Bu bakımdan kanaatimizce haksız menfaat elde edilmesi bu suçun neticesi olarak öngörülmüş, suçun kanuni unsurları arasında yer almaktadır. Bu nedenle bir şekilde menfaat temin edilemediği durumlarda, şartları mevcutsa, fail teşebbüsten cezalandırılabilir.

Kanun koyucu mülga kanundaki düzenlemenin aksine mameleki bir yarar veya zarar olarak nitelendirme yapmayarak, manevi menfaat teminlerini de suç kapsamına almıştır. Bu bakımdan hükmün uygulama alanının genişletildiğini söyleyebiliriz. Örneğin salt rakibi alt etmek için maddede belirtilen fiillerin gerçekleştirilmesiyle suç işlenmiş olacaktır.⁶⁶ Bunun yanında kanun koyucu mülga kanun döneminde tipte yer verdiği manevi unsura yönelik düzenlemesini, bu suç bakımından netice haline getirmiştir.

Menfaat teminin salt failin lehine olması hali değil, üçüncü kişilere menfaat temin edilmesi hali de madde kapsamındadır. Bu bakımdan örneğin eşinin şirkette terfisi için içerdeki bilgiyi kullanarak, belirtilen fiilleri gerçekleştiren kişi de bu suçun faili olacaktır. Ayrıca belirtelim ki menfaat temini salt yarar olarak değerlendirilmemelidir. Bu bakımdan zarardan kurtulma da bilgi suistimali suçuna vücut verecektir.⁶⁷

⁶⁵ Bkz. Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 348.

⁶⁶ Mülga kanun döneminde manevi yararların kapsam dışında olduğu görüşü için bkz. Evik/Evik, a.g.m., 49.

⁶⁷ Tacir, a.g.m., s. 99.

B. Manevi Unsur

TCK'nın sistematüğinde kast ve taksir olmak üzere iki tür manevi unsur kabul edilmiştir.⁶⁸ Bilgi suistimali suçunun manevi unsuru kasttır. Bu bakımdan failin tipikliğe ilişkin objektif unsurları bilmesi ve istemesi gerekecektir. Bu bağlamda bilginin kamuya duyurulmamış bir bilgi olduğunu bilmek ve istemek gerekecektir. Suçun olası kasta işlenmesi kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü kanun koyucu belirli nitelikte bilgileri ve bilgilerin bu niteliğinin bilinmesini özel olarak aramıştır. Bu nedenle kanaatimizce suç olası kastla işlenemez. Bunun yanında suçun oluşması bakımından kanunda özel kasta yer verilmediğinden, bilgi suistimali suçü genel kastla işlenebilen bir suçtur. Özel kastın arandığı suçlarda failin fiili gerçekleştirirken, belirli amaç veya saiklerle hareket etmesi gerekmekte ve kanun koyucu tarafından bu amaç veya saik unsur olarak kabul edilmektedir.⁶⁹ Ancak söz konusu suç bakımından böyle bir unsur öngörülmediğinden, failin saiki, amacı suçun oluşması bakımından önem arz etmeyecek, araştırılmayacaktır.

Mülga kanunda ise suç menfaat temin etmek özel kastı ile işlenebilir bir suç olarak öngörölmüştür.⁷⁰ Ancak mevcut düzenlemede böyle bir amaca veya saike yer verilmediğinden, kanaatimizce genel kastla işlenebilir bir suç haline getirilmiştir.

Bir suçun işlenmesi ile suçun konusu zarar görmekte veya tehlikeye maruz kalmaktadır. Bu nedenle zarar suçü, tehlike suçü ayrımı suçun konusu üzerinde gösterdiği etki temel alınarak açıklanmaktadır.⁷¹ Suçun işlenmesi ile ortaya çıkan netice, bu suçun konusunun zarara uğraması ise, zarar suçları, tehlikeye maruz bırakılması ise de tehlike suçları söz konusu olmaktadır.⁷² Kanaatimizce bilgi suistimali suçü, zarar suçudur.⁷³ Bu suçun işlenmesi ile, fail kendisi veya üçüncü bir kişi lehine haksız kazanç sağlamaktadır. Böylece yatırımcılar arasında fırsat eşitliği bozulmakta ve sermaye piyasasının işlevselliği ve kamu ekonomisi zarar görmektedir.⁷⁴

⁶⁸ Hakan Karakehya, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010, s. 24.

⁶⁹ Karakehya, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, s 75, 76.

⁷⁰ Evik/Evik, a.g.m., s. 52. Çolak, a.g.m., s. 9; Temizsoy, a.g.e., s. 76; Bakkalçı, a.g.e., s. 216, 217.

⁷¹ Özgenç, a.g.e., s. 207; Koca/Üzölmez, a.g.e., s. 110.

⁷² Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 238.

⁷³ Evik/Evik, a.g.m., s. 49.

⁷⁴ Temizsoy, a.g.e., s. 70.



C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık işlenen fiilin kanunla çatışma halinde olması olarak ifade edilmektedir.⁷⁵ Hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesi benimsenen suç genel teorisine bağlı olarak değişiklik arz etmektedir.⁷⁶ Hukuka aykırılık kimi yazarlarca suçun özünü oluşturduğu gerekçesiyle suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul edilmemektedir.⁷⁷ Ancak öğretide genel olarak benimsenen görüş hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olduğunu kabul etmekte ve ayrıca incelemektedir.⁷⁸ Benimsenen görüş ne olursa olsun işlenen fiilin hukuk düzeni ile çatışma halinde olması için bir başka deyişle o fiilin hukuka aykırı kabul edilebilmesi için, hukuk düzeninin o fiile izin vermemiş veya o fiilin yapılmasını emretmemiş olması gerekmektedir.⁷⁹

TCK'nın 24 vd. maddelerinde düzenlenen nedenler genel hukuka uygunluk nedenleridir. 26. maddede düzenlenen genel hukuka uygunluk nedeni hakkın kullanılmasına ilişkindir. Hakkın kullanımından söz edilebilmesi için iki önemli husus söz konusudur. Bunlar da kişi tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen subjektif bir hakkın varlığı ve bu hakkın sınırları içinde hareket edilmiş olmasıdır.⁸⁰ Bilgi suistimali suçu bakımından hakkın kullanılmasına örnek olarak yatırım danışmanlarının yapmış oldukları faaliyetler örnek verilebilir. Yatırım Kuruluşlarının Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Tebliğ⁸¹'in 18. maddesinin 8. fıkrasında yatırım danışmanlığının tanımı yapılmıştır. Buna göre; “*Yatırım danışmanı, yetkili kuruluşlarda müşterilere sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında ve benzeri konularda yönlendirici nitelikte yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunulmasından ve Kurulun yatırım danışmanlığı faaliyetine ilişkin düzenlemelerde belirtilen faaliyetlerin kısmen veya tamamen yürütülmesinden sorumlu olan personeldir.*” Görüldüğü üzere bu kişiler şirketler ve sermaye piyasası hakkında bilgi ve donanıma sahip kişilerdir.

⁷⁵ Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 18.

⁷⁶ Katoğlu, a.g.e., s. 127.

⁷⁷ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 107. Türkan Sancar/ Timuçin Köprülü, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014, s.131. Görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Katoğlu, a.g.e., s. 127 vd.

⁷⁸ Sulhi Dönmezer / Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1997, s. 10; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 352 vd.; Hafizoğulları/Özen, a.g.e., s. 219 vd.; Özgenç, a.g.e., s. 282; Zafer, a.g.e., s.305; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 249, Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 213.

⁷⁹ Sancar/Köprülü, a.g.e., s. 179; Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 249.

⁸⁰ Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 268.

⁸¹ Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/12/20131217-13.htm> Erişim Tarihi: 15.12.2015.

Bu nitelikleri gereği türlü analizler yaparak yatırımcılara danışmanlık yapmakta, bir yol gösterme faaliyeti icra etmektedirler. Hukuk düzeni tarafından izin verilen bu hususa ilişkin gerçekleştirilen fiiller bu nedenle suç teşkil etmeyecektir. Bu kişilerin hukukun çizdiği sınırlar içinde gerçekleştirdikleri faaliyetler hakkın kullanılmasında değerlendirecek, hukuka uygun kabul edilecektir.

Bilgi suistimali suçü genel hukuka uygunluk nedenleri bakımından özellik arz etmemektedir. Ancak kanunun 108. maddesinde bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçü bakımından özel hukuka uygunluk hali düzenlenmiştir. Buna göre;

“a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması

b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağıli ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi

c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi” hallerinde işlenen fiiller hukuka uygun kabul edilmiştir.

4. SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Bir suç belirli aşamalardan geçerek işlenmekte, ceza hukuku öğretisinde söz konusu aşamaların tamamı *suç yolu* olarak ifade etmektedir.⁸² Suç yolu; suç işlemeye karar verme, ardından suçü işlemek amacıyla birtakım hazırlıklar yapma ve suçun icrasına yönelik hareketleri gerçekleştirme şeklinde aşamalardan oluşmaktadır.⁸³ Tamamlanmamış suçlara ilişkin failin cezalandırılabilmesine cevaz veren teşebbüs hükümleri TCK m. 35’de düzenlenmiştir.⁸⁴

⁸² Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009, s. 19; Doğan Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 4. Ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 387; Zafer, a.g.e., s. 438.

⁸³ Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 387.

⁸⁴ Teşebbüsün cezalandırılma nedenine ilişkin öğretideki görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. İpekçioğlu, a.g.e., s. 36 vd.; Adem Sözüer, *Suç Teşebbüs*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 48 vd.; Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, s. 26 vd.

Bilgi suistimali suçu teşebbüse elverişli bir suçtur. Ancak bunun için öncelikle suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlandığı anın tespit edilmesi gerekmektedir. Öğretide bilginin öğrenilmiş olmasına karşın kullanılmadığı hallerde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı ifade edilmiştir.⁸⁵ Ancak kanaatimizce, suçun elverişli hareketlerle icrası kanuni tipte belirtilen fiillerin, yani ilgili sermaye piyasası araçları için “alım emri vermek”, ya da “satım emri vermek” veya “verdiği emri değiştirmek” veya “iptal etmek” fiillerine yönelik hareketlerle başlamaktadır. Bilginin öğrenilmesi ise icra hareketi olarak değil, hazırlık hareketi olarak değerlendirilebilir. Burada icra hareketlerini kısımlara ayırabildiğimiz durumlarda teşebbüsün mümkün olduğunu ifade edebiliriz. Örneğin, şirketin mali durumuna ilişkin önemli bir değişikliği içerdiren öğrenen kişi, internet üzerinden alım veya satım emri verirken, elektrikler kesilmiş olabilir. Bu durumda teşebbüs söz konusu olabilir. Ancak bilgiyi öğrenmiş ve bir üçüncü kişiye bu bilgiyi mektup, mail veya sair yollardan biriyle yollarken, bilgiye postada el konulması halinde kanaatimizce teşebbüs söz konusu değildir.⁸⁶ Bunun dışında içerdeki bilgiye dayanılarak örneğin sermaye piyasası aracının satımı emri verilmiş, ama menfaat temin edilememiş olabilir. Bu durumda da fail teşebbüsten cezalandırılacaktır.

TCK m. 36’da ise “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.*” hükmü ile gönüllü vazgeçme kurumu düzenlenmiştir. Teşebbüsün mümkün olduğu hallerde gönüllü vazgeçme kurumu da söz konusu olabilecektir.

B. İştirak

Ceza içeren normlar, fiilin tek bir kişi tarafından işlendiği halleri düzenlemektedir. Ancak kimi durumlarda suçların birden fazla kişi tarafından işlendiği görülmektedir. Bu durumlar için suç ortaklığı olarak da adlandırılan iştirak⁸⁷ kurumuna yer verilmiştir. Bu sayede kanuni tipte bir kişi tarafından işlenebilir şekilde düzenlenen veya niteliği gereği bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin farklı türden katılımı ile işlenmesi hali ceza sorumluluğuna dahil edilmiştir.⁸⁸ Ancak bazı suçlar bakımından suçun kurucu unsuru olan birden fazla kişinin katılımı iştirak kurumu bağlamında değerlendirilemeyecektir.⁸⁹

⁸⁵ Temizsoy, a.g.e., s. 71.

⁸⁶ Aksi yönde bkz. Tacir, a.g.m., s. 103.

⁸⁷ Hakeri, a.g.e., s. 509.

⁸⁸ Koca/Üzülmez, a.g.e., s. 416.

⁸⁹ Devrim Aydın, *Suçta İştirak*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 33.

İştirak şekilleri arasında sorumluluk bakımından farklılık, ilgili suça iştirak edenlerin nedensel katkısı dikkate alınarak oluşturulmuştur.⁹⁰ Bilgi suistimali suçunda da iştirakin her şekli mümkündür.⁹¹ Özellik arz eden bir husus söz konusu değildir.

C. İçtima

Suçların içtimaı öğretide, suçların toplanması, birleşmesi⁹² olarak ifade edilmektedir.⁹³ Aksi kanunda öngörülmediği takdirde fail, işlediği fiil kadar suçtan sorumlu olacaktır.⁹⁴ Ancak kanunda öngörülen içtima hükümleri gereğince, fail birden fazla ihlal gerçekleştirmiş olmasına rağmen, tek bir ihlal gerçekleştirdiği kabul edilmekte ve bu hükümlerde öngörülen şekilde cezalandırılmaktadır.⁹⁵

Bilgi suistimali suç bakımından TCK'da düzenlenen suçların içtimaı, gerçek içtima şeklinde gerçekleşebilir. Örneğin güveni kötüye kullanma veya madde 239'da düzenlenen ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu bakımından, her ne kadar iki normun da ihlal edilmiş gibi görünse de bu çatışma görünüştedir. Özel norm-genel norm ilişkisi göz önüne alınarak, bu görünüşte çatışma hali çözümlenir. SerPK ile TCK arasında özel norm genel norm ilişkisi söz konusu olacağından, bu kanunlarda düzenlenen suçlar bakımından SerPK özel norm olacaktır.⁹⁶

5. MÜEYYİDE, KOVUŞTURMA, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

A. Müeyyide

Kanuna göre fail, iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz (SerPK m. 106). SerPK m. 114 gereğince *suçların bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi hâlinde ilgili tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.*

⁹⁰ Aydın, a.g.e., s. 131.

⁹¹ Tacir, a.g.m., s. 105; Evik/Evik, a.g.m., s. 55.

⁹² Kanunun Türkleştirilmesi yönündeki eğilim nedeniyle kanunda "içtima" yerine "suçların birleşmesi" olarak ifade edilmesinin daha yerinde olacağı görüşü için bkz. Özbek vd., a.g.e., s. 579.

⁹³ Zafer, a.g.e., s. 492.

⁹⁴ Özbek vd., a.g.e., s. 579.

⁹⁵ Zafer, a.g.e., s. 492, 493.

⁹⁶ Tacir, a.g.m., s. 107.

B. Soruşturma ve Kovuşturma

Ceza muhakemesi şartları, muhakeme yapılmasının koşullara bağlanmasıdır. Bu şartların kimi durumlarda varlığı, kimi durumlarda yokluğu muhakemenin yapılması bakımından şart koşulmuştur. Kural olarak, muhakeme herhangi bir şarta bağlı olmadan gerçekleştirilmektedir. Ancak bazı durumlarda kanun koyucu bu tür şartlara yer vermiştir. Bu şartlardan biri de taleptir. Talep, suçların yetkili organlarca re'sen takip edileceğine ilişkin kuralın istisnalarından biridir.⁹⁷ Bilgi suistimali bakımından da kanunun 115. maddesinde “*Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.*” denilmiştir. Bu nedenle soruşturma ve kovuşturma yapılması Sermaye Piyasası Kurulunun talebine bağlı tutulmuştur.

Ancak belirtelim ki, cumhuriyet savcısı yaptığı incelemede, failler ve hukuki nitelendirme konusunda, başvuruda belirtilen nitelendirmelerle bağlı değildir. Bu bağlamda yaptığı inceleme neticesinde örneğin bilgi suistimali suçu yerine piyasa dolandırıcılığı suçunun oluştuğuna kanaat getirerek iddianameyi buna göre düzenleyebilecektir. Suçun işlendiğine dair şüphe bulunması halinde de, kurul takdir yetkisine sahip değildir, başvuruyu her koşulda gerçekleştirmek zorundadır.

C. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görev (madde yönünden yetki kuralları), suçun ağırlığı ve niteliği ölçüt alınarak belirlenen kurallar gereğince hangi tür suçların hangi ceza mahkemelelerinde yargılanacağını belirlemektedir.⁹⁸ Bilgi suistimali suçu bakımından görevle ilişkin özel hüküm öngörülmüştür. Buna göre “*Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir.*” (m. 116).

Yetki diğer bir ifadeyle yer yönünden yetki kuralları, pratik gereklilikler, ispat kolaylığı ve usul ekonomisi ilkesi gözetilmek suretiyle ortaya konulmuştur⁹⁹ ve uyuşmazlığın neredeki ceza mahkemesinde görüleceğine ilişkin kuralları belirlemektedir.¹⁰⁰ Yetki kuralları Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bilgi suistimali suçu bakımından da bu kurallar göz önünde bulundurulacaktır.

⁹⁷ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014, s. 169, 141.

⁹⁸ Karakehya, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 48.

⁹⁹ Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971, s. 300.

¹⁰⁰ Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, s. 50; Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014. s. 245.

SONUÇ

- 2499 sayılı SerPK'nın 47. maddesinde içeriden öğrenenlerin ticareti suçu düzenlenmekteyken, 2012 yılında 6362 sayılı SerPK yürürlüğe girmiş ve bilgi suistimali suçu başlığı altında, mülga düzenlemeden oldukça farklı bir düzenleme getirilmiştir.
- 2499 sayılı kanun döneminde bilgi suistimali suçunda fiil, içerdeki bilgiyi kullanmaktan ibaretti. 6362 sayılı kanununun 106. maddesinde ise bilgi suistimali suçunun hangi fiiller yoluyla işlenebileceği belirtilmiştir. Yasa koyucu suçun icrası bakımından alternatif hareketler belirleyerek, seçimlik hareketli bir suç öngörmüştür. Söz konusu suç, ancak kanunda belirtilen fiillerle işlenebileceğinden, aynı zamanda bağlı hareketli bir suç özelliği göstermektedir. Bilgi suistimali suçu maddede belirtilen fiiller dışındaki bir fiille işlenemeyecektir. Örneğin menkul kıymetlerin ödünç alınması veya verilmesi suretiyle bu suç işlenemeyecektir. Ancak kanaatimizce repo veya ters repo işlemleri "alım" "satım" kapsamında değerlendirilebilecek türden işlemler olduğundan kanaatimizce bu yollarla bilgi suistimali suçu işlenebilecektir.
- 2499 sayılı kanunda yalnızca içeriden edinilen bilginin kullanılmasından bahsedilmekteydi. Bu nedenle öğretide bilgi suistimali suçunun içeriden öğrenilen bilginin başkalarına aktarılması halinde de işlenmiş kabul edileceği belirtilmekteydi. Bu bağlamda mevcut düzenlemeyi değerlendirdiğimizde, bu ihtimalin kapsam dışında bırakıldığını, belirtilen nitelikteki bilgiyi üçüncü kişilere aktaran kişileri şartların mevcudiyeti halinde, yardım eden, azmettiren veya müşterek fail olarak sorumlu tutabileceğimizi söyleyebiliriz.
- Maddede sahip oldukları bilginin fıkra da belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişiler de sayılmıştır. 2499 sayılı kanunda bu grup, maddede sayılan kişilerle temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler olarak ifade edilmekteydi. Bu kategori torba niteliğindedir. Bilgiye bir şekilde ulaşmış olan kişiler bu kapsamda değerlendirilecektir. Mülga düzenlemeden farklı olarak, fıkra da sayılan kimselerle temas halinde olmaları aranmamıştır. Ayrıca 2499 sayılı kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, öğretide bu kategorideki kişilerin edindiği bilgilerin kanunda belirtilen niteliklere sahip bir bilgi olduğunu bilmesi gerektiği, ancak temasın tesadüfi olduğu durumlarda bilginin öğrenilmesinde elverişliliğin bulunmadığı gerekçesiyle bu suç kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Mevcut düzenlemede ise açıkça öğrenenin, bilginin niteliğinden haberdar olması veya ispat edilmesi halinde bilmesinin gerekmesi aranmıştır. Bu bağlamda önceki düzenlemeye nazaran sorumluluğun genişletildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Buna göre mülga düzenlemede tesadüfi öğrenenlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği söylenebilirse de mevcut

düzenleme ile tesadüfi veya doğrudan öğrenilmesi arasında bir fark yaratılmamış, hangi yolla olursa olsun bilginin niteliğinden haberdar olması veya ispat edilmesi halinde bilmesinin gerekmesi yeterli sayılmıştır.

- Kanun koyucu *ispat edilmesi halinde bilmesi gerekenler* ile esasen burada ispat bakımından karineye yer vermiştir. Ancak bu husus sorumluluğu fazlaca genişletici bir nitelik arz edebilir kanaatindeyiz.
- Söz konusu suç kanaatimizce olası kastla işlenebilen bir suç değildir. Ancak kanun, *ispat edilmesi halinde bilmesi gereken kimseler* ifadesi ile olası kasta işaret etmiştir. Bu nedenle her ne kadar olası kastla işlenebilen kategorisine dahil edemeyeceğimiz türden bir suç düzenlenmiş olsa da, bu ifade nedeniyle olası kastla hareket eden bir failin de bu suçtan sorumlu olacağını kabul etmek gerekmektedir. Bu kategori dışında sayılan kişiler de olası kast ile hareketi gerçekleştirdi ise, bu kapsamda değerlendirilebilecektir.
- 6362 sayılı kanunda ise bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri verilmesi veya verilen emrin değiştirilmesi veya iptal edilmesi ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin edilmesi cezalandırılmaktadır. Kanaatimizce haksız menfaat elde edilmesi bu suçun neticesi olarak öngörülmüş, suçun kanuni unsurları arasında yer almaktadır. Bu nedenle bir şekilde menfaat temin edilemediği durumlarda, şartları mevcutsa, fail teşebbüsten cezalandırılacaktır.
- Kanun koyucu mülga kanundaki düzenlemenin aksine mameleki bir yarar veya zarar olarak nitelendirme yapmayarak, manevi menfaat teminlerini de suç kapsamına almıştır. Bu bakımdan hükmün uygulama alanının genişletildiğini söyleyebiliriz. Bunun yanında kanun koyucu mülga kanun döneminde tipte yer verdiği manevi unsura yönelik düzenlemesini, bu suç bakımından netice haline getirmiştir.
- Bilgi suistimali suçu ile kamuya açıklanmamış bilgilerle fırsat eşitliğinin bozularak gelir elde edilmesi yasaklanmıştır. Suçun üzerinde etkilerini gösterdiği konu ise, sermaye piyasası araçlarıdır. Bilgi suistimali suçu ile korunması amaçlanan hukuksal değer ise, yatırımcılar arasında bilgisel olarak eşitliğin sağlanması ve şeffaflıktan herkesin faydalanmasının sağlanmasıdır.
- Mülga kanunda suç menfaat temin etmek özel kastı ile işlenebilir bir suç olarak öngörülmüştür. Ancak mevcut düzenlemede böyle bir amaca veya saike yer verilmediğinden, genel kastla işlenebilir bir suç haline getirilmiştir.
- Kanununun 108. maddesinde bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından mülga kanunda bulunmayan özel hukuka uygunluk hali düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

- Aksoy İpekçioğlu, Pervin, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2009.
- Aksoy, Zeki, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Arslan, Çetin/Özdemir, Didar, “*Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suistimali Suçu*”, International Conference On Eurasian Economies, Session 2D: Hukuk, 405-410, 2018.
- Arslan, Çetin/Töngür, Ali Rıza, “*Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu*”, TAAD, 4(14), 2013.
- Aydın, Devrim, *Suçta İştirak*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Bakkalcı, Meral, *İçeriden Öğrenenlerin Ticareti ve Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2007.
- Çolak, Uğur, “*Insider Trading Suçu*”, Adalet Dergisi, Ocak, 2001.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1997.
- Dursun, Selman, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, İstanbul, 12 Levha Yayınları, 2010.
- Evik, Ali Hakan/Evik, Vesile Sonay, “*İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*”, İÜHFM, 13(12), 2005.
- Gündoğdu, Aysel, “*Türk Sermaye Piyasasında Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Düzenlemelerinin İrdelenmesi*”, Maliye ve Finans Yazıları, (108), s. 9-26, 2017.
- Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, US-A Yayınları, 2010.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Karakehya, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014.
- Karakehya, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.
- Karakehya, Hakan, *İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2010.
- Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.
- Katoğlu, Tuğrul, “*Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları*” AÜHFD, 61(2), 2012.
- Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi 1992.
- Özbek, Veli Özer vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2014.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.
- Sancar, Türkan/Köprülü, Timuçin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2014.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2014.
- Soyaslan, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Sözüer, Adem, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Sumer, Ayşe, *Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat*, İstanbul, Alfa Yayınları, 2002.
- Şahin, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.
- Şenol, Cem, “İçeriden Öğrenilen Bilgi ve İçeriden Öğrenen Kavramlarının Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2012.
- Tacir, Hamide, “Sermaye Piyasasında İçerden Öğrenenin Ticareti Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006(2).
- Tanör, Reha, *Türk Sermaye Piyasası 2. Cilt*, İstanbul, Beta Yayınları, 1999.
- Tekinalp, Ünal, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, İstanbul, Es Yayınları, 1982.
- Temizsoy, Dilara, *Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu*, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2010.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2009.
- Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1970.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971.
- Turanboy, Asuman, *Insider Muameleleri*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- Varış Tezcanlı, Meral, *İçerden Öğrenenlerin Ticareti ve Manipülasyonlar*, İstanbul, İMKB Yayınları, 1996.
- Yasin, Melikşah, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.

Vekalet Vereninin Vekilin Uğradığı Zararı Giderme Borcu^(*)

The Principal's Obligation of Compensation for Damages of Agent

Av. Nilsu KESİM^()**

Öz

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda vekalet vereninin vekilin uğradığı zararı giderme borcu 510. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Şöyle ki ilgili maddede ilk olarak vekilin vekaletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekalet verenden isteyebileceği belirtilmiştir. Maddenin devamında da vekalet vereninin kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabileceği vurgulanmıştır. Bu çalışmada Roma Hukuku ve çeşitli ülkelerdeki düzenlemeler ile 818 Sayılı Borçlar Kanunundaki düzenlemeden kısaca bahsedildikten sonra 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında vekalet vereninin vekilin uğradığı zararı giderme borcu ilgili madde hükümlerinin içeriği ve gerekçeleri mevzuat, yargı içtihatları ve doktriner tartışmalar ışığında ele alınmış olup analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Vekalet Sözleşmesi, Vekalet Veren, Vekil, Zarar, Borç, Türk Borçlar Kanunu, Borçlar Kanunu.

Abstract

The principal's obligation of compensation for damages of agent is regulated in the 510th article, second subparagraph of the Turkish Code of Obligations No. 6098. In the mentioned subparagraph, it is regulated that the principal must compensate the agent for any loss or damage incurred in performance of the agency contract. Furthermore, it is pointed out that the principal can prove that the damage occurred through no fault of his own and avoid the obligation. In the study, after touching briefly on the relevant statutes of Roman Law, several law systems and Code of Obligations No. 818, the articles and preambles of Turkish Code of Obligations No. 6098 on principal's obligation of compensation for damages of agent will be elaborately examined and analyzed in the light of other relevant statutes, judicial decisions and arguments in the literature.

Keywords

The Agency Contract, Principal, Agent, Damage, Obligation, Turkish Code of Obligations, Code of Obligations.

^(*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 21.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 21.08.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 23.08.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 21.08.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 26.08.2019.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi,
E-Posta: nilsukesim@gmail.com,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5860-7305>.



GİRİŞ

Vekalet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)¹ 502. maddesinde, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede özel kanunlar ile düzenlenmiş bir sözleşme vekalet sözleşmesinin unsurlarını taşısa dahi o sözleşmeye Türk Borçlar Kanunundaki genel hükümler değil özel kanundaki özel hükümler uygulanacaktır. Örneğin avukatlık sözleşmesi özel olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda² düzenlendiğinden bu sözleşmeye Türk Borçlar Kanunun ilgili maddeleri özel kanundaki eksik hususlar dışında uygulanmayacaktır. Çalışmamızda esas itibariyle genel hükümler kapsamında Türk Borçlar Kanunu uygulaması ve hükümleri anlatılacağından bu hususa burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.

Türk Borçlar Kanunu anlamında vekalet sözleşmesinin kurulması, kapsamı, tarafların hakları ve borçları, vekalet sözleşmesinin sona ermesi detaylı bir şekilde 503-514. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusu spesifik olarak 'vekalet verenin vekilin uğradığı zararı giderme borcu' olduğundan; vekalet sözleşmesinin genel tanımından, vekilin borçlarından, vekalet verenin borçlarından sadece konu ile bütünlüğü sağlamak adına kısaca bahsedilecektir.

Daha sonra inceleme konumuz olan 'vekalet verenin vekilin uğradığı zararı giderme borcu' değerlendirme konusu yapılacaktır. Bu çerçevede esas itibariyle Türk Borçlar Kanunu hükümleri ele alınacak olsa da 818 sayılı Borçlar Kanunu³ dönemindeki düzenlemeden, Roma Hukuku ve çeşitli ülkelerdeki düzenlemelerden de bahsedilmeye çalışılacaktır. Konu ile ilgili Yüksek Mahkeme kararları, doktrinde yapılan tartışmalar da çalışmamızda olabildiğince aktarılacaktır. Kendi değerlendirmelerimiz ışığında ilgili konu hakkında önceki ve sonraki kanun dönemindeki tartışmalar farklılıklarıyla ele alınarak çalışmamız sonlandırılacaktır.

1. GENEL OLARAK VEKALET SÖZLEŞMESİ

Vekalet sözleşmesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 502. maddesinde⁴ de tanımlandığı üzere niteliği itibariyle iş görme borcu doğuran bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Vekalet sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme mi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme mi yoksa eksik iki tarafa borç yükleyen

¹ Türk Borçlar Kanunu için bkz: RG: 04.02.2011- 27836

² Avukatlık Kanunu için bkz: RG: 07.04.1969- 13168

³ Borçlar Kanunu için bkz: RG: 29.04.1926- 359

⁴ Vekalet sözleşmesinin ne olduğu ve kapsamı ile ilgili yeni kanunda getirilen değişiklikler için bkz: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Yenilikler ve Değişiklikler, Yayın No: 2012-40, İstanbul, 2012, s. 327-328.

bir sözleşme mi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.⁵ Çalışma konumuzun sınırları itibariyle bu tartışmalara yer vermeksizin sözleşmenin unsurlarından kısaca bahsedeceğiz. Şöyle ki vekalet sözleşmesinin zorunlu ve zorunlu olup olmadığı duruma göre değişen unsurları mevcuttur. Örneğin vekilin vekalet verene karşı iş görme borcu altına girmesi; iş görmenin kanunla düzenlenmiş başka bir iş görme sözleşmesi çeşidinin konusunu oluşturmaması; iş görmenin zaman kaydına bağlı olunmadan başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması; vekilin iş görmeden başarılı bir sonuç elde edilememesinin tehlikesini taşımaması (bu unsur özellikle vekalet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırt eden bir unsurdur⁶) ve tarafların anlaşması vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurlarıdır. Ücret, vekilin vekalet verene karşı bağımsızlığı, vekalet ilişkisini her zaman sona erdirme hakkının varlığı ise zorunlu olup olmadığı duruma göre değişen unsurlardır.⁷

Ücret konusuna kısaca değinmek gerekirse; bu sözleşme ile vekil, vekalet verenin kendisine vermiş olduğu bir görevi kural olarak ücretsiz olarak yapmayı kabul etmektedir. Roma hukukuna kadar temelleri olan bu sözleşmenin o dönemde ücretsiz olması kural iken şu an Türk hukukunda taraflar aralarında kararlaştırmışlarsa ya da bu konuda teamül varsa vekile ücret ödenebilecektir.

Yine Türk hukukunda vekalet sözleşmesinin konusunu maddi fiiller, hukuki işlemler veya hukuki işlem benzeri fiiller oluşturuyorken Roma hukukunda

⁵ Bu noktada örneğin YAVUZ vekalet sözleşmesinin prensip itibariyle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu söylemektedir. Cevdet Yavuz/Burak Özen/Faruk Acar, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s.415. Buna karşılık örneğin ERKAN "... ücretin vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmaması nedeniyle vekâlet sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tarafların sözleşmede ücret kararlaştırmaları durumunda ise vekâlet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme halini alır..." demektedir. Vehbi Umut Erkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları", *AÜHF*, 2013, 62 (2), s.441. Yine ARPACI da söz konusu sözleşmenin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğunu dile getirmektedir. Ahmet Murat Arpacı, *Borçlar Kanunu Açısından Vekalet İlişkisinde Müvekkilin Hak ve Borçları*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 132. Yine ARAL bu konuda şu hususları ifade etmektedir: "Ücretsiz de olsa vekalette bazen vekil vekalet görevini yürütürken birtakım masraflar yapmış olabilecek ve vekalet veren bu masrafları ödemek zorunda kalacaktır (TBK 510). İşte vekalet verenin bu borcu, vekalet ediminin karşılığını teşkil etmemekte, burada bir değişim söz konusu olmadığından eksik iki tarafa borç yüklenme olgusu mevcuttur. Buna karşılık ücretli vekalette edimlerin karşılıklı değişimi söz konusu olduğu için bu tür vekalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir." Fahrettin Aral, *Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s.404.

⁶ Zekeriya Kurşat, "Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü", *İÜHF*, 2009, C. LXVII, S.1-2, s.146.

⁷ Detaylı bilgi için bkz: Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.124-131; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 414-421; Yavuz/ Özen/Acar, a.g.e., s.406-415.

sadece operae liberales denilen yüksek işler oluşturmaktaydı.⁸ Bu noktada da Roma Hukukundan günümüze çeşitli değişikliklerle ilgili düzenlemeler aktarılmıştır.⁹

Vekalet sözleşmesinde bir diğer husus da vekilin üstlendiği iş veya işlemi sadakat ve özenle ifa etmesi, aksi kararlaştırılmamışsa söz konusu iş veya işlemi bizzat yapmasıdır. Bu noktada vekil vekaletin sınırlarını aşmamalı ve vekalet verenin talimatlarına belli noktalarda uymalıdır. Daha sonra elde ettiği hak ve borçları vekalet verene devretmeli ve ayrıca ona yaptığı işler hakkında da hesap vermelidir.¹⁰ Vekalet veren de vekilin yapmış olduğu masrafları ve bu sebeple uğramış olduğu zararları ödemelidir.

Sonuç olarak vekâlet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun olarak işin idaresini ya da hizmetin ifasını, sonucun elde edilmemesi rizikosunu kendisine ait olmamak üzere yükümlendiği ve bu iş görmenin kanununun diğer hükümleriyle düzenlenen sözleşmelerden herhangi birinin kapsamına girmediği, buna karşılık teamül gereği veya sözleşmede kararlaştırılmış olması şartıyla ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir.¹¹

Nihayetinde vekalet sözleşmesi vekalet veren veya vekilin tek taraflı irade beyanlarıyla, sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça vekilin veya vekalet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermektedir. Bunlara ilişkin detaylı düzenleme Türk Borçlar Kanunu m.512-514 hükümleri arasında mevcuttur.

2. VEKALET SÖZLEŞMESİNDE GENEL OLARAK BORÇLAR

Vekalet sözleşmesinde vekilin ve vekalet verenin borçları olmak üzere iki türlü ana başlıkta toplayacağımız borçlar mevcuttur. Bu borçlardan bir kısmı yukarıda da belirttiğimiz üzere vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurlarını oluştururken bir kısmı da zorunlu olup olmadığı duruma göre değişen unsurlarını oluşturmaktadır.

⁸ Abdurrahman Savaş, "Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, Cilt 8, Sayı 1-2, s.613.

⁹ Roma Hukuku ile Türk Hukukunun detaylı karşılaştırılması için bkz: Savaş, a.g.m., s.613.

¹⁰ Savaş, a.g.m., s.613.

¹¹ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 608; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 3.Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s. 356; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, 2012, s. 387; Türker Yalçınduran, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 34; Şebnem Akipek, Alt Vekalet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 31; Gümüş, a.g.e., s. 116; Aydın Zevkiler/ K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara, 2010, s. 471.

Vekilin bir işi görme veya bir işi yapma (TBK m.502); işi şahsen görme (TBK m.506); talimatlara uyma (TBK m. 505); işi sadakat ve özenle yapma (TBK m.506-507)¹²; vekalet verene hesap verme (TBK m.508); vekaletle ilişkili olarak aldıklarını vekalet verene iade etme (TBK m.508) gibi borçları mevcuttur.

Vekalet verenin ise ücret ödeme; vekil tarafından yapılan giderlerin ödemesi; vekili vekalet verenin kendi hesabına üstlendiği borçlardan kurtarma; vekaletin ifası sebebiyle vekilin uğradığı zararları giderme gibi borçları mevcuttur.

3. VEKALET VERENİN VEKİLİN UĞRADIĞI ZARARI GİDERME BORCU

A. Roma Hukukundaki ve Çeşitli Ülkelerdeki Düzenlemeler

Yukarıda da belirttiğimiz üzere söz konusu sözleşmenin temelleri Roma Hukukuna kadar uzanmaktadır.¹³ Roma Hukukuna göre müvekkil; vekaletin ifası sebebiyle vekilin uğramış olduğu zararı, şayet vekilin bu zararın ortaya çıkmasında kusuru¹⁴ yoksa karşılamakla yükümlüdür. *Digesta*'da yer alan çeşitli metinlerde vekilin sözleşmenin ifası nedeniyle bir kusuru olmaksızın uğradığı zarara katlanmaması ve bundan müvekkilin sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir.^{15,16} Çünkü vekilin hiçbir menfaat elde etmediği bir sözleşmeden zarara uğraması Roma Hukukçuları tarafından olumsuz karşılanmaktadır.¹⁷

¹² Vekilin özen yükümünü ihlalden kaynaklanan sorumluluğu konusunda sadakat ve özen borcunun derecesi tıpkı yüklenicinin sözleşmesel sorumluluğunda olduğu gibi örnek/objektif tipin davranışı ölçü alınarak ağırlaştırılmıştır. Burada vekilin özen yükümü "*benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışı*" esas alınarak belirlenecektir. Mehmet Demir, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.101.

¹³ Vekalet sözleşmesi (Mandatum) ile vekil (mandatarius), vekalet verenin (müvekkil, mandans) kendisine verdiği işi ya da hizmeti ücretsiz olarak ifa etme yükümlülüğü altına girerdi. Mandatum kelimesi, manus (el) ve do (vermek) kelimelerinden türetilmiştir. Görüldüğü gibi, kelimenin etimolojik kökeni, mandatum kavramının anlamını da içermektedir. Detaylı bilgi için bkz: Haluk Emiroğlu, "*Roma Hukukunda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil*", AÜHFD, C.52, S.1, s.101-111.

¹⁴ Aynı şekilde vekilin kendi dikkatsizliği sebebiyle bir zarara uğraması durumunda da zarara vekil katlanacaktır. Watson, Mandate, s.158 vd. (S. Bengi Sayın Korkmaz, Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum), Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 133'den naklen).

¹⁵ Jörs/Kunkel/Wenger, s.338; Watson, Mandate, s.156 (Korkmaz, a.g.e., s. 128'den naklen).

¹⁶ Bu konuya ilişkin olarak örneğin *Paulus*'a ait bir metinde, vekilin sattığı bir kölede hastalık çıkması durumunda bundan kimin sorumlu olacağı sorunu incelenerek şöyle bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre eğer kölenin hastalanmasında vekilin kusuru var ise alıcıya ödediği tazminatı müvekkilden alamayacaktır. Ancak vekilin kusuru olmaksızın köle hastalanmış ise alıcıya ödenen tazminata müvekkilin katlanması gerektiği kabul edilmiştir. Korkmaz, a.g.e., s.130.

¹⁷ Hunter, s.130 (Korkmaz, a.g.e., s.128'den naklen).

Bu çerçevede ilgili sözleşmeye dayanan vekalet verenin vekilin uğradığı zararları tazmin etme borcunun kapsamı da çok tartışılmıştır. Bir görüşe göre¹⁸ müvekkil vekilin, vekaleti ifa ederken yapmış olduğu harcamaları ödemekle yükümlü olup vekaletin ifası süresinde uğradığı tüm zararları tazmin etmekle yükümlü değildir. Diğer bir görüş ise¹⁹ klasik Roma Hukukunda sözleşmedeki sorumluluk tek taraflı olduğu için vekalet veren, vekilin vekaleti ifa sebebiyle uğradığı tüm zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu iki karşıt görüşü uzlaştıran üçüncü bir görüşe göre de²⁰ vekalet verenin, vekilin vekaleti ifa ederken uğradığı zararların bir bölümünü tazmin etmekle yükümlü olmasına karşın bazı zararları tazmin etmekle yükümlü değildir. Bu zararlar vekaleti ifa edilmesine ilişkin zararlar olup vekalet ile bir ilişkisi olmayan zararların tazmini istenemez.^{21,22} Örneğin vekalet sözleşmesi sebebi ile yolda hırsızlar tarafından soyulan bir kimse bu zararın tazminini isteyemez.²³ Yine bir köle satın almakla görevli bir kişi aldığı kölenin hırsız olması nedeni ile soyulursa,^{24,25} boğa almakla görev-

¹⁸ Helkrich, DasverschuldenbeimVertragsabschlu ß, Leipzig, 1924, 26-31 (SAVAŞ, s. 603'den naklen); Watson, Mandate, s.160 (Korkmaz, a.g.e., s.131'den naklen).

¹⁹ Kübler, DieKontrarklagen undu dasUnilitötsprinzip'in 2, 5.5 XXXVIII, 1917-73, 94-405 (Savaş, a.g.e., s. 603'den naklen); Watson, Mandate, s.160 (Korkmaz, a.g.e., s.131'den naklen).

²⁰ Stein, Fault in theFormation of Contract in Roman Lawand Scots Law, Edinburgh 1958, 118-127(Savaş, a.g.e., s. 603'den naklen).

²¹ Buckland, A textbook, 517(Savaş, a.g.e., s. 604'den naklen).

²² "... vekilin vekaletin ifası sırasında maruz kaldığı kayıplarının değil, vekaletin sonucu olarak ortaya çıkan kayıplarının müvekkil tarafından tazmin edilmesi gerektiği söylenmiştir. Bu kapsamda ex causa mandati ve ex occasione mandatum olarak vekilin kayıpları ikiye ayrılmıştır. Ex causa mandati, vekalet sözleşmesinin sonucu olarak ortaya çıkan zararlardır. Burada vekalet ve zarar arasında bir illiyet bağı vardır ve dolayısıyla müvekkil bundan sorumludur. Ex occasione mandatum ise vekaletin ifası esnasında uğranılan zararlar olarak ifade edilir. Burada vekalet ve zarar arasında illiyet bağının kesilmesi söz konusudur ve dolayısıyla müvekkil bundan doğan zarardan sorumlu değildir. Beklenmeyen hallerden oluşan zararlar olarak da ifade edilen bu durumlar müvekkilin karşılamakla yükümlü olduğu zararların kapsamı dışında kalır. Konuya ilişkin Digesta'da yer alan bir metinde müvekkilin sorumlu olmayacağı zararlar ele alınmıştır. Bu metne göre müvekkil hırsızlık, kaza veya hastalık gibi beklenmeyen hallerden (casus) doğan zararları karşılamak zorunda değildir..." Korkmaz, a.g.e., s. 131'den naklen.

²³ Buckland, A textbook, 517; Kar. Koschaker, 242 (Savaş, a.g.e., s. 604'den naklen).

²⁴ Watson, Mandate, 159 (Savaş, a.g.e., s. 604'den naklen).

²⁵ "... Olay aslında basit gözükmektedir: Bir Roma yurttaşı diğer bir Roma yurttaşına bir kölenin satın alınması konusunda vekalet verir. Vekil görevini yerine getirir ve köleyi satın alır. Roma Hukukunda vekil ancak kendi adına ve müvekkili hesabına işlem yapabileceğinden, kölenin satın alınmasından sonra gerekli işlemle mülkiyetini de kazanır ve bu aşamada satın alınan köle, vekile ait bir malı çalar. Konu bu noktada karmaşık bir hal almakta ve sorun bilinen sorumluluk ilkeleri - sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk- ile çözülememektedir... Kölenin satın alınması ve gerekli devir işlemi sonucu kölenin mülkiyeti, Roma'da doğrudan temsilin tanınmamış olması nedeniyle, vekile geçmekteydi. Dolayısıyla, burada hırsızlık suçunun işlendiği anda vekil malikti ve bu dava sadece malike karşı açılabilirdi için, müvekkile karşı yöneltilmesi mümkün değildi. Çünkü müvekkil bu aşamada kölenin efendisi olmadığından noxal sorumluluk yoluyla vekilin zararı tazmin edilememekteydi. Eğer bir vekâlet sözleşmesi söz konusu olmasaydı ve köle efendisine karşı bir suç işleseydi, burada sorun çıkmazdı. Çünkü efen-

li olan vekil o boğa tarafından yaralanırsa²⁶ vekalet verenden bu zararının karşılanmasını talep edebilir.

Alman Hukukundaki hukuki duruma bakacak olursak tarihsel süreçte BGB'nin (Bürgerliches Gesetzbuch) kabulünden önce ortak hukuk doktrininde vekil tarafından işin görülmesi yüzünden uğranılan zarardan, vekalet verenin sadece bu zarar kusurundan ileri geldiği takdirde mi, yoksa kusuru bulunmasa bile mi sorumlu tutulacağı tartışma konusu yaratmıştır.²⁷ BGB'de vekalet verenin masrafları yanında vekilin zararını tazmin borcu ayrıca öngörülmemiştir; bu nedenle vekilin işe bağlı tehlikeyi bilmesi ve onun gerçekleşmesi olasılığını hesaba katması halinde, bu tehlikeden doğan zararının tazminini masraf olarak isteyebileceği savunuluyordu.²⁸ Ancak vekilin tehlikeyi bilmemesi veya gerçekleşeceğini hesaba katmaması halinde bir masraf söz konusu olmayacağından, vekalet verenin kendi yol açtığı ve kendi menfaatine yapılan faaliyetin spesifik zarar rizikosuna katlanması gerekeceği ilkesiyle kanundaki boşluğun doldurulması önerilmeye başlanmıştır.²⁹ Daha sonra da mahkeme içtihatları ile söz konusu borç Alman Hukukunda da yer bulmuştur.³⁰

dinin, kölenin öldürülmesi de dahil bütün cezalandırma yöntemlerine başvurma hakkı vardı. Roma'da doğrudan doğruya temsil kurumu kabul edilmiş olsaydı, gene böyle bir sorunla karşılaşılmazdı. Çünkü doğrudan doğruya temsil durumunda kölenin satın alınması ve gerekli devir işlemi ile müvekkil kölenin maliki olurdu ve zarar noxal sorumluluk hükümlerine göre karşılanabilirdi. Vekâlet sözleşmesinden doğan davanın açılması durumunda ise, delictum'dan (kamu suçu dışında özel suç) doğan zararın, sözleşmeden doğan dava ile istenmesi gibi Roma Hukuku sistemine yabancı bir durum ortaya çıkmaktaydı. Öte yandan, salt noxal dava olsaydı, müvekkil köleyi terk ederek sorumluluktan kurtulabilecekken, burada onu savunmak ve zararı tazmin etmek zorunda bırakılıyordu. Bu durum ise noxal davaya egemen olan, 'noxali iudicio inuitus nemo cogitur alium defendere' (hiç kimse noxal davada başkasını savunmaya zorlanamaz) kuralına ve bu kuralın bir uygulaması niteliğinde olan 'kölenin efendisine kendi değerinden daha fazla bir zarar veremeyeceği kuralına ters düşmektedir. Soruna ilişkin Roma Hukuku kaynaklarına bakıldığında ise, biri Africanus'a. (D.47.2.62.5), diğeri ise Paulus'a. (D.17.1.26.7) ait iki Digesta metni ile karşılaşılmaktadır. İncelenen metinlerin her ikisinde de, müvekkil, kölenin hırsız olduğunu biliyorsa, vekâlet sözleşmesinden doğan dava (actio mandati contraria) ile vekilin hırsızlıktan doğan zararını gidermekle yükümlü tutuluyordu. Müvekkilin kölenin hırsız olduğunu bilmemesi durumunda ise, metinler arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. D.47.2.62.5 (Afr.)'de müvekkil, kölenin hırsız olduğunu bilsin ya da bilmesin, köleyi terk etme hakkına sahip olmaksızın vekilin zararından sorumlu tutulurken; D.17.1.26.7 (Paul.)'de müvekkilin kölenin hırsız olduğunu bilmemesi durumunda köleyi noxal terk etme hakkının bulunduğu kabul edilmekteydi..." Özlem Söğütlü Erişgin, "Vekalet Sözleşmesi Bağlamında Noxal Sonuçlu Sözleşme- Hırsız Köle Olayı", AÜHFD, 2002, C.51, S.4, s.83-85'den naklen; Korkmaz, a.g.e., s.133, s.136.

²⁶ Koschaker, 242 (Savaş, a.g.e., s. 604'den naklen).

²⁷ Oser-Schönenberger, Art. 402, Nr.10 (Tandoğan, a.g.e., s. 597 den naklen).

²⁸ Karl Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II, 7. Aufl. München und Berlin 1965, § 52, III, s. 260-261 (Tandoğan, a.g.e., s. 597 den naklen).

²⁹ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, s.181, not 37; Larenz, Bd. II, s.261 (Tandoğan, a.g.e., s. 597 den naklen).

³⁰ BGHZ, 16, 625 (Tandoğan, a.g.e., 597 den naklen).



Mecelle'de³¹ de vekil, müvekkile ait işi görmesi yüzünden herhangi bir zararla karşılaşmışsa, zarar müvekkil tarafından karşılanmalıdır. Bunun için vekilin zarar görmüş olması, bu zararın vekaletin ifası nedeniyle meydana gelmiş olması ve vekilin bu konuda kusurunun bulunmamış olması gerekir. Bu üç şart gerçekleştiğinde müvekkil, zararı tazmin etmek zorunda kalır. Benzer şekilde Fransız Medeni Kanunu, 2000. maddesinde de vekilin vekalet konusu işin görülmesinden ötürü kendisinin kusuru olmaksızın doğan zararını müvekkilin ödemesi gerektiğini hükme bağlamıştır.³²

İsviçre Borçlar Kanunu ve onu izleyen Borçlar Kanunumuz ise bir yandan vekalet verenin kusura dayanan sorumluluğunu benimseyerek, öte yandan kusuru olmadığını ispat yükünü vekalet verene bırakarak ortalama bir yol seçmiştir. Böylece kusuru olmadığını kanıtlayamazsa, gerçekte kusursuz olsa bile sorumlu tutulmaktadır.³³

İsviçre-Türk hukukunda ücretli vekalet açısından konu değerlendirildiğinde, çözümün uygun olduğu, ancak ücretsiz vekalet söz konusu olduğunda bu çözümün yetersiz kalacağı düşünülmüş ve vekaletsiz iş görme hükümlerinden (OR 422/BK 413) yararlanma yoluna gidilmiştir. Bu şekilde ücretsiz vekalette, vekilin vekalet görevinin ifası sebebiyle uğradığı zararlardan ötürü, vekalet verenin hakkaniyete dayalı objektif sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmiştir.³⁴

Burada vekil uygunsuz davranırsa, yani sadakat ve özen borcunu ihlal ederse tazminat isteyemez. Vekaleti iyi ifa etmeyen vekilin de kusurlu olduğu kabul edilir. Kusur illiyet bağını kesecek yoğunlukta değilse, bu halde tazminat miktarında indirimle gidilebilecektir.³⁵

B. 818 Sayılı Borçlar Kanunundaki Düzenleme Açısından İlgili Borcun Değerlendirilmesi

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) müvekkilin borçları başlıklı 394. maddenin ikinci fıkrasında "... *Vekil, vekaleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu*

³¹ 1868-1876 yılları arasında hazırlanarak yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, İslam dünyasının ilk Medeni ve Borçlar Kanunu'dur. Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu / Gülnihgüveyavul Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 352-356.

³² Seda Örsten Esirgen, "*Mecelle ve Fransız Medeni Kanunu Çerçevesinde Vekalet Sözleşmesi*", Ankara Barosu Dergisi, 2013, S.1, s.181.

³³ Oser-Schönenberger, Art. 402, Nr. 10; Gautschi, Art. 402, Nr.22, b; BGE 51 II 189, cons. 3 (Tandoğan, a.g.e., s. 597 -598 den naklen).

³⁴ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1982, s.406.

³⁵ Diler Tamer Güven, "*Vekalet Vereninin Sorumluluğu Üzerine*", IHFM, 1997, C.LV, S.4, s.143.

zarar ve ziyanın tazminini müvekkilinden isteyebilir. Meğerki müvekkil³⁶ bu hususta kendisinin sunu taksiri olmadığını ispat eyleye.” şeklinde düzenlenen ilgili borç³⁷ aşağıda ayrıntısıyla açıklayacağımız üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na da aynen aktarılmıştır.³⁸

Maddeye göre müvekkilin vekaleti ifa dolayısıyla vekilin uğramış olduğu zararları tazmin etme (giderme) borcu söz konusu olmaktadır. Bu borcun kapsamı belirlenirken ortalama bir çözüm tarzının benimsendiği söylenmektedir. Şöyle ki müvekkil kazaen meydana gelen zararlardan sorumlu değildir; fakat kusura dayanan bir zararın meydana gelmesinde müvekkilin kusuru bulunduğunu ispat yükü vekile düşmeyecektir. Aksine sorumluluktan kurtulmak isteyen müvekkil, BK m.96³⁹ uyarınca zararın kendi kusuru olmaksızın meydana elmiş olduğunu ispat etmek zorundadır.⁴⁰ Buna karşılık ücretsiz vekalet sözleşmelerinde müvekkilin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esaslarına göre belirlenmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir.⁴¹

Bu noktada BK m. 394/1 hükmünde müvekkilin daima ödemek yükümlülüğünde olduğu masraflar ile m. 394/2 hükmünde belirtilen şartlar altında ödeyeceği tazminatı birbirinden ayırmanın her zaman kolay olmadığı; bu noktada masrafın malvarlığında iradi olarak meydana gelen azalmayı, zararın ise malvarlığında iradi olmayan bir eksilmeyi ifade ettiği şeklinde bir kriterin kabul olunabileceği doktrinde ifade edilmiştir.⁴²

Yine müvekkilin tazminat borcu, vekaletin ifasının tamamlanmış olmasına bağlı olmadan vekilin zarara uğradığı günden itibaren muacceliyet kazanır. Ayrıca tazminat borcuna zararın doğduğu günden itibaren de faiz yürütülmesi gerekmektedir.⁴³

³⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda müvekkil yerine vekalet veren denmektedir; 818 sayılı Borçlar Kanunu ile ilgili açıklamalarımızda kanunun diliyle paralel olması açısından vekalet veren yerine müvekkil kelimesi kullanılmıştır.

³⁷ Özlem Demir Yüce, *Vekalet Sözleşmesinde Tarafların Borçları* (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2009, s. 148-153.

³⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemede detaylı anlatacağımız üzere sadece hükmün dilinde sadeleşmeye gidilmiş; onun dışında ciddi bir değişiklik olmamıştır.

³⁹ BK m. 96: “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.”

⁴⁰ Yavuz, a.g.e., s.444.

⁴¹ Aral, a.g.e., s.431; Murat Yavuz, *Roma ve Türk Hukuklarında Vekalet Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Roma Özel Hukuku) Ana Bilim Dalı, Ankara, 2007, s. 76-77.

⁴² Yavuz, a.g.m., s.444.

⁴³ Yavuz, a.g.m., s.444-445.

Söz konusu hükümle ilgili Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi⁴⁴ kararlarının çoğunda ilgili hüküm vekilin özen borcu ile ilişkilendirilmiş; BK m. 390 hükmünü ilgilendiren konular hatalı bir şekilde BK m. 394 hükmüne atıf yapılmak suretiyle karara bağlanmıştır. Mesela Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2013/4758 E. 2014/189 K. sayılı 27.01.2014 tarihli kararı buna örnek olarak gösterilebilir:⁴⁵

“... Davacı, göz ameliyatı neticesinde görme bozukluğunun daha da arttığından bahis ile uğradığı maddi ve manevi zararın tahsili istemi ile eldeki davayı açmıştır. ... Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır (B.K. 386, 390 md). Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (B.K. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (B.K. 321/1 md). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir... (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Cilt, Ank. 1982, Sh. 236 vd)... Gerçekten de mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, B.K. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır...”⁴⁶

⁴⁴ Örneğin Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 2017 / 327 E. 2017 / 314 K. sayılı 24.04.2017 tarihli kararı: “...Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK. 386-390) ... Vekil, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlar da, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür... Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.” Yine Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi'nin 2017 / 215 E. 2017 / 268 K. sayılı 07.04.2017 tarihli kararında da benzer ifadeler yer verilmektedir.

⁴⁵ Bu kararın dışında daha pek çok kararda benzer durumu görmek mümkündür. Bkz: Yargıtay 13. HD. 2013/25653 E. 2014/7799 K. sayılı 19.03.2014 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2013/29971 E. 2014/10459 K. sayılı 07.04.2014 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2013/15408 E. 2014/16675 K. sayılı 29.05.2014 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2014/26029 E. 2015/28819 K. sayılı 07.10.2015 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2014/31178 E. 2015/18961 K. sayılı 08.06.2015 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2014/11049 E. 2015/2645 K. sayılı 05.02.2015 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2014/43786 E. 2015/198 K. sayılı 13.01.2015 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2014/13921 E. 2014/26050 K. sayılı 10.09.2014 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2013/22814 E. 2014/2861 K. sayılı 03.07.2014 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 1994/8557 E. 1994/2138 K. sayılı 04.03.1994 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2000/8590 E. 2000/9569 K. sayılı 06.11.2000 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2002/13959 E. 2003/2880 K. sayılı 06.03.2003 tarihli kararı; Yargıtay 13. HD. 2018/ 3376 E. 2018 / 7454 K. sayılı 28.06.2018 tarihli kararı; Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁴⁶ Bkz: Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

Ancak söz konusu maddeye ilişkin verilmiş Danıştay kararında gerçekten ilgili maddeye atf yapılmış ve ona göre karar verilmiştir. Danıştay 7. Dairesi'nin 1990/5770 E. 1993/4695 K. sayılı 15.11.1993 tarihli kararında ilgili bölüm şu şekildedir:

“... 1615 sayılı Gümrük Kanunu'nun 166'ncı maddesine göre gümrük komisyoncusunun iş sahibinin vekili olarak iş gördüğü, 818 sayılı Borçlar Kanununun müvekkilin borçlarına ilişkin 394'üncü maddesinden de vekilin işin yapılması için deruhte ettiği giderlerin müvekkil tarafından ödeneceği anlaşılmaktadır.”

C. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunundaki Düzenleme Açısından İlgili Borcun Değerlendirilmesi

Yukarıda da bahsedildiği üzere söz konusu borcun 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan çok da farklı düzenlenmediği, sadece dilinin sadeleştiği madde hükümü ve gerekçesinden ortaya çıkacaktır. Bu çerçevede vekalet ifa edilirken veya vekaletin ifası dolayısıyla vekil birtakım zararlara uğradıysa bunun tazmini vekalet verence karşılanmalıdır.⁴⁷ İlgili hüküm Türk Borçlar Kanunu'nun 510. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir:

“Vekil, vekaletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekalet verenden isteyebilir. Ancak vekalet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.”

Madde metninin gerekçesi ise şu şekilde ortaya konmuştur.⁴⁸

“818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 394'üncü maddesini karşılamaktadır. Tasarının iki fıkradan oluşan 510'uncu maddesinde, vekalet verenin borçları düzenlenmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 394'üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan “III. Müvekkilin borçları” şeklindeki ibare, Tasarıda “III. Vekâlet verenin borçları” şeklinde değiştirilmiştir. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanunu'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.”⁴⁹

⁴⁷ Arpacı, a.g.e., s.138.

⁴⁸ Bkz: Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı (www.sinerjimevzuat.com.tr).

⁴⁹ Eski Borçlar Kanunu 394. maddesinin kenar başlığında “III. Müvekkilin borçları” şeklindeki ibare, yeni yasanın 510. maddesinde “III. Vekalet verenin borçları” olarak değiştirilmiştir. Her iki madde metninin içeriği birbiriyle uyumludur. Burada amaçlanan “Vekalet veren vekilin görevini ifa edebilmesi için vekilin yaptığı masrafları ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödeyecek, yüklendiği borçlardan da onu kurtaracaktır. İkinci fıkrada düzenlendiği üzere, vekil vekaletin ifası sebebiyle uğradığı zararını vekalet verenden isteyebilir. Vekalet veren kusursuzluğunu ispat ederse bu sorumluluktan kurtulabilir. Dilin sadeleştirilmesi dışında bir değişiklik yapılmamıştır. Mete Duman, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Vekalet Sözleşmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, 2012, s. 24.

Bu borcun koşullar şu şekilde özetlenebilecektir:

- a. Öncelikle vekilin bir zarara uğraması gerekmektedir.^{50,51} Bu noktada sadece zarar tehlikesinin varlığı tazmin açısından yeterli değildir.⁵²
- b. Vekilin uğradığı bu zararlar vekilliğin yerine getirilmesi arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.^{53,54}
- c. Vekil, zarara uğrayıncaya kadar vekilliği gereği gibi, sözleşmeye ve vekil edenin yönergelerine uygun olarak yerine getirmiş bulunmalıdır.^{55,56} Diğer bir deyişle, vekil vekalet sözleşmesini belirlenen usul çerçevesinde ifa etmiş olmalıdır. Zira, vekalet sözleşmesinde belirlenen işi gereği gibi yerine getirmeyen vekil kusurlu duruma düşeceğinden, böyle bir ifaya bağlı zarardan da vekalet vereni sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olacaktır.⁵⁷

⁵⁰ Diğer bir deyişle, vekilin malvarlığında rızası dışında bir azalma meydana gelmelidir. Suat Sarı, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004, s. 281; Aral, a.g.e., s. 416.

⁵¹ Buradaki zarar şahsa verilen zarar veya şeye verilen zarar şeklinde olabilir; seyahat masrafları veya boşa giden masraflar da bu hükümde belirtilen zarar kavramına girer. Fahrettin Aral, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 419.

⁵² Şebnem Akipek Öcal / Hayrunnisa Özdemir/ Yakup Korkmaz/ Eylem Apaydın/ Sera Reyhani Yüksel/ Nazlı Hilal Çelik/ Umut Yeniocak/Müge Ürem/ Özge Uzun Kazmacı/ Nilay Şenol/ Merve Ürem Çetinel, Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, Ed. Hakan Tokbaş, İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi, 2017, s.130; Sarı, a.g.e., s.281; Aral/Ayrancı, a.g.e., s.412.

⁵³ Vekil yaşam deneylerine ve hayatın olağan akışına göre vekaletin ifasının doğurmaya elverişli sayılabileceği zararlarının tazminini isteyebilmelidir. Örneğin vekilin bulaşıcı hastalıkların yaygın olduğu veya iç savaşın sürdüğü bir ülkeye gitmek zorunda kalması ve orada hastalığa yakalanması veya yaralanması vekaletin ifasının uygun sonucu olarak görülebilir. Yine bir sanatoryumda çalışan asistanın hastalığa yakalanması, hastalıklarla aşırı derecede karşılaştığı için gördüğü işin uygun sonucu niteliğinde değerlendirilebilir. Ancak burada vekilin uğradığı zararın onun eylemiyle doğrudan doğruya ilişkili olması veya önceden görülebilir olması şart değildir. Tandoğan, a.g.e., s.599.

⁵⁴ Karahasan, a.g.e., s.1086; Akipek, a.g.e., s. 71; Yavuz, a.g.e., s. 663; Aydın Zevkililer/Ayşe Havutçu, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 348; Özcan Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s.160; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Cilt 2, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1977, s.370; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.599; Aral, a.g.e., s. 416; Şahin Akıncı, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2004, s. 28.

⁵⁵ Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri- Öğreti -Yargıtay Kararları-İlgili Mevzuat, 2. Cilt, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s.1086; Tandoğan, a.g.e., s.599-600.

⁵⁶ Gautschi vekilin vekaletin ifasında kusuru bulunmamasını, vekaletin gereği gibi ifa edilmesinden ayrı bir şart olarak göstermekte, sadakat ve özen borçlarına aykırı hareket eden vekilin tazminat istemek hakkından yoksun kalacağını söylemektedir. TANDOĞAN'a göre vekaleti gereği gibi ifa etmeyen vekil genellikle aynı zamanda kusurlu olacaktır. Gereği gibi ifa edilmeyen vekalet, vekalet verenin yararına olmayacağından, böyle bir ifaya bağlı zarardan vekalet vereni sorumlu tutmamak hakkaniyet gereğidir. Tandoğan, a.g.e., s.600. Bu görüş yönünde bkz. Öcal / Özdemir/ Korkmaz/ Apaydın/ Yüksel/ Çelik/ Yeniocak/ Ürem/ Uzun Kazmacı/ Şenol/ Ürem Çetinel, a.g.e., s.132. Bir diğer görüşe göre ise vekaletin kötü ifa edilmesi sebebiyle bir zarar meydana geldiğinde burada vekilin kusurunun varlığı sebebiyle tazminattan indirim sebebi oluşturur. Gümüş, a.g.e., s.413 Ancak biz de ilk görüşün kanunun lafzı ve ruhu açısından daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁷ Örneğin, vekilin yanlış bir kişiye ödemede bulunması veya sahte ya da tahrif edilmiş bir çekti ödemesi durumunda, vekil vekalet sözleşmesinde belirlenen iş gereği gibi ifa edilmemiş sayılmalıdır. Tandoğan, a.g.e., s. 372; Akıncı, a.g.e., s.28.

- d. Vekalet veren açısından sözleşmenin bir nevi ihlal edilmiş olması gerekmektedir.⁵⁸
- e. Vekalet veren kusuru olmadığını kanıtlayamamalıdır.⁵⁹ Burada vekalet verenin kusurlu bulunduğunu ispat etme külfeti vekile yüklenmemektedir. Vekalet veren, burada kendisinin bir kusuru olmadığını kanıtlayamazsa zararları ödeyecektir.⁶⁰

Bu çerçevede, vekalet veren en hafif kusurundan bile sorumlu olacaktır.⁶¹ Ayrıca burada kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere vekalet verenin kusurlu olduğunu vekil değil; vekalet veren kendisi kusursuz olduğunu ispat edecektir.⁶² Eğer vekalet veren kusursuzluğunu ispat ederse sorumlu olmaktan kurtulacaktır.⁶³ Bu esas Türk Borçlar Kanunu 112.⁶⁴ maddesindeki genel prensibe de uygundur.

⁵⁸ Vekalet veren aslında vekili korumakla yükümlüdür. Ama onu korumadıysa, örneğin yeterli uyarıları yapmadıysa bu durumda sözleşmenin ihlal edilmesi durumu karşımıza çıkmaktadır.

⁵⁹ KARAHASAN ücretli vekillikte bu koşulun aranacağından ücretsiz vekillikte vekalet verenin kusurlu olmadığını kanıtlayamaması koşulunun aranmasına gerek olmayacağından bahsetmektedir. KARAHASAN bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: "... Ücretli vekillikte kural olarak kusura; ücretsiz vekillikte hakkaniyete dayanan bir sorumluluğun olduğu kabul edilmektedir. O nedenle ücretsiz vekillikte hakim tarafların parasal durumunu; vekilin bir üçüncü kişiden ya da sigortadan giderim alıp almadığını; vekilin tehlikeye koyduğu varlıklarıyla iş görmenin amacının değeri arasındaki oranı göz önünde tutarak vekilin uğradığı zararı, onunla vekalet veren arasında adalete uygun bir biçimde paylaşırabilir." s. 1086. Yine İsviçre Federal Mahkemesi vekaletin ücretsiz olması halinde vekalet verenin kusursuzluğunu ispat etmesini tazminat ödemekten kurtulma sebebi olarak görmemiştir. Federal Mahkeme de bu içtihadını hakkaniyet esasına dayandırmaktadır. Arpacı, a.g.e., s.138.

⁶⁰ Karahasan, a.g.e., s.1086; Akipek, a.g.e., s. 71; Zevkçiler/Havutçu, a.g.e., s. 348; Günergök, a.g.e., s.160; Tandoğan, a.g.e., s.372; Aral, a.g.e., s. 416; Eraslan Özkaya Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s. 556; Sarı, a.g.e., s. 281-282; Akıncı, a.g.e., s. 27; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi 1992, s.421; Necip Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Müna-sebetleri, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s. 299; Doğan Şenyüz, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2006, s. 263.

⁶¹ Karahasan, a.g.e., s.1086.

⁶² Vekilin vekaletin ifası sırasında zarara uğraması halinde kanun karine olarak vekalet verenin kusurlu olduğunu kabul etmektedir. Kanundaki bu karine ile ispat külfeti ters çevrilmiş; haksız fiilde zarar görenin ispatlaması gereken kusur, burada sorumlu olduğu iddia edilen kişi açısından karine olarak kabul edilmiş ve ancak bu kişinin kusurlu olmadığını ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulmasının mümkün olacağı düzenlenmiştir. Öcal / Özdemir/ Korkmaz/ Apaydın/ Yüksel/ Çelik/ Yeniocak/ Ürem/ Uzun Kazmacı/ Şenol/ Ürem Çetinel, a.g.e., s.130.

⁶³ Yine zararın oluşmasında vekalet veren kusurlu olsa bile, vekilin de kusuru varsa, TBK m.114/2 yollaması ile TBK m.52 hükmünün uygulanması gerekeceği yani müterafik kusur sebebiyle vekalet verenin ödeyeceği tazminat miktarının indirilebileceği, hatta tamamen sorumsuzluğun kabul edilebileceği de doktrinde ifade edilmiştir. Arpacı, a.g.e., s. 138 Bu yorumun kanunun sistemi açısından doğru olduğu kanaatindeyiz.

⁶⁴ TBK m.112: "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."

Vekalet verenin bu borcu, tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi vekilin zarar uğradığı günden başlayarak muacellik kazanır. Böylece vekilin bu borcun ödenmesini isteyebilmesi için vekaletin ifasının tamamlanmış olması şart değildir. Faiz de zararın doğduğu günden itibaren işlemeye başlayacak ve bu bağlamda 3095 sayılı yasa⁶⁵ hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁶⁶

Tüm bu şartların gerçekleşmesi halinde yukarıda belirttiğimiz üzere faiziyle birlikte bu zararı vekalet veren tazmin etmek zorunda kalacaktır. Burada eğer vekalet sözleşmesi ücretli bir sözleşmeysen menfi zararların⁶⁷ tazmin edilmesi gerekecektir. Ancak ücretsiz bir vekalet sözleşmesi yapıldıysa o zaman da vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerektiği söylenmektedir.⁶⁸

Son olarak, Avukatlık Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanununun ilgili hükmüne benzer bir hükmün yer almamasının, müvekkilin, avukatın uğradığı zararları karşılamayacağı anlamına gelmediği; avukat ile müvekkil arasındaki ilişkide de tarafların birbirlerine güveni mevcut olduğu ve bu güveni karşı tarafça ihlal edilen avukatın da zararının giderilmesi gerekeceği doktrinde ifade edilmiştir. Bu çerçevede avukat maddi veya manevi bir zarara uğramışsa, avukatın uğradığı zarar ile avukatın ifa ettiği iş arasında bir illiyet bağı bulunuyorsa ve müvekkil kendisinin kusursuzluğunu kanıtlayamamış ise avukat müvekkilinden tazminat talep edebilecektir.⁶⁹

D. Vekalet Vereninin İlgili Borcunun Ücretli- Ücretsiz Vekalet Sözleşmeleri Açısından Ayrı Ayrı Değerlendirilmesi

Vekalet verenin vekilin uğradığı zararları karşılaması için kendisinin kusursuz olduğunu kanıtlayamaması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. İşte bu durum ücretli vekalet sözleşmeleri açısından hakkaniyetli görünse de ücretsiz vekalet sözleşmeleri açısından doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır.⁷⁰

⁶⁵ Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun için bkz: RG: 19.12.1984- 18610

⁶⁶ Karahasan, a.g.e., s.1086; Akipek, a.g.e., s. 72; Yavuz, a.g.e., s. 663; Zevkiler/Havutçu, a.g.e., s. 348; Günergök, a.g.e., s.160; Tandoğan, a.g.e., s.375.

⁶⁷ Sözleşme hiç yapılmıyaydı olmayacak olan zarar menfi zarardır. Yani menfi zarar; borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkan zarardır. Tandoğan, a.g.e., s. 427.

⁶⁸ Turgut Uygur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Hukuk, 2012, s. 2333.

⁶⁹ Günergök, a.g.e., s.159; Songül Karateke, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 75.

⁷⁰ Akipek, a.g.e., s.71; Tandoğan, a.g.e., s.369-370; Akıncı, a.g.e., s.28.

Şöyle ki vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması durumunda, yani vekil vekalet verenden herhangi bir menfaat sağlamadan sözleşmeyi ifa etmesi halinde vekalet verenin kusuru da yoksa doğan zararın vekile yüklenmesi adalet duygusunu zedelemektedir.⁷¹

Yukarıda kısaca bahsettiğimiz üzere İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuda verdiği kararlarında, ücretli vekalet sözleşmesinin varlığı halinde vekalet verenin zararı ödememek için kusurlu bulunmadığını kanıtlamasını ararken; ücretsiz vekalet sözleşmesinde vekalet verenin kusursuz olduğunu kanıtlaması halinde bile vekilin ortaya çıkan zararını karşılaması gerektiğini belirtmektedir.⁷²

Doktrinde bir kısım yazarlara göre, vekaletsiz iş görme durumunda bile, vekilin uğradığı zararlar dolayısıyla bu zararların vekalet veren tarafından tazmin edileceği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 529. maddesinde⁷³ belirtilmesine karşın; ücretsiz vekalet sözleşmesinde bu şekilde bir düzenlemenin yapılmamış olması kanun koyucunun unutkanlığına bağlanabilir.⁷⁴ Bu sebeple, Türk Borçlar Kanununun 529. maddesindeki ifade, ücretsiz vekalet sözleşmesi bakımından da uygulanmalı ve vekalet verenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmelidir.^{75,76} TANDOĞAN'A göre de vekillerin ifa ettikleri işler genel olarak çok büyük zararlara yol açma özelliği bulunan işler olmadığından, ücretsiz vekalet sözleşmesinde vekalet verenin vekile karşı olan sorumluluğunu bir sebep sorumluluğu olarak değerlendirmek uygun olacaktır.⁷⁷

⁷¹ Akipek, a.g.e., s.71; Akıncı, a.g.e., s.28; Zevkliler/Havutçu, a.g.e., s. 348; Özkaya, a.g.e., s. 556.

⁷² Zevkliler/Havutçu, a.g.e., s. 348; Aral, a.g.e., s. 416; Akipek, a.g.e., s.71; Yavuz, a.g.e., s. 662-663; Sarı, a.g.e., s.282; Bilge, a.g.e., s.299; Tandoğan, a.g.e., s.373; Sera Reyhani Yüksel, "Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Veren (Müvekkilin) Borçları", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Aralık 2013, S. 134, s.19 (www.e-akademi.org).

⁷³ 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 413.

⁷⁴ Akipek, a.g.e., s. 71-72; Akıncı, a.g.e., s. 28; Yavuz, a.g.e., s. 662-663. İş sahibinin yararına olan vekaletsiz iş görmede, 818 sayılı BK md. 413/1 hükmüne göre iş sahibi, hakim tarafından takdir edilen iş görenin zararlarını ödemek durumundadır. Ancak iş görenin zararlarını iş sahibinin tazmin etmesi için, ortaya çıkan zarar ile iş görme arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Ayrıca, bu zararın ortaya çıkmasında iş görenin kendisinin bir kusuru bulunmaktaysa, iş gören, iş sahibinden tazminat talebinde bulunamaz. İş görenin kendi yararına olan vekaletsiz iş görmede ise (hakiki olmayan iş görme), iş sahibi vekaletsiz iş görme dolayısıyla bir kar elde etmişse, iş gören bu karı aşmamak suretiyle tazminat talebinde bulunabilirken; iş sahibi bu vekaletsiz iş görme dolayısıyla bir kar elde etmemişse, iş gören ortaya çıkan zararının tazmin edilmesini iş sahibinden isteyemeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Halide Gökçe Özdemir, Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara, Seçkin Yayınevi, 2001, s. 124; Nurcan Cündübeyoğlu, Roma ve Türk Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 1990, s. 54 vd.; Akıncı, a.g.e., s. 314 vd.; İsmail Kırca, "Vekaletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller", AÜHFD, 1995, C.44, S.1-4, s. 448 vd.

⁷⁵ Akipek, a.g.e., s. 72; Aral, a.g.e., s.419; Yavuz, a.g.e., s.663.

⁷⁶ Öcal / Özdemir/ Korkmaz/ Apaydın/ Yüksel/ Çelik/ Yeniocak/ Ürem/ Uzun Kazmacı/ Şenol/ Ürem Çetinel, a.g.e., s.131.

⁷⁷ Tandoğan, a.g.e., s.370.

Kanaatimizce de ücretsiz vekalet sözleşmeleri açısından doktrinde ifade edilen bu çözüm yöntemi hukukun temel prensiplerine ve hakkaniyete uygundur. Yani ücretsiz vekalet sözleşmelerinde ortaya bir zarar çıkması halinde vekalet verenin kusuru yoksa bu zarara vekilin katlanması gerektiğini söylemek hakkaniyetle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle de, ücretsiz vekalet sözleşmelerinde ortaya bir zarar çıkması halinde, vekalet verenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi daha uygun olacaktır.

SONUÇ

Çalışmada tüm yönleriyle vekalet verenin vekilin uğradığı zararları giderme borcu doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları ile açıklanmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede Roma Hukuku ve çeşitli ülkelerdeki düzenlemelerden kısaca bahsedildikten sonra ilgili borç 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından değerlendirilmiştir. Yukarıda detaylı bir şekilde anlatıldığı üzere eski ve yeni kanun döneminde ilgili hükümde herhangi bir değişiklik göze çarpmamakta; sadece kanunun dilinin sadeleştiği görülmektedir.

Buna göre vekil, vekaletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekalet verenden isteyebilecektir. Bunun için öncelikle vekilin bir zarara uğraması; vekilin uğradığı bu zararlar vekillğin yerine getirilmesi arasında da uygun nedensellik bağı bulunması gerekmektedir. Ayrıca vekil, zarara uğrayıncaya kadar vekilliği gereği gibi, sözleşmeye ve vekil edenin yönergelerine uygun olarak yerine getirmiş bulunmalıdır. Diğer bir deyişle, vekil vekalet sözleşmesini belirlenen usul çerçevesinde ifa etmiş olmalıdır. Bu durum doktrinde tartışmalı⁷⁸ da olsa bizim de katıldığımız görüşe göre vekalet sözleşmesinde belirlenen işi gereği gibi yerine getirmeyen vekil kusurlu duruma düşeceğinden, böyle bir ifaya bağlı zarardan da vekalet vereni sorumlu tutmak hakkaniyete aykırı olacak; bu sebeple de böyle bir ifaya bağlı zarardan vekalet vereni sorumlu tutmamak gerekecektir.

Yine söz konusu zararın tazmini için vekalet veren açısından sözleşmenin bir nevi ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca burada vekalet veren kusuru

⁷⁸ Gautschi vekilin vekaletin ifasında kusuru bulunmamasını, vekaletin gereği gibi ifa edilmesinden ayrı bir şart olarak göstermekte, sadakat ve özen borçlarına aykırı hareket eden vekilin tazminat istemek hakkından yoksun kalacağını söylemektedir. TANDOĞAN'a göre vekaleti gereği gibi ifa etmeyen vekil genellikle aynı zamanda kusurlu olacaktır. Gereği gibi ifa edilmeyen vekalet, vekalet verenin yararına olmayacağından, böyle bir ifaya bağlı zarardan vekalet vereni sorumlu tutmamak hakkaniyet gereğidir. Tandoğan, a.g.e., s.600. Bu görüş yönünde bkz. Öcal / Özdemir/ Korkmaz/ Apaydın/ Yüksel/ Çelik/ Yeniocak/ Ürem/ Uzun Kazmacı/ Şenol/ Ürem Çetinel, a.g.e., s.132. Bir diğer görüşe göre ise vekaletin kötü ifa edilmesi sebebiyle bir zarar meydana geldiğinde burada vekilin kusurunun varlığı sebebiyle tazminattan indirim sebebi oluşturur. Gümüş, a.g.e, s.413.

olmadığını da kanıtlayamamalıdır. Görüldüğü üzere vekalet verenin kusurlu bulunduğunu ispat etme külfeti vekile yüklenmemektedir. Vekalet veren, burada kendisinin bir kusuru bulunmadığını kanıtlayamazsa zararları ödeyecek; kusuru bulunmadığını kanıtlarsa bu takdirde de sorumluluktan kurtulabilecektir.

Vekalet verenin bu borcu, tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi vekilin zarar uğradığı günden başlayarak muacellik kazanacaktır. Böylece vekilin bu borcun ödenmesini isteyebilmesi için vekaletin ifasının tamamlanmış olması şart olmayacak; faiz de zararın doğduğu günden itibaren işlemeye başlayacak ve bu bağlamda 3095 sayılı yasa⁷⁹ hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁸⁰

Son olarak vekalet verenin bu borcunun ücretli ve ücretsiz vekalet sözleşmeleri açısından doktrinde ayrı ayrı değerlendirildiği belirtilmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre ücretsiz vekalet sözleşmelerinde ortaya bir zarar çıkması halinde vekalet verenin kusuru yoksa bu zarara vekilin katlanması gerekeceğini söylemek hakkaniyetle bağdaşmadığından, ücretsiz vekalet sözleşmelerinde vekalet verenin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi daha uygun olacaktır.

⁷⁹ Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun için bkz: RG: 19.12.1984- 18610

⁸⁰ Karahasan, a.g.e., s.1086; Akipek, a.g.e., s. 72; Yavuz, a.g.e., s. 663; Zevkiiler/Havutçu, a.g.e., s. 348; Günergök, a.g.e., s.160; Tandoğan, a.g.e., s.375.

KAYNAKÇA

- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Yenilikler ve Değişiklikler (2012). İstanbul Ticaret Odası Yayınları, Rehber Yayınlar, Yayın No: 2012-40, İstanbul.
- Akıncı, Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2004.
- Akipek Öcal, Şebnem / Özdemir, Hayrunnisa / Korkmaz, Yakup / Apaydın, Eylem / Yüksel, Sera Reyhani / Çelik, Nazlı Hilal/ Yeniocak, Umut / Ürem, Müge / Uzun Kazmacı, Özge / Şenol, Nilay / Ürem Çetinel, Merve/ Av. H. Tokbaş, Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, Ed. Hakan Tokbaş, Türk Borçlar Kanunu Kısa Şerhi Projesi, İstanbul, Aristo Hukuk Yayınevi, 2017.
- Akipek, Şebnem, Alt Vekalet, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, 2012.
- Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.
- Arapacı, Ahmet Murat, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan. Borçlar Kanunu Açısından Vekalet İlişkinde Müvekkilin Hak ve Borçları, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013.
- Bilge, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971.
- Cündübeyoğlu (İpek), Nurcan, "Roma ve Türk Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme" (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı İstanbul, 1990.
- Demir Yüce, Özlem, *Vekalet Sözleşmesinde Tarafların Borçları* (Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, 2009.
- Demir, Mehmet, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Duman, Mete, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Vekalet Sözleşmesi", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü, 2012.
- Güven, Diler Tamer, "Vekalet Verenin Sorumluluğu Üzerine", İHFM, 1997, C. LV, S. 4.
- Emiroğlu, Haluk, "Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C. 52, S. 1.
- Erkan, Vehbi Umut, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekalet Sözleşmesinde Vekalet Verenin Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları", AÜHFD, 2013, 62 (2).

- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II., 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Günergök, Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.
- Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona /Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri- Öğreti -Yargıtay Kararları- İlgili Mevzuat, 2. Cilt, İstanbul, Beta Yayınları, 2002.
- Karateke, Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Kırca, İsmail, “*Vekaletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller*”, AÜHFD, 1995, C. 44, S. 1-4.
- Kurşat, Zekeriya, “*Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirilmenin Hükmü*”, İÜHFM, 2009, C. LXVII, S. 1-2.
- Örsten Esirgen, Seda, “*Mecelle ve Fransız Medeni Kanunu Çerçevesinde Vekalet Sözleşmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, 2013, S. 1.
- Özdemir, Halide Gökçe, Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara, Seçkin Yayınevi, 2001.
- Özkaya, Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005.
- Sarı, Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Tarafı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2004.
- Savaş, Abdurrahman, “*Roma ve Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesi*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, C. 8., S. 1-2.
- Sayın Korkmaz, S. Bengi, Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatium), Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Söğütlü Erişgin, Özlem, “*Vekalet Sözleşmesi Bağlamında Noxal Sonuçlu Sözleşme-Hırsız Köle Olayı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C. 51, S. 4.
- Şenyüz, Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2006.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri- Vekaletsiz İş Görme, Cilt 2, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1977.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1982.
- Uygur, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II, 2. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2012.
- Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
- Yalçınduran, Türker, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, 2. Baskı, Ankara, 2007.
- Yavuz, Cevdet / Özen, Burak/ Acar, Faruk, Borçlar Hukuku Dersleri-Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2007.
- Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.
- Yavuz, Murat, *Roma ve Türk Hukuklarında Vekalet Sözleşmesi* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Roma Özel Hukuku) Ana Bilim Dalı, Ankara, 2007.
- Yüksel, Sera Reyhani, “*Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren (Müvekkilin) Borçları*”, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Aralık 2013, S. 134 (www.e-akademi.org.).
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, 11. Bası, Ankara, 2010.
- Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.
- Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

İnternet Sitesi

www.sinerjimevzuat.com.tr